Inhaltsverzeichnis Sammlung Rechtsprechung
2014
211 Entscheidung im Volltext
zum **Arzthaftungsrecht** und zum **Geburtsschadensrecht**
Einfach im Inhaltsverzeichnis auf gewünschte Entscheidung klicken- dann landen Sie im Volltext

1. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 30.12.2014 – 1 U 52/14 – * Verwertbarkeit eines medizinischen Sachverständigengutachtens: Fehlende Abgrenzung der vom Hauptgutachter und vom Zusatzgutachter beantworteten Fragestellungen 13

2. OLG Köln, Beschluss vom 22.12.2014 – 5 U 71/14 – * Arzthaftungsprozess: Verweigerung der ergänzenden mündlichen Anhörung eines Sachverständigen 17

3. OLG Hamm, Urteil vom 19.12.2014 – 26 U 44/14 – * Physiotherapeutenhaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen fehlerhafter Behandlung und Aufklärungspflichtverletzung 19

4. OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2014 – 15 U 20/14 – * Arzthaftung: Notwendigkeit der Aufklärung über alternative Strahlentherapie bei Karzinom 21

5. OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2014 – 22 U 57/12 – * Arzthaftung: Pflichten des als Belegarzt operierenden Gynäkologen bei bekannter Umstellung der Patientin von Marcumar auf Heparin 27

6. OLG Köln, Beschluss vom 17.12.2014 – 5 U 104/14 – * Sachverständiger: Voraussetzungen für eine Anhörung des Sachverständigen 30

7. OLG Hamm, Urteil vom 16.12.2014 – 26 U 81/14 – * Zahnarzthaftung: Schmerzensgeldbemessung bei behandlungsfehlerhafter zahnprothetischer Versorgung 31

8. OLG Koblenz, Beschluss vom 12.12.2014 – 5 U 1191/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Wahl eines zu kleinen Inlays und unterbliebene Aufklärung über eine mögliche Fehldimensionierung einer Kniegelenksprothese; Befunderhebungsversäumnis bei operativer Nachsorge 36

9. OLG Köln, Beschluss vom 10.12.2014 – 5 U 121/14 – * Zahnarzthaftung: Behandlungsfehler bzw. Verletzung der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit Kronen im Oberkieferbereich 38

10. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 10.12.2014 – 13 UF 25/12 – * Kindesunterhalt: Zurechnung bzw. Berechnung eines fiktiven Einkommens des Unterhaltspflichtigen .. 39

11. OLG Köln, Beschluss vom 10.12.2014 – 5 U 75/14 – * Arzthaftungsprozess: Höhe des Schmerzensgeldes bei Schwerstschädigung des Betroffenen 45

12. OLG Hamm, Urteil vom 09.12.2014 – 26 U 88/13 – * Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor einer Nabelhernien-Operation 47

13. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 08.12.2014 – 1 U 34/14 – * Arzthaftungsprozess: Umfang der Substanziierungspflicht des Patienten bei den Behandlungsfehler negierenden Sachverständigengutachten; Indizwirkung einer unterzeichneten Patienteneinwilligung für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs; Notwendigkeit einer Beweiserhebung 51

14. OLG Köln, Beschluss vom 08.12.2014 – 5 U 122/14 – * Arzthaftungsprozess: Bedeutung der Genugtuungsfunktion für die Schmerzensgeldbemessung 54

15. OLG Köln, Beschluss vom 08.12.2014 – 5 U 53/14 – * Arzthaftungsprozess: Behandlungsfehler wegen nicht erfolgter Reaktion auf einen Schraubenüberstand 55

16. KG Berlin, Urteil vom 04.12.2014 – 20 U 246/13 – * Arzthaftungsverfahren: Erfordernis der Feststellung einer unzureichenden Aufklärung vor der Beweiserhebung über die hypothetische Einwilligung des Patienten; persönliche Anhörung des Patienten als Voraussetzung für Feststellungen zur hypothetischen Einwilligung 58

17. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 04.12.2014 – 1 U 66/14 – * Zahnarzthaftungsprozess wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen nach einer Wurzelbehandlung: Tatrichterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich einer erfolgten Risikoaufklärung; Indizwirkung eines mit dem Patienten geführten Aufklärungsgesprächs 62

18. OLG Hamm, Urteil vom 02.12.2014 – I-26 U 13/14, 26 U 13/14 – * Krankenhaushaftung: Sturz eines Patienten beim Toilettengang 64

19. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 1087/14 – * Ärztliche Aufklärungspflicht vor einer Knieoperation: Hinreichende Umschreibung der Gefahr einer Arthrofibrose 66

20. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 1027/14 – * Arzthaftung: Feststellungsinteresse des Patienten bei Abgabe einer Zukunft abdeckenden Haftungserklärung des Haftpflichtversicherers des Arztes 68

21. OLG Köln, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 118/14 – * Schutz- bzw. Verkehrssicherungspflichtverletzung: Sturz eines Patienten aus dem Bett 70

22. OLG Hamm, Urteil vom 21.11.2014 – 26 U 80/13 – * Arzthaftung: Schmerzensgeldbemessung bei Kurzdarmsyndrom aufgrund eines groben Behandlungsfehlers 72

23. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 166/12 – * Zahnarzthaftung: Befundsicherungs- und Dokumentationspflicht bei einem Bissmodell 77

24. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 145/13 – * Arzthaftung: Nichterkennen einer Herpes-Zoster-Infektion 79

25. OLG Köln, Beschluss vom 19.11.2014 – 5 U 94/14 – * Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch aufgrund einer Infektion 85

26. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 87/13, I-5 U 87/13 – * Arzthaftung: Indikation einer Cholecystektomie; Aufklärungsmangel aufgrund eines Diagnoseirrtums 87

27. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 18.11.2014 – 5 U 108/14 – * Frauenarzthaftung bei Vereitelung eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund fehlerhaft nicht erkannter Schwangerschaft: Rechtlicher Unterschied bei Vortrag eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund der Fristenlösung oder aufgrund medizinischer Indikation; erstmaliges Vorbringen der Voraussetzungen der medizinischen Indikation im Berufungsrechtszug 93

28. OLG Koblenz, Beschluss vom 13.11.2014 – 5 U 825/14 – * Zahnarzthaftung: Aufklärung vor Implantatversorgung unter Verwendung formularmäßiger Aufklärungsbögen; Wirksamkeit einer Patienteneinwilligung durch Unterzeichnung von Aufklärungsformularen; Fernwirkung des nur im selbständigen Beweisverfahren gestellten Antrags auf Anhörung des Sachverständigen 95

29. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 12.11.2014 – 1 U 90/13 – * Arzthaftungsprozess: Implantierung einer ASR-Hüftprothese im Jahr 2006 als Behandlungsfehler; Darlegungslast des Patienten; Anforderungen an die Patientenaufklärung bei Behandlungsalternativen 100

30. OLG Köln, Urteil vom 12.11.2014 – 5 U 173/12 – * Arzthaftung: Anforderungen an die Gestaltung eines Stumpfes bei einer Amputationsoperation 104

31. BGH, Urteil vom 11.11.2014 – VI ZR 76/13 – * Arzthaftungsprozess: Anforderungen an die tatrichterliche Auseinandersetzung mit widersprüchlichen Sachverständigengutachten; tatsächliche Vermutung für das Unterbleiben einer intensivmedizinischen Maßnahme bei fehlender Dokumentation 112

32. OLG Köln, Beschluss vom 10.11.2014 – 5 U 71/14 – * Arzthaftungsprozess: Antrag einer Prozesspartei auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen 116

33. OLG Köln, Urteil vom 05.11.2014 – I-5 U 152/13, 5 U 152/13 – * Arzthaftungsprozess: Unterlassene Patientenaufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Abklärung einer koronaren Herzerkrankung; Dokumentationspflichten des Arztes 119

34. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.11.2014 – 5 U 869/14 – * Arzthaftung: Dosierung von Celestan® zur Induktion der fetalen Lungenreife bei Zwillingsschwangerschaft 124

35. OLG Köln, Beschluss vom 03.11.2014 – 5 U 61/14 – * Haftung des Zahnarztes: Behandlungsfehler bei Tinnituserkrankung nach einer Wurzelbehandlung 125

36. LG Duisburg, Urteil vom 03.11.2014 – 2 O 21/13 – * Tenor 128

37. OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2014 – I-26 U 173/13, 26 U 173/13 – * Haftung des Hausarztes: Befunderhebungsfehler bei Verkennung einer Entzündung des Fettgewebes im Rücken- und Gesäßbereich; Schmerzensgeldanspruch einer Patientin wegen der Erforderlichkeit einer Notoperation und Dauerfolgen 137

38. OLG Koblenz, Urteil vom 31.10.2014 – 5 U 497/14 – * Haftung des Orthopäden und des Krankenhauses: Schmerzensgeldbemessung für überflüssige, aber folgenlose Kniescheibenlockerung im Rahmen eines arthroskopischen Knorpelshaving 141

39. OLG Hamm, Urteil vom 29.10.2014 – I-3 U 55/14, 3 U 55/14 – * Arzthaftung: Sorgfaltspflichten des Arztes bei der Sicherungsaufklärung zur Verlaufskontrolle bei entfernter Möglichkeit eines Mammakarzinoms; Abgrenzung von Sicherungsaufklärung und Befunderhebungsfehler 142

40. OLG Koblenz, Urteil vom 29.10.2014 – 5 U 732/14 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Augenarztes vor Lasik–Operation 150

41. BGH, Versäumnisurteil vom 28.10.2014 – VI ZR 125/13 – * Krankenhaushaftung bei Geburtsschaden: Reichweite und Zeitpunkt ärztlicher Aufklärungspflichten hinsichtlich der unterschiedlichen Risiken und Vorteile bei den verschiedenen Entbindungsmethoden 152

42. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.10.2014 – 1 U 136/12 – * Leitsatz 155

43. BGH, Urteil vom 21.10.2014 – VI ZR 14/14 – * Arzthaftung: Reichweite der Aufklärungspflichten und der Verantwortlichkeit des nur aufklärender Arztes vor einer von einem anderen Arzt empfohlenen und durchgeführten Knieoperation 168

44. OLG Köln, Beschluss vom 20.10.2014 – I-5 U 97/14, 5 U 97/14 – * Arzthaftungsprozess: Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises 170

45. LG Dortmund, Urteil vom 17.10.2014 – 3 O 376/13 – * Prospekthaftung: Schadenersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung aufgrund des Beitritts zu einem Schiffsfonds nach "Diagonallesen" des Emissionsprospekts und der Beitrittserklärung 171

46. OLG Koblenz, Urteil vom 15.10.2014 – 5 U 976/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor laparoskopischer Leistenbruchoperation; Beweiskraft des vorgedruckten Textes eines Aufklärungsbogens; Haftung des eine wirksame Patienteneinwilligung annehmenden assistierenden Chirurgen 181

47. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 15.10.2014 – 5 U 77/14 – * Arzthaftung: Grober Diagnose- bzw. Behandlungsfehler bei Nichterkennen einer Schulterdystokie; Abrechnung einer Plexusoperation mit Nervtransplantation; Umfang der erstattungsfähigen Behandlungskosten 186

48. LG Berlin, Beschluss vom 14.10.2014 – 8 O 243/13 – * Ablehnung eines Sachverständigen: Bewertung eines Parteivortrags ohne gerichtlichen Auftrag 190

49. KG Berlin, Urteil vom 13.10.2014 – 20 U 224/12 – * Arzthaftung: Fehlende Dokumentation über das Setzen einer Lokalanästhesie; Schmerzensgeld bei Wundnaht ohne ärztliche Betäubung 191

50. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 13.10.2014 – 5 W 65/14 – * Ablehnung eines Sachverständigen: Besorgnis der Befangenheit bei Überschreitung des Beweisthemas und Berücksichtigung von streitigem Parteivortrag 193

51. OLG Köln, Beschluss vom 09.10.2014 – 5 U 87/14 – * Arzthaftung: Haftung wegen Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung 196

52. OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2014 – 5 U 716/14 – * Zahnarzthaftungsprozess: Gehörsverletzung bei Übergehung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und Verwertung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen; Verletzung von Hinweispflichten gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei 198

53. OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2014 – 5 U 624/14 – * Zahnarztvertrag: Vergütungsanspruch bei fehlerhafter Eingliederung und Anpassung von Zahnersatz; Wegfall des Vergütungsanspruchs bei Patientenkündigung vor Behandlungsende; Haftung für die Kosten einer prothetischen Nach- bzw. Neuversorgung; Schmerzensgeld bei vorübergehender Zahnfleischentzündung durch Implantation einer Oberkieferbrücke 199

54. OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.10.2014 – 7 U 87/14 – * Haftung des Krankenhausträgers nach fehlerhafter ärztlicher Behandlung: Erstreckung des übergegangenen Schadensersatzanspruchs auf fiktive Beiträge zur Rentenversicherung 202

55. OLG Köln, Beschluss vom 06.10.2014 – 5 U 31/14 – * Arzthaftung: Grober Behandlungsfehler aufgrund unterlassener Untersuchung 209

56. OLG Köln, Beschluss vom 02.10.2014 – I-5 U 66/14, 5 U 66/14 – * Arzthaftung: Aufklärung über das Risiko einer Zeugung nach Fertigung eines Spermiogramms 211

57. OLG Koblenz, Urteil vom 01.10.2014 – 5 U 463/14 – * Arzthaftungsprozess: Einwilligungsfähigkeit eines schmerzbeeinträchtigten Patienten; Beweiswürdigung bei Einführung eines neuen Aspekts durch das Gericht 213

58. OLG Koblenz, Beschluss vom 01.10.2014 – 5 U 879/14 – * Arzthaftung: Indikation für therapeutische Maßnahmen bei Hypercholesterinämie; Veranlassung anamnestischer Nachforschungen bei genetischer Disposition 216

59. BGH, Urteil vom 30.09.2014 – VI ZR 443/13 – * Arzthaftungsprozess: Erneute persönliche Anhörung des Patienten zur Frage des Entscheidungskonflikts durch das Berufungsgericht 218

60. OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2014 – I-3 U 54/14, 3 U 54/14 – * Krankenhaushaftung: Schmerzensgeld nach Bandscheibenersatzoperation ohne ausreichende Aufklärung und ohne ausreichende Indikation 221

61. OLG Frankfurt, Urteil vom 29.09.2014 – 1 U 55/13 – * Amtshaftung wegen Versäumnissen eines Zivilgerichts: Verjährungshemmung durch Antrag auf Prozesskostenhilfe und Amtspflicht zur Bekanntgabe 227

62. OLG Köln, Beschluss vom 22.09.2014 – 5 U 36/14 – * Gesamtschuldner: Verursachungs- und Verschuldensbeitrag zweier Hebammen im Zusammenhang mit einer Hausgeburt 232

63. OLG Köln, Beschluss vom 22.09.2014 – 5 U 150/13 – * Arzthaftungsprozess: Glaubhaftmachung bei einem Antrag auf Verlängerung der Stellungnahmefrist 233

64. OLG Hamm, Urteil vom 12.09.2014 – I-26 U 56/13, 26 U 56/13 – * Zahnarzthaftung: Schmerzensgeld für die Eingliederung von Zahnersatz mit abstehenden Kronenrändern 234

65. OLG Köln, Beschluss vom 10.09.2014 – I-5 U 97/14, 5 U 97/14 – * Arzthaftungsprozess: Beweislast für die Kausalität bei Unterlassen einer Operationsindikation 236

66. OLG Köln, Beschluss vom 09.09.2014 – 5 U 62/14 – * Arzthaftung: Anforderungen an die Dokumentation einer unauffälligen Sonografie 238

67. LG Wiesbaden, Urteil vom 09.09.2014 – 1 O 10/14 – * Arzthaftungssache: Umfang der materiellen Rechtskraft 242

68. OLG Hamm, Urteil vom 05.09.2014 – I-26 U 21/13, 26 U 21/13 – * Zahnärztlicher Behandlungsvertrag: Nachbesserungsversuche bei einer gebotenen Neuanfertigung; Schmerzensgeld bei fehlerhafter Brückenkonstruktion 245

69. OLG Köln, Beschluss vom 05.09.2014 – I5 U 61/14, 5 U 61/14 – * Arzthaftungsprozess: Substanziierungpflicht des klagenden Patienten 248

70. OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2014 – I-26 U 30/13, 26 U 30/13 – * Arzthaftung: Äußerung des Patientenwillens zur Behandlung nur durch einen bestimmten Arzt; Indikation für Nasennebenhöhlen- und Nasenmuscheloperation 250

71. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29.08.2014 – 4 U 21/13 – * Arzthaftung: Darlegungs- und Beweiserleichterungen für geschädigten Patienten bei "voll beherrschbarem Risiko"; Schmerzensgeld bei Luftembolie 254

72. OLG Koblenz, Beschluss vom 26.08.2014 – 5 U 222/14 – * Haftung des Krankenhausarztes in der Notfallambulanz für Fehldeutung einer Carbamazepin-Unverträglichkeit 264

73. LG Bochum, Urteil vom 21.08.2014 – I-14 O 117/14, 14 O 117/14 – * Irreführende Internetwerbung einer Klinik: Fehlen eine eindeutigen Hinweises auf Belegarztklinik; unzulässiges Erfolgsversprechen eines Arztes 267

74. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.08.2014 – 5 U 868/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Darlegungspflichten des Patienten bei Inanspruchnahme mehrerer Ärzte; Thromboseprophylaxe bei lediglich eingeschränkter Mobilität 270

75. OLG Koblenz, Beschluss vom 19.08.2014 – 5 U 279/14 – * Arzthaftungsprozess: Entscheidungsrelevanter Streitstoff und gerichtliche Sachaufklärungspflicht 272

76. OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.08.2014 – 7 U 102/12 – * Krankenhaushaftung: Schadenersatzansprüche einer gesetzlichen Krankenkasse und eines Arbeitgebers wegen fehlerhafter Infektbehandlung eines Patienten 274

77. OLG Köln, Urteil vom 13.08.2014 – 5 U 65/12 – * Arzthaftungsprozess: Diagnose-, Befunderhebungs- und Behandlungsfehler während eines Krankenhausaufenthalts 284

78. OLG Köln, Beschluss vom 13.08.2014 – 5 U 57/14 – * Arzthaftungsprozess: Anhörung einer Partei zu einem medizinischen Behandlungsgeschehen 292

79. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.08.2014 – 7 U 128/13 – * Arzthaftung: Bemessung des Pflege- und Betreuungsaufwands unter besonderer Berücksichtigung von "Bereitschaftszeiten" der Eltern für ihr behindertes Kind 294

80. OLG Köln, Urteil vom 13.08.2014 – I-5 U 104/13, 5 U 104/13 – * Arzthaftung: Übernahmeverschulden des behandelnden Arztes; haftungsbegründende Kausalität; Aufklärung im Zusammenhang mit einer ambulanten Implantatbehandlung 302

81. OLG Hamm, Urteil vom 12.08.2014 – I-26 U 35/13, 26 U 35/13 – * Zahnarztvertrag: Vergütungsanspruch bei Durchführung einer kostenintensiven Zahnbehandlung ohne Aufklärung des Patienten über alternative Behandlungsmöglichkeiten 309

82. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – 5 U 11/14 – * Zahnarzthaftungsprozess: Vernehmung eines Nachbehandlers als Zeuge 312

83. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – I-5 U 32/14, 5 U 32/14 – * Arzthaftung: Verweisung eines im Urlaub befindlichen Patienten in einem Telefongespräch 315

84. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – I-5 U 36/14, 5 U 36/14 – * Gesamtschuldner: Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensbeiträge zweier Hebammen im Zusammenhang mit einer Hausgeburt 317

85. OLG Koblenz, Beschluss vom 11.08.2014 – 5 U 788/14 – * Unfall eines Patienten im Krankenhaus: Verkehrssicherungspflichten des Krankenhauses und eines dort tätigen Anstreichers gegenüber betagten Patienten 319

86. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – I-5 U 119/11, 5 U 119/11 – * Arzthaftung: Beweislast des Geschädigten bei Vorliegen eines Diagnosefehlers 321

87. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – 5 U 101/13 – * Arzthaftung: Diagnosefehler im Zusammenhang mit einer Brustkrebserkrankung 330

88. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – I-5 U 137/13, 5 U 137/13 – * Arzthaftung: Umfang einer Sicherheitsaufklärung im Zusammenhang mit einer Krebsvorsorgeuntersuchung; Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers; Schmerzensgeldbemessung 335

89. OLG Köln, Urteil vom 04.08.2014 – I-5 U 157/13, 5 U 157/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Schmerzensgeldanspruch bei unzureichender Risikoaufklärung im Zusammenhang mit der Herzoperation an einem Kind 342

90. OLG Köln, Beschluss vom 04.08.2014 – 5 U 161/13 – * Arzthaftung: Behandlungs- bzw. Befunderhebungsfehler im Zusammenhang mit einem Meniskusschaden 347

91. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014 – I-5 U 113/13, 5 U 113/13 – * Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen einer 1992 verkannten Lyme-Neuroborreliose 349

92. BGH, Beschluss vom 15.07.2014 – VI ZR 176/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Gehörsverletzung bei Zurückweisung eines bereits in der ersten Instanz erhobenen Vortrags als verspätet 355

93. OLG Frankfurt, Urteil vom 14.07.2014 – 23 U 261/13 – * Verjährungshemmung durch Klageerhebung: Beurteilung einer Zustellung als "demnächst"; Umstände für eine dem Kläger zuzurechnende Verzögerung; Erkundigungspflicht 357

94. OLG Köln, Urteil vom 14.07.2014 – I-5 U 156/13, 5 U 156/13 – * Zahnarzthaftung: Ersatz der Behandlungskosten bei Unbrauchbarkeit einer prothetischen Versorgung....362

95. OLG Köln, Beschluss vom 10.07.2014 – 5 U 32/14 – * Arzthaftungsprozess: Neues Angriffsmittel in der Berufungsinstanz....365

96. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 09.07.2014 – 5 U 89/13 – * Private Unfallzusatzversicherung: Risikoausschluss für Gesundheitsbeeinträchtigung durch Heilmaßnahmen bei Beinamputation auf Grund von postoperativen Komplikationen....368

97. OLG Köln, Urteil vom 08.07.2014 – 5 U 180/14 – * Arzthaftung: Sterilisation durch Eileiterentfernung bei gewünschter Eileiterdurchtrennung....371

98. OLG Hamm, Urteil vom 04.07.2014 – I-26 U 131/13, 26 U 131/13 – * Zahnarzthaftung: Prothetische Versorgung bei craniomandibulärer Dysfunktion....375

99. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.07.2014 – 5 U 278/14 – * Haftung des Gynäkologen bei verspäteter Diagnose eines Mammakarzinoms: Unterlassene weiterführende Befunderhebung bei einer Patientin mit einem vermeintlich auffälligen Tastbefund in der Brust....377

100. LG Baden-Baden, Urteil vom 04.07.2014 – 2 O 161/11 – * Arzthaftung: Durchführung eines Probezugs bei Chirotherapie an der Wirbelsäule; Dokumentationspflicht der Probemanipulation....379

101. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.07.2014 – 5 U 89/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungsversäumnis vor alternativlosem Legen eines zentralen Venenkatheters; Thrombosetherapie bei einem Patienten bei dessen Ablehnungshaltung gegen Bluttransfusionen aus religiösen Gründen385

102. OLG Köln, Beschluss vom 03.07.2014 – I-5 U 7/14, 5 U 7/14 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit einer Kniegelenksoperation..388

103. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 02.07.2014 – 1 W 37/13 – * Arzthaftung wegen fehlerhafter Schwangerschaftsbetreuung: Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen mehrerer Behandlungsfehler; Verjährungsbeginn infolge Kenntnis der Patientin von den einen Schadensersatzanspruch begründenden Umständen....390

104. BGH, Urteil vom 01.07.2014 – VI ZR 391/13 – * Gesetzlicher Forderungsübergang von Arzt- und Krankenhaushaftungsansprüchen wegen Geburtsschäden auf die gesetzliche Krankenversicherung: Forderungserwerb durch einen nachfolgenden Sozialversicherungsträger bei Wechsel der Krankenkasse und Verjährungsbeginn; Wirkung einer Verjährungshemmung durch Verhandlungen zugunsten des Rechtsnachfolgers und einer Verjährungsverzichtserklärung des Schuldners im Verhältnis zum Rechtsvorgänger....397

105. BGH, Urteil vom 01.07.2014 – VI ZR 546/13 –, BGHZ 202, 1-7 * Schadensersatz nach Kfz-Unfall: Gesetzlicher Übergang der Ansprüche auf Rentenversicherungsbeiträge....403

106. OLG Koblenz, Beschluss vom 30.06.2014 – 5 U 483/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungspflicht über ein mögliches Paravasat bei Chemotherapie nach Entfernung eines Mammakarzinoms....406

107. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 30.06.2014 – 16 W 81/14 – * Befangenheit des als Oberarzt im Universitätsklinikum tätigen medizinischen Sachverständigen: Kooperation zwischen Universitätsklinikum und beklagtem akademischen Lehrkrankenhaus....408

108. OLG Köln, Beschluss vom 30.06.2014 – 5 U 150/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Beweis schadensursächlicher Befunderhebungs-, Diagnose- und anderer Behandlungsfehler....409

109. OLG Rostock, Urteil vom 27.06.2014 – 5 U 97/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungspflichten des Krankenhausarztes über Behandlungsalternativen bei einem Zielauftrag des Hausarztes hinsichtlich einer Schilddrüsenoperation; Schmerzensgeld bei dauerhaften Schluckbeschwerden und Beeinträchtigung von Stimme und Belastbarkeit nach operativer Entfernung eines sog. "kalten Knotens"....415

110. LG Arnsberg, Urteil vom 26.06.2014 – 5 O 21/06 – * Klage bzw. Widerklage eines Zahnarztes bzw. eines Patienten: Anspruch auf Zahlung einer Restvergütung; Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch des Patienten wegen Behandlungsfehlern....419

111. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2014 – I-14 U 94/13, 14 U 94/13 – * Bankenhaftung bei Anlageberatung: Umfang der Aufklärungspflicht bei einem Swap-Geschäft 424

112. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2014 – I-14 U 91/13, 14 U 91/13 – * Fundstellen ..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

113. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.06.2014 – 1 U 120/13 – * (Berufshaftpflichtversicherung der Zahnärzte: Kein Versicherungsschutz für Erfüllungsschäden) 435

114. OLG Hamm, Beschluss vom 18.06.2014 – I-3 U 66/14, 3 U 66/14 – * Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess: Abweichung des Gutachters von Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften; Auswechslung des Sachverständigen und Pflicht des Gerichts zur Ladung des früheren Sachverständigen 443

115. OLG Koblenz, Urteil vom 18.06.2014 – 5 U 187/14 – * Zurückverweisung eines Arzthaftungsprozesses: Verfahrensfehlerhafte Verletzung der erstgerichtlichen Pflicht zur Berücksichtigung der auf Privatgutachten gestützten Kritik an den Erkenntnissen des gerichtlichen Sachverständigen; Abgrenzung der Eingriffs- von der Risikoaufklärung vor einer Proktokolektomie und Sachaufklärungspflicht des Gerichts 449

116. OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2014 – I-26 U 112/13, 26 U 112/13 – * Arzthaftung wegen Aufklärungsmangel: Beweislast für die Verletzung der Informationspflicht über das Restrisiko einer Schwangerschaft vor einer Sterilisation 453

117. OLG Köln, Beschluss vom 16.06.2014 – I-5 U 131/13, 5 U 131/13 – * Krankenhaushaftung: Schmerzensgeldanspruch wegen unterlassener bzw. verzögerter Befunderhebung und Therapie 455

118. OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2014 – 5 U 1/14 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht bei einer nicht therapierbaren Form der Multiplen Sklerose 458

119. LG Dortmund, Urteil vom 06.06.2014 – 3 O 394/13 – * Tenor 461

120. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 06.06.2014 – 4 U 103/12 – * Fehlerhafte Behandlung eines Soldaten im Rahmen der truppenärztlichen Versorgung: Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland; Abgrenzung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis 471

121. OLG Hamm, Urteil vom 06.06.2014 – I-26 U 14/13, 26 U 14/13 – * Haftung eines Zahnarztes: Grober zahnärztlicher Behandlungsfehler und Schmerzensgeldanspruch bei der prothetischer Versorgung mit Langzeitprovisorien 479

122. OLG Koblenz, Urteil vom 28.05.2014 – 5 U 1244/13 – * Arzthaftung: Beweislastumkehr bei verspäteter Operation infolge unzureichender ärztlicher Befunderhebung; Schmerzensgeldbemessung bei um 6 Tage verzögerter Operation einer floriden Bursitis 481

123. OLG Köln, Urteil vom 28.05.2014 – I-5 U 143/10, 5 U 143/10 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Tod eines Patienten aufgrund eines septischen Schocks; Anzeichen für eine Entzündung; Unterlassen einer Laborkontrolle als Behandlungs- bzw. Befunderhebungsfehler 484

124. LG Regensburg, Urteil vom 27.05.2014 – 4 O 910/11 (1), 4 O 910/11 – * Arztvertrag: Medizinische Notwendigkeit einer Galvano-Therapie zur Behandlung einer Brustkrebspatientin; Honorarhöhe bei Privatliquidation; Anspruch auf Honorarrückzahlung wegen schuldhafter Pflichtverletzung 492

125. OLG Köln, Beschluss vom 26.05.2014 – 5 U 148/13 – * Arzthaftung: Umfang der Pflicht zur Aufklärung über eine Behandlungsalternative 495

126. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 21.05.2014 – 5 U 216/11 – * Krankenhaushaftung: Ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Befunderhebung und Behandlung eines etwaigen Zwergenwuchses eines Kindes; entlastende Berufung auf dessen Asylbewerberstatus; Schmerzensgeldbemessung wegen Kleinwuchses einer 17jährigen Patientin 496

127. BGH, Urteil vom 20.05.2014 – VI ZR 187/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschäden: Bindungswirkung eines Grund- und Teilurteils; Bejahung eines abgrenzbaren Teils des Gesundheitsschadens bei Mitverursachung der Gesundheitsverletzung 510

128. BGH, Urteil vom 20.05.2014 – VI ZR 381/13 –, BGHZ 201, 263-271 * Haftung eines Arztes für psychische Folgen der unerwünschten Mitteilung einer Erbkrankheit des anderen Elternteils.....515

129. OLG Koblenz, Beschluss vom 19.05.2014 – 5 U 1584/13 – * Haftung einer Klinik für eine Sturzverletzung nach Wannenbad: Voraussetzungen einer mündliche Anhörung des Sachverständigen und deren Nachholung in der Berufungsinstanz; Sorgfaltspflichten einer Klinik bei Balneotherapie 519

130. OLG Köln, Beschluss vom 19.05.2014 – I-5 U 1/14, 5 U 1/14 – * Arzthaftung: Diagnose- bzw. Befunderhebungsfehler im Zusammenhang mit einer sog. primär progredienten Multiplen Sklerose...521

131. OLG Hamm, Urteil vom 16.05.2014 – I-26 U 178/12, 26 U 178/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Regressanspruch des Sozialleistungsträgers für erbrachte Leistungen nach grobem Behandlungsfehler im Rahmen der Geburtshilfe.....523

132. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 15.05.2014 – 12 U 56/13 – * Arzthaftpflichtprozess: Pflicht des Tatgerichts zur Aufklärung von Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger 527

133. LG Bochum, Urteil vom 14.05.2014 – 6 O 432/09 – * Tierarzthaftung: Anforderungen an die Aufklärung vor Durchführung einer chiropraktischen Therapie mit Vollnarkose bei einem ataktischen Pferd 534

134. OLG München, Urteil vom 08.05.2014 – 1 U 4249/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschaden: Medizinische Indikation für eine Notsectio; Darlegungs- und Beweislast für eine Kausalität von ärztlichem Behandlungsfehler und Hirnschädigung eines neu geborenen Kindes 537

135. LG Dortmund, Urteil vom 07.05.2014 – 4 O 154/12 – * Anspruch auf Schmerzensgeld gegenüber dem Zahnarzt wegen fehlerhafter Implantatversorgung.....544

136. LG München I, Urteil vom 07.05.2014 – 15 O 17872/09 – * Amtshaftung: Fehler des Rettungsassistenten bei der Untersuchung und Behandlung eines gestürzten und zwei Tage immobilisierten Notfallpatienten * Orientierungssatz 550

1. LG Magdeburg, Urteil vom 07.05.2014 – 9 O 1162/12 (291) – * Im Arzthaftungsprozess trägt der Patient grundsätzlich die Beweislast für den behaupteten Behandlungsfehler als eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom medizinischen Standard und einen hierdurch zumindest mitursächlich entstandenen Schaden 561

137. OLG Köln, Beschluss vom 07.05.2014 – I-5 U 131/13, 5 U 131/13 – * Krankenhaushaftung: Sachverständigengutachten als Entscheidungsgrundlage bei nicht geklärter Ursache für ein unzweifelhaft vorhandenes gesundheitliches Problem.....563

138. LG Kaiserslautern, Beschluss vom 06.05.2014 – 3 O 74/13 – * Sachverständigenentschädigung: Entschädigung eines veterinärmedizinischen Sachverständigen.....567

139. LG Köln, Urteil vom 06.05.2014 – 3 O 18/12 – * Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor einer Operation 569

140. OLG Köln, Beschluss vom 06.05.2014 – 5 U 124/13 – * Arzthaftung: Erforderlichkeit einer neuen Begutachtung 572

141. OLG Koblenz, Beschluss vom 05.05.2014 – 5 U 44/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Diagnose- und Befunderhebungsfehler bei Missdeutung eines Bone bruise als Distorsionsschmerz des Kniegelenks; Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers bei identischem Kausalverlauf im Falle alsbaldiger Intervention 575

142. LG Bielefeld, Urteil vom 02.05.2014 – 4 O 449/08 – * Anspruch auf Schadensersatz wegen zahnärztlicher Fehlbehandlung im Rahmen einer Implantatversorgung 577

143. OLG Koblenz, Urteil vom 30.04.2014 – 5 U 1504/13 – * Schadensersatzprozess gegen Ärzte und Krankenhausträger wegen Geburtsschäden: Rechtsfolgen eines Richterwechsels zwischen Beweisaufnahme und Urteilserlass; Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Beweiswürdigung bei mehreren beklagten Ärzten mit unterschiedlichen Verantwortlichkeiten.....585

144. OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2014 – 5 U 1427/13 – * Arzthaftungsprozess: Abgrenzung eines Diagnosefehlers zum Befunderhebungsversäumnis bei Vaginalfistel mit Verbindung zum Rektum 587

145. OLG Köln, Beschluss vom 17.04.2014 – I-5 U 148/13, 5 U 148/13 – * Arzthaftung: Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit einer dringenden Operation; Schluss von der üblichen Aufklärungspraxis eines Arztes auf die Aufklärung im Streitfall 589

146. OLG Koblenz, Beschluss vom 16.04.2014 – 5 U 1392/13 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Gynäkologen vor Entfernung der Gebärmutter einer 48-Jährigen nach jahrelanger erfolgloser konservativer Therapie 591

147. BGH, Urteil vom 15.04.2014 – VI ZR 382/12 – * Krankenhaushaftung wegen Geburtsschäden: Beweiswert von Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände für die Bestimmung des medizinischen Standards bei der Versorgung einer Frau mit Hochrisikoschwangerschaft 594

148. OLG Köln, Beschluss vom 14.04.2014 – 5 U 117/13 – * Arzthaftung: Beweislast hinsichtlich der Unrichtigkeit einer Dokumentation 599

149. OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014 – I-26 U 6/13, 26 U 6/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschäden: Aufklärung der Kindesmutter über das erhöhte Wiederholungsrisiko einer Schulterdystokie; Schmerzensgeld für eine Armplexuslähmung 601

150. OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014 – 26 U 166/13 – * Auftreten einer Infektion nach durchgeführter Punktion des Knies, Beweis bzgl. des Vorliegens eines Behandlungsfehlers 604

151. OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2014 – I-6 U 129/13, 6 U 129/13 – * Bankenhaftung bei Kapitalanlageberatung: Aufklärungsbedürftigkeit eines Anlegers vor einem Zertifikatserwerb trotz Aushändigung einer Informationsbroschüre; Entlastungsbeweis der Bank hinsichtlich der Ursächlichkeit eines Beratungsfehlers für die Kapitalanlageentscheidung; Reichweite der Informationspflichten der Bank 605

152. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 10.04.2014 – 1 U 77/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung im Rahmen einer Geburtshilfe: Entbehrliche Risikoaufklärung betreffend vaginale Entbindung und Möglichkeit eines Kaiserschnitts; Sorgfaltspflichten bei Schulterdystokie infolge Problementbindung; Abgrenzung eines Befunderhebungsfehlers von einem Diagnoseirrtum; Vorwerfbarkeit 615

153. BGH, Urteil vom 10.04.2014 – III ZR 335/13 – * Entschädigung für eine unangemessene Verfahrensdauer in einem Arzthaftungsprozess: Unverzüglichkeit der Verzögerungsrüge in einem Übergangsfall; Entschädigungsanspruch bei verspäteter Verzögerungsrüge; Ausschluss einer Entschädigung bei geringfügigen Verzögerungen in einzelnen Verfahrensabschnitten 624

154. OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.04.2014 – 7 U 124/12 – * Arzthaftung: Reichweite und Grenzen der ärztlichen Risikoaufklärung im Falle einer Hämorrhoidalbehandlung im Hinblick auf das Risiko einer tödlichen Sepsis; Nachweis der Aufklärung über die Infektionsgefahr und den Entscheidungskonflikt bei ordnungsgemäßer Aufklärung 629

155. LG Mainz, Urteil vom 09.04.2014 – 2 O 266/11 – * Organisationsverschulden des Klinikbetreibers: Einsatz eines Medizinstudenten im 10. Semester als alleinige postoperative Nachtwache für einen Patienten 634

156. OLG Köln, Beschluss vom 09.04.2014 – I-5 U 154/13, 5 U 154/13 – * Arzthaftung: Behandlungsfehler im Zusammenhang mit einer erheblichen Penisschaftverkürzung 643

157. KG Berlin, Urteil vom 03.04.2014 – 20 U 253/12 – * Arzthaftung: Arzt als Hersteller i.S. des Produkthaftungsgesetzes beim Austausch von Komponenten verschiedener Hersteller bei einer implantierten Hüftprothese; fehlerfreie Behandlung beim Verstoß gegen Medizinproduktevorschriften 645

158. LG Kleve, Urteil vom 02.04.2014 – 2 O 448/11 – * Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen eines Behandlungsfehlers aufgrund der Fixierung des Patienten 651

159. OLG Köln, Beschluss vom 31.03.2014 – 5 U 119/13 – * Arzthaftung: Reruptur einer Sehne im Rahmen einer Nachbehandlung 655

160. OLG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – I-9 W 4/14, 9 W 4/14 – * PKH-Prüfungsverfahren: Voraussetzungen für eine antizipierte Beweiswürdigung 658

161. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2014 – I-8 U 79/13, 8 U 79/13 – * Arzthaftungsprozess: Anforderungen an die Darlegung eines Haushaltführungsschadens 661

162. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27.03.2014 – 10 W 1/14 – * Ablehnung eines medizinischen Sachverständigen: Besorgnis der Befangenheit bei Ausschluss eines ärztlichen Behandlungsfehlers trotz gerichtlichen Beweisbeschlusses unte Mitteilung des Beweiswürdigungsergebnisses 666

163. LG Halle (Saale), Urteil vom 27.03.2014 – 6 O 550/12 – * Ärztlicher Behandlungsfehler nach Arbeitsunfall: Haftung der Berufsgenossenschaft und des Durchgangsarztes 669

164. OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2014 – I-5 U 129/13, 5 U 129/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Aufklärung bei Schönheitsoperationen; Entscheidungskonflikt 672

165. OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2014 – I-26 U 177/12, 26 U 177/12 – * Arzthaftung: Operation des Karpaltunnelsyndroms ohne vorherige neurologische Messung der Nervenleitgeschwindigkeit 676

166. OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2014 – I-26 U 135/13, 26 U 135/13 – * Arzthaftung wegen Nichtanmeldung einer Lebertransplantation bei Eurotransplant: Beachtung der Mailand-Kriterien beim Auswahlverfahren für eine Lebendspende eines Kindes an ein Elternteil 679

167. OLG Hamm, Urteil vom 21.03.2014 – I-26 U 115/11, 26 U 115/11 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Pflicht zur Behandlung einer bestehenden Blutgerinnungsstörung vor Durchführung einer Hüftgelenks-Operation 683

168. OLG Koblenz, Beschluss vom 20.03.2014 – 5 W 167/14 – * Beschwerdeverfahren des Gerichtsgutachters gegen einen Kosten- und Ordnungsgeldbeschluss: Zwangsmittel bei nicht nachweisbarem Empfang abhanden gekommener Gerichtsakten; Beweiskraft des Auslieferungsbelegs des Paketdienstes DHL; Kostenentscheidung zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten 686

169. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 19.03.2014 – 5 U 1/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Erfordernis des ausdrücklichen Parteivortrags zur hypothetischen Einwilligung des Patienten; Zulassung neuen Vorbringens zur hypothetischen Einwilligung im Berufungsverfahren 688

170. OLG Hamm, Urteil vom 18.03.2014 – I-26 U 81/13, 26 U 81/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht bei einer Vielzahl von geeigneten Operationsverfahren zur Behandlung eines Hallux Valgus 697

171. OLG Köln, Beschluss vom 17.03.2014 – I-5 U 124/13, 5 U 124/13 – * Sachverständigenablehnung im Arzthaftungsprozess: Befangenheitsbesorgnis wegen Bezeichnung des Beklagten als „Kollege“ 701

172. OLG Koblenz, Beschluss vom 14.03.2014 – 5 U 9/14 – * Arzthaftung bei Geburtsschaden: Vertragliche oder deliktische Haftung im Rahmen wechselseitiger Vertretung unter Belegärzten bei der Entbindungsbetreuung im Krankenhaus 703

173. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.03.2014 – 22 U 115/12 – * Tenor 705

174. OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2014 – 5 U 640/13 – * Regressprozess einer Kfz-Haftpflichtversicherung gegen einen Krankenhausträger wegen Fehlbehandlung eines Verkehrsunfallopfers: Schädigung des nervus radialis bei einer operativen Humerus-Reposition; Verjährung des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs 712

175. OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2014 – 5 U 854/13 – * Arzthaftung: Aufklärung über Schnittentbindung bei Risikogeburt; Schulterdystokie als Behandlungsfehler; Berücksichtigung des in zweiter Instanz nachgeschobenen neuen Sachvortrags zur Geburtsleitung 716

176. BGH, Beschluss vom 11.03.2014 – VI ZB 22/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Notwendiger Inhalt der Berufungsbegründungsschrift; Verfahrensrüge unvollständiger Beweiswürdigung 720

177. OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.03.2014 – I-8 U 119/12, 8 U 119/12 – * 723

178. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 06.03.2014 – 1 U 84/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Verjährungsbeginn für Regressansprüche einer Krankenkasse 725

179. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.02.2014 – 5 U 1461/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess wegen der Folgen einer chiropraktischen Behandlung: Aufklärungspflicht eines Orthopäden bei chiropraktischer Behandlung einer Kollegin anderer Fachrichtung; Klarstellung des erstinstanzlichen Urteils im Berufungszurückweisungsbeschluss 729

180. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 27.02.2014 – 5 U 101/13 – * Haftung des Kieferchirurgen: Wirksamkeit einer 3 Monate vor der Zahnextraktion erklärten Einwilligung; Widerruf der Einwilligung 731

181. OLG Koblenz, Beschluss vom 26.02.2014 – 5 U 1441/13 – * Krankenhaushaftung: Sicherungspflichten bei Transport eines Patienten zur Reha-Klinik 732

182. LG Detmold, Urteil vom 26.02.2014 – 10 S 229/11 – * Auslandskrankenversicherung: Behandlung eines Sonnenstichs durch einen Schönheitschirurgen 734

183. OLG Köln, Urteil vom 26.02.2014 – I-5 U 68/13, 5 U 68/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit dem Absetzen von Marcumar vor einem operativen Eingriff; Kausalität; Umfang der Dokumentationspflicht bei einem im Sterbeprozess befindlichen Patienten 736

184. OLG Hamm, Urteil vom 25.02.2014 – I-26 U 157/12, 26 U 157/12 – * Haftung des Hautarztes: Anwendung der Therapie der 2. Wahl statt der Therapie der 1. Wahl bei einem Basalzellkarzinom; Höhe des Schmerzensgeldes 744

185. OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014 – 5 U 1535/13 – * Zahnarzthaftung: Behandlungsfehler bei der Implantatverankerung; sprachbedingte Verständnisprobleme beim Aufklärungsgespräch 750

186. OLG Köln, Beschluss vom 21.02.2014 – 5 U 98/13 – * Beweiswürdigung im Arzthaftungsprozess: Mündliche Informationen eines Arztes an eine Partei 751

187. OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2014 – I-26 U 3/11, 26 U 3/11 – * Haftung des Tierarztes: Fehlende Aufklärung über die Risiken einer komplizierten Operation bei einem Dressurpferd 754

188. OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2014 – I-26 U 28/13, 26 U 28/13 – * Haftung eines Augenarztes: Schmerzensgeldanspruch bei Durchführung einer nicht indizierten Laserbehandlung und anschließender Sehbehinderung des Patienten 757

189. LG Münster, Urteil vom 20.02.2014 – 111 O 45/11 – * Zahnarzthaftung: Aufklärungspflicht über das Risiko einer dauerhaften Nervverletzung bei Implantatbehandlung 760

190. LG Köln, Urteil vom 19.02.2014 – 3 O 76/13 – * Anspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung wegen Aufklärungs- oder Beratungsfehlern 763

191. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2014 – I-26 U 147/12, 26 U 147/12 – * Arzthaftung: Verwendung eines Fixateur externe bei einem Bruch des Sprunggelenks mit Weichteilverletzungen 767

192. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2014 – I-26 U 152/13, 26 U 152/13 – * Arzthaftung: Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler durch unterlassene intraoperative Bildgebung bei der Operation einer Schultereckgelenksprengung; Schmerzensgeldbemessung bei notwendiger Revisionsoperation 771

193. OLG Köln, Urteil vom 17.02.2014 – 5 U 102/13 – * Arzthaftungsprozess: Schadensberechnung bei fehlerhafter zahnärztlicher Behandlung 772

194. OLG Bamberg, Beschluss vom 14.02.2014 – 4 U 62/13 – * Arzthaftung: Verjährung des Schadensersatzanspruches des Patienten; subjektive Voraussetzungen des Verjährungsbeginns infolge einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des Patienten von den beurteilungserheblichen Umständen des Behandlungsgeschehens; Obliegenheit des Patienten zur Nutzung leicht zugänglicher Informationsquellen 774

195. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.02.2014 – 7 W 10/14 – * Ablehnung des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess: Überschreitung des Gutachtenauftrags als Befangenheitsgrund 778

196. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.02.2014 – 1 U 14/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Gesundheitsschaden wegen eines Befunderhebungsfehlers bei der Behandlung eines arteriellen Gefäßverschlusses; Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler; Schmerzensgeldbemessung für eine Oberschenkelamputation 782

197. LG Dortmund, Urteil vom 12.02.2014 – 4 O 214/11 – * Verkehrssicherungspflicht im Krankenhaus: Verhinderung der Verbindung nicht kompatibler Schlauchsysteme 785

198. OLG Frankfurt, Urteil vom 11.02.2014 – 8 U 201/11 – * Arzthaftung: Schmerzensgeld für notdienstliche Fehlbehandlung, hier: Verstoß gegen Pflicht zur Erhebung von Befunden 787

199. KG Berlin, Urteil vom 10.02.2014 – 20 U 236/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Unterbringung eines suizidgefährdeten Patienten im 6. Stock eines Krankenhauses; Gehörsverletzung bei gutachterlicher Anzweifelung der bisherigen Begutachtung; Parteivernehmung bei Interesse der Partei an Aufklärung des Unfallhergangs 792

200. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 06.02.2014 – 1 U 45/13 – * Arzthaftung: Umfang der vorgeburtlichen Aufklärung zur Periduralanästhesie (PDA); Rechtfertigung des erst unter der Geburt indizierten Eingriffs 796

201. LG Hamburg, Urteil vom 04.02.2014 – 314 O 37/13 – * Private Krankenzusatzversicherung: Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn des Versicherungsfalls bei "gedehnten Sachverhalten"; Beginn der Heilbehandlung bei erkennbarer und bereits länger vorhandener Zahn-Fehlstellung 799

202. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 03.02.2014 – 5 U 101/13 – * Haftung des Kieferchirurgen: Wirksamkeit einer 3 Monate vor der Zahnextraktion erklärten Einwilligung; Widerruf der Einwilligung 802

203. LG Frankfurt, Urteil vom 29.01.2014 – 2-04 O 470/11 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht vor einer Kataraktoperation bei Gliose 804

204. OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.01.2014 – 7 U 163/12 – * Arzthaftung: Voraussetzung für eine Übertragung der ärztlichen Eingriffs- und Risikoaufklärung an einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr 808

205. BGH, Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 143/13 – * Arzthaftungsprozess wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen nach einer Herzklappenoperation: Tatrichterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich einer erfolgten Risikoaufklärung; Indizwirkung einer unterzeichneten Patienteneinwilligung für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs 811

206. OLG Frankfurt, Urteil vom 28.01.2014 – 8 U 116/12 – * Arzthaftung: Schmerzensgeld für Behandlungsfehler bei der Implantation einer Totalendoprothese des Hüftgelenks 814

207. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2014 – 5 U 1383/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung; Diagnosefehler bei völlig fernliegender Erkrankung und verspätete Krisenintervention 820

208. OLG München, Urteil vom 23.01.2014 – 1 U 2254/13 – * Haftung eines Hautarztes: Behandlungsfehler bei Entfernung eines Muttermals; Voraussetzung des Beginns der Verjährungsfrist; Pflicht des Patienten zur Erkundigung über mögliche Fehlbehandlung; Schmerzensgeldanspruch bei fehlerhafter Operationstechnik mit der Folge von großflächiger Narbenbildung 822

209. OLG Köln, Urteil vom 22.01.2014 – 5 U 86/13 – * Schriftliches Sachverständigengutachten: Antrag auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen 826

210. OLG Hamm, Urteil vom 21.01.2014 – I-26 U 101/12, 26 U 101/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Indikation für eine Arthroskopie zur Klärung der Ursachen einer Teilruptur der Supraspinatussehne; ärztliche Aufklärungspflicht über konservative Behandlungsmethoden 830

211. BGH, Urteil vom 21.01.2014 – VI ZR 78/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Amtshaftungsanspruch gegen einen Arzt; Abgrenzung zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnosefehler bei Schlaganfallpatienten; Haftung für Fehler eines Konsiliararztes 833

1. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 30.12.2014 – 1 U 52/14 – * Verwertbarkeit eines medizinischen Sachverständigengutachtens: Fehlende Abgrenzung der vom Hauptgutachter und vom Zusatzgutachter beantworteten Fragestellungen

Leitsatz

Zur beweisrechtlichen Verwertbarkeit eines medizinischen Sachverständigengutachtens, wenn dieses nicht erkennen lässt, welche Fragestellungen vom Hauptgutachter und welche Fragen von einem Zusatzgutachter beantwortet worden sind.

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 17.3.2014 verkündete Urteil - 16 O 318/12 - aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die 16. Zivilkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
II. Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Berufungsverfahren wird nach § 21 Abs. 1 S. 1 GKG abgesehen.
Im Übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten dem Landgericht vorbehalten.
III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.
Die Klägerin nimmt den Beklagten unter dem rechtlichen Aspekt der Arzthaftung aus abgetretenem Recht des Zeugen W. H. auf Zahlung von Schmerzensgeld, Schadensersatz sowie auf Feststellung der Einstandspflicht für Folgeschäden in Anspruch.
Der Zeuge W. H. stellte sich am 5.4.2012 wegen Rückenschmerzen in der Praxis des Beklagten vor. Dieser untersuchte den Zeugen und forderte ihn auf, sich mit dem Kopf nach unten auf den Behandlungstisch zu legen. Nachdem der Zeuge W. H. dies getan hatte, führte der Beklagte eine chiropraktische Behandlung durch und verabreichte abschließend eine schmerzstillende Spritze in den unteren Rückenbereich.
Am 17.4.2012 suchte der Zeuge W. H. erneut wegen persistierender Rückenschmerzen den Beklagten auf, der die Durchführung einer Röntgenuntersuchung veranlasste, die Messung der Knochendichte empfahl und Krankengymnastik verordnete.
Bei einer am 23.4.2012 im M.-Krankenhaus O. durchgeführten Röntgenaufnahme wurde eine Wirbelkörperfraktur (LWK IV - Fraktur) festgestellt, weshalb sich der Zeuge W. H. einer länger andauernden stationären Heil- und Rehabehandlung unterziehen musste.
Die Klägerin hat zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens behauptet, dass der Zeuge W. H. sämtliche Ersatzansprüche wegen der medizinischen Behandlung vom 5.4.2012 durch Abtretungsvereinbarung vom 20.11.2012 an sie abgetreten habe (Bl. 11 d.A.). Der Beklagte habe die chiropraktische Behandlung an seiner Wirbelsäule unfachmännisch vorgenommen. Dieser habe rechts über dem Gesäß irgendetwas manuell gemacht, wodurch es zu einem starken Schmerz an dieser Stelle gekommen sei und es gleichzeitig auch „gekracht“ habe. Da der Zeuge danach fortlaufend unter heftigen Schmerzen gelitten habe, die vor der manuellen Behandlung bei ihm nicht in dieser Form vorhanden gewesen seien, müsse davon ausgegangen werden, dass die von dem Beklagten durchgeführte chiropraktische Maßnahme die Fraktur im Wirbelkörper verursacht habe. Der Zeuge W. H. sei auch vor Durchführung der Maßnahme durch den Beklagten weder ordnungsgemäß darüber aufgeklärt worden, dass er überhaupt einen solchen Einrenkversuch vornehmen wolle noch habe der Beklagte den Zeugen über den Ablauf und die Risiken einer solchen Behandlung informiert.
Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat demgegenüber darauf verwiesen, dass die Behandlung vom 5.4.2012 im Brustwirbelbereich lege artis gewesen sei und aus medizinischer Sicht die Lendenwirbelkörperfraktur nicht habe kausal verursachen können.
Mit am 17.3.2013 verkündetem Urteil (Bl. 189 ff. d.A.), auf das wegen der tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das sachverständig beratene Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der ärztlichen Behandlung vom 5.4.2012 und der streitgegenständlichen Primärschädigung einer Fraktur des 4. Lendenwirbelkörpers zu verneinen sei. Im Hinblick darauf könne dahinstehen, ob dem Beklagten ein einfacher oder grober Behandlungsfehler unterlaufen sei oder dieser gegen ihm obliegende Aufklärungspflichten verstoßen habe und ob die Klägerin aktivlegitimiert sei.

Hiergegen richtet sich nunmehr die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlich erfolglos gebliebenen Klageanträge weiterverfolgt und hilfsweise Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung an das Landgericht beantragt.
Die Feststellung des Landgerichts, der Primärschaden des Patienten W. H. sei nicht ursächlich aufgrund der Behandlung durch den Beklagten entstanden, sei in mehrfacher Hinsicht verfahrensfehlerhaft zu Stande gekommen. Die entsprechende Feststellung des Landgerichts beruhe einzig auf dem schriftlichen Gutachten von Frau Dr. B. B. und deren mündlichen Erläuterungen. Diese verfüge als Rechtsmedizinerin aber nicht über die notwendige besondere Sachkunde auf orthopädischem Gebiet, weshalb ihr auf eigenes Betreiben Prof. Dr. H. H. als Zusatzgutachter auf dem Gebiet der Orthopädie beigestellt worden sei. Das vorliegende Gutachten sei aber weder von Prof. Dr. H. unterschrieben noch lasse es erkennen, welche der dortigen Ausführungen von dem Zusatzgutachter als Orthopäden und welche von Frau Dr. B. als Rechtsmedizinerin stammten.
Die Gutachterin habe auch bei ihrer medizinischen Beurteilung einen Sachverhalt unterstellt, der sich so nicht zugetragen habe. Da das Landgericht verfahrensfehlerhaft den Zeugen W. H. nicht zu der Art der Behandlung durch den Beklagten vernommen habe, sei die Sachverständige von falschen Anknüpfungstatsachen und einem zum Zeitpunkt der Behandlung bereits vorliegenden Gesundheitsschaden ausgegangen. Für die Kausalität der streitgegenständlichen Behandlung spreche bereits, dass die Schmerzen bei dem Zeugen W. H., wie durch dessen Vernehmung unter Beweis gestellt, erst nach der Behandlung durch den Beklagten aufgetreten seien und es andere Ereignisse, die eine solche Fraktur hervorgerufen haben könnten, nicht gegeben habe. Zu beanstanden sei ferner, dass trotz des Hilfsantrages der Klägerin der Zusatzgutachter Prof. Dr. H. nicht angehört worden sei, was den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletze. Die bereits erstinstanzlich erhobene Rüge der fehlenden Einwilligung in die Behandlung und der unterlassenen Aufklärung über die mit der Behandlung verbundenen Risiken habe das Landgericht übergangen und in keiner Weise gewürdigt. Die Feststellung des Landgerichts, dass die streitgegenständliche Behandlung für den Gesundheitsschaden des Zeugen W. H. nachweislich nicht kausal sei, werde vom Beweisergebnis nicht getragen.
Die Klägerin beantragt (Bl. 245, 296 d.A.):
Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 17.3.2014 (16 O 318/12) wie folgt abgeändert:
I. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin aus abgetretenem Recht des Herrn W. H., geboren am ... 1944, im R. ..., ... Sch.,
1. ein angemessenes - in das Ermessen des Gerichts gestelltes - Schmerzensgeld, mindestens aber 25.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 11.12.2012 sowie
2. als Schadensersatz 1762,60 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 11.10.2012 sowie
3. vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 962,71 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 11.10.2000 zu zahlen.
II. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin aus abgetretenem Recht des Herrn W. H., geboren am ... 1944, Im R. ..., ... Sch., sämtliche zukünftigen materiellen Schäden des vorbezeichneten Herrn W. H. aufgrund der rechtswidrigen und fehlerhaften Manipulation der Lendenwirbelsäule vom 5.4.2012 durch den Beklagten und des dadurch verursachten Splitterspruchs des 4. Wirbels der LWS des Herrn W. H. zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden, künftige immaterielle Schäden allerdings nur insoweit, soweit sie zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorhersehbar waren.
Hilfsweise:
Auf die Berufung der Klägerin hin wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 17.3.2014 (16 O 318/12) nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsmittels - an das Landgericht Saarbrücken zurückverwiesen.
Der Beklagte beantragt (Bl. 281, 297 d.A.),
die Berufung zurückzuweisen.
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seiner bereits erstinstanzlich vorgebrachten Argumente.
Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung 3.12.2014 die Originalabtretungsvereinbarung überreicht (Bl. 299 d.A.).
Wegen des weiteren zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 3.12.2014 (Bl. 296 ff. d.A.) Bezug genommen.
B.
Die form- und fristgerecht eingelegte sowie ordnungsgemäß begründete Berufung der Klägerin ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässig.
Das Rechtsmittel hat auch - vorläufigen - Erfolg und führt gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz.

Die angefochtene Entscheidung ist in Ansehung ihrer tragenden Gründe verfahrensfehlerhaft im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ergangen, denn das Urteil leidet an wesentlichen Mängeln (I.), deren Behebung eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig macht (II.).
I.
Zu Recht rügt die Berufung, dass das Landgericht entscheidungserheblichen Sachvortrag der Klägerin übergangen und eine unzureichende Beweiserhebung vorgenommen hat.
Damit hat es den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. In der Rechtsprechung ist zudem anerkannt, dass sowohl die unzureichende Beweiserhebung wie auch die unzureichende Beweiswürdigung einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO darstellen (BGH NJW-RR 1992, 1392; Hanseat. OLG OLGR 2009, 352; OLG Zweibrücken OLGR 2000, 221; zum Ganzen Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 538 Rz. 25, 28).
1. Das Landgericht hat keinerlei Feststellungen zur streitigen Aktivlegitimation der Klägerin getroffen und es im Rahmen seiner Urteilsbegründung offengelassen, ob der Beklagte im Rahmen des chiropraktischen Eingriffs behandlungsfehlerhaft vorgegangen ist und ob eine Behandlungs- und Risikoaufklärung durch den Beklagten erfolgt ist, da sich nicht feststellen lasse, dass die streitgegenständliche Primärschädigung des Zeugen W. H. auf der Wirbelsäulenmanipulation vom 5.4.2012 beruhe. Selbst unter der Annahme eines groben Behandlungsfehlers könne die Klage keinen Erfolg haben, denn der Beklagte habe den Nachweis fehlender Kausalität erbracht.
a) Diese Feststellungen des Landgerichts sind lückenhaft und vermögen die Entscheidung nicht in hinreichender Weise zu tragen.
Das Landgericht hat sich auf die Ausführungen der Sachverständigen Dr. B. (GA Bl. 138 ff.; Anhörung Bl. 182 ff.d.A.) gestützt, wonach bei dem Zeugen W. H. eine Kompressionsfraktur vorlag und dieses Schadensbild zwingend einen Krafteintrag parallel zur Längsachse der Wirbelsäule voraussetzt. Unstrittig sei, dass der Zeuge W. H. bäuchlings auf der Untersuchungsliege gelegen habe, so dass allenfalls ein Krafteintrag senkrecht zur Längsachse der Wirbelsäule ausgeführt worden sei. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Beklagte von der Seite aus "zugepackt" haben sollte, bleibe eine Schädigung von Grund- und Deckplatte des Wirbelkörpers unerklärlich. Zu berücksichtigen sei schließlich, dass der Zeuge W. H. aufgrund der früher bestehenden Osteoporose in besonderem Maße anfällig gewesen sei und mithin eine Fülle alternativer Ursachen in Form von Bagatellverletzungen und spontanen Frakturen denkbar sei.
b) Zwar rügt die Berufung zu Unrecht, das Gutachten der Sachverständigen Dr. B. sei deshalb mangelhaft, weil diese hinsichtlich der komplexen orthopädischen Fragestellungen des Beweisthemas nach eigenem Bekunden nicht kompetent gewesen sei. Gegen die Auswahl der Sachverständigen Dr. B. bestehen, soweit es um die Klärung der Ursachen der Wirbelkörperfraktur geht, keine durchgreifenden Bedenken.
Die Frage nach der Ursache der Wirbelkörperfraktur des Zeugen W. H. und die, ob alternative Ursachen in Betracht kamen, sowie die Frage, ob eine Krafteinwirkung auf den Rücken des sich in Bauchlage befindlichen Patienten geeignet war, eine Fraktur der streitgegenständlichen Art hervorzurufen, betreffen das Fachgebiet der Rechtsmedizin, deren Teilbereich die Traumatologie ist, also die Wissenschaft von Verletzungen und deren Entstehung und Therapie. Ein Facharzt für Rechtsmedizin ist mithin kompetent, durch Krafteinwirkung verursachte Schäden zu beurteilen, dies gilt insbesondere für die Begutachtung der Art der streitgegenständlichen Fraktur und der Voraussetzungen ihrer Entstehung.
Dass das Landgericht wegen der erforderlichen Begutachtung des komplexen chiropraktischen Behandlungsgeschehens aus orthopädischer Sicht als Zusatzgutachter Prof. Dr. H. und damit keinen ortsfremden Sachverständigen bestellt hat, stellt im Grundsatz keine fehlerhafte Ermessensausübung dar (§ 404 ZPO), auch wenn zur Vermeidung des Verdachts persönlicher oder beruflicher Nähe die Wahl außersaarländischer Sachverständiger sicherlich sinnvoll erscheint. Den Parteien steht es allerdings offen, einen Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, soweit sie konkrete Bedenken in Bezug auf dessen Neutralität und Unvoreingenommenheit haben (§ 406 Abs. 1 ZPO).
Durchgreifende Bedenken resultieren aber daraus, dass sich dem von der Sachverständigen Dr. B. erstatteten und von ihr allein unterzeichneten Gutachten nicht klar entnehmen lässt, in welchem Umfang die Sachverständige auf das Wissen des Zusatzgutachters bei orthopädischen Fragestellungen zurückgegriffen hat. Der pauschale Hinweis in dem Gutachten, „die hauptsächlich durch Herrn Prof. Dr. H. getragenen Ausführungen würden in fett kursiv“ dargestellt, genügt in diesem Zusammenhang keineswegs, denn fettkursiv dargestellte Ausführungen befinden sich ausschließlich in der Zusammenfassung am Ende des Gutachtens. Prof. Dr. H. hat weder eine eigene von ihm unterzeichnete, schriftliche gutachterliche Stellungnahme abgegeben, noch in dem Gutachten unterschriftlich bestätigt, dass er mit den dortigen Ausführungen einverstanden ist. Es bleibt unklar, ob er das Gutachten überhaupt gelesen und zur Kenntnis genommen hat.
c) Abgesehen von diesen formalen Mängeln hat die Klägerin im Schriftsatz vom 25.11.2013 (Bl. 166 d. A.) hilfsweise für den Fall, dass entgegen ihrem Antrag kein weiteres Gutachten eingeholt wird, beantragt, den Zusatzgutachter Prof. Dr. H. im Anschluss an die Vernehmung von Herrn W. H. anzuhören, ohne

dass das Landgericht diesem Antrag stattgegeben oder überhaupt dargelegt hat, warum es auf eine Anhörung des Zusatzgutachters nach seiner Rechtsauffassung nicht ankommt.
Für die Frage, ob die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm (mit-)erstatteten Gutachtens geboten ist, kommt es indes nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von der Partei nachvollziehbar dargetan worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Partei zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann (BGH, Beschluss vom 30.10.2013 - IV ZR 307/12, NJW-RR 2014, 295; BGH, Urteil vom 25.9.2007- VI ZR 157/06, IBR 2007, 717; BGH, Urteil vom 22.5.2001 - VI ZR 268/00 - VersR 2002, 120). Dieses Antragsrecht besteht unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO (BGH, Beschluss vom 10.5.2005 -VI ZR 245/04, VersR 2005, 1555 mwN). Das gilt auch für Zusatzgutachter, soweit die Anhörung in ihren Fachbereich fallende medizinische Fragen zum Gegenstand haben soll.
Es kann dabei von der Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, nicht verlangt werden, dass sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten gedenkt, im Voraus konkret formuliert. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welcher Richtung sie durch entscheidungserhebliche Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht (BGHZ 24, 9), was die Klägerin vorliegend mit Schriftsatz vom 25.11.2013 (Bl. 165, 166 d.A.) in ausreichender Weise dargelegt hat. Beschränkungen des Antragsrechts ergeben sich aus den Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs und der Prozessverschleppung, wofür keine Anhaltspunkte vorhanden sind. Dass das Gericht das Gutachten für ausreichend und überzeugend hält, reicht für sich alleine nicht (BVerfG NJW 2012, 1346; BGH NJW-RR 2003, 208).
2. In diesem Zusammenhang kann nicht mit Erfolg argumentiert werden, die Anhörung des Zusatzgutachters sei nur für den Fall der Vernehmung des Zeugen W. H. beantragt worden, denn auch die Vernehmung des Zeugen W. H. ist verfahrensfehlerhaft unterblieben.
a) Die Begründung des Landgerichts, wonach die Vernehmung des Zeugen W. H. zu dem Ablauf der Behandlung entbehrlich sei, weil der Zeuge bäuchlings auf der Liege lag, diese optisch nicht mitbekommen hat und nach den Ausführungen der Sachverständigen eine Schädigung von Grund- und Deckplatte selbst dann unerklärlich bleibt, wenn man den Sachvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 25.11.2013 (Bl. 165 d.A.) zugrunde legt, wonach der Beklagte auch von der Seite aus „zugepackt“ haben sollte, überzeugt nicht und macht eine Schilderung des Behandlungsablaufes, wie der Zeuge ihn als Patient erlebt hat, nicht überflüssig. Zur Beurteilung der Frage, ob die chiropraktische Behandlung durch den Beklagten behandlungsfehlerhaft war oder es sich gar um ein grobes ärztliches Versäumnis handelte, bedurfte es der Feststellung der für die sachverständige wie auch rechtliche Würdigung erforderlichen Anknüpfungstatsachen.
Hinzu kommt, dass der Zeuge W. H. ferner zu der Behauptung benannt worden ist, dass er vor der Behandlung durch den Beklagten diese Beschwerden nicht gehabt habe und er nichts unternommen habe, was einen Wirbelbruch in dieser Form verursacht haben könnte (Bl. 6 d.A.). Ungeachtet der Frage des Überzeugungswertes einer Aussage des durch die Behandlung unmittelbar betroffenen Patienten, durfte in Bezug auf die vorzunehmende Kausalitätsprüfung dieser Aspekt nicht außer Acht gelassen werden und die Vernehmung des Zeugen und eine ggfls. dadurch notwendig werdende weitere Befragung des/der Sachverständigen mit Blick auf das Verbot einer antizipierten Beweisaufnahme nicht unterbleiben.
3. Zu beanstanden ist ferner bereits im Ausgangspunkt die Würdigung des Landgerichts, dass wegen der von der Sachverständigen getroffenen Aussage, wonach der Ursachenzusammenhang zwischen der Kausalität der chiropraktischen Behandlung und dem Wirbelbruch „sehr unwahrscheinlich sei“, dahinstehen könne, ob die Behandlung fehlerhaft oder gar grob fehlerhaft vorgenommen wurde.
Würden im Streitfall die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen zur stattgefundenen Behandlung, die das Landgericht nicht festgestellt hat, die Annahme rechtfertigen, dass die Behandlung vom 5.4.2012 grob fehlerhaft durchgeführt worden ist, würde entgegen der Auffassung des Landgerichts im Hinblick auf die Ausführungen der Sachverständigen Dr. B., wonach der von der Klägerin behauptete Kausalzusammenhang „sehr unwahrscheinlich sei“, nicht ohne Weiteres die Beweislastumkehr zugunsten der Klägerin entfallen.
Nach anerkannten Rechtsprechungsgrundsätzen ist die Umkehr der Beweislast beim groben Behandlungsfehler zugunsten des Patienten lediglich dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist, was in die Beweislast der Arztseite fällt (BGH NJW 2014, 668; BGH NJW 2013, 3094; BGH NJW 2011, 3441). Beispielsweise rechtfertigt eine Erfolgschance von 10 % noch nicht die Annahme, dass die Schadenskausalität ganz unwahrscheinlich ist (OLG Brandenburg NJW-RR 2003, 1383). Wäre von einem groben ärztlichen Versäumnis des Beklagten auszugehen, bedürfte es der weitergehenden Befragung der Sachverständigen und näheren Quantifizierung des Wahrscheinlichkeitsgrades. Die bislang von der Sachverständigen zu dieser Frage getroffene Aussage („sehr unwahrscheinlich“) lässt eine hinreichende Beurteilung nicht zu, da der Begriff „sehr unwahrscheinlich“ interpretationsfähig und unklar ist, von welchem prozentualen Grad an Unwahrscheinlichkeit die Rechtsmedizinerin Dr. B. ausgeht. Auch dürfte diese Frage eher in den Fachbereich

des orthopädischen Zusatzgutachters Prof. Dr. H. fallen, da es um mögliche Folgen einer chiropraktischen Behandlung geht.
II.
Das Landgericht hat ferner im Hinblick auf den fehlenden Nachweis der Kausalität eines evtl. Behandlungsfehlers sowie den bei Annahme eines groben Behandlungsfehlers durch den Beklagten (vermeintlich) erbrachten Beweis fehlender Kausalität dahinstehen lassen, ob der Zeuge W. H. über die mit der Behandlung verbundenen Risiken durch den Beklagten in hinreichender Weise aufgeklärt worden ist, wofür grundsätzlich die Behandlungsseite die volle Beweislast trägt (BGH NJW 1984, 1807; Gehrlein, Grundwissen Arzthaftungsrecht, 2013, C I. Rz. 5).
1. Zwar würde sich die Frage der ordnungsgemäßen Aufklärung des Zeugen W. H. nicht stellen, sofern es im Ergebnis unter Berücksichtigung vorzunehmender Beweiserhebungen bei den Feststellungen des Landgerichts hinsichtlich des fehlenden Nachweises der Kausalität verbleiben sollte.
Dies gilt auch, soweit die Klägerin nunmehr klargestellt hat, dass sie auch für diejenigen Beschwerden Ersatz fordert, die der Zeuge W. H. durch den chiropraktischen Eingriff als solchen erlitten hat (Bl. 252, 253 d.A.), ohne dies allerdings - auch der Höhe nach - zu konkretisieren. Denn die gesundheitliche Beeinträchtigung des Zeugen W. H. durch den bloßen Eingriff könnte ggfls. als so geringfügig angesehen werden (allenfalls kurzzeitiger Schmerz, Erschrecken), dass eine messbare Schädigung, die die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes rechtfertigen könnte, nicht gegeben ist.
Sollte die vorzunehmende Beweisaufnahme zu einem der Klägerin günstigeren Ergebnis hinsichtlich der Frage eines Behandlungsfehlers und der Kausalität eines evtl. ärztlichen Fehlverhaltens führen, so wäre das Landgericht jedoch gehalten, sich auch der Problematik einer wirksamen Aufklärung zu widmen.
2. Letztendlich wird das Landgericht - so eine Haftung des Beklagten nach Durchführung der ergänzenden Beweisaufnahme begründet wäre - zu prüfen haben, ob die vorgelegte Abtretungsvereinbarung auf dem Hintergrund des Bestreitens des Beklagten (Bl. 48 d.A.) zum Nachweis der Aktivlegitimation der Klägerin genügend ist.
Es ist nicht auszuschließen, dass die Vernehmung des Zeugen W. H. zu dem eigentlichen Behandlungsgeschehen und zur Frage möglicher anderer Ursachen des Wirbelkörperbruchs sowie eine ggfls. gebotene informatorische Anhörung des Beklagten und die ergänzende Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. H. sowie ggfls. der Sachverständigen Dr. B. auf der Grundlage des so gewonnenen Beweisergebnisses zu einer anderen Urteilsentscheidung führt, so dass das angefochtene Urteil auf den aufgezeigten Verfahrensfehlern beruht. Die vorgenannten Mängel sind auch erheblich.
Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass eine Erhebung der erforderlichen Beweise eine umfangreiche und aufwendige Beweisaufnahme im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO mit sich bringt, ein Aspekt, der nicht nur Tatbestandsmerkmal im Rahmen des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist, sondern allgemein im Rahmen der nach § 538 Abs. 2 ZPO zu treffenden Ermessensausübung zu berücksichtigen ist (Zöller/Heßler, a.a.O., § 538 Rz. 7).
III.
Dem in § 538 Abs. 2 ZPO aufgestellten Erfordernis eines besonderen Antrags ist genügt, denn die Klägerin hat zumindest hilfsweise Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung der Sache an das Erstgericht beantragt (Bl. 245 d.A.).
C.
Hinsichtlich der Gerichtskosten war im Hinblick auf die aufgezeigten schweren Verfahrensfehler in Anwendung des § 21 Abs. 1 S. 1 GKG zu entscheiden (vgl. hierzu Hartmann, Kostengesetze, 44. Aufl., 2014, § 21 Rz. 8 ff.; BGH MDR 2005, 956).
Die Entscheidung über die Kosten im Übrigen war dem zu erlassenden erstinstanzlichen Urteil vorzubehalten.
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 775 Nr. 1 ZPO (BGH JZ 77, 232; Zöller/Heßler, a.a.O. § 538 Rz. 4; Münchener Komm., ZPO, 4. Aufl, § 704 Rz. 6).
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht gegeben.

2. OLG Köln, Beschluss vom 22.12.2014 – 5 U 71/14 – * Arzthaftungsprozess: Verweigerung der ergänzenden mündlichen Anhörung eines Sachverständigen

Orientierungssatz

Grundsätzlich sind Gerichte verpflichtet, dem Antrag einer Prozesspartei auf ergänzende mündliche Anhörung des vom Gericht beauftragten Sachverständigen nach schriftlicher Gutachtenerstattung zu entsprechen (vgl. u.a. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 6.03.2013, 2 BvR 2918/12). Der Anhörungsantrag des Klägers, der beabsichtigte, dass auch die Sicht seiner Eltern zur Begutachtungs- und Entscheidungsgrundlage wird, ist jedoch rechtsmissbräuchlich, wenn auch nach der persönlichen Anhörung der Mutter des Klägers keine Zweifel an der Behandlungsdokumentation der Beklagten bestanden, so dass diese auch weiterhin der sachverständigen Begutachtung und rechtlichen Beurteilung zugrunde

zu legen ist mit der Folge, dass es einer ergänzenden Befragung des Sachverständigen nicht bedurfte bzw. bedarf, weil dieser seine Begutachtung auf der Basis der Behandlungsdokumentation erstellt hat.
Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG, 6.03.2013, Az: 2 BvR 2918/12

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 8.04.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 208/11 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

Gründe

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 10.11.2014 (Bl. 208 ff. d. A.) Bezug genommen (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO).
Mit seiner Stellungnahme vom 10.12.2014 (Bl. 218 = 217 d. A.) wiederholt der Kläger teilweise - wenn auch mit etwas modifizierter Akzentuierung - seinen bisherigen Vortrag, mit dem sich der Senat bereits umfassend in seinem Hinweisbeschluss befasst hat. Insoweit und auch unter Berücksichtigung der zusätzlich von dem Kläger vorgetragenen neuen Gesichtspunkte und nach nochmaliger eingehender Prüfung des gesamten Akteninhalts rechtfertigt die Stellungnahme eine abweichende Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
Soweit der Kläger sich gegen die Beurteilung wehrt, dass sein Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen der Prozessverschleppung diene, ist sein Vorbringen nicht nachvollziehbar. Denn auf Prozessverschleppung hat der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 10.11.2014 nicht abgestellt. Vielmehr hat der Senat in dem Beschluss vom 10.11.2014 darauf hingewiesen, dass er den Antrag des Klägers auf ergänzende mündliche Anhörung des Sachverständigen für rechtsmissbräuchlich hält. Gegen diese Beurteilung wehrt sich der Kläger in seiner Stellungnahme vom 10.12.2014 ohne Erfolg:
Denn Gerichte sind zwar in der Tat nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich verpflichtet, dem Antrag einer Prozesspartei auf ergänzende mündliche Anhörung des von ihm [dem Gericht] beauftragten Sachverständigen nach schriftlicher Gutachtenerstattung zu entsprechen [vgl. statt vieler Entscheidungen etwa: BVerfG Beschluss vom 6.03.2013, 2 BvR 2918/12, NJW-RR 2013, 626-Rn. 19 - 21; BGH, Beschluss vom 22.05.2007, VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294-Rn. 3 - st. Rspr.]. Entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung bedeutet dies indes nicht gewissermaßen automatisch, dass dem Anhörungsantrag einer Prozesspartei ausnahmslos immer entsprochen werden müsste. Vielmehr ist dies nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dann nicht der Fall, wenn der Antrag rechtsmissbräuchlich ist oder der Prozessverschleppung dient [BVerfG und BGH, jeweils a. a. O.]. Und ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Zwar war der Antrag des Klägers nicht durch die Absicht, den Prozess zu verschleppen, motiviert. Aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung ist der Anhörungsantrag des Klägers indes rechtsmissbräuchlich. Nach seinem eigenen Vorbringen in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 23.12.2013 ist es dem Kläger darum gegangen, dass seine Eltern dem Gericht die Vorgänge in der Nacht vom 15. auf den 16.06.2007 aus ihrer Sicht schildern, damit nicht ausschließlich die Behandlungsdokumentation der Beklagten, sondern auch die Sicht seiner Eltern Grundlage der Begutachtung und Entscheidung wird. Dieses Anliegen ist für sich genommen durchaus legitim. Es nötigt indes nicht zwingend zu einer Anhörung des Sachverständigen. Denn dieser kann zu der Klärung der Frage, wie sich die Dinge in der fraglichen Nacht zugetragen haben, nichts beitragen. Es ist vielmehr Aufgabe des Gerichts, dem Sachverständigen insoweit die Anknüpfungstatsachen für seine Begutachtung vorzugeben. Dabei ist grundsätzlich von den Behandlungsunterlagen des behandelnden Arztes auszugehen. Denn diesen ist Vertrauen zu schenken, wenn sie zeitnah erstellt worden und vollständig sind und keine Umstände vorliegen, die Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit begründen [BGH, VersR 1978, 542-Rn. 24 - st. Rspr.; vgl. hierzu auch etwa BGH, NJW 1981, 2002-Rn. 19; BGH, VersR 1978, 542]. Solche Umstände, die Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsunterlagen der Beklagten hätten begründen können, lagen zunächst nicht vor, so dass es korrekt war, dass das Landgericht dem Sachverständigen in dem Beweisbeschluss vom 14.09.2012 vorgegeben hat, die Begutachtung auf der Basis der Behandlungsunterlagen vorzunehmen. Ebenso war es auf den Schriftsatz des Klägers vom 23.12.2013 hin korrekt, dass das Landgericht die Mutter des Klägers zu den Vorgängen in der Nacht vom 15. auf den 16.06.2007 persönlich angehört hat. Denn aus dieser persönlichen Anhörung hätten sich durchaus Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten und die Notwendigkeit ergeben können, dem Sachverständigen andere Anknüpfungstatsachen für seine Begutachtung vorzugeben und ihn um ergänzende Begutachtung auf der Basis dieser neuen Anknüpfungstatsachen zu bitten. Aus der persönlichen Anhörung der Mutter des Klägers haben sich indes auch für den Senat -

ebenso wie für das Landgericht - keine Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten hätten begründen können. Vielmehr stimmen die Dokumentation und die Bekundungen der Mutter des Klägers in einer Reihe von wesentlichen Punkten überein. Soweit die Darstellungen divergieren, besteht keine Veranlassung, an der Zuverlässigkeit der Dokumentation der Beklagten zu zweifeln. Vielmehr dürften diese Diskrepanzen auf der verständlichen und nachvollziehbaren nervlichen Anspannung der Mutter des Klägers in der konkreten, für den Kläger selbst und für seine Mutter sicherlich nicht einfachen Situation beruhen, worauf das Landgericht bereits zu Recht hingewiesen hat. So ist es insbesondere verständlich und gut nachvollziehbar, dass die Mutter des Klägers nach ihrem eigenen Bekunden die erfolgte Verabreichung von Schmerzmedikamenten nicht so genau mitbekommen hat. Bestanden aber auch nach der persönlichen Anhörung der Mutter des Klägers weiterhin keine Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten, war bzw. ist diese auch weiterhin der sachverständigen Begutachtung und rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen mit der Folge, dass es einer ergänzenden Befragung des Sachverständigen nicht bedurfte bzw. bedarf, weil dieser seine Begutachtung auf der Basis der Behandlungsdokumentation der Beklagten erstellt hat.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.
Berufungsstreitwert: 8.000,00 Euro

3. OLG Hamm, Urteil vom 19.12.2014 – 26 U 44/14 – * Physiotherapeutenhaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen fehlerhafter Behandlung und Aufklärungspflichtverletzung

Orientierungssatz

1. Physiotherapeuten dürfen Mobilisationsmaßnahmen ausführen, während eine Manipulation ausschließlich den Ärzten vorbehalten ist.
2. Da eine gesunde Arterie durch eine Mobilisation nicht geschädigt werden kann, besteht insoweit auch keine Aufklärungspflicht (vgl. OLG Jena, Urteil vom 18.05.2005, 4 U 641/04).
Vergleiche Thüringer Oberlandesgericht, 18.05.2005, Az: 4 U 641/04

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.02.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Streithelfers.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilig andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger begehrt Schmerzensgeld und Schadensersatz aufgrund einer behaupteten physiotherapeutischen Fehlbehandlung.
Der Kläger litt im04.2008 unter Verspannungen im Rücken- und Nackenbereich. Der Streithelfer verordnete ihm deswegen Krankengymnastik, die der Kläger in der Praxis der Beklagten von den Zeuginnen W und N durchführen ließ. Die ersten Behandlungen am 06.05. und 08.05.2008 führte die Zeugin W durch, eine weitere Behandlung erfolgte am 13.05.2008 durch die Zeugin N und am 19.05.2008 nochmals durch die Zeugin W.
Nach der letzten Behandlung verspürte der Kläger schließlich ein Kribbeln in der linken Körperhälfte, so dass er zum Streithelfer fuhr. Beim Aussteigen stürzte er zweimal zu Boden und musste auf allen Vieren zu dessen Tür krabbeln. Zu diesem Zeitpunkt waren auch bereits Lähmungserscheinungen auf der linken Gesichtshälfte eingetreten. Der Streithelfer alarmierte wegen des Verdachtes auf einen Schlaganfall den Rettungswagen, der den Kläger in das Klinikum nach O verbrachte. Dort wurde eine Dissektion der Arteria vertebralis festgestellt, die zu einem Hirninfarkt geführt hatte. Am 06.06.2008 konnte der Kläger aus der stationären Behandlung entlassen werden. Es schloss sich sodann eine Reha-Behandlung in D bis zum 24.07.2008 an. Wegen eines Schwächeanfalls musste der Kläger nochmals stationär ins Klinikum O. Danach erfolgte vom 01.08. bis zum 19.12.2008 eine ambulante Reha-Behandlung.
Der Kläger begann sodann eine Umschulung vom Tischler zum Groß- und Außenhandelskaufmann, die er erfolgreich abschloss, so dass er mittlerweile bei der F - Gruppe tätig ist.
Mit der Begründung, dass am 13.05.2008 durch die Zeugin N ein unzulässiges Einrenkmanöver durchgeführt worden sei und auch die in der Ergänzungssitzung durchgeführten Maßnahmen nicht fachgerecht ausgeführt worden seien, hat der Kläger Ansprüche gegen die Beklagte erhoben. Die Beklagte habe die Zeuginnen nicht unbeaufsichtigt tätig werden lassen dürfen. Zudem sei er auch nicht auf die entsprechenden Risiken aufmerksam gemacht worden. Die fehlerhafte Behandlung habe dazu geführt, dass er seine

linke Hand nicht mehr richtig einsetzen könne und der Einbeinstand links nur noch rudimentär möglich sei. Vor diesem Hintergrund hat der Kläger Schadensersatz u.a. wegen Einkommensverlust und Haushaltsführung sowie Fahrtkosten, Zuzahlungen für therapeutische und ärztliche Maßnahmen in Höhe von insgesamt 85.658,08 EUR, ein Schmerzensgeld von mindestens 110.000 EUR, eine monatliche Schmerzensgeldrente von 100 EUR, Feststellung der Ersatzverpflichtung für zukünftige materielle und immaterielle Schäden sowie den Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten von 4.907,56 EUR verlangt.
Das Landgericht hat nach Vernehmung der bei beiden behandelnden Physiotherapeutinnen sowie sachverständig beraten durch Dr. C die Klage abgewiesen, weil man keine unzulässigen Behandlungsmethoden feststellen könne und der erlittene Infarkt aufgrund der Dissektion der Arterie auch anlagebedingte Ursachen haben könne, die entweder aufgrund der Behandlungen oder auch durch eine normale Kopfbewegung ausgelöst worden sein könnten.
Aufklärungspflichtverletzungen lägen nicht vor. Zum einen bestehe keine Pflicht der Beklagten über Risiken aufzuklären, weil diese nur der behandelnde Arzt schulde. Zum anderen hätten die Physiotherapeuten auch keine eigene Anamnese durchführen müssen, sondern sich auf die Verordnung des Arztes verlassen können.
Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers.
Er meint, dass der Zeugin N schon deswegen nicht zu folgen sei, weil sie Berufsanfängerin gewesen sei. Vor diesem Hintergrund könne sie auch gar nicht von einem Behandlungsschema sprechen, dem sie immer folge. Sie habe auch keine Zusatzbezeichnung für "manuelle Therapie" und habe nach eigenen Angaben auch keinen Probezug durchgeführt, was der Sachverständige aber für erforderlich gehalten habe. Es sei auch offen geblieben, ob die Zeugin angesichts ihrer Ausbildung überhaupt diese Therapie hätte durchführen dürfen. Es habe sich dabei um einen besonders aufklärungspflichtigen Bereich gehandelt.
Es sei nicht nachvollziehbar, warum das Landgericht die Angaben der Zeugin für brauchbar gehalten habe, obwohl diese erhebliche Erinnerungslücken gehabt hätten.
Die Klägerin beantragt,
das angefochtene Urteil aufzuheben und nach seinen in der Schlussverhandlung gestellten Anträgen zu erkennen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Der Streithelfer beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Beide verteidigen das angefochtene Urteil.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere die gestellten Anträge, wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.
Der Senat hat die Parteien sowie den Sachverständigen Dr. C nochmals angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 19.12.2014 verwiesen.
II.
Die Berufung ist nicht begründet.
Zu Recht hat das Landgericht Ansprüche des Klägers verneint, weil er keine Fehlbehandlungen in der Praxis der Beklagten nachweisen kann und zudem keine Aufklärungspflichtverletzung vorliegt.
Auch nach nochmaliger Anhörung des Sachverständigen kann eine unzulässige und unfachmännische Behandlung in Form einer Manipulation nicht festgestellt werden.
Der Sachverständige hat nochmals bestätigt, dass er weder aus der Dokumentation, dem Entlassbrief des Krankenhauses O noch aus den beiden Zeugenaussagen eine fehlerhafte Behandlung entnehmen kann. Die Darstellung der Behandlungsweise durch die Zeugin N am 13.05.2008 kann sowohl eine unzulässige Manipulation als auch eine zulässige Mobilisation gewesen sein, weil es sich dabei lediglich um eine Änderung der technischen Ausführung handelt. Während beide Zeuginnen aufgrund ihrer Ausbildung die von ihnen dargestellten Mobilisationsmaßnahmen ausführen dürfen, ist eine Manipulation ausschließlich Ärzten vorbehalten. Auch aus der Angabe der Zeugin N für den 13.05.2008 hat er nicht auf eine Manipulation schließen können. Die Zeugin hat vielmehr in richtiger Weise den Probezug, den Release, vorgenommen, bevor sie mit ihrer Behandlung begonnen hat. Nach Angaben des Sachverständigen sind nämlich dabei geäußerte Schmerzangaben ein Warnsignal. Tatsächlich lassen sich bei diesem Probezug aber entsprechenden Schmerzäußerungen weder aus der Darstellung des Klägers selbst noch aus den Bekundungen der Zeugin N entnehmen. Mit Ausnahme des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Behandlung und Dissektion mit Hirninfarkt hat der Sachverständige keinerlei Anhaltspunkte dafür finden können, dass in der Praxis der Beklagten tatsächlich eine unzulässige Manipulation ausgeführt wurde. Insoweit hat der Sachverständige darauf verwiesen, dass die vom Kläger zuvor beklagten Beeinträchtigungen schon ein Hinweis auf eine stattgefundene Schädigung der Arterie gewesen sein können.

Soweit sich aus dem Entlassbrief des O Krankenhauses eine weitere Behandlung vom 16.05.2008 mit einem Einrenkmanöver ergibt, lässt sich aus der vorliegenden Karteikarte der Beklagten ein solches Behandlungsdatum für den Kläger nicht finden. Ein solches Datum ist ursprünglich vom Kläger auch nicht behauptet worden, der sich auch im Senatstermin diesbezüglich nicht sicher war.
Soweit der Kläger behauptet hat, dass er anlässlich der Behandlung am 19.05.2008 von Schmerzen anlässlich der vorhergehenden Behandlung berichtet hat, hat sich die Zeugin W daran nicht erinnern können, aber angegeben, dass sie bei besonderen Schmerzangaben Rücksprache mit der Zeugin N gehalten hätte. Der Sachverständige hat sich zudem dahingehend geäußert, dass er bei einer zwei- bis dreimaligen Behandlung und fortbestehenden Schmerzen noch keine Rücksprache mit dem verordnenden Arzt für erforderlich hält, solange es nicht zu einer Verschlechterung kommt. Eine solche Verschlechterung lässt sich aber weder aus der Dokumentation noch aus den Zeugenaussagen entnehmen.
Der Beklagten kann auch kein Vorwurf wegen einer fehlenden Aufklärung gemacht werden; denn der Sachverständige hat dazu ausgeführt, dass eine gesunde Arterie durch eine Mobilisation nicht geschädigt werden kann. Vor diesem Hintergrund hat er auch eine Aufklärung nicht für erforderlich gehalten. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung (OLG Jena, Urteil vom 18.05.2005, 4 U 641/04 mit Beschluss BGH vom 10.01.2006, VI ZR 110/05).
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.

4. OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2014 – 15 U 20/14 – * Arzthaftung: Notwendigkeit der Aufklärung über alternative Strahlentherapie bei Karzinom

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Marburg vom 19.12.2013 abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 30.000,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2010 zu zahlen.
Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 5.447,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2010 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen Schäden, die aus der Operation vom ... 2009 folgen, zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen.
Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Kosten von 952,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.03.2012 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz haben der Kläger zu 64 % und die Beklagte zu 36 % zu tragen. Von den Kosten des Rechtsstreits im Berufungsrechtszug tragen der Kläger 23 % und die Beklagte 77 %.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags leistet
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger verfolgt mit der Klage Ansprüche gegen die Beklagte wegen behaupteter fehlerhafter ärztlicher Behandlung.
Der Kläger wurde in der Klinik der Beklagten am ....2009 wegen einer als Karzinom diagnostizierten Hautveränderung am Penis operiert. Hierbei erfolgte eine Teilresektion der Glans penis. Vor der Operation wurde der Kläger am ....2009 über die Risiken einer operativen Teilentfernung aufgeklärt. Eine Aufklärung über eine Behandlungsalternative in Form der Strahlentherapie (Brachytherapie) erfolgte nicht. Auf seine Frage nach einer Strahlentherapie wurde ihm vielmehr erklärt, sie komme bei ihm nicht in Betracht.
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er hätte bei der Behandlung des bei ihm festgestellten Karzinoms über die Brachytherapie als gleichwertige Therapie aufgeklärt werden müssen. Diese sei hinsichtlich der Erfolgschance gleichwertig, hinterlasse jedoch keine bleibenden Schäden.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, das 145.000,-- € jedoch nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit ....2009 zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Schadenersatz in Höhe von 5.447,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2010 zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen Schäden, die aus der fehlerhaften Operation vom ....2009 folgen, zu bezahlen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergangen sind oder übergehen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.368,91 € vorgerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte hat behauptet, bei dem beim Kläger vorliegenden Tumor im Stadium T2 sei die Brachytherapie keine ebenbürtige Therapieoption gewesen. In den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Urologie und der europäischen Gesellschaft für Urologie aus dem Jahr 2007 sei die partielle Penektomie und inguinale Lymphknotenentfernung als Behandlungsempfehlung für einen Tumor im Stadium T2 genannt. Es könne den Ärzten der Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, dem Kläger nicht die Möglichkeit einer konservativen Brachytherapie als ernsthafte Alternative dargelegt zu haben.
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
Das Landgericht hat die Klage nach Beweiserhebung durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen X vom 20.03.2013 und dessen Anhörung im Termin zur mündlichen Verhandlung am 26.07.2013 abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte weder ein vertraglicher noch ein deliktischer Anspruch auf Schadenersatz oder Schmerzensgeld zu. Ein für die vom Kläger geltend gemachten Beschwerden ursächlicher Behandlungsfehler lasse sich nicht feststellen, insbesondere nicht bei der konkreten Therapiewahl und bei deren Durchführung. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen liege ein Behandlungsfehler nicht vor. Im vorliegenden Fall sei ein organerhaltender chirurgischer Therapieansatz in Form lokalchirurgischer Technik nach Mohs gewählt worden, der ein serielles Vorgehen vorsehe. Dabei werde zunächst die oberflächliche Beeinträchtigung abgetragen und dann immer weiter in die Tiefe geschnitten, bis möglichst der gesamte Tumor entfernt sei. Wegen der beträchtlichen Infiltrationstiefe sei das Verfahren vorliegend abgebrochen und eine Weiterbehandlung in der urologischen Klinik empfohlen worden. Zweifellos entspreche das gewählte Operationsverfahren nicht dem in der Urologie gängigen. Jedoch sei dieses Verfahren besonderes für kleine oberflächliche Tumore geeignet. Der vom Kläger nach der Operation beklagte großflächige Defekt seines Penis sei auf die von dem Kläger bedingte Verzögerung der diagnostischen Prozedur von 7 Monaten und der Zunahme des Tumors zurückzuführen. Die Kammer könne auch nicht davon ausgehen, dass dem Kläger vor Durchführung der Operation eine lediglich 1 cm tiefe Einkerbung versprochen worden sei. Insoweit sei der Kläger beweisfällig geblieben. Zu der Behauptung, der komplette Tumor des Klägers wäre mittels Strahlentherapie erfolgreich behandelt worden, sei auf die Ausführungen des Sachverständigen zu Rezidivraten zu verweisen, die für die Strahlentherapie bei 24 bis 66 % lägen. Ein Behandlungsfehler ergebe sich ferner nicht daraus, dass die Behandlung durch einen Dermatologen erfolgt ist, obwohl ein Peniskarzinom grundsätzlich dem Fachbereich der Urologie unterfalle. Der Kläger habe sich primär an einen Dermatologen gewandt. Nachdem das männliche Genital inklusive der Glans penis komplett mit Haut überzogen sei, lasse sich aus der Facharztanerkennung eine Berechtigung zur operativen Therapie durch Tumorexzision ableiten. Ein Befunderhebungsfehler liege nicht in der unterlassenen Aufnahme eines Ultraschalls, da dies optional sei.
Die Behandler hätten darüber hinaus keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Kläger verletzt. Die Kammer könne nicht davon ausgehen, dass für die Behandlung des Klägers mehrere gleichwertige Behandlungsmethoden zur Verfügung gestanden hätten. Denn der Sachverständige habe nicht bestätigt, dass die Brachytherapie zum Zeitpunkt der Operation ein gleichwertiger Therapieansatz gewesen sei. Dies folge nach den Ausführungen des Sachverständigen für das beim Kläger vorliegende Peniskarzinom Stadium T2 nicht aus der Leitlinie EAU-Guidelines Stand 2004. Diese sehe die Strahlentherapie nur optional unter strengsten Kriterien beim Stadium T1 G3 und Stadium T2 vor, welches auf weniger als 50 % der Eichel begrenzt sei. Allein diese Begrenzung dürfte im vorliegenden Fall mit 2 x 1 cm überschritten sein. Für das Stadium T1 G3 und T2 und höhere Stadien werde die Teilamputation oder Totalamputation des Penis empfohlen. Die Radiotherapie werde in der Leitlinie 2004 - ebenso wie in der Leitlinie 2009- nur bei Verweigerung einer Amputation aufgeführt. Die Brachytherapie sei damit nicht gleichwertig gewesen. Denn für eine klinische Einschätzung nur als T1 - Tumor ergebe sich aus den Akten kein ausreichend begründeter Hinweis, wobei eine sichere Differenzierung auch mit zusätzlichen Untersuchungsmethoden nicht mit annähernd sicherer Aussagekraft möglich gewesen wäre. Insoweit seien auch die Stellungnahmen des Privatgutachters Z nicht überzeugend, weil dessen Ausführungen darauf gründeten, dass beim Kläger ein Tumor im Stadium T1 vorgelegen habe. Zudem begründe Z seine Ausführungen mit den Leitlinien EAU 2010, welche für die Operation des Klägers am ....2009 nicht relevant seien. Auch die Behauptung des Klägers, die Brachytherapie sei hinsichtlich der Erfolgsaussichten ebenbürtig und hinterlasse keine Schäden, bestätige der gerichtliche Sachverständige nicht. Auch nach der Brachytherapie seien

bleibende Schäden - auch in kosmetischer Hinsicht- vorhanden. Die Kammer könne auch nicht davon ausgehen, dass den Behandlern eine fehlende Aufklärung im Hinblick auf eine Gleichwertigkeit der Brachytherapie in der Leitlinie EAU 2009 vorwerfbar wäre, da nicht davon auszugehen sei, dass die im02.bzw.03.2009 neugefasste Leitlinie zum Zeitpunkt der Behandlung am ..../....2009 bereits veröffentlicht oder den Beklagten in anderer Weise bekannt gewesen sei. Entsprechenden Vortrag halte der Kläger nicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, Band I Blatt 375 bis 383 der Akte.
Gegen dieses seinem Prozessbevollmächtigten am 23.12.2013 in vollständig abgefasster Form zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 23.01.2014, bei Gericht eingegangen vorab per Fax am selben Tag, Berufung eingelegt. Diese hat er mit Schriftsatz vom 19.02.2013, bei Gericht eingegangen vorab per Fax am selben Tage, begründet.
Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter. Abweichend zu den Anträgen in erster Instanz fordert der Kläger in zweiter Instanz die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes, das er in einer Größenordnung von mindestens 50.000,-- € für angemessen erachtet. Er rügt im Wesentlichen, das Verfahren erster Instanz leide insgesamt darunter, dass die falsche Leitlinie angewandt und deshalb die Gleich-wertigkeit der Brachytherapie verkannt worden sei. Den beteiligten Fachkreisen hätten im04.2009 die im02.2009 veröffentlichten Leitlinien EAU 2009 bekannt sein müssen. Der Sachverständige sei zu seiner Aussage der fehlenden Gleichwertigkeit gelangt, weil er die Leitlinien von 2004 zugrunde gelegt habe, die dies noch anders gesehen hätten. Fälschlich sei die Kammer davon ausgegangen, dass den Behandlern die fehlende Aufklärung im Hinblick auf die Neubewertung in den Leitlinien EAU 2009 nicht vorwerfbar sei, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass die im02.bzw.03.neugefassten Leitlinien im Zeitpunkt der Behandlung bereits veröffentlicht oder den Behandlern bekannt gewesen seien und der Kläger hierzu keinen Vortrag gehalten habe. Der Kläger verweist hierzu darauf, dass die Leitlinien im02.2009 im Internet einsehbar gewesen seien und Kliniken und Ärzte über das spezielle Ärzteforum „medline“ verfügten. Nach den Leitlinien 2009 sei zudem zur Größenbestimmung des Tumors ein MRT erforderlich gewesen. Auch zu der Frage, ob vor der Operation die Aufnahme eines Ultraschalls erforderlich gewesen sei, komme der Sachverständige zu einem falschen Ergebnis, weil er die Leitlinie 2004 zugrunde lege. Falsch sei auch die Annahme des Sachverständigen, dass das Karzinom von einem Dermatologen habe behandelt werden können. Verfahrensrechtlich kranke das Urteil daran, dass nicht ordnungsgemäß festgestellt worden sei, ob es sich um einen T1 oder T2 Tumor handle. Der Gerichtsgutachter sei insoweit falsch nach Aktenlage von einer Infiltration des corpus spongiosum ausgegangen. Den Vortrag des Klägers zur Größe des Tumors, die für die Einschätzung des Sachverständigen zur Einstufung von entscheidender Bedeutung gewesen sei, habe das Gericht unbeachtet gelassen. Insgesamt sei das erstinstanzliche Gericht dem Vortrag des Klägers zu Widersprüchen im eingeholten Gutachten nicht in gebotener Weise nachgegangen, so dass eine Verletzung rechtlichen Gehörs vorliege. Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird Bezug genommen auf den Schriftsatz vom 19.02.2014 (Bd. II Bl. 416 - 425 d. A.) sowie den weiteren Schriftsatz vom 14.08.2014 (Bd. II Bl. 451- 459 d.A.).
Der Kläger beantragt,
unter Abänderung des am 19.12.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Marburg, Aktenzeichen 5 O 25/11, die Beklagte zu verurteilen
1. an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 50.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2009;
2. Schadenersatz in Höhe von 5.447,-- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2010;
3. vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 952,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen Schäden, die aus der fehlerhaften Operation vom ....2009 folgen, zu bezahlen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergangen sind oder übergehen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Wegen des Vorbringens der Beklagten in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf den Schriftsatz mit der Berufungserwiderung vom 26.06.2014 (Bd. II Bl. 446 - 450 d. A.).
In der mündlichen Verhandlung hat der Senat den Kläger persönlich angehört und den Sachverständigen X zur Erläuterung seines für das Landgericht erstatteten Gutachtens ergänzend befragt. Wegen der Ergebnisse wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift vom 25.09.2014 (Bd. II Bl. 461 ff. d.A.).
II.
Die Berufung des Klägers ist statthaft sowie form- und insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig.

In der Sache hat die Berufung teilweise Erfolg. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 30.000 Euro, Ersatz materiellen Schadens in Höhe von 5.447,00 Euro, Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 952,00 Euro, jeweils nebst Zinsen, und Feststellung der Ersatzpflicht künftigen materiellen Schadens. Die weitergehende Berufung war dagegen zurückzuweisen.
1.
Zu Unrecht rügt die Berufung das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Soweit der Kläger mit der Berufung zunächst die Beweiswürdigung des Landgerichts zur fehlenden Erforderlichkeit eines Sicherheitssaumes von 10 mm angegriffen hat, kommt es hierauf nicht mehr an. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich klargestellt, dass die Klage auf diesen Vorwurf nicht mehr gestützt werde. Der weitere Angriff, ein Behandlungsfehler liege entgegen der Feststellung des Landgerichts darin, dass die streitgegenständliche Behandlung von einem Dermatologen und nicht von einem Urologen ausgeführt wurde, ist nicht durchgreifend. Diese Feststellung verstößt nicht gegen die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 ZPO entwickelten Kriterien der Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit sowie des Freibleibens der Beweiswürdigung von Verstößen gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze, noch begegnet sie in ihrer Überzeugungskraft vernünftigen Zweifeln. Die Feststellung, dass ein Dermatologe aufgrund der Weiterbildungsordnung der Landesärztekammer auf dem Gebiet der Haut- und Geschlechtskrankheiten auch zur gebietsbezogenen Tumortherapie befähigt sei, was bereits daraus folge, dass das männliche Genital inklusive der Glans komplett mit Haut überzogen ist, ist nicht zu beanstanden. Der Einwand des Klägers, diese Feststellung verstoße gegen die Gesetze der Logik, ist nicht durchgreifend.
2.
Die Berufung hat allerdings Erfolg, soweit sie sich auf eine unzureichende Aufklärung stützt. Der Senat vermag sich der Rechtsauffassung des Landgerichts nicht anzuschließen, die Operation sei trotz fehlender Aufklärung über die Möglichkeit einer Strahlentherapie rechtmäßig gewesen, weil die Brachytherapie am ....2009 unter Geltung der Leitlinien der Europäischen Gesellschaft für Urologie (EAU) aus dem Jahr 2004 keine gleichwertige Behandlungsmethode gewesen wäre.
a.
Es kann dahinstehen, ob das Urteil des Landgerichts auf einer unzureichenden Tatsachenfeststellung beruht, weil der geltende medizinische Standard nicht bestimmt wurde. Der Sachverständige X hat seiner Beurteilung durchgängig die EAU-Guidelines Stand 2004 zugrunde gelegt, obwohl nach den Ausführungen des Sachverständigen in seiner mündlichen Anhörung unklar geblieben war, ob die Leitlinie EAU 2004 oder die Leitlinie 2009 den maßgeblichen medizinischen Standard wiedergibt, und ob unter Zugrundelegung der Leinlinie EAU 2009 die Brachytherapie eine gleichwertige Behandlungsmethode darstellte. Der medizinische 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 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 (BGH, Urteil vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12 -). Die Ermittlung des Standards ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der sich dabei auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch einen Sachverständigen aus dem betroffenen medizinischen Fachgebiet stützen muss (BGH, Urteil vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12 -). Zur Frage der jeweils anwendbaren Leitlinien kommt es hierbei auf die Situation zum Zeitpunkt der Behandlung an (BGH, Urt. v. 25.11.2003 - VI ZR 8/03 - NJW 2004, 1452, 1453).
b.
Die Aufklärung des Klägers war deshalb unzureichend, weil ihm die Möglichkeit einer Strahlentherapie nicht eröffnet wurde, ihm vielmehr hierzu eine falsche Auskunft gegeben und ihm eine Aufklärung über diese Therapieform trotz Nachfrage verweigert wurde.
Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ärztliche Heileingriffe grundsätzlich der Einwilligung des Patienten bedürfen, um rechtmäßig zu sein, und diese Einwilligung nur wirksam erteilt werden kann, wenn der Patient über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren aufgeklärt worden ist. Nur so sind das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt. Für die ärztliche Hinweispflicht kommt es entscheidend nicht nur auf einen bestimmten Grad der Komplikationsdichte, sondern maßgeblich auch darauf an, ob das in Frage stehende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders schwer belastet (BGH VersR 2009, 257). Soweit es um die Wahl der Behandlungsmethode geht, ist diese zwar primär Sache des Arztes. Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert aber eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (vgl. BGH Urteil vom 13.06.2006 - VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 Rn. 13 -).

Eine Aufklärung wäre unter Anwendung dieser Grundsätze von den Behandlern der Beklagten jedenfalls zu fordern gewesen, wenn die Brachytherapie für das beim Kläger vorliegende Karzinom des Penis zum Zeitpunkt der Behandlung eine gleichwertige Behandlungsmethode dargestellt hätte. Dies ist mit dem Landgericht zumindest unter Geltung der Leitlinien EAU-Guidelines Stand 2004 nicht sicher festzustellen. Der Sachverständige X hat für das beim Kläger anzunehmende Peniskarzinom Stadium T2 unter Bezugnahme auf die Leitlinien EAU-Guidelines Stand 2004 ausgeführt, diese sehe die Strahlentherapie nur optional unter strengsten Kriterien beim Karzinom des Stadiums T1 G3 und Stadium T2 vor, welcher auf weniger als 50 % der Eichel begrenzt sei. Allein diese Begrenzung sei im vorliegenden Fall mit 2 x 1 cm (ohne Beachtung der Tiefe) überschritten gewesen. Für das Stadium T1 G3 und T2 und höhere Stadien werde die Teilamputation oder Totalamputation des Penis empfohlen. Die Radiotherapie werde in der Leitlinie 2004 nur bei Verweigerung einer Amputation aufgeführt. Unter Geltung der Leitlinie 2009 hat der Sachverständige X in seiner ergänzenden Stellungnahme vor dem Senat die Radiotherapie indes als eine zu erwägende Methode angesehen.
An seiner Einschätzung, dass es sich um einen T2-Tumor mit Infiltration des corpus spongiosum gehandelt habe, hat der Sachverständige X in seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat festgehalten. Für das Vorliegen eines Tumors dieser Klassifikation spreche der Histologiebefund vom ....2009; auch die vom Kläger vorgelegten Lichtbilder würden belegen, dass der beim Kläger stattgefundene Eingriff sehr substanziell gewesen sei und es ungewöhnlich wäre, wenn das corpus spongiosum nicht betroffen gewesen wäre.
Aus den Ausführungen des Sachverständigen folgt jedoch ebenso, dass die Brachytherapie unter Zugrundelegung der Leitlinie EAU-Guidelines Stand 2004 und der Annahme eines T2-Tumors - wenngleich möglicherweise nicht als gleichwertige Behandlungsmöglichkeit - zumindest im Fall der Amputationsverweigerung durch den Kläger eröffnet gewesen wäre. Hierüber wäre der Kläger alternativ zur operativen Entfernung jedenfalls deshalb aufzuklären gewesen, weil er eine Aufklärung über eine Strahlentherapie wünschte. Nach der mündlichen Anhörung des Klägers vor dem Senat ist unstreitig geblieben, dass der Kläger den behandelnden Arzt bereits am ....2009 vor Durchführung der Wundgrundbiopsie danach gefragt hatte, ob die Möglichkeit der Strahlentherapie besteht, falls es sich um Krebs handelt. Dies wurde von dem behandelnden Arzt der Beklagten mit dem Hinweis, diese Möglichkeit bestehe beim Kläger nicht, pauschal verneint. Eine Aufklärung über die Erfolgsaussicht der Strahlentherapie zur Tumorbeherrschung hätte die Beklagte unter diesen Umständen selbst dann erteilen müssen, wenn diese nach den zu dieser Zeit geltenden Leitlinien nicht das Mittel der Wahl war. Nach Auffassung des Senats muss es in Anbetracht des mit einer Teilamputation der Glans penis verbundenen Risikos und insbesondere auch wegen der dauerhaften optischen Beeinträchtigung des Penis dem Patienten überlassen bleiben, sich unter Abwägung der bestehenden unterschiedlichen Heilungschancen und Rezidivrisiken zwischen einer Exzision mit Teilresektion der Glans penis und einer organerhaltenden Radiotherapie zu entscheiden. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist nur gewahrt, wenn ihm die Möglichkeit eröffnet wird, sich insoweit ausreichend beraten gegen eine operative und für eine organerhaltende Therapie zu entscheiden, selbst wenn diese geringere Erfolgschancen bietet und mit erhöhten Rückfallrisiken verbunden ist. Das in Kauf zu nehmen obliegt allein der Entscheidung des Patienten. Auch die Leitlinie EAU-Guideless Stand 2004 nennt die Brachytherapie als Behandlungsmethode für den Fall der Verweigerung einer Amputation. Daraus folgt nicht, dass es allgemeiner medizinischer Auffassung entspräche, die Brachytherapie erst zu erwähnen, wenn der Patient von sich aus ohne Kenntnis einer Behandlungsalternative eine Amputation ablehnt und aus seiner Sicht bereit ist, der Krebserkrankung ihren Lauf zu lassen. Vielmehr wird der Patient in der Regel erst zu einer Amputationsverweigerung kommen können, wenn ihm aufgezeigt wird, dass es zur Amputation eine Alternative gibt, wenn auch aus medizinischer Sicht nicht gleichwertig und mit geringeren Erfolgschancen.
Die demnach erforderliche Aufklärung wurde dem Kläger indes nicht nur nicht zuteil, sondern mit dem unzutreffenden Hinweis, die Möglichkeit einer Strahlentherapie sei in keinem Fall eröffnet, geradezu versagt. Dies war falsch. Denn die Strahlentherapie stellt eine grundsätzlich anerkannte Methode der Krebsbehandlung dar. Sie findet in den einschlägigen medizinischen Leitlinien zur Behandlung des Peniskarzinoms Erwähnung und ist keine Außenseitermethode, von der aus medizinischer Sicht ohne Abwägung von Chancen und Risiken abzuraten gewesen wäre. Zu beachten ist weiter, dass zum Zeitpunkt der vom Kläger erbetenen Aufklärung über die Strahlentherapie am ....2009 diese - selbst unter Geltung der Leitlinie EAU-Guidelines Stand 2004 - nicht als medizinisch kontraindiziert abgetan werden konnte, da vor Durchführung der für den ....2009 geplanten Shave-Exzision und Wundgrundbiopsie die Tiefenausdehnung des Tumors noch nicht voll abschätzbar war. In Übereinstimmung mit dem Sachverständigen X geht der Senat davon aus, dass es keine ordnungsgemäße Aufklärung darstellt, dem Kläger bereits am ....2009 zu sagen, dass eine Strahlentherapie nicht in Betracht komme. Einen Hinweis auf die Strahlentherapie enthält die schriftliche Einverständniserklärung des Klägers vom ....2009 nicht. Dass die Brachytherapie mündlich erörtert wurde, hat die Beklagte nicht behauptet. Die Beklagte kann in diesem Zusammenhang ferner nicht damit gehört werden, die Einverständniserklärung am ....2009 habe nur eine diagnostische Erhebung zur Bestimmung des Tumorgrades betroffen. Denn die Einverständniserklärung des Klägers

bezog sich bereits auf den therapeutischen Eingriff mit operativer Teilentfernung der Glans penis, der am ....2009 vorgenommen worden ist.
Nach alledem war die Einwilligung des Klägers in die Operation am ....2009 nicht von einer hinreichenden Risikoaufklärung durch die behandelnden Ärzte der Beklagten getragen. Die Beklagte haftet dem Kläger daher ohne Rücksicht darauf, ob die Operation medizinisch fachgerecht durchgeführt wurde, für alle aus der Operation entstandenen und noch entstehenden Schäden.
c.
Den Einwand der sogenannten hypothetischen Einwilligung, also dass der Kläger sich dem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen und nicht eine Brachytherapie vorgezogen hätte, der grundsätzlich beachtlich ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2008 - VI ZR 198/07 -), hat die Beklagte bereits nicht erhoben. Demgegenüber hat der Kläger für den Senat nachvollziehbar dargelegt, dass er sich bei vollständiger Aufklärung in jedem Fall gegen die aus seiner Sicht verstümmelnde Operation und für die Strahlentherapie entschieden hätte. Der Senat glaubt dies dem Kläger aufgrund des von ihm gewonnenen persönlichen Eindrucks in der mündlichen Verhandlung am 25.09.2014. Dem entspricht auch das tatsächliche Handeln des Klägers. So hat er nach der Operation am ....2009 eine weitere Amputation abgelehnt und sich in der Folge einer Strahlentherapie unterzogen.
3.
Durch die Operation ist dem Kläger ein Gesundheitsschaden in Form eines Teilverlustes der Glans penis entstanden. Der Senat verkennt nicht, dass die Operation medizinisch indiziert war und zusammen mit der nachfolgenden Strahlentherapie zu einem Therapieerfolg geführt hat. Es kann indes im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung nicht angenommen werden, das Peniskarzinom wäre ohne die operative Teilresektion nicht geheilt worden, bzw. eine operative Teilresektion wäre gegebenenfalls nach erfolgloser Strahlentherapie ohnehin erforderlich geworden. Für einen solchen hypothetischen Kausalverlauf im Sinne des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist die Beklagte beweispflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005 - VI ZR 313/03 -). Diesen Beweis kann die Beklagte nicht führen.
4.
Der dem Kläger entstandene Gesundheitsschaden rechtfertigt nach Auffassung des Senats ein Schmerzensgeld in Höhe von 30.000,-- € (§ 253 Abs. 2 BGB). Der Senat hat insbesondere berücksichtigt, dass der Kläger in Folge der Operation einen Teilverlust der Glans penis erlitten hat, der von ihm … psychisch als besonders beeinträchtigend erlebt wird, weil der Teilverlust auf Dauer optisch ohne weiteres erkennbar ist. Weiter ist zu beachten, dass der Kläger durch die Teilresektion in seinem Alltag bei Sport und sexueller Betätigung … Beeinträchtigungen ausgesetzt ist. Der Senat kann nachvollziehen, dass der Kläger, was er in der mündlichen Verhandlung geäußert hat, in hohem Maße gehemmt ist, Frauen intim gegenüber zu treten, weil er befürchtet, dass der Anblick seines Penis abstoßend wirken könne.
Ein höheres Schmerzensgeld ist nach Auffassung des Senats im Hinblick auf die vom Kläger eher allgemein geschilderten Beschwerden, die keine hinreichende Beurteilung zulassen, nicht gerechtfertigt. Mit dem Sachverständigen X ist weiter zugrunde zu legen, dass es sich um eine medizinisch indizierte Heilbehandlung gehandelt hat und auch die Brachytherapie demgegenüber keinen makellosen medizinischen Aspekt geboten hätte.
Nach alledem hält der Senat ein Schmerzensgeld von 30.000,-- € für angemessen aber auch für ausreichend.
5.
Der Kläger hat weiter einen ersatzfähigen materiellen Schaden in Form der Gutachterkosten des von ihm eingeschalteten Privatgutachters Z in Höhe von 5.227,50 € erlitten, sowie Kosten der Dokumentation/ Fotoshooting von 50,-- € und Auslagen in Höhe von 150,-- € und 19,50 €. Diese Kosten dienten der Schadensermittlung und sind unstreitig in dem Umfang entstanden, wie sie dem Berufungsantrag zu 2) unterlegt sind.
6.
Der Zinsausspruch beruht auf den §§ 286 Abs. 2 Nr. 3, 288 Abs.1 BGB. Einen vor dem 31.03.2010 eintretenden Verzug der Beklagten hat der Kläger nicht dargelegt, so dass die Klage hinsichtlich des weitergehenden Zinsbegehrens abzuweisen war.
7.
Der Feststellungsantrag ist zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz bereits eingetretener und künftiger Schäden zulässig, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht. Ein Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist nur zu verneinen, wenn aus der Sicht des Geschädigten bei verständiger Würdigung kein Grund gegeben ist, mit dem Eintritt eines Schadens wenigstens zu rechnen (vgl. BGH NJW-RR 2007, 601; VersR 2001, 876; VersR 2001, 874). Die Möglichkeit eines Schadenseintritts ist angesichts des Eingriffs in die körperliche Integrität des Klägers durch die Teilamputation des Penis zu bejahen.

Der Feststellungsantrag ist auch begründet, weil ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff gegeben ist, der auch zu künftigen Schäden führen kann. Es erscheint möglich, dass der Kläger auf Grund der verbleibenden eingriffsbedingten Schäden (Teilverlust der Glans penis) in der Zukunft materielle Schäden erleiden kann.
8.
Die Beklagte schuldet weiter für die vor dem 01.08.2013 erfolgte außergerichtliche Vertretung des Klägers Ersatz der Rechtsanwaltskosten aus einem Streitwert von 65.447,-- € in Höhe von 952,-- €. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs.2 BGB.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die Vollstreckbarkeit rechtfertigt sich aus 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 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht und der Sache auch sonst keine grundsätzliche Bedeutung zukommt.

5. OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2014 – 22 U 57/12 – * Arzthaftung: Pflichten des als Belegarzt operierenden Gynäkologen bei bekannter Umstellung der Patientin von Marcumar auf Heparin

Leitsatz

Ein als Belegarzt operierender Gynäkologe, dem mitgeteilt wird, die Patientin befinde sich zurzeit in der Umstellung von Marcumar auf Heparin (sog. Bridging), ist nicht verpflichtet, sich von dessen tatsächlicher Durchführung zu überzeugen, wenn die OP kein besonderes Blutungsrisiko mit sich bringt (hier: Ausschabung der Gebärmutter).

Orientierungssatz

Zitierung: Abgrenzung OLG Köln, 2.04.2001, 5 U 172/00, AHRS 2395/301.
Abgrenzung OLG Köln, 2.04.2001, Az: 5 U 172/00

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 15.02.2012 wird zurückgewiesen.
Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Das angefochtene Urteil wird für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung erklärt.
Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Vollstreckende Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe

I.
Die Parteien streiten um Ansprüche der am ....1933 geborenen Klägerin nach einer gynäkologischen Operation am ....2007, die der Beklagte zu 1) als Belegarzt im Krankenhaus der vormaligen Beklagten zu 4), bei der die vormalige Beklagte zu 5) als Stationsschwester tätig ist, ausgeführt hat. Die vormalige Beklagte zu 2) war bei der Operation als Anästhesistin tätig; die vormalige Beklagte zu 3) war als angestellte Ärztin in der kardiologischen Praxis A die die Klägerin regelmäßig betreuende Kardiologin.
Auf Empfehlung ihrer Frauenärztin B stellte sich die Klägerin am .... 2007 beim Beklagten zu 1) vor und übergab diesem eine Überweisung. In der Zeit vor der Operation hatte die Klägerin seit mehr als einem Jahr Marcumar zur Blutverdünnung eingenommen, was sie aufgrund der Beratung in der kardiologischen Praxis in den Tagen vor der Operation absetzte, ohne mit Heparin versorgt zu werden. Die gynäkologische Operation als solche verlief komplikationslos; am Abend des Operationstags erlitt die Klägerin jedoch einen Hirninfarkt, der zu bleibenden körperlichen Einschränkungen führte.
Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien sowie wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge und der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme (Sachverständigengutachten vom 21.07.2010, Ergänzungsgutachten, bei Gericht eingegangen am 05.08.2011, und mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen C am 18.01.2012) wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, ein Behandlungsfehler der Beklagten sowie die Kausalität zwischen einer evtl. falschen Medikation und dem erlittenen Hirninfarkt seien nicht bewiesen.
Gegen das ihr am 28.02.2012 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 26.03.2012 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30.05.2012 am 29.05.2012 begründet.
Die Klägerin rügt die erstinstanzliche Beweisaufnahme als unvollständig und falsch gewürdigt und behauptet, es gehöre zu dem von einem als Belegarzt tätigen operierenden Gynäkologen einzuhalten fach-

ärztlichen Standard, durch Nachfrage bei behandelnden Fach- oder Hausärzten zu klären und zu überwachen, dass eine notwendige Umstellung von Marcumar auf Heparin ordnungsgemäß erfolgt sei; eine solches Bridging wäre bei ihr auch objektiv erforderlich gewesen.
Die Klägerin hat nach entsprechender Erörterung in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 01.08.2013 die Berufung bezüglich der vormaligen Beklagten zu 2) und 3) mit Schriftsatz vom 02.12.2013 zurückgenommen. Die klageerweiternd in der Berufungsinstanz gegen die Beklagten zu 4) und 5) mit Schriftsatz vom 16.12.2013 erhobene Klage hat die Klägerin nach entsprechendem Hinweis des Senats in der Berufungsverhandlung vom 27.02.2014 zurückgenommen.
Die Klägerin beantragt nunmehr:
1.
Unter Abänderung des am 15.02.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Darmstadt, AZ: 17 O 371/09, wird der Beklagte zu 1) verurteilt, an die Klägerin aus ärztlich fehlerhafter interdisziplinärer Behandlung betreffend die Fachgebiete Kardiologie, Gynäkologie und Anästhesie in dem Zeitraum vom ...2007 bis ...2007 in O1 - Unterlassen einer präoperativen Medikation, Befunderhebung und Kontrolle und daraus resultierender Hirninfarkt nach der Operation - einen materiellen Schadensersatz in Höhe von 28.304,13 € zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 01.06.2008 zu zahlen.
2.
Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, aus der im vorstehenden Antrag zu Nr. 1 bezeichneten ärztlich fehlerhaften Behandlung ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen betragsmäßige Festsetzung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst 5 % Zinsen gemäß § 247 Abs.1 BGB seit dem 01.06.2008 zu zahlen.
3.
Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, aus der im Klageantrag zu Nr. 1 bezeichneten ärztlich fehlerhaften Behandlung an die Klägerin eine monatliche Schmerzensgeldrente in Höhe von 200,00 €, beginnend mit dem 01.06.2008 zu zahlen.
4.
Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Kosten in Höhe von 1.319,71 € zu zahlen.
Der Beklagte zu 1) beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Der Beklagte zu 1) verteidigt das angefochtene Urteil und ist der Auffassung, jederzeit entsprechend dem fachärztlichen Standard gehandelt zu haben. Ein Bridging sei bei der Klägerin objektiv auch nicht erforderlich gewesen und hätte den Eintritt des Hirninfarkts nicht verhindert. Der Beklagte zu 1) behauptet zudem, der Kardiologe A habe ihm bei einem Telefonat am ....2007 fälschlicherweise mitgeteilt, die Umstellung von Marcumar auf Heparin sei bei der Klägerin erfolgt; eine entsprechende Auskunft hätte A auch erteilt, wenn der Beklagte zu 1) sich bereits vor der Operation am ....2007 bei ihm nach der Durchführung eines Bridgings bei der Klägerin erkundigt hätte.
Der Senat hat die Klägerin und den Beklagten zu 1) in der Berufungsverhandlung vom 01.08.2013 persönlich angehört. Anschließend hat der Senat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen A in der Berufungsverhandlung am 27.02.2014 und Einholung eines fachärztlichen Gutachtens des Sachverständigen D, das der Sachverständige in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 08.12.2014 mündlich erläutert hat.
Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 01.08.2013, 27.02.2014 und 08.12.2014 verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung ist, soweit sie noch verfolgt wird, nicht begründet.
Nach dem Ergebnis der in der Berufungsinstanz durchgeführten Beweisaufnahme und in Würdigung der schriftsätzlichen Ausführungen der Parteien sowie des Ergebnisses der zweitinstanzlich durchgeführten Parteianhörungen kann eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) gegenüber der Klägerin durch Verletzung des im Jahre 2007 geltenden fachärztlichen Standards eines als Belegarzt operierenden Gynäkologen nicht festgestellt werden. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob ein Bridging bei der Klägerin angesichts ihres Alters und ihrer Vorerkrankungen objektiv erforderlich war und den Eintritt des Hirninfarkts am Abend des Operationstags verhindert hätte. Ebenfalls kann hier dahingestellt bleiben, ob die verantwortlichen Ärzte der die Klägerin behandelnden kardiologischen Gemeinschaftspraxis den von ihnen einzuhaltenden organisatorischen und fachärztlichen Standard bei der präoperativen Behandlung der Klägerin verletzt haben, weil diese Ärzte am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt sind oder waren. Entscheidend für eine Haftung des Beklagten zu 1) ist allein, ob er als Belegarzt tätiger operierender Gynäkologe den für ihn geltenden fachärztlichen Standard eingehalten hat.
Eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) kann der Senat auf der Grundlage der von ihm getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht bejahen. Dabei ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, der Par-

teianhörung und der Würdigung der vorgelegten und in der Berufungsverhandlung in Augenschein genommenen Urkunden, insbesondere der vom Beklagten zu 1) für die Klägerin geführten Patientenkartei (gelbe Karte, in blauer Mappe) und der darin befindlichen Privat-Überweisung der Fachärzte für Gynäkologie B vom ....2007, davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1) beim Vorgespräch der Parteien am ....2007 von der Klägerin die o.g. Überweisung der Frauenärzte B überreicht bekam, ihm jedoch nicht ausdrücklich mündlich von der Klägerin mitgeteilt wurde, sie werde von der kardiologischen Praxis A „auf Heparin umgestellt".
Beide Parteien schildern das zwischen ihnen geführte Vorgespräch durchaus unterschiedlich, wobei der Senat keiner der beiden Schilderungen in vollem Umfang zu folgen vermag: Soweit die Klägerin auf Vorhalt der Privat-Überweisung der Frauenärzte B gesagt hat, sie habe dieses Schriftstück „nie gesehen", sondern dem Beklagten zu 1) ein anders aussehendes Schriftstück überreicht, geht der Senat von einer unzutreffenden Erinnerung der Klägerin aus. Ein anders aussehendes Schriftstück ist nie zur Akte gelangt. Die Echtheit der vorgelegten Überweisung ist unbestritten und es gibt keine nachvollziehbare Erklärung dafür, wie der Beklagte zu 1) in den Besitz der Überweisung gelangt sein soll, wenn nicht durch die Übergabe seitens der Klägerin beim Vorgespräch.
Andererseits ist der Senat auch nicht davon überzeugt, dass die Eintragung des Beklagten zu 1) in der Patientenkartei „Pat. wird von FA-Praxis A auf Heparin umgestellt" den Inhalt des Vorgesprächs zwischen den Parteien zutreffend wiedergibt, nachdem die Klägerin ausdrücklich und mehrfach versichert hat, das Wort „Heparin" sei im Gespräch zwischen ihr und dem Beklagten zu 1) nicht gefallen. Zwar kann einer formell und materiell ordnungsgemäßen Dokumentation, die keinerlei Anhalt für Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bietet, grundsätzlich seitens des Gerichts Glauben geschenkt werden (vgl. statt vieler OLG München 1 U 5092/10; Urteil vom 15.07.2011, Rdn. 26 ff, zitiert nach juris), jedoch ist im vorliegenden Fall der Beweiswert der Dokumentation des Beklagten zu 1) durch die Vernehmung des Zeugen A in erheblichem Maße erschüttert worden. Der Zeuge A hat glaubhaft und plausibel bekundet, er könne ausschließen, dass ein Telefonat, wie es der Beklagte für den ... 2007 in der Patientenkartei dokumentiert hat, stattgefunden hat. Der Senat ist nach dem Eindruck, den der Zeuge A in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat, davon überzeugt, dass der Zeuge bezüglich der Klägerin, einer Patientin, die er persönlich nicht behandelte (und noch nicht einmal kannte) ohne Einblick in die Computer-Dokumentation seiner Praxis keine Auskunft des vom Beklagten dokumentierten Inhalts gegeben hätte oder - einen Anruf des Beklagten zu 1) unterstellt - gegeben hat. Da die Aussage des Zeugen A nicht nur einen nebensächlichen und für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblichen Punkt (vgl. zu solchen Fragen OLG Oldenburg, 5 U 147/05, Urteil vom 28.02.2007, Rdn. 43, zitiert nach juris) betrifft, ist der Beweiswert der Patientenkartei in erheblichem Maße erschüttert. Sie kann bei der gegebenen Sachlage nicht die Vermutung rechtfertigen, der zwischen den Parteien streitige Inhalt des Vorgesprächs am ....2007 sei so gewesen, wie es der Beklagte dokumentiert hat.
Ist mithin davon auszugehen, dass dem Beklagten zu 1) nur die Information auf der Privat-Überweisung der Frauenärzte B „z.Zt. Umst. Marcumar-Heparin" beim Vorgespräch zur Verfügung stand, ist zu beurteilen, ob der vom Beklagten einzuhaltende fachärztliche Standard es geboten hätte, nunmehr selbst in der die Klägerin betreuenden hausärztlichen und/oder kardiologischen Praxis nachzufragen, ob die Umstellung auf Heparin tatsächlich erfolgt war. Diese Frage ist nach dem Ergebnis der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme zu verneinen.
Der Sachverständige D hat bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat detailliert und überzeugend dargetan, in welchem Umfang sich ein operierender Gynäkologe um die Frage der Marcumar- oder Heparin-Versorgung einer Patientin kümmern muss. Es kommt hierbei vor allem auf die Art des vorzunehmenden Eingriffs, dabei besonders auf das Risiko einer nichtstillbaren Blutung, an. Der bei der Klägerin vorzunehmende Eingriff war ein - üblicherweise ambulant durchzuführender - kleinerer Eingriff, der ca. fünf Minuten dauerte, und innerhalb der Gebärmutter, also einem muskulären Hohlorgan, erfolgte, wo das Risiko einer ausgedehnten Blutung generell eher gering ist. Die Vorerkrankungen der Klägerin erhöhten das Blutungsrisiko nicht. Der INR-Wert war so eingestellt, dass das Risiko einer unstillbaren Blutung minimiert war. Nachdem dem Beklagten durch die Privat-Überweisung der Frauenärzte B mitgeteilt worden war, dass die Umstellung von Marcumar auf Heparin sich derzeit in der Umsetzung befand, musste er zur Einhaltung des fachärztlichen Standards nicht nochmals von sich aus auf diese Frage zurückkommen, auch nicht unmittelbar vor der Operation. Anders als im Falle des OLG Köln 5 U 172/00, Urteil vom 02.04.2001, zitiert nach juris) hatte der Beklagte zu 1) nicht selbst die Umstellung von Marcumar auf Heparin angeordnet und damit ein besonderes Risiko für die Patientin geschaffen (darauf stellt das OLG Köln, a.a.O., in Rdn. 23 ab), sondern darauf vertraut, der von anderen initiierte laufende Umstellungsprozess werde - seine Notwendigkeit einmal unterstellt - ordnungsgemäß zu Ende geführt werden. Dies kann ihm nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Es entspricht vielmehr den Grundsätzen der horizontalen Arbeitsteilung zwischen Fachärzten verschiedener Disziplinen.
Weiterhin entsprach es nach den Ausführungen des Sachverständigen, denen sich der Senat anschließt, dem für einen als Belegarzt operierenden Gynäkologen geltenden fachärztlichen Standard, bei der kurzen Visite am Nachmittag des Operationstags nur den klinischen Zustand der Patientin zu prüfen und nicht

Einblick in die Pflegedokumentation zu nehmen. Die Visite des Belegarztes nach der Operation dient nicht der Kontrolle des Stationsbetriebs, sondern der Operateur vergewissert sich, ob die Patientin den Eingriff gut überstanden hat, kreislaufstabil und gut orientiert ist, oder ob es Anhaltspunkte für innere Blutungen oder andere Komplikationen gibt. Diesem Standard ist der Beklagte zu 1) gerecht geworden. Er traf die Klägerin am Nachmittag des Operationstags in gutem Zustand an. Damit, dass seine Anweisung, der Patientin - wie allen frisch operierten Patientinnen - am Tag des Eingriffs eine Heparinspritze zu verabreichen, vom Pflegepersonal unabgesprochen geändert worden sein könnte, musste er nicht rechnen.
Da die Berufung mithin insgesamt unbegründet ist, hat die Klägerin die gesamten Kosten der Berufungsinstanz zu tragen. Über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) bis 5) wurde bereits mit Beschlüssen vom 12.12.2013 und 27.02.2014 entschieden. Im Übrigen folgt die Kostenentscheidung aus § 97 I ZPO.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen.

6. OLG Köln, Beschluss vom 17.12.2014 – 5 U 104/14 – * Sachverständiger: Voraussetzungen für eine Anhörung des Sachverständigen

Orientierungssatz

Wurde vor einem Ergänzungsgutachten ein Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen gestellt und nach Vorliegen des Ergänzungsgutachtens zwar erneut Kritik gegen das Gutachten vorgebracht, jedoch trotz Hinweises des Gerichts in der Ladungsverfügung kein weiterer Antrag auf Anhörung des Sachverständigen gestellt, kann das Gericht davon ausgehen, dass das Fragerecht durch das Ergänzungsgutachten erledigt war.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 21.05.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 51/13 - 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, denn dem Kläger stehen keine Ansprüche gegen die Beklagte aufgrund der streitgegenständlichen Behandlung zu.
Ohne Erfolg bleibt zunächst die Rüge des Klägers, das Landgericht sei verfahrensfehlerhaft seinem Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen nicht nachgekommen. Der Kläger hat nach Zugang des ersten Gutachtens von Prof. Dr. Q mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 12.11.2013 beantragt, den Sachverständigen mündlich anzuhören. Seinem Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Landgericht zunächst dadurch nachgekommen, dass es die im Schriftsatz formulierten Fragen und Einwendungen dem Sachverständigen zur ergänzenden Begutachtung vorgelegt hat. Gegen das daraufhin durch den Sachverständigen erstattete Ergänzungsgutachten hat der Kläger zwar erneut Kritik vorgebracht. Einen weiteren Antrag auf Anhörung des Sachverständigen hat er jedoch nicht gestellt. Ohne erneuten Antrag auf mündliche Anhörung hatte das Landgericht keinen Anlass, den Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung zu laden. Darauf hat es den Kläger auch mit seiner Ladungsverfügung zum Termin hingewiesen, ohne dass der Kläger hiergegen Einwendungen erhoben, insbesondere einen Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen gestellt hat. Das Landgericht konnte daher davon ausgehen, dass das Fragerecht durch das Ergänzungsgutachten - auch wenn weiterhin Einwendungen gegen das Gutachten erhoben wurden - erledigt war.
Das Landgericht war auch nicht im Rahmen des ihm nach § 411 Abs. 3 ZPO zustehenden Ermessen gehalten, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Ein Verpflichtung zur mündlichen Anhörung des Sachverständigen kann dann bestehen, wenn das Gutachten unzulänglich, unvollständig, widersprüchlich, missverständlich oder unverständlich ist (Münchener Kommentar-Zimmermann, 4. Auflage 2012, § 411 ZPO, Rz. 10). Davon kann hier keine Rede sein. Das Gutachten von Prof. Dr. Q ist klar und unmissverständlich in seinen Kernaussagen sowie nachvollziehbar und überzeugend in seiner Bewertung des medizinischen Sachverhaltes. Der Sachverständige hat den in erster Instanz erhobenen Behandlungsfehlervorwurf einer unkontrollierten Kontrastmittelgabe nicht bestätigt. Nach sorgfältiger Auswertung der Behandlungsunterlagen ist er zu dem Ergebnis gekommen, dass lediglich bei der MR-Angiographie am 14.04.2010 ein Kontrastmittel maschinell verabreicht worden war. Die sich der Angiographie anschließende Blutuntersuchung, welche zur Kontrolle einer bei Kontrastmittelgabe grundsätzlich möglichen Nierenschädigung durchgeführt wurde, habe keinen Anstieg der maßgeblichen

Kreatininwerte gegeben. Im Gegenteil sei der niedrigste Wert während des gesamten stationären Aufenthaltes gemessen worden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen bestehen daher weder Hinweise auf eine unkontrollierte Gabe von Kontrastmittel noch solche auf eine kontrastmittelbedingte Schädigung der Nieren. Diese Ausführungen des Sachverständigen werden mit der Berufung auch nicht angegriffen.
Auch im Zusammenhang mit der später festgestellten Gewichtszunahme des Klägers im Krankenhaus I sind Behandlungsfehler nicht zu erkennen. Es ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Q heute nicht mehr feststellbar, wann und wodurch es zu der deutlichen Gewichtszunahme gekommen ist. Es mag zwar einiges dafür sprechen, dass es schon im Krankenhaus I zu einer Gewichtszunahme durch Wasseransammlung gekommen ist. Denn es ist - wie der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt hat - durchaus unwahrscheinlich, dass der Kläger innerhalb eines Tages, nämlich im Zeitraum vom 16.04.2010 auf den 17.04.2010 insgesamt 15 kg an Gewicht zugenommen hat. Insoweit dürfte auch der Eintrag im Aufnahmebogen des Krankenhauses St. I2 C " 60 kg" nicht auf Messungen des Krankenhauspersonals, sondern auf den - insoweit unzutreffenden - Angaben des Klägers beruht haben. Für die Frage eines Behandlungsfehlers ist jedoch entscheidend, ob den behandelnden Ärzten eine deutliche Gewichtszunahme hätte auffallen müssen und ob im Falle einer festgestellten Gewichtszunahme Anlass zur weiteren Befunderhebung bestanden hätte. Die behandelnden Ärzte sind zwar laut Behandlungsdokumentation am 14.04.2010 vom Sohn des Klägers darauf hingewiesen worden, dass sein Vater ein aufgedunsenes Gesicht und Beine habe. Diesem Hinweis sind die Ärzte jedoch nachgegangen, indem sie den Kläger klinisch untersucht haben. Bis auf dezente Ödeme im Bereich der Unterschenkel konnten die Beobachtungen des Sohnes nicht bestätigt werden. Insbesondere waren keine Wassereinlagerungen im Gesicht erkennbar. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Q sprechen die im Krankenhaus I und im nachbehandelnden Krankenhaus C gemessenen Kreatininwerte und der im Krankenhaus C festgestellte Pleuraerguss auch gegen eine klinisch manifeste Niereninsuffizienz und deuten - so der Sachverständige - eher auf eine kardiale Dekompensation kurz nach dem Aufenthalt im Krankenhaus I hin, die sich möglicherweise noch am Endes Krankenhausaufenthaltes in I angekündigt haben könnte, ohne dass dies für die behandelnden Ärzte erkennbar geworden wäre.
Auch unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen des Sachverständigen, es könnten auch Wassereinlagerungen entstehen, die nicht sichtbar, sondern nur durch Gewichtsmessungen zu erkennen seien, ist kein Behandlungsfehler festzustellen. Denn der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass im Falle eines Patienten wie dem Kläger, der nicht operiert oder bei dem ständig Medikamentendosen gewichtsabhängig verabreicht werden, eine regelmäßige Gewichtsmessung nicht erforderlich sei. Eine wiederholte Messung des Gewichts des Klägers sei daher aus der hier allein maßgeblichen Sicht ex ante nicht notwendig gewesen.
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).

7. OLG Hamm, Urteil vom 16.12.2014 – 26 U 81/14 – * Zahnarzthaftung: Schmerzensgeldbemessung bei behandlungsfehlerhafter zahnprothetischer Versorgung

Orientierungssatz

Musste als Folge einer fehlerhaften prothetischen Behandlung der Geschädigte mit einem Langzeitprovisorium versorgt werden und hat er keine außergewöhnlichen Schmerzen erlitten, so können die Schmerzen und eine umfangreiche prothetische Neuversorgung mit einer Vielzahl erforderlicher Behandlungstermine ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR rechtfertigen.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 02.05.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten der Berufungsinstanz, einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Streithelfers.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin am ... 1937 geboren nimmt die Beklagten wegen einer vermeintlich fehlerhaften zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlung in den Jahren 2003 und 2004 auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch.
Am 09.12.2002 inserierte der Streithelfer, Facharzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie, der Klägerin sechs Implantate für die Zähne 11, 14, 21, 22, 24 und 26. Die Beklagte zu 1) assistierte bei diesem Eingriff. Die Implantate wurden danach am 13.03.2003 vom Streithelfer freigelegt, der auch noch die eigenen Zähne 13 und 17 der Klägerin überkronte.
Die prothetische Versorgung dieser Zähne wurde daraufhin vom Beklagten zu 2) übernommen und in dessen Praxis durch die Beklagte zu 1) durchgeführt.
Der Implantation vorausgegangen war ein am 14.10.2002 mit der Klägerin geführtes (Planungs-)Gespräch, nach dem der Oberkiefer mit einer teleskopierenden Modellgussprothese auf sechs Implantaten versorgt werden sollte. Von den Beklagten waren die Zähne 11, 12, 21, 22 und 23 für extraktionswürdig befunden worden, die daraufhin am 29.10.2002 von dem Streithelfer gezogen worden waren.
Die Beklagte zu 1) setzte der Klägerin anschließend am 22.05.2003 die prothetische Versorgung ein, bei der es sich um festsitzenden Zahnersatz im Oberkiefer unter Einbindung der beiden eigenen Zähne 13 und 17 sowie der sechs Implantate handelte.
Bei einem Kontrollterminen am 15.10.2003 behandelte die Beklagte zu 1) anschließend eine an diesem Tag festgestellte Überempfindlichkeit an Zahn 17, die am 12.11.2003 eine weitere Behandlung erforderlich machte. Bis02.2006 stellte sich die Klägerin zu insgesamt sechs weiteren Kontrolluntersuchungen vor.
Am 04.06.2006 suchte die Klägerin mit akuten Beschwerden im Notdienst die Zahnärztin Dr. I in I2 auf. Die Untersuchung einschließlich einer Röntgenaufnahme und eines OPG ergab eine apikale Ostitis an Zahn 13.
Etwas sieben Monate später - am 26.01.2007 - stellte sich die Klägerin bei dem Zahnarzt Dr. X in X2 vor. Der - anschließend entfernte - Zahn 13 zeigte sich bei einer Sondierungstiefe von 7 mm tief zerstört mit einem deutlich apikalen Entzündungsbefund. Die Konstruktion auf den Implantaten der Zähne 11, 14, 21, 22 24 und 26 imponierte durch eine fast vollständige Freilegung der Mesostruktur hauptsächlich im vestibulären Bereich, wobei die Gingiva um die Implantate hoch entzündet war. Dr. X nahm deshalb bei der Klägerin die Kronenkonstruktion ab und fertigte für die Kronen neue Langzeitprovisorien an, welche die Klägerin im07.und11.2007 erhielt.
Die Klägerin hat mit der Begründung fehlerhaft behandelt und unzureichend aufgeklärt worden zu sein, ein Schmerzensgeld von mindestens 20.000,00 EUR, Ersatz von Fahrtkosten und Aufwendungen von 4.000,26 EUR, die Feststellung der Ersatzverpflichtung weiterer materieller und immaterieller Schäden und Ersatz vorgerichtlicher Kosten verlangt. Sie habe nach der prothetischen Versorgung im03.2003 unter erheblichen Beschwerden und Schmerzen auch an den beiden überkronten Zähnen gelitten, die bis Pfingsten 2006 sehr stark geworden seien. Die Schraubenköpfe, die die Mesostruktur auf den Implantaten befestigt hätten, seien teilweise bis zur Hälfte abgeschnitten bzw. abgeschliffen gewesen. Die Behandlung sei vor diesem Hintergrund insgesamt fehlerhaft gewesen. Die Beklagte zu 1) habe nicht fachgerechte Änderungen und Manipulationen an den Implantaten vorgenommen. Diese hätte zudem für die Verbindung zwischen Implantaten und Suprakonstruktion abgeknickte Abutments verwenden müssen und erst darauf den Zahnersatz eingliedern dürfen. Wegen der falsch sitzenden Abutments habe die Prothese nicht hoch genug eingesetzt werden können, woraufhin die Beklagte zu 1) die deshalb bestehende Lücke zum Oberkiefer mit zahnfleischfarbigem Material ausgefüllt habe, was ebenfalls fehlerhaft sei. Der implantatgetragene Zahnersatz sei viel zu starr gewesen und habe keine physiologische Bewegung zugelassen. Vor diesem Hintergrund habe der eigene Zahn 13 überhaupt nicht in die starre prothetische Versorgung einbezogen werden dürfen. Die Beklagte zu 1) habe die gebotenen Röntgenuntersuchungen nicht durchgeführt und deshalb einen - erst anschließend von Dr. X festgestellten - Fremdkörper an der Wurzel des Zahns 14 nicht gesehen, der indes sofort hätte entfernt werden müssen.
Sie sei schließlich nicht ausreichend aufgeklärt worden. Die Beklagte zu 1) habe ihr zwar festsitzenden Zahnersatz mittels Implantaten vorgeschlagen und dabei dessen Vorteile, nicht aber die damit verbundenen Nachteile geschildert. Tatsächlich hätte die Beklagte zu 1) darüber aufklären müssen, dass sich der Zahnersatz auf einem Implantat nicht bewegen dürfe. Im Falle der gebotenen Aufklärung hätte sie einem festsitzenden Zahnersatz mit Implantaten nicht zugestimmt. Sie hätte dann die vom Nebenintervenienten vorgeschlagene Versorgung durchführen lassen, der von Anfang an keinen festsitzenden Zahnersatz habe durchführen wollen.
Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines zahnmedizinischen Gutachtens teilweise stattgegeben und der Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR, einen weiteren Betrag in Höhe von 3.987,32 EUR sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.275,68 EUR zugesprochen und die Haftung der Beklagten für zukünftige materielle und derzeit nicht vorhersehbare immaterielle Schäden festgestellt. Die Klägerin sei nicht fachgerecht behandelt worden. An den Implantaten 11, 21,

22, 24 und 25 seien die Schraubenköpfe beim Präparieren der Abutments angeschliffen worden. Die Abutments und die Schraubenköpfe seien mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit (98 %) durch das zahntechnische Laboratorium entweder aufgrund einer falschen Bissnahme von den Beklagten oder aufgrund einer falschen Einartikulierung vom Dentallabor so weit abgeschliffen worden, dass letztendlich die Schraubenköpfe angeschliffen und insb. der Schraubenkopf an 21 derart beschädigt worden sei, dass er sich nur noch sehr schwer entfernen lasse. Die Abutments hätten entfernt werden müssen, was zwangsläufig dazu geführt habe, dass schon unter diesem Gesichtspunkt eine Neuanfertigung erforderlich gewesen sei. Die vorhandene Konstruktion hätte nicht weiter verwandt werden können.
Unter dem Aspekt einer langfristig optimalen Versorgung hätten die parodontal geschwächten Pfeilerzähne 17 und 13 nicht in die Implantatversorgung einbezogen werden dürfen. Die hier gewählte Lösung sei daher nur medizinisch vertretbar, wenn der Patient vorher über die zeitliche Limitierung dieser Lösung vom Arzt aufgeklärt worden sei. Die vorgeschädigten Zähne 13 und 17 als strategische Pfeiler seien eben nicht gleichwertig mit den eingebrachten Implantaten gewesen. Es sei auch Aufgabe des Hauszahnarztes gewesen, die Behandlungsalternativen (2 getrennte Brückenkonstruktionen oder Ersatz der zu extrahierenden Zähne 13 und 17 durch Implantate) mitzuteilen und die Lösung zu entwickeln. Bei der hier gewählten prothetischen Versorgung sei zudem erforderlich gewesen, die parodontale Schädigung der Zähne 13 und 17 (weiter) zu behandeln. Das behandlungsfehlerhafte Verhalten der Beklagten sei darin zu sehen, dass die Beklagten das höhere Risiko durch die damit verbundenen Reparatur- und Wiederherstellungskosten bei Einbeziehung der parodontal schlechten Zähne 13 und 17 für die Klägerin nicht genügend herausgearbeitet hätten. Die gewählte Versorgung habe nicht dem fachärztlichen Standard für eine langfristige Versorgung entsprochen. Soweit die Beklagten demgegenüber den Fremdkörper in regio 14 (möglicherweise Amalgamrest) auf den OPG- Bildern erkannt hätten, sei es nicht unbedingt behandlungsfehlerhaft, diesen nicht zu entfernen, wenn er wie im vorliegenden Fall unter ständiger röntgenologischer Beobachtung keinerlei Veränderungen zeige. Trotzdem wäre aufgrund der unmittelbaren Nähe zum Implantat sinnvoll gewesen, diesen während der Implantatinsertion auszufräsen und zeitgleich aufzufüllen. Folge der Behandlungsfehler sei zunächst die Notwendigkeit einer Versorgung mit einem Langzeitprovisorium sowie anschließend eine definitive Neuversorgung. Bei dieser Sachlage könne die Klägerin, die nach Feststellung des Sachverständigen keine außergewöhnlichen Schmerzen erlitten habe, ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR beanspruchen. Die Klägerin könne auch die Kosten für das Langzeitprovisorium nach Heil- und Kostenplan (3.770,72 EUR) sowie für die Nachbehandlung angefallene Fahrtkosten (216,60 EUR) und vorgerichtliche Anwaltskosten nach einer 2,0 Geschäftsgebühr (1.275,68 EUR) verlangen.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Hinsichtlich der Kosten des nachbehandelnden Zahnarztes Dr. X fehle ein Differenzbetrag von 12,94 EUR. Der Gesamtbetrag von 3.783,66 EUR sei bereits in der Klageschrift nach der Rechnung vom 17.01.2008 und nicht nach dem Heil- und Kostenplan beziffert worden. Es sei ein gerichtlicher Hinweis geboten gewesen, die Rechnung einzureichen. In der Zeit nach Klageerhebung seien für Behandlungen vom 15.08.2011 bis 13.05.2013 weitere Kosten bei Dr. X entstanden; der noch offene Gesamtbetrag errechne sich mit 18.401,03 EUR. Das zugebilligte Schmerzensgeld sei viel zu gering angesetzt. Sie habe jahrelang das Provisorium tragen müssen. Daran habe sich eine zeitlich langdauernde intensive Behandlung angeschlossen. Ferner komme hinzu, dass die beiden Zähne 13 und 17 aufgrund eines Behandlungsfehlers in die Versorgung mit Zahnersatz einbezogen worden seien, deswegen frühzeitig verloren gegangen seien und durch Implantate hätten ersetzt werden müssen. Dies sei in die Bewertung der Schmerzensgeldhöhe nicht einbezogen worden. In der Gesamtschau liege ein grober Behandlungsfehler vor, der zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen müsse. Es sei ein Betrag von mindestens 20.000,00 EUR angemessen und gerechtfertigt. Der Beginn der Verzinsung sei fehlerhaft mit dem 12.12.2008 angesetzt worden. Verzug sei - wie die Klägerin neu vorträgt - bereits mit Ablauf der im Anspruchsschreiben vom 29.04.2008 gesetzten Frist am 10.05.2008 eingetreten. Die Geschäftsgebühr sei aufgrund der überdurchschnittlichen Schwierigkeit und der äußerst umfangreichen vorgerichtlichen Tätigkeit mit 2,5 zu bemessen.
Die Klägerin beantragt,
das am 02.05.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Bielefeld - 4 O 449/08 - abzuändern und nach ihren in I. Instanz zuletzt gestellten Anträgen zu erkennen.
Hilfsweise,
das am 02.05.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Bielefeld - 4 O 449/08 - aufzuheben und die Sache einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens zurückzuweisen.
Die Beklagten zu 1) und 2) und der Streithelfer beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten zu 1) und 2) verteidigen das angefochtene Urteil soweit die Klage abgewiesen worden ist. Das Schmerzensgeld sei mit 4.000,00 EUR der Höhe nach mehr als angemessen. Die Klägerin habe keine außergewöhnlichen Schmerzen erlitten. Die nach Auffassung des Sachverständigen medizinisch

bessere Lösung wäre ohnehin mit Schmerzen für die Klägerin verbunden gewesen. Ein Schmerzensgeldanspruch bestünde nur insoweit, als die Klägerin durch die fehlerhafte Behandlung Schmerzen gehabt hätte, welche über die bei ordnungsgemäßer Behandlung/Aufklärung ohnehin entstandenen Schmerzen hinausgingen. Die Klägerin könne auch unter keinen Umständen Schmerzensgeld für die Extraktion der vorgeschädigten Zähne 13 und 17 und das Einsetzen von Implantaten verlangen. Diese Zähne hätten nach Vorstellung des Sachverständigen von vornherein extrahiert und durch Implantate ersetzt werden müssen. Von einem von den Beklagten verschuldeten frühzeitigen Verlust der Zähne könne keine Rede sein. Hinsichtlich des materiellen Schadens habe die Klägerin allein einen Heil- und Kostenplan vorgelegt, der einen Betrag von 3.770,72 EUR aufgewiesen habe. Der Beklagte zu 2) rügt hinsichtlich des geltend gemachten Zinsschadens Verspätung. Diesen habe die Klägerin erstinstanzlich nicht begründet. Es liege auch kein grober Behandlungsfehler vor. Die Versorgung habe zwar nicht dem fachärztlichen Standard für eine langfristige Versorgung entsprochen, sei jedoch als noch vertretbare medizinische Lösung anzusehen, sofern dies zuvor mit der Klägerin besprochen worden wäre.
Der Senat hat die Klägerin sowie die Beklagte zu 1) persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen implantatprothetischen Gutachtens des Sachverständigen Dr. Q. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll des Senatstermins und den Berichterstattervermerk vom 16.12.2014 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 der Klägerin ist zulässig, aber nicht begründet.
Der Klägerin steht gegen die Beklagten über die erstinstanzlich zuerkannten Beträge hinaus kein weitergehender Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz oder Schmerzensgeld zu.
1. Der Klägerin steht gegen die Beklagten zu 1) und 2) dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden nach den §§ 611, 280, 249, 278, 253 Abs. 2 BGB bzw. §§ 823, 831, 249, 253 Abs. 2 BGB zu.
Nach den im Berufungsverfahren bindenden Feststellungen des Landgerichts ist die zahnprothetische Behandlung der Klägerin durch die Beklagten zu 1) und 2) ab05.2003 fehlerhaft gewesen. An den Implantaten 11, 21, 22, 24 und 25 sind die Schraubenköpfe beim Präparieren der Abutments entweder aufgrund einer falschen Bissnahme von den Beklagten oder aufgrund einer falschen Einartikulierung vom Dentallabor so weit abgeschliffen worden, dass letztendlich die Schraubenköpfe angeschliffen und insb. der Schraubenkopf an 21 derart beschädigt worden ist, dass er sich nur noch sehr schwer entfernen ließ. Die Abutments mussten entfernt werden, was schon unter diesem Gesichtspunkt eine Neuanfertigung der Konstruktion erforderlich gemacht hat. Hinsichtlich der Gesamtplanung ist die Klägerin fehlerhaft nicht über die zeitliche Limitierung der gewählten Lösung aufgeklärt worden. Unter dem Aspekt einer langfristig optimalen Versorgung hätten die parodontal geschwächten Pfeilerzähne 17 und 13 nicht in die Implantatversorgung einbezogen werden dürfen. Das behandlungsfehlerhafte Verhalten der Beklagten liegt darin, dass sie das höhere Risiko durch die damit verbundenen Reparatur- und Wiederherstellungskosten bei Einbeziehung der parodontal schlechten Zähne 13 und 17 für die Klägerin nicht genügend herausgearbeitet haben. Die gewählte Versorgung hat damit nicht dem fachärztlichen Standard für eine langfristige Versorgung entsprochen.
2. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Landgericht die festgestellten Behandlungsfehler zu Recht nicht als grobe Fehler eingestuft.
Ein Behandlungsfehler ist als grob zu bewerten, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen 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. BGH Urt. v. 25.10.2011 - VI ZR 139/10, VersR 2012, 362; BGH Urt. v. 20.09.2011 - VI ZR 55/09, VersR 2011, 1569; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. B. Rdn. 252).
Der Sachverständige hat im Rahmen seiner schriftlichen und mündlichen Ausführungen das behandlungsfehlerhafte Vorgehen nicht als grob fehlerhaft beurteilt. Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige nochmals klargestellt, dass seinerzeit hinsichtlich der Zähne 13 und 17 kein evident bedrohlicher Befund bestanden hat, der es aus zahnmedizinischer Sicht unbedingt erforderlich gemacht hätte, diese Zähne aus der prothetischen Versorgung herauszuhalten. Die an den beiden Zähnen festgestellten Befunde, Parodonalspalt und Zahntasche, lassen danach keinen sicheren Schluss auf eine sofortige Indikation zur Extraktion der Zähne zu. Bei den Zähne 13 und 17 handelte es sich seinerzeit um leicht vorgeschädigte Zähne. Insbesondere bei Zahn 17 ist zu beachten, dass er im Anschluss an die streitgegenständliche prothetische Versorgung noch 10 Jahre in situ verblieben ist. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die von ihm als "Plan 1c" bezeichnete Lösung bei entsprechender Aufklärung sogar als noch fachgerecht anzusehen gewesen wäre, wenn die parodontale Nachbehandlung der Zähne si-

chergestellt worden wäre. Insgesamt war der Befund seinerzeit nicht so bedrohlich, dass man zur Annahme eines groben Behandlungsfehlers gelangen müsste. Auch in der Gesamtbetrachtung bestehen nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen, denen sich der Senat anschließt, keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen groben Behandlungsfehler.
3. Als Folge der Behandlungsfehler ist eine komplette prothetische Neuversorgung erforderlich, wobei die bestehenden Implantate weiter verwendet werden können. Hierfür müssen nach Einschätzung des Sachverständigen nach erfolgter Extraktion der vorgeschädigten Zähne 13 und 17 zwei weitere Implantate in regio 13 und 15/16 bei gleichzeitiger Entfernung des Fremdkörpers inseriert werden. Die zuvor 2007 erfolgte Implantierung eines Langzeitprovisoriums hat der Sachverständige ebenfalls als erforderlich angesehen. Dies steht im Rahmen des Berufungsverfahrens zwischen den Parteien auch nicht mehr im Streit. Vorzuwerfen ist den Beklagten aber entgegen der Ansicht der Klägerin nicht der "frühzeitige Verlust" der Zähne 13 und 17. Der Sachverständige hat insoweit vielmehr angegeben, dass diese im Rahmen einer optimalen Versorgung bereits 2003 hätten extrahiert und durch zwei weitere Implantate ersetzt werden müssen (wodurch seinerzeit Mehrkosten von 2.500,00 bis 3.000,00 EUR angefallen wären). Lediglich bei Nutzung der vorgeschädigten Zähne als Pfeiler hätten diese behandelt werden müssen. Die Indikation zum Ziehen der Zähne war somit bereits 2003 gegeben.
4. Der Senat hält das erstinstanzlich zugesprochene Schmerzensgeld von insgesamt 4.000,00 EUR für die erlittenen gesundheitlichen Folgen für angemessen. Ein höheres Schmerzensgeld kann die Klägerin, die einen Betrag in Höhe von mindestens 20.000,00 EUR fordert, nicht verlangen.
Das Schmerzensgeld weist eine Doppelfunktion auf. Es soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für die Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Zugleich soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung dafür schuldet, was er ihm angetan hat (Palandt/Heinrichs BGB, 73. Aufl., § 253 Rdn. 11). Bei der Bemessung der nach § 253 Abs. 2 BGB zu gewährenden billigen Entschädigung sind die Schwere der Verletzungen, das dadurch bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Wahrnehmung der Beeinträchtigung durch den Verletzten und der Grad des Verschuldens des Schädigers in Betracht zu ziehen, wobei der Grad des Verschuldens in Arzthaftungssachen regelmäßig nicht entscheidend ins Gewicht fällt (vgl. OLG Oldenburg, VersR 2010, 1221; OLG Bremen, VersR 2003, 779; OLG Köln, VersR 2003, 602).
Das Landgericht hat zutreffend auf die konkreten Beschwerden abgestellt, die auf die fehlerhafte prothetische Behandlung zurückzuführen sind. Es hat bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zum einen auch berücksichtigt, dass die Klägerin im Jahr 2007 mit einem Langzeitprovisorium versorgt werden musste; zum anderen hat es die mit der erforderlichen Neuversorgung verbundenen Beeinträchtigungen in die Schmerzensgeldbemessung einbezogen. Dies schließt auch die von der Klägerin wiedergegebenen Unannehmlichkeiten bei der Entfernung der fehlerhaften Prothese ein.
Hinsichtlich der von der Klägerin erlittenen Schmerzen hat der Sachverständige basierend auf den eigenen Angaben der Klägerin ausgeführt, dass diese keine außergewöhnlichen Schmerzen erlitten hat. Diese hat hauptsächlich Schmerzen an dem vorgeschädigten Zahn 13 gehabt, bis dieser nach etwa sieben Monaten im01.2007 von Dr. X extrahiert worden ist. Dabei ist es weder zu lang anhaltenden Wundschmerzen gekommen, noch musste die Klägerin Schmerztabletten einnehmen.
Die bei der Extraktion der Zähne 13 und 17 sowie der Einbringung zweier weiterer Implantate erlittenen Schmerzen hätte die Klägerin auch bei ordnungsgemäßer Behandlung erleiden müssen. Diese Zähne hätten nach Vorstellung des Sachverständigen von vornherein extrahiert und durch Implantate ersetzt werden müssen. Der Zahnverlust führt damit nicht zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes.
Die zu berücksichtigen Schmerzen und die umfangreiche prothetische Neuversorgung mit einer Vielzahl erforderlicher Behandlungstermine rechtfertigen die Zahlung des vom Landgericht als angemessen erachteten Schmerzensgeldes in Höhe von 4.000,00 EUR.
5. Zutreffend ist das Landgericht dem Feststellungsbegehren der Klägerin hinsichtlich der immateriellen Schäden nur eingeschränkt nachgekommen, indem es eine Ersatzverpflichtung der Beklagten auf die zukünftigen, derzeit aber nicht voraussehbaren immateriellen Schäden beschränkt hat. Aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes sind zukünftige voraussehbare immaterielle Schäden - im Streitfall insbesondere im Zuge der prothetischen Neuversorgung zu erwartende Unannehmlichkeiten und Schmerzen - in die Schmerzensgeldbemessung einzubeziehen.
6. Der Klägerin steht kein weiterer Schadensersatzanspruch hinsichtlich der vom Landgericht nicht zugesprochenen 12,94 EUR für die Kosten des Langzeitprovisoriums gegen die Beklagten zu. Das Landgericht hat den der Klägerin zugesprochenen Betrag (3.770,72 EUR) zu Recht dem Heil- und Kostenplan vom 21.06.2007 entnommen, da die Klägerin selbst ausschließlich auf diesen Bezug genommen und den höheren Betrag (3.783,66 EUR) gerade nicht durch Vorlage der entsprechenden Rechnung belegt hat. Soweit die Klägerin diese Rechnung nunmehr im Berufungsverfahren vorlegt, hat sie ihr Begehren erst in zweiter Instanz schlüssig gemacht und ist insoweit präkludiert, § 531 ZPO. Es hätte insoweit auch keines Hinweises des Landgerichts bedurft. Es ist Sache der Klägerin gewesen, den geltend gemachten Betrag hinreichend zu belegen.

7. Es ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht Verzugszinsen jeweils erst ab Klagezustellung zugesprochen hat. Einen früheren Verzugszeitpunkt hat die Klägerin erstinstanzlich überhaupt nicht schlüssig dargelegt. Vielmehr hat sie ohne Angaben von Gründen erstinstanzlich noch Zinsen ab 21.12.2007 verlangt. Mit ihrem neuen Vorbringen, mit dem sie erstmals unter Bezugnahme auf ein Schreiben vom 29.04.2008 Zinsen ab dem 10.05.2008 verlangt, ist sie daher nunmehr ausgeschlossen.
8. Hinsichtlich der vorprozessualen Anwaltskosten ist der vom Landgericht vorgenommene Ansatz einer 2,0 Geschäftsgebühr ausreichend. Die von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entfaltete außergerichtliche Tätigkeit rechtfertigt jedenfalls im Streitfall keine höhere Gebühr.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, 101 ZPO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 713, 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.

8. OLG Koblenz, Beschluss vom 12.12.2014 – 5 U 1191/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Wahl eines zu kleinen Inlays und unterbliebene Aufklärung über eine mögliche Fehldimensionierung einer Kniegelenksprothese; Befunderhebungsversäumnis bei operativer Nachsorge

Leitsatz

1. Wählt der Orthopäde vorwerfbar ein zu gering dimensioniertes Inlay, liegt darin seine haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit. Lässt sich diese nicht feststellen, kann die Haftung stattdessen nicht auf den Vorwurf gestützt werden, über die Gefahr einer Fehldimensionierung sei nicht aufgeklärt worden.
2. Ein Befunderhebungsversäumnis ist auch bei der operativen Nachsorge nicht haftungsrelevant, wenn ein reaktionspflichtiges Ergebnis nicht hinreichend wahrscheinlich ist.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bad Kreuznach vom 10.09.2014 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.
Streitwert für beide Instanzen: 51.452,39 € (materieller Schadensersatzanspruch 1.452,39 €, Schmerzensgeldforderung 35.000 €, Feststellungsantrag 15.000 €)

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 18.11.2014. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Der Kläger wurde am 24.08.2008 mit einer schmerzhaften rechtsseitigen Gonarthrose im Krankenhaus der Beklagten aufgenommen. Am Folgetag setzte man dort eine Knieoberflächenersatzprothese ein. Postoperativ bildete sich ein Hämatom, das am 4.09.2008 ausgeräumt wurde.
Nach einem mehrwöchigen Reha-Aufenthalt wurde der Kläger nochmals im Haus der Beklagten vorstellig. Er fühlte sich nicht beschwerdefrei und erachtete die Beweglichkeit seines Knies für eingeschränkt. Auf Seiten der Beklagten sah man hier indessen objektiv keine Defizite.
Am 11.08.2009 kam es anderweit zu einem Revisionseingriff, in dessen Zuge die bei der Beklagten implantierte Prothetik, die eine Stärke von 7 mm aufwies und damit als nicht ausreichend stabilisierend befundet wurde, durch ein 9 mm dickes Inlay ersetzte. Etwa ein Jahr später kam es wegen einer erneuten Lockerung abermals zu einem Implantataustausch. Er zog gemäß der Darstellung des Klägers eine Hämatombildung in der rechten Wade nach sich, bei deren späterer operativer Behebung es zur Durchtrennung eines Nervs und zu einer Infektion mit MRSA gekommen sei.
Im Hinblick auf diese Entwicklung und mit dem Hinweis darauf, dass er anhaltend unter Schmerzen in der unteren rechten Extremität leide, hat der Kläger die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit auf die Zahlung eines mit 35.000 € bezifferten Schmerzensgelds, den Ausgleich von mit seiner Behandlung zusammenhängenden Kosten von 1.452,39 € und die Erstattung vorgerichtlicher anwaltlicher Gebühren von 1.867,11 € in Anspruch genommen sowie die Feststellung einer weitergehenden Haftung begehrt. Er hat der Beklagten vorgeworfen, die am 25.08.2008 eingesetzte Knieoberflächenersatzprothese zu klein gewählt und damit die Ursache seines nachfolgenden Leidenswegs gesetzt zu haben. Außerdem sei sie den von ihm postoperativ geklagten Beschwerden pflichtwidrig nicht nachgegangen. Darüber hinaus sei

der Beklagten ein Aufklärungsversäumnis anzulasten, weil sie ihn nicht auf das Risiko hingewiesen habe, dass das Inlay zu klein geraten könne.
Das Landgericht hat die Klage nach der Befragung eines Sachverständigen abgewiesen: Ein Behandlungsfehler im Krankenhaus der Beklagten lasse sich nicht feststellen; weder deren Dokumentation noch die weitere Entwicklung ermöglichten den Schluss auf Unzulänglichkeiten der am 25.08.2008 implantierten Prothese. Genauso wenig sei erkennbar, dass es postoperativ zu einem schadensträchtigen Befunderhebungsversäumnis gekommen sei. Auch die Aufklärungsrüge des Klägers greife nicht, weil es keine Verpflichtung gebe, auf die Gefahr hinzuweisen, dass Fehler gemacht würden.
Das greift der Kläger in Erneuerung seines Begehrens mit der Berufung an. Er hält an seinen Vorwürfen gegenüber der Beklagten fest und meint, dass das Landgericht den Sachverhalt insoweit nicht hinreichend ergründet habe.
2. Damit vermag der Kläger nicht durchzudringen. Die angefochtene Entscheidung hat Bestand.
a) Mit Blick auf seinen stationären Aufenthalt im Krankenhaus der Beklagten erhebt der Kläger die Rüge, dass man an den arthrotischen Gelenkflächen des Oberschenkel- und des Unterschenkelknochens ein nicht ausreichend dickes künstliches Ersatzteil implantiert habe. Kritik daran, dass sich postoperativ ein Hämatom bildete, übt der Kläger nicht. Die Beklagte hat dazu unwidersprochen vorgetragen, es habe sich hier um eine schicksalhafte Entwicklung gehandelt, die sich durch eine unvermeidbare Nachblutung aus den resezierten Knochenflächen erkläre.
Zu der Frage, ob die Stärke des Implantats richtig gewählt war, hat sich der vom Landgericht herangezogene Sachverständige Dr. S. wiederholt geäußert. Im Rahmen seiner Anhörung hat er dabei erläutert, die insoweit adäquate Entscheidung müsse intraoperativ in Abhängigkeit vom Zustand der Bänder getroffen werden. Die dafür erforderlichen Untersuchungen seien, wie man den Dokumentationen der Beklagten entnehmen könne, durchgeführt worden. Dass auf diese Weise ein regelrechter Sitz erreicht worden sei, habe die postoperative Röntgendiagnostik bestätigt. Von daher gibt es keine tragfähige Grundlage für die Annahme, das Inlay sei entsprechend der Mutmaßung des Klägers von vornherein zu klein gewesen.
Auch die am 11.08.2009 vorgenommen Revisionsoperation, bei der zur Stabilisierung des Kniegelenks eine dickere Prothetik eingebracht wurde, ist insoweit nicht hinlänglich indikativ. Der Eingriff kann ohne weiteres, wie Dr. S. dargelegt hat, im Gefolge einer Muskelschwäche oder einer Banderschlaffung erforderlich geworden sein. Freilich lassen sich nach der sachverständigen Beurteilung auch von vornherein angelegte Mikroinstabilitäten nicht ausschließen. Lagen sie vor, erlauben sie indessen nicht den Schluss auf einen ärztlichen Fehler, weil sie - selbst durch Röntgenaufnahmen - nicht objektivierbar waren.
Der Kausalzusammenhang zwischen Fehlern bei der Operation vom 25.08.2008 und dem weiteren, für den Kläger langfristig belastenden streitigen Geschehenshergang kann um so weniger als gesichert gelten, als ebenfalls namentlich der anderweit durchgeführte Revisionseingriff vom 11.08.2009 und später auch der erneute, von dritter Seite vorgenommene Prothesenwechsel vom 30.08.2010 kein dauerhaft befriedigendes Ergebnis herbeiführten. Die Annahme des Klägers, dies erkläre sich nicht aus einer in seiner körperlichen Disposition begründeten schicksalhaften Entwicklung, sondern er sei das Opfer einer Abfolge mangelhafter ärztlicher Behandlungen, liegt zwar nicht völlig fern. Sie kann aber nach der Lebenserfahrung keine Wahrscheinlichkeit für sich beanspruchen.
b) Die Behauptung des Klägers, es sei auf Seiten der Beklagten zu Versäumnissen in der postoperativen Nachsorge gekommen, weil man seine andauernden Schmerzen und Bewegungseinschränkungen nicht abgeklärt habe, ist wenig konkret und nicht tauglich unter Beweis gestellt. Ihr ist entgegengesetzt worden, es habe am 11.11. und am 9.12.2008 sowie am 10.03.2009 Nachuntersuchungen gegeben, die bei Restbeschwerden eine tendenzielle Verbesserung der Kniebeweglichkeit bis hin zu einem Flexionsbereich von 110 Grad gezeigt hätten. Dem Kläger seien Übungen und Krankengymnastik empfohlen worden.
Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausginge, dass es in der Nachsorge zu Befunderhebungsfehlern der Beklagten kam, ließe sich daraus eine Haftung nicht herleiten, weil es keine Wahrscheinlichkeit dafür gibt, dass man mit zusätzlichen diagnostischen Maßnahmen zu zielführenden Erkenntnissen gelangt wäre. Anders wäre es allenfalls dann gewesen, wenn man am 25.08.2008 mangelhaft operiert hätte. Das aber ist, wie dargelegt wurde, in keiner Weise gesichert. Von daher sind mögliche Befunderhebungsfehler von vornherein nicht geeignet, einen Beweisvorteil für den Kläger zu begründen (vgl. dazu BGH MedR 2012, 383).
c) Schließlich greift auch die Rüge des Klägers, er hätte vor dem Eingriff vom 25.08.2008 über das Risiko aufgeklärt werden müssen, dass ein unpassendes, weil zu kleines Implantat eingebracht werden könnte. Eine entsprechende Information hätte den Hinweis auf einen möglichen operativen Fehler bedeutet. Darüber brauchte der Kläger nicht unterrichtet zu werden (BGH NJW 1985, 2193). Fehler gehören nicht zur Natur des Eingriffs, die dem Patienten mit den ihr anhaftenden Gefahren nahe gebracht werden muss, und sind ohne weites dadurch sanktioniert, dass sie aus sich heraus haftungsträchtig sind.“
Mit Blick auf den Schriftsatz des Klägers vom 04.12.2014 ist anzufügen:
a) Dass es bei der Revisionsoperation vom 11.08.2009 notwendig wurde, eine dickere Prothetik als bisher einzubringen, ist kein hinreichendes Indiz für die Fehlerhaftigkeit des Vorgängerimplantats, weil mehrere andere potentielle Kausalfaktoren im Raum stehen.

b) Man kann zu Gunsten des Klägers ein postoperatives Befunderhebungsversäumnis der Beklagten unterstellen. Aber es gibt keine Wahrscheinlichkeit dafür, dass die vermisste Befunderhebung zu reaktionspflichtigen Erkenntnissen geführt hätte.
c) Die Verwendung eines nicht adäquat dimensionierten Inlays wäre ein haftungsträchtiger Fehler gewesen. Über das Risiko eines derartigen Fehlers braucht nicht aufgeklärt zu werden; daran ist im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fest zu halten.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

9. OLG Köln, Beschluss vom 10.12.2014 – 5 U 121/14 – * Zahnarzthaftung: Behandlungsfehler bzw. Verletzung der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit Kronen im Oberkieferbereich

Orientierungssatz

1. Kann ein Sachverständiger zahnärztliche Leistungen nicht begutachten, weil sich die Gebisssituation in der Zeit zwischen Eingliederung von Zahnersatz und dem Tag der Untersuchung durch den Sachverständigen entscheidend verändert hatte, kann er dennoch nachvollziehbar und schlüssig zu dem Ergebnis gelangen, dass das Herausfallen von vier Kronen im Oberkiefer nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sei.
2. Der Patient ist darüber aufzuklären, dass durch eine durch fehlende Seitenzähne bedingte erhebliche Veränderung der Kiefergelenksposition das Risiko einer Zerstörung der Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses besteht.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 11.06.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 232/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
Die Beklagte 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 dem Kläger materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld zuerkannt und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Entgegen der mit der Berufung vertretenen Auffassung hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis eines schadensursächlichen Behandlungsfehlers geführt. Es trifft zwar zu, dass die zahnärztlichen Leistungen durch den Sachverständigen Dr. G nicht begutachtet werden konnten, weil sich die Gebisssituation in der Zeit zwischen Eingliederung des Zahnersatzes durch die Beklagte und dem Tag der Untersuchung durch den Sachverständigen entscheidend verändert hatte. So waren sowohl Oberkiefer- als auch Unterkieferprothese nicht mehr vorhanden, die Kronen im Bereich der Zähne 13 bis 21 waren herausgefallen, die Verblendkeramik der Krone auf Zahn 43 war frakturiert und der Zahn 35 war bis auf Zahnfleischniveau herunter gebrochen. Dementsprechend hat der Sachverständige Dr. G in seinem schriftlichen Gutachten vom 08.11.2011 (dort Seite 5 des Gutachtens, Bl. 68 der beigezogenen Akte AG Rheinbach, Az. 5 H 2/11) auch ausgeführt, er könne aufgrund des bei der intraoralen Inspektion vorgefundenen Zustandes nicht feststellen, ob der Zahnersatz zum damaligen Zeitpunkt funktionstüchtig gewesen sei. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vor der Kammer jedoch seine Ausführungen dahingehend ergänzt und präzisiert, dass aufgrund der von ihm festgestellten Schäden der Schluss auf Behandlungsfehler der Beklagten gezogen werden müsse. Der Sachverständige hat insbesondere darauf hingewiesen, dass das Herausfallen von vier Kronen im Oberkiefer im Bereich der Zähne 13 bis 21 nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sei. Es sei nicht nachvollziehbar, wie es zu diesem Zustand bei ordnungsgemäßer Arbeit habe kommen können. Weder hätten - bei unterstellt ordnungsgemäßer Arbeit - die Kronen durch den Kläger gelöst werden können, noch könne eine Bissüberlastung infolge der Herausnahme der Oberkieferprothese durch den Kläger ursächlich gewesen sein. Es sei von einer fehlerhaften Zementierung oder ähnlichen Fehlern bei der Einbringung auszugehen, ohne dass sich die einzelne Ursache jetzt noch klären lasse. Auf Grundlage dieser nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen Dr. G ist das Landgericht in nicht zu beanstandender Beweiswürdigung zu der Überzeugung gelangt, dass ein Behandlungsfehler vorgelegen haben muss, der sich auch schadensursächlich in der Weise ausgewirkt hat, dass nunmehr jedenfalls die vor Behandlungsbeginn klinisch intakten Kronen im Bereich der Zähne 13 und 12 nicht mehr vorhanden sind und die Kronen bzw. Zähne im Bereich 43 und 35 beschädigt sind. Ohne Erfolg macht die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend, es seien seit der Behandlung fünf Jahre vergangen und es sei spekulativ, dass der Kläger in der Zwischenzeit keinen anderen Zahnarzt aufgesucht habe, der für

den jetzigen Zustand der Zähne verantwortlich sei. Für die Annahme, dass in dem maßgeblichen Zeitraum zwischen letztmaliger Behandlung durch die Beklagte im08.2010 und der Untersuchung durch den Sachverständigen Dr. G im10.2011 weitere zahnärztliche Behandlungen stattgefunden haben, die zu dem Herausfallen oder zur Beschädigung der Kronen geführt hat, gibt es keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte.
Die Beklagte haftet auch wegen eines Aufklärungsfehlers. Nach ihrem eigenen Vortrag bestand infolge der durch die fehlenden Seitenzähne bedingten erheblichen Veränderung der Kiefergelenksposition das Risiko einer Zerstörung der Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses. Hierüber war der Kläger, so sieht es die Beklagte selbst, aufzuklären. Die für das Vorliegen einer ausreichenden Aufklärung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat zwar in ihrer Klageerwiderung vortragen lassen, sie habe den Kläger auf die Problematik der Rekonstruktion des Gebisses aufgrund der jahrzehntelangen Unterversorgung und die Gefahren bei Unterbleiben einer Funktionsanalyse hingewiesen, und sie hat diesen Vortrag auch unter Beweis durch Zeugnis der Frau S I gestellt. Die Beklagte hat diesen schriftsätzlichen Vortrag im Rahmen ihrer mündlichen Anhörung jedoch nicht wiederholt, sondern vielmehr ausgesagt, sie habe dem Kläger gegenüber geäußert, ein Funktionsplan sei aufgrund des desolaten Zustandes des Gebisses sinnvoll und werde daher angeregt. Die Aussage der Beklagten in der mündlichen Verhandlung, eine Funktionsanalyse sei "sinnvoll" und werde "angeregt", steht im Widerspruch zu der schriftsätzlich formulierten Behauptung, sie habe den Kläger auf die nur sehr geringen Chancen, eine physiologisch korrekte Unterkieferlage zu rekonstruieren, und auf die Gefahr eine Zerstörung der klinischen Kronen durch Über- und Fehlbelastung hingewiesen. Diese beiden, in der Intensität und Eindringlichkeit der Aufklärung völlig unterschiedlichen Darstellungen sind nicht in Übereinstimmung zu bringen, so dass es einer Vernehmung der Zeugin I aus prozessualen Gründen nicht bedurfte. Auch den Karteikarteneintragungen lässt sich eine Aufklärung über das Risiko des Unterbleibens einer Funktionsanalyse nicht entnehmen. Eine solche Analyse ist nach der Dokumentation zwar Gegenstand des Beratungsgespräches gewesen ("FAL"). Rückschlüsse auf die Art und Weise der Risikoaufklärung lassen sich daraus jedoch nicht ableiten. Infolge des Aufklärungsmangels fehlt es an einer Einwilligung in die durchgeführte zahnärztliche Behandlung.
Aufgrund der Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistungen sowie der infolge der fehlenden Einwilligung rechtswidrigen Behandlung hat der Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung des unstreitig geleisteten Eigenanteils in Höhe von 1.329,64 EUR. Der Kläger hat überdies einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schäden. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sind die feststehenden Folgen des Behandlungsfehlers und der infolge des Aufklärungsfehlers insgesamt als rechtswidrig anzusehenden Behandlung zu berücksichtigen. Als Folgen sind jedenfalls der Verlust der ursprünglich intakten Kronen im Bereich der Zähne 13 und 12 und die Beschädigungen der Kronen bzw. Zähne 43 und 35 anzusehen. Diese Zähne übten bei dem insgesamt desolaten Gebiss mit einer Vielzahl von Zahnlücken im Bereich der Seitenzähne eine wichtige Funktion aus, so dass der jetzige Zustand eine erhebliche Verschlechterung des vorherigen Zustandes bedeutet. Als Ausgleich für diese damit verbundenen Beeinträchtigungen hält der Senat mit dem Landgericht ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.500,- EUR für angemessen.
Der Feststellungsantrag ist aus den zutreffenden, nicht ergänzungsbedürftigen Ausführungen des Landgerichts begründet.
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).

10. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 10.12.2014 – 13 UF 25/12 – * Kindesunterhalt: Zurechnung bzw. Berechnung eines fiktiven Einkommens des Unterhaltspflichtigen

Orientierungssatz

1. Ein Ruhestandsgehalt ist bei der Ermittlung des Kindesunterhalts nur dann als fiktives Einkommen anzurechnen, wenn es dem Unterhaltspflichtigen nicht möglich ist, mehr zu verdienen.
1. Auch den Unterhaltspflichtigen, dessen Möglichkeiten es erlauben, einen höheren als den Mindestunterhalt zu leisten, trifft die Obliegenheit, bei Arbeitslosigkeit, Teilzeitbeschäftigung oder Ausübung einer am Maßstab der eigenen Möglichkeiten schlecht bezahlten Tätigkeit sich um eine Arbeit oder besser bezahlte Arbeit zu bemühen.
2. Bei gesteigerter Unterhaltsverpflichtung gegenüber minderjährigen Kindern muss der Unterhaltspflichtige die Umstände seines Arbeitsplatzverlustes darlegen.
3. Ein unterhaltspflichtiger Pfarrer muss sich ggf. bemühen, erforderliche Genehmigungen seines Konsortiums hinsichtlich einer entlohnten Tätigkeit zur Ergänzung von Ruhestandsbezügen zu erlangen.

4. Ist ein fiktives Einkommen zuzurechnen, kann dieses bei einer um 20 % geminderten Erwerbsfähigkeit um einen Anteil von einem Fünftel vermindert werden.

Tenor

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Amtsgerichts Nauen vom 14.12.2011 wird mit den Maßgaben zurückgewiesen, dass die dort ausgesprochene Abänderung der Urkunde des Landkreises … vom 11.01.2011 – Urk.-Reg. Nr. N 28/2011 – bis zum 12.06.2013 wirksam ist und dass die Antragstellerin zu 2. derzeit der zweiten Altersstufe zuzuordnen ist.
Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
Dieser Beschluss ist sofort wirksam.
Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 4.564 Euro festgesetzt.

Gründe

Die 1995, 2004 und 2007 geborenen Antragstellerinnen fordern Kindesunterhalt von dem Antragsgegner, ihrem Vater.
I.
1. Der Antragsgegner ist der Vater eines älteren, 1988 geborenen Kindes, der drei Antragstellerinnen, die bei ihrer Mutter wohnen, und eines jüngeren, am 3.08.2013 geborenen Kindes, mit dem und dessen Mutter er zusammenlebt. Mit der Mutter des jüngsten Kindes ist er seit06.2012 verheiratet. Mit der Mutter der Antragstellerinnen war der Antragsgegner bis 2011 verheiratet. Die Eheleute trennten sich im05.2009. Die älteste der Antragstellerinnen ist seit dem 13.06.2013 volljährig; sie geht zur Schule.
Das mit einem Einfamilienhaus bebaute Grundstück, das dem Antragsgegner und der Mutter der Antragstellerinnen gehörte und auf dem die Familie wohnte, erwarb die jetzige Ehefrau des Antragsgegners im09.2012 (vgl. Bl. 100 ff. VKH Ag.) zu Alleineigentum. Der Antragsgegner und seine jetzige Familie wohnen dort.
Der Antragsgegner arbeitete als evangelischer Pfarrer, ab09.2003 auf einer halben Stelle, um sich auch um Kinderbetreuung und Hausbau zu kümmern. Im05.2008 war er freigestellt. Im06.2008 wurde er in den Wartestand und im08.2009 in den Ruhestand versetzt (Bl. 64).
Der Antragsgegner verpflichtete sich in Jugendamtsurkunden vom 11.01.2011 zur Zahlung von jeweils 100 Prozent des Mindestunterhalts abzüglich des halben Kindergeldes. Auf die Urkunden wird verwiesen (Bl. 8, 9, 10).
2. Die Antragstellerinnen haben die Abänderung der Jugendamtsurkunden auf 136 Prozent des Mindestunterhalts ab dem 1.05.2011 und die Zahlung eines entsprechenden Rückstandsbetrages von insgesamt 7.918,71 Euro für die Zeit seit12.2009 verlangt.
Sie haben behauptet, der Antragsgegner sei in den Wartestand und danach in den Ruhestand versetzt worden, weil er es versäumt habe, sich auf freie, zu besetzende Pfarrstellen zu bewerben, die unter anderem in P… und B… zur Verfügung gestanden hätten. Einer Absprache zwischen den Eheleuten habe dies nicht entsprochen. Vielmehr hätten die Eheleute 2007 vereinbart, der Antragsgegner solle nach der Geburt der Antragstellerin zu 3. einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen. Hätte er als Pfarrer gearbeitet, statt sich aus eigenem, zunächst nicht offenbarten Entschluss in den Wartestand versetzen zu lassen, so hätte er ein Brutto-Grundgehalt von 3.660,34 Euro beziehen können, nach dem seine Versorgungsbezüge berechnet worden seien (Bl. 14). Behinderungen im beruflichen Fortkommen durch den Kirchenaustritt der Mutter der Antragstellerinnen dürfe er ihr nicht anlasten, weil er sie zum Kirchenaustritt gedrängt habe und sie schon im Jahr 2007 wieder eingetreten sei. Spätestens seit der Trennung der Eheleute im05.2009 habe einer Vollzeitbeschäftigung des Antragsgegners kein Hindernis mehr entgegengestanden.
Wegen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht sei der Antragsgegner zu vollschichtiger Berufstätigkeit verpflichtet. Zur Berechnung des Unterhalts könne er deshalb nicht auf seine Ruhestandsbezüge verweisen.
Die Antragstellerinnen haben behauptet, der Antragsgegner hätte aus den Zinsen eines Wertpapier-Verkaufserlöses von 43.857 Euro seit08.2009 monatlich 111,16 Euro erwirtschaften können.
Im12.2009 habe der Antragsgegner mietfrei in einem Haus in Br… gewohnt, das er als Makler zum Verkauf angeboten habe. Ab09.2010 habe der Antragsgegner sich einen Wohnvorteil von monatlich 800 Euro anrechnen zu lassen, weil er das – in den Einzelheiten näher beschriebene – vormalige Familienheim bewohnt habe, ohne sich an den Kreditverbindlichkeiten aus dessen Anschaffung zu beteiligen.
Nach Berücksichtigung der Krankenversicherungsprämien (122 Euro) und der Arbeitnehmerpauschale (150 Euro) ergebe sich eine Einordnung in die 7. Einkommensgruppe. Den daraus folgenden Rückstand für die Zeit von12.2009 bis04.2011 haben die Antragstellerinnen unter Berücksichtigung der von dem Antragsgegner erbrachten Zahlungen mit insgesamt 7.918,71 Euro berechnet (Bl. 6 f.).
Die Antragstellerinnen haben beantragt,
den Antragsgegner zu verpflichten,
unter Abänderung der – näher bezeichneten – Urkunden des Landkreises … vom 11.01.2011 an sie je den laufenden monatlichen Kindesunterhalt in Höhe von 136 % des Mindestunterhaltes in Höhe der jeweiligen Altersstufe zum jeweils 1. eines jeden Monats zu Händen der Kindesmutter zu zahlen
sowie 7.918,71 Euro unter Abänderung der Urkunden als Gesamtunterhaltsrückstand für die Zeit seit dem 1.12.2009 bis einschließlich 30.04.2011 sofort zu Händen der Kindesmutter zu zahlen.

Der Antragsgegner hat beantragt,
die Anträge abzuweisen.
Er hat gemeint, fiktives Einkommen dürfe ihm nicht zugerechnet werden. Dass er sich im Wartestand befunden habe, sei Folge der ehelichen Lebensverhältnisse. Nachdem er seit 2003 eine halbe Stelle besetzt habe, um die Kinderbetreuung und den Hausbau zu übernehmen und die 2008 abgeschlossene Facharztausbildung der Mutter der Antragstellerinnen zu ermöglichen, habe diese sein berufliches Fortkommen behindert, indem sie aus der evangelischen Kirche ausgetreten sei und nicht mehr im Pfarrhaus habe wohnen wollen. Die Kirche habe ihn nach der Geburt der Antragstellerin zu 3. wegen der familiären Situation in den Wartestand versetzt. Im Wartestand zu bleiben, sei zwischen den Eheleuten abgesprochen gewesen. Danach sei wegen der Trennung der Eheleute eine Wiederaufnahme des Dienstes nicht mehr möglich gewesen. Die Mutter der Antragstellerin verhindere durch die vielen Streitigkeiten die Klärung der persönlichen Verhältnisse, die die Kirche als Voraussetzung für die Übernahme einer neuen Pfarrstelle verlange.
Er verfüge deshalb über seine Ruhebezüge von zuletzt (ab06.2011) 1.667,20 Euro und habe davon die private Krankenversicherung von 127,43 Euro zu zahlen.
Der Antragsgegner hat behauptet, unter einem Erschöpfungszustand zu leiden. Im03.und04.2008 sei er deshalb krankgeschrieben gewesen. Danach sei ein therapiebedürftiges Burn-out-Syndrom diagnostiziert worden. Er sei deshalb nicht in der Lage, einer dauerhaften Erwerbstätigkeit nachzugehen.
Aus dem Verkauf der Aktien sei nichts übrig. Rund 20.000 Euro habe die Mutter der Antragstellerinnen erhalten. Vom Restbetrag habe er alte Schulden beglichen und die kostenintensiven familienrechtlichen Streitigkeiten geführt.
Der Antragsgegner hat behauptet, nie in Br… gewohnt oder Maklertätigkeit ausgeübt zu haben. Dort habe er nur persönliche Gegenstände vorübergehend gelagert. Nachdem er in einer kleinen Wohnung in F… gewohnt habe, sei er im10.2010 in das vormalige Familienwohnhaus zurückgekehrt. Ein Wohnvorteil ergebe sich daraus nicht, weil der Kredit nicht mehr bedient werde und Zwangsversteigerung zu erwarten sei.
3. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht Kindesunterhalt ab01.2010 in Höhe von 105 Prozent des Mindestunterhalts, ab05.2010 in Höhe von 110 Prozent und ab09.2010 in Höhe von 120 Prozent für berechtigt gehalten, jeweils abzüglich des halben Kindergeldes. Im Übrigen hat es die Anträge abgewiesen. Der für das Jahr 2010 geschuldete Unterhalt sei nach dem Einkommen des Jahres 2009 zu berechnen. Es sei deshalb unmaßgeblich, ob der Antragsgegner sich absprachegemäß oder absprachewidrig im Wartestand befunden habe oder, wie zuvor, auf einer halben Stelle hätte arbeiten können. Die vom Antragsgegner angegebenen Bezüge im Wartestand von 1.990 Euro hätten jedenfalls denjenigen entsprochen, die er aus einer halben Stelle hätte beziehen können. Nach der Kapitalveräußerung müsse sich der Antragsgegner fiktive Zinsen von monatlich 111 Euro anrechnen lassen. Nach Berücksichtigung der Krankenversicherungsprämie von 120 Euro ergebe sich aus einem Einkommen von 1.981 Euro eine Einordnung in die Gruppe 2 der Düsseldorfer Tabelle und somit ein Satz von 105 Prozent des Mindestunterhalts, den der Antragsgegner unter Schonung seines notwendigen Selbstbehalts an alle drei Antragstellerinnen habe leisten können. Nach Ablauf des Trennungsjahres, also ab05.2010, habe der Antragsgegner die Verhältnisse der gescheiterten Ehe nicht mehr fortschreiben dürfen, sondern er hätte seine Arbeitskraft optimal einsetzen müssen. Er habe es pflichtwidrig unterlassen, sich um die Übernahme einer neuen Pfarrstelle zu bemühen. Daran sei er weder durch das Verhalten seiner inzwischen getrenntlebenden Ehefrau noch durch die Residenzpflicht gehindert gewesen, die er nach der Trennung habe erfüllen können. Aus einem fiktiven Bruttoeinkommen von 3.660,34 Euro ergebe sich ein fiktives Nettoeinkommen von 2.630 Euro, das um fiktive berufsbedingte Aufwendungen von 132,20 Euro zu bereinigen sei. Fiktive Zinseinkünfte von 111 Euro seien hinzuzurechnen, die Krankenversicherungsprämie von 127 Euro abzuziehen. Ein zu berücksichtigendes Einkommen von 2.682 Euro ergebe eine Einordnung in Gruppe 3 der Düsseldorfer Tabelle und einen Satz von 110 Prozent des Mindestunterhalts. Ab09.2010 sei ein Wohnvorteil von 800 Euro hinzuzurechnen. Es ergebe sich ein Satz von 120 Prozent des Mindestunterhalts. Die Behauptungen, er habe noch nicht wieder in dem eigenen Haus gewohnt und er habe Kreditverbindlichkeiten getragen, habe der Antragsgegner nicht ausreichend dargelegt. Auch die Auswirkungen der behaupteten Krankheit auf die Arbeitsfähigkeit seien unzureichend vorgetragen.
4. Mit seiner Beschwerde hält der Antragsgegner an seiner Ansicht fest, er schulde nicht mehr als den Mindestunterhalt.
Er meint, schon für die ersten Monate des Jahres 2010 hätten seine Ruhestandsbezüge berücksichtigt werden müssen, nicht die Wartestandsbezüge. Durch die Versetzung in den Ruhestand ab08.2009 habe sich sein Monatseinkommen dauerhaft vermindert, so dass nicht mehr das in der Zeit zuvor bezogene Einkommen maßgeblich sein dürfe. Fiktive Zinseinkünfte dürften nicht berücksichtigt werden. Die Mutter der Antragstellerinnen habe die Zahlung aus dem fraglichen Kapital selbst bestätigt. Die andere Hälfte des Kapitalbetrages habe er für außergewöhnliche trennungsbedingte Belastungen wie Anwalts- und Gerichtskosten ausgeben müssen.

Die Anrechnung fiktiven Einkommens aus einer Vollzeittätigkeit sei nicht berechtigt. Pfarrstellen seien ihm nicht angeboten worden, und er hätte sie wegen seiner ungeklärten persönlichen Verhältnisse auch nicht besetzen können. Im Ruhestand eine andere Tätigkeit zu übernehmen, sei mit dem Pfarrerberuf nicht vereinbar gewesen, hätte seinen Wiedereintritt in den aktiven Dienst erschwert und zudem kein höheres Einkommen als die Ruhestandsbezüge erbracht.
In das vormalige Familienheim sei er erst im10.2010 zurückgekehrt, wie sich den bis09.reichenden Nebenkostenabrechnungen seiner bis dahin gemieteten Wohnung entnehmen lasse (Bl. 67 VKH-Heft). Bis11.2010 habe er Raten an die kreditgebende Bank gezahlt. Nach dem Eigentumsübergang auf seine jetzige Ehefrau beteilige er sich an den von ihr zu leistenden Kreditraten mit monatlich 200 Euro.
Der Antragsgegner behauptet, er sei weiterhin arbeitsunfähig wegen des familiär bedingten Erschöpfungszustandes.
Die Antragstellerin zu 1. und der Antragsgegner haben den Antrag auf Abänderung der Urkunde des Landkreises … für den Zeitraum ab der Volljährigkeit der Antragstellerin zu 1. übereinstimmend für erledigt erklärt.
Im Übrigen beantragt der Antragsgegner,
den Beschluss des Familiengerichts Nauen vom 14.12.2011 (Az.: 24 F 105/11) abzuändern und die Anträge abzuweisen.
Die Antragstellerinnen beantragen,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss.
Sie behaupten, nur für einen Monat habe der Antragsgegner den auf das vormalige Familienheim bezogenen Kredit bedient; in den anderen Monaten des Jahres 2010 habe ihre Mutter gezahlt (Bl. 316 f.).
Wegen des weiteren Vortrages der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die Anlagen verwiesen.
5. Der Senat hat über die Behauptung des Antragsgegners, er sei krankheitsbedingt arbeitsunfähig, Beweis erhoben durch Einholen schriftlicher Sachverständigengutachten, die die Sachverständigen auf Einwendungen der Beteiligten schriftlich ergänzt haben (Bl. 360 f., 542) und der Sachverständige Prof. Dr. D… in der mündlichen Verhandlung vom 19.11.2014 weitergehend erläutert hat. Auf die Gutachten und die Sitzungsniederschrift vom 19.11.2014 wird verwiesen (Bl. 418 ff., 556 ff., 698). Der Antragsgegner hält den Gutachten entgegen, mit verminderter Leistungsfähigkeit sei der Pfarrerberuf nicht auszuüben. Die Ausübung eines Pfarramtes sei nur mit einer vollständigen Leistungsfähigkeit möglich.
II.
Die Beschwerde ist unbegründet.
Die dem Grunde nach unstreitige Unterhaltspflicht des Antragsgegners gegenüber seinen minderjährigen Kindern und dem inzwischen privilegiert volljährigen Kind (§§ 1601, 1602, 1603 BGB) besteht mindestens in der im angefochtenen Beschluss angenommenen Höhe.
1. Die unterhaltsrelevante Leistungsfähigkeit des Antragsgegners wird nicht durch seine Ruhestandsbezüge bestimmt, sondern durch die Möglichkeit, seine um 20 Prozent geminderte Erwerbsfähigkeit entweder als Pfarrer oder in einem für ehemalige Pfarrer geeigneten Beruf oder zum Ausüben einer Nebentätigkeit einzusetzen, um Einkommen zu erzielen, das seine Ruhestandsbezüge entweder ersetzt oder ergänzt.
a) Der Antragsgegner muss sich fiktives Einkommen zurechnen lassen. Er ist seiner gesteigerten Unterhaltspflicht im hier interessierenden Zeitraum seit Beginn 2010 nicht ausreichend nachgekommen. Er hat alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um seinen minderjährigen unverheirateten Kindern und dem privilegiert volljährigen Kind Barunterhalt zahlen zu können (§ 1603 II 1 BGB). Auf seine Ruhestandsbezüge seit 2009 darf der Antragsgegner deshalb nur dann verweisen, wenn es ihm nicht möglich ist, durch den Einsatz seiner Arbeitskraft und unter Ausnutzung seiner durch Bildung, Ausbildung und Erfahrung bestimmten Möglichkeiten ein höheres Einkommen zu erzielen. Wer arbeitslos ist oder in Teilzeit arbeitet oder eine am Maßstab der eigenen Möglichkeiten schlecht bezahlte Tätigkeit ausübt, hat sich deshalb um Arbeit oder besser bezahlte Arbeit zu bemühen, indem er nach freien Arbeitsstellen sucht. Diese Obliegenheit trifft auch den Unterhaltspflichtigen, dessen Möglichkeiten es erlauben, einen höheren als den Mindestunterhalt zu leisten (vgl. Wendl/ Dose-Klinkhammer, UnterhR, 8. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 207, 210, 244). Die Vorstellungen und Wünsche des Unterhaltspflichtigen über die Gestaltung seines (Berufs-)Lebens haben hinter dem Erfüllen der gesteigerten Unterhaltspflicht zurückzustehen. Wer diesen Obliegenheiten nicht gerecht wird, muss sich so behandeln lassen, als ob er ein Einkommen tatsächlich hätte, das er bei gutem Willen und gehöriger Anstrengung erzielen könnte.
Wegen der gesteigerten Unterhaltsverpflichtung gegenüber minderjährigen Kindern hat der Antragsgegner die Umstände des Verlustes seines Arbeitsplatzes darzulegen. Insbesondere hat er gegebenenfalls vorzutragen, weshalb er selbst eine Anstellung beendet hat und welche Aussichten dabei auf eine anschließende Erwerbstätigkeit bestanden. So kann der Unterhaltspflichtige den Vorwurf widerlegen, er habe leichtfertig auf erzielbares Einkommen verzichtet, das ihm fiktiv zuzurechnen wäre, wenn er seiner Darlegungslast nicht genügt.

Der Antragsgegner ist dieser Darlegungslast nachgekommen, indem er den Übergang von der Berufsausübung über die Freistellung in den Wartestand und schließlich in den Ruhestand geschildert hat. Der Verweis auf das Schreiben des Konsistoriums vom 25.01.2010 (Bl. 64, 649) reicht aus, um darzulegen, die Umstände des Zusammenlebens und des allmählichen Zerbrechens der Familie seien die entscheidenden Ursachen für den Übergang in den Wartestand. Diese Umstände hat der Antragsgegner jedenfalls nicht allein zu verantworten. Das Ausscheiden aus dem aktiven Dienst als Pfarrer und der Übergang in den Wartestand kann dem Antragsgegner deshalb nicht als unterhaltsrelevantes Fehlverhalten angelastet werden.
Für die Zeit nach der Trennung der Eheleute im05.2009 bleibt der Antragsgegner allerdings eine Erläuterung schuldig, ob er den Übergang in den Ruhestand hätte abwenden können und welche Bemühungen er angestellt hat, einen anderen Beruf zu ergreifen, wenn es nicht möglich gewesen sein sollte, erneut eine Pfarrstelle zu übernehmen. Die Organisation des Familienverbandes und etwaige Absprachen über die Einteilung der Erwerbs- und der Familienarbeit können nach der Trennung keine Rolle mehr gespielt haben. Der Antragsgegner hatte sich nun in der Trennung einzurichten und dabei insbesondere der Erfüllung seiner Unterhaltspflichten und damit dem Einkommenserwerb seine erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen.
Der Antragsgegner kann sich deshalb für das Jahr 2010 – und erst recht in den nachfolgenden Jahren – nicht darauf zurückziehen, seine familiäre Lage habe seiner Wiederverwendung als Pfarrer entgegengestanden und er habe auf Besserung warten wollen, um in den Pfarrerberuf zurückzukehren. Seiner gesteigerten Unterhaltspflicht hätte es entsprochen, nach einer Tätigkeit zu suchen, die mindestens gleich entgolten wird.
Dem Antragsgegner stand außerdem die Möglichkeit offen, seine Ruhestandsbezüge durch eine Tätigkeit zu ergänzen, aus der nicht das dem Pfarrerberuf angemessene Entgelt zu erzielen ist. Aus einer solchen geringer entlohnten Tätigkeit (Nebentätigkeit) hätte der Antragsgegner seine Ruhestandsbezüge ohne Anrechnung bis zur Höhe der Bezüge eines aktiven Pfarrers ergänzen können (§§ 3 I EKD-VersG, 53 I, II Nr. 1 BeamtVG).
Der Antragsgegner hätte sich bemühen müssen, die dazu erforderlichen Genehmigungen seines Konsistoriums zu erlangen, erforderlichenfalls durch wiederholtes Vorstelligwerden und Verhandlungen um das Erlaubte und Mögliche. Seiner strengen Obliegenheit hätte es entsprochen, die Rückkehraussichten aufzugeben, wenn anders ein Einkommen nicht erzielbar ist, das die Erfüllung aller ihn treffenden Unterhaltspflichten zulässt. Daran hätte er die intensive Suche nach einer neuen Beschäftigung oder einer Nebentätigkeit zur Ergänzung der Ruhestandsbezüge anschließen müssen.
Da der Antragsgegner zu Bemühungen gegenüber dem Konsistorium und zu einer Suche nach offenen Stellen und zu Bewerbungen um eine Anstellung nichts vorgetragen hat, muss er sich Einkommen fiktiv zurechnen lassen, das seiner Ausbildung und Berufserfahrung als ordinierter evangelischer Pfarrer entspricht, oder das er aus einer Nebentätigkeit hätte erzielen können, um seine Ruhestandsbezüge auf die Höhe eines solchen Einkommens zu ergänzen.
b) Der Antragsgegner hat alldem einen erheblichen Einwand entgegengehalten, nämlich die Behauptung, er sei wegen eines Erschöpfungszustandes oder Burn-out-Syndroms damals nicht in der Lage gewesen und noch immer nicht in der Lage, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und ein höheres Einkommen als die Ruhestandsbezüge zu erzielen.
Die dazu eingeholten Sachverständigengutachten haben diese Behauptung nur zum geringen Teil bestätigt. Der Antragsgegner ist in der Lage, seine um ein Fünftel geminderte Erwerbsfähigkeit entweder im Pfarrerberuf oder einem entsprechend anspruchsvollen Beruf oder in einer weniger qualifizierten Nebentätigkeit einzusetzen, um Einkommen zu erzielen.
Die Sachverständigen haben ausführliche, gut verständliche schriftliche Gutachten erstattet, die sie auf die Einwendungen der Beteiligten schriftlich ergänzt haben. Sie haben ihre Befunde und die Methoden der Befunderhebung erläutert. Die schriftlichen Gutachten und die mündlichen Erläuterungen haben zu einer schlüssigen Darlegung der Wirkungszusammenhänge zwischen der Erkrankung des Antragsgegners und seiner Erwerbsfähigkeit geführt. Der Senat kann die Gutachten ohne Einschränkungen zu seiner Überzeugungsbildung verwenden. Die Sachverständigen haben besondere Anforderungen des Pfarrerberufes formuliert (vgl. zuletzt das Zusatzgutachten, S. 8 f. = Bl. 563 f.) und sind dennoch nur zu einer Minderung der Erwerbsfähigkeit gekommen, die einer Erwerbsunfähigkeit fernliegt. Sie haben zum einen die von dem Antragsgegner behauptete Erkrankung als ein depressives Syndrom und eine Anpassungs- und Belastungsstörung selbst feststellen können. Hinweise auf Aggravation, Simulation oder Dissimulation seien nicht erkennbar. Zum anderen haben sie die Auswirkungen der Erkrankung sehr differenziert geschildert: Sie habe während der gesamten rückschauend beobachteten Zeitspanne zu einer klinisch relevanten Minderleistung geführt. Aber diese Einschränkung der Leistungsfähigkeit beziehe sich ausschließlich auf die Aufmerksamkeit, die einer anspruchsvollen Tätigkeit zu widmen sei. Die Konzentrationsfähigkeit des Antragsgegners sei unauffällig, aber es seien Defizite bei der Daueraufmerksamkeit festzustellen. Diese Erkrankung sei verhaltenstherapeutischen Methoden gut zugänglich. Die Sachverständigen haben schließlich überzeugend dargelegt – und dies insbesondere in der mündlichen Erläuterung

vertieft –, dass eine nach Zeitabschnitten gegliederte, Höhen und Tiefen genau erfassende Bemessung der krankheitsbedingten Leistungsminderung des Antragsgegners nicht möglich sei. Es könne allein in der Art eines Durchschnittswertes, der einen über mehrere Jahre bis in die Gegenwart reichenden Zeitraum erfasse, angegeben werden, dass die Erwerbsfähigkeit um 20 Prozent gemindert sei.
Diese Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit, die zu beweisen dem Antragsgegner gelungen ist, kann berücksichtigt werden, indem das fiktiv zuzurechnende Einkommen um einen Anteil von einem Fünftel vermindert wird. So kann berücksichtigt werden, dass die Sachverständigen Beschränkungen geschildert haben, die den Antragsgegner nicht an der Berufsausübung vollständig hindern, sondern die es ihm erlauben, seinem Beruf in vermindertem Umfang nachzugehen, um durch diese Schonung seiner Kräfte und seines Anspannungsvermögens den Anforderungen einer Teilzeitbeschäftigung gerecht zu werden.
Dabei kann dahinstehen, ob sich der Antragsgegner, wie es ihm als Unterhaltspflichtigem obliegt, ausreichend um eine Therapie bemüht hat. Die Schilderungen der Sachverständigen erlauben keine weitergehende Schlussfolgerung als die gute Therapierbarkeit der bei dem Antragsgegner festgestellten Erkrankung. Bei nur geringen Ausprägungen und Auswirkungen – wie hier der Minderung der Erwerbsfähigkeit um nur ein Fünftel – einer ernsthaften Erkrankung muss offenbleiben, ob ein stets unsicherer Therapieerfolg diese geringe Einschränkung eventuell nicht erfasst hätte, so dass es trotz der Therapie bei einer geringfügigen Leistungsminderung geblieben wäre.
c) Die Höhe des vom Unterhaltspflichtigen tatsächlich bezogenen oder des unter zumutbaren Umständen erzielbaren und fiktiv zuzurechnenden Einkommens haben die Unterhaltsberechtigten darzulegen, denen es obliegt, die Höhe ihrer Forderungen zu berechnen. Dazu dient der Auskunftsanspruch (§ 1605 BGB) oder die Darlegung von Tatsachen, die die fiktive Bemessung zulassen (Wendl/Dose, § 1 Rdnr. 795).
Da der Antragsgegner nicht überzeugend dargelegt hat, dass er weder in den Pfarrerberuf zurückkehren noch einen anderen, ungefähr gleich entlohnten Beruf ergreifen kann, werden die Antragstellerinnen ihrer Darlegungslast gerecht, indem sie auf das zur Ruhegehaltsberechnung verwendete Grundgehalt eines Pfarrers von 3.660 Euro verweisen (Anlage zur Antragsschrift, Bl. 14).
Veranschlagt man anhand der Minderung der Erwerbsfähigkeit um ein Fünftel 3.660 x 0,8 = 2.928 Euro brutto, so kann der Antragsgegner darauf verwiesen werden, dieses Entgelt aus einer seiner Qualifikation entsprechenden, anspruchsvollen Berufstätigkeit zu erzielen, um seine Ruhestandsbezüge, die er zuletzt mit 1.667 Euro angegeben hat, bis zur Höhe der vollständigen Bezüge eines Pfarrers zu ergänzen. Dazu wäre ein Zuverdienst von ungefähr 2.000 Euro erforderlich, also ein Betrag innerhalb der durch die verminderte Leistungsfähigkeit begrenzten Möglichkeiten des Antragsgegners.
Der Bruttobetrag von 3.660 Euro, von dem 1.667 Euro auf Versorgungsbezüge entfallen, führt zu einem Nettobetrag von 2.997 Euro (www.abgabenrechner.de). Nach Abzug berufsbedingter Aufwendungen (fünf Prozent) und der Krankenversicherungsprämie (127 Euro) bleiben 2.720 Euro.
2. Der Antragsgegner muss sich einen Wohnvorteil von – schließlich unstreitigen – 800 Euro zunächst als unterlassenen Ertrag aus einer Vermietung und, nach dem Wiedereinzug in das vormalige Familienheim im10.2010, als Vorteil mietfreien Wohnens auf dem eigenen Grundstück hinzurechnen lassen. Setzt man voraus, dass das Wohnhaus die seinen Bedürfnissen angemessene Größe aufweist – unter Berücksichtigung des Umganges mit den Antragstellerinnen und der Wohnbedürfnisse seiner jetzigen Familie –, so ergibt sich zwischen beiden Beträgen keine Differenz. Ob Zins- und Tilgungsleistungen auf die Darlehen abgezogen werden können, hängt nicht nur davon ab, ob der Antragsgegner solche Leistungen wirklich erbracht hat, sondern auch von Bemühungen, eine Aussetzung der Tilgungsleistungen in Aussicht auf eine bevorstehende Veräußerung zu erreichen (vgl. insgesamt zu den Gesichtspunkten des Wohnvorteils bei der Berechnung von Kindesunterhalt neuerdings: BGH, Beschl. v. 19.03.2014 – XII ZB 367/12 –, BeckRS 2014, 07869). Solche Bemühungen hat der Antragsgegner nicht vorgetragen. Abgezogen werden können danach erst ab09.2012 200 Euro, mit denen sich der Antragsteller an den Zahlungen auf das zum Grundstückserwerb von seiner jetzigen Ehefrau aufgenommene Darlehen beteiligt. Eine Beteiligung an weiteren Wohnkosten (Bl. 648) kann der Antragsgegner nicht abziehen. Die Zurechnung eines Wohnvorteils soll den Vorteil abbilden, den er gegenüber einem Mieter hat. Kosten, die auch ein Mieter zu tragen hat (Wasser, Abwasser, Strom, Heizung, Müllabfuhr), bleiben sowohl bei einem Mieter als auch beim Wohnen auf dem eigenen Grundstück für die Unterhaltsberechnung ohne Auswirkung.
3. Zinserträge sind dem Einkommen des Antragsgegners nicht hinzuzurechnen. Der Antragsgegner hat die Verteilung und den Verbrauch des aus dem Aktienverkauf erlösten Geldes vorgetragen. Dem sind die Antragstellerinnen nicht substantiiert entgegengetreten.
4. Die genannten Werte – 2.720 Euro fiktives Einkommen zuzüglich 800 und später 600 Euro Wohnvorteil – führen zur Einordnung in die 6. bzw. 7. Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle. Nach Herabsetzung um eine Gruppe wegen der Zahl der Unterhaltsberechtigten ergibt sich die Höhe der Unterhaltsbeträge mindestens aus der im angefochtenen Beschluss für zutreffend gehaltenen Gruppe 5. Eine ihm günstigere Festsetzung kann der Antragsgegner nicht erreichen. Eine Abänderung zu seinen Lasten ist auf das allein von ihm geführte Rechtsmittel ausgeschlossen. Der angefochtene Beschluss ist lediglich um das Ergebnis der übereinstimmenden Erledigung des Abänderungsverlangens der Antragstellerin zu

1. ab deren Volljährigkeit und um die – wohl versehentlich – falsche Altersgruppenzuordnung der Antragstellerin zu 2. richtigzustellen.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 243 FamFG, die Entscheidung zur sofortigen Wirksamkeit auf § 116 III 2 FamFG und die Wertfestsetzung auf den §§ 55 II, 33 I 1, 40 I 1, II, 51 I, II 1 FamGKG.
Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen (§ 70 II FamFG), besteht nicht.

11. OLG Köln, Beschluss vom 10.12.2014 – 5 U 75/14 – * Arzthaftungsprozess: Höhe des Schmerzensgeldes bei Schwerstschädigung des Betroffenen

Orientierungssatz

1. Bei einem erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 600.000 Euro handelt es sich um einen der höchsten Schmerzensgelbeträge im Bereich der Schwerstschadensfälle, die in Deutschland rechtskräftig ausgeurteilt worden sind. Ein Schmerzensgeld in dieser Höhe kann erforderlich sein, um erlittenen massiven geistigen und körperlichen Schäden angemessen Rechnung zu tragen, an denen der Betroffene sein Leben lang ohne Hoffnung auf Besserung leiden wird, aufgrund derer er lebenslänglich rund um die Uhr auf fremde Hilfe angewiesen sein wird, durch die ihm jede Chance auf ein selbstbestimmtes Leben genommen worden ist und die seine Persönlichkeit weitgehend zerstört haben.
2. Es ist gerichtsbekannt, dass sich auch gesunde Menschen an ihre Empfindungen und Erlebnisse in den ersten beiden Lebensjahren später nicht mehr erinnern können, so dass sich hinsichtlich des Empfindens der massiven Behinderungen kein erheblicher, bei der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigungsfähiger Unterschied zwischen einem durch einen Geburtsschaden Betroffenen und einem Betroffenen, der vor seiner Schädigung für die Dauer von zwei bis drei Lebensjahren ein normales und gesundes Leben hat kennenlernen können, ergibt.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 2.04.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 387/08) 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 legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).
Das Landgericht hat die Beklagten vielmehr zu Recht in dem aus dem Tenor des angefochtenen Urteils ersichtlichen Umfange verurteilt und die weitergehende, auf Zuerkennen eines um 300.000 Euro höheren Schmerzensgeldkapitalbetrages und einer um 450 Euro monatlich höheren Schmerzensgeldrente gerichteten Klage des Klägers zurückgewiesen. 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 abweichende, für ihn günstigere Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
Das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld ist weder hinsichtlich der Gesamthöhe noch hinsichtlich des Verhältnisses von Schmerzensgeldkapital und Schmerzensgeldrente zu beanstanden. Unter Berücksichtigung einer Kapitalisierung der Schmerzensgeldrente auf einer Basis eines Zinssatzes von 4 % beläuft sich das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld auf gut 600.000 Euro [550 Euro (vom Landgericht zuerkannte monatliche Rente) x 12 Mo. = 6.600 Euro; 6.600 Euro x 23,330 (Kapitalisierungsfaktor für einen männlichen Betroffenen und bei Beginn der Rente ab 1.04.2013 und damit in einem Alter des Klägers von 11 Jahren; gemäß der Kapitalisierungstabelle, etwa abgedruckt bei Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 7. Aufl., 2014, S. 449 ff., Rn. 1736 Tabelle für Frauen, Rn. 1737 Tabelle für Männer) = 153.978,00 Euro; 450.000 Euro + 153.978 Euro = 603.978,00 Euro]. Mit einem Betrag in einer Größenordnung von 600.000 Euro handelt es sich bei dem erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeld um einen der höchsten Schmerzensgeldbeträge, die in Deutschland je rechtskräftig ausgeurteilt worden sind. Aus den veröffentlichten Präjudizien zu Schwerstschadensfällen, bei denen die Betroffenen irreversibel schwerste körperliche und geistige Behinderungen erlitten und dadurch die Möglichkeit eines Lebens als selbstbestimmte Persönlichkeit verloren haben, ergeben sich als bisher höchste rechtskräftig titulierte Schmerzensgelder Beträge in einem Rahmen von 300.000 Euro nebst Rente in Höhe von 300 Euro monatlich bis zu 500.000 Euro nebst Rente in Höhe von 500 Euro monatlich [OLG Zweibrücken, 22.04.2008, 5 U 6/07, MedR 2009, 88, Geburtsschaden, 500.000 Euro nebst Rente in Höhe von 500 Euro monatlich; OLG Köln, 20.12.2006, 5 U 130/01, VersR 2007, 219, Geburtsschaden, 500.000 Euro ohne zusätzliche monatliche Rente; OLG Hamm, 21.05.2003, 3 U 122/02, VersR 2004, 386, Geburtsschaden, 500.000

Euro ohne zusätzliche monatliche Rente; OLG München, 19.09.2005, 1 U 2640/05, MedR 2006, 211, Geburtsschaden, 350.00 Euro nebst Rente in Höhe von 500 Euro monatlich, vorgehend: LG München, 2.03.2005, 9 O 6741/98; OLG Düsseldorf, 26.04.2007, 8 U 37/05, VersR 2008, 534, Geburtsschaden; 300.000 Euro nebst Rente in Höhe von 300 Euro, vorgehend: LG Kleve, 9.02.2005, 2 O 370/01; hinsichtlich der von den Beklagten zitierten Entscheidung des LG Ansbach vom 7.08.2009 zu 2 O 259/04, mit der ein Schmerzensgeld von 400.000 Euro nebst einer monatlichen Rente von 500 Euro zugesprochen worden wurde, ist der - soweit ersichtlich - einzigen Fundstelle in Hacks/Wellner/ Hecker, Schmerzensgeldbeträge 2014, lfd. Nr. 2747, nicht zu entnehmen, ob diese Entscheidung rechtskräftig geworden ist]. Das vom Landgericht titulierte Schmerzensgeld bewegt sich am oberen Rand dieses Rahmens. Ein Schmerzensgeld in diesem Umfange ist erforderlich, um den massiven vom Kläger erlittenen geistigen und körperlichen Schäden angemessen Rechnung zu tragen, an denen der Kläger sein Leben lang ohne Hoffnung auf Besserung leiden wird, aufgrund derer er lebenslänglich rund um die Uhr auf fremde Hilfe angewiesen sein wird, durch die ihm jede Chance auf ein selbstbestimmtes Leben genommen worden ist und die seine Persönlichkeit weitgehend zerstört haben. Das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld ist aber als Ersatz für die immateriellen Schäden des Klägers mit den Erwägungen des Landgerichts, auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, auch ausreichend. Bei dieser Beurteilung steht dem Senat vor Augen, dass es eine absolut angemessene Entschädigung für nicht vermögensrechtliche Nachteile nicht geben kann, weil diese letztlich in Geld nicht messbar sind, dass der Tatrichter bei der Schmerzensgeldbemessung von Gesetzes wegen keinen betragsmäßigen Beschränkungen unterliegt, dass auch Präjudizien keine verbindlichen Vorgaben darstellen, und dass bei dem Heranziehen von Präjudizien neben einer Prüfung der Vergleichbarkeit der jeweiligen Sachverhalte und der Berücksichtigung eventueller Divergenzen insoweit auch der Zeitablauf seit den jeweiligen Entscheidungen, die zwischenzeitliche Geldentwertung sowie der Umstand zu berücksichtigen ist, dass die Rechtsprechung bei der Bemessung von Schmerzensgeld nach gravierenden Verletzungen inzwischen großzügiger verfährt als früher [vgl. zu Vorstehendem statt vieler etwa: OLG München, Entscheidung vom 19.09.2005, 1 U 2640/05, MedR 2006, 211-Rn. 43 m. w. N.]. Die vom Kläger angefochtene Entscheidung des Landgerichts hält sich indes ersichtlich in dem ihm danach in gewisser Weise vorgegebenen Rahmen. Insbesondere hat das Landgericht alle spezifischen Umstände des hier vorliegenden Streitfalles berücksichtigt, eigenständig und in Abgrenzung insbesondere zu dem herangezogenen Präjudiz des OLG Zweibrücken [a. a. O.] bewertet und aus einer Gesamtschau dieser Umstände die angemessene Entschädigung für das sich darbietende Schadensbild gewonnen. Dieser vom Landgericht vorgenommenen Abwägung schließt sich der Senat an. Dabei geht der Senat ebenso wie das Landgericht auch davon aus, dass im vorliegenden Streitfall keine Umstände vorliegen, die es rechtfertigen könnten, das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld trotz des Umstandes, dass es sich dabei um einen der höchsten je in Deutschland rechtskräftig zuerkannten Schmerzensgeldbeträge handelt, weiter anzuheben. Dies gilt auch in Bezug auf diejenigen Umstände, die nach Auffassung des Klägers eine Anhebung des erstinstanzlich titulierten Schmerzensgeldes in dem von ihm angestrebten Umfange rechtfertigen:
Insbesondere ist eine Anhebung des erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldes entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung nicht wegen des Umstandes gerechtfertigt, dass er die massiven Schäden nicht im Rahmen seiner Geburt erlitten hat mit der Folge, dass er ein nicht behindertes Leben gar nicht erst hat kennenlernen können, sondern erst im Alter von zwei Jahren nach einem bis dahin unbeschwerten Leben, in dem er sich altersgerecht normal hat entwickeln und entfalten können, und in dem er ein Gefühl für ein Leben als gesunder Mensch hat entwickeln können. Denn es ist gerichtsbekannt, dass sich auch gesunde Menschen an ihre Empfindungen und Erlebnisse in den ersten beiden Lebensjahren später nicht mehr erinnern können, dass eine Erinnerung insoweit vielmehr erst im Verlaufe des dritten Lebensjahres einsetzt. Dementsprechend ergibt sich hinsichtlich des Empfindens der massiven Behinderungen kein erheblicher, bei der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigungsfähiger Unterschied zwischen einem durch Geburtsschaden geschädigten Betroffenen und einem Betroffenen, der vor seiner Schädigung für die Dauer von zwei bis drei Lebensjahren ein normales und gesundes Leben hat kennenlernen können.
Einen Umstand, der eine Anhebung des erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldes rechtfertigen könnte, stellt entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung auch das Prozess- und Regulierungsverhalten der Beklagten nicht dar. Zwar kann es sich bei dem Prozess- und insbesondere bei dem Regulierungsverhalten eines Schädigers durchaus um Gesichtspunkte handeln, die unter Umständen schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen sind. Im vorliegenden Streitfall ist indes eine Anhebung des Schmerzensgeldes unter diesen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt. Zwar haben die Beklagten entgegen der bei ihnen offenbar bestehenden Vorstellung auch nach ihrem eigenen Vortrag die Behandlungsunterlagen betreffend den Kläger einschließlich der Röntgenaufnahmen und sonstigen bildgebenden Diagnostik nicht - wie dies in Arzthaftungsprozessen angemessen und wünschenswert wäre - zeitnah nach Prozessbeginn vollständig und in lesbarer Form vorgelegt; vielmehr haben die Beklagten sich insoweit auch nach ihrem eigenen Vorbringen nachhaltig und immer wieder bitten lassen. Es ist aber zum einen zu berücksichtigen, dass auch das Prozessverhalten des Klägers nicht dem insoweit Wünschenswerten

entsprach. Insbesondere hat er nachhaltig die erfolgten Zahlungen der Haftpflichtversicherers des Unfallgegners, die ersichtlich auch für die Beklagten befreiende Wirkung hatten, nicht von sich aus mitgeteilt und bei seiner Antragstellung in der gebotenen Weise berücksichtigt; vielmehr erfolgte dies jeweils erst auf Aufforderung bzw. nach Kenntniserlangung seitens der Beklagten. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass in dem vorliegenden Streitfall der Kläger nicht allein auf Zahlungen seitens der Beklagten angewiesen war bzw. ist. Vielmehr haftet neben den Beklagten gesamtschuldnerisch auch der Haftpflichtversicherer des Unfallgegners. Und dieser hat teils bereits vor [am 11.05.2005] und teils während des Verfahrens [am 6.04.2010 und am 9.02.2012] in erster Instanz das erstinstanzlich titulierte Schmerzensgeldkapital durch drei Teilzahlungen insgesamt in voller Höhe gezahlt und ab dem 1.04.2013 die regelmäßige Zahlung der Schmerzensgeldrente aufgenommen. Nicht unberücksichtigt bleiben kann auch der Umstand, dass die Beklagten zum einen nach Abschluss der erstinstanzlichen Beweisaufnahme den Feststellungsantrag anerkannt, und dass sie zum anderen gegen das angefochtene Urteil Berufung nicht eingelegt haben mit der Folge, dass über die Frage, ob das erstinstanzlich titulierte Schmerzensgeld zu hoch festgesetzt worden sein könnte, nicht mehr zu entscheiden ist. Vor dem Hintergrund des Vorstehenden stellt das Prozess- und Regulierungsverhalten keine zusätzliche Belastung des Klägers dar, die eine Anhebung des ohnehin schon sehr hoch festgesetzten Schmerzensgeldes rechtfertigen könnte. Hinzu kommt, dass im Rahmen der Arzthaftung das Schmerzensgeld in erster Linie dem Ausgleich dienen soll, während der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes eine eher unbedeutende Rolle zukommt, und dass das Schmerzensgeld ganz allgemein dem Ausgleich immaterieller Schäden dient und nicht als Mittel der Disziplinierung des Schädigers.
Soweit der Kläger schließlich meint, dass "ganz allgemein ... angesichts der seit 2008 herrschenden Wirtschafts- und Währungskrise eine Unterschreitung des ... Schmerzensgeldes von 500.000,00 Euro im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar" sei [S. 2 seiner Berufungsbegründung, Bl. 526 ff., 527 d. A.], ist dies nicht nachvollziehbar. Denn zum einen überschreitet das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld den vom Kläger genannten Betrag von 500.000 Euro erheblich und zum anderen ist nicht ersichtlich, inwiefern die allgemeine Wirtschafts- und Währungskrise Einfluss auf die Schmerzensgeldbemessung haben könnte. Sofern mit diesem Vorbringen der Gesichtspunkt angesprochen worden sein sollte, dass bei der Auswertung von Präjudizien bei der vergleichenden Betrachtung auch die zwischenzeitliche Geldentwertung berücksichtigt werden muss, träfe dies zwar zu, vermag aber auch dieser Gesichtspunkt eine Anhebung des erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldes nicht zu rechtfertigen. Denn auch unter Berücksichtigung der Geldentwertung stellt das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld einen der höchsten in Deutschland je rechtskräftig zuerkannten Schmerzensgeldbeträge dar.
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]. Dabei stehen dem Senat durchaus das besonders schwere Schicksal des Klägers, die schwersten Schäden, die er erlitten hat, und insoweit insbesondere der Umstand vor Augen, dass die Schädigungen in sehr weitgehendem Umfange die Persönlichkeit des Klägers zerstört haben. Es geht aber in dem vorliegenden Berufungsverfahrens nicht um die Haftung der Beklagten dem Grunde nach für diese das Leben des Klägers existenziell beeinträchtigenden Schädigungen und/oder um einen Streit um das gesamte vom Kläger geltend gemachte Schmerzensgeld [Wäre dies der Fall, wäre eine mündliche Verhandlung zweifellos im Sinne von § 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO geboten]. Die Haftung dem Grunde nach haben die Beklagten vielmehr in erster Instanz anerkannt. Und die vom Landgericht in dem vom Kläger angefochtenen Urteil getroffene Entscheidung zu dem in ganz erheblicher Höhe zuerkannten Schmerzensgeld ist bereits rechtskräftig geworden, weil die Beklagten hiergegen Berufung nicht eingelegt haben. In dem vorliegenden Berufungsverfahren geht es somit lediglich noch um die Frage, ob das vom Landgericht bereits rechtskräftig zuerkannte Schmerzensgeld trotz des Umstandes, dass es sich dabei um einen der höchsten je in Deutschland rechtskräftig zuerkannten Schmerzensgeldbeträge handelt, weiter anzuheben ist.

12. OLG Hamm, Urteil vom 09.12.2014 – 26 U 88/13 – * Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor einer Nabelhernien-Operation

Orientierungssatz

1. Die offene Nabelhernien-OP nach Spitzy stellt für kleine Nabelhernien das Standardverfahren dar.
2. Wählt der Arzt eine Standardmethode, muss eine Aufklärung über Behandlungsalternativen dann erfolgen, wenn gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und/oder Erfolgschancen oder wesentlich unterschiedlichen Belastungen eine echte Wahlmöglichkeit des Patienten begründen (hier: verneint für das endoskopische Vorgehen).
3. Bei der Operation einer Nabelhernie ist eine Aufklärung über das Wundinfektionsrisiko erforderlich.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 15.05.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger am ...1967 geboren nimmt die Beklagten wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung im Jahr 2010 auf Schmerzensgeld, rückständigen und zukünftigen Haushaltsführungsschaden sowie Feststellung der weiteren Einstandspflicht in Anspruch.
Der Kläger wurde am 22.09.2010 aufgrund einer Nabelhernie ambulant im Zentral-Operationssaal im Haus der Beklagten zu 2) durch den Beklagten zu 1) operiert. Es erfolgten eine Herniotomie und ein Bruchpfortenverschluss mit Einlegen einer Redondrainage und Hautverschluss durch Rückstichnähte. Der Kläger stellte sich in der Folgezeit zur ambulanten Nachsorge im Haus der Beklagten zu 2) vor. Am 2./3. postoperativen Tag trat eine Wundinfektion auf. Der Beklagte zu 1) versuchte zunächst die Infektion mittels einer Drainageeinlage auszuheilen. Im Rahmen der Nachsorge wurde jeden zweiten Tag der Verband des Klägers gewechselt. Nachdem durch die Drainageeinlage keine Besserung eintrat, wurde die Wunde des Klägers noch einmal zwecks Sekundärheilung geöffnet. Die Behandlung des Klägers endete am 21.10.2010.
Der Kläger hat behauptet, die Operation vom 22.09.2010 sein nicht lege artis durchgeführt worden. Zum einen sei die operative Maßnahme nicht mit der notwendigen Sterilität unter Beachtung der geltenden Hygienevorschriften durchgeführt worden. Zum anderen sei die Schnittnaht nicht ordnungsgemäß geführt worden. Schließlich sei er im Vorfeld der Operation nicht über die möglichen Risiken, insbesondere einer Wundinfektion mit einem Krankenhauskeim aufgeklärt worden.
Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme und Einholung eines fachchirurgischen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Q abgewiesen. Den Beklagten sei kein Behandlungsfehler vorzuwerfen. Der Kläger habe nicht beweisen können, dass die erlittene Wundinfektion, unabhängig davon, ob sie auf einen Krankenhauskeim zurückzuführen sei, auf einem Verstoß der Beklagten gegen Hygienestandards beruhe. Die Beklagten hätten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast durch Zeugen und die Vorlage der Chargenverfolgung dargelegt, dass die Hygienevorschriften bei dem operativen Eingriff vom 22.09.2010 eingehalten worden seien. Ein Behandlungsfehler sei auch nicht wegen einer fehlerhaften Schnittführung und dem anschließenden Wundverschluss gegeben. Für die Nabelhernienreparation sei ein Zugang nach Spitzy gewählt worden. Hierbei handele es sich um einen semizirkulären Schnitt unterhalb des Nabels, der standardmäßig durchgeführt und für die Operation empfohlen werde. Auch der anschließende Wundverschluss durch intrakutane Rückstichnähte mit nicht resorbierbarem Nahtmaterial sei nicht zu beanstanden.
Der Eingriff sei auch nicht mangels hinreichender Aufklärung ohne Einwilligung des Klägers durchgeführt worden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien die Beklagten zunächst hinsichtlich ihrer Behauptung einer ordnungsgemäßen Aufklärung beweisfällig geblieben. Die Zeugin Dr. N habe sich nicht daran erinnern können, ob sie den Kläger vor dem Eingriff aufgeklärt habe. Zwar habe der Sachverständige bestätigt, dass der Kläger ihm gegenüber erwähnt habe, über die Operation anhand eines Aufklärungsbogens aufgeklärt worden zu sein. Da sich ein entsprechender Aufklärungsbogen jedoch nicht bei den Krankenunterlagen der Beklagten befinde und der Sachverständige keine weiteren Angaben zum Umfang der Aufklärung habe machen können, sei nicht hinreichend bewiesen, dass damit eine ausreichende Aufklärung des Klägers stattgefunden habe. Unabhängig von der Frage, ob es einer Aufklärung über das bei Operationen stets bestehende allgemeine Wundrisiko überhaupt bedürfe, sei vorliegend von einer mutmaßlichen Einwilligung des Klägers auszugehen. Da der Sachverständige die Operation als einzige sinnvolle Behandlung des Nabelbruchs dargestellt habe und der Kläger kein plausibles Alternativverhalten habe schildern können, sei davon auszugehen, dass der Kläger sich auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung über die Operationsrisiken zu dem Eingriff entschlossen hätte.
Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt. Er sei im Vorfeld der Operation nicht über die damit verbundenen Risiken, insbesondere nicht über die Wundinfektionsgefahr aufgeklärt worden. Die eingetretene Wundinfektion sei auf die Kontaminierung der Wunde mit dem sog. Krankenhauskeim zurückzuführen. Es sei insbesondere auch unzutreffend, dass von einer mutmaßlichen Einwilligung des Klägers im Hinblick auf die durchgeführte Operation auszugehen sei, da diese entgegen den gutachterlichen Feststellungen nicht alternativlos gewesen sei. Eine Nabelhernie könne wie vorliegend in einer "offenen Operation" behandelt werden oder minimalinvasiv mittels Bauchspiegelung. Die Behandlung mittels Bauchspiegelung weise dabei aufgrund der kleineren Schnittlänge regelmäßig ein geringeres Wundinfektionsrisiko sowie weniger Wundheilungsstörungen auf. Die Beklagten hätten wegen der unterschiedlichen Chancen und Risiken beider Operationsmethoden auf

diese Behandlungsalternative hinweisen müssen. Eine mutmaßliche Einwilligung des Klägers hätte nur dann angenommen werden können, wenn die durchgeführte Operation alternativlos gewesen wäre. Er habe dargelegt, dass er durch eine ordnungsgemäße Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre.
Der Kläger beantragt,
I. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn ein ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab dem 15.07.2011 zu zahlen
II. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn 2.688,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab dem 15.07.2011 zu zahlen
III. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn ab dem 10.10.2011 monatlich 112,00 EUR bis zum 10.10.2041 (30 Jahre lang) zu zahlen
IV. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, weitergehende materielle und zukünftige nicht vorhersehbare immaterielle Schadensersatzansprüche, die ihm anlässlich der fehlerhaften Heilbehandlung in Zukunft noch entstehen, auszugleichen, sofern diese nicht bereits auf Dritte oder Sozialversicherungsträger übergegangen sind oder übergeben sind
V. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn außergerichtlich ausgelöste und nicht anrechenbare Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 3.593,80 EUR zu zahlen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Eine Kontaminierung der Wunde mit einem sog. Krankenhauskeim habe zu keinem Zeitpunkt festgestellt werden können. Der Kläger sei im Vorfeld der Operation über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken aufklärt worden, insbesondere über die Wundinfektionsgefahr. Mit jedem operativen Eingriff sei das Risiko einer Wundinfektion verbunden, und zwar unabhängig davon, ob dies mittels Laparotomie oder Laparoskopie erfolge. Die unvermeidbar zu setzenden Wundflächen wären bei beiden Verfahren gleich groß gewesen. Daher wäre das Infektionsrisiko im konkreten Fall, bei dem es sich um eine kleine Hernie gehandelt habe, vergleichbar gewesen. Es habe den Kläger, der den Befund habe sanieren lassen wollen, nicht gekümmert, ob der Eingriff mittels Bauchschnitt oder laparoskopisch durchgeführt werden würde. Es habe sich bei dem Zugang nach Spitzy um das empfohlene Standardmittel gehandelt. Der Kläger habe nicht ansatzweise schlüssig dargelegt, warum er sich gegen das Mittel der Wahl entschieden hätte. Bei dem Risiko der Wundheilungsstörung handele es sich um kein spezifisches Problem einer bestimmten Operationsmethode. Es hafte jedem operativen Eingriff an. Da der Kläger grundsätzlich zur Operation bereit gewesen sei, könne er kaum schlüssig zur Darstellung bringen, er sei in einen Entscheidungskonflikt geraten. Dieser habe überdies noch gegenüber dem Gutachter eine Aufklärung anhand eines Standardaufklärungsbogens eingeräumt.
Der Senat hat den Kläger sowie den Beklagten zu 1) persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen fachchirurgischen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Q. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll des Senatstermins vom 09.12.2014 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 des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.
Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Schadensersatz- und Schmerzensgeldzahlung stehen ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Es kommen mangels Nachweises eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers weder vertragliche Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag gemäß §§ 611, 278, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB gegen die Beklagte zu 1) noch deliktische Ansprüche gemäß §§ 823 Abs. 1, 831, 249, 253 Abs. 2 BGB gegenüber den Beklagten zu 1) und 2) in Betracht.
Der Senat stützt sich dabei aus den nachfolgenden Gründen auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Q und die überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat.
1. Den Beklagten sind zunächst keine Behandlungsfehler in Zusammenhang mit der Durchführung einer ambulanten Nabelhernien-Operation am 22.09.2010 zur Last zu legen.
Nach den Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils, welche der Kläger in der Berufung nicht angreift, ist den Beklagten kein Behandlungsfehler vorzuwerfen. Der Kläger hat nicht beweisen können, dass die unstreitig erlittene Wundinfektion auf einem Verstoß der Beklagten gegen Hygienestandards beruht. Es bleibt auch spekulativ, ob sie auf einen Krankenhauskeim zurückzuführen ist.
Für den Eingriff selbst bestand zweifelsfrei eine medizinische Indikation. Nach Angabe des Sachverständigen ist die Operation die einzig sinnvolle Behandlung eines Nabelbruchs. Die offene Nabelhernien-OP nach Spitzy stellt dabei für kleine Nabelhernien, wie im Streitfall, auch das Standardverfahren dar und ist damit Mittel der Wahl.

2. Ohne Erfolg rügt der Kläger, vor dem Eingriff vom 22.09.2010 durch die Beklagten nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden zu sein.
a) Der Kläger musste durch die Beklagten im Vorfeld der Vornahme der im offenen Verfahren nach Spitzy vorgenommenen Nabelhernienoperation nicht über Behandlungsalternativen aufgeklärt werden.
Die Wahl der Behandlungsmethode ist grds. primär Sache des behandelnden Arztes. Aber auch wenn der Arzt - wie im Streitfall - eine Standardmethode wählt, muss eine Aufklärung über Behandlungsalternativen dann erfolgen, wenn gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und/oder Erfolgschancen oder wesentlich unterschiedlichen Belastungen eine echte Wahlmöglichkeit des Patienten begründen.
Der Kläger verweist darauf, dass eine Nabelhernie auch minimalinvasiv mittels Bauchspiegelung behandelt werden kann. Seiner Ansicht nach hätten die Beklagten wegen der unterschiedlichen Chancen und Risiken beider Operationsmethoden auf diese Behandlungsalternative hinweisen müssen.
Entgegen der Ansicht des Klägers stellte ein endoskopisches Vorgehen jedoch zur Behandlung der konkret bei ihm vorliegenden kleinen Nabelhernie keine gleichermaßen indizierte echte Behandlungsalternative dar.
Der Sachverständige hat insoweit im Rahmen seiner ergänzenden Ausführungen dargelegt, dass vom Grundsatz her auch ein endoskopisches Vorgehen in Betracht gekommen wäre. Dieses Verfahren wäre aber aufwendiger und nicht weniger schmerzhaft gewesen als das offene Verfahren. Bei dem endoskopischen Vorgehen muss ein dauerhaftes Implantat in Form eines Netzes in die Bauchhöhle eingebracht werden. Dieses Netz kann durch das Auftreten von Verwachsungen zu Problemen bis hin zum Darmverschluss führen. Bei der offenen Operation ist das spezifische Risiko der Verwachsungen dagegen eher reduziert. Die Bauchhöhle kommt mit Fremdmaterial nicht in Kontakt. Das offene Verfahren nach Spitzy ist weiter aus dem Grund als vorzugswürdig anzusehen, weil der Schnitt beim offenen Verfahren relativ klein gewesen wäre, während man bei dem endoskopischen Verfahren dagegen drei - wenn auch kleine - Schnitte hätte führen müssen. Der Sachverständige hat das endoskopische Verfahren zur Versorgung einer kleinen Nabelhernie wegen der höheren Risiken als ungeeignet einstuft und hat ausgeführt, dass nach seinen Schätzungen auch 95 % seiner chirurgischen Kollegen ein endoskopisches Vorgehen in einem solchen Fall abgelehnt hätten. Das endoskopische Vorgehen stellte danach keine gleichermaßen indizierte Behandlungsalternative dar und musste dem Kläger im Rahmen des Aufklärungsgesprächs nicht vorgestellt werden.
b) Soweit davon auszugehen ist, dass eine hinreichende Aufklärung über Wundinfektionsgefahren nicht erfolgt ist, ist das Landgericht in nicht zu beanstandender Weise von einer mutmaßlichen Einwilligung des Klägers ausgegangen.
Der Sachverständige hat eine Aufklärung über das Wundinfektionsrisiko bei der Operation einer Nabelhernie als erforderlich angesehen (Gutachten S. 6, Bl. 98 d.A.). Dies hat er im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat nochmals bestätigt.
Die Beklagten sind hinsichtlich ihrer Behauptung einer ordnungsgemäßen Aufklärung beweisfällig geblieben. Die Zeugin Dr. N konnte sich nicht daran erinnern, den Kläger aufgeklärt zu haben. Ein vom Kläger unterschriebener Aufklärungsbogen konnte von den Beklagten nicht vorgelegt werden, da die Krankenunterlagen nach Auskunft des Beklagten zu 1) durch einen Wasserschaden vernichtet worden sein sollen. Der Kläger hat auch bei seiner Befragung durch den Senat in Abrede gestellt, einen Aufklärungsbogen unterschrieben zu haben.
Der Senat ist nach der Beweisaufnahme jedoch überzeugt, dass der Kläger angesichts der Alternativlosigkeit des Eingriffs auch im Falle eines erfolgten Hinweises auf das Risiko einer Wundinfektion in die Vornahme der Nabelhernienoperation eingewilligt hätte. Der Kläger vermochte insoweit einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel darzulegen. Die durchgeführte Operation war nach Angabe des Sachverständigen die einzige Möglichkeit zur Behebung des Defektes. Ein Abwarten hätte nicht zur Besserung, sondern vielmehr dazu geführt, dass der Bruch und die Beschwerden größer geworden wären. Wegen der deutlich höheren Risiken eines endoskopischen Vorgehens stellte sich das offene Verfahren nach Spitzy als alternativloses Mittel der Wahl dar. Der Kläger hatte Schmerzen und eine Beule im Bereich des Nabels. Er wollte die Beseitigung beider Befunde. Angesichts des beim Kläger bestehenden Behandlungsdrucks ist davon auszugehen, dass er sich auch bei Kenntnis des Wundinfektionsrisikos zu dem relativ kleinen ambulanten Eingriff entschlossen hätte.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 713, 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.

13. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 08.12.2014 – 1 U 34/14 – * Arzthaftungsprozess: Umfang der Substanziierungspflicht des Patienten bei den Behandlungsfehler negierenden Sachverständigengutachten; Indizwirkung einer unterzeichneten Patienteneinwilligung für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs; Notwendigkeit einer Beweiserhebung

Leitsatz

1. Liegt im Arzthaftungsprozess bereits ein Sachverständigengutachten vor, das einen Behandlungsfehler verneint und nach dem sich ein dem Eingriff innewohnendes nicht voll beherrschbares Risiko verwirklicht hat, trifft den Patienten eine gewisse Substanziierungslast. Er muss sich mit dem Gutachten auseinander setzen und konkrete Behandlungsfehler des Arztes mindestens im Groben bezeichnen.
2. Allein die Unterzeichnung eines Aufklärungsbogens durch den Patienten beweist für sich allein nicht, ob der Patient ihn gelesen und verstanden hat, oder dass der Inhalt mit ihm erörtert wurde. Deshalb sind bei Bestreiten angebotene Beweise für das stattgefundene Aufklärungsgespräch und dessen Inhalt zu erheben.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 28.2.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufung, an das Landgericht Dessau-Roßlau zurückverwiesen.
Kosten des Berufungsverfahrens werden nicht erhoben.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Beschluss:
Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf die Gebührenstufe bis 22.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.
Der am 1.3.1932 geborene Kläger nimmt die Beklagte nach offener konventioneller operativer Ausschaltung eines großen abdominellen Aortenaneurysmas (Querdurchmesser 6 cm) mit Hilfe einer Prothese vom 21.8.2009 auf Schadensersatz (Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 20.000,00 EUR und Feststellung der Ersatzpflicht) in Anspruch. Die Wahl der Operationsmethode (entweder offene Aneurysmaausschaltung durch trans- oder retroperitonealen Zugang oder endovaskuläre Methode mittels transfemoraler Implantation eines gecoverten Stentgraft) hatte der Kläger mit den Ärzten der Beklagten besprochen. Den Aufklärungsbogen „Abdominelles Aortenaneurysma“ (Anlagenband) unterschrieb der Kläger am 20.8.2009.
Vorprozessual hat die Krankenkasse des Klägers ein Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung Sachsen-Anhalt vom 23.9.2010 eingeholt (Anlagenband). Dieses kam zu dem Ergebnis, dass die Operation indiziert war und nach einem Standardverfahren durchgeführt wurde. Nach dem Inhalt des Operationsberichtes sei der Eingriff sach- und fachgerecht ohne Verletzung elementarer medizinischer Standards erfolgt. Soweit der Kläger über einen Potenzverlust klage, kämen hierfür verschiedenste, nicht operationsbedingte Ursachen in Betracht.
Dennoch leitete der Kläger gegen die Beklagte ein Schlichtungsverfahren ein. Das dort eingeholte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. L. vom 17.4.2012 (Anlagenband) bejaht eine absolute OP-Indikation zur Vermeidung einer lebensbedrohlichen Rupturblutung. Weiter stellt das Gutachten zur offenen Aneurysmaausschaltung ein bis zu 60%iges Risiko (an anderer Stelle 40 bis 70%) nachfolgender Potenzstörungen fest. Dagegen sei die endovaskuläre Methode, wenn sie technisch möglich sei, besonders bei über siebzigjährigen adipösen Patienten mit aktivem Sexualleben besonders günstig. Die anatomische Morphologie der Aorta beim Kläger habe eine endovaskuläre Ausschaltung möglich gemacht. Dies sei aber technisch anspruchsvoll und mit einem hohen Endoleakrisiko behaftet gewesen. Die Wahl habe dennoch auf das offene chirurgische Standardverfahren fallen dürfen. Die Operation selbst sei fachgerecht ohne Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler durchgeführt worden. Das Auftreten postoperativer urogenitaler Störungen spreche nicht für einen chirurgischen Fehler.
Der Kläger hat neben einem fehlerhaften operativen Vorgehen behauptet, nicht über die Risiken der gewählten Behandlungsmethode, insbesondere nicht über das Risiko von Potenz- und Ejakulationsschwierigkeiten aufgeklärt worden zu sein. Vor der Operation sei der Kläger weder inkontinent noch in seinem Sexualleben gestört gewesen. Seit der Operation könne er keinen Geschlechtsverkehr mehr ausüben. Darüber hinaus sei eine Inkontinenz eingetreten. Ursache sei die intraoperative Verletzung von Nerven, eine typische Nebenwirkung des gewählten Operationsverfahrens. Hierüber habe er nach seiner Auffassung detailliert aufgeklärt werden müssen, da es sich um schwerwiegende Komplikationen handele. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung, hat der Kläger weiter behauptet, wäre von ihm die andere Behandlungsvariante gewählt worden, der er sowieso eher zugeneigt habe.

Das Landgericht hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2014 angehört. Der Kläger verneinte dabei ein Aufklärungsgespräch, ihm sei lediglich der Aufklärungsbogen ausgehändigt worden.
Mit Urteil vom 28.2.2014, auf welches wegen der dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Übrigen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Gegen diese, seinem Prozessbevollmächtigten am 11.3.2014 zugestellte Entscheidung wendet sich der Kläger mit der am 31.3.2014 eingegangenen und am 15.4.2014 begründeten Berufung.
Das Landgericht stelle viel zu hohe Anforderungen an die Darlegung des Behandlungsfehlers durch den Patienten. Im Hinblick auf den Aufklärungsmangel habe das Landgericht das Bestreiten einer präoperativen Erörterung des Impotenz- und Inkontinenzrisikos übergangen. Es sei falsch, ausschließlich auf die Unterschrift des Klägers im Aufklärungsboden abzustellen. Prof. Dr. Z. habe mit dem Kläger nur über die beiden Behandlungsmethoden gesprochen. Welche Risiken mit der letzten Endes gewählten Methode verbunden seien, habe er dem Kläger nicht gesagt. Der Kläger habe lediglich den Aufklärungsbogen zur Unterschrift erhalten.
Der Kläger beantragt,
unter Abänderung des am 28.2.2014 verkündeten Urteils des Landgerichts Dessau-Roßlau
?
die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, jedoch mindestens 20.000,00 EUR betragen solle, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, und
?
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen Schäden zu erstatten, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen;
hilfsweise die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts. Das Vorbringen des Klägers zum Behandlungsfehler entbehre angesichts der vorprozessual angefertigten Gutachten jeder Substanz. Tatsächlich habe sich kein Behandlungsfehler, sondern allenfalls eine eingriffstypische Komplikation verwirklicht. Der Vorwurf einer nicht ordnungsgemäßen Aufklärung könne nicht nachvollzogen werden. Es habe ein Gespräch über Behandlungsalternativen gegeben. Einen schlüssigen Gesprächsverlauf lege der Kläger nicht dar. Er habe auch nicht erklären können, wie es zu den Kreuzen auf dem Aufklärungsbogen gekommen sei.
Nach dem Beschluss des Senats vom 8.7.2014 (Bl. 89 ff. d.A.) behauptet die Beklagte, das anhand des Aufklärungsbogens stattgefundene Aufklärungsgespräch mit dem Kläger habe der Facharzt für Unfallchirurgie O. B. durchgeführt. Das Verfahren mittels Stentgraft sei keine echte Behandlungsalternative. Dennoch habe der Oberarzt Dr. G. beide Verfahren mit dem Kläger besprochen, wobei die anatomischen Voraussetzungen des Klägers eher für das offene Verfahren gesprochen hätten. Unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte habe sich der Kläger dann für die durchgeführte Operationsmethode entschieden.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sowie des Verfahrens des Landgerichts und auf Antrag des Klägers zur Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszuges. Das Urteil vom 28.2.2014 beruht auf einem Verfahrensfehler, dessen Korrektur eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme nach sich zieht (§§ 513 I; 538 II 1 Nr. 1 ZPO).
1. Das Landgericht hat zum Behandlungsfehler ausgeführt, das Vorbringen des Klägers sei trotz der nur maßvollen Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Patienten nicht schlüssig. Es lasse sich nicht erkennen, welcher Fehler den Ärzten bei der standardgerechten Operation unterlaufen sei. Verdachtsgründe seien nicht dargelegt. Der Kläger setze sich nicht mit den vorprozessual eingeholten Gutachten auseinander und bezeichne entgegen deren Ergebnis nicht einmal grob einen konkreten Behandlungsfehler. Allein die Schädigung des Nervengeflechtes kennzeichne keinen Behandlungsfehler. Nach dem Inhalt des Aufklärungsbogens handele es sich eher um ein Operationsrisiko.
Dies hält einer Nachprüfung durch den Senat stand.
Mit dem auch in zweiter Instanz nach dem Hinweis des Senats nicht weiter konkretisierten Vortrag des Klägers, die Nervenverletzung sei durch nicht ausreichende Sorgfalt hervorgerufen worden, ist kein Behandlungsfehler dargetan. Denn aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. L. vom 17.4.2012 ergibt sich die auch den Senat überzeugende und vom Kläger nicht in Frage gestellte Feststellung, dass urogenitale Störungen als Folge der Verletzung von Nervenfasern selbst bei fachgerechtem und technisch korrektem Vorgehen eintreten können und nicht für einen Behandlungsfehler sprechen. Welcher Sorgfaltsverstoß dem Operateur dennoch unterlaufen sein soll, bleibt danach völlig offen.

Der Patient ist für den Behandlungsfehler, also für die Verletzung des fachärztlichen Standards, darlegungspflichtig. Da der vermeintlich negative Ausgang einer Behandlung nicht stets auf einem Fehler des Arztes beruhen muss, verbietet es sich, von einem Körper- oder Gesundheitsschaden auf eine Pflichtverletzung des Arztes zu schließen. Dennoch sind an die Darlegungen des Patienten im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen zu stellen. Es sind lediglich Verdachtsgründe darzulegen, die einen Fehler als Ursache für das Misslingen der Heilbehandlung plausibel machen (Wenzel, Der Arzthaftungsprozess, Kap. 2 Rdn. 3500 f.). Allein das Misslingen der Heilbehandlung ist für einen Fehlerverdacht nicht ausreichend (ebenda Rdn. 3503). Liegt bereits ein Sachverständigengutachten vor, das einen Behandlungsfehler verneint und nach dem sich ein dem Eingriff innewohnendes nicht voll beherrschbares Risiko verwirklicht hat, trifft den Patienten eine angepasste Substantiierungspflicht. Er muss sich mit dem Gutachten auseinander setzen und konkrete Behandlungsfehler des Arztes mindestens im Groben bezeichnen, woran es hier fehlt. Ergänzend verweist der Senat auf Ziff. I.1. seines Beschlusses vom 8.7.2014.
2. Zur Aufklärungsrüge des Klägers hat das Landgericht weiter ausgeführt, es liege ein Aufklärungsprotokoll vor, das die Unterschrift des Klägers vom 20.8.2009 trage. Der Kläger sei danach über die beiden alternativen Behandlungsmethoden aufgeklärt worden. Soweit der Kläger erkläre, ein Aufklärungsgespräch habe nicht stattgefunden, stehe dies im Widerspruch zu seiner Unterschrift, den er nicht habe ausräumen können. Nach der Darstellung des Klägers sei am Vortag über Behandlungsalternativen gesprochen worden, sodass das Selbstbestimmungsrecht des Klägers gewahrt sei.
Diese Beweiswürdigung ist, ausgehend vom materiell-rechtlichen Standpunkt des Landgerichts, fehlerhaft (§§ 513 I; 286 I ZPO), führt zum Übergehen des Sachvortrages des Klägers und damit zu einem Verstoß gegen Art. 103 I GG, worauf das angefochtene Urteil beruht.
Der Kläger, der Sachverständige Prof. Dr. Dr. L. und auch das Landgericht gehen vom Bestehen mehrerer Behandlungsalternativen aus. Im Allgemeinen muss der Arzt dem Patienten nicht ungefragt erläutern, welche Behandlungsmethoden oder Operationstechniken theoretisch möglich sind und was für und gegen die eine oder anderen dieser Methoden spricht, solange er eine Therapie anwendet, die medizinischem Standard genügt. Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen ist zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und zu dessen wirksamer Einwilligung in den Eingriff dann erforderlich, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (Martis MDR 2009, 611, 612 m.w.N.). Darüber hinaus ist der Patient über den Verlauf des Eingriffs, dessen Erfolgsaussichten und Risiken aufzuklären. Die Aufklärung besteht in einem Gespräch des Arztes mit dem Patienten. Hierfür trägt die Behandlungsseite die Darlegungs- und Beweislast.
Die Unterschrift des Patienten unter den Aufklärungsbogen lässt - entgegen der Auffassung des Landgerichts - gerade nicht den Schluss auf das Aufklärungsgespräch zu (BGH NJW 2014, 1527, 1528 m.w.N.). Sie ist lediglich ein Indiz, das die Beklagte nicht von ihrer Darlegungs- und Beweislast enthob und ohne nähere Darlegungen der Beklagten nunmehr den Kläger zwang, sein Bestreiten plausibel zu machen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass - wie vom Kläger noch in erster Instanz behauptet - der Aufklärungsbogen ohne vorangegangenes Gespräch unterzeichnet wurde. Die Unterzeichnung eines Formulars beweist für sich auch nicht, ob der Patient es gelesen und verstanden hat, geschweige denn, dass der Inhalt mit ihm erörtert wurde (BGH NJW 1985, 1399). Deshalb kann sich der Arzt nicht allein auf vorliegende Formulare zurückziehen.
Der Fehler des Landgerichts in der Beweiswürdigung führte zum Übergehen des eine Aufklärung in Abrede stellenden Klagevorbringens.
Hierauf beruht das Urteil des Landgerichts, selbst wenn der Kläger in zweiter Instanz zumindest einräumt, dass es zwei Gespräche in Vorbereitung der Operation gab. Allein zwei Gespräche und der unterschriebene Aufklärungsbogen belegen keine zur wirksamen Einwilligung führende Aufklärung.
Bestand für den Kläger eine echte Wahlmöglichkeit, wovon der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht an dieser Stelle auszugehen hat, mussten mit ihm die unterschiedlichen Behandlungsalternativen sowie dabei die voneinander abweichenden Risiken und Erfolgschancen erörtert werden; erst anschließend konnte der Kläger gemeinsam mit den Ärzten die notwendige Wahl treffen (BGH NJW 2005, 1718, 1719). Diesen unter Darstellung des Für und Wider stattfindenden Entscheidungsprozess bestreitet der Kläger und für dieses Gespräch ist der am 20.8.2009 unterzeichnete Aufklärungsbogen ohne jede Aussagekraft. Die Aufklärung vom 20.8.2009 erfolgte nach der getroffenen Methodenwahl und stellte nach dem Vorbringen der Beklagten die durchgeführte Operation in keine Beziehung zur Stent-Prothese. Es wäre demnach durch eine Beweisaufnahme aufzuklären, ob der Kläger wirksam in die Operationsmethode einwilligte (1. Gespräch) und anschließend in die gewählte Operation selbst (2. Gespräch). Hierzu hat die Beklagte nach dem Hinweis des Senats Beweis angetreten.
Dass der Kläger über das signifikant erhöhte Impotenzrisiko der offenen Methode aufzuklären war, ergibt sich bereits aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. L. (S. 21 f.) und wird von der Beklagten, abgesehen von der in zweiter Instanz streitig gewordenen echten Alternativität beider Behandlungs-

methoden, nicht in Abrede gestellt (vgl. insoweit auch die speziellen Komplikationen des Aufklärungsbogens). Dieser Umstand gehörte zur vollständigen ärztlichen Belehrung, weil nur hierdurch der Kläger wirklich entscheiden konnte, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen sollte und auf welches Risiko er sich einlassen wollte (BGH NJW 1989, 1538, 1539; Senat NJOZ 2009, 3230, 3233). Gegenstand der Selbstbestimmungsaufklärung sind grundsätzlich alle behandlungstypischen Risiken, deren Kenntnis beim Laien nicht vorausgesetzt werden können, die aber für die Entscheidung des Patienten über die Zustimmung zur Behandlung ernsthaft ins Gewicht fallen. Das betrifft auch gegenüber dem Hauptrisiko weniger schwere Risiken, wenn sie dem Eingriff spezifisch anhaften, für den Laien überraschend sind und ihre Verwirklichung die weitere Lebensführung des Patienten schwer belasten kann (BGH NJW 2007, 217, 218).
3. Der Verfahrensfehler des Landgerichts führt zur Aufhebung der Entscheidung vom 28.2.2014 einschließlich des ihr zugrunde liegenden Verfahrens und zur Zurückverweisung (§ 538 II 1 Nr. 1 ZPO). Der Senat sieht davon ab, die notwendigen Beweise zu erheben und selbst in der Sache zu entscheiden (§ 538 I ZPO).
Der Verfahrensfehler macht eine aufwändige Beweisaufnahme erforderlich. Das Landgericht hat durch das Übergehen des Sachvortrags des Klägers der Selbstbestimmungsaufklärung und der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten keine Aufmerksamkeit geschenkt. Der nach § 139 I 1; II 1 ZPO notwendige Hinweis blieb aus und so gelangte der Streit der Parteien ohne die für eine Sachentscheidung erforderliche Tatsachengrundlage in die zweite Instanz. Damit hat das erstinstanzliche Verfahren sein vom Gesetz vorgegebenes Ziel verfehlt. Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung sind in erster Instanz zu schaffen. Nunmehr ist nicht nur die Aufklärung selbst streitig, sondern auch die sachverständiger Klärung bedürfende Frage aufgeworfen, ob die anatomischen Verhältnisse des Klägers ein anderes operatives Vorgehen zuließen, also eine Aufklärung über Behandlungsalternativen wirklich notwendig war. Für die Entscheidung des Senats kommt es nicht einmal darauf an, ob die Beklagte angesichts des Schlichtungsgutachtens die Wahlmöglichkeit des Klägers nunmehr einfach bestreiten kann. Vielmehr sind die Schadensfolgen eines rechtswidrigen Eingriffs allesamt streitig und durch Zeugen sowie mit sachverständiger Hilfe aufwändig aufzuklären, wenn der Beklagten der Beweis ordnungsgemäßer Aufklärung nicht gelingt. Dies alles gehört in die erste Instanz, an deren Stelle der Senat träte, würde er nach § 538 I ZPO vorgehen. Damit wären für die Parteien keine Vorteile verbunden. Der Senat ist bereits jetzt mit einer erheblichen Anzahl von Beweisaufnahmen belastet, sodass der Rechtsstreit voraussichtlich keine geringere Zeit in Anspruch nehmen würde, bliebe dieser in zweiter Instanz anhängig. Außerdem hat gerade der Kläger mit seinem Antrag auf Zurückverweisung zum Ausdruck gebracht, auf eine Rechtsfehlerkontrolle durch das Berufungsgericht im Ergebnis nicht verzichten zu wollen.
III.
Das aufhebende und zurückverweisende Urteil enthält keine Kostenentscheidung. Gleichwohl ist der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit erforderlich (§ 708 Nr. 10 ZPO; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 538 Rdn. 59 m.w.N.). Die Niederschlagung der Kosten ergibt sich aus § 21 I 1 GKG.
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 Revisionsgerichts (§ 538 II 1 Nr. 1 ZPO).
Der Streitwert ist nach §§ 47 I 1; 43 I; 39 I; 48 I 1 GKG; § 3 ZPO festgesetzt.

14. OLG Köln, Beschluss vom 08.12.2014 – 5 U 122/14 – * Arzthaftungsprozess: Bedeutung der Genugtuungsfunktion für die Schmerzensgeldbemessung

Orientierungssatz

In Arzthaftungsprozessen hat die Genugtuungsfunktion regelmäßig keine besondere Bedeutung für die Schmerzensgeldbemessung.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gegen das am 13.06.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 346/12 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
Der Beklagte erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Gründe

Die Berufung hat 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 vom Landgericht auf die Widerklage zuerkannte Schmerzensgeld von 4.000 EUR ist angemessen und reicht aus, um die beim Beklagten infolge der fehlerhaften Behandlung durch den Kläger eingetrete-

nen immateriellen Beeinträchtigungen angemessen auszugleichen. Das Landgericht hat die für die Bemessung des Schmerzensgeldes wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt, das heißt die - vom Zahn 34 abgesehen - nicht erforderliche Sanierung des gesamten Gebisses, die damit unvermeidlich einhergehenden Schmerzen und Beeinträchtigungen, die Notwendigkeit einer umfassenden Neuversorgung vor allem infolge fehlerhafter Kauflächen und Schneidekanten und die auf einen fehlerhaften Aufbiss zurückzuführenden Nackenschmerzen.
Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Genugtuungsfunktion auch im Streitfall, wie in Arzthaftungsprozessen regelmäßig, keine besondere Bedeutung für die Bemessung des Schmerzensgelds. Es gibt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass es dem Kläger nicht um eine dem zahnärztlichen Standard entsprechende Heilbehandlung ging. Die Höhe des in Rechnung gestellten Honorars ist für sich genommen kein ausreichendes Indiz, um anzunehmen, dass der Kläger wusste oder billigend in Kauf nahm, dass es - wie vom Landgericht aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr. T festgestellt - keine Indikation für die Sanierung des gesamten Gebisses gab. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Beklagte unter dem 9.5.2011 für einen Teil der betroffenen Zähne Karies dokumentiert hat, die einen Grund für die Erneuerung einer Krone oder Brücke darstellen kann.
Soweit es um die Nackenschmerzen geht, die sich durch eine Veränderung der Okklusion und des Aufbisses behandeln lassen, fehlt jeder konkreter Vortrag, dass sie den Beklagten bis heute nachhaltig beeinträchtigen. Insbesondere hat der Beklagte nicht vorgetragen, sich deswegen noch in ärztlicher Behandlung zu befinden. Entsprechende Arztberichte hat er nicht vorgelegt. Zudem hat seine Ehefrau vor dem Landgericht als Zeugin bekundet, dass der Beklagte während der umfassenden Behandlung durch den Kläger Kopf- und Rückenschmerzen gehabt habe. Für die Zeit nach Abschluss der Behandlung hat sie dagegen allein Beschwerden und Schmerzen geschildert, die von zwei Unterkieferzähnen verursacht werden. Die letztgenannte Beeinträchtigung ist nach den Feststellungen des Landgerichts nicht auf einen Behandlungsfehler des Beklagten zurückzuführen und daher für die Höhe des Schmerzensgeldes nicht erheblich.
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.

15. OLG Köln, Beschluss vom 08.12.2014 – 5 U 53/14 – * Arzthaftungsprozess: Behandlungsfehler wegen nicht erfolgter Reaktion auf einen Schraubenüberstand

Orientierungssatz

1. Besteht bei einem Schraubenüberstand die Gefahr, dass es zu einer Irritation und letztendlich zu einer Ruptur der EPL-Sehne kommt, ist es im Hinblick auf diese Gefahr aus medizinisch-sachverständiger Sicht als ein schlechterdings nicht verständlicher Behandlungsfehler zu bewerten, wenn auf den Schraubenüberstand nicht adäquat reagiert wird.
2. Im Rahmen der Nachbehandlungstermine geklagte Schmerzen des Patienten sind näher zu hinterfragen und insbesondere ist zu erfragen, wie stark und an welcher Stelle die Schmerzen sind, wenn der Behandler nur durch ein solches Hinterfragen feststellen kann, ob Anzeichen für eine Irritation der Strecksehnen und insbesondere der EPL-Sehne durch den Schraubenüberstand bestehen, und ob weitere Diagnostik durch eine Computertomografie sowie ggf. eine Revisionsoperation veranlasst ist.
3. Hat das fehlerhafte Vorgehen der Behandler dazu geführt, dass es zu einer Ruptur der Strecksehne gekommen ist, ist bei dann erforderlicher Rekonstruktion der ruptierten Strecksehne und bei Berücksichtigung einer verlängerten Zeit von Schmerzen und Einschränkungen der Benutzbarkeit der Hand und damit zusammenhängender Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit ein Schmerzensgeld von 5.000 Euro ggf. nicht zu hoch angesetzt.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 21.02.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn (9 O 114/13) 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 5.000,00 Euro nebst Zinsen und Rechtsanwaltskosten 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. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung - ebenso wie das Landgericht - dem Gutachten des erstinstanzlich beauftragten Gerichtssachverständigen Prof. Dr. C [Gutachten vom 3.11.2013 (Bl. 119 - 133 i. V. m. 134 - 147 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 13.01.2014 (S. 1, 2 - 4 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 13.01.2014, Bl. 162 ff., 162, 162R - 164R d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzukommt, dass das Gutachten des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. C im Ergebnis und in wesentlichen Punkten der Begründung mit den Feststellungen der Gutachterkommission [Bescheid vom 17.12.2012 (Anlage K 11, Bl. 30 - 36 d. A.)] übereinstimmt, die ihrerseits in den wesentlichen Punkten überzeugend begründet worden sind.
2. Nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. C geht der Senat - ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass den Behandlern im Hause der Beklagten im Rahmen der umstrittenen Behandlung ein haftungsbegründender Behandlungsfehler unterlaufen ist:
Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen weisen zwei der Schrauben, mit denen die implantierte Platte befestigt worden ist, eine Überlänge auf und sind so eingebracht worden, dass sie die Gegencorticalis durchstoßen und in das dritte Strecksehnenfach hinein überstehen. Zwar ist der Überstand als solcher nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht als Behandlungsfehler, sondern als eine für Eingriffe der hier in Rede stehenden Art typische Komplikation zu bewerten. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. C stellt es aber einen aus medizinisch-sachverständiger Sicht schlechterdings unverständlichen Fehler dar, dass die Behandler im Hause der Beklagten nicht in ordnungsgemäßer Weise auf den Überstand der Schraube reagiert haben. Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass der Überstand der Schrauben auf den intraoperativ gefertigten Röntgenbildern eindeutig und klar zu erkennen sei. Die Erkennbarkeit des Überstandes sei so klar und eindeutig, dass davon ausgegangen werden müsse, dass die Behandler im Hause der Beklagten diesen auch wahrgenommen hätten. Der Überstand der beiden Schrauben stelle eine nicht ordnungsgemäße Positionierung der Schrauben dar. Denn es handele sich bei den fraglichen Schrauben, nämlich der mittleren und der ulnar gelegenen distalen Schraube, um so genannte winkelstabile Schrauben, die durch ein Außengewinde mit einem Innengewinde der Platte fest verbunden seien und auf diese Weise zu einer so genannten Winkelstabilität führten, die es ermögliche, dass mit der Schraube nur eine Corticalis des Knochens durchdrungen werden müsse, um einen korrekten und ausreichenden Halt zu finden. Das Durchdringen der Gegencorticalis sei hierfür demgegenüber nicht erforderlich. In dem Bereich des dritten Strecksehnenfaches, in das die beiden überstehenden Schrauben hineinragten, lägen die Strecksehnen und insbesondere die Sehne des Musculus extensor pollicis longus unmittelbar dem Knochen der Speiche an mit der Folge, dass hier schon ein lediglich geringer Überstand einen Kontakt zwischen Schrauben und Sehne provozieren könne. Aufgrund dieser anatomischen Gegebenheiten bestehe bei einem Schraubenüberstand der hier in Rede stehenden Art die Gefahr, dass es zu einer Irritation und letztendlich zu einer Ruptur der EPL-Sehne komme, wie dies im weiteren Verlauf bei der Klägerin auch der Fall gewesen sei. Im Hinblick auf diese Gefahr sei es aus medizinisch-sachverständiger Sicht als ein schlechterdings nicht verständlicher Behandlungsfehler zu bewerten, wenn auf einen Schraubenüberstand der hier in Rede stehenden Art nicht adäquat reagiert werde. Als mögliche Reaktion komme neben einer intraoperativen Korrektur auch eine postoperative Kontrolle durch eine Computertomographie und die Dokumentation der klinischen Symptomatik in diesem Bereich in Betracht, wobei diese postoperative Kontrolle den Zweck habe, die Notwendigkeit einer Revisionsoperation positiv festzustellen oder auszuschließen. Dass die Behandler im Hause der Beklagten von einer intraoperativen Korrektur abgesehen hätten, sei dabei nicht als Fehler zu bewerten, sondern medizinisch vertretbar. Es sei allerdings aus medizinisch-sachverständiger Sicht schlechterdings unverständlich, dass sie die erforderliche postoperative Kontrolle nicht durchgeführt hätten.
Diese Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Und sie werden von der Beklagten auch nicht mit hinreichender Substanz angegriffen. Insbesondere bestreitet die Beklagte weder den vom Sachverständigen festgestellten Schraubenüberstand als solchen noch die Gefahren für die Strecksehnen, die mit einem Schraubenüberstand in das dritte Sehnenfach hinein verbunden sind. Der Senat ist auch davon überzeugt, dass die Behandler im Hause der Beklagten die in dem oben angesprochenen Sinne erforderliche postoperative Kontrolle nicht ordnungsgemäß durchgeführt haben. Denn für diese Kontrolle reicht es entgegen der bei der Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung nicht aus, bei den Nachbehandlungsterminen lediglich die anamnestischen Angaben der Klägerin zu ihren Beschwerden entgegenzunehmen und - je nach Angabe der Klägerin - in den Behandlungsunterlagen geklagte bzw. nicht geklagte Schmerzen zu dokumentieren. Denn das Äußern von Schmerzen allein lässt eine Zuordnung dieser Symptomatik nicht zu, weil Schmerzen in Situationen der hier in Rede stehenden Art nicht

nur mit einer durch den Schraubenüberstand bewirkten Irritation der EPL-Sehne zusammenhängen können, sondern auch von der erlittenen Fraktur oder der Operation herrühren können. Im Hinblick darauf ist es für eine ordnungsgemäße Kontrolle in dem oben angesprochenen Sinne erforderlich, im Rahmen der Nachbehandlungstermine geklagte Schmerzen der Klägerin erforderlichenfalls näher zu hinterfragen und insbesondere zu erfragen, wie stark die Schmerzen sind, an welcher Stelle die Klägerin Schmerzen hat und ob sie insbesondere Schmerzen an der Oberseite des Handgelenkes empfindet. Denn nur durch ein solches Hinterfragen kann der Behandler feststellen, ob Anzeichen für eine Irritation der Strecksehnen und insbesondere der EPL-Sehne durch den Schraubenüberstand bestehen, und ob weitere Diagnostik durch eine Computertomographie sowie - je nach Ergebnis dieser Untersuchung - eine Revisionsoperation veranlasst ist. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Behandler im Hause der Beklagten die von der Klägerin im Rahmen der Nachbehandlung ausweislich der Behandlungsunterlagen der Beklagten immer wieder geklagten Schmerzen in der vorstehenden Weise hinterfragt und eingeordnet hätte. Entsprechendes ist in den Behandlungsunterlagen nicht dokumentiert und wird auch von der Beklagten weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt [wobei vorsorglich darauf hingewiesen sei, dass eventuell beabsichtigtem ergänzenden Vortrag insoweit § 531 Abs. 2 ZPO entgegenstehen dürfte]. Sie hat lediglich in erster Instanz unter Beweisantritt [Zeugnis des Oberarztes Dr. T] bestritten, dass die Klägerin fortwährend über starke Schmerzen geklagt hat, und bestreitet in zweiter Instanz, dass die Klägerin über Schmerzen an der Oberseite des Handgelenkes dort, wo sich die überlange Schraube befindet, geklagt habe. Hierauf kommt es indes entgegen der offenbar bei der Beklagten bestehenden Vorstellung nicht an, weshalb auch eine Vernehmung des Oberarztes Dr. T als Zeuge nicht veranlasst ist. Maßgeblich ist lediglich, dass die Klägerin ausweislich der Behandlungsunterlagen der Beklagten im Rahmen der Nachbehandlung wiederholt über Schmerzen geklagt hat, und dass die Behandler diese Symptomatik nicht in der in dem oben angesprochenen Sinne erforderlichen Weise hinterfragt und eingeordnet, und dass die Behandler auch keine weitere Diagnostik mittels Computertomographie durchgeführt haben, um die Notwendigkeit einer Revisionsoperation positiv festzustellen bzw. auszuschließen.
Der Senat ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch davon überzeugt, dass dieses fehlerhafte Vorgehen der Behandler im Hause der Beklagten im Rahmen der Nachbehandlung der Klägerin zur Folge hatte, dass die Irritation der Strecksehne durch den Schraubenüberstand nicht angemessen frühzeitig erkannt und zeitnah durch eine Revisionsoperation beseitigt worden ist, und dass es infolgedessen zu einer Ruptur der Strecksehne gekommen ist. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. C insbesondere ausgeführt, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Strecksehnenruptur durch den Schraubenüberstand verursacht worden sei. Denn der Schraubenüberstand habe sich in dem dritten Sehnenfach und damit genau an der Stelle befunden, an der die verletzte Sehne verlaufen sei. Aufgrund der in diesem Bereich herrschenden räumlichen Enge habe es trotz des relativ geringfügigen Ausmaßes des Schraubenüberstandes zu einem unmittelbaren Kontakt zwischen den überstehenden Schrauben und der fraglichen Sehne und infolgedessen im weiteren Verlauf zu der Strecksehenruptur kommen können. Strecksehnenrupturen kämen nach Schraubenüberständen der hier in Rede stehenden Art erfahrungsgemäß sehr häufig vor. Es seien zwar neben einem Schraubenüberstand theoretisch auch andere Ursachen für eine Sehnenruptur vorstellbar, wie etwa eine Minderdurchblutung der Sehne, ein Hämatom im Bereich der Sehne oder aber abgesprungene Knochenteilchen, die mit der Sehne in Kontakt geraten, wobei sich bei der Klägerin im Operationsgebiet tatsächlich eine Knochenschuppe befunden habe. Diese anderen Ursachen führten indes äußerst selten zu einer Strecksehnenruptur und kämen ebenso wie die erwähnte Knochenschuppe bei der Klägerin als Ursache für die erfolgte Strecksehnenruptur nicht ernsthaft in Betracht. Auch diese Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Sie stimmen zudem mit den Feststellungen der Gutachterkommission überein, die die Ursächlichkeit des Schraubenüberstandes für die später eingetretene Strecksehnenruptur ebenfalls klar bejaht. Die diesbezüglichen Feststellungen werden auch von der Beklagten nicht mit hinreichender Substanz angegriffen. Steht somit aber die Ursächlichkeit des Schraubenüberstandes für die später eingetretene Strecksehnenruptur zur Überzeugung des Senates fest, ist zugleich auch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Irritation der Strecksehne durch den Schraubenüberstand bei angemessen zielgerichteter postoperativer Kontrolle frühzeitig festgestellt worden wäre. In diesem Falle hätte die erforderliche Revisionsoperation angemessen zeitnah durchgeführt und die Strecksehnenruptur verhindert werden können. Der Klägerin wären die Verzögerung der postoperativen Versorgung und die am 18.05.2011 im N-Krankenhaus C2 durchgeführte Rekonstruktion der ruptierten Strecksehne sowie die verlängerte Zeit mit Schmerzen und Einschränkungen der Benutzbarkeit ihrer Hand und die damit zusammenhängenden Einschränkungen ihrer Arbeitsfähigkeit erspart geblieben.
Das vom Landgericht unter Berücksichtigung insbesondere der vorgenannten Beeinträchtigungen ausgeurteilte Schmerzensgeld ist mit 5.000 Euro nicht zu hoch angesetzt. Die Höhe des erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldes wird denn auch von der Beklagten - unbeschadet ihrer Berufungsangriffe gegen die Annahme einer Haftung der Beklagten dem Grunde nach - nicht angegriffen.
Die Frage, ob unter Berücksichtigung der vorgenannten Umstände und/oder auch im Hinblick auf die von der Klägerin in ihrer Anschlussberufungsbegründung angesprochenen Gesichtspunkte ein höheres

Schmerzensgeld gerechtfertigt sein könnte, kann im Rahmen dieses Beschlusses im Hinblick auf § 524 Abs. 4 ZPO dahinstehen.
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].

16. KG Berlin, Urteil vom 04.12.2014 – 20 U 246/13 – * Arzthaftungsverfahren: Erfordernis der Feststellung einer unzureichenden Aufklärung vor der Beweiserhebung über die hypothetische Einwilligung des Patienten; persönliche Anhörung des Patienten als Voraussetzung für Feststellungen zur hypothetischen Einwilligung

Leitsatz

1. Der Einwand der hypothetischen Einwilligung ist grundsätzlich beachtlich, setzt aber voraus, dass festgestellt ist, dass eine ausreichende Aufklärung nicht erfolgt ist. Mithin ist vorab eine Beweiserhebung zur ordnungsgemäßen Aufklärung erforderlich, falls nicht Aufklärung oder unterbliebene Aufklärung unstreitig sind.
2. Feststellungen darüber, wie sich der Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte oder ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, können grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten getroffen werden.

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das am 8.10.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 8 O 421/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Das Urteil ist - ebenso wie das angegriffene Urteil - vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils wird Bezug genommen.
Die Klägerin leidet seit ihrer Geburt an einer genetisch bedingten Erkrankung der Blutbildung, die zur Notwendigkeit von vielen Bluttransfusionen führte, was zu einer erhöhten Eisenbelastung der Organe beiträgt. Angesichts dessen und eines starken Milzwachstums war von Seiten der behandelnden Kinderklinik in Ulm schon seit 2000 im Gespräch, die Milz (teil-)entfernen zu lassen.
Die Beklagte zu 1) trägt das H... K... B..., in dem der Beklagte zu 2) über die größte Erfahrung in Deutschland bzgl. laparoskopischer Teil-Milzentfernungen verfügt. Die Klägerin wurde von ihrer behandelnden Klinik in Ulm und dem behandelnden niedergelassenen Kinderarzt an die Klinik der Beklagten zu 1) zur Teil-Milzentfernung überwiesen.
Diese wurde während eines stationären Aufenthalts vom 6.2. bis 17.2.2006 am 8.2.2006 durch den Beklagten zu 2) durchgeführt. Nach Entlassung der Klägerin kam es am 8.3.2006 zu einem Zusammenbruch mit Bluterbrechen der Klägerin auf dem Schulweg, im Rahmen der notfallmäßigen Folgebehandlung trat eine Sauerstoffunterversorgung des Hirns ein, die Klägerin ist nunmehr schwerst pflegebedürftig.
Die Klägerin warf den Beklagten erstinstanzlich Behandlungsfehler vor, da eine vollständige Milzentfernung hätte durchgeführt werden müssen, intraoperativ auf Laparotomie (Bauchschnitt) hätte umgestellt werden müssen, die Drainage am 2. postoperativen Tag zu früh entfernt worden sei, ihre postoperativen Beschwerden (Bauchschmerzen) nicht ausreichend diagnostisch abgeklärt worden seien und die Einstellung mit ASS überdosiert worden sei. In der mündlichen Verhandlung erhob sie den Vorwurf, intraoperativ seien „durch Laserstrahlen“ (d.h. durch thermische Schädigung während der Blutstillung) ihr Darm durchlöchert worden. Zudem sei sie nicht über die Behandlungsalternative der vollständigen Milzentfernung aufgeklärt worden.
Das Landgericht hat, sachverständig beraten durch Prof. Dr. R..., Behandlungsfehler verneint und keine Kausalität eines etwaigen Aufklärungsfehlers betreffend die Behandlungsalternativen erkennen können. Zudem sei von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen. Der Vortag bzgl. der „Laserstrahlen“ sei verspätet.
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter und beantragt hilfsweise Zurückverweisung an das Landgericht. Es habe an einer Indikation zur Teilmilzentfernung gefehlt, vor der Drainageentfernung hätte diagnostisch eine Pankreasfistel ausgeschlossen werden müssen. Der Vortrag bzgl. der „Laserstrahlen“ hätte berücksichtigt werden müssen. Es fehle an einer ordnungsgemäßen Alternativaufklärung und an einer hinreichenden Risikoaufklärung. Zudem hätte, da zumindest ihre Mutter der

deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sei, ein Sprachmittler hinzugezogen werden müssen. Außerdem hätten die Eltern zum Entscheidungskonflikt angehört werden müssen.
Die Beklagten beantragen Berufungszurückweisung und verteidigen das Urteil.
Der Senat hat ergänzend Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen Dr. J....
Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 04.12.2014 Bezug genommen.
II.
Die Berufung war im Ergebnis erfolglos.
1) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht Ansprüche aus §§ 823, 831, 31 BGB sowie aus § 280 Abs. 1 BGB gegen die Beklagten wegen Behandlungsfehlern verneint. Vertragliche Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) scheiden zudem schon deswegen aus, weil nicht vorgetragen ist, dass die Klägerin mit diesem persönlich einen (Chefarzt-) Wahlleistungsvertrag abgeschlossen hat.
a) Eine Indikation für die Teilsplenektomie lag vor. Die Sachverständige hat ausgeführt, dass die zum Zeitpunkt der Operation (2006) noch in den Leitlinien (von 1998) befindliche Stellungnahme, dass bei Kinder über 5 die Milz ganz zu entfernen sei, die in dieser Zeit bestehende wissenschaftliche Diskussion nur unzureichend wiedergebe. Schon damals sei im Hinblick auf die Immunabwehr diskutiert worden, dass das Belassen eines (nur kleinen, idealerweise 10 % betragenden) Milzanteils auch bei größeren Kindern die Nachteile der Milzbelassung deutlich überwiege. Einer der Verfasser der Leitlinie im Jahre 2010, die genau dieses dann wiedergibt, war der behandelnde Klinikarzt der Klägerin in Ulm, der der Klägerin zur Teilsplenektomie riet und mit dem wissenschaftlichen Sachstand insoweit bestens vertraut war. Da sich damit ersichtlich der medizinische Standard zum Behandlungszeitpunkt über die Leitlinie hinweg entwickelt hatte, war eine überwiegende Teilentfernung der Milz (90 %) fachgerecht.
Dies stellt der Privatgutachter der Klägerin in seiner nachträglichen Stellungnahme nicht in Zweifel, sondern stellt darauf ab, wenn man von der Leitlinie abweiche, müsse man das mit den Eltern gut besprechen - das ist grundsätzlich richtig, nimmt dem Eingriff aber nicht die Indikation. Die Frage der Abweichung von Leitlinien stellt sich insoweit im Aufklärungsbereich (dazu im Folgenden unter 2).
b) Ein Übergang zum offenen Verfahren war nach den Ausführungen der Sachverständigen bei der Klägerin (noch) nicht geboten. Wegen intraoperativer Probleme muss spätestens dann zum offenen Verfahren übergegangen werden, wenn der Patient in einer kritischen Situation ist - eine solche bestand bei der Klägerin trotz der Gabe von 3 Blutkonserven wegen einer erheblichen Blutung und der langen OP-Dauer von mehr als 5 h nicht; die Sachverständige hat dies nachvollziehbar damit begründet, dass die Klägerin kreislaufstabil war (keine herzunterstützenden Medikamente) und der Beklagte zu 2) die Blutung beherrschte, wobei die OP-Dauer angesichts des OP-Umfangs auch nicht außergewöhnlich war. Daher gab es keinerlei zwingende Gründe, auf die offene Operation umzustellen.
Zutreffend hat das Landgericht auch dargestellt, dass es an der Kausalität eines etwaigen Unterlassens für die beklagten Folgen fehlen dürfte. Die Sachverständige hat deutlich gemacht, dass Nachblutungen etc. auch bei offenen Operationen mit gleicher Häufigkeit vorkommen - sofern die tragische Entwicklung 1 Monat nach der Operation auf diese zurückzuführen ist (wofür nach den Angaben der Sachverständigen sehr viel spricht, denn auch der andere mögliche Schädigungsmechanismus - Magendurchbruch aufgrund von Magengeschwüren - könne durch Geschwüre wegen des Stresses der OP ausgelöst worden sein, und eine Verursachung völlig op-unabhängig erscheine eher fernliegend, wenn dies auch nicht abschließend geklärt ist), ist sie nicht nachweisbar auf das Unterlassen des Umstiegs zurückzuführen, was aber notwendig wäre (BGH VI ZR 63/11 Urteil vom 7.2.2012).
c) Soweit die Klägerin das Unterlassen von Diagnostik vor bzw. nach der Drainageentfernung rügt, führt dies nicht zur Haftung der Beklagten. Ob eine Lipasebestimmung mit hinreichender Sicherheit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte, ist nicht klärbar. Es war auch nicht schlechthin unverständlich (also grob fehlerhaft), die Bestimmung zu unterlassen, da die Sachverständige angesichts der Beschreibung des geförderten Sekrets bereits keine Notwendigkeit zur Bestimmung gesehen hat (Pankreasflüssigkeit ist auffällig weißlich, das wurde nicht berichtet). Damit scheidet eine Beweislastumkehr wegen groben Befunderhebungsfehlers oder unterlassener Befunderhebung aus.
Auch die Fertigung eines MRT war nicht angezeigt, ein Unterlassen jedenfalls nicht grob fehlerhaft. Die Sachverständige stuft ein MRT als jedenfalls nicht zwingend angezeigt ein, weil die sehr qualifiziert durchgeführten 3 Ultraschalluntersuchungen kein Fortschreiten des (nach einer solchen OP zu erwartenden) Hämatoms an der Milz beschrieben hätten. Ein MRT hätte damit auch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt, sondern nur (wie das auch der Privatgutachter der Klägerin ausführt) das bekannte Hämatom genauer dargestellt. Unmittelbare Reaktionspflichten ergeben sich daraus nicht.
d) Da die Sachverständige in ihrem Gutachten mitteilte, sie habe keine Hinweise aus den Unterlagen für intraoperative Verletzungen von Nachbarorganen, könne dies aber auch nicht sicher ausschließen (S. 16,17), ist der Vortrag der Klägerin zu den Schädigungen des Dickdarms „durch Laserstrahlen“ für die Haftung unerheblich: Selbst wenn man mit dem Vortrag der Klägerin unterstellt, der Drittoperateur habe 2006 solche thermischen Schädigungen gesehen (dies daraufhin nirgendwo dokumentiert, statt dessen

nur den Eltern mitgeteilt, denen dieser Umstand trotz Prozesseinleitung Ende 2011 erst in der mündlichen Verhandlung Ende 2013 wieder einfiel), stellt die thermische Verletzung von Nachbarorganen (ggfls. im Rahmen einer Blutstillung) grds. eine mögliche Komplikation dieser Operation und kein Indiz für einen Behandlungsfehler dar. Die Frage der Verspätung dieses Vortrags kann daher dahin stehen.
2) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat zudem davon überzeugt, dass die Eltern der Klägerin eine zutreffende präoperative Risikoaufklärung erhalten haben und ihnen bewusst war, dass sie sich für eine Teilmilzentfernung statt für eine Vollentfernung der Milz entschieden hatten. Damit hat das Landgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht auch eine Haftung der Beklagten aufgrund Aufklärungsfehlers verneint.
a) Zunächst ist das Landgericht richtig davon ausgegangen, dass die Klägerin beweisen müsste (und das nicht kann), dass eine vollständige Entfernung der Milz nicht zu dem von ihr erlittenen Schaden geführt hätte (wenn sie behauptet, bei zureichender Alternativaufklärung hätte sie sich für die Totalentfernung entschieden). Angesichts dessen musste das Landgericht der Frage der Alternativaufklärung nicht weiter nachgehen. Zudem darf darauf hingewiesen werden, dass die Eltern der Klägerin unstreitig mit ihren behandelnden Ärzten seit Jahren darüber sprachen, ob die Klägerin einer (Teil-)Milzentfernung unterzogen werden sollte und die Klägerin schließlich ausdrücklich an den Beklagten zu 2) als den führenden Spezialisten in Deutschland für laparoskopische Teilmilzentfernungen überwiesen wurde, um so eine Operation durchzuführen. Angesichts dessen ist es schwer vorstellbar, dass die Frage der Operationsalternativen (Voll- oder Teilmilzentfernung) nicht schon vor der Überweisung ausreichend diskutiert wurde. Dies muss hier jedoch aus den oben dargelegten Gründen nicht weiter aufgeklärt werden.
b) Rechtsfehlerhaft hat das Landgericht jedoch übersehen, dass die Beklagten bei unzureichender Risikoaufklärung zunächst für alle Folgen der (dann wegen fehlender Einwilligung rechtswidrigen) Teilmilzentfernung haften, wobei die Sachverständige ziemlich deutlich gemacht hat, dass sie die eingetretenen Folgen bei der Klägerin auf die Operation zurückführen möchte und andere, operationsferne Ursachen für unwahrscheinlich hält. Damit liegt hier - anders als im BGH-Fall VI ZR 63/11 - ein Sachverhalt vor, bei dem die eingetretenen Schäden Folge der Ursprungsbehandlung sind.
Daher war es hier zwingend erforderlich, über die von Beklagtenseite vollständig als umfassend bzgl. der Risiken und Alternativen behauptete und unter Beweis gestellte Aufklärung der Eltern Beweis zu erheben durch Vernehmung des Zeugen Dr. J....
aa) Das Unterlassen der Zeugenvernehmung war auch vor dem Hintergrund der auf hypothetische Einwilligung abstellenden Argumentation des Landgerichts rechtsfehlerhaft.
Der Senat weist wegen der gerade in der hier entscheidenden Kammer des Landgerichts seit einiger Zeit eingerissenen Praxis, Beweise zur Aufklärung überhaupt nicht mehr zu erheben und statt dessen fast ausschließlich über die hypothetische Einwilligung zu gehen, eindringlich darauf hin, dass der Einwand der hypothetischen Einwilligung zwar grundsätzlich beachtlich ist (seit. BGH Urteil vom 7.02.1984 - VI ZR 174/82 in st. Rspr. zuletzt BGH Urteil vom 30.9.2014 - VI ZR 443/13), jedoch voraussetzt, dass festgestellt ist, dass eine ausreichende Aufklärung nicht erfolgt ist. Das ergibt sich zwanglos aus allen bisher entschiedenen Fällen des BGH zur hypothetischen Einwilligung, bei denen es sich immer um Sachverhalte handelte, in denen das Berufungsgericht nach ordnungsgemäßer Beweiserhebung über die Aufklärung schließlich ein Haftung ablehnte, weil der Einwand der hypothetischen Einwilligung greife (vgl. Wenzel-Simmler, der Arzthaftungsprozess, Kapitel 2, Rn 1699ff.). Die hypothetische Einwilligung soll in Ausnahmefällen den Arzt vor einer Haftung schützen, wenn ersichtlich ist, dass sein (festgestellter!) Fehler nicht ursächlich für die Einwilligung des Patienten war. Dieses System wird in der vom Senat mit Sorge beobachteten jüngeren Rechtsprechung dieser und anderer Kammern des Landgerichts auf den Kopf gestellt, wenn aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung der Einwand der hypothetischen Einwilligung zum Regelfall und die Beweiserhebung zur ordnungsgemäßen Aufklärung zum Ausnahmefall wird. Das durch diese Rechtsprechung der Untergerichte an die ärztliche Praxis ausgesandte Signal, die Aufklärung sei von untergeordneter Bedeutung, weil man sich immer auf die hypothetische Einwilligung des Patienten berufen könne, kann nur als verheerend beschrieben werden.
bb) Vorsorglich weist der Senat zudem darauf hin, dass 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 darf (BGH Urteil vom 30.9.2014 - VI ZR 443/13); ein Ausnahmefall kann vorliegen, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben (BGH Urteil vom 30.9.2014 - VI ZR 443/13; vgl. BGH Urteile vom 26.06.1990 - VI ZR 289/89, VersR 1990, 1238, 1240 und vom 1.02.2005 - VI ZR 174/03, VersR 2005, 694 mwN). Der BGH fordert für den Regelfall eine persönliche Anhörung des Patienten, um zu vermeiden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstellt, was bei objektiver Betrachtung als nahe liegend oder vernünftig erscheint, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger nahe liegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen des Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen. Die persönliche Anhörung soll es dem Gericht ermöglichen, den anwaltlich vorgetragenen Gründen für und gegen einen Entscheidungskonflikt durch konkrete Nachfragen nachzugehen und sie auch aufgrund des persönlichen Eindrucks vom

Patienten sachgerecht beurteilen zu können (BGH Urteil vom 30.9.2014 - VI ZR 443/13; BGH Urteil vom 17.04.2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, Rn. 18; vgl. auch Senatsurteile vom 26.06.1990 - VI ZR 289/89, aaO; vom 11.12.1990 - VI ZR 151/90, VersR 1991, 315, 316; vom 2.03.1993 - VI ZR 104/92, VersR 1993, 749, 750 f.; vom 4.04.1995 - VI ZR 95/94, VersR 1995, 1055, 1057; vom 1.02.2005 - VI ZR 174/03, aaO; vom 15.03.2005 - VI ZR 313/03, VersR 2005, 836, 837; vom 10.10.2006 - VI ZR 74/05, VersR 2007, 66 Rn. 17 f. und vom 6.07.2010 - VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 Rn. 17; NK-MedR/Glanzmann, 2. Aufl., § 630h BGB Rn. 92 f.; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rn. C 142).
Auch diesen Grundsatz hat das Landgericht verletzt, indem es eine hypothetische Einwilligung angenommen hat, ohne die (bei der mündlichen Verhandlung anwesenden!) Eltern der Klägerin hierzu anzuhören. Zwar sind die Überlegungen des Landgerichts insoweit nicht grundsätzlich von der Hand zu weisen, es hätte jedoch jedenfalls den Eltern die Gelegenheit geben müssen, ihre persönlichen Erwägungen zu Gehör zu bringen.
cc) Diese Rechtsfehler des Landgerichts wirken sich allerdings im Ergebnis nicht aus. Der Senat ist insoweit aufgrund der ergänzend vorgenommenen Beweiserhebung zu der Überzeugung gelangt, dass der Zeuge J... die Eltern der Klägerin umfassend über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken aufgeklärt hat. Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen an den dem Arzt obliegenden Beweis einer ordnungsgemäßen Risikoaufklärung keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. 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. Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte 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 nicht mehr erinnern. (BGH Urteil vom 30.9.2014 - VI ZR 443/13; vgl. BGH Urteile vom 10.03.1981 - VI ZR 202/79, VersR 1981, 730, 731; vom 21.09.1982 - VI ZR 302/80, VersR 1982, 1193, 1194; vom 28.02.1984 - VI ZR 70/82, VersR 1984, 538, 539 f.; vom 8.01.1985 - VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362 und vom 28.01.2014 - VI ZR 143/13, VersR 2014, 588 Rn. 11, jeweils mwN; OLG Hamm, VersR 2011, 625, 626, mwN).
Vorliegend hat der Zeuge J... zwar keine genaue Erinnerung an die Aufklärungssituation mehr gehabt, was im Hinblick auf die verstrichene Zeit auch nicht ungewöhnlich ist. Er hat aber angegeben, dass seine Erinnerung durch die Einsichtnahme in das Archiv und die dort gelagerten Unterlagen zur Aufklärung wieder aufgefrischt wurde, er die Schrift und die gefertigte Zeichnung als von ihm geleistet erkennt und eine Erinnerung an das Gesicht der Mutter der Klägerin habe. Er hat erörtert, dass er den Weg der Operation beschreibe, und dies zur Verdeutlichung für den medizinischen Laien mit einer Zeichnung untermauere. Er hat dem Senat die Zeichnung erläutert, auch darauf hingewiesen, dass er zB die „Kullern“ der möglicherweise vorhandenen Nebenmilzen eingezeichnet hatte. Anhand der Zeichnung erläutere er die Lagerung und die Einbringung der für die laparoskopische Operation notwendigen Arbeitshülsen; dabei weise er darauf hin, dass bei Einbringung der ersten Hülse für die Kamera Verletzungen von Nachbarorganen nicht ausgeschlossen werden könnten, dieses Risiko danach aber sinke, weil mithilfe der Kamera fortan unter Sicht die weiteren Hülsen eingeführt werden könnten. Er beschreibe den minimalinvasiven Eingriff in seinem Umfang und erläutere mit der Zeichnung, dass der Großteil der Milz entfernt werde; dabei gehe er darauf ein, dass es sein könne, dass es wegen der starken Durchblutung des Organs zu Blutungen kommt, die bei Unstillbarkeit den Umstieg auf eine offene Operation erforderlich machen könnten und dass für die Gabe von Blutersatz Vorsorge getroffen werden müsse. Auch könne es sein, dass wegen der Blutung doch die ganze Milz entfernt werden müsse, wenn auch das Ziel der Operation der Organerhalt sei, weil dies für die zukünftige Entwicklung des Immunsystems vorteilhafter sei. Zudem werde erläutert, dass es auch sein könne, dass der Milzrest zwar gut durchblutet erscheint, aber seine Funktion in Zukunft nicht mehr wahrnehmen werde („funktionale Asplenie“). Der Zeuge hat auch auf Nachfrage offen zugegeben, dass er über die Alternative einer Vollentfernung der Milz nur im Rahmen der Komplikation der Teilentfernung gesprochen habe, weil sein Chef (i.e. der Beklagte zu 2) eben Spezialist für die Teilentfernung sei und in seiner Klinik eigentlich gar keine Fälle für Vollentfernungen aufgenommen würden. Auch hat er offen erörtert, dass er bei der Mutter der Klägerin (die die deutsche Sprache nicht sicher beherrscht) wohl nicht ganz sicher gewesen sei, ob diese alles verstanden habe, deshalb sei er sehr ausführlich gewesen und habe bei der Unterschrift auch nachgefragt, ob alles klar sei und noch Fragen wären. Er habe auch extra darauf hingewiesen, später noch auftretende Fragen könnten, da bis zur Operation ja noch etwas Zeit sei, an ihn oder den Beklagten zu 2) jederzeit gestellt werden. Nach seiner Erinnerung ist es aber zu keinen Nachfragen, weder sofort noch später, gekommen; er selbst war der Ansicht, die Eltern hätten die Operation auch als Teilentfernung sinnvoll erfasst. Er hat auch angegeben, dass über die Lebensbedrohlichkeit eines massiven Blutverlust im Rahmen der Transfusionsaufklärung gesprochen werde, und dort auch erläutert werde, dass bei fehlender Transfusion die Gefahr von Hirnschäden bestehe.

Der Zeuge wirkte ehrlich bemüht, eine Erinnerung an die Aufklärungssituation abzurufen. Er antwortete ruhig und sachlich auf Nachfragen und verwickelte sich nicht in Widersprüche. Der Senat glaubt dem Zeugen, dass er den Eltern der Klägerin eine Aufklärung der anhand der Zeichnung dem Senat gegenüber geschilderten Art hat zukommen lassen, die nach Auffassung des Senats die mit dem Eingriff verbundenen Risiken (starke Blutung, ggfls. offene Operation, ggfls. Organverlust), aber auch Chancen (minimalinvasiv, Teil-Organerhalt; Stärkung der Immunabwehr) „im Großen und Ganzen“ für einen medizinischen Laien so verständlich darstellte, dass sie den Eltern ermöglichte, die Abwägung zwischen Krankheitsrisiko und Eingriffsrisiko informiert zu treffen. Da der Zeuge auch nachfragte, ob alles verstanden worden sei, hätte es nun spätestens der Mutter der Klägerin oblegen nachzufragen, falls sie aufgrund sprachlicher Probleme den Ausführungen nicht folgern konnte.
Einer Anhörung der Eltern zu einem etwaigen Entscheidungskonflikt bedurfte es daher nicht mehr.
3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
4. Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe nicht vorliegen. Die Schwierigkeiten des Falles liegen angesichts der seltenen Erkrankung der Klägerin und des ungewöhnlichen postoperativen Verlaufs schwerpunktmäßig im Tatsächlichen.

17. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 04.12.2014 – 1 U 66/14 – * Zahnarzthaftungsprozess wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen nach einer Wurzelbehandlung: Tatrichterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich einer erfolgten Risikoaufklärung; Indizwirkung eines mit dem Patienten geführten Aufklärungsgesprächs

Leitsatz

Im Zweifel ist den Angaben des Arztes, dass eine Risikoaufklärung erfolgt ist, zu glauben, wenn seine Darstellung in sich schlüssig ist und einiger Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht worden ist. Das setzt voraus, dass unstreitig oder nachgewiesen ist, dass zwischen dem Arzt und dem Patienten ein Gespräch stattgefunden hat, in dem über den Eingriff gesprochen wurde.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 7.5.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (9 O 1162/12) wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin macht Schadensersatz im Zusammenhang mit der Wurzelbehandlung verschiedener Zähne (dazu i.E.: Stellungnahme Dr. T. Bl. 96/97 I) durch den Beklagten im Zeitraum von06.2008 bis01.2009 geltend. Ende11.2008 wurde der Zahn 47 auf Wunsch der Klägerin extrahiert. Während des Behandlungszeitraums litt die Klägerin unter Schmerzen und Schwellungen im Mundbereich. Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt und nach mündlicher Anhörung des Sachverständigen einen Behandlungsfehler verneint. Dies nimmt die Berufung hin. Mit der Berufung wird ausschließlich gerügt, dass der Beklagte die Klägerin nicht über die Behandlungsalternativen Wurzelbehandlung/sofortige Extraktion sowie über Umfang und Risiken der Wurzelbehandlung aufgeklärt habe (BB S. 3 - Bl. 29 II -). Wäre sie über die Komplikationsmöglichkeiten bei einer Wurzelbehandlung aufgeklärt worden, hätte sie sich sofort für die Extraktion entschieden. Unstreitig enthält die schriftliche Dokumentation des Beklagten keine Einträge über eine erfolgte Aufklärung.
Das Landgericht hat zu dem Punkt Aufklärung die Zeuginnen W. und G. (Mitarbeiterinnen des Beklagten) vernommen sowie die Klägerin persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift vom 9.4.2014 (Bl. 227ff. I).
Das Landgericht hat auf dieser Basis auch einen Aufklärungsmangel verneint. Beide Zeuginnen hätten zwar keine konkrete Erinnerung an eine Aufklärung im Fall der Klägerin, sie hätten aber eine ständige Übung dahingehend geschildert, dass der Beklagte selbst die Patienten vor einem Eingriff aufkläre.
Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 2 ZPO abgesehen.
Gegen das die Klage insgesamt abweisende Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt.
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er bestreitet, dass es sich bei der Wurzelbehandlung einerseits und der sofortigen Extraktion andererseits überhaupt um echte Behandlungsalternativen handelt.
II.
Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Zutreffend weist der Beklagte darauf hin, dass an den Nachweis einer erfolgten Aufklärung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen. Im Zweifel ist den Angaben des Arztes zu glauben, dass eine Risikoaufklärung erfolgt ist, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und einiger Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht worden ist. Darüber hinaus setzt dies nach einer weit verbreiteten Ansicht (Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Anm. A 2273 m.w.N.) weiter voraus, dass unstreitig oder nachgewiesen ist, dass zwischen dem Arzt und dem Patienten ein Gespräch stattgefunden hat, in dem über den Eingriff gesprochen wurde.
Nach dem Ergebnis der Anhörung der Parteien im Termin vom 20.11.2014 steht zur Überzeugung des Senates fest, dass der Beklagte die Klägerin im Vorfeld der Wurzelbehandlungstermine (bezogen auf die sukzessiv erfolgten Wurzelbehandlungen der Zähne 12, 13, 14, 15 und 47) zureichend darüber aufklärte, dass und warum in ihrem Fall der Versuch, den Schmerzen der Klägerin durch eine Wurzelbehandlung zu begegnen, der Vorzug zu geben war gegenüber der „ultima ratio“ einer Extraktion der betreffenden Zähne.
Der Beklagte hat in seiner Anhörung angegeben, der Klägerin zu Beginn der Behandlung erläutert zu haben, dass und warum angesichts ihrer individuellen Situation (die Patientin verfügte bereits über eine verkürzte Zahnreihe; die betroffenen Zähne waren nicht kariös) der Versuch, die Schmerzen im Wege einer Wurzelbehandlung erfolgreich zu beseitigen, unternommen werden sollte. Die Alternative einer Extraktion könne, so seine Erläuterungen gegenüber der Klägerin, i. S. einer „ultima ratio“ immer noch gewählt werden („Ich habe das Frau H. erläutert und gesagt, dass sie sich mit einer solchen Wurzelbehandlung nichts vergibt, weil man immer noch die Zähne ziehen könnte.“). Die Behandlungsalternative einer sofortigen Extraktion habe er dargelegt.
Die Klägerin hat in ihrer Anhörung erklärt, „nicht richtig aufgeklärt“ worden zu sein. Zwar sei ihr die alternative Möglichkeit einer Extraktion der betroffenen Zähne (und für diese Alternative entschied sich die Klägerin letzten Endes bezüglich des Zahnes 47) bekannt gewesen. Auch treffe es zu, dass ihr der Beklagte demgegenüber den Weg einer Wurzelbehandlung als vorzugswürdig dargestellt und den Rat zu einer solchen Wurzelbehandlung erteilt habe. Er habe aber die Erfolgsaussicht der Wurzelbehandlung nicht in Wahrscheinlichkeitsgraden in Prozent ausgedrückt. Auch habe er ihr nicht erklärt, dass, wenn eine Wurzelbehandlung „nicht klappt“, es schlussendlich zu einem Ziehen der Zähne kommen kann.
Die letztgenannte Angabe der Klägerin widerspricht ihrer Bekundung, bei dem Eingangsgespräch mit dem Beklagten die Alternative einer Extraktion gekannt zu haben. Die Klägerin rekurriert mit ihren Angaben auf das schriftsätzlich angesprochene Risiko des Misserfolgs der Wurzelbehandlung (das sich hier im Übrigen laut Sachverständigengutachten - vgl. die schriftliche Ergänzung vom 05.03.2013, dort zu Ziff. 6. - zumindest bezüglich des Zahns 12 nicht realisierte). Die vom Beklagten glaubhaft geschilderte Aufklärung darüber, dass die vorzugswürdige Wurzelbehandlung mit dem ihr zugrundeliegenden Ziel, den natürlichen Zahn zu erhalten, die Möglichkeit eines letztendlichen Ziehens der betroffenen Zähne beinhalte („Ich habe das Frau H. erläutert und gesagt, dass sie sich mit einer solchen Wurzelbehandlung nichts vergibt, weil man immer noch die Zähne ziehen könnte.“), beinhaltet auch eine zureichende Aufklärung über die Misserfolgsmöglichkeit und das Misserfolgsrisiko einer Wurzelbehandlung, und zwar ungeachtet des Umstandes, dass sich der Beklagte nicht daran erinnern konnte, ob ein Misslingen der Wurzelbehandlung explizit und wortwörtlich angesprochen wurde. Wenn der Beklagte der Klägerin nach seinen glaubhaften Angaben schilderte, dass und warum die von Schmerzen betroffenen Zähne möglichst erhalten werden sollten und sich der Versuch einer erfolgreichen Wurzelbehandlung „lohne“, so konnte dies aus der Sicht der Klägerin nur bedeuten, dass ein Misserfolg der Wurzelbehandlung möglich ist, indes der angeratene Weg einer Wurzelbehandlung erfolgversprechend und vorzugswürdig ist. Dies wiederum steht im Einklang mit der Bewertung des Sachverständigen, wonach die Wahrscheinlichkeit, dass mittels Wurzelbehandlung ein Zahn erhalten werden kann, regelmäßig sehr hoch sei (Seite 8 des Sitzungsprotokolls vom 09.04.2014: „Die Wahrscheinlichkeit, dass mittels einer Wurzelbehandlung ein Zahn erhalten werden kann, ist sehr hoch. Deshalb sollte man unbedingt dieses Mittel zuerst wahrnehmen.“). Der Angabe genauer Prozentwerte zur Bemessung der Erfolgsaussicht einer Wurzelbehandlung bedarf es nicht. Der Optimismus und die Zuversicht, die der Beklagte in dem Aufklärungsgespräch, wie er es bei seiner Anhörung glaubhaft schilderte, ausdrückte, sind nach den Ausführungen der Sachverständigen durchaus berechtigt.
Dass der Klägerin der „Umfang“ der Wurzelbehandlung nicht klar gewesen sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Die Klägerin begab sich sukzessive und mehrfach in die Behandlung des Beklagten, um verschiedene Zähne wurzelbehandeln zu lassen. Dass sie dabei tatsächlich nicht den Willen hatte, den Versuch der Erhaltung der Zähne durch eine Wurzelbehandlung zu unternehmen, der Beklagte also gewissermaßen kommentar- und wortlos der Beklagten mehrere Wurzelbehandlungen aufzwang, glaubt der Senat nicht. Das wiederholte Beklagen des letztendlichen Misserfolgs der Wurzelbehandlung (von dem im Übrigen pauschal für sämtliche betroffenen Zähne nicht die Rede sein kann, wie die Ausführungen des Sachverständigen zeigen), ließ den Senat erkennen, dass die Klägerin aus der heutigen ex-post-Sicht wertet und aus dieser Warte den Weg einer Wurzelbehandlung nicht mehr beschreiten würde. Das indes begründet keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Aufklärungspflichtverletzung. Im Übrigen ist für

den Senat auch nicht verständlich, dass sich die Klägerin - eine unterstellt unvollständige Aufklärung zugrundegelegt - bzgl. der Zähne 12 und 47 für eine sofortige Extraktion entschieden hätte, wie die Klägerin vorgetragen hat (Schriftsatz vom 22.01.2014, Bl. 183 f. I d. A.). Die Klägerin ist bei dieser Angabe ersichtlich - auch nach dem Eindruck, den sie in ihrer mündlichen Anhörung gemacht hat - von ihrer retrospektiven Sichtweise ausgegangen. Tatsächlich erscheint es aber ausgeschlossen, dass sich die Klägerin - wissend um die guten Chancen einer Wurzelbehandlung - entgegen dem Rat des Beklagten gegen den Versuch, diese beiden Zähne im Wege einer Wurzelbehandlung zu erhalten, entschieden hätte. Nicht einmal ein ernsthafter Entscheidungskonflikt lässt sich plausibel nachvollziehen. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Klägerin ihr Schadensersatzverlangen nicht mit Erfolg auf eine ungenügende Aufklärung stützen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen.
Streitwert:
- Schmerzensgeld: 7.500,-- Euro
- Feststellungsantrag: 2.000,-- Euro
- bezifferter Schaden: 174,-- Euro
Gebührenstufe bis 10.000,-- Euro (die vorgerichtlichern Rechtsanwaltskosten sind nur bei der Kostenentscheidung, nicht aber beim Streitwert zu berücksichtigen).

18. OLG Hamm, Urteil vom 02.12.2014 – I-26 U 13/14, 26 U 13/14 – * Krankenhaushaftung: Sturz eines Patienten beim Toilettengang

Leitsatz

Eine Klinik haftet nicht für den Sturz einer Patientin bei einem Toilettengang, wenn die Patientin die Toilette alleine und ohne mögliche Hilfestellungen des Pflegepersonals aufsucht.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten zu 2) wird das am 3.12.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.
Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
Die Berufung der Klägerin gegen das vorgenannte Urteil wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung 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.
Die am 22.01.1940 geborene Klägerin begehrt von den Beklagten Schmerzensgeld und Schadensersatz aufgrund einer behaupteten ärztlichen Fehlbehandlung und Verletzung von Verkehrssicherungspflichten bzw. pflegerischen Sorgfaltspflichten.
Die Klägerin war am 05.03.2011 auf einer Treppe gestürzt und hatte sich eine Oberarmkopffraktur links zugezogen. Die operative Versorgung erfolgte durch den Beklagten zu 1 im Krankenhaus der Beklagten zu 2. Darüber hinaus wurde am 11.03.2011 eine Operation an der Hüfte notwendig, bei der eine Totalendoprothese links eingesetzt wurde.
Am 16.03.2011 stürzte die Klägerin erneut bei einem Toilettengang, als sie beim Säubern auf den aufgelegten erhöhten Toilettensitz zurückfiel, der sich verschob, so dass die Klägerin das Gleichgewicht verlor und bei dem Versuch sich abzustützen, erneut den linken Oberarm verletzte. Eine Röntgenkontrolle zeigte, dass die bei der Operation vom 05.03.2011 eingesetzte Humerusplatte herausgerissen und der Bruch redisloziert war.
Am 18.03.2011 erfolgte eine erneute operative Versorgung. Die Klägerin wurde am 29.03.2011 in das Reha-Zentrum D entlassen, wo sie bis zum 18.04.2011 verblieb. Am 24.06. und 28.07.2011 stellte sich die Klägerin zu Kontrolluntersuchungen vor. Im10.2011 begab sich die Klägerin sodann in die F-Klinik nach P.
Die Klägerin machte schließlich bei den Beklagten Ansprüche geltend und behauptete, dass die beiden operativen Eingriffe fehlerhaft erfolgt seien, weil u.a. die eingesetzten Schrauben zu lang gewählt worden seien, so dass die knöcherne Durchbauung verhindert worden sei. Stattdessen sei es zu einem Untergang des Knochengewebes gekommen mit einer Zerstörung des Schultergelenks.

Nachdem die Beklagten ihre Verantwortlichkeit verneint hatte, hat die Klägerin ihren Anspruch gerichtlich geltend gemacht und nach dem eingeholten Gutachten, in dem ärztliche Behandlungsfehler verneint worden waren, darauf verwiesen, dass sie von einem nur lose aufgelegten Toilettenring, auf dem eine Sitzerhöhung aufgelegt worden sei, gerutscht sei.
Das Landgericht hat sachverständig beraten die Klage wegen der geltend gemachten Behandlungsfehler abgewiesen und lediglich eine begrenzte Haftung wegen des Sturzereignisses angenommen, weil zu spät bestritten worden sei, dass die Klägerin wegen des lose aufliegenden Sitzes gestürzt sei. Es sei jedoch nicht feststellbar, dass die jetzt verbliebenen Folgen auf das erneute Sturzereignis mit erneuter Operation zurückzuführen seien.
Gegen dies Urteil richten sich die wechselseitigen Berufungen.
Die Klägerin meint weiterhin, dass Behandlungsfehler vorlägen; denn wenn man mit einer Nekrosebildung habe rechnen müssen, so sei es erforderlich gewesen, besondere Maßnahmen zu treffen, sei es durch ein rechtzeitiges CT, nachdem die Klägerin über bleibende Schmerzen geklagte habe, sei es durch die Einbringung anderer Schrauben oder Gewinde, die ein Überragen in den Gelenkspalt auch bei einem Knochenschwund vermieden hätten. Insoweit habe sogar ein grober Behandlungsfehler vorgelegen.
Die Klägerin beantragt,
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie ein ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab dem 11.03.2011 zu zahlen;
2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 7.364,64 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie monatliche Rentenzahlungen in Höhe von 329,76 EUR ab10.2012 bis zu ihrem Lebensende zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtliche - weiteren - materiellen und immateriellen Schadensersatzansprüche anlässlich des operativen Eingriffs vom 05.03.2011 auszugleichen, sofern diese nicht in der Zwischenzeit bereits auf Dritte oder Sozialversicherungsträger übergegangen sind;
5. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie außergerichtlich ausgelöste und nicht anrechenbare Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.879,80 EUR zu zahlen;
hilfsweise,
den Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung an das Landgericht Arnsberg zurückzuverweisen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte zu 2 beantragt im Rahmen ihrer eigenen Berufung,
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage auch gegen die Beklagte zu 2 vollständig abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die gegnerische Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte zu 2 ist der Auffassung, dass das Landgericht das Bestreiten des Unfallhergangs durch einen fehlerhaften Toilettensitz nicht als verspätet habe zurückweisen dürfen. Tatsächlich sei dieser Umstand im Rahmen der Klageschrift gar nicht streitgegenständlich gewesen, weil es - wie bereits auch im ersten Aufforderungsschreiben - nur um die Länge der Schrauben als Behandlungsfehler gegangen sei. Soweit die Klage dann auf einen anderen Sachverhalt habe gestützt werden sollen, hätte dies zum einen zugestellt werden müssen, zum anderen sei das Landgericht verpflichtet gewesen, auf diesen Umstand hinzuweisen, zumal auch das Landgericht dies als neuen Vortrag angesehen habe.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.
Der Senat hat die Klägerin sowie den Sachverständigen Dr. G nochmals angehört und die Zeugin C zur Frage der Sitzerhöhung angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 02.12.2014 verwiesen.
II.
Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, die der Beklagten zu 2 begründet.
1. Der Klägerin stehen unter dem Gesichtspunkt eines Behandlungsfehlers keine Ansprüche gegen die Beklagten gemäß §§ 280, 823, 31 BGB zu.
Nach der erneuten Anhörung des Sachverständigen verbleibt es dabei, dass die operative Versorgung der Klägerin nicht zu beanstanden ist. Der Sachverständige hat nochmals darauf verwiesen, dass die verwendeten Schrauben nach den postoperativen Röntgenbildern sowohl von der Lage als auch von der Länge her korrekt waren. Insoweit hatte er schon erstinstanzlich angegeben, dass beide Operationen gut ausgeführt worden sind. Auch soweit die Klägerin nach der zweiten Operation Schmerzen zu beklagen hatte, ließ dies nicht auf einen Behandlungsfehler schließen, weil diese Schmerzen der erneuten und sehr erheblichen Bruchsituation geschuldet waren. Diesbezüglich hat der Sachverständige darauf verwiesen,

dass die Heilungskomplikation schicksalhaft ist und bei etwa einem Drittel der Patienten mit vergleichbaren Verletzungen solche Beschwerden zurückbleiben.
2. Der Klägerin stehen gegenüber der Beklagten zu 2 auch keine Ansprüche wegen des Sturzes von der Toilettenerhöhung zu. Insoweit liegt keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht oder eine Sorgfaltspflichtverletzung des pflegerischen Personals vor, die gemäß §§ 280 Abs. 1, 831 ff BGB einen Anspruch begründen könnten.
Die Klägerin ist nicht durch eine verkehrsunsichere Sanitäreinrichtung gestürzt. Nach ihrer eigenen Darstellung ist die Toilettenerhöhung nicht etwa auf eine lose aufliegende Brille gelegt worden, sondern sie hat die Toilettenerhöhung selbst für locker gehalten. Soweit sie im Senatstermin behauptet hat, es habe sich lediglich um einen weichen Sitzring gehandelt, kann sie dies, unabhängig von der Frage, ob dieser neue Vortrag überhaupt nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen wäre, nicht nachweisen; denn die Zeugin C hat bekundet, dass derartige Ringe, die üblicherweise in der Gynäkologie verwendet werden, im beklagten Krankenhaus schon seit 1995 nicht mehr vorhanden sind, nachdem im Jahr 1994 die Gynäkologie geschlossen wurde. Als Pflegedienstleiterin ist die Zeugin mit der Ausstattung solcher Hilfsmittel auch ausreichend vertraut.
Die Verwendung von Sitzerhöhungen, wie sie von der Beklagten zu 2 angegeben wurde, stellt jedoch keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht dar, weil solche Erhöhungen üblicherweise verwandt werden und auch nach Angaben der Zeugin und des Sachverständigen ausreichend stabil sind und fest anliegen. Insoweit hat der Sachverständige darauf verwiesen, dass natürlich bei einem Fallenlassen auf eine solche Erhöhung diese ausgehebelt werden kann, wobei es unerheblich ist, ob sie noch zusätzlich mit Schrauben gesichert ist.
Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass es auch nicht fehlerhaft war, wenn die Klägerin während des Toilettengangs allein gelassen wurde; denn sie durfte trotz ihrer Hüftoperation das linke Bein voll belasten und hatte die rechte Hand zum Abstützen frei. Darüber hinaus lagen auch sonst keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen vor, die eine ständige Beobachtung notwendig gemacht hätten. Insbesondere das kurzfristige Herzrasen anlässlich der Mobilisation machte nur die Beendigung der akuten Mobilisation erforderlich. Da eine volle Belastung zulässig gewesen ist, ist es seiner Auffassung nach einem Patienten unbenommen, sich selbständig zu bewegen, wenn er sich dies selbst zutraut. Nach der Dokumentation ist der Klägerin zwar Hilfestellung zu gewähren gewesen, aber diese Hilfe muss dann auch von dem Patienten im Einzelfall eingefordert werden.
Letztlich hat die Klägerin selbst eingeräumt, dass sie schon in Begleitung einer Krankenschwester die Toilette aufgesucht hatte, ihr aber die Säuberung durch das Pflegepersonal unangenehm war, so dass sie bei dem erneuten Gang darauf habe verzichten wollen. Sie war sich auch nicht mehr sicher, ob sie nicht auch am Unfalltag vom Pflegepersonal zur Toilette begleitet worden ist. Sie hat insoweit zugegeben, dass sie jedenfalls Hilfestellung bekommen hätte, wenn sie geschellt hätte. Eine Pflichtverletzung des Pflegepersonals liegt daher nicht vor.
Wird die angebotene Hilfsleistung nicht angenommen, so wirkt sich dies nicht zu Lasten der Klinik aus.
Angesichts der vor dem Landgericht noch völlig ungeklärten Situation, insbesondere um welche Toilettenauflage es sich handelte und ob diese überhaupt ein verkehrsunsicheres Hilfsmittel darstellte, durfte das Landgericht ohne nähere Aufklärung nicht weiteren Vortrag der Beklagten als verspätet gemäß § 296 Abs. 2 ZPO zurückweisen. Zum einen war schon der Vortrag der Klägerin dazu wenig aussagekräftig und auch unklar, zum anderen war diese Problematik zunächst auch überhaupt nicht Gegenstand des Vorwurfs. Ersichtlich hatten die Beklagten dem späteren Vortrag der Klägerin keinerlei Bedeutung zugemessen, so dass es die Pflicht des Gerichts gewesen wäre, darauf entsprechend hinzuweisen, zumindest aber eine entsprechende Schriftsatzfrist einzuräumen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 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.

19. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 1087/14 – * Ärztliche Aufklärungspflicht vor einer Knieoperation: Hinreichende Umschreibung der Gefahr einer Arthrofibrose

Leitsatz

Die Risiken eines Eingriffs hat der Arzt beim Aufklärungsgespräch nicht mit medizinischen Fachbegriffen, sondern in einer dem Laien verständlichen Weise darzustellen. Die Gefahr einer Arthrofibrose nach einer Kniegelenksoperation ist durch den Hinweis hinreichend umschrieben, dass Funktions- und Bewegungseinschränkungen auftreten können und die Gefahr von Verkalkungen in benachbarten Muskeln besteht, die zu erheblichen Bewegungseinschränkungen führen können und u.U. langdauernde krankengymnastische oder ggf. auch operative Nachbehandlungen erfordern.

Orientierungssatz

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

Tenor

In dem Rechtsstreit
...
weist der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz die Klägerin darauf hin, dass er beabsichtigt, ihre Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen (§ 522 Abs. 2 ZPO).

Gründe

Der Senat ist einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO sind gegeben.
Im Einzelnen:
1. Die 1970 geborene Klägerin begehrt von den Beklagten immateriellen Schadensersatz wegen einer am 4.12.2008 durchgeführten Knieoperation. Daneben möchte sie die Ersatzpflicht der Beklagten für entsprechende, aber auch für materielle Zukunftsschäden festgestellt haben.
Der Zweitbeklagte (Chefarzt der Orthopädie des erstbeklagten Krankenhauses) nahm an dem bereits mehrmals voroperierten und zuletzt prothetisch versorgten linke Kniegelenk der Klägerin wegen eines mechanischen Prothesenproblems mit Schmerzsymptomatik einen Revisionseingriff vor.
Dadurch sieht die Klägerin sich weitergreifend geschädigt. Sie hat erstinstanzlich vorgetragen, sowohl die therapeutische als auch die Risikoaufklärung seien unvollständig und fehlerhaft gewesen. Letzteres gelte auch für die Durchführung des Eingriffs.
2. Das Landgericht hat Sachverständigenbeweis erhoben und die Klägerin und den Zweitbeklagten angehört (§ 141 ZPO). Die Einzelrichterin hat die Klage sodann mit der Begründung abgewiesen, über die Möglichkeit der Weiterführung einer konservativen Therapie habe angesichts des langdauernd frustranen Verlaufs dieser Behandlung nicht aufgeklärt werden müssen. Auch die Risikoaufklärung sei nicht zu beanstanden; die Klägerin habe daher wirksam in den Eingriff eingewilligt.
3. Dagegen richtet sich die Berufung unter Beibehaltung der erstinstanzlichen Anträge.
Die Klägerin wiederholt, vertieft und ergänzt ihr dortiges Vorbringen, insbesondere zu den Aufklärungsversäumnissen. Die insoweit beweisbelasteten Beklagten hätten den Nachweis umfassender und sachgemäßer Aufklärung nicht geführt. Zudem sei das Landgericht an dem Beweisantrag auf Vernehmung des Ehemannes der Klägerin als Zeugen vorbeigegangen. Er werde bekunden, dass der Zweitbeklagte bei der Erstberatung nicht über das Risiko der Arthrofibrose informiert habe.
4. Das zulässige Rechtsmittel ist - ohne dass es auf die noch ausstehende Berufungserwiderung ankommt - offensichtlich unbegründet.
Das angefochtene Urteil ist außergewöhnlich eingehend, sorgfältig und überzeugend begründet. Daher nimmt der Senat statt Wiederholung auf die angefochtene Entscheidung Bezug.
Was die Berufung dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Insbesondere ist das Landgericht nicht an einem entscheidungserheblichen Beweisangebot der Klägerin vorbeigegangen.
a. Auf Seite 2 der Klageschrift ist mitgeteilt, dass der Zeuge W. die Klägerin zu dem ersten Untersuchungstermin bei dem Zweitbeklagten am 13.11.2008 begleitete (Bl. 2 GA). Bei dieser ambulanten Untersuchung und Beratung ging es noch nicht um die Risiken des später am 4.12.2008 durchgeführten Eingriffs. Die Klägerin wünschte vielmehr einen ersten ärztlichen Rat zum weiteren Procedere.
Dass der Zweitbeklagte zu einem Revisionseingriff riet, ist aus den vom Landgericht aufgezeigten Gründen nicht zu beanstanden.
Die Frage der Risikoaufklärung und ihrer inhaltlichen Gestaltung stellte sich derart weit im Vorfeld eines lediglich denkbaren Eingriffs nicht.
Daher kommt es auch nicht darauf an, was der Ehemann der Klägerin am 13.11.2008 wahrgenommen hat; der Senat unterstellt das Berufungsvorbringen als zutreffend.
b. Die stationäre Aufnahme zur Operation erfolgte am 1.12.2008.
Das Vorbringen auf Seiten 5 und 6 der Klageschrift, endend mit dem Beweisangebot „Wolfgang W.“, kann zwar auf den ersten Blick dahin verstanden werden, dass der Zeuge seine Ehefrau, die Klägerin, auch an diesem Tag begleitete und demzufolge bei den nunmehr geführten Aufklärungsgesprächen ebenfalls anwesend war.
Das ist jedoch durch den eigenen späteren Vortrag der Klägerin widerlegt, wonach sie am 1. 12. 2008 von ihrer Schwester, Frau Carmen D., begleitet wurde (SS vom 12.9.2012, Seiten 2 und 3 - Bl. 57/58 GA). Hat der Zeuge W. demnach zum Inhalt des maßgeblichen Aufklärungsgesprächs am 1.12.2008 keine Wahrnehmungen gemacht, war seine Zeugenbefragung auch insoweit nicht erforderlich.
c. Das Aufklärungsgespräch an diesem Tag wurde zudem nicht von dem Zweitbeklagten, sondern von der Oberärztin Frau Dr. D. geführt. Das entnimmt der Senat den Krankenakten, in denen sich neben dem Anästhesie - Aufklärungsbogen insgesamt zwei von der Klägerin eigenhändig unterzeichnete schriftliche Orthopädie - Aufklärungsbögen befinden. Beide sind neben der Unterschrift der Klägerin von Dr. D. unterschrieben (Bl. 109 ff der Krankenakten).

Was in diesen Aufklärungsbögen inhaltlich verlautbart ist, hält der Senat für aus-reichend.
Die Klägerin sieht das anders und behauptet, das Risiko einer Arthrofibrose sei nicht erwähnt worden.
Bei dieser gefürchteten Komplikation eines Eingriffs am Kniegelenk handelt es sich um Verwachsungen und Verklebungen im Inneren des Gelenks mit unter Umständen erheblicher Einschränkung der Beuge- und Streckfähigkeit.
In der von der Klägerin unterzeichneten „Dokumentierten Patientenaufklärung“ vom 1. 12. 2008 heißt es zu den Eingriffsrisiken unter anderem:
„Verkalkungen in benachbarten Muskeln, die z.T. zu erheblichen Bewegungseinschränkungen führen können und u. U. langdauernde krankengymnastische oder ggf. auch operative Nachbehandlungen erfordern; ...“ (Bl. 83 GA).
In der ebenfalls von der Klägerin unterzeichneten „Checkliste: OP-Einverständniserklärung“ sind als Risiken
„Funktions- und Bewegungseinschränkung“
genannt.
Das umschreibt das Risiko der Arthrofibrose hinreichend, zumal nicht behauptet ist, beim Gespräch mit der Oberärztin habe diese das Risiko verharmlost.
Ohne Erfolg beanstandet die Berufung, bei den voroperativen Gesprächen sei vom Risiko der „Arthrofibrose“ keine Rede gewesen. Der Senat geht zwar davon aus, dass diese Rüge in tatsächlicher Hinsicht zutrifft. Die Beanstandung geht aber daran vorbei, dass dieser medizinische Fachbegriff der Klägerin überhaupt nichts gesagt hätte. Ein Arzt ist gehalten, sich bei der Risikoaufklärung derart auszudrücken, dass der Patient versteht, auf was er sich einlassen soll. Das ist hier in den schriftlichen Aufklärungsbögen geschehen. Dass Frau Dr. D. die Risiken beim Gespräch mit der Klägerin relativiert oder bagatellisiert hat, ist nicht behauptet und auch sonst nicht zu ersehen.
d. Aus alledem erschließt sich, dass es nicht darauf ankommt, welche Wahrnehmungen der Ehemann der Klägerin Wochen vorher zum Inhalt des damaligen Beratungsgesprächs zwischen der Klägerin und dem Zweitbeklagten gemacht hat.
5. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss liegen vor, insbesondere verspricht eine mündliche Verhandlung keinen weiteren Erkenntnisgewinn.
Die Klägerin sollte aus Kostengründen eine Rücknahme des Rechtsmittels erwägen.
Frist zur Stellungnahme: 19.12.2014

20. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 1027/14 – * Arzthaftung: Feststellungsinteresse des Patienten bei Abgabe einer Zukunft abdeckenden Haftungserklärung des Haftpflichtversicherers des Arztes

Leitsatz

1. Teilt der Haftpflichtversicherer der Behandlungsseite dem geschädigten Patient mit, dessen künftige ereignisbedingte materielle Ansprüche blieben ebenso vorbehalten wie künftige ereignisbedingte immaterielle Ansprüche für den Fall einer nicht vorhersehbaren wesentlichen Verschlechterung im Sinne der BGH-Rechtsprechung; diesen Erklärungen komme die Wirkung eines rechtskräftigen Feststellungsurteiles zu, liegt darin trotz fehlender notarieller Beurkundung ein ausreichendes Anerkenntnis, das ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage des Patienten entfallen lässt.
2. Dass ein Verjährungsverzicht des Haftpflichtversicherers die Verjährungsfrist nicht über mehr als 30 Jahre ab der Anspruchsentstehung erstrecken darf, nimmt ihm nicht die Rechtsgültigkeit innerhalb der gesetzlich zulässigen Grenze, so dass sich auch aus § 202 Abs. 2 BGB kein fortbestehendes Feststellungsinteresse des Berechtigten herleiten lässt.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bad Kreuznach vom 25.07.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

Die Entscheidung ergeht gemäß §§ 522 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Ihre sachlichen Grundlagen ergeben sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und dem Senatsbeschluss vom 23.10.2014. Dort hat der Senat seine Absicht, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, wie folgt begründet:
„I. Der Kläger wurde am 9.08.2012 mit Fieber, Bauchschmerzen und Erbrechen im Krankenhaus der Beklagten aufgenommen. Dort stellte man tags darauf nach einer Sonographie die Diagnose einer Gastroenteritis. Als ein CT vom 23.08.2012 auf einen Abszess im kleinen Becken hinwies, fiel die Entscheidung zu einem operativen Eingriff, der am 24.08.2012 anderweit durchgeführt wurde. Dabei zeigte sich, dass es zu einer perforierten Appendizitis mit Tumorbildung gekommen war. Man nahm eine Ileozökalresektion bis zum proximalen Kolon vor; das war mit dem Verlust des Verschlusses zwischen Dick- und Dünndarm verbunden.

Vor diesem Hintergrund trat der Kläger, gestützt auf den Vorwurf von schadensträchtigen Befunderhebungs- und Diagnosefehlern, unter dem 18.06.2013 anwaltlich an den Haftpflichtversicherer der Beklagten heran und forderte ihn zu einer Schmerzensgeldleistung von 20.000 € sowie zu einem weitergehenden Haftungsanerkenntnis auf. Als die Dinge anschließend nicht gediehen, reichte er am 19.08.2013 eine entsprechende Klage gegen die Beklagte ein, deren Zustellung zunächst unterblieb und die sich dann am 11.03.2014 auf das Feststellungsbegehren beschränkte. Der Schmerzensgeldantrag war mit Erklärung vom 5.03.2014 zurückgenommen worden.
Hintergrund dieser Entwicklung war, dass der Haftpflichtversicherer, wie in einem Schreiben vom 15.11.2013 avisiert, das geltend gemachte Schmerzensgeld überwiesen hatte. Danach schrieben ihm die Prozessbevollmächtigten des Klägers unter dem 21.11.2013, dass - entsprechend der anhängigen Klage - „darüber hinaus die Feststellung begehrt wird, dass ihre Versicherungsnehmerin unserem Mandanten für alle materiellen und künftigen immateriellen Schäden haftet, die ihm aus der fehlerhaften medizinischen Behandlung im08.2012 erwachsen“. Man erbitte ein dahingehendes Anerkenntnis „nebst Erklärung des Verzichts auf die Einrede der Verjährung für die nächsten 30 Jahre“ im Namen der Beklagten.
Der Haftpflichtversicherer schrieb in deren Vertretung am Folgetag zurück: „Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 21.11.2013. Hinsichtlich der künftigen Ansprüche erklären wir: Vorbehalten bleiben künftige ereignisbedingte materielle Ansprüche, soweit diese nicht auf Dritte... übergegangen sind. Vorbehalten bleiben des Weiteren künftige ereignisbedingte immaterielle Ansprüche für den Fall einer nicht vorhersehbaren wesentlichen Verschlechterung im Sinne der BGH-Rechtsprechung. Vorgenannte Erklärungen sollen die Wirkung eines heute rechtskräftig werdenden Feststellungsurteiles haben.“
Diese Mitteilung griff das Landgericht in einer Hinweisverfügung vom 8.04.2014 auf und legte dem Kläger die Rücknahme auch seines Feststellungsverlangens nahe. Dazu sah dieser keine Veranlassung. Er erachtete das Schreiben vom 22.11.2013 für unklar und unbefriedigend.
Daraufhin ist ein abweisendes Urteil ergangen. Darin heißt es, für die beantragte Feststellung fehle das Rechtschutzinteresse, da der Haftpflichtversicherer den Wünschen des Klägers entsprochen habe. Allerdings sei dessen Schmerzensgeldanspruch zu spät erfüllt worden, so dass hier Anlass zur Klage bestanden habe; damit seien der Beklagten 16 % der Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.
Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit der Berufung, indem er sein Feststellungsverlangen erneuert. Seiner Ansicht nach liegt bisher ein inhaltlich verlässliches und formal ausreichendes Schuldanerkenntnis nicht vor. Unabhängig davon sei der Kostenausspruch des Landgerichts zu beanstanden; im Hinblick auf den gleichen Wert von zurückgenommenem Schmerzensgeldantrag und Feststellungsantrag hätten die Parteien jeweils hälftig belastet werden müssen.
II. Mit diesen Angriffen vermag der Kläger nicht durchzudringen.
1. Das Landgericht hat das Feststellungsbegehren zu Recht abgewiesen, weil dafür kein Rechtschutzbedürfnis vorhanden ist. § 256 ZPO macht die Zulässigkeit einer Feststellungsklage von einem rechtlichen Interesse abhängig. Reklamiert der Kläger eine Anspruchsbefugnis, erschließt sich dieses Interesse, anders als das bei einer Leistungsklage regelmäßig der Fall ist, noch nicht aus der bloßen Existenz des Anspruchs, sondern setzt darüber hinaus ein Verhalten des Beklagten voraus, das die geltend gemachte Befugnis in Frage stellt. Denn eine Feststellungsklage ist ungeeignet, einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen und damit dem Kläger ein Instrument zur Durchsetzung seines Anspruchs in die Hand zu geben. Sie kann nur dazu dienen, ein streitiges Rechtsverhältnis zu definieren (BGH NJW-RR 2010, 750; Becker-Eberhard in Münchner Kommentar, ZPO, 4. Aufl., § 256 Rdnr. 37; Foerste in Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 256 Rdnr. 9) oder eine - mangels der Leistungsbereitschaft der Gegenseite drohende - Anspruchsverjährung zu hemmen (BGH NJW 1985, 1711; Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 256 Rdnr. 9). Eben das ist aber im vorliegenden Fall entbehrlich, weil die Beklagte, vertreten durch ihren Haftpflichtversicherer, die - über das bereits gezahlte Schmerzensgeld hinausgehenden - Forderungen des Klägers mit Schreiben vom 22.11.2013 anerkannt und gleichzeitig einer weit in die Zukunft reichenden Verlängerung der Verjährungsfrist zugestimmt hat. Damit ist die Rechtsposition des Klägers langfristig festgeschrieben.
Dessen Auffassung, ein Schuldversprechen könne ein Urteil allenfalls dann entbehrlich machen, wenn es notariell beurkundet worden sei, geht fehl. Die materiell-rechtlichen Wirkungen und Möglichkeiten, es nachträglich in Frage zu stellen, sind von der Form unabhängig, solange das Versprechen überhaupt schriftlich erteilt wurde (§§ 780, 781 BGB), was hier indessen geschehen ist.
Das Landgericht hat zutreffend geurteilt, dass die am 22.11.2013 abgegebenen Erklärungen ein befriedigendes Anerkenntnis dessen darstellen, was der Kläger in Bezug auf die von ihm erhobenen Ansprüche verlangt hatte und nunmehr zum Gegenstand seines Feststellungsbegehrens gemacht hat. Das war mit der Bezugnahme auf das Schreiben des Klägers vom 21.11.2013 und der Nennung sowohl künftiger materieller als auch künftiger immaterieller Ansprüche aus dem streitigen Schadensereignis (“ereignisbedingt“), die dem Kläger offenstünden (“vorbehalten bleiben“), der Bekundung, dass diese Zusage der Wirkung eines Feststellungsurteils gleichkomme, und der nachfolgenden Bitte, die damit erledigte Klage zurückzunehmen, hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Dem im Verhältnis zu der Vorgabe des Klägers vorhandenen Modifikationen (“soweit diese nicht auf Dritte... übergegangen sind“ und „für den Fall

einer nicht vorhersehbaren wesentlichen Verschlechterung“) hat das Landgericht zu Recht keine Einschränkung, sondern lediglich eine inhaltliche Klarstellung beigemessen. Mithin kann nicht daran gezweifelt werden, dass das Anerkenntnis dem im Schreiben vom 21.11.2013 erhobenen Verlangen genügte.
Selbst wenn man das anders sähe, wäre die Konkordanz jedenfalls dadurch hergestellt, dass der Haftpflichtversicherer ergänzend unter dem 10.12.2013 schrieb, seine Erklärungen beträfen „ersichtlich die Feststellungen, die ... durch ein (die insoweit anhängige Klage) zusprechendes Urteil eingeräumt worden wären“. Das gelte auch hinsichtlich der Verjährungsfrist. „Weitergehende Feststellungen wären auch durch ein Gerichtsurteil nicht zu erreichen.“
Allerdings durfte der Verjährungsverzicht des Haftpflichtversicherers - anders als ein Feststellungsurteil, das erst von seiner Verkündung an auf 30 Jahre hin verjährungshemmend wirkt (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB) - gemäß § 202 Abs. 2 BGB die Verjährungsfrist nicht über mehr als 30 Jahre ab der Anspruchsentstehung erstrecken. Das - mit der Bezugnahme auf ein Feststellungsurteil - erklärte Übermaß nimmt ihm jedoch nicht die Rechtsgültigkeit innerhalb der gesetzlich zulässigen Grenzen (BGH ZIP 2007, 2206) und ist im Hinblick auf den großen von ihm erfassten Zeitraum auch nicht geeignet, ein Feststellungsinteresse des Klägers zu schaffen.
2. Trotz der Abweisung des Feststellungsantrags musste das Landgericht die Beklagte mit einem Teil der erstinstanzlichen Kosten belasten, weil sie Anlass zur Einreichung des auf Schmerzensgeld gerichteten Klageantrags gegeben hatte, der dann zurückgenommen wurde. Das entsprach im Ansatz der Vorschrift des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO. Denn der - zwischen den Parteien unstreitige - Zahlungsanspruch des Klägers, den dieser unter dem 18.06.2013 angemahnt hatte, wurde langfristig nicht erfüllt, obwohl dem Haftpflichtversicherer der Beklagten alle erforderlichen Informationen zugänglich waren.
Vor diesem Hintergrund rügt der Kläger eine nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO unangemessene Quotierung der erstinstanzlichen Kosten in dem angefochtenen Urteil. Dieser Vorwurf geht jedoch fehl. Im Einzelnen ist folgende Betrachtung angezeigt:
Die Gerichtskosten beliefen ich bei dem Eingangsstreitwert von 40.000 € ohne die Möglichkeit einer Ermäßigung auf 1.428 €. Sie waren - angesichts des Unterliegens des Klägers mit dem Feststellungsbegehren und der Einstandspflicht der Beklagten wegen des Zahlungsverlangens - den Parteien jeweils hälftig zuzuweisen. Von der beim Kläger entstandenen, gleichmäßig aus dem Zahlungsantrag und dem Feststellungsantrag herzuleitenden anwaltlichen Verfahrensgebühr (1,3-Gebühr nebst Mehrwertsteuer) sowie der Telekommunikationspauschale von insgesamt grundsätzlich 1.590,91 € traf der auf den Feststellungsantrag entfallende Teil von 795,46 € den Kläger selbst. Im Übrigen haftete die Beklagte, wobei sie sich freilich wegen der Anrechnungsregel der Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG-VV i.V.m. § 15 a Abs. 2 RVG auf eine Kürzung um 50 % und damit um 329,23 € nebst Mehrwertsteuer berufen konnte, so dass 403,68 € verblieben. Bei der Beklagten erwuchs die Verfahrensgebühr (1,3-Gebühr nebst Telekommunikationspauschale und Mehrwertsteuer) lediglich aus dem Wert des Feststellungsantrags und damit aus 20.000 €. Das waren 1.171,67 €, die dem Kläger zur Last fielen. Das Feststellungsverlangen war auch die Basis für die Berechnung der beiderseits entstandenen anwaltlichen Terminsgebühren (Satz 1,2 nebst Mehrwertsteuer) von in der Summe 2.119,16 €; sie trafen ebenfalls den Kläger. In der Addition bedeutete das eine Kostenbelastung des Klägers mit 4.800,29 € (= 714 € + 795,46 € + 1.171,67 € + 2.119,16 €) und der Beklagten von 1.117,68 € (= 714 € + 403,68 €), was Gesamtkostenquoten von 81,1 % und 18,9 % entspricht.
Diesem rechnerischen Ergebnis kommt die vom Landgericht ausgeurteilte Kostenquote so nahe, dass eine Korrektur im Berufungsverfahren nicht angezeigt ist. § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO verlangt nicht, dass ein genaues mathematisches Verhältnis beachtet wird (Herget in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 92 Rdnr. 2; vgl. auch Bork in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 92 Rdnr. 8).“
Dagegen hat der Kläger nichts erinnert.
Rechtsmittelstreitwert: 20.000 €

21. OLG Köln, Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 118/14 – * Schutz- bzw. Verkehrssicherungspflichtverletzung: Sturz eines Patienten aus dem Bett

Orientierungssatz

Ein Schadenersatz- bzw. Schmerzensgeldanspruch wegen Verletzung einer Schutz- oder Verkehrssicherungspflicht besteht nicht, wenn der Geschädigte nicht schlüssig dargetan hat und auch nicht erkennbar ist, dass die Art und Weise der Zuführung eines Schlauchs zur Sauerstoffzufuhr von links und der Umstand, dass die Nasenbrille nach einem Absetzen wegen der Schlauchlänge nur auf der linken Seite des Bettes abgelegt werden konnte, eine vor dem Vorfall absehbare Gefahr eines Sturzes des Geschädigten aus dem Bett begründeten.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 13.06.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 407/13 - 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.

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 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 gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen.

Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass der Beklagten die Verletzung einer Schutz- oder Verkehrssicherungspflicht nicht zur Last fällt. Die Beklagte hatte die Nasenbrille und den Sauerstoff zuführenden Schlauch so anzubringen, dass dem Kläger bei der Benutzung keine absehbare Gefahr drohte, insbesondere nicht die Gefahr eines Sturzes aus dem Bett.

Von einer Verletzung dieser Pflicht kann nicht ausgegangen werden. Weder hat der Kläger schlüssig dargetan noch ist erkennbar, dass die Art und Weise der Zuführung des Schlauchs von links und der Umstand, dass die Nasenbrille nach einem Absetzen wegen der Länge des Schlauchs nur auf der linken Seite des Bettes abgelegt werden konnte, eine vor dem Vorfall absehbare Gefahr eines Sturzes des Klägers aus dem Bett begründeten. Für die Beurteilung bedarf es keiner besonderen Sachkunde, so dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht erforderlich ist.

Schon im Ausgangspunkt ist nicht ersichtlich, warum die durch die Länge des Schlauchs bedingte Ablage der Nasenbrille auf der linken Seite des Betts aus der Sicht ex ante mit höheren Gefahr verbunden gewesen sein soll als die vom Kläger für sachgerecht gehaltene Ablage der Nasenbrille auf dem Patienten-Nachttisch, der - vom liegenden Patienten aus gesehen - rechts vom Bett stand. Würde die Nasenbrille auf dem Patienten-Nachttisch abgelegt, wäre aus Sicht des Krankenhausträgers vielmehr auch in Betracht zu ziehen, dass sich ein Patient beim Wiederanziehen der Nasenbrille aus dem Bett heraus lehnen und hierbei zu Schaden kommen könnte.

Die behandelte Lungenerkrankung (COPD) und die in der Klageschrift dargelegten Vorerkrankungen (Arterielle Hypertonie mit hypertensiver Herzerkrankung, Diabetes mellitus Typ II, Hirninfarkt 1977, Hüft-TEP bds., chron Schmerzsyndrom LWS) mögen eine Sturzgefahr beim Gehen oder Stehen hervorgerufen haben, zumal der 81 Jahre alte Kläger deshalb auf einen Gehstock angewiesen war, eine Sturzgefahr im oder aus dem Liegen begründeten sie aber nicht.

Aus den Erkrankungen folgt entgegen den Ausführungen in der Berufungsbegründung auch nicht notwendig, dass dem Kläger das Greifen mit der linken und/oder der rechten Hand schwer fiel und er deshalb eine links von ihm liegende Nasenbrille nur schlecht erreichte konnte. Hirninfarkte, wie ihn der Kläger 1977 - also vor mehr als 30 Jahren - erlitten hatte, können je nach Schwere mit bleibenden Lähmungen der Extremitäten einhergehen, müssen dies aber keineswegs. Dies ist dem Senat, der ständig mit Arzthaftungssachen befasst ist, aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt. Dass beim Kläger eine vollständige oder partielle Lähmung der Arme vorliegt, hat er nicht konkret vorgetragen und ist nicht erkennbar. Nach seinem eigenen Vortrag hat er unmittelbar vor dem streitigen Vorfall selbst das Abendessen eingenommen.

Die vorwiegend internistischen und orthopädischen Erkrankungen führten auch nicht dazu, dass der Kläger sich im Bett nicht ausreichend orientieren und dessen Grenzen nicht erkennen und beachten konnte. Soweit er in der Berufungsbegründung geltend macht, dass er nahezu blind sei, ist der von der Beklagten bestrittene Vortrag neu und gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen, unter denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise zu berücksichtigen sind, sind weder dargetan noch erkennbar. In erster Instanz ergab sich aus dem Sturz-Ereignisprotokoll vom 15.8.2013 lediglich eine Seheinschränkung, ohne dass der Kläger geltend gemacht hätte, dass diese seine Orientierung im Bett und die Wahrnehmung der Begrenzungen des Betts behindert oder erschwert hätte.

Hinzu kommt, dass der Kläger die Nasenbrille bis zum Zeitpunkt des Sturzes jedenfalls seit einem Tag genutzt hatte, ohne dass er gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten angegeben hätte, dass die Art und Weise der Zuführung des Schlauchs und die hierdurch bedingte Ablage der Nasenbrille auf der linken Seite des Bettes ihm die Benutzung erschwerten. Auch dies sprach aus Sicht der Beklagten dafür, dass der Kläger die Nasenbrille gefahrlos verwenden konnte. Einschränkungen seiner geistigen Fähigkeiten und seiner situativen Orientierung hat der Kläger nicht behauptet, so dass das Landgericht davon ausgehen durfte, dass insoweit keine Beeinträchtigungen vorlagen. Auch die Berufungsbegründung enthält keinen konkreten Vortrag zu etwaigen Einschränkungen.

Selbst wenn die Beklagte im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Nasenbrille eine Schutz- oder Verkehrssicherungspflicht verletzt hätte, ließe sich nicht feststellen, dass der Sturz des Klägers hierdurch verursacht worden ist. Hierzu wird auf die Ausführungen auf S. 6 des angefochtenen Urteils verwiesen, gegen die sich der Kläger in der Berufungsbegründung nicht wendet.

Schließlich war die Beklagte nicht gehalten, ein Bettgitter zum Schutz des Klägers anzubringen. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass keine generelle, von der Benutzung der Nasenbrille unabhängige Gefahr eines Sturzes aus dem Bett bestand. Umstände, die im Allgemeinen die Anbringung eines Bettgitters erfordern können, wie Verwirrtheit, Desorientierung oder starke Unruhe, lagen nicht vor. 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.

22. OLG Hamm, Urteil vom 21.11.2014 – 26 U 80/13 – * Arzthaftung: Schmerzensgeldbemessung bei Kurzdarmsyndrom aufgrund eines groben Behandlungsfehlers

Orientierungssatz

Kommt es infolge einer grob fehlerhaften Behandlung zu einer Verzögerung der erforderlichen Behandlung einer Ileuserkrankung von 5 bis 6 Tagen, musste der Geschädigte in diesem Zeitraum dauerhaft Schmerzen und Erbrechen hinnehmen, wird ein entstandenes Kurzdarmsyndrom lebenslang fortbestehen, hat der Geschädigte unter Osteoporose als unmittelbarer Folge des Kurzdarmsyndroms zu leiden, ist er dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt und sind die Lebensplanung und Lebensführung danach nachhaltig und dauerhaft beeinträchtigt, so ist ein Schmerzensgeld von 90.000,00 EUR angemessen.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24.04.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg - teilweise - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten zu 1) und 2) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 90.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2011 sowie weitere 952,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2011 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und zukünftigen nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche dieser aus der fehlerhaften Behandlung der Beklagten zu 1) und 2) entstanden sind oder noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialleistungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Bezüglich der erstinstanzlichen Kosten tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin die Klägerin zu 62 % und die Beklagten zu 1) und 2) zu 38 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) tragen die Klägerin zu 23 % und die Beklagten zu 1) und 2) zu 77 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3) trägt die Klägerin.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 32 % und die Beklagten zu 1) und 2) zu 68 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung im Jahr 2008 auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch.

Bei der am ... 1951 geborenen Klägerin, die zuletzt als Krankenschwester in der ambulanten Pflege tätig war, trat am 16.12.2008 plötzliche Übelkeit auf. Nach vorheriger Behandlung durch ihre Hausärztin wurde die Klägerin am 19.12.2008 mit der im Einweisungsschein vermerkten Diagnose "Akutes Abdomen; Subileus; Meteorismus" in die stationäre Behandlung im Haus der Beklagten zu 1) eingewiesen. Die Aufnahme erfolgte im Fachbereich Innere Medizin, dessen Chefarzt der Beklagte zu 2) ist.

Dort wurden zunächst lediglich medikamentöse Behandlungen vorgenommen aufgrund des Verdachts einer Norovirus-Erkrankung. Am 22.12. und 24.12.2008 erfolgten mikrobiologische Stuhluntersuchungen, die ohne Befund blieben. Bei am 20.12.2008, 21.12.2008 und 27.12.2008 im Auftrag der Beklagten zu 1) von einer radiologischen Gemeinschaftspraxis (erstinstanzlich Beklagte zu 3) durchgeführten Röntgenuntersuchungen stellte sie fest, dass zwar Luftspiegelungen im Darm vorzufinden waren, ein typisches Ileusbild stellte sie nicht fest.

Am 28.12.2008 verschlechterte sich der Zustand der Klägerin. Sie wurde auf die chirurgische Station verlegt und noch am gleichen Tag im Wege einer Laparotomie operiert. Im Rahmen der Operation zeigte sich ein ausgeprägter prolongierter Ileus, der schon zu einem teilweisen Absterben eines Darmteils geführt hatte. Ebenso war es zu einer Perforation des Darms gekommen, wodurch Darminhalt in das kleine Becken ausgetreten war.

Die Klägerin hat geltend gemacht, dass sie im Krankenhaus der Beklagten fehlerhaft behandelt worden sei. Die Versorgung habe den anerkannten Maßstäben zur Diagnose und Behandlung eines Darmverschlusses nicht entsprochen. Als Folge der fehlerhaften Behandlung leide sie an einer dauerhaften Schädigung der Geschmacksnerven und einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Dünndarms aufgrund der Teilresektion, welche zu nachhaltigen Mangelerscheinungen führe. Dadurch sei insbesondere eine Osteoporose mit Sinterungsfrakturen aufgetreten. Sie habe insg. 15 kg Körpergewicht und 7 cm an Körpergröße verloren. Zudem leide sie an Appetitlosigkeit und Kraftlosigkeit. Eine reaktive Depression sei hinzugetreten. Ihr Versuch, im08.2009 wieder in das Berufsleben einzusteigen, sei im12.2009 endgültig gescheitert. Seitdem sei sie arbeitsunfähig erkrankt. Darüber hinaus habe sie sich im08.2010 einer Operation wegen eines erneut aufgetretenen Ileus unterziehen müssen. Zudem würden in Zukunft immer wieder Ileuszustände auftreten. Die Klägerin hat ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 125.000,00 EUR für angemessen gehalten.
Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines schriftlichen viszeralchirurgischen Gutachtens und mündlicher Anhörung des Sachverständigen teilweise stattgegeben. Die Behandlungen der Klägerin durch die Beklagten zu 1) und 2) sei ab dem 22.12.2008 grob fehlerhaft gewesen. An den Tagen zuvor seit stationärer Aufnahme sei ein konservativer Therapieversuch noch gerechtfertigt gewesen, da Hinweise auf einen kompletten Darmverschluss fehlten. Ab dem 22.12.2008 seien aber weitergehende diagnostische Maßnahmen im Sinne einer Sonographie, einer oralen Kontrastmitteldarstellung des Magen-Darm-Trakts oder eine Computertomographie indiziert gewesen, um das Vorliegen eines Dünndarmileus abzuklären. Das Unterlassen weiterer diagnostischer Maßnahmen am 22.12.2008 und 23.12.2008 sei als fehlerhaft zu bezeichnen. Da mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass weitergehende bildgebende Untersuchungen am 22.12.2008 ein reaktionspflichtiges Ergebnis gehabt hätten und zur Operation hätten führen müssen, handele es sich um eine grob fehlerhafte Nichtreaktion. Desweiteren sei auch die Unterlassung weiterer diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen ab dem 25.12.2008 nicht mehr nachvollziehbar. Der Anstieg der Entzündungsparameter am 23.12.2008 sowie die Elektrolytentgleisung mit weiter steigenden Entzündungszeichen am 25.12.2008 stellten weitere eindeutige Parameter dar, welche eine Operation spätestens am 25.12.2008 zwingend erfordert hätten. Insbesondere nachdem die Klägerin am 27.12.2008 stuhliges Sekret erbrochen habe, habe wegen des eindeutigen klinischen Zeichens eines mechanischen Ileus zu diesem Zeitpunkt auch ohne weitere Bildgebung die Indikation zur notfallmäßigen Operation bestanden. Diese sei aber nicht veranlasst, sondern lediglich weitere Untersuchungen für den Folgetag anberaumt worden. Erst am 28.12.2008 sei die Klägerin der chirurgischen Abteilung vorgestellt worden, wo sie dann zeitgerecht und lege artis therapiert worden sei. Aufgrund der notwendigen, aber unterlassenen weiteren diagnostischen Maßnahmen handele es sich bei der Behandlung ab dem 25.12.2008 um einen groben Behandlungsfehler.
Bei der Bemessung des angemessenen Schmerzensgeldes sei zu berücksichtigen, dass es zunächst zu einer Perforation des Darms gekommen sei, die durch eine frühzeitige chirurgische Behandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre. Der Nachweis, dass die Perforation auch bereits bei einem operativen Eingriff am 22.12.2008 vorgelegen hätte, sei den Beklagten zu 1) und 2) nicht gelungen. Ihnen sei ebenfalls die Teilresektion des Darms anzulasten. Sie hätten jedenfalls nicht beweisen können, dass es bei einem früheren chirurgischen Eingriff bereits schon zu einer Nekrose gekommen wäre bzw. die Teilresektion allein auf der narbigen Abknickung durch die Voroperation beruhte. Ebenfalls bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen sei die bei der Klägerin bestehende Nervenschädigung, die Osteoporose und das Malassimilationssyndrom. Den Beklagten sei weiter der Beweis nicht gelungen, dass das Kurzdarmsyndrom nicht durch die fehlerhafte Behandlung des Ileus hervorgerufen worden sei. Da die Osteoporose eine unmittelbare Folge der Darmverkürzung darstelle und nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Geschmacksempfindungsstörungen auf dem Kurzdarmsyndrom beruhten, seien diese Folgen ebenfalls den Beklagten zu 1) und 2) zuzurechnen und bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen. Dies gelte ebenfalls für die Depression.
Für die durch die groben Behandlungsfehler entstandenen Folgen sei ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.000,00 EUR angemessen, aber auch ausreichend. Das von der Klägerin begehrte Schmerzensgeld in Höhe von 125.000,00 EUR sei übersetzt. Neben den dargestellten Folgen habe man berücksichtigt, dass die Operation bereits am 22.12.2008 hätte durchgeführt werden müssen, tatsächlich aber erst am 28.12.2008 durchgeführt worden sei. Es sei daher zu einer Verzögerung von 5-6 Tagen gekommen, in denen die Klägerin weiterhin unter Schmerzen und wiederholtem Erbrechen habe leiden müssen. Zudem sei berücksichtigt worden, dass es sich um Folgen handele, unter denen die Klägerin für den Rest ihres Lebens leiden werde.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt. Unzutreffend habe das Landgericht aus den bei ihr verbliebenen Folgen und Beeinträchtigungen lediglich ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.000,00 EUR abgeleitet. Aufgrund der weitreichenden gesundheitlichen Folgen und der Beeinträchtigung ihrer Lebensplanung sei ein Schmerzensgeld von 125.000,00 EUR

angemessen. Es handele sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung, als die Folgen lebenslang verblieben und nicht ausheilten. Dabei sei es nach den erstinstanzlichen Feststellungen zu einer teilweisen Funktionsunfähigkeit des Darms und damit folgend zu einer Osteoporose gekommen. Zudem seien dauerhafte psychische Beeinträchtigungen festzustellen und die Sinneswahrnehmung, nämlich der Geschmacksnerv beeinträchtigt. Es sei erneut zu Subileuszuständen gekommen und weiteren stationären Beeinträchtigungen vom 11.08. bis 20.08.2010 sowie vom 08.09. bis 24.09.2010. Auch zukünftig sei immer wieder mit Subileussituationen zu rechnen. Die Osteoporose, die bereits zu Sinterungsfrakturen an zwei Wirbeln geführt habe, werde fortschreiten. Diese sei medikamentös und medizinisch nicht nachhaltig zu beeinflussen. Sie habe bereits 7 cm Körpergröße verloren. Zudem werde sie dauerhaft auf die Einnahme von Nahrungsergänzungsmitteln angewiesen sein, um die Folgen des Kurzdarmsyndroms zu beeinflussen. Dieses sei so ausgeprägt, dass die Versorgung mit Kalorien, fetten und fettlöslichen Vitaminen sowie von Spurenelementen lebenslang durch einen im03.2014 implantierten Portkatheter sichergestellt werden müsse. Dabei sei sie im Geschmackserlebnis gestört und könne die Nahrung nicht vollständig verwerten.
Auch das Ausmaß der Wahrnehmung sei außerordentlich stark betroffen. Zum einen sei maßgeblich, dass die Klägerin 5 bis 6 Tage trotz wiederholten Schmerzen und Erbrechen durch eine lebensbedrohliche Erkrankung keiner Behandlung zugeführt worden sei. Darüber hinaus habe die Erkrankung erhebliche Auswirkungen auf das Berufsleben. Sie sei bis zum 15.04.2009 arbeitsunfähig erkrankt gewesen und habe sich dann einer Rehamaßnahme unterziehen müssen. Vom 01.08.2009 bis zum 13.01.2010 habe sie einen Arbeitsversuch unternommen, der jedoch gescheitert sei. Daran anschließend sei sie dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Sie beziehe seit dem 13.08.2010 Rente wegen voller Erwerbsminderung, weil sie ihre Tätigkeit als Krankenschwester nicht mehr verrichten könne. Sie sei quasi mit dem groben Behandlungsfehler aus dem Erwerbsleben ausgeschieden, insoweit sei von besonderen Auswirkungen der Schädigung auf das Berufsleben auszugehen. Lebensplanung und Lebensführung seien insofern nachhaltig beeinträchtigt.
Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Landgerichts Arnsberg vom 24.04.2013 dahingehend abzuändern,
dass die Beklagten zu 1) und 2) verurteilt werden, an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht unter 125.000,00 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2011.
Soweit die Beklagten zunächst ihrerseits Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt haben, haben sie diese mit Schriftsatz vom 24.06.2013 zurückgenommen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil, soweit der Klägerin kein über 50.000,00 EUR liegender Schmerzensgeldbetrag zugesprochen wurde. Das tatrichterliche Ermessen sei insoweit unter Würdigung aller maßgeblichen Tatsachen ordnungsgemäß ausgeübt worden. Eine Anhebung des Schmerzensgeldes hätte Strafcharakter und wäre ermessenfehlerhaft. Auch unter Berücksichtigung der im klägerischen Berufungsvorbringen angeführten Aspekte komme der Zuspruch eines weitergehenden Schmerzensgeldes nicht in Betracht. Sämtliche Aspekte seien nach dem Grundsatz der Schadenseinheit bereits zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung des Landgerichts in die Entscheidung mit eingeflossen. Soweit das Kurzdarmsyndrom die tägliche Lebensführung der Klägerin beeinträchtige, beruhe dies nach den Ausführungen des Sachverständigen jedoch nur zu einem geringen Teil, welcher nicht genau definiert werden könne, auf der stattgehabten Darmresektion. Es liege insoweit eine abgrenzbare Teilkausalität vor, die Grundsätze der Mitursächlichkeit griffen insoweit nicht ein. Die Depression, deren Ursache nicht festgestellt werden könne, sei ebenfalls nicht zu berücksichtigen.
Der Senat hat die Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen viszeralchirurgischen Gutachtens des Sachverständigen Chefarzt Prof. Dr. I. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll des Senatstermins vom 21.11.2014 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 der Klägerin ist zulässig, aber nur teilweise begründet. Die Klägerin kann von den Beklagten zu 1) und 2) die Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von insgesamt 90.000,00 EUR verlangen.
1. Der Klägerin steht gegen die Beklagten zu 1) und 2) dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden nach den §§ 611, 280, 249, 253 Abs. 2 BGB bzw. 823, 831, 249, 253 Abs. 2 BGB zu.
Nach den im Berufungsverfahren bindenden Feststellungen des Landgerichts ist die Behandlung der Klägerin durch die Beklagten zu 1) und 2) ab dem 22.12.2008 sowie ab dem 25.12.2008 aufgrund der Unterlassung notwendiger diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen.

Die Beklagten haben ihre Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil mit Schriftsatz vom 24.06.2013 zurückgenommen.
2. Das Landgericht hat die Kausalität der Versäumnisse der Beklagten für sämtliche von der Klägerin angeführten und vom Sachverständigen bestätigten Gesundheitsverletzungen festgestellt. Hieran hält der Senat nach erneuter Befragung des Sachverständigen und Würdigung seiner ergänzenden Angaben im Wesentlichen fest.
Dabei ist nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. I sowie unter Berücksichtigung der Beweislastverteilung bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers zunächst davon auszugehen, dass eine frühzeitigere chirurgische Behandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit die erst im Verlauf des stationären Aufenthalts entstandene Perforation des Darms im kleinen Becken verhindert hätte. Den Beklagten zu 1) und 2) ist mangels Erbringung des Gegenbeweises ebenfalls die Teilresektion des Darms als Folge zuzurechnen.
Die (groben) Behandlungsfehler führen auch zu einer Zurechnung des bei der Klägerin bestehenden Kurzdarmsyndroms und der aufgrund des Kurzdarmsyndroms entstandenen Osteoporose. Insoweit bestehen zur Überzeugung des Senats keine vernünftigen Zweifel, dass diese bei der Klägerin eingetretenen und vom Sachverständigen festgestellten gesundheitlichen Folgen gerade auf der verspäteten Behandlung der Ileuserkrankung beruhen.
Bei der Klägerin wurde ein Kurzdarmsyndrom diagnostiziert. Sie leidet seit der Operation an einem Malassimilationssyndrom, was dazu führt, dass sie Fette und fettlösliche Substanzen nicht richtig aufnehmen kann. Nach den Ausführungen des Sachverständigen führt die Entfernung eines relativ geringen Dünndarmteils von ca. 20 bis 30 cm normalerweise nicht zu einer derartigen Folge. Die Entfernung eines solch geringen Anteils an Dünndarmgewebe hat danach im Allgemeinen keine funktionellen Konsequenzen, da ein gesunder Körper eine Verkürzung um 2 Meter bis auf eine Restlänge von 1 Meter kompensieren kann (vgl. Gutachten S. 26, Bl. 121 d.A.). Allerdings hat der Sachverständige nicht ausschließen können, dass die Darmverkürzung in geringem Umfange mitursächlich für das Entstehen des Kurzdarmsyndroms gewesen ist. Darüber hinaus können durch die verzögerte Behandlung des Ileus Veränderungen in der Darmwand eingetreten sein, die zu der Fehlfunktion geführt haben und sich nicht zurückgebildet haben.
Die Annahme der Ursächlichkeit der Darmverkürzung für das Entstehen des Kurzdarmsyndroms durch das Landgericht ist danach nicht zu beanstanden. Ist zwar die alleinige Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers äußerst unwahrscheinlich, kann er aber zusammen mit anderen Ursachen den Gesundheitsschaden herbeigeführt haben, kann die Beweiserleichterung hinsichtlich dieser Mitursächlichkeit gerechtfertigt sein (vgl. Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. Rdn. 637). Nach allgemeinem Schadensrecht steht sodann eine Mitursächlichkeit, und sei es auch nur im Sinne eines Auslösers neben erheblichen anderen Umständen, der Alleinursächlichkeit grundsätzlich haftungsrechtlich in vollem Umfang gleich (BGH Urt. v. 20.05.2014 - VI ZR 187/13, VersR 2014, 1130). Der Sachverständige hat die von ihm dargelegte Verursachungskette in ihrer Wahrscheinlichkeit zwar normalerweise auf 10 % oder weniger eingeschätzt. Berücksichtigt man aber, dass bei der Klägerin vorher derartige Beschwerden nicht bestanden haben, liegt die Wahrscheinlichkeit auch nach den Feststellungen des Sachverständigen darüber. Somit ist im Streitfall zur Überzeugung des Senats insbesondere aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs zumindest von einer Mitursächlichkeit auszugehen, zumal behandlungsfehlerunabhängige anderweitige Ursachen nicht ersichtlich sind.
Erfolglos berufen sich die Beklagten zu 1) und 2) demgegenüber hinsichtlich einer Haftung für das Kurzdarmsyndrom auf das Vorliegen einer abgrenzbaren Teilkausalität. Eine Mitursächlichkeit steht der Alleinursächlichkeit haftungsrechtlich ausnahmsweise dann nicht in vollem Umfang gleich, wenn feststeht, dass der Behandlungsfehler nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt hat, also eine sogenannte abgrenzbare Teilkausalität vorliegt. Erforderlich ist, dass sich der Schadensbeitrag des Behandlungsfehlers einwandfrei von dem anderen Schadensbeitrag - etwa einer Vorschädigung des Patienten - abgrenzen und damit der Haftungsanteil des Arztes bestimmen lässt. Andernfalls verbleibt es bei der Einstandspflicht für den gesamten Schaden, auch wenn dieser durch andere, schicksalhafte Umstände wesentlich mitverursacht worden ist (BGH Urt. v. 20.05.2014 - VI ZR 187/13, VersR 2014, 1130; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., B Rdn. 217).
Im Streitfall haben die Beklagten den Nachweis nicht erbracht, dass der größte Teil des Kurzdarmsyndroms nicht auf die Darmverkürzung zurückzuführen ist. Es fehlt insoweit an der erforderlichen einwandfreien Abgrenzung und Bestimmung des genauen Haftungsanteils. Der Sachverständige vermochte den Anteil der Mitursächlichkeit der Darmverkürzung für das Entstehen des Kurzdarmsyndroms jedoch nicht zu definieren und konnte insoweit nur grobe Schätzungen angeben. Überdies können auch durch die verzögerte Behandlung des Ileus bedingte Veränderungen in der Darmwand (mit-)ursächlich für die Fehlfunktion sein. Ist aber eine Quantifizierbarkeit des Haftungsanteils nicht möglich, so geht dies zu Lasten der Beklagten.
Das Kurzdarmsyndrom hat nach den Ausführungen des Sachverständigen zu einer dauerhaften Beeinträchtigung der täglichen Lebensführung, zu einer eingeschränkten Nahrungsverwertung und somit zur

Erfordernis einer künstlichen Zufuhr von Nahrungsbestandteilen geführt. Durch die Verzögerung der Operation hat sich auch das bei der Klägerin generell gegebene Risiko von Verwachsungen und Subileuszuständen, die bereits zu weiteren stationären Behandlungen 2010 und 2011 geführt haben, geringfügig erhöht.
Daneben hat die Klägerin in Folge des Kurzdarmsyndroms eine Osteoporose und in deren Folge zwei Sinterungsfrakturen erlitten, die sie erheblich in der Bewegungs- und Leistungsfähigkeit einschränken.
Das Landgericht hat schließlich auch zutreffend die Depressionen der Klägerin der fehlerhaften Behandlung durch die Beklagten zugerechnet. Der Sachverständige hat insoweit eine depressive Erkrankung der Klägerin bestätigt, konnte die genaue Ursache der Erkrankung aber nicht feststellen. Er vermochte aber aus eigener Erfahrung zu sagen, dass die stark belastende Erkrankung in der Praxis regelmäßig zu Depressionen geführt hat. Der Senat hat letztlich keine Zweifel, dass die diagnostizierten und behandelten Depressionen eine Folge der auf die fehlerhafte Behandlung seitens der Beklagten zurückzuführenden schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung der Klägerin darstellen. Für anderweitige Ursachen bestehen auch keine Anhaltspunkte.
Demgegenüber sieht der Senat allein den Kausalitätsnachweis hinsichtlich der Geschmacksempfindungsstörungen, die nach Behauptung der Klägerin durch die infolge der Behandlungsfehler eingetretene Gesundheitsverletzung entstanden sein sollen, nicht als geführt an. Insoweit greift zu Gunsten der Klägerin keine Beweislastumkehr, da es sich um einen Folgeschaden handelt. Die Geschmacksempfindungsstörung der Klägerin ist nach den Ausführungen des Sachverständigen durch die Ileuskrankheit als solche nicht zu erklären. Es ist allenfalls möglich, wenn auch ungewöhnlich, dass die Geschmacksempfindungsstörung durch das Kurzdarmsyndrom verursacht worden ist. Überdies lassen sich solche Störungen nach Angabe des Sachverständigen durch eine entsprechende Zufuhr von Vitaminen und Spurenelementen kompensieren. Nachdem der Sachverständige die Häufigkeit einer Geschmacksempfindungsstörung als Folge eines Kurzdarmsyndroms auf unter 10 % eingeschätzt hat, ist der der Klägerin obliegende Beweis nicht geführt.
Im Ergebnis sind bis auf die Geschmacksempfindungsstörungen sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Gesundheitsbeeinträchtigungen dem groben Behandlungsfehler zuzurechnen und entsprechend bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen.
3. Der Senat hält ein Schmerzensgeld von insgesamt 90.000,00 EUR für die erlittenen gesundheitlichen Folgen für angemessen.
Das Schmerzensgeld weist eine Doppelfunktion auf. Es soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für die Schäden bieten, die nichtvermögensrechtlicher Art sind. Zugleich soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung dafür schuldet, was er ihm angetan hat (Palandt/Heinrichs BGB, 73. Aufl., § 253 Rdn. 11). Bei der Bemessung der nach § 253 Abs. 2 BGB zu gewährenden billigen Entschädigung sind die Schwere der Verletzungen, das dadurch bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Wahrnehmung der Beeinträchtigung durch den Verletzten und der Grad des Verschuldens des Schädigers in Betracht zu ziehen, wobei der Grad des Verschuldens in Arzthaftungssachen regelmäßig nicht entscheidend ins Gewicht fällt (vgl. OLG Oldenburg, VersR 2010, 1221; OLG Bremen, VersR 2003, 779; OLG Köln, VersR 2003, 602).
Als unmittelbare Folge der grob fehlerhaften Behandlung ist zunächst zu berücksichtigen, dass es zu einer Verzögerung der erforderlichen Behandlung der Ileuserkrankung von 5 bis 6 Tagen gekommen ist. In diesem Zeitraum musste die Klägerin dauerhaft Schmerzen und Erbrechen hinnehmen.
Wesentliches Kriterium für die Bemessung des der Klägerin zuzusprechenden Schmerzensgeldes ist weiter der Umstand, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung lebenslang fortbestehen wird und die Lebensführung der Klägerin nachhaltig beeinträchtigt ist. Die Klägerin musste sich mittlerweile nach massivem Gewichtsverlust ein Portkathetersystem implantieren lassen, über das jeden zweiten Tag Fette und fettlösliche Vitamine zugeführt werden. Allein diese Infusionen nehmen etwa drei Stunden in Anspruch und beeinträchtigen das Alltagsleben damit nachhaltig. Trotzdem muss die Klägerin bei der Nahrungszufuhr aufpassen und darf bestimmte Dinge nicht essen. Wenn sie das Haus verlässt, muss sie immer beachten, dass sie plötzlich nach falschem Essen Durchfall bekommen kann. Der Sachverständige hat bestätigt, dass dies die Auswirkungen des Malassimilationssyndroms sind. Die Klägerin hat weiter unter Osteoporose als unmittelbarer Folge des Kurzdarmsyndroms zu leiden. Diese hat in der Vergangenheit bereits zu zwei Sinterungsfrakturen geführt. Der Sachverständige hat insoweit ausgeführt, dass die Auswirkungen der Osteoporose mittlerweile durch die Parenteralernährung kompensiert werden sollten. Er konnte ein Fortschreiten der Osteoporose aber nicht ausschließen und hat das Risiko eines Fehlschlagens auf unter 10 % eingeschätzt. Demgegenüber haben sich die Folgen der nach Entstehung des Kurzdarmsyndroms aufgetretenen Depressionen nach eigenen Angaben der Klägerin abgemildert. Diese ist mittlerweile medikamentös gut eingestellt und nicht mehr in psychotherapeutischer Behandlung.
Zu berücksichtigen sind weiter die erheblichen Auswirkungen der Erkrankungsfolgen auf das Berufsleben der Klägerin. Die Klägerin ist nach einem gescheiterten Arbeitsversuch mittlerweile dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt. Seit dem 01.09.2012 kann sie ihre Tätigkeit als Krankenschwester dauerhaft nicht mehr ausüben und bezieht Rente wegen voller Erwerbsminderung (vgl. Rentenbescheid vom 30.10.2012, Bl.

255). Lebensplanung und Lebensführung der Klägerin sind danach nachhaltig und dauerhaft beeinträchtigt.
4. Hinsichtlich des Feststellungsantrags und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verbleibt es bei den insoweit verbindlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils. Soweit der Senat in dem im Anschluss an den Senatstermin verkündeten Tenor höhere Rechtsanwaltskosten zugesprochen hat, war dieser nach § 319 ZPO zu berichtigen. Entsprechend dem Berufungsantrag der Klägerin sollte nur der angegriffene Schmerzensgeldbetrag abgeändert werden.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Soweit die Beklagten zu 1) und 2) ihre Berufung zurückgenommen haben, waren ihnen die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.
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.

23. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 166/12 – * Zahnarzthaftung: Befundsicherungs- und Dokumentationspflicht bei einem Bissmodell

Orientierungssatz

Geht ein von einem Zahnarzt gefertigtes Bissmodell verloren, so ist eine Verletzung einer Befundsicherungs- oder Dokumentationspflicht nicht gegeben. Ein Zahnarzt ist nicht verpflichtet, Modelle aufzubewahren, um eine ordnungsgemäße Nachbehandlung durch ihn oder einen Dritten zu gewährleisten.
Diese Entscheidung wird zitiert
Literaturnachweise
Sonja Hebben-DietzPR-MedizinR 1/2015 Anm 5 (Anmerkung)
Praxisreporte
Sonja Hebben-DietzPR-MedizinR 1/2015 Anm 5 (Anmerkung)

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 7.11.2012 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 118/12 - 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 die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die am 00.00.1945 geborene Klägerin befand sich seit dem Jahr 2003 in der zahnärztlichen Behandlung des Ehemanns der Beklagten, der in der Zwischenzeit verstorben und von der Beklagten beerbt worden ist. Der Ehemann der Beklagten versorgte im12.2003 nach der Fertigung von Bissmodellen die Zähne 14 bis 17, 24 bis 27, 46 und 47 der Klägerin mit Inlays und (Teil-)Kronen, die er alsdann wegen einer Farbweichung zu den natürlichen Zähnen nochmals erneuerte und am 29.1.2004 (rechte Seite) und 22.2.2004 (linke Seite) eingliederte. Danach gab die Klägerin ihm gegenüber an, dass sie auf der linken Seite nicht mehr schmerzfrei aufbeißen könne. Die Rechnung vom 19.2.2004 und die korrigierte Rechnung vom 5.3.2004 glich die Klägerin nicht aus.
Ab dem 17.3.2004 begab sich die Klägerin in die Behandlung des Zahnarztes Dr. I. Anfang04.2004 diagnostizierte der österreichische Zahnarzt Dr. E eine ausgeprägte craniomandibuläre Dysfunktion. Er fertigte eine der Schmerzlinderung dienende Funktionsschiene nach Prof. H2 an. Am 28.4.2004 untersuchte der Zahnarzt Dr. H die Klägerin, der daraufhin ein Gutachten erstellte. Dr. I entfernte im Sommer 2004 die vom Ehemann der Beklagten eingegliederte Versorgung und setzte Langzeitprovisorien ein. An die Behandlung bei Dr. I schlossen sich Behandlungen der Klägerin beim Zahnarzt Dr. N ab04.2005, beim Zahnarzt Dr. T ab08.2005 und im Universitätsklinikum B ab04.2009 an.
Die vom Nachbehandler Dr. T erbetenen Bissmodelle konnte der Ehemann der Beklagten nicht herausgeben, weil sie verloren gegangen waren. Wegen des zwischen dem 19.3.2004 und dem 20.1.2012 zwischen den Bevollmächtigten der Klägerin und der Haftpflichtversicherung des Ehemanns der Beklagten geführten Schriftwechsels wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. Am 23.5.2008 hat die Haftpflichtversicherung einen Schmerzensgeldvorschuss von 3.000 EUR gezahlt.
Die Klägerin hat die Beklagte auf ein Schmerzensgeld von mindestens (weiteren) 15.000 EUR, auf ihr von ihrer privaten Krankenversicherung nicht erstattete Eigenanteile der Nachbehandlung von 6.026,41 EUR, auf wegen der Nachbehandlungstermine angefallene Fahrtkosten von 2.673 EUR und auf Erstat-

tung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.085,04 EUR in Anspruch genommen. Der Ehemann der Beklagten habe ihren Biss fehlerhaft in der Weise verändert, dass ihr Kauvermögen stark eingeschränkt gewesen sei und sie unter starken Schmerzen, insbesondere auch unter Rückenschmerzen, gelitten habe. Die Bissrekonstruktion sei wegen des Verlusts der Bissmodelle sehr aufwendig gewesen. Die mit Schmerzen und einer Beeinträchtigung beim Kauen verbundene Nachbehandlung sei zwischen Frühjahr 2004 und Ende 2011 durch die Zahnärzte Dr. I, Dr. N und Dr. T sowie letztlich durch das Universitätsklinikum B durchgeführt worden.
Die Klägerin hat beantragt,
1. an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird,
2. an sie 8.699,41 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen
3. an sie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.085,04 EUR zu zahlen.
Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie hat eine fehlerhafte Bissveränderung bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.
Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter. Entgegen der Auffassung des Landgerichts seien die Verhandlungen nach05.2008 nicht eingeschlafen. Da von ihr, der Klägerin, mitgeteilt worden sei, dass zunächst eine aufwändige und langwierige Bissrekonstruktion erforderlich sei, habe eine Hemmung erst nach Abschluss der zahnärztlichen Behandlung enden können. Denn erst dann sei der nächste Schritt gegenüber der Haftpflichtversicherung erforderlich gewesen.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat ein Gutachten des Zahnarztes Dr. L eingeholt (Bl. 337 ff. d.A.) und den Sachverständigen angehört (Bl. 374 ff. d.A.).
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Die Klägerin kann von der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB weder die Zahlung eines Schmerzensgeldes noch materiellen Schadensersatz verlangen.
Zwar ist der streitgegenständliche Anspruch entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verjährt. Hierzu wird auf die aus dem Sitzungsprotokoll vom 22.5.2013 ersichtlichen Hinweise des Senats und den Beschluss vom 18.6.2013 verwiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lässt sich aber ein Behandlungsfehler des Ehemanns der Beklagten nicht feststellen.
Ob der Ehemann der Beklagten den Biss fehlerhaft verändert und die Okklusion fehlerhaft ausgeführt hat, konnte der Sachverständige Dr. L mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen nicht unmittelbar beurteilen. Der im02.2004 bestehende klinische Zustand ist bereits durch den ersten Nachbehandler Dr I verändert worden. Er konnte von Dr. L nicht mehr in Augenschein genommen und untersucht werden. Es liegen zudem weder Modelle vor, die den Zustand bei Beendigung oder Abbruch der Behandlung im02.2004 wieder geben, noch Fotos oder detaillierte Aufzeichnungen über die Kontaktbeziehungen der Zähne.
Aus den von dem Zahnarzt Dr. H erhobenen Befunden kann nicht auf eine fehlerhafte Veränderung des Bisses und Ausführung der Okklusion geschlossen werden. Bei der Untersuchung im Rahmen der Begutachtung am 28.4.2004 zeigte sich zwar nur ein Kontakt im Prämolarenbereich 14/44, während alle Oberkiefermolaren eine Distanz zur Gegenbezahnung von 1,5 mm hatten. Es ist aber unwahrscheinlich, dass dieser Befund dem Zustand entsprach, der bei Beendigung der Behandlung durch den Ehemann der Beklagten bestand. Denn eine Distanz von 1,5 mm wäre - wie Dr. L nachvollziehbar erörtert hat - so groß, dass sie auch bei äußerst unsorgfältiger Arbeit kaum entstehen könnte. Sie lässt sich dagegen ohne weiteres durch die von Dr. E vorgenommene Eingliederung der Schiene nach Prof. H2 erklären, die der Entlastung der Gelenkstrukturen und einer Schmerzlinderung diente. Nach den Ausführungen von Dr. L bewirkt sie eine Verlagerung des Unterkiefers nach ventral und kaudal.
Eine fehlerhafte Veränderung des Bisses lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass bei der Klägerin ab02.2004 Schmerzen im Bereich der Kiefergelenke und der Kaumuskulatur aufgetreten sind. Eine dieser Symptomatik zugrunde liegende craniomandibuläre Dysfunktion kann nach den Erläuterungen von Dr. L unterschiedliche Ursachen haben, außer einer veränderten Okklusion etwa orthopädische Erkrankungen wie Blockaden der Wirbelsäule oder ein schiefes Becken, die die Position des Kiefergelenkköpfchens im Kiefergelenk verändern, oder psychische Faktoren, die die Muskelaktivität beeinflussen. Die richtige Position des Unterkiefers im Gelenk sei - so der Sachverständige - nicht anatomisch definiert. Die physiologische Kondylenposition sei jene, wo Wohlempfinden und keine Schmerzen bestünden. Sie sei in vielen Behandlungsfällen nur schwer zu finden. Wie aus den Behandlungsunterlagen, insbesondere des Orthopäden Prof. Dr. H2, und dem orthopädischen Gutachten vom 28.11.2008 hervorgeht, wurde die Klägerin in den Jahren 2003 und 2004 insgesamt sechsmal an der Halswirbel- und der Lendenwirbelsäule operiert.

Eine Schmerzsymptomatik bestand danach seit dem Jahr 1999. Ferner ist eine psychiatrische Behandlung der Klägerin wegen einer depressiven Symptomatik dokumentiert. Vor diesem Hintergrund ist der Sachverständige Dr. L zu der Beurteilung gelangt, es lasse sich nicht mit Sicherheit sagen, dass eine falsche Okklusion bei der Entstehung der Beschwerdesymptomatik mitgewirkt habe. Insbesondere verbleibt die Möglichkeit, dass eine sehr kleine, mit jedem Bearbeiten der Zähne notwendig verbundene Veränderung der räumlichen Zuordnung der Zähne zueinander die Beschwerden ausgelöst hat. Eine entsprechende Veränderung wäre von einem nicht vorbelasteten Patienten toleriert worden.
Obwohl die vom Ehemann der Beklagten gefertigten Modelle verloren gegangen sind, kommen der Klägerin keine Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Befundsicherungs- oder Dokumentationspflicht zu Gute. Der Ehemann der Beklagten musste die Modelle nicht aufbewahren, um eine ordnungsgemäße Nachbehandlung durch ihn oder einen Dritten zu gewährleisten. Der Sachverständige Dr. L hat dargelegt, dass die räumliche Zuordnung zwischen Ober- und Unterkiefer nach einer Präparation unabdingbar neu erfolgen müsse. Die dreidimensionale Zuordnung der Kieferhälften sei nicht einfacher oder schwieriger, ob Ausgangsmodelle bei der weiteren Behandlung vorlägen oder nicht. Dem unmittelbaren Nachbehandler Dr. I hätten die Ausgangsmodelle daher nicht ernsthaft nutzen können. Gegenüber dieser schlüssigen Beurteilung hat die Klägerin keine Einwendungen erhoben.
Schließlich lässt sich nicht annehmen, dass der Ehemann der Beklagten die prothetische Versorgung wegen des Rückenleidens der Klägerin hätte zurückstellen oder deshalb vorsichtiger hätte vorgehen müssen, etwa Quadrant für Quadrant. Es ist schon nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass der Ehemann der Beklagten von dem Rückenleiden überhaupt Kenntnis hatte.
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: 23.699,41 EUR

24. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 145/13 – * Arzthaftung: Nichterkennen einer Herpes-Zoster-Infektion

Orientierungssatz

1. Entspricht eine etwas vorgehobene Stelle an der rechten Stirn nach ihrem Erscheinungsbild am ehesten einem papulären Exanthem (helle Umrundung, leichte Schwellung, kein nässendes Bläschen), so muss ein Behandler eine Herpes-Zoster-Infektion nicht differentialdiagnostisch in Betracht ziehen, auch nicht bei Feststellung einer Ohrspeicheldrüsenentzündung.
2. Der Umstand, dass bei einem Patienten ein typisches Herpes-Bläschen festgestellt wird, lässt keinen sicheren Schluss darauf zu, dass diese Symptomatik einige Stunden zuvor auch schon erkennbar vorhanden gewesen ist.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 16.10.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 255/07) wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagten wegen des Vorwurfs ärztlicher Befunderhebungs- und sonstiger Behandlungsfehler auf Ersatz von materiellen und immateriellen Schäden in Anspruch.
Der Kläger leidet unter einem chronischen Schmerzsyndrom und Fibromyalgie. Am 14.08.2006 hatte der Kläger sich wegen einer Schwellung und Schmerzen am rechten Ohr bei seiner Hausärztin vorgestellt und war an den HNO-Arzt Dr. K verwiesen worden. Dieser verordnete ihm Medikamente im Hinblick auf eine Parotitis (Entzündung der Ohrspeicheldrüse). Am Vormittag des 16.08.2006 stellte er sich aufgrund einer Überweisung seiner Hausärztin in der Notfallambulanz der Klinik für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde der Beklagten zu 1. mit Schmerzen und Schwellungen in der rechten Gesichtshälfte vor. Dort untersuchte ihn die Ärztin Dr. H. Aufgrund des bekannten Schmerzsyndroms des Klägers erfolgte eine Rücküberweisung durch die Behandler im Hause der Beklagte zu 1. an die Hausärztin. Zur weiteren Behandlung begab sich der Kläger in die neurologische Notfallambulanz der Beklagten zu 2.. Es wurde ein unauffälliger neurologischer Untersuchungsbefund erstellt bei Feststellung einer begleitenden Konjunktivitis des rechten Auges. Notfallmäßig erhielt der Kläger hier eine Schmerzinfusion. Nachdem der Kläger eine Rückverlegung in die HNO-Klinik der Beklagten zu 1. ablehnte, verlegten die Behandler im Hause der Beklagten zu 2. ihn um 19.31 Uhr zur weiteren Behandlung in die Klinik der Beklagten zu 3. (HNO-Abteilung). In der Klinik der Beklagten zu 3. stellten die behandelnden Ärzte die Diagnose "Herpes-Zoster-Infektion" und

nahmen ihn zur stationären Behandlung auf. Sodann erfolgte eine orale Therapie mit Aciclovir. Im Hause der Beklagten zu 3) wurde eine konsiliarische augenärztliche Untersuchung des Klägers am 17.08.2006 durch Herrn Dr. T veranlasst. Dieser diagnostizierte eine Herpes-Keratitis und verordnete dem Kläger Triflumann Augentropfen. Die stationäre Behandlung des Klägers dauerte bis zum 28.08.2006.
Der Kläger hat behauptet, er sei fehlerhaft behandelt worden. Bereits am Morgen des 16.08.2006 seien Bläschen auf seiner Stirn zu sehen gewesen. Er leide infolge der Herpes-Zoster-Infektion unter einem schwerwiegenden Augenschaden in Form einer Kerato-Uveitis mit Sekundärglaukom durch herpetische Trabekulitis. Infolge der Herpes-Infektion bestünden Vernarbungen auf der Hornhaut des rechten Auges. Darüber hinaus habe er eine schwerwiegende postzosterische Neuralgie entwickelt. Dies beruhe darauf, dass er zu spät antivirale Medikation erhalten habe. In den Häusern der Beklagten zu 1. und 2. sei eine Herpes-Zoster-Infektion fehlerhaft nicht erkannt worden. Bei der Beklagten zu 3. sei die augenärztliche Behandlung zu spät veranlasst worden. Es handele sich durchweg um grobe Behandlungsfehler.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 11.888,93 Euro zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;
3. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihm sämtliche zukünftige materielle und immaterielle Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 16. Augst 2006 bis 28.08.2006 entstanden sind und/oder noch entstehen werden; immaterielle Schäden dabei 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;
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn vorgerichtlich aufgewendete Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 4.051,95 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie sind dem Klägervortrag entgegengetreten und haben die Behandlungsfehlervorwürfe bestritten.
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung von schriftlichen Gutachtens der Sachverständigen Prof. Dr. M [Chefarzt der Klinik für HNO-Heilkunde des L Krankenhauses F; Gutachten vom 10.11.2008 (Bl. 121 - 152 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 7.08.2009 (Bl. 219 - 224 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 19.01.2011 (S. 1, 4 - 8 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 19.01.2011, Bl. 293 ff., 293, 294R - 296R d. A.)], Prof. Dr. T2 [Direktor der Klinik für Erkrankungen des vorderen Augenabschnittes des Universitätsklinikums F; Gutachten vom 11.03.2009 (Bl. 164 - 168 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 30.01.2013 (Bl. 411 - 415 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.09.2013 (S. 1, 3 - 5 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.09.2013, Bl. 468 ff., 468, 470 - 472 d. A.)] und Prof. Dr. T3 [Chefarzt der Klinik für Neurologie am N-hospital E; Gutachten vom 10.08.2011 (Bl. 327 - 350 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.09.2013 (S. 1 - 3 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.09.2013, Bl. 468 ff., 468 - 470 d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach der durchgeführten Beweisaufnahme schadensursächliche Befunderhebungs- oder sonstige Behandlungsfehler nicht festgestellt werden könnten.
Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Klaganträge unverändert weiterverfolgt.
Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzliches Vorbringen insbesondere vor, dass das Landgericht offensichtlich zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass der Sachverständige Prof. Dr. M Behandlungsfehler der Behandler in den Häusern der Beklagten zu 1. und 2. nicht festgestellt habe. Denn Prof. Dr. M habe der Sache nach eine fehlerhafte Behandlung festgestellt. So habe er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Kläger im Hause der Beklagten zu 1. stationär hätte aufgenommen werden müssen. Dies sei hingegen nicht erfolgt. Hierein sei ein grober Fehler zu sehen, wobei es sich streng genommen um einen Befunderhebungsmangel handele, weil der Sachverständige ausgeführt habe, dass man sich im Hause der Beklagten zu 1. den Kläger zumindest einmal hätte ansehen müssen. Wäre die stationäre Aufnahme erfolgt, wären alsdann die indiziert gewesenen Anamnese- und Diagnosemaßnahmen durchgeführt worden und hätte sich mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Herpes-Zoster-Infektion gezeigt mit der Folge, dass der Kläger früher als tatsächlich geschehen mit Aciclovir behandelt worden wäre. Bei ordnungsgemäßer Anamnese und Diagnostik wäre die Diagnose Herpes-Zoster-Infektion nicht allein aufgrund der Hautveränderungen auf der Stirn, sondern aufgrund des gesamten klinischen und befundlichen Gesamtbildes des Klägers

gestellt worden. Die grobe Fehlerhaftigkeit des Handelns in den Häusern der Beklagten zu 1. und 2. zeige sich nicht zuletzt darin, dass der Kläger in eine neurologische Abteilung geschickt worden sei, obwohl er ausweislich der Feststellungen des Prof. Dr. M in eine HNO-Klinik gehört hätte. Nach den Feststellungen des Prof. Dr. M hätte ein HNO-Arzt wissen müssen, dass eine Ohrspeicheldrüsenentzündung im Zusammenhang mit einer Herpes-Zoster-Infektion stehen könne, und sei es sehr unwahrscheinlich, dass die Ohrspeicheldrüsenentzündung beim Kläger unabhängig von der Herpes-Zoster-Infektion aufgetreten sei. Soweit der Sachverständige an anderer Stelle ausführe, dass die Behandler der Beklagten zu 1. und 2. am 16.08.2006 einen Zusammenhang zwischen der Ohrspeicheldrüsenentzündung und der Herpes-Zoster-Infektion noch nicht hätten erkennen müssen, verstricke er sich in Widersprüche. Allerdings habe der Sachverständige Letzteres für die ambulante Untersuchungssituation ausgeführt; der Kläger hätte aber stationär in einer HNO-Abteilung aufgenommen werden müssen und dort wäre der Zusammenhang erkannt worden. Die Hautveränderungen im Bereich der Stirn des Klägers seien bereits am 16.08.2006 so gewesen, dass sie einen klaren Hinweis auf eine Herpes-Zoster-Infektion gegeben oder zumindest Veranlassung für weitere Untersuchungen geboten hätten. Soweit das Landgericht unterstellt habe, dass das Erscheinungsbild des Klägers am 16.08.2006 noch nicht auf eine Herpes-Zoster-Infektion hätte hinweisen müssen, setze es sich zu Unrecht über das Vorbringen des Klägers hinweg. Bei der Würdigung der Ausführungen des Klägers persönlich bei seiner Anhörung durch das Landgericht habe das Landgericht übersehen, dass der Kläger betont habe, sich den ganzen Tag des 16.08.2006 nicht im Spiegel betrachtet zu haben und deshalb keine Aussagen zu eventuellen Veränderungen im Laufe des Tages machen zu können. Dies lasse entgegen der Auffassung des Landgerichts keineswegs den Schluss zu, dass es keine Veränderungen gegeben habe. Zudem habe das Landgericht übersehen, dass ausweislich des Untersuchungsberichtes vom 16.08.2006 an diesem Tag "nässende Bläschen im Gebiet des Nervus trigeminus 1" und somit die typischen Zeichen eines Herpes-Zoster-Bläschens festgestellt worden seien. Damit habe aber Veranlassung für die Diagnose Herpes-Zoster-Infektion oder zumindest für weitere Untersuchungsmaßnahmen bestanden. Der Kläger habe hierzu in erster Instanz auch die Vernehmung der Zeugen T4, G und Dr. H beantragt, die das Landgericht zu Unrecht nicht vernommen habe. Bereits in erster Instanz habe der Kläger zudem darauf hingewiesen, dass der 5. Zivilsenat des OLG Köln in seinem Beschluss vom 7.12.2009 zu der Beschwerdesache gleichen Rubrums zu Az.: 5 W 36/09 eine weitere Aufklärung zu der Frage, ob sich bereits am Morgen des 16.08.2006 typische Symptome für eine Herpes-Zoster-Infektion als erforderlich erachtet habe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe der Senat mit dieser weiteren Aufklärung nicht lediglich die Anhörung des Klägers persönlich, sondern auch das Erheben des Zeugenbeweises gemeint. Der Beklagten zu 2. sei zudem ein Übernahmeverschulden anzulasten, weil der Kläger in einer HNO-Abteilung und nicht in einer neurologischen Abteilung hätte untersucht und behandelt werden müssen, und weil dies im Hause der Beklagten zu 2. hätte erkannt werden müssen. An der Kausalität des Übernahmeverschuldens bestünden keine Zweifel, weil dieses als grob zu bewerten sei. Im Übrigen sei auch der Sachverständige Prof. Dr. T3 zu dem Ergebnis gelangt, dass durch die Ärzte im Hause der Beklagten zu 2. eine differentialdiagnostische Abklärung hätte erfolgen müssen, so dass auch hier der Vorwurf eines Befunderhebungsmangels gegeben sei. Hinsichtlich der Hautveränderungen gelte für die Beklagte zu 2. das oben Ausgeführte entsprechend. Im Übrigen seien die Ausführungen der Sachverständigen hierzu allein schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil die Ärzte im Hause der Beklagten zu 3. sofort nach nur kurzem Ansehen des Klägers die Diagnose einer Herpes-Zoster-Infektion gestellt hätten. Denn die schnelle und korrekte Diagnosestellung im Hause der Beklagten zu 3. lasse den Schluss zu, dass dies auch bereits in den Häusern der Beklagten zu 1. und 2. hätte gestellt werden oder dass zumindest weitergehende Untersuchungen hätten durchgeführt werden müssen. Das Landgericht habe zudem im Zusammenhang mit der Kausalität eine unzutreffende Feststellung zu der "72-Stunden-Grenze" in Bezug auf die Wirkung des systemisch gegebenen Aciclovir getroffen. Denn das Landgericht habe insoweit zu Unrecht die vom Kläger bestrittenen Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T2 ohne weiteres zugrunde gelegt, dass er, der Kläger, bereits sechs Tage vor der Erstvorstellung bei der Beklagten zu 1. unter den angegebenen Beschwerden gelitten habe. Richtig sei demgegenüber, dass die Hautveränderungen zu der fraglichen Zeit erst seit sechs Stunden bestanden hätten und die Symptome im Bereich der Ohrspeicheldrüse am 14.08.2006 aufgetreten seien. Die "72-Stunden-Grenze" sei dementsprechend am 16.08.2006 noch nicht erreicht gewesen.
Das Landgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass die Behandlung im Hause der Beklagten zu 3. fehlerfrei gewesen sei. Es habe verkannt, dass der Kläger zum einen zu spät und zum anderen mit einem falschen Medikament im lokalen Bereich des Auges behandelt worden sei. In diesem Zusammenhang seien die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T2 insgesamt nicht nachvollziehbar und im Hinblick auf die Wahl des Augentherapeutikums auch falsch. Wollte man die Ausführungen des Prof. Dr. T2 ernst nehmen, müsste man annehmen, dass bei einer Herpes-Zoster-Infektion eine lokale Behandlung im Bereich des Auges nicht erforderlich, weil sinnlos sei. Dies widerspreche aber den bereits im Jahre 1990/1991 veröffentlichten Empfehlungen in einem einschlägigen Lehrbuch, die eine hinreichende Lokaltherapie zusammen mit einer systemischen Therapie propagierten. Aus diesem Lehrbuch ergebe sich

zugleich, dass die lokale Therapie mit dem Medikament "Triflumann", das dem Kläger im Hause der Beklagten zu 3. verabreicht worden sei, veraltet gewesen sei. Auch aus einem Fachaufsatz aus dem Jahre 2010 ergebe sich, dass die Lokaltherapie im Hause der Beklagten zu 3. zu beanstanden sei; das Mittel der Wahl für die Behandlung des Klägers sei danach die Aciclovir-Augensalbe gewesen, während die Lokaltherapie mit Triflumann zu risikoreich sei. Dementsprechend habe der Kläger im Hause der Beklagten zu 3. eine Lokaltherapie der zweiten Wahl erhalten, was als grober Behandlungsfehler zu bewerten sei. Die Fachliteratur zeige zudem, dass entgegen der Einschätzung des Prof. Dr. T2 die lokale Therapie keine lediglich untergeordnete Rolle spiele. Auch die Ausführungen des Prof. Dr. T2 zur Kausalität seien nicht haltbar. Auch insoweit lasse der Sachverständige zu Unrecht die Bedeutung der Lokaltherapie bei einer Herpes-Zoster-Infektion außer Acht. Das Fehlverhalten des konsiliarisch tätig gewordenen Arztes Dr. T müsse sich die Beklagte zu 3. zurechnen lassen. Das Landgericht habe zudem übersehen, dass der Kläger wegen der Auswirkungen der Herpes-Zoster-Infektion auf sein Auge zwingend in einer Augenklinik stationär hätte aufgenommen werden müssen. Auch die Fehler im Hause der Beklagten zu 3. seien zumindest in einer Gesamtschau als grobe Fehler zu bewerten.
Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Berufung und treten dem Berufungsvorbringen des Klägers im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung am 27.10.2014 Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.
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 vielmehr zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen. Denn dem Kläger ist der ihm obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass den Behandlern in den Krankenhäusern der drei Beklagten bei den umstrittenen Behandlungen schadensursächliche Befunderhebungs- und/oder sonstige Behandlungsfehler unterlaufen sind.
1. Bei dieser Beurteilung folgt der Senat den erstinstanzlich eingeholten Gutachten der Gerichtssachverständigen Prof. Dr. M [Chefarzt der Klinik für HNO-Heilkunde des L Krankenhauses F; Gutachten vom 10.11.2008 (Bl. 121 - 152 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 7.08.2009 (Bl. 219 - 224 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 19.01.2011 (S. 1, 4 - 8 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 19.01.2011, Bl. 293 ff., 293, 294R - 296R d. A.)], Prof. Dr. T2 [Direktor der Klinik für Erkrankungen des vorderen Augenabschnittes des Universitätsklinikums F; Gutachten vom 11.03.2009 (Bl. 164 - 168 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 30.01.2013 (Bl. 411 - 415 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.09.2013 (S. 1, 3 - 5 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.09.2013, Bl. 468 ff., 468, 470 - 472 d. A.)] und Prof. Dr. T3 [Chefarzt der Klinik für Neurologie am N-hospital E; Gutachten vom 10.08.2011 (Bl. 327 - 350 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.09.2013 (S. 1 - 3 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.09.2013, Bl. 468 ff., 468 - 470 d. A.)]. Die Gutachten der drei genannten Sachverständigen überzeugen den Senat nicht zuletzt deshalb, weil sie jeweils auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden sind.
2. Bei seiner Beurteilung geht auch der Senat - ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass beim Kläger entsprechend seiner Schilderung im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht [S. 2, 3 und 7 des Protokolls vom 19.01.2011, Bl. 293 ff., 293R, 294 und 296 d. A.] am Morgen des 16.08.2006 im Bereich der rechten Stirn eine etwas vorgehobene Stelle vorhanden war, die eine helle Umrundung und eine leichte Schwellung aufgewiesen und nicht genässt hat, und dass sich diese Stelle nach dem Eindruck des Klägers noch nicht im Verlaufe des Tages des 16.08.2006, sondern erst später verändert hat, wobei der Kläger allerdings im Laufe des Tages keinen Spiegel zur Hand gehabt hat, in dem er die Stelle hätte beobachten können. Dieses Vorbringen des Klägers persönlich hat das Landgericht zu seinen Gunsten als wahr unterstellt und ist den drei Gutachten zugrunde gelegt worden. Auch der Senat unterstellt dieses Vorbringen des Klägers als wahr, zumal der Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 27.10.2014 Abweichendes bzw. Ergänzendes zu der fraglichen Stelle nicht bekundet hat.
Vor diesem Hintergrund besteht bzw. bestand weder für das Landgericht noch für den Senat Veranlassung dafür, die vom Kläger für den Zustand der Stelle an seiner rechten Stirn am Morgen des 16.08.2006 benannten Zeugen zu vernehmen. Denn entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung wären die von ihm insoweit in erster Instanz benannten Zeugen und auch die von diesem in zweiter Instanz weiterhin benannten Zeugen T4 [Bruder des Klägers], G [Mitbewohner in der Wohngemeinschaft des Klägers] und Dr. H [behandelnde Ärztin im Hause der Beklagten zu 1.] ausschließlich zu dem Zustand

der Stelle zu befragen, nicht hingegen zu der Frage, ob sich aus dem Zustand der fraglichen Stelle ein Hinweis auf eine Herpes-Zoster-Infektion hätte ergeben müssen. Bei der Frage, ob sich aus dem Zustand der fraglichen Stelle ein Hinweis auf eine Herpes-Zoster-Infektion hätte ergeben müssen, handelt es sich um eine medizinische Streitfrage, die nicht von den Zeugen, sondern ausschließlich durch die medizinischen Sachverständigen im Rahmen ihrer Begutachtung zu beantworten ist. Und eine - dem Zeugenbeweis zugängliche - Beweisaufnahme zu dem Zustand der fraglichen Stelle am Morgen des 16.08.2006 war und ist aber nicht mehr erforderlich, nachdem der Kläger sein diesbezügliches Vorbringen im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht am 19.01.2011 präzisiert hatte und nachdem dieses Vorbringen trotz des Bestreitens der Beklagten vom Landgericht zugunsten des Klägers als wahr unterstellt und in der Folge von den Sachverständigen zur Grundlage ihrer Begutachtung gemacht worden ist. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem von dem Kläger in diesem Zusammenhang in Bezug genommenen Senatsbeschluss vom 7.12.2009 zu der Beschwerdesache gleichen Rubrums 5 W 36/09 OLG Köln [Bl. 255 ff. d. A.], in dem ausgeführt ist, dass aus Sicht des Senates eine weitere Aufklärung zu der Frage, ob sich bereits am Morgen des 16.08.2006 typische Symptome für eine Herpes-Zoster-Erkrankung gezeigt haben, als geboten erscheine [Bl. 255 ff., 255R/256 d. A.]. Denn zum einen ist in dem Beschluss nicht im Einzelnen festgelegt worden, wie die weitere Aufklärung vorzunehmen ist, wobei im Übrigen der Senat dem Landgericht im Rahmen des zitierten Beschlusses insoweit konkrete Aufklärungsmaßnahmen ohnehin nicht verbindlich hätte vorgeben können. Zum anderen ist die in dem Senatsbeschluss ganz allgemein angesprochene Aufklärung vom Landgericht tatsächlich durchgeführt worden. Denn das Landgericht hat den Kläger zu dem tatsächlichen Zustand der fraglichen Symptomatik an seiner rechten Stirn persönlich angehört, sein diesbezügliches Vorbringen als wahr unterstellt, womit sich eine Zeugenvernehmung insoweit erübrigt hat, und es hat eine sachverständige Begutachtung zu der Frage eingeholt, welche medizinischen Schlussfolgerungen aus einer Symptomatik der vom Kläger beschriebenen Art zu ziehen sind.
3. Nach den auf der Grundlage der als wahr unterstellten Behauptungen des Klägers zu der Stelle an seiner rechten Stirn und deren Zustand am Morgen des 16.08.2006 erstatteten und ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Gutachten der Gerichtssachverständigen Prof. Dr. M, Prof. Dr. T2 und Prof. Dr. T3 können haftungsbegründende Fehler der Behandler in den Krankenhäusern der Beklagten zu 1., 2. und 3. nicht festgestellt werden.
Zur Begründung haben die Sachverständigen insbesondere ausgeführt, dass nach der Beschreibung des Klägers die bei ihm am Morgen des 16.08.2006 vorhanden gewesene Stelle nach ihrem Erscheinungsbild am ehesten einem papulären Exanthem entspreche. Dies sei etwas anderes als ein für eine Herpes-Zoster-Infektion typisches Bläschen. Es sei aus medizinisch-sachverständiger Sicht durchaus möglich, dass sich das im Hause der Beklagten zu 3. festgestellte nässende Bläschen im Bereich der rechten Stirn erst am Abend des 16.08.2006 in dieser Weise erkennbar herausgebildet habe. Bei Herpes-Zoster-Infektionen seien die Verläufe auch in zeitlicher Hinsicht sehr unterschiedlich und entwickelten sich insbesondere Hautveränderungen zuweilen in sehr kurzer Zeit. Im Hinblick darauf lasse der Umstand, dass am Abend des 16.08.2006 im Hause der Beklagten zu 3. ein typisches Herpes-Bläschen festgestellt worden sei, keinen sicheren Schluss darauf zu, dass diese Symptomatik bei den Aufenthalten des Klägers in den Häusern der Beklagten zu 1. und/oder 2. am selben Tag einige Stunden zuvor auch schon erkennbar vorhanden gewesen sei. Im Hinblick auf die vom Kläger für den Morgen des 16.08.2006 beschriebene Symptomatik an seiner rechten Stirn hätten die Behandler in den Häusern der Beklagten zu 1. und zu 2. eine Herpes-Zoster-Infektion nicht differentialdiagnostisch in Betracht ziehen müssen. Gleiches gelte auch in Bezug auf die festgestellte Ohrspeicheldrüsenentzündung. Es sei zwar in der HNO-Heilkunde bekannt, dass Entzündungen dieser Art mit Herpes-Zoster-Infektionen vergesellschaftet sein könnten. Dies sei indes nur äußerst selten der Fall. Im Hinblick darauf sei zwar aus der Sicht ex post mit relativ großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich beim Kläger infolge der Herpes-Zoster-Infektion auch eine Ohrspeicheldrüsenentzündung entwickelt habe. Aus der maßgeblichen Sicht ex ante hingegen habe sich für die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. und 2. aus der Ohrspeicheldrüsenentzündung nicht der Verdacht auf Herpes-Zoster-Infektion ergeben müssen. Auch der insgesamt desolate und geschwächte Zustand des Klägers hätte den Verdacht auf eine Herpes-Zoster-Infektion nicht begründen müssen. Vielmehr habe dieser Zustand in der beim Kläger vorbestehenden und im Hause der Beklagten zu 1. und 2. bekannt gewesenen chronischen Fibromyalgie eine plausible und ausreichende Erklärung gefunden mit der Folge, dass weitere Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen, die über die tatsächlich durchgeführten hinausgegangen wären, nicht veranlasst gewesen seien. Im Hause der Beklagten zu 3. sei nach Feststellen der Herpes-Zoster-Infektion alles Erforderliche veranlasst worden. Insbesondere sei umgehend mit der systemischen Verabreichung von Aciclovir in angemessener Dosis die Behandlung der Wahl eingeleitet worden. Eine Veranlassung, noch am Abend des 16.08.2006 und damit notfallmäßig einen Augenarzt konsiliarisch hinzuzuziehen, habe nicht bestanden. Das Hinzuziehen eines Augenarztes bereits am Abend des 16.08.2006 wäre vielmehr nur dann erforderlich gewesen, wenn eine Augenbeteiligung vorgelegen hätte. Dies sei indes nicht der Fall gewesen. Denn bei den Untersuchungen am Abend des 16.08.2006 im Hause der Beklagten zu 3. habe zwar ein Lidödem vorgelegen, aber noch

keine unmittelbare Augenbeteiligung; der Augapfel selbst sei nicht beteiligt gewesen. Von einer Augenbeteiligung hätte selbst für den Fall nicht ausgegangen werden können, wenn zu der fraglichen Zeit bereits Effloreszenzen im Lidbereich und zudem periobitale Schmerzen vorgelegen hätten. Hinzu komme, dass der Zoster Ophtalmicus durch die am Abend des 16.08.2006 in ausreichender Dosis eingeleitete systemische Aciclovir-Therapie mit abgedeckt gewesen sei. Auch deshalb sei es ausreichend gewesen, den Kläger am Folgetag und damit am 17.08.2006 einem Augenarzt vorzustellen. Die augenärztlichen Maßnahmen durch den konsiliarisch hinzugezogenen Augenarzt und insbesondere die von diesem veranlasste Behandlung mit Triflumann-Augentropfen sei nicht zu beanstanden. Wesentlich bei der Behandlung der Herpes-Zoster-Infektion sei die systemische Therapie in angemessener Dosis, die beim Kläger bereits am Abend des 16.08.2006 eingeleitet worden sei. Die spätestens am 18.08.2006 eingeleitete lokale Therapie im Bereich des Auges sei demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Sinnvoll sei sie insbesondere auch deshalb gewesen, weil im Falle eines Zoster Keratitis ein Potential für eine Epithelschädigung vorhanden sei, wozu es aber beim Kläger - sei es aufgrund der lokalen Therapie, sei es schicksalhaft - nicht gekommen sei.
Über das Vorstehende hinaus haben die Sachverständigen auch darauf hingewiesen, dass nicht hinreichend sicher festgestellt werden könne, ob sich für den Kläger ein günstigerer Verlauf ergeben hätte, wenn bei ihm die systemische Aciclovir-Therapie früher als tatsächlich erfolgt begonnen worden wäre, nämlich schon im Tagesverlauf des 16.08.2006 und nicht erst am Abend dieses Tages. Zur Begründung haben sie insbesondere ausgeführt, dass zwar grundsätzlich die Aciclovir-Therapie umso besser wirke, je früher sie eingesetzt werde. Dies gelte aber lediglich in den ersten 72 Stunden nach dem ersten Auftreten der Symptome, wobei aber auch in Bezug auf dieses Zeitfenster nicht gewissermaßen automatisch und zwingend in jedem Falle festgestellt werden könne, dass mit einem um einige Stunden vorverlegten Therapiebeginn ein eindeutig und objektiv greifbar günstigerer Verlauf hätte erreicht und bestimmte Folgen der Herpes-Zoster-Infektion hätten vermieden werden können. Nach Ablauf dieser "72-Stunden-Grenze" sei die Wirkung der systemischen Aciclovir-Therapie sehr unsicher einzuschätzen. Und es sei sehr wahrscheinlich, dass das Zeitfenster von 72 Stunden vor den hier umstrittenen Behandlungen bereits verstrichen gewesen sei. Denn es sei aus der Sicht ex post sehr wahrscheinlich, dass sich die Ohrspeicheldrüsenentzündung infolge einer bereits ausgebrochenen Herpes-Zoster-Infektion entwickelt habe. Und diese Entzündung habe nach den in den Behandlungsunterlagen dokumentierten anamnestischen Angaben des Klägers gegenüber den Ärzten, von denen er ab dem 14.08.2006 behandelt worden sei, bereits ab Samstag, dem 12.08.2006 zu den Beschwerden geführt, deretwegen er am Montag, dem 14.08.2006 die Praxis seiner Hausärztin Dr. C und auf dortige Überweisung hin den HNO-Arzt Dr. K aufgesucht hat. Dass die für eine Herpes-Zoster-Infektion typischen nässenden Bläschen erst am Abend des 16.08.2006 erkennbar aufgetreten seien, sei aus medizinisch-sachverständiger Sicht plausibel. Denn durch die Viren würden bei dem hier in Rede stehenden Krankheitsbild zuerst die Hirnnervenkerne befallen, bevor sie von dort aus in die Peripherie und insoweit meistens in die Haut auswanderten und dort zu Symptomen einer Gürtel- oder Gesichtsrose führten mit der Folge, dass Symptome im Bereich der Haut erst feststellbar würden, wenn zuvor bereits eine Weichteilschwellung stattgefunden habe.
4. Die vorstehend zusammenfassend wiedergegebenen Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. M, Prof. Dr. T2 und Prof. Dr. T3 überzeugen den Senat. Sie stimmen zudem - soweit es um allgemeine Fragen im Zusammenhang mit Herpes-Zoster-Infektionen geht - im Kern auch mit den Erkenntnissen überein, die der Senat in anderen Arzthaftungssachen, in denen Fragen im Zusammenhang mit diesem Krankheitsbild im Streit standen, durch die dort eingeholten Sachverständigengutachten gewonnen hat. Die Feststellungen der Sachverständigen werden von dem Kläger auch nicht mit hinreichender Substanz angegriffen.
Ohne Erfolg stellt sich der Kläger etwa auf den Standpunkt, der Sachverständige Prof. Dr. M habe in Bezug auf die Behandlungen im Hause der Beklagten zu 1. und 2. entgegen der Auffassung des Landgerichts sehr wohl Behandlungsfehler festgestellt, weil der Sachverständige ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass der Kläger im Hause der Beklagten zu 1. stationär hätte aufgenommen werden müssen, was nicht geschehen sei, und dass der Kläger im Hause der Beklagten zu 2. in der neurologischen Abteilung behandelt worden sei, obwohl er in eine HNO-Abteilung hätte verwiesen werden müssen. Denn zum einen hat der Sachverständige eine stationäre Behandlung des Klägers im Hause der Beklagten zu 1. im Hinblick auf die Ohrspeicheldrüsenentzündung für sachgerecht gehalten, nicht hingegen wegen der Symptomatik an der rechten Stirn des Klägers, wobei sachgerecht insoweit nicht zugleich und zwingend bedeutet, dass es fehlerhaft wäre, von einer stationären Aufnahme abzusehen. Im Übrigen ist auch weder vom Kläger mit hinreichender Substanz vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, welche weitergehenden Untersuchungsmaßnahmen mit welchem Ergebnis im Hause der Beklagten zu 1. im Falle einer stationären Aufnahme dort hätten durchgeführt werden und zu einem früheren Erkennen der Herpes-Zoster-Infektion führen können. Zum anderen ist der Kläger im Hause der Beklagten zu 2. nach dortiger neurologischer Behandlung in die HNO-Abteilung des Hauses der Beklagten zu 3. überwiesen worden, wobei es nicht zuletzt im Hinblick auf den desolaten Gesamtzustand des Klägers mit erheblichen Schmerzen im

gesamten Körper und bei bekanntem vorbestehendem chronischen Schmerzsyndrom und ebenfalls bekannter vorbestehender chronischer Fibromyalgie nicht ersichtlich ist und auch vom Kläger nicht näher erläutert wird, inwiefern es fehlerhaft gewesen sein könnte, dass er zuvor neurologisch untersucht worden ist.
Soweit der Kläger dem Landgericht vorwirft, dass es bei der Würdigung seiner Ausführungen im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch die Kammer am 19.01.2011 übersehen habe, dass der Kläger betont habe, dass er sich während des ganzen Tag des 16.08.2006 nicht im Spiegel betrachtet habe und deshalb keine Aussagen zu eventuellen Veränderungen im Laufe des Tages machen könne, ist dies aktenwidrig. Denn allein schon die Ausführungen auf S. 6, 1. Absatz, des angefochtenen Urteils belegen, dass das Landgericht diesen Hinweis des Klägers sehr wohl berücksichtigt hat. Im Übrigen geht der Vorwurf des Klägers auch ins Leere. Denn der Kläger betont mit diesem Vorwurf zugleich letztlich, dass er nicht weiß und dementsprechend nicht vortragen kann, wie sich die Symptomatik an seiner Stirn im Verlaufe des 16.08.2006 von seinem morgendlichen Blick in den Spiegel an bis zu den Feststellungen im Hause der Beklagten zu 3. am Abend dieses Tages entwickelt hat. Mangels Vortrages hierzu bedeutete die Vernehmung von Zeugen insoweit eine in dieser Form auch in Arzthaftungssachen unzulässige Ausforschung. Soweit der Kläger in dem Zusammenhang mit diesem Berufungsangriff darauf hinweist, dass seine mangelnde Kenntnis von der Entwicklung der Symptomatik an seiner Stirn keineswegs den Schluss zulasse, dass es keine Veränderungen gegeben habe, mag dies zutreffen. Dies führt indes entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung nicht zu einer für ihn günstigeren Beurteilung. Denn zu der Entwicklung bis zum Abend können nur Vermutungen angestellt werden, die aber weder der sachverständigen Begutachtung noch der Entscheidung zugrunde gelegt werden können. Vielmehr kann insoweit ausschließlich von den bewiesenen Tatsachen bzw. - wie durch das Landgericht vorgenommen - von dem in zulässiger Weise als wahr unterstellten Vorbringen des Klägers ausgegangen werden. Und dies geht dahin, dass die Symptomatik am Morgen des 16.08.2006 das von ihm geschilderte Erscheinungsbild aufgewiesen hat, und dass nicht bekannt ist, wann die Symptomatik das Erscheinungsbild angenommen hat, das sich den Behandlern im Hause der Beklagten zu 3. am Abend des 16.08.2006 geboten hat, und das aus den oben ausgeführten Gründen keine Rückschlüsse auf den Zustand einige Stunden zuvor zulässt. Ohne Erfolg meint der Kläger zudem, dass der Sachverständige Prof. Dr. T3 zu dem Ergebnis gelangt sei, dass durch die Ärzte im Hause der Beklagten zu 2. eine differentialdiagnostische Abklärung hätte erfolgen müssen, so dass auch hier der Vorwurf eines Befunderhebungsmangels gegeben sei. Insoweit dürfte der Kläger einen protokollierten und etwas unglücklich formulierten Satz der Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T3 im Rahmen seiner mündlichen Erläuterungen am 25.09.2013 [S. 3, 1. Absatz, 2. Satz, des Protokolls vom 25.09.2013, Bl. 468 ff., 470 d. A.] missverstanden haben. Aus dem Kontext der protokollierten Erläuterungen des Sachverständigen und auch unter Berücksichtigung seiner schriftlichen Ausführungen ist der vom Kläger offenbar aufgegriffene Satz eindeutig dahin zu verstehen, dass beim Kläger erst ab dem Zeitpunkt, ab dem bei ihm als ein Leitsymptom für eine Herpes-Zoster-Infektion nässende Bläschen erkennbar gewesen seien, differentialdiagnostisch auch dem Verdacht auf Herpes-Zoster-Infektion hätte nachgegangen werden müssen, vorher hingegen nicht.
Schließlich stellt der Kläger sich auch ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass die lokale Therapie mit dem Medikament Triflumann, das dem Kläger im Hause der Beklagten zu 3. verabreicht worden ist, veraltet und die Aciclovir-Augensalbe das Mittel der Wahl gewesen sei. Dies gilt schon deshalb, weil weder von dem Kläger hinreichend konkret vorgetragen worden noch sonst ersichtlich ist, inwieweit ihm durch die Therapie mit Triflumann-Augentropfen bzw. durch das Unterlassen einer Therapie mit Aciclovir-Augensalbe ein haftungsbegründender Schaden entstanden sein könnte.
5. Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im wesentlichen um Tatsachenfragen und im übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: 106.888,93 Euro
[45.000,00 Euro Antrag zu 1.; Schmerzensgeld
+ 11.888,93 Euro Antrag zu 2.; materieller Schaden
+ 50.000,00 Euro Antrag zu 3.; Feststellung; vgl. LG-Beschluss, Bl. 21R d. A.
+ 0,00 Euro Antrag zu 4.; vorger. RA-Kosten (4.051,95 Euro); außer Ansatz
106.888,93 Euro]

25. OLG Köln, Beschluss vom 19.11.2014 – 5 U 94/14 – * Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch aufgrund einer Infektion

Orientierungssatz

1. In Abhängigkeit vom Lokalbefund hat ein Chirurg bei der Entscheidung, ob eine Wundheilungsstörung und ein Infekt konservativ oder durch eine Revision und eine Debridement der Wunde behandelt werden, ein gewisses Ermessen.
2. Komplikationen - vorliegend die Versteifung des Fingerendglieds, die mit minimalem Risiko als Folge einer Wundheilungsstörung drohte -, die sich selten verwirklichen und die sich nicht oder kaum auf die Lebensführung des Patienten auswirken, sind für dessen Entschließung nicht von ausschlaggebender Bedeutung und daher nicht aufklärungspflichtig.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 6.05.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 18/12 - 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.

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 den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen.
1. Das Landgericht hat Behandlungsfehler nach Einholung eines handchirurgischen Gutachtens von Dr. T nicht festgestellt. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Würdigung begründen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), sind weder dargetan noch erkennbar.
a) Es kann nicht angenommen werden, dass die Beklagten die hygienischen Anforderungen bei der Entfernung der Mukoidzyste am 15.11.2010 nicht beachtet haben. Der Beweis eines Hygieneverstoßes obliegt dem Kläger. Eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt des voll beherrschbaren Risikobereichs kommt entgegen der von ihm vertretenen Auffassung nicht in Betracht. Dies gilt schon deshalb, weil der die Infektion auslösende Keim aus dem eigenen Keimspektrum des Klägers stammen kann, mithin aus einem keinesfalls von den Beklagten hygienisch beherrschbaren Bereich. Der Sachverständige Dr. T hat dargelegt, dass der im Operationsbericht vom 15.11.2010 beschriebene Befund einer verschorften Mukoidzyste für eine bereits erfolgte Perforation der Zyste spreche, die zu einer Keimverschleppung in die Tiefe geführt haben könne (Bl. 85 f. d.A.).
Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß während der Operation hat der Sachverständige weder dem Operationsbericht noch den weiteren Behandlungsunterlagen der Beklagten entnehmen können (Bl. 83, 86 d.A.). Dies ist angesichts der Beschreibung im Operationsbericht "Lagerung auf dem Handtisch, sorgfältige alkoholische Hautdesinfektion und sterile Abdeckung" nachvollziehbar.
b) Dr. T hat weiter dargelegt, dass eine stattgehabte Perforation einer operativen Entfernung der Mukoidzyste nicht entgegen stehe und das operative Vorgehen nicht ändere (Bl. 82 f. d.A.). Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung geltend macht, dass der Eingriff angesichts des präoperativen Befunds nicht oder jedenfalls nicht zu dem damaligen Zeitpunkt habe ausgeführt werden dürfen, setzt er allein seine Auffassung gegen die Beurteilung des Sachverständigen, was keinen Anlass zu einer weiteren Sachaufklärung gibt. Zudem bestand präoperativ entgegen den Darlegungen des Klägers auf S. 3 der Berufungsbegründung noch keine Infektion. Vielmehr sprach das klinische Bild einer verschorften Mukoidzyste lediglich für eine stattgehabte Perforation, mithin nur für einen Umstand, der gegebenenfalls zu einem Infekt führen konnte.
c) Auch soweit der Kläger das Tragen von Mundschutz und Handschuhen im Rahmen der Nachbehandlung für erforderlich hält, setzt er allein seine Auffassung gegen die Ausführungen des Sachverständigen Dr. T. Dies begründet keine Zweifel, dass Dr. T die hygienischen Anforderungen an eine im chirurgischen Alltag häufig vorkommende offene Wundbehandlung zutreffend beurteilen kann. Dr. T hat mehrfach dargelegt, dass für die offene Wundbehandlung bei einem Infekt keine strenge Asepsis zu fordern sei (Bl. 86, 131 d.A.).
d) Dr. T hat ferner nicht feststellen können, dass die Fortsetzung der konservativen Therapie des Infekts mit offener Wundbehandlung mittels aseptischer Auflagen und mit der Gabe von Antibiotika bis zum 25.11.2010 fehlerhaft gewesen ist. Auch gegen diese Beurteilung wendet sich der Kläger ohne Erfolg. Bei der Entscheidung, ob eine Wundheilungsstörung und ein Infekt konservativ oder durch eine Revision und ein Debridement der Wunde behandelt werden, hat ein Chirurg nach den Darlegungen von Dr. T in Abhängigkeit vom Lokalbefund ein gewisses Ermessen. Eine operative Revision müsse - so der Sachverständige - erfolgen, wenn nekrotisches Gewebe vorhanden sei, weil sich der Infekt bei avitalem Gewebe sonst nicht beherrschen lasse (Bl. 83, 130 d.a.). Dies steht in Einklang mit dem, was dem Senat, der ständig mit Arzthaftungssachen befasst ist, aus anderen Verfahren bekannt ist. Die Bildung von nekrotischem Gewebe ergibt sich für die Zeit bis zum 25.11.2010 weder aus den Behandlungsunterlagen noch aus dem Vortrag der Parteien. Dies würde selbst dann gelten, wenn sich die Beschwerden des Klägers -

wie dieser geltend macht - verschlimmert haben sollten, während für die Zeit ab dem 21.11.2010 eine Besserung in der elektronisch geführten Kartei dokumentiert ist und es unter dem 23.11.2010 sogar heißt "viel besser". Eine Zunahme der Beschwerden besagt nicht notwendig etwas über die Bildung von avitalem Gewebe. Ferner ist die Bewertung Dr. T, dass anhand der am 26.11.2010 durch Dr. G gefertigten Fotos nicht sicher beurteilt werden kann, wie der linken Mittelfinger des Klägers am 25.11.2010 aussah (Bl. 159R d.A), nachvollziehbar. Insbesondere hat Dr. T darauf hingewiesen, dass der Operationsbericht von Dr. G vom 26.11.2010 keine Hinweise für eine Ausdehnung des Infekts und der Nekrose nach körperwärts enthält (Bl. 83 d.A.), was mit der Bildung von nekrotischem Gewebe erst nach der letzten Vorstellung des Klägers bei den Beklagten vereinbar ist.
2. Die Beklagten haften dem Kläger nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung.
Die Beklagte zu 1) hat den Kläger am 21.9.2010 ordnungsgemäß aufgeklärt. Die Aufklärung umfasste unstreitig entsprechend den handschriftlichen Eintragungen auf der Einverständniserklärung vom 21.9.2010 die Risiken Wundheilungsstörung, Störung des Nagelwachstums und Rezidiv. Dies sind die Komplikationen, die nach den Ausführungen von Dr. T vor der Entfernung einer Mukoidzyste angesprochen und erläutert werden müssen (Bl. 87, 128 d.A.).
Der Verlust eines Fingerglieds, den der Kläger in der Berufungsbegründung anführt, stellt sich danach weder als Risiko der streitgegenständlichen Operation dar noch ist eine entsprechende Komplikation im Behandlungsfall des Klägers eingetreten.
Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Versteifung des Fingerendglieds, die mit minimalem Risiko als Folge einer Wundheilungsstörung drohte, nicht aufklärungspflichtig war (vgl. die Ausführungen von Dr. T Bl. 128, 159 d.A.). Ob dies bereits daraus folgt, dass die Versteifung des Fingerendglieds als bloß mittelbar (über eine Wundheilungsstörung) mögliche Komplikation nicht mehr als spezifisches Risiko der Entfernung einer Mukoidzyste anzusehen ist, kann dahinstehen. Jedenfalls sind Komplikationen, die sich selten verwirklichen und die sich nicht oder kaum auf die Lebensführung des Patienten auswirken, für dessen Entschließung nicht von ausschlaggebender Bedeutung und daher nicht aufklärungspflichtig. So liegt es hier. Dr. T hat nachvollziehbar erläutert, dass die Beweglichkeit im Fingerendglied ohnehin gering sei. Bei Patienten im Alter des Klägers liege sie bei 5° bis 10°. Eine Versteifung sei daher nicht mit wesentlichen Einschränkungen verbunden. Der Faustschluss sowie der Spitz- und Schlüsselgriff blieben möglich (Bl. 128, 159R d.A.).
Darauf, dass der Sachverständige Dr. T den Kläger nicht untersucht hat, kommt es, anders als er in der Berufungsbegründung meint, nicht an. Für den Aufklärungsumfang sind die Folgen, Risiken und Komplikationen maßgeblich, deren Eintritt aus der Sicht vor dem Eingriff droht. Sie sind von Dr. T benannt und in ihren Auswirkungen näher erläutert worden. Die nach dem Eingriff tatsächlich eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen sind für den Inhalt der gebotenen Eingriffs- und Risikoaufklärung dagegen nicht ausschlaggebend. Von ihnen können die Höhe des Schmerzensgelds und gegebenenfalls der Umfang der materiellen Ersatzpflicht abhängen. Da die Beklagten dem Grunde nach nicht haften, bedurfte es indessen auch aus diesem Grund keiner Feststellungen des Sachverständigen zum Ausmaß der bestehenden Beschwerden.
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.

26. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2014 – 5 U 87/13, I-5 U 87/13 – * Arzthaftung: Indikation einer Cholecystektomie; Aufklärungsmangel aufgrund eines Diagnoseirrtums

Orientierungssatz

1. Sludge, d.h. kleine Steine mit einem Durchmesser von 1 bis 3 mm, in der Galle muss bei entsprechender klinischer Beschwerdesymptomatik als ein dem Gallensteinleiden gleichwertiges Krankheitsbild angesehen werden.
2. Dass der Patient nach der Entfernung der Galle weiter unter abdominellen Schmerzen in Form von linksbetonten Mittelbauchschmerzen litt, spricht nicht gegen die Annahme einer symptomatischen Cholecystolithiasis.
3. Der Befund von Sludge in der Galle sowie eine klinisch relevante Beschwerdesymptomatik können die Indikation zu einer Cholecystektomie ergeben.
4. Irrelevant für die Frage eines Behandlungsfehlers ist, dass eine Operation nicht dringend indiziert, sondern eine Durchführung innerhalb der nächsten 14 Tage ausreichend war.
5. Dass Metallclips später in einem Bereich des Bauches gefunden wurden, wo sie unzweifelhaft nicht hingehörten, indiziert nicht, dass sie sich bereits intraoperativ aus dem Gewebe gelöst haben und anschließend in Bewegung geraten sind.
6. Sind die Ärzte irrtümlich von einer akuten entzündlichen Situation ausgegangen und wurde der Patient so nicht auf die mangelnde Dringlichkeit der Operation hingewiesen, beruht dieser Aufklärungsfehler auf

einem Diagnoseirrtum. Eine Haftung aufgrund eines Aufklärungsfehlers scheidet in diesem Fall aus, wenn sich der Diagnoseirrtum mangels Vorwerfbarkeit nicht als haftungsbegründender Behandlungsfehler darstellt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 3.11.1997, 5 U 98/97).
Vergleiche OLG Köln, 3.11.1997, Az: 5 U 98/97

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.06.2013 - 25 O 68/10 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
Das 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 am 00.00.1971 geborene Klägerin begab sich am 15.05.2006 wegen Oberbauchschmerzen in das Klinikum T. Dort wurde der Verdacht eines Magen-Darm-Infekts geäußert und ihr empfohlen, den Hausarzt aufzusuchen. Am nächsten Morgen stellte sich die Klägerin ihrem Hausarzt vor, der ebenfalls einen Magen-Darm-Infekt vermutete und Tropfen gegen Übelkeit und Schmerzen verordnete. Gegen Mittag wurden die Schmerzen so stark, dass sich die Klägerin in das von der Beklagten zu 1) betriebene W Hospital in C fahren ließ. Sie berichtete dort, dass sie seit dem gestrigen Tag an Oberbauchschmerzen leide und bereits vor einem Jahr wegen gleicher Schmerzen in ärztlicher Behandlung gewesen sei. Eine Gastroskopie sei damals ohne Befund geblieben. Im Hause der Beklagten zu 1) wurde eine Sonografie des Abdomens durchgeführt. Dokumentiert wurde als Befund im Aufnahmebogen "Sludge, keine Steine". Eine Blutuntersuchung ergab u.a. leicht erhöhte Billirubin- und GPT-Werte, die Leukozytenzahl und der CRP-Wert waren jedoch im Normbereich. Als Diagnose ist auf dem Aufnahmeblatt des Krankenhauses "Cholelithiasis, V.a. Cholecystitis" festgehalten. Die Klägerin wurde stationär aufgenommen und noch am selben Tag durch den Beklagten zu 3) über einen geplanten chirurgischen Eingriff mit Entfernung der Gallenblase, einer sog. Cholecystektomie, aufgeklärt.
Am Folgetag führten die Beklagten zu 2) und zu 4), die als Chefarzt bzw. Oberarzt in der chirurgischen Abteilung des W Hospital tätig waren, eine laparoskopische Cholecystektomie durch. Als präoperative Diagnose wurde im Operationsbericht "Akute Cholecystitis" festgehalten. Dem Bericht zufolge zeigte sich die Gallenblase leicht entzündlich verändert. Ein pathologisch-anatomisches Gutachten bestätigte die Diagnose einer akuten Cholecystitis jedoch nicht.
Nachdem die Klägerin nach der Operation unter Übelkeit, Appetitlosigkeit und Unterbauchschmerzen klagte, wurde am 22.05.2006 eine Ösophagogastroduodenoskopie (im Folgenden: ÖGD) durchgeführt, die jedoch ohne Befund blieb. Am 27.05.2006 wurde die Klägerin aus der stationären Behandlung entlassen. Im Entlassungsbrief wurde als Diagnose festgehalten "Akute Cholecystitis, Harnwegsinfekt".
Die Klägerin begab sich nach einem Besuch bei ihrem Gynäkologen am 02.06.2006 erneut wegen Beschwerden in das W Hospital. Eine Computertomographie zeigte einen Fremdkörper im Bereich des Uterus rechts. Am 12.06.2006 wurde ein im Rahmen der Gallenblasentfernung verwendeter Titanclip operativ entfernt.
Die Klägerin hat den Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Sie hat behauptet, die Operation vom 17.05.2005 mit Entfernung der Gallenblase sei nicht indiziert gewesen. Es habe zunächst eine Gastroskopie durchgeführt werden müssen. Darüber hinaus seien fehlerhaft Titanclips im Bauchraum vergessen worden, die dann durch eine erneute Operation am 12.06.2006 hätten entfernt werden müssen. Über die mit einer Gallenblasenentfernung verbundenen Risiken sei sie nicht hinreichend aufgeklärt worden. Die Klägerin hat behauptet, sie leide an Schmerzen im Bauchbereich bei längerem Sitzen und beim Stehen. Hierdurch und durch die mit der Schmerzproblematik verbundenen psychischen Folgen sei sie in ihrer Tätigkeit als Lehrerin und bei der Haushaltsführung beeinträchtigt. Nach der ersten Operation habe sie am Bauch fünf Narben zurückbehalten, die sich teilweise entzündet und große Schmerzen verursacht hätten. Durch die gynäkologische Operation seien drei weitere Narben dazu gekommen. Die Klägerin hat ein Schmerzensgeld in Höhe von 30.000,- EUR für angemessen erachtet. Darüber hinaus hat sie Schadensersatz für einen Haushaltsführungsschaden, für Fahrtkosten, Kosten für die Betreuung ihrer Kinder während des stationären Krankenhausaufenthaltes, Pflegemittel und Kosmetik, Fotokopiekosten und Gutachterkosten geltend gemacht.
Die Klägerin hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie aus der fehlerhaften Behandlung ab05.2006 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 30.000,00 EUR, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8% Zinsen - seit dem 31.07.2008;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 27.095,89 EUR zu zahlen, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8% Zinsen - seit dem 31.07.2008;

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche künftigen immateriellen und alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlungen ab05.2006 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden;
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie ihr entstandene außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 3.593,80 EUR zu zahlen.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie haben Behandlungsfehler bestritten und eine genügende Aufklärung behauptet.
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. 311 ff d.A.) Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines chirurgischen Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. F (vgl. Gutachten vom 29.01.2011, Bl. 91 ff d.A., und Gutachtenergänzung vom 31.07.2011, Bl. 132 ff d.A.) und eines weiteren chirurgischen Gutachtens von Herrn Prof. Dr. Q (vgl. Gutachten vom 09.02.2012, Bl. 180 ff. d.A., sowie Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. Q in der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2012, Bl. 275 ff d.A.). Anschließend hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Entfernung der Gallenblase habe keinen Behandlungsfehler dargestellt. Die Laborwerte seien zwar nicht typisch für eine akute Cholecystitis gewesen. Aufgrund des bei der Ultraschalluntersuchung festgestellten "Sludge", der Symptomatik, insbesondere der von der Klägerin als äußerst erheblich geschilderten Beschwerden und der Anamnese sei eine Operation jedoch indiziert gewesen. Weitere Untersuchungen wie eine Gastroskopie seien vor Durchführung der Operation nicht angezeigt gewesen. Auch das Belassen von Metallclips im Bauchraum sei nicht fehlerhaft gewesen, da die Clips dem sicheren Verschluss von Gefäßen und Gallenwegen gedient hätten und ihr Belassen medizinisch notwendig gewesen sei. Selbst im Falle eines intraoperativen Verlustes der Clips habe keine Notwendigkeit bestanden, nach diesen im Bauchraum weiter zu suchen. Die präoperativ erfolgte Aufklärung der Klägerin sei genügend gewesen.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Klagebegehren unter Wiederholung der erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Sie macht geltend, dass ihr die Operation als absoluter Notfalleingriff dargestellt worden sei und sie nur vor diesem Hintergrund eine Einwilligung in die Operation erteilt habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, die das Vorliegen einer akuten Cholecystitis nicht bestätigt habe, sei eine Operation aber nicht dringend indiziert gewesen. Zudem habe die Möglichkeit einer konservativen Therapie als Behandlungsalternative in Betracht gezogen und sie hierüber informiert und aufgeklärt werden müssen. Eine Indikation zur Entfernung der Gallenblase habe nicht bestanden. Es hätten weitere Befunde durch bildgebende Verfahren erhoben werden müssen. Die Klägerin behauptet, dass sie, wenn sie gewusst hätte, dass die Operation nur relativ indiziert war, die Operation nicht durchgeführt hätte. Zumindest hätte sie die Operation in die Schulferien verschoben, um ihre Probezeit als Lehrerin nicht zu gefährden. Schließlich sei auch keine ordnungsgemäße Risikoaufklärung erfolgt.
Die Beklagten verteidigen die angefochtene Entscheidung und treten dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen. Die Entfernung der Gallenblase sei aufgrund der Symptomatik und Anamnese indiziert gewesen. Eine weitere Befunderhebung sei nicht geboten gewesen und hätte kein anderweitiges, reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt. Das Belassen der Titanclips sei gewollt und medizinisch notwendig gewesen. Die behaupteten Beschwerden der Klägerin seien auf den Clip nicht zurückzuführen gewesen. Auch die Aufklärungsrüge der Klägerin gehe ins Leere. Sie sei über das Verfahren, seine Risiken und Erfolgsaussichten, über mögliche Komplikationen und Behandlungsalternativen aufgeklärt worden.
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das gemeinschaftlich erstellte Gutachten von Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 vom 09.04.2014 (Bl. 373 ff dA.) und auf die mündliche Anhörung von Prof. Dr. W2 Bezug genommen (Sitzungsprotokoll vom 27.10.2014, Bl. 448 ff d.A.).
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Der Klägerin stehen gegen die Beklagten aus der streitgegenständlichen Behandlung keine Ansprüche auf Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden zu. Die Beklagten haften weder wegen Behandlungsfehlern noch wegen Aufklärungsfehlern.
1. Behandlungsfehler
a) Indikation

Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass die im Hause der Beklagten zu 1) durchgeführte Cholecystektomie, bei der die Gallenblase entfernt wurde, nicht medizinisch indiziert war. Nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme steht vielmehr zur Überzeugung des Senates fest, dass die am 17.05.2006 durchgeführte Operation indiziert war. Die Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 haben in ihrem gemeinschaftlich erstellten schriftlichen Gutachten überzeugend ausgeführt, dass nach Auswertung der vorliegenden Behandlungsunterlagen davon ausgegangen werden müsse, dass die Klägerin an einer symptomatischen Cholecystolithiasis litt und aus diesem Grund eine Indikation für die Entfernung der Gallenblase gegeben war. Für das Vorliegen einer symptomatischen Cholecystolithiasis spricht die Anamnese der Klägerin und die am 16.05.2006 durchgeführte Sonografie. Diese hatte ausweislich der Dokumentation, an deren Richtigkeit entgegen der Andeutungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten in der letzten mündlichen Verhandlung zu zweifeln kein Anlass besteht, sog. "Sludge" in der Galle nachgewiesen. Bei diesem Sludge handelt es sich um Grieß, d.h. um kleinere Steine mit einem Durchmesser von 1 bis 3 mm. Nach Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 muss Sludge in der Galle bei entsprechender klinischer Beschwerdesymptomatik als ein dem Gallensteinleiden gleichwertiges Krankheitsbild angesehen werden. Dass die Klägerin an einer relevanten klinischen Beschwerdesymptomatik litt, haben die Sachverständigen nach sorgfältiger Auswertung der Krankenunterlagen nachvollziehbar und den Senat überzeugend dargelegt. Die Klägerin habe am Tag vor der Operation starke beidseitige Oberbauchschmerzen gehabt, die links größer gewesen seien als rechts. Der für eine Erkrankung der Galle klassische klinische Oberbauchschmerz sei zwar der rechtsseitige Oberbauchschmerz. Dies spricht aber nicht gegen die Annahme eines Gallenleidens. Zum einen seien Schmerzen im rechten Oberbauch vorhanden gewesen, zum anderen werde aber auch über die Spezifität der biliären Beschwerdesymptomatik in der Fachwelt kontrovers diskutiert. So habe eine in Italien durchgeführte, sicherlich prospektiv größte klinische Studie nachgewiesen, dass zwar eine epigastrische Schmerzsymptomatik und ein rechtsseitiger Oberbauchschmerz signifikant mit einem Gallensteinleiden korrelierten, eine hohe Anzahl an Studienpatienten mit Gallensteinleiden allerdings eher eine abnorme abdominelle Schmerzsymptomatik aufweise. Aufgrund der bei der Klägerin vorhandenen Schmerzsymptomatik sei eine symptomatische Cholecystolithiasis nicht auszuschließen, vielmehr sehr wahrscheinlich zu vermuten gewesen. Auch in der Vergangenheit habe die Klägerin eine auf ein Gallensteinleiden zurückzuführende Schmerzsymptomatik aufgewiesen. So habe sie sich bereits im Jahr 2004 im Krankenhaus in L2 mit eindeutig rechtsseitigen, krampfartigen Oberbauchschmerzen vorgestellt, wo bereits der Verdacht auf eine beginnende Cholezystitis geäußert worden sei. Die wenige Monate später zur differentialdiagnostischen Abklärung durchgeführte ÖGD (Ösophagogastroduodenoskopie) hätte keinen auf eine Erkrankung des Magen-Darm-Bereich hinweisenden pathologischen Befund ergeben. Auch die nach der Operation vom 17.05.2006 durchgeführte ÖGD sei schließlich unauffällig geblieben.
Gegen die Annahme einer symptomatischen Cholecystolithiasis spricht nicht, dass die Klägerin nach der Entfernung der Galle weiter unter abdominellen Schmerzen in Form von (jetzt) linksbetonten Mittelbauchbeschwerden litt. Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 haben dies in ihrem schriftlichen Gutachten nachvollziehbar damit erklärt, dass Patienten mit einem Gallenblasensteinleiden nach einer Cholecystektomie in bis zu 33 % der Fälle über das Fortbestehen der alten abdominellen Schmerzsymptomatik und in 14 % der Fälle über eine - wie hier anzunehmende - neue abdominelle Schmerzsymptomatik klagten. Der Umstand einer postoperativ vorhandenen abdominellen Schmerzsymptomatik spricht daher nicht gegen die Annahme, dass die präoperativ geklagten Schmerzen auf eine Erkrankung der Gallenblase zurückzuführen waren.
Die Befund von Sludge in der Galle sowie die klinisch relevante Beschwerdesymptomatik ergaben die Indikation zur durchgeführten Cholecystektomie. Die Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 sind in Übereinstimmung mit dem in erster Instanz eingeholten Gerichtsgutachten von Prof. Dr. Q zu dem klaren und eindeutigen Ergebnis gelangt, dass das symptomatische Gallensteinleiden eine Indikation für eine chirurgische Therapie war. Als Behandlungsalternative habe lediglich die Möglichkeit einer Litholyse, bei der die Gallensteine mittels wirkstoffhaltiger Medikamente aufgelöst werden, bestanden, die heute allerdings nur noch bei sehr alten und multimorbiden Patienten und auch bei diesen nur im Ausnahmefall angewandt werde, da die Behandlung das Steinleiden als solches nicht heilen könne.
Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die behandelnden Ärzte ausweislich des Operationsberichts vom 17.05.2006 präoperativ die Diagnose einer akuten Cholecystitis angenommen hatten (siehe aber auch die auf der ersten Seite der Behandlungsdokumentation handschriftlich eingetragene Diagnose "Cholelithiasis, V.a. Cholecystitis). Für die Frage des Behandlungsfehlers ebenfalls irrelevant ist, dass den Sachverständigen zufolge eine Operation nicht dringend indiziert war, sondern eine Durchführung innerhalb der nächsten 14 Tage ausreichend war. Denn für die Frage des Behandlungsfehlers ist lediglich bedeutsam, ob die konkret durchgeführte Operation aufgrund der tatsächlichen Befundlage medizinisch indiziert war. Dies war, wie ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch der Fall.
Die durch die Klägerin gegen das Gutachten von Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. Insbesondere begründen die Ausführungen der Privatgutachter Dr. J und Prof. Dr. T2 keine Zweifel an der Richtigkeit der Aussage von Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2, dass die Cholecystektomie aufgrund einer symptomatischen Cholecystolithiasis indiziert war. Soweit Dr. J in seiner Stellungnahme

vom 05.06.2014 von einem "blanden Befund" von Gallenblasen-Sludge ausgeht, erläutert er seine These einer nicht mit einem Gallensteinleiden in Zusammenhang zu bringenden Schmerzsymptomatik nicht. Er erklärt insbesondere nicht nachvollziehbar, worauf die beidseitigen Oberbauchschmerzen sonst zurückzuführen waren. Seine Annahme, die lange Anamnese habe für eine Erkrankung im gastroduodenalen Bereich gesprochen (vgl. Seite 8 der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. J vom 15.09.2008), es habe eine Gastritis abgeklärt werden müssen (vgl. Seite 2 der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. J vom 21.09.2011), wird durch das Ergebnis der postoperativ durchgeführten ÖGD, die ohne Befund blieb, widerlegt, jedenfalls nicht bestätigt. Soweit Dr. J einwendet, eine Gleichsetzung von Gallenblasen-Sludge mit Gallenblasensteinen sei aus fachlicher Sicht nicht gerechtfertigt, weil sich Sludge oft spontan zurückbilde (Seite 4 der gutachterlichen Stellungnahme vom 13.04.2012), überzeugt dies nicht. Im Hinblick auf die seit 2004 wiederholt aufgetretene Schmerzsymptomatik und den im05.2006 akut bestehenden Schmerzen, bestand kein Grund zu der Annahme, der Grieß werde sich wieder zurückbilden.
Die Einwendungen, die der Privatgutachter Prof. Dr. T2 gegen das Gerichtsgutachten und der darin bestätigte Operationsindikation erhebt, beziehen sich im Wesentlichen darauf, die behandelnden Ärzte hätten die Cholecystektomie nicht unter der Arbeitsdiagnose einer akuten Cholecystitis vornehmen dürfen. Auf die Frage, ob eine Indikation aufgrund einer anzunehmenden symptomatischen Cholecystolithiasis gegeben war, geht der Privatgutachter nicht mehr näher ein. Die Forderung von Prof. Dr. T2, es habe ein gastrointestinaler Infekt abgeklärt werden müssen, lässt außer Betracht, dass die postoperativen Untersuchungen einen solchen Infekt nicht bestätigten. Die Einschätzung, Sludge könne auch von alleine verschwinden, lässt, wie bereits ausgeführt, die Anamnese und die akuten Beschwerden der Klägerin unberücksichtigt, die sich innerhalb von zwei Tagen dreimal im Krankenhaus bzw. bei ihrem Hausarzt notfallmäßig wegen starker Oberbauchschmerzen vorgestellt hatte.
b) Metallclips im Bauchraum
Ohne Erfolg bleibt der mit der Berufung wiederholte Vorwurf der Klägerin, es seien bei der Operation am 17.05.2006 behandlungsfehlerhaft Metallclips im Bauchraum belassen worden. Die Klägerin unterstellt zu Unrecht, die Metallclips seien noch während der Operation in der Bauchhöhle verloren gegangen. Hierfür gibt es keinerlei tatsächlichen Anhaltspunkte. Dass wenige Zeit später Metallclips in einem Bereich des Bauches gefunden wurden, wo sie unzweifelhaft nicht hingehörten, indiziert nicht, dass sich die Clips bereits intraoperativ aus dem Gewebe gelöst haben. Wie der von der Klägerin beauftragte Privatgutachter Prof. Dr. T2 in seinem Gutachten vom 21.07.2009 (dort Seite 18 f) ausgeführt hat, ist es durchaus möglich, dass sich die Metallclips erst postoperativ aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen aus dem Gewebe gelöst haben und anschließend in Bewegung geraten sind. Einen Behandlungsfehler hat der Sachverständige Prof. Dr. Q in Übereinstimmung mit den Ausführungen von Prof. Dr. T2 (Seite 19 des Gutachtens vom 21.07.2009) und von Dr. J (Seite 11 des Gutachtens vom 15.09.2008) ausdrücklich verneint.
2. Aufklärungsfehler
Die Beklagten haften auch nicht aufgrund von Aufklärungsfehlern.
a) Aus heutiger Sicht wäre es zwar, so die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. W2 im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat, richtig gewesen, die Klägerin darüber aufzuklären, dass nur eine symptomatische Cholecystolithiasis und keine akute entzündliche Situation vorlag und damit keine sofortige Operation notwendig, sondern ein chirurgischer Eingriff innerhalb der nächsten 14 Tage ausreichend war. Dass die Klägerin entsprechend aufgeklärt worden ist, lässt sich der Behandlungsdokumentation nicht entnehmen. Soweit der Beklagte zu 3) im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht angegeben hat, er habe auch die Möglichkeit des Zuwartens angesprochen, geht aus seinen Angaben nicht hervor, dass er der Klägerin die Möglichkeit und Notwendigkeit einer innerhalb eines Zeitfensters von 14 Tagen vorzunehmenden Operation dargelegt hat. Da die Ärzte die Operation unter der präoperativen Diagnose einer akuten Cholecystitis durchführten, bei der nach Erläuterung von Prof. Dr. W2 innerhalb eines Zeitraums von 24 bis 72 Stunden operiert werden sollte, spricht auch nicht viel dafür, dass die Klägerin auf die mangelnde Dringlichkeit der Operation hingewiesen wurde.
Die Frage nach dem Inhalt der Aufklärung kann aber im Ergebnis dahin stehen, weil eine Haftung jedenfalls deshalb ausscheidet, weil der zu unterstellende Aufklärungsfehler auf einem Diagnoseirrtum beruht. Eine Haftung aufgrund eines Aufklärungsfehlers scheidet dann aus, wenn die unterlassene oder objektiv fehlerhafte Aufklärung auf einem Diagnoseirrtum beruht, der sich mangels Vorwerfbarkeit nicht als haftungsbegründender Behandlungsfehler darstellt (OLG Köln, Urteil vom 03.11.1997, Az. 5 U 98/97, VersR 1999, 98, zitiert nach juris). Der Senat ist nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Diagnose einer akuten Cholezystitis zwar aus heutiger Sicht unzutreffend war, aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht jedoch vertretbar war. Dass die Diagnose einer akuten Cholecystitis falsch war, wird sowohl von den Gerichtssachverständigen Prof. Dr. F, Prof. Dr. Q, Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 als auch von den Privatgutachtern Prof. Dr. T2 und Dr. J konstatiert und steht zwischen den Parteien auch nicht in Streit. Uneinigkeit herrscht hingegen in der Frage, ob die Diagnose einer akuten Cholecystitis in der damaligen Situation vertretbar war. Der Senat folgt den ihn überzeugenden Ausführungen von Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2, die die Diagnose einer akuten Cholecystitis aus ex-ante-Sicht

als nachvollziehbar und vertretbar bezeichnet haben. Zur Begründung dieser Bewertung haben die Sachverständigen auf die Anamnese der Klägerin hingewiesen, die sich mit akuten Oberbauchschmerzen notfallmäßig in der Klinik eingefunden hatte, nachdem sie einen Tag zuvor bzw. noch am selben Tag in einer anderen Klinik und bei ihrem Hausarzt notfallmäßig vorstellig geworden war. Die Klägerin hatte berichtet, dass sich bereits ein Jahr zuvor wegen ebenfalls epigastrischen Schmerzen im Krankenhaus T vorgestellt hatte und eine Gastroskopie ohne Befund geblieben war. Die laborchemischen Untersuchung zeigte zwar keine erhöhten Infektparameter (Leukozytenzahl, CRP). Normwertige Entzündungsparameter schließen aber, so die Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2, das Vorliegen einer akuten Cholecystitis nicht aus. Die Sachverständigen haben zum Nachweis dieser im Widerspruch zu den Aussagen der Privatgutachter Prof. Dr. T2 und Dr. J stehenden Auffassung auf eine Review-Arbeit von Trowbridge Bezug genommen. Diese habe gezeigt, dass bei einer akuten Cholecystitis die laborchemische Befundkonstellation, also das Vorhandensein oder das Fehlen von entsprechenden Entzündungsparametern, keine signifikante Korrelation mit dem Vorhandensein einer akuten Cholezystitis aufweise. Diesen durch Auswertung von medizinischer Fachliteratur gestützten Ausführungen der Sachverständigen sind die Privatgutachter Prof. Dr. T2 und Dr. J nicht überzeugend entgegen getreten. Die Formulierung von Prof. Dr. T2 in seiner gutachterlichen Stellungnahme vom 05.06.2014, die "Ausführungen grenzen an das Absurde, weil die Definition einer Cholezystitis an Entzündungsreaktionen gebunden sei" zeigt, dass der Privatgutachter sich mit den wissenschaftlich fundierten Ausführungen von Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 inhaltlich nicht auseinandergesetzt hat.
In Bezug auf den von den Privatgutachtern für die Diagnose einer akuten Cholecystitis geforderten rechtsseitigen Oberbauchschmerz haben die Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 auf die im Rahmen einer klinischen Studie erhobene hohe Anzahl von Studienpatienten mit Gallensteinleiden hingewiesen, die eine eher abnorme Schmerzsymptomatik aufwiesen und bei denen kein klassischer rechtsseitiger Oberbauchschmerz vorhanden war. Die bei der Klägerin vorgelegene Beschwerdesymptomatik schloss eine akute Entzündung der Gallenblase daher nicht aus.
Dass die Sonographie neben dem Nachweis von Sludge eine Dreischichtung der Gallenblasenwand zeigte, was ein Hinweis auf eine akute Cholecystitis hätte sein können, wird in der Behandlungsdokumentation nicht erwähnt. Die Sachverständigen Prof. Dr. L und Prof. Dr. W2 haben jedoch in Übereinstimmung mit den gutachterlichen Ausführungen von Prof. Dr. Q darauf hingewiesen, dass eine Dreischichtung der Gallenblase als obligater Bestandteil der Diagnose einer akuten Gallenblasenentzündung heute nicht mehr gefordert werde. Prof. Dr. W2 hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung überzeugend dargelegt, dass zwar davon ausgegangen werden müsse, dass die Sonographie keine typischen Entzündungszeichen wie Dreischichtung der Gallenblasenwand oder Ödeme gezeigt habe. Es sei aber eben Sludge in der Gallenblase nachgewiesen worden. Der Rückschluss auf eine akute Entzündung sei durch den fließenden Übergang von einer symptomatischen Cholecystolithiasis zu einer akuten Cholecystitis gerechtfertigt. An ein akutes Entzündungsgeschehen habe daher in jedem Fall gedacht werden müssen und dieses habe auch nicht ausgeschlossen werden können.
Soweit die Klägerin einwendet, es hätten weitere Befunde erhoben werden müssen, um die Diagnose einer akuten Cholezystitis abzuklären, es hätte insbesondere das sog. Murphy-Zeichen überprüft werden müssen, so verkennt sie, dass auch eine solche Überprüfung in diesem Fall keine wesentlichen Erkenntnisse gebracht hätte. Da aufgrund des histopathologischen Befundes davon auszugehen ist, dass keine akute Cholecystitis vorlag, wäre das Murphy-Zeichen, bei der ein akuter Druckschmerz im Bereich des rechten Oberbauchs überprüft wird, ohne Befund geblieben. Auch ein negativer Befund hätte jedoch nach Ausführung von Prof. Dr. W2 das Bestehen einer Entzündung nicht ausschließen können. Weitere Befunde waren, so der Sachverständige, nicht zu erheben. Für die von Privatgutachter Prof. Dr. T2 angesprochene Möglichkeit einer Nahrungsmittelunverträglichkeit gab es keine Hinweise, eine solche zu vermuten. Weder eine Computertomographie noch eine Ileokoloskopie waren notwendig. Völlig fernliegend sei vorliegend die Anfertigung eines MRT gewesen, welches für den hier betroffenen Bereich keinerlei Aufschluss hätte geben können.
b) Die Klägerin musste auch nicht über Behandlungsalternativen aufgeklärt werden, denn solche bestanden nicht. Prof. Dr. W2 hat überzeugend erläutert, warum ein weiteres Abwarten vor Durchführung der Cholecystektomie nicht angezeigt war. Ein Abwarten hätte die Gefahr von signifikant höheren Komplikationen bedeutet. Lediglich bei Patienten, bei denen aus Krankheitsgründen besondere Vorsicht geboten sei, könne ein abwartendes Verhalten erwogen werden. Dies war bei der Klägerin jedoch nicht der Fall. Die Durchführung einer Litholyse, bei der die Gallensteine mittels wirkstoffhaltiger Medikamente aufgelöst werden, war nach Ausführung des Sachverständigen ebenfalls keine echte Alternative, denn sie wird, wie bereits ausgeführt, nur bei multimorbiden Patienten und auch nur bei diesen im Ausnahmefall angewendet, weil sie das Steinleiden als solches nicht heilen kann.
c) Die Klägerin wurde ausreichend über die Risiken der Operation aufgeklärt. Der Senat nimmt insoweit auf die zutreffenden und nicht ergänzungsbedürftigen Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug und macht sich die dort enthaltenen Ausführungen zu eigen. Die Aufklärung erfolgte auch recht-

zeitig. Ausgehend von der aus maßgeblicher ex-ante-Sicht vertretbaren Diagnose einer akuten Cholecystitis und der Notwendigkeit einer alsbaldigen Operation war die Aufklärung am Vortag der Operation genügend.
3. Auf die Frage, welche der von der Klägerin beklagten Beschwerden auf die Operation vom 17.05.2006 zurückzuführen sind, insbesondere ob der Klägerin in Bezug auf die von ihr beklagten Schmerzen im Bauchbereich der Nachweis der Kausalität nur im Falle einer Beweislastumkehr gelingen kann, kommt es mangels haftungsbegründenden Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers nicht mehr an.
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:
Klageantrag zu 1): 30.000,- EUR
Klageantrag zu 2): 27.095,89 EUR
Klageantrag zu 3): 20.000,- EUR
Insgesamt: 77.095,89 EUR

27. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 18.11.2014 – 5 U 108/14 – * Frauenarzthaftung bei Vereitelung eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund fehlerhaft nicht erkannter Schwangerschaft: Rechtlicher Unterschied bei Vortrag eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund der Fristenlösung oder aufgrund medizinischer Indikation; erstmaliges Vorbringen der Voraussetzungen der medizinischen Indikation im Berufungsrechtszug

Leitsatz

1. Ein Schadensersatzanspruch gegen einen Frauenarzt, dem vorgeworfen wird, eine Schwangerschaft fehlerhaft nicht erkannt zu haben, kann nicht damit begründet werden, die Patientin hätte bei zutreffendem Befund von der Möglichkeit einer Abtreibung nach § 218a Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht, denn diese Form der Abtreibung (sog. Fristenlösung) ist zwar straflos, bleibt aber rechtswidrig.
2. Beruft sich die Klägerin erstmals im zweiten Rechtszug darauf, dass bei ihr die Voraussetzungen einer medizinisch indizierten Abtreibung nach § 218a Abs. 2 StGB vorgelegen hätten und sie von dieser Möglichkeit bei zutreffendem Befund durch den Frauenarzt Gebrauch gemacht hätte, ist das Vorbringen regelmäßig nach § 531 ZPO im Berufungsrechtszug nicht mehr zu berücksichtigen.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 27.05.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Osnabrück wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieser Entscheidung vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt bis zu 50.000,-€.

Gründe

I.
Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen des Nichterkennens einer Schwangerschaft auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch.
Die damals 41 Jahre alte Klägerin begab sich am 05.11.2012 in die gynäkologische Behandlung der Beklagten und bat darum, das Vorliegen einer Schwangerschaft abzuklären. Ihre Familienplanung hatte sie zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen und wollte auch aus anderen Gründen (u.a. psychische Probleme und finanzielle Schwierigkeiten) kein weiteres Kind. Die Beklagte führte eine Ultraschalluntersuchung durch und schloss eine Schwangerschaft aus. Eine solche lag jedoch vor; die Klägerin befand sich in der sechsten Woche. Hätte sie zu diesem Zeitpunkt von der Schwangerschaft erfahren, hätte sie sich für einen Abbruch entschieden. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Diagnose der Beklagten ließ die Klägerin am 04.12.2012 eine MRT- und am 17.12.2012 eine CT-Untersuchung vornehmen. Am 17.01.2013 erfuhr sie durch einen Endokrinologen, in dessen Behandlung sie sich wegen des Ausbleibens ihrer Regelblutung begeben und der eine Blutuntersuchung veranlasst hatte, von der Schwangerschaft. Sie befand sich zu diesem Zeitpunkt in der 15. Woche. Am 21.01.2013 bestätigte die Gynäkologin Dr. B. die Schwangerschaft und führte eine Fruchtwasseruntersuchung durch. Die Klägerin erhielt am 24.01.2013 die vorläufige und am 13.02.2013 die endgültige Mitteilung, dass eine Schädigung des Embryos nicht zu

erkennen sei. Während der Schwangerschaft begab sie sich in eine psychotherapeutische Kurzzeittherapie mit 25 Sitzungen. Am 08.07.2013 kam der Sohn der Klägerin zur Welt. Die kleinen Zehen seiner Füße sind mit den daneben liegenden Zehen verwachsen.
Die Klägerin hat der Beklagten vorgeworfen, am 05.11.2012 keine Urin- und Blutuntersuchung veranlasst zu haben. Dabei wäre die Schwangerschaft - unstreitig - erkannt worden. Die Beklagte habe ihr die Möglichkeit einer legalen Abtreibung nach § 218a Abs. 1 StGB genommen. Bis zum Vorliegen des Ergebnisses der Fruchtwasseruntersuchung habe sie eine Schädigung des Embryos durch die MRT- und CT-Untersuchungen befürchten müssen und deswegen „Höllenqualen“ durchlitten. Das ungewollte Kind bekommen zu müssen, habe eine enorme psychische und körperliche Belastung dargestellt. Es hätten sie blanke Existenzängste, Depressionen, Zweifel und zeitweise sogar ausgeprägte Selbstmordgedanken geplagt. Während der gesamten Schwangerschaft habe sie unter starken Schlafstörungen gelitten, ab der 20. Woche zudem unter anhaltenden Rückenschmerzen und ab06.2013 unter wiederholt auftretenden Wehen. Sie könne keine Bindung zu ihrem Kind aufbauen, leide unter Depressionen, Existenzängsten und Selbstmordgedanken, weswegen sie Antidepressiva einnehme und sich in psychologischer Behandlung befinde. Außerdem habe sie sich einer fünfwöchigen stationären psychosomatischen Rehabilitationsbehandlung unterziehen müssen. Die bei ihrem Sohn vorliegenden Verwachsungen der Zehen seien auf die MRT- und CT-Untersuchungen zurückzuführen.
Mit der Klage hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 25.000,-€ und Leistung von Kindesunterhalt in Anspruch genommen.
Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
Sie hat einen Behandlungsfehler bestritten und die Auffassung vertreten, dass ein Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 1 StGB nicht rechtmäßig, sondern nur straflos gewesen wäre. Schadensersatzansprüche bestünden deswegen nicht. Die Klägerin sei bereits am Tag der Fruchtwasseruntersuchung darüber informiert worden, dass die Strahlendosis infolge der MRT- und CT-Untersuchung unbedenklich gewesen sei. „Höllenqualen“ habe sie daher nicht erleiden müssen. Im Übrigen habe die Klägerin lediglich Beschwerden vorgetragen, die bei jeder Schwangerschaft aufträten.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass der Klägerin selbst bei unterstelltem Behandlungsfehler der Beklagten keine Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche zustünden. Sie behaupte nicht, dass ein Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 2 StGB aus medizinischer Indikation in Betracht gekommen wäre, sondern mache geltend, dass ihr bei Erkennen der Schwangerschaft am 17.01.2013 ein Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB nicht mehr möglich gewesen sei. Ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB wäre zwar straffrei, aber nicht rechtmäßig und damit eine von der Rechtsordnung nicht erlaubte Handlung gewesen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH könne die Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs nur dann einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Unterhaltsbelastung durch das Kind begründen, wenn der Abbruch rechtmäßig gewesen wäre, also der Rechtsordnung entsprochen hätte. Eine Straflosigkeit des rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs. 1 StGB genüge demgegenüber nicht.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und behauptet, dass durch die Schwangerschaft die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB heraufbeschworen worden sei. Sie habe unter Depressionen, Existenzängsten und Zweifeln gelitten, die zeitweise so ausgeprägt gewesen seien, dass eine Selbstmordgefahr bestanden habe. Aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation sei sie nicht in der Lage gewesen, einen Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 2 StGB vornehmen zu lassen. In Erwägung gezogen habe sie dies aber. Ihr Gesundheitszustand habe sich durch die Schwangerschaft erheblich verschlechtert. Die Belastung durch das Kind sei extrem und nur durch ein gutes soziales Netzwerk aufzufangen.
Die Klägerin beantragt,
unter Abänderung des am 27.05.2014 verkündeten Urteils des Landgerichts O., Aktenzeichen: 3 O 2705/13,
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mind. jedoch 25.000,-€, nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.08.2013 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie ab dem 08.07.2013 den monatlichen Regelunterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen.
II.
Die Berufung ist zulässig, in der Sache aber offensichtlich unbegründet.
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin stehen keine Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche gegen die Beklagte zu.

Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 12.08.2014 Bezug genommen. Der Schriftsatz der Klägerin vom 05.11.2014 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.
Die auf einem ärztlichen Fehler beruhende Vereitelung eines Schwangerschaftsabbruchs kann nur dann Grundlage eines Anspruchs auf Ersatz des Unterhaltsschadens für ein ungewolltes Kind sein, wenn der Abbruch rechtmäßig gewesen wäre, also der Rechtsordnung entsprochen hätte. § 218a StGB lässt einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich nur bei Vorliegen einer medizinischen oder kriminologischen Indikation (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB) zu. Ein allein auf der Beratungslösung (§ 218a Abs. 1 StGB) beruhender Schwangerschaftsabbruch ist hingegen nicht rechtmäßig. § 218a Abs. 1 StGB klammert zwar den Schwangerschaftsabbruch unter den dort genannten Voraussetzungen aus dem Tatbestand des § 218 StGB aus. Dies bedeutet aber nur, dass er nicht mit Strafe bedroht ist. Ein Rechtfertigungsgrund ist damit nicht gegeben. Die Beratungsregelung hat lediglich zur Folge, dass die Frau, die ihre Schwangerschaft nach einer Beratung abbricht, straflos eine von der Rechtsordnung nicht erlaubte Handlung vornimmt (st. Rspr. des BGH, vgl. nur Urteil vom 19.02.2002 zu VI ZR 190/01, bei juris Rn. 12, und Urteil vom 31.01.2006 zu VI ZR 135/04, bei juris Rn. 10; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 zu 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92 und 2 BvF 5/92, veröffentlicht in juris). Finanzielle Nachteile, deren Vermeidung das Gesetz nicht für gerechtfertigt erklärt, müssen nicht kompensiert werden. Sie sind Folge einer Entwicklung, deren Hinnahme der Gesetzgeber der betroffenen Person zumutet. Aus demselben Grund stehen der Klägerin, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, auch keine Schmerzensgeldansprüche gegen die Beklagte zu (vgl. dazu auch OLG Koblenz, Beschluss vom 20.03.2006 zu 5 U 255/06, bei juris Rn. 8 m.w.N.).
Soweit die Klägerin nunmehr behauptet, dass durch die Schwangerschaft die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes heraufbeschworen worden sei und deswegen auch ein Abbruch nach § 218a Abs. 2 StGB in Betracht gekommen wäre, ist dieses Vorbringen neu. In erster Instanz hat sie lediglich geltend gemacht, dass ihr bei Erkennen der Schwangerschaft am 05.11.2012 ein Abbruch binnen der Zwölfwochenfrist des § 218a Abs. 1 StGB möglich gewesen wäre. Nur diese Möglichkeit ist von ihr, wie sie auf Seite 12 der Klageschrift (im Absatz vor dem Beweisangebot Dr. W.) ausdrücklich erklärt hat, für legal gehalten worden. Das Vorliegen einer medizinischen Indikation im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB - und damit einer (weiteren) legalen Möglichkeit, die Schwangerschaft abzubrechen -, hat sie hingegen nicht behauptet. Es ist von ihr zwar bereits in erster Instanz vorgetragen worden, dass sie unter Existenzängsten, Depressionen, Zweifeln und Selbstmordgedanken gelitten und es eine enorme psychische und körperliche Belastung dargestellt habe, das ungewollte Kind bekommen zu müssen. Die weiteren Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB hat sie jedoch nicht dargetan, insbesondere nicht behauptet, dass bei Erkennen der Schwangerschaft am 05.11.2012 ein Abbruch nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt gewesen wäre. Solchen Sachvortrags hätte es aber zur Begründung einer medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB bedurft. Ohne diesen Sachvortrag waren die Behauptungen der Klägerin betreffend ihren Gesundheitszustand einzig und allein der Begründung des von ihr geltend gemachten Schmerzensgeldanspruchs zuzuordnen. Darauf musste das Landgericht sie nicht hinweisen. Die klagende Partei bestimmt selbst, wie sie ihren Anspruch begründen und welche Richtung sie dem Rechtsstreit geben will. Dazu gehört in einem Fall wie dem vorliegenden die Angabe, ob ein Schwangerschaftsabbruch „nur“ nach der Beratungslösung des § 218a Abs. 1 StGB oder auch wegen medizinischer oder kriminologischer Indikation nach § 218a Abs. 2, 3 StGB in Betracht gekommen wäre. Darauf kommt es nämlich entscheidend an. Das Gericht würde seine Pflicht zur Neutralität und Gleichbehandlung der Parteien verletzen, würde es insofern prozessleitend eingreifen.
Neues Vorbringen in zweiter Instanz ist nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Diese liegen hier nicht vor. Insbesondere kann sich die Klägerin nicht auf eine mangelnde Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO berufen. Sie hätte bereits in erster Instanz zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB vortragen können. Die verschiedenen Tatbestände des § 218 StGB waren bereits seinerzeit Gegenstand der Diskussion. Nichtsdestotrotz hat sich die Klägerin lediglich auf die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs gemäß § 218a Abs. 1 StGB berufen.
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

28. OLG Koblenz, Beschluss vom 13.11.2014 – 5 U 825/14 – * Zahnarzthaftung: Aufklärung vor Implantatversorgung unter Verwendung formularmäßiger Aufklärungsbögen; Wirksamkeit einer Patienteneinwilligung durch Unterzeichnung von Aufklärungsformularen; Fernwirkung des nur im selbständigen Beweisverfahren gestellten Antrags auf Anhörung des Sachverständigen

Leitsatz

1. Grundsätzlich muss auch ein Zahnarzt den Patient mündlich über die wesentlichen Risiken eines Eingriffs aufklären (vgl. Senatsurteil 5 U 732/14 vom 29.10.2014, MDR 2015, 213). Bei einer geplanten Implantatversorgung kann es aber ausnahmsweise ausreichen, dass der Zahnarzt dem Patient Tage vor dem Ersteingriff eine sehr umfangreiche und detaillierte schriftliche Risikoaufklärung mit der Aufforderung aushändigt, diese sorgfältig zu lesen und bei Einverständnis eigenhändig unterschrieben zurückzugeben.
2. Die Patientenbehauptung, den Inhalt der Aufklärungsformulare weder gelesen noch anderweitig zur Kenntnis genommen zu haben, ist unerheblich, falls nicht plausibel erklärt wird, warum die Schriftstücke gleichwohl unterschrieben zurückgereicht wurden.
3. Tragen die ansonsten vorgedruckten schriftlichen Aufklärungsbögen ein handschriftlich hinzugefügtes Datum, das greifbar nicht zutrifft (hier: ein Sonntag), ist das unschädlich, wenn offen zutage liegt, dass damit nur der Tag dokumentiert werden sollte, an dem der Patient die Aufklärung gelesen und seine Unterschrift hinzugefügt hat.
4. Ein im selbständigen Beweisverfahren gestellter Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen wird gegenstandslos, wenn das Gericht hiernach ein umfassendes schriftliches Ergänzungsgutachten veranlasst, dass zu sämtlichen Einwänden des Patienten gegen das erste Gutachten Stellung nimmt und der Anspruchsteller gegen die ergänzenden Feststellungen und Schlußfolgerungen des Sachverständigen nichts mehr erinnert, insbesondere den Antrag auf mündliche Anhörung nicht wiederholt. Der nur im selbständigen Beweisverfahren formulierte Anhörungsantrag wirkt auch nicht im Klageverfahren fort.

Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH (VI ZR 513/14) ist zurückgenommen worden.
Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Festhaltung OLG Koblenz, 29.10.2014, Az: 5 U 732/14

Tenor

1. Die Berufung gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 13.06.2014 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
2. Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht von der Gegenseite Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages gestellt wird.
3. Unter entsprechender Änderung der Streitbemessung durch das Landgericht wird der Gegenstandswert des Verfahrens erster und zweiter Instanz auf 60.000 € festgesetzt.

Gründe

I. Die Entscheidung ergeht gemäß §§ 522 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO, 63 Abs. 3 Nr. 1 GKG. Ihre sachlichen Grundlagen ergeben sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und dem Senatsbeschluss vom 20.10.2014. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Die Klägerin nimmt den beklagten Zahnarzt auf Zahlung eines auf mindestens 50.000 € zu beziffernden Schmerzensgeldes in Anspruch. Außerdem begehrt sie die Feststellung der Ersatzpflicht für gegenwärtige und künftige materielle Schäden.
Erstmals am 18.02.2010 konsultierte die 1959 geborene Patientin den Beklagten. Dieser empfahl, mehrere Zähne zu ziehen und anschließend eine Versorgung mit Implantaten vorzunehmen.
In drei Sitzungen extrahierte der Beklagte sodann 11 Zähne. Nach einer inhaltlich streitigen Aufklärung, deren schriftliche Dokumentation das Datum „30.05.2010“ (ein Sonntag) trägt, inserierte der Beklagte am 7.06.2010 acht (14, 13, 12, 22, 24, 26, 32 und 42) und am 28.06.2014 weitere sechs Implantate (37, 36, 34, 35, 46 und 47).
Der Verlauf nach den Eingriffen und die andernorts durchgeführten Folgebehandlungen waren außerordentlich komplikationsbehaftet, was die Klägerin insgesamt dem Beklagten anlastet, der die erhaltenswerten Zähne unnötig gezogen, sie über die Risiken der Implantatversorgung nicht hinreichend aufgeklärt und außerdem auch insoweit fehlerhaft behandelt habe.
Im deswegen eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren 2 OH 16/10 Landgericht Mainz erstattete Privatdozent Dr. Dr. M. ein schriftliches Gutachten (Bl. 132 - 154 aaO). Hiernach zog das Landgericht Unterlagen nachbehandelnder Zahnärzte bei, auf deren Grundlage der Sachverständige sein Gutachten schriftlich ergänzte (Bl. 280 - 223 aaO).
Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin behauptet, ihre multiplen gesundheitlichen Leiden, Ausfälle und Beschwerden (Bl. 12 ff GA) seien allesamt Folge der unsachgemäßen Behandlung durch den Beklagten.
Dieser hat erwidert, die Patientin umfassend und sachgemäß aufgeklärt zu haben. Nach der ersten Implantation sei es zwar zu einer Wundheilungsstörung im Bereich der Zähne 12 und 13 gekommen; damit habe sich jedoch ein typisches, trotz ärztlicher Sorgfalt nicht vermeidbares Risiko verwirklicht. Auf die

persistierenden Probleme habe er mit der Überweisung der Patientin an die Zahnklinik der Universitätsmedizin sachgemäß reagiert. Im Bereich der anderen Zähne sei die Implantatversorgung sachgemäß und ohne Komplikationen erfolgt.
2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat die Klägerin angehört (§ 141 ZPO - Bl. 97/98 GA), mit den Parteien die im selbständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen des Sachverständigen erörtert und die Klage hiernach abgewiesen. Die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren böten keinen zureichenden Anhalt für eine Fehlbehandlung durch den Beklagten. Nach dem Anhörungsergebnis sei die Klägerin vorinformiert gewesen; zudem sei der von ihr unterzeichnete Aufklärungsbogen inhaltlich ausreichend, um über die Chancen und Risiken einer Implantatversorgung zu informieren.
3. Mit der Berufung hält die Klägerin an ihren erstinstanzlichen Anträgen fest. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl.112 - 147 GA).
Der Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts nach Maßgabe der Berufungserwiderung (Bl. 164 - 176 GA), auf die der Senat ebenfalls Bezug nimmt.
4. Das zulässige Rechtsmittel erscheint aussichtslos, weil das Landgericht die Klage jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat. Was die Berufung dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Im Einzelnen:
a. Die Berufung meint, im selbständigen Beweisverfahren habe nicht der gesetzliche Richter entschieden. Wie der Senat weiß (§ 291 ZPO) sind Arzthaftungssachen bei dem Landgericht Mainz der 2. Zivilkammer zugewiesen, die im Geschäftsjahr 2010 auch für Zahnarzthaftung zuständig war. Auch bei dem selbständigen Beweisverfahren handelte es sich um ein Verfahren, in dem das Landgericht daher grundsätzlich in der Besetzung mit 3 Berufsrichtern entscheiden musste (§ 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. e ZPO).
Die 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz hat die Sache jedoch durch Beschluss vom 11.08.2010 wirksam (§ 348 a ZPO) auf den Einzelrichter übertragen (Bl. 9 d. A. 2 OH 16/10 Landgericht Mainz).
Warum der Beschluss „rechtswidrig“ sein soll, teilt die Berufung nicht mit. Soweit sie rügt, ihre Einwilligung in den Beschluss „existiere nicht“, veranlasst das den Hinweis, dass gerichtliche Entscheidungen nach § 348 a ZPO keine Einwilligung der Parteien voraussetzen.
Was die Rechtsmittelführerin mit dem Hinweis „insbesondere ... auf § 411 Abs. 4 ZPO“ beanstanden will, erschließt sich nicht.
Die Entscheidung des BGH VI ZR 268/00 betrifft eine andere Fallkonstellation.
Was sich hinter der unvollständigen Fundstellenangabe „BGH 1986, 1928, 1930“ verbirgt, kann der Senat nicht feststellen.
Das Urteil des BGH VI ZR 382/12 betrifft den Beweiswert von Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände für die Bestimmung des medizinischen Standards bei der Versorgung einer Frau mit Hochrisikoschwangerschaft. Was sich daraus für den vorliegenden Streitfall (Zahnarzthaftung) ergeben soll, sieht der Senat nicht.
Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im selbständigen Beweisverfahren liegt nach alledem nicht vor, so dass dahinstehen kann, ob die Berufung mit dieser Rüge auch aus prozessualen Gründen scheitert.
b. Soweit die Berufung in verfahrensrechtlicher Hinsicht außerdem die inhaltliche Verwertung der im selbständigen Beweisverfahren gewonnenen Erkenntnisse beanstandet, geht auch das an der bestehenden Gesetzeslage vorbei (§ 493 Abs. 1 ZPO). Danach steht die selbständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, wenn sich eine Partei im Prozess auf Tatsachen beruft, über die selbständig Beweis erhoben worden ist. Der Beklagte hat sich auf solche Tatsachen berufen (BE Seite 3 - Bl. 166 GA).
c. Mit Recht beanstandet die Berufung allerdings die Ansicht des Landgerichts, die Klägerin habe keine Behandlungsfehler dargelegt. Der Senat sieht das anders und hält schon das Klagevorbringen insoweit für ausreichend.
aa. Allerdings ist die Behauptung, der zeitliche Abstand zwischen der letzten Zahnextraktion und der ersten Implantatversorgung sei zu kurz gewesen, neu und damit prozessual unbeachtlich (§ 531 Abs. 2 ZPO).
Vertiefter Erörterung bedarf das nicht, weil auch die neue Behauptung nicht entscheidungserheblich ist. Welche Zähne zuletzt (25.05.2010) extrahiert wurden, teilt die Berufung nicht mit, so dass sich nicht erschließt, dass just diese Lücken bereits bei der ersten Implantation am 7.06.2010 versorgt wurden.
bb. Soweit die Berufung meint, zu alledem habe der im selbständigen Beweisverfahren konsultierte Sachverständige nach § 411 Abs. 3 ZPO gehört werden müssen, ist darauf hinzuweisen, dass ein Antrag auf mündliche Anhörung in erster Instanz nicht gestellt wurde.
Was die Klägerin bzw. ihre dortigen Bevollmächtigten nicht für erforderlich hielten, musste sich dem Landgericht auch nicht von Amts wegen aufdrängen.

cc. Die bereits im selbständigen Beweisverfahren formulierte Frage, ob die vom Beklagten vorgenommene Implantatversorgung „lege artis“ erfolgte, hat der gerichtliche Sachverständige dort unter Auswertung aller ihm zugänglichen Vorbefunde nach einer persönlichen Untersuchung der Klägerin dahin beantwortet, dass sich keine Hinweise darauf finden, dass die Implantate nicht „lege artis“ inseriert wurden.
Das hat in den zuvor vom Sachverständigen getroffenen Feststellungen eine hinreichende Stütze.
dd. Soweit die Berufung dies mit dem Inhalt einer als Stellungnahme bezeichneten E-Mail des Nachbehandlers Prof. Dr. Dr. F. entkräften möchte (Bl. 134 GA), sieht die Klägerin zutreffend, dass es sich um eine neue Tatsache handelt, die verfahrensrechtlich an der Hürde des § 531 Abs. 2 ZPO scheitert, weil die Mail vom 22.04.2013, mithin vor Klageerhebung, datiert und die Berufung nicht mitteilt, warum sie in erster Instanz nicht vorgelegt wurde.
Im Übrigen bringt die Stellungnahme des Nachbehandlers inhaltlich für die entscheidungserheblichen Streitfragen wenig, weil sie den Blick auf die gebotene Weiterbehandlung und Neuversorgung richtet und sich mit der Empfehlung des Dr. R. als „Top - Anwalt“ außerhalb der kritischen Distanz bewegt, die ein auf juristischem Fachgebiet nicht hinreichend bewanderter Arzt gegenüber seiner Patientin einhalten sollte.
Die E-Mail des Nachbehandlers an die Klägerin gar als „Gutachten“ zu qualifizieren (BB Seite 5 - Bl. 116 GA), hält der Senat für unvertretbar.
ee. Prof. Dr. Dr. F. musste auch nicht als sachverständiger Zeuge gehört werden, weil der von ihm bei der Nachbehandlung deutlich später vorgefundene Zahnstatus wenig über die allein entscheidungserhebliche Frage sagt, welchen Status der Beklagte bei Behandlungsbeginn vorfand.
d. Soweit die Berufung einen Befunderhebungsfehler behauptet und daraus eine Beweiserleichterung herleiten will, ist auch das nicht tragfähig.
Denn die Berufung unterstellt insoweit, dass vom Beklagten zu erhebende Befunde das Behandlungsgeschehen in eine andere Richtung hätten lenken müssen.
Dass ist jedoch in seinen tatsächlichen Grundlagen nicht gesichert und letztlich spekulativ.
Nicht vorhandene Befunde konnte der Beklagte auch nicht dokumentieren, so dass auch der Vorwurf von Dokumentationsversäumnissen und -lücken einer verlässlichen Tatsachengrundlage entbehrt.
e. Die Rüge, den einer Implantatversorgung entgegenstehenden Befund bei Behandlungsbeginn und im06.2010 habe die Klägerin bei ihrer Parteianhörung plausibel geschildert, geht daran vorbei, dass der Beklagte diese Schilderung schriftsätzlich bestritten und das Landgericht nicht festgestellt hat, dass es die Angaben der Anspruchstellerin bei der Parteianhörung als glaubhaft ansieht, was nach Auffassung des Senats ohnehin nur nach einer gegenüberstellenden Befragung auch des Beklagten statthaft gewesen wäre.
Mithin handelt es sich bei den von der Berufung in den Blick gerückten Behauptungen der Klägerin lediglich um beweislosen Parteivortrag.
f. Im Aufklärungspunkt beanstandet die Berufung zu Recht die missverständliche Formulierung des angefochtenen Urteils, die Klägerin habe sich selbst bereits vorher mit der Thematik einer Implantatversorgung befasst.
Das lässt besorgen, dass dem Landgericht nicht hinreichend bewusst war, dass die Behandlungsseite im Aufklärungspunkt umfassend beweispflichtig ist.
Gleichwohl erweist die Entscheidung des Landgerichts sich auch an dieser Stelle als im Ergebnis zutreffend.
aa. Die Berufung sieht das anders und rügt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass der Klägerin die Sitzungsniederschrift mit dem Inhalt ihrer Parteibefragung nicht vorgespielt worden sei. Auch habe die Klägerin das Diktierte nicht genehmigt. Ohne diese Versäumnisse hätte sie darauf beharrt, dass auch ihre Erklärung protokolliert wurde, beim 30.05.2010 habe es sich um einen Sonntag gehandelt, was beweise, dass der Beklagte sie nicht aufgeklärt habe, da die Praxis Sonntags geschlossen sei.
Mit dieser im Ausgangspunkt berechtigten Beanstandung verkennt die Berufung die dienende Funktion des Verfahrensrechts. Außerhalb der hier nicht zur Debatte stehenden absoluten Revisionsgründe des § 547 ZPO können Verfahrensverstöße den Bestand gerichtlicher Entscheidungen nur gefährden, wenn sie geeignet sind, die inhaltliche Richtigkeit der Sachentscheidung in Frage zu stellen.
Das ist hier zu verneinen. Dass der 30.05.2010 ein Sonntag war, steht gleichermaßen außer Frage wie die Tatsache, dass beide Aufklärungsbögen dieses Datum tragen. Richtig ist auch, dass der Beklagte in erster Instanz behauptet hatte, an diesem Tag ein Aufklärungsgespräch mit der Klägerin geführt zu haben. Dass dies nicht plausibel erscheint, rügt die Berufung zu Recht.
Indes belegt die handschriftliche Eintragung „30.05.2010“ entweder eine Fehldatierung oder (näherliegend) die von der Berufungserwiderung behauptete Tatsache, dass die Klägerin an jenem Sonntag den Aufklärungsbogen, den man ihr mit nach Hause gegeben hatte, las, unterzeichnete und richtig datierte, um ihn am darauffolgenden Montag (31.Mai 2010) in der Praxis des Beklagten abzugeben.
Letzteres steht in Einklang mit der Behandlungsdokumentation des Beklagten, wonach der Klägerin am 26.05.2010 neben einem Schriftstück „Info - Implantation“ die Einverständniserklärung „Implantation“ ausgehändigt wurde (Seite 0004 der Dokumentation).

Den Streit der Parteien um die Datumsangabe hält der Senat aber auch deshalb für nicht entscheidungserheblich, weil außer Frage steht, dass beide Aufklärungsbögen von der Klägerin eigenhändig unterzeichnet sind und nicht behauptet ist, sie habe den Inhalt der Schriftstücke nicht zur Kenntnis genommen oder nicht verstanden.
bb. Was der Klägerin lange vor der ersten Implantation auf insgesamt sechs engbeschriebenen DIN A 4 - Seiten schriftlich über Chancen und Risiken der Implantatversorgung mitgeteilt wurde, erachtet der Senat nach Prüfung des Inhalts der Schriftstücke als ausreichend.
Soweit die Berufung (BB Seite 9) eine Aufklärung über das Risiko einer dauerhaften Nervschädigung vermisst, zeigt sie nicht auf, dass bei der Klägerin ein derartiger Schaden eingetreten ist. Sie „vermutet" lediglich eine dauerhafte Nervschädigung (BB Seite 11). Hierzu ist auf die von der Klägerin unterzeichnete Urkunde „Einpflanzung künstlicher Zahnwurzeln (Implantation)" zu verweisen. Dort heißt es auf Seite 2 unter anderem:
„Im Backenzahnbereich des Unterkiefers kann es in seltenen Fällen zu einer Verletzung des Unterkiefernervs kommen. Dies hat ein vorübergehendes, sehr selten auch ein dauerndes Taubheitsgefühl der Unterlippe zur Folge" (Hervorhebung durch den Senat).
Vor diesem Hintergrund kann der Berufung nicht darin gefolgt werden, das Risiko eines Dauerschadens sei der Patientin nicht offenbart worden.
Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass eine unvollständige Aufklärung als solche kein selbständiger Haftungstatbestand ist (vgl. Senatsurteil vom 24.06. 2004, 5 U 331/04, in GesR 2004, 411 m.w.N.). Letztlich sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Aufklärungsinhalt vor der Extraktion von Weisheitszähnen nicht auf eine Implantatversorgung übertragbar, um die es im vorliegenden Behandlungsfall geht.
cc. Dass sich der Klägerin vor den Eingriffen nicht erschlossen habe, dass es in ihrem Fall um das Einbringen mehrerer Implantate ging, kann nicht angenommen werden.
5. Dass der Behandlungsverlauf derart frustran war, ist in hohem Maße bedauerlich, beruht jedoch nicht auf haftungsrelevanten Versäumnissen und/oder Fehlern des Beklagten."
II. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Stellungnahme vom 8.11.2014, auf die ebenso verwiesen wird wie auf die dort beigefügten Anlagen (Bl. 191 - 216 GA mit Anlagenkonvolut BK 8 bis BK 20).
All das führt aber nicht zu einer anderen Einschätzung der Erfolgsaussichten der Berufung:
1. Die Klägerin meint, wegen der behaupteten Fehldatierung der Aufklärungsbögen sei die Zurückweisung der Berufung „unzulässig". Das trifft nicht zu. Die Rechtsmittelführerin teilt auch nicht mit, aus welcher Bestimmung des Prozessrechts sich das ergeben soll.
2. Dass eine missverständliche Formulierung im angefochtenen Urteil dahin gedeutet werden kann, dass die Einzelrichterin die Beweislast im Aufklärungspunkt verkannt hat, ist der Klägerin bereits im Senatsbeschluss vom 20.10.2014 konzediert worden.
Soweit die Klägerin nunmehr behauptet, die inhaltlich ausreichenden Aufklärungsformulare, die ihr der Beklagte zur häuslichen Lektüre mitgegeben hatte, habe sie weder gelesen, noch sei ihr der Inhalt „anderweitig bekannt" geworden, bleibt sie eine Erklärung dafür schuldig, aus welchem Grund sie die Urkunden gleichwohl unterzeichnete.
Vertiefter Erörterung bedarf das nicht, weil nicht behauptet ist, dass die Klägerin dem Beklagten die unterzeichneten Schriftstücke mit dem Hinweis aushändigte, den gesamten Inhalt trotz ihrer konsentierenden Unterschriften nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Daher fehlt es insoweit jedenfalls am Verschulden des Beklagten, dem sich das nunmehr von der Patientin behauptete Informationsdefizit nicht erschloss.
Auf die behaupteten Wahrnehmungen des Zeugen M. kommt es nicht an, weil der Senat, wie bereits dargestellt, den Inhalt der schriftlichen Aufklärungsbögen für ausreichend hält.
3. Soweit die Berufung meint, dem Senat fehle die erforderliche Sachkunde zur Entscheidung der Frage, ob der Inhalt der schriftlichen Aufklärungsbögen ausreicht, nimmt sie Bezug auf eine in NJW-RR 2008, 414 abgedruckte Entscheidung des für das Versicherungsrecht zuständigen IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. In diesem Beschluss geht es um die Ablehnung der Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens zu der Behauptung, verschwiegene Vorerkrankungen des Versicherungsnehmers in der Berufsunfähigkeitsversicherung stünden in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalles.
Was das mit der Frage zu tun hat, ob die Sachinformationen in Aufklärungsbögen, ausreichen, die ein Zahnarzt seinen Patienten zur häuslichen Lektüre aushändigt, erschließt sich nicht.
Die weiteren Beanstandungen im Aufklärungspunkt wiederholen Vorbringen der Berufungsbegründung, das der Senat bei seiner Ankündigung vom 20.10.2014 geprüft, berücksichtigt und gewürdigt hat.
4. Soweit die Berufung eine unzureichende gerichtliche Sachaufklärung, insbesondere die unterbliebene Anhörung des im selbständigen Beweisverfahren tätigen Sachverständigen rügt und zur näheren Begründung auf Anwaltsschriftsätze vom 4.01.und 20.02.2012 verweist, geht das daran vorbei, dass die Klageschrift vom 28.07.2013 datiert.

Daraus erschließt sich, dass der Senatsbeschluss vom 20.10.2014 zutreffend davon ausgeht, im Klageverfahren sei kein Anhörungsantrag gestellt worden.
Im Übrigen ist zwar im selbständigen Beweisverfahren ein Anhörungsantrag gestellt worden (Bl. 169 der Beweissicherungsakten 2 OH 16/10 LG Mainz), auf den der spätere Schriftsatz vom 20.02.2012 Bezug nimmt (Bl. 197 aaO). Die Berufung geht aber daran vorbei, dass der im Beweisverfahren zuständige Einzelrichter hiernach mit großer Sorgfalt zunächst umfangreiche weitere Behandlungsunterlagen beigezogen und auf dieser Grundlage ein ergänzendes schriftliches Sachverständigengutachten veranlasst hat (Bl. 280 ff aaO). Dagegen sind im selbständigen Beweisverfahren dann keine Einwände mehr erhoben worden; insbesondere wurde kein Anhörungsantrag gestellt.
Die Berufungsthese, gleichwohl wirke der ursprüngliche Anhörungsantrag aus dem selbständigen Beweisverfahren im Klageverfahren fort, hat keine tragfähige Grundlage.
5. Soweit die Berufung wiederholt, es seien verfrüht Implantate gesetzt worden, geht das an der Feststellung des Sachverständigen vorbei, das präoperative Knochenangebot sei ausreichend gewesen (Bl. 144 aaO).
6. Die Stellungnahme vom 8.11.2014 beanstandet erneut, dass Prof. Dr. F. nicht als sachverständiger Zeuge gehört wurde und verweist zur näheren Begründung auf dessen Brief an die Klägerin vom 10.06.2014 (Anlage BK 17).
Mit diesem, deutlich außerhalb der Berufungsbegründungsfrist unterbreiteten Tatsachenstoff kann die Klägerin aus prozessualen Gründen nicht gehört werden (§ 531 Abs. 2 ZPO).
Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass der Inhalt des Schreibens vom 10.06.2014 für die Haftungsfrage derart unergiebig ist, dass sich daraus erschließt, warum das Schriftstück nicht Gegenstand der Berufungsbegründung war.
7. Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.
Die angekündigte Streitwertreduzierung hat der Senat trotz der Einwände auf Seite 9 des Schriftsatzes vom 8.11.2014 vorgenommen, weil die Beschwerden, die dem behaupteten Fehlverhalten des Beklagten zuzuordnen sind, mit einem Betrag von 10.000 € angemessen bewertet erscheinen.
Feststellungsanträge in Arzthaftungssachen beziehen sich durchweg auf Dauerschäden, so dass in diesem Umstand kein Grund gesehen werden kann, den anteiligen Wert des Festsstellungsantrags auf 50.000 € zu bemessen.

29. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 12.11.2014 – 1 U 90/13 – * Arzthaftungsprozess: Implantierung einer ASR-Hüftprothese im Jahr 2006 als Behandlungsfehler; Darlegungslast des Patienten; Anforderungen an die Patientenaufklärung bei Behandlungsalternativen

Leitsatz

Der Einbau einer sog. ASR-Hüftprothese stellte im Jahr 2006 keinen ärztlichen Behandlungsfehler dar, da zu jenem Zeitpunkt noch nicht bekannt war, dass ASR-Prothesen in Gestalt eines erhöhten Kobalt- und Chromabriebs Gesundheitsrisiken bergen.

Orientierungssatz

1. Im Arzthaftungsprozess werden an die Substantiierungspflicht der Partei nur maßvolle Anforderungen gestellt, weil vom Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann (Anschluss BGH, 8.06.2004, VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245). Die bloße Bezugnahme auf Herstellerinformationen eines Hüftimplantats ohne - zumindest ansatzweise - Darlegung, was sich daraus für die Beurteilung der Indikationsstellung ergeben soll, genügt dem allerdings nicht.
2. Grundsätzlich obliegt die Wahl der Behandlungsmethode dem Arzt. Nur wenn es mehrere medizinisch indizierte und übliche Behandlungsmethoden gibt, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, so dass für den Patienten eine echte Wahlmöglichkeit besteht, muss diesem nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (Anschluss BGH, 13.06.2006, VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 und OLG Köln, Urteil vom 4.04.2012, I-5 U 99/11, GesR 2012, 507).
3. Grundsätzlich muss sich die Aufklärung auf typische Risiken einer Operation erstrecken, mögen sie auch selten auftreten, insbesondere soweit die Risiken, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten und der medizinische Laie mit ihnen nach der Natur des Eingriffs nicht zu rechnen braucht (Anschluss BGH, 10.10.2006, VI ZR 74/05, NJW 2007, 217 und OLG Schleswig, 13.01.1995, 4 U 243/86, NJW-RR 1996, 348). Das gilt allerdings nur, soweit nach dem medizinischen Erfahrungsstand im Behandlungszeitpunkt ein solches Risiko bekannt und mit seinem Eintritt zu rechnen ist (Anschluss BGH, 12.12.1989, VI ZR 83/89, NJW 1990, 1528).

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 08.08.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken - 16 O 32/12 - wird zurückgewiesen.
II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten.
III. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, es sei denn, die Gegenseite leistet zuvor Sicherheit in gleicher Höhe.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.
Die Klägerin nimmt die Beklagte, die das Krankenhaus in P. betreibt, auf Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung der Einstandspflicht für Folgeschäden in Anspruch.
Die Klägerin, die bereits 2003 linksseitig einen Hüftgelenksersatz erhalten hatte, unterzog sich am 10.02.2006 im Krankenhaus der Beklagten wegen fortschreitender Beschwerden in der rechten Hüfte einem weiteren Eingriff, bei dem eine sog. ASR-Prothese der Streithelferin der Beklagten, die seit 2003 in Deutschland als Prothesentyp zugelassen war, eingesetzt wurde. Der postoperative Verlauf war komplikationslos.
Nachdem die Streithelferin der Beklagten - nach Hinweisen auf erhöhte Revisionsquoten - das ASR-System vom Markt genommen und Blutuntersuchungen bei den jeweiligen Patienten empfohlen hatte, wurden bei der Klägerin anlässlich einer solchen Untersuchung erhöhte und ansteigende Kobalt- und Chromwerte festgestellt. Am 22.10.2011 wurde die ASR-Prothese ausgetauscht.
Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass ihr ein Implantat eingesetzt worden sei, bei dem es abriebbedingt zur Absonderung von Kobalt und Chrom in schädigender Dosis gekommen sei, obwohl dieses Problem 2006 in einschlägigen Medizinerkreisen bereits hinlänglich bekannt gewesen sei. Zudem habe keine Indikation für den Eingriff bestanden. Es liege ein grober Behandlungsfehler vor. Sie sei auch nicht auf die Gefährlichkeit der Metalle Kobalt und Chrom hingewiesen worden. Durch die fehlerhafte Behandlung habe sie sich einer zweiten Hüftoperation mit all ihren Risiken und erheblichen Belastungen unterziehen müssen.
Die Beklagte ist dem unter Hinweis darauf, dass die ASR-Prothese zum Operationszeitpunkt bereits seit mehreren Jahren auf dem Markt und zugelassen gewesen sei und zudem nicht bekannt gewesen sei, dass die Gefahr eines deutlich erhöhten Metallabriebs bestehe, entgegengetreten.
Durch das angefochtene Urteil vom 08.08.2013 (GA 100 ff.), auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen vollumfänglich gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das sachverständig beratene Landgericht die Klage abgewiesen, weil weder Behandlungsfehler noch Aufklärungspflichtverletzungen der Beklagten festgestellt werden könnten.
Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlich erfolglos gebliebenen Klageanträge weiter.
Das Landgericht habe es verabsäumt, durch weitere Beweiserhebung zu klären, ob die Behandlerseite die medizinischen Vorgaben des Herstellers des Medizinproduktes eingehalten hat, weshalb auch nicht festgestellt werden könne, dass der Facharztstandard eingehalten worden sei. Mangels Verwertung der Produktinformation durch den Sachverständigen fehle bereits die Grundlage für die Prüfung von Ansprüchen aus MPG/Produkthaftungsrecht. Das Krankenhaus sei als Betreiber des Medizinprodukts anzusehen, zumal der Chefarzt der Beklagten wirtschaftlich mit der Herstellerfirma verbunden sei.
Eine Aufklärung über die Problematik des Abriebs mit möglicherweise Einhergehen von möglichen Knochenveränderungen sowie über die Problematik des Eintritts von Metallen in den Körper sei nicht erfolgt. Hierauf hätte aber hingewiesen werden müssen, zumal der Sachverständige in 2 anderen Verfahren bestätigt habe, dass es 2005/2006 bereits warnende Stimmen in der medizinischen Fachliteratur gegeben habe, die den Einsatz von Metall-Metall-Systemen wegen des damit verbundenen Abriebs ablehnten. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte sich die Klägerin für ein anderes System entschieden.
Das Landgericht habe die erhobenen Beweise auch nicht ausreichend gewürdigt. Insbesondere habe es die sich aus dem schriftlichen Sachverständigengutachten und der Anhörung des Sachverständigen ergebenden Widersprüche nicht aufgeklärt. Zudem habe es entgegen § 139 ZPO nicht darauf hingewiesen, dass ihr Beweisantrag bzgl. der Produktinformation und ihre Bedeutung für die Indikation nicht ausreichend substantiiert seien.
Die Klägerin beantragt (GA 139/159, 365),
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Saarbrücken vom 08.08.2013 - 16 O 32/12 -
1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Schmerzensgeldbetrag in Höhe von mindestens 30.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab dem 12.10.2011 zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die der Klägerin aufgrund der Fehlbehandlung künftig entstehen werden, sofern

die entsprechenden Ansprüche nicht auf Krankenversicherungs-, Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin an vorgerichtlichen Kosten einen Betrag in Höhe von 1.827,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab dem 12.10.2011 zu zahlen.
Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen (GA 126, 228/256, 365),
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens. Ein - bei Metall-Metall-Gleitpaarungen - leicht höherer Metallabrieb sei nicht vermeidbar und führe auch nicht zu Gesundheitsschäden. Solche Metall-Metall-Gleitpaarungen seien nach wie vor zugelassen und weltweit im Einsatz. Auf das hierdurch bedingte Risiko einer Lockerung des Hüftgelenk-Implantats sei die Klägerin hingewiesen worden, sie habe sich aber nicht verwirklicht. Zum Operationszeitpunkt sei ein erhöhter, über den normalen als unbedenklich anzusehenden Metallabrieb hinausgehender Metallabrieb bei der ASR-Hüfte noch nicht bekannt gewesen, weshalb deren Verwendung gerechtfertigt und eine Aufklärung hierüber nicht möglich gewesen sei. Über die unterschiedlichen Gleitpaarungen habe eine Aufklärung nicht erfolgen müssen, weil diese als gleichwertig anzusehen seien.
Die Streithelferin der Beklagten hat sich den Ausführungen der Beklagten angeschlossen. Insbesondere hat sie darauf verwiesen, dass der Klägerin 2003 linksseitig ebenfalls eine Metall-Metall-Gleitpaarung nach „McMinn“ implantiert worden sei, weshalb nicht feststehe, worauf die erhöhte Metallbelastung zurückzuführen sei. Der Rückruf der ASR-Prothese sei freiwillig und höchst vorsorglich wegen erhöhter Revisionszahlen in Australien, England und Wales, deren Grund unbekannt sei, erfolgt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 01.10.2014 (GA 364 - 366) Bezug genommen.
B.
Die Berufung der Klägerin ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig.
In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer kausalen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).
Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin kein Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes infolge positiver Vertragsverletzung, §§ 611 (jetzt § 630 a BGB), 280 Abs. 1, 278, 249 Abs. 2, 253 Abs. 2 BGB bzw. aus §§ 823 Abs. 1, 831, 253 Abs. 2 BGB zusteht. Ebenso scheidet ein Anspruch auf Feststellung der künftigen Schadensersatzverpflichtung aus. Denn den die Klägerin im Krankenhaus der Beklagten behandelnden Ärzten, für deren Sorgfaltspflichtverletzung die Beklagte gemäß § 278 BGB und - da es sich zugleich um Verrichtungsgehilfen der Beklagten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.1988 - VI ZR 246/86 -, NJW 1988, 2298, 2300) - nach § 831 BGB einzustehen hätte, ist kein Behandlungsfehler vorzuwerfen (I.). Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch Ansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz und dem Medizinproduktgesetz verneint (II.).
I.
Auf der Grundlage des nach § 529 ZPO vom Senat zugrunde zu legenden Sachverhalts können Behandlungsfehler der Beklagten nicht festgestellt werden.
1. Die vertragliche Haftung des Arztes für Behandlungsfehler, die an die Verletzung von Verhaltenspflichten anknüpft, gilt in gleicher Weise und mit demselben Inhalt hinsichtlich der Pflichten, deren Verletzung zu einer deliktischen Haftung führt, so dass die vertraglichen und deliktischen Verhaltenspflichten übereinstimmen (BGH, Urteil vom 24.06.1986 - VI ZR 21/85 -, NJW 1987, 705, 706). Die die behandelnden Ärzte der Beklagten aus dem Behandlungsvertrag treffenden Sorgfaltsanforderungen und die ihnen auf Grund ihrer Garantenstellung für die übernommene Behandlungsaufgabe obliegenden Sorgfaltspflichten sind dementsprechend identisch. Sie richteten sich auf eine den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechende Versorgung des Patienten mit dem Ziel der Wiederherstellung seiner körperlichen und gesundheitlichen Integrität (vgl. BGH, Urteil vom 20.09.1988 - VI ZR 37/88 -, NJW 1989, 767, 768 176, 177).
Der Arzt muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.1999 - VI ZR 34/98 -, NJW 1999, 1778, 1779). Ob ein Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, beantwortet sich somit danach, ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Maßnahmen getroffen und diese Maßnahmen sorgfältig durchgeführt hat (vgl. BGH, Urteil vom 10.03.1987 - VI ZR 88/86 -, NJW 1987, 2291, 2292).
2. Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist vorliegend in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Landgerichts, auf die vollinhaltlich Bezug genommen wird, kein Behandlungsfehler festzustellen.

a. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass eine Indikation zur Vornahme eines TEP-Ersatzes bestanden hat, nachdem die Klägerin im rechten Hüftgelenk unter stark zunehmenden Schmerzen gelitten hat, die ihr ein schmerzfreies Gehen unmöglich gemacht haben. Der Sachverständige Prof. Dr. L., dem sämtliche Krankenunterlagen der Klägerin vorlagen, hat die Indikation für den operativen Eingriff nachvollziehbar und überzeugend bestätigt.
Hiergegen wendet sich die Klägerin nur insoweit, als das Landgericht auf ihren Beweisantrag, „unter Berücksichtigung der zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Produktinformationen des Herstellers ein weiteres Gutachten zur Indikationsstellung einzuholen“, nicht erkannt hat. Das Landgericht hat diesen Antrag jedoch zu Recht zurückgewiesen. Auch wenn im Arzthaftungsprozess an die Substantiierungspflicht der Partei nur maßvolle Anforderungen gestellt werden dürfen, weil vom Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann (BGH, Urteil vom 08.06.2004 - VI ZR 199/03 - BGHZ 159, 245 ff. Rn. 22), fehlt es hier an einem substantiierten Vortrag, der auch nur die Vermutung eines fehlerhaften ärztlichen Verhaltens nahelegt. Die bloße Bezugnahme auf Herstellerinformationen ohne - zumindest ansatzweise - Darlegung, was sich daraus für die Beurteilung der Indikationsstellung ergeben soll, genügt dem nicht.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Berufungsvorbringen. Danach sollen laut ASR-Produktinformation nur solche Patienten für den ASR-Gelenkersatz vorgesehen werden, die eine ausreichend gute Knochensubstanz haben und deren Knochengeometrie für die ASR-Prothese passend ist. Zudem enthält die Produktinformation nach Darlegung der Klägerin Anweisungen zum Einbau der Prothese. Inwiefern sich diese Produktinformationen auf die Indikationsstellung auswirken sollen, erschließt sich allerdings nicht. Insbesondere lässt sich hieraus nicht ableiten, dass die ausgewählte Prothese für die Klägerin nicht passend war. Denn die in der Produktinformation enthaltenen Voraussetzungen betreffen ersichtlich den ordnungsgemäßen und festen Sitz der ASR-Prothese und enthalten Anweisungen für deren korrekten Einbau. Es kann aber nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht festgestellt werden, dass die Prothese nicht ordnungsgemäß eingesetzt wurde und sich deshalb im Anschluss Bewegungseinschränkungen oder sonstige Schmerzen gezeigt haben. Vielmehr hat die Klägerin selbst vorgetragen, dass sie bis zu den von der Beklagten veranlassten Blutuntersuchungen, die stark erhöhte Kobalt- und Chromwerte gezeigt haben, keinerlei Probleme mit der ASR-Hüftgelenksprothese gehabt hat. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern sich die Angaben in der Produktinformation im Streitfall auf die Indikationsstellung - auch für die Verwendung gerade der ASR-Prothese - ausgewirkt haben sollten.
b. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch festgestellt, dass die Verwendung der ASR-Prothese nicht behandlungsfehlerhaft war.
Grundsätzlich obliegt die Wahl der Behandlungsmethode dem Arzt. Nur wenn es mehrere medizinisch indizierte und übliche Behandlungsmethoden gibt, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, so dass für den Patienten eine echte Wahlmöglichkeit besteht, muss diesem nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (BGH, Urteil vom 13.06.2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103 ff. Rn. 13 m.w.N.; OLG Köln, Urteil vom 04.04.2012 - 5 U 99/11 -, GesR 2012, 507 ff. 53).
Hiervon ausgehend liegen im Streitfall in Bezug auf das Material der verwendeten Hüftgelenksprothese keine aufklärungspflichtigen Behandlungsalternativen vor. Der Sachverständige hat sowohl in seinem schriftlichen Gutachten als auch bei dessen mündlicher Erläuterung überzeugend und einsichtig dargelegt, dass es im Rahmen der Endoprothetik verschiedene Materialkombinationen gibt, denen allen gemein ist, dass es in jedem Fall zu einem Materialabrieb kommt. Alle zu der implantierten ASR-Prothese konkurrierenden und alternativen Endoprothesensysteme sind, so der Sachverständige weiter, durch ihnen jeweils anhaftende spezifische Vor- und Nachteile gekennzeichnet. Deshalb stellte nach der überzeugenden Darlegung des Sachverständigen Professor Dr. L. die Entscheidung der behandelnden Ärzte für die Verwendung des ASR-Systems im Jahr 2006 eine erlaubte Ermessensentscheidung innerhalb des gebotenen Facharztstandards dar.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass nach der Behauptung der Klägerin die verwendete ASR-Prothese zu erhöhten abriebbedingten Kobalt- und Chromeinlagerungen geführt haben soll. Denn die behandelnden Ärzte haben ein zugelassenes Medizinprodukt eines weltweit operierenden Herstellers, das bereits seit längerem auf dem Markt war, implantiert. Eine Verletzung der vertraglich wie deliktisch gebotenen Sorgfaltspflichten könnte hieraus allenfalls dann abgeleitet werden, wenn die von der Klägerin behauptete schädliche Langzeitwirkung bereits zum damaligen Zeitpunkt (2006) in medizinischen Facharztkreisen bekannt gewesen wäre.
Dies war allerdings nicht der Fall. Zwar hat der Sachverständige Prof. Dr. L. sowohl in seinem schriftlichen Gutachten als auch bei seiner Anhörung ausgeführt, dass bereits zum damaligen Zeitpunkt in Facharztkreisen bekannt war, dass die im Streitfall verwendete Gleitpaarung ebenso wie alle anderen Metall-Metall-Gleitpaarungen zu einem Metallabrieb (auch von Kobalt und Chrom) führen kann, dessen damals bekannte Konzentration allerdings keine Gesundheitsrisiken barg. Darüber hinaus hat er jedoch unmissverständlich klargestellt, dass zum damaligen Zeitpunkt nicht bekannt gewesen sei, dass es bei ASR-

Prothesen zu einem über das bekannte, nicht gesundheitsschädliche Maß hinausgehenden erhöhten Kobalt- und Chromabrieb kommen könne. Erste beunruhigende Nachuntersuchungsergebnisse mit einer erhöhten Revisionsrate hätten erst im Jahr 2008 vorgelegen, so dass sie bei der hier streitigen Operation im Jahr 2006 noch nicht bekannt gewesen seien. Diesen nachvollziehbaren und einsichtigen Ausführungen des dem Senat aus zahlreichen Verfahren als zuverlässig, kompetent und ausgesprochen erfahren bekannten Sachverständigen Prof. Dr. L. schließt sich der Senat an.
3. Das Landgericht hat auch zutreffend angenommen, dass die von der Klägerin behauptete unvollständige Risikoaufklärung, die darin liegen soll, dass sie über die abriebbedingten Gefahren und Langzeitwirkungen von Kobalt und Chrom nicht aufgeklärt worden sei, nicht gegeben ist.
Grundsätzlich muss sich die Aufklärung auf typische Risiken einer Operation erstrecken, mögen sie auch selten auftreten, insbesondere soweit die Risiken, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten und der medizinische Laie mit ihnen nach der Natur des Eingriffs nicht zu rechnen braucht (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2006 - VI ZR 74/05 - NJW 2007, 217 ff. Rn. 12; OLG Schleswig, Urteil vom 13.01.1995 - 4 U 243/86 -, NJW-RR 1996, S. 348, 349 mwN). Das gilt allerdings nur, soweit nach dem medizinischen Erfahrungsstand im Behandlungszeitpunkt ein solches Risiko bekannt und mit seinem Eintritt zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 12.12.1989 - VI ZR 83/89 - NJW 1990, 1528 f. Rn. 10).
Hiervon ausgehend musste die Klägerin nicht über das gesundheitliche Risiko, das aus einem erhöhten Abrieb von Kobalt und Chrom folgt, aufgeklärt werden. Zwar war, so der Sachverständige, auch 2006 das generelle Risiko von Metallabrieb, auch Kobalt und Chrom, bei Metall-Metall-Gleitpaarungen bekannt. Eine Aufklärung hierüber musste aber nicht erfolgen, weil eine gesundheitliche Beeinträchtigung durch Metalleinlagerungen in der damals bekannten Konzentration nicht zu befürchten stand. Über das Risiko einer - hier nach Darlegung der Klägerin aufgetretenen - erhöhten Kobalt- und Chromeinlagerung konnte damals aber schon deshalb nicht aufgeklärt werden, weil dieses zum Zeitpunkt der Operation noch nicht bekannt war. Insoweit hat der Sachverständige überzeugend dargelegt, dass erste Warnhinweise erst im Jahre 2008 bekannt wurden.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin in Bezug genommenen Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. L. in einem ähnlich gelagerten Rechtsstreit vor dem Landgericht Saarbrücken - 16 O 277/12 - (GA 172 ff.). Zwar hat der Sachverständige dort eingeräumt, dass Metallionen, auch Chrom- und Kobaltionen im Körper grundsätzlich giftig sind. Insoweit handelt es sich aber um eine allgemeine Aussage, die noch nicht belegt, dass dadurch auch Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorgerufen werden. Vielmehr ergibt sich aus seinen weiteren Ausführungen in dem dortigen Rechtsstreit, dass es bis heute an gesicherten Erkenntnissen fehlt, ob hierdurch überhaupt Gesundheitsschäden hervorgerufen werden. Bei dieser Sachlage musste vor der Operation 2006 nicht über das Risiko eines möglichen Metallabriebs aufgeklärt werden.
II.
Schließlich bestehen auch keine Ansprüche aus dem Medizinproduktegesetz oder dem Produkthaftungsgesetz. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen werden, die die Klägerin mit ihrer Berufungsbegründung nicht erheblich angegriffen hat.
1. Ansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz scheitern schon daran, dass die Beklagte nicht Herstellerin/Quasiherstellerin der verwendeten ASR-Prothese ist, so dass eine verschuldensunabhängige Haftung für etwaige Konstruktions- sowie Planungsfehler und etwaige Versäumnisse bei der Produktbeobachtung nicht in Betracht kommt.
2. Ansprüche aus §§ 4 Abs. 1 Nr. 1, 14 MPG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB scheitern unabhängig davon, ob der operierende Arzt der Beklagten wegen seiner bestrittenen und von der Klägerin beweislos behaupteten wirtschaftlichen Verflechtung mit der Herstellerfirma als Betreiber des Medizinproduktes anzusehen ist, bereits daran, dass die Klägerin nicht hat nachweisen können, dass die Ärzte der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt bereits den Verdacht einer nicht vertretbaren Gesundheitsgefährdung hatten.
Nach alledem ist die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, ohne dass es auf die Ausführungen der Streithelferin der Beklagten im Schriftsatz vom 14.07.2014 (GA 255 ff.) noch ankommt. Denn selbst wenn man zu Gunsten der Klägerin unterstellt, dass die bei ihr festgestellte erhöhte Chrom- und Kobaltkonzentration auf die ASR-Prothese zurückzuführen ist, stehen ihr - wie dargelegt - die geltend gemachten Ansprüche nicht zu.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 i. V. m. 709 Satz 2 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, da es an den erforderlichen Voraussetzungen fehlt (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 Ziffer 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 ZPO).

30. OLG Köln, Urteil vom 12.11.2014 – 5 U 173/12 – * Arzthaftung: Anforderungen an die Gestaltung eines Stumpfes bei einer Amputationsoperation

Orientierungssatz

Bei einer durch einen Beininfarkt veranlassten Beinamputation, bei der es in erster Linie um eine lebensrettende Notmaßnahme geht, stellt es keinen haftungsbegründenden Fehler der Amputationsoperation dar, wenn eine optimale Gestaltung des Stumpfes bei dieser Operation nicht auf Anhieb gelingt.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 7.11.2012 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 204/10) wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagten wegen des Vorwurfs ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler auf Ersatz von materiellen und immateriellen Schäden in Anspruch.
Am 6.04.2007 begab sich der Kläger wegen eines akuten kompletten Beininfarktes im linken Bein notfallmäßig in die Behandlung der Beklagten. Am 10.04.2007 erfolgte eine Teilamputation seines linken Beines oberhalb des Knies, nachdem drei Bypass-Operationen seit dem 6.04.2007 erfolglos gewesen waren.
Der Kläger wirft den Beklagten Behandlungsfehler vor und erhebt die Aufklärungsrüge im Hinblick auf die konkrete Amputation. Er behauptet, dass die Amputation durch eine fehlerfreie Behandlung - insbesondere durch das Legen eines ausreichend langen Bypasses, eine andere Verlegung und eine hinreichende Kontrolle der Blutgerinnung - hätte vermieden werden können. Zudem sei die Amputation fehlerhaft zu hoch vorgenommen worden.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 226.160,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 30.03.2008 zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn monatlich, beginnend ab dem 1.04.2010 einen Betrag von 2.810,00 Euro zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger jeden weiteren immateriellen und materiellen Schaden im Zusammenhang mit der Amputation des linken Beines oberhalb des Knies zu ersetzen, soweit kein Forderungsübergang stattgefunden hat.
Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie sind dem Klägervortrag entgegengetreten und haben die Behandlungs- und Aufklärungsfehlervorwürfe bestritten.
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. F [schriftliches Gutachten vom 20.07.2011 (Bl. 92 ff. d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 12.09.2012 (Bl. 165 ff. d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach der durchgeführten Beweisaufnahme schadensursächliche Behandlungs- und Aufklärungsfehler nicht festgestellt werden könnten.
Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Klaganträge unverändert weiterverfolgt.
Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzliches Vorbringens insbesondere vor, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die Behandlung des Klägers im Hause der Beklagten zu 1. nicht fehlerhaft gewesen sei. Das Landgericht hätte dem Gutachten des erstinstanzlich beauftragten Sachverständigen nicht ohne Weiteres folgen dürfen. Denn bei dem bereits in erster Instanz vom Kläger erhobenen Behandlungsfehlervorwurf, dass bei ihm die Bypässe zu kurz und gestückelt und auch noch quer verlegt worden seien, handele es sich nicht um die Erfindung eines medizinischen Laien. Dies hätten dem Kläger vielmehr hoch spezialisierte Ärzte gesagt, die sein rechtes Bein behandelt und bei dieser Gelegenheit auch den Stumpf des linken Beines und die dort sichtbaren Narben der Gefäßentnahmen angesehen hätten. Bei dem rechten Bein des Klägers sei in einem anderen Krankenhaus in L ein ca. 13 cm langer Bypass verwendet und damit das Bein gerettet worden. Auch dies zeige, dass die im Hause der Beklagten zu 1. vorgenommene Stückelung nicht ordnungsgemäß gewesen sei. In seinem Gutachten habe der erstinstanzlich beauftragte Sachverständige geschrieben, dass zur Überbrückung der aneurhysmatischen Stelle der Arteria poplitea ein kurzer Bypass gewählt werde. Im Rahmen seiner mündlichen Erläuterungen habe er darauf abgestellt, dass die Ausstrombahn im unteren Teil der Extremität sehr schlecht gewesen sei. Wenn dies der Fall gewesen sei, hätte es umso mehr nahe gelegen, einen langen Bypass zu legen. Der Sachverständige habe auch nicht zu der Frage Stellung genommen, ob anhand verbliebener Schnittnarben Rückschlüsse auf die Länge der Bypässe gezogen werden könnten. Er habe lediglich ausgeführt, dass es verschiedene Methoden der Blutgefäßentnahme gebe, und dass nicht in jedem Falle ein langes entnommenes Blutge-

fäß auch zu einer langen Narbe führe. Auf den Fall des Klägers habe er diese Theorie indes nicht angewandt und noch nicht einmal festgestellt, mit welcher Methode beim Kläger Blutgefäße entnommen worden sind. Auch in der Dokumentation der Beklagten finde sich hierzu nichts. Die Stellen, an denen Blutgefäße entnommen worden seien, könnten auch heute noch untersucht werden. Mittels MRT, CT o. Ä. sei es möglich zu erkennen, in welcher Länge Blutgefäße entnommen worden sind, auch wenn sich in dem fraglichen Bereich neue Adern gebildet haben sollten. Auch die Feststellung des Sachverständigen, dass die Heparinisierung nur dann sinnvoll sei, wenn der Blutfluss noch funktioniere, und dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. alles Notwendige versucht hätten, passe nicht zu der Beobachtung der medizinisch vorgebildeten Ehefrau des Klägers, wonach aus den Ablaufdränagen der Wunden dickes Blut herausgetropft sei. Wegen der erkennbaren Verdickung des Blutes hätte sofort Heparin verabreicht werden müssen. Denn ein Bypass könne nichts nützen, wenn das Blut zu dick ist. Der Sachverständige habe sich zu den Fragen im Zusammenhang mit der Heparinisierung insgesamt zu oberflächlich geäußert und insbesondere keine Feststellungen dazu getroffen, durch welche Untersuchungen - wenn nicht durch den bloßen Augenschein - festgestellt werden kann, ob das Blut flüssig genug ist, und ob tatsächlich im Hause der Beklagten zu 1. entsprechende Untersuchungen in ordnungsgemäßer Weise durchgeführt worden sind. Dokumentiert seien solche Untersuchungen nicht. Der Sachverständige habe sich auch nicht hinreichend zu der Frage geäußert, ob die Amputation, erst recht oberhalb des Knies, zu voreilig gewesen sei. Denn am Abend des 9.04.2007 sei das Gewebe im Bereich des Unterschenkels noch vital gewesen, so dass es nicht nachvollziehbar sei, dass die Situation wenige Stunden später bereits so gravierend verschlechtert und lebensbedrohlich gewesen sein soll, dass hätte amputiert werden müssen. Eine so schnelle und gravierende Verschlechterung wäre bei angemessener Blutverdünnung nicht möglich gewesen. Zudem habe der Sachverständige sich nicht hinreichend zu der Frage geäußert, ob die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. fehlerhaft weitere möglich gewesene gefäßmedizinische Maßnahmen, mit denen eine Amputation hätte verhindert werden können, unterlassen haben.
Die Aufklärungsrüge bleibe aufrechterhalten. Die schriftliche Dokumentation zu der Aufklärung sei so zweifelhaft, dass dies als Rechtfertigung der Oberschenkelamputation nicht ausreiche. Insoweit werde auf das erstinstanzliche Vorbringen verwiesen. Das einzige, was es an möglicher Einverständniserklärung gegeben habe, sei eine Handbewegung des Klägers und der unmissverständliche Verweis auf den Unterschenkelbereich gewesen. Diese Handbewegung könne dahin gedeutet werden, dass der Kläger im Notfalle mit einer Amputation des Unterschenkels einverstanden sei. Das Landgericht habe zu Unrecht die Zweifelsfragen zur Aufklärung dahinstehen lassen und darauf abgestellt, dass es sich um einen lebensbedrohlichen Zustand gehandelt habe, und dass der Kläger nur durch die tatsächlich erfolgte Amputation habe gerettet werden können. Dies hätten die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht bewiesen. Die Ausführungen des Sachverständigen hierzu seien unzureichend und verhielten sich insbesondere auch nicht zu der Frage, ob nicht das Leben des Klägers durch weitere gefäßmedizinische Maßnahmen oder durch eine Unterschenkelamputation hätte gerettet werden können.
Selbst wenn eine Oberschenkelamputation angezeigt gewesen wäre, sei diese jedenfalls nicht sachgerecht ausgeführt worden. Auch diese Frage könne der Sachverständige nicht ohne Untersuchung des Klägers beurteilen. Es sei unmöglich, dass ein Sachverständiger ohne eigene Untersuchung des Stumpfes beurteilen könne, ob die Ausbildung des Stumpfes richtig und sachgerecht vorgenommen worden sei. Sämtliche Ausführungen des Sachverständigen insoweit seien letztlich spekulativ. Der Sachverständige gehe auch nicht auf den Umstand ein, dass aufgrund eines von Amts wegen nach dem Schwerbehindertengesetz eingeholten Gutachtens aktenkundig sei, dass an dem Stumpf rezidivierende Schwellungen des Stumpfes sowie Ulcerationen und Druckschmerz am knöchernen Stumpfende aufgetreten seien.
Es werde der bereits in erster Instanz gestellte Antrag wiederholt, dass ein Sachverständiger den Kläger persönlich untersucht. Der Gerichtssachverständige müsse sich persönlich vergewissern, ob er im Bereich des Stumpfes und der Stellen, an denen Adern für die Bypässe entnommen worden seien, Hinweise für die Beantwortung der Beweisfragen finde.
Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Berufung und treten dem Berufungsvorbringen des Klägers im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Schriftsätze des Klägers vom 13.10.2014 nebst Anlagen und vom 3.11.2014 sowie auf das Vorbringen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen am 23.09.2013 und am 1.09.2014 Bezug genommen.
Der Senat hat weiteren Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. T, das der Sachverständige in dem Termin zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 1.09.2014 mündlich erläutert hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten vom 26.03.2014 [Bl. 268 - 304 d. A.] sowie auf S. 1 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 1.09.2014 [Bl. 356 ff., 356 - 362 d. A.] Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.

Dem Kläger stehen gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn dem Kläger ist der ihm obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. bei der umstrittenen Behandlung schadensursächliche Behandlungsfehler unterlaufen sind; und auch seine Aufklärungsrüge hat sich als nicht berechtigt erwiesen.
1. Bei dieser Beurteilung folgt der Senat dem schriftlichen Gutachten des zweitinstanzlich beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. T [Direktor der Klinik für Gefäß- und Endovaskularchirurgie des Universitätsklinikums E; schriftliches Gutachten vom 26.03.2014 (Bl. 268 - 304 d. A.)] und dessen mündlichen Erläuterungen hierzu in dem Termin zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 1.09.2014 [S. 1 - 7 des Protokoll der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 1.09.2014 (Bl. 356 ff., 356 - 362 d. A.)]. Das schriftliche Gutachten in Verbindung mit den mündlichen Erläuterungen überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich des erstinstanzlich eingeholten Gerichtsgutachtens [Gutachten des Prof. Dr. F, Chefarzt einer Klinik für Chirurgie, Viszeral- und Gefäßchirurgie; schriftliches Gutachten vom 20.07.2011 (Bl. 92 - 114 i. V. m. 115/116 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 12.09.2012 (S. 1, 2 - 4 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung u. Beweisaufnahme vom 12.09.2012, Bl. 165 ff., 165, 165R - 166R d.A.)], auf der Basis einer eingehenden körperlichen Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen am 10.02.2014 sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzu kommt, dass das Gutachten des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. T in den wesentlichen Punkten mit dem Gutachten des Prof. Dr. C für die Gutachterkommission [schriftliches Gutachten vom 6.10.2008 (Bl. 9 - 14 d. SH II)] übereinstimmt.
2. Nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. T geht auch der Senat - im Ergebnis ebenso wie das Landgericht auf der Basis des erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachtens - davon aus, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. schadensursächliche Behandlungsfehler nicht unterlaufen sind.
a) Insbesondere ist der Senat aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die am 10.04.2007 im Hause der Beklagten zu 1. durchgeführte Teilamputation des linken Beines des Klägers oberhalb seines Knies medizinisch indiziert war und die einzig noch verblieben Maßnahme zur Rettung des Lebens des Klägers dargestellt hat, nachdem die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. zuvor sämtliche gefäßchirurgischen, gefäßmedizinischen und sonstigen Maßnahmen ergriffen und insbesondere drei gefäßchirurgische Operationen durchgeführt hatten, um die lebensbedrohende Gefäßerkrankung des Klägers zu behandeln, wobei haftungsbegründende Fehler in Bezug auf keine der ergriffenen Behandlungsmaßnahmen festgestellt werden können:
aa) Zu der Gefäßerkrankung des Klägers hat der Sachverständige zur Überzeugung des Senates und vom Kläger unwidersprochen insbesondere ausgeführt, dass der Kläger vor seiner notfallmäßigen Einlieferung in das Krankenhaus der Beklagten zu 1. am 6.04.2007 einen akuten Beininfarkt bei Zustand nach arterieller Thrombose der Unterschenkelstrombahnen einschließlich der Arteria poplitea [d. h. der Kniekehlenarterie] sowie bei Vorliegen eines Popliteal-Aneurysmas erlitten habe, dass bereits zwei der drei Strombahnen komplett zugesetzt gewesen seien und dass der Kläger sich somit in einer hoch bedrohlichen Lage befunden habe. Gefäßerkrankungen der beim Kläger vorhanden gewesenen Art und Schwere führten in bis zu 60 % der Fälle zu dem Verlust der betroffenen Extremität und in ca. 12 % der Fälle zum Tode.
bb) Zu der ersten Operation in der Nacht vom 6. zum 7.04.2007 hat der Sachverständige Prof. Dr. T insbesondere ausgeführt, dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. das Popliteal-Aneurysma aus der Strombahn ausgeschaltet, einen Ober- auf Unterschenkelbypass angelegt und eine mechanische Extraktion von verschließenden Blutkoageln in den Stammgefäßen vorgenommen sowie ergänzend zu diesen Maßnahmen eine intraoperative Lysetherapie durchgeführt hätten. Damit seien von den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. notfallmäßig und angemessen schnell alle zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergriffen worden, um eine ausreichende Durchblutung des linken Unterschenkels des Klägers wiederherzustellen. Entgegen der Annahme des Klägers lasse sich eine Stückelung des Venenbypasses nicht feststellen. Vielmehr zeige die intraoperative Angiographie vom 7.04.2007 ein vollkommen unauffälliges Bypasstransplantat und keinerlei Hinweise auf irgendwelche Einschnürungen, die einen Hinweis auf eine Stücklung in diesem Bereich hätten bieten können. Vielmehr ergebe sich aus einer Zusammenschau der Beschreibung in dem Operationsbericht, der Zeichnung in dem Sofortprotokoll vom 7.04.2007 und des Befundes der körperlichen Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen am 10.02.2014, dass bei der Bypassoperation im Bereich des linken Oberschenkels die gesamte große Saphena-Vene bis nach zentral entnommen, und dass eine Stückelung des Bypasses nicht vorgenommen worden sei. Die Narbe an der Entnahmestelle zeige, dass eine schonende Entnahme der Vene erfolgt sei, indem der Hautmantel des Oberschenkels nur soweit eröffnet worden sei, wie unbedingt notwendig, was einer weit verbreiteten Technik zwecks Vermeidung einer verzögerte Wundheilung an der Entnahmestelle entspreche. Der Umstand, dass es zu einem erneuten Verschluss gekommen und eine Revisionsoperation am

8.04.2007 erforderlich geworden sei, stelle kein Indiz für ein fehlerhaftes Vorgehen bei der ersten Operation dar. Es entspreche vielmehr einem möglichen schicksalhaften Verlauf bei einer gravierenden Gefäßerkrankung der hier in Rede stehenden Art, dass Versuche, nachhaltig eine ausreichende Durchblutung der betroffenen Extremität wiederherzustellen, scheitern können. Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat und werden vom Kläger auch nicht angegriffen.
cc) Zu dem weiteren Behandlungsverlauf hat der Sachverständige ausgeführt, dass sich auch mit der Revisionsoperation am 8.04.2007 ein Rückstrom aus den Unterschenkelgefäßen nicht habe erreichen lassen. Vielmehr sei der Hauptabstrom weiterhin ausschließlich über die Arteria tibialis posterior erfolgt, während die beiden anderen Stammgefäße weiterhin keine echte Funktion übernommen hätten. Auch diese Operation habe dementsprechend eine nachhaltige Besserung der Durchblutungssituation nicht herbeiführen können. Vielmehr sei es zu einem erneuten Verschluss und der Notwendigkeit einer weiteren Revisionsoperation am 9.04.2007 gekommen, was für sich genommen wiederum keinen Rückschluss auf ein fehlerhaftes Vorgehen zulasse, sondern einem möglichen schicksalhaften Verlauf bei Gefäßerkrankungen der hier in Rede stehenden Art und Schwere entspreche. Gleiches gelte für den Umstand, dass auch durch diese zweite Revisionsoperation eine ausreichende Durchblutung des Unterschenkels nicht habe erreicht werden können.
dd) Zu der Situation vor der umstrittenen Amputationsoperation am 10.04.2007 hat der Sachverständige ausgeführt, dass sich bis zum 10.04.2007 die Lage des Klägers dramatisch zugespitzt habe. Es sei zu dieser Zeit an seinem linken Bein bereits in erheblichem Maße Gewebe abgestorben gewesen. Entsprechend dem Operationsbericht zu der zweiten Revisionsoperation am 9.04.2007 sei zwar noch vitales Gewebe vorhanden gewesen, andererseits habe sich aber aufgrund der Befunde bei der umstrittenen Amputation gezeigt, dass eine bereits beginnende Auflösung der Weichteile zu einer erheblichen Schwellung im Bereich des Oberschenkels geführt habe, und dass in erheblichem Maße Gewebe geschädigt gewesen sei. Auch aus den Laborwerten lasse sich die dramatische Zuspitzung der Situation bis zum 10.04.2007 ablesen. Dies gelte namentlich für den CK-Wert, der anzeige, wie ausgeprägt der Muskelzerfall fortgeschritten sei; denn CK stehe für Creatin-Kinase und damit für einen Stoff, den Zellen und insoweit insbesondere die Muskelzellen absonderten, wenn sie absterben. Dieser CK-Wert sei von 105 am 6.04.2007 auf 7.216 am 10.04.2007 angestiegen und habe eine alarmierend starke Schädigung belegt. Dazu korrespondierend sei auch in Bezug auf die Leukozyten ein gravierender Anstieg festgestellt worden, die sich von einem Wert von 9,9 am 6.04.2007 bis zum 10.04.2007 nahezu verdoppelt hätten auf einen Wert von 19,3, was einen weiteren deutlichen Anhalt auf einen erheblichen Entzündungsprozess gegeben habe. Vor dem Hintergrund wiederholt gescheiterter Revaskulationsversuche und angesichts der alarmierenden Laborwerte sei das Bein des Klägers nicht mehr zu retten gewesen. Denn wenn - wie beim Kläger spätestens am 10.04.2007 - das Maß der infolge unzureichender Durchblutung untergegangenen Zellen ein bestimmtes Ausmaß übersteigt, trete eine sogenannte Ganzkörperentzündung ein, die durch den massiven Gewebezerfall bedingt sei, sich als Blutvergiftung darstelle und die zu einem Multiorganversagen führen könne, also zu einem Versagen von Nieren oder Leber oder Lunge oder Kreislauf, wobei es sich dabei um einen zwangsläufigen Prozess handele, der letztlich zum Tode des betroffenen Patienten führe. In dieser Situation sei die Amputation die einzig verbleibende Maßnahme gewesen, mit der das akut bedrohte Leben des Kläger habe gerettet werden können.
Auch diese vorstehend wiedergegebenen Feststellungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Und sie werden vom Kläger nicht mit Substanz angegriffen. Insbesondere stellt der Kläger sich ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass die Möglichkeit bestanden hätte, mit anderen Operationsmethoden - etwa durch Einsatz einer Fräse - die Thromben zu beseitigen und dadurch die verschlossenen Gefäße bei ihm nachhaltig wieder durchgängig zu machen. Denn hierzu hat der Sachverständige zur Überzeugung des Senates insbesondere ausgeführt, dass beim Kläger mit dem Einsatz einer Fräse kein anderer, für ihn günstigerer Verlauf hätte erzielt werden können. Denn auch dadurch hätte nicht verhindert werden können, dass sich die Gefäße beim Kläger nach dem Eingriff wieder zusetzen, weil durch die mechanische Beseitigung der Thromben - sei es durch Katheter, sei es durch eine Fräse - die Gefäße ihrerseits so geschädigt würden, dass sie sich von selbst und trotz der Entfernung des Aneurysmas wieder zusetzten. Beim Kläger komme hinzu, dass ein weiterer Schädigungsprozess dadurch eingesetzt habe, dass in den Gefäßen über längere Zeit kein Blutfluss vorhanden gewesen sei. Dies überzeugt den Senat. Und auch gegen diese Feststellungen des Sachverständigen wehrt der Kläger sich ohne Erfolg. Insbesondere verweist er in seinem Schriftsatz vom 13.10.2014 ohne Erfolg auf eine in der Zeitschrift "C2" beschriebene Operationsmethode, bei der mit einer sehr dünnen Lasersonde die Ablagerungen gleichsam verdampft würden. Denn zum einen dürfte auch bei einer solchen Vorgehensweise entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung die Gefahr bestehen, dass die fraglichen Gefäße so beschädigt würden, dass sie sich von selbst wieder zusetzen. Entsprechende mechanische Schädigungen durch die Lasersonde selbst werden sich wohl auch dann nicht sicher vermeiden lassen, wenn diese Sonde sehr dünn ist. Und im Übrigen ist dem Senat aus einer Reihe anderer Arzthaftungsprozesse bekannt, dass auch thermische Einwirkungen erhebliche Gewebeschäden bewirken können. Zum anderen blendet der Kläger

bei seinem diesbezüglichen Vorbringen offenbar aus, dass der von ihm vorgelegte Artikel aus der Zeitschrift "C2" in deren Ausgabe 39 aus dem Jahre 2014 erschienen ist und dass die darin angesprochene Vorgehensweise mit einer besonders dünnen Lasersonde als neues Verfahren vorgestellt wird, so dass die Vermutung nahe liegt, dass es dieses Verfahren im Jahre 2007 noch nicht gegeben hat. Entscheidend kommt hinzu, dass der Sachverständige sich umfassend mit den denkbaren Möglichkeiten auseinandergesetzt hat, die zur Wiederherstellung einer ausreichenden und nachhaltigen Durchblutung des Unterschenkels des Klägers zur Verfügung gestanden haben. Und er ist insoweit zu der eindeutigen Feststellung gelangt, dass - wie er es im Rahmen seiner mündlichen Anhörung zusammenfassend formuliert hat - buchstäblich alles ausgereizt worden sei, was es an Möglichkeiten und Techniken gegeben habe, um das Bein des Klägers zu retten, dass sich im Nachhinein dann herausgestellt habe, dass es erfolglos geblieben sei, und dass das Bein des Klägers nicht zu retten gewesen sei. Ferner hat der Sachverständige betont, dass nach der von ihm nachgehaltenen Literatur alle Versuche eines konservativen Vorgehens desaströs verlaufen seien, und dass es auch insoweit zu der hier gegebenen Vorgehensweise keine Alternative gegeben habe [vgl. S. 7 des Protokolls der zweitinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 1.09.2014, Bl. 356 ff., 362 d. A.]. Der Senat ist aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen insgesamt und aufgrund seiner zitierten zusammenfassenden Feststellung davon überzeugt, dass der Sachverständige für den Fall, dass es bezogen auf das Jahr 2007 doch noch eine erfolgversprechende weitere Operationsmethode und insoweit etwa die vom Kläger in seinem Schriftsatz vom 13.10.2014 erwähnte Operationsmethode mittels sehr dünner Lasersonde gegeben hätte, diese ausdrücklich angesprochen hätte.
Der Kläger stellt sich auch ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass mit einer verstärkten Heparingabe oder in sonstiger Weise medikamentös eine ausreichende Durchblutung seines Unterschenkels hätte wiederhergestellt und ein für ihn günstigerer Krankheitsverlauf hätte bewirkt werden können. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen hätte auch mit medikamentösen Maßnahmen zur Blutverdünnung die später tatsächlich erfolgte Amputation nicht verhindert werden können. Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass dem Kläger während der Operationen am 6. und 8.04.2007 und auch danach kontinuierlich und in angemessenem Maße entsprechende Medikamente verabreicht worden seien. Der Umstand, dass beim Kläger zu einem bestimmten Zeitpunkt die Indikation zur Amputation gestellt worden sei, habe mit den Blutverdünnungswerten wenig zu tun. Entscheidend hierfür sei vielmehr die Eskalation des Geschehens insgesamt gewesen. Es treffe zwar zu, dass in einer Situation, wie sie beim Kläger vorgelegen habe, dafür gesorgt werden müsse, die Fließeigenschaften des Blutes zu verbessern und die festsitzenden Gefäße nicht nur mechanisch zu eröffnen, sondern auch zu versuchen, den Blutfluss durch Verflüssigung des Blutes wieder in Gang zu bringen. Hierfür könne Heparin verabreicht und eine Lyse versucht werden. Dies sei indes beim Kläger in ausreichendem Maße erfolgt. Dies zeige nicht zuletzt auch die Überprüfung der sog. PTT (Partielle Thrombin Time), die den Flüssigkeitszustand des Blutes zeige. Aus den insoweit festgestellten Werten lasse sich ablesen, dass eine zunehmende Blutverdünnung bzw. Verflüssigung vorgelegen habe. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger vorgetragen habe, dass aus dem Ablauf der Wunden "dickes Blut" herausgetropft sei. Vielmehr beruhe dieser Vortrag offensichtlich auf einem Missverständnis. Denn die Redondrainage werde außerhalb des Gefäßsystems im Weichteilgebiet um die Bypasskonstruktion herum angelegt, um anfallendes Gewebewasser aus dem Operationsgebiet abzuleiten, um dadurch unnötige Druckerhöhungen um die Bypassrekonstruktion herum zu vermeiden und damit einem erneuten Verschluss entgegen zu wirken. Bei der Flüssigkeit, die über die Redondrainage abgeführt werde, handele es sich um ein Gemisch von verschiedenen Körperflüssigkeiten, die keinen Rückschluss auf die Konsistenz des Blutes zuließen. Es sei ein großer Unterschied zwischen den Flüssigkeiten, die sich in der Drainage ansammeln und dem Blut im Blutkreislauf.
Der Kläger stellt sich schließlich auch ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass die Amputation zu früh erfolgt sei, weil es nach den Feststellungen des Sachverständigen Fälle gäbe, bei denen betroffene Patienten in der Lage des Klägers eine beginnende Ganzkörperentzündung infolge massiven Gewebezerfalls 48 Stunden überlebten, und dass dies bei widerstandsfähigen jungen Patienten deutlich länger dauern könne. Denn die vom Sachverständigen angegebenen Zeitspannen stellen keine gewissermaßen garantierten Karenzzeiten dar, die aus der Sicht ex ante sicher eingeplant werden könnten und innerhalb derer zu einem beliebig späten Zeitpunkt gehandelt werden könnte. Vielmehr besagen die vom Sachverständigen angegeben Zeitspannen lediglich, wie lange ein Mensch Ganzkörperentzündungen der hier in Rede stehenden Art, die ohne entsprechende Behandlung zwangsläufig zum Tode führen, theoretisch maximal aushalten kann. Ungeachtet dessen besteht in Situationen der hier in Rede stehenden Art akute Lebensgefahr und entsprechend unaufschiebbar dringender Handlungsbedarf. Ein Zuwarten mit der erforderlichen Behandlung innerhalb des Zeitfensters von 48 [oder bei widerstandfähigen jungen Menschen deutlich mehr] Stunden kann - ohne dass dies aus der Sicht ex ante hinreichend sicher vorhergesagt werden könnte - bedeuten, dass der Entzündungsprozess bei dem betroffenen Patienten bereits in einem Maße fortschreitet, dass sein Leben auch mit einer Oberschenkelamputation nicht mehr zu retten ist.

ee) Der Senat ist nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen auch davon überzeugt, dass die am 10.04.2007 durchgeführte Amputation des linken Beines des Klägers oberhalb seines Knies die einzige noch verbliebene Möglichkeit war, das Leben des Klägers zu retten.
Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass man in Situationen der hier in Rede stehenden Art natürlich versuche, so viel Gewebe zu erhalten, wie nur irgend möglich. Man versuche gerade in der Anfangssituation, den Stumpf so lang wie möglich zu lassen, ihn aber so kurz wie nötig zu gestalten. Dabei müsse man die Stelle finden, an der noch eine Chance auf Abheilung bestehe. Das sei beim Kläger zum gegebenen Zeitpunkt tatsächlich nur die Oberschenkelamputation gewesen. Denn bei ihm sei der Krankheitsprozess schon so weit fortgeschritten gewesen, dass die bereits eingetretene Auflösung der Weichteile zu einer erheblichen Schwellung im Bereich des Oberschenkels geführt habe. Es habe sich bei ihm aufgrund der lokal auf den Körper einwirkenden Entzündung ein Ödem ausgebildet. Der Stumpf sei schon so stark entzündet gewesen, dass er nicht mehr habe verschlossen werden können. Der Umstand, dass die Amputation deswegen nicht - wie an sich üblich - einzeitig, sondern zweizeitig habe durchgeführt werden müssen, zeige, dass eine Operation auch innerhalb des Bereiches des Oberschenkels an tieferer Stelle nicht möglich gewesen wäre. Erst recht habe eine Amputation unterhalb des Knies nicht mehr ernsthaft in Erwägung gezogen werden können. Wie fortgeschritten die Situation beim Kläger gewesen sei, zeige sich nicht zuletzt auch daran, dass selbst ca. sieben Jahre nach der umstrittenen Amputation bei der Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen am 10.02.2014 im Bereich des Stumpfes ein Sauerstoffpartialdruck gemessen worden sei, der nur die Hälfte des Normalwertes betragen habe und damit grenzwertig gewesen sei. Es handele sich dabei um eine Durchblutung, mit der gerade soeben der Stumpf noch am Leben gehalten werden könne. Hätte man in der damaligen Situation nur den Unterschenkel entfernt, so wäre die Entzündung nicht mehr aufzuhalten gewesen und das Leben des Klägers hätte höchst wahrscheinlich nicht mehr gerettet werden können.
Auch diese Feststellungen des Sachverständigen überzeugen den Senat und sie werden vom Kläger nicht mit Substanz angegriffen. Sein diesbezügliches Vorbringen erschöpft sich vielmehr letztlich darin, dass er zum Ausdruck bringt, sich mit der erlittenen Oberschenkelamputation nicht abfinden zu können. Dies mag menschlich verständlich sein, führt indes nicht zu einer abweichenden, für den Kläger günstigeren Bewertung des Handelns der Behandler im Hause der Beklagten zu 1..
b) Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. T ist der Senat auch davon überzeugt, dass die umstrittene Amputation als solche ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, und dass haftungsbegründende Fehler insoweit und insbesondere in Bezug auf die Anlage des Stumpfes bei dieser Operation nicht festgestellt werden können.
Dabei ist nach den überzeugend begründeten und vom Kläger nicht angegriffenen und von ihm möglicherweise in ihrer inhaltlichen Tragweite nicht hinreichend zur Kenntnis genommenen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. T davon auszugehen, dass es bei einer durch einen Beininfarkt veranlassten Beinamputation in erster Linie um eine lebensrettende Notmaßnahme und insofern darum geht, so viel abgestorbenes Gewebe wie nötig zu entfernen, um ein Fortschreiten des Absterbens von Gewebe und die dadurch bedingte lebensbedrohende Ganzkörperentzündung zu verhindern, und dabei zugleich so viel vitales Gewebe wie möglich zu erhalten. Erst in zweiter Linie geht es darum, den Stumpf - etwa mit Blick auf die Möglichkeit des Tragens einer Prothese - optimal zu gestalten. Dabei wäre es selbstredend wünschenswert, wenn die optimale Gestaltung des Stumpfes bereits bei der Amputationsoperation selbst gelänge. Primäres Ziel dieser Operation ist dies hingegen nicht. Und es stellt keinen haftungsbegründenden Fehler der Amputationsoperation dar, wenn eine optimale Gestaltung des Stumpfes bei dieser Operation nicht auf Anhieb gelingt. Die optimale Gestaltung des Stumpfes ist vielmehr erforderlichenfalls Gegenstand einer entsprechenden Revisionsoperation. Dementsprechend vermag das Vorbringen des Klägers zu der aus seiner Sicht nicht optimalen Gestaltung seines Stumpfes bei der umstrittenen Amputationsoperation für sich genommen eine Haftung der Beklagten nicht zu begründen. Aus einer nicht optimalen Gestaltung des Stumpfes bei der Amputationsoperation resultiert lediglich die Veranlassung für eine entsprechende Revisionsoperation, die dem Kläger im Übrigen ausweislich der vorliegenden Behandlungsunterlagen bereits im Jahre 2010 im N-Krankenhaus C4/S von dem dortigen Chefarzt Dr. C3 empfohlen worden war, und die auch der Gerichtssachverständige Prof. Dr. T aufgrund seines Eindruckes bei der körperlichen Untersuchung des Klägers am 10.02.2014 für angezeigt und sinnvoll hält, wobei er allerdings darauf hingewiesen hat, dass beim Kläger eine schwierige Sauerstoffsituation vorliege, die im Falle einer Revisionsoperation zu einer deutlich erschwerten Abheilungssituation führen könne.
Gemessen an dem primären Ziel der umstrittenen Amputationsoperation können nach dem Gutachten des Sachverständigen haftungsbegründende Fehler bei der Durchführung dieser Operation nicht festgestellt werden. Vielmehr hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf seine körperliche Untersuchung des Klägers ausgeführt, dass er keine Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Vorgehen habe feststellen können. Insbesondere habe er bei seiner Untersuchung des Klägers durch einen entsprechenden Tastbefund feststellen können, dass sich bei dem Kläger der Knochen nicht durch die Deckung hindurchgearbeitet habe. Der Umstand, dass der Kläger in der Folgezeit unter Schmerzen im Bereich des Stumpfes gelitten habe bzw. leide, stelle eine typische Komplikation dar, die nach einer Amputation auftreten könne, und

lasse nicht auf einen Fehler schließen. Schmerzen dieser Art könnten von sogenannten Neurinomen herrühren, also von veränderten Nerven, oder aber auch vom Knochen selbst. Beim Kläger spreche viel dafür, dass seine Schmerzen im Bereich des Stumpfes durch ein Neurinom verursacht würden, weil Dr. C3 ausweislich der Behandlungsunterlagen entsprechende Untersuchungen durchgeführt und dem Kläger in diesem Bereich eine Spritze gesetzt habe, was zu einer Aufhebung der Schmerzen geführt habe. Theoretisch könne auch eine mangelhafte Deckung mit Weichteilen zu Schmerzen führen; sein [des Sachverständigen Prof. Dr. T] angesprochener Tastbefund habe aber ergeben, dass beim Kläger eine ausreichende Deckung mit Weichteilen vorhanden sei.
Auch diese Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat und werden als solche von dem Kläger nicht angegriffen. Dabei ist der Senat davon überzeugt, dass der Sachverständige Prof. Dr. T als Direktor der Klinik für Gefäß- und Endovaskularchirurgie des Universitätsklinikums E in ausreichendem Maße kompetent ist, auch die Fragen nach der ordnungsgemäßen Anlage des Stumpfes bei der umstrittenen Amputationsoperation zu begutachten. Denn der Sachverständige hat zu dieser Frage zur Überzeugung des Senates und durch den Kläger unwidersprochen ausgeführt, dass er als Facharzt für Chirurgie und Gefäßchirurgie eine bestimmte Anzahl von Oberschenkel- und Unterschenkelamputationen vorweisen müsse, und dass entsprechende Amputationen, die durch Gefäßerkrankungen bedingt seien, praktisch zum Alltag von Gefäßchirurgen gehörten. Es gebe zwar für die Revisionsoperationen mit dem Ziel, nach einer Amputation den fraglichen Stumpf für bestimmte Anforderungen anzupassen, Spezialisten. Aber auch solche Stumpfkorrekturen könnten durchaus von den Gefäßchirurgen selbst ausgeführt werden, was in der Praxis nicht selten der Fall sei.
Da der Umstand, dass bei dem Stumpf des Klägers das Bedürfnis und wohl auch die Möglichkeit für eine Korrektur besteht, aus den vorstehenden Gründen für sich genommen keinen haftungsbegründenden Fehler der umstrittenen Amputationsoperation darstellt, läuft das diesbezügliche Vorbringen des Klägers letztlich ins Leere. Nicht zuletzt auch im Hinblick darauf war den Anträgen des Klägers in seinen Schriftsätzen vom 13.10.2014 und 3.11.2014 auf Einräumen einer gesonderten Stellungnahmefrist und Verlegung des Verkündungstermins, um zu der Frage der aus seiner Sicht nicht optimalen Gestaltung seines Stumpfes bei der umstrittenen Amputationsoperation ein Privatgutachten vorlegen zu können, nicht zu entsprechen.
3. Die vom Kläger in Bezug auf die Amputationsoperation erhobene Aufklärungsrüge ist nicht begründet. Für diese Beurteilung kann auch für den Senat - ebenso wie für das Landgericht - dahinstehen, ob der Kläger hinreichend aufgeklärt worden ist. Denn es ist jedenfalls von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen, auf die sich die Beklagten berufen haben. Die umstrittenen Amputationsoperation war aus den oben angeführten Gründen alternativlos und medizinisch als einzig verbliebene Möglichkeit zur Rettung des Lebens des Klägers indiziert. Und einen Entscheidungskonflikt hat der Kläger nicht plausibel dargelegt. Dabei steht dem Senat vor Augen, dass der Kläger vorgetragen hat, dass er allenfalls in eine Unterschenkelamputation habe einwilligen wollen, und dass er auf ein Leben mit seinem im Bereich des Oberschenkels amputierten linken Bein keinen Wert lege. Dieses Vorbringen des Klägers reicht aber für einen Vortrag zu einem ernsthaften Entscheidungskonflikt nicht aus. Dabei ist dem Kläger zuzugestehen, dass es durchaus Patienten gibt, die vor einem zwar lebensrettenden, aber zugleich folgenschweren Eingriff wegen der Folgen des Eingriffs diesen ablehnen und bewusst das Risiko des Versterbens in Kauf nehmen, und dass eine solche Entscheidung und damit auch der Umstand zu respektieren ist, dass ein Patient ggf. ernsthaft über die Alternativen nachdenken möchte, ob er dem fraglichen Eingriff zustimmt oder das Risiko des Versterbens eingeht. Es kann indes nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich vor der hier umstrittenen Amputationsoperation in diesem Sinne in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hat. Denn das diesbezügliche Vorbringen des Klägers enthält weder ausdrücklich noch sinngemäß den Vortrag, dass er in der damaligen Situation im04.2007 tatsächlich ernsthaft hätte erwägen wollen bzw. tatsächlich erwogen hat, ob er lieber sterben möchte als in die Amputation seines linken Beines im Bereich oberhalb seines Knies einzuwilligen. Das Vorbringen des Klägers in diesem Zusammenhang dürfte vielmehr - sofern es nicht ausschließlich prozesstaktisch motiviert sein sollte - in erster Linie durch seine Sicht ex post und insoweit maßgeblich durch seine depressive Stimmung sowie den Umstand bestimmt sein, dass er sich ausweislich seiner Schriftsätze mit seinem Schicksal nicht abzufinden vermag.
Eine im Ergebnis abweichende Beurteilung wäre auch dann nicht veranlasst, wenn angenommen werden müsste, dass der Kläger in der fraglichen Zeit vor der umstrittenen Operation nicht mehr in der Lage gewesen ist, eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Zustimmung zu der Operation zu treffen. Denn in diesem Falle wäre aus den Gründen von S. 6 der angefochtenen Entscheidung von einer mutmaßlichen Zustimmung auszugehen. Im Übrigen hat sich der Kläger vor der umstrittenen Amputationsoperation aus den oben dargelegten Gründen in akuter Lebensgefahr befunden mit der Folge, dass es den Ärzten oblag, diejenigen Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, die erforderlich waren, um das Leben des Klägers zu retten. Und das war aus den oben ausgeführten Gründen die tatsächlich durchgeführte Amputation oberhalb des Knies.

Ergänzend sei angemerkt, dass eine Inanspruchnahme der Beklagten durch den Kläger wegen unzureichender Aufklärung und nicht vorliegender Einwilligung jedenfalls daran scheiterte, dass dem Kläger der ihm obliegende Beweis dafür nicht gelungen ist, dass ihm durch den in diesem Falle als rechtswidrig anzusehenden Eingriff ein haftungsbegründender Schaden entstanden ist. Soweit er den Umstand als Schaden darstellt, dass sein linkes Bein im Bereich des Oberschenkels und nicht im Bereich des Unterschenkels amputiert worden ist, hat er nicht beweisen können, dass eine Oberschenkelamputation hätte vermieden werden können. Und der vom Kläger vorgetragene Umstand, dass für ihn ein Leben mit einem im Bereich des Oberschenkel amputierten linken Beines nicht lebenswert erscheine, stellt nach deutschem Recht keinen ersatzfähigen Schaden dar.
4. Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Schriftsätze des Klägers vom 13.10.2014 nebst Anlagen und vom 3.11.2014 bieten aus den oben ausgeführten Gründen keine Veranlassung für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im wesentlichen um Tatsachenfragen und im übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: 453.190,00 Euro
[226.160,00 Euro Antrag zu 1.
+ 177.030,00 Euro Antrag zu 2.;
gem. § 42 GKG i. d. bis 31. 7. "13 in Kraft gewesenen Fassung;
2.810 Euro x 12 Mo. = 33.720 Euro x 5 Jahre = 168.600 Euro;
2.810 Euro x 3 Mo. (Rückst.; 4 - 6 "12) = 8.430 Euro;
168.600 Euro + 8.430 Euro = 177,030,00 Euro
+ 50.000,00 Euro Antrag zu 3.
453.190,00 Euro]

31. BGH, Urteil vom 11.11.2014 – VI ZR 76/13 – * Arzthaftungsprozess: Anforderungen an die tatrichterliche Auseinandersetzung mit widersprüchlichen Sachverständigengutachten; tatsächliche Vermutung für das Unterbleiben einer intensivmedizinischen Maßnahme bei fehlender Dokumentation

Leitsatz

1. In Arzthaftungsprozessen hat der Tatrichter die Pflicht, Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger von Amts wegen nachzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, auch wenn es sich um Privatgutachten handelt.
2. 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 nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt.
3. Das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme begründet die Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben ist. Diese Vermutung entfällt weder deshalb, weil in der Praxis mitunter der Pflicht zur Dokumentation nicht nachgekommen wird, noch deshalb, weil die Dokumentation insgesamt lückenhaft ist.

Tenor

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16.01.2013 aufgehoben.
Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche aus ärztlicher Behandlung.
Die Klägerin zu 1 ist die Witwe und Alleinerbin, die Kläger zu 2 und 3 sind die Kinder von Christian B. (im Folgenden: Patient), bei dem im Sommer 2002 eine hochgradige exzentrische Mitralinsuffizienz bei partiellem Sehnenabriss des hinteren Mitralsegels festgestellt wurde. Der Beklagte zu 2, geschäftsführender Direktor und Chefarzt der Herzchirurgie der von der Beklagten zu 1 betriebenen Universitätsklinik, empfahl ihm deshalb eine operative Korrektur der Mitralklappe. Die Operation wurde am 20.08.2002 durchgeführt, ohne dass es dabei zu Komplikationen kam. Nach der Operation wurde der Patient auf die kardiochirurgische Intensivstation verlegt, wo die Beklagte zu 3 als Krankenschwester zu seiner Überwachung eingeteilt war, die Beklagte zu 5 die Schichtdienstleitung im Pflegedienst innehatte und die Beklagte zu 4

- eine weitere Krankenschwester - ihren Dienst in einem anderen Krankenzimmer versah. Zwischen 22.30 Uhr und 23.00 Uhr kam es beim Patienten zu einem reanimationspflichtigen Zustand. Er wurde reanimiert und intubiert. Am Folgetag, dem 21.08.2002, wurde bei ihm eine hypoxische Hirnschädigung festgestellt. Am 23.09.2002 verstarb der Patient in einer Rehabilitationsklinik.
Die Kläger, die insbesondere von Versäumnissen bei der postoperativen Pflege und Überwachung des Patienten auf der Intensivstation ausgehen und die Einwilligung des Patienten in die Operation für unwirksam halten, nehmen die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin zu 1 verlangt - neben der Feststellung der Pflicht der Beklagten zum Ersatz weitergehender Schäden - aus auf sie übergegangenem Recht des Patienten Schmerzensgeld und materiellen Schadensersatz wie insbesondere Fahrtkosten sowie aus eigenem Recht Beerdigungskosten und entgangenen Unterhalt. Die Kläger zu 2 und 3 machen - neben der Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten auch ihnen gegenüber - ebenfalls entgangenen Unterhalt geltend. Bezüglich der behaupteten Überwachungs- und Pflegeversäumnisse haben die Kläger insbesondere vorgetragen, die Beklagte zu 3 habe das Krankenzimmer des ununterbrochen überwachungsbedürftigen Patienten um 22.30 Uhr verlassen und sei erst um 22.48 Uhr zurückgekehrt, als der Patient, dessen Atemfrequenz nicht in der gebotenen Weise alarmbewehrt überwacht worden sei, bereits bewusstlos und der Atemstillstand bereits eingetreten gewesen sei. Sie habe ihn damit pflichtwidrig 18 Minuten unbeaufsichtigt gelassen. Der Tod des Patienten sei auf die durch den Atemstillstand verursachte Sauerstoffunterversorgung des Gehirns zurückzuführen.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die dagegen gerichtete Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

I.
Das Berufungsgericht hat Behandlungs- und Aufklärungsfehler verneint.
Hinsichtlich etwaiger Behandlungsfehler hat es nicht für erwiesen erachtet, dass die Beklagte zu 3 den Patienten länger als die - unter den gegebenen Umständen nach den getroffenen Feststellungen noch nicht zu beanstandenden - drei Minuten unbeaufsichtigt gelassen hat. Die Beklagte zu 3 habe glaubhaft angegeben, die im Intensivpflegedokumentationssystem "Care Vue" (im Folgenden: Care-Vue-System) um 22.35 Uhr vorgenommene Abspeicherung von den Bettnachbarn des Patienten betreffenden Daten noch im Krankenzimmer des Patienten vorgenommen zu haben und erst dann weggegangen zu sein, um für den Patienten ein Schmerzmittel zu besorgen. Auch sei die Feststellung des Landgerichts, die Beklagte zu 3 sei gegen 22.38 Uhr zurückgekommen, als gerade der erste Alarm "Herzfrequenz unter 60" losgegangen sei, nicht zu beanstanden. Denn die Beklagte zu 3, die - wie die Beklagte zu 5 - bei ihrer Anhörung vor dem Berufungsgericht einen gewissenhaften und glaubwürdigen Eindruck gemacht habe, habe glaubhaft angegeben, sie sei zunächst ins Nachbarzimmer zu Dr. O., der diensthabenden Ärztin, gegangen, die dem Patienten sodann Dipidolor verordnet habe, habe hierauf das Medikament am "Stützpunkt" bei der Beklagten zu 5 abgeholt und habe sich dann zurück ins Krankenzimmer des Patienten begeben, was alles sehr schnell gegangen sei. Ihre Darstellung stimme mit den Angaben der Zeugin Dr. O. und der Beklagten zu 5 überein, die von keinen Verzögerungen berichtet und angegeben hätten, den Notruf der Beklagten zu 3 schon gehört zu haben, als diese quasi noch auf dem Rückweg gewesen sei. Auch aufgrund der räumlichen Verhältnisse auf der Intensivstation sei nachvollziehbar, dass die Abwesenheit der Beklagten zu 3 rund drei Minuten gedauert habe. Für eine Rückkehr der Beklagten zu 3 gegen 22.38 Uhr spreche im Übrigen der Alarm "Herzfrequenz über 120" von 22.45 Uhr, den der Sachverständige überzeugend als kardiale Antwort auf die medikamentöse Reanimation gewertet habe, weshalb die Reanimation zwischen 22.38 Uhr und 22.45 Uhr begonnen haben müsse.
Dass die Beklagten zu 3 und 5 in ihrem "Ereignisbericht" vom 22.08.2002 und die Zeugin Dr. O. in ihrem Bericht vom01.2003 den Hilferuf der Beklagten zu 3 erst für 22.48 Uhr bzw. den Beginn der Reanimation für 22.50 Uhr angegeben hätten, lasse nicht auf eine mehr als dreiminütige Abwesenheit schließen. Die Zeitangaben könnten auf einem Irrtum beruhen. Denn die Beteiligten hätten glaubhaft angegeben, den Bericht ohne Abgleich mit den Krankenakten aus dem Gedächtnis gefertigt zu haben; zudem habe für sie die Rekonstruktion der genauen Uhrzeit nicht im Vordergrund gestanden. Auch dass die Werte der Blutgasanalyse erst um 22.53 Uhr vorgelegen hätten, beweise keine längere Abwesenheit der Beklagten zu 3. Denn nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen könne man davon ausgehen, dass die dafür erforderliche Blutentnahme gegen 22.50 Uhr erfolgt sei, was nicht ungewöhnlich sei, da die Reanimation Vorrang habe und erst danach die Blutwerte bestimmt würden. Hinzu komme, dass die Systemzeiten des Herzfrequenzalarms einerseits und des Care-Vue-Systems andererseits voneinander abweichen könnten und die Datenabspeicherung im Care-Vue-System um 22.35 Uhr nicht bedeute, dass die Beklagte zu 3 das Krankenzimmer nicht erst ein oder zwei Minuten später verlassen habe. Da der Herzfrequenzalarm deshalb bezogen auf die Care-Vue-Zeit auch etwas später als 22.38 Uhr eingetreten sein könne, könne sich die von den Klägern monierte Diskrepanz zwischen Beginn der Reanimation und Blutabnahme relativieren. Weiter beweise auch der bei der Blutgasanalyse gemessene hohe pCO2-Wert nicht, dass der Patient länger als drei Minuten unbeaufsichtigt gewesen sei. Denn der Sachverständige

habe überzeugend ausgeführt, als Ursache hierfür komme neben einem etwa 10 bis 15-minütigen Atemstillstand bzw. einer länger andauernden Hypoventilation auch die Gabe von Natriumbicarbonat während der Reanimation in Betracht. Dass Natriumbicarbonat im Rahmen der Operation verabreicht worden sei, erscheine möglich, auch wenn eine Natriumbicarbonatgabe nicht dokumentiert worden sei. Zuletzt lasse sich auch aus der unstreitigen Tatsache, dass es zu einem hypoxischen Hirnschaden gekommen sei, nicht schließen, dass es vor der Reanimation eine länger andauernde Atemdepression und somit eine länger andauernde Abwesenheit der Beklagten zu 3 gegeben haben müsse. Denn der Sachverständige habe überzeugend ausgeführt, es sei ebenso denkbar, dass sich die Schädigung erst während der Reanimation ereignet habe.
Auch einen Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der Atemfrequenzmessung habe das Landgericht zu Recht verneint. Zwar sei zwischen den Parteien unstreitig, dass die Atemfrequenzmessung nicht alarmbewehrt gewesen sei, doch sei die im Streitfall festgestellte Handhabung nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen üblich und ausreichend. Zuletzt sei die beim Patienten durchgeführte Operation nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen auch indiziert gewesen.
Bezüglich der von den Klägern erhobenen Aufklärungsrüge hat das Berufungsgericht insbesondere ausgeführt, eine medikamentöse Behandlung und ein Hinausschieben der Operation hätten nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen keine Heilungschancen geboten, vielmehr die Gefahr mit sich gebracht, dass sich die Herzfunktion verschlechtere und sich das Risiko bei einer späteren Operation erheblich erhöhe oder die Operation ganz undurchführbar werde. Echte Alternativen, über die aufzuklären gewesen wäre, hätten damit nicht vorgelegen.
II.
1. Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.
a) Nicht zu beanstanden ist allerdings die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Patient sei im Hinblick auf die durchgeführte Operation ordnungsgemäß aufgeklärt worden, die von ihm erteilte Operationseinwilligung mithin wirksam. Die von der Revision insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.
b) Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, dass die Beklagte zu 3 den Patienten länger als drei Minuten unbeaufsichtigt gelassen habe, beruht indes auf Rechtsfehlern.
aa) Grundsätzlich ist die Würdigung der Beweise dem Tatrichter vorbehalten. An dessen Feststellungen ist das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Dieses kann lediglich nachprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteile vom 16.04.2013 - VI ZR 44/12, VersR 2013, 1045 Rn. 13; vom 8.07.2008 - VI ZR 274/07, VersR 2008, 1126 Rn. 7; vom 1.10.1996 - VI ZR 10/96, VersR 1997, 362, 364; BGH, Urteil vom 5.10.2004 - XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 316 f. mwN). Solche Fehler sind im Streitfall gegeben.
bb) Auf Rechtsfehlern beruht zunächst die Annahme des Berufungsgerichts, aus der Tatsache, dass es beim Patienten zu einem hypoxischen Hirnschaden gekommen sei, lasse sich nicht schließen, dass es vor der Reanimation eine länger andauernde Atemdepression und somit eine länger andauernde Abwesenheit der Beklagten zu 3 gegeben habe. Die Revision beanstandet zu Recht, das Berufungsgericht habe zu dieser Einschätzung nicht gelangen dürfen, ohne sich mit den entgegenstehenden Ausführungen aus dem von den Klägern vorgelegten Privatgutachten des Dr. W. auseinanderzusetzen.
(1) In Arzthaftungsprozessen hat der Tatrichter nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung die Pflicht, Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger von Amts wegen nachzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, auch wenn es sich um Privatgutachten handelt (z.B. Senatsbeschlüsse vom 11.03.2014 - VI ZB 22/13, VersR 2014, 895 Rn. 12; vom 9.06.2009 - VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406 Rn. 7; Senatsurteile vom 10.10.2000 - VI ZR 10/00, VersR 2001, 525, 526; vom 28.04.1998 - VI ZR 403/96, VersR 1998, 853, 854; vom 24.09.1996 - VI ZR 303/95, VersR 1996, 1535, 1536; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 765). 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 (Senatsbeschluss vom 11.03.2014 - VI ZB 22/13, VersR 2014, 895 Rn. 12; BGH, Urteile vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06, VersR 2008, 1676 Rn. 11 mwN; vom 22.09.2004 - IV ZR 200/03, VersR 2005, 676, 677 f.).
(2) Diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht im Streitfall nicht gerecht geworden.
Das Berufungsurteil stützt sich hinsichtlich der Annahme, aus dem Eintritt eines hypoxischen Hirnschadens lasse sich nicht schließen, dass es vor der Reanimation eine länger andauernde Atemdepression und somit eine länger dauernde Abwesenheit der Beklagten zu 3 gegeben haben müsse, auf die - vom Berufungsgericht als überzeugend erachteten - Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen. Dieser hatte zuletzt ausgeführt, die Ursache des hypoxischen Hirnschadens sei spekulativ; er müsse

nicht schon vor der Reanimation eingetreten sein. Vielmehr könne er sich auch erst während der Reanimation ereignet haben; denn dies lasse sich auch bei einer als zügig und erfolgreich beschriebenen Reanimation nicht sicher vermeiden.
Nicht in den Blick genommen werden dabei die dieser Einschätzung entgegenstehenden Ausführungen des Privatgutachters Dr. W. Dieser ist in seiner gutachterlichen Stellungnahme vom 8.02.2009 davon ausgegangen, die Hypoxie habe sich "zeitlich mit Sicherheit vor der Reanimation" ereignet, und dies nachvollziehbar damit begründet, dass "ausweislich des Kurvenblattes rasch nach Beginn der Reanimation mit einem Sauerstoffdruck PO2 von 218 eine suffiziente Oxygenierung bestanden" habe. Dem Berufungsurteil lässt sich weder entnehmen, dass das Berufungsgericht diese fachliche Einschätzung bedacht hat, noch, aus welchen Gründen es der Einschätzung des gerichtlich bestellten Sachverständigen den Vorzug gegenüber derjenigen des Privatgutachters gegeben hat. Entsprechende Darlegungen waren im Streitfall umso mehr veranlasst, als - worauf die Revision zutreffend hinweist - ursprünglich auch der gerichtliche Sachverständige davon ausgegangen war, dass angesichts der rasch erfolgreich verlaufenen Reanimation davon ausgegangen werden müsse, "dass im Wesentlichen die Phase vor der Reanimation zerebrotoxisch war" (vgl. Ergänzende Stellungnahme zum intensivmedizinischen Fachgutachten vom 29.05.2008, S. 9). Erst im weiteren Verfahren hat er diese Aussage dahingehend relativiert, angesichts der nach allen Berichten erfolgreichen Reanimation erscheine "die Theorie wahrscheinlich, dass die Hypoxie bereits vorher eingetreten war", Beweise hierfür fänden sich aber nicht (so Ergänzende Stellungnahme zum intensivmedizinischen Gutachten vom 20.09.2009, S. 3) bzw. im Rahmen einer Reanimation sei es auch bei optimalen Bedingungen immer möglich, dass es zu einem solchen hypoxischen Schaden wie beim Patienten komme (so Anhörung vom 7.07.2010). Insoweit drängte sich im Übrigen die vom Berufungsgericht nicht geklärte Frage auf, ob der Sachverständige mit der Möglichkeit einer Entstehung des hypoxischen Hirnschadens erst im Rahmen der Reanimation nur eine rein theoretische Möglichkeit, die sich im Streitfall auf keine tragfähigen Anhaltspunkte stützen kann, dargelegt hat. Wäre dies der Fall, hätte sie im Rahmen der Beweiswürdigung durch das Gericht außer Betracht zu bleiben (vgl. Senatsurteile vom 24.04.2001 - VI ZR 258/00, VersR 2001, 1262, 1264; vom 24.06.1980 - VI ZR 7/79, VersR 1980, 940, 941; BGH, Urteile vom 11.04.2013 - I ZR 152/11, NJW-RR 2014, 112 Rn. 17; vom 11.07.1991 - III ZR 177/90, BGHZ 115, 141, 146).
cc) Auf Rechtsfehlern beruht darüber hinaus die Annahme des Berufungsgerichts, auch der bei der Blutgasanalyse gemessene pCO2-Wert von 92,0 beweise nicht, dass der Patient länger als drei Minuten unbeaufsichtigt gewesen sei.
(1) Das Berufungsgericht begründet dies mit der Überlegung, der Sachverständige habe überzeugend ausgeführt, als Ursache dieses pCO2-Werts komme neben einem etwa 10 bis 15-minütigen Atemstillstand bzw. einer über einen längeren Zeitraum andauernden Hypoventilation die - nach Auffassung des Berufungsgerichts möglicherweise erfolgte - Gabe von Natriumbicarbonat in Betracht. Dass die Gabe von Natriumbicarbonat nicht dokumentiert sei, stehe dem nicht entgegen. Denn der Beklagte zu 2 habe glaubhaft erklärt, die Gabe von Natriumbicarbonat im Rahmen einer Reanimation sei in der Herzchirurgie der Beklagten zu 1 Routine. Auch der Sachverständige habe bestätigt, dass es sich um eine Routinemaßnahme handle, sowie darüber hinaus die Vermutung geäußert, dass die Gabe von Natriumbicarbonat bei vielen Reanimationen nicht vermerkt werde. Da die Dokumentation im Streitfall auch an anderen Stellen lückenhaft sei, liege das nicht fern.
(2) Diese Ausführungen verkennen die Bedeutung der Dokumentation. Nach gefestigter Rechtsprechung des erkennenden Senats begründet das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme die Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben ist (vgl. Senatsurteil vom 14.02.1995 - VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 10; Senatsbeschluss vom 9.06.2009 - VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406 Rn. 4; ferner Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 548; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., B Rn. 247; vgl. jetzt auch § 630h Abs. 3 BGB). Diese Vermutung entfällt weder deshalb, weil in der Praxis mitunter der Pflicht zur Dokumentation nicht nachgekommen wird (Senatsurteil vom 14.02.1995, aaO), noch deshalb, weil die Dokumentation insgesamt lückenhaft ist. Ob das Berufungsgericht - was unklar bleibt - die Dokumentationspflichtigkeit der Gabe von Natriumbicarbonat im Rahmen einer Reanimation aus medizinischen Gründen bejaht oder ob es diese Frage letztlich offengelassen hat, kann für das Revisionsverfahren dahinstehen. Denn die Dokumentationspflichtigkeit ist jedenfalls revisionsrechtlich zu unterstellen. War die Gabe von Natriumbicarbonat im Rahmen der Reanimation aber dokumentationspflichtig, so wäre zugunsten der Kläger zu vermuten, dass kein Natriumbicarbonat verabreicht wurde, und die - von den Beklagten im Übrigen erst nach dem entsprechenden Hinweis des gerichtlichen Sachverständigen angesprochene und zudem auch dann nicht konkret behauptete - Gabe von Natriumbicarbonat als alternative Ursache für den hohen pCO2-Wert mithin ausscheidet.
dd) Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es sich mit den Ausführungen des Privatgutachters Dr. W. auseinandergesetzt oder/und die Gabe von Natriumbicarbonat als Alternativursache für den hohen pCO2-Wert ausgeschlossen hätte, war das Berufungsurteil gemäß § 563 Abs. 1 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Im Rahmen der erneuten Befassung wird das Berufungsgericht auch die besondere Bedeutung zu berücksichtigen haben, die dem von den Beklagten zu 3 und 5 nur zwei Tage nach dem Vorfall verfassten "Ereignisbericht" als Bestandteil der Behandlungsdokumentation zukommt. Legt man die Darlegungen im "Ereignisbericht", die Ansätze einer Erklärung für die dort angegebene Abwesenheitsdauer erkennen lassen ("Die Ampulle musste erst durch die Schichtleitung Michaela W[…] ausgeschlossen werden."), zugrunde, so ist von einer deutlich längeren Abwesenheitsdauer der Beklagten zu 3 als die vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen noch als tolerabel angesehene Dauer von drei Minuten auszugehen. Ob vor diesem Hintergrund im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung ein schadensursächlicher Überwachungsfehler als bewiesen angesehen werden kann, wird das Berufungsgericht zu bewerten haben. Freilich wird es dabei - wie auch bei der Bewertung der Aussagen des Sachverständigen - zu beachten haben, dass das "Für-Wahr-Erachten" im Sinne des § 286 ZPO vom Richter keine absolute oder unumstößliche Gewissheit im Sinne des wissenschaftlichen Nachweises verlangt, sondern nur einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. z.B. Senatsurteil vom 26.10.1993 - VI ZR 155/92, VersR 1994, 52, 53; ferner Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 593).
Im Übrigen wird das Berufungsgericht im Rahmen der erneuten Befassung auch Gelegenheit haben, das weitere wechselseitige Vorbringen der Parteien in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen.
Galke Wellner Pauge
von Pentz Offenloch

32. OLG Köln, Beschluss vom 10.11.2014 – 5 U 71/14 – * Arzthaftungsprozess: Antrag einer Prozesspartei auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen

Orientierungssatz

Grundsätzlich sind Gerichte verpflichtet, dem Antrag einer Prozesspartei auf ergänzende mündliche Anhörung des vom Gericht beauftragten Sachverständigen nach schriftlicher Gutachtenerstattung zu entsprechen. Dies bedeutet nicht, dass dem Anhörungsantrag einer Prozesspartei ausnahmslos immer entsprochen werden müsste. Vielmehr ist dies dann nicht der Fall, wenn der Antrag rechtsmissbräuchlich ist oder der Prozessverschleppung dient (vgl. BVerfG, 6.03.2013, 2 BvR 2918/12, BGH, 22.05.2007, VI ZR 233/06).
Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG, 6.03.2013, Az: 2 BvR 2918/12
Vergleiche BGH, 22.05.2007, Az: VI ZR 233/06

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 8.04.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 208/11) 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 legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).
Das Landgericht hat vielmehr zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz immaterieller und materieller Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihm der ihm obliegende Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht gelungen und auch seine 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 abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. S [Gutachten vom 15.01.2013 (Bl. 82 - 97 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 1.10.2013 (Bl. 127 - 131 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzukommt, dass das Gutachten im Ergebnis mit den Feststellungen in dem Bescheid der Gutachterkommission vom 10.02.2011 [SH I] übereinstimmt.

Der Verwertung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. S als Entscheidungsgrundlage steht entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung auch nicht entgegen, dass der Sachverständige den Kläger nicht körperlich untersucht hat. Denn dies wäre allenfalls dann erforderlich gewesen, wenn der Sachverständige zu der Annahme eines fehlerhaften Vorgehens der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. gelangt wäre, und wenn infolgedessen die Frage nach dem Umfang eines eventuellen Schadens des Klägers und insoweit etwa die Frage nach der Wahrscheinlichkeit des Auftrittes eines Dauerschaden für den Rechtsstreit erheblich geworden wäre. Der Sachverständige hat ein fehlerhaftes Vorgehen der Behandler indes nicht festgestellt.
2. Vielmehr geht auch der Senat - ebenso wie das Landgericht - nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. S und auch nach den ebenfalls überzeugenden Feststellungen der Gutachterkommission davon aus, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. bei der umstrittenen Behandlung haftungsbegründende Fehler nicht unterlaufen sind. Nach den Feststellungen des Sachverständigen war der umstrittene Eingriff insbesondere medizinisch indiziert, war der Kläger in einem für diesen Eingriff optimalen Alter, stellt die vom Beklagten zu 2. angewandte Operationsmethode zwar eine ungewöhnliche Abwandelung der Operationsmethode nach Snodgrass, aber eine durchaus geeignete Vorgehensweise dar und ist weder fehlerhaft noch mit einem höheren Komplikationsrisiko verbunden gewesen als die Methode nach Snodgrass, ist die Operation selbst auch im Übrigen einschließlich der Handhabung, lediglich einen Katheter zu legen, ordnungsgemäß erfolgt und ist der Kläger bzw. sind dessen Eltern ordnungsgemäß über die angewandte Operationsmethode und die mit dem Eingriff verbunden gewesenen Risiken aufgeklärt worden; aus der später aufgetretenen Fistel und der Penisverkrümmung ergibt sich kein Indiz für ein fehlerhaftes Vorgehen, weil es sich hierbei um typische Komplikationen von Eingriffen der hier in Rede stehenden Art handelt, die auch bei in jeder Hinsicht ordnungsgemäßem Vorgehen auftreten können. Diese Feststellungen des Sachverständigen überzeugen den Senat ebenso wie das Landgericht und sie werden von dem Kläger mit seiner Berufungsbegründung - zu Recht - nicht angegriffen.
Auch in Bezug auf die postoperative Behandlung des Klägers im Rahmen des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes können nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme haftungsbegründende Behandlungsfehler nicht festgestellt werden. Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass sich zwar der Dokumentation der Beklagten konkrete Verhaltensanweisungen an den Kläger bzw. seine Eltern betreffend die Schonung bzw. Mobilisation nicht entnehmen ließen, dass hierzu indes ohnehin die Handhabung international sehr unterschiedlich sei und es Länder gebe, in denen Eingriffe der hier in Rede stehenden Art bei Kleinkindern ambulant durchgeführt würden. Wichtig sei lediglich eine gewisse Einschränkung der Mobilität und Schonung am 1. und 2. postoperativen Tag, d. h. beim Kläger im Laufe des 14. und des 15.06.2007, wobei sich dies bei Kleinkindern allerdings erfahrungsgemäß nicht immer realisieren lasse und Eltern zuweilen insoweit an ihre erzieherischen Grenzen stießen. Es lasse sich in jedem Falle feststellen, dass eine eventuell zu frühzeitige Mobilisierung auf den Heilungsverlauf beim Kläger keinen Einfluss gehabt habe. Denn die beim Kläger eingetretene Fistelbildung und Penisverkrümmung stellten typische Komplikationen dar, die bei Eingriffen der hier in Rede stehenden Art auch bei in jeder Hinsicht ordnungsgemäßem Vorgehen nicht vermieden werden könnten und relativ häufig aufträten, die Fistelbildung etwa in 10 % der Fälle. Auch die Frage, ob weitergehend als tatsächlich geschehen Vorsichtsmaßnahmen hätten ergriffen werden müssen, um ein Manipulieren des Klägers am Katheter zu vermeiden, stelle sich nicht, weil feststehe, dass es zu solchen Manipulationen nicht gekommen und der Katheter nicht entfernt worden sei. Auch diese Feststellungen überzeugen den Senat und werden vom Kläger mit seiner Berufungsbegründung - zu Recht - nicht angegriffen.
Haftungsbegründenden Fehler hat der Sachverständige Prof. Dr. S schließlich auch weder in Bezug auf Maßnahmen festgestellt, mit denen dem Eintreten von Blasenkrämpfen vorgebeugt werden kann, noch in Bezug auf das Verhalten der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. nach Auftreten der starken Schmerzen und der panikartigen Unruhe beim Kläger in der Nach vom 15. auf den 16.06.2007. Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass nach Eingriffen der hier in Rede stehenden Art insbesondere wegen des eingesetzten Katheters Blasenkrämpfe relativ häufig aufträten, dass zur Vorbeugung prophylaktisch anticholinerge Medikamente verabreicht und im Übrigen der betroffene Patient bzw. dessen Eltern über die Möglichkeit des Auftretens von Blasenkrämpfen informiert werden könnten, damit sie entsprechende Symptome besser einordnen und diese sogleich nach deren Auftreten melden könnten. Auch mit einer prophylaktischen Medikation lasse sich aber das Auftreten von Blasenkrämpfen nicht zuverlässig vermeiden. Es könne vielmehr durchaus sein, dass diese gleichwohl aufträten und mit weiteren Medikamenten behandelt werden müssten. Es könne im Übrigen nicht festgestellt werden, was die Ursache für die gravierenden Schmerzen des Klägers und seine panikartige Unruhe gewesen sei. Es könne sich zwar durchaus um Blasenkrämpfe gehandelt haben, es kämen aber auch andere Umstände als Ursache in Betracht, wie etwa Wundschmerz sowie eine Reaktion des Klägers auf die für ihn fremde Umgebung. Nach der Behandlungsdokumentation der Beklagten sei auch davon auszugehen, dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. in angemessener Art und Zeit auf die Symptome des Klägers reagiert hätten. Die verabreichte Medikation sei zwar für den Fall, dass bei dem Kläger Blasenkrämpfe

vorgelegen haben sollten, nicht die Medikation der Wahl gewesen, sie hätte aber gleichwohl in angemessener Zeit zu einer Beruhigung des Klägers und dazu geführt, dass er eingeschlafen sei.
Auch diese Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. S überzeugen den Senat. Und sie werden vom Kläger mit seiner Berufungsbegründung nicht mit Substanz angegriffen. Vielmehr erschöpft sich seine Berufungsbegründung im Wesentlichen darin, dass er sich auf den Standpunkt stellt, dass er ein Recht darauf habe, dass seine Eltern persönlich in einem entsprechenden Anhörungstermin die Geschehnisse der fraglichen Nacht schildern und Rückfragen an den Gerichtssachverständigen stellen könnten, dass die Erfahrung immer wieder zeige, dass ein Gespräch über Behandlungsabläufe und eventuelle Nachfragen des jeweiligen Sachverständigen zu einer veränderten gutachterlichen Sicht führen könnten, und dass die vom Landgericht zu Unrecht nicht durchgeführte mündliche Anhörung des Sachverständigen nunmehr vom Senat nachgeholt werden müsse. Dieses Vorbringen des Klägers rechtfertigt indes eine abweichende, für ihn günstigere Beurteilung nicht und bietet auch keine Veranlassung für eine ergänzende mündliche Anhörung des Sachverständigen:
Zwar sind Gerichte in der Tat nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich verpflichtet, dem Antrag einer Prozesspartei auf ergänzende mündliche Anhörung des von ihm [dem Gericht] beauftragten Sachverständigen nach schriftlicher Gutachtenerstattung zu entsprechen [vgl. statt vieler Entscheidungen etwa: BVerfG Beschluss vom 6.03.2013, 2 BvR 2918/12, NJW-RR 2013, 626-Rn. 19 - 21; BGH, Beschluss vom 22.05.2007, VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294-Rn. 3 - st. Rspr.]. Entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung bedeutet dies indes nicht gewissermaßen automatisch, dass dem Anhörungsantrag einer Prozesspartei ausnahmslos immer entsprochen werden müsste. Vielmehr ist dies nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dann nicht der Fall, wenn der Antrag rechtsmissbräuchlich ist oder der Prozessverschleppung dient [BVerfG und BGH, jeweils a. a. O.]. Und ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Denn aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung ist der Anhörungsantrag des Klägers rechtsmissbräuchlich. Nach seinem eigenen Vorbringen in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 23.12.2013 ist es dem Kläger darum gegangen, dass seine Eltern dem Gericht die Vorgänge in der Nacht vom 15. auf den 16.06.2007 aus ihrer Sicht schildern, damit nicht ausschließlich die Behandlungsdokumentation der Beklagten, sondern auch die Sicht seiner Eltern Grundlage der Begutachtung und Entscheidung wird. Dieses Anliegen ist für sich genommen durchaus legitim. Es nötigt indes nicht zwingend zu einer Anhörung des Sachverständigen. Denn dieser kann zu der Klärung der Frage, wie sich die Dinge in der fraglichen Nacht zugetragen haben, nichts beitragen. Es ist vielmehr Aufgabe des Gerichts, dem Sachverständigen insoweit die Anknüpfungstatsachen für seine Begutachtung vorzugeben. Dabei ist grundsätzlich von den Behandlungsunterlagen des behandelnden Arztes auszugehen. Denn diesen ist Vertrauen zu schenken, wenn sie zeitnah erstellt worden und vollständig sind und keine Umstände vorliegen, die Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit begründen [BGH, VersR 1978, 542-Rn. 24 - st. Rspr.; vgl. hierzu auch etwa BGH, NJW 1981, 2002-Rn. 19; BGH, VersR 1978, 542]. Solche Umstände, die Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsunterlagen der Beklagten hätten begründen können, lagen zunächst nicht vor, so dass es korrekt war, dass das Landgericht dem Sachverständigen in dem Beweisbeschluss vom 14.09.2012 vorgegeben hat, die Begutachtung auf der Basis der Behandlungsunterlagen vorzunehmen. Ebenso war es auf den Schriftsatz des Klägers vom 23.12.2013 hin korrekt, dass das Landgericht die Mutter des Klägers zu den Vorgängen in der Nacht vom 15. auf den 16.06.2007 persönlich angehört hat. Denn aus dieser persönlichen Anhörung hätten sich durchaus Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten und die Notwendigkeit ergeben können, dem Sachverständigen andere Anknüpfungstatsachen für seine Begutachtung vorzugeben und ihn um ergänzende Begutachtung auf der Basis dieser neuen Anknüpfungstatsachen zu bitten. Aus der persönlichen Anhörung der Mutter des Klägers haben sich indes auch für den Senat - ebenso wie für das Landgericht - keine Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten hätten begründen können. Vielmehr stimmen die Dokumentation und die Bekundungen der Mutter des Klägers in einer Reihe von wesentlichen Punkten überein. Soweit die Darstellungen divergieren, besteht keine Veranlassung an der Zuverlässigkeit der Dokumentation der Beklagten zu zweifeln. Vielmehr dürften diese Diskrepanzen auf der verständlichen und nachvollziehbaren nervlichen Anspannung der Mutter des Klägers in der konkreten, für den Kläger selbst und für seine Mutter sicherlich nicht einfachen Situation beruhen, worauf das Landgericht bereits zu Recht hingewiesen hat. So ist es insbesondere verständlich und gut nachvollziehbar, dass die Mutter des Klägers nach ihrem eigenen Bekunden die erfolgte Verabreichung von Schmerzmedikamenten nicht so genau mitbekommen hat. Bestanden aber auch nach der persönlichen Anhörung der Mutter des Klägers weiterhin keine Zweifel an der Zuverlässigkeit der Behandlungsdokumentation der Beklagten, war bzw. ist diese auch weiterhin der sachverständigen Begutachtung und rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen mit der Folge, dass es einer ergänzenden Befragung des Sachverständigen nicht bedurfte bzw. bedarf, weil dieser seine Begutachtung auf der Basis der Behandlungsdokumentation der Beklagten erstellt 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].

33. OLG Köln, Urteil vom 05.11.2014 – I-5 U 152/13, 5 U 152/13 – * Arzthaftungsprozess: Unterlassene Patientenaufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Abklärung einer koronaren Herzerkrankung; Dokumentationspflichten des Arztes

Leitsatz

1. Unterbleibt der Rat zu einer zweifelsfrei erforderlichen diagnostischen Maßnahme als solcher, ist das hierin liegende Unterlassen regelmäßig als Befunderhebungsfehler zu behandeln mit den damit verbundenen Beweiserleichterungen für die Frage der Schadensursächlichkeit.
2. Unterbleibt lediglich der Hinweis auf die besondere Dringlichkeit der diagnostischen Abklärung, nicht aber der Hinweis auf die grundsätzliche Notwendigkeit, liegt der Schwerpunkt des ärztlichen Fehlverhaltens demgegenüber auf der unzureichenden Sicherheitsaufklärung; eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität kommt nur im Fall eines groben Fehlers in Betracht.

Orientierungssatz

1. Die Unterlassen der Aufklärung eines Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Abklärung einer koronaren Herzerkrankung kann auch bei einem Patienten mit Risikofaktoren wie arterielle Hypertonie, Diabetes mellitus, Adipositas und Lipidstoffwechselstörung als bloßer Behandlungsfehler einzuordnen sein.
2. Empfiehlt der Arzt dem Patienten die richtige Vorgehensweise und unterbleibt allein eine Unterrichtung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Maßnahme, so handelt es sich im Regelfall nicht um einen besonders schweren Fehler, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.
3. Das Unterlassen einer Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer angeratenen diagnostischen Maßnahme ist nicht als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren, der unter den nach der Rechtsprechung erforderlichen weiteren Voraussetzungen zur Beweislastumkehr führt. Die Beweislastumkehr rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass es nicht zu Lasten des Patienten gehen darf, wenn der Arzt in besonderem Maß die Verantwortung dafür trägt, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsgeschehens und zur Klärung der Kausalität nicht zur Verfügung stehen (Anschluss BGH, 3.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 341). Gemessen hieran lassen sich Fälle, in denen "nur" die Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer diagnostischen Maßnahme unterbleibt, nicht als ein zur Beweislastumkehr führender Befunderhebungsfehler einstufen.
4. Eine Verpflichtung des behandelnden Arztes, bei Ablehnung einer Behandlung durch den Patienten nicht nur den entsprechende Rat, sondern auch einen erteilten ärztlichen Hinweis auf die Dringlichkeit der Maßnahme zu dokumentieren, so dass dieser bei Nichtdokumentation als unterblieben vermutet würde, wäre mit dem Zweck der Dokumentation, den behandelnden Arzt sowie mit- und nachbehandelnde Ärzte (später) zu informieren, kaum zu vereinbaren.

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 8.11.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 233/12 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 1) zu 68 % und der Kläger zu 2) zu 32 % zu tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern 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 leisten.
Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.
Der am 00.00.1951 geborene Ehemann der Klägerin zu 1) und Vater des Klägers zu 2) (im Folgenden auch: Patient) befand sich seit dem Jahr 1993 bei dem Beklagten, einem Arzt für Innere Medizin, in hausärztlicher Behandlung. Die Behandlung des stark übergewichtigen Patienten erfolgte insbesondere wegen Bluthochdrucks, Diabetes und einer Störung des Fettstoffwechsels. Am 25.7.2001 führte der Beklagte ein EKG durch und beurteilte es als unauffällig.
Am 30.7.2007 stellte sich der Patient wegen einer zunehmenden Schwellung der Unterschenkel beim Beklagten vor. Der Beklagte stellte eine ausgeprägte Varicosis beider Beine fest und vereinbarte mit dem Patienten einen Gesundheits-Check-up. Am 3.8.2007 erfolgten unter anderem eine Blutentnahme und die Anfertigung eines EKG. Am 9.8.2007 besprach der Beklagte die Ergebnisse mit dem Patienten. In der von ihm elektronisch geführten Karteikarte vermerkte er: "Erörterung: (...) bis auf EKG-Veränderungen i.S. V.a. KHK keine Befundänderung (...). Ergometrie, LZ-EKG u. ggf. Coro erforderlich." Am 14.8.2007

führte der Beklagte ein Echokardiografie und ein Belastungs-EKG durch. In dem vom Beklagten vorgelegten Ausdruck der Karteikarte heißt es: "Beratung: Bei Ergobefund, LZ-EKG bei V.a. intermitt. AA empfohlen. Ggf. Vorstellung in T zum Cardio MRT/Coro wobei Pat. diesbezüglich jedoch vorerst abwarten möchte."
Am 19.11.2007 stellte sich der Patient mit Beschwerden an den Hand- und Fußgelenken beim Beklagten vor. Am 22.11.2007 suchte er ihn wegen eines Hautabszesses auf.
Am 15.4.2008 klagte der Patient gegenüber dem Beklagten über eine Belastungsdyspnoe und Druck im Oberbauch. Am 16.4.2008 führte der Beklagte ein EKG und am 22.4.2008 ein Belastungs-EKG durch. Nach seiner Auswertung lag ein permanentes Vorhofflimmern vor. Die Entscheidung, ob die in den nächsten Tagen geplante Operation der Krampfadern in der Klinik für Gefäßchirurgie im Kreis B möglich war, sollte nach der Dokumentation des Beklagten durch den zuständigen Anästhesisten getroffen werden.
Nach einer Vorstellung des Klägers am 27.4.2008 und der Vorlage der EKG-Befunde stimmte der Anästhesist dem Eingriff nicht zu, worüber der Patient den Beklagten am 28.4.2008 informierte. Am 30.4.2008 stellte sich der Patient in der kardiologischen Ambulanz des I Klinikum T vor, wo der untersuchende Arzt nach einer Echokardiografie zur invasiv diagnostischen Abklärung riet.
Während des stationären Aufenthalts des Patienten im I Klinikum T vom 6.5.2008 bis 26.5.2008 wurde unter anderem eine Herzkatheteruntersuchung durchgeführt, die den Befund einer operationspflichtigen koronaren Dreigefäßerkrankung mit hochgradigen Stenosen ergab. Ferner lagen eine ischämische Kardiomyopathie mit hochgradig reduzierter linksventrikulärer Funktion und ein persistierendes Vorhofflimmern vor.
Am 26.5.2008 wurde der Patient in das Herz- und Diabeteszentrum C verlegt, wo am 28.5.2008 ein Linksherzunterstützungssystem implantiert wurde. Am 5.6.2008 trat eine Hemiparese rechts auf. In der Computertomografie vom 8.6.2008 zeigten sich im Gehirn ein Mediateilinfarkt und ein Posterioinfarkt. Die Computertomografie vom 10.6.2008 ergab einen weiteren ischämischen Insult. Der Patient verstarb am 14.6.2008. In den Kliniken C2-Mitte fand eine Obduktion statt.
Die Klägerin zu 1), die Alleinerbin des Patienten ist, hat den Beklagten auf ein ererbtes Schmerzensgeld, das sie mit 44.000 EUR beziffert hat, und Erstattung von Beerdigungskosten in Höhe von 9.055 EUR in Anspruch genommen. Der Kläger zu 2) hat den Ersatz entgangenen Barunterhalts von 24.809,80 EUR verlangt. Ferner haben die Kläger die Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.499,40 EUR begehrt.
Sie haben dem Beklagten vorgeworfen, dass er seit dem Jahr 2001 keine EKG-Kontrollen vorgenommen habe, obwohl diese angesichts der kardialen Risikofaktoren geboten gewesen seien. Seit dem Jahr 2006 habe der Patient über zunehmende Schmerzen im Thoraxbereich geklagt. Im08.2007 habe erkennbar eine schwere Herzerkrankung vorgelegen. Der Beklagte habe weitere diagnostische Maßnahmen ergreifen und den Patienten an einen Kardiologen überweisen müssen. Stattdessen habe er ihm erklärt, dass alles in Ordnung sei. Auch im04.2008 habe der Beklagte aus den EKG-Befunden keine Konsequenzen gezogen.
Die Kläger haben beantragt,
den Beklagten zu verurteilen,
1. an die Klägerin zu 1) 44.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.06.2008 zu zahlen,
2. an die Klägerin zu 1) weitere 9.055,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.06.2008 zu zahlen,
3. an den Kläger zu 2) 24.809,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. den Klägern als Gesamtgläubigern vorprozessual entstandene Kosten in Höhe von 1.499,40 EUR zu erstatten.
Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er ist dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Er habe dem Patienten am 14.8.2007 angesichts der kardiologischen Situation mit fraglicher absoluter Arrhythmie und ungeklärten Erregungsrückbildungsstörungen ein Langzeit-EKG und eine Vorstellung beim Kardiologen zwecks Durchführung einer MRT-Untersuchung oder einer Koronarangiografie empfohlen. Letzteres habe der Patient abgelehnt. Den für den 16.8.2007 vereinbarten Termin für ein Langzeit-EKG habe er aus beruflichen Gründen abgesagt.
Das Landgericht hat ein kardiologisches Gutachten von Prof. Dr. C3 eingeholt (Bl. 207 ff. d.A.) und den Sachverständigen angehört (Bl. 281 ff. d.A.).
Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. In der Zeit vor08.2007 sei keine unzureichende Befunderhebung festzustellen. Die unzureichende therapeutische Aufklärung über die ab08.2007 bestehende dringende Notwendigkeit weiterer diagnostischer Maßnahmen und die daraus resultierende Verzögerung von etwa acht Monaten seien weder für den Tod des Patienten noch für eine zu entschädigende Gesundheitsbeeinträchtigung ursächlich. Dies gelte selbst bei Annahme einer Beweislastumkehr. Angesichts der im04.2008 festgestellten Schwere der Erkrankung liege es gänzlich fern, dass acht Monate zuvor ein

deutlich günstigerer und die Implantation eines unterstützenden Kunstherzens nicht erfordernder koronarer Zustand bestanden habe. Ebenso fern liegend sei es, dass das der Verwendung eines Kunstherzens immanente Risiko von Hirninfarkten infolge Thrombenbildung geringer gewesen wäre.
Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgen. In Bezug auf das Verhalten des Beklagten im08.2007 sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht der Bereich der fehlerhaften therapeutischen Aufklärung betroffen, sondern es handele sich um einen Verstoß gegen Befunderhebungspflichten. Soweit der Sachverständige und das Landgericht einen Kausalzusammenhang zwischen der Verzögerung von Diagnostik und Therapie und dem Tod des Patienten für äußerst unwahrscheinlich gehalten hätten und davon ausgegangen seien, dass der Einsatz einer Linksherzunterstützung auch schon im Spätsommer 2007 erforderlich gewesen sei, hätten sie nicht berücksichtigt, dass im Frühjahr 2008 eine deutliche Verschlechterung des klinischen Zustands vorgelegen habe, insbesondere eine zunehmende Belastungsdyspnoe. Ferner habe klinisch der Verdacht auf abgelaufene Herzinfarkte bestanden, der sich bei der Obduktion bestätigt habe. Zu der Frage, ob es behandlungsfehlerhaft gewesen sei, dass der Beklagte seit 2001 kein EKG mehr durchgeführt habe, hätten weder der Sachverständige noch das Landgericht Feststellungen getroffen. Ein Behandlungsfehler dränge sich insbesondere dann auf, wenn die bei der Obduktion festgestellten Herzinfarkte in dem Zeitraum ab 2001 eingetreten seien.
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Die Kläger können von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2, 1922 Abs. 1, 844 Abs. 1 und 2 BGB weder Schmerzensgeld aus ererbtem Recht noch den Ersatz von Beerdigungskosten oder eines Unterhaltsschadens verlangen. Ein für den Tod des Patienten ursächlicher Behandlungsfehler lässt sich nicht feststellen.
1. Die Kläger rügen allerdings zu Recht, dass sich das landgerichtliche Urteil mit der erfolgten Begründung nicht aufrechterhalten lässt.
Es gibt konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die die Klageabweisung tragende Feststellung des Landgerichts, ein Kausalzusammenhang zwischen der Verzögerung von Diagnostik und Therapie um acht Monate und dem Tod des Patienten sei äußerst unwahrscheinlich, fehlerhaft ist. Die dieser Würdigung zugrunde liegende Beurteilung von Prof. Dr. C3 beruht auf der Prämisse, dass die koronare Dreigefäßerkrankung, ihre Operationspflichtigkeit und die bei der Implantation eines Linksherzunterstützungssystems bestehenden Risiken im08.2007 in gleicher Weise bestanden hätten und danach keine wesentliche Veränderung eingetreten sei. Eine andere Bewertung hat Prof. Dr. C3 ausdrücklich für den Fall für geboten erachtet, dass sich nach dem 14.8.2007 ein Herzinfarkt entwickelt hätte, wovon er jedoch nicht ausgegangen ist (Bl. 283 f. d.A.).
Aus der Sektionsdiagnose der Städtischen Kliniken C2-Mitte vom 16.6.2008 (Bl. 93 f. d.A.) ergeben sich allerdings zwei Infarktnarben an der Vorderwand und an der Hinterwandspitze des Herzens, ohne dass eine Aussage zum Alter getroffen wird. Dass eine solche nicht (mehr) gemacht werden kann, wird durch die nunmehr im Berufungsverfahren vorgelegte Bescheinigung des Klinikum C2 vom 28.11.2013 (Bl. 362 d.A.) bestätigt. Wäre von einer Beweislastumkehr auszugehen, würde sich diese tatsächliche Unsicherheit indessen zu Lasten des Beklagten auswirken.
2. Das Urteil des Landgerichts stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar.
a) Für den Zeitraum bis Sommer 2007 kann nicht von einem Behandlungsfehler des Beklagten ausgegangen werden.
Die Kläger haben in der Berufungsbegründung übersehen, dass Prof. Dr. C3 Behandlungsfehler des Beklagten in der Zeit von 2001 bis Sommer 2007, insbesondere in Gestalt eines Unterlassens weiterer diagnostischer Untersuchungen, teils ausdrücklich, teils konkludent verneint hat.
Prof. Dr. C3 hat ausgeführt, dass die ab dem Jahr 2006 behaupteten Klagen des Patienten über zunehmende Schmerzen im Thoraxbereich nicht aus den Behandlungsunterlagen hervorgingen. Weitere Untersuchungen seien demnach im Jahr 2006 nicht indiziert gewesen (Bl. 216 d.A.). Beweismittel für ihren Sachvortrag stehen den Klägern nicht zur Verfügung, insbesondere nicht für den Umstand, dass der Patient dem Beklagten von den behaupteten Beschwerden berichtete.
War im Jahr 2006 ohne eine hinweisende klinische Symptomatik keine kardiale Diagnostik erforderlich, so gilt dies für die Zeit zuvor erst Recht. Soweit die Kläger die Auffassung vertreten, dass schon das Vorliegen der Risikofaktoren wie arterielle Hypertonie, Diabetes mellitus, Adipositas und Lipidstoffwechselstörung Kontrolluntersuchungen erfordert hätte, setzen sie allein ihre Auffassung gegen die des Sachverständigen, was keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gibt. Prof. Dr. C3 ist in diesem Zusammenhang von den richtigen Tatsachen ausgegangen. Dass die genannten Risikofaktoren bestanden, stand ihm genauso vor Augen wie der Umstand, dass seit dem Jahr 2001 keine EKG-Untersuchungen mehr durchgeführt worden waren (vgl. Bl. 209 bis 211, 216 d.A.).

Der Umstand, dass Prof. Dr. C3 die Sektionsdiagnose der Städtischen Kliniken C2-Mitte vom 16.6.2008 - wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht auch alle weiteren Beteiligten - übersehen und nicht in seine Beurteilung einbezogen hat, mindert die Überzeugungskraft seiner weiteren Ausführungen und seiner ansonsten in sich schlüssigen medizinischen Bewertung nicht. Auch die Kläger machen dies nicht geltend. Insbesondere hat der Sachverständige im Übrigen die maßgeblichen Tatsachen erfasst und in seinem schriftlichen Gutachten dargestellt.
b) Im08.2007 fiel dem Beklagten ein Behandlungsfehler zur Last, der weder grob war noch als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren ist. Die demnach von den Klägern zu beweisende Kausalität des Behandlungsfehlers für den Tod des Patienten ist nicht festzustellen.
aa) Der Beklagte hat den Patienten nicht ausreichend über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Abklärung einer Herzerkrankung aufgeklärt.
(1) Die Kläger vermögen zwar nicht zu beweisen, dass der Beklagte dem Patienten schon nicht die diagnostischen Maßnahmen angeraten und empfohlen hat, die nach der Beurteilung von Prof. Dr. C3 angesichts der auf eine koronare Herzerkrankung hinweisenden Befunde des EKG vom 3.8.2007 und des Belastungs-EKG vom 14.8.2007 sowie der Risikofaktoren erforderlich waren, nämlich ein Langzeit-EKG und - beim Kardiologen oder in einer Klink - eine Magnetresonanztomografie des Herzens und/oder eine Koronarangiografie (Bl. 215, 282 d.A.).
Entsprechende Hinweise hat der Beklagte unter dem 9.8.2007 und dem 14.8.2007 dokumentiert. Die jeweiligen Vermerke in den Behandlungsunterlagen sind oben (unter I.) wörtlich wieder gegeben. Der von den Klägern vorgelegte, ihnen vorprozessual überlassene Ausdruck der elektronisch geführten Patientenkarte, in dem die Eintragungen vom 3.8.2007 und 14.8.2007 fehlen (Anlage K 1, Anlagenheft zum Schriftsatz vom 15.10.2012), streitet nicht für eine nachträgliche Manipulation und Ergänzung. Denn es handelt sich ersichtlich um einen auf bestimmte Kategorien und Zeiträume beschränkten Teilausdruck der elektronischen Kartei. Zu einer Parteivernehmung der Klägerin zu 1) besteht kein Anlass (§ 448 ZPO). Selbst wenn der Patient ihr mitgeteilt haben sollte, der Beklagte habe ihm im08.2007 erklärt, alles sei in Ordnung, würde dies keinen sicheren Schluss darauf zulassen, dass die Empfehlung eines Langzeit-EKG, einer Magnetresonanztomografie und/oder einer Koronarangiografie nicht erfolgt ist Ein solcher Schluss würde voraussetzen, dass der Patient die Klägerin zu 1) vollständig und richtig über die Arzttermine informiert hat, was sich nicht feststellen lässt.
(2) Der Beklagte hat den Patienten aber nicht, wie nach ärztlichem Standard erforderlich, über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer entsprechenden Abklärung einer koronaren Herzerkrankung aufgeklärt. Dabei kann dahinstehen, ob dies bereits aus der Dokumentation des Beklagten folgt. Hiervon wäre auszugehen, wenn im Fall einer - hier nach der Eintragung vom 14.8.2007 anzunehmenden - Ablehnung einer Behandlung nicht nur der entsprechende Rat, sondern auch der Hinweis auf die Dringlichkeit der Maßnahme dokumentationspflichtig wäre und dieser daher bei Nichtdokumentation als unterblieben vermutet würde. So weit hat der Senat die Dokumentationspflicht in früheren Entscheidungen nicht ausgedehnt. Mit dem Zweck der Dokumentation, den behandelnden Arzt sowie mit- und nachbehandelnde Ärzte (später) zu informieren, wäre eine derart umfassende Dokumentationspflicht kaum zu vereinbaren.
Das Unterlassen einer ausreichenden Aufklärung ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt. Wie Prof. Dr. C3 erläutert hat, war eine weitere Abklärung einer koronaren Herzerkrankung binnen eines Zeitraums einiger Wochen notwendig, weil nach den bisher vorliegenden Befunden ein nicht unerhebliches Risiko eines Herzinfarktes bestand, welches der Sachverständige mit 20 bis 30 % innerhalb von zehn Jahren angegeben hat (Bl. 283 d.A.). Dass der Beklagte den Patienten über diesen Hintergrund seiner Empfehlung und das bestehende Herzinfarktrisiko aufgeklärt habe, behauptet er allerdings selbst nicht. Vielmehr geht er im vorliegenden Rechtsstreit davon aus, dass aus der maßgeblichen Sicht ex ante keine eindeutigen Anzeichen für eine koronare Herzkrankheit bestanden hätten (vgl. Bl. 43 d.A.), was ebenfalls gegen eine ausreichende Aufklärung über die Dringlichkeit weiterer Diagnostik streitet.
bb) Von einer Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den Tod des Patienten ist nicht auszugehen.
(1) Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität ergibt sich weder unter dem Gesichtspunkt eines groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers.
(a) Die Beurteilung Prof. Dr. C3s, dass das Unterlassen einer Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit eines Langzeit-EKG, einer Magnetresonanztomografie des Herzen und/oder einer Koronarangiografie keinen groben Behandlungsfehler darstellt (Bl. 218 d.A.), überzeugt und entspricht der Rechtsprechung des Senats in vergleichbaren Fallgestaltungen. Empfiehlt der Arzt dem Patienten die richtige Vorgehensweise und unterbleibt allein eine Unterrichtung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit, handelt es sich im Regelfall nicht um einen besonders schweren Fehler, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.
(b) Das Unterlassen einer Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer angeratenen diagnostischen Maßnahme ist nicht als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren, der unter den nach der Rechtsprechung erforderlichen weiteren Voraussetzungen zur Beweislastumkehr führt.

Unterbleibt der Rat zu einer zweifelsfrei erforderlichen diagnostischen Maßnahme als solcher, ist zwar das hierin liegende Unterlassen regelmäßig als Befunderhebungsfehler zu behandeln. Eine Befunderhebung setzt immer voraus, dass der Arzt dem Patienten sagt, was zu tun ist, dieser daraufhin mitwirkt (etwa den Arm zu Blutentnahme reicht, zum Ultraschall geht etc.) und der Arzt oder sein Gehilfe alsdann die Untersuchungsmaßnahme vornehmen. Die Erklärung des Arztes stellt sich insoweit als ein notwendiger Teil der Befunderhebung dar. Inwieweit diese Einordnung auch für Fälle gilt, in denen eine diagnostische Maßnahme nur sinnvoll ist, aber (etwa wegen nicht unerheblicher Risiken, wie z.B. bei einer Koloskopie) eines Abwägungsprozesses beim Patienten bedarf, ist hier nicht zu entscheiden.
Für die Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer diagnostischen Maßnahme, wie sie im Fall der Behandlungsablehnung erfolgen muss und natürlich zur Information des Patienten auch sonst erfolgen kann, gelten die vorstehenden Ausführungen in dieser Weise aber nicht. Regelmäßig kann die Befunderhebung bei einem Hinweis auf die diagnostische Maßnahme und die Art der Mitwirkung auch ohne zusätzliche ärztliche Erläuterungen durchgeführt werden. Das Schwergewicht, welches als Kriterium für eine Differenzierung zwischen Befunderhebung und sonstigen ärztlichen Maßnahmen und Behandlungen herangezogen werden kann, liegt daher bei Hinweisen auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer diagnostischen Maßnahme bzw. dem Unterlassen eines entsprechenden Hinweises auf dem Aspekt der Information und der therapeutischen Aufklärung, nicht aber auf der Befunderhebung.
Der Sinn und Zweck der mit einem Befunderhebungsfehler verbundenen Beweislastumkehr führt zur gleichen Einordnung. Die Beweislastumkehr rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass es nicht zu Lasten des Patienten gehen darf, wenn der Arzt in besonderem Maß die Verantwortung dafür trägt, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsgeschehens und zur Klärung der Kausalität nicht zur Verfügung stehen (vgl. BGH, Urteil vom 3.2.1987 - VI ZR 56/86, iuris Rdn.19, abgedruckt in BGHZ 99, 341 ff.). Gemessen hieran lassen sich Fälle, in denen "nur" die Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer diagnostischen Maßnahme unterbleibt, nicht als ein zur Beweislastumkehr führender Befunderhebungsfehler einstufen. Die entstehenden Beweisschwierigkeiten stammen nicht allein aus der Sphäre des Arztes, sondern teilweise auch aus der des Patienten. Die Informationen, die durch die Untersuchung hätten gewonnen werden können, fehlen wegen der unterlassen Aufklärung über die Dringlichkeit und Notwendigkeit aber auch deshalb, weil der Patient den bloßen Rat nicht befolgt hat, von dessen Sinnhaftigkeit er in aller Regel ausgehen muss.
(2) Ist das Unterlassen der Aufklärung des Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Abklärung einer koronaren Herzerkrankung demzufolge als bloßer Behandlungsfehler einzuordnen, vermögen die Kläger den ihnen gemäß § 286 ZPO obliegenden Beweis, dass hierdurch der Tod des Patienten oder ein sonstiger Gesundheitsschaden verursacht worden ist, nicht zu führen.
Die Ausführungen von Prof. Dr. C3 im schriftlichen Gutachten, dass es spekulativ sei, ob die Verzögerung von08.2007 bis zum Frühjahr 2008 zu einem Progress der koronaren Herzerkrankung, zu einer Verschlechterung der linksventrikulären Pumpfunktion und zum Tod des Patienten beigetragen habe (Bl. 220 d.A.), haben die Kläger in ihrer Stellungnahme zum Gutachten und in der Berufungsbegründung hingenommen und sich zu Eigen gemacht. Angesichts des im Ergebnis im I Klinikum T festgestellten schweren Krankheitsbildes mit hochgradigem Verschluss aller größeren Koronararterien leuchtet es auch ein, dass bereits im08.2007 ein Zustand vorgelegen haben kann, der den Einsatz eines künstlichen Herzunterstützungssystems erfordert hätte, dessen Implantation in gleicher Weise wie im05.2008 mit einer tödlich verlaufenden Komplikation hätte einhergehen können. Die im Obduktionsbericht der Städtischen Kliniken C2-Mitte vom 16.6.2008 (Bl. 93 f. d.A.) beschriebenen Infarktnarben und Herzinfarkte können nach der Bescheinigung des Klinikums C2 vom 28.11.2013 (Bl. 362 d.A.) ohne weiteres vor08.2007 aufgetreten sein.
c) Ein etwaiger Behandlungsfehler des Beklagten im04.2008 hätte nicht zum Tod des Patienten beigetragen.
Ob der Beklagte nach den Untersuchungen vom 16.4.2008 und 22.4.2008 behandlungsfehlerhaft nicht zu einer weiteren Diagnostik geraten oder über deren Notwendigkeit und Dringlichkeit unzureichend aufgeklärt hat, kann dahinstehen.
Hierdurch ist es nicht zu einer Verzögerung der Abklärung und der Therapie gekommen. Der Patient hat sich bereits am 30.4.2008 im I Klinikum T vorgestellt. Eine akut behandlungsbedürftige Situation ergibt sich weder aus den Ausführungen von Prof. Dr. C3 noch machen die Kläger eine solche geltend. Auch im I Klinikum T hat man eine solche nicht gesehen, sondern den Patienten erst für den 6.5.2008 zur weiteren stationären Abklärung einbestellt.
3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 und 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen im vorliegenden Fall vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserhebliche Frage, ob es als Befunderhebungsfehler zu werten ist, wenn eine diagnostische Maßnahme zwar empfohlen und angeraten wird, der Arzt den Patienten aber fehlerhaft nicht über ihre Notwendigkeit und Dringlichkeit aufklärt, kann sich in einer Vielzahl von Fällen stellen und ist höchstrichterlich nicht geklärt.

Berufungsstreitwert: 77.864,80 EUR (wie in 1. Instanz)

34. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.11.2014 – 5 U 869/14 – * Arzthaftung: Dosierung von Celestan® zur Induktion der fetalen Lungenreife bei Zwillingsschwangerschaft

Leitsatz

Keine Arzthaftung bei nicht leitlinienkonformer, aber in der Fachliteratur als vertretbar eingeschätzter Dosierung von Celestan® (Wirkstoff: Betamethason) zur Induktion der fetalen Lungenreife bei Zwillingsschwangerschaft mit Frühgeburt.

Orientierungssatz

1. Zitierung: Anschluss BGH, 15.04.2014, VI ZR 382/12.
2. Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.
Anschluss BGH, 15.04.2014, Az: VI ZR 382/12

Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:

Gründe

1. Der nach einer Zwillingsschwangerschaft vorzeitig am 26.05.2004 durch Kaiserschnitt geborene Kläger, dessen Geburtstermin für den 15.08.2004 berechnet worden war, begehrt, gesetzlich vertreten durch seine Eltern, von den drei beklagten Gynäkologen materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie die Feststellung der künftigen Ersatzpflicht für Fehler und Versäumnisse bei der Schwangerschaftsbetreuung im05.2004.
Soweit für das Berufungsverfahren noch von Bedeutung hat er gerügt, statt der erforderlichen 2 x 12 mg Celestan® (Wirkstoff: Betamethason) seien seiner Mutter am 2. und 3.05.sowie am 12. und 13.05.2004 lediglich 2 X 8 mg Celestan® appliziert worden. Allein die höhere Dosierung stehe in Einklang mit den bereits 2004 maßgeblichen Leitlinien.
Als das weitere Geschehen der Kontrolle der Beklagten entglitten sei, hätten sie versäumt, ihn in eine Klinik für die Maximalversorgung derartiger Problemschwangerschaften zu verlegen. Zu seiner Hirnschädigung mit multiplen Ausfällen und Behinderungen wäre es bei pflichtgemäßem Handeln nicht gekommen. Dazu hat der Kläger sich auf ein Privatgutachten des Chefarztes der Gynäkologie des Klinikums W., Professor Dr. H., gestützt.
Die Beklagten sind dem entgegen getreten und haben insbesondere darauf verwiesen, dass in einem 2003 erschienenen Lehrbuch für Geburtshelfer die von ihnen gewählte Dosierung von 2 X 8 mg Celestan® als ausreichende RDS - Prophylaxe bezeichnet ist.
2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat Sachverständigenbeweis erhoben und den Gutachter mündlich angehört. Hiernach hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, den Beklagten sei mit der vermeintlichen Unterdosierung des Medikaments Celestan® kein Behandlungsfehler unterlaufen, weil sie sich insoweit an die Empfehlung eines aktuellen und renommierten Wissenschaftlers gehalten hätten. Auf die hinreichende Sachkunde des Krankenhauses, in das die Kindesmutter verlegt worden sei, hätten die Beklagten vertrauen dürfen.
3. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er hält an den erstinstanzlichen Anträgen fest und bittet hilfsweise um Zurückverweisung an das Landgericht Trier zur weiteren Sachaufklärung. Der Rechtsmittelführer wiederholt, vertieft und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 15.09.2014 und dem Schriftsatz vom 31.10.2014. Auf Beides wird wegen der Einzelheiten verwiesen.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil.
4. Das zulässige Rechtsmittel ist ohne Aussicht auf Erfolg.
a. Zur Bedeutung von Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften hat der BGH in seinem Urteil vom 5.04.2014 (VI ZR 382/12) unter anderem bemerkt:
„ ... Leitlinien fassen nicht nur das zusammen, was bereits zuvor medizinischer Standard war. 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. 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 (vgl. zum Ganzen: Senat, Urteil vom 15.02.2000 - VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1, 9;

Beschlüsse vom 28.03.2008 - VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; vom 7.02.2011 - VI ZR 269/09, VersR 2011, 1202; Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, aaO Rn. 9 f.; ders., LMK 2012, 327738; Hart in Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper, HK-AKM, KZA 530, Rn. 5, 16 ff. [Stand:02.2011]; Wenzel/Müller, aaO Rn. 1483 ff.; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 157 ff., 174; Geiß/Greiner, aaO, B Rn. 2 ff.; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 89; Glanzmann in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, § 287 ZPO Rn. 25; Dressler, FS Geiß, S. 379, 380 f.; Stöhr, FS Hirsch, S. 431 ff.; Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., B 41 ff., 72, jeweils mwN). ... “
In Kenntnis des vom Kläger in den Focus gerückten Expertenstreits über die „richtige“ Dosierung des Medikaments Celestan® hat der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung ohne Wenn und Aber die zurückhaltende Einstellung der Beklagten als nicht fehlerhaft qualifiziert. Das steht in Einklang mit den Erkenntnissen der jüngst (Juni 2014) veröffentlichten Dissertation
„Auswirkungen antenataler Betamethason - Applikation zur Induktion der fetalen Lungenreife bei Zwillingsschwangerschaften“.
Dort teilt die Autorin Dr. med. Hannah Clara Gil unter Auswertung einer Fülle von Daten, die insbesondere an der Klinik für Geburtsmedizin der Medizinischen Fakultät Charité - Universitätsmedizin Berlin erhoben wurden, unter anderem mit (Seite 39 aaO):
„ 4.1.3
Verabreichte BET Dosierungen
Am häufigsten wurde den Müttern eine BET- Gesamtdosis von 16 mg (44,2 %, n= 292) bzw. 24 mg (33,8 % n= 223) verabreicht ...“
Es trifft demnach nicht zu, dass nur die Gabe von 2 X 12 mg in Fachkreisen als sachgemäß erachtet wird.
An anderer Stelle heißt es in der Fachpublikation (Seite 64 aaO):
„Bei Paaren mit männlichen Gemini ging eine Dosierung von =24 mg im Vergleich zu einer Dosierung mit _> 16 mg auch mit einer größeren odds ratio für eine Geburtsgewichtsreduktion, einer stärkeren Reduktion des Längenwachstums und des Kopfumfangs einher.“
Das sind gute Gründe, eine eher niedrige Dosierung zu wählen. Ein ärztlicher Fehler kann darin nicht gesehen werden.
Hinzu kommt, dass die Kausalitätsfrage offen ist, was sich zum Nachteil des beweisbelasteten Klägers auswirkt.
b. Letzteres gilt auch hinsichtlich des Versäumnisses, das die Berufung darin sieht, dass die Mutter des Klägers nicht in ein Haus der Maximalversorgung verlegt wurde.
Auch insoweit verweist der Senat auf das bereits zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5.04.2014 und ergänzend auf die weithin zutreffenden Ausführungen der Berufungserwiderung vom 28.10.2014.
c. Dem Hilfsantrag auf Aufhebung und Zurückverweisung kann ebenfalls nicht entsprochen werden. Verfahrensfehler des Landgerichts sind nicht aufgezeigt.
5. Das nach alledem aussichtslose Rechtsmittel sollte kostensparend zurückgenommen werden.
Frist zur Stellungnahme: 24.11.2014

35. OLG Köln, Beschluss vom 03.11.2014 – 5 U 61/14 – * Haftung des Zahnarztes: Behandlungsfehler bei Tinnituserkrankung nach einer Wurzelbehandlung

Orientierungssatz

Aus dem Umstand, dass zwischen einer Wurzelbehandlung und einer Tinnituserkrankung ein Ursachenzusammenhang besteht, kann nicht notwendigerweise auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden.
Für einen Behandlungsfehler bedarf es eines Verstoßes gegen den ärztlichen Standard.
Diese Entscheidung wird zitiert
Literaturnachweise
Dirk HüwePR-MedizinR 2/2015 Anm 4 (Anmerkung)
Praxisreporte
Dirk HüwePR-MedizinR 2/2015 Anm 4 (Anmerkung)

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 18.02.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 140/12 - 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 der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Der Beklagte führte beim Kläger in der Zeit vom 13.12.2007 bis zum 03.01.2008 eine Wurzelbehandlung des Zahnes 33 durch. Am 15.03.2008 trat eine Schwellung im Bereich dieses Zahnes auf. Zwei Tage später suchte der Kläger den ärztlichen Notdienst einer HNO-Praxis auf und berichtete der diensthabenden Ärztin Dr. T, er habe ein Summen in beiden Ohren. Frau Dr. T untersuchte den Kläger und verschrieb ein durchblutungsförderndes Medikament. Am 25.03. oder am 31.03.2008 stellte sich der Kläger erneut beim Beklagten vor. Anfang04.2008 stellte Frau Dr. T die Diagnose eines Tinnitus und einer beidseitigen Innenohrschwerhörigkeit. Sie wies den Kläger darauf hin, dass es eine kausale medikamentöse Therapie zur Behandlung des Tinnitus nicht gebe und riet ihm dringend an, sich in psychologische Behandlung zu begeben, nachdem der Kläger ihr gegenüber Selbstmordabsichten geäußert hatte.
Die Behandlung durch Frau Dr. T war Gegenstand eines vor dem Landgericht Köln unter dem Aktenzeichen 25 O 382/10 geführten Rechtsstreits. In diesem Verfahren verklagte der Kläger Frau Dr. T auf Schmerzensgeld, Zahlung einer monatlichen Geldrente und auf Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und immaterielle Schäden. Er warf ihr vor, sie habe ihn nicht sofort krankgeschrieben, was zur Besserung des Ohrgeräusches dringend erforderlich gewesen sei. Desweiteren habe sie eine Infusionstherapie verordnen und ihn in eine Spezialklinik einweisen müssen. Die 25. Zivilkammer holte ein medizinisches Sachverständigengutachten ein. Der mit der Gutachtenerstellung beauftragte Sachverständige Prof. Dr. E konnte Behandlungsfehler nicht feststellen (vgl. hierzu Gutachten von Prof. Dr. E vom 03.11.2011, Bl. 75 ff der zu Informationszwecken beigezogenen Akte LG Köln, 25 O 382/10 und mündliche Anhörung des Sachverständigen am 29.02.2012, Bl. 106 der Beiakte).
Der Kläger hat behauptet, die durch den Beklagten vorgenommene Wurzelbehandlung sei ursächlich für den Tinnitus gewesen. Darüber hinaus habe der Beklagte eine Behandlung des Tinnitus grob fehlerhaft unterlassen. Er habe dem Beklagten am 25.03.2008 von den Summgeräuschen im Ohr berichtet. Der Beklagte hätte ihn krankschreiben, eine Infusionstherapie anordnen und ihn in eine Spezialklinik für Tinnitus-Patienten einweisen müssen. Darüber hinaus hätte der Beklagte zur Abklärung des Krankheitsbildes bildgebende Verfahren einsetzen müssen.
Der Kläger hat beantragt,
1.) den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 60.000,- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nicht unterschreiten sollte;
2.) den Beklagten zu verurteilen, gemäß § 843 Abs. 1 BGB an ihn eine monatliche im Voraus fällig werdende Rente in Höhe von 800,00 EUR beginnend mit dem 01.04.2008, endend mit Vollendung des 75. Lebensjahres des Klägers am 09.09.2028, zu zahlen;
3.) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche künftigen materiellen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden, soweit sie auf der Behandlung im Zeitraum von01.bis03.2008 beruhen, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind.
Der Beklagte hat 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. 97 ff d.A.) Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein schlüssiges Klagevorbringen für eine Behandlungsfehlerhaftung sei nicht zu erkennen. Auch in Anbetracht der herabgesetzten Anforderung an die Substantiierung des Vortrages in Arzthaftungssachen gebe der Vortrag des Klägers keinen Anhalt dafür, dass bei der Wurzelbehandlung Komplikationen oder Fehler aufgetreten seien, die für den knapp drei Monate später aufgetretenen Tinnitus ursächlich hätten sein können. Auch im Rahmen der Nachbehandlung begangene Behandlungsfehler seien nicht zu erkennen. Maßgeblicher Sorgfaltsmaßstab seien hier die Fähigkeiten und Kenntnisse eines Zahnarztes. Die Behandlung eines Tinnitus gehöre in das Gebiet der Humanmedizin. Der Beklagte sei daher allein verpflichtet gewesen, den Kläger in eine entsprechende fachärztliche Behandlung zu überweisen. Das allein als Behandlungsfehler in Betracht kommende Unterlassen einer Überweisung habe sich aber nicht ausgewirkt, da sich der Kläger bereits in Behandlung der HNO-Ärztin Dr. T befunden habe. Darüber hinaus seien die beanstandeten Versäumnisse, nämlich das unterlassene Ausstellen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die unterlassene Verordnung einer Infusionstherapie und Einweisung einer Spezialklinik bereits Gegenstand in dem gegen Frau Dr. T gerichteten Klageverfahren. Nach dem Ergebnis des dort eingeholten Sachverständigengutachtens lägen Behandlungsfehler der Frau Dr. T nicht vor. Die Kammer folge in Anwendung des § 411a ZPO den Ausführungen des Sachverständigen. Soweit der Kläger nach Schluss der mündlichen Verhandlung in einem nachgelassenen Schriftsatz ausgeführt habe, er wolle den Sachverständigen im Rahmen einer mündlichen Verhandlung befragen, sei nicht erkennbar, welche Einwendungen der Kläger hierbei im Blick habe. Dem Beklagten falle schließlich auch kein Befunderhebungsfehler deshalb zur Last, weil er bildgebende Verfahren zur Abklärung des Ohrgeräusches unterlassen habe. Der Kläger habe schon nicht substantiiert

vorgetragen, welches reaktionspflichtige Ergebnis sich ergeben hätte. Zudem habe der Beklagte am 31.03.2008 eine Röntgenaufnahme gefertigt.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageanträge in vollem Umfang weiter. Er ist der Auffassung, das Landgericht habe Beweis erheben müssen zu der Frage, ob der Tinnitus direkte Folge der zahnmedizinischen Behandlung sei. Das Landgericht habe sich der in der medizinischen Fachliteratur verbreiteten Auffassung verschlossen, dass Wurzelbehandlungen zu Tinnituserkrankungen führen könnten. Dem offensichtlichen Zusammenhang habe das Landgericht nachgehen müssen. Dem Beklagten sei vorzuwerfen, dass er, nachdem ihm von Summen im Ohr berichtet worden sei, keine Maßnahmen ergriffen habe. Der Beklagte habe den Zusammenhang zwischen Tinnitus und Wurzelbehandlung erkennen, ihn krankschreiben, eine Infusionstherapie verordnen und ihn in eine Spezialklinik einweisen müssen. Dies habe der Beklagte grob fehlerhaft unterlassen. Das Landgericht hätte hierzu Beweis erheben müssen. Das Gutachten von Prof. Dr. E entfalte keine Bindungswirkung, denn es befasse sich mit der Behandlung durch Frau Dr. T. Das Landgericht habe unzulässig den Schluss gezogen, dass dann, wenn der HNO-Ärztin kein Unterlassen vorgeworfen werden könne, auch dem Beklagten kein Vorwurf zu machen sei. Zudem habe der Kläger keine Gelegenheit gehabt, den Sachverständigen Prof. Dr. E im Rahmen einer mündlichen Anhörung zu befragen. Auf die Erforderlichkeit konkret formulierter Einwendungen habe das Landgericht nicht hingewiesen. Der Kläger habe den Sachverständigen zu den medizinischen Zusammenhängen zwischen der Wurzelbehandlung und dem Tinnitus befragen wollen. Schließlich sei die Frage, ob ein Röntgen zur Abklärung der Ursache der Summgeräusche hätte eingesetzt werden müssen und welcher medizinische Befund zu Tage getreten wäre, eine medizinische Fachfrage, die nur durch einen Sachverständigen zu beantworten sei.
Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung. Er verteidigt 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 auf den Beschluss des Senats vom 05.09.2014 (Bl. 143 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO. Die Einwände des Klägers in seiner Stellungnahme vom 23.10.2014 zu den Hinweisen des Senats führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu einer anderen Beurteilung. Der Kläger wiederholt im Kern lediglich seine bereits mit der Berufungsbegründung vorgetragenen Einwände. Soweit er jetzt behauptet, die durch den Beklagten im Bereich des Zahnes 33 vorgenommene Wurzelbehandlung sei grob fehlerhaft gewesen, fehlt es - abgesehen von der Verspätung des Vorbringens - an jeglichem konkreten Tatsachenvortrag, der einen Behandlungsfehler oder gar einen groben Fehler begründen würde. Der Kläger nimmt einen unzulässigen Rückschluss vor, wenn er meint, die Wurzelbehandlung müsse grob fehlerhaft gewesen, wenn sich daraus ein Tinnitus entwickelt habe. Zum einen fehlen jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass ein Zusammenhang zwischen der durchgeführten Wurzelbehandlung und dem Tinnitus bestanden hat. Es ist allgemein bekannt, dass eine Tinnituserkrankung vielfältige Gründe haben kann. Eine von vielen denkbaren Möglichkeiten mag eine Wurzelbehandlung sein. Zum anderen würde aber selbst dann, wenn ein Ursachenzusammenhang zwischen der Wurzelbehandlung und der Tinnituserkrankung feststünde, aus diesem Zusammenhang nicht notwendigerweise auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden können. Für einen Behandlungsfehler bedarf es eines Verstoßes gegen den ärztlichen Standard. Hierfür fehlt es - wie bereits ausgeführt - an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens würde auf unzulässige Ausforschung des Sachverhaltes hinauslaufen und war daher nicht veranlasst.
Ob der Kläger dem Beklagten - wie von ihm behauptet - bereits am 25.03.2008 oder erst - wie von dem Beklagten behauptet - am 31.03.2008 von dem Ohrgeräusch berichtet hat, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von Bedeutung. Denn der Kläger befand sich schon seit dem 17.03.2008 in der fachärztlichen Behandlung von Frau Dr. T und hatte ihr über ein Summen in beiden Ohren berichtet. Eine Pflicht des Beklagten, Befunde zur Abklärung einer Tinnitus zu erheben, ihm eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen, um ihn aus einer beruflichen Stresssituation herauszuholen und ihn in eine Spezialklinik einzuweisen, bestand - wie bereits mit Beschluss des Senates vom 05.09.2014 eingehend ausgeführt - ebenfalls nicht.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Streitwert:
Klageantrag zu 1): 60.000,- EUR
Klageantrag zu 2): 33.600,- EUR (§ 48 Abs. 1 GKG, § 9 ZPO)
Klageantrag zu 3): 10.000,- EUR
Insgesamt: 103.600,- EUR

36. LG Duisburg, Urteil vom 03.11.2014 – 2 O 21/13 – * Tenor

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 26.693,42 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.02.2013 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der klägerischen Beteiligung an der I GmbH und Co. KG in Höhe von 50.000,00 DM.
Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Annahme der Übertragung des Kommanditanteils des Klägers an der I GmbH und Co. KG mit einem Beteiligungsbetrag in Höhe von 50.000,00 DM in Verzug befindet.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Kläger zu 55 % und die Beklagte zu 1) zu 45 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) trägt der Kläger zu 10 % und die der Beklagten zu 2) vollständig.
Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger macht Ansprüche aus fehlerhafter Anlageberatung bzw. wegen Widerrufs seines Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds und dem finanzierenden Darlehensvertrag geltend.
Am 11.12.1998 zeichnete der Kläger eine Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds I2 mit einem Kapitaleinsatz von 50.000,00 DM. Diesbezüglich wurde er beraten vom Zeugen L als Angestelltem der Beklagten zu 1), einer Gesellschaft für Vermögensberatung und -vermittlung. Im selben Zeitraum, am 16.12.1998, schlossen der Kläger bzw. seine Ehefrau ein Darlehen bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 2), der E2, ab, das nach bestrittenem Vortrag der Finanzierung der Beteiligung diente.
Mit Schreiben vom 20.03.2012 erklärte der Kläger durch anwaltliches Schreiben gegenüber der Beklagten zu 2) den Widerruf des Darlehensvertrages, gestützt auf das Haustürwiderrufsgesetz (HaustürWG). Mit dem Kreditangebot durch Schreiben vom 16.12.1998 (Anlage K2), gerichtet an die Ehefrau des Klägers, das der Beklagte mit gleichem Datum unter der Überschrift "Angebot angenommen" unterzeichnete, erhielt er eine (nicht unterschriebene und undatierte) Widerrufsbelehrung, die u.a. folgende Klausel enthielt: "Sie können Ihre Willenserklärung innerhalb vorstehender Frist auch widerrufen, wenn Sie den Kredit bereits in Anspruch genommen haben. Dann müssen Sie jedoch den in Anspruch genommenen Betrag binnen zweier Wochen zurückzahlen".
Nach anwaltlicher Beratung reichte der Kläger durch seine jetzigen Prozessbevollmächtigten einen auf den 22.12.2011 datierten Güteantrag bei der Gütestelle S in G ein. Hierin führte er zur Begründung an, er mache Schadensersatzansprüche aus fehlerhafter Anlageberatung wegen seiner Beteiligung an der I GmbH & Co. KG geltend. Er sei nicht über Risiken der Beteiligung aufgeklärt worden und nicht über die Höhe der Provision. Der Antrag wurde der Beklagten erst im Laufe des Jahres 2012 übermittelt, da die Klägervertreter zeitgleich eine große Anzahl weiterer Anträge in ähnlichen Sachverhalten einreichten.
Der Kläger behauptet, der Kontakt zum Zeugen L sei durch einen Anruf von diesem zustande gekommen, in dem der Zeuge anbot, den Kläger zur Optimierung seiner Vermögensverhältnisse und insbesondere bezüglich seiner Altersvorsorge zu beraten. Sie hätten daraufhin insgesamt drei Beratungstermine in der Privatwohnung des Klägers am 17.11., 03.12. und 09.12.1998 vereinbart. Dabei habe der Zeuge ihm mehrere Anlagemodelle vorgestellt und letztlich den streitgegenständlichen Fonds empfohlen. Am 11.12.1998 zeichnete er die Beteiligung. Zur Finanzierung habe der Zeuge den mit der Beklagten zu 2) abgeschlossenen Darlehensvertrag vermittelt. Er habe ihm im Rahmen der Beratung die Finanzierung über die Beklagte zu 2) dringend empfohlen. Der Kläger habe die Filiale der Beklagten zu 2) hierfür nie aufgesucht und den Darlehensvertrag zeitlich nach Abgabe seiner Beitrittserklärung aufgrund dieser Beratung unterzeichnet. Der Darlehensvertrag sei auf Initiative des Zeugen an den Kläger gelangt. Der Kläger ist daher der Ansicht, sowohl hinsichtlich der Beteiligung als auch hinsichtlich des Darlehensvertrages habe eine Haustürsituation vorgelegen. Deshalb stehe ihm ein Widerrufsrecht nach HaustürWG auch hinsichtlich des Darlehensvertrages zu. Die diesbezügliche Belehrung sei fehlerhaft, da sie unzulässigerweise die nach dem HaustürWG nicht vorgesehene Einschränkung enthalte, dass eine Rückzahlung des Darlehens binnen zwei Wochen erforderlich sei. Durch den Widerruf des Darlehensvertrages sei die Beitrittserklärung zu dem Fonds als verbundenes Geschäft ebenfalls unwirksam geworden. Die Verträge stellten aufgrund des Finanzierungszwecks eine wirtschaftliche Einheit dar. Zudem habe die Beklagte zu 2) dem eingeschalteten Vermittlungsunternehmen ihre Vertragsformulare überlassen. Außerdem habe sie eine Vielzahl der Beteiligungen an dem streitgegenständlichen Fonds unter Herausgabe "sämtlicher relevanter Darlehensunterlagen an die Beklagte zu 1)" finanziert.

Im Jahr 2003 sei das Darlehen umgeschuldet worden und durch ein Darlehen bei der T ersetzt, das im Jahr 2009 ganz zurückgeführt war.
Wegen Widerrufs begehrt der Kläger von der Beklagten zu 2) die Rückerstattung der geleisteten Zinsen und Tilgungen.
Des Weiteren macht er Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung geltend. Er behauptet, er sei in Anlagesachen völlig unerfahren gewesen und habe nur über ein Einfamilienhaus, ein Sparbuch, einen Bausparvertrag und Aktien verfügt. Zwar habe er zusammen mit dem Zeugen L eine Ausbildung zum Bannkaufmann absolviert. Hier sei er aber vorwiegend für die Tätigkeit am Schalter ausgebildet worden. Geschlossene Immobilienfonds seien damals ungebräuchlich gewesen. Der Zeuge habe ihn deshalb auf das Totalverlustrisiko der Anlage hinweisen müssen. Weiterhin habe er wahrheitswidrig auf ausdrückliche Frage des Klägers nach den Risiken geantwortet, es gebe keine. Er habe nur auf einzelne Ausführungen und Abbildungen im Fondsprospekt Bezug genommen und den Kläger im Übrigen nicht über Risiken und Funktionsweise des Fonds aufgeklärt. Für die vom Kläger beabsichtigte Altersvorsorge sei die Anlage ungeeignet. Der Beklagte habe sie dem zuwider für diesen Zweck empfohlen und als sichere Anlage dargestellt, da in Immobilien und damit in Sachwerte investiert werde. Vorrangige Ziele des Klägers seien eine sichere Kapitalanlage, Altersvorsorge und eine gute Rendite gewesen. Die angepriesenen Steuervorteile seien lediglich ein Nebeneffekt gewesen. Weiter beanstandet der Kläger, der Zeuge habe ihn nicht belehrt, dass für die Fondsbeteiligung kein Markt bestehe. Der Klage habe sich offen halten wollen, spätestens im Rentenalter auf das Kapital wieder zuzugreifen. Auch über das Haftungsrisiko als Kommanditist gemäß § 172 Abs. 4 HGB und über Rückvergütungen und Provisionen sei er nicht aufgeklärt worden.
Der Fondsprospekt sei ihm erst nach Zeichnung der Beteiligung überlassen worden. Die Beratung habe aber seitens des Zeugen anhand des Prospektes stattgefunden. Die Angaben im Prospekt seien hinsichtlich der Mittelverwendung fehlerhaft. Die tatsächlichen Zahlungsflüsse würden verschleiert, da nicht ersichtlich sei, wie hoch gerade die Beratungs- und Vermittlungsleistungen seien und welche Banken etc. Vertriebsprovisionen erhielten.
Die Pflichtverletzungen der Beklagten zu 1) im Rahmen der Beratung müsse sich die Beklagte zu 2) infolge eines institutionalisierten Zusammenwirkens zurechnen lassen.
Als Schaden macht der Kläger die Zins- und Tilgungsleistungen auf das die beiden Darlehen geltend zuzüglich des aus Eigenmitteln erbrachten Agios abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen. Hierzu behauptet er, er habe Zinsleistungen von 4.806,83 EUR und 2.876,39 EUR erbracht sowie Tilgungsleistungen von 26.842,82 EUR und einen Betrag von 2.500,00 DM = 1.278,23 EUR aus eigenen Mitteln auf das Agio. Er habe in den Jahren 1999 bis 2009 Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 6.902,41 EUR erhalten bzw. nicht mehr als 7.699,38 EUR. Dies ergebe sich aus den im Geschäftsbericht der Fondsgesellschaft aufgeführten Zahlen. In den Jahren 2010 bis 2012 habe er überhaupt keine Ausschüttungen mehr erhalten. Weiterhin macht er entgangenen Gewinn hinsichtlich des eigenfinanzierten Betrages von 1.278,23 EUR geltend. Dieser habe frei zur Verfügung gestanden und wäre anderenfalls sicher angelegt worden, gestreut auf unterschiedliche Fondsprodukte. Dabei wäre eine Rendite von mindestens 3,7 % p.a. erwirtschaftet worden. Der Schaden betrage mithin 662,12 EUR, der Gegenstand des Klageantrages zu 2) ist. Der Kläger ist der Ansicht, die Konkretisierung einer Alternativanlage sei nach einem Urteil des OLG München aus dem Jahr 2011 nicht notwendig.
Der Kläger ist der Ansicht, seine Ansprüche seien nicht verjährt. Das Bestehen von Pflichtverletzungen im Rahmen der Beratung sei ihm erst im Jahr 2011 bewusst geworden. Ferner sei die Verjährung durch Einreichung des Güteantrages gehemmt worden. Der Güteantrag des Klägers sei am 22.12.2011 gestellt worden und noch vor Jahresende bei der Gütestelle eingegangen. Der Umstand, dass die Bekanntgabe gegenüber der Beklagten zu 1) aufgrund der Arbeitsüberlastung der Gütestelle S in G bis zum10.2012 verzögert worden sei, könne dem Kläger nicht angelastet werden. Bei der Gütestelle seien zum Jahresende 2011 einige Tausend Güteanträge eingegangen. Das Ablehnungsschreiben der Beklagten sei dem Kläger am 25.07.2012 weitergeleitet worden, so dass ab diesem Zeitpunkt die 6-monatige Frist zum Ende der Hemmung begonnen habe. Die vorliegende Klage ist am 14.01.2013 eingegangen und der Vorschuss am 24.01.2013 eingezahlt worden. Klagezustellung erfolgte am 06. bzw. 08.02.2013. Es sei auch nicht als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen, selbst wenn der Kläger den Antrag nur zwecks Verjährungshemmung eingereicht hätte. Der Inhalt des Güteantrages sei ausreichend, um den Hemmungstatbestand herbeizuführen. Es müsse insbesondere nicht jede einzelne gerügte Pflichtverletzung benannt werden, weder nach der Verfahrensordnung der Gütestelle, die eine "kurze Darstellung der Streitsache, den Gegenstand des Streits und das Begehren" enthalten müsse, noch um den Streitgegenstand hinsichtlich der Verjährungshemmung zu konkretisieren. Die Rechtsprechung des BGH, wonach die Verjährung für verschiedene Pflichtverletzungen selbständig laufe, gelte nur im Zusammenhang des Beginns der kenntnisabhängigen Verjährung. Die Hemmung erstrecke sich aber im Zweifel auf alle Ansprüche, die sich aus dem Lebenssachverhalt für den Gläubiger ergäben. Eine weitere Konkretisierung und Bezifferung der Ansprüche sei i.R.v. § 204 BGB nicht notwendig. Auch das einschlägige Landesschlichtungsgesetz und die Verfahrensordnung der Gütestelle sähen dies nicht vor. Sinn und Zweck der Hemmungsvorschriften

seien gewahrt, da der Schuldner nur vor der Erhebung unbekannter oder unerwarteter Forderungen geschützt werden solle.
Der Kläger beantragt,
1.) die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 28.901,86 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der klägerischen Beteiligung an der I GmbH und Co. KG in Höhe von 50.000,00 DM
2.) die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 662,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der klägerischen Beteiligung an der I GmbH und Co. KG in Höhe von 50.000,00 DM
3.) festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Annahme der Übertragung des Kommanditanteils des Klägers an der I GmbH und Co. KG mit einem Beteiligungsbetrag in Höhe von 50.000,00 DM in Verzug befinden.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte zu 1) bestreitet die Umstände der Zeichnung insgesamt. Der Vortrag einer Falschberatung sei schon aufgrund der Ausbildung des Klägers als Bankkaufmann haltlos. Der Zeuge L habe ihm ungeachtet dessen umfangreich die Funktionsweise der unternehmerischen Beteiligung erläutert und sei hinsichtlich der Risiken den Prospekt mit dem Kläger durchgegangen. Insbesondere habe er ihn über die eingeschränkte Veräußerlichkeit der Anteile aufgeklärt. Ungeachtet dessen habe es in den 90er Jahren durchaus einen funktionierenden Zweitmarkt gegeben. Es sei aber auch nicht ersichtlich, dass die Frage der Veräußerbarkeit für den Kläger bei seiner Entscheidung von Bedeutung gewesen sei, da sein Anlageziel eine Steuerersparnis gewesen sei. Selbst bei Unterstellung des Anlageziels "Altersvorsorge" sei diese Frage irrelevant, da der Kläger in dem Falle sein Geld habe dauerhaft anlegen wollen. Der Berater müsse auf die eingeschränkte Handelbarkeit nicht hinweisen, wenn es für den Kunden, wie vorliegend, hierauf erkennbar nicht ankomme.
Das Anlageziel der Altersvorsorge habe der Kläger aber auch nicht benannt. Wenn überhaupt habe der Zeuge L die Anlage als zusätzliche Altersvorsorge empfohlen, wofür diese nicht ungeeignet gewesen sei. Der Kläger habe ferner gewusst, dass das Totalverlustrisiko bestehe und es sich nicht um eine völlig sichere Anlage handele. Der Zeuge L habe auch weder gesagt noch es anderweitig so dargestellt, dass es sich um eine vollkommen risikolose Beteiligung handeln würde. An den übrigen Verlauf des Gesprächs könne sich der Zeuge nicht mehr erinnern, weshalb die Beklagte zu 1) diesen mit Nichtwissen bestreitet. Der Kläger habe jedenfalls im ersten Gespräch bereits den Fondsprospekt erhalten und ausreichend Gelegenheit zur Lektüre gehabt. Der Prospekt informiere ausreichend über die relevanten Risiken.
Aufklärungspflichtige Rückvergütungen habe die Beklagte zu 1) nicht erhalten. Die Beklagte zu 1) als freie Anlagevermittlerin sei auch nicht verpflichtet, über Provisionen für die Eigenkapitalvermittlung über den Prospekt hinaus aufzuklären.
Der Prospekt sei nicht fehlerhaft. Die Aufschlüsselung der Mittelverwendung sei transparent.
Die Beklagte zu 1) ist der Ansicht, es bestehe ein Anlagevermittlungs- und kein Beratungsvertrag.
Ein Verbundgeschäft oder Zusammenwirken mit der Beklagten zu 2) liege nicht vor. Da das spätere Darlehen bei der T die Bezeichnung "Modernisierungs- und Renovierungskredit" trage, bestreitet die Beklagte zu 1) den Zusammenhang zum streitgegenständlichen Anlagegeschäft.
Die Beklagte zu 1) bestreitet die gesamte Schadensberechnung des Klägers und insbesondere die Höhe der erhaltenen Ausschüttungen mit Nichtwissen. Der Kläger müsse sich weiterhin Steuervorteile anrechnen lassen. Der entgangene Gewinn sei mangels konkreter Bezeichnung einer Alternativanlage nicht dargelegt.
Hilfsweise macht sich die Beklagte zu 1) den Vortrag zur behaupteten Haustürsituation zu Eigen. In dem Falle bestehe kein Schadensersatzanspruch, da der Vertrag insgesamt widerrufen sei. Jedenfalls sei der Kläger unter Schadensminderungsgesichtspunkten verpflichtet, mögliche Rückabwicklungsansprüche gegenüber der Beklagten zu 2) geltend zu machen, so dass sein Mitverschulden 100 % betrage. Hilfsweise sei er jedenfalls verpflichtet, Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) an die Beklagte zu 1) abzutreten.
Die Beklagte zu 1) erhebt zudem die Einrede der Verjährung. Der Kläger habe von den behaupteten Pflichtverletzungen spätestens im Jahr 2007 Kenntnis erlangt. Aus den damaligen Rechenschaftsberichten seien die wirtschaftlichen Risiken hervorgegangen, da die Ausschüttungen deutlich unter den prospektierten Werten von 6 % gelegen hätten und teilweise ganz eingestellt worden seien.
Die kenntnisunabhängige 10-jährige Verjährung sei ebenfalls eingetreten. Es sei schon zu bestreiten, dass der Güteantrag zur Verjährungshemmung tatsächlich noch im Jahr 2011 eingegangen sei. Der Antrag sei nicht am 29.12.2011 gestempelt. Der Mitarbeiter der Gütestelle habe sich in anderen Verfahren diesbezüglich in Widersprüche verwickelt. Jedenfalls sei er nicht "demnächst" sondern erst verspätet, nämlich im04.2012, der Beklagten zugestellt worden. Diese Verzögerung müsse sich der Kläger zurechnen lassen, da die von ihm bevollmächtigte Kanzlei die Gütestelle gezielt und in rechtsmissbräuchlicher

Weise mit nahezu Tausend gleichartigen Güteanträgen überschwemmt habe. Die Stempelung von Tausend Anträgen gleichen Datums sei auch gar nicht möglich. Eine Zustellung habe damit gar nicht demnächst erfolgen sollen. Dieses Ziel habe der Klägervertreter in seinem Schreiben vom 18.10.2011 (Anlage CBH 3) selbst formuliert. Die Gütestelle sei auch nicht neutral aufgrund einer seit Jahren bestehenden Zusammenarbeit mit den Klägervertretern. Der Güteantrag sei darüber hinaus nicht ausreichend konkretisiert. Die Anträge seien annähernd wortgleich formuliert ohne Individualisierung zu den konkreten Umständen der Zeichnung. Insbesondere seien keine konkreten Pflichtverletzungen zur Individualisierung des Streitgegenstandes benannt und der Anspruch nicht beziffert.
Die Beklagte zu 2) bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers, da der Fondsbeitritt von ihm allein unterzeichnet sei, das Kreditangebot dagegen an beide Eheleute gerichtet gewesen sei, aber nur vom Kläger unterschrieben und angenommen. Es sei daher schon kein wirksamer Kreditvertrag zustande gekommen. Die Umstände der Beitrittserklärung und den Inhalt des Beratungsgesprächs bestreitet die Beklagte zu 2) mit Nichtwissen. Hinsichtlich einer Haustürsituation weist sie darauf hin, dass der Darlehensvertrag in der vertragsschließenden Filiale in N unterzeichnet worden sei. Bezüglich der beanstandeten Widerrufsbelehrung sei der Kläger nicht schutzwürdig, da er von seinem Widerrufsrecht nach Verbraucherkreditgesetz unabhängig von dem Haustürwiderrufsrecht hätte Gebrauch machen können. Auch enthalte die Fondsbeitrittserklärung eine wirksame diesbezügliche Belehrung. Das Widerrufsrecht sei jedenfalls nach § 2 Abs. 1 S. 2 HaustürWG a.F. erloschen bzw. verwirkt.
Ein Verbundgeschäft liege nicht vor. Die Beklagte zu 2) habe der Beklagten zu 1) insbesondere keine Darlehensformulare überlassen. Auch ein anderweitiges institutionalisiertes Zusammenwirken, aufgrund dessen sich die Beklagte zu 2) etwaige Beratungsfehler zurechnen lassen müsse, habe nicht vorgelegen und sei ins Blaue hinein behauptet. Dieses sei insbesondere nicht gegeben, wenn ein Kreditinstitut nur von Zeit zu Zeit auf Initiative eines Vermittlers Finanzierungen übernehme. Die Beklagte zu 1) habe damals zum E3 Konzern gehört, weshalb bereits eine ständige Zusammenarbeit mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 2), der E2, fernliegend sei.
Auch die Beklagte zu 2) bestreitet die Höhe des entgangenen Gewinns und hält diesen nicht für ausreichend konkret vorgetragen.
Sie erhebt ebenfalls die Einrede der Verjährung. Die etwaige Verjährungshemmung durch Einreichung eines Güteantrages betreffe die Beklagte zu 2) nicht, da dieser unstreitig nur gegenüber der Beklagten zu 1) erhoben worden ist.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Anhörung des Klägers sowie Vernehmung der Zeugen L2 und L. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 22.09.2014, Bl. 969 ff. d.A., Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist gegen die Beklagte zu 1) teilweise begründet.
I.
Der Kläger hat einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1) wegen fehlerhafter Anlageberatung gem. § 280 Abs.1 BGB.
1.) Unstreitig haben mehrere Besprechungstermine zwischen dem Mitarbeiter der Beklagten zu 1) auf dessen Initiative und dem Kläger vor Zeichnung des Fonds stattgefunden. Dem Vortrag, dem Kläger seien dabei verschiedene Anlagemöglichkeiten erläutert worden, ist die Beklagte zu 1) nicht entgegengetreten, sondern hat sich auf abstrakte Rechtsausführungen beschränkt. Darüber hinaus haben sowohl der Kläger als auch der Zeuge L glaubhaft angegeben, der Zeuge habe zunächst allgemein Anlageinteressen ermittelt und den Kläger beraten und ihm sodann den Fonds vorgestellt und empfohlen. Im Unterschied zum Anlagevermittler, der dem Kunden erkennbar ein bestimmtes Produkt wertend anpreist, hat der Zeuge den Kläger daher neutral und ergebnisoffen nach Ermittlung seiner individuellen Interessen beraten (vgl. zur Abgrenzung von Vermittlungs- und Beratungsvertrag: BGH NJW-RR 1993, 1114 und NJW-RR 2007, 621). Aufgrund des dabei konkludent geschlossenen Beratungsvertrages in Vertretung der Beklagten zu 1) war diese zur anlage- und anlegergerechten Beratung sowie zur Aufklärung über alle Risiken und sonstigen Umstände, die für den Kläger bei seiner Anlageentscheidung von Bedeutung sein konnten, verpflichtet (vgl. BHG, NJW-RR 2014, 1075).
2.) Die Beklagte hat ihre Beratungspflichten verletzt, indem sie den Kläger vor seiner Anlageentscheidung nicht ausreichend über die eingeschränkte Veräußerbarkeit seiner Beteiligung aufgeklärt hat.
Jedenfalls der Anlageberater, der seinem Kunden zum Erwerb einer Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds rät, muss darauf hinweisen, dass die Veräußerung in Ermangeln eines entsprechenden Markts nur eingeschränkt möglich ist. Dies ist ein Umstand, der für den durchschnittlichen Anleger bei der Anlageentscheidung von entscheidender Bedeutung ist (BGH, Urteil v. 18.01.2007 - III ZR 44/06 = NJW-RR 2007, 621). Auch wenn nach dem Vortrag der Beklagten zu 1) zum damaligen Zeitpunkt ein besonderes Interesse von Anlegern an dem Erwerb eines Immobilienfonds bestanden hat, lässt dies noch nicht auf das Bestehen eines funktionierenden Zweitmarktes schließen. Neben dem Vorhandensein von Interessenten setzt dies voraus, dass es eine geregelte Organisation zur Vermittlung dieser Anteile gibt. Weiterhin wird die Veräußerung durch gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen erschwert.

Vorliegend war beispielsweise nicht im Gesellschaftsvertrag auf das Zustimmungserfordernis der übrigen Gesellschafter bei Übertragung eines Anteils an Dritte verzichtet (vgl. § 22 des im Prospekt abgedruckten Gesellschaftsvertrages). Zwar kann die diesbezügliche Aufklärungspflicht entfallen, wenn die Weiterveräußerung für den Anleger erkennbar ohne Bedeutung ist. Dies ist jedoch nicht schon dann anzunehmen, wenn die Anlage der Alterssicherung dienen soll. Auch in dem Fall kann ein vorzeitiges Bedürfnis entstehen, die festgelegten Vermögenswerte zu liquidieren. Die Bedingungen, zu denen ein Anleger auch auf langfristig festgelegtes Geld vorzeitig zurückgreifen kann, sind typischerweise ein wesentliches Element seiner Investitionsentscheidung (BGH, aaO). Vorliegend steht nach der Beweisaufnahme nicht einmal fest, dass der Kläger primär Zwecke der Altersvorsorge verfolgte. Auch inwieweit die erwünschten Steuervorteile nur dann realisierbar wären, wenn der Kläger die Anteile bis Ablauf ihrer Laufzeit beibehalten hätte, hat die Beklagte zu 1) nicht näher vorgetragen. Aber selbst dann wäre mit der Argumentation des BGH darauf abzustellen, dass ein frühzeitiges Bedürfnis der Liquidierung entstehen kann, auch wenn dadurch die optimale Steuerausbeute nicht mehr erzielt werden könnte (BGH, Urteil v. 10.05.2007, III ZR 44/06). Anderweitige Gründe, warum für den Kläger die Frage der Veräußerbarkeit trotz alledem nicht von Bedeutung gewesen sein sollte, sind nicht vorgetragen.
Ein anderer Maßstab war auch nicht gegenüber dem Kläger anzulegen, weil er als ausgebildeter Bankkaufmann über Spezialkenntnisse verfügte. Zwar darf in diesem Falle ein gewisses Grundverständnis für Finanzierungsangelegenheiten vorausgesetzt werden und Art und Maß der Beratung hieran ausgerichtet werden. Jedoch kann nicht vorausgesetzt werden, dass ein jeder Bankkaufmann, der nicht gerade selbst im Bereich der Anlageberatung eingesetzt ist, über Einzelheiten besonderer Anlageformen informiert ist und diese Kenntnisse in privaten Belangen auch präsent hat. Zudem hat der Kläger hierzu nachvollziehbar erklärt, er sei primär für die Schaltertätigkeit ausgebildet worden und Immobilienfonds seien damals noch unbekannt gewesen.
3.) Eine entsprechende Aufklärung ist im Rahmen der Beratungsgespräche nicht erfolgt.
Die steht zur Überzeugung des Gerichts auf Grundlage der Anhörung des Klägers sowie der Aussage des Zeugen L fest.
Zwar lag vorliegend nicht der Fall eines Vier-Augen-Gesprächs vor, in dem die eine Partei regelmäßig über einen Zeugen verfügt und die andere nicht, so dass das Gebot der Waffengleichheit die Anhörung des Klägers zwingend erforderlich gemacht hätte. Vielmehr verfügte auch der Kläger über eine Zeugin, nämlich seine Ehefrau, die jedoch an das Beratungsgespräch aufgrund ihrer geringeren Erfahrung und Sachkenntnis in Finanzierungsdingen hieran kaum Erinnerungen hatte. Dies schließt jedoch nicht aus, einer dennoch in Beweisnot geratenen Partei die Möglichkeit der persönlichen Schilderung der Gegebenheiten zu ermöglichen (vgl. zur Anhörung bei Vorhandensein anderweitiger Beweismittel BGH NZG 2010, 947). Auch ist das Gericht nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht gehindert, im Rahmen der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme einer Parteierklärung, auch wenn sie außerhalb einer förmlichen Parteivernehmung erfolgt ist, den Vorzug vor den Bekundungen eines Zeugen zu geben (BGH NJW 1999, 363 m.w.N.).
Vorliegend hat der Klägerin in seiner Anhörung erklärt, er habe erst später, als ihn die konkrete Frage interessierte, im Prospekt nachgelesen, dass man seinen Anteil nur verkaufen könne, wenn alle anderen Kommanditisten zustimmen. Das sei ihm vorher nicht bekannt gewesen. Desweiteren hat er zum Verlauf der Beratungsgespräche im Detail erläutert, der Zeuge habe ihm zunächst allgemeine Finanzentwicklungen vorgestellt und über die Absicherung im Alter beraten und ihn andererseits gefragt, ob er nicht auch Steuern sparen wolle. Hinsichtlich des vorgestellten Immobilienfonds der Kläger ihn so verstanden, dass man gemeinsam mit anderen Eigentümer einer oder mehrerer Immobilien werde, wobei man durch die Vollfinanzierung nach und nach Vermögen anspare. Die Zinsen sollten sich aus Mieteinnahmen tragen und im Übrigen sollten Steuervorteile erzielt werden. Dass er aber einen Kommanditanteil erwerbe, habe er nicht realisiert. Als Risiko sei ihm einsichtig gewesen, dass die erworbenen Immobilien Wertschwankungen unterlägen.
Daraus ergibt sich, dass die Wiederveräußerung nicht Thema der Beratung war, da der Kläger sie im Rahmen des nach Ablauf und Inhalt detailliert geschilderten Gesprächs nicht aufgeführt hat und erklärt hat, er habe von den maßgeblichen Umständen erstmals viel später erfahren.
Der Zeuge L hat ausgesagt, er könne sich an Einzelheiten des Gesprächs kaum noch erinnern. Allerdings sei der Kläger einer seiner ersten Kunden gewesen. Auf die Frage, ob er den Kläger auf Probleme bei der Veräußerbarkeit hingewiesen habe, hat er ausgesagt, bei geschlossenen Beteiligungen gebe es ja immer die Situation, dass man nicht innerhalb von 14 Tagen verkaufen kann. Die andere Sache sei, dass man bei Immobilien, die man vor Ablauf von 10 Jahren veräußere, eventuell das Finanzamt beteiligen müsse. Von daher habe er bestimmt darüber gesprochen. Bei dieser Einschätzung handelt es sich jedoch, wie der Zeuge eingangs klargestellt hat, um eine reine Vermutung, da er an den konkreten Gesprächsinhalt nur noch wenig Erinnerungen habe. Darüber hinaus wäre auch die vom Zeugen vermutete Thematisierung inhaltlich nicht ausreichend. Zunächst hat der Zeuge auf Frage eingeräumt, dass er sich nicht erinnern könne, ob auch das Zustimmungserfordernis in der KG besprochen worden sei. Insoweit hat er in anderem Zusammenhang weiter ausgesagt, er gehe davon aus dass die KG und ihre Haftung wohl

nicht ausführlich besprochen worden sei, da der Zeuge sich insoweit auf den Prospekt verlassen habe. Die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse bei der Veräußerung von Kommanditanteilen wären jedoch in die Aufklärung aufzunehmen gewesen. Darüber hinaus geht aus der Äußerung des Zeugen zu den aus seiner Sicht bestehenden Problemen bei der Veräußerlichkeit und der hierzu eventuell erfolgten Aufklärung hervor, dass er nicht das Fehlen eines institutionalisierten Marktes als besonderes Problem gesehen hat und deshalb den Kläger hierüber informiert hätte. Gerade dieser Umstand muss jedoch Gegenstand der Aufklärung sein (vgl. BGH, Urteil v. 20.06.2013 - II ZR 293/12 m.w.N.; BGH NJW-RR 2007, 1075).
4.) Die Aufklärung ist auch nicht in grundsätzlich zulässiger Weise durch vorherige Überlassung des Prospekts erfolgt. Der Kläger hat hierzu erklärt, er habe ihn erst erhalten, als auch der Kreditantrag schon gestellt gewesen sei. Er mutmaßte, der Prospekt sei möglicherweise damals vergriffen gewesen, habe ihm jedenfalls zum Zeitpunkt der Beratungen nicht vorgelegen. Zwar konnte sich der Kläger auch nicht mehr erinnern, auf welchem Wege er den Prospekt später erhalten hat. Er hat jedoch überzeugend dargestellt, dass er erst zu diesem späteren Zeitpunkt in schönen Bildern dargestellt gesehen habe, um welche Immobilien es eigentlich gegangen sei, was vorher noch gar nicht im Gespräch erörtert worden sei.
Dem steht auch nicht die Aussage des Zeugen L entgegen. Er hat ausgesagt, dass zum Zeitpunkt der Beratung ein Prospekt vorlag, nicht jedoch, dass er diesen dem Kläger sodann oder vorab mit Gelegenheit zur Lektüre überlassen habe. Er meine zwar, dass er entsprechend seiner späteren Praxis den Prospekt stets im ersten Gespräch übergeben habe, räumte aber ein, an den vorliegenden Fall insoweit keinerlei konkrete Erinnerungen zu haben und dass es möglich sei, dass er damals, bei einem seiner ersten Kunden, noch anders verfahren sei.
5.) Der Kausalitätszusammenhang zwischen Beratungspflichtverletzung und Anlageentscheidung wird nach der allgemeinen Lebenserfahrung vermutet (BGH NJW-RR 2011, 1139). Wenn das Vorliegen einer Aufklärungspflichtverletzung (wie vorliegend) bewiesen ist, trifft den Berater daher die Darlegungs- und Beweislast, dass der Kunde auch bei gehöriger Aufklärung die Anlage erworben hätte, und zwar nach neuerer Rechtsprechung unabhängig davon, ob er sich in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, weil er vernünftigerweise nur eine einzige Handlungsalternative gehabt hätte (BGH NJW 2012, 2427).
Dass die ordnungsgemäße Aufklärung den Kläger nicht in seiner Entscheidung für den Immobilienfonds beeinflusst hätte, ist hier nicht ersichtlich. Hierfür kann insbesondere nicht der Umstand angeführt werden, dass der Kläger den Prospekt, der ausreichende Informationen zur Frage der Fungibilität enthält, im Nachhinein zur Kenntnis nahm. Der Kläger hat erklärt, er habe diesen im Prinzip wie einen Werbeprospekt gelesen und sich insbesondere für die Bilder von den Immobilien interessiert. Erst später, als es für ihn relevant wurde, habe er nachgesehen, wie es sich mit den Voraussetzungen der Veräußerung verhielt. Es kann also schon nicht vorausgesetzt werden, dass der Kläger sich den Prospekt so genau ansah, dass er die maßgeblichen Informationen über die Fungibilität zeitnah zur Kenntnis nahm und dennoch untätig blieb (etwa hinsichtlich der Ausübung seines Widerrufsrechts). Im Rahmen der hypothetischen Betrachtung bei ordnungsgemäßer Aufklärung kann auch nicht unterstellt werden, der Kläger hätte bei rechtzeitigem Prospekterhalt diesen nur in der Intensität studiert, wie er es für den nachträglichen Erhalt dargestellt hat. Dies ließe außer Acht, dass für den Kläger nach Abschluss der Beteiligung kein besonderer Anlass mehr bestand, diesen gezielt im Hinblick auf Risiken oder sonstige Entscheidungsfaktoren zu durchforsten, da er davon ausgehen durfte, mündliche umfassend beraten und aufgeklärt worden zu sein. Hätte der Zeuge L ihm den Prospekt demgegenüber vorab zur Lektüre mitgegeben, hätte der Kläger annehmen müssen, dass sich der Zeuge auf ergänzende Hinweise beschränkte und möglicherweise maßgebliche Informationen dem Prospekt selbst zu entnehmen gewesen wären, und ihn vermutlich mit anderem Fokus durchgesehen.
Anderweitige Anhaltspunkte dafür, dass eine richtige Aufklärung in diesem Punkt für den Kläger unerheblich gewesen wären, bestehen nicht.
6.) Die Schadensersatzansprüche sind nicht verjährt.
a) Nach §§ 195, 198 BGB a.F. wäre die regelmäßige Verjährung erst 30 Jahre nach Anspruchsentstehung eingetreten, also im12.2028.
Gemäß der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB findet jedoch das neue Verjährungsrecht auf solche Ansprüche Anwendung, die zum 01.01.2002 noch nicht verjährt waren, wobei sich der Verjährungsbeginn gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 nach altem Recht richten soll. Für die neue kenntnisabhängige 3-Jahresfrist der §§ 195, 199 BGB hieße dies, die Verjährung träte kenntnisunabhängig 3 Jahre nach Anspruchsentstehung ein. Daher ist in § 6 Abs. 4 geregelt, dass eine neue kürzere Frist erst ab dem 01.01.2002 zu berechnen ist, es sei denn, dies führt zu einer längeren Verjährung als nach altem Recht. Die Regelung will jedoch keinen fixen Fristbeginn zum 01.01.2002 statuieren (hinsichtlich der ggf. unterschiedlichen Regelungen zum Fristbeginn), sondern auf den nach konkreter Berechnung der jeweiligen Gesetzesfassungen kürzesten Fristlauf abstellen (Münchener Kommentar BGB, 2010, EGBGB § 6 Rn. 13 m.w.N.). Die Frist lief damit mindestens 3 Jahre ab dem 1.1.2002, wenn der Kläger seine Ansprüche kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Der Kläger behauptet, ihm sei die Falschberatung erst im Jahr 2011 bewusst geworden. Hierzu hat er in mündlicher Verhandlung weiter ausgeführt, er sei erst durch

Interessenvertretungen von Anlegern hellhörig geworden, die erklärt hätten, dass das Modell nicht funktioniere. Dies hat der Kläger auch nicht grob fahrlässig zu einem früheren Zeitpunkt verkannt. Wie ausgeführt ist nicht ersichtlich, dass er den Prospekt konkret zu dem Punkt der festgestellten Aufklärungspflichtverletzung gelesen hätte. Hierzu war er auch nicht verpflichtet, da er auf eine ausreichende Beratung vertrauen durfte. Auch die allgemeine Performance des Fonds musste ihn nicht auf diese Pflichtverletzung stoßen. Die geringeren als versprochenen Renditen stehen in keinem Zusammenhang mit der notwendigen Aufklärung über die Veräußerlichkeit. Anderweitige Umstände, die eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers in diesem Punkt begründen, hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1) nicht vorgebracht.
b) Die kenntnisunabhängige Höchstfrist gemäß § 199 Abs. 4 BGB beträgt 10 Jahre ab Anspruchsentstehung und ist gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB zu berechnen ab dem 1.1.2002, da die Frist dann zum 31.12.2011 ablaufen würde und somit immer noch kürzer als die 30-jährige Frist nach altem Recht wäre.
aa) Durch Einreichung des Güteantrages am 28.12.2011 wurde diese Verjährung rechtzeitig gehemmt gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB (n.F.). Dass die Einreichung rechtzeitig erfolgte, steht aufgrund des Eingangsstempels auf dem Güteantrag (Anlage K40, Bl. 941 d.A.) fest. Die Mutmaßung der Beklagten zu 1), die Stempelung habe aufgrund der Vielzahl von Eingängen nicht am 28.12.2011 erfolgen können, ist nicht nachvollziehbar. Das Anbringen eines Eingangsstempels ist eine Sache von Sekunden und dürfte daher problemlos auch in großer Anzahl an einem Tage zu bewerkstelligen sein. Dem diesbezüglichen Zeugenbeweisantritt war daher nicht nachzugehen.
bb) Der Güteantrag war hinreichend konkret, um die Hemmungswirkung herbeizuführen.
Der Antrag enthält die Erklärung, der Kläger wolle Ansprüche auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung hinsichtlich des vermittelten und näher bezeichneten Fonds geltend machen, und verlange so gestellt zu werden, wie er ohne die Beteiligung gestanden hätte. Er stütz sich darauf, die Risiken und Nachteile einer Beteiligung seien nicht ausreichend erläutert worden, ohne einzelne Beratungsfehler zu benennen. Auch ist weder der Tag der Zeichnung benannt, noch eine Forderung beziffert. Nach Sinn und Zweck der Hemmungsvorschrift ist dies jedoch nach hiesiger Auffassung unschädlich.
Der Lebenssachverhalt und die Art der hieraus abgeleiteten Ansprüche waren für die Beklagte zu 1) ausreichend erkennbar. Der Kläger hatte, vermittelt durch die Beklagte zu 1), bei der Fondsgesellschaft nur eine einzige Beteiligung gezeichnet. Der (unter anderem) vom OLG Dresden vertretenen Auffassung (Beschluss vom 08.04.2014, 5 U 1320/13, vorgelegt von der Beklagten, Bl. 798 ff. d.A.), aufgrund der formularhaft gefassten Darstellung sei es der Beraterin nicht möglich gewesen nachzuvollziehen, um welches beanstandete Beratungsgespräch und welche konkrete Beteiligung (mit Höhe und Nr. des Zeichnungsscheines) es gegangen sei, zumal nicht davon ausgegangen werden könne, dass nach so langer Zeit hierzu noch Unterlagen aufbewahrt wurden, vermag sich das Gericht nicht anzuschließen.
An die Individualisierung des Anspruchs, auf den sich die Hemmung bezieht, können nicht dieselben Anforderungen wie beispielsweise an die Erstellung einer Klageschrift gestellt werden. Dementsprechend hat auch beispielsweise das OLG München, das die Beklagte zitiert, lediglich die "zumindest schlagwortartige Darstellung" des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts für notwendig erachtet (Hinweisbeschluss vom 18.03.2014, 31 U 4100/13, vorgelegt von Beklagtenseite, Bl. 845 ff. d.A.). Auch das OLG München hat jedoch weiter argumentiert, der Schuldner müsse erkennen können, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht werde, um zu beurteilen, ob er sich dagegen zur Wehr setzen wolle. Auch müsse nach dem Zweck der Hemmung für ihn klar sein, wegen welchen Anspruchs er nicht mehr auf künftig eintretende Verjährung vertrauen dürfe. Dies sei aufgrund der im Massengeschäft vermittelten Kapitalanlage und des langen vergangenen Zeitraums ohne Benennung des Zeichnungsdatums, der Zeichnungssumme und des Beratungszeitpunktes nicht möglich.
Dem Grunde nach konnte die Beklagte zu 1) jedoch durchaus erkennen, welche Ansprüche, gestützt auf welchen Sachverhalt der Kläger geltend machen wollte. Der Kläger hatte über sie nur eine Beteiligung an dem benannten Fonds erworben. Verwechslungsgefahr bestand insoweit nicht (ebenso: OLG Stuttgart in den protokollierten Sitzungshinweisen vom 10.02.2014 im Verfahren 5 U 154/13, von Klägerseite vorgelegt als Anlage K36 - Zusatzheft d.A.). Auch konnte keine Unklarheit bestehen, hinsichtlich welcher Ansprüche die Beklagte zu 1) künftig noch mit Geltendmachung rechnen musste. Ein Vertrauen auf die Verjährung anderweitiger, nicht streitgegenständlicher Ansprüche konnte mangels Abgrenzungsproblemen im Rahmen des einzigen und einheitlichen Rechtsverhältnisses der Parteien nicht entstehen. Sofern die Beklagte zu 1) noch über Unterlagen zu dem Vorgang verfügte, wäre es ihr ohne Weiteres möglich gewesen, diesen anhand des Namens zuzuordnen und so zu wissen, um welche konkrete Beteiligung und welches Zeichnungsdatum es ging. Sofern sie über keinerlei Unterlagen mehr verfügen sollte, dürfte sich an der Situation auch bei Nennung von Zeichnungsdatum und -summe bzw. Nummer der Beteiligung nichts Wesentliches ändern. Dieser Umstand kann demnach nicht dem Kläger zur Last gelegt werden.
Soweit darauf abgestellt wird, dass die einzelnen Pflichtverletzungen konkret zu benennen seien, da sie verjährungsrechtlich eigenständig zu betrachten seien, kann dies nach hier vertretener Auffassung jedenfalls nicht im Rahmen der kenntnisunabhängigen, absoluten Verjährung gelten (so aber OLG Bamberg,

Beschluss v. 24.02.2014, 3 U 205/13, S. 16, Bl. 848 ff. d.A.). Die verjährungsrechtlich getrennte Behandlung ist vom BGH im Zusammenhang mit dem kenntnisabhängigen Verjährungsbeginn statuiert worden. Nur daraus rechtfertigt es sich auch, einen einheitlichen Anspruch, der auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wird und nur verschiedene Aufklärungsinhalte desselben Beratungsgesprächs zur Begründung heranzieht, insoweit aufzuspalten. Die Kenntnis des Gläubigers kann sich notwendig nur auf konkrete Einzelumstände der Beratung und deren Relevanz für die Anlage beziehen. Warum dieser Gedanke einheitlich auf sämtliche Aspekte der Verjährung zu übertragen sein sollte, erschließt sich nicht (ebenso: OLG Stuttgart in den protokollierten Sitzungshinweisen vom 10.02.2014 im Verfahren 5 U 154/13, von Klägerseite vorgelegt als Anlage K36 - Zusatzheft d.A.). Insbesondere ist es zum Schutze des Schuldners nicht erforderlich, dass dieser sogleich im Rahmen des Güteverfahrens abzugrenzen vermag, welche einzelnen Aufklärungsrügen der Anspruchsteller erhebt und welche nicht. Ein "selektives" Vertrauen darauf, dass andere als die konkret bezeichneten Aufklärungsfehler nicht mehr geltend gemacht werden, dürfte bei lebensnaher Betrachtung nicht bestehen und auch nicht schutzwürdig sein. Soweit auch das OLG Düsseldorf (Urteil v. 02.05.2013, 6 U 84/12, zitiert nach juris) entschieden hat, die verjährungsrechtliche Eigenständigkeit mehrerer Beratungsfehler müsse auch für die Frage der Hemmung gelten, lag der dortigen Prüfung wiederum anders als hier die kenntnisabhängige Verjährung gemäß §§ 195, 199 BGB zugrunde. Zwar hat das OLG Düsseldorf seine Ausführungen nicht ausdrücklich auf diese Fälle beschränkt. Wenn es jedoch wie vorliegend um die kenntnisunabhängige Höchstverjährung geht und damit auch der Verjährungsbeginn für alle Pflichtverletzungen einheitlich und kenntnisunabhängig feststeht, entfällt das Argument, der Gläubiger müsse hinnehmen, dass Verjährung nur hinsichtlich einzelner Pflichtverletzungen eintrete, weil es ihm umgekehrt freistehe, nur einzelne hiervon geltend zu machen und trotzdem nicht Gefahr laufen müsse, dass hinsichtlich weiterer unerkannter Pflichtverletzungen ebenfalls Verjährung eintrete.
Soweit die Verfahrensordnung der Gütestelle S die zumindest kurze Darstellung des Sachverhalts erfordert mit der Folge, dass nur ein Güteantrag, der diese formalen Anforderungen erfüllt, die Hemmungswirkung herbeiführt (dazu BGH NJW 2008, 506), ist gegen dieses Erfordernis nicht verstoßen (anders: OLG Dresden, 5 U 1825/13, vorgelegt von Beklagtenseite, Bl. 871 ff. d.A.).
cc) Die Einreichung des Güteantrages ist nicht wegen Rechtsmissbräuchlichkeit unbeachtlich. Selbst ein ausschließlich zum Zwecke der Verjährungshemmung gestellter Güteantrag hindert grundsätzlich die Hemmungswirkung nicht (BGH NJW-RR 1993, 1495). Dass dies vorliegend der Fall war, und der Kläger nicht zumindest auf die Möglichkeit einer gütlichen Einigung hoffte, ergibt sich auch nicht aus dem Informationsschreiben seiner Rechtsanwälte.
Auch der Umstand, dass die Klägervertreter offenbar massenweise Mandanten in vergleichbaren Angelegenheiten akquiriert haben und die jeweiligen Güteverfahren parallel betrieben haben, lässt nicht auf eine den Mandanten zurechenbare Missbrauchsabsicht schließen.
dd) Die Antragstellung erfolgte vor Fristablauf am 31.12.2011. Soweit § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB die Veranlassung der Bekanntgabe des Antrags gegenüber dem Gegner voraussetzt, gilt die Regelung in § 167 ZPO, wonach eine rechtzeitige Einreichung des Antrages ausreicht, soweit die Zustellung "demnächst" erfolgt. Anerkanntermaßen sind dabei Verzögerungen außer Acht zu lassen, die nicht in den Verantwortungsbereich des Antragstellers fallen. Dies ist bei einer Arbeitsüberlastung der Gütestelle nicht der Fall. Auch ist nicht erkennbar, dass dieser Zustand von der Klägerseite mit dem Ziel verursacht worden wäre, die Zustellungen zu verzögern. Aus dem angeführten Schreiben der Klägervertreter ergibt sich dies nicht. Diese weisen nur auf die von ihnen in der Tat vorhergesehenen Verzögerungen im Ablauf und die Folgen für die Verjährung hin. Eine entsprechende Zielsetzung lässt sich daraus jedoch nicht entnehmen. Vielmehr ist nachvollziehbar, dass bei Betreiben von derartigen Massenverfahren aus Vereinfachungs- und Effizienzgründen die Anträge sämtlich bei derselben Gütestelle eingereicht werden.
Die Hemmung dauerte demnach gemäß § 204 Abs. 2 S. 1 BGB mindestens noch 6 Monate ab Beendigung des Verfahrens an, d.h. vorliegend 6 Monate ab Übermittlung des Ablehnungsschreibens der Beklagten an den Kläger am 25.07.2012, also bis zum 25. 01.2014. Zu diesem Zeitpunkt war die hiesige Klage eingereicht und der Kostenvorschuss gezahlt. Die Zustellung erfolgte wiederum demnächst, so dass bis zum jetzigen Zeitpunkt wiederum Hemmung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingetreten ist.
7.) Im Rahmen des Schadensersatzes kann der Kläger verlangen so gestellt zu werden, wie er ohne die Beteiligung gestanden hätte.
a) Dafür kommt es im Verhältnis zur Beklagten zu 1) nicht darauf an, welche Tilgungsleistungen auf das Darlehen der Kläger erbracht hat, sondern welchen Einlagebetrag er gezahlt hat. Dieser betrug unstreitig 50.000,00 DM zzgl. 2.500,00 DM Agio, mithin umgerechnet 26.842,82 EUR.
b) Weiterhin kann er die an die Beklagte zu 2) bzw. die T gezahlten Zinsen als Schaden geltend machen. Dass das Darlehen allein der Finanzierung der Beteiligung diente, steht nach Beweisaufnahme aufgrund der Angaben der Zeugen L und Frau L2 zur Überzeugung des Gerichts fest. Ausweislich des angenommenen Kreditangebots der E2 (Anlage K2) betrugen die Zinsen für die gesamte Laufzeit des Darlehens bis zum 21.12.2002 insgesamt 9.333,16 DM, also umgerechnet 4.771,89 EUR. Soweit der Kläger einen

Betrag von 4.806,83 EUR geltend macht, ist dieser aus den Kontoauszügen (Anlage K39) nicht nachvollziehbar. Dieser gibt nur die gezahlten monatlichen Beträge als Annuitäten wieder, nicht die Summe der gezahlten Zinsen. Das T2-Darlehen diente ungeachtet seiner Bezeichnung als Anschlussfinanzierung. Dies ergibt sich aus der Aussage des Klägers sowie aus dem Umstand, dass ausweislich der Kontoauszüge das erste Darlehen am 17.01.2003 mit 10.180,00 EUR abgelöst wurde und der Kläger nahezu denselben Betrag (10.000,00 EUR) zeitgleich durch die T finanzierte. Die in den Kontoauszügen auf Zinsen erfolgten Zahlungen ergeben die Summe von 2.748,09 EUR.
c) Hiervon muss der Kläger sich die erhaltenen Ausschüttungen im Rahmen der Vorteilsanrechnung abziehen lassen. Zwar konnte der Kläger konkrete Ausschüttungsmitteilungen nicht mehr vorlegen. Er hat jedoch die Geschäftsberichte für die Jahre bis 2009 vorgelegt, aus denen sich die prozentual erfolgten Ausschüttungen des Fonds allgemein ergeben. Die Beklagte zu 1) hat keine Einwände vorgebracht, warum dies für den konkreten Fall des Klägers nicht zutreffen sollte. Daraus ist nachvollziehbar, dass in den Jahren 1999 bis 2009 insgesamt Ausschüttungen in Höhe von 30 % erfolgt sind. Bezogen auf das Kommanditkapital des Klägers von 50.000,00 DM sind dies 15.000,00 DM = 7.669,38 EUR. Wie der Kläger auf den geringeren Betrag von 6.902,41 EUR kommt, ist nicht ersichtlich und nicht unter Beweis gestellt. Soweit der Kläger behauptet, für die Jahre 2010 bis 2012 keine Ausschüttungen mehr erhalten zu haben, hätte es der Beklagten zu 1) hinsichtlich dieser negativen Tatsache oblegen vorzutragen, welche Ausschüttungen stattdessen stattgefunden haben sollen.
Es ergibt sich folgende Rechnung:
26.842,82 EUR
+ 4.771,89 EUR
+ 2.748,09 EUR
- 7.669,38 EUR
26.693,42 EUR
d) Steuervorteile muss sich der Kunde bei Rückabwicklung einer Beteiligung nicht anrechnen lassen, wenn ihm der erlangte Vorteil durch Besteuerung des geltend gemachten Schadensersatzbetrages wieder genommen wird. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schädiger vorträgt, dass dem Geschädigten auch unter Berücksichtigung der Besteuerung der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Vorteile verbleiben (BGH, Urteil v. 28.01.2014, XI ZR 42/13). Dies ist hier nicht der Fall.
e) Entgangenen Gewinn kann der Kläger demgegenüber nicht mit Erfolg geltend machen. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH (BGH v. 24.04.2012 - XI ZR 260/11) wäre konkret zu einer hypothetischen Alternativanlage vorzutragen gewesen, worauf die Beklagten den Kläger hingewiesen haben. Auch ist schon nicht plausibel, dass der Kläger, der nach seinen Angaben gar nicht gezielt nach einer Anlagemöglichkeit suchte, den vergleichsweise kleinen Betrag von 2.500,00 DM investiert hätte und dies angeblich auch noch gestreut auf mehrere Anlageformen.
II.
Die Klage gegen die Beklagte zu 2) ist unbegründet.
1.) Ansprüche auf Rückabwicklung des Darlehensvertrags bestehen nicht, da dieser nicht wirksam widerrufen worden ist.
a) Der Widerruf vom 20.03.2012 war verfristet.
Die nach dem anwendbaren HaustürWG (Art. 229 § 5 EGBG) geltende Widerrufsfrist betrug gemäß § 1 HaustürWG eine Woche, diejenige nach § 7 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG i.V.m. 361a Abs. 1 S. 2 BGB a.F. zwei Wochen.
Verlängerte Fristen bzw. das gänzliche Ausbleiben des Fristlaufs wegen unzureichender Belehrung kommen nicht zur Geltung. Der Kläger ist ordnungsgemäß belehrt worden.
Die ursprünglich vorgelegte Belehrung entsprach zwar den Vorgaben des § 7 Abs. 3 VerbrKrG, nicht jedoch denen des HaustürWG, da dieses eine Beschränkung des Widerrufs für den Fall, dass das Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückgeführt wird, nicht kennt (vgl. BGH NJW 2008, 1827 Rz. 13). Jedoch hat der Kläger selbst aus seinen Unterlagen in der mündlichen Verhandlung nunmehr eine weitere Widerrufsbelehrung der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 2) vorgelegt (vgl. Bl. 991 d.A. als Anlage zum Protokoll vom 22.09.2014). Die hierin enthaltene Widerrufsbelehrung bezieht sich konkret auf das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und enthält die entsprechende Einschränkung nicht. Sie ist vom Kläger unterzeichnet. Nicht zu beanstanden ist auch, dass der Kläger zwei verschiedene Belehrungen erhielt, da er auch über zwei inhaltlich verschiedene Widerrufsrechte belehrt wurde, die verschiedene Voraussetzungen haben. Dies konnte auch nur durch Erteilung von getrennten Belehrungen zum Ausdruck gebracht werden.
b) Ansprüche auf Rückzahlung der geleisteten Tilgungs- und Zinszahlungen gegen Abtretung der finanzierten Beteiligung und nicht gegen Rückgewähr der erhaltenen Darlehensvaluta könnte der Kläger zudem nur verlangen, wenn er zugleich den Beteiligungsbeitritt als verbundenes Geschäft wirksam widerrufen hätte. Ein Verbundgeschäft ist jedoch weder ausreichend vorgetragen noch bewiesen. Dies setzt voraus, dass sich der Kreditgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mit-

wirkung des Vermittlers / Beraters bedient hat. Hierzu hat der Kläger lediglich vage behauptet, der Darlehensvertrag sei "auf Initiative des Zeugen L" an den Kläger gelangt. Der Bank muss jedoch die arbeitsteilige Tätigkeit bzw. das Zusammenwirken zumindest bekannt sein (Palandt, BGB, § 358 Rn. 12). Dies lässt sich aus dem Vortrag des Klägers nicht schließen. Auch hat der Zeuge L ausgesagt, er habe die E2 in N kontaktiert, da diese ihm für jede Art von Finanzierungsgeschäften von seinen Kollegen als Anlaufstelle genannt worden sei. Auch hat seine weitere Befragung nicht ergeben, dass ein regelmäßiges, geplantes Zusammenwirken hinsichtlich der streitgegenständlichen Beteiligungen vorgelegen hätte, oder dass die Bank bewusst und gezielt die Mithilfe des Zeugen in Anspruch genommen hätte. Vielmehr hat der Zeuge nach seiner Darstellung aus eigenem Antrieb als Vertreter des Klägers für diesen den Darlehensvertrag angefragt und vorbereitet und ist nur in dieser Funktion mit der Bank in Kontakt getreten. Dass er dann möglicherweise das Darlehensformular an den Kläger weiterleitete, ist in dieser Konstellation unerheblich.
2.) Aus denselben Gründen lag ein institutionalisiertes Zusammenwirken der beiden Beklagten, das zu einer Zurechnung vertraglicher Pflichtverletzungen gegenüber der am Beratungsvertrag unbeteiligten Beklagten zu 2) führen könnte, nicht vor.
Jedenfalls wären Ansprüche gegen sie verjährt. Die geltend gemachte Verjährungshemmung ist nur gegenüber der Beklagten zu 1), gegen die sich der Güteantrag richtete, eingetreten.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 2, 709 ZPO.

37. OLG Hamm, Urteil vom 31.10.2014 – I-26 U 173/13, 26 U 173/13 – * Haftung des Hausarztes: Befunderhebungsfehler bei Verkennung einer Entzündung des Fettgewebes im Rücken- und Gesäßbereich; Schmerzensgeldanspruch einer Patientin wegen der Erforderlichkeit einer Notoperation und Dauerfolgen

Leitsatz

1. Ein Hausarzt handelt befunderhebungsfehlerhaft, wenn er vom Patientin geschilderte Schmerzen im unteren Rücken und in der linken Gesäßhälfte unzureichend untersucht und der Patient 3 Tage später aufgrund einer Gewebeentzündung im Gesäßbereich (Entzündung des perirektalen und perianalen Fettgewebes) mit Verdacht auf eine bakterielle Infektionskrankheit der Unterhaut und Faszien (nekrotisierende Fasziitis) notfallmäßig operiert werden muss.
2. Ein einfacher Befunderhebungsfehler rechtfertigt eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten, wenn die unterlassene Befunderhebung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte und sich die Verkennung des Befundes oder das Verhalten des Arztes auf der Basis dieses Ergebnisses als grob fehlerhaft darstellen würde.

Orientierungssatz

Diagnostiziert ein Hausarzt bei Schmerzzuständen einer Patientin im unteren Rücken und im Gesäßbereich Ischiasbeschwerden und verordnet er eine Wärmebehandlung und Schmerzmittel, ist es grob fehlerhaft, wenn er trotz des möglichen Vorliegens einer Entzündung des perirektalen und perianalen Fettgewebes entsprechende diagnostische Maßnahmen unterlässt. Muss die Patientin 3 Tage später notfallmäßig wegen des Verdachts einer nekrotisierenden Fasziitis operiert werden, wobei auch ein Teil des Schließmuskels entfernt wird, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 20.000 Euro angemessen, wenn die Patientin sich vielfachen Folgeoperationen unterziehen musste und an einer dauerhaften Stuhlinkontinenz sowie psychischen Beschwerden leidet.

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 09.10.2013 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Die Beklagte trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin hat von der Beklagten wegen vermeintlicher ärztlicher Behandlungsfehler in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 25.000 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes, den Ersatz materiellen Schadens in Höhe von 184,06 EUR sowie Feststellung weitergehender Ersatzpflicht für materielle und immaterielle Schäden verlangt.
Die Beklagte behandelte als Vertreterin der regulären Hausärztin am 02.03.2012 die Klägerin wegen Beschwerden im Rücken-/Gesäßbereich. Sie diagnostizierte Ischiasbeschwerden, verabreichte eine Spritze und verordnete Novamin-Schmerzmittel. Darüber hinaus ordnete sie an, die betroffene Stelle nachhaltig warm zu halten.

In der Folgezeit wurde bei der Klägerin eine Entzündung des perirektalen und perianalen Fettgewebes unter Einbeziehung der Muskulatur entdeckt. Wegen des Verdachtes einer nekrotisierenden Faszitis musste deshalb am 5.3.2012 eine Notoperation durchgeführt werden, bei der auch ein Teil des Schließmuskel entfernt wurde. Darüber hinaus wurden fünf weitere Nachbehandlungen im03.2012 erforderlich.
Die Parteien haben erstinstanzlich darüber gestritten, ob die Beklagte aufgrund unzureichender Befundung - namentlich des Unterlassens der erforderlichen Untersuchung einer von der Klägerin geschilderten schmerzenden Stelle in der Nähe des Afterbereichs - zu der fehlerhaften Diagnose von Ischiasbeschwerden gekommen sei und deshalb eine fehlerhafte Medikamentierung und Behandlungsempfehlung vorgenommen habe, die zu einer Beschleunigung des pathologischen Prozess geführt habe.
Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Prof. Dr. S im schriftlichen Verfahren auf ein Schmerzensgeld in Höhe von 22.000,00 EUR erkannt und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.
Auf der Basis der Feststellungen des Sachverständigen sei davon auszugehen, dass ein Behandlungsfehler vorliege. Die Beklagte hätte vor der Diagnosestellung weitere Befundungen in Richtung auf so genannte "red flags" zum Ausschluss anderweitiger dringend behandlungsbedürftiger Erkrankungen durchführen müssen. Dann hätte sie zwar noch nicht das Vollbild der späteren Gangränerkrankung feststellen müssen, jedoch einen periproktitischen Abszess als deren Vorläufer. Bei rechtzeitigem Erkennen wäre zwar ebenfalls eine stationäre Einweisung mit operativer Behandlung erforderlich gewesen. Bei Beginn der Behandlung schon am 02.03.2012 wären aber die Folgen deutlich milder ausgefallen.
Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiterhin die Abweisung der Klage begehrt.
Das Landgericht habe es fehlerhaft unterlassen, sich auf der Basis einer Anhörung der Parteien und einer Vernehmung der Hausärztin der Klägerin als Zeugin eine Überzeugung von dem zugrunde zu legenden Sachverhalt zu verschaffen und diese dann dem Sachverständigen für seine Begutachtung vorzugeben. Deshalb sei weder der Sachverhalt aufgeklärt noch rechtfertige das Gutachten des Sachverständigen eine Verurteilung der Beklagten. Auf der Basis des zutreffenden Sachverhaltes seien der Beklagten vielmehr weder Diagnose- noch Befunderhebungsfehler anzulasten. Anzeichen für eine Abszessbildung, insbesondere Schwellungen oder Rötungen, habe es zum Zeitpunkt der Untersuchung nicht gegeben. Im Rahmen des gegebenen Erstkontaktes habe sich die Beklagte die Diagnose von lumbosakralen Beschwerden stellen dürfen; erst bei Nichtanschlagen der Therapie hätten weitergehende Befundungen erfolgen müssen. Eine digitale rektale Untersuchung sei ohnehin nicht von ihr selbst, sondern von einem Facharzt für Proktologie durchzuführen gewesen, an den hätte überwiesen werden müssen.
Für die Frage der notwendigen Befundung sei die Einholung eines orthopädischen Gutachtens zur Bestimmung des Umfanges der notwendigen Befundung erforderlich. Auch handele es sich bei der Frage, was am 02.03.12 durch die von dem Sachverständigen geforderte rektale Untersuchung hätte festgestellt werden können, um eine urologische bzw. proktologische Frage, die von einem Urologen oder Proktologen begutachtet werden müsse. Ebenso seien die auf einen Behandlungsfehler zurückzuführenden und dem Schmerzensgeld zugrundezulegenden Folgen durch entsprechende Fachgutachter zu klären.
Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Landgerichts Bochum vom 09.10.2013 abzuändern und die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie ist der Auffassung, dass dem Landgericht ausreichende Entscheidungsgrundlagen vorgelegen hätten. Die Anhörung der Parteien vor dem Erlass des Beweisbeschlusses sei nicht angezeigt gewesen. Die Feststellungen durch den Sachverständigen seien auf der Basis des kleinsten gemeinsamen Nenner, der Krankenunterlagen, zutreffend getroffen worden. Danach habe die Beklagte die ihr als Allgemeinärztin obliegenden medizinisch notwendigen Befunderhebungen unterlassen.
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. S. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 31.10.2014 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 unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht der Klage in dem erkannten Umfang stattgegeben.
1. Der vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeldanspruch steht der Klägerin auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Senat gem. den §§ 611, 280, 253 Abs. 2 BGB zu.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. S und seine überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat. Der Sachverständige war nicht nur als Allgemeinmediziner und Angehöriger derselben Fachrichtung wie die Beklagte zur Prüfung der Frage des Verstoßes gegen die einschlägigen medizinischen Standards der Fachrichtung berufen, sondern aufgrund seiner zusätzlichen unter anderem dreijährigen Fachausbildung als

Chirurg auch hinsichtlich der chirurgischen Frage der medizinischen Folgen der streitigen Behandlungsfehler. Er ist nach seinen plausiblen Angaben auch in der Praxis hinreichend häufig mit periproktitischen Abszessen und deren Folgeentwicklungen befasst gewesen, so dass keine Zweifel an seiner Fachkunde bestehen. Die Einholung weiterer Gutachten aus anderen Fachrichtungen ist deshalb nicht erforderlich gewesen.
a. Der Beklagten ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme anzulasten, dass sie befunderhebungsfehlerhaft den Ursachen der Beschwerden nicht weitergehend als geschehen nachgegangen ist.
aa. Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass bei Kreuzbeschwerden insbesondere auch solche Symptome abzuklären sind, die auf anderweitige Erkrankungen mit dringendem Handlungsbedarf hinweisen, so genannte "Red flags". Dafür waren eine Reihe von Ursachen, neben Abszessen insbesondere auch Frakturen, Tumore, Infektionen und Radikulopathien/Neuropathien schweren Ausmaßes auszuschließen. Dazu gehörte aber auch die Inspektion der Analregion, soweit Hinweise auf eindeutiges dortiges Geschehen vorhanden waren.
bb. Vorliegend ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Untersuchungen durch die Beklagte nicht ausreichend gewesen sind, sondern auch eine palpatorische Prüfung der Analregion umfassen mussten.
(1) Er legt dabei die Eintragungen der Beklagten in ihrem elektronischen Krankenblatt zugrunde.
Der Krankenblattauszug der Beklagten weist dazu Druckschmerz über der linken unteren Gesäßhälfte sowie das Nichtvorhandensein einer Radikulopathie (= Erkrankung der Rückenmarknerven) bei bekannter Spondylose (= degenerative nicht entzündliche Erkrankung der Wirbelsäule) aus.
Die Dokumentation befasst sich damit hinsichtlich der auszuschließenden Kriterien nur mit der Radikulopathie. Schon die Erwähnung einer bekannten Spondylose stellte dagegen nicht das Ergebnis der Untersuchung dar, sondern war nach den eigenen Angaben der Beklagten bei ihrer mündlichen Anhörung vor dem Senat nur ein Hinweis auf eine früher von einem Kollegen diagnostizierte Erkrankung.
Entscheidend ist jedoch die Dokumentation eines Druckschmerzes über der linken unteren Gesäßhälfte, den die Beklagte nach ihren Angaben bei der persönlichen Anhörung durch den Senat aufgrund ihrer eigenen Untersuchung und nicht etwa nur anamnestisch ermittelt hat. Dieser Druckschmerz im unteren Bereich korrespondierte jedoch nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat nicht mit der Diagnose einer Ischialgie im Lumbosakralbereich, weil bei einer Lumboischialgie Schmerzen nicht im dokumentierten unteren Bereich, sondern im oberen Bereich zu erwarten gewesen wären. Solche Schmerzen im oberen Bereich wären nach der medizinischen Bewertung durch den Sachverständigen, die vom Senat geteilt wird, dokumentationspflichtig gewesen. Weil solche Schmerzen im oberen Bereich tatsächlich nicht dokumentiert sind und die Beklagte ausdrücklich darauf verwiesen hat, dass sie Schmerzen unteren Bereich ermittelt habe, musste sie weitergehende Ursachenermittlung insbesondere durch tiefergehende Palpation durchführen.
Das ist nicht geschehen.
(2) Ohne Erfolg behauptet die Beklagte demgegenüber, dass die Klägerin über Defäkationsschmerzen nicht geklagt habe, so dass eine digitale Untersuchung nicht erforderlich gewesen sei.
Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin über derartige Schmerzen geklagt hat. Selbst wenn das nicht der Fall gewesen sein sollte, würde dies die erforderliche Untersuchung nicht entfallen lassen. Denn der Sachverständige hat plausibel erläutert, dass diese Defäkationsschmerzen bei einem Abszessgeschehen nur im unmittelbaren Bereich des Anus zu erwarten sind, nicht dagegen im Perianalbereich. Es verbleibt deshalb dabei, dass auch ohne Schilderung derartiger Schmerzen bei dem dokumentierten Befund von Druckschmerz im unteren Bereich weitergehende Untersuchungen erforderlich gewesen sind.
(3) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass eine Inspektion der Analregion bzw. digitale rektale Untersuchung Sache eines Facharztes für Proktologie gewesen wäre, an den zu überweisen gewesen wäre. Der Senat folgt dem Sachverständigen darin, dass der alsbaldige differenzialdiagnostische Ausschluss schwerwiegender Erkrankungen Sache der Beklagten gewesen ist. Andernfalls wäre es auch zu einer verzögerten Diagnosestellung mit möglichen Gefahren für die Patienten gekommen.
(4) Es ist auch unerheblich, dass die Klägerin adipös gewesen ist. Das Gewicht der Patientin hat keinen Einfluss auf den Umfang der notwendigen Untersuchungsmaßnahmen. Es hat auch keinen Einfluss auf die Erkenntnismöglichkeiten der Tastuntersuchung gehabt; der Sachverständige hat bei seinen mündlichen Erörterungen die Erkennbarkeit und das Erkennenmüssen des periproktitischen Abszesses gerade auch bei der adipösen Klägerin bejaht.
Die Beklagte durfte auch nicht zunächst ihre Anfangsdiagnose zugrundelegen und das Ergebnis der Therapie abwarten. Ohne ausreichende Differenzialdiagnose war die Möglichkeit von Erkrankungen mit schwerwiegenden Folgen nicht ausgeschlossen. Zur Vermeidung gravierender Gefahren und Notfallsituationen - wie vorliegend tatsächlich in Form eines periproktitischer Abszesses mit nachfolgender gravierender Verschlimmerung - war deshalb die gesamte von den Sachverständigen geforderte Befundung in Richtung auf die so genannten "red flags" zum Ausschluss solcher Erkrankungen notwendig, ein Stehen-

bleiben bei der vermeintlich nahe liegendsten Diagnose dagegen medizinisch nicht zulässig. Das erscheint überzeugend, weil sonst wertvolle Zeit für die Bekämpfung einer gravierenden Erkrankung verloren ginge.
b. Die Beklagte haftet insoweit dafür, dass bei der Klägerin über die Beeinträchtigungen durch die ohnehin notwendige operative Ausräumung des Abszesses hinaus die weiteren nachteiligen Folgen entstanden sind.
Wie der weitere Verlauf stattgefunden hätte, lässt sich allerdings nicht zur hinreichenden Überzeugung des Senates sicher feststellen. Der Klägerin kommt jedoch eine Beweislastumkehr zugute.
aa. Es erscheint nach den Ausführungen des Sachverständigen naheliegend, dass das Unterlassen der notwendigen weiteren Befundung als grober Behandlungsfehler zu bewerten ist.
bb. Diese Frage muss aber nicht entschieden werden. Denn auf der Basis der Erläuterungen des Sachverständigen liegt auch bei juristischer Bewertung jedenfalls ein einfacher Befunderhebungsfehler vor, der eine Beweislastumkehr rechtfertigt.
Eine solche 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 oder das Verhalten des Arztes auf der Basis dieses Ergebnisses als grob fehlerhaft darstellen würde (vgl. etwa BGH NJW 1996, S.1589).
Der Sachverständige nimmt plausibel einen Rückschluss aus dem Befund der Hausärztin am 05.03.12, also 3 Tage später, vor und hält deshalb das Vorliegen eines periproktitischen Abszesses schon für den Zeitpunkt der Untersuchung durch die Beklagte als zumindest überwiegend wahrscheinlich. Denn die Krankenunterlagen der Hausärztin weisen das Vorhandensein eines handtellergroßen entzündlichen schmerzhaften Prozesses der linken Gesäßhälfte innen unten aus. Es erscheint auf der Basis der Feststellung des Sachverständigen plausibel, dass ein solcher Befund sich zumindest überwiegend wahrscheinlich nicht vollständig innerhalb der Zeit zwischen der Untersuchung durch die Beklagte und der Untersuchung durch die Hausärztin entwickeln konnte. Dagegen spricht insbesondere, dass sich der Abszess zum Zeitpunkt der stationären Aufnahme am 05.03.12 schon auf die Faszien und Muskeln ausgedehnt hatte und bereits eine Gasbildung stattgefunden hatte. Der Sachverständige kommt deshalb für den Senat überzeugend zu dem Schluss, dass ein periproktitischer Abszesses spätestens bei einer digital-rektalen Untersuchung nachweisbar gewesen wäre.
Eine Vernehmung der Hausärztin Dr. Q kommt demgegenüber nicht in Betracht. Das zweitinstanzliche pauschale Begehren nach umfassender Abklärung beinhaltet kein Bestreiten der Angaben der Hausärztin in dem Arztbrief. Andernfalls wäre ein solches Bestreiten ohnehin gemäß § 531 ZPO verspätet. Denn der Inhalt der von den Sachverständigen zu Grunde gelegten Krankenunterlagen und Bescheinigungen ist in erster Instanz unstreitig geblieben. Abweichende Behauptungen hätten bereits in der ersten Instanz erfolgen können und müssen. Der Sachverständige hatte sich mit den Unterlagen auseinandergesetzt, und die Beklagte hat Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt.
Der Senat geht deshalb davon aus, dass ein periproktitischer Abszesses bereits am 02.03.2012 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorhanden gewesen ist und von der Beklagten hätte ertastet werden können und müssen. Angesichts der drohenden Folgen handelte es sich um einen reaktionspflichtiges Ereignis. Ein Verkennen eines periproktitischer Abszesses, dessen Erkennen schon zum studentischen Standard gehört, insbesondere aber ein Untätigbleiben wäre angesichts drohender Gefahren bis hin zur Lebensgefahr als grober Behandlungsfehler zu werten, weil eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen würde und dieser Fehler aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheinen würde, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. etwa BGH NJW 2001, S.2795 [2796]).
bb. Die Beklagte haftet deshalb grundsätzlich für alle primären Folgen der Rechtsgutverletzung.
Rechtsgutsverletzung (Primärschaden), auf die sich die haftungsbegründende Kausalität ausrichtet, ist dabei nicht die nicht rechtzeitige Erkennung einer bereits vorhandenen behandlungsbedürftigen Gesundheitsbeeinträchtigung. Die geltend gemachte Körperverletzung (Primärschaden) ist vielmehr in der durch den Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen Das heißt, im Streitfall ist Primärschaden die gesamte gesundheitliche Befindlichkeit der Klägerin, die dadurch entstanden ist, dass auf die Abszessbildung nicht schon am 02.03.12 reagiert worden ist.
Eine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite ist nur ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. etwa BGH-Urteil vom 16.11.2004 - VI ZR 328/03 - unter Rz.12).
Der Sachverständige hat dazu ausgeführt, dass eine Operation unumgänglich gewesen ist. Es ist aber nach seinen Angaben wegen des anzunehmenden fulminanten Verlaufs zumindest nicht auszuschließen, dass das Operationsgebiet und die daraus resultierenden Beeinträchtigungen deutlich kleiner gewesen wären, möglicherweise auch, dass der Schließmuskel gar nicht beeinträchtigt worden wäre. Insoweit hat der Sachverständige sogar eine komplette Heilung bei seiner mündlichen Anhörung nicht ausgeschlossen.

Die Beklagte kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Klägerin auch am 05.03.2012 zunächst in die stationäre Aufnahme nicht eingewilligt habe. Denn die Klägerin hat nach Mitteilung der weiteren Befundergebnisse die stationäre Aufnahme durchführen lassen. Es spricht alles dafür, dass dies bei entsprechendem Verlauf auch noch am 02.03.12 geschehen wäre. Die Beklagte hat damit jedenfalls nicht den ihr bei dem Berufen auf alternative Kausalität obliegenden Beweis geführt, dass eine stationäre Aufnahme in jedem Fall erst am 05.03.12 erfolgt wäre.
c. Angesichts der zu berücksichtigenden Folgen hält der Senat auch das von dem Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld von 20.000 EUR der Höhe nach angesichts der vielfachen Folgeoperationen, der Schmerzen, der dauerhaften Stuhlinkontinenz und plausible psychische Beschwerden für angemessen.
2. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Beklagte im Umfang der landgerichtlichen Verurteilung für sämtliche weiteren materiellen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden haftet.
Es erscheint hinreichend wahrscheinlich, dass derartige Schäden in Zukunft entstehen werden.
Eine Haftung der Beklagten ist damit wie vom Landgericht erkannt gegeben. Die Entscheidung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Die dagegen gerichtete Berufung hat keinen Erfolg.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 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.

38. OLG Koblenz, Urteil vom 31.10.2014 – 5 U 497/14 – * Haftung des Orthopäden und des Krankenhauses: Schmerzensgeldbemessung für überflüssige, aber folgenlose Kniescheibenlockerung im Rahmen eines arthroskopischen Knorpelshaving

Leitsatz

Nimmt ein Orthopäde in Erweiterung eines Eingriffs am Kniegelenk neben dem indizierten arthroskopischen Knorpelshaving ein nicht indiziertes laterales release der Patella vor, was bis auf eine geringfügig verlängerte postoperative Rekonvaleszenz folgenlos bleibt, kann das ein Schmerzensgeld von 1.000 € rechtfertigen.

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 18.03.2014 in Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels dahin geändert, dass die Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt werden, gesamtschuldnerisch an die Klägerin 1.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.06.2012 zu zahlen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 11/12 und die Beklagten gesamtschuldnerisch 1/12.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Die Klägerin erlitt am 9.12.2010 bei einem Autounfall auf dem Weg zu ihrer Arbeitsstelle unter anderem rechtsseitig eine Knieprellung. Deshalb suchte sie wenig später den Beklagten zu 1. als Durchgangsarzt auf. Dieser ordnete nach einer Kontrolluntersuchung vom 13.12.2010 unter dem Eindruck einer leichten Schwellung des Knies eine kernspintomografische Untersuchung an. Sie wurde am 13.01.2011 anderweit durchgeführt und ergab einen durchweg unauffälligen Befund.
Gleichwohl stellte der Beklagte zu 1. bei einer Wiedervorstellung der Klägerin am 17.01.2011 die Indikation zu einem Eingriff. Dieserhalb schrieb er zwei Tage darauf an die Berufsgenossenschaft mit Blick auf das MRT: „Es zeigt sich hier als Unfallfolge ein Ödem in der Patella im Sinne eines bone bruise. Klinisch passt dazu der Andruckschmerz in der Patella sowie ein Knirschen. Es liegt ein traumatischer Patellaschaden vor. Wir planen (eine) Arthroskopie ... . Wir werden den Knorpelschaden glätten und eventuell ein laterales release durchführen, um die Erholung der Patella zu verbessern.“
Demgemäß verfuhr man am 2.02.2011 im Krankenhaus der Beklagten zu 2.. Dort erfolgten unter Assistenz des Beklagten zu 1. arthroskopisch ein Knorpelshaving und dann in offener Operation eine Kniescheibenlockerung. Am 5.02.2011 wurde die Klägerin aus der stationären Behandlung entlassen. Eine berufsgenossenschaftlich veranlasste Untersuchung vom 15.04.2011 stellte eine mit Schmerzen verbundene Beugeeinschränkung und Druckempfindlichkeiten im rechten Kniegelenk fest.
Diese - von den Beklagten bestrittenen - Beschwerden, mit denen eine mangelnde Belastbarkeit einhergehe und die zu einer mehrmonatigen Arbeitsunfähigkeit geführt hätten, hat die Klägerin auf den Eingriff vom 2.02.2011 zurückgeführt. Sie hat den Beklagten vorgeworfen, ihn im Widerspruch zur Befundlage vorgenommen und fälschlich eine unfallbedingte Indikation suggeriert zu haben. Im Hinblick darauf hat

sie deren gesamtschuldnerische Verurteilung zur Zahlung eines mit mindestens 10.000 € zu beziffernden Schmerzensgeldes und die Feststellung deren Haftung für materielle Zukunftsschäden beantragt.
Das Landgericht hat Sachverständigenbeweis erhoben und die Klage sodann abgewiesen. Es hat den Beklagten den Eingriff vom 2.02.2011 lediglich insoweit zum Vorwurf gemacht, als es in dessen Zuge zu einem Patella release gekommen sei. Dass sich aus diesem - nicht als grob einzustufenden Fehler - jedoch über die degenerative Disposition der Klägerin und die unmittelbaren Unfalleinflüsse hinaus eine Schädigung ergeben habe, lasse sich nicht feststellen.
Das greift die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung an. Sie rügt, dass das Landgericht in Übergehung vorprozessualer Gutachten entschieden habe. Außerdem habe es verkannt, dass das Patella release einen groben Behandlungsfehler dargestellt habe und ihm überdies ein Befunderhebungsfehler vorausgegangen sei. Das kehre die Beweislast um.
II. Das Rechtsmittel hat lediglich einen geringfügigen Erfolg. Im Wesentlichen scheitert es. Zur Begründung kann an die Ausführungen im Senatsbeschluss vom 4.06.2014 angeknüpft werden. Dort ist aufgezeigt worden, dass der Beklagte zu 1. zwar nicht fehlerfrei verfahren ist, dass aber daraus nur ein begrenzter Schaden erwachsen ist.
1. Der am 2.02.2011 im Krankenhaus der Beklagten zu 2. durchgeführte Eingriff war, auch wenn es hier keine richtungsweisende bildgebende Diagnostik gab, indiziert, um Knorpelveränderungen zu begegnen, für die es hinlängliche klinische Hinweise gab. Das Kniegelenk war, abweichend von der Symptomatik einer einfachen Prellung, in seiner Bewegung anhaltend schmerzhaft eingeschränkt, und die Patella knirschte. Insofern waren über Verschleißerscheinungen hinaus unfallbedingte funktionelle Schwächen vorhanden, die eine Abhilfe nahelegten. Das ist von dem gerichtlichen Sachverständigen Dr. H. herausgestellt worden und hatte im Rahmen der Überlegungen der vorprozessualen Gutachten Dr. B. und Prof. Dr. K. keine ausreichende Beachtung gefunden.
2. Kritikwürdig war das Vorgehen auf Beklagtenseite aber insofern, als man ein Patella release vornahm. Darin sieht die Klägerin sogar einen groben Fehler. Der Senat hat eine entsprechende Würdigung in seinem Beschluss vom 4.06.2014 offen gelassen und dargelegt, dass ein damit für die Klägerin verbundener Beweisvorteil ohne Gewicht ist, weil keine Unklarheiten über den Kausalverlauf bestehen. Dr. H. hat sich dazu eindeutig geäußert; die operative Maßnahme habe weder einen vorübergehenden noch einen dauerhaften Schaden hervorgerufen.
Indessen ist ein grober Fehler nach den Gesamtumständen zu verneinen. Wie Dr. H. mitgeteilt hat, wurde ein Patella release noch in der jüngeren Vergangenheit als adäquate Maßnahme angesehen, um einer valgischen Beinstellung zu begegnen, wie sie bei der Klägerin bestand. Im Hinblick darauf kann den Beklagten nicht angelastet werden, gegen eindeutig bewährte medizinische Behandlungsregeln oder gesicherte Erkenntnisse verstoßen und eine Pflichtverletzung begangen zu haben, die nicht mehr verständlich erscheint, weil sie schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. BGH NJW 2012, 227). Das deckt sich mit der Wertung des Landgerichts.
Da sich - wie in dem Beschluss vom 4.06.2014 dargetan worden ist - für die Klägerin auch kein Beweisvorteil unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers ergibt, bräuchten die Beklagten selbst dann nicht für die von der Klägerin geltend gemachten anhaltenden schmerzenden Bewegungseinschränkungen im Kniegelenk und dessen geringe Belastbarkeit zu haften, wenn die Schadensursächlichkeit des Eingriffs vom 2.02.2011, wie die Klägerin meint, entgegen Dr. H. nicht ausgeschlossen werden könnte.
3. Zu einer feststellbaren Beeinträchtigung der Klägerin ist es in dessen Folge nur insoweit gekommen, als die Klägerin der Operation als solcher ausgesetzt war und die daran anknüpfende Rekonvaleszenz-Phase durchlaufen musste. Dass das für sich gesehen einschneidend gewesen wäre, ist weder behauptet noch sonst ersichtlich. Von daher rechtfertigt sich lediglich ein Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) von 1.000 €, das antragsgemäß zu verzinsen (§§ 291 S. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB) ist. Dafür haben die Beklagten nach §§ 280 Abs. 1, 823 BGB gesamtschuldnerisch (§§ 421, 840 Abs. 2 BGB) aufzukommen.
4. Mangels erkennbarer Zukunftsschäden unterliegt das Feststellungsbegehren der Klägerin in seiner Gesamtheit der Abweisung. Es ist deshalb unbegründet (BGH NJW-RR 2007, 601; Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 256 Rn. 7).
5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.
Rechtsmittelstreitwert: 12.000 €

39. OLG Hamm, Urteil vom 29.10.2014 – I-3 U 55/14, 3 U 55/14 – * Arzthaftung: Sorgfaltspflichten des Arztes bei der Sicherungsaufklärung zur Verlaufskontrolle bei entfernter Möglichkeit eines Mammakarzinoms; Abgrenzung von Sicherungsaufklärung und Befunderhebungsfehler

Leitsatz

1. Auch im Rahmen einer Sicherungsaufklärung kann es geboten sein, dass der Arzt, der sich für eine Verlaufskontrolle des Befundes entscheidet, den Patienten auf die Alternative einer aus medizinischer Sicht ebenfalls in Betracht kommenden sofortigen interventionellen Abklärung hinweist, falls beide Vorgehensweisen sich hinsichtlich ihrer Risiken oder Chancen erheblich unterscheiden. Ein solcher Fall ist im Falle eines Befundes nach BI-RADS III gegeben, da die alternativ zu einer kurzfristigen Verlaufskontrolle in Betracht kommende Stanzbiopsie als invasive Diagnostik zwar einerseits als invasiver Eingriff mit einer höheren unmittelbaren Belastung der Patientin verbunden ist, andererseits aber zuverlässiger als eine erneute Verlaufskontrolle das verbleibende - aus ex ante-Sicht: geringe - Malignitätsrisiko ausschließen kann.
2. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht begründet jedoch nicht zugleich deswegen einen Befunderhebungsfehler, weil der Patient sich im Falle einer Aufklärung für die ihm nicht mitgeteilte alternative Vorgehensweise zur Kontrolle des Befundes entschieden hätte. Im Vordergrund steht vielmehr die defizitäre Sicherungsaufklärung, das Unterbleiben einer weiteren Befunderhebung ist erst Konsequenz dieses primären Fehlers.

Orientierungssatz

1. Zitierung zu Leitsatz 1: Anschluss OLG Nürnberg, 27.05.2002, 5 U 4225/00, VersR 2003, 1444.
2. Zitierung zu Leitsatz 2: Anschluss BGH, 21.12.2010, VI ZR 284/09, BGHZ 188, 29.

Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Anschluss BGH, 21.12.2010, Az: VI ZR 284/09
Anschluss OLG Nürnberg, 27.05.2002, Az: 5 U 4225/00

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27.02.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert und die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz werden der Klägerin auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schmerzensgeld, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Ersatz ihrer vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten aus einer gynäkologischen Behandlung im Zeitraum11.2007 bis09.2009 in Anspruch.
Die Klägerin ertastete im11.2007 einen Knoten in ihrer rechten Brust und suchte daraufhin am 13.11.2007 erstmals die Beklagte, eine Ärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe, auf. Diese führte eine Tast- und Ultraschalluntersuchung durch und gelangte zu der Diagnose eines Adenoms mit perimenstruellen Beschwerden. Weitere Untersuchungen am 28.4.2008 - nur palpatorisch - und 10.6.2008 - Tast- und Ultraschalluntersuchung - ergaben in der Folgezeit jeweils einen unveränderten Befund.
Am 20.11.2008 stellte sich die Klägerin erneut bei der Beklagten vor, nachdem sie selbst eine Größenzunahme des Knotens ertastet hatte und dieser ihr auch mehr Beschwerden bereitete. Die palpatorische und sonografische Untersuchung durch die Beklagte bestätigte die Größenzunahme. Die Beklagte stufte den Befund in der Ultraschall-Klassifikation analog BI-RADS als BI-RADS III ein und stellte die Diagnose eines Verdachts auf ein Fibroadenom. Sie verschrieb der Klägerin Progestogel gegen die Schmerzen. Auf die Möglichkeit einer sofortigen weiteren Abklärung des Befundes mittels einer Biopsie wies die Beklagte die Klägerin nicht hin. Streitig ist zwischen den Parteien, ob sie der Klägerin eine erneute Befundkontrolle binnen eines Zeitraums von höchstens sechs Monaten empfahl.
Die Klägerin suchte die Praxis der Beklagten danach zunächst wieder am 20.7.2009 auf, ohne dass es jedoch - aus Gründen, die zwischen den Parteien streitig sind - zu einer Untersuchung kam. Am 3.9.2009 überwies die Beklagte die Klägerin nach Untersuchung der Brust zur Mammographie, die am 7.9.2009 durchgeführt wurde. Seitens der Radiologen wurde der mammographische Befund als BI-RADS I (unauffällig) bewertet, wegen der deutlichen Tastbarkeit und der Wachstumstendenz aber dennoch eine stanzbioptische Abklärung angeraten. Die Beklagte überwies die Klägerin zum Brustzentrum des St. K Hospitals E. Die dort am 16.9.2009 durchgeführte Jet-Biopsie ergab den Befund eines "high grade Carcinoma in situ mit Verdacht auf einen Übergang in ein invasives Carcinom". Anschließend erfolgte im Rahmen eines stationären Aufenthaltes ab dem 21.9.2009 eine offene Mamma-Probeexzision rechts mit Sentinel-LNE. Hierbei wurde ein ductales Carinoma in situ sowie ein Übergang in ein maximal gut 6 mm messendes, gut differenziertes, ductal-invasives Carcinom festgestellt sowie zusätzlich ein zweiter knapp 2 mm messender invasiver Tumorherd und eine 2 mm messende Karzinommetastase im Sentinel-Lymphknoten.
Ab dem 16.10.2009 erfolgte zunächst eine Behandlung mit einer neoadjuvanten Chemotherapie, die zu einer erheblichen Verkleinerung des Tumors führte. Am 13.4.2010 erfolgte eine Mastektomie rechts mit

Resektion der Mamille und Sofortrekonstruktion der Brust sowie eine Axilladissektion, am 18.5.2010 eine operative Nachresektion mit erneuter Implantateinlage.
Seit04.2010 erhält die Klägerin begleitend eine Antihormontherapie, die als Nebenwirkung zu deutlichen Wechseljahrsbeschwerden führt. Ab07.2010 erfolgte weiterhin für einen längeren Zeitraum die Gabe des Bisphophonats Zometa. Ende11.2010 wurde bei der Klägerin eine durch die Medikamente verursachte leichte Polyneuropathie diagnostiziert sowie eine Marschfraktur im linken Fuß. Seit Anfang 2011 befindet sich die Klägerin zudem wegen einer reaktiven Depression in psychotherapeutischer Behandlung.
Die Klägerin hat der Beklagten erstinstanzlich im Wesentlichen vorgeworfen, zu spät eine ausreichende Befunderhebung zur differentialdiagnostischen Abklärung des Knotens veranlasst zu haben. Eine solche sei bereits 2007 geboten gewesen. Spätestens aber aufgrund der Ultraschalluntersuchung am 20.11.2008 sei ein deutlicher Verdacht auf ein bösartiges Geschehen gegeben gewesen. Die Nichterhebung weiterer Befunde, insbesondere das Unterbleiben einer Stanzbiopsie, sei grob fehlerhaft gewesen. Eine solche Biopsie hätte schon 2007 einen so gravierenden und deutlichen Befund ergeben, dass sich dessen Verkennung als fundamental und die Nichtreaktion als grob fehlerhaft dargestellt hätte. Bei einer früheren Behandlung hätte der Tumor eine geringere Größe gehabt und eine Metastasierung wäre vermieden worden, so dass die Therapie eine wesentlich andere gewesen wäre.
Die Klägerin hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 19.08.2011 zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle gegenwärtigen und künftigen materiellen sowie nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus der Behandlung von11.2007 bis Ende09.2009 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstigen Dritten übergegangen sind;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.656,48 EUR an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagten hat die Zurückweisung der Klage beantragt.
Sie hat insbesondere vorgetragen, der Klägerin nach der Untersuchung am 20.11.2008 eine Wiedervorstellung empfohlen zu haben, wobei die Klägerin den Zeitraum jedoch eigenmächtig ausgedehnt und sich letztlich erst im09.2009 zur erneuten Untersuchung vorgestellt habe.
Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere das Vorbringen der Parteien im Übrigen, wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.
Das Landgericht hat ein schriftliches gynäkologisches Gutachten des Sachverständigen Dr. U, Oberarzt der Klinik für Gynäkologie und Geburtshilfe des G-O-Krankenhauses E, eingeholt, welches der Sachverständige zudem im Kammertermin am 9.1.2014 ergänzend mündlich erläutert hat. Ferner hat es die Parteien persönlich angehört.
Mit dem am 27.2.2014 verkündeten Urteil hat das Landgericht der Klage zum ganz überwiegenden Teil stattgegeben. Zur Begründung ist insbesondere ausgeführt: Die Behandlung der Klägerin am 20.11.2008 sei fehlerhaft gewesen. Zwar sei nach den Ausführungen des Sachverständigen die Annahme eines BI-RADS III- Befundes noch vertretbar gewesen. Ausgehend von dieser Einstufung habe die Beklagte jedoch der Klägerin alternativ zu einer Verlaufskontrolle eine Biopsie anbieten müssen. Die Klägerin habe glaubhaft dargetan, dass sie bei einem entsprechenden Vorschlag einer Biopsie zugestimmt hätte. Eine solche Biopsie hätte jedoch bereits im11.2008 ein Mammakarzinom gezeigt. Eine Nichtreaktion auf diesen Befund wäre als grober Behandlungsfehler zu werten gewesen. Hinsichtlich der Folgen greife zugunsten der Klägerin eine Beweislastumkehr. Es sei daher davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt lediglich ein Karzinom in situ vorgelegen habe. Auch in diesem Fall wäre der Klägerin zwar nicht die Mastektomie, die Entfernung des Wächterlymphknotens und die Antihormontherapie erspart geblieben, wohl aber die Chemotherapie und die Entfernung der übrigen Lymphknoten nebst der hiermit verbundenen weiteren Folgeerscheinungen.
Gegen das ihr am 27.2.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 26.3.2014 Berufung eingelegt und diese am 28.4.2014 begründet.
Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr erstinstanzliches Begehren einer vollständigen Klageabweisung weiter. Sie greift die Entscheidung des Landgerichts in folgenden Punkten an:
Das Landgericht gehe fehlerhaft von einem groben Behandlungsfehler aus. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei es, ausgehend von der vertretbaren Annahme eines BIRADS III-Befundes, nicht zwingend gewesen, der Klägerin eine Stanzbiopsie anzubieten. Der Sachverständige habe vielmehr ausgeführt, dass man bei einer Einstufung nach BI-RADS II der Patientin eine Biopsie hätte anbieten können und ansonsten eine Verlaufskontrolle mit einem zeitlichen Fenster von 3-6 Monaten hätte durchführen müssen. Da die Durchführung einer Stanzbiopsie nicht obligatorisch gewesen sei, sondern nur eine Option dargestellt habe, liege auch kein Befunderhebungsfehler vor.
Die Beklagte habe mit der Klägerin nach der Untersuchung am 20.11.2008 einen Wiedervorstellungstermin vereinbart. Dies entspreche ihrer ständigen Handhabung bei Verschreibung von Schmerzmitteln wie Progesteron-Gel. Es sei daher auch unschädlich, dass diese Absprache nicht dokumentiert sei.

Jedenfalls hätte eine nach Ablauf des vom Sachverständigen genannten Kontrollzeitraumes durchgeführte Mammographie im02.oder05.2009 einen unauffälligen, nicht reaktionspflichtigen Befund gezeigt.
Eine nach 6 Monaten, im05.2009, durchgeführte Stanzbiopsie hätte denselben Befund ergeben wie die tatsächlich durchgeführte Biopsie im09.2009, d.h. das Karzinom hätte sich auch zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr in situ befunden.
Die Beklagte beantragt,
abändernd die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die von der Beklagten gestellte Diagnose eines Fibroadenoms sei nicht mehr vertretbar gewesen. Die Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin zur Vertretbarkeit der Diagnose seien widersprüchlich. Es sei nach den eigenen Ausführungen des Sachverständigen nicht nachvollziehbar, warum die Diagnose eines Fibroadenoms im11.2008 noch vertretbar gewesen sein solle.
Jedenfalls sei auch bei dieser Diagnose eine Gewebeprobe unumgänglich gewesen. Es entspreche dem fachärztlichen Standard, bei einem tastbaren Knoten in der Brust solange zu untersuchen, bis der Krebsverdacht entweder bestätigt oder ausgeschlossen worden sei. Jede Fibroadenom-Diagnose müsse zum Ausschluss von Brustkrebs durch Biopsie gesichert werden, insbesondere, um ein gutartiges Fibroadenom von pathogenen Sonderformen (Phylloid-Tumor, Cystosarcoma phylloides) abzugrenzen, was allein durch eine Tastuntersuchung oder Ultraschall nicht möglich sei. Der Sachverständige habe außer Acht gelassen, dass bei jungen Patientinnen die Ultraschalluntersuchung der Mamma allein nicht beweisend sei und auch deswegen eine feingewebliche Untersuchung medizinisch zwingend notwendig gewesen sei. Bei Inkongruenz von Klinik und Bildgebung, aber auch bei Karzinophobie der Patientin und entsprechendem Risikoprofil, seien auch BI-RADS III-Befunde zu biopsieren.
Ohnehin sei es nach der Rechtsprechung des Senats grob fehlerhaft, dass die Beklagte der Klägerin, der es ersichtlich auf eine höchstmögliche Reduzierung des Brustkrebsrisikos angekommen sei, nicht zu einer Mammographie geraten habe.
Jedenfalls habe bei einem nicht gesicherten unklaren Befund die Wahrnehmung des Kontrolltermins nicht in das Belieben der Patientin gestellt werden dürfen. Der Klägerin hätten klare zeitliche Vorgaben für die Kontrolle gemacht und das Risiko im Falle einer Verzögerung oder Nichtwahrnehmung des Termins verdeutlicht werden müssen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die im Protokoll genannten Krankenunterlagen Bezug genommen.
Der Senat hat die Parteien erneut persönlich angehört und den Sachverständigen Dr. U ergänzend vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Sachverständigenvernehmung wird das Sitzungsprotokoll sowie auf den Vermerk des Berichterstatters zum Senatstermin vom17.09.2014 Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.
Der Klägerin stehen gegen die Beklagte aus dem streitgegenständlichen Behandlungsgeschehen im Ergebnis weder vertragliche noch deliktische Ansprüche zu. Zwar hat die Behandlung insoweit nicht dem fachärztlichen Standard entsprochen, als die Beklagte die Klägerin im Anschluss an die am 20.11.2008 erfolgten Untersuchungen lediglich über die Notwendigkeit einer erneuten Kontrolle des Befundes binnen einer Frist von längstens sechs Monaten informiert hat, nicht aber auch auf die in Betracht kommende Alternative, zur Überprüfung des Befundes sofort eine Biopsie vornehmen zu lassen, hingewiesen hat. Die Klägerin hat jedoch nicht den ihr obliegenden Nachweis erbringen können, dass diese Unterlassung für den weiteren Behandlungsverlauf kausal geworden ist.
1. Soweit das Landgericht hinsichtlich der Behandlung an den Terminen 13.11.20078 sowie 28.4. und 10.6.2008 keinen Behandlungsfehler hat feststellen können, lässt dies keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Klägerin im Rahmen des Berufungsverfahrens auch nicht mehr angegriffen. Der Sachverständige hat im Senatstermin noch einmal ausdrücklich bestätigt, dass er für die Zeit bis zum 20.11.2008 keinen Behandlungsfehler erkennen kann.
2. Nach dem Ergebnis der ergänzenden Befragung des Sachverständigen teilt der Senat zudem die Beurteilung des Landgerichts, dass die Einordnung des am 20.11.2008 mittels Tast- und Sonographieuntersuchung erhobenen Befundes durch die Beklagte als Verdacht auf ein Fibroadenom und Einstufung als BI-RADS III eine vertretbare Diagnose dargestellt hat.
Zur Klarstellung ist allerdings darauf hinzuweisen, dass ausweislich der bereits erstinstanzlich vorliegenden Behandlungsunterlagen der Beklagten entgegen der Annahme des Landgerichts diese sehr wohl eine Klassifikation des Sonographiebefundes analog BI-RADS vorgenommen hat. In der Karteikarte der Beklagten findet sich ein Bogen zur sonographischen Untersuchung vom 20.11.2008, in welchem sich neben einer Beschreibung des Befundes auch die Diagnose "V.a. Fibroadenom" sowie eine Markierung (Einkringelung) der vorgedruckten Klassifikation BI-RADS III findet.

a) Der Sachverständige Dr. U, dessen Sachkunde das Landgericht zutreffend dargelegt hat und die auch von den Parteien nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen wird, hat im Senatstermin in nachvollziehbarer und überzeugender Weise erläutert, aus welchen Gründen er die von der Beklagten gestellte Diagnose und die Einordnung als BI-RADS III aus fachärztlicher Sicht für vertretbar erachtet. Die Einstufung in die Klasse III ist bei Befunden gerechtfertigt, deren Malignitätswahrscheinlichkeit auf 2 % eingeschätzt wird, was z.B. beim Verdacht auf ein Fibroadenom der Fall ist (vgl. Ziff. 5.2.2.5 der S3-Leitlinie "Brustkrebs-Früherkennung in Deutschland").
Allgemein hat der Sachverständige zunächst darauf verwiesen, dass die BI-RADS-Klassifikation aus der Mammografie stamme und im Bereich der Sonographie nur entsprechend angewandt werde. Weiter hat er dargelegt, dass die Einstufung auch bei der Mammographie stets auch einer gewissen subjektiven Einschätzung unterliege und dies im verstärkten Maße bei der Sonographie als einer dynamischen Untersuchung gelte.
Den Ausführungen des Sachverständigen ist weiter zu entnehmen, dass für die Annahme eines solchen sehr wahrscheinlich gutartigen Befundes im vorliegenden Fall das Schallverhalten (Fehlen eines Schallschattens wie bei einem Karzinom), das Vorhandensein einer horizontalen statt einer vertikalen Tumorachse (weil eine horizontale Achse auf ein Fibroadenom hinweist) und die überwiegend glatte Begrenzung gesprochen habe. Zwar ergaben sich, so der Sachverständige, auch gewisse Malignitätshinweise, nämlich die echoarme Struktur und die teilweise unscharfe Begrenzung. Diese hat der Sachverständige jedoch nicht als so eindeutig bewertet, dass eine Einstufung als BI-RADS III nicht mehr vertretbar gewesen wäre. Dabei hat der Sachverständige auch das Ergebnis des Tastbefundes berücksichtigt und erläutert, dass das Größenwachstum kein Malignitätskriterium sei, da auch Fibroadenome wachsen würden. Gegen einen bösartigen Tumor haben aus Sicht des Sachverständigen weiter die von der Klägerin angegebenen Schmerzen gesprochen, da eine bösartige Geschwulst typischerweise indolent ist.
Soweit der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten vom 14.9.2012 und auch im Kammertermin vom 9.1.2014 zunächst die Auffassung vertreten hat, der Befund sei nur als BI-RADS IV zu klassifizieren, hat er gegenüber dem Senat nachvollziehbar erläutert, aus welchen Gründen er seine erste Einschätzung dahingehend korrigiert hat, dass er selbst zwar nach wie vor eine Einstufung nach BI-RADS IV vorgenommen hätte, er aber eine Bewertung als BI-RADS III für vertretbar erachte. Er hat darauf verwiesen, dass diese Änderung auf einer nochmaligen Auswertung der Bilder beruhe und auch berücksichtige, dass es sich bei der Sonographie um eine dynamische Untersuchung handele, so dass die ihm ex post allein mögliche Beurteilung anhand der dabei gefertigten statischen Aufnahmen nicht unproblematisch sei.
b) Nur ergänzend weist der Senat daraufhin, dass selbst dann, wenn man von einer nicht mehr vertretbaren Diagnosestellung durch die Beklagte ausgehen würde, es sich hierbei lediglich um einen einfachen Behandlungsfehler in Form eines Diagnoseirrtums handeln würde.
Auch bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr nur dann in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist (BGH, VersR 2011, 400, zitiert nach juris Rn. 20). Ein Fehler bei der Interpretation der erhobenen Befunde stellt jedoch nur dann einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst und damit einen "groben" Diagnosefehler dar, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt. Wegen der bei Stellung einer Diagnose nicht seltenen Unsicherheiten muss die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung der Behandlungsseite mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch angesetzt werden (BGH, a.a.O., m.w.N.).
Einen solchen groben Diagnosefehler hat der Sachverständige auf Nachfrage des Senats jedoch eindeutig verneint, was angesichts der vom Sachverständigen aufgezeigten Unsicherheiten, die mit der genauen Klassifikation und der Abgrenzung der Klassen III und IV verbunden sind, für den Senat ohne weiteres nachvollziehbar und überzeugend ist.
Wäre ein (unterstellter) Diagnosefehler hier daher allenfalls als einfacher Behandlungsfehler anzusehen, so hätte dies zur Folge, dass die Klägerin nach wie vor in vollem Umfang für die Ursächlichkeit dieses Behandlungsfehlers für die aufgetretenen Schäden beweisbelastet bliebe. Einen solchen Nachweis kann sie jedoch, wie im folgenden noch näher zu begründen sein wird, nicht führen.
Auch dass infolge eines solchen (unterstellten) Diagnoseirrtums eine weitere Befunderhebung unterblieben ist, die mit Sicherheit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte, macht aus dem Diagnoseirrtum keinen Befunderhebungsfehler, welcher - weil eine Nichtreaktion auf den reaktionspflichtigen Befund wiederum als grober Behandlungsfehler zu werten gewesen wäre - auf diesem Wege zu einer Beweislastumkehr führen würde (vgl. BGH, VersR 2011, 400, zitiert nach juris Rn. 13).
3. Ausgehend von einer Klassifikation der Geschwulst als BI-RADS III war es nicht behandlungsfehlerhaft, dass die Beklagte keine sich unmittelbar anschließende weitere Befunderhebung, insbesondere die Durchführung einer Stanzbiografie, veranlasst hat, sondern der Klägerin empfohlen hat, binnen eines Zeitraums von maximal sechs Monaten eine erneute Kontrolle durchführen zu lassen.
a) Der Sachverständige hat im Senatstermin seine erstinstanzlichen Ausführungen noch einmal bestätigt, wonach bei einem Befund nach BI-RADS III die Durchführung einer Biopsie nicht obligat gewesen sei, sondern es ebenso dem Facharztstandard entsprochen habe, der Klägerin eine kurzfristige Kontrolle, d.h.

eine Kontrolle innerhalb eines Zeitraums von maximal sechs Monaten, zu empfehlen. Dies steht im Einklang mit den Angaben in der bereits zitierten Leitlinie "Brustkrebs-Früherkennung in Deutschland": Dieser ist zu entnehmen (Ziff. 5.2.2.5), dass im Falle einer Klassifikation nach BI-RADS III eine kurzfristige Kontrolle, gegebenenfalls eine interventionelle Abklärung, erfolgen solle.
Den Ausführungen des Sachverständigen ist eindeutig zu entnehmen, dass auch im Falle eines Verdachts auf ein Fibroadenom - von einem solchen ging die Beklagten im vorliegenden Fall gerade aus - eine Biopsie nicht zwingend geboten ist. Auch dies wird durch die angeführte Leitlinie bestätigt, da diese den Verdacht auf ein Fibroadenom gerade als Beispielsfall für eine Klassifizierung nach BI-RADS III nennt, in dem grundsätzlich lediglich eine kurzfristige Kontrolle und nur gegebenenfalls eine interventionelle Abklärung geboten ist.
b) Entgegen der Auffassung der Klägerin waren in ihrem Fall auch keine besonderen Umstände gegeben, die abweichend von diesem Grundsatz eine sofortige Biopsie zwingend erfordert hätten.
Der Sachverständige hat im Senatstermin seine bereits im schriftlichen Gutachten getätigten Ausführungen noch einmal bestätigt, dass bei der Klägerin kein besonderes Risikoprofil vorgelegen hat, insbesondere eine familiäre Disposition nach den anamnestischen Angaben nicht bestand und im Übrigen auch später durch eine genetische Untersuchung nicht belegt worden ist.
Weiter ist den Ausführungen des Sachverständigen zu entnehmen, dass das Größenwachstum der Geschwulst kein Kriterium für die Vornahme einer Biopsie dargestellt hat, da eine solche Größenzunahme auch für ein Fibroadenom nichts untypisches ist. Der Sachverständige hat zudem darauf hingewiesen, dass die Schmerzhaftigkeit des Knotens eher gegen eine Bösartigkeit gesprochen habe und damit auch gegen die Notwendigkeit einer sofortigen Biopsie.
Soweit die Klägerin meint, eine Biopsie sei im Falle einer Karzinomphobie zwingend erforderlich, ist schon nicht feststellbar, dass eine solche Erkrankung bei der Klägerin tatsächlich vorgelegen hat. Zwar wird im Ausdruck der Krankendatei der Beklagten mehrfach die Diagnose "Carcinophobia" (ICD-10: F 45.2) aufgeführt; in den handschriftlichen Eintragungen der Bekl. findet sich diese Diagnose freilich nicht. Dies hat die Beklagte jedoch überzeugend mit abrechnungsrechtlichen Gründen erklären können. Zudem behauptet nicht einmal die Klägerin selbst, dass sie unter einer krankhaft übersteigerten Angst vor einer eigenen Krebserkrankung i.S. einer hypochondrischen Störung - dies bedeutet nämlich die Diagnose Carcinophobia - gelitten hätte. Im Übrigen findet die Behauptung der Klägerin aber auch in den Ausführungen des Sachverständigen keine Bestätigung: Danach kann eine Biopsie bei einem entsprechenden Sicherheitsbedürfnis des Patienten angeboten werden, obligat ist dies indes nicht.
Soweit die Klägerin schließlich geltend macht, bei Inkongruenz von Klinik und Bildgebung sei auch im Falle einer Einstufung nach BI-RADS III eine Biopsie geboten gewesen, ist nach den Erläuterungen des Sachverständigen nicht feststellbar, dass im vorliegenden Fall die Ergebnisse der klinische Untersuchung und der Sonografie im Widerspruch zueinander gestanden hätten. Wie bereits mehrfach dargelegt, sprach das Größenwachstum gerade nicht gegen das Vorliegen eines Fibroadenoms, die Schmerzhaftigkeit sogar eher gegen eine Bösartigkeit.
4. Bereits aufgrund des eigenen Vortrags der Beklagten steht jedoch fest, dass sie ihrer Verpflichtung, der Klägerin die zur Sicherstellung des Behandlungserfolgs notwendigen Schutz- und Warnhinweise zur Mitwirkung an der Heilbehandlung und Vermeidung möglicher Selbstgefährdung zu erteilen (sog. Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung, vgl. nunmehr § 630c Abs. 2 S. 1 BGB), nicht in vollem Umfang nachgekommen ist. Diese Pflicht gebot im vorliegenden Fall nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. U nicht nur, die Klägerin auf die Notwendigkeit einer kurzfristigen erneuten Kontrolle des Befundes hinzuweisen, sondern auch, sie über die mögliche alternative Vorgehensweise einer sofortigen interventionellen Abklärung aufzuklären.
a) Für ihre Behauptung, die Beklagte habe sie schon nicht auf die Notwendigkeit einer erneuten Kontrolle binnen der nächsten sechs Monate hingewiesen, hat die Klägerin allerdings nicht den ihr obliegenden Beweis erbracht.
aa) Die Beweislast für das Unterbleiben trägt die Klägerin, da die Sicherungsaufklärung nicht der Wahrung der Selbstbestimmung des Patienten vor einem Eingriff dient und damit nicht Voraussetzung der vom Arzt zu beweisenden rechtfertigenden Einwilligung des Patienten in den Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit ist, sondern notwendiger Bestandteil der ärztlichen Behandlung selbst ist. Versäumnisse im Bereich der Sicherungsaufklärung sind daher nach allgemeiner Auffassung Behandlungsfehler mit der Folge, dass die Beweislast beim Patienten und nicht - wie bei der Eingriffsaufklärung - beim Arzt liegt (vgl. nur Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. A 600 sowie Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 98 f., beide jeweils m.w.N.).
Unabhängig hiervon ist der Senat jedoch aufgrund der persönlichen Anhörung der Parteien und den Eintragungen in der Dokumentation der Beklagten auch davon überzeugt, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber am 20.11.2008 im gebotenen Umfang eine entsprechende Empfehlung ausgesprochen hat.
bb) Schon die Darstellung der Klägerin selbst dazu, was zwischen ihr und der Beklagten am 20.11.2008 besprochen worden sein soll, ist nach Auffassung des Senats wenig glaubhaft. Die Klägerin räumt ein, dass die Beklagte mit ihr das Ergebnis der Untersuchung besprochen habe. Sie behauptet aber, dass die

Klägerin ihr lediglich das Schmerzgel verschrieben habe, aber das weitere Prozedere, insbesondere die Notwendigkeit einer Wiedervorstellung, nicht erörtert worden sei. Insoweit will die Klägerin auch nicht von sich aus nachgefragt haben. Dies erscheint dem Senat jedoch angesichts des Umstandes, dass der Knoten nach Darstellung der Klägerin ihr zum damaligen Zeitpunkt nicht unerhebliche Beschwerden bereitet hat und sie - verständlicherweise - durch den Knoten und das von ihr selbst ertastete Größenwachstum, welches zudem durch die von der Beklagten durchgeführten Untersuchungen am 20.11.2008 bestätigt worden ist, beunruhigt war, kaum nachvollziehbar.
Die Beklagte hat hingegen angegeben, sie habe der Klägerin am 20.11.2008 als ärztliche Empfehlung gesagt, dass eine weitere Untersuchung innerhalb eines zeitlichen Rahmens von sechs Monaten erforderlich sei. Dies steht im Einklang mit der Dokumentation der Beklagten, in welcher auf dem Bogen für die sonografische Untersuchung in der Rubrik "Kontrolle in Monaten:" handschriftlich eingetragen ist: "spät. 6 Mon". Damit ist die von der Beklagten behauptete Empfehlung einer Kontrolle spätestens in 6 Monaten nach Beurteilung des Sachverständigen Dr. U aus medizinischer Sicht hinreichend dokumentiert. Einer derartigen ordnungsgemäßen Dokumentation, die - wie hier - keinen Anhalt für Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bietet, kann das Gericht jedoch grundsätzlich Glauben schenken (Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. D 202 m.w.N.).
Diese Indizwirkung der Dokumentation wird entgegen der Auffassung der Klägerin nicht durch die Unterschiede in Frage gestellt, die zwischen den handschriftlichen Eintragungen für den 10.6.2008 einerseits und den 20.11.2008 andererseits bestehen. Richtig ist zwar, dass auf dem Bogen über die sonografische Untersuchung vom 10.6.2008 neben dem Eintrag "3 Mon." in der Rubrik "Kontrolle in Monaten:" zusätzlich in der Rubrik "Empfehlung:" das Kürzel "Ko" eingetragen ist, was für "Kontrolle" stehen dürfte. Ein solcher Eintrag fehlt für den 20.11.2008. Abgesehen davon, dass die Klägerin trotz dieser Dokumentation auch bezüglich des 10.6.2008 bestreitet, dass ihr eine Kontrolluntersuchung seitens der Beklagten empfohlen worden sei, lässt sich aus diesem Unterschied nicht mit hinreichender Eindeutigkeit der Schluss ziehen, am 20.11.2008 habe die Beklagte lediglich für sich selbst eine Kontrollfrist vermerkt, ohne dies aber der Klägerin mitzuteilen. Die Dokumentation lässt sich auch ohne weiteres so lesen, dass sich die Überschrift "Empfehlung:" auch auf die nachstehenden Rubrik "Kontrolle in Monaten:" bezieht, die Empfehlung einer Kontrolluntersuchung für den 10.6.2008 somit letztlich doppelt dokumentiert ist.
cc) Auch inhaltlich entspricht die von der Beklagten geschilderte Empfehlung hinsichtlich der Kontrolluntersuchung dem, was aus medizinischer Sicht in einem derartigen Fall zu verlangen ist. Insoweit gibt es, wie der Sachverständige dargelegt hat, keinen näher konkretisierten Standard. Dies findet aus Sicht des Senats seine Bestätigung darin, dass auch die bereits zitierte Leitlinie "Brustkrebs-Früherkennung in Deutschland" lediglich allgemein und ohne Differenzierung zwischen den einzelnen BI-RADS-Klassen davon spricht (Ziff. 5.2.2.5), dass die Dignitätseinstufung durch eine Empfehlung zum weiteren Prozedere ergänzt werden sollte unter Spezifizierung von Kontrollintervallen oder eventuell notwendiger diagnostischer oder invasiver Maßnahme. Insbesondere war es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht notwendig, über die Vorgabe des zeitlichen Rahmens für eine erneute Untersuchung hinaus noch klarere zeitliche Vorgaben für die Kontrolle zu machen, etwa bereits am 20.11.2008 einen festen Termin für die Kontrolluntersuchung zu vereinbaren. Der Sachverständige hat hierzu im Einklang mit der Leitlinie ausgeführt, dass es genüge, dem Patienten das zeitliche Intervall vorzugeben, was hier geschehen ist.
Ebenso wenig war es bei einer Klassifikation als BI-RADS III, also als sehr wahrscheinlich gutartigem Befund, nach den Erläuterungen des Sachverständigen geboten, der Klägerin die Notwendigkeit einer Kontrolluntersuchung noch eindringlicher zu verdeutlichen. Dies hätte nach Bewertung des Sachverständigen lediglich zu einer aus medizinischen Gründen - aus ex ante Sicht und ausgehend von BI-RADS III - nicht gebotenen Verängstigung der Patientin geführt.
b) Als Verletzung der Pflicht zur Sicherheitsaufklärung und damit als Behandlungsfehler ist es jedoch zu bewerten, dass die Beklagte die Klägerin in diesem Zusammenhang nicht auch auf die Alternative einer alsbaldigen interventionellen Abklärung des Befundes hingewiesen hat. Der Sachverständige hat auf Nachfrage des Senats die Notwendigkeit, diese Alternative mit dem Patienten zu besprechen, bejaht und das Unterlassen der Beklagten insoweit eindeutig als fehlerhaft bezeichnet.
Ähnlich wie bei der Eingriffsaufklärung kann es auch bei der Sicherungsaufklärung im Einzelfall geboten sein, dass der Arzt, der sich für ein konservatives, abwartendes Vorgehen entscheidet, den Patienten auf eine interventionelle Vorgehensweise als bestehende, ernsthafte Behandlungsalternative hinweist, falls beide Methoden sich hinsichtlich der Risiken oder der Heilungschancen erheblich unterscheiden (OLG Nürnberg, VersR 2003, 1444, zitiert nach juris Rn. 63 f.; VersR 2002, 580; Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. A 590). Eine solche Konstellation war im vorliegenden Fall gegeben, da die Stanzbiopsie als invasive Diagnostik zum einen mit einer höheren unmittelbaren Belastung der Patientin verbunden war, insbesondere den mit einem solchen Eingriff stets verbundenen Risiken, zum anderen aber zuverlässiger als eine erneute kurzfristige Kontrolle das verbleibende (aus ex ante Sicht: geringe) Malignitätsrisiko ausschließen konnte.
c) Der Senat vermag sich jedoch nicht der Auffassung des Landgerichts anzuschließen, welches hieraus zugleich einen Befunderhebungsfehler mit der Begründung hergeleitet hat, im Falle der Aufklärung über

die in Betracht kommenden Alternativen hätte sich die Klägerin nach ihren glaubhaften Bekundungen für die Durchführung einer weiteren Befunderhebung in Form einer Biopsie entschieden.
aa) Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 21.12.2010 (VersR 2011, 400) zur Abgrenzung zwischen einem Befunderhebungsfehler und einem Diagnoseirrtum ausgeführt, ein Befunderhebungsfehler liege nur vor, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen werde. Im Unterschied dazu liege ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen - therapeutischen oder diagnostischen - Maßnahmen ergreift. Zur Abgrenzung stellt der BGH in der zitierten Entscheidung darauf ab, dass im entschiedenen Fall dem Arzt in erster Linie eine Fehlinterpretation des erhobenen Befundes anzulasten sei, also ein Diagnosefehler, und er erst in Konsequenz dieses primären Fehlers eine weitere Befunderhebung unterlassen habe.
bb) Dies lässt sich nach Auffassung des Senats auf die vorliegende Konstellation übertragen: Bei einer Einstufung als BI-RADS III war eine weitere Befunderhebung durch eine sofortige Biopsie medizinisch nicht zwingend geboten. Es entsprach ebenso dem fachärztlichen Standard, eine kurzfristige Kontrolle vorzunehmen. Der Beklagten ist daher in erster Linie vorzuwerfen, dass sie die Klägerin über diese Alternativen nicht aufgeklärt hat. Erst infolge einer Entscheidung der Klägerin für die Alternative "Biopsie" wäre die Vornahme dieser weiteren Befunderhebung bereits im11.2008 notwendig geworden. Im Vordergrund steht somit die defizitäre Sicherungsaufklärung, das Unterbleiben einer weiteren Befunderhebung ist erst Konsequenz dieses primären Fehlers.
cc) Es liegt insoweit auch keine Fallgestaltung vor, in welcher eine unterlassene Sicherungsaufklärung über die Notwendigkeit einer Nachuntersuchung einem Fehler in der Befunderhebung gleichzusetzen wäre. Denn mit ihrer Empfehlung, binnen einer Frist von sechs Monaten eine Kontrolluntersuchung vornehmen zu lassen, hat die Beklagte die aus ex ante-Sicht gebotene weitere Befunderhebung veranlasst, auch wenn die von ihr gewählte Möglichkeit nicht die einzig in Betracht kommende war.
5. Soweit der Beklagten ein Behandlungsfehler anzulasten ist, ist dieser jedoch nicht feststellbar kausal für den weiteren Behandlungsverlauf geworden.
Auch wenn man mit dem Landgericht davon ausginge, dass die Klägerin sich bei ausreichender Information über die alternativ in Betracht kommenden weiteren Vorgehensweisen - kurzfristige Kontrolle oder sofortige Biopsie - für letztere Möglichkeit entschieden hätte, kann sie nicht den Nachweis erbringen, dass sich durch eine frühzeitigere Vornahme der Biopsie ein für sie günstigerer Verlauf der weiteren Behandlung ergeben hätte. Insoweit kommen der Klägerin auch keine Beweiserleichterungen zugute.
a) Ausgehend von den Ausführungen des Sachverständigen kann zwar als gesichert angesehen werden, dass bei einer schon Ende 2008 durchgeführten Biopsie das Karzinom als solches erkannt worden wäre. Hingegen lässt sich, wie der Sachverständige bereits in seinem schriftlichen Gutachten eingehend dargelegt und im Senatstermin noch einmal bestätigt hat, nicht hinreichend sicher feststellen, dass zu diesem Zeitpunkt noch ein im Vergleich zum Zeitpunkt der tatsächlich durchgeführten Biopsie am 16.9.2009 weniger weit fortgeschrittenes Tumorstadium vorgelegen hättet, insbesondere dass zu diesem Zeitpunkt eine Mikroinvasivität des Karzinoms und eine Lymphknotenmetastasierung noch nicht vorgelegen hätten, und dass sich deshalb bei einer frühzeitigeren Intervention schon Ende 2008 ein anderer Behandlungs- und Krankheitsverlauf ergeben hätte, insbesondere eine Chemotherapie und eine komplette Axilladissektion entbehrlich gewesen wären.
Der Sachverständige verweist darauf, dass es gut möglich sei, dass auch bereits im11.2008 mikroinvasive Tumorherde vorgelegen hätten, zumal es sich bei dem Tumor um einen G1-Tumor gehandelt habe, was bedeute, dass dieser gut differenziert gewesen sei und eine langsame Wachstumsgeschwindigkeit und Proliferationsrate aufgewiesen habe. Die später durchgeführten Untersuchungen lassen, wie der Sachverständige im Senatstermin noch einmal dargelegt hat, keinen sicheren Rückschluss auf die Situation Ende 2008 zu. Die Stanzbiopsie und die offene Biopsie vor Einleitung der Chemotherapie hätten lediglich repräsentativen Charakter. Es sei gut möglich, insbesondere angesichts der Größe des Befundes, dass weitere invasive Anteile im Bereich des großen Tastbefundes vorgelegen hätten, die sich durch das gute Ansprechen der Chemotherapie zurückgebildet hätten und daher im histologischen Präparat des Mammaabladats nicht mehr nachweisbar gewesen seien. Sicher sei nur, dass auch bei einer Stanzbiopsie Ende 2008 sich zumindest der Befund eines Karzinom in situ ergeben hätte und daher auch in diesem für die Klägerin günstigsten Fall hoch wahrscheinlich die Brust hätte entfernt und rekonstruiert sowie eine antihormonelle Therapie durch geführt werden müssen.
Bei dieser Sachlage lässt sich nicht zur Überzeugung des Senats feststellen, dass bei einer früheren Entdeckung des Karzinoms Ende 2008 der Klägerin Teile der später erfolgten Behandlung, insbesondere die Chemotherapie und die komplette Axilladissektion, erspart geblieben wären.
b) Der Klägerin kommt keine Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalverlaufs zugute.
Wie bereits ausgeführt, lässt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts eine solche Beweislastumkehr nicht darauf stützen, dass der Beklagten ein fiktiver grober Behandlungsfehler in Form eines Befunderhebungsfehlers anzulasten wäre, da der primäre Behandlungsfehlervorwurf in einer unzureichenden

Aufklärung über die in Betracht kommenden Behandlungsalternativen und nicht in einer unterbliebenen Befunderhebung liegt.
Aber auch soweit die Beklagte am 20.11.2008 nicht auf die alternativ in Betracht kommende sofortige interventionelle Abklärung hingewiesen hat, liegt hierin zwar ein Behandlungsfehler, aber kein eine Beweislastumkehr rechtfertigender grober Behandlungsfehler. Der Sachverständige hat dies auf Nachfrage des Senats ausdrücklich klargestellt. Der Senat hält diese Bewertung des Sachverständigen auch für überzeugend: Ein grober Behandlungsfehler ist nur gegeben, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößt 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, a.a.O., Rn. B 252). Diese Bewertung ist vorliegend schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil die Beklagte mit ihrer Empfehlung einer kurzfristigen Kontrolle sich für eine - aus der Betrachtung ex ante - medizinisch gut vertretbare weitere Vorgehensweise entschieden hatte. Dass Schwergewicht des Vorwurfs liegt hier nicht darauf, dass sie entgegen den medizinischen Standards das medizinisch notwendige nicht veranlasst hätte, sondern darauf, dass sie im Rahmen der therapeutischen Aufklärung nicht im gebotenen Umfang Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit ihrer Patienten als Richtschnur ärztlichen Verhaltens (OLG Nürnberg, VersR 2003, 1444, zitiert nach juris Rn. 69) beachtet hat. Dies ist sicherlich zu beanstanden, einen Verstoß gegen das "Dickgedruckte" in der Medizin, der nicht mehr verständlich erscheint, stellt es jedoch nicht dar.
6. Offensichtlich nicht relevant für den vorliegenden Fall ist die von der Berufung angeführte Entscheidung des Senats vom 12.8.2013 (GesR 2013, 660) zum Mammographie-Screening. Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass eine bereits Ende 2008 durchgeführte Mammographie nach den Ausführungen des Sachverständigen kein anderes Ergebnis erbracht hätte als die dann am 7.9.2009 tatsächlich durchgeführte, die zu einer Beurteilung als BI-RADS I (unauffälliger Befund) geführt hat.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 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).

40. OLG Koblenz, Urteil vom 29.10.2014 – 5 U 732/14 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Augenarztes vor Lasik–Operation

Leitsatz

1. Eine schriftliche Patienteninformation kann das ärztliche Aufklärungsgespräch allenfalls bei Routineeingriffen mit Massencharakter ersetzen. Vor einer Lasik-Operation muss der Augenarzt daher über das Risiko einer erheblichen und dauerhaften Verschlechterung des Sehvermögens bis hin zur Erblindung mündlich aufklären.
2. Bekundet der zum Inhalt der mündlichen Aufklärung angehörte Arzt, dass er regelmäßig „die am häufigsten vorkommenden Komplikationen wie Entzündungen, Über- oder Unterkorrektur und Narbenbildung“ bespreche und bietet auch das Dokumentationsblatt über das Patientengespräch keinen Anhalt, dass das Risiko der erheblichen Verschlechterung des Sehvermögens erwähnt wurde, fehlt es an einer wirksamen Einwilligung des Patienten.
Festhaltung OLG Koblenz, 13.11.2014, Az: 5 U 825/14

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 22.05.2014 aufgehoben und festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu leisten für die Durchführung der Lasik-Operationen beider Augen im12.2007 sowie für alle Schäden, welche durch diese Operationen verursacht oder mitverursacht wurden, insbesondere für die Verschlechterung der Sehkraft, soweit die Ansprüche nicht übergegangen sind auf gesetzliche Träger der Sozialversicherung.
Die Kosten des Rechtsstreits fallen dem Beklagten zur Last.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Der Kläger litt unter Kurzsichtigkeit. Zu deren operativer Korrektur ließ er am 10.12.2007 durch den Beklagten beidseitig eine Lasik (Laser-in-situ-Keratomileusis) durchführen.
Er hatte sich dieserhalb erstmals am 14.08.2007 in dessen augenärztlicher Praxis vorgestellt und dabei anamnestische Angaben gemacht. Über den weiteren Verlauf besteht wenig Klarheit. Nach dem Vorbringen des Beklagten wurde der anstehende Eingriff ausführlich erörtert und dabei auch angesprochen, dass

das Risiko einer nicht mehr behebbaren Sehverschlechterung und im Extremfall der Erblindung bestehe. Dieses Risiko sei ebenfalls in einem Aufklärungsbogen genannt worden, den er dem Kläger ausgehändigt habe.
Das hat dieser in Abrede gestellt und seinerseits vorgetragen, ihm sei gesagt worden, man könne bei der Operation „jedenfalls 100 % rausholen“ und es sei nur mehr eine Lesebrille von Nöten.
Unter dem 12.09.2007 unterzeichnete der Kläger ein Formblatt, in dem er bestätigte, „den Aufklärungsbogen gelesen und verstanden zu haben“. Dieses Blatt gelangte dann an den Beklagten, der seinerseits - ergänzend zu einem vorgedruckten Vermerk, das mögliche Komplikationen und risikoerhöhende Besonderheiten des Eingriffs erörtert worden seien - handschriftlich anfügte: „Entzündungs-Zeichen, Relasik-Möglichkeiten, keine Garantie für Sehleistungen ohne Brille“.
Alsbald nach der Lasik kam es beim Kläger zu einer 50 %-igen Sehkraftminderung. Sie ist seinem Vortrag nach die Folge des von dem Beklagten vorgenommenen Eingriffs, für die dieser deshalb einzustehen habe, weil die gebotene Risikoaufklärung unterblieben sei. Wäre sie erfolgt, hätte er sich - jedenfalls ohne die Einholung zusätzlicher Expertisen - nicht operieren lassen.
Das Landgericht hat die auf die Feststellung der Ersatzhaftung des Beklagten gerichtete Klage nach einer Einvernahme der Parteien abgewiesen, indem es ein Aufklärungsversäumnis des Beklagten verneint hat: Es könne bereits davon ausgegangen werden, dass der Beklagte mündlich über die Möglichkeit einer Sehkraftminderung informiert habe. Überdies sei die Möglichkeit unbestritten in dem Aufklärungsbogen erwähnt, dessen Erhalt der Kläger unterschriftlich bestätigt habe. Dessen Einwand, er hätte dem von dem Beklagten behaupteten Aufklärungsgespräch nicht konzentriert folgen können, weil seine Pupillen seinerzeit zu Untersuchungszwecken erweitert gewesen seien und es daher zu Lichtblitzen gekommen sei, fehle es an Plausibilität.
Dagegen wendet sich der Kläger in Erneuerung seines Begehrens mit der Berufung. Er rügt die Beweiswürdigung des Landgerichts. Die - im Übrigen wenig glaubhaften - Bekundungen des Beklagten, aufgrund derer es eine Aufklärung bejaht habe, seien in diesem Punkt unergiebig gewesen. Dasselbe gelte für dessen Eintragungen auf dem Formblatt zur Aufklärung. Unabhängig davon habe das Landgericht seine Kritik, für eine Aufklärung nicht aufnahmefähig gewesen zu sein, zu Unrecht abgetan. Schriftliche Informationen, über deren Inhalt das Landgericht letztlich nur spekuliert habe, seien ihm nicht überlassen worden. Seine abweichende Angabe auf dem Formblatt zur Aufklärung beruhe auf einem Versehen. Außerdem könne eine schriftliche Unterrichtung das gebotene Aufklärungsgespräch nicht ersetzen.
Der Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Der Kläger sei aufgrund des einschlägigen Aufklärungsbogens, dessen Aushändigung hinlänglich belegt sei, und der ihm mündlich erteilten Informationen genügend über das Risiko einer irreversiblen Verschlechterung informiert gewesen. Er habe dem Aufklärungsgespräch auch uneingeschränkt folgen können. Andernfalls müsste ihm vorgeworfen werden, keine Anzeige gemacht zu haben.
II. Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zum Zuspruch der Klage.
1. Für das Feststellungsbegehren des Klägers ist ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse vorhanden. Die Schäden, für die der Beklagte einstehen soll, sind in ihrer Entwicklung nicht abgeschlossen. Das gilt namentlich mit Blick auf materielle Ausprägungen. Von daher braucht sich der Kläger nicht auf eine Leistungsklage verweisen zu lassen. Eine Leistungsklage hat auch nicht insoweit Vorrang, als sie partiell erhoben werden kann (BGH NJW 1994, 1552).
2. Der streitige Anspruch besteht sowohl unter vertraglichen (§ 280 Abs. 1 BGB) als auch unter deliktischen (§ 823 Abs. 1 BGB) Gesichtspunkten. Der Beklagte hat durch die Lasik unter Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Klägers einen körperlichen Eingriff vorgenommen, der nicht von der erforderlichen Patienteneinwilligung getragen wurde. Allerdings ist die Operation mit der Zustimmung des Klägers erfolgt. Aber es ist nicht zu erkennen, dass diese Zustimmung auf der Grundlage einer genügenden Aufklärung erteilt worden wäre. Damit war sie rechtlich unverbindlich.
Das ergibt sich in Würdigung der erstinstanzlichen Bekundungen der Parteien. Dabei besteht keine Veranlassung, deren Glaubwürdigkeit oder die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben anders als das Landgericht zu beurteilen. Insofern ist eine Wiederholung der durchgeführten Beweisaufnahme nicht erforderlich (BGH NJW 1998, 384).
a) Die am 10.12.2007 durchgeführte Lasik war von vornherein mit dem Risiko behaftet, dass sie eine bleibende Verschlechterung des Visus bis hin zu einem Sehverlust nach sich ziehen konnte. Diese Gefahr ist dem einschlägigen Aufklärungsbogen, den der Beklagte in zwei Versionen (Stand10.2005 und Stand11.2008) vorgelegt hat, ausdrücklich erwähnt und von keiner der Parteien in Abrede gestellt. Da der insoweit drohende Schaden fundamental war, musste, auch wenn er sich nur selten realisierte, darüber aufgeklärt werden.
Dazu reichte ein schriftlicher Hinweis nicht hin. Es ist anerkannt, dass die Risiken eines medizinischen Eingriffs in einem Gespräch mit dem Patienten erörtert werden müssen (BGH VersR 1985, 361; BGH NJW 2003, 2012; BGH NJW 2005, 2707). Etwas anderes gilt allenfalls für Routinemaßnahmen mit Massencharakter, wie sie etwa Impfungen darstellen (BGH NJW 2000, 1784). Von einer solchen Maßnahme

kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Im Hinblick darauf ist eine Klärung des Parteistreits darüber, ob dem Kläger ein Aufklärungsbogen ausgehändigt wurde, in dem die Möglichkeit eines irreversiblen Visusschadens erwähnt war, entbehrlich. Denn allein auf dieser Grundlage ließ sich eine Patienteneinwilligung nicht herbeiführen.
b) Eine mündliche Unterrichtung, auf die es entscheidend ankommt, hat der Kläger geleugnet und im Gegenteil geäußert, dass der Beklagte die Dinge lediglich positiv dargestellt habe. Demgegenüber hat dieser freilich im Rahmen einer Vernehmung mitgeteilt, Risiken zur Sprache gebracht zu haben. Das beruhte zwar nicht auf einer konkreten Erinnerung, konnte aber an einer allgemeinen Praxis anknüpfen, die eine erhebliche indizielle Bedeutung hat (vgl. BGH NJW 1994, 3009; BGH VersR 2014, 588). Indessen geht die Aussage des Beklagten dabei lediglich dahin, dass er regelmäßig „die am häufigsten vorkommenden Komplikationen wie Entzündungen, Über- oder Unterkorrektur und Narbenbildung“ bespreche.
Das erlaubt keinen - zumal verlässlichen - Schluss auf einen Hinweis auf die Gefahr einer gravierenden und unumkehrbaren Beeinträchtigung der Sehstärke. Die Einschätzung des Landgerichts, der Beklagte sei im Hinblick auf den - a priori geringen - Informationsstand des Klägers sorgfältig verfahren, mag zwar zutreffen. Aber damit steht noch nicht fest, dass er das Risiko verdeutlichte, es könne zu wesentlichen und anhaltenden Einbußen im Visus kommen.
Zweifel daran sind auch deshalb angebracht, weil davon in dem Dokumentationsblatt über die Aufklärung keine Rede ist. Die - durchaus detaillierte - Aufzählung von Gesprächspunkten, die es enthält, lässt die Möglichkeit einer erheblichen Schwächung der Sehkraft unerwähnt.
c) Nach alledem ist der dem Beklagten obliegende Beweis einer hinreichenden Aufklärung des Klägers und damit einer wirksamen Patienteneinwilligung in die Lasik nicht geführt. Eine hypothetische Einwilligung ist nicht zu ersehen. Das nicht näher substantiierte und überdies bestrittene Vorbringen des Beklagten, der Eingriff sei medizinisch indiziert gewesen, ist insoweit unbehelflich. Im Übrigen hat der Kläger nachvollziehbar dargelegt, dass er sich bei einer genügenden Aufklärung der Lasik nicht in gleicher Weise unterzogen hätte.
3. Mithin ist gemäß dem Antrag des Klägers zu erkennen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.
Rechtsmittelstreitwert: 10.000 €

41. BGH, Versäumnisurteil vom 28.10.2014 – VI ZR 125/13 – * Krankenhaushaftung bei Geburtsschaden: Reichweite und Zeitpunkt ärztlicher Aufklärungspflichten hinsichtlich der unterschiedlichen Risiken und Vorteile bei den verschiedenen Entbindungsmethoden

Leitsatz

1. Bestehen deutliche Anzeichen dafür, dass sich der Zustand der Schwangeren bzw. der Geburtsvorgang so entwickeln können, dass die Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird, muss der Arzt die Schwangere über die unterschiedlichen Risiken und Vorteile der verschiedenen Entbindungsmethoden aufklären.
2. Besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass die Schnittentbindung im weiteren Verlauf als relativ indiziert anzusehen sein wird, und klärt der Arzt die Schwangere in Hinblick darauf über die verschiedenen Entbindungsmethoden und die mit ihnen verbundenen Risiken auf, so muss er die Schwangere grundsätzlich nicht nochmals über die Möglichkeit der Schnittentbindung unterrichten, wenn die ernsthaft für möglich gehaltene Entwicklung eingetreten und die Sectio zur gleichwertigen Behandlungsalternative geworden ist.

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 27.02.2013 aufgehoben.
Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, der am 9.02.2005 nach 31 + 1 Schwangerschaftswochen in der Frauenklinik der Beklagten geboren wurde und infolge einer Hirnschädigung unter schweren körperlichen und geistigen Behinderungen leidet, nimmt die Beklagte wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung und unzureichender Aufklärung über die Möglichkeit der Sectio auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.
Die Mutter des Klägers wurde am 27.01.2005 nach 29 + 2 Schwangerschaftswochen wegen vorzeitiger Wehen in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus stationär aufgenommen. Während der Schwangerschaft waren bei ihr wiederholt Nierenbeckenentzündungen aufgetreten. Außerdem litt sie un-

ter Schwangerschaftsdiabetes. Am Tag ihrer stationären Aufnahme wurden Entzündungsparameter nachgewiesen. Die Leukozyten und der CRP-Wert waren deutlich erhöht. Bei einer Sonographie der Nieren wurde ein Harnstau auf beiden Seiten festgestellt. Der Mutter des Klägers wurden wehenhemmende Mittel und Antibiotika verabreicht. Darüber hinaus erfolgte eine medikamentöse Induktion der fetalen Lungenreife durch zweimalige Verabreichung von Celestan. Nach einem vorzeitigen Blasensprung in den frühen Morgenstunden des 9.02.2005 wurden die wehenhemmenden Mittel abgesetzt und die Mutter des Klägers unter fortlaufender CTG-Registrierung an einen Wehentropf angeschlossen. Ab 15.50 Uhr verzeichnete das CTG einen zunehmend auffälligen Verlauf der fetalen Herzfrequenz. Ab etwa 16.25 Uhr zeigte das CTG ein pathologisches Muster. Um 16.42 Uhr fassten die behandelnden Ärzte den Entschluss zur Notsectio. Der Kläger wurde um 16.59 Uhr geboren und musste reanimiert werden. Bis um 18.02.2005 wurde er beatmet. Wegen verschiedener subarachnoidaler und epikranieller Blutungen, akuten Nierenversagens, Leberinfarkts, Cholestase bei Leberinfarkt und Hämolyse sowie akuter Blutungsanämie und cerebralen Krampfanfällen ist er schwerstbehindert. Eine histologische Untersuchung der Plazenta nach der Geburt des Klägers ergab das Vorliegen einer akuten eitrigen Chorioamnionitis bei der Mutter des Klägers. Das Landgericht hat mehrere Behandlungsfehler angenommen, die es in ihrer Gesamtheit als grob qualifiziert hat. Es hat festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den im Zusammenhang mit seiner Geburt am 9.02.2005 entstandenen und noch entstehenden immateriellen und materiellen Schaden zu ersetzen, soweit dieser nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen ist oder übergeht. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, deren Haftung allerdings auf eine unzureichende Aufklärung über Behandlungsalternativen gestützt und den Feststellungsausspruch zur Klarstellung dahingehend umformuliert, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den aus dem ohne wirksame Einwilligung erfolgten Versuch einer vaginalen Geburt mit anschließender Notsectio am 9.02.2005 entstandenen und noch entstehenden immateriellen und materiellen Schaden zu ersetzen, soweit dieser nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen ist oder übergeht. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte hafte wegen unzureichender Aufklärung der Mutter des Klägers über die Möglichkeit der Schnittentbindung. Hierauf könne sich der Kläger berufen, weil er in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags zwischen seiner Mutter und der Beklagten einbezogen gewesen sei. Zwar sei die Mutter des Klägers zu Beginn der Behandlung im Krankenhaus der Beklagten über die grundsätzliche Möglichkeit eines Kaiserschnitts aufgeklärt worden. Zu diesem Zeitpunkt seien sowohl der Schwangerschaftsdiabetes als auch die wiederholten Nierenbeckenentzündungen, das starke Erbrechen in der Frühschwangerschaft und die vorzeitige Wehentätigkeit, derentwegen die Mutter des Klägers an die Beklagte überwiesen worden sei, bekannt gewesen. Die Mutter des Klägers habe sich in Kenntnis der problematischen Schwangerschaft für eine vaginale Entbindung entschieden. Hierdurch sei aber nicht eine nochmalige Aufklärung der Mutter des Klägers für den Fall einer erheblichen Änderung der Gefahrenlage für Mutter oder Kind entbehrlich geworden. Allerdings sei die Beklagte nicht schon am 6.02.2005 zu einer nochmaligen Aufklärung verpflichtet gewesen. An diesem Tag habe sich der Kaiserschnitt noch nicht als gleichwertige Behandlungsalternative dargestellt. Zwar habe an diesem Tag wahrscheinlich schon ein Amnioninfektionssyndrom vorgelegen. Mangels Blasensprungs sei dies aber nicht klar erkennbar gewesen. Die erhöhten Entzündungsparameter und die vorzeitige Wehentätigkeit hätten auch durch eine Nierenbeckenentzündung hervorgerufen worden sein können. Außerdem sei am 6.02.2005 die Phase der frühen Frühgeburt noch nicht verstrichen gewesen, weshalb eine Verlängerung der Tragzeit wünschenswert und vorteilhaft gewesen sei. Der Blasensprung in der Nacht vom 8.02.2005 habe aber eine nochmalige Aufklärungspflicht der Beklagten ausgelöst. Denn hierdurch sei eine Änderung der Gefahrenlage eingetreten. Mit dem Blasensprung habe der Verdacht eines Amnioninfektionssyndroms nahegelegen und die Schnittentbindung habe als gleichwertige Behandlungsalternative zu einer vaginalen Entbindung angesehen werden müssen. Nach dem Blasensprung sei ein Aufklärungsgespräch mit der Mutter des Kindes aber nicht mehr erfolgt. Mangels hinreichender Aufklärung müsse die Beklagte deshalb für alle Schäden einstehen, die auf den Versuch einer vaginalen Entbindung zurückzuführen seien. Der Senat sei davon überzeugt, dass die mechanischen Belastungen des Klägers durch die fehlgeschlagene vaginale Geburt mit anschließender Notsectio für seine Schädigung mitursächlich gewesen seien. Wäre statt des vaginalen Entbindungsversuchs sofort eine Sectio veranlasst worden, wäre der Kläger geringeren mechanischen Belastungen ausgesetzt gewesen. Die mechanischen Belastungen der notfallmäßig vorgenommenen Schnittentbindung bei Entwicklung des Klägers aus kontrahiertem Uterus seien zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu befürchten gewesen. Die Haftung der Beklagten erfasse trotz Mitursächlichkeit anderer schicksalhafter Faktoren den ganzen Schaden des Klägers, weil die nicht durch die mechanische Belastungen unter der vaginalen Geburt und dem Notkaiserschnitt erklärbaren Hirnblutungen nicht zu einem abgrenzbaren Schadensteil geführt hätten. Auf das Vorliegen der vom Landgericht angenommenen Behandlungsfehler komme es deshalb nicht an.

II.

Über die Revision der Beklagten ist, da der Kläger im Revisionstermin trotz rechtzeitiger Ladung nicht vertreten war, auf Antrag der Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis des Klägers, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4.04.1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82).
Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Ärzte der Beklagten hätten die Mutter des Klägers trotz der bereits am 27.01.2005 erfolgten Aufklärung über die Möglichkeit der Schnittentbindung am 8.02.2005 nochmals über diese Behandlungsalternative unterrichten müssen, wird von den getroffenen Feststellungen nicht getragen.
1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine Aufklärung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit erforderlich, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (vgl. Senatsurteile vom 22.09.1987 - VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; vom 13.06.2006 - VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 Rn. 13; vom 17.05.2011 - VI ZR 69/10, VersR 2011, 1146 Rn. 10, jeweils mwN). Gemäß diesem allgemeinen Grundsatz braucht der geburtsleitende Arzt in einer normalen Entbindungssituation, in der die Schnittentbindung medizinisch nicht indiziert und deshalb keine echte Alternative zur vaginalen Geburt ist, ohne besondere Veranlassung die Möglichkeit einer Schnittentbindung nicht zur Sprache zu bringen. Anders liegt es aber, wenn für den Fall, dass die Geburt vaginal erfolgt, für das Kind ernstzunehmende Gefahren drohen, daher im Interesse des Kindes gewichtige Gründe für eine Schnittentbindung sprechen und diese unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation eine medizinisch verantwortbare Alternative darstellt. In einer solchen Lage darf sich der Arzt nicht eigenmächtig für eine vaginale Geburt entscheiden. Vielmehr muss er die Mutter über die für sie und das Kind bestehenden Risiken sowie über die Vor- und Nachteile der verschiedenen Entbindungsmethoden aufklären und sich ihrer Einwilligung für die Art der Entbindung versichern (vgl. Senatsurteile vom 6.12.1988 - VI ZR 132/88, BGHZ 106, 153, 157; vom 19.01.1993 - VI ZR 60/92, VersR 1993, 835, 836; vom 16.02.1993 - VI ZR 300/91, VersR 1993, 703, 704; vom 25.11.2003 - VI ZR 8/03, VersR 2004, 645, 647; vom 14.09.2004 - VI ZR 186/03, VersR 2005, 227; vgl. zur Einwilligung allgemein: Senatsurteil vom 14.02.1989 - VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397 f.). Gleiches gilt, wenn aufgrund konkreter Umstände die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass im weiteren Verlauf eine Konstellation eintritt, die als relative Indikation für eine Schnittentbindung zu werten ist. Eine - vorgezogene - Aufklärung über die unterschiedlichen Risiken und Vorteile der verschiedenen Entbindungsmethoden ist deshalb bereits dann erforderlich, wenn deutliche Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Zustand der Schwangeren bzw. der Geburtsvorgang so entwickeln können, dass die Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird (vgl. Senatsurteile vom 16.02.1993 - VI ZR 300/91, VersR 1993, 703, 704 f. = NJW 1993, 2372, 2373 f. mit Anmerkung Laufs/Hiersche; vom 17.05.2011 - VI ZR 69/10, VersR 2011, 1146 Rn. 11 = MedR 2012, 252 mit Anmerkung Schmidt-Recla). Denn nur dann wird das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren, die die natürliche Sachwalterin der Belange auch des Kindes ist (vgl. Senatsurteil vom 17.05.2011 - VI ZR 69/10, VersR 2011, 1146 Rn. 10), gewahrt. Bei der Wahl zwischen vaginaler Entbindung und Schnittentbindung handelt es sich für die davon betroffene Frau um eine grundlegende Entscheidung, bei der sie entweder ihrem eigenen Leben oder dem Leben und der Gesundheit ihres Kindes Priorität einräumt. Das Recht jeder Frau, selbst darüber bestimmen zu dürfen, muss möglichst umfassend gewährleistet werden (vgl. Senatsurteile vom 16.02.1993 - VI ZR 300/91, VersR 1993, 703, 704; vom 17.05.2011 - VI ZR 69/10, VersR 2011, 1146 Rn. 11).
Besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass die Schnittentbindung im weiteren Verlauf als relativ indiziert anzusehen sein wird, und klärt der Arzt die Schwangere in Hinblick darauf über die verschiedenen Entbindungsmethoden und die mit ihnen im konkreten Fall verbundenen Risiken auf, so muss er die Schwangere grundsätzlich nicht nochmals über die Möglichkeit der Schnittentbindung unterrichten, wenn die ernsthaft für möglich gehaltene Entwicklung eingetreten und die Sectio zur gleichwertigen Behandlungsalternative geworden ist. Der Arzt braucht die erfolgte Aufklärung in einem solchen Fall nicht zu wiederholen. Denn er hat der Schwangeren bereits die zur eigenverantwortlichen Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts erforderliche Entscheidungsgrundlage vermittelt (informed consent) und damit seine Verpflichtung zur Aufklärung erfüllt.
Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich nachträglich - sei es aufgrund einer Veränderung der Situation, sei es aufgrund neuer Erkenntnisse - Umstände ergeben, die zu einer entscheidenden Veränderung der Einschätzung der mit den verschiedenen Entbindungsmethoden verbundenen Risiken und Vorteile führen und die unterschiedlichen Entbindungsmethoden deshalb in neuem Licht erscheinen lassen. In einem solchen Fall hat der Arzt die Schwangere zur Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechts und ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit über das veränderte Nutzen-Risiko-Verhältnis - beispielsweise über nachträglich eingetretene oder erkannte Risiken der von ihr gewählten Entbindungsmethode - zu informieren und ihr eine erneute Abwägung der für und gegen die jeweilige Behandlungsalternativen sprechenden

Gründe zu ermöglichen. Denn nur dann wird ihre Entscheidung von einer ausreichenden Grundlage getragen (vgl. Senatsurteile vom 25.03.2003 - VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441 Rn. 20, 23; vom 14.09.2004 - VI ZR 186/03, VersR 2005, 227, 228; MünchKomm-BGB/Wagner, 6. Auflage, Rn. 809, 826; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 442, jeweils mwN). Eine solche Fallgestaltung kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn sich das bereits aus anderen Gründen gesteigerte Risiko, das Kind könnte bei einer vaginalen Entbindung wegen der mechanischen Widerstände in dem natürlichen Geburtsweg geschädigt werden, durch eine Lageänderung des Kindes (z.B. in die Steißlage) nachträglich erhöht (vgl. zur Steißlagengeburt: Senatsurteil vom 6.12.1988 - VI ZR 132/88, NJW 1989, 1538, 1540 - in BGHZ 106, 153, 159 nicht vollständig abgedruckt).
2. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass am 27.01.2005 die ernsthafte Möglichkeit bestand, dass es zu einer sehr frühen Frühgeburt (28 + 0 bis 31 + 6 Schwangerschaftswochen) des Klägers kommen und eine Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung werden würde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Mutter des Klägers wegen vorzeitiger Wehen nach 29 + 2 Schwangerschaftswochen stationär aufgenommen worden. Bei ihr waren verschiedene Risikofaktoren gegeben - so u.a. der Schwangerschaftsdiabetes und deutlich erhöhte Entzündungsparameter - weshalb ihr wehenhemmende Mittel und Antibiotika verabreicht wurden. Darüber hinaus erfolgte eine medikamentöse Induktion der fetalen Lungenreife durch mehrfache Injektion von Celestan. Schließlich wurde die Mutter des Klägers über die Möglichkeit eines Kaiserschnitts aufgeklärt. In Kenntnis der problematischen Schwangerschaft und der vorzeitigen Wehentätigkeit entschied sie sich für eine vaginale Entbindung.
Trotz der am 27.01.2005 erfolgten und vom Berufungsgericht nicht für unzureichend erachteten Aufklärung der Mutter des Klägers hat das Berufungsgericht nach dem in der Nacht vom 8.02.2005 eingetretenen Blasensprung eine "nochmalige" Aufklärung über die Möglichkeit der Schnittentbindung gefordert, weil diese nunmehr als gleichwertige Behandlungsalternative zur vaginalen Entbindung anzusehen sei. Dieser Umstand allein genügt aber nach den Ausführungen unter Ziffer 1 nicht, um eine Verpflichtung zur ergänzenden Aufklärung zu begründen. Feststellungen dazu, dass sich die Entscheidungsgrundlage für die Beurteilung der Frage, ob eine Sectio oder eine vaginale Entbindung durchgeführt werden sollte, entscheidend verändert hatte und die mit einer vaginalen Entbindung verbundenen Risiken für den Kläger aufgrund nachträglich eingetretener Umstände oder Erkenntnisse höher einzuschätzen waren als am 27.01.2005, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat im Gegenteil ausdrücklich festgestellt, dass die Voraussetzungen für die vaginale Entwicklung des Klägers nach wie vor gegeben gewesen seien. Aufgrund des mittlerweile gegebenen Verdachts eines Amnioninfektionssyndroms sei zwar die Beendigung der Schwangerschaft geboten gewesen; die Wahl des vaginalen Entbindungsweges sei bei der hier gegebenen spontanen Wehentätigkeit und Kopflage jedoch nicht zu beanstanden gewesen. In den Leitlinien werde bei Vorliegen eines Amnioninfektionssyndroms lediglich eine zügige Entbindung, aber keine bestimmte Entbindungsmethode empfohlen.
3. Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird dabei Gelegenheit haben, sich auch mit den weiteren Einwänden der Revision zu befassen. Für das weitere Verfahren weist der erkennende Senat darauf hin, dass die Mitursächlichkeit der Alleinursächlichkeit haftungsrechtlich nur dann nicht gleichsteht, wenn feststeht, dass die von der Behandlungsseite gesetzte Schadensursache nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt hat (Teilkausalität). Entgegen der Auffassung der Revision ist hierfür nicht maßgeblich, ob die Schadensursachen abgrenzbar sind. Entscheidend ist vielmehr, ob die eingetretenen Schäden abgrenzbar auf unterschiedliche Ursachen zurückgeführt werden können (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2014 - VI ZR 187/13, VersR 2014, 1130 Rn. 25 mwN).
Galke Wellner Stöhr
von Pentz Oehler

42. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.10.2014 – 1 U 136/12 – * Ein Mitverschulden durch fehlende Mitwirkung des Patienten an der dringend indizierten Operation kommt nur nach ordnungsgemäßer Therapieaufklärung in Betracht. Im Falle eines Kindes müssen den sorgeberechtigten Eltern hierzu mit Nachdruck die medizinische Notwendigkeit und die drohenden einschneidenden Folgen einer unterbleibenden Operation und damit der Ernst der Lage vor Augen geführt werden. Eine telefonische Benachrichtigung oder eine Mitteilung an den Hausarzt genügen nicht.

1. Ist die operative Behandlung eines Hirntumors (pilozytisches Astrozytom) nach Möglichkeit auf dessen vollständige Entfernung gerichtet, muss der Operateur dem durch ausreichende Öffnung des Schädels Rechnung tragen. Wählt er einen zu kleinen Zugang, kann dies ein Behandlungsfehler sein.

2. Ein Mitverschulden durch fehlende Mitwirkung des Patienten an der dringend indizierten Operation kommt nur nach ordnungsgemäßer Therapieaufklärung in Betracht. Im Falle eines Kindes müssen den sorgeberechtigten Eltern hierzu mit Nachdruck die medizinische Notwendigkeit und die drohenden einschneidenden Folgen einer unterbleibenden Operation und damit der Ernst der Lage vor Augen geführt werden. Eine telefonische Benachrichtigung oder eine Mitteilung an den Hausarzt genügen nicht.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.10.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin

• 200.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4.09.2008,

• beginnend mit dem 1.01.2009 vierteljährlich im Voraus jeweils zum 1. Januar, 1. April, 1.07.und 1.10.eines jeden Jahres eine Rente von monatlich 200,00 EUR,

• 1.674,55 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4.09.2008,

• 218.155,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 113.810,00 EUR seit dem 4.09.2008 und auf 104.345,00 EUR seit dem 9.05.2009

zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin die künftigen materiellen und auf künftigen weiteren, bisher nicht erkannten und nicht vorhersehbaren Leiden beruhenden immateriellen Schäden zu ersetzen, soweit diese Folgen der mit unvollständiger Tumorentfernung vom 21.05.1998 begonnenen und am 13.09.2004 beendeten fehlerhaften ärztlichen Behandlung des pilozytischen Astrozytoms des Kleinhirns der Klägerin sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss:

Der Wert für die Gerichtsgebühren des Berufungsrechtszuges wird auf die Streitwertstufe bis 500.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Im Alter von knapp acht Jahren traten bei der Klägerin im02.1998 Kopfschmerzen, Übelkeit, Erbrechen, Schwindel und Gangunsicherheit auf. Am 19.05.1998 kam es zu einer ersten MRT-Untersuchung, die allerdings wegen der Unruhe und Angst des Kindes nicht vollständig zu Ende geführt werden konnte. Dennoch zeigte sich eine zystische Raumforderung im Bereich der hinteren Schädelgrube, die einen Hydrocephalus zur Folge hatte. Die Klägerin wurde sofort der neurochirurgischen Ambulanz der Beklagten zu 1. vorgestellt. Gegen 02.00 Uhr des 20.05.1998 erfolgte die operative Entlastung des Hirnwasserstaus.

Am 20.05.1998 fand eine kernspintomografische Untersuchung mit und ohne Kontrastmittel statt, die eine in der Mitte gelegene Raumforderung in der hinteren Schädelgrube von 5 x 6 x 4 cm Größe mit zirkulärer partieller Kontrastmittelanreicherung im Bereich der Zystenwand zeigte. Diese Raumforderung sollte operativ behandelt werden.

Am 21.05.1998 führte der Beklagte zu 2. zwischen 16.00 Uhr und 18.40 Uhr die Operation durch. Die Schädelöffnung erfolgte unter endgültiger Entfernung des Knochens. Es wurde schrittweise graues, teils stärker durch Gefäße versetztes Fremdgewebe im sichtbaren Bereich entfernt. Die histologische Untersuchung des entnommenen Materials ergab am 25.05.1998 ein pilozytisches Astrozytom des Kleinhirns. Die erste computertomografische Kontrolle vom 25.05.1998 zeigte eine ca. 3,5 x 2,5 cm große, in der Dichte (flüssigkeitsäquivalent) geminderte Raumforderung. Eine weitere Computertomografie vom 2.06.1998 ergab einen regelgerechten Befund. Die Klägerin wurde am 5.06.1998 voll mobilisiert ohne neurologische Ausfallerscheinungen entlassen.

Eine am 1.07.1998 in einer radiologischen Gemeinschaftspraxis durchgeführte Computertomografie stellte verdichtete tumorverdächtige Strukturen mit Verkalkungen dar. Es zeigten sich keine Kontrastmittelanreicherungen. Hierzu wurde in der Sprechstunde der Neurochirurgie der Beklagten zu 1. am 7.07.1998 vermerkt, dass sich hieraus kein Anhalt für ein Rezidiv ergebe.

Am 21.06.1999 stellte sich die Klägerin mit den Ergebnissen einer ohne Kontrastmittel durchgeführten kernspintomografischen Untersuchung vom 18.06.1999 bei der Beklagten zu 1. vor. Daraus folgte der dringende Verdacht auf ein Wiederauftreten des Tumors mit mäßiger Verschlechterung (leichte Zunahme des Prozesses im Bereich der hinteren Schädelgrube). Die Klägerin sollte sich zu weiteren Untersuchungen am 28.06.1999 vorstellen.

Die folgende kernspintomografische Untersuchung der Klägerin vom 9.08.1999 offenbarte eine zum Teil sichelförmig gestaltete Raumforderung von 2 x 4 x 4 cm, welche in den Randbereichen deutlich Kontrastmittel aufgenommen hatte. Der Tumor war in den vierten Ventrikel seitlich und nach oben hin eingewachsen. Es bestand also ein Resttumor an der Hinterwand links sowie im Dach des 4. Ventrikels. Eine Reaktion hierauf ist nicht ersichtlich.
Die Klägerin wurde am 26.01.2000 in einer radiologischen Praxis kernspintomografisch untersucht. Es stellte sich eine Größenzunahme des Tumors mit der Indikation zur Operation heraus. Damit begab sich die Klägerin am 4.02.2000 in der neurochirurgischen Sprechstunde der Beklagten zu 1. Dem behandelnden Hausarzt der Klägerin teilte die Beklagte zu 1. daraufhin mit, dass die Indikation zur Operation bestehe.
Am 23.07.2001 kam es zur Notfallaufnahme des Kindes in die Klinik der Beklagten zu 1. Die Computertomografie zeigt eine Kontrastmittelanreicherung im ehemaligen Operationsgebiet und damit ein Wiederauftreten des Tumors. Der Schädel der Klägerin wurde geöffnet und ein Ventrikelkatheter eingebracht, über den sich große Mengen Liquor abführen ließen. Die folgende kernspintomografische Untersuchung vom 24.07.2001 offenbarte im Gebiet des operativ entfernten Tumorgewebes heller erscheinendes, große Teile der Resektionshöhle ausfüllendes weichteildichtes Gewebe im Sinne eines großen, die Anteile der alten Resektionshöhle ausfüllenden Tumorrezidivs. Der in der Resektionshöhle gelegene Rezidivtumor reicherte sich girlandenförmig mit Kontrastmittel an. Auch die Hirnhäute zeigten sich in Form einer Tumoraussaat betroffen. Man entschloss sich zur Operation.
Den Eingriff vom 25.07.2001 nahm wiederum der Beklagte zu 2. vor. Er öffnete den alten Schnitt, ohne dass sich aus dem Operationsbericht deutlich erschließt, ob weiterer Knochen entfernt wurde. Es wurde wiederum graues teils stärker mit Blutgefäßen durchzogenes Gewebe abgetragen und schließlich im sichtbaren Bereich weitestgehend entfernt. Die histologische Untersuchung bestätigte das Rezidiv. Die kernspintomografische Kontrolluntersuchung fand am 1.08.2001 statt. Sie ergab lediglich eine umschriebene Tumorreduktion. Der weitaus größere Teil des Tumors konnte noch nachgewiesen werden. Der Liquoraufstau hatte sich sogar verschlechtert. Eine Nachresektion erwog man nicht. Die fortbestehende Flüssigkeitsansammlung führte am 2.08.2001 zur Anlage einer ventrikulo-peritonealen Ableitung (Cerebralshunt) zur körperinternen Abführung überflüssiger Gehirnflüssigkeit. Am 15.08.2001 folgte eine CT-Untersuchung, die neben einer Shuntinsuffizienz eine optisch auffällige Weichteilformation mit mehreren kleineren unregelmäßigen Verkalkungen von 4,5 x 5,5 x 5 cm zeigte. Weiterhin ergab sich die Notwendigkeit einer Ableitungsrevision (Verschluss des abdominellen Katheters), die am gleichen Tag operativ stattfand. Am 20.08.2001 wurde die Klägerin mobilisiert und subjektiv beschwerdefrei entlassen.
Die computertomografische Kontrolluntersuchung vom 23.08.2001 wies die ausgedehnte, partiell verkalkte Raumforderung im hinteren Schädelgrubenbereich (großer Tumorrest) unverändert nach.
Am 28.12.2001 wurde das Kind wegen starker Kopfschmerzen, Übelkeit, Erbrechen und zunehmender Müdigkeit stationär in die neurochirurgische Universitätsklinik der Beklagten zu 1. aufgenommen. Ausgeprägter Schwindel hinderte die Klägerin am Gehen. Im Bereich der Hirnnerven und der Extremitäten waren keine motorischen oder sensiblen Ausfälle ersichtlich. Der Befund der kernspintomografischen Untersuchung ergab am 29.12.2001 eine deutliche Größenzunahme des vorwiegend zystischen Tumors auf 5 x 5 x 5 cm mit erheblicher Raumforderung. Die soliden Tumoranteile nahmen randständig girlandenförmig Kontrastmittel auf. Auch im Hirnhautbereich wurde weiterhin Kontrastmittel aufgenommen. Es bestand eine erhebliche Raumforderung mit Kompression der Brücke. Die Ärzte entschlossen sich zu einer Notfalloperation.
Am 29.12.2001 gegen 18.00 Uhr begann der Beklagte zu 2. mit der Operation. Er öffnete die Haut im Bereich der Narbe. Der Operationsbericht erwähnt keine Wegnahme weiteren Knochens. Graues strangförmiges Gewebe wurde entfernt und die Zyste eröffnet. Die Differenzierung zwischen Narbengewebe, Tumorrest und normalem Gewebe sah der Beklagte zu 2. als nicht möglich an und beendete den Eingriff. Der histologische Befund bestätigte das pilozytische Astrozytom.
Die Klägerin konnte mobilisiert werden. Neue Beschwerden oder neurologische Ausfälle traten nicht auf. Es fand keine postoperative Bildgebung statt. Die Nachuntersuchung erfolgt am 23.01.2002 in der Poliklinik, ohne zum Resttumor Stellung zu nehmen. Die Klägerin fühlte sich wohl und ging wieder zur Schule. Hirnnervenausfälle oder Lähmungen wurden nicht festgestellt.
Zur erneuten stationären Aufnahme der Klägerin kam es am 14.03.2002. Die Klägerin klagte über Kopfschmerzen, allgemeine Schwäche und vermehrte Müdigkeit. Ihr Allgemeinbefinden hatte sich deutlich verschlechtert. Erstmals konnten klinische Hinweise auf eine Hemiparese nachgewiesen werden. Der Aufnahmebefund hielt eine Augenfehlstellung links (Abducenzparese - Augenmuskellähmung) fest. Die Computertomografie ohne Kontrastmittel zeigte die Raumforderung nunmehr gerundet mit einer Größe von 4 x 5 cm, eine Aufhebung der basalen Zisternen und eine Verdrängung des Hirnstamms nach vorn. Die am 15.03.2002 folgende kernspintomografische Untersuchung mit und ohne Kontrastmittel stellte die Raumforderung der hinteren Schädelgrube im Vergleich zum 29.12.2001 unverändert dar. Kleinhirnhemisphären- (zur Seite) und Rückenmarksverlagerungen (nach vorn) ließen sich feststellen. Außerdem stellte sich unverändert ein knotiger kontrastmittelaufnehmender Bereich im Dach der Raumforderung nahe der

Mittellinie links und ein etwas größerer in gleicher Höhe neben der Mittellinie rechts dar. Unverändert war die Kontrastmittelaufnahme im Bereich des Kleinhirnzeltes und der Hirnhäute.
Am 16.03.2002 wurden die Eltern der Klägerin über die beabsichtigte Tumorrevisionsoperation aufgeklärt. Geplant war eine Eröffnung der hinteren Schädelgrube mit Entfernung von Knochen, eine Entlastung der Zyste und Entfernung des Tumors.
Die Operation führte der Beklagte zu 2. am 16.03.2002 durch. Er eröffnete die Haut im Narbenbereich. Der hintere Teil des Altasbogens wurde zur Erweiterung der Trepanation entfernt. Der Beklagte zu 2. öffnete die Zyste und Verwachsungen im unteren Bereich. Es zeigte sich eine Verbindung der Zyste zum Subarachnoidalraum. Anschließend beendete der Beklagte zu 2. den Eingriff.
Da sich der eingetrübte Zustand der Klägerin nicht änderte, entschloss man sich am 17.03.2002 zu einer weiteren Notoperation. Die computertomografische Untersuchung hatte zuvor die Rückläufigkeit der Verlagerung der Hirnstammanteile, aber gleichzeitig eine Zunahme der Raumforderung auf die dritte Hirnkammer gezeigt. Auch diese fünfte Operation führte der Beklagte zu 2. durch. Er öffnete und entleerte die unter Druck stehende Zyste, stellte die Verbindung zum Subarachnoidalraum des Wirbelkanals fest und beendete die Operation.
Der Zustand der Klägerin besserte sich nicht. Sie trübte ein, musste intubiert und beatmet werden. Die neuerliche computertomografische Untersuchung ergab eine deutliche Zunahme der Ventrikelbreite im Großhirnbereich.
Am 18.03.2002 wurde die Klägerin ein sechstes Mal vom Beklagten zu 2. operiert. Dabei erweiterte der Beklagte die Knochenöffnung nach oben. Er entfernte graues Gewebe, von dem er nicht feststellen konnte, ob es sich um Tumor- oder Narbengewebe handelte. Der Beklagte traf auf einen großen Raum, dessen Seitenbereiche Narben- oder Tumorgewebe erkennen ließen. Die Operation fand anschließend ihr Ende. Die histologische Untersuchung bestätigte den bereits bekannten Tumor (pilozytisches Astrozytom Grad I WHO).
Die Klägerin gelangte am 22.03.2002 auf die Normalstation. Jetzt wurde ein Abducenz-parese beidseits erwähnt. Eine am 29.03.2002 ohne Kontrastmittel durchgeführte Computertomografie ergab im Bereich der Trepanation ein weniger verdichtetes Areal, in dem nicht zwischen postoperativen Veränderungen und Resttumor zu unterscheiden war.
Am 31.03.2002 konnte die Klägerin entlassen werden. Sie wies eine deutliche Gangunsicherheit auf. Sie zeigte eine „Facialisparese“ rechts mit inkomplettem Lidschluss und eine Abducenzparese links.
Anlässlich der ambulanten Kontrolluntersuchung vom 8.05.2002 wurden eine diskrete Unsicherheit im Gang, eine Abducenzparese links, eine Facialisparese rechts mit inkomplettem Lidschluss rechts mehr als links sowie eine Unsicherheit beim Seiltänzergang festgestellt.
Seit06.2002 besuchte die Klägerin wieder die Schule. Die Kontrolluntersuchung vom 14.10.2002 hielt fest, dass die Klägerin bei leichter Gangunsicherheit im täglichen Leben weitestgehend und in der Schule selbständig sei. Die Klägerin litt unter einem inkompletten Lidschluss rechts mit kompletter Facialisparese rechts, Abduzensparese links und sakkadierten Führungsbewegungen der Augen.
Die kernspintomografische Untersuchung vom 3.12.2002 stellte die in der Mittellinie des hinteren Schädelbereichs gelegene riesige zystische Raumforderung dar. Es zeigte sich im Vergleich zur Voruntersuchung eine kontinuierliche Befundprogredienz. Die Kleinhirnhemisphären waren zu beiden Seiten hin verdrängt und abgeplattet. Das verlängerte Rückenmark und die Brücke bildeten sich nach vorn verlagert und ebenfalls abgeplattet ab. Die Zystenwand reicherte sich mit knotigen Anteilen kräftig mit Kontrastmittel an.
Eine Untersuchung vom 22.01.2003 ergab wiederum die Abducenzparese links, die periphere Facialisparese rechts mit inkomplettem Lidschluss, ansonsten aber keine Hirnnervenausfälle oder sensomotorischen Einschränkungen. Die kontinuierliche Vergrößerung der Zyste wurde erwähnt.
Eine weitere Kontrolluntersuchung vom 16.06.2003 hielt einen konstanten klinisch-neurologischen Befund bei bekanntem Rezidiv eines pilozytischen Astrozytoms fest.
Anlässlich einer weiteren Kontrolluntersuchung vom 16.06.2004 legte die Klägerin den CT-Befund einer radiologischen Praxis vor, der den dringenden Verdacht auf ein Tumorrezidiv äußerte. Eine Verlaufsbeurteilung ließ die CT-Untersuchung nicht zu, da hierzu ausschließlich ein MRT geeignet ist. Die Klägerin sollte sich planmäßig am 9.12.2004 wieder vorstellen. Insoweit war dann auch wieder eine MRT-Untersuchung vorgesehen.
Bis zum 13.09.2004 verschlechterte sich der klinische Zustand der Klägerin, sodass sie sich an diesem Tag der neurochirurgischen Sprechstunde der Beklagten zu 1. vorstellte. Eine computertomografische Untersuchung ergab eine Größenprogredienz insbesondere der zystischen Tumoranteile mit beginnender unterer Einklemmung. Die Klägerin wurde als Notfall stationär aufgenommen. Es bestand eine Facialisparese rechts, eine Abducenzparese beidseits und eine Hemiparese links. Die Kernspintomografische Untersuchung vom 13. oder 15.09.2004 ergab infratentoriell teils knollige, teils zystische Befunde, die sich vom Kleinhirn aus beiden Hemisphären in den Großhirnraum entwickelten und den 3. und 4. Ventrikel komplett verlegten. Nach unten ließen sich zystische Anteile bis in Höhe des Halsmarkes des zweiten

Halswirbelkörpers feststellen. Der Hirnstamm wurde nach vorn und die Stammganglien in den Großhirnbereich nach oben verlagert. Nach Kontrastmittelgabe reicherte sich der Befund insbesondere in der hinteren Schädelgrube stark knollig an und zeigte im Großhirnbereich und infratentoriell bis C2 zystische Areale. Die Größe des Befundes beschrieben der Ärzte der Beklagten zu 1. mit 10 x 6 cm.
Zunächst sollte die Klägerin am 15.09.2004 operiert werden. Am Abend des 14.09.2004 verschlechterte sich ihr Zustand allerdings rapide (Ateminsuffizienz, Bewusstlosigkeit). Daraufhin wurde die 7. Operation vom OA Dr. J. durchgeführt. Ergebnis ist eine weitgehende Tumorresektion. Am Folgetag zeigte die kernspintomografische Untersuchung eine radikale Entfernung der kontrastmittelaufnehmenden Strukturen. Lediglich im Randbereich ergaben sich noch kleinere Tumorreste. Der erste histologische Befund sah einen Tumor nach Grad III WHO. Das Tumorreferenzzentrum des Universitätsklinikums Bonn stellte ein pilozytisches Astrozytom mit ausgeprägten regressiven Veränderungen WHO Grad I fest.
Die Klägerin konnte postoperativ aufgrund fehlenden eigenen Atmungsantriebes nicht vom Beatmungsgerät entwöhnt werden. Ein Extubationsversuch vom 27.09.2004 bestätigte eine ausgeprägte Funktionsstörung der caudalen Hirnnerven mit deutlich abgeschwächtem Hustenvermögen sowie einer Schluckstörung. Am 29.09.2004 wurde die Reintubation notwendig. Am 30.09.2004 folgte die Anlage eines plastischen Tracheostomas. Es bestand eine Halbseitenlähmung links.
Weitere Untersuchungen im10.2004 ergaben keinen nachweisbaren Tumor mehr.
Nach der Operation konnte die Klägerin die Augenlider nicht mehr schließen. Es kam zum beidseitigen Austrocknen der Hornhäute. Anlässlich augenärztlicher Konsile stellte man Erosionen auf beiden Hornhäuten sowie Lidschlussdefekte beidseits fest. Es erfolgte eine zeitweilige Vernähung der Ober- und Unterlider, die am 28.10.2004 wieder geöffnet wurde. Die Klägerin erblindete.
Ferner stellten sich auf beiden Seiten Paukenergüsse heraus. Paukenröhrchen wurden eingelegt.
Obwohl der histologische Befund des Hirnreferenzzentrums am Institut für Neuropathologie des Universitätsklinikums Bonn vom 12.10.2004 ein pilozytisches Astrozytom mit ausgeprägten regressiven Veränderungen ergab, leitete die pädiatrische Onkologie der Beklagten zu 1. eine Nachbestrahlung des Kopfes (insgesamt 54 Gy) ein.
Zunehmend konnte die Klägerin der Beatmung entwöhnt werden. Zum Entlassungszeitpunkt erfolgte die Beatmung tagsüber stundenweise und in der Nacht.
Eine kernspintomografische Untersuchung vom 15.12.2004 lässt im Vergleich zum 13.09.2004 eine erhebliche Befundbesserung erkennen. Die kernspintomografische Untersuchung vom 9.03.2005 zeigte keine Befundänderung, insbesondere keinen Hinweis auf ein erneutes Tumorwachstum oder einen Liquoraufstau. Zu diesem Zeitpunkt konnte die Klägerin wieder einige Schritte gehen, sich in einem ungeordneten Schriftbild verständigen und sie wurde über eine PEG-Sonde ernährt.
Am 7.06.2005 ließ das MRT keinen Anhaltspunkt für ein Tumorrezidiv erkennen.
Die Klägerin wurde am 22.07.2005 im S. Krankenhaus B. aufgenommen, wo sie bis zum 8.08.2005 verblieb. Als Aufnahmegrund ergibt sich aus den Krankenunterlagen, dass klinische Zeichen und die zunehmende Hirnstammkompression eine operative Behandlung des seit der MRT-Kontrolle vom06.2005 bekannten raumfordernden pilozytischen Tumorrezidivs erforderlich machten.
Am 26.07.2005 operierte Prof. Dr. V. die Klägerin. Verschiedene Zysten wurden eröffnet. Man glaubte Tumoranteile an der Hirnstammseite der Zysten auszumachen. Die histologische Untersuchung des entfernten Materials ergab nur teilweise fragliche Ausläufer eines pilozytischen Astrozytoms. Die neurologische Situation der Klägerin zeigte sich postoperativ bis auf ein verstärktes Einwärtsschielen unverändert. Die Ataxie erschien gebessert. Mit Hilfe der Mutter konnten 50 m auf dem Gang zurückgelegt werden.
In der Folgezeit kam es zu weiteren Behandlungen in B. . Im Ergebnis bestanden unauffällige Verhältnisse bei bekanntem Resttumor.
Von Klägerseite wurde ein Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der Norddeutschen Ärztekammer betrieben. Dort erstattet der Sachverständige Prof. Dr. S. am 29.08.2007 ein Gutachten, in dem er feststellte, dass die Operation vom 21.05.1998 durch den Beklagten zu 2. nicht fachgerecht durchgeführt worden sei. Die jetzigen komplexen Beeinträchtigungen seien in ihrer Gesamtheit fehlerbedingte Folgen der nicht fachgerecht geplanten und ausgeführten ersten Tumoroperation. In ihrem Bescheid vom 30.11.2007 kommt die Schlichtungsstelle zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung des Beklagten zu 2., den Tumor nicht schon 1998 zu entfernen, im Hinblick auf die darauf zu erwartende Entwicklung der Erkrankung (weiteres Wachstum + schwierigere Unterscheidung zwischen Narben- und Tumorgewebe bei späteren Operationen) fehlerhaft gewesen sei. Der Tumor habe sich nicht auf die kritische Region des Bodens des vierten Ventrikels erstreckt. In bodenfernen Abschnitten der Zystenhöhle habe nach Tumoranteilen gesucht werden müssen. Sowohl die Planung mit einer kleinen Trepanation, wie auch die Durchführung der Operation in einer Zeit von 2 Stunden und 40 Minuten ließen das Ziel einer Totalresektion nicht erkennen. Es sei aber bereits 1998 Standard gewesen, schon beim Ersteingriff unter Abwägung der Operationsrisiken den Versuch des vollständigen Entfernens zu unternehmen. Die Präparation der Zystenränder sei mit der kleinen Trepanation nicht möglich gewesen. Die neurologischen Funktionsstörungen der Klägerin, wie sie nach der Operation des Dr. J. aufgetreten seien, resultierten mit hoher Wahrscheinlichkeit aus präoperativen Einklemmungen und nicht aus dem Operationsgeschehen.

Aufgrund der Lage des Tumors sei davon auszugehen, dass die Klägerin bei einer radikalen Entfernung des Tumors anlässlich der Erstoperation ohne wesentliche neurologische Defizite rezidivfrei hätte leben können.
Die Klägerin hat hierauf gestützt behauptet, der Verlauf ihrer Behandlung durch die Beklagten sei im Wesentlichen durch Fehler geprägt. Entgegen dem fachärztlichen Standard sei nicht versucht worden, den Tumor bei der ersten Operation zu beseitigen. Auch nachfolgend habe man dieses Behandlungsziel nicht verfolgt und damit die Situation durch vermehrtes Narbengewebe nur verkompliziert. Es habe auch keinen frühzeitigen Hinweis an die Mutter der Klägerin auf die Notwendigkeit einer weiteren Operation gegeben. Dass es anders gegangen wäre, zeige die mit der Operation des Dr. J. eingeleitete Behandlungsphase. Außerdem habe man schon frühzeitig eine onkologische Beratung in Anspruch nehmen müssen. Die Strahlentherapie sei medizinisch nicht indiziert gewesen.
Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin seien Folge der nicht fachgerecht geplanten und ausgeführten ersten Tumoroperation sowie der Folgeeingriffe.
Die Klägerin leide unter
• einer beidseitigen Facialisparese,
• einer Abducensparese links,
• der Unfähigkeit zu schlucken (neurogene Dyshagie),
• Atemstörungen (neurogene Ateminsuffizienz),
• einer unvollständigen Tetraparese,
• einer Beeinträchtigung der Sehkraft durch Hornhautschäden,
• einer plastischen Luftröhrenöffnung (Tracheostoma),
• der Nahrungsaufnahme über eine PEG-Sonde,
• Ataxie,
• einem ventrikel-peritonealen Shunt,
• einem Paukenerguss beidseits,
• einer Kieferverschiebung,
• häufigen Infekten und
• einer Panzytopenie.
Sie müsse alle vier Wochen den Hausarzt konsultieren. Viertel- oder halbjährig erfolge eine Untersuchung in B. . Wöchentlich suche die Klägerin den Logopäden auf und zweimal pro Woche die Physiotherapie. Es sei eine Rundrumbetreuung in Form von Pflege- und Rehamaßnahmen notwendig. Dies sichere die Mutter ab. Die Klägerin sei in die Pflegestufe III eingeordnet und zu 100% schwerbehindert (Feststellungsbescheid vom 7.02.2005, Bescheide vom 22.03.2006 und 21.05.2007 - Anlage K27; Pflegegeldbescheid vom 13.12.2004 - Anlage K28). Sie leide gelegentlich unter Depressionen und mache sich Sorgen, was mit ihr passiere, wenn die Mutter die Betreuung nicht mehr gewährleisten könne. Die Freizeitaktivitäten der Klägerin seien sehr eingeschränkt.
Die Klägerin hat gemeint, Anspruch auf ein Schmerzensgeld von mindestens 200.000,00 EUR nebst einer Rente von monatlich 200,00 EUR zu haben. Außerdem beanspruche sie einen immateriellen Vorbehalt. Zukünftig werde ihr auch ein Erwerbsschaden entstehen, schließlich habe sie einmal Tierärztin werden wollen.
Für Fahrten ihrer Eltern nach M., um die Klägerin zu besuchen, seien zwischen dem 13.09.2004 und dem 29.11.2004 1.674,55 EUR aufgewendet worden (Anlage K19).
Die Klägerin habe vermehrte Bedürfnisse. Die Mutter pflege sie täglich 12 Stunden. Bei 30,5 Tagen im Monat und einem angemessenen Nettolohn einer Pflegekraft von 10 EUR/Stunde ergäben sich monatliche Kosten von 3.660,00 EUR. Davon sei das Pflegegeld von 665,00 EUR (bis06.2008), 675,00 EUR und 685,00 EUR (ab07.2009) abzuziehen. Seit 29.11.2004 bis 2010 ließen sich so 146.695,00 EUR und 71.460,00 EUR ermitteln.
Die Klägerin hat beantragt,
1.
die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 200.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.08.2008 zu zahlen,
2.
die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner, beginnend mit dem 1.01.2009, an die Klägerin eine monatliche Schmerzensgeldrente in Höhe von 200,00 EUR im Voraus jeweils zum 1. Januar, 1. April, 1.07.und 1.10.eines jeden Jahres zu zahlen,
3.
die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin 1.674,55 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.08.2008 zu zahlen.

4.

die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin 218.248,60 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 146.695,00 EUR seit dem 20.08.2008 zu zahlen,
5.
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin künftige materielle Schäden aus der fehlerhaften Behandlung in der neurochirurgischen Klinik der Beklagten zu 1. und immaterielle Schäden aus künftigen weiteren, bisher nicht erkannten und nicht vorhersehbaren Leiden aus der fehlerhaften Behandlung in der neurochirurgischen Klinik der Beklagten zu 1. zu ersetzen.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie haben behauptet, ein ärztlicher Fehler liege nicht vor. Es sei bei der Behandlung des Beklagten zu 2. um die Erhaltung weitestgehender Lebensqualität für die Klägerin gegangen. Die Radikalität der Tumorentfernung habe dahinter zurückzutreten. Das Tumorgewebe sei vom Hirngewebe nur schwer zu unterscheiden. Oft sei Hirngewebe von Tumorgewebe durchwirkt, sodass der Versuch der Totalresektion eine hochgradige Schädigung des Patienten herbeiführen könne. Es genüge die Entfernung der soliden Tumoranteile. Die Zystenwand sei sowieso eher selten von Tumorzellen befallen. Der Beklagte zu 2. habe die Zystenwand deshalb nicht beseitigt. Soweit der Beklagte zu 2. an der Innenwand der Zyste Gewebe als tumorverdächtig identifiziert habe, sei es reseziert und zur histologischen Untersuchung gegeben worden. Die prophylaktische Resektion der Wandung der Zyste, die zum größten Teil nur aus Kleinhirn bestanden habe, sei nicht geboten gewesen, da ein sicherer Nutzen für die Klägerin nicht habe festgestellt werden können. Für die Frage, wie man vorgehe, sei der subjektive Eindruck des Operateurs entscheidend. Mittlerweile habe sich eine funktionserhaltende Chirurgie unter Belassen von Tumorresten durchgesetzt. Es sei vernünftiger, mehrmals zu operieren, als dem Kind bei einer Operation neurologische Schäden zuzufügen, zumal gutartige Tumoren nur langsam wüchsen und eine geringe Rezidivhäufigkeit aufwiesen. Man habe gehofft, dass es auch hier nicht mehr zum Tumorwachstum kommen würde. Der vorliegende besondere Fall sei mit der später festgestellten Malignisierung zu erklären. Soweit die Trepanation als zu klein gerügt werde, berücksichtige dies den Einsatz des Operationsmikroskops und die Anwendung minimal invasiver Techniken nicht. Schließlich zeige sich das ausgeprägte Beschwerdebild der Klägerin erst seit der Operation vom 14.09.2004 und den danach noch folgenden Eingriffen. Es habe in der Vergangenheit genügend Fällen gegeben, in denen es trotz aller Bemühungen zur Totalentfernung des gutartigen Tumors zu Rezidiven gekommen sei.
Nachdem im02.2000 ein weiteres Tumorwachstum festgestellt worden sei, hätten die Eltern der Klägerin eine Operation bis zur Verschlechterung des Zustandes im Jahr 2001 abgelehnt. Die Mutter der Klägerin, die man stets ausführlich und im einzelnen über die Erkrankung der Klägerin unterrichtet habe, sei fernmündlich nachhaltig und eindringlich über die Notwendigkeit eines nochmaligen chirurgischen Eingriffs informiert und belehrt worden. Das sei auch nochmals im Arztbrief an den Hausarzt vom 8.02.2000 thematisiert. Kurz darauf habe sich die Mutter der Klägerin telefonisch gemeldet und mitgeteilt, dass in Anbetracht des Wohlbefindens der Klägerin sowie ihrer guten schulischen Leistungen auf die empfohlene und dringend angeratene Operation verzichtet werde.
Eine pädiatrisch-onkologische Mitbehandlung sei nicht nötig gewesen. Etwas anderes habe sich erst mit dem aus dem Jahr 2004 stammenden Verdacht einer Malignisierung ergeben. In diesem Zusammenhang habe man dann in Absprache mit dem Zentrum für Kinderheilkunde der Beklagten zu 1. und Prof. V. aus B. eine Strahlentherapie vereinbart. Selbst wenn das fehlerhaft gewesen sein sollte, hätten sich daraus keine nachteiligen Folgen entwickelt.
Insgesamt wäre die Krankheit immer so verlaufen, wie die Klägerin sie erfahren habe. Gleich wie man operativ vorgegangen wäre, hätte der vorliegende Tumor immer wieder ein Wachstum und Zysten entwickelt. Dies könne kein Arzt beeinflussen und hierauf gingen die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin, die die Beklagten in ihrem aktuellen Ausmaß bestritten haben, zurück.
Das Landgericht hat auf der Grundlage seines Beweisbeschlusses vom 4.09.2009 (Bd. I Bl. 128 f. d.A.) ein Gutachten des Sachverständigen Dr. R. Sch. eingeholt, das die Frage eines Behandlungsfehlers, insbesondere durch die nicht vollständige Entfernung des Tumors im Verlaufe der ersten Operation vom 21.05.1998, sowie - nach Untersuchung der Klägerin durch den Sachverständigen - hieraus entstandene Schäden klären sollte. Das erste schriftliche Gutachten des Sachverständigen stammt vom 11.10.2010 (Anlagenband II). Darin weist er darauf hin, von den vielen bildgebenden Befunden nur Teile zur Verfügung zu haben (Seite 25 des Gutachtens). Dieses Gutachten hat der Sachverständige am 28.02.2012 in Auseinandersetzung mit Fragen und Einwänden der Parteien schriftlich ergänzt (Anlagenband II) und schließlich in der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2012 mündlich erläutert (Bd. II Bl. 9-12 d.A.).
Mit einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 4.10.2012 haben die Beklagten unter Hinweis darauf, dass der Sachverständige Dr. Sch. im Verlaufe der Erläuterung seines Gutachtens erstmals die Operation vom 25.07.2001 als schadensträchtig problematisiert habe, ein neurochirurgisches Fachgutachten des Prof. Dr. O. vom 3.10.2012 (Bd. II Bl. 25-55 d.A.) mit dem Antrag eingereicht, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 10.10.2012, auf das wegen der dort getroffenen Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, stattgegeben. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Klägerin habe gegen die Beklagten einen Schadensersatzanspruch wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers des Beklagten zu 2. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei zumindest die Operation vom 25.07.2001 grob fehlerhaft gewesen, weil sie das durch präoperative Diagnostik als möglich belegte Ziel einer vollständigen Tumorentfernung wegen des zu klein gewählten Zugangs verfehlt habe. Insoweit habe der Sachverständige die unzureichende Trepanation zweifelsfrei dem Operationsbericht entnommen. Den Beweis für das Fehlen der haftungsbegründenden Kausalität hätten die Beklagten nicht geführt. Es sei nicht bewiesen, dass die Schäden der Klägerin bei einer fehlerfreien Operation ebenso eingetreten wären. Es stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass alle von der Klägerin dargelegten Beeinträchtigungen auf der fehlerhaften Behandlung beruhen würden. Die Klägerin sei schwerbehindert und zu einem eigenständigen Leben ohne Hilfe nicht in der Lage. Dies rechtfertige ein Schmerzensgeld von 200.000,00 EUR und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 200,00 EUR. Ebenso könne die Klägerin Ersatz der Fahrtkosten ihrer Eltern verlangen. Für die Pflegeleistungen ihrer Mutter für die Zeit zwischen12.2004 und dem Jahr 2010 stünde der Klägerin ein Stundensatz von 10,00 EUR zu. Der dargestellte Aufwand erscheine der Kammer angesichts der Behinderung der Klägerin nicht überzogen. Auf Grund des jugendlichen Alters der Klägerin sei die weitere Ersatzpflicht der Beklagten festzustellen.
Die mündliche Verhandlung sei nicht wiederzueröffnen, der Sachverständige habe die Operation vom 25.07.2001 schon in seinem schriftlichen Gutachten als fehlerhaft bezeichnet.
Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung.
Nach Auffassung der Beklagten setze sich das Landgericht nur unzureichend mit dem Inhalt der mündlichen Verhandlung und dem Ergebnis der Beweisaufnahme auseinander und gelange so zu einem nicht haltbaren Ergebnis. Es sei nicht richtig, dass der Zugang bei der Operation vom 25.07.2001 nicht erweitert worden sei. Davon gehe nicht nur der Sachverständige Dr. Sch. in seinem ergänzenden Gutachten vom 28.02.2012 aus. Auch der Schlichtungssachverständige Prof. S. halte in seinem Gutachten vom 29.08.2007 fest, dass der Beklagte zu 2. die Trepanation am 25.07.2001 auch über die Mittellinie nach links erweitert habe. Von einem groben Behandlungsfehler könne daher keine Rede sein. Aber selbst ein einfacher Behandlungsfehler schiede nach den in erster Instanz vorgelegten Gutachten der Prof. St., O. und F. aus. Die vollständige Entfernung des Tumors habe nur unter Inkaufnahme des Risikos bleibender Hirnstammschäden erreicht werden können.
Der Beklagte zu 2. habe anlässlich der ersten Operation vom 21.05.1998 nicht mit Gewissheit davon ausgehen können, es mit einem pilozytischen Astrozytom WHO Grad I zu tun zu haben. Ziel der Operation sei daher nur die Entlastung der hinteren Schädelgrube und die histologische Diagnose gewesen.
Für einen eindeutig fehlerhaften Zugang während der Operation vom 25.07.2001 gäbe es keinen Anhaltspunkt.
Das Gutachten des Sachverständigen Sch. sei sowieso unbrauchbar, da der Sachverständige das Fehlen der Diagnostik vom 20.05.1998 bemängeln würde, obwohl ihm ein solcher Papierausdruck zur Verfügung gestanden habe. Mit dem eingewandten kausalen Mitverschulden der Eltern, die eine Operation strikt abgelehnt und nur im Notfall reagiert hätten, habe sich das Landgericht ebenso wenig befasst.
Das Schmerzensgeld sei angesichts fehlender tatsächlicher Grundlagen der Höhe nach nicht zu rechtfertigen. Unberücksichtigt geblieben seien auch die in den angeblichen Pflegezeitraum der Mutter gefallenen Krankenhausbehandlungen der Klägerin. Außerdem werde elterliche Zuwendung keinesfalls immer als notwendiger Pflegeaufwand zu werten sein. Zumindest sei der Pflegeaufwand durch die fiktiven Kosten eines Pflegeheimaufenthaltes in Höhe von 2.517,00 EUR gedeckelt. Davon sei noch das Pflegegeld abzuziehen.
Die Beklagten beantragen,
das Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 10.10.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen, hilfsweise das Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie sieht ihre Schwerstbehinderung (Lähmung, Erblindung, Sprach-, Schluck- und Atemstörung) durch die Beklagten verursacht. Mit der ersten, spätestens mit der zweiten Operation habe der Tumor vollständig entfernt werden müssen. Dass der Tumor habe entfernt werden können, zeigten die Ergebnisse der späteren Operationen.
Nach dem MRT vom 9.08.1999 habe die Pflicht zur Operation bestanden. Die Mutter der Klägerin sei weder unmittelbar danach noch am 7.02.2000 fernmündlich nachhaltig und eindringlich über die Notwendigkeit eines Eingriffs informiert und belehrt worden. Die Operation vom 25.07.2001 sei wiederum mit einer zu kleinen Öffnung durchgeführt worden, die 2 x 2 cm nicht wesentlich überschritten habe.
Die gesundheitliche Situation der Klägerin sei unverändert und es werde sich keine Besserung mehr einstellen. Die Mutter habe die Klägerin natürlich zu den von den Beklagten angesprochenen Krankenhausaufenthalten begleitet, was zwischen den Parteien unstreitig ist. Es sei eine Betreuung rund um die Uhr erforderlich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen verwiesen.
Der Senat hat der Beklagten zu 1. aufgegeben, dem Sachverständigen die fehlenden bildgebenden Befunde auszuhändigen. Hieraufhin teilte die Beklagte zu 1. mit, sie habe die Befunde der Schlichtungsstelle zur Verfügung gestellt. Von dort seien sie auch wieder zurückgesandt worden. Danach verliere sich ihre Spur, ohne dass der Beklagten zu 1. ein Verstoß gegen ihre Befundsicherungspflicht vorzuwerfen sei.
Vom Senat wurde der Sachverständige Dr. Sch. angehalten, sein Gutachten mündlich zu erläutern. Darüber hinaus hat der Senat ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dr. B. vom 7.04.2014 eingeholt. Wegen des Ergebnisses der ergänzenden Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 6.06.2013 (Bd. II Bl. 161 ff. d.A.) und 18.07.2013 (Bd. II Bl. 181 ff. d.A.) sowie das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. B. (Bd. III Bl. 1 ff. d.A.) Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg. Das angefochtene Urteil des Landgerichts beruht im Wesentlichen auf keiner Rechtsverletzung, denn die nach § 529 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen rechtfertigen nur in Bezug auf die Zinsen und einen Rechenfehler eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Beklagten haften der Klägerin auf Grund fehlerhafter ärztlicher Behandlung des Hirntumors auf Schadensersatz (§§ 280 Abs. 1; 278; 823 Abs. 1; 421 BGB), was (präziser) festzustellen ist (§ 256 Abs. 1 ZPO). Hieraus schulden sie der Klägerin als Gesamtschuldner ein Schmerzensgeld (Kapital und Rente - vgl. § 253 Abs. 2 BGB) sowie darüber hinaus die geltend gemachten Fahrt- und Pflegekosten (§ 249 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB).
1. Die Berufung zeigt zutreffend prozessuale Fehler des Landgerichts auf, die dem Senat Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen der ersten Instanz liefern und deshalb erneute Feststellungen gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
Die Verurteilung der Beklagten zum Schadensersatz stützt das Landgericht hauptsächlich auf die grob fehlerhafte Operation vom 25.07.2001 (erstes Rezidiv). Dieser sich offenbar schon in der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2012 abzeichnenden Sichtweise der Kammer traten die Beklagten mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 4.10.2012 unter Vorlage des neurochirurgischen Fachgutachtens des Prof. Dr. O. vom 3.10.2012 entgegen. Der Auseinandersetzung mit diesem Gutachten durfte das Landgericht nicht unter Hinweis auf § 296a Satz 1 ZPO aus dem Weg gehen und die mündliche Verhandlung wäre zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts wieder zu eröffnen gewesen (§§ 296a Satz 2; 156 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG).
Die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. Sch. vom 11.10.2010 und 28.02.2012 stellten nicht die Operation vom 25.07.2001 in das Zentrum der Betrachtung. Der Eingriff wurde eher am Rande erwähnt. Erst gegen Ende der mündlichen Erläuterung der Gutachten vom 29.08.2012 konzentrierten sich der Sachverständige und die Kammer auf die zweite Operation und der Sachverständige gelangte unter einer bestimmten Voraussetzung zur Annahme eines groben Behandlungsfehlers. Wenn die Beklagten dies nachfolgend durch ein Gutachten zu widerlegen suchten, das die Entfernbarkeit des Tumors in Zweifel zieht, musste das Gericht dies zur Kenntnis und ggf. zum Anlass nehmen, den Bedenken nachzugehen. Dies zu unterlassen, verletzte den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG; BGH, Beschluss vom 9.06.2009, VI ZR 138/08 - BeckRS 2009, 18041). Gerade im Arzthaftungsprozess sind Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen. Das gilt selbst dann, wenn sich die Unklarheiten aus einem Privatgutachten ergeben (BGH NJW 1994, 1596, 1597). Es genügt schon, wenn neue und erstzunehmende Bedenken gegen Teile des Gutachtens erhoben werden (BGH NJOZ 2009, 1998, 2000 f.).
Darüber hinaus wird die Entscheidung des Landgerichts nicht vom Beweisergebnis getragen (Verstoß gegen § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der grobe Behandlungsfehler des Beklagten zu 2. besteht nach Auffassung der Kammer im zu klein gewählten Zugang, den der Sachverständige zweifelsfrei dem Operationsbericht entnommen habe. Der Sachverständige hat allerdings im Verlaufe der Erläuterung seiner Gutachten am 29.08.2012 eher eindeutig darauf hingewiesen, die ihm gestellte Frage nach einem groben Behandlungsfehler nicht zweifelsfrei beantworten zu können. Nur wenn der Zugang am 25.07.2001 im Vergleich zum 21.05.1998 nicht wesentlich erweitert wurde, sei das ein Fehler, der einem Neurochirurgen schlechterdings nicht unterlaufen dürfe. Es lägen aber keine Bilder vor und der Operationsbericht mache keine Angaben zur Richtung der Öffnung. In diesem Zusammenhang übersieht das Landgericht auch die Feststellung des Schlichtungssachverständigen in seinem Gutachten vom 29.8.2007, wonach die Trepanationslücke am 25.07.2001 über die Mittellinie nach links erweitert worden sei.
2. Im Ergebnis der weitergehenden Erläuterungen des Sachverständigen Dr. Sch. gegenüber dem Berufungsgericht steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte zu 2. das pilozytischte Astrozytom der Klägerin sowohl am 21.05.1998 als auch am 25.07.2001 fehlerhaft behandelte, weil seine operativen Bemühungen unzureichend und ungeeignet waren, das standardgerechte Ziel möglichst vollständiger Tumorentfernung zu verfolgen.
Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Sch., die insoweit wohl auch von keinem anderen der zu Wort gekommenen Sachverständigen ernsthaft bezweifel werden, ist ein Tumor, wie er bei der Klägerin

auftrat, nach Möglichkeit radikal operativ zu entfernen (vgl. bspw. Gutachten vom 11.10.2010 Seite 36; Gutachten des Prof. Dr. O. vom 3.10.2012 Seite 43). Ansatz jeder Operation sei die Beseitigung der Krankheitsursache (Protokoll vom 6.06.2013 Seite 2). Besonders deutlich bringt das der Bescheid der Schlichtungsstelle vom 30.11.2007 zum Ausdruck, wonach es im Jahre 1998 zum internationalen Facharztstandard gehörte, einen Tumor mit der Erstoperation soweit vertretbar vollständig zu entfernen. Wenn die Beklagten unter Hinweis auf das Gutachten des Prof. Dr. O. vom 3.10.2012 diese Zielstellung für die Erkrankung der Klägerin verneinen, um das operative Vorgehen des Beklagten zu 2. zu rechtfertigen, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Auch der Beklagte zu 2. verfolgte - nur mit untauglichen Mitteln - erklärtermaßen das Ziel der radikalen Tumorresektion.
Der Sachverständige Dr. Sch. hat deutlich gemacht, dass die Entscheidung, wie weit bei einer Tumorresektion gegangen werden könne, unter Abwägung mit dem für den Patienten damit verbundenen Risiko, bleibende Hirnschäden davon zu tragen, getroffen werden müsse. Hieran knüpfen die Beklagten unter Hinweis auf das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. O. an, der ausführt (Seite 21), die operative Komplettentfernung des Tumors der Klägerin sei angesichts der den Hirnstamm bedeckenden Zyste mit einem gewissen Risiko bleibender Hirnstammschäden verbunden gewesen. Retrospektiv erscheine der Versuch, das Tumorwachstum möglichst lange operativ zu beherrschen, bis eine Radiotherapie durchgeführt werden könne, nicht zu beanstanden. Die endgültige Entscheidung, ob ein Tumor ohne Risiko ausgeprägter neurologischer Ausfälle zu entfernen sei, könne nur anhand des intraoperativen Eindrucks vom Operateur getroffen werden (Seite 23). Dies setzt der Senat als richtig voraus. Der Beklagte zu 2. hat aber weder bei der ersten noch bei der zweiten Operation gemeint, den Tumor nicht entfernen zu können. Auch sein Ziel war dessen Eliminierung, ansonsten ließe sich nicht erklärten, wieso es die Beklagten an der vom Sachverständigen Dr. Sch. dann vermissten engmaschigen Kontrolle des Tumors haben fehlen lassen. Noch im Schriftsatz vom 13.07.2009 haben die Beklagten zur Operation vom 21.05.1998 vorgetragen, der Beklagte zu 2., der auf Grund der gewählten Trepanation einen umfassenden, genauen, ungehinderten und vor allem uneingeschränkten Überblick über den Operationsbereich besessen habe, sei der festen, unumstößlichen Überzeugung gewesen, nicht nur die Zyste entlastet, sondern darüber hinaus auch das Tumorgewebe restlos entfernt zu haben. In der Stellungnahme gegenüber der Rechtsabteilung der Beklagten zu 1. vom 30.11.2005 (Anlage K2) erklärten der Direktor der Klinik für Neurochirurgie der Beklagten zu 1. und der Beklagte zu 2., in allen vier Operationen habe der Eindruck geherrscht, den Tumor vollständig entfernt zu haben. Es habe sich nicht der Verdacht einer diffusen Hirnstamminfiltration ergeben, die nicht operativ zugänglich gewesen wäre. Auch bei vollständiger Entfernung könnten jedoch Rezidive vorkommen. Der Beklagte zu 2. hat dementsprechend vor dem Senat geäußert, auf Grund der präoperativen Diagnostik einen kleinen Knoten umgeben von einer Zyste erwartet und intraoperativ vorgefunden zu haben. Er sei der Auffassung gewesen, den Tumor vollständig entfernt zu haben. Zur weiteren Suche im Operationsgebiet habe nach dem Ergebnis des gefertigten MRT keine Veranlassung bestanden. Dies war eindeutig falsch.
Der Sachverständige Dr. Sch. hat dem Senat auch für Laien gut verständlich dargelegt, schon der Befund der kernspintomografischen Untersuchung vom 20.05.1998 habe nach Kontrastmittelgabe einen zirkulären partial unregelmäßigen Signalanstieg mitgeteilt, was ein Hinweis auf eine weitergehende Verteilung der Knoten gewesen sei. Dies bestätigen die Ausführungen des Schlichtungssachverständigen Prof. S. im Gutachten vom 29.08.2007 (Anlage K3), wonach sich im MRT vom 20.05.1998 nach Kontrastmittelgabe eine unregelmäßige Tumorauskleidung ergab. Nach Vorlage der in den Akten vorhandenen Papierausdrucke der Aufnahmen vom 20.05.1998 (Bd. I Bl. 178 d.A.) konnte der Sachverständige Dr. Sch. das Vorhandensein mehrerer sich anreichernder Areale bestätigen. Für den Operateur mussten sich hieraus Anzeichen für mehr als den vom Beklagten zu 2. erwähnten einen Knoten ergeben, sodass er im Operationsgebiet hätte suchen müssen. Der Sachverständige konnte auch auf kritische Nachfrage der Beklagten deutlich mehrere Tumorherde erkennen, die nach seiner Feststellung nicht zu übersehen waren. Zur Durchführung einer solchen Suche eignete sich die viel zu kleine Schädelöffnung allerdings nicht. Der Beklagte zu 2. hätte den Zugang vergrößern und die Operation vom 21.05.1998 fortsetzen müssen, statt den Eingriff zu beenden. Man hätte mehr Tumormaterial entfernen müssen. Dieses Ergebnis, das demjenigen der Schlichtung entspricht, überzeugt den Senat.
Auch die Operation vom 25.07.2001 wies den gleichen Fehler auf. Das operative Vorgehen des Beklagten zu 2. war nicht geeignet, das dem medizinischen Standard entsprechende Behandlungsziel weitestgehender Tumorentfernung zu erreichen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen gestattete der gewählte Zugang trotz Erweiterung immer noch keinen ausreichenden Überblick über das krankhafte Geschehen im Kopf der Klägerin. Dafür spricht allein schon die kernspintomografische Kontrolluntersuchung vom 1.08.2001, wonach der Tumor lediglich reduziert, aber nicht entfernt worden war. Der weitaus größte Teil konnte weiterhin nachgewiesen werden. Darüber hinaus hat der Sachverständige festgestellt, dass ausweislich des Operationsberichtes keine Erweiterung der Schädelöffnung nach oben oder unten stattfand, was zur vollständigen Entfernung des Tumors notwendig gewesen wäre. Spätestens jetzt hätte der Beklagte zu 2. nach den Erfahrungen aus der ersten Operation den Zugang so wählen müssen (vgl.

Abbildung auf Seite 36 des Gutachtens vom 11.10.2010), dass jede Möglichkeit zur übersichtlichen Darstellung der Gesamttumorzyste bestanden hätte. Dies nicht getan zu haben, ist nach Feststellung des Sachverständigen Dr. Sch. fehlerhaft. Das operative Vorgehen des Beklagten zu 2. war nicht geeignet, das Ziel weitestgehender Tumorresektion zu verfolgen. Auch in dieser Hinsicht decken sich die überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Dr. Sch. mit dem Ergebnis des Schlichtungsverfahrens.
Da sich nach alledem bereits die ersten beiden Operationen eindeutig als fehlerhaft erweisen, kommt es nicht mehr auf die vom Sachverständigen vielfach kritisierte Nachsorge, insbesondere diagnostische Kontrolle der Operationsergebnisse an. Dass der Beklagte zu 2. die MRT-Aufnahmen vom 20.05.1998 fehlinterpretierte und ihm deshalb ein Behandlungsfehler unterlief (nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Sch. dürfte es sich dann um einen fundamentalen Diagnoseirrtum handeln), schließt der Senat mit Blick auf das ebenso unzureichende operative Vorgehen des Jahres 2001 aus. Das Ergebnis des Rechtsstreits würde hiervon sowieso nicht beeinflusst werden.
Soweit der Sachverständige Dr. B. in seinem Gutachten vom 7.04.2014 ungefragt für die Auffassung des Sachverständigen Prof. Dr. O. Partei ergreift, hat der Senat dies zur Kenntnis genommen. Da sich die Beklagten die Auffassung des Sachverständigen zu Eigen machen, hat der Senat seine Überzeugungsbildung nochmals überprüft, allerdings keine anknüpfungsfähigen Anhaltspunkte gefunden, die zu einer abweichenden Beweiswürdigung oder weitergehenden Sachaufklärung Anlass geben könnten.
3. Die Operationsfehler führen wegen der übernommenen Behandlung der Klägerin zur Haftung des Beklagten zu 2. aus § 823 Abs. 1 BGB und zur Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 1. auf Grund einer Verletzung des Behandlungsvertrages aus §§ 280 Abs. 1, 278 BGB. Die Beklagten schuldeten der Klägerin eine fachgerechte, dem Stand der Wissenschaft entsprechende Behandlung, also ein nach den Regeln und Standards der ärztlichen Wissenschaft vertretbares und sorgfältiges diagnostisches und therapeutisches Vorgehen. Dem wurden sie nicht gerecht, woraus der Klägerin ein haftungsbegründender Körper- und Gesundheitsschaden entstanden ist.
Die Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt eines Körper- oder Gesundheitsschadens sowie für die Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler des Arztes und dem Schaden trägt grundsätzlich der Patient. Der Klägerin ist dieser Beweis gelungen. Der Beklagte zu 2. hat den Tumor während der ersten beiden Operationen nicht entfernt, obwohl ihm das bereits die erste Operation erlaubt hätte. Hierdurch blieb ein vermeidbarer krankhafter Zustand aufrechterhalten. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Sch. hängt die Rezidivrate eines Tumors neben seiner Lokalisation und seinem histologischen Grad vom Ausmaß der erreichten Resektion ab. Im Falle der Klägerin sei es bis in das Jahr 2001 hinein mit großer Wahrscheinlichkeit möglich gewesen, den Tumor vollständig zu entfernen, ohne postoperative Komplikationen im Hinblick auf funktionelle Schädigungen umgebener gesunder Klein- und Stammhirnbereiche befürchten zu müssen (so auch der Schlichtungsbescheid vom 30.11.2007). Nach den Operationsberichten bestand kein Kontakt zu sensiblen Bereichen. Der Boden des 4. Ventrikels war nicht mit Tumorgewebe infiltriert (OP-Berichte vom 21.05.1998 u. 25.07.2001). In ihrem Schreiben vom 30.11.2005 (Anlage K2) haben der Beklagte zu 2. und der Direktor der Klinik für Neurochirurgie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich kein Verdacht auf diffuse, operativ nicht zugängliche Hirnstamminfiltrationen ergeben hätte. Nicht zuletzt gelang es Dr. J. in der Operation vom 14.09.2004 den Tumor weitestgehend zu entfernen, obwohl er angesichts der vielen Voroperationen und einer Einklemmsituation auf weit schwierigere Verhältnisse traf, als der Beklagte zu 2. (so auch der Schlichtungssachverständige und der Sachverständige Dr. Sch. in den Gutachten vom 11.10.2010 und 28.02.2012). Aus den anschließend vermehrt aufgetretenen Ausfallerscheinungen lässt sich angesichts der Einklemmsituation nicht schlussfolgern (so aber Prof. Dr. O. im Gutachten vom 3.10.2010), dem Beklagten zu 2. sei ein vollständiges Entfernungen unmöglich gewesen.
Auch wenn der Sachverständige Dr. Sch. im schriftlichen Gutachten vom 28.02.2012 nur noch feststellt, die überwiegende oder vollständige Entfernung des Tumors sei mit hoher Wahrscheinlichkeit bis02.2000 möglich gewesen und eine solche Aussage lasse sich für den 25.07.2001 vor dem Hintergrund nicht gesicherter Befunde nicht treffen (was zu Beweiserleichterungen für die Klägerin führen müsste - vgl. BGH NJW 1987, 1482, 1483 f.), steht zur Überzeugung des Senats fest, dass bei der ersten und der zweiten Operation (hier angesichts des nachfolgend erhobenen Befundes) vermeidbare Tumorreste verblieben, die gewachsen sind und zum Rezidiv führten. Der Sachverständige Dr. Sch. hat in seinem Gutachten vom 11.10.2010 unter Berücksichtigung dessen festgestellt, dass das Vorgehen der Beklagten die Zahl der operativen Eingriffe vermehrt hat und Ursache für den Progress der Erkrankung war. Diese gesundheitliche Belastung kennzeichnet den davon getragenen Schaden der Klägerin (BGH NJW 2012, 2024). Die Befindlichkeit der Klägerin wurde nachteilig durch das Zurücklassen entfernbarer und weiter zu behandelnder Tumorteile geprägt, welche nach den Feststellungen des Sachverständigen zu wachsen pflegen und gewachsen sind. Zum Primärschaden gehören alle allgemeinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Patienten unter Einschluss der sich daraus ergebenden Risiken, die sich aus der unterlassenen oder unzureichenden Behandlung ergeben können (BGH NJW 2013, 3094, 3095).

Selbst wenn sich unter dem jeweiligen Tumorrest auch Anteile befunden haben sollten, die man nicht hätte entfernen können, genügt für die Haftung des Arztes schon die Mitursäch-lichkeit des Behandlungsfehlers für einen Körper- oder Gesundheitsschaden, sodass sich der Arzt den gesamten Schaden zurechnen lassen muss, wenn nicht feststeht, dass der Behandlungsfehler nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens führte (BGH NJW 1997, 796, 797; 2000, 3423, 3424).
Steht in diesem Sinne fest, dass der Beklagte zu 2. der Klägerin durch fehlerhaftes ärztliches Handeln einen Schaden zugefügt hat, so müssen die Beklagten ihre Behauptung beweisen, der Patient hätte den gleichen Schaden auch bei einem rechtmäßigen fehlerfreien ärztlichen Handeln erlitten (BGH NJW 2005, 2072, 2073; 2012, 2024, 2025; Urteil vom 5.11.2013, VI ZR 527/12 - BeckRS 2013, 20960). Das können die Beklagten nicht, wie sie am 18.07.2013 gegenüber dem Senat eingeräumt haben.
Dass der Klägerin in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität auch Beweiserleichterungen zugute kommen, ist nach alledem nicht mehr streitentscheidend, aber im Interesse der Vollständigkeit noch zu erwähnen. Der Sachverständige Dr. Sch. hat im Verlaufe seiner Erläuterung der schriftlichen Gutachten die Operation vom 25.07.2001 ausdrücklich als grob fehlerhaft bezeichnet und damit seine gleichgelagerte Feststellung aus der ersten Instanz konkretisiert. Der Senat sieht das nicht anders. Das operative Vorgehen des Beklagten zu 2. ist angesichts der anzustrebenden Tumorentfernung und der Erfahrungen aus der ersten Operation nicht verständlich.
Die Operation vom 21.05.1998 hat der Sachverständige in erster Instanz dagegen nicht als grob fehlerhaft bezeichnen wollen (vgl. Protokoll vom 29.08.2012). Dies scheint allerdings mehr dem Umstand geschuldet gewesen zu sein, dass der Sachverständige auch das Ziel einer unvollständigen Entfernung für akzeptabel hielt, wenn man anschließend weiter beobachtete (vgl. Erläuterung vom 6.06.2013 vor dem Senat). In zweiter Instanz ließ sich allerdings unzweifelhaft das Vorhaben des Beklagten zu 2. herausarbeiten, den Tumor vollständig zu entfernen. Der Sachverständige Dr. Sch. hat mit Blick auf die vor der Operation gefertigten MRT-Aufnahmen dann geäußert, er könne das vom Beklagten zu 2. geschilderte operative Vorgehen nicht verstehen. Dem entnimmt der Senat auch an dieser Stelle einen groben Behandlungsfehler. Gab es mehrere Knoten und waren diese ungleichmäßig verteilt, kann ein erfahrener Facharzt nicht nur nach einem kleinen zystenummantelten Tumoranteil suchen. Zumindest wäre dem ein fundamentaler Diagnoseirrtum voraus gegangen.
Da nach den Feststellungen des Sachverständigen der Fehler geeignet war, bei der Klägerin den dargestellten Gesundheitsschaden herbeizuführen und dies auch nicht gänzlich unwahrscheinlich ist, tritt zu Lasten der Beklagten eine Umkehr der Beweislast für die haftungsbegründende Kausalität ein. Die Beklagten können indes nicht beweisen, dass die Operationen vom 21.05.1998 und 25.07.2001 nicht zum nachteiligen Gesundheitszustand der Klägerin als Primärschaden führten.
Das Verschulden des Beklagten zu 2. unterliegt keinen erörterungswürdigen Bedenken.
4. Das Landgericht hat sich nicht mit dem Vorbringen der Beklagten befasst, die Klägerin träfe ein Mitverschulden, weil ihre Eltern Anfang 2000 keiner Operation zugestimmt hätten. Voraussetzung für einen solchen Sorgfaltsverstoß wäre die ordnungsgemäße Therapieaufklärung über die Notwendigkeit des beabsichtigten Eingriffs. Eine solche Aufklärung bestreitet die Klägerin unter Beweisantritt. Die Beklagten berufen sich dementgegen nur auf eine telefonische Mitteilung, was von vornherein unzureichend erscheint. Den Eltern hätten besonders bei einer eher ablehnenden Haltung mit allem Nachdruck die medizinische Notwendigkeit, die drohenden einschneidenden Folgen des Unterlassens der Operation und damit der Ernst der Lage in einem persönlichen Gespräch deutlich vor Augen geführt werden müssen. Eine Mitteilung an den Hausarzt ersetzt ein solches Gespräch mit beiden sorgeberechtigten Eltern nicht.
Außerdem ließe sich ein Mitverschulden nur bejahen, wenn die ablehnende Haltung der Eltern die Beklagten davon abgehalten hätte, den Tumor vollständig zu entfernen. Die oben erörterten und die ihnen folgenden Eingriffe des Beklagten zu 2. lassen aber vermuten, dass auch Anfang des Jahres 2000 nicht anders operiert worden wäre.
5. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche hat das Landgericht zutreffend zuerkannt. Die zugrunde liegenden Schäden sind mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf die fehlerhaften Operationen des Beklagten zu 2. zurückzuführen (§ 287 Abs. 1 ZPO). Hierzu gehören auch Folgebehandlungen Dritter, selbst wenn sie für sich als fehlerhaft zu betrachten sind (BGH NJW 2012, 2024, 2025). Die Behandlung der Beklagten hatte gerade den Zweck, die Klägerin vor weiteren Tumoreingriffen und damit vor der komplikationsbedingten Schädigung wichtiger Hirnbereiche zu bewahren. Da die Klägerin zu Beginn der Behandlung unter keinerlei Ausfallerscheinungen und (bis auf den Tumor) sonstigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen litt, sieht der Senat den jetzt vom Sachverständigen Dr. B. im Gutachten vom 7.04.2014 festgestellten, von der Klägerin auch richtig dargelegten und nun wohl auch unstreitigen Gesundheitszustand mit all den daran anknüpfenden Behandlungen und Beeinträchtigungen als haftungsausfüllende Folge der Behandlungsfehler der Beklagten an.
a) Dies rechtfertigt ein Schmerzensgeld von 200.000,00 EUR und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 200,00 EUR (§ 253 Abs. 2 BGB).
Die Klägerin musste sich diversen Rezidivoperationen unterziehen, denen schwere Krankheitszustände bis hin zur Einklemmung voraus gingen. Hierdurch sind erhebliche neurologische Störungen eingetreten,

wie Hirnnervenstörungen, neurogene Atemstörung, neurogene Dysphagie, Lagophtalmus bei beidseitiger Faszialisparese, Aducensparese bei gestörter Okklumotorik und zerebelläre Ataxie. Der Sachverständige Dr. B. bezeichnete dies als hochgradigen Defektzustand, der bei ständiger Lebensbedrohung eine umfassende Betreuung rund um die Uhr erfordert. Die Klägerin wird nie selbständig leben und schon gar keinem Beruf nachgehen können. Nicht einmal eine eigenständige Flüssigkeits- und Nahrungsaufnahme ist möglich. Eine Besserung wird nicht eintreten.
Bei derart schweren Fällen ist neben einem Schmerzensgeldkapital eine Rente zuzusprechen, die in der vom Landgericht gebilligten Höhe keineswegs überzogen sind (vgl. Palandt/ Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 253 Rdn. 21, 19).
b) Die Fahrtkosten der Eltern von 1.674,55 EUR gehören zu den Herstellungskosten nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB und sind als solche von den Beklagten zu tragen. Der Höhe nach entspricht die Berechnung der Klägerin der ständigen Rechtsprechung des Senats, wonach pro Kilometer 0,25 EUR analog § 5 Abs. 2 Nr. 1 JVEG zu ersetzen sind. Dass die Eltern der Klägerin die in der Anlage K19 aufgezählten Fahrten unternommen haben, nimmt der Senat nach § 287 Abs. 1 ZPO als sehr wahrscheinlich an.
c) Die Kosten der Pflege der Klägerin für die Zeit zwischen12.2004 und dem Ende des Jahres 2010 betragen nach Abzug der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung 218.155,00 EUR. Soweit das Landgericht mehr zugesprochen hat, beruht dies auf einem Rechenfehler.
Die Klägerin hat grundsätzlich Anspruch auf eine solche Ersatzleistung der Beklagten. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. B. ist die Klägerin dauerbetreuungs- und -pflegebedürftig. Die damit verbundenen vermehrten Bedürfnisse resultieren aus den gesundheitlichen Folgen der Behandlungsfehler und sind vom Schädiger auszugleichen (§ 249 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB).
Zumeist ist in solchen Fällen eine Rente zu gewähren (vgl. § 843 Abs. 1 BGB). Dies hindert die Klägerin allerdings nicht, ihren konkreten Aufwand für jeden Tag der Pflege zu liquidieren. Dazu gehören auch Pflegeleistungen, die Familienangehörige erbringen, wenn sie sonst einer professionellen Pflegekraft übertragen werden müssten. Letzteres kann nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. B. keinem Zweifel unterliegen. Keinesfalls muss sich die Klägerin im Interesse der Beklagten auf eine vermeintlich günstigere Pflege in einer Einrichtung verweisen lassen. Sie hat Anspruch auf ambulante Pflege in ihrer bisherigen Umgebung.
Die Höhe des Anspruchs folgt den Kosten, die eine vergleichbare entgeltliche Pflegekraft verursachen würde. Diese Kosten hängen wiederum vom Maß der Betreuungsbedürftigkeit und von den notwendigen Fachkenntnissen ab. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. B. stellt der gesundheitliche Zustand der Klägerin höchste Ansprüche an die Pflegeperson. Es ist eine 24-stündige Betreuung mit oft lebensnotwendigen von einem medizinisch Nichtkundigen normalerweise nicht zu leistenden Verrichtungen erforderlich. Die verlangten 3.660,00 EUR im Monat (= 10,00 EUR x 12 Stunden pro Tag) sind danach einschränkungslos zuzubilligen. Die monatlichen Leistungen aus der Pflegeversicherung (665,00 über 675,00 bis 685,00 EUR) lässt sich die Klägerin anrechnen.
Soweit in den streitgegenständlichen Zeitraum Krankenhausaufenthalte der Klägerin fallen, wird hierdurch der Ersatzanspruch nicht gemindert oder gar ausgeschlossen. Erstens hat die Mutter die Klägerin unstreitig stets begleitet, wodurch mit hoher Wahrscheinlichkeit der notwendige Pflegeaufwand im Krankenhaus erst sichergestellt werden konnte. Zweitens konnte die Klägerin auch einer professionellen Pflegekraft nicht für diese Zeiträume kurzfristig kündigen. Die Klägerin ist auch nicht verpflichtet, sich aus Gründen der Schadensminderung solche Kündigungen vorzubehalten, da ihre anspruchsvolle Pflege ein erhebliches Vertrauen voraussetzt.
d) Die Zinsen schulden die Beklagten, wie schon vom Landgericht angenommen, unter dem Gesichtspunkt des Verzuges (§§ 288 Abs. 1; 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Landgericht und die Klägerin übersehen jedoch, dass es sich bei der Mahnung der Klägerin vom 20.08.2008 um eine auf den 3.09.2008 befristete und auf 113.810,00 EUR beschränkte Zahlungsaufforderung handelte. Das darüber hinaus Gehende ist nach § 291 BGB zu verzinsen.
5. Die Schwere der gesundheitlichen Schädigung der Klägerin verlangt die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten. Es ist damit zu rechnen, dass der Klägerin erheblich mehr materielle Schäden entstehen, als sie bisher geltend gemacht sind. Auch mit Spätfolgen ist zu rechnen.
Der feststellende Teil des Urteils ist allerdings neu zu fassen. Das Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO muss unter Angabe der rechtsbegründenden Tatsachen genau bezeichnet werden. Dem genügt die vom Landgericht gewählte Formulierung nicht.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1; 92 Abs. 2 Nr. 1; 100 Abs. 4 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10; 711 Sätze 1 u. 2; 709 Satz 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 (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
Der Streitwert ist nach §§ 47 Abs. 1 Satz 1; 42 Abs. 1 Satz 1 a.F.; 43 Abs. 1; 45 Abs. 1 Satz 1; 48 Abs. 1 Satz 1; 71 Abs. 1 Satz 1 GKG; § 3 ZPO.

43. BGH, Urteil vom 21.10.2014 – VI ZR 14/14 – * Arzthaftung: Reichweite der Aufklärungspflichten und der Verantwortlichkeit des nur aufklärender Arztes vor einer von einem anderen Arzt empfohlenen und durchgeführten Knieoperation

Leitsatz

1. Auch der Arzt, der einen Patienten ausschließlich über den von einem anderen Arzt angeratenen und durchzuführenden Eingriff aufklärt, kann dem Patienten im Falle einer fehlerhaften oder unzureichenden Aufklärung aus unerlaubter Handlung haften.
2. Zur Reichweite der Verantwortlichkeit des aufklärenden Arztes.

Orientierungssatz

Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung, der aufklärende Arzt habe nur die Aufklärung über die allgemeinen Risiken der beabsichtigten Operation, nicht aber die Aufklärung über die (Miss-)Erfolgsaussichten und Behandlungsalternativen übernommen, und nehme nur insoweit eine Garantenstellung gegenüber dem Patienten ein. Für die Reichweite der Garantenstellung des Arztes ist der Umfang des Vertrauens entscheidend, das sich der Patient aufgrund des konkreten Auftretens des Arztes berechtigterweise bilden darf. Dies lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt stets von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Dabei kommt es darauf an, wie ein objektiver Dritter in der Lage des Patienten das Verhalten des Arztes in der konkreten Behandlungssituation verstehen durfte.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5.12.2013 aufgehoben.
Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten um Ansprüche auf materiellen und immateriellen Schadensersatz wegen angeblicher Aufklärungsversäumnisse im Zusammenhang mit zwei bei der Klägerin durchgeführten Knieoperationen.
Die Klägerin, die an Beschwerden in beiden Knien litt und deshalb bereits mehrfach voroperiert war, stellte sich Anfang10.2000 erstmals Dr. T., Arzt und damaliger Geschäftsführer der Privatklinik "A.-Klinik M.", vor. Für die Voruntersuchung war Dr. Z. zuständig, der der Klägerin bereits anlässlich dieses Termins einen konkreten operativen Therapievorschlag unterbreitete. Anfang11.2000 unterzog sich die Klägerin hierauf einer Arthroskopie. Im02.2001 vereinbarte die Klägerin mit Dr. T., sich einer Operation am rechten Knie zu unterziehen, für die nach mehrfacher Verlegung schließlich der 31.05.2001 als Termin vereinbart wurde.
Am Operationstag begab sich die Klägerin in die A.-Klinik. Nach einem Gespräch mit der Beklagten, die als niedergelassene Fachärztin für Orthopädie freiberuflich in der A.-Klinik tätig und mit Dr. T. über eine sogenannte "Kooperationsvereinbarung" verbunden war, unterzeichnete sie eine ihr vorgelegte Einverständniserklärung, in der es unter anderem heißt, die Klägerin sei über die Erfolgsaussichten des Eingriffs aufgeklärt worden. Der Bogen wurde von der Beklagten mit dem Zusatz "i. V." gegengezeichnet. Anschließend führte Dr. T. am rechten Knie der Klägerin eine arthroskopische und offene Operation mit partieller Synovektomie, Lateral Release, Versetzung der Tuberositas Tibiae und Shaving-Chondroplastik Patella und Trochlea durch.
In der Folgezeit entschloss sich die Klägerin, auch ihr linkes Knie von Dr. T. operieren zu lassen. Der Operationstermin wurde am 11.01.2002 auf den 28.01.2002 festgesetzt. Wie vor der ersten Operation unterzeichnete die Klägerin am Operationstag nach einem mit der Beklagten geführten Gespräch eine ihr vorgelegte Einverständniserklärung, die inhaltlich der anlässlich der ersten Operation unterzeichneten entsprach. Auch diese Erklärung wurde von der Beklagten mit dem Zusatz "i. V." gegengezeichnet. Anschließend führte Dr. T. auch am linken Knie eine partielle Synovektomie, eine Shaving-Chondroplastik Patella und eine laterale Retinakulotomie durch.
Beide Operationen erbrachten nicht das von der Klägerin gewünschte Ergebnis. Bezüglich beider Knie wurden Revisionsoperationen erforderlich.
Mit der Behauptung, von der Beklagten inhaltlich unzureichend und zu spät aufgeklärt worden zu sein, hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 40.000 € nebst Zinsen sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.879,80 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Darüber hinaus hat sie die Feststellung der Pflicht der Beklagten begehrt, ihr den aus den Operationen vom 31.05.2001 und 28.01.2002 sowie den Folgeoperationen bereits entstandenen und zukünftig noch entstehenden materiellen Schaden sowie den zukünftig noch entstehenden immateriellen Schaden zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger und/oder sonstige Dritte übergegangen sind.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des geltend gemachten Schmerzensgeldes in Höhe von 12.000 € und im Übrigen voll stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, zwar sei dem Landgericht darin zu folgen, dass die Klägerin über die begrenzten bzw. geringen Erfolgsaussichten der Eingriffe nur unzureichend oder überhaupt nicht aufgeklärt worden sei, weshalb ihre Einverständniserklärungen rechtsunwirksam und die Operationen rechtswidrig gewesen seien. Auch treffe es zu, dass ein Arzt, der nur die Aufklärung des Patienten übernehme, Täter einer unerlaubten Handlung sein könne. Dabei sei nicht erforderlich, dass der betreffende Arzt dem Patienten auch zur Operation geraten und insoweit ausdrücklich die Aufklärung übernommen habe. Vorliegend scheitere eine Haftung der Beklagten aber daran, dass sie keine Pflichten im Rahmen des von ihr übernommenen Behandlungsteils verletzt habe.

Zu differenzieren sei nämlich zwischen dem Teil der Aufklärung, der die Information über die Erfolgsaussichten und Behandlungsalternativen betreffe, und dem Teil, der die Aufklärung über allgemeine Risiken des beabsichtigten Eingriffs betreffe. Der erste Teil sei eng mit der Indikationsstellung, der Auswertung der klinischen und bildgebenden Untersuchung sowie der Krankengeschichte des Patienten verbunden und könne "im Grunde genommen" nur von dem Arzt, der die Operationsindikation in Kenntnis des genauen Krankheitsbildes und Krankheitsverlaufes gestellt habe, vorgenommen werden. Die Aufklärung über die allgemeinen Risiken der gewählten Operation könne dagegen auch von einem Facharzt ohne Untersuchung und genaue Kenntnis des Krankheitsbildes des Patienten erfolgen. Werde nunmehr ein in keiner Weise in das Behandlungsgeschehen involvierter Arzt nach der Indikationsstellung und Anmeldung des Patienten zur Operation mit der Aufklärung beauftragt, so übernehme er nur insoweit Behandlungsverantwortung für die Aufklärung, als es um die Darstellung der allgemeinen Operationsrisiken gehe. Nur insoweit nehme er eine Garantenstellung gegenüber dem Patienten ein.

Danach scheide im Streitfall eine Pflichtverletzung der Beklagten aus. Da sie unstreitig weder an den Untersuchungen der Klägerin noch an der Indikationsstellung in irgendeiner Form beteiligt gewesen und "sogar sehr kurzfristig" mit der Durchführung der Aufklärung am Operationstage beauftragt worden sei, könne ihr nicht vorgeworfen werden, die von ihr übernommenen Pflichten dadurch verletzt zu haben, dass sie die Klägerin nicht auf die geringen Erfolgsaussichten der geplanten Operation hingewiesen habe. Auch könne der Beklagten nicht vorgeworfen werden, dass die Aufklärung erst unmittelbar vor der Operation und damit verspätet erfolgt sei. Denn es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Beklagte für die Operationsplanung und den Zeitpunkt der Risikoaufklärung verantwortlich sei und gegenüber der Patientin insoweit eine Garantenstellung übernommen habe.

II.

1. Diese Erwägungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern ist zunächst gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es sei erforderlich gewesen, die Klägerin auch über die eingeschränkten Erfolgsaussichten der Operationen aufzuklären. Der erkennende Senat hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass über die Erfolgsaussichten einer Behandlung jedenfalls dann aufzuklären ist, wenn das Misserfolgsrisiko hoch und die Indikation zweifelhaft ist (Senatsurteile vom 3.12.1991 - VI ZR 48/91, VersR 1992, 358, 359; vom 6.11.1990 - VI ZR 8/90, VersR 1991, 227, 228; vom 23.09.1980 - VI ZR 189/79, VersR 1980, 1145, 1146; ohne die genannte Einschränkung: Senatsurteile vom 14.03.2006 - VI ZR 279/04, BGHZ 166, 336 Rn. 6, 8; vom 8.05.1990 - VI ZR 227/89, VersR 1990, 1010, 1011 f.; vom 14.02.1989 - VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; ferner Senatsurteile vom 22.05.2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 24; vom 14.06.1994 - VI ZR 178/93, VersR 1994, 1235, 1236; vgl. auch Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., C Rn. 8 f.; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 433 f.; für den Behandlungsvertrag jetzt auch § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Voraussetzungen waren im Streitfall erfüllt. Nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bestanden bezüglich des rechten Knies nur geringe Chancen, durch die Operation eine durchgreifende Besserung zu erzielen. Bezüglich des linken Knies war die Situation etwas günstiger bei gleichwohl nur begrenzten Erfolgsaussichten des Eingriffs.

b) Im Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats steht auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, ein Arzt, der nur die Aufklärung des Patienten über die ihm angeratene Operation übernommen habe, könne eine unerlaubte Handlung begehen (vgl. Senatsurteile vom 29.09.2009 - VI ZR 251/08, VersR 2010, 115 Rn. 14; vom 8.05.1990 - VI ZR 227/89, VersR 1990, 1010, 1011; vom 22.04.1980 - VI ZR 37/79, VersR 1981, 456, 457). Denn mit der Aufklärung übernimmt der Arzt einen Teil der ärztlichen Behandlung, was - wie auch sonst die tatsächliche Übernahme einer ärztlichen Behandlung (vgl. Senatsurteil vom 20.02.1979 - VI ZR 48/78, VersR 1979, 376, 377) - seine Garantenstellung gegenüber dem sich ihm anvertrauenden Patienten begründet (Senatsurteil vom 22.04.1980 - VI ZR 37/79, aaO). Ist die Aufklärung unvollständig und die Einwilligung des Patienten in die Operation unwirksam, kann der aufklärende Arzt deshalb gemäß § 823 BGB zum Ersatz des durch die Operation entstandenen

Körperschadens verpflichtet sein (Senatsurteil vom 29.09.2009 - VI ZR 251/08, aaO). Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass dies nicht nur dann gilt, wenn der aufklärende Arzt - wie in der Senatsentscheidung vom 22.04.1980 (VI ZR 37/79, aaO) zugrundeliegenden Fall - dem Patienten als zunächst behandelnder Arzt auch zur Operation geraten hat (so allerdings OLG Bamberg, GesR 2004, 135, 136; anders aber bereits Senatsurteil vom 29.09.2009 - VI ZR 251/08, aaO; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., C Rn. 108; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. A 1764).
c) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nur die Aufklärung über die allgemeinen Risiken der beabsichtigten Operation, nicht aber die Aufklärung über die Erfolgsaussichten und Behandlungsalternativen übernommen. Der vom Berufungsgericht zur Begründung dieser Annahme aufgestellte Rechtssatz, der mit der Aufklärung beauftragte Arzt übernehme dann, wenn er an der Indikationsstellung und Vereinbarung der Operation nicht beteiligt gewesen sei, nur den Teil der Aufklärung, der die Information über die allgemeinen Risiken der zwischen dem Patienten und den behandelnden Ärzten vereinbarten Operation betreffe, und nehme auch nur insoweit eine Garantenstellung gegenüber dem Patienten ein, trifft - jedenfalls in dieser Allgemeinheit - nicht zu.
Die Annahme einer Garantenpflicht bei tatsächlicher Übernahme einer ärztlichen Behandlung hat ihren Grund in der Übernahme eines Auftrags (vgl. BGH, Urteil vom 31.01.2002 - 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224 Rn. 20; Senatsurteil vom 8.02.2000 - VI ZR 325/98, VersR 2000, 1107) oder in dem Vertrauen, das der betreffende Arzt beim Patienten durch sein Tätigwerden hervorruft und diesen davon abhält, anderweitig Hilfe in Anspruch zu nehmen (vgl. Senatsurteil vom 20.02.1979 - VI ZR 48/78, VersR 1979, 376, 377). Feststellungen, dass die Beklagte es gegenüber den behandelnden Ärzten übernommen hätte, die Klägerin über die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Operationen aufzuklären, sind - ohne dass dem Berufungsgericht insoweit Rechtsfehler unterlaufen wären - nicht getroffen worden.
In der vorgenannten zweiten Fallgruppe ist für die Reichweite der Garantenstellung des Arztes indes der Umfang des Vertrauens entscheidend, das sich der Patient aufgrund des konkreten Auftretens des Arztes berechtigterweise bilden darf. Dies lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt stets von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Dabei kommt es darauf an, wie ein objektiver Dritter in der Lage des Patienten das Verhalten des Arztes in der konkreten Behandlungssituation verstehen durfte. Hierzu hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen getroffen.
Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird zu berücksichtigen sein, dass der Klägerin im Rahmen der von der Beklagten geführten Gespräche Einwilligungsbögen, nach deren Inhalt sie auch bestätigte, über die Erfolgsaussichten des jeweiligen Eingriffs aufgeklärt worden zu sein, übergeben und anschließend von der Beklagten gegengezeichnet wurden. Ebenfalls zu berücksichtigen sein werden etwaige (Aufklärungs-)Gespräche mit den behandelnden Ärzten, die im Vorfeld des jeweils von der Beklagten durchgeführten Aufklärungsgesprächs stattgefunden haben. Vor diesem Hintergrund konnte auch nicht offen bleiben, ob und inwieweit die behandelnden Ärzte die Klägerin bereits über die Erfolgsaussichten der Eingriffe aufgeklärt hatten.
2. Das Berufungsgericht wird im Rahmen der erneuten Befassung Gelegenheit haben, auch das weitere wechselseitige Vorbringen der Parteien in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen.
Galke Wellner Diederichsen
von Pentz Offenloch

44. OLG Köln, Beschluss vom 20.10.2014 – I-5 U 97/14, 5 U 97/14 – * Arzthaftungsprozess: Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises

Leitsatz

Der Beweis der Schadensursächlichkeit eines fehlerhaften Unterlassens des Arztes (hier Unterlassen der sofortigen Korrektur eines abgerutschten MFK-I-Köpfchens nach einer Fuß-OP) ist nicht geführt, wenn eine sofortige Korrektur mit 50 - 70%iger Sicherheit die eingetretenen Beschwerden und Dauerfolgen verhindert hätte. Insoweit finden auch die Grundsätze des Anscheinbeweises keine Anwendung.

Orientierungssatz

Der Figur des Anscheinsbeweises kommt in Fragen medizinischer Zusammenhänge kaum praktische Bedeutung zu, weil die Möglichkeit eines atypischen Verlaufs nahezu immer besteht. Anscheinsbeweis setzt voraus, dass es sich um einen typischen Verlauf handelt, und kommt nicht in Betracht, wenn ein Krankheitsbild theoretisch die Folge anderer Ursachen sein kann, wobei ein typischer Ablauf für sich genommen eine sehr große, d.h. sehr deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit erfordert.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 7.5.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (25 O 447/10) wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Die Berufung ist nach § 522 Abs.2 ZPO zurückzuweisen, weil sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, und auch die Fortbildung des Rechts, die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder sonstige Gründe eine Entscheidung des Berufungsgerichts aufgrund mündlicher Verhandlung nicht erfordern. Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 10.9.2014 verwiesen (§ 522 Abs.2 Satz 3 ZPO).
Die hiergegen weiter vorgebrachten Einwände, geben auch nach erneuter Überprüfung keinen Anlass zu einer Änderung der Auffassung des Senates, sondern nur zu folgenden ergänzenden Anmerkungen:
Der Beweis dafür, dass die fehlerhaft durchgeführte Operation den bei der Klägerin entstandenen Schaden verursacht hat, ist nicht geführt. Volle richterliche Überzeugung, die § 286 ZPO fordert, lässt sich nicht mit einer Wahrscheinlichkeit begründen, die der Sachverständige mit 50 - 70 % angegeben hat. Überzeugung bedeutet eine - wenn auch nur lebenspraktische, nicht in naturwissenschaftlichem Sinne absolute - Gewissheit von der Richtigkeit der Tatsache. Sie ist wesentlich mehr als bloße überwiegende Wahrscheinlichkeit, wie sie ausreichen mag, wenn das Beweismaß des § 287 ZPO gegeben ist. Wenn von zehn Operationen nur maximal sieben gut ausgehen, während mindestens in drei Fällen die gleichen Folgen wie im Falle der Klägerin zu erwarten sind, kann von Gewissheit der Schadensursächlichkeit keine Rede sein.
Die verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten der Klägerin, die nach völlig herrschender Auffassung, insbesondere nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (grundlegend hierzu BGH NJW 2012, 2024) und des erkennenden Senats die Beweislast für die Ursächlichkeit von Behandlungsfehler und Körperschaden trägt. Eine Beweislastumkehr kommt nicht in Betracht, weder nach den Grundsätzen des groben Behandlungsfehler noch nach denen des Befunderhebungsmangels. Auf die entsprechenden Begründungen sowohl im Urteil des Landgerichts (dort Seite 5 Mitte) als auch im Hinweis des Senats wird Bezug genommen. Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 8.10.2014 ausführt, das Landgericht habe sich mit der Frage des groben Fehlers nicht auseinandergesetzt, ist dies unzutreffend und unverständlich.
Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht auf die Grundsätze des Anscheinsbeweises berufen. Der Figur des Anscheinsbeweises kommt in Fragen medizinischer Zusammenhänge kaum praktische Bedeutung zu, weil die Möglichkeit eines atypischen Verlaufs nahezu immer besteht. Anscheinsbeweis würde voraussetzen, dass es sich vorliegend um einen typischen Verlauf handelt, und kommt nicht in Betracht, wenn ein Krankheitsbild theoretisch die Folge anderer Ursachen sein kann (vgl. hierzu näher Geiß/Greiner, 7. Aufl. 2014 B. IV; Rn. 231 ff m.z.w.N.). Hier fehlt es zum einen an der Typizität. Eine bloße Wahrscheinlichkeit von 50 - 70%, dass der Schaden vermieden worden wäre, die Operation zu einem besseren Ergebnis geführt hätte und es nicht zu dem Schaden am Großzehengrundgelenk gekommen wäre, reicht zum einen schon nicht aus, um von einem typischen Ablauf zu sprechen, denn dieser erfordert für sich genommen eine sehr große, d.h. sehr deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit. Zum anderen kommen hier konkret andere Schadensursachen in Betracht, nämlich außer der weiteren Entwicklung der Grunderkrankung vor allem die Bewirkung der Schäden durch die als solche ordnungsgemäß abgelaufene, aber nicht erfolgreiche Operation am Fuß. Der Fehler liegt hier nicht in den Operationsmaßnahmen selbst, sondern in einer verzögerten Revisionsoperation. Ob es bei einer früheren Operation nicht ebenfalls zu einem erneuten und weiteren Abrutschen des MFK-I-Köpfchens nach lateral gekommen wäre, ist letztlich ungewiss und nicht aufklärbar.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.
Streitwert für das Berufungsverfahren: 19.000.- EUR.

45. LG Dortmund, Urteil vom 17.10.2014 – 3 O 376/13 – * Prospekthaftung: Schadenersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung aufgrund des Beitritts zu einem Schiffsfonds nach "Diagonallesen" des Emissionsprospekts und der Beitrittserklärung

Orientierungssatz

1. Hat ein Anlageinteressent den Verkaufsprospekt vor der Unterzeichnung der Beitrittserklärung nur "diagonal" gelesen, obwohl er die Möglichkeit hatte, ihn aufmerksam durchzulesen, und unterzeichnet er dennoch den Zeichnungsschein, kann er aus seiner Unkenntnis keine Rechte herleiten (vgl. BGH, Urteil vom 11.07.1968, II ZR 157/65, NJW 1968, 2102).
2. Bei dem streitgegenständlichen Schiffsfonds ist hinsichtlich eines Totalverlustrisikos grundsätzlich zu berücksichtigen, dass den Verbindlichkeiten der Beteiligungsgesellschaft der Sachwert des Schiffes gegenübersteht.
3. Bezüglich des Wiederauflebens der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB, die auch das Agio erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 5.05.2008, II ZR 105/07), oder nach §§ 30 und 31 GmbHG ist ein bloßer Hinweis auf die Kommanditistenhaftung ausreichend.

4. Werden im Emissionsprospekt personelle Verflechtungen offengelegt, bedarf es einer expliziten Erörterung der Interessenlagen und möglicher Interessenkonflikte nicht mehr.
5. Dass eine zum Zeitpunkt ihrer Erstellung vertretbare Prognose immer mit dem Risiko einer abweichenden negativen Entwicklung behaftet ist und sich die Entwicklung der Rentabilität einer Kapitalanlage insoweit nicht mit Sicherheit voraussagen lässt, gehört zum Allgemeinwissen und bedarf keiner besonderen Aufklärung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08).
Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Vergleiche BGH, 27.10.2009, Az: XI ZR 337/08
Vergleiche BGH, 5.05.2008, Az: II ZR 105/07
Vergleiche BGH, 11.07.1968, Az: II ZR 157/65

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger nach einem Streitwert von 42.240,00 EUR.
Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz wegen Prospektfehlern und der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Beitritt zu dem Schiffsfonds DS-Rendite-Fonds Nr. 112 VLCC Mercury Glory GmbH & Co. Tankschiff KG (nachfolgend Fondsgesellschaft). Er begehrt die Rückzahlung seiner Kommanditeinlage in Höhe von 40.000,00 EUR nebst 5 % Agio (= 2.000,00 EUR) abzüglich der ihm verbliebenen Ausschüttungen in Höhe von 9.6000,00 EUR - 7.200,00 EUR Rückerstattung.
Bei der Beklagten zu 1) handelt es sich um die Gründungsgesellschafterin und Prospektherausgeberin und bei der Beklagten zu 2) um die uneigennützige Treuhänderin. Der streitgegenständliche Emissionsprospekt (Anl. S&J 2) wurde am 03.06.2005 herausgegeben.
Unter dem 22.09.2005 unterschrieb der Kläger eine formularmäßige Beitrittserklärung, die seinen Beitritt zu dem Fonds mittelbar durch die Beklagte zu 2) zum Gegenstand hatte (Anl. K2, Blatt 143 dA und Anl. S&J1).
Der Kläger behauptet, G habe ihm bei einem Gespräch, bei dem es um die Verabredung eines Seminars gegangen sei, erklärt, dass er ihm auch Investmentfonds anbieten könne. G habe diese Investmentfonds als Altersvorsorge angepriesen. Dies sei sein erklärtes Anlageziel gewesen. Er habe G mitgeteilt, dass er mit Verlusten nicht einverstanden sei. Nach diesem Gespräch habe er ihm, dem Kläger, Flyer über verschiedene Fondbeteiligungen übersandt. G habe ihn, den Kläger, danach angerufen und nachgefragt, wie er sich entschieden habe. In diesem Telefongespräch habe er eine Beteiligung an der dem streitgegenständlichen Fonds angeboten. Er habe erklärt, dass es sich um eine sichere Anlage handle. Er habe ihn, den Kläger, nicht über die Vermittlungsprovision und das sich daraus ergebende Eigeninteresse sowie darüber informiert, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung mit einem Totalverlustrisiko handele, dass ein Zweitmarkt für derartige Beteiligungen nicht bestehe, wie sich offene und geschlossene Fonds voneinander unterscheiden und dass das Risiko der Rückzahlung der Ausschüttungen bestehe.
Nach dem Telefongespräch habe G ihm, dem Kläger, den Prospekt und den Zeichnungsschein übersandt. Einige Tage später habe er den Zeichnungsschein unterschrieben, nachdem er den Prospekt diagonal gelesen habe und dann an G zurückgesandt. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre er dem streitgegenständlichen Fonds nicht beigetreten, er habe auf die Richtigkeit der Mitteilungen vertraut.
Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm der Emissionsprospekt vom 03.06.2005 nicht rechtzeitig übergeben worden sei und die nachfolgend dargestellten Prospektfehler enthalte (wegen der Einzelheiten wird auf S. 9-19 der Klageschrift vom 23.07.2013 (= Bl. 10-20 d.A.), auf S. 9-24 des Schriftsatzes vom 18.03.2014 (= Bl. 226-241 d.A.) und S. 1-8des Schriftsatzes vom 17.09.2014 (=Bl. 407- 414 dA) Bezug genommen):
(1) kein ausreichender Hinweis auf Totalverlustrisiko und den Leverage-Effekt,
(2) kein ausreichender Hinweis auf das Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB und §§ 30,32 GmbHG
(3) kein ausreichender Hinweis auf die fehlende Fungibilität,
(4) kein ausreichender Hinweis auf mögliche Insolvenzen des persönlich haftenden Gesellschafters und der Beteiligungstreuhänderin,
(5) fehlender Hinweis auf die Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten zum Direktkommanditisten,
(6) Risiko durch erlaubnispflichtige Garantie- und Dienstleistungsverträge,
(7) fehlender Hinweis auf das Risiko der Insolvenz des Gründungskommanditisten,
(8) irreführende Verwendung des Begriffs der "Ausschüttungen",
(9) nicht ausreichende Aussagen zu den Vertragspartnern,
(10) unvollständige und oberflächliche Darstellung der Investitionskosten (Weichkosten/Mittelverwendung),
(11) unzureichende Plausibilität der erzielbaren Chartereinnahmen,

(12) unzureichende Erläuterung des Fremdwährungsrisikos,
(13) steuerliche Risiken,
(14) Kosten des Schiffbetriebs und der Verwaltung,
(15) Versicherungen bei Schiffsbetrieb im Ausland,
(16) Schiffsverkauf,
(17) kein hinreichender Hinweis auf die Möglichkeit veränderter rechtlicher Rahmenbedingungen, die sich aus den Genehmigungen nach § 7 Flaggenrechtsgesetz ergeben,
(18) unzureichende Darstellung des Schiffsmarktes,
(19) faktische Geschäftsführung durch fremdfinanzierende Banken,
(20) falsche Darstellung der Risiken zum ausländischen Recht,
(21) Widerrufsbelehrung,
(22) Verwässerungsgefahr.
Der Kläger beantragt,
1. die Beklagten zu 1) und 2) samtverbindlich zu verpflichten, an ihn einen Betrag von 40.240,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent p.a. vom 22.09.2005 bis 03.01.2013 und 5 Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 04.01.2013 Zug um Zug gegen Abtretung aller Vermögensrechte des Klägers aus seiner Beteiligung an der DS-Rendite-Fonds Nr. 112 über 40.000,00 EUR vom 22.09.2005/28.09.2005 zu bezahlen;
2. die Beklagten zu 1) und 2) samtverbindlich zu verurteilen, ihn von allen Verpflichtungen, die ihn aus seiner Beteiligung an der DS-Rendite-Fonds Nr. 112 über 40.000,00 EUR vom 22.09.2005/28.09.2005 treffen, freizustellen;
3. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 2) samtverbindlich ihm sämtliche weitere Schäden zu ersetzen haben, die ihm aus der Beteiligung an der DS-Rendite-Fonds Nr. 112 entstehen;
4. festzustellen, dass sich die Beklagten seit 04.01.2013 mit den Leistungen der Klageanträge Ziffer 1.-3. im Annahmeverzug befinden;
5. die Beklagten samtverbindlich zu verpflichten, den Kläger von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.655,49 EUR freizustellen.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten behaupten, der Kläger habe die Beteiligung gezeichnet, um Steuern zu sparen. Die Beklagten berufen sich auf die Einrede der Verjährung.
Das Gericht hat den Kläger angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T und G. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 17.10.2014 Bezug genommen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagten zu1) und zu 2) aus keinem Rechtsgrund Rückzahlungsansprüche hinsichtlich der Einlage nebst Agio sowie Ersatzansprüche bezüglich entgangener Anlagezinsen .
Gegen die Beklagten zu 1) und 2) scheiden Schadensersatzansprüche gemäß §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) aus uneigentlicher Prospekthaftung aus, weil das Gericht eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1) und 2) nicht feststellen kann.
Die Beklagten zu 1) und 2) gehören als Gründungs- und Treuhandgesellschafter zwar zu dem Personenkreis, die nach den Grundsätzen der uneigentlichen Prospekthaftung bei einem Aufklärungsmangel haften. Die aus dem Aspekt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) abgeleitete Prospekthaftung im weiteren Sinne zielt auf eine Haftung der Gründungsgesellschafter - namentlich der Gründungskommanditisten und der Treuhandkommanditisten - einer Publikumskommanditgesellschaft (BGH, Urt. v. 06.10.1980 - II ZR 60/80 Rn. 15 ff.; BGH, Urt. v. 29.05.2008 - III ZR 59/07 Rn. 7 ff.; BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2012 - I-8 U 256/11 Rn. 36 ff.). Grundlage ist, dass die Gründungsgesellschafter wegen eines regelmäßigen Wissensvorsprungs gegenüber den Anlegern eine Aufklärungspflicht trifft (OLG Hamm, Urt. v. 08.09.2008 - 8 U 161/07 Rn. 198). Neben einer vollständigen Aufklärung in Bezug auf alle anlagerelevanten Umstände müssen insbesondere unrichtige Prospektangaben richtiggestellt werden (BGH, Urt. v. 29.05.2008 - III ZR 59/07 Rn. 8; BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8 ff.). Demnach ist für eine Haftungsbegründung nicht erforderlich, dass die Gründungsgesellschafter in persönlichen Kontakt zum Anleger getreten sind oder anderweitig besonderes persönliches Vertrauen beansprucht haben (BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8; OLG Hamm, Urt. v. 08.09.2008 - 8 U 161/07 Rn. 63).
Nach diesen Grundsätzen sind die Beklagten zu 1) und 2) im Sinne der uneigentlichen Prospekthaftung verpflichtet, über alle wesentlichen Gesichtspunkte aufzuklären, die für die Entscheidung des Interessenten von Bedeutung sind. Sie kommen ihr regelmäßig dadurch nach, dass dem Interessenten rechtzeitig (nachfolgend a) ein vollständiger und richtiger Prospekt (nachfolgend c) übergeben wird und von dem

Anlageberater oder Anlagevermittler keine von dem Prospektinhalt abweichenden Erklärungen abgegeben werden (nachfolgend b) (vgl. BGH, Urt. V. 12.12.2013, III ZR 404/12, Urt. v. 11.05.2006 - III ZR 205/05 Rn. 9; OLG Köln, Urt. v. 04.09.2012 - 24 U 65/11 Rn. 25; Palandt, § 311 Rn. 70).
(a) Nach der Rechtsprechung hat die Prospektübergabe grundsätzlich so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss zu erfolgen, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (BGH Urt. v. 21.03.2005, II ZR 140/03 Rn.39 für die Prospekthaftung und BGH Urt. v. 08.05.2012, XI ZR 262/10 Rn.21für die Beraterhaftung). Dabei ist die Übergabe des Prospekts aber bereits dann rechtzeitig erfolgt, wenn der Anlageinteressent nur hinreichend Zeit zur Lektüre des Prospekts hatte und er den Zeitpunkt der Zeichnung - ohne zwingenden Grund - selbst kurzfristig bestimmt (vgl. Urt. dieser Kammer v. 11.04.2014 - 3 O 476/13 - BeckRS 2014, 08829; Urt. dieser Kammer v. 08.11.2013 - 3 O 124/13 - BeckRS 2013, 21094; Urt. dieser Kammer v. 08.11.2013 - 3 O 125/13 - BeckRS 2013, 21095; OLG Frankfurt, Urt. v. 06.05.2011 - 19 U 293/10 - NJW-RR 2011, 1549, 1549 f.; LG Frankfurt/M., Urt. v. 23.03.2012 - 2-19 O 334/11 - BeckRS 2013, 06846; LG Frankfurt/M., Urt. v. 07.11.2011 - 2-19 O 170/11 - BeckRS 2013, 21809).
Den Zeichnungszeitpunkt hat der Kläger im vorliegenden Fall selbst (kurzfristig) bestimmt, obgleich er nach seinem eigenen Vortrag die Möglichkeit zur eingehenden Lektüre des Prospekts hatte. Er hatte den Prospekt einige Tage vor der Unterzeichnung der Beitrittserklärung auf dem Postweg erhalten und vor der Unterzeichnung der Beitrittserklärung "diagonal" gelesen. Insoweit war es allein die Entscheidung des Klägers, den Zeichnungsschein zu unterzeichnen, ohne den Verkaufsprospekt vorher aufmerksam durchzulesen. Die Möglichkeit dazu hatte er. Wer aber eine Urkunde ungelesen oder oberflächlich gelesen unterschreibt, kann aus seiner Unkenntnis keinerlei Rechte herleiten (BGH NJW 1968, 2102).
(b) Das Gericht hat nach der Vernehmung der Zeugen T und G sowie der informatorischen Befragung des Klägers nach § 141 ZPO nicht feststellen können, dass die Zeugen T und G von dem Prospektinhalt abweichende und irreführende Angaben gegenüber dem Kläger gemacht haben (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.1993 - XI ZR 12/93 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 22.03.2011 - XI ZR 33/10 Rn. 22 ff.).
Mit dem Zeugen T hat der Kläger nach seinem eigenen Vortrag in der mündlichen Verhandlung vom 21.03.2014 nicht gesprochen. Die Aussage des Zeugen T war unergiebig.
Der Zeuge G hat dem Vortrag des Klägers, er habe ihm erklärt, die Anlage sei für die Altersvorsorge geeignet und es bestehe kein Verlustrisiko, widersprochen. Er habe die Schiffsfondsbeteiligung vielmehr als gute und im Verhältnis zu anderen Fondsbeteiligungen als sehr sichere Anlage empfohlen. Bereits aufgrund dieser widersprechenden Aussagen waren für die Kammer keine sicheren Feststellungen zu dem im Tatbestand dargestellten streitigen Sachvortrag des Klägers zu den Erklärungen des Zeugen G im Zusammenhang mit der Beitrittserklärung des Klägers vom 22.09.2005 möglich. Objektive Anhaltspunkte, die für den streitigen Vortrag des Klägers sprechen könnten, waren weder ersichtlich noch vorgetragen. Überdies vermag die Kammer ohnehin über den genauen Ablauf und Gesprächsinhalt von Gesprächen, die über neun Jahre zurückliegen, insgesamt keine sicheren Feststellungen zu treffen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass bei einem solch lange zurückliegenden Geschehen etwaige Erinnerungslücken lediglich mit Gedankenverbindungen ausgefüllt werden, die dem Kläger bzw. dem Zeugen G heute als plausibel erscheinen. Die letztlich für das erkennende Gericht verbleibenden Zweifel gehen aber zu Lasten des beweisbelasteten Klägers.
Der Kläger trägt die Beweislast für die von ihm behaupteten irreführenden Angaben durch G (vgl. BGH, Urt. v. 11.05.2006 - III ZR 205/05 Rn. 6 f.; Palandt, § 280 Rn. 36, 50).
(c) Bei dem vorliegenden Prospekt vom 03.06.2005 handelt es sich um einen richtigen und vollständigen Prospekt (Urteile der Kammer vom 06.06.2014, 3 O 394/13, 13.06.2014, 3 O 306/13, 20.06.2014, 3 O 380/13 und 11.07.2014, 3 O 218/13). Die folgenden, von dem Kläger geltend gemachten Prospektfehler sind nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht feststellbar.
(1) Totalverlustrisiko/Leverage-Risiko
Durch den Prospekt wird der Anleger hinreichend über das Totalverlustrisiko/Leverage-Risiko informiert. Bei dem streitgegenständlichen Schiffsfonds ist in Bezug auf das Totalverlustrisiko grundsätzlich zu berücksichtigen, dass den Verbindlichkeiten der Beteiligungsgesellschaft der Sachwert des Schiffs gegenübersteht. Eine ausnahmslose Pflicht, über das Verlustrisiko - unabhängig von konkreter Ausgestaltung von Beteiligungsangebot und Risikostruktur - zu informieren, besteht nicht (BGH Urt. v. 27.10.2009, XI ZR 337/08 Rn. 25 = NJW-RR 2010, 115).
Zudem ist auf das Kapitel "Risiken der Beteiligung" im Prospekt zu verweisen. Dort heißt es (S. 31): "Abweichungen einzelner wirtschaftlicher Eckdaten oder die Kumulierung von Abweichungen mehrerer Eckdaten können dazu führen, dass sich das kalkulierte Gesamtergebnis für den Anleger deutlich verschlechtert oder sogar zu einem Totalverlust der Beteiligung führt. (...) Wer dennoch nach sorgfältigem Studium dieses Prospekts das unternehmerische Risiko als zu hoch einschätzt, sollte sich nicht beteiligen." Damit wurde über das Totalverlustrisiko in ausreichendem Maße aufgeklärt. Nichts anderes kann für das "Leverage"-Risiko gelten, das durch die Warnungen vor vollständigem Verlust hinreichend deutlich vor Augen geführt wurde. Neben diesem denkbar deutlichen Hinweis in dem Kapitel zu bestehenden Risiken wird mehrfach im Prospekt über die Unbeständigkeit der Aussichten informiert. Gleich zu Beginn wird nach vertriebstypischen Anpreisungen auf S. 6 erklärt: "Doch der Schiffsmarkt war, ist und bleibt ein volatiler

Markt. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass mit kurzfristigen Charterverträgen oftmals keine auskömmlichen Ergebnisse erreicht werden (...)".
(2) Haftungsaufleben nach § 172 Abs. 4 HGB
Hinsichtlich des Wiederauflebens der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB oder nach §§ 30 und 31 GmbHG ist ein bloßer Hinweis auf die Kommanditistenhaftung ausreichend. Nicht notwendig ist hingegen eine darüberhinausgehende Erklärung der Regelung des § 172 Abs. 4 HGB oder der §§ 30 und 31 GmbHG in abstrakter Hinsicht (BGH Beschluss vom 09.11.2009, II ZR 16/09 = WM 2009, 2387).
Bei dem streitgegenständlichen Emissionsprospekt stellt es sich auch so dar, dass das Wiederaufleben der Haftung ausdrücklich beschrieben wird. Dort heißt es (S. 35): "Sollte jedoch infolge von Auszahlungen (= Entnahmen) das Eigenkapitalkonto herabgesetzt werden, lebt gemäß § 172 HGB die Haftung in Höhe der Auszahlungen wieder auf. Die Auszahlungen werden nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag als Darlehen gegenüber dem Kommanditisten/Treugeber behandelt und können gegebenenfalls von der Gesellschaft im Bedarfsfall einer Liquiditätsenge zurückgefordert werden." Eine inhaltsgleiche Darstellung, dort unter ausdrücklichem Verweis auf § 172 Abs. 4 HGB, findet sich auf S. 79 des Prospektes. Auch die Ausführungen im Gesellschaftsvertrag unter § 4 Ziff. 5 (S. 102 des Prospekts) und § 11 Ziff. 5 (S. 112 des Prospekts) stellen einen integralen Bestandteil des Prospekts dar und dürfen bei der Einschätzung nicht vernachlässigt werden (OLG Hamm, Urt. v. 09.03.2011 - 8 U 132/10; OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2012 - 8 U 256/11; OLG Hamm, Urt. v. 18.04.2012 - 8 U 233/11).
(3) Mangelnde Fungibilität
Der Emissionsprospekt weist deutlich auf die nur eingeschränkte Fungibilität der Beteiligung hin. Bei einer nur eingeschränkten Fungibilität handelt es sich um einen grundsätzlich aufklärungsbedürftigen Umstand (BGH Urt. v. 18.01.2007, III ZR 44/06 = , WM 2007, 542; BGH Urt. v. 12.07.2007, III ZR 83/06 = , WM 2007, 1608).
Der Prospekt weist auf S. 35 f. hinreichend deutlich auf die nur eingeschränkte Fungibilität und das damit verbundene Risiko hin. Das Fungibilitätsrisiko wird transparent an markanter Stelle, in dem Kapitel "Risiken der Beteiligung" unter "Fungibilität und Kündigung der Beteiligung" erörtert: "Ein Engagement im Seeschiffsbereich sollte immer unter langfristigen Aspekten erfolgen. Gleichwohl ist eine Übertragung oder der Verkauf einer Beteiligung mit Zustimmung der Komplementärin (...) grundsätzlich jederzeit möglich. Die Fungibilität von Fondsanteilen steigt mit dem Erfolg der Beteiligung. Jedoch sollten die Anleger berücksichtigen, dass ein vorzeitiger Verkauf der Beteiligung bei nicht planmäßiger Entwicklung und unter Berücksichtigung der bisherigen steuerlichen Ergebnisse nur mit Preisabschlägen auf den Nominalwert der Beteiligung oder unter Umständen überhaupt nicht zu realisieren ist. Wirtschaftlich sinnvoller und profitabler dürfte grundsätzlich das Warten auf den späteren Verkauf des Fondsobjektes sein."
Bezüglich des klägerseits vorgetragenen unzumutbaren Risikos aufgrund der Zustimmungsbedürftigkeit durch die Gesellschaft ist auf § 3 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrags (S. 101) zu verweisen: "Die Abtretung - auch zur Sicherheit - bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin (Abtretungsverbot gemäß § 399 BGB), die nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf." Da die Zustimmung der Gesellschafterin nur aus wichtigem Grund, der im Prospekt auch näher konkretisiert wird, nicht erteilt werden darf, besteht keine unzumutbare Beschränkung des Klägers.
(4) mögliche Insolvenzen der persönlich haftenden Gesellschafterin und der Beteiligungstreuhänderin
Bei dem Insolvenzrisiko handelt es sich schon nicht um einen aufklärungspflichtigen Umstand. Der Kläger ist der Ansicht, der Prospekt müsste über eine mögliche Insolvenz sowohl der persönlich haftenden Gesellschafterin als auch der Beteiligungstreuhänderin informieren. Denn die Insolvenz sei regemäßig mit dem Verlust der Steuervorteile verbunden. Hinsichtlich der Insolvenz der Treuhänderin sieht der Kläger die Gefahr, dass unüberschaubare Abfindungssummen in diesem Fall entstehen würden, die die Beteiligungsgesellschaft nicht bedienen könnte. Zudem würden die Treugeber bis zur Höhe der ausstehenden Einlagen aller Treugeber bzw. bis zur Höhe der nicht geleisteten Haftsumme haften.
Bei dem allgemeinen Insolvenzrisiko handelt es sich nach Auffassung der erkennenden Kammer um ein jedem Anleger zugängliches und verfügbares Allgemeinwissen. Schon aus dem mitgeteilten unternehmerischen Charakter der Beteiligung ergibt sich ein immanentes Insolvenzrisiko. Ein konkretes Risiko war aus Sicht der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar. Eine Pflicht zur Aufklärung in einem Emissionsprospekt besteht allein dann, wenn zu dem allgemeinen Risiko weitere, risikoerhöhende spezielle Risiken treten. Anhaltspunkte für eine derartige Risikoerhöhung sind nicht ersichtlich (vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 21.03.2006, XI ZR 63/05 Rn. 16 = NJW 2006, 2041; BGH, Urt. v. 27.10.2009, XI ZR 337/08 Rn. 25 = NJW-RR 2010, 115; LG Frankfurt, Urt. v. 28.11.2008 - 2-19 O 62/08, BeckRS 2008, 25103; LG München I, Teilurteil vom 16.03.2010 - 28 O 1377/09, BeckRS 2011, 00704).
(5) Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten zum Direktkommanditisten
Eine Aufklärungspflicht bezüglich einer vermeintlichen Schlechterstellung von Treuhandkommanditist gegenüber Direktkommanditist besteht nicht.
Es ist nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht erkennbar, worauf die Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten gegenüber dem Direktkommanditisten tatsächlich gründen sollte. Der Kläger

verweist auf die Stellung als "Als-ob-Kommanditist". Letztlich macht er damit aber lediglich auf ein rechtliches Konstrukt aufmerksam, dass häufig bei Publikums-KGs in zulässiger, rechtlich üblicher Form zum Tragen kommt (BGH II ZR 134/11, II ZR 242/11, II ZR 304/00). Es bedarf keiner besonderen, da risikoerhöhenden Aufklärung. Die Treuhänderin hält das Recht für Rechnung des Treugebers, als wäre dieser selbst Rechtsinhaber. Wirtschaftlich wäre der Treugebertisch die Treuhänderin Rechtsinhaber. Der Treuhänderin kommt ihre Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB zu, solange sie die Haftsumme nicht durch Einlage gedeckt hat, und nach § 172 Abs. 4 HGB hinsichtlich einlagemindernder Ausschüttungen. Es handelt sich also um eine anerkannte rechtliche Gestaltung (vgl. K. Schmidt, JuS 2010, 1022 ff.). Im Treuhandvertrag (S. 116 ff. des Prospekts) wird zudem die rechtliche Konstruktion und insbesondere die Funktion des Treuhandkommanditisten ausführlich dargestellt.

(6) erlaubnispflichtige Garantie- und Dienstleistungsverträge

Eine Aufklärungspflichtverletzung bezüglich erlaubnispflichtiger Garantie- und Dienstleistungsverträge besteht nicht. Nach dem klägerischen Vortrag fehle eine Erläuterung der erlaubnispflichtigen Garantie- und Dienstleistungsverträge in dem Prospekt. Durch die Fondsgesellschaft abgeschlossene Garantieverträge würden möglicherweise als Bankgeschäfte im Sinne von § 1 KWG und sodann als erlaubnispflichtig im Sinne des KWG qualifiziert. Zwar ist der Anleger grundsätzlich umfassend über das Geschäftsmodell zu informieren hinsichtlich seiner Chancen und Risiken. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird § 1 Abs. 1 KWG allerdings im Zusammenhang mit Fondsgeschäften tendenziell eher nicht weit ausgelegt (BGH, Urt. v. 07.12.2009, II ZR 15/08 = NJW-RR 2010, 1187). Es wird nach Auffassung der erkennenden Kammer nicht deutlich, inwieweit Grund zu der geäußerten Befürchtung bestehe und inwieweit eine solche Qualifizierung für die Beklagten vorhersehbar gewesen sei. Sie stellt sich daher aus derzeitiger Sicht als eher fernliegend dar (vgl. LG München I, Urteil vom 19.10.2009 - 28 O 879/09, BeckRS 2011, 01309).

(7) mögliche Insolvenz der Gründungskommanditisten

Auch bezüglich einer möglichen Insolvenz der Gründungskommanditisten besteht keine Aufklärungspflicht. Auf die Ausführungen zu den Insolvenzrisiken der persönlich haftenden Gesellschafterin und der Beteiligungstreuhänderin wird Bezug genommen.

(8) Abgrenzung Ausschüttungsbegriff im Sinne des Prospekts und des HGB

Der im Prospekt verwendete Ausschüttungsbegriff deckt sich auch mit der Verwendung im Sinne des HGB. Die Begriffsverwendung ist nicht irreführend. Auf die Ausführungen zu dem Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wird Bezug genommen. Dass die Haftung auch bei Auszahlung des Agios wiederaufleben kann, ist von den erörternden Hinweisen erfasst und bedarf keiner gesonderten Aufklärung. Die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB erfasst auch das Agio (BGH Urt. v. 5.5.2008 - II ZR 105/07).

Unter Ausschüttungen versteht das HGB eine Form der Ergebnisverwendung, die an die Gesellschafter aufgrund ihrer Gesellschafterstellung ausgezahlt wird (Wiedmann, in: Ebenroth et al., HGB, § 268 Rn. 1). Der Kläger trägt nicht vor, an welcher konkreten Stelle der Prospekte von diesem Verständnis in irreführender Weise abgewichen wird. Hinsichtlich des Vorwurfs, bei Verweis auf § 172 Abs. 4 HGB erfolge keine Klarstellung bezüglich der relevanten Haftsumme, wird auf die ausdrückliche Formulierung auf S. 35 des Prospekts verwiesen: "Sollte jedoch infolge von Auszahlungen (= Entnahmen) das Eigenkapitalkonto herabgesetzt werden, lebt gemäß § 172 HGB die Haftung in Höhe der Auszahlungen wieder auf."

Dem Vorbringen des Klägers, es würde nicht über die Risiken gesellschaftsrechtlicher Regelungen aufgeklärt, sind die Ausführungen auf S. 34 f., 76, 79 und 112 des Prospekts entgegenzuhalten. Insbesondere wird auf S. 35 im Anschluss an das § 172 Abs. 4 HGB-Risiko erörtert: "Die Auszahlungen werden nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag als Darlehen gegenüber dem Kommanditisten/Treugeber behandelt und können gegebenenfalls von der Gesellschaft im Bedarfsfall einer Liquiditätsenge zurückgefordert werden." Dieses in der Tat erhöhte Risiko wird also - auch unter Verweis auf den Gesellschaftsvertrag als integraler Bestandteil des Prospekts mit weiteren Ausführungen - dargelegt.

(9) Vertragspartner

Die Vertragspartner werden im Emissionsprospekt hinreichend transparent vorgestellt. Dabei handelt es sich - auch im Hinblick auf die Vertriebsstruktur - um einen aufklärungspflichtigen Umstand (BGH, Urt. v. 07.12.2009, II ZR 15/08 = NJW 2010, 1077). Allerdings werden auf S. 60 ff. des Emissionsprospekts in einem eigenen Kapitel "Verträge und Vertragspartner" die Beteiligten benannt und in Aufgaben und Funktion vorgestellt. Wenn diese personellen Verflechtungen - wie hier - offengelegt werden, bedarf es nicht mehr einer expliziten Erörterung der Interessenlagen und möglicher Interessenkonflikte.

(10) Weichkosten/Mittelverwendung

Der Emissionsprospekt enthält umfassende Informationen hinsichtlich der Weichkosten und der Mittelverwendung. Über Weichkosten, die in nicht unerheblicher Höhe anfallen, muss ein Prospekt aufklären. Dem Anleger ist zu verdeutlichen, in welchem Umfang seine Leistungen nicht in das Anlageobjekt, sondern in Anschaffungs- und Herstellungskosten investiert werden (BGH Urt. v 12.12.2013, III ZR 404/12 Rn. 14, 15). Fehlerhaft ist es daher, wenn dem Anleger nicht vor Augen geführt wird, in welchem Umfang seine Beteiligung nicht in das Objekt eingeht, wenn beispielsweise Werbungskosten mit einem unrichtigen Anteil am Gesamtaufwand ausgewiesen werden. Dem Anlageinteressenten ist es nicht zumutbar, zunächst

durch eine Reihe von Rechengängen zu einer korrekten Feststellung zu kommen (BGH Urt. v 12.12.2013, III ZR 404/12 Rn. 14, 15).
Die vom Kläger angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen sind nicht einschlägig, da sie zum einen die Problematik von nicht vollständig offen gelegten Innenprovisionen - Verschleierung hoher Provisionen durch den schlichten Hinweis auf "weitere Vergütung" - (BGH, Urt. v. 09.02.2006 - III ZR 20/05, Rn. 4 ff.), zum anderen die Frage von unstrukturierter und unübersichtlicher Darstellung der Kosten betreffen (BGH, Urt. v. 01.03.2004 - II ZR 88/02 Rn. 24 ff.).
Vorliegend wurde die Höhe der Weichkosten korrekt angegeben. Sie werden mehrfach im Prospekt selbst (S. 32 f. und 41 ff.) sowie in der Anlage 1 zum Gesellschaftsvertrag (S. 115) mitgeteilt. So wird beispielsweise in der Übersicht auf S. 41 "Mittelherkunft und Mittelverwendung" verdeutlicht, dass von dem Investitionsvolumen in Höhe von 91.050 T EUR ein Betrag von 6.435 T EUR für "Vertrieb und Einwerbung des Beteiligungskapitals" eingesetzt wird. Für den sorgfältigen Anlageinteressenten sind die Angaben nach einer Gesamtschau des Prospekts ausreichend aufschlussreich und erfordern keinen beachtlichen Rechenaufwand (ebenso BGH Urt. v 12.12.2013, III ZR 404/12 Rn. 14, 15).
Nicht offenbarungspflichtig ist, ob und ggf. in welcher Höhe die T-Finanz GmbH und/oder G Provisionen für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligungen erhalten haben. Für den nicht bankmäßig gebundenen, freien Anlageberater besteht keine Verpflichtung gegenüber seinem Kunden, ungefragt über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn der Kunde selbst keine Provision zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden (BGH, Urteil vom 15.04.2010, III ZR 198/09 und BGH, Urteil vom 10.11.2011 III ZR 245/10 in Abgrenzung zu BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876 und BGH, NJW 2009, 1416).
(11) Chartereinnahmen
Der Kläger wurde durch die Prospekte ausreichend in Bezug auf Chartereinnahmen informiert.
Auf S. 31 f. und 44 des Prospekts wird explizit auf das Risiko hingewiesen, dass die Chartereinnahmen schwanken und unter dem Eindruck eines weltweiten Verfalls der Chartereinnahmen stehen. So heißt es auf S. 31: "Die Nachfrage nach Transporten zur See wird entscheidend von der weltweiten Nachfrage bestimmt. Eine langfristige Marktschwäche oder nachhaltige Änderungen der Verbrauchsgewohnheiten - vor allem in den Industrienationen - können zu einem Rückgang des Transportaufkommens führen. Dies kann wiederum die Ertragslage des Charterers/Chartergaranten derart beeinflussen, dass ihm die Erfüllung seiner Verpflichtungen teilweise oder gänzlich unmöglich wird (...). Im Extremfall kann dies zur Aufgabe des Geschäftsbetriebes führen oder den Verlust des Beteiligungskapitals bedeuten." Auf S. 44 werden die erwarteten Chartereinnahmen zudem in Tabellenform von 2005 bis 2017 präzisiert. Damit wird deutlich, dass die Chartereinnahmen durchaus geringer als prospektiert ausfallen können. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die angestellte Prognose sich aus damaliger Sicht ex-ante als unvertretbar dargestellt hätte (vgl. auch LG Dortmund, Urt. v. 08.11.2013 - 3 O 125/13, BeckRS 2013, 21095).
(12) Fremdwährungsrisiko
Der Prospekt klärt ausreichend umfänglich über das Fremdwährungsrisiko auf.
Das Fremdwährungsrisiko wird mit einer illustrierenden Analyse auf S. 51 des Prospekts ("Sensitivitätsanalyse") erläutert. Auf S. 32 heißt es hierzu: "Abweichungen von der Höhe des kalkulierten Wechselkurses können sich negativ auf die Höhe der Auszahlungen an die Anleger auswirken." Der Kläger trägt nicht einmal im Ansatz vor, dass die zugrunde gelegten Kalkulationen unrichtig wären.
(13) steuerliche Risiken/steuerliche Belastung des Fonds, insb. volle Steuerpflichtigkeit des Unterschiedsbetrags
Der Prospekt klärt auf den Seiten 80 ff. ausreichend über die steuerlichen Grundlagen unter anderem zum "Unterschiedsbetrag" und auf den Seiten 33 und 34 ausreichend über die steuerlichen Risiken und Belastungen des Fonds auf. Die steuerliche Behandlung des Anlageobjekts gehört regelmäßig zu den aufklärungspflichtigen Umständen in einem Prospekt (vgl. BGH, Urt. v. 14.07.2003, II ZR 202/02 = BKR 2003, 759, 761 f.).
Auf Seite 84 wird Folgendes ausgeführt: "Zum Schluss des Wirtschaftsjahres, das der erstmaligen Anwendung der Tonnagesteuer vorangeht, ist der Unterschiedsbetrag zwischen Buch- und Teilwert (stille Reserven) für alle Wirtschaftsgüter der Gesellschaft, die dem Betrieb des Schiffes im internationalen Verkehr dienen, festzustellen. Hierbei sind auch die in Fremdwährungsverbindlichkeiten etwaig ruhenden stillen Reserven oder stille Lasten einzubeziehen, so dass für die Gesellschaft ein Unterschiedsbetrag für das Wirtschaftsgut "Seeschiff" und gegebenenfalls ein Unterschiedsbetrag "Fremdwährungsverbindlichkeiten" zu bilden ist.
Der Unterschiedsbetrag für das Wirtschaftsgut "Seeschiff" ist bei der Veräußerung des Schiffes oder bei einer Rücknahme der Option zur Tonnagesteuer nach Ablauf des zehnjährigen Bindungszeitraumes unabhängig von tatsächlich erzielten Veräußerungserlös zu versteuern. ... Ein möglicher positiver Unterschiedsbetrag "Fremdwährungsverbindlichkeiten" ist bei ratierlicher Tilgung der Darlehen jährlich anteilig gewinnerhöhend aufzulösen und zu versteuern ... ."

So heißt es auf S. 33 und 34 beispielsweise ausdrücklich: "Grundlage für die steuerlichen Aussagen und die Berechnungen ist die derzeit gültige Rechtslage. Grundsätzlich besteht das Risiko veränderter steuerlicher Ergebnisse aufgrund von zukünftigen Änderungen der steuerlichen Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber, die Finanzverwaltung oder die Rechtsprechung. Im Zeitpunkt der Prospektherausgabe bereits bekannte Gesetzesänderungen wurden jedoch berücksichtigt ... . Weiterhin besteht die Möglichkeit veränderter steuerlicher Ergebnisse aufgrund einer vom Prospekt abweichenden Beurteilung eines oder mehrerer Sachverhalte durch die Finanzverwaltung. Dies gilt insbesondere bezüglich der zugrunde zu legenden steuerlichen Nutzungsdauer des Schiffes, auf der die Höhe der jährlichen Abschreibungen basiert ... . Bei Umstellung der Besteuerung auf "Tonnagesteuer" gemäß § 5 a Abs. 3 S. 1 EStG ab 2007 ist ein Unterschiedsbetrag zu bilden, der im Wesentlichen aus der Differenz zwischen dem geschätzten Marktwert (steuerlicher Teilwert) und dem Buchwert des Schiffes zum 31.12.2006 besteht. Falls ein solcher Unterschiedsbetrag positiv ist, ist dieser Unterschiedsbetrag bei Verkauf des Schiffes entsprechend Gewinn erhöhend aufzulösen. Bedingt durch einen höheren Marktwert des Schiffes kann der Unterschiedsbetrag höher ausfallen, mit einer entsprechend höheren Steuerbelastung für den einzelnen Anleger.
Es wird hiermit hinreichend deutlich, dass die steuerliche Beurteilung von der geltenden Gesetzeslage und der behördlichen Bewertung abhängt. Es ist durchaus vertretbar, von der damals aktuellen Situation auszugehen und zugleich auf die Unsicherheiten hinsichtlich Änderungen zu verweisen.
Bei den Prospektangaben zur Gewerbesteuer handelte es sich um eine Prognose, was dem Prospekt zweifelsfrei zu entnehmen ist. Allein, dass eine im Prospekt aufgestellte Prognose sich nicht bewahrheitet hat, stellt indes keinen haftungsbegründenden Prospektfehler dar. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn die Prognose nicht durch sorgfältig ermittelte Tatsachen gestützt und aus ex-ante Sicht vertretbar war. Anderenfalls trägt grundsätzlich der Anleger das Prognoserisiko (vgl. BGH Urteil vom 23. 4. 2012 − II ZR 75/10, OLG Hamm 31 U 193/13, Urteil vom 31.03.2014).
Nach § 5a EStG gilt bei der Tonnagebesteuerung das pauschal ermittelte Einkommen als Gewerbeertrag im Sinne von § 7 S. 1 GewStG. Hinzuzurechnen sind gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und S. 2 EStG, § 5 a Abs. 4 EStG Vergütungen für Leistungen der Gründungsgesellschafter (z.B. Provisionen). Nach § 7 S. 1 letzter Halbsatz GewStG i.V.m. § 9 Nr. 3 GewStG ist der so ermittelte Gewerbeertrag für Unternehmen, die ausschließlich dem Betrieb von eigenen oder gecharterten Handelsschiffen im internationalen Verkehr zum Gegenstand haben, um 80 % zu kürzen. Während die Finanzverwaltung eine solche generelle Kürzung des nach § 5a EStG ermittelten Tonnagegewinns nicht zugelassen hat, ließ sie Kürzungen der Sondervergütungen um 80 % entsprechend dieser Vorschrift zum Zeitpunkt der Prospektherausgabe und der Zeichnung durch die Kläger zu, obwohl der Bundesfinanzhof mit seinen Urteilen vom 06.07.2005 (Az. VIII R 72 / 02 und VIII R 74/02) entschieden hatte, dass diese Kürzung des nach § 5a EStG ermittelten Gewerbeertrags aber auch bezüglich der Sondervergütungen gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und S. 2 EStG ausgeschlossen ist.
Die maßgebliche Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 06.07.2005 (Az. VIII R 72/02), die wie alle Entscheidungen des Bundesfinanzhofs gemäß § 110 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung zunächst nur die am Rechtsstreit beteiligten Personen bindet, war zu diesem Zeitpunkt bis zur Prospektherausgabe nur in der nicht veröffentlichten Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs zu finden, in einem weiteren (veröffentlichten) Urteil des BFH (VIII R 74/02) zitiert sowie in einem Aufsatz in der FR 2007, S. 205 bis 209 besprochen worden. Die Finanzverwaltung, auf deren Umsetzung es für die Steuerpflicht des Fonds ankommt, ist aber nur an Urteile gebunden, die das Bundesfinanzministerium im Bundessteuerblatt II veröffentlicht hat. Erst durch eine Veröffentlichung der Urteile des Bundesfinanzhofs bzw. Beschlüsse im Bundessteuerblatt Teil II (BStBl II) werden die Finanzämter angewiesen, diese Urteile des Bundesfinanzhofs auch in anderen Fällen anzuwenden.
Auf die Möglichkeit, von der Entscheidung "online" Kenntnis zu nehmen, kommt es - außerhalb der offiziellen Seite des BMF - damit nicht an. Im Bundessteuerblatt ist die Entscheidung erst nach Prospektherausgabe und Zeichnung der Beteiligung durch die Klägerin veröffentlicht worden. Gleiches gilt für die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom gleichen Tag (Az. VIII R 74/02). Das Bundesfinanzministerium hat die Verwaltungspraxis aufgrund dieser Entscheidung durch entsprechende Anweisung an die Finanzämter erst am 31.10.2008, und damit ebenfalls nach Herausgabe sämtlicher Prospekte und sämtlichen Anlageentscheidungen durch die Kläger geändert.
Die Angaben im Prospekt zur Höhe der zu erwartenden Gewerbesteuerbelastung des Fonds waren daher in Anbetracht der bis dahin geltenden Finanzverwaltungspraxis zutreffend. Darauf, dass es aufgrund einer Änderung der Rechtsprechung und der Verwaltungsauffassung zu Abweichungen auch bei der steuerrechtlichen Bewertung kommen kann, weisen alle Prospekte ausdrücklich hin (OLG Hamm 31 U 193/13, Urteil vom 31.03.2014)
(14) Kosten von Schiffsbetrieb und Verwaltung
Die Kosten von Schiffsbetrieb und Management wurden in dem Emissionsprospekt offen gelegt. Der Kläger trägt schon nicht vor, welche Kosten für Schiffsbetrieb und Verwaltung dem Kläger tatsächlich unbekannt geblieben sind.

Auf S. 44 f. des Prospekts findet sich eine hinreichende Aufklärung bezüglich Schiffsbetriebskosten, Schiffsmanagement und Broker-Kommission. So werden Beträge bezüglich der täglichen Schiffsbetriebskosten und der täglichen Rücklage ausgewiesen. Der Anleger wird entgegen dem Vortrag des Klägers nicht im Unklaren gelassen, auf welchen Grundlagen die Berechnungen beruhen. Es wird darauf hingewiesen, dass die Höhe von der täglichen Rücklage für die Dockung des Schiffs abhängt. Die Budgetierung wird für den Zeitraum 2005 bis 2017 zwischen Schiffsbetriebskosten, Dockungsrücklage und Managementkosten aufgeschlüsselt. Eine weitere Aufschlüsselung der Kostenkalkulation bedurfte es nicht, weil allein die Summe der Betriebskosten und nicht deren Zusammensetzung für die Beurteilung der Rentabilität des Fonds und damit für die Anlageentscheidung von Bedeutung ist. Dem Anleger wird - auch bei Fehlen genauerer Angaben - ein für seine Beitrittsentscheidung zutreffendes Bild über das Beteiligungsangebot vermittelt (BGH, Urteil vom 22.3.2010, II ZR 66 / 08 Rn.9).
Es kann dahinstehen, ob die Betriebskosten tatsächlich höher als angegeben ausgefallen sind. Denn bei den prospektierten Angaben handelt es sich lediglich um Prognosewerte, die der Vertretbarkeitskontrolle unterliegen Dabei dürfen durchaus auch optimistische Prognosen und Kalkulationen dem Prospekt zugrunde gelegt werden; darüber hinausgehende Risikoabschläge, die der - jeder Prognose naturgemäß innewohnenden - Unsicherheit Rechnung tragen sollen, sind für eine angemessene Darstellung des Risikos der Anlage grundsätzlich nicht erforderlich (BGH Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08, = NJW-RR 2010, 115). Dass aber eine zum Zeitpunkt ihrer Erstellung vertretbare Prognose immer mit dem Risiko einer abweichenden negativen Entwicklung behaftet ist und sich die Entwicklung der Rentabilität einer Kapitalanlage insoweit nicht mit Sicherheit voraussagen lässt, gehört zum Allgemeinwissen und bedarf bereits keiner besonderen Aufklärung (BGH Urteil vom 21.03.2005, XI ZR 63/05 Rn. 16 = NJW 2006, 2041; BGH, Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08 Rn. 23 = NJW-RR 2010, 115).
Der Kläger trägt schon nicht vor, dass die Angaben aus ex-ante-Sicht im Jahr 2005 unvertretbar gewesen seien. Allein der Hinweis auf einzelne Betriebskostenstudien aus den Jahren 2009 und 2012 kann ersichtlich nicht genügen (vgl. BGH, Urt. v. 24.02.1002 - II ZR 89/91; OLG Hamm, Urt. v. 09.03.2011 - 8 U 133/10, I-8 Z 133/10; 8 U 132/10, I-8 U 132/10).
(15) Versicherungen bei Schiffsbetrieb im Ausland
Die Beklagten trifft keine Aufklärungspflicht bezüglich möglicher notwendiger Versicherungen beim Schiffsbetrieb im Ausland. Aufklärungspflichten bestehen bezüglich die Anlegerentscheidung beeinflussenden Faktoren. Es wird schon nicht deutlich, inwiefern Versicherungen beim Schiffsbetrieb im Ausland die Anlegerentscheidung hätten beeinflussen können.
(16) Schiffsverkauf
Der Kläger wurde auch über steuerliche und liquiditätsmäßige Folgen eines Schiffsverkaufs ausreichend in dem vorliegenden Emissionsprospekt aufgeklärt.
Hierzu finden sich auf S. 48 f. des Prospekts hinreichende Erörterungen. Es werden unterschiedliche Gestaltungen bei variierendem Veräußerungspreis zwischen "konservativ kalkuliert" und "Markt entwickelt sich sehr positiv" vorgestellt. Es wird beispielhaft ein Szenario für die Veräußerung der VLCC Mercury Glory und die Auflösung der Beteiligungsgesellschaft Ende 2017 durchkalkuliert. Da hier sowohl ein Basisszenario als auch in Abwandlung Alternativszenarien durchgespielt werden, kann nicht von einem Verschweigen eines möglichen Schiffsverkaufs oder einer mangelnden Information ausgegangen werden. Der Kläger trägt gegen die genannten Angaben keine Einwendungen vor, die diese als unvertretbar belegen würden.
(17) mögliche Änderungen bezüglich Genehmigungen, § 7 Flaggenrechtsgesetz
Mangels Informationspflicht ist auch ein diesbezüglicher Aufklärungsfehler ausgeschlossen. Der Kläger vermisst einen Hinweis auf mögliche Änderungen in Hinsicht auf Genehmigungen nach § 7 Flaggenrechtsgesetz. Der Regelungsgegenstand von § 7 Flaggenrechtsgesetz in der maßgeblichen Fassung vom 07.11.2011 bis 07.11.2006 betrifft den Umstand, ein Schiff unter anderer Nationalflagge als der Bundesflagge zu führen (Ausflaggungsgenehmigung). Ein aufklärungsbedürftiger Umstand geht hieraus nicht hervor.
(18) schiffsmarktbedingte Risiken
Der Emissionsprospekt klärt in hinreichender Deutlichkeit über die Risiken des Schiffsmarkts auf. Die dort angestellten Prognosen erscheinen nach Auffassung des erkennenden Gerichts aus der maßgeblichen ex-ante-Perspektive jedenfalls nicht unvertretbar. Wenn der Kläger sich auf die Mitteilung einer - wenn auch durch Expertise ausgezeichneten - Einzelmeinung beruft, so ist dieser Hinweis nicht ausreichend, um die Unvertretbarkeit der Prognose zu belegen. Vielmehr legt der Prospekt offen, dass es sich bei dem Schiffsmarkt um einen volatilen Markt handelt und die Prognosen nur über zeitlich begrenzte Aussagekraft verfügen (S. 31 ff. des Prospekts).
(19) faktische Geschäftsführung durch fremdfinanzierende Banken
Die teilweise Fremdfinanzierung des Investitionsvolumens durch Hypothekendarlehen einschließlich der Finanzierungskosten wird auf den Seiten 10, 40 bis 46 sowie 61 und 62 des Emissionsprospektes konkret dargestellt. Eine vollständige Wiedergabe der Darlehensverträge war nicht erforderlich, weil die über die Prospektangaben hinausgehenden Einzelheiten der Darlehensverträge für die Anlageentscheidungen

nicht von Bedeutung sind. Dem Anleger wird - auch beim Fehlen der vorgenannten Umstände - ein für seine Beitrittsentscheidung zutreffendes Bild über das Beteiligungsangebot vermittelt (BGH Urteil vom 22.3.2010, II ZR 66 / 08, Rn.9).
Für die vorgetragene risikobehaftete faktische Geschäftsführung der Banken sind schon keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich. Es wird nicht deutlich, inwiefern bei dem Fonds eine Fondsleitung durch Banken erfolgen würde. Wenn der Kläger vorträgt, dass die Banken einen Verkauf des Schiffs und nicht die Kündigung des Chartervertrags forderten, kann ihnen nicht verwehrt werden, ein solches Begehren zu äußern. Sie können der Fondsgesellschaft jederzeit strategische Überlegungen mitteilen. Inwieweit die Geschäftsführung der Fondsgesellschaft diesen folgt, bleibt ihr überlassen und ist als geschäftsinterner Vorgang des Managements nicht in jedem Detail gegenüber den Anlegern aufklärungspflichtig.
Auch der Hinweis, dass die fremdfinanzierenden Banken die Darlehen durch Schiffshypotheken sichern, reicht ersichtlich nicht aus. Eine Bank, die ein Projekt finanziert und sich zugleich eine Sicherung einräumen lässt, unterstützt dieses Projekt finanziell, wird aber nicht Leiter der Projektführung. Die finanzielle Unterstützung wird in dem Emissionsprospekt offengelegt, nämlich im Kapitel "Verträge und Vertragspartner" im Unterkapitel "Darlehensverträge" auf S. 62 f.
Zudem war ein konkretes Risiko aus Sicht der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar. Eine Pflicht zur Aufklärung in einem Emissionsprospekt besteht allein dann, wenn zu dem allgemeinen Risiko weitere, risikoerhöhende spezielle Risiken treten. Anhaltspunkte für eine derartige Risikoerhöhung sind nicht ersichtlich (vgl. hierzu auch BGH, NJW 2006, 2041; BGH, NJW-RR 2010, 115; BGH, NJW 2012, 62; LG Frankfurt, Urt. v. 28.11.2008 - 2-19 O 62/08, BeckRS 2008, 25103; LG München I, Teilurteil vom 16.03.2010 - 28 O 1377/09, BeckRS 2011, 00704).
(20) Risiken bezüglich des ausländischen Rechts
Der Prospekt weist hinreichend deutlich auf die Risiken hin, die durch die mögliche Anwendung von ausländischem Recht in Fall von Rechtsstreitigkeiten entstehen können. In dem Kapitel "Risiken der Beteiligung" heißt es hierzu auf S. 35: "Wie jeder Gewerbebetrieb ist auch eine Reederei der Haftung ausgesetzt. Die Haftung bestimmt sich nach den nationalen Rechten jener Länder, in deren Hoheitsgewässern sich das Schiff zum Zeitpunkt der Schadensverursachung aufhält. Diese Gesetze sind teilweise durch internationale Übereinkommen bestimmt. Grundlage der Haftung kann Verschulden eines Besatzungsmitgliedes oder eines Reedereiangestellten sein. In zunehmendem Maße wird jedoch auch schon von einer Gefährdungshaftung ausgegangen. (...). Gegebenenfalls muss sich also die Gesellschaft bei einem Prozess - unabhängig von seiner Berechtigung gegenüber der Beteiligungsgesellschaft und der Versicherungssumme - verteidigen. Insbesondere das U.S.-Prozessrecht sieht vor, dass der Gesellschaft, auch bei Ansprüchen, die sich als unberechtigt erweisen, in einer erfolgreichen Verteidigung die ihre entstehenden Prozesskosten nicht vom Kläger erstattet werden. Die Prozesskosten könnten möglicherweise so hoch sein, dass das Gesellschaftsvermögen nicht ausreichen würde."
(21) Widerrufsbelehrung
Dahinstehen kann, ob die Widerrufsbelehrung in der Beitrittserklärung des Klägers und/oder der übrigen Treugeberkommanditisten richtig ist, denn dies führt nach § 355 BGB dazu, dass das Widerrufsrecht unbefristet ausgeübt werden kann, wenn ein Widerrufsrecht besteht, was dahinstehen kann, weil der Kläger den Widerruf nicht erklärt hat und die Rechtsfolge eines wirksamen Widerrufs der Beitrittserklärung nicht die Rückzahlung der Einlage sondern der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben ist (Palandt § 357 Rn. 4a und § 705 Rn19b), das nicht Streitgegenstand ist.
Bei dem Widerrufsrisiko und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen handelt es sich nicht um aufklärungspflichtige Umstände. Eine Pflicht zur Aufklärung in einem Emissionsprospekt besteht allein dann, wenn zu dem allgemeinen Risiko weitere, risikoerhöhende spezielle Risiken treten. Anhaltspunkte für eine derartige Risikoerhöhung sind nicht ersichtlich (vgl. hierzu auch BGH, NJW 2006, 2041; BGH, NJW-RR 2010, 115; BGH, NJW 2012, 62; LG Frankfurt, Urt. v. 28.11.2008 - 2-19 O 62/08, BeckRS 2008, 25103; LG München I, Teilurteil vom 16.03.2010 - 28 O 1377/09, BeckRS 2011, 00704).
Zudem wird der Anleger nach dem oben Gesagten (1) hinreichend über das Totalverlustrisiko informiert. Weitere Hinweise zu dem Risiko eines Teilverlustes, aus welchen Gründen auch immer, sind nicht erforderlich.
(22) Verwässerungsgefahr
Durch den Prospekt wird der Anleger nach dem oben Gesagten (1) hinreichend über das Totalverlustrisiko informiert. Weitere Hinweise zu dem Risiko eines Teilverlustes, aus welchen Gründen auch immer, sind nicht erforderlich.
Dem Kläger steht mangels Prospektfehler und Täuschungshandlung auch kein deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB wegen Kapitalanlagebetruges oder nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges oder nach § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gegen die Beklagten zu 1) und 2) zu.
Eine gesetzliche Prospekthaftung nach dem zum Zeitpunkt der Zeichnung maßgeblichen § 13 Abs. 1 VerkProspG entfällt, da es sich um einen - wie bereits erörtert - richtigen und vollständigen Prospekt

handelt. Darüber hinaus sind die Ansprüche gemäß §§ 44, 45 BörsG mittlerweile verjährt. Denn seit Veröffentlichung des Prospekts sind mehr als drei Jahre vergangen.
Der zulässige Feststellungsantrag (Klageantrag Ziff. 2) ist unbegründet (zur Zulässigkeit vgl. BGH, Urt. v. 22.03.2010 - II ZR 66/08 Rn. 33; Zöller, § 256 Rn. 7a). Eine Aufklärungspflichtverletzung konnte wie erörtert nicht festgestellt werden. Eine Kapitalnutzungsentschädigung kann daher nicht mit Erfolg geltend gemacht werden.
Auch der weitere Feststellungsantrag (Klageantrag Ziff. 3) in Bezug auf eine Schadensersatzpflicht ist unbegründet, da eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht festgestellt werden konnte (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 02.01.2013 - 19 U 50/12 Rn. 25; KG Berlin, Urt. v. 16.05.2013 - 8 U 258/11).
Vor diesem Hintergrund besteht auch keine Verpflichtung der Beklagten zur Rücknahme der Beteiligung. Ein Annahmeverzug (Klageantrag Ziff. 4) ist damit nicht festzustellen (vgl. Palandt, § 280 Rn. 50).
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung fußt auf den §§ 3, 5 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 S. 1 ZPO.

46. OLG Koblenz, Urteil vom 15.10.2014 – 5 U 976/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor laparoskopischer Leistenbruchoperation; Beweiskraft des vorgedruckten Textes eines Aufklärungsbogens; Haftung des eine wirksame Patienteneinwilligung annehmenden assistierenden Chirurgen

Leitsatz

1. Eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEPP/TEP) ist gegenüber einer transabdominellen präperitonealen Hernioplastik (TAPP) mit geringeren, allerdings anderen Risiken behaftet. Daher muss ein Patient über beide Methoden auch dann aufgeklärt werden, wenn die alternativ in Betracht kommende im jeweiligen Krankenhaus nicht praktiziert wird.
2. Dass im vorgedruckten Text eines Aufklärungsbogens davon die Rede ist, der Patient sei über die „Wahl des Operationsverfahrens, Vor- und Nachteile gegenüber anderen Methoden“ aufgeklärt worden, beweist nicht, dass die konkret gebotene Sachinformation erfolgt ist.
3. Für die Folgen einer Operation, die mangels vollständiger Aufklärung rechtswidrig war, haftet ein assistierender Chirurg nicht, sofern er davon ausgehen durfte, der Eingriff sei durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gerechtfertigt.
Abgrenzung OLG Koblenz, 22.07.2015, Az: 5 U 758/14

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des weiter greifenden Rechtsmittels das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 2.07.2013 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:
a. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit der Kläger von den Beklagten zu 1) und 2) materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten beansprucht.
b. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche nicht von den bezifferten Anträgen (vorstehend a.) umfassten künftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die auf der Leistenbruchoperation vom 21.08.2007 beruhen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen.
c. Die gegen die Beklagten zu 3) und 4) gerichtete Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die in beiden Instanzen entstandenen Kosten der Beklagten zu 3) und 4) zu tragen; im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagten zu 1) und 2) dürfen die die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, sofern der Kläger nicht ent-sprechende Sicherheit leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
1. Der 1962 geborene Kläger, zumindest bis 2007 aktiver Rudersportler, nimmt die beklagte Krankenhausträgergesellschaft und drei im Krankenhaus tätige Ärzte auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch. Daneben möchte er festgestellt haben, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch auch für Zukunftsschäden haften.
Am 21.08.2007 operierte der Zweitbeklagte unter Assistenz der Drittbeklagten beim Kläger einen Leistenbruch (links ohne Anzeichen einer Einklemmung). Dem in TAPP - Technik minimalinvasiv durchgeführten Eingriff waren Beratungs- und Aufklärungsgespräche am 23.07.und 13./14.08.2007 vorausgegangen. Die Gespräche am 23.07.und 13.08.2007 führte der Zweitbeklagte, das Gespräch am 14.08.2007 die Zeugin Dr. med. H. mit dem Kläger (Bl. 70 GA)..

Die zunächst für den 14.08.2007 geplante Operation wurde unter der Verdachtsdiagnose Infekt/Enteritis auf den 21.08.2007 verschoben.
Bei scheinbar problemlosem postoperativem Verlauf wurde der Kläger am 22.08.2007 aus der stationären Behandlung entlassen. Bereits in den Abendstunden desselben Tages traten Schmerzen im Bauchbereich und Unwohlsein auf. Dem hausärztliche Rat vom 23.08.2007 folgend, stellte der Kläger sich noch in den Morgenstunden desselben Tages in der Notfallambulanz des beklagten Krankenhauses vor, wo ihn die Drittbeklagte untersuchte. Sie veranlasste unter anderem eine Kurzinfusion mit Buscopan/Novalgin® und entließ den Kläger in vermeintlich gebessertem Zustand erneut nach Hause. Dort traten in den Nachmittagsstunden trotz Schmerzmitteleinnahme starke Unterbauchbeschwerden ein. Der herbeigerufene Notarzt veranlasste die Wiederaufnahme in das Krankenhaus, wo die vom Viertbeklagten durchgeführte Untersuchung zur erneuten stationären Aufnahme des Klägers führte. Die weiteren Untersuchungen und Befunderhebungen mündeten in einen Revisionseingriff, der kurz vor 24.00 Uhr am 23.08.2007 begonnen wurde und eine Dünndarmperforation als Ursache der Beschwerden offenbarte. Die Dünndarmperforation, zu der es bei der TAPP - Operation am 21.08.2007 gekommen war, wurde übernäht. In Erweiterung des Revisionseingriffs entfernte der Viertbeklagte am 23.08.2007 Divertikel und ein ca. 7 cm langes Dünndarmstück. An die nachfolgende intensivmedizinische Überwachung und Betreuung bis zum 27.08.2007 schloss sich eine am 31.08.2007 beendete Behandlung auf der allgemeinen Station an.
Eine am 30.05.2008 festgestellte Narbenhernie im Bereich des ersten Operationszugangs führte zu einer dritten Operation, bei der am 23.06.2008 eine Netzplastik eingebracht wurde. Die beim Kläger am 6. 10. 2010 diagnostizierte epigastrische Hernie wird seitdem konservativ behandelt.
Der Kläger hat vorgetragen, er sei vor dem Ersteingriff weder über die Risiken der von der Behandlungsseite vorgeschlagenen und gewählten Operationsmethode noch über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden. Der Eingriff sei von den Beklagten zu 2 und 3 fehlerhaft durchgeführt worden, was zu der vermeidbaren Darmverletzung geführt habe. Die Entlassung am 22. 8. 2007 sei verfrüht gewesen. Der Befund in den Morgenstunden des 23.08.2007 habe aus medizinischer Sicht die sofortige Wiederaufnahme in stationäre Krankenhausbehandlung mit anschließender engmaschiger Verlaufskontrolle erfordert. Indes habe die Drittbeklagte eine sachgemäße Befunderhebung versäumt. Stattdessen habe die Ärztin den durch nichts gerechtfertigten Verdacht geäußert, er aggraviere. Auch bei der Wiedervorstellung in den frühen Abendstunden desselben Tages sei - nunmehr vom Viertbeklagten - versäumt worden, die Ursache der massiven Beschwerden durch eine weitere Diagnostik zu ergründen. Letztlich sei er auch nicht sachgemäß über die Risiken der kurz vor Mitternacht begonnen Notoperation aufgeklärt worden; die zuvor verabreichten starken Schmerzmittel hätten sein Wahrnehmungsvermögen und Verständnis weitgehend eingeschränkt. All das habe zu teilweise dauerhaft persistierenden Beschwerden geführt. Nach alledem schuldeten die Beklagten materiellen und immateriellen Schadensersatz. Daneben müsse ihre Haftpflicht für entsprechende Zukunftsschäden festgestellt werden.
Die Beklagten haben die Vorwürfe des Klägers bestritten und um Klageabweisung gebeten.
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens beider Seiten wird auf die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
2. Das Landgericht hat die Ärztin Dr. H. zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs vor dem Ersteingriff als Zeugin befragt (Bl. 253 - 256 GA), den Kläger und den Beklagten zu 2 als Partei angehört (Bl. 256/257 GA) und den Sachverständigen Prof. Dr. K. konsultiert, der sein schriftliches Gutachten (Bl. 130 - 159 GA) mündlich erläutert hat (Bl. 241 - 253 GA).
Hiernach hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Beklagten seien weder vertraglich noch aus Delikt schadensersatzpflichtig. Es liege kein Versäumnis bei der Aufklärung über alternative Operationsmethoden oder der Risikoaufklärung vor. Auch sei kein Behandlungsfehler darin zu sehen, dass es beim Ersteingriff zu der Darmperforation gekommen sei. Insoweit habe sich ein trotz aller ärztlichen Sorgfalt nicht vermeidbares Risiko verwirklicht. Die Entlassung am ersten postoperativen Tag sei bei dem zu diesem Zeitpunkt scheinbar komplikationsfreien Verlauf vertretbar gewesen. Die Befundung und Diagnostik bei der Wiedervorstellung in den Morgenstunden des 23.08.2007 sei nicht lücken- oder sonst fehlerhaft erfolgt. Leitsymptome für eine Darmperforation oder Peritonitis hätten zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen; ein reaktionspflichtiges Ergebnis der vom Kläger vermissten ergänzenden Befunderhebung sei nicht wahrscheinlich. Auch im Anschluss an die notfallmäßige Wiederaufnahme in den Abendstunden sei es nicht zu einer schadenstiftenden Verzögerung des Revisionseingriffs gekommen. Die Rüge unzureichender Aufklärung vor dem Revisionseingriff gehe daran vorbei, dass er notfallmäßig ohne jede Alternative und damit unausweichlich gewesen sei. Selbst wenn man hier ein Aufklärungsdefizit sehe, sei die Operation jedenfalls kraft hypothetischer Einwilligung gerechtfertigt. Die hierbei vorgenommene Entfernung zweier Divertikel sei zwar nicht mit dem Kläger abgesprochen gewesen; indes habe sich keines der bei einer derartigen Operationserweiterung drohenden Risiken verwirklicht.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil und die dort in Bezug genommenen Schriftstücke, insbesondere das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen und dessen mündliche Erläuterung verwiesen.

3. Mit der Berufung wiederholt, vertieft und ergänzt der Kläger sein erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der Einzelheiten wird insgesamt auf die Berufungsbegründung vom 9.11.2013 (Bl. 353 - 436 GA) Bezug genommen.
Der Kläger beantragt,
1. Das Urteil des Landgerichts Mainz vom 02.07.2013 - 2 O 159/11- wird abgeändert.
2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an ihn 101 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
3. Die Beklagten werden ferner als Gesamtschuldner verurteilt, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, mindestens aber 30.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.02.2010 zu zahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden, letztere soweit sie nach der letzten mündlichen Verhandlung entstehen, die auf fehlerhaften medizinischen Behandlungen vom 21.08.2007 bis 24.08.2007 zurückzuführen sind, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht von Gesetzes wegen auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen.
5. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner ferner verurteilt, an den Kläger die nicht anrechenbaren Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.902,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 13.02.2010 zu zahlen,
Hilfsweise bittet er um Zulassung der Revision.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen die Entscheidung des Landgerichts nach Maßgabe der Berufungserwiderung vom 19. 12. 2013 (Bl. 441 - 448 GA) sowie der Schriftsätze vom 28.01.und 26.08.2014 (Bl. 465 - 470 GA; Bl. 509/510 GA), auf die ebenfalls wegen der Einzelheiten verwiesen wird.
Der Senat hat Sachverständigenbeweis erhoben zur Frage, ob zum Operationszeitpunkt im08.2007 eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEP) gegenüber der beim Kläger durchgeführten transabdominellen präperitonealen Hernioplastik (TAPP) Vorteile bot und/oder mit geringeren Risiken behaftet war.
Wegen des Beweisergebnisses wird auf das schriftliche Gutachten des Prof. Dr. Kö. vom 30.07.2014 verwiesen (Bl. 481 - 499 GA).
II.
1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Der Einwand der Berufungserwiderung, die 84-seitige Rechtsmittelbegründung lasse über weite Strecken eine Auseinandersetzung mit dem allein entscheidungserheblichen Streitstoff des vorliegenden Falls vermissen, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Gleichwohl steht aber außer Frage, dass die vereinzelt gegen die Entscheidung des Landgerichts vorgebrachten konkreten Beanstandungen den Erfordernissen des § 520 Abs. 3 ZPO genügen.
2. Hinsichtlich der Beklagten zu 1) und 2) hat die Berufung dem Grunde nach Erfolg.
Diese beiden Beklagten sind schadensersatzpflichtig (§§ 249, 253, 276, 278, 280, 611, 823, 831 BGB), weil der Leistenoperation am 21.08.2007 nicht die gebotene Aufklärung über eine alternativ in Betracht kommende Operationsmethode und deren geringere Risikodichte vorausgegangen war. Aus diesem Grund war die auf unzureichender Information beruhende Operationseinwilligung des Klägers unwirksam und der durchgeführte Eingriff rechtswidrig.
Im Einzelnen:
a. Der Senat kann der Berufung nicht darin folgen, ein Aufklärungsversäumnis der Behandlungsseite sei bereits darin zu sehen, dass der Kläger nicht über die Möglichkeit einer konservativen Behandlung aufgeklärt worden sei. Der Kläger meint in Anknüpfung an eine entsprechende Bemerkung des Sachverständigen K. bei dessen Anhörung (Bl. 248 GA), hier sei als konservative Behandlungsmethode „wachsames Zuwarten“ in Betracht gekommen.
Abgesehen davon, dass Zuwarten schwerlich als „Behandlung“ qualifiziert werden kann, geht das daran vorbei, dass der Kläger bereits viele Monate mit dem Leistenbruch „wachsam zugewartet“ hatte, als er sich erstmals wegen der hartnäckig persistierenden Beschwerden im Krankenhaus vorstellte.
Nach umfassender Auswertung der Krankenunterlagen und des hierzu unterbreiteten Parteivortrags ist der Senat daher überzeugt (§ 286 ZPO), dass die Chancen einer konservativen Therapie Mitte 2007 ausgeschöpft waren. Die Berufung geht insbesondere daran vorbei, dass beim Kläger als aktivem Rudersportler ständig die Gefahr bestand, dass es bei der Sportausübung zu einer Darmeinklemmung kam. Dazu hat der Sachverständige K. die auch aus anderen beim Senat anhängig gewesenen Verfahren bekannte Erkenntnis vermittelt, dass es sich um eine Notfallsituation handelt. Dass der Kläger ernsthaft das Risiko weiter in Kauf nehmen wollte, bei einer Ruderfahrt plötzlich und möglicherweise fernab jeder zeitnahen medizinischen Versorgungsmöglichkeit mit einer lebensbedrohlichen Brucheinklemmung konfrontiert zu sein, liegt fern.
Der Senat sieht daher kein Versäumnis der Beklagten darin, dass mit dem Kläger über die Möglichkeit einer konservativen Therapie nicht gesprochen worden sein soll.

b. Dem Zweitbeklagten ist jedoch bei der Beratung und Aufklärung des Klägers über die unterschiedlichen Operationsmethoden und deren Risiken ein Versäumnis unterlaufen. Denn er informierte den Kläger nicht darüber, dass eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEP) gleichermaßen in Betracht kam und dass bei dieser Operationsmethode die Gefahr der Verletzung von Organen im Bauchraum nicht besteht, zumindest aber signifikant geringer ist.
Wie der Senat auch aus anderen Verfahren weiß, gibt es zahlreiche Methoden zur Operation eines Leistenbruchs.
Die Empfehlung, im Streitfall minimalinvasiv zu operieren, erachtet der Senat angesichts des Alters des Patienten und der konkreten Befundlage als sachgemäß. Insoweit wird auf die Sachverständigengutachten verwiesen.
Dass insoweit zwei Operationsmethoden, nämlich entweder eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEP) oder eine transabdominelle präperitoneale Hernioplastik (TAPP) in Betracht kamen, ist außer Streit. Über die unterschiedlichen Risiken beider Methoden musste der Kläger aufgeklärt werden.
Gibt es verschiedene Methoden mit deutlich unterschiedlichen Risiken und Chancen, vertritt der Senats seit jeher die Ansicht, dass der Patient darüber aufgeklärt werden muss, damit er eigenverantwortlich entscheiden kann, auf welches Risiko er sich einlassen will (vgl. das in VersR 2007, 111 veröffentlichte Senatsurteil vom 12.10.2006, 5 U 456/06, „Ovarialzyste“ und OLG Brandenburg in VersR 2011, 267 - 269, „Leistenbruch“ m.w.N.).
Nur wenn der Arzt nach Darstellung des Für und Wider eine konkrete Empfehlung erteilt, die unter Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen medizinischen Fakten im Rahmen des Vertretbaren liegt, ist die Aufklärung nicht zu beanstanden (vgl. zu einem derartigen Fall Senatsurteil vom 12. 02. 2009, 5 U 927/06, in VersR 2009, 1077 - 1079).
Gemessen daran und den entscheidungserheblichen medizinischen Gegebenheiten des vorliegenden Behandlungsfalls war die Aufklärung des Klägers vor dem Ersteingriff unvollständig.
Der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. K. hat das bei seiner erstinstanzlichen Befragung durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers (Bl. 245 ff GA) im Kern bereits bestätigt, jedoch abschließend gemeint, die Bevorzugung der TEP gegenüber der (beim Kläger durchgeführten) TAPP sei eine „Entwicklung der letzten Jahre“ (Bl. 248 GA).
Wie der Senat aus anderen Verfahren weiß (§ 291 ZPO), sind beide Methoden seit langer Zeit gebräuchlich, wobei allerdings schon seit der Jahrtausendwende ein heftiger Meinungsstreit in der medizinischen Wissenschaft besteht, welche Methode vorzugswürdig ist.
Das erschließt sich auch aus dem vom Senat eingeholten Sachverständigengutachten Prof. Dr. Kö., auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird. Das von ihm aufbereitete Zahlenmaterial zeigt, dass bereits 2007 bekannt war, dass Darmverletzungen signifikant häufiger bei der TAPP - Methode auftreten, was sich ohne weiteres daraus erklärt, dass bei der TEP - Methode der Bauchraum nicht eröffnet wird. Dadurch besteht keine Verletzungsgefahr an den Eingeweiden (vorwiegend Darm) und ebenfalls keine Gefahr für eine bedrohliche Bauchfellentzündung (Peritonitis) sowie für postoperative Verwachsungen in der Bauchhöhle. Das ist insbesondere vorteilhaft bei Voroperationen im Bauchraum wie Blinddarmoperationen oder Darmoperationen mit den entsprechenden Verwachsungen und der damit verbundenen noch höheren Verletzungsgefahr bei der TAPP-Technik. Mit diesen Verwachsungen im Bauchraum kommt man bei der Leistenbruch Operation in TEP-Technik nicht in Berührung. Das Bauchfell muss bei der TEP-Technik auch nicht aufgeschnitten und am Ende der Operation wieder vernäht werden. Die Verwendung von Titanklammern oder Nähten am Bauchmuskel zur Fixierung des Netzes ist bei der Leistenbruchoperation in TEP-Technik nicht erforderlich, wodurch Nervenverletzungen so gut wie ausgeschlossen sind.
Dabei wird nicht verkannt, dass die TEP - Technik andere Risiken birgt, die der Patient aber möglicherweise als eher akzeptabel ansieht als das bei der TAPP - Technik ganz im Mittelpunkt stehende gravierende Risiko von Darmverletzungen bis hin zu einer dadurch verursachten Peritonitis.
Vor diesem Hintergrund kann man dem gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Kö. noch darin beipflichten, dass die Chancen beider Operationsmethoden im Fall des Klägers gleichermaßen positiv waren.
Hinsichtlich der streitentscheidenden Frage der unterschiedlichen Risiken und der jeweiligen Risikodichte offenbaren die von ihm evaluierten Zahlen aber, dass bereits 2007 bekannt war, dass das Risiko schwerwiegender Darmverletzungen bei der TAPP - Technik deutlich größer ist.
Darüber musste der Kläger aufgeklärt werden, damit er eigenverantwortlich entscheiden konnte, ob er das höhere Risiko der vom Zweitbeklagten beabsichtigten Operation in TAPP - Technik eingehen oder lieber andernorts eine Bruchoperation in TEP - Technik vornehmen lassen wollte.
Die wenig substantiierte Behauptung der im Aufklärungspunkt beweisbelasteten Beklagtenseite, eine derartige umfassende Aufklärung des Klägers sei erfolgt, erachtet der Senat als nicht nachgewiesen. Zwar ist in dem vorgedruckten Text des Aufklärungsbogens davon die Rede, der Patient sei über die „Wahl des Operationsverfahrens, Vor- und Nachteile gegenüber anderen Methoden“ aufgeklärt worden (Bl. 70 GA). Daraus kann aber angesichts der bereits angesprochenen zahlreichen verschiedenen Operationsmethoden nicht hergeleitet werden, die Zeugin H. habe mit dem Kläger konkret über die TEP - Technik und deren signifikant geringeres Risiko von Darmverletzungen gesprochen. Die handschriftliche Eintragung

„endoskopische Operation (TAPP)“ im Aufklärungsbogen spricht im Gegenteil dafür, dass ausschließlich diese Technik und deren Risiken besprochen wurden. Ihre Erklärung, der Kläger habe eine TAPP gewünscht (Bl. 254 GA), muss in Zusammenhang mit der Bekundung gesehen werden, dass Operationen nach der TEP - Methode seinerzeit nicht durchgeführt wurden, weshalb sie „diese Operationsmethode auch nicht anbieten“ konnte (Bl. 256 GA). All das vermittelt dem Senat die Überzeugung (§ 286 ZPO), dass über die TEP - Technik und deren erheblich geringeres Risiko von Darmverletzungen überhaupt nicht gesprochen wurde.
Soweit die Beklagten dem gerügten Aufklärungsversäumnis bereits in erster Instanz mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung begegnet sind (Bl. 60 GA), hält der Senat einen Entscheidungskonflikt des Klägers bei sachgemäßer Information über die signifikant höhere Gefahr von Darmverletzungen bei der TAPP - Methode für hinreichend dargetan (Bl. 256/257 GA).
Nach alledem schulden die Beklagten zu 1) und 2) dem Kläger wegen der Folgen des mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrigen Eingriffs dem Grunde nach Schadensersatz. Beim Zweitbeklagten ergibt sich das daraus, dass er bei dem ersten Beratungsgespräch, jedenfalls aber bei dem Gespräch am 13.08.2007 verpflichtet war, den Kläger darauf hinzuweisen, dass eine (andernorts durchzuführende) TEP - Operation mit einem erheblich geringeren Risiko von Darmverletzungen verbunden war. Für das Aufklärungsversäumnis des Zweitbeklagten haftet die Erstbeklagte vertraglich nach § 278 BGB und deliktisch nach § 831 BGB.
c. Da künftige Schäden infolge des Eingriffs vom 21.08.2007 denkbar sind, musste daneben dem Feststellungsantrag entsprochen werden.
d. Soweit die Berufung darüber hinaus unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 20.03.2007 - VI ZR 158/06 -, durch das die Entscheidung des erkennenden Senats zur Arzthaftung bei einem Spritzenabszess im Ergebnis bestätigt worden ist, meint, auch Operationsinstrumente seien für einen Arzt voll beherrschbar, weshalb die Beklagten hier für die durch ein Operationsinstrument verursachte Darmverletzung haften müssten, kann dem nicht gefolgt werden.
Dass ein Arzt die Operationsinstrumente beherrschen muss, steht für den Senat ebenso außer Frage wie die Tatsache, dass sie gleichwohl nicht umfassend beherrschbar sind. Sähe man das anders, würde der Arzt für jede unbeabsichtigt und unvermeidbar durch ein Operationsinstrument gesetzte schädliche Verletzung haften. Das hält der Senat für unvertretbar, weil es völlig an den körpermedizinischen Gegebenheiten vorbeigeht, mit denen ein Arzt beim Operieren konfrontiert ist.
Mit der These, im vorliegenden Fall sei die (minimale) Darmläsion durch eine vermeidbare Fehlbedienung des Elektrokauters verursacht worden, begibt die Berufung sich in den Bereich der Spekulation. Der gerichtliche Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung darauf hingewiesen, dass die Verletzung auch durch das Einführen eines Trokars entstanden sein kann (Bl. 246 GA).
Soweit die Berufung eine Haftung der Beklagten nach dem Medizinproduktegesetz einfordert, geht das daran vorbei, dass hier keinerlei Anhalt besteht, dass ein Operationsinstrument fehlerhaft war.
3. Hinsichtlich der Beklagten zu 3) und 4) ist die Berufung insgesamt unbegründet. Denn insoweit hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen.
a. Dass die Beklagte zu 3) bei dem Eingriff vom 21.08.2007 assistierte, begründet keine Schadensersatzpflicht. Es besteht kein Anhalt, dass sie die schadenstiftende Darmverletzung verursachte, die auch dem Beklagten Dr. H. nicht als Behandlungsfehler angelastet werden kann, weil es sich um eine typische, trotz ärztlicher Sorgfalt nicht immer vermeidbare Komplikation handelt.
Vertiefter Erörterung bedarf das nicht, weil die Drittbeklagte jedenfalls nicht schuldhaft handelte. An der voroperativen Aufklärung des Klägers war sie nicht beteiligt. Daher durfte sie davon ausgehen, dass es insoweit nicht zu Versäumnissen, Unzulänglichkeiten und Fehlern gekommen war. Daher durfte sie sich für befugt halten, an dem Eingriff mitzuwirken.
b. Soweit die Berufung haftungsrelevante Versäumnisse der Drittbeklagten bei der ambulanten Untersuchung des Klägers in den Morgenstunden des 23.08.2007 sieht, steht für den Senat außer Frage, dass es besser gewesen wäre, den Kläger erneut stationär aufzunehmen.
Es ist jedoch nicht hinreichend wahrscheinlich, dass dies den weiteren Kausalverlauf günstig beeinflusst hätte. Die hierzu angestellten Überlegungen der Berufung sind weitgehend spekulativ.
Beweiserleichterungen kommen dem Kläger insoweit nicht zugute, weil das Landgericht einen groben Behandlungsfehler oder haftungsrelevante Befunderhebungsversäumnisse mit Erwägungen verneint hat, die in den Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen Prof. Dr. K. eine tragfähige Stütze haben. Darauf wird verwiesen.
c. Aus demselben Grund haftet der Viertbeklagte nicht. Dass er die Brisanz des Falles nach der notfallmäßigen Wiederaufnahme des Klägers in den Nachmittagsstunden des 2308.2007 nicht erkannte, ist bedauerlich. Haftungsrelevant wären insoweit zu verzeichnende Versäumnisse aber nur dann, wenn sich feststellen ließe, dass eine sofortige Revisionsoperation den weiteren Kausalverlauf zugunsten des Klägers beeinflusst hätte. Davon kann angesichts des schmalen Zeitfensters nicht ausgegangen werden, in dem die Dinge sich nunmehr dramatisch zuspitzten und in den möglicherweise verzögert, aber immerhin noch zeitnah durchgeführten Revisionseingriff in den späten Abendstunden mündeten.

d. Soweit die Berufung meint, der Viertbeklagte hafte, weil der Revisionseingriff nicht durch eine wirksame Einwilligung des Klägers legitimiert sei, kann der Senat dem nicht beipflichten.
Nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K. und der mündlichen Erläuterung, auf die verwiesen wird, war die alsbaldige Operation unausweichlich. Sie war daher jedenfalls durch eine mutmaßliche Einwilligung legitimiert.
e. Letztlich haftet der Viertbeklagte auch nicht, weil er in Erweiterung des Eingriffs Divertikel und kurzes Stück des Darms entfernte. Dazu hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung alles Erforderliche gesagt. Darauf wird verwiesen.
4. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Der Hilfsantrag des Klägers war daher abzulehnen.

47. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 15.10.2014 – 5 U 77/14 – * Arzthaftung: Grober Diagnose- bzw. Behandlungsfehler bei Nichterkennen einer Schulterdystokie; Abrechnung einer Plexusoperation mit Nervtransplantation; Umfang der erstattungsfähigen Behandlungskosten

Leitsatz

1. Erkennt der Behandler bei einem Verdacht auf Makrosomie unter der Geburt eine Schulterdystokie nicht bzw. trifft er trotz Erkennens der Dystokie nicht die notwendigen Maßnahmen (McRoberts-Manöver etc.) begeht er einen groben Diagnose- bzw. groben Behandlungsfehler.
2. Zur Abrechnung einer Plexusoperation mit Nervtransplantation nach § 9 KHEntG.
3. Die schadensersatzrechtliche Erstattungsfähigkeit von Behandlungskosten richtet sich nicht notwendigerweise danach, inwieweit die Kosten von der Krankenkasse getragen werden.

Orientierungssatz

Die Abrechnung einer Plexusoperation mit Nervtransplantation richtet sich nach der gemäß § 9 KHEntgG vereinbarten DRG-Ziffer B07Z.

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 11.03.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen geändert und wie folgt neu gefasst:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 11.503,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.02.2013 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden aus der Behandlung des Versicherten Leon Schlüter am 08.04.2010 zu ersetzen, soweit dieser gemäß § 116 SGB X auf sie übergegangen ist oder auf sie übergehen wird.
3. Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 564,66 € freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 10 % und der Beklagte zu 90 %.
6. Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.
Die Klägerin nimmt den Beklagten aus übergegangenem Recht auf Erstattung von Behandlungskosten des am 08.04.2010 geborenen und bei ihr krankenversicherten Kindes L S in Anspruch.
Dessen Mutter, M S, wurde am frühen Morgen des 08.04.2010, drei Tage nach dem errechneten Geburtstermin, mit einem Blasensprung und Wehen im M-hospital aufgenommen. Der Beklagte ist dort als Gynäkologe tätig und begleitete die Geburt. Um 14.15 Uhr vermerkte er im Geburtsbericht „Makrosomie“. Um 17.00 Uhr rief ihn die Hebamme zur Geburt. Es musste ein Dammschnitt vorgenommen werden. Um 17.37 Uhr wurde L S mit einem Gewicht von 4430 g geboren. Im Geburtsbericht findet sich der Eintrag „Clavicula re Distalbruch“. Der Kinderarzt Dr. M notierte am 09.04.2010 in seinen Behandlungsunterlagen: “A Schlaffe Lähmung rechter Arm. B Klassische Erb'sche Lähmung rechts. D Erb-Lähmung durch Geburtstrauma“. Am 12.04.2010 nahm er die U2-Untersuchung des Kindes vor und bestätigte die von ihm am 09.04.2010 gestellte Diagnose. Weiterbehandelt wurde L S im St. F Krankenhaus in A. Dort erfolgte am 21.09.2010 eine operative Revision des Plexus brachialis rechts.
Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, die Mutter des bei ihr versicherten Kindes trotz des im Geburtsbericht dokumentierten Verdachts der Makrosomie nicht auf die Risiken einer vaginalen Geburt hingewiesen und über die Alternative einer Sectio aufgeklärt zu haben; diese hätte sich für einen solchen Eingriff entschieden. Es hätte zumindest eine sonografische Untersuchung zur Schätzung des Gewichts des Kindes durchgeführt werden müssen. Dabei wäre mit hinreichender Wahrscheinlichkeit der Verdacht der Makrosomie bestätigt worden. Ein weiterer (grober) Behandlungsfehler des Beklagten liege darin, dass er in der Schlussphase der Geburt die sog. Kristeller-Hilfe angewandt und eine Schulterdystokie

übersehen bzw. nicht ordnungsgemäß auf diese reagiert habe. Infolge der Schulterdystokie sei es bei L S zu einer erweiterten Erb'schen Lähmung gekommen und deswegen die am 21.09.2010 im St. G. Krankenhaus durchgeführte Operation erforderlich geworden. Dadurch seien Kosten in Höhe von 7.867,44 € entstanden. Für krankengymnastische Behandlungen habe man darüber hinaus 5.209,35 € aufwenden müssen.
Die Klägerin hat den Beklagten auf Zahlung von 13.076,79 € und Feststellung der Ersatzpflicht künftiger Schäden in Anspruch genommen.
Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
Er hat behauptet, das zu erwartende Geburtsgewicht habe für sich genommen keine ernstzunehmende Gefahr für das Kind dargestellt. Das CTG sei unauffällig gewesen und es habe nicht der Verdacht auf ein cephalopelvines Missverhältnis vorgelegen. Eine Schnittentbindung sei deswegen nicht indiziert gewesen. Die Kindesmutter hätte sich auch nicht für einen solchen Eingriff entschieden. Der Beklagte hat bestritten, ein Kristeller-Manöver durchgeführt zu haben. Es habe auch keine Schulterdystokie vorgelegen. Die bei M. T. aufgetretene Erb'sche Lähmung sei nicht auf die Geburt zurückzuführen.
Das Landgericht hat die Eltern des Kindes und die Hebamme als Zeugen vernommen, ein gynäkologisches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N eingeholt und der Klage sodann stattgegeben. (…)
Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und insbesondere an seinem Standpunkt festhält, dass keine Indikation für eine Schnittentbindung vorgelegen habe. (…)
Der Beklagte beantragt,
unter Abänderung des am 11.03.2014 verkündeten Urteils des Landgerichts Osnabrück, Az. 3 O 193/13, die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt das angefochtene Urteil, wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend zur Höhe der Behandlungskosten des bei ihr versicherten Kindes vor.
II.
Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache nur zum Teil Erfolg.
Die Klägerin hat gegen den Beklagten gemäß den §§ 280 Abs. 1, 611, 823 Abs. 1, 249 BGB i.V.m. § 166 Abs. 1 SGB X aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Ersatz des dem Kind L S durch die Geburt am 08.04.2010 entstandenen Schadens in Höhe von 11.503,30 €. Weitergehende Ansprüche stehen ihr nicht zu.
1.) Der Senat ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass dem Beklagten bei der Geburt des Kindes ein grober Behandlungsfehler unterlaufen ist. Dabei kann dahinstehen, ob, wie vom Landgericht angenommen, zu Beginn der Geburt eine Ultraschalluntersuchung hätte vorgenommen und die Mutter des Kindes auf die Möglichkeit einer Schnittentbindung hätte hingewiesen werden müssen. Ein grober Behandlungsfehler ist dem Beklagten zumindest deswegen vorzuwerfen, weil er in der Schlussphase der Geburt eine Schulterdystokie entweder nicht erkannt oder nicht ordnungsgemäß auf diese reagiert hat.
Der Sachverständige Prof. Dr. N hat nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass sich die bei dem Kind eingetretene Verletzung des Plexus brachialis nur durch eine Schulterdystokie erklären lasse. Durch die intrauterine Lage könne es zwar zu einer Dehnung des Plexus kommen, nicht jedoch, wie bei L S, zu einer Schädigung aller Wurzeln im Bereich C5-C8 und damit einem Abriss des Plexus. Dafür seien enorme Kräfte erforderlich, die intrauterin nicht wirkten. Der Senat hat keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Ausführungen. Es leuchtet ein, dass intrauterin Gewebe nicht zerreißen kann.
Eine Schulterdystokie sei, so der Sachverständige Prof. Dr. N weiter, ohne Weiteres zu erkennen und stelle einen absoluten klinischen Notfall dar. Im Normalfall gehe eine Geburt so vonstatten, dass zunächst der Kopf des Kindes geboren werde und sich mit der nächste Wehe die Schultern entwickelten. Die Hebamme unterstütze die Entwicklung der Schultern, indem sie den Kopf des Kindes senke. Sollten sich die Schultern nicht mit der zweiten oder dritten Wehe nach Geburt des Kopfes entwickeln, komme als Ursache dafür nur eine Schulterdystokie, ein Festhängen der Schultern hinter der Symphyse, in Betracht. Bei Vorliegen einer Schulterdystokie seien umgehend folgende dokumentationspflichtige Maßnahmen zu ergreifen:
1. Mc Roberts-Manöver
2. Abstellen eines evtl. laufenden Wehentropfes
3. Ggf. Wehenhemmung
4. Großzügige Erweiterung der Episiotomie
5. Ggf. suprasymphysärer Druck
6. Innere Rotation der vorderen Schulter (Rubin-Manöver)
7. Lösen der hinteren Schulter (Woods-Manöver).

Solche Maßnahmen seien hier nicht dokumentiert, weswegen man davon ausgehen müsse, dass sie nicht ergriffen worden seien. Der Beklagte habe die Schulterdystokie also entweder nicht erkannt oder

nicht ordnungsgemäß auf diese reagiert. Beides stelle einen groben Diagnose- bzw. Behandlungsfehler dar, das Nichterkennen deswegen, weil der Verdacht der Makrosomie, eine der wesentlichen Risikofaktoren der Schulterdystokie, im Raum gestanden habe und deswegen besondere Aufmerksamkeit geboten gewesen sei, und die nicht ordnungsgemäße Reaktion, weil es sich bei der Schulterdystokie um einen absoluten klinischen Notfall mit erheblichen Gefahren für Mutter und Kind handele.
Der Senat hält auch diese Ausführungen für nachvollziehbar und überzeugend und schließt sich der Einschätzung des Sachverständigen an, dass der Beklagte einen groben Behandlungsfehler begangen hat. 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. dazu BGH, Urteil vom 16.06.2009 zu VI ZR 157/08, bei juris Rn. 8. 15 m.w.N.). Das Verhalten des Beklagten erfüllt diese Vorrausetzungen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist es unverständlich und hätte schlichtweg nicht passieren dürfen, dass er die Schulterdystokie entweder nicht erkannt oder nicht ordnungsgemäß auf diese reagiert hat.
Bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers wird der Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler des Arztes 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.). Der Behandlungsfehler des Beklagten - Nichterkennen der Schulterdystokie oder nicht ordnungsgemäße Reaktion auf diese - ist den Ausführungen des Sachverständigen zufolge generell geeignet, eine Plexusläsion, wie sie L S erlitten hat, zu verursachen. Ein Kausalzusammenhang ist hier auch nicht gänzlich oder äußerst unwahrscheinlich. Der Sachverständige hat angegeben, dass sich eine Schulterdystokie bei Ergreifen der gebotenen Maßnahmen in vielen Fällen beheben lasse. Hätte der Beklagte die Schulterdystokie behoben, wäre es, mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu der Plexuslähmung des Kindes gekommen. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler des Beklagten und dem bei M. T. eingetretenen Gesundheitsschaden ist danach eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich. Dem Beklagten ist es nicht gelungen, dies zu widerlegen.
2.) Er ist der Klägerin daher zum Ersatz des dem Kind L S durch die Verletzung des Plexus brachialis entstanden Schadens verpflichtet. Dieser beläuft sich auf 11.503,30 €.
a.) Zu ersetzen hat der Beklagte zunächst einen Teil der Kosten der stationären Behandlung des Kindes im St. F Krankenhaus in Höhe von 6.293,95 €. Dort wurde am 21.09.2010 eine operative Revision des Plexus brachialis rechts durchgeführt.
aa.) Die Abrechnung von Krankenhausleistungen erfolgt nach Fallpauschalen. Gemäß § 9 KHEntgG vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung jährlich mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft auf Bundesebene einen Fallpauschalenkatalog mit Bewertungsrelationen. Daneben vereinbaren die jeweilige Landeskrankenhausgesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung jährlich einen Basisfallwert, § 10 KHEntgG. Dem jährlich auf Bundesebene vereinbarten Fallpauschalenkatalog (download über www.g-drg.de möglich) liegt das sog. DRG-System (Diagnosis Related Groups, deutsch: diagnosebezogene Fallgruppen) zugrunde. Jeder DRG-Ziffer ist dabei eine Bewertungsrelation zugeordnet, in der sich die unterschiedlichen Behandlungskosten widerspiegeln. Diese Bewertungsrelation wird zur Berechnung der Krankenhausleistung mit dem jährlich auf Landesebene vereinbarten Basisfallwert multipliziert. Der Basisfallwert in Nordrhein-Westfalen betrug im Jahr 2010 2.895,- €.
bb.) Mit Schriftsatz vom 16.09.2014 hat die Klägerin nachvollziehbar dargelegt, wie sich der von ihr für die stationäre Behandlung des Kindes geltend gemachte Betrag in Höhe von 7.867,44 € zusammensetzt, insbesondere die vom St. F Krankenhaus angewandte DRG-Ziffer B07Z genannt.
cc.) Die Anwendung dieser Ziffer war gerechtfertigt. Erfasst sind von ihr „Eingriffe an peripheren Nerven, Hirnnerven und anderen Teilen des Nervensystems mit äußerst schweren CC oder komplizierender Diagnose“. Darunter fallen nach dem vom Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus GmbH (InEK GmbH) herausgegebenen Definitionshandbuch (Version 2010, Band 1, Seite 328, download über www.g-drg.de möglich) Verletzungen des Plexus brachialis (S14.3), die bestimmte, dort im Einzelnen aufgeführte Maßnahmen erfordern, zum Beispiel die Neurolyse und Dekompression des Plexus brachialis (5-056.1, S. 330 des Definitionshandbuches). Nach dem Operationsbericht des St. F Krankenhauses vom 21.09.2010 (Anlage K6) erfolgte bei dem Kind L S u.a. eine Neurolyse des Plexus brachialis und eine Transplantation von Nerven. Den nachvollziehbaren und überzeugenden Angaben des Sachverständigen Prof. Dr. N zufolge stellt die Neurolyse des Plexus brachialis und eine Transplantation von Nerven einen (noch) schwerwiegenderen Eingriff als die Neurolyse und Dekompression des Plexus brachialis dar. Die Anwendung der DRG-Ziffer B07Z ist daher nach Auffassung des Senats gerechtfertigt.
Soweit der Beklagte vorbringt, dass die DRG-Ziffer B17C einschlägig sei, weil eine „sonstige Geburtsverletzung des Plexus brachialis“ (P14.3) vorliege, ist dem nicht beizupflichten. Die DRG-Ziffer B17C erfasst “Eingriffe an periph. Nerven, Hirnnerven und anderen Teilen des Nervensyst. ohne äußerst schw. CC,

ohne kompliz. Diag. oder Eingr. bei zerbr. Lähmung, Muskeldystrophie od. Neuropathie ohne äußerst schw. oder schw. CC, Alter > 18 J., ohne komplexen Eingriff“. Sie stellt im Verhältnis zur DRG-Ziffer B07Z („Eingriffe an peripheren Nerven, Hirnnerven und anderen Teilen des Nervensystems mit äußerst schweren CC oder komplizierender Diagnose“) erkennbar ein „Weniger“ dar. Erfordert eine Verletzung des Plexus brachialis (S14.3) Maßnahmen, die unter die weitergehende DRG-Ziffer B07Z fallen, ist die DRG-Ziffer B17C also nicht einschlägig. Das gilt unabhängig davon, ob es sich bei der Verletzung um eine Geburtsverletzung handelt oder nicht. Die Diagnose lautet in jedem Fall „Verletzung Plexus brachialis“ (S14.3).
Ebenfalls ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, dass ein Teil der Maßnahmen nach DRG-Ziffer B07Z auch bei anderen DRGs genannt werde. Die Maßnahmen (Prozeduren) allein sind für die Abrechnung nicht maßgeblich. Hinzukommen muss eine bestimmte Diagnose.
dd.) Soweit der Beklagte die als Anlage K16 zur Akte gereichte Abrechnung der Klägerin als nicht nachvollziehbar beanstandet, ist das unerheblich. Die Abrechnung stellt eine Simulation für den Fall dar, dass der Schlüssel P14.3 zur Anwendung kommt. Das ist jedoch, wie ausgeführt, nicht der Fall.
ee.) Die Klägerin kann die vom St. F Krankenhaus abgerechneten Kosten nicht in voller Höhe, sondern nur in Höhe von 80 %, erstattet verlangen.
Gemäß § 18 Abs. 3 KHEntgG rechnen Krankenhäuser mit Belegbetten für die von Belegärzten mit Honorarverträgen behandelten Belegpatientinnen- und -patienten die mit Bewertungsrelationen bewerteten Entgelte für Hauptabteilungen nur in Höhe von 80 % ab. Der Beklagte behauptet, die Operation des Kindes sei durch Herrn Dr. B als Belegarzt durchgeführt worden und die Klägerin bestreitet das nicht substantiiert. Sie trägt lediglich vor, die Versorgung des Kindes sei ihr vom St. F Krankenhaus als vollstationäre Leistung in einer Hauptabteilung gemeldet worden. Darauf kommt es jedoch nicht an, sondern darauf, wie sie tatsächlich erbracht worden ist. Dazu erklärt sich die Klägerin nicht. Für eine Belegarzttätigkeit des Herrn Dr. B spricht der als Anlage K6 zur Akte gereichte Arztbrief an die Dres. A/M vom 30.09.2010, in dem er über die Operation des Kindes vom 21.09.2010 berichtet. Dieser Arztbrief ist unter dem Briefkopf „Plastische Chirurgie im P.haus“ verfasst und trägt eine andere Anschrift als die des St. F Krankenhauses. Das lässt sich im Grunde genommen nur so erklären, dass Herr Dr. B als Belegarzt tätig geworden ist. Ansonsten hätte er das Schreiben unter dem Briefkopf des St. F Krankenhauses verfasst.
Die Rechnung des St. F Krankenhauses in Höhe von 7.867,44 € ist daher um 20 % zu kürzen, so dass der Klägerin nur ein Betrag in Höhe von 6.293,95 € zusteht.
b.) Zu ersetzen hat der Beklagte darüber hinaus die Kosten der krankengymnastischen Behandlung des Kindes in Höhe von 5.209,35 €.
Nach Auffassung des Senats kommt es nicht darauf an, ob die Plexusläsion im Heilmittelkatalog nach § 92 Abs. 6 SGB V der Diagnosegruppe ZN1 (ZNS-Erkrankungen einschließlich des Rückenmarks) oder der Diagnosegruppe PN (periphere Nervenläsionen) zuzuordnen ist. Bei Personenschäden sind die Kosten solcher Heilbehandlungsmaßnahmen zu ersetzen, die aus medizinischer Sicht eine Heilung oder Linderung versprechen. Die erforderlichen Heilbehandlungsmaßnahmen müssen nicht zwingend mit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung deckungsgleich sein, sondern können darüber hinausgehen (vgl. Oetker in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, § 249 Rn. 336, 409 m.w.N.).
Das bei der Klägerin versicherte Kind erlitt infolge des Behandlungsfehlers des Beklagten eine erhebliche Verletzung des Plexus brachialis und musste sich deswegen einer aufwändigen Operation mit Transplantation von Nerven unterziehen. Es liegt auf der Hand, dass aufgrund der Art und Schwere dieser Verletzung eine krankengymnastische Behandlung erforderlich war. Das wird von dem Beklagten auch nicht (mehr) ernsthaft in Abrede gestellt. Zu Beginn der krankengymnastischen Behandlung war L S einen Monat alt. Allgemeine Krankengymnastik verspricht bei einem Kind in diesem Alter noch keinen Erfolg - es kann nicht „mitarbeiten“ -, weswegen der Einsatz anderer Techniken, z.B. nach Bobath oder, wie hier verordnet, Vojta geboten erscheint. Unabhängig von der Erstattungsfähigkeit der Kosten in der gesetzlichen Krankenversicherung war die hier verordnete Krankengymnastik daher erforderlich. Deren Kosten stellen einen erstattungsfähigen Schaden im Sinne des § 249 BGB dar.
3.) Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag der Klägerin mit Recht stattgegeben. Geht es - wie hier - um die Verletzung eines absoluten Rechtsguts, ist ein Feststellungsinteresse bereits dann gegeben, wenn künftige Schadensfolgen möglich, ihre Art und ihr Umfang, sogar ihr Eintritt aber noch ungewiss sind (vgl. dazu Senat, Urteil vom 21.05.2014 zu 5 U 216/11, bei juris Rn. 140 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Es ist durchaus möglich, dass es bei L S infolge der erheblichen Verletzung des Plexus brachialis in Zukunft zu weiteren körperlichen Beeinträchtigungen kommt.
4.) Die mit dem Klageantrag zu 3.) geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten waren ausgehend von den der Klägerin nunmehr zuerkannten Ansprüchen (Wert 16.503,30 €, davon 5.000,- € Feststellungsantrag) neu zu berechnen.
5.) Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

48. LG Berlin, Beschluss vom 14.10.2014 – 8 O 243/13 – * Ablehnung eines Sachverständigen: Bewertung eines Parteivortrags ohne gerichtlichen Auftrag

Orientierungssatz

Nimmt ein medizinischer Sachverständiger ohne vom Gericht hierzu beauftragt worden zu sein zum Vortrag einer Partei Stellung und gibt zu erkennen, dass er jener Partei Glauben schenkt, so ist ein Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen begründet.

Tenor

Der Ablehnungsantrag des Klägers vom 7.07.2014 gegen den Sachverständigen Prof. Dr. ... wird für begründet erklärt.

Gründe

Der Ablehnungsantrag des Klägers ist zulässig. Insbesondere ist er unverzüglich i.S.d. § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO gestellt worden. Das Gutachten vom 12.06.2014, auf dessen Inhalt der Kläger seinen Antrag stützt, ist ihm am 20.06.2014 zugestellt worden. Sein Ablehnungsantrag ist am 7.07.2014, also gut zwei Wochen später, bei Gericht eingegangen. Diese Reaktionszeit wahrt aus Sicht der Kammer die Verpflichtung zur unverzüglichen Geltendmachung des Ablehnungsgrundes. Die von der Kammer eingeräumte Monatsfrist zur Stellungnahme auf das Gutachten ist deutlich unterschritten.
Der Antrag ist auch begründet. Einzelne Passagen des Gutachtens vom 12.06.2014 sind geeignet, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Gutachters zu rechtfertigen, §§ 406 Abs. 1, 42 Abs. 2 ZPO.
Hierfür genügt jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann. Für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige tatsächlich parteiisch ist oder sich selbst für befangen hält oder ob das Gericht Zweifel an seiner Unparteilichkeit hat. Entscheidend ist vielmehr, ob vom Standpunkt der ablehnenden Partei aus genügend objektive Gründe vorliegen, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit und Objektivität des Sachverständigen auszulösen (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 14.10.2005 - 21 W 8/05 -).
Solche Tatsachen liegen hier vor.
Die Kammer hat den Sachverständigen mit Beschluss vom 25.03.2014 u.a. mit einem Gutachten zu der Behauptung des Klägers beauftragt, "er sei bei der Beklagten zu 1) und durch den Beklagten zu 2) nicht dem ärztlichen Standard entsprechend behandelt worden, insbesondere sei die Operation am 28.03.2013 ohne die in jedem Fall bei dem vorliegenden Krankheitsbild erforderliche vorherige Bestrahlungs- und/oder Chemotherapie durchgeführt worden, wodurch sich seine Heilungschancen in erheblicher Weise verschlechtert hätten" (Beweisfrage I.1.). Ferner ist der Sachverständige um Stellungnahme gebeten worden, ob die ärztlichen Dokumentationspflichten aus medizinischer Sicht in hinreichendem Umfang erfüllt worden sind (Beweisfrage I. 3.).
Der Sachverständige ist diesen Fragen auf Grundlage der bei den Akten befindlichen Unterlagen und beigezogenen Krankenunterlagen nachgegangen. Er hat daraus die Erkrankungsvorgeschichte und Ausgangssituation rekonstruiert, ferner den Ablauf des operativen Eingriffs am 28.03.2013 einschließlich der dokumentierten Aufklärung des Klägers, den unmittelbaren postoperativen Verlauf bis zur Entlassung aus dem Krankenhaus sowie die poststationäre Behandlung. Unter der Überschrift "Bewertung des Vorganges unter Berücksichtigung der im Beweisbeschluss vom 25.03.2014 aufgeworfenen Fragen" (ad 1. und 2.) weist der Sachverständige u.a. zunächst - wie schon auf Seite 5 des Gutachtens - darauf hin, es fände sich keine Dokumentation zu der Tumorkonferenz vor dem Eingriff im Krankenblatt. Das nachfolgende Gespräch des Herrn Dr. F. mit dem Kläger über die Operationsempfehlung sei dort gleichfalls nicht dokumentiert.
In diesem Zusammenhang führt der Sachverständige u.a. aus:
"In der gutachterlichen Bewertung erscheint die Darstellung dieses Gespräches durch Dr. F. allerdings plausibel. Korrekt geht er auf die Fragen ein, beantwortet sie fachlich einwandfrei und es erscheint dem Gutachter auch plausibel, dass der Patient in Abwägung der Vor- und Nachteile sich gegen eine neoadjuvante Therapie aussprach. Aus der eigenen längeren Erfahrung im Umgang mit diesem Patienten-Klientel sei hervorgehoben, dass die letztliche Entscheidung über das Vorgehen der Patient selbst, im ausführlichen Gespräch mit dem behandelnden Arzt (in der Regel der Visceralchirurg) vor dem Hintergrund der Empfehlungen des Tumorboards und in Abwägung der in diesem ausführlichen Aufklärungsgespräches aufgeführten Risiken, Komplikationen und Alternativen fällt. So spielen dabei Faktoren, die auch psychologisch begründet sind, eine nicht unwesentliche Rolle, so wie der lange Zeitraum der Vorbehandlung bis es letztlich zur definitiven Tumorentfernung kommt, die zum Teil nicht unbeträchtlichen Nebenwirkungen der Vorbehandlung sowie befürchtete Komplikationen dann postoperativ. Im vorliegenden Fall sind es ggf. auch ökonomische Ängste...?".
Mit diesen Ausführungen ist der Sachverständige nicht nur über die Beantwortung der Beweisfrage zur hinreichenden Dokumentation aus medizinischer Sicht hinausgegangen, die er bereits negativ beantwor-

tet hatte. Er hat in diesem Zusammenhang eigene Überlegungen zum Beklagtenvortrag zum Gesprächsverlauf im Rechtsstreit angestellt und zu erkennen gegeben, dass er diesem Glauben schenkt. Dabei hat er sich auf eigene Erfahrungen mit einer Patientengruppe gestützt, der er offensichtlich den Kläger zuordnet und Mutmaßungen zu weiteren Motiven des Klägers angestellt (psychologischen wie ökonomischen). Letztlich handelt es sich dabei um die Würdigung einer Zeugenaussage, die der behandelnde Arzt Dr. F. noch gar nicht abgegeben hat. Diese Positionierung des Sachverständigen greift in das Neutralitätsgefüge des Rechtsstreits ein. Dass der Sachverständige ohne Anknüpfungspunkt im Beweisbeschluss dem Gericht nachdrücklich Begründungsansätze dafür übermittelt, warum die Beklagtendarstellung eines nicht dokumentierten Patientengespräches zutreffend sein dürfe, kann - unabhängig von der Frage einer tatsächlichen Befangenheit - die Sorge des Klägers rechtfertigen, der Sachverständige habe an dieser Stelle den ihm zukommenden neutralen Bereich genau zwischen beiden Prozessparteien zu Gunsten einer Seite und damit zu Lasten der anderen Seite verlassen mit möglichen Auswirkungen für seine sachbezogenen Ausführungen. Damit erweist sich der Befangenheitsantrag als begründet.

49. KG Berlin, Urteil vom 13.10.2014 – 20 U 224/12 – * Arzthaftung: Fehlende Dokumentation über das Setzen einer Lokalanästhesie; Schmerzensgeld bei Wundnaht ohne ärztliche Betäubung

Leitsatz

Wird eine Routinebehandlung (hier Nähen einer Wunddehiszenz, Setzen einer Lokalanästhesie) nicht dokumentiert, ist aber zu erwarten, dass in der Medikamentendokumentation ein Lokalanästhetikum vermerkt ist. Fehlt auch dieses, ist von einem Nichtsetzen der Betäubung auszugehen.

Orientierungssatz

Das Setzen einer Naht von sieben Stichen ohne örtliche Betäubung nach Wunddehiszens rechtfertigt ein Schmerzensgeld in Höhe von 6.000 €.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 18.07.2012 - 36 O 109/10 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 6.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.07.2010 zu zahlen.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 546,69 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.07.2010 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehende Berufung und die Anschlussberufung werden zurückgewiesen.
Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 40 % und der Beklagte 60 %.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts wird Bezug genommen.
Die Klägerin verlangt Schmerzensgeld und Schadensersatz anlässlich einer vom Beklagten durchgeführten Operation zur Beseitigung einer sog. Hammerzehe.
Wegen mehrjähriger Fußbeschwerden rechts wurde die Klägerin bei dem Beklagten im12.2006 vorstellig. Der Beklagte erläuterte der Klägerin die geplante Operation anhand einer Skizze. Am 4.4.2007 fand der Eingriff statt (Umstellungsosteotomie mit Plattenosteosynthese, Basisaufrichtung des 3. und 4. Fußstrahls mit 3-Loch-Platte). Die Klägerin erhielt einen Verbandsschuh, aus dem am 5.4.2007 Blut austrat. Am 6.4.2007 wurde die siebenstichige Naht erneut genäht, wobei streitig ist, ob die Klägerin eine Betäubung erhielt. Am 7.4.2007 wurde die Klägerin entlassen.
Im10.2007 unterzog sich die Klägerin einer weiteren Operation am Fuß in einem anderen Krankenhaus, wobei die Platte entfernt und durch Knochensubstanz aus der Hüfte der Klägerin ersetzt wurde. Vom 29.10. bis12.2007 trug die Klägerin einen Gips bis zur Höhe des Knies. Anschließend musste sie 6 Wochen einen Vorderfußentlastungsschuh tragen.
Die Klägerin warf dem Beklagten erstinstanzlich einen Behandlungsfehler vor, da er den 1. Fußstrahl zu sehr gekürzt habe und hierdurch eine komplexe Störung der Fußstatik verursacht habe. Dies wirke sich auf ihre Fähigkeit zum Gehen aus und sei mit Schmerzen verbunden; auch würden Knie und Hüfte in Mitleidenschaft gezogen. Alle Beeinträchtigungen hinterließen auch seelische Spuren. Der Beklagte habe zudem eine Schraube der Platte nicht angezogen gehabt. Das Vernähen ohne Betäubung sei extrem schmerzhaft gewesen.
Einer Operation am 3. und 4. Fußstrahl habe sie nicht zugestimmt. Sie hält ein Schmerzensgeld von 15000 € für angemessen.
Der Beklagte hat u.a. die Einrede der Verjährung erhoben hinsichtlich der erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Aufklärungsrüge und der Prozesszinsen.

Das Landgericht hat - sachverständig beraten durch Dr. S... - den Beklagten zur Zahlung von 300 € Schmerzensgeld sowie Schadensersatz für vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 77,95 € verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Zur Begründung führt es aus, die Klägerin habe beweisen können, dass das Nähen der aufgegangenen Wundnaht ohne Betäubung behandlungsfehlerhaft gewesen sei. Das Bestreiten des Beklagten zum Vernähen ohne Betäubung sei als verspätet zurückzuweisen, weil es eines weiteren Termins zur Beweisaufnahme bedurft hätte. Ob die Verwendung einer 3-Loch-Platte behandlungsfehlerhaft gewesen sei, könne dahingestellt bleiben, weil die Klägerin nicht habe beweisen können, dass hierdurch der geltend gemachte Schaden herbeigeführt worden sei. Dies folge aus den Ausführungen des Sachverständigen. Ein etwaiger Behandlungsfehler sei auch nicht als grob einzuordnen. Für die Operation habe in jeder Hinsicht eine Indikation vorgelegen. Die Durchtrennung des 3. und 4. Mittelfußknochens sei nicht fehlerhaft gewesen; eine Verkürzung des 1. Fußstrahls sei nicht festgestellt worden. Ob der Schraubenbruch auf einem Behandlungsfehler beruht habe, habe nicht mehr festgestellt werden können. Ein Schraubenbruch ziehe auch keinen Anscheinsbeweis nach sich mit der Folge, dass eine Pflichtverletzung des Beklagten zu vermuten wäre. Postoperativ habe kein Vorderfußentlastungsschuh verordnet werden müssen. Der klägerische Vortrag zu einer fehlenden Einwilligung für die Operation am 3. und 4. Fußstrahl sei verspätet. Der Vortrag sei auch unsubstantiiert gewesen. Aus dem Nähen ohne Betäubung sei kein Dauerschaden entstanden.
Mit der Berufung macht die Klägerin geltend, allein für das Nähen ohne Betäubung sei ein Schmerzensgeld von 15000 € angemessen.
Der Beklagte ist der Berufung entgegengetreten. Mit der Berufungserwiderung hat der Beklagte Anschlussberufung eingelegt. Er habe auf den Vortrag der Klägerin wahrheitsgemäß nicht bestritten, dass eine Narkose - i.S. einer Vollnarkose - nicht verabreicht worden sei. Erstmals im Schriftsatz vom 23.2.2012 habe die Klägerin davon gesprochen, dass die Naht ohne Betäubung gesetzt worden sei. Dies habe er, der Beklagte, vorsorglich bestritten. Das Landgericht hätte die Klage wegen des Nähens ohne Narkose abweisen müssen, weil sich die Klage hierauf nicht gestützt hätte. Insoweit hätte es auch an einem klägerischen Vortrag zu den erlittenen Beeinträchtigungen gefehlt. Dem Beweisangebot zur Vernehmung des von der Klägerin für ein Nähen ohne Narkose benannten Dr. P... sei daher nicht nachzugehen gewesen. Für ein Nähen ohne Betäubung hätte das Landgericht kein Schmerzensgeld ausurteilen dürfen. Die Nebenforderungen seien mangels anwaltlicher Vertretung unberechtigt. Verzug hätte nicht vorgelegen.
Der Zeuge habe im übrigen noch rechtzeitig vom Gericht geladen werden könne, jedoch sei die Ladung an einer fehlenden aktuellen Anschrift gescheitert. Dies sei nicht dem Beklagten anzulasten.
Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Parteienvertreter nebst Anlagen verwiesen.
II.
Die Berufung ist zum Teil erfolgreich. Die Anschlussberufung ist zwar zulässig, aber unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass der Klägerin wegen Setzens der Naht ohne Betäubung nach Wunddehiszens am 6.04.2007 ein Schmerzensgeld nach § 823 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten zusteht. Allerdings hat es dieses Schmerzensgeld zu gering angesetzt. Der Senat hält insoweit einen Betrag von 6.000 EUR für angemessen, aber auch ausreichend. Soweit sich die Klägerin ein höheres Schmerzensgeld vorstellte, war die Berufung zurückzuweisen. Die Anschlussberufung ist entsprechend erfolglos.
Im einzelnen:
Dem Beklagten ist zuzugeben, dass das Landgericht das Bestreiten des Beklagten - er habe eine örtliche Betäubung gesetzt - nicht als verspätet zurückweisen durfte. Denn unabhängig davon, ob das Bestreiten zur Frage der örtlichen Betäubung überhaupt zu spät erfolgte, führt es in keinem Fall zu einer Verzögerung des Rechtsstreits. Denn ursächlich dafür, dass der erstinstanzlich benannte Zeuge P..., den das Landgericht noch versucht hatte, zum Termin am 27.6.2012 zu laden, nicht vernommen werden konnte, ist gerade nicht das verspätete Bestreiten des Beklagten, sondern der Umstand, dass die von der Klägerin angegebene ladungsfähige Anschrift nicht korrekt war. Dieser Umstand hätte nach § 356 ZPO dazu führen müssen, dass der Klägerin eine Frist zur Beibringung einer ladungsfähigen Anschrift gesetzt wird. Allein diese (korrekte) verfahrensrechtliche Vorgehensweise hätte es dann erfordert, einen neuerlichen Termin anzuberaumen, nicht aber - wie das Landgericht ausführt - das vermeintlich späte Bestreiten des Beklagten.
Da das Bestreiten des Beklagten zur Frage der örtlichen Betäubung nicht als verspätet anzusehen ist, muss die entsprechende Behauptung der Klägerin als streitig angesehen werden. Für ihre Behauptung, sie sei ohne Betäubung mit 7 Stichen genäht worden, hat grds. sie als Patientin die Beweislast. Auf den zunächst von ihr benannten Zeugen P... bezieht sie sich ausdrücklich nicht mehr, da dieser ihr gegenüber angegeben habe, sich nicht mehr an die Behandlung erinnern zu können.
Den Beweis kann sie jedoch über die Grundsätze der ärztlichen Dokumentation führen. Wenn sich aus den Krankenunterlagen nicht der geringste Hinweis auf eine örtliche Betäubung vor Sekundärnaht findet, ist nach diesen Grundsätzen davon auszugehen, dass diese nicht erfolgt ist.

Dass die Praxisunterlagen des Beklagten hierzu (Sekundärnaht, Betäubung) nichts erwähnen, ist insoweit unschädlich, da die Klägerin zum fraglichen Zeitpunkt noch stationär aufgenommen war, also gar nicht in der Praxis des Beklagten betreut wurde.
Es findet sich jedoch auch in den Unterlagen der Schlossparkklinik kein Hinweis auf eine örtliche Betäubung. Hier ist im ärztlichen Verlauf für den 6.4.2007 die Wunddehiszenz und die Sekundärnaht vermerkt; es findet sich kein Hinweis auf eine örtliche Betäubung. Selbst wenn man dem Beklagten zugestehen wollte, dies sei als Routinehandlung per se medizinisch nicht dokumentationsbedürftig, wäre jedoch dann zu erwarten gewesen, dass sich in der Dokumentation über die der Klägerin verabreichten Medikamente ein Hinweis auf ein Lokalanästhetikum findet. Am fraglichen Tag hat die Klägerin aber ausweislich der Dokumentation gar keine Medikation erhalten, die über das hinausging, was in den vorigen Tagen auch verabreicht wurde. Die einem Patienten verabreichten Medikamente zu dokumentieren ist nach Auffassung des Senats aber auch medizinisch erforderlich, da sonst gar nicht ausgeschlossen werden kann, dass es zu ungewollten Wechselwirkungen kommt.
Angesichts dessen muss davon ausgegangen werden, dass der Beklagte der Klägerin kein Lokalanästhetikum verabreichte, bevor er die Wunddehiszenz durch Naht verschloss. Der Zeuge P... musste hierzu nicht gehört werden, da der Beklagte schon nicht substantiiert dargelegt hat, welches Medikament er wie verabreicht haben will.
Für die von der Klägerin erlittenen Schmerzen (die der Sachverständige objektiv als kaum aushaltbar beschrieben hat) bei einer Wundnaht von unstreitig 7 Stichen ohne örtliche Betäubung, die gröblichst gegen die ärztliche Kunst verstößt und vom Senat als vorsätzliche Körperverletzung eingestuft wird, erscheint ein Schmerzensgeld von 6.000 EUR sowohl unter Ausgleichs- aber auch unter Genugtuungsaspekten angemessen.
Bei einem Streitwert von 6.000 EUR ergeben sich unter Ansatz einer 1,3-fachen Gebühr die ausgeurteilten 546,69 EUR als zuzusprechende außergerichtliche Anwaltskosten.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs, 1, 708 Nr. 11, 713 ZPO.
Die Revision war mangels Zulassungsgründen nicht zuzulassen, Es handelt sich um einen Fall, dessen Schwerpunkt im Tatsächlichen liegt.

50. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 13.10.2014 – 5 W 65/14 – * Ablehnung eines Sachverständigen: Besorgnis der Befangenheit bei Überschreitung des Beweisthemas und Berücksichtung von streitigem Parteivortrag

Leitsatz

Zur Befangenheit des Sachverständigen bei Überschreitung des Beweisthemas und Zugrundelegung streitigen Parteivortrags.

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde des Beklagten zu 2 wird der Beschluss des Landgerichts Saarbrücken vom 24.07.2014 - 16 O 148/13 - aufgehoben.
Das Ablehnungsgesuch des Beklagten zu 2 vom 24.06.2014 gegen den Sachverständigen Prof. Dr. S. ist begründet.

Gründe

I.
Hintergrund des Beschwerdeverfahrens, mit dem der Beklagte zu 2 die Ablehnung des mit der Erstellung eines medizinischen Gutachtens beauftragten Prof. Dr. S. wegen der Besorgnis der Befangenheit weiter betreibt, ist eine Schadensersatzklage wegen behaupteter ärztlicher Behandlungsfehler im Zusammenhang mit einer Wirbelsäulenoperation. Jener Operation ging eine Untersuchung durch den Beklagten zu 2 voraus, bei der eine Spinalkanalstenose diagnostiziert wurde. Der Beklagte zu 2 operierte den Kläger am 20.04.2012. Im Rahmen des Eingriffs wurden zwei Wirbel versteift. Beim Kläger verblieben postoperative Beschwerden.
Der Kläger stützt seine Schadensersatzklage auf vier Aspekte: die operative Dekompression als solche sei schon nicht indiziert gewesen, die intraoperative Wirbelversteifung sogar kontraindiziert (Bl. 283 d.A.), die Versteifung sei im Vorfeld zu keinem Zeitpunkt abgesprochen worden und deshalb von seiner Einwilligung nicht gedeckt (Bl. 26, 28, 283 d.A.), schließlich habe der Beklagte zu 2 den Eingriff nicht kunstgerecht durchgeführt (Bl. 28 d.A.). Der Beklagte zu 2 ist all dem entgegengetreten. Zu der vom Kläger als lückenhaft dargestellten Aufklärung hat er vorgetragen, zunächst habe er selbst anhand eines in seinem Arztzimmer stehenden Skeletts erläutert, dass im Fall einer sich während des Eingriffs zeigenden Instabilität die Wirbel mit Schrauben versteift werden müssten (Bl. 79 d.A.). Der Hinweis sei in einem weiteren Aufklärungsgespräch mit dem Zeugen Dr. B. am 19.04.2012 wiederholt worden. Der Kläger habe mitgeteilt, wenn möglich, solle eine einfache Dekompression durchgeführt werden, notfalls aber auch eine Stabilisierung (Bl. 80 d.A.). Der Kläger hat diese Schilderung als haltlos zurückgewiesen (Bl 269 d.A.).

In den vom Landgericht am 16.10.2013 (Bl 232 d.A.) und am 25.11.2013 (Bl. 289 d.A.) erlassenen Beweisbeschlüssen sind als Beweisfragen aufgeführt: die - relative - Indikation für die operative Dekompression und die Kontraindikation für die Wirbelsäulenversteifung, die kunstgerechte Durchführung des Eingriffs, (gegebenenfalls) die Schwere und die Folgen eines festgestellten Behandlungsfehlers sowie die postoperativen Beschwerden.
Der Sachverständige Prof. Dr. S. hat sein schriftliches Gutachten unter dem 13.04.2014 erstellt (Bl 374 d.A.). Er hat zunächst die Beweisfragen aufgelistet und sodann unter anderem ausgeführt (die für die Frage der Besorgnis der Befangenheit relevanten Passagen sind durch Fettdruck hervorgehoben):
"4. Ärztliche Stellungnahme
[…]
Aufklärung des Patienten:
Herr N. wurde am 19.4.2012 über die geplante Operation aufgeklärt. Hierzu wurde ein Aufklärungsvordruck "proCompliance" […] benutzt (S. 98-102). Ergänzend erfolgte ein ärztliches Aufklärungsgespräch (Unterschrift nicht lesbar). In dem ausführlichen Aufklärungsvordruck […] heißt es auf der 3. Seite (S. 100): 'bei ausgedehnten Operationen […] kann eine Lockerung der Wirbelverbindungen mit Instabilität entstehen. Gegebenenfalls ist dann später eine Versteifungsoperation angezeigt.' In dem ergänzenden ärztlichen Gespräch wird auf diese Problematik - zumindestens wie es dokumentiert wurde - nicht eingegangen.
[…]
5. Beantwortung der Beweisfragen (laut Beweisbeschluss):
[…]
Frage 3: Bestand eine relative Operationsindikation?
[…]
[Es] hätte selbst bei Entfernung der Gelenksfläche keine dringende Notwendigkeit bestanden, sofort in der gleichen Operation eine Versteifung mit einem Fixateur interne vorzunehmen. [Man hätte] durchaus den Patienten zunächst nur in dem kleineren Umfang operieren können, wie es in dem Aufklärungsbogen geschildert wird (S. 100, 4. Absatz). Wenn dann tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt passende Symptome aufgetreten wären, hätte man dann immer noch nach Rücksprache mit dem Patienten eine Versteifung der Wirbelsäule vornehmen können. Grundsätzlich gilt die Einwilligung des Patienten nur für solche Eingriffe, die auch Gegenstand des Aufklärungsgespräches waren. Über eventuell in Betracht kommende Erweiterungen muss der Patient ebenfalls aufgeklärt werden. Eine Operationserweiterung ohne erneute Aufklärung ist nur dann zulässig, wenn ansonsten das Leben des Patienten akut bedroht wäre. Diese Situation lag bei Herrn N. nicht vor.
Frage 4: Wenn der Sachverständige einen Behandlungsfehler feststellt, soll qualitativ gewichtet und erläutert werden, ob es sich um einen einfachen oder aber um einen schweren Behandlungsfehler handelt.
Die Indikation zur Operation ist sehr frühzeitig gestellt worden und diagnostisch unzureichend vorbereitet. Da mittelfristig der Patient möglicherweise doch hätte operiert werden müssen […], handelt es sich hier um einen einfachen Behandlungsfehler. Die Entscheidung, ohne schriftliches Einverständnis des Patienten und ohne entsprechende Aufklärung des Patienten eine Stabilisierung vorzunehmen, ist als schwerer Behandlungsfehler zu bewerten. […]
Frage 6: Bestand eine Kontraindikation für die durchgeführte Versteifungsoperation?
[…] Eine Kontraindikation hätte unter Berücksichtigung der bei der Operation geschaffenen Situation nicht bestanden, eine Versteifung durchzuführen. Wenn allerdings kein schriftliches Einverständnis vorliegt und die Versteifungsoperation auch später durchgeführt werden kann nach Rücksprache mit dem Patienten, so ist es nicht verständlich, warum die Versteifung vorgenommen wurde. […]"
Das Landgericht hat den Parteien mit Beschluss vom 03.06.2014 eine Stellungnahmefrist von drei Wochen gesetzt. Der Beklagte zu 2 hat das Gutachten am 16.06.2014 erhalten. Am 25.06.2014 hat er den Sachverständigen Professor Dr. S. wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt (Bl. 393 d.A.). Der Gutachter habe rechtlich gewertet, sich zudem über den Beweisbeschluss hinaus mit Fragen der Aufklärung befasst und dabei schließlich sogar noch die streitige Behauptung des Klägers, er sei über die Option der Versteifung nicht aufgeklärt worden, zu Grunde gelegt (Bl. 397 d.A.).
Das Landgericht hat den Ablehnungsantrag mit Beschluss vom 24.07.2014 (Bl. 424 d.A.) zurückgewiesen.
Der Beklagte zu 2 hat gegen den ihm am 30.07.2014 zugestellten Beschluss am 13.08.2014 sofortige Beschwerde erhoben (Bl. 439 d.A.). Er wiederholt seine Argumente für die Annahme einer Befangenheit des Sachverständigen.
Der Kläger teilt die Einschätzung des Landgerichts.
Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache mit Beschluss vom 05.09.2014 dem Saarländischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.
II.
Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 406 Abs. 5 ZPO statthaft und innerhalb der Beschwerdefrist des § 569 Abs. 1 ZPO eingelegt. Sie ist auch begründet.

1.
Das Landgericht hat den Befangenheitsantrag des Klägers zu Unrecht zurückgewiesen.
a.
Der Ablehnungsantrag war zulässig. Insbesondere hat der Beklagte zu 2 die Frist des § 406 Abs. 2 ZPO gewahrt.
Gemäß § 406 Abs. 2 ZPO ist die Ablehnung eines Sachverständigen spätestens binnen zwei Wochen nach Verkündung oder Zustellung des Beschlusses über seine Ernennung zu beantragen. Diese Frist gilt aber nicht, wenn der Befangenheitsgrund erst nach der Bestellung zu Tage tritt. In einem solchen Fall muss die Ablehnung gemäß § 406 Abs. 2 S. 2 ZPO unverzüglich im Sinne von § 121 Abs. 1 S. 1 BGB, mithin ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntniserlangung beantragt werden (Greger in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 406 Rdn. 11; OLG Sachsen-Anhalt, OLGR Naumburg 2007, 702).
In den Fällen, in denen der Inhalt des vom Sachverständigen gefertigten Gutachtens dessen Befangenheit nahe legt, sind die Ablehnungsgründe grundsätzlich innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt des Gutachtens geltend zu machen sind (siehe Senat, Beschluss vom 12.6.2002 - 1 W 132/02-23 - OLGR Saarbrücken 2002, 331; zur Fristwahrung bei Ausnutzung einer vom Gericht gesetzten, längeren Stellungnahmefrist BGH, Beschl. v. 15.3.2005 - VI ZB 74/04 - NJW 2005, 1869, 1870; Senat, Beschlüsse vom 13.08.2012 - 5 W 365/12, vom 10.1.2011 - 5 W 288/10 - und vom 29.5.2007 - 5 W 117/07). Das Gutachten wurde dem Beklagten zu 2 am 16.06.2014 zugestellt, so dass der Ablehnungsantrag vom 25.06.2014 fristgerecht erfolgte.
b.
Dem Ablehnungsgesuch hätte richtigerweise stattgegeben werden müssen (vgl. - einen dem hiesigen ganz ähnlichen Fall betreffend - Senat, Beschl. v. 13.08.2012 - 5 W 365/12).
(1)
Gemäß § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen wie ein Richter gemäß § 42 ZPO abgelehnt werden, wenn objektive Umstände gegeben sind, auf Grund deren vom Standpunkt einer verständigen Partei aus die Befürchtung besteht, er stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Bereits der Anschein der Parteilichkeit rechtfertigt die Ablehnung, sofern es genügend ihn hervorrufende objektive Gründe gibt (BGH, Beschl. v. 13.1.1987 - X ZR 29/86 - NJW-RR 1987, 893).
(2)
Bei einer Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände sind der Inhalt und die Formulierung des Gutachtens geeignet, beim Beklagten zu 2 den Eindruck zu erwecken, der Sachverständige sei einseitig der Sache des Klägers zugeneigt.
(a)
Die Neutralität eines Sachverständigen kann in Zweifel zu ziehen sein, wenn er sich nicht auf die Beantwortung der ihm gestellten Beweisfragen beschränkt, sondern hierüber hinausgeht und damit dem Gericht gewissermaßen den von ihm für richtig gehaltenen Weg zur Entscheidung des Rechtsstreits weist (vgl. [ebenfalls mit Blick auf Ausführungen zur Aufklärung des Patienten] - Senat, Beschlüsse vom 21.10.2004 - 5 W 258/04 -, vom 11.1.2011 - 5 W 288/10 - und vom 13.08.2012 - 5 W 365/12 -; OLG Naumburg, MDR 2012, 802; siehe auch OLG Celle, VersR 2003, 1593: der mit der Ermittlung einer Fahrzeuggeschwindigkeit beauftragte Kraftfahrzeugsachverständige machte Ausführungen zur Möglichkeit einer HWS-Distorsion).
Der Beklagte zu 2 rügt zu Recht, dass der Sachverständige sich über die Frage der Aufklärung geäußert hat, ohne vom Gericht dazu aufgefordert worden zu sein. Gegenstand der beiden Beweisbeschlüsse, wie sie vom Sachverständigen selbst im ersten Teil seines Gutachtens referiert wurden, waren allein Fragen zur (Kontra-)Indikation der operativen Maßnahmen, zur fachgerechten Durchführung und zur qualitativen Gewichtung und den Folgen eines etwaigen Behandlungsfehlers. Gleichwohl hat der Sachverständige an verschiedenen Stellen nicht nur im Sinne einer Wiedergabe von Akteninhalt, sondern auch und vor allem im Zusammenhang mit seinen Schlussfolgerungen die Reichweite der Aufklärung des Klägers vor dem Eingriff in den Blick genommen. Indem er etwa zu „Frage 4“ erklärt, die Entscheidung, ohne schriftliches Einverständnis des Patienten und ohne entsprechende Aufklärung eine Stabilisierung vorzunehmen, sei ein schwerer Behandlungsfehler, stellt er einen Zusammenhang her zwischen der (bejahten) Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten und der Vornahme einer Aufklärung. Letztere war aber nicht Gegenstand des Beweisbeschlusses. Zwar weist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung prinzipiell zu Recht darauf hin, dass ein Zusammenhang zwischen Aufklärung und Operationsindikation bestehe. Die Aufklärung hat nämlich umso intensiver auszufallen, je weniger dringlich der Eingriff ist, je wahrscheinlicher und gravierender seine Folgen für den Patienten sind, je mehr aussichtsreiche Alternativen zur Verfügung stehen und je geringer die Chancen einer Heilung oder einer möglichen Linderung sind (dazu Hager in: Staudinger, BGB, 2009, § 823 Rdn. 84, 87a). Dieser Zusammenhang ist aber ein rechtlicher. Wenn ein Sachverständiger in einem Beweisbeschluss gefragt wird, ob eine Operation - relativ - indiziert war und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurde, obliegt es ersichtlich nicht ihm, sondern dem Gericht, rechtlich und tatsächlich zu klären, was genau der Arzt dem Patienten vorher zu sagen hatte und ob er es tat.

(b)
Allerdings rechtfertigt nicht jede Überschreitung des Gutachterauftrags per se die Besorgnis der Befangenheit, es kommt stets auf die Einzelumstände an. Dabei gilt der Grundsatz, dass mehrere Gründe, die für sich betrachtet den Anschein einer Voreingenommenheit vielleicht noch nicht auszulösen geeignet sind, in ihrer Gesamtschau der ablehnenden Partei berechtigten Anlass geben können, an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu zweifeln (Senat, Beschl. v. 13.08.2012 - 5 W 365/12; OLG Naumburg, MDR 2012, 802).
Hier hat der Sachverständige mit seinen Äußerungen zur - fehlenden - Aufklärung über eine sich intraoperativ womöglich als erforderlich erweisende Versteifung nicht nur die Grenzen des Beweisthemas verlassen, sondern sich überdies einseitig den Sachvortrag des Klägers zu Eigen gemacht (vgl. auch dazu Senat, Beschl. v. 13.08.2012 - 5 W 365/12; OLG Naumburg, MDR 2012, 802; Greger in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 406 Rdn. 8). Die Parteien streiten über diesen Aspekt nicht nur am Rand, sondern vehement. Der Beklagte zu 2 darf davon ausgehen, dass dies dem Sachverständigen, der die vollständige Akte als seiner Begutachtung zu Grunde liegend erwähnt (S. 4 des Gutachtens, Bl. 375 d.A.), nicht entgangen ist. Vor diesem Hintergrund rügt er zu Recht, dass der Sachverständige gerade die für den Rechtsstreit zentrale Frage eines schweren Behandlungsfehlers mit der Begründung bejaht, ein solcher liege in der - vom Sachverständigen an anderer Stelle zudem (ab-)wertend als „nicht verständlich“ bezeichneten (S. 10 des Gutachtens, Bl. 381 d.A.) - Entscheidung, ohne schriftliches Einverständnis und ohne entsprechende Aufklärung eine Stabilisierung vorzunehmen (S. 9 des Gutachtens, Bl. 380 d.A.).
Es kommt hinzu, dass der Sachverständige sich mit den Überlegungen zur Unzulässigkeit einer Operationserweiterung ohne Aufklärung und zur Reichweite der Einwilligung des Patienten (S. 9 des Gutachtens, Bl. 380 d.A.) - zum Nachteil des Beklagten zu 2 - juristisch wertet. Das steht ihm nicht zu. Soweit die Befangenheitsrelevanz von rechtlichen Ausführungen eines Sachverständigen anders zu beurteilen sein kann, wenn die Beantwortung einer Beweisfrage die rechtliche Beurteilung von Einzelfragen zwingend erfordert (vgl. Senat, Beschl. v. 12.02.2004 - 5 W 15/04 - juris), liegt ein solcher Fall hier nicht vor.
(c)
All das zusammen genommen, könnte der Beklagte zu 2 durchaus den Eindruck gewinnen, der Sachverständige habe seine Feststellungen nicht von einem neutralen Standpunkt aus getroffen, sondern sei im Sinne des Klägers voreingenommen.
2.
Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Kosten einer erfolgreichen Ablehnung eines Sachverständigen sind solche der Hauptsache und von dem letztlich Unterliegenden zu tragen (OLG München, Beschl. v. 31.03.2014 - 10 W 32/14 - juris).

51. OLG Köln, Beschluss vom 09.10.2014 – 5 U 87/14 – * Arzthaftung: Haftung wegen Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung

Orientierungssatz

Eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung kommt nicht in Betracht, wenn eine Aufklärung zur Sicherstellung eines Behandlungserfolges nicht erforderlich war (hier: Belassen einer abgebrochenen Bohrerspitze im Knochen).

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 16.04.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 430/12 - 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). Das Landgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Zu Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug und sieht sich im Hinblick auf das Berufungsvorbringen lediglich zu einigen ergänzenden Ausführungen veranlasst:
Ohne Erfolg greift der Kläger die erstinstanzlichen Feststellungen des Landgerichts an, nach denen das Abbrechen der Bohrerspitze während der Operation am 17.09.2010 keinen Behandlungsfehler darstellt. Der Sachverständige Prof. Dr. T hat gut nachvollziehbar und in einer auch den Senat überzeugenden Weise ausgeführt, dass es bei einer Operation selbst bei Anwendung größter Sorgfalt zum Abbrechen der Bohrerspitze kommen könne. Alleine ein minimales Verkanten oder das Auftreffen des Bohrers auf den Knochen der Gegenseite mit leichter Verbiegung, wie auch eine nicht sicher zu kontrollierende Biegung des Bohrers, der beispielsweise im Knochen leicht abgelenkt werde, könne einen Abbruch bewirken.

Das Abbrechen eines Bohrers komme immer wieder vor und stelle kein außergewöhnliches Ereignis dar. Soweit der Kläger erstmals mit der Berufungsbegründung behauptet, es gäbe Fixatoren, die ein Abrutschen der Bohrerspitze verhindern könnten, steht dem das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T entgegen. Nach dessen Ausführungen gibt es keine Möglichkeit, die Situation in vollem Umfang zu kontrollieren und den Abbruch des Bohrers sicher auszuschließen. Keinesfalls aber stellt das Abbrechen der Bohrerspitze, wie der Sachverständige weiter überzeugend ausgeführt hat, einen groben Behandlungsfehler dar. Selbst wenn man also einen einfachen Behandlungsfehler annähme, würde ein Anspruch am fehlenden Nachweis der Kausalität scheitern. Denn den Beweis, dass seine Beschwerden auf die im Knochen verbliebene Bohrerspitze zurückzuführen ist, kann der Kläger nicht erbringen. Vielmehr ist nach den Ausführungen des Sachverständigen davon auszugehen, dass die geklagten Beschwerden des Klägers mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht auf die abgebrochene Bohrerspitze zurückzuführen sind.
Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand des Klägers, er sei trotz getroffener Wahlarztvereinbarung nicht von Prof. Dr. Q operiert worden. Es trifft insbesondere nicht zu, dass die Metallentfernung durch den Assistenzarzt Dr. L durchgeführt worden ist. Ausweislich der Operationsberichte vom 17.09.2010 und vom 04.05.2012 sind die streitgegenständlichen Operationen von Herrn Prof. Dr. Q vorgenommen worden. Assistiert wurde ihm am 04.05.2012 durch Dr. L und Dr. Z.
Zu Unrecht beruft sich der Kläger darauf, die Bohrerspitze habe aufgrund einer vor der Operation am 04.05.2012 getroffenen Vereinbarung der Parteien entfernt werden müssen. Denn der Vortrag des Klägers zu einer solchen Vereinbarung ist - wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat - unsubstanziiert. Es fehlen jegliche Angaben dazu, mit wem der Kläger bei welcher Gelegenheit eine solche Vereinbarung getroffen haben möchte. Entgegen der mit der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung war der klägerische Vortrag auch keineswegs unstreitig. Die Beklagte hat mit ihrem Klageerwiderungsschriftsatz vom 07.01.2013 (dort Seite 6) ausdrücklich bestritten, dass eine Entfernung des abgebrochenen Bohrerstücks in Aussicht gestellt worden ist. Eine unbedingte Zusage der behandelnden Ärzte, die Bohrerspitze in jedem Fall und unabhängig von der Operationssituation und der medizinischen Vertretbarkeit zu entfernen, erscheint dem Senat auch völlig lebensfremd.
Dass und warum das Belassen der Bohrerspitze im Knochen keinen Behandlungsfehler darstellt, hat das Landgericht auf Grundlage des Gutachtens überzeugend begründet. Davon, dass die Bohrerspitze in Zukunft Beschwerden verursachen wird, kann nicht ausgegangen werden. Nach Aussage des Sachverständigen sitzt die Bohrerspitze fest im Knochen und Verwachsungen oder Entzündungen sind nicht zu erwarten. Ohne Beschwerden ist ein ärztlicher Eingriff, so der Sachverständige, nicht erforderlich. Daran ändert auch nichts, dass der Kläger derzeit mit der Ungewissheit lebt, dass durch das Belassen des Bohrers im Knochen weitere Schäden auftreten oder Schmerzen verursacht werden können. Denn die Sorgen des Klägers sind, wie der Sachverständige überzeugend dargelegt hat, nicht gerechtfertigt.
Schließlich verhilft auch der Vorwurf des Klägers, er sei weder am 17.09.2010 über den Abbruch und Verbleib der Bohrerspitze im Knochen noch darüber informiert worden, dass die Bohrerspitze während der Operation am 04.05.2012 nicht entfernt worden sei, der Klage nicht zum Erfolg. Eine Haftung der Beklagten kommt insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung in Betracht. Unter einer therapeutischen Aufklärung oder Sicherungsaufklärung versteht man nach allgemeiner Meinung die zur Sicherstellung des Behandlungserfolges notwendige Erteilung von Schutz- und Warnhinweisen (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage, B I. 95; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Auflage, B II. 370; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, B 102 - jeweils mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Zur Sicherstellung eines Behandlungserfolges war eine Aufklärung über den Abbruch der Bohrerspitze und das Belassen der Spitze im Knochen nicht erforderlich. Darüber hinaus fehlt es an der Darlegung eines kausalen Schadens. Es ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar, welcher Schaden durch die fehlende Aufklärung verursacht worden sein soll.
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).

52. OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2014 – 5 U 716/14 – * Zahnarzthaftungsprozess: Gehörsverletzung bei Übergehung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und Verwertung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen; Verletzung von Hinweispflichten gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei

Leitsatz

1. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen, zu prüfen, zu berücksichtigen und sich mit ihm auseinanderzusetzen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn die Nichtberücksichtigung von Vortrag oder von Beweisanträgen im Prozessrecht keine Stütze mehr findet. Die im Arzthaftungsprozess erforderliche Klärung medizinischer Fragen durch einen Sachverständigen des jeweiligen Fachgebiets darf in der Regel nicht durch Verwertung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen ersetzt werden.
2. Auch anwaltlich vertretene Parteien sind möglichst vor der mündlichen Verhandlung auf offensichtlich übersehene Tat- und Rechtsfragen hinzuweisen. Erfolgt der gebotene Hinweis erst im Urteil, kann der darin liegende grobe Verfahrensverstoß zur Aufhebung und Zurückverweisung führen und die Nichterhebung der gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens erfordern.

Tenor

Auf die Berufungen beider Parteien wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 22.05.2014 im Umfang seiner Anfechtung aufgehoben und der Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen.
Gerichtliche Auslagen und Kosten für das Berufungsverfahren werden nicht erhoben.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Die Klägerin wurde in den Jahren 2011/2012 vom Beklagten zahnärztlich behandelt.
Sie hat in erster Instanz unter Vorlage des Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung vom 21.05.2013 Schmerzensgeld (5.000 €), materiellen Schadensersatz (10.696,52 €), die Feststellung einer weitergehenden Ersatzverpflichtung sowie die Zahlung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung geltend gemacht. Sie hat behauptet, der Beklagte habe sie nicht über mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt und ihren Oberkiefer behandlungsfehlerhaft mit ungenügenden Implantaten versehen. Die Kosten einer ordnungsgemäßen Neuversorgung beliefen sich auf 10.696,52 €.
Der Beklagte hat eingewendet, die Klägerin sei nach hinreichender Aufklärung zahnmedizinisch einwandfrei behandelt worden. Die Kosten der aufwändigen Neuversorgung wären bei ihm in gleicher Höhe angefallen.
Mit dem angefochtenen Urteil, auf das zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klägerin ein Schmerzensgeld von 4.000 € nebst Zinsen zugesprochen und den Beklagten verurteilt, an die Bevollmächtigten der Klägerin 413,62 € wegen der außergerichtlich entstanden Kosten zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet abgewiesen.
Dagegen wenden sich beide Parteien mit selbständigen Berufungen.
Die Klägerin verfolgt ihren materiellen Schadensersatz weiter und erstrebt eine Erhöhung der Verurteilung betreffend den Ersatz der außergerichtlich entstandenen Kosten.
Der Beklagte erstrebt hauptsächlich die Aufhebung des Urteils, hilfsweise die vollständige Klageabweisung.
Beide Parteien rügen die Verletzung formellen und materiellen Rechts.
II. 1. Die Klägerin hat das Urteil insoweit nicht angegriffen, als das Feststellungsbegehren als unzulässig und ein 4.000 € übersteigendes Schmerzensgeld als unbegründet abgewiesen wurde. In diesem Umfang ist das Urteil rechtskräftig geworden und wird durch die Aufhebung und Zurückverweisung nicht berührt.
Im Übrigen sind die Berufungen der Parteien zulässig und haben einen zumindest vorläufigen Erfolg; denn das Urteil des Landgerichts beruht auf mehreren gravierenden Verfahrensfehlern. Das rechtliche Gehör wurde beiden Parteien unzulässig be-schnitten. Die Besonderheiten eines Verfahrens wegen Ansprüchen aus Heilbehandlung wurden auf exemplarische Weise missachtet. Der Senat hält es nicht für sachdienlich, die erforderliche, umfassende Beweiserhebung in zweiter Instanz durchzuführen.
Auf den Hauptantrag des Beklagten ist die Entscheidung und das ihm zugrundeliegende Verfahren im von beiden Parteien angefochtenen Umfang aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzugeben (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO; Zöller-Heßler. ZPO, 30. Aufl. § 538 RN 4).
II. 2. Zur Berufung der Klägerin:

Art. 103 GG verpflichtet das Gericht, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen, zu prüfen, zu berücksichtigen und sich mit ihm auseinanderzusetzen. Vor der Durchführung der mündlichen Verhandlung sind auch anwaltlich vertretene Parteien auf offensichtlich übersehene Tat- und Rechtsfragen hinzuweisen. Erfolgt ein Hinweis erst im Termin, so hat das Gericht Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen und ggfl. die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.
Dazu hat die Klägerin auf Seiten 2-4 ihrer Berufungsbegründung alles Erforderliche mitgeteilt; hierauf wird Bezug genommen.
Der Hinweis auf die Unschlüssigkeit des Anspruchs auf Ersatz der Nachbehandlungskosten erfolgte erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 03.03.2014. Er war auch unvollständig. Es ist nicht auszuschließen, dass der Anspruch schlüssig begründet worden wäre, wenn die Kammer auf § 628 Abs. 2 BGB nicht erst im Urteil hingewiesen hätte.
II.3. Zur Berufung des Beklagten:
Auf Seite 2 seiner Berufungsbegründung hat der Beklagte gravierende Rechtsver-letzungen aufgezeigt. Auch hierauf wird Bezug genommen.
II.3.1. Das von der Klägerin vorgelegte Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung kann im Zivilprozess nur als qualifizierter Parteivortrag berücksichtigt werden. Werden keine Einwendungen vorgebracht, kann es allenfalls im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden (Senat in 5 U 1528/12, abgedruckt bei juris zu § 404 ZPO; Zöller-Greger ZPO 30. Aufl. § 402 RN 2, 6c). Darin erschöpft sich aber auch sein Beweiswert. Weil es nicht Gegenstand eines gerichtlichen oder staatsanwaltlichen Verfahrens war, kann es auch nicht nach § 411a ZPO verwertet werden.
Angesichts des substantiellen Vortrages des Beklagten in der Klageerwiderung war das Landgericht verpflichtet, entsprechend dem Antrag in der Klageschrift, das Gutachten eines gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen einzuholen. Die Beweislast für einen Behandlungsfehler liegt beim Patienten.
II.3.2. In der Klageerwiderung war auch genügend zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung vorgetragen. Die dazu erforderliche Anhörung der Parteien hat das Landgericht zu Unrecht unterlassen. Im Protokoll der mündlichen Verhandlung ist ausgeführt, dass eine Aufklärung der Klägerin erfolgt sei. Das Urteil geht sodann (überraschend) vom Gegenteil aus.
III. Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Verfahrensmängel erachtet der Senat die Aufhebung der Entscheidung und die Zurückverweisung zur Durchführung der erforderlichen umfangreichen Beweisaufnahme durch die erste Instanz für sinnvoll. Da das Endergebnis ungewiss ist, ist dem Landgericht auch die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Berufung zu übertragen.
Die gerichtlichen Kosten zweiter Instanz werden wegen der eindeutigen Verfahrensfehler gemäß § 21 GKG nicht erhoben.
Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 14.696,52 €.

53. OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2014 – 5 U 624/14 – * Zahnarztvertrag: Vergütungsanspruch bei fehlerhafter Eingliederung und Anpassung von Zahnersatz; Wegfall des Vergütungsanspruchs bei Patientenkündigung vor Behandlungsende; Haftung für die Kosten einer prothetischen Nach- bzw. Neuversorgung; Schmerzensgeld bei vorübergehender Zahnfleischentzündung durch Implantation einer Oberkieferbrücke

Leitsatz

1. War der Zahnarzt mit der Eingliederung und Anpassung von Zahnersatz beauftragt, handelt es sich um einen Dienstvertrag. Vom Sonderfall völliger Unbrauchbarkeit abgesehen, schuldet der Patient daher auch für eine suboptimale Leistung des Zahnarztes deren Vergütung.
2. Kündigt der Patient den Vertrag vor Abschluss der Behandlung, kann die Vergütungspflicht ausnahmsweise entfallen, wenn die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Patient ohne Interesse sind. Nach Behandlungsabschluss scheidet eine Kündigung aus.
3. Die Kosten der durch einen anderen Zahnarzt abgeschlossenen Behandlung schuldet der erstbehandelnde Zahnarzt nicht als Schadensersatz, falls es sich um Aufwendungen handelt, die ohnehin entstanden wären. Auch die zweijährige Gewähr nach § 137 Abs. 4 Satz 3 SGB V eröffnet insoweit keinen Schadensersatzanspruch.
4. Zur Schmerzensgeldbemessung, wenn Brückenkronen derart tief in das Zahnfleisch geführt werden, dass es dort zu einer vorübergehenden Entzündung kommt (3.000 €).

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bad Kreuznach vom 28.04.2014 in Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels dahin geändert, dass der Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt wird, an die Klägerin

a) ein Schmerzensgeld von 3.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.09.2012 und
b) zum Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten 169,99 € zu zahlen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits sowie den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens LG Bad Kreuznach 4 OH 18/11 trägt die Klägerin 7/10 und der Beklagte 3/10.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Der Beklagte ist Zahnarzt. Er implantierte der gesetzlich versicherten Klägerin unter deren Kostenbeteiligung Ende des Jahres 2010 eine von Zahn 16 bis Zahn 25 reichende Oberkieferbrücke.
Die Klägerin erachtet die Leistung für erneuerungsbedürftig. Sie habe zu Zahnfleischschmerzen, Beiß- und Kauproblemen geführt und das Festsetzen von Essensresten an den Kronenrändern begünstigt. Die Okklusion sei schlecht und es gebe keine ausreichenden Interdentalräume. Zudem säßen die Kronen zu tief im Zahnfleisch und seien dort an ihren Enden auch zu ausladend. Ein weiterer Mangel liege darin, dass die Wurzelfüllung des Zahns 22 lückenhaft sei.
Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin beantragt, die Verpflichtung des Beklagten festzustellen, für die Kosten der Neuversorgung ihres Oberkiefers aufzukommen, und dessen Verurteilung zur Zahlung eines mit mindestens 5.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds sowie zum Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrt.
Bei ihrem Verlangen hat sich die Klägerin auf die Erkenntnisse eines Sachverständigen gestützt, der sich zunächst im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens geäußert hatte und dann ergänzend vom Landgericht befragt worden ist. Demgegenüber hat der Beklagte, der seine Arbeit als fehlerfrei ansieht, auf die Stellungnahme zweier Krankenkassengutachter verwiesen, in denen Mängel verneint wurden. Einen dieser Gutachter hat das Landgericht als Zeugen gehört.
Das Landgericht hat dem Begehren der Klägerin vollauf entsprochen. Dabei ist es mit dem Sachverständigen davon ausgegangen, dass die streitige Brücke unzulässig überstehende Kronenränder aufweise, zu enge Interdentalräume habe und überdies ästhetisch zu beanstanden sei. Sie müsse ersetzt werden, da die Kronenränder wegen ihres hohen Sitzes im Zahnfleisch nicht nachgebessert werden könnten. Die Annahme der beiden Krankenkassengutachter, dass die Kronenränder keine Mängel hätten, sei nicht verlässlich. Das zuerkannte Schmerzensgeld rechtfertigt sich aus der Sicht des Landgerichts aus entzündungsbedingten Zahnfleischschmerzen und Erschwernissen in der Mundhygiene, die der Beklagte zu verantworten habe.
Diese Entscheidung greift der Beklagte mit der Berufung an und erstrebt die Abweisung der Klage. Unter Bezug auf eine von ihn eingeholte privatgutachterliche Stellungnahme betont er eine erhebliche Eigenverantwortlichkeit der Klägerin für die von ihr beanstandeten Defizite. Soweit ihm überhaupt irgendwelche Mängel in der Prothetik angelastet werden könnten, seien diese nachbesserungsfähig. Außerdem weist er auf den dienstvertraglichen Charakter seiner Leistung hin, die den eingeklagten Ersatzansprüchen grundsätzlich keinen Raum gebe.
II. Die Berufung hat einen weitreichenden Erfolg. Sie führt in Änderung des angefochtenen Urteils zur überwiegenden Abweisung der Klage. Die Anspruchsberechtigung der Klägerin beschränkt sich auf eine Schmerzensgeldforderung in Höhe von 3.000 € nebst Zinsen und einen darauf bezogenen Ersatzanspruch wegen Anwalts- und Beweissicherungskosten.
1. Für die mit dem Feststellungsbegehren geltend gemachten Kosten einer prothetischen Neuversorgung im Oberkiefer braucht der Beklagte entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht aufzukommen. Das erklärt sich daraus, dass zwischen den Parteien ein Dienstleistungsverhältnis bestand:
a) Der Beklagte war - anders als ein Zahntechniker - nicht mit der bloßen Anfertigung eines Zahnersatzes nach einem vorgegebenen Abdruck beauftragt, sondern mit der Herstellung einer Prothese betraut, die nach der individuellen Situation der Klägerin konzipiert und in Würdigung eben dieser Situation eingepasst werden musste. Insofern wurde - jedenfalls insoweit, als die Klägerin Beanstandungen vorbringt - eine Leistung geschuldet, die nur bedingt objektivierbar und deshalb dienstvertraglich einzuordnen ist (BGH NJW 2011, 1674; Senat VersR 2013, 1176; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 1056; OLG Oldenburg MDR 2008, 553). Abweichend vom Werkvertragsrecht kennt das Dienstvertragsrecht keine Mängelhaftung (BGH NJW 1963, 1301; BGH NJW 1981, 1211; Richardi/Fischinger in Staudinger, BGB, 2011, § 611 Rn. 716). Der Dienstleistende schuldet eine Tätigkeit, nicht aber einen bestimmten Arbeitserfolg. Deshalb kann der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten (BGH NJW 2004, 2817; Richardi/Fischinger a.a.O. Rn. 718; zu einer Sondersituation vgl. Senat MDR 2011, 1278). Genauso wenig haftet der Dienstleistende nach den allgemeinen Regeln der §§ 280, 281 BGB auf den Ausgleich der Kosten einer Ersatzvornahme, weil ihn dazu - gleich einem Werkunternehmer - eine Nacherfüllungsverpflichtung treffen müsste, was indessen regelmäßig nicht der Fall ist (vgl. Senat MDR 2011, 1278; OLGR Frankfurt 2004, 65; OLGR München, 1998, 247; Treumer VersR 2009, 333). Wer Dienste schuldet, kann nicht auf Nachbesserung in Anspruch genommen werden, wenn er nicht gut gearbeitet hat.

Das heißt aber nicht, dass Schlechtleistungen eines Zahnarztes kostenmäßig stets zu Lasten des Patienten gehen. Dauert das Behandlungsverhältnis noch an und kündigt der Patient vor dessen Ende, wozu er gemäß § 627 BGB uneingeschränkt befugt ist, zieht § 628 BGB eine Grenze: Der Vergütungsanspruch des Zahnarztes entfällt dann insoweit, als seine bisherigen Arbeiten infolge der Kündigung kein Interesse mehr für den Patienten haben (§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB). Voraussetzung ist freilich, dass eine mehr als nur geringfügige Fehlleistung des Zahnarztes Anlass zu der Kündigung gegeben hat (BGH NJW 2011, 1674). Darüber hinaus kann er Schadensersatz für die Aufwendungen verlangen (§ 628 Abs. 2 BGB), die für die Abhilfe durch einen anderen Zahnarzt erforderlich werden (Preis in Staudinger, BGB, 2012, § 628 Rn. 49). Allerdings muss beides im Zusammenhang gesehen werden: Insofern ist den Aufwendungen für die Ersatzvornahme die Honorarersparnis bei der Erstbehandlung gegenzurechnen, so dass es häufig an einer ausgleichsfähigen finanziellen Belastung fehlen wird (Schellenberg, VersR 2007, 1343).
b) Auch vor diesem Hintergrund kommt jedoch eine Inanspruchnahme des Beklagten nicht in Betracht. Denn sie setzt eine Kündigung der Klägerin während der Behandlung voraus. Ist die beanstandete Leistung vertraglich abgeschlossen, kann für eine solche Kündigung kein Raum mehr sein (Senat VersR 2013, 1176). So verhalten sich die Dinge auch hier. Die streitige Oberkieferbrücke wurde am 28.12. 2010 eingesetzt. Die dieserhalb erbrachte Leistung des Beklagten hat die Klägerin sodann am 24.01.2011 bezahlt. Es ist weder behauptet noch sonst ersichtlich, dass dies unter einem Vorbehalt oder mit dem Hinweis auf anstehende Korrekturarbeiten geschehen wäre. Damit wurde der Beklagte für die Tätigkeit, die er nach den vertraglichen Vereinbarungen schuldete, abschließend honoriert. Dass die implantierte Prothetik - der Darstellung der Klägerin nach - nicht unerhebliche Mängel aufwies, ist insoweit ohne Gewicht. Da der Beklagte vertraglich zu einer Nacherfüllung nicht verpflichtet war, erwuchsen daraus keine Vertragsansprüche, die noch unerledigt gewesen wären und deshalb das auf die Brückenversorgung gerichtete Vertragsverhältnis in der Schwebe hätten halten können. Daran vermögen etwaige sozialversicherungsrechtliche Verantwortlichkeiten des Beklagten (§ 137 Abs. 4 SGB V) nichts zu ändern.
Mithin erweist sich der Feststellungsantrag als unbegründet. Daneben kann seine Zulässigkeit offen bleiben (vgl. dazu BGH NJW 1978, 2031).
2. Unberührt von den vorstehenden Erwägungen ist freilich die immaterielle Anspruchsberechtigung der Klägerin. Der Beklagte schuldet gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB die Zahlung eines Schmerzensgelds; denn die prothetische Versorgung war nicht fachgerecht und zog deshalb Beeinträchtigungen nach sich.
a) Nach den Erkenntnissen des Landgericht ist es bei der Klägerin behandlungsbedingt zu schmerzhaften Zahnfleischentzündungen gekommen, und die Zahnhygiene wurde durch sich ansetzende Essensreste behindert. Der Senat hat keinen genügenden Anlass, die insoweit getroffenen Feststellungen vom Ansatz her in Zweifel zu ziehen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO):
Wie der Sachverständige Dr. M. aufgezeigt hat, führte der Beklagte die Brückenkronen zu tief in das Zahnfleisch ein; dadurch wurde ein entzündlicher Prozess in Gang gesetzt. Die Rechtsverteidigung, die subgingivale Implantation könne sich aus Gründen der Ästhetik oder der Retention empfohlen haben, ist ohne hinlängliche Substanz, weil zur zahntechnischen Situation, die der Beklagte bei der Klägerin vorfand, und den davon ausgehenden Notwendigkeiten nichts Konkretes mitgeteilt ist. Unbehelflich ist auch der Hinweis des Beklagten auf eine Eigenverantwortlichkeit der Klägerin wegen schlechter Mundhygiene und der Einnahme von Medikamenten, die das Zahnfleisch beeinflussen könnten. Denn die Entzündungen hörten gemäß den Bekundungen des Kassengutachters Dr. K. auf, als sich das Zahnfleisch mit der Zeit zurückgebildet und die Kronenhälse freigegeben hatte.
Zudem behindert die Prothetik die Mundhygiene, weil die Interdentalräume zu eng ausgestaltet wurden und die Kronenränder überstehen. Das hat sich bei der Untersuchung des Sachverständigen Dr. M. vom 22.03.2012 gezeigt. Dass die Kassengutachter Dr. K. und Dr. N. einen Randüberstand der Kronen verneint haben, hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht nicht für erheblich erachtet, da sie anders als Dr. M. keine Prüfung mit einer Häkchen-Sonde vornahmen.
b) Indessen rechtfertigen die von dem Beklagten zu verantwortenden Beeinträchtigungen der Klägerin nicht den erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldbetrag von 5.000 €. Das Landgericht hat nämlich unberücksichtigt gelassen, dass sich die schmerzhaften Entzündungen aufgrund eines Zahnfleischschwunds zurückgebildet haben und bei der Untersuchung durch Dr. K. am 19.03.2013 nicht mehr vorhanden waren. Außerdem hat der Zahnfleischschwund nach den Erkenntnissen des Sachverständigen Dr. M. zu einer Erleichterung der Zahnhygiene geführt. Von daher erscheint die Zubilligung einer - seit Eintritt der Rechtshängigkeit gesetzlich zu verzinsenden (§§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB) - immateriellen Entschädigung von 3.000 € angemessen.
3. Auf dieser Basis ergibt sich für die Klägerin ein - mit einer Geschäftsgebühr von 0,65 geltend gemachter - Anspruch auf Anwaltskostenersatz von 169,99 €. Die zudem mit der Klage verfolgten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens verteilen sich entsprechend den Kosten des hiesigen Rechtsstreits (Herget in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 91 Rn. 13).
4. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.
Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.

Rechtsmittelstreitwert: 10.000 €

54. OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.10.2014 – 7 U 87/14 – * Haftung des Krankenhausträgers nach fehlerhafter ärztlicher Behandlung: Erstreckung des übergegangenen Schadensersatzanspruchs auf fiktive Beiträge zur Rentenversicherung

Leitsatz

Zum Anspruchsübergang nach § 119 SGB X im Falle einer nach dem Schadensereignis eingetretenen Versicherungspflicht.

Orientierungssatz

1. Nach einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung haftet ein Krankenhausträger gegenüber dem Rentenversicherungsträger im Rahmen der bestehenden Schadensersatzpflicht nach § 119 SGB X auch auf den Ersatz von fiktiven Beiträgen zur Rentenversicherung.
2. Der Krankenhausträger kann dem gesetzlichen Anspruchsübergang nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegenhalten.

Tenor

1 Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 09.04.2014, 3 O 21/13, wie folgt abgeändert:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 5.340,89 für entgangene Rentenversicherungsbeiträge des Jahres 2010 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.02.2013 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin im Rahmen der Übergangsfähigkeit nach § 116 SGB X die schadensbedingten Aufwendungen zu erstatten, die diese zukünftig an den Versicherten S. O. auch aufgrund neuer Gesetze, längstens bis zum 31.12.2054 (Erreichen der Altersgrenze am 01.01.2055 für besonders langjährig Versicherte, die am 01.01.1990 geboren sind, vgl. § 38 SGB VI) zu erbringen hat.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, die weiteren unfallbedingten Ausfälle der Beitragsleistungen ab 01.01.2011 an die Rentenversicherung, die vom mutmaßlichen Bruttoverdienst des Versicherten S.O., auch aufgrund neuer Gesetze abzuführen wären, durch Zahlung an die Klägerin im Sinne des Beitragsregresses nach § 119 SGB X, längstens bis zum 31.12.2054 (Erreichen der Altersgrenze am 01.01.2055 für besonders langjährig Versicherte, die am 01.01.1990 geboren sind, vgl. § 38 SGB VI) zu ersetzen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.
3. Das Urteil und das angefochtene Urteil, soweit es aufrecht erhalten wurde, sind vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung aus dem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des beizutreibenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.
Der klagende Rentenversicherungsträger macht übergegangene Schadensersatzansprüche in Form ausgefallener Rentenversicherungsbeiträge nach einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung geltend.
Der beklagte Kreis haftet dem Grunde nach als Krankenhausträger für den auf einem ärztlichen Versäumnis beruhenden Hirnschaden des S.O., den dieser im Zusammenhang mit seiner Geburt am 01.01.1990 erlitt.
S.O. nahm in den Jahren 2008 und 2009 in streitigem Umfang an einer Berufsbildungsmaßnahme in der Werkstatt der Lebenshilfe in S. teil. Sie endete am 15.09.2009 vorzeitig, weil S.O. nicht werkstattfähig war.
Die Parteien haben erstinstanzlich darüber gestritten, ob und für welchen Zeitraum Pflichtversicherungsbeiträge bezahlt wurden und ob für den Erwerbsschaden unterstellt werden kann, dass S.O. ohne die Schädigung im02.2010 eine Ausbildung als Mechatroniker abgeschlossen und mit einem Jahreseinkommen von € 29.821,50 bei den Firmen LUK oder Bosch in Bühl eine Anstellung gefunden hätte, mit der Folge, dass bei einem Beitragssatz von 19,9% für das Jahr 2010 Rentenversicherungsbeiträge von € 5.934,48 hätten bezahlt werden müssen.
Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO verwiesen wird, hat antragsgemäß wie folgt erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 5.934,48 für entgangene Rentenversicherungsbeiträge des Jahres 2010 nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz ab 12.02.2013 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin im Rahmen der Übergangsfähigkeit nach § 116 SGB X die schadensbedingten Aufwendungen zu erstatten, die diese zukünftig an den Versicherten S.O. auch aufgrund neuer Gesetze, längstens bis zum 31.12.2056 (Erreichen der Regelaltersgrenze am 01.01.2057 für Versicherte, die am 01.01.1990 geboren sind, vgl. § 35 SGB VI) zu erbringen hat.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, die weiteren unfallbedingten Ausfälle der Beitragsleistungen ab 01.01.2011 an die Rentenversicherung, die vom mutmaßlichen Bruttoverdienst des Versicherten S.O. auch aufgrund neuer Gesetze abzuführen wären, durch Zahlung an die Klägerin im Sinne des Beitragsregresses nach § 119 SGB X, längstens bis zum 31.12.2056 (Erreichen der Regelaltersgrenze am 01.01.2057) zu bezahlen.
Das Landgericht ist dabei davon ausgegangen, dass ein Forderungsübergang nach § 119 SGB X (Fassung ab 01.01.2001) stattfand, weil S.O. in der Zeit vom 01.09.2008 bis 14.09.2009 pflichtversichert gewesen sei und Rentenversicherungsbeiträge für ihn bezahlt worden seien. Als Bemessungsgrundlage für die im Jahr 2010 geschuldeten Beträge sei zu unterstellen, dass S.O. eine Ausbildung als Mechatroniker bis02.2010 absolviert und danach bei der Firma LUK in Bühl zu arbeiten begonnen hätte. Von dem dort fiktiv erzielten Arbeitseinkommen sei kein Abschlag für ein Arbeitsplatzrisiko wegen der günstigen Wirtschaftslage des genannten Arbeitsgebers zu machen.
Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er sein Klageabweisungsinteresse weiter verfolgt. Er bringt hierfür vor, S.O. habe stets eine 1:1 Betreuung gebraucht und sei daher zu keinem Zeitpunkt werkstattfähig gewesen. Er habe somit nicht in die Werkstatt der Lebenshilfe aufgenommen werden dürfen. Die Versicherungspflicht sei demnach zu Unrecht entstanden. § 119 SGB X sei deshalb teleologisch zu reduzieren, so dass vorliegend nicht von einem Anspruchsübergang auszugehen sei. Da auch eine Ersatzpflicht im Rentenalter bestünde, sei die Begründung von Rentenansprüchen bei der Klägerin auch nicht nötig. Im Übrigen sei zwar anzunehmen, dass S.O. zum Mechatroniker ausgebildet worden wäre, von einem fiktiven Gehalt sei aber ein Abschlag für ein Arbeitsplatzrisiko zu machen.
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.
Für das weitere Berufungsvorbringen wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze, für die Formulierung der Berufungsanträge auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 24.09.2014 (II 63) verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung hat im tenorierten Umfang Erfolg.
1. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Klägerin für fiktive Rentenversicherungsbeiträge aktivlegitimiert ist. Gemäß § 119 Abs. 1 Satz 1 1 HS 2. Alt. SGB X sind nämlich Schadensersatzansprüche S.O. auf Ersatz von Beiträgen zur Rentenversicherung auf sie übergangen, nachdem er zeitlich nach dem schädigenden Ereignis durch die Aufnahme in die Werkstatt der Lebenshilfe am 01.09.2008 pflichtversichert geworden ist. Der Klägerin ist dieser Anspruch auf Ersatz des Beitragsschadens als Treuhänderin übertragen. Sie hat die Beiträge einzuziehen und zugunsten S.O. gemäß § 119 Abs. 3 SGB X als Pflichtbeiträge in der Rentenversicherung zu verbuchen.
a) Gemäß § 120 Abs. 1 SGB X ist § 119 SGB X in der Fassung vom 01.01.2001 auf den konkreten Fall anzuwenden. Die Verletzungshandlung vom 01.01.1990 (BGH, Urteil vom 13.02.1996, VI ZR 318/94, NJW 1996, 1674) lag zwischen dem Stichtag für den Anwendungsbeginn, dem 30.06.1983, und dem Inkrafttreten des § 119 Abs. 1 SGB X in der Fassung vom 01.01.2001, ohne dass eine abschließende Entscheidung über den Anspruch vorlag. Unter Entscheidungen im Sinne des § 120 SGB X sind Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren zu verstehen (BT-Drs. 14/4375 S. 61), wobei dahinstehen kann, was genau erfasst sein soll, da im vorliegenden Fall weder zwischen den Parteien noch S.O. und dem Beklagten ein Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren über die Haftung oder diese Schadensposition zu einem rechts-/bestandskräftigen Abschluss gekommen war.
b) S.O. ist aufgrund seines geburtlichen Hirnschadens nicht erwerbsfähig. Der ihm hieraus erwachsende wirtschaftliche Nachteil in seiner künftigen beruflichen Entwicklung (Erwerbs- und Fortkommensschaden) ist nach §§ 842, 843 BGB von der Schadensersatzpflicht des Beklagten umfasst. Zu diesem ersatzpflichtigen Verdienstausfallschaden gehören auch Beiträge zur Sozialversicherung, da anzunehmen ist, dass S. O. ohne die Schädigung zum Mechatroniker ausgebildet worden wäre und als solcher angestellt gearbeitet hätte. Er wäre dann nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI versicherungspflichtig gewesen.
c) S.O. ist nach dem Schadensereignis versicherungspflichtig geworden. Behinderte Menschen, die in einer Werkstatt für behinderte Menschen i.S. des § 136 SGB IX, wie der Werkstatt der Lebenshilfe in S., tätig sind, unterliegen nach § 1 Satz 1 Nr. 2a SGB VI der Rentenversicherungspflicht. Der Träger der Werkstatt führt gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI die Beiträge ab. S.O. war in der S.er Lebenshilfewerkstatt tätig im Sinne des § 136 SGB IX. Bei den Leistungen in Werkstätten für behinderte Menschen besteht

ein Stufenverhältnis im Rahmen der Leistungserbringung, das über das Eingangsverfahren und den Berufsbildungsbereich (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB IX) bis zum Arbeitsbereich (§ 41 SGB IX) reicht. Demgegenüber sollen behinderte Menschen, die nicht in eine Werkstatt für behinderte Menschen aufgenommen werden können, nach § 136 Abs. 3 SGB IX in Einrichtungen oder Gruppen betreut oder gefördert werden, die der Werkstatt (nur) angegliedert, nicht aber Teil von ihr sind (Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 27.08.2009, L 7 SO 25/09 B ER). Tätig im Sinne des § 1 Satz 1 Nr. 2a SGB VI in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen sind nicht nur die dem Arbeitsbereich (§ 41 SGB IX), sondern auch die dem Eingangsverfahren und Berufsbildungsbereich zugeordneten (BSG, Urteil vom 14.02.2001, SozR 3-2500 § 44 Nr 8; Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 25.02.2010, L 10 AL 225/08 KL Rn 22). Dies ergibt sich klar aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 11/4124 S. 148).
Entgegen dem Berufungsvortrag, wonach kein Eingangsverfahren stattgefunden habe, wurde S.O. auch in das Eingangsverfahren aufgenommen. Das hat die Beweisaufnahme erster Instanz erbracht. Die Zeugin H. sagte aus, die Maßnahme sei für 2 Jahre und 3 Monate bewilligt worden. Dies entspricht der gesetzlich vorgesehenen Dauer des Eingangsverfahrens von 3 Monaten (§ 40 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB IX) und des sich anschließenden Berufsbildungsbereichs von 2 Jahren (§ 40 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 SGB IX). Den Leistungen im Berufsbildungsbereich sind diejenigen des Eingangsverfahrens zwingend vorgeschaltet (BT-Drs. 14/5800 S. 27). Anders ist auch die Aussage der Zeugin, der Erprobungsversuch heiße offiziell „Teilnahme am Eingangsverfahren im Berufsbildungsbereich in einer Werkstatt für behinderte Menschen“, nicht zu verstehen.
d) Die Berufung meint, § 119 SGB X erfordere, dass die versicherungspflichtige Tätigkeit schädigungsbedingt wieder aufgegeben werde (so auch Küppersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 11. Aufl., Rn 771; Waltermann in Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl. § 119 SGB X Rn 3). Dieses Erfordernis erschließt sich dem Senat weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch ihrem Sinn. Die in § 119 Abs. 1 SGB X angeordnete Legalzession dient dazu sicherzustellen, dass der Schaden des Verletzten, der in der Störung seines Versicherungsverlaufs durch das Ausbleiben von Beitragszahlungen liegt, ausgeglichen wird (BGH, Urteil vom 18.12.2007, VI ZR 278/06, MDR 2008, 383). Solange ein solcher Schaden eintritt, ist sein Ausgleich nach § 249 BGB Inhalt der Wiederherstellungspflicht des Schädigers. Zu einem solchen teilweisen Ausbleiben kommt es aber auch, wenn für die nach dem Schadensereignis aufgenommene versicherungspflichtige Tätigkeit geringere Beiträge als für die fiktiv ohne die Schädigung ausgeübte erbracht werden unabhängig von der Frage, ob diese spätere Tätigkeit überhaupt wieder aufgegeben wird. Im Ergebnis kann dieses Erfordernis aber dahinstehen, weil S.O. die Tätigkeit in der Werkstatt abbrechen musste, da seine schädigungsbedingte Behinderung einen Verbleib dort nicht zuließ.
e) Die von § 119 Abs. 1 Satz 1 1 HS 2. Alt. SGB X formulierten Voraussetzungen für den Forderungsübergang liegen damit vor.
Entgegen der Ansicht der Berufung ist diese Bestimmung nicht im vorliegenden Fall wider ihren Wortlaut einschränkend auszulegen. Eine solche teleologische Reduktion kommt nur in Betracht, wenn der Wortlaut einer Norm auch Lebenssachverhalte erfasst, die nach Sinn und Zweck der Norm nicht erfasst werden sollen, und in diesen Fällen eine buchstabengetreue Anwendung der Norm ihrem Zweck zuwider liefe. Das ist nicht der Fall.
aa) Die Berufung meint zum einen, ein Anspruchsübergang sei vorliegend deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Beklagte den Schaden von S.O. vollständig auch dann ersetzen müsse, wenn dieser sich im Rentenalter befinde, er also auf die Begründung von Rentenansprüchen zu seiner Versorgung nicht angewiesen sei. Das verkennt schon im Ausgangspunkt, dass die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung nicht nach der Bedürftigkeit des Versicherten fragt. Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung gehören zum Arbeitseinkommen des pflichtversicherten Arbeitnehmers. Der Schaden des Verletzten liegt in der Störung seines Versicherungsverlaufs durch das Ausbleiben von Beitragszahlungen, was im Wege der Naturalrestitution auszugleichen ist (BGH, Urteil vom 18.12.2007, VI ZR 278/06, MDR 2008, 383). Es ist somit ein gegenwärtiger Schaden, der genau so wenig von der Bedürftigkeit des Arbeitnehmers abhängt, wie sein sonstiger Anspruch auf Lohn. Zudem nimmt die Begründung eigener Versorgungsanwartschaften dem Geschädigten insoweit das Risiko einer Insolvenz des Schädigers zum Zeitpunkt des späteren Rentenbezugs. Das mag bei der beklagten Gebietskörperschaft praktisch keine Rolle spielen, zeigt aber, dass, selbst wenn Schadensersatzansprüche für den Rentenschaden im Rentenalter bestehen, eigene Ansprüche des Verletzten gegen die Rentenversicherung ihren Sinn behalten.
bb) Die Berufung meint zum anderen, § 119 SGB X solle für Fälle, wie den vorliegenden, teleologisch reduziert werden, in denen ein nicht werkstattfähiger Mensch in eine solche Werkstatt aufgenommen worden sei und so eine Versicherungspflicht begründet worden sei. Auch dies ist kein Fall der teleologischen Reduktion. Denn die von der Berufung gesehene Gefahr einer Anwendung der Norm auf einen Personenkreis, für den sie nicht bestimmt ist, beruht nicht auf ihrer zu weiten Fassung, sondern darauf, dass im Rahmen einer ihrer Voraussetzungen im Einzelfall ein Rechtsanwendungsfehler unterlaufen sein könnte. Einer solchen Fallgestaltung ist nicht durch eine teleologische Reduktion der Norm, sondern durch ihre Nichtanwendung im Einzelfall gemäß § 242 BGB zu begegnen.

f) Der Beklagte kann dem Anspruchsübergang aber auch gemäß § 242 BGB keine Einwendung entgegenhalten. Zwar ergeben sich aus dem in dieser Norm festgeschriebenen Gebot von Treu und Glauben Grenzen für die Ausübung von Rechten. So ist die Ausübung eines Rechts in der Regel missbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch einen Verstoß gegen ein Gesetz erworben hat. Hier könnte eine Unredlichkeit darin liegen, dass einerseits vom Schädiger erfolgreich der Ersatz eines ungewöhnlich hohen Betreuungsmehraufwands verlangt wird, weil der Geschädigte unter anderem wegen Eigen- und Fremdgefährdung 22 Stunden am Tag eine 1:1 Betreuung benötigt (vgl. 7 U 109/14), aber andererseits auch erfolgreich der Ersatz von Rentenversicherungsbeiträgen geltend gemacht wird, was voraussetzt, dass der Geschädigte nicht im Sinne des § 136 Abs. 2 SGB XI besonders pflegebedürftig ist. Von einem Rechtsverstoß, der entgegengehalten werden könnte, ist aber nicht auszugehen.
aa) Allerdings scheitert die Einwendung noch nicht daran, dass ein Dreipersonenverhältnis, Schädiger, Geschädigter, Rentenversicherung, besteht. Denn nach dem Rechtsgedanken des § 404 BGB kann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Geschädigten auch dem Zessionar entgegengehalten werden.
bb) Vorliegend ist aber bereits zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme in eine Werkstatt für behinderte Menschen nicht vorlagen.
(1) Der Gesetzgeber hat klar formuliert, dass behinderte Menschen versicherungspflichtig sind, wenn sie in das Eingangsverfahren einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen aufgenommen worden sind (BT-Drucks. 11/4124 S. 148). Die Beitragspflicht ist dabei von der Erzielung eines Arbeitsentgelts abgekoppelt (§ 168 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI). S.O. durfte daher in das Eingangsverfahren aufgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für den Zugang zu dieser Stufe vorlagen, unabhängig davon, welche Voraussetzungen für den Zugang zu den weiteren Stufen zu erfüllen sind.
Im Eingangsverfahren wird festgestellt, ob die Werkstatt die geeignete Einrichtung zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben und zur Eingliederung in das Arbeitsleben ist, sowie welche Bereiche der Werkstatt und welche Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben und ergänzende Leistungen oder Leistungen zur Eingliederung in das Arbeitsleben in Betracht kommen und um einen Eingliederungsplan zu erstellen (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Im Rahmen des Eingangsverfahrens wird somit geprüft, ob der behinderte Mensch in der Lage ist, sich unter Anleitung in einer Werkstatt für behinderte Menschen zurecht zu finden (Jabben in Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.06.2014, § 40 Rn 3 mwN).
Zutreffend weist die Berufung darauf hin, dass § 136 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eine Prognose des vom behinderten Menschen durch die Maßnahmen im Eingangsverfahren und Berufsbildungsbereich zu erwartenden Leistungsvermögens verlangt. Ist zu erwarten, dass der Leistungsempfänger spätestens nach der Teilnahme an der Maßnahme im Berufsbildungsbereich in der Lage ist, wenigstens ein Mindestmaß wirtschaftlich verwertbarer Arbeitsleistung zu erbringen, so ist der Förderungsanspruch begründet. Ein Mindestmaß wirtschaftlich verwertbarer Arbeitsleistung ist zu erwarten, wenn der behinderte Mensch an der Herstellung der von der betreffenden Werkstatt für Behinderte vertriebenen Waren und Dienstleistungen durch nützliche Arbeit beteiligt werden kann (Luik in: jurisPK-SGB IX, § 40 SGB IX Rn 15). Dies ist nicht der Fall bei behinderten Menschen, bei denen trotz einer der Behinderung angemessenen Betreuung eine erhebliche Selbst- oder Fremdgefährdung zu erwarten ist oder das Ausmaß der erforderlichen Betreuung und Pflege die Teilnahme an Maßnahmen im Berufsbildungsbereich oder sonstige Umstände ein Mindestmaß wirtschaftlich verwertbarer Arbeitsleistung im Arbeitsbereich dauerhaft nicht zulassen (§ 136 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Dann fehlt die sogenannte Werkstattfähigkeit.
Das Eingangsverfahren dient, wie dargestellt, auch der Beurteilung der Werkstattfähigkeit. Zugang zu ihm besteht demnach nur dann nicht, wenn bereits gesichert und zweifelsfrei feststeht, dass der behinderte Mensch ein Mindestmaß wirtschaftlich verwertbarer Arbeitsleistung nicht wird erbringen können. Liegt hingegen ein Zweifelsfall vor, ist der Zugang zum Eingangsverfahren nach § 40 Abs 1 Nr 1 SGB IX eröffnet, damit festgestellt werden kann, ob die Werkstatt für behinderte Menschen die geeignete Einrichtung für die Teilhabe am Arbeitsleben ist (SG Dresden, Beschluss vom 11.07.2003, S 6 AL 1041/03 ER, Luik in: jurisPK-SGB IX, 1.Aufl., § 40 SGB IX Rn 26).
Demnach könnte überhaupt nur dann von einer unter Verstoß gegen § 40 SGB XI erfolgten Aufnahme S.O. in das Eingangsverfahren ausgegangen werden, wenn unzweifelhaft wäre, dass er nicht werkstattfähig war.
(2) Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Zivilgericht eine Prüfung der „fehlenden Werkstattfähigkeit“ nicht deshalb versagt ist, weil S.O. tatsächlich in das Eingangsverfahren aufgenommen wurde und der Sozialleistungsträger, hier die Bundesagentur für Arbeit, eine positive Förderungsentscheidung traf. Dieser Verwaltungsakt dürfte zumindest nach Ablauf der Widerspruchs- und Klagefrist bestandskräftig sein. Zwar sind nach § 118 SGB X Gerichte, wenn sie über einen nach § 116 SGB X übergegangenen Anspruch zu entscheiden haben, an eine unanfechtbare Entscheidung, dass und in welchem Umfang der Leistungsträger zur Leistung verpflichtet ist, gebunden. Auch wird eine ausweitende Auslegung dieser Norm für richtig gehalten (Peters-Lange in: jurisPK-SGB X, Stand 1.12.2012, § 118 SGB X Rn 5), so dass die systematische Stellung von § 119 SGB X hinter § 118 SGB X einer analogen Anwendung nicht ent-

gegenstehen müsste. § 116 SGB X, an den § 118 SGB X anknüpft, setzt aber für den Forderungsübergang des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten auf den Sozialversicherungsträger voraus, dass letzterer kongruente Sozialleistungen zu erbringen hat. In diesen Fällen sollen aus Gründen der Rechtssicherheit und Prozessökonomie divergierende Entscheidungen vermieden werden (BGH, Urteil vom 05.05.2009, VI ZR 208/08, VersR 2009, 995). Im vorliegenden Fall macht die Klägerin als weiterer Sozialversicherungsträger neben der Bundesagentur für Arbeit aber als Treuhänder Rentenversicherungsbeiträge für einen anderen Zeitraum als den des Werkstattaufenthaltes geltend. Damit dürfte es an der (zeitlichen) Kongruenz fehlen. Die Werkstattfähigkeit ist vielmehr eine tatsächliche Vorfrage für die Aufnahme in das Eingangsverfahren, an die die Rentenversicherungspflicht anknüpft, die zum Anspruchsübergang nach § 119 SGB X führt. § 118 SGB X bewirkt aber keine Bindungswirkung hinsichtlich tatsächlicher und rechtlicher Vorfragen für den Anspruch wie hinsichtlich der Art und dem Ausmaß der gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Soweit diese nicht rechtskraftfähigen Feststellungen zu Anspruchsvoraussetzungen auch im Zivilrechtsstreit erheblich werden, entscheidet das Zivilgericht in eigener Zuständigkeit (Peters-Lange in: jurisPK-SGB X, Stand 1.12.2012, § 118 SGB X Rn 14). Die Frage bedarf aber im Hinblick auf das unter Ziffer (4) und cc) Ausgeführte keiner abschließenden Entscheidung.
(3) Der Beklagte behauptet, dass S.O. generell nicht werkstattfähig ist. Es kann daher auch außer Acht bleiben, dass sich die Frage, ob der Betreffende in das Eingangsverfahren einer Werkstatt aufgenommen werden kann, nach der konkret gewählten Einrichtung beurteilt (BSG, Urteil vom 30.11.2011, B 11 AL 7/10 R, BSGE 109, 293).
(4) Aus den beigezogenen Akten des Verfahrens S.O. gegen die Beklagte wegen Erstattung des Betreuungsmehraufwands seiner Eltern (LG Baden-Baden 3 O 152/13; Senat 7 U 109/14), dessen Beweisaufnahme mit Zustimmung der Parteien im hiesigen Verfahren verwertet werden kann, ergibt sich folgendes Bild zur Werkstattfähigkeit S.O.: Er weist ein organisches Psychosyndrom auf, das bei einer leichten Intelligenzminderung mit einer psychomotorischen Retardierung, einer cerebelläre Ataxie, einem seit ca 2000 ohne Medikation anfallsfreiem cerebralen Anfallsleiden und einer schweren und durchgängigen sozialen Beeinträchtigung bei beträchtlichem Betreuungsbedarf einhergeht (AB 3 O 152/13 K 3, 4). Nach dem von Eltern und Mitarbeitern eines psychiatrischen Fachkrankenhauses bearbeiteten Heidelberger-Kompetenz-Inventar für geistig Behinderte, das den Probanden mit der Population der geistig behinderten der gleichen Altersgruppe vergleicht, lag S.O. knapp im Durchschnitt der Vergleichsgruppe. Dipl. Psych. K.-S. beschreibt S.O. in anderem Zusammenhang dahin, dass sämtliche Arbeitsabläufe und -ergebnisse engmaschig kontrolliert werden müssen, er bei ihn nicht interessierenden Tätigkeiten in hohem Maße ablenkbar ist und ein extrem geringes Durchhaltevermögen zeige. Er habe große Schwierigkeiten, Regeln einzuhalten und Anweisungen zu befolgen, zeige eine starke körperliche Unruhe und einen ständigen und ausgeprägten Rededrang, zugleich sei er hilfsbereit, beteilige sich freudig an hauswirtschaftlichen Aufgaben, zeige Interesse am Lesen, Schreiben und Rechnenlernen und nehme seine Arbeit ernst (AB 3 O 152/13 S. 189). In einem Papier über die Förderziele und Maßnahmen im Förder- und Betreuungsbereich für das Jahr 2011/2012 heißt es, S.O. sei mittlerweile in der Lage, sich über einen gewissen Zeitraum von 10 bis 40 Minuten selbst zu beschäftigen. Ihm könnten Tätigkeiten, die an die Werkstatt für behinderte Menschen angelehnt seien, wie das Verpacken von Wäscheklammern und Dübeln übertragen werden. Allerdings müsse stets ein Auge und ein Ohr auf ihn gerichtet sein, da sein oft zwanghaftes Verhalten, sich mitzuteilen, aufzustehen und sich durch den Gruppenalltag ablenken zu lassen, ihn unkonzentriert arbeiten ließen (AB 3 O 152/13 S. 195). Diese S.O. in den Jahren 2009 und 2010 beschreibenden Angaben, geben einen groben Anhalt für das Jahr 2008, da sie auch den Feststellungen des Gerichtsgutachters zum Wesen S.O. entsprechen. Hierbei steht fest, dass es im Jahr 2009 zu einer vorübergehenden Verschlechterung seines Gesundheitszustandes kam, nachdem er im04.probeweise auch nachts in einem Wohnheim untergebracht war (3 O 152/13 AB S. 71; S. 287). Nach den Angaben der Eltern gegenüber dem psychiatrischen Fachkrankenhaus, in dem sich S.O. von08.2009 bis10.2009 aufhielt, ging er anfangs gern in die Werkstatt der Lebenshilfe. Dort sei er zusammen mit 30 anderen Beschäftigten in einer sehr lauten und unruhigen Werkstatt untergebracht gewesen. Im Verlaufe seines Aufenthalts dort sei es immer schwieriger geworden. Nach den Angaben des Vaters ging der Aufnahme in die Lebenshilfewerkstatt eine ärztliche Untersuchung des Kinderarztes voraus, ob ein solcher Aufenthalt für S. in Betracht komme (3 O 152/13 S. 681). Entsprechend den Angaben des Gerichtsgutachters kann S.O. „1:1 in einer Gruppe“ betreut werden. Der Sachverständige führte hierzu aus, dies sei dahin zu verstehen, dass ständig ein Betreuer in der Gruppe anwesend sein müsse, wenn die Unterbringung hinter geschlossenen Türen erfolge. S.O. benötige in erster Linie Überwachung, da er Weglauftendenzen zeige und sich im Straßenverkehr nicht bewegen könne, er zudem übermäßig Wasser trinke und so seine Gesundheit gefährde. Weiter benötige er Hilfe bei der Körperhygiene, beim Essen und Anziehen. Eine solche Unterbringung hinter geschlossenen Türen in einer Gruppe sei aber auf den häuslichen Betreuungsbedarf nicht zu übertragen (3 O 152/13 S. 695), wo eine 1:1 Betreuung, insbesondere zur Überwachung nötig sei. Diese nachvollziehbaren Angaben zeigen, dass der sehr hohe häusliche Betreuungsbedarf nicht zwangsläufig eine werkstatttypische Tätigkeit in einer Gruppe ausschloss. Zwar hat der Beklagte zusätzlich Sachverständigenbeweis und Zeugenbeweis der Mutter dafür angeboten, dass S.O. von Anfang an und dauerhaft

nicht werkstattfähig war und ist (II 10). Dass dies unzweifelhaft feststand, erscheint dem Gericht aus dem verwertbaren Sachverhalt aber nicht auf den ersten Blick wahrscheinlich, muss jedoch nicht letztendlich geklärt werden.
cc) Der Einwand bleibt nämlich auch ohne weitere Beweisaufnahme erfolglos.
(1) Für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs bei der Geltendmachung von Versorgungsansprüche wird vertreten, dass er nur bei besonders groben Pflichtverletzungen in Betracht kommt (Palandt/Grüneberg BGB, 73. Aufl. § 242 Rn 47). Dies wird auf die Rechtsprechung zu Dienst-/Arbeitsverhältnissen gestützt (z.B. BGH, Urteil vom 13.12.1999 – II ZR 152/98 –, NJW 2000, 1197; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 16.10.2012 – 17 Sa 461/11 – mwN). Dort wird es damit begründet, dass das Versorgungsversprechen Teil des von dem Dienstberechtigten geschuldeten Entgelts ist und der Dienstberechtigte nicht ohne weiteres von der Verpflichtung befreit werden kann, im Versorgungsfall diesen Teil der geschuldeten und versprochenen Vergütung zu leisten. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn diese Leistung für den Dienstberechtigten unzumutbar ist. Dafür müsse der Versorgungsberechtigte aber seine Pflichten in so grober Weise verletzt haben, dass sich die in der Vergangenheit bewiesene Betriebstreue nachträglich als wertlos oder zumindest erheblich entwertet herausstellt. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Begründung aus dem Dienst-/Arbeitsvertragsrecht für eine Beschränkung des Rechtsmissbrauchseinwands auf besonders grobe Pflichtverletzungen auch auf das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem zu übertragen ist. Denn auch bei Anlegung des allgemeinen Maßstabs greift der Einwand nicht.
(2) Maßgeblich ist nämlich eine Betrachtung des konkreten Einzelfalles. Der Schädiger schuldet Ersatz des gegenwärtigen Erwerbsschadens, der eben auch in dem schädigungsbedingt nicht geleisteten Rentenversicherungsbeitrag besteht. Diese Zahlungspflicht aufzuschieben bis in das tatsächliche Rentenalter des Geschädigten ist daher keine Belastung, sondern eine Vergünstigung. Würde diese Vergünstigung gewährt, wenn der Geschädigte so stark geschädigt ist, dass die Aufnahme einer versicherungspflichtigen Tätigkeit ausgeschlossen ist, würde der Schädiger vom Ausmaß der Schädigung profitieren. Zwar ist anzunehmen, dass er in solchen Fällen etwa auch hohen Betreuungsmehraufwand auszugleichen hat. Gleichwohl bedeutet das Leisten der Rentenversicherungsbeiträge „nur“ eine Art von Sparen für die künftige Belastung aus der Rentenzahlung. So würde etwa ein privater Arbeitgeber für die Zusage einer betrieblichen Altersversorgung eine Rückdeckungsversicherung abschließen. Und es wäre nicht einmal klar, dass sich dies nicht zu seinen finanziellen Gunsten auswirkt, etwa wenn der Versorgungsberechtigte besonders alt wird. Einem selbständig tätigen Verletzten, der einen privaten Rentensparplan abgeschlossen hätte, müsste auch die hierfür zu zahlende Prämie ersetzt werden, selbst wenn er in den Genuss dieses Teils seines Erwerbseinkommens erst im Rentenalter kommt. Wenn andererseits, wie vorliegend nach den Umständen des Einzelfalles, soweit sie festgestellt sind, jedenfalls nicht auf den ersten Blick davon ausgegangen werden kann, dass die Voraussetzungen für die Aufnahme S.O. in das Eingangsverfahren zweifelsfrei nicht vorlagen, vermag der Senat einen Rechtsmissbrauch in der Geltendmachung der Versorgungsbeiträge nicht zu sehen.
2. Allerdings ist das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Höhe der übergegangenen Ansprüche zu korrigieren.
a) (1) Das Landgericht hat, von der Berufung insoweit nicht angegriffen, festgestellt, dass S.O. ohne die Schädigung wohl einen Realschulabschluss erzielt, eine Ausbildung zum Beruf des Mechatronikers absolviert und darin einen Anstellung gefunden hätte. Auf seine Ausführungen, in denen es zutreffend auch auf den Beruf, die Vor- und Weiterbildung der Eltern, ihre Qualifikation in der Berufstätigkeit, die beruflichen Pläne für das Kind sowie schulische und berufliche Entwicklungen von Geschwistern und anderen nahen Verwandten abgestellt hat (BGH, Urteil vom 05.10.2010, VI ZR 186/08, MDR 2010, 1381), wird verwiesen. Der Senat schließt sich ihnen nach eigener Prüfung an.
(2) Nach Ansicht des Senats ist das Landgericht in der Fiktion eines Lebensweges S.O. hinsichtlich des Grads einer Konkretisierung über das Gebotene hinausgegangen.
(a) Der Verdienstausfall ist Teil des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB. Nach dessen Satz 2 gilt der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Da das Schadensereignis S.O. als Neugeborenes betroffen hat, ist über seine eigene berufliche Entwicklung ohne die Schädigung keine Aussage möglich. Besondere Umstände, insbesondere Anstalten und Vorkehrungen die einen konkreten Berufsweg wahrscheinlich machten, liegen damit nicht vor. Es darf dem Geschädigten nicht zum Nachteil gereichen, dass die Beurteilung des hypothetischen Verlaufs mit nicht zu beseitigenden erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Es liegt daher ohne weitere besondere Anhaltspunkte nahe, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge von einem voraussichtlich durchschnittlichen Erfolg des Geschädigten in seiner Tätigkeit auszugehen und auf dieser Grundlage die weitere Prognose der entgangenen Einnahmen anzustellen und den Schaden gemäß § 287 ZPO zu schätzen; verbleibenden Risiken kann durch gewisse Abschläge Rechnung getragen werden (BGH, Urteil vom 05.10.2010, VI ZR 186/08, MDR 2010, 1381).

(b) Dem hat das Landgericht durch die Annahme, S.O. würde eine Ausbildung zum Mechatroniker durchlaufen haben, Rechnung getragen. Ausgehend von einem durchschnittlichen Erfolg dieser Tätigkeit, würde er ein durchschnittliches Gehalt eines Mechatronikers erzielt haben. Für die weitergehenden Fiktionen des Landgerichts, S.O. würde auch mit 20 noch bei seinen Eltern wohnen und sich sofort einen gut bezahlenden Arbeitgeber 8 km entfernt gesucht haben, den er ohne ein eigenes Auto (nur unter Aufwendung der Verbrauchskosten) aufgesucht hätte, fehlen nach Ansicht des Senats ausreichende Anhaltspunkte für eine konkreten Lebensweg. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass auch insoweit auf die durchschnittlichen Verhältnisse abzustellen ist.
(c) Die Annahme des Landgerichts, S.O. würde nahtlos und ohne jede Unwägbarkeit Schule und Beruf bis zum 67. Lebensjahr durchlaufen, sieht der Senat als zu weitgehend an. Eine nahtlose Berufstätigkeit zwischen dem 16. und 67. Lebensjahr, ist nicht als durchschnittlich anzusehen. Im Jahr 2013 betrug die durchschnittlichen rentenrelevanten Beitragszeiten in den alten Bundesländern bei Rentenbeginn 40,38 Jahre (http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/rentenversicherungsbericht-2013.pdf?__blob=publicationFile S. 20). Im Jahr 2012 kamen nur 2,6 % der männlichen Rentenbezieher auf mehr als 50 Versicherungsjahre (vgl. http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.rente-mit-63-die-plaene-der-neuen-bundesregierung-neue-regeln-wer-darf-wann-frueher-in-rente.f26d146f-c0a2-4ab9-aabe-5ed6401e3c92.html). Auch wenn eine Entwicklung zu längeren Beitragszeiten zu erwarten ist, nehmen andererseits auch Tendenzen, als junger Mensch ein mit vergleichsweise geringen Rentenversicherungsbeiträgen ausgeglichenes Freiwilligenjahr einzuschieben, zu. Angesichts der Ungewissheiten eines Arbeitslebens in einem Industriebetrieb, die auch in der allgemeinen oder branchenbezogenen Wirtschaftslage oder der speziellen des Anstellungsbetriebs liegen können, erscheint eine abschlagsfreie Schätzung als ungerechtfertigt. So hat die Beweisaufnahme auch ergeben, dass die Firma LUK einen Teil des Gehalts als vom Firmenerfolg abhängige Komponente bezahlt, so dass sich die betriebliche Entwicklung unmittelbar in die Gehälter fortsetzt. Sie ist als Autozulieferer auch konjunkturanfällig, wie viele andere Betriebe mit angestellten Mechatronikern auch. Der Senat sieht daher einen Abschlag vom fiktiven Gehalt von 10% als angemessen an.
(d) Ausgehend hiervon schätzt der Senat das rentenversicherungspflichtige Bruttogehalt auf die vom Landgericht festgestellten € 29.821,50. Die Firmen LUK und Bosch sind nicht untypische Arbeitgeber für Mechatroniker, und das vom Landgericht antragsgemäß zugesprochene Bruttogehalt liegt unter dem von LUK Bezahlten. Da die Berufung dieses fiktive Gehalt auch nicht angreift, bedürfen die Feststellungen keiner Korrektur.
Unter Berücksichtigung eines 10%igen Abschlags für das Arbeitsplatzrisiko ergibt sich ein Bruttogehalt von € 26.838,46. Der Rentenbeitragssatz von 19,9% führt zu einem Zahlbetrag von € 5.340,85, der zu tenorieren ist.
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 290 BGB, wobei der Verzug am Tag nach der Zustellung beginnt (§ 187 Abs. 1 BGB).
(e) Entgegen der Berufung sind hierauf keine Anrechnungen der von der Lebenshilfe gezahlten Rentenversicherungsbeiträge vorzunehmen.
(aa) Der vorgelegte Rentenversicherungsverlauf (I 119) zeigt, dass für die Zeit, in der für S.O. von der S.er Werkstatt der Lebenshilfe Rentenversicherungsbeiträge gezahlt wurden, keine Leistungen von der Beklagten bezahlt oder gefordert wurden.
(bb) Die von der Lebenshilfe bezahlten Rentenversicherungsbeiträge übersteigen zwar aufgrund ihrer besonderen Bemessungsgrundlage des § 162 Nr. 2 SGB VI das, was an Beiträgen auf die Lehrstellenvergütung S.O. während der zeitgleichen fiktiven Ausbildung zum Mechatroniker hätte bezahlt werden müssen. Dieser Mehrbetrag ist aber einem Vorteilsausgleich nicht zugänglich. Ein Vorteilsausgleich setzt nämlich nicht nur voraus, dass der Vorteil, wie hier, durch das schädigende Ereignis verursacht ist. Vielmehr muss der Vorteilsausgleich dem Geschädigten auch zumutbar sein und darf den Schädiger nicht unbillig entlasten. Letzteres wäre der Fall. Denn die Annahme des Gesetzes, ein in einer Werkstatt für Behinderte Beschäftigter, der kein oder ein geringes Entgelt erhält, würde Rentenversicherungsbeiträge aus einem Arbeitsentgelt in Höhe von mindestens 80 vom Hundert der Bezugsgröße bezahlen (§ 162 Nr. 2 SGB VI), soll eine angemessene Rentenversorgung dieses Menschen ungeachtet seiner Einschränkungen sichern und nicht einen Schädiger entlasten. Ihm kommt vielmehr der sich daraus ergebende Rentenmehrbetrag im Rentenalter des Geschädigten sogar zugute, wenn sich seine dann bestehende Zahlungspflicht um die dem Geschädigten zufließende Rente verringert. Für einen Ausgleich ist kein Raum.
3. Neben dem Zahlungsantrag sind auch die Feststellungsanträge zulässig und begründet, wobei sich das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO aus der nicht unwahrscheinlichen Möglichkeit ergibt, dass die Klägerin an S.O. als Rentenversicherer Leistungen erbringen wird.
Den Feststellungsanträgen ist aber insoweit nicht stattzugeben, als sie von einer Regelarbeitszeit des § 35 SGB VI bis zum 67. Lebensjahr ausgehen. S.O. hätte bei dem fiktiven Verlauf seines Berufslebens ab dem 16. Lebensjahr im Alter von 65 Jahren über 45 Jahre Wartezeit erfüllt und wäre daher nach § 38

SGB VI berechtigt, ab Vollendung dieses Lebensjahres eine Altersrente für besonders langjährig Versicherte zu beanspruchen. Es kann daher als durchschnittlicher Verlauf angesehen werden, wenn S.O. mit 65 Lebensjahren in Rente ginge. Fiktiv ist daher von diesem Renteneintrittsalter auszugehen.
III.
Die Kostenentscheidung für die erste Instanz richtet sich nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, für die Berufungsinstanz nach §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit nach § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Revision ist, wie von den Parteien auch angeregt, für beide Parteien zuzulassen, weil sie eine Reihe höchstrichterlich nicht entschiedener Rechtsfragen aufwirft und grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 ZPO).

55. OLG Köln, Beschluss vom 06.10.2014 – 5 U 31/14 – * Arzthaftung: Grober Behandlungsfehler aufgrund unterlassener Untersuchung

Orientierungssatz

1. Hat ein Arzt bei einem Patienten medizinisch dringend geboten gewesene Untersuchungen weder selbst durchgeführt noch in angemessener Weise dafür Sorge getragen, dass diese andernorts durchgeführt werden, ohne dass ein Grund ersichtlich wäre, der dieses Vorgehen aus objektiv-medizinischer Sicht als verständlich erscheinen lassen könnte, ist ihm ein grober Behandlungsfehler unterlaufen.
2. Ggf. muss der Arzt alternativ zu Möglichkeiten einer Krankenhauseinweisung als erste der gebotenen Untersuchungsmaßnahmen den aktuellen Kreatininwert des Patienten selbst erheben, sofern dies in seiner Praxis möglich ist.
3. Der dem Arzt obliegende Kausalitätsgegenbeweis ist nicht gelungen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass bei ordnungsgemäßem Vorgehen eine terminale Niereninsuffizienz und alle damit zwingend verbunden gewesenen Folgen hätten verhindert werden können, bei 10 % bis 30 % liegt.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Beklagten zu 1. gegen das am 15.01.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 418/10) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
II. Der Beklagte zu 1. erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe

I.
Die Berufung des Beklagten zu 1. 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 den Beklagten zu 1. vielmehr zu Recht in dem aus dem Tenor der angefochtenen Entscheidung ersichtlichen Umfange verurteilt. 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 Beklagten zu 1. rechtfertigt eine abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. X [Gutachten vom 7.11.2011 (Bl. 103 - 120 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 19.03.2012 (Bl. 165 - 168 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 26.06.2013 (S. 2 - 4 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 26.06.2013, Bl. 223 ff., 223R - 224R d. A.) nebst weiterer mündlicher Erläuterungen am 25.09.2013 (S. 1, 7 - 12 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.09.2013 , Bl. 243 ff., 243, 249 - 254 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich des Gutachtens des Parteisachverständigen der Kläger Dr. T [erstattet im Auftrage des MDK Nordrhein; Gutachten vom 20.03.2005 (Anl. K 9; Bl. 17 - 22 d. SH I] sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.
2. Nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. X geht auch der Senat - ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass dem Beklagten zu 1. im Rahmen der Behandlung der Klägerin zu 1. am 26.02.2004 ein im Rechtssinne grober Fehler unterlaufen ist:
a) Hierzu hat der Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass bei der Klägerin im11.2003 eindeutig pathologische Kreatininwerte festgestellt worden seien, die fortlaufend hätten kontrolliert werden müssen, und die ausweislich der insoweit tatsächlich durchgeführten Kontrollen stetig angestiegen seien. Die Kontrolle am 19.01.2004 hätte mit einem Kreatininwert von 2,03 mg/dl eine Abnahme der Nierenfunktion der Klägerin um deutlich mehr als die Hälfte gezeigt. Zudem hätten sich bei der Klägerin zu 1. mit der Zeit Blässe, Müdigkeit und wiederholtes Erbrechen und damit weitere Zeichen einer eingeschränkten Nierenfunktion eingestellt. Bei der Konsultation am 26.02.2004 sei es dringend geboten gewesen, den aktuellen

Kreatininwert zu erheben und eventuell erforderliche weitere Untersuchungen vorzunehmen. Die Situation sei so ernst gewesen, dass der Beklagte zu 1. diese Untersuchungen hätte erzwingen müssen. Der von dem Beklagten zu 1. ausgestellte Überweisungsschein [Anlage K 9, Kopie: SH I 2, dort erstes Blatt] habe insoweit nicht ausgereicht, weil er keinen Bezug zu der Nierenproblematik aufweise und die insoweit gegeben gewesene Dringlichkeit der Lage nicht widerspiegele. Diese Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Und der Senat vollzieht auch - ebenso wie das Landgericht - die von dem Sachverständigen aus dessen medizinisch-sachverständigen Sicht getroffene Bewertung, dass das Vorgehen des Beklagten zu 1. angesichts der Dringlichkeit der Erhebung des aktuellen Kreatininwertes und der Durchführung weiterführender nephrologischer Untersuchungen und Behandlungsmaßnahmen schlechterdings nicht verständlich sei, aus rechtlicher Sicht nach. Denn der Beklagte zu 1. hat bei der Klägerin zu 1. medizinisch dringend geboten gewesene Untersuchungen weder selbst durchgeführt noch in angemessener Weise dafür Sorge getragen, dass diese andernorts durchgeführt werden, ohne dass ein Grund ersichtlich wäre, der dieses Vorgehen aus objektiv-medizinischer Sicht als verständlich erscheinen lassen könnte.

b) Gegen diese Bewertung wehrt sich der Beklagte zu 1. ohne Erfolg:

Insbesondere stellt sich der Beklagte zu 1. ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass er bei seiner allgemein gehaltenen Einweisung in das Krankenhaus der Beklagten zu 2. davon habe ausgehen können, dass die Klägerin zu 1. dort umfassend untersucht und weiterbehandelt werden würde, und dass dort insbesondere auch kindernephrologische Untersuchungen durchgeführt und eventuell erforderliche Behandlungsmaßnahmen ergriffen würden. Denn zum einen stand der Beklagte zu 1. selbst in der Verantwortung, die tatsächliche Durchführung der dringlich gebotenen Untersuchungen und eventuell alsdann weiter erforderlichen Maßnahmen bei der Klägerin zu 1. sicherzustellen. Er durfte sich nicht damit begnügen, diese Verantwortung durch einen allgemein gehaltenen Überweisungsschein auf die Eltern der Klägerin zu 1. bzw. auf das in dem Überweisungsschein genannte Krankenhaus abzuschieben. Im Übrigen hatte der Beklagte zu 1. ausweislich seiner eigenen Behandlungsdokumentation spätestens am 26.02.2004 erfahren, dass es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Vater der Klägerin zu 1. und den Behandlern in der Universitätsklinik L gekommen ist, und dass der Vater der Klägerin zu 1. diese dort nicht mehr behandeln lassen möchte. Vor diesem Hintergrund musste dem Beklagten zu 1. klar sein, dass der von ihm ausgestellte Überweisungsschein allein nicht ausreichen würde, um die dringlich gebotenen Untersuchungs- und eventuellen sonstigen Maßnahmen für die Klägerin zu 1. sicherzustellen. Vielmehr hätte er, wenn er eine Überweisung an die Universitätsklinik L ausstellen wollte, zum einen in dem Überweisungsschein selbst neben den anderen von ihm angesprochenen Verdachtsdiagnosen auch die Nierenproblematik ausdrücklich erwähnen und die Dringlichkeit einer nephrologischen Untersuchung und eventuell Behandlung der Klägerin zu 1. hervorheben und zum anderen die Eltern der Klägerin zu 1. mit der erforderlichen Eindringlichkeit darauf hinweisen müssen, dass die nephrologische Untersuchung und eventuell Behandlung der Klägerin zu 1. dringlich geboten sei und eventuelle Zerwürfnisse zwischen dem Vater der Klägerin zu 1. und den Behandlern im Hause der Beklagten zu 2. dahinter zurücktreten müssten. Alternativ dazu wäre es ebenso möglich gewesen, eine entsprechende Überweisung zwecks dringlicher nephrologischer Untersuchung und Behandlung der Klägerin zu 1. an ein anderes Krankenhaus vorzunehmen. In jedem Fall wäre es erforderlich gewesen, über den Überweisungsschein hinaus telefonisch gewissermaßen von Arzt zu Arzt die umgehende Durchführung der gebotenen Maßnahmen zu besprechen und damit sicherzustellen. Zumindest hätte der Beklagte zu 1. aber alternativ zu den angesprochenen Möglichkeiten einer Krankenhauseinweisung als erste der gebotenen Untersuchungsmaßnahmen den aktuellen Kreatininwert selbst erheben müssen, was in seiner Praxis auch möglich gewesen wäre.

Der Beklagte zu 1. verweist auch ohne Erfolg darauf, dass er die Pathologie der Kreatininwerte mit den Eltern der Klägerin zu 1. besprochen und eine weitere Abklärung der Werte noch einmal dringend empfohlen habe. Denn dieses Vorbringen des Beklagten zu 1. widerspricht seiner eigenen Behandlungsdokumentation. Aus dieser Dokumentation geht nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen hervor, dass der Beklagten zu 1. selbst die dramatische Entwicklung der Nierenproblematik bei der Klägerin bis zum 19.04.2004 nicht erkannt hat. Denn anders ist es nicht zu erklären, dass der Beklagte zu 1. weder am 26.02.2004 noch am 30.03.2004 die zu diesen Zeitpunkten jeweils dringlich gebotenen Maßnahmen ergriffen hat. Hat der Beklagte zu 1. aber selbst die Dramatik der Situation nicht erkannt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er die Eltern der Klägerin zu 1. hierüber in der erforderlichen Eindringlichkeit informiert hat.

3. Der Senat geht auch - ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass dem Beklagten zu 1. der ihm obliegende Kausalitätsgegenbeweis nicht gelungen ist:

Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. X liegt die Wahrscheinlichkeit, dass bei ordnungsgemäßem Vorgehen am 26.02.2004 die terminale Niereninsuffizienz und alle damit zwingend - und dem typischen Verlauf in Situationen der in Rede stehenden Art entsprechend - verbunden gewesenen Folgen hätte verhindert werden können, bei 10 % bis 30 %. Auch in Bezug auf diese Einschätzung überzeugt den Senat das Gutachten des Sachverständigen. Der Kläger wehrt sich hiergegen ohne Erfolg

mit dem Vorbringen, dass die Ausführungen des Sachverständigen zur Wahrscheinlichkeit der Verhinderung einer terminalen Niereninsuffizienz wissenschaftlich nicht fundiert und auch nicht überprüfbar seien. Denn bei der Abfassung medizinischer Gutachten in Arzthaftungs-Rechtsstreitigkeiten ergibt sich für die Sachverständigen nicht selten die Situation, dass sie zu Fragen Feststellungen treffen müssen, zu denen es keine wissenschaftlichen Abhandlungen auf der Basis von aussagekräftigen Studien gibt. In solchen Situationen sind die Sachverständigen regelmäßig gehalten, die Feststellungen auf der Basis ihrer sonstigen wissenschaftlichen Erkenntnisse und ihrer praktischen Erfahrungen zu treffen. Dieser Umstand stellt zugleich einen der Gründe dafür dar, dass in Arzthaftungsprozessen nach Möglichkeit solche Sachverständige mit der Begutachtung beauftragt werden, die hervorragend qualifiziert und erfahren sind, und auf deren erfahrungsgestützte Einschätzungen deshalb vom Grundsatz her vertraut werden kann. Und um einen in dieser Weise hervorragend qualifizierten und erfahrenen Sachverständigen handelt es sich bei Univ.-Prof. Dr. X, der die Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des Universitätsklinikums B als Direktor leitet, ohne Zweifel. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der von ihm abgegebene Einschätzung zu dem Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem bei einem ordnungsgemäßem Vorgehen am 26.02.2004 die terminale Niereninsuffizienz und alle damit zwingend verbunden gewesenen Folgen hätten verhindert werden können, gleichwohl nicht gefolgt werden kann, sind nicht ersichtlich und werden auch von dem Beklagten zu 1. nicht aufgezeigt.
4. Die Höhe der vom Landgericht zuerkannten Schmerzensgeldbeträge für die Klägerin zu 1. und den Kläger zu 2. sind nicht zu beanstanden und werden auch vom Beklagten zu 1. als solche - unbeschadet seiner Einwendungen gegen die Annahme seiner Haftung dem Grunde nach - nicht beanstandet.
5. Das Landgericht hat auch zu Recht ein Mitverschulden der Eltern der Klägerin zu 1., das diese sich anrechnen lassen müsste, nicht angenommen. Da der Beklagte zu 1. selbst den Ernst der Situation betreffend die Nieren der Klägerin zu 1., der jedenfalls ab dem 26.02.2004 dringend nephrologische Untersuchungen und Behandlungsmaßnahmen geboten hatte, erst am 19.04.2004 erkannt hat, kann zum einen nicht davon ausgegangen werden, dass er die Eltern der Klägerin zu 1. zuvor in angemessener Eindringlichkeit auf diesen Ernst der Lage aufmerksam gemacht und zu sofortigem Handeln angehalten hat, und kann zum anderen den Eltern nicht in einer ein Mitverschulden begründender Weise der Vorwurf gemacht werden, dass auch sie selbst die Lage zuvor in ihrer Dringlichkeit nicht erfasst haben.
6. Auch wenn es hierauf im Hinblick auf das oben Ausgeführte nicht ankommt, sei hier in der gebotenen Kürze angemerkt, dass auch das Verhalten des Beklagten zu 1. am 30.03.2004 als grob fehlerhaft zu bewerten sein dürfte, weil es nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen wegen des an diesem Tag ermittelten Kreatininwertes von 7,32 mg/dl eindeutig fehlerhaft und aus objektiv-medizinischer Sicht schlechterdings nicht verständlich ist, dass der Beklagte zu 1. die Klägerin zu 1. nicht unverzüglich mit dem ausdrücklichen Hinweis auf den Verdacht auf drohendes Nierenversagen und mit der Bitte um Prüfung der Notwendigkeit einer Notfalldialyse in ein Krankenhaus eingewiesen hat, und dass dem Beklagten zu 1. auch insoweit der Kausalitätsgegenbeweis nicht gelungen sein dürfte.
7. Abschließend sei angemerkt, dass der Senat den Tenor des angefochtenen Urteils zu der Feststellung in Bezug auf immaterielle Schäden unter Berücksichtigung der Ausführungen des Landgerichts in seinen Entscheidungsgründen zur Höhe des zuerkannten Schmerzensgeldes für die Klägerin zu 1. dahin versteht, dass das Landgericht eine Ersatzpflicht des Beklagten zu 1. für zukünftige, im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorhersehbare immaterielle Schäden feststellen wollte. Mit diesem Inhalt ist die vom Landgericht getroffene Feststellung nicht zu beanstanden.
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].

56. OLG Köln, Beschluss vom 02.10.2014 – I-5 U 66/14, 5 U 66/14 – * Arzthaftung: Aufklärung über das Risiko einer Zeugung nach Fertigung eines Spermiogramms

Orientierungssatz

Geht es einem Patienten, der ein Spermiogramm erstellen lässt, darum, die Erforderlichkeit einer Verhütung zu klären und die Zeugung eines Kindes zu vermeiden, muss ihn der Arzt, der das mit der Untersuchung verfolgte Ziel kennt, auf ein etwa bestehendes Restrisiko hinweisen.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gegen das am 26.03.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 151/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
Der Beklagte erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Gründe

I.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere entgegen der Auffassung des Klägers ordnungsgemäß begründet worden. Der Beklagte wendet sich gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts, die die Feststellung einer fehlerhaften ärztlichen Beratung über das Risiko einer Zeugung trägt. Wäre eine fehlerhafte Beratung zu verneinen, würde der Beklagte mangels Pflichtverletzung nicht haften.

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung allerdings 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 der Klage in dem tenorierten Umfang zu Recht stattgegeben. Der Kläger kann von dem Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 BGB wegen unvollständiger und fehlerhafter ärztlicher Beratung Schadensersatz verlangen.

1. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass der Beklagte verpflichtet war, den Kläger in dem im12.2009 geführten Telefongespräch klar und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass eine Zeugung nach dem Ergebnis des am 15.12.2009 gefertigten Spermiogramms bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr nicht mit Sicherheit ausgeschlossen war.

Sofern es einem Patienten, der ein Spermiogramm erstellen lässt, darum geht, die Erforderlichkeit einer Verhütung zu klären und die Zeugung eines Kindes zu vermeiden, muss ihn der Arzt, der das mit der Untersuchung verfolgte Ziel kennt, auf ein etwa bestehendes Restrisiko hinweisen. Die Interessenlage ist die gleiche wie diejenige des Patienten, der eine Sterilisation hat vornehmen lassen und gleichwohl noch einem gewissen Risiko einer Zeugung ausgesetzt ist. In diesen Fällen hat die Rechtsprechung eine Hinweis- und Aufklärungspflicht des Arztes bejaht (vgl. BGH, Urteil vom 27.6.1995 - VI ZR 32/94, iuris Rdn. 13 m.w.Nachw.). Dass eine Schwangerschaft aufgrund des Spermiogramms vom 15.12.2009, das die Diagnose Azoospermie und die Beurteilung "keine Fertilität" ergab, nicht mit völliger Sicherheit ausgeschlossen war, hat der Beklagte in der Klageerwiderung und in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht unstreitig gestellt. Der in der Berufungsbegründung für erforderlich gehaltenen Einholung eines Sachverständigengutachtens bedurfte und bedarf es daher nicht.

Das Landgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise angenommen, dass der Kläger den Beklagten entsprechend seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung im12.2009 nach der Erforderlichkeit einer Verhütung gefragt hat. Die damalige Lebenssituation des Klägers streitet maßgeblich dafür, dass es ihm darauf ankam, in dieser Frage Klarheit und Sicherheit zu erlangen. Wie der Beklagte nicht bestritten und die Zeugin S bestätigt hat, hatte der Kläger die Zeugin S im Herbst 2009 kennengelernt. Sie hatte zwei Kinder, studierte Jura und besaß daher keinen weiteren Kinderwunsch, so dass der Kläger und die Zeugin S vor der streitgegenständlichen Untersuchung und Beratung verhüteten. Es ist auch nachvollziehbar, dass der Kläger sich nicht mit der Nennung der Beurteilung "keine Fertilität" zufrieden gab und gleichwohl ausdrücklich nach der Erforderlichkeit einer Verhütung nachfragte. Denn dass ein Spermiogramm zu einem hinsichtlich der Fertilität ungünstigen Befund führen würde, war für den Kläger bereits aufgrund der Voruntersuchungen in den Jahren 1992/1993 und 2001 anzunehmen, so dass es ihm bei einer neuen Untersuchung entscheidend auf eine detailliertere Beurteilung und ein mögliches Restrisiko einer Zeugung ankommen musste.

Gegenüber der durch die vorstehenden Gesichtspunkte gestützten Glaubhaftigkeit der Angaben des Klägers hat der Beklagte keine durchgreifenden Einwendungen erhoben. Insbesondere war und ist die vom Beklagten beantragte Vernehmung des Arztes Dr. E nicht erforderlich. Zu dem Inhalt des im12.2009 zwischen den Parteien geführten Telefonats kann dieser unstreitig keine Angaben machen. Im Übrigen kann als wahr unterstellt werden, dass Dr. E dem Kläger als zwölf Jahre alten Jungem nicht gesagt hat, er müsse sich damit abfinden, dass er keine eigenen Kinder haben werde, und er müsse später im Leben kein Kondom benutzen. Es ist unstreitig, dass die während der Jugendzeit des Klägers in der Praxis angefertigten Spermiogramme eine schlechte Samenqualität gezeigt haben. Sofern der Kläger den Zeitpunkt oder die Worte, mit dem ihm die Befunde vor zwanzig oder mehr Jahren erläutert wurden, nicht genau erinnert, spricht dies nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Angaben, die sich auf das Jahr 2009 beziehen.

Der in der Berufungsbegründung angeführte Umstand, dass der Kläger mit seiner früheren Ehefrau vom Jahr 2001 bis zum Jahr 2009 ungeschützten Geschlechtsverkehr hatte, streitet nicht gegen, sondern für die Glaubhaftigkeit der Angaben des Klägers. Ließ der Kläger trotz diese Umstandes und der ihm bekannten Vorbefunde ein weiteres Spermiogramm erstellten, kann es ihm unter Berücksichtigung seiner Lebenssituation nur darum gegangen sein, Klarheit und Sicherheit hinsichtlich eines Restrisikos einer Zeugung zu erhalten.

Schließlich ist der vom Beklagten gerügte Unterschied zwischen der Darstellung in der Klageschrift und der Darstellung des Klägers im Termin gering und daher für die Beweiswürdigung unerheblich. Ausweislich der Klageschrift soll der Beklagte dem Kläger in dem Telefonat im12.2009 gesagt haben, es sei "fast gar nichts da". Im Termin hat der Kläger dagegen angegeben, ihm sei vom Beklagten erklärt worden "es sei gar nichts mehr vorhanden".

Der Beklagte hat nicht behauptet und macht auch in der Berufungsbegründung nicht geltend, dass er dem Kläger den nach den vorstehenden Ausführungen erforderlichen Hinweis erteilt habe.
2. Das Landgericht hat ferner aus der Aussage der Zeugin V in nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise darauf geschlossen, dass der Beklagte dem Kläger in dem Telefonat im12.2009 erklärt hat, er müsse nicht verhüten. Diese ohne jede Einschränkung abgegebene Erklärung war fehlerhaft, da eine Schwangerschaft unstreitig nicht mit völliger Sicherheit ausgeschlossen war.
Die Zeugin V hat bekundet, dass der Beklagte in dem Gespräch, welches sie, der Beklagte und der Kläger am 2.2.2012 vor dem Hintergrund einer gleichartigen, allerdings vorgespiegelten Beratungssituation wie im Jahr 2009 geführt haben, erklärt habe, dass sie die Pille absetzten könne. Dabei habe er sinngemäß gesagt, dass es so sei, wie er es dem Kläger in den vergangenen Jahren schon mitgeteilt habe.
Bei seiner Bewertung der Zeugenaussage als glaubhaft musste das Landgericht dem Umstand, dass die Zeugin V mit dem Bruder des Klägers zusammenlebt, keine entscheidende Bedeutung beimessen. Über die von ihm angeführten, für die Glaubhaftigkeit der Zeugaussage sprechenden Gesichtspunkte hinaus hätte das Landgericht noch darauf verweisen können, dass der Beklagte im Rahmen seiner Anhörung erklärt hat, dass "man" nach Sterilisationen dem Patienten trotz einer geringen Wahrscheinlichkeit (1 zu 2.000) einer Schwangerschaft erläutere, es könne nichts passieren, er brauche nicht zu verhüten. Dies lässt es ungeachtet des Bestreitens des Beklagten als möglich und plausibel erscheinen, dass dieser in der ähnlich gelagerten Situation des Klägers im Jahr 2009 eine entsprechende Erklärung abgegeben hat.
Dass in dem "Memo" der Zeugin V über das Gespräch vom 2.2.2012 (Anlage K 3, Bl. 24 d.A.) der von ihr in der mündlichen Verhandlung bekundete Hinweis des Beklagten auf die Möglichkeit eines neuen Spermiogramms fehlt, lässt sich ohne weiteres damit erklären, dass der Beklagte - so die Zeugin vor dem Landgericht weiter - ein solches aufgrund der letzten Befunde nicht als notwendig ansah.
Schließlich ist der Hinweis des Beklagten in der Berufungsbegründung unerheblich, dass die Zeugin S sich an den Inhalt des Telefonats mit dem Kläger nicht erinnern konnte, welches das im12.2009 zwischen dem Kläger und dem Beklagten geführte Gespräch betraf. Auf die Aussage der Zeugin S hat das Landgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht abgestellt.
3. Wie das Landgericht schlüssig und im Berufungsverfahren nicht angegriffen ausgeführt hat, hat der dem Beklagten anzulastende Beratungsfehler dazu geführt, dass der Kläger und die Zeugin S ungeschützt geschlechtlich miteinander verkehrt haben, es deshalb zur Schwangerschaft gekommen ist und dadurch die noch streitgegenständlichen Schäden eingetreten sind.
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.

57. OLG Koblenz, Urteil vom 01.10.2014 – 5 U 463/14 – * Arzthaftungsprozess: Einwilligungsfähigkeit eines schmerzbeeinträchtigten Patienten; Beweiswürdigung bei Einführung eines neuen Aspekts durch das Gericht

Leitsatz

1. Die Einwilligungsfähigkeit ist beim erwachsenen Menschen die Regel. Stellt der Patient sie in Abrede, muss er sein Vorbringen beweisen, sofern die Gesamtschau der unstreitigen medizinischen Fakten die fehlende Einwilligungsfähigkeit nicht eindeutig indiziert. Einen Erfahrungssatz, dass starke Schmerzen die Einwilligungsfähigkeit immer einschränken oder gar aufheben, gibt es nicht.
2. Auch im Arzthaftungsprozess ist nur über den vom Kläger unterbreiteten Streitstoff zu entscheiden. Führt das Gericht seinerseits einen neuen Aspekt ein, den der Patient sich zu eigen macht, ist insoweit eine besonders kritische Beweiswürdigung unter wertender Gesamtschau aller Umstände des Behandlungs- und Prozessverlaufs geboten.

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Einzelrichterin der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 26.03.2014 teilweise geändert und die Klage insgesamt abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. 1. Die 1946 geborene Klägerin hat in erster Instanz vom beklagten Krankenhaus ein Schmerzensgeld von 10.000 € wegen einer am 14.04.2008 durchgeführten Gallenblasenoperation verlangt. Dazu hat die Patientin ursprünglich vorgetragen, über die Gefahr der (unstreitig erfolgten) Verletzung der arteria hapatica dextra sei sie beim Aufklärungsgespräch am 10.04.2008 nicht informiert worden. Gegebenenfalls hätte sie den Eingriff abgelehnt. Die Verletzung habe zum Absterben der rechten Seite der Leber geführt.

2. Die Beklagte hat erwidert, wegen einer äußerst seltenen anatomischen Besonderheit habe der operierende Arzt einen Ast der Arterie in der Annahme durchtrennt, es handele sich um die arteria cystica. Dass es sich um einen Ast der arteria hepatica dextra gehandelt habe, sei nicht erkennbar gewesen. Auch liege kein Aufklärungsversäumnis vor, weil auf die Gefahr von Gefäßverletzungen hingewiesen worden sei. Sehe man insoweit gleichwohl ein Defizit, müsse von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden.
3. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes erster Instanz ebenso Bezug genommen wird wie auf die beigezogenen Krankenunterlagen, hat Sachverständigenbeweis erhoben (Bl. 62 – 71 GA mit mündlicher Anhörung Bl. 182 – 185 GA) und neben dem operierenden Arzt (Bl. 106 – 108 und 111 GA) auch den Ehemann der Klägerin (Bl. 110 GA) als Zeugen zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs befragt. Außerdem ist die Klägerin mehrmals nach § 141 ZPO angehört worden (Bl. 108/109 und 181 ff GA).
Sodann hat die Einzelrichterin darauf hingewiesen, sie halte die Operationseinwilligung der Klägerin für unwirksam, weil die Patientin am 10.04.2008 durch starke Schmerzen derart beeinträchtigt gewesen sei, dass ihr die Einwilligungsfähigkeit gefehlt habe (Hinweis- und Beweisbeschluss vom 26.03.2013 – Bl. 118 – 122 GA). Der Eingriff vom 14.04.2008 sei daher rechtswidrig.
Nach ergänzender Beweiserhebung zu den Operationsfolgen hat die Einzelrichterin der Klägerin unter Klageabweisung im Übrigen ein Schmerzensgeld von 4.000 € zuerkannt. Eine wirksame Einwilligung gemäß § 630 d BGB liege nicht vor, weil die Klägerin beim Aufklärungsgespräch am 10.04.2008 wegen starker Schmerzen nicht einwilligungsfähig gewesen sei. Das erschließe sich auch daraus, dass die Unterschrift der Klägerin auf der Einverständniserklärung "zittrig" sei. Der Eingriff sei auch nicht durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt.
4. Mit der Berufung beantragt die Beklagte die umfassende Abweisung der Klage. Mangelnde Einwilligungsfähigkeit habe die Klägerin ursprünglich nicht behauptet. Einen derartigen Vorwurf habe erst die Einzelrichterin mit ihrem Hinweisbeschluss vom 26.03.2013 in das Verfahren eingeführt. Einwilligungsfähigkeit sei bei einem erwachsenen Menschen die Regel; behaupte der Patient etwas anderes, sei er dafür beweispflichtig. Fehlende Einwilligungsfähigkeit sei nicht dargelegt, geschweige denn bewiesen. Mit der These von der fehlenden Einwilligungsfähigkeit habe die Einzelrichterin sich ex post nach Aktenlage eine medizinische Fachkompetenz angemaßt, die nur einem fachkundig geschulten medizinischen Sachverständigen zukomme. Letztlich hätte das Landgericht der Frage nachgehen müssen, ob sich dem aufklärenden Arzt Dr. ...[A] die vermeintlich fehlende Einwilligungsfähigkeit der Klägerin erschlossen habe oder hätte erschließen müssen.
5. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe der Berufungserwiderung vom 30.06.2014, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.
II. Die zulässige Berufung ist begründet und führt zu umfassenden Abweisung der Klage.
Ein vertraglicher (§§ 253, 280, 611 BGB) oder gesetzlicher (§ 823 BGB) Schadensersatzanspruch steht der Klägerin nicht zu. Der Beklagten ist kein schuldhaftes Aufklärungsversäumnis und auch kein vorwerfbarer Behandlungsfehler anzulasten.
1. Der Berufung kann allerdings nicht darin gefolgt werden, das Landgericht habe prozessordnungswidrig einen von der Patientin gar nicht erhobenen Vorwurf, nämlich die umfassende Unwirksamkeit der Operationseinwilligung mangels Einwilligungsfähigkeit, zur Urteilsgrundlage gemacht.
Im Ausgangspunkt trifft es zwar zu, dass die Klägerin fehlende Einwilligungsfähigkeit mit der Klage gar nicht behauptet, sondern lediglich ein Aufklärungsdefizit darin gesehen hatte, dass man sie über die Gefahr einer Verletzung der arteria hapatica dextra und die daraus resultierenden Folgen nicht informiert habe.
Vor diesem Hintergrund beanstandet die Berufung im Ausgangspunkt zu Recht, dass das Landgericht ohne eine dahin zielende Prozessbehauptung aus der bei der Parteianhörung geschilderten starken Schmerzhaftigkeit der Gallenkoliken gefolgert hat, die Klägerin sei schmerzbedingt nicht einwilligungsfähig gewesen.
Das ändert aber nichts daran, dass die Klägerin bereits in erster Instanz nach dem gerichtlichen Hinweis vom 26.03.2013 sich diese Sicht der Dinge zu Eigen gemacht und die Klage auch hierauf gestützt hat. Das verdeutlicht auch die Berufungserwiderung, mit der die Klägerin das angefochtene Urteil und seine Begründung verteidigt.
2. Erfolg hat die Berufung, weil dem Senat bereits die These nicht hinreichend tragfähig erscheint, wegen starker Schmerzen bei der notfallmäßigen Krankenhausaufnahme am 10.04.2008 sei die Klägerin nicht einwilligungsfähig gewesen.
a. Dass Patienten wegen eines akuten Gesundheitsproblems mit starker Schmerzsymptomatik zur stationären Behandlung in ein Krankenhaus kommen, ist Klinikalltag.
Einen Erfahrungssatz dahin, dass Schmerzen, die in ihrem Schwergrad und dem Einfluss auf die kognitiven Fähigkeiten des Patienten schon objektiv nicht verlässlich einschätzbar sind, jenseits der auch subjektiv kaum fassbaren Schwellen zwischen "einfachem", "starkem" und "unerträglichem" Schmerz die Einwilligungsfähigkeit des Patienten immer einschränken und letztendlich sogar völlig aufheben, gibt es nicht.

Auch der von starken Schmerzen gepeinigte Patient kann im Einzelfall noch derart aufnahmefähig, bewusstseins- und entscheidungsklar sein, dass er die ärztlichen Sachinformationen bei der Aufklärung verstehen, autonom verarbeiten und auf dieser Grundlage eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann, ob er in den Eingriff einwilligt.
Auf der anderen Seite ist an einen psychisch besonders labilen Patient zu denken, der die medizinisch belanglose Bedeutung geringer Schmerzen fehlinterpretiert und sich dadurch in einen Angst- oder Erregungszustand hineinsteigert, der seine Einwilligungsfähigkeit einschränkt oder sogar aufhebt, ohne dass dafür äußere, dem Arzt erkennbare Anzeichen bestehen.
Daneben stellt sich auf der Verschuldensebene die Frage, ob dem Arzt, der das Aufklärungsgespräch geführt hat, bewusst geworden ist oder hätte bewusst werden müssen, dass die Schmerzen oder die schmerzveranlasste psychische Beeinträchtigung des Patienten einen Grad erreicht hatte, der die Einwilligungsfähigkeit ausschloss. Dem Senat erscheint zweifelhaft, ob der für fehlendes Verschulden beweispflichtigen Behandlungsseite (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) damit nicht eine im Nachhinein kaum verifizierbare Rekonstruktion der Wahrnehmung oder Wahrnehmbarkeit des Grades der jeweiligen Beeinträchtigung und ihrer konkreten Auswirkungen für die Einwilligungsfähigkeit des Patienten auferlegt wird.
Die Verlässlichkeit der insoweit in einem Arzthaftungsprozess im Nachhinein möglichen Erkenntnisse kann auch dadurch beeinträchtigt sein, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Patient, der in der konkreten Behandlungssituation "die Zähne zusammengebissen" und über das konkrete Ausmaß seiner Schmerzbeeinträchtigung nichts verlautbart hat, im Nachhinein infolge geschwundener Erinnerung glaubt, das nur von ihm selbst subjektiv Wahrgenommene dem behandelnden Arzt auch mitgeteilt zu haben.
b. Diese nur oberflächlich skizzierten Fragen fehlender Einwilligungsfähigkeit infolge krankheits- oder unfallbedingter Schmerzen (Kern hat insoweit bereits in NJW 1994, 757 unter lit. f von einem "gerichtlich ungeklärten Problem" gesprochen) bedürfen im vorliegenden Fall keiner Klärung.
Denn aufgrund der allein maßgeblichen Besonderheiten des konkreten Behandlungsgeschehens kann der Senat sicher ausschließen (§ 286 ZPO), dass die Klägerin schmerzbedingt nicht einwilligungsfähig war.
Insoweit ist zu sehen und zu würdigen:
Die Klägerin kam am 10.04.2008 mit "kolikartigen Schmerzen im rechten Oberbauch" zur stationären Aufnahme. Unter der Diagnose "Gallenblasensteine" sah man zunächst zeitnahen operativen Handlungsbedarf und klärte die Klägerin noch am selben Tag über die Risiken eines vermeintlich alsbald durchzuführenden Eingriffs auf.
Aufgrund dieses Aufnahmebefundes am 10.04.2008 und der alsbaldigen Aufklärung durch den Chirurg könnte allenfalls erwogen werden, ob ein noch am selben Tag durchgeführter Eingriff deshalb rechtswidrig gewesen wäre, weil der Klägerin keine hinreichende Zeit blieb, das Für und Wider der geplanten Operation, die tatsächlich nicht derart dringlich war, gegeneinander abzuwägen. Da diese dann jedoch immerhin 4 Tage bis zum 14.04.2008 aufgeschoben wurde, steht eine Haftung der Beklagten unter diesem Aspekt nicht zur Diskussion.
Am 11.04.2008, zu einem Zeitpunkt als man die Schmerzen der Klägerin durch eine entsprechende Medikation unterdrückt hatte, erfolgte die Risikoaufklärung durch den Anästhesist (Bl. 11 GA). Die möglichen Komplikationen, die er der Patientin offenbarte, sind mit den am Vortag aufgezeigten chirurgischen Komplikationen zwar nicht kongruent, aber im Gewicht ihrer möglichen Folgen zumindest vergleichbar.
Mithin wurde der am 11.04.2008 bewusstseinsklaren und auch nicht mehr schmerzbeeinträchtigten Patientin erneut verdeutlicht, dass ein Eingriff mit nicht unerheblichen Risiken anstand.
Angesichts dieses tatsächlichen Ablaufs der Dinge, ist die vom Landgericht angenommene schmerzbedingt fehlende Einwilligungsfähigkeit am 10.04.2008 nicht damit zu vereinbaren, dass es in der Klageschrift vom 2.01.2012 (auszugsweise) heißt:
"Vor der Durchführung der Operation wurde die Klägerin allgemein über verschiedene Risiken des Eingriffs aufgeklärt und willigte sodann in die Durchführung der Operation und der notwendigen Narkose ein.
…
Nicht aufgeklärt wurde die Klägerin jedoch über die häufig vorkommenden möglichen anatomischen Varianten im Operationsgebiet, das Gallengangsystem und das Blutgefäßsystem betreffend. …
Trotz der Tatsache, dass grundsätzlich eine Aufklärung stattgefunden hat und auch dokumentiert wurde, wurde über ein ganz entscheidendes und keineswegs allzu seltenes Risiko der Operation nicht aufgeklärt, nämlich die Tatsache, dass grundsätzlich bei jedem Menschen Abweichungen im Gefäßsystem denkbar sind, die zu dessen unbeabsichtigter Verletzung während der Operation führen können" (Bl. 3 GA).
Ein derartiger Parteivortrag besagt einerseits, dass der Patient das Aufklärungsgespräch mitverfolgt, aufgenommen und verstanden hat, und andererseits, dass er erinnert, dass es nur die beanstandeten Lücken, im Übrigen jedoch eine ausreichende Aufklärung gab.
Das ist nicht mit der im Rechtsstreit erst sehr viel später aufgestellten Behauptung vereinbar, die ärztlichen Informationen am 10.04.2008 habe man insgesamt überhaupt nicht aufnehmen können, weil man durch starke Schmerzen beeinträchtigt gewesen sei.

Die Grundlage für eine derartige Beeinträchtigung ist erstmals im Beweisaufnahmetermin am 5.03.2013 zutage getreten ist, als die Klägerin bei ihrer Parteianhörung (§ 141 ZPO) von starken Schmerzen am 10.04.2008 berichtete. Anschließend ist zum Beweisergebnis mündlich verhandelt worden (Bl. 111 GA), ohne dass die Klägerin oder ihr Prozessbevollmächtigter aus den Schmerzschilderungen irgendetwas hergeleitet hätten.
Das änderte sich, als die Einzelrichterin mit ihrem Hinweisbeschluss vom 26.03.2013 erstmals und für alle Beteiligten überraschend verlautbarte, die Schmerzschilderung der Klägerin habe dem Gericht die Überzeugung vermittelt, das die Patientin am 10.04.2008 nicht einwilligungsfähig gewesen sei.
Das widersprach grundlegenden Regeln des Zivilprozesses. Dort gilt der Beibringungsgrundsatz. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, eigenständig neuen Streitstoff in das Verfahren einzuführen. Wie eingangs dargestellt, ist das hier nur deshalb unschädlich, weil die Klägerin den gerichtlichen Hinweis aufgegriffen und nunmehr ihrerseits behauptet hat, schmerzbedingt nicht einwilligungsfähig gewesen zu sein. Tragfähig ist das aus den bereits dargestellten Gründen nicht.
Die Einzelrichterin hat ihre abweichende Würdigung auch darauf gestützt, dass die Unterschrift der Klägerin auf der Einverständniserklärung vom 10.04.2008 "zittrig" sei.
Das trifft zwar zu, geht aber daran vorbei, dass die Unterschrift geleistet wurde, als die Klägerin noch auf der Untersuchungsliege lag oder saß. Eine feste Schreibunterlage war nicht vorhanden. In einem derartigen Fall kann eine Unterschrift aus Gründen "zittrig" werden, die mit dem Ausmaß der Schmerzbeeinträchtigung nichts zu tun haben. Das zentrale Indiz der Beweiswürdigung des Landgerichts ist demnach für die Frage der Einwilligungsfähigkeit belanglos.
Die Einwilligungsfähigkeit ist beim erwachsenen Menschen die Regel. Deshalb muss derjenige, der sie in Abrede stellt, sein Vorbringen beweisen (vgl. zur gleichgelagerten Problematik bei der Geschäftsfähigkeit Ellenberger in Palandt, BGB 73. Auflage, Randnummer 8 zu § 104 BGB m.w.N.), sofern die Gesamtschau der unstreitigen medizinischen Fakten nicht eindeutig fehlende Einwilligungsfähigkeit belegt.
Nach Auffassung des Senats besteht im Streitfall keinerlei Anhalt für fehlende Einwilligungsfähigkeit der Klägerin (im Ergebnis ähnlich OLG Frankfurt in VersR 1984, 289 mit Nichtannahmebeschluss des BGH vom 24.1.1984 - VI ZR 140/83).
Der Einwand ist der Patientin vom Landgericht in den Mund gelegt worden. Darauf darf eine Verurteilung nicht gestützt werden, zumal die Behandlungsseite zutreffend darauf hinweist, dass sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, dass die Einschätzung des Landgerichts von der erforderlichen medizinischen Sachkunde getragen ist.
c. Dementsprechend ist auch weder dargetan noch ersichtlich, aufgrund welcher tragfähigen medizinischen Indizien sich dem aufklärenden Arzt am 10.04.2008 die fehlende Einwilligungsfähigkeit erschlossen haben soll oder hätte erschließen müssen, die der Patientin selbst erst bei weit fortgeschrittenem Prozess aufgrund eines gerichtlichen Hinweis in das Bewusstsein gerückt worden ist.
Bei dieser Sachlage fehlt es ersichtlich auch am Verschulden der Behandlungsseite.
3. Dass die Risikoaufklärung hinsichtlich der bedauerlicherweise erfolgten Gefäßverletzung ausreichend war und diese Verletzung auch keinen ärztlichen Fehler des Chirurgen belegt, hat das Landgericht überzeugend dargelegt. Darauf wird statt Wiederholung verwiesen.
4. Die Klage musste mit der Kostenfolge aus § 91 Abs. 1 ZPO abgewiesen werden. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.
Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 4.000 €.

58. OLG Koblenz, Beschluss vom 01.10.2014 – 5 U 879/14 – * Arzthaftung: Indikation für therapeutische Maßnahmen bei Hypercholesterinämie; Veranlassung anamnestischer Nachforschungen bei genetischer Disposition

Orientierungssatz

1. Eine Hypercholesterinämie gibt ohne weitere Risikofaktoren keine Veranlassung zur Einleitung therapeutischer Maßnahmen wie der Verschreibung von Lipidsenkern oder der Einhaltung einer Diät.
2. Kommt eine genetische Disposition in Betracht und hat der Hausarzt nicht überprüft, ob bei den Eltern des Patienten entsprechende Befunde vorlagen, so stellt sich dieses Versäumnis nur dann als haftungsrelevant dar, wenn die Nachforschungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu reaktionspflichtigen Erkenntnissen geführt hätten.
3. Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Berufung ist nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden.

Gründe

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen

Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:
1. Die Klägerin, die 1955 geboren ist, wurde von dem Beklagten von 1987 bis 1994 und von 1998 bis 2008 wegen zahlreicher Beschwerden hausärztlich behandelt. Während der letzten Jahre der Behandlung ließ der Beklagte wiederholt Blutuntersuchungen durchführen und dabei die Cholesterinwerte bestimmen. Nach dem Vorbringen der Klägerin gaben diese Werte Anlass zur Besorgnis, nach dem Dafürhalten des Beklagten waren sie indessen nur einmal wegen einer Schilddrüsenunterfunktion kritisch erhöht. Verschiedentlich gefertigte EKGs zeigten Normalbefunde.
Am 13.02.2008 wurde anderweit ein Belastungs-EKG erstellt. Die Klägerin hat behauptet, sie habe zuvor spürbare Herzprobleme gehabt. Der an den Beklagten adressierte Befundbericht teilte mit: "Diagnose Angina pectoris. Patientin gibt bei Befragung deutliche BWS-Beschwerden an. Ergo bis 75 W unauffällig. Abbruch wegen körperlicher Insuffizienz." Im Verlaufe des vorliegenden Rechtsstreits erfolgte eine "Klarstellung" des Untersuchers dahin, dass die Klägerin "keine Herzbeschwerden während oder nach der Belastung geäußert" habe.
Am 15.07.2008 unterzog sich die Klägerin einer Angiographie. Dabei stellte man eine koronare Ein-Gefäß-Erkrankung mit einer 66 %-igen Flächenstenose fest; deshalb wurden Stents implantiert. Postoperativ kam es im Nachbarbereich zu einem thrombotischen Verschluss, der weitere Stents erforderte.
Für diese Entwicklung, die sie kardial bis hin zur Erwerbslosigkeit geschädigt habe, darüber hinaus schwerwiegend psychisch beeinträchtige und, bedingt durch die notwendige Einnahme von Medikamenten, zahlreiche innere Organe in Mitleidenschaft ziehe, hat die Klägerin den Beklagten verantwortlich gemacht. Sie hat ihm vorgeworfen, das in ihrer Person - angesichts einer entsprechenden familiären Vorbelastung und der gemessenen Cholesterinwerte - vorhandene Risiko einer koronaren Erkrankung vernachlässigt zu haben. Er habe sie insoweit weder informiert noch therapeutische Empfehlungen gegeben und insbesondere fehlerhaft keine cholesterinsenkende Mittel verordnet. Dadurch sei die entscheidende Schadensursache gesetzt worden.
Deshalb hat sie beantragt, den Beklagten zur Zahlung eines mit mindestens 54.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds und zur Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten zu verurteilen. Außerdem hat sie die Feststellung seiner weitergehenden Haftung begehrt.
Das Landgericht hat einen Sachverständigen befragt und die Klage sodann abgewiesen. Aus seiner Sicht ist dem Beklagten kein schadensträchtiger Fehler unterlaufen. Grundsätzlich habe keine Notwendigkeit bestanden, der Klägerin Ernährungsvorgaben zu machen oder cholesterinsenkende Mittel zu verordnen, da sie keine Risikopatientin gewesen sei. Sollte hier gleichwohl Handlungsbedarf bestanden haben, weil die Klägerin eine veranlagungsbedingte Disposition zu koronaren Erkrankungen gehabt habe, lasse sich jedenfalls eine Schadenskausalität etwaiger Versäumnisse des Beklagten nicht erkennen. Als die Klägerin mit konkreten klinischen Beschwerden an ihn herangetreten sei, habe er adäquat reagiert.
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Verlangens mit ihrer Berufung. Sie kritisiert, dass sie auf den Vorgaben eines befangenen Sachverständigen gründe. Der Beklagte habe grob fehlerhaft gehandelt, indem er die Gefahren ihrer - erblich bedingten - Hypercholesterinämie vernachlässigt habe. Ihm sei vorzuwerfen, nicht medikamentös entgegengewirkt und sie auch nicht an ein Lipidzentrum verwiesen zu haben.
2. Damit vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Das angefochtene Urteil hat Bestand.
a) Die Angriffe gegen den vom Landgericht herangezogenen Sachverständigen Dr. ...[A] gehen fehl. Allerdings sind sie nicht schon deshalb unbehelflich, weil die Klägerin versäumt hat, ihn in der Frist des § 406 Abs. 2 ZPO wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, weil vorhandene Bedenken gegen dessen Unparteilichkeit unabhängig von der Anbringung eines Ablehnungsgesuchs im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind (Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 406 Rdnr. 16). Aber entsprechende Bedenken tun sich nicht auf. Der bloße Umstand, dass die Praxis Dr. ...[A] lediglich etwa 10 km von der des Beklagten entfernt liegt und beide gemeinsam an Fortbildungsveranstaltungen teilgenommen haben, erlaubt nicht den Schluss auf eine gutachterliche Voreingenommenheit. Eine solche erschließt sich auch nicht aus der Argumentation und Diktion des Sachverständigen. Genauso wenig wie die Unabhängigkeit lässt sich die fachliche Eignung Dr. ...[A]s in Frage stellen. Er hat nach seiner Ausbildung und praktischen Erfahrung die Befähigung, die Tätigkeit des Beklagten nach den Maßstäben zu beurteilen, denen die von diesem geschuldete hausärztliche Versorgung unterlag.
b) Dr. ...[A] hat das Verhalten des Beklagten im Zeitverlauf kritisch gewürdigt. Dabei hat er aufgezeigt, dass es von der kardialen Situation her zu Beginn des Jahres 2008 einen konkreten Handlungsbedarf gab, dem der Beklagte mit der Veranlassung eines - dann freilich unauffälligen - Belastungs-EKG gerecht wurde. Vorher war die Klägerin nicht mit richtungsweisenden klinischen Beschwerden an ihn herangetreten. Soweit die Berufung auf eine im Jahr 1996 und damit zu einer Zeit, als sich die Klägerin anderweit in hausärztlicher Behandlung befand, aufgetretene Thrombose verweist und auf eine Schilddrüsenunterfunktion abhebt, war das für eine koronare Erkrankung nicht indikativ und stellte dafür auch keinen Risikofaktor dar.

c) Der relevante Risikofaktor war die Hypercholisterinämie der Klägerin, die der Beklagte über Jahre hinweg durch Messungen bestätigt finden musste. Sie allein gab jedoch noch keine hinreichende Veranlassung zu therapeutischen Maßnahmen wie der Einnahme von Lipidsenkern oder der Einhaltung einer Diät. Insofern war es auch nicht erforderlich, andere ärztliche Stellen zu konsultieren. Anders wäre es allerdings gewesen, wenn weitere Gefahrmomente hinzugetreten wären, die Dr. ...[A] im Einzelnen genannt hat.
Mit Blick darauf wird von der Klägerin eine genetische Disposition zu einer iskämischen Herzerkrankung herausgestellt, die von ihrer Mutter herrühre; diese habe die bei ihr vorhandene Hypercholesterinämie Typ II a an sie weitergegeben. Indessen hätten man in diesem Zusammenhang, wie Dr. ...[A] mitgeteilt hat, nur dann von einer relevanten erblichen Vorbelastung auszugehen brauchen, wenn sich bei der Mutter bis zum 65. Lebensjahr eine konkrete klinische Symptomatik manifestiert hätte. Das war jedoch nicht der Fall. Für eine solche Befundlage beim Vater der Klägerin, die sich nach Dr. ...[A] hier bis zum 55. Lebensjahr hätte manifestieren müssen, ist weder etwas behauptet noch sonst etwas ersichtlich; die Klägerin hat vorgetragen, ihr Vater sei ihr unbekannt.
Freilich mag man dem Beklagten in diesem Zusammenhang anlasten, er habe in Bezug auf den Vater der Klägerin keine anamnestischen Nachforschungen veranlasst. Aber das ist ohne rechtliche Relevanz. Denn es ist nicht hinreichend wahrscheinlich, dass das zu reaktionspflichtigen Erkenntnissen geführt hätte. Die bloße Möglichkeit, dass Nachforschungen wirksame therapeutische Konsequenzen ausgelöst hätten, hilft der Klägerin nicht; denn das reicht zu einer Umkehr der Beweislast unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers nicht aus (vgl. BGH MedR 2012, 383).
d) Weitergehende Versäumnisse des Beklagten sind nicht feststellbar. Selbst wenn sie vorlägen, weil der Beklagte der Klägerin keine cholesterinsenkenden Mittel verordnete oder sie nicht zur Änderung ihrer Lebensführung aufforderte und die Klägerin entsprechende Vorgaben - aufklärungskonform - befolgt hätte, wäre das ohne Gewicht, weil sich dadurch nach Dr. ...[A] die Entwicklung nicht sicher hätte beeinflussen lassen. Ein grober Fehler, der die Beweislast in diesem Punkt wenden könnte, ist dem Beklagten keinesfalls vorzuwerfen, nachdem seine Vorgehensweise durchweg gutachterlich gebilligt worden ist.
3. Mithin sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen. Bis zum 27.10.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.

59. BGH, Urteil vom 30.09.2014 – VI ZR 443/13 – * Arzthaftungsprozess: Erneute persönliche Anhörung des Patienten zur Frage des Entscheidungskonflikts durch das Berufungsgericht

Leitsatz

Hat das erstinstanzliche Gericht den Patienten zur Frage des Entscheidungskonflikts persönlich angehört und will das Berufungsgericht das Ergebnis dieser Anhörung abweichend vom Erstgericht würdigen, ist es dazu grundsätzlich nicht ohne erneute persönliche Anhörung des Patienten befugt.

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3.09.2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der seinerzeit 48-jährige Kläger, der in der Zeit vom 1. bis 10.09.2007 Blutungen beim Stuhlgang hatte, stellte sich am 18.09.2007 in der Praxis des Beklagten vor. Er unterzeichnete am selben Tag eine Einverständniserklärung für eine Koloskopie, die der Beklagte am 14.11.2007 mit einer Polypabtragung durchführte. Dabei kam es zu einer Darmperforation mit nachfolgender Entzündung des Bauchfells. Am 23.11.2007 wurde der Kläger wegen massiver Beschwerden stationär aufgenommen und bis04.2008 mehrfach operativ sowie zeitweilig auch intensiv-medizinisch mit Langzeitbeatmung behandelt. In der Zeit vom 11.05.2008 bis zum 2.06.2008 befand er sich erneut in stationärer Behandlung wegen einer Bronchopneumonie mit septischem Schock und akuter respiratorischer Insuffizienz. Anschließend wurde er in eine Rehabilitationsklinik verlegt. Der Kläger hat geltend gemacht, die Koloskopie sei nicht indiziert gewesen. Zudem sei er nicht ordnungsgemäß über das Risiko einer Peritonitis und das Bestehen von Behandlungsalternativen aufgeklärt worden. Der Kläger begehrt Ersatz materiellen und immateriellen Schadens. Das Landgericht hat die Klage, sachverständig beraten, nach Anhörung der Parteien abgewiesen. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Parteien erneut angehört und Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung. Es hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in MedR 2014, 309 veröffentlicht ist, führt aus, es könne dahinstehen, ob die gegen den Beklagten geltend gemachten Ansprüche wegen des behaupteten Behandlungsfehlers bestünden. Die Klage sei schon deshalb begründet, weil davon ausgegangen werden müsse, dass die Behandlung ohne eine ausreichende Aufklärung des Klägers erfolgt sei. Es sei nicht mit der erforderlichen Sicherheit festzustellen, dass der Beklagte den Kläger über die Risiken der Koloskopie in dem von ihm als üblich geschilderten Umfang aufgeklärt habe. Der Beklagte könne sich auch nicht mit Erfolg auf eine hypothetische Einwilligung des Klägers berufen, denn der Kläger habe plausible Gründe dafür dargelegt, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.

II.

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Da das Berufungsgericht offen lässt, ob dem Beklagten bei der Koloskopie ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, ist im Revisionsrechtszug zugunsten des Beklagten zu unterstellen, dass ein Behandlungsfehler jedenfalls nicht nachgewiesen ist.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis einer ordnungsgemäßen Risikoaufklärung nicht erbracht.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein Arzt grundsätzlich für alle den Gesundheitszustand des Patienten betreffenden nachteiligen Folgen haftet, wenn der ärztliche Eingriff nicht durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt und damit rechtswidrig ist. Richtig ist auch, dass eine wirksame Einwilligung des Patienten dessen ordnungsgemäße Aufklärung voraussetzt (vgl. Senatsurteil vom 7.11.2006 - VI ZR 206/05, BGHZ 169, 364 Rn. 7). Nach gefestigter Rechtsprechung ist ein Patient über schwerwiegende Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, grundsätzlich auch dann aufzuklären, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Risikostatistiken sind für das Maß der Aufklärung von nur geringem Wert (vgl. Senatsurteile vom 15.02.2000 - VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1, 5; vom 22.04.1980 - VI ZR 37/79, VersR 1981, 456, 457, und vom 21.11.1995 - VI ZR 341/94, VersR 1996, 330, 331; BGH, Urteil vom 7.07.1994 - III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 389). Entscheidend für die ärztliche Hinweispflicht ist nicht ein bestimmter Grad der Risikodichte, insbesondere nicht eine bestimmte Statistik. Maßgebend ist vielmehr, ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet (Senatsurteile vom 7.02.1984 - VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106 und vom 21.11.1995 - VI ZR 341/94, aaO).

b) Nach diesen Grundsätzen war vorliegend vor der Koloskopie - was der Beklagte auch nicht in Abrede stellt - über das Risiko einer Darmperforation aufzuklären, denn nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen handelt es sich bei einer im Rahmen einer Koloskopie auftretenden Perforation zwar um eine seltene Komplikation, die jedoch, wenn sie eintritt, in der überwiegenden Zahl der Fälle eine Bauchhöhlenentzündung zur Folge hat und eine operative Sanierung notwendig macht.

c) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass der Beklagte nicht bewiesen habe, den Kläger vor der Behandlung über das Risiko einer Darmperforation aufgeklärt zu haben.

aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats dürfen an den dem Arzt obliegenden Beweis einer ordnungsgemäßen Risikoaufklärung allerdings keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. 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. Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte 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. In jedem Fall bedarf es einer verständnisvollen und sorgfältigen Abwägung der tatsächlichen Umstände, für die der Tatrichter einen erheblichen Freiraum hat (vgl. Senatsurteile vom 10.03.1981 - VI ZR 202/79, VersR 1981, 730, 731; vom 21.09.1982 - VI ZR 302/80, VersR 1982, 1193, 1194; vom 28.02.1984 - VI ZR 70/82, VersR 1984, 538, 539 f.; vom 8.01.1985 - VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362 und vom 28.01.2014 - VI ZR 143/13, VersR 2014, 588 Rn. 11, jeweils mwN; OLG Hamm, VersR 2011, 625, 626, mwN).

bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Entgegen der Auffassung der Revision hat es auch die Anforderungen an den Nachweis einer ärztlichen Aufklärung nicht überspannt.

(1) Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. An dessen Feststellungen ist das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Revisionsrechtlich ist lediglich zu überprüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. Senatsurteile vom 20.12.2011 - VI ZR 309/10, VersR 2012, 454 Rn. 13; vom 10.07.2012 - VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 Rn. 28; vom 11.12.2012 - VI ZR 314/10, VersR 2013, 321 Rn. 16 und vom 20.05.2014 - VI ZR 187/13, VersR 2014, 1130 Rn. 28, jeweils mwN).

(2) Das Berufungsgericht hat sich nach Anhörung des Beklagten und Vernehmung der Arzthelferin N. nicht die Überzeugung bilden können, dass der Beklagte den Kläger so wie üblich aufgeklärt hat. Erst

recht hat es sich nicht davon überzeugen können, dass eine Aufklärung über das Risiko einer Darmwandperforation stattgefunden hat. Dem Berufungsgericht fehlten ausreichende Indizien für die Annahme einer ordnungsgemäßen Aufklärung. Diese Würdigung ist vertretbar und hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
(3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung des Beklagten von Amts wegen gemäß § 448 ZPO verneint. Die Entscheidung über die Vernehmung einer Partei nach § 448 ZPO steht im Ermessen des Tatrichters und ist im Revisionsverfahren nur darauf nachprüfbar, ob die rechtlichen Voraussetzungen verkannt worden sind oder das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden ist (st. Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 1.02.1983 - VI ZR 152/81, VersR 1983, 445; BGH, Urteile vom 5.07.1989 - VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222 f. und vom 5.12.2012 - VIII ZR 74/12, NJW 2013, 1299 Rn. 39; jeweils mwN). Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.
(a) Voraussetzung für eine Parteivernehmung der beweisbelasteten Partei ist, dass bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der bestrittenen Behauptung erbracht ist und das Gericht durch die Parteivernehmung die Ausräumung seiner restlichen Zweifel erwartet (BGH, Urteile vom 5.07.1989 - VIII ZR 334/88, aaO, S. 3223 und vom 5.12.2012 - VIII ZR 74/12, aaO; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2011, 496, 498; OLG Oldenburg, NJW-RR 2010, 1717, 1718; Musielak/Huber, ZPO, 11. Aufl., § 448 Rn. 3).
(b) Danach hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung des Beklagten im Hinblick auf dessen Angaben bei seiner persönlichen Anhörung mit Recht verneint, denn der Beklagte hat erklärt, er könne sich zwar an den Kläger wegen dessen Vorerkrankung erinnern und habe überlegt, ob dessen Morbus Bechterew der Durchführung der Koloskopie entgegenstehen könne. Er hat aber zugleich ausdrücklich eingeräumt, sonst nichts mehr von dem Aufklärungsgespräch zu wissen. Er habe lediglich keinen Anlass anzunehmen, dass die Aufklärung anders als sonst üblich gewesen sei. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass eine Parteivernehmung des Beklagten für den Beweis einer Aufklärung über das Risiko einer Darmwandperforation ungeeignet ist.
3. Die Revision wendet sich jedoch mit Recht gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf eine hypothetische Einwilligung des Klägers berufen, weil dieser einen Entscheidungskonflikt plausibel dargelegt habe.
a) Der Einwand der Behandlungsseite, der Patient hätte sich einem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen, ist grundsätzlich beachtlich (Senatsurteil vom 7.02.1984 - VI ZR 174/82, aaO, S. 111). Den Arzt trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Er ist mit dem Beweis für seine Behauptung, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde, allerdings nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er, wären ihm rechtzeitig die Risiken der Behandlung verdeutlicht worden, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (Senatsurteile vom 7.04.1992 - VI ZR 192/91, VersR 1992, 960, 962 und vom 14.06.1994 - VI ZR 260/93, VersR 1994, 1302, jeweils mwN).
b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen. Die Revision rügt jedoch mit Recht, dass es die plausible Darlegung eines Entscheidungskonflikts durch den Kläger bejaht hat, ohne diesen selbst dazu persönlich gehört zu haben.
aa) Die Würdigung, ob der Patient im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, ist ebenso wie die Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO grundsätzlich Sache des Tatrichters, an dessen Feststellungen das Revisionsgericht gebunden ist (§ 559 Abs. 2 ZPO). Revisionsrechtlich ist indes zu überprüfen, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. zur Beweiswürdigung Senatsurteil vom 10.07.2012 - VI ZR 341/10, aaO; BGH, Urteile vom 29.06.2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 38 und vom 22.06.2011 - IV ZR 225/10, VersR 2011, 1037, insoweit in BGHZ 190, 120 nicht abgedruckt, jeweils mwN). Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, darf der Tatrichter 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. Senatsurteile vom 26.06.1990 - VI ZR 289/89, VersR 1990, 1238, 1240 und vom 1.02.2005 - VI ZR 174/03, VersR 2005, 694 mwN).
bb) Das Berufungsgericht hat den Kläger selbst nicht dazu gehört, ob er im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung über das mit einer Koloskopie verbundene Risiko einer Darmperforation in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre. Es hat seiner Beurteilung vielmehr die Angaben des Klägers zugrunde gelegt, die dieser bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht gemacht hat. Diese Angaben hat es allerdings anders als die Vorinstanz gewürdigt. Diese Würdigung leidet, wie die Revision mit Recht geltend gemacht, an einem Verfahrensfehler und kann deshalb keinen Bestand haben.
cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann eine hypothetische Einwilligung auf die erstinstanzliche Anhörung des Patienten in der Regel nicht gestützt werden, wenn das Berufungsgericht dessen Angaben anders als das Vordergericht würdigen will.

(1) Der erkennende Senat fordert für den Regelfall eine persönliche Anhörung des Patienten, um zu vermeiden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstellt, was bei objektiver Betrachtung als nahe liegend oder vernünftig erscheint, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger nahe liegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen des Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen. Die persönliche Anhörung soll es dem Gericht ermöglichen, den anwaltlich vorgetragenen Gründen für und gegen einen Entscheidungskonflikt durch konkrete Nachfragen nachzugehen und sie auch aufgrund des persönlichen Eindrucks vom Patienten sachgerecht beurteilen zu können (Senatsurteil vom 17.04.2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, Rn. 18; vgl. auch Senatsurteile vom 26.06.1990 - VI ZR 289/89, aaO; vom 11.12.1990 - VI ZR 151/90, VersR 1991, 315, 316; vom 2.03.1993 - VI ZR 104/92, VersR 1993, 749, 750 f.; vom 4.04.1995 - VI ZR 95/94, VersR 1995, 1055, 1057; vom 1.02.2005 - VI ZR 174/03, aaO; vom 15.03.2005 - VI ZR 313/03, VersR 2005, 836, 837; vom 10.10.2006 - VI ZR 74/05, VersR 2007, 66 Rn. 17 f. und vom 6.07.2010 - VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 Rn. 17; NK-MedR/Glanzmann, 2. Aufl., § 630h BGB Rn. 92 f.; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rn. C 142).
(2) Nach gefestigter Rechtsprechung ist eine wiederholte Vernehmung eines Zeugen notwendig, wenn das Gericht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anders würdigen will als die Vorinstanz (vgl. Senatsurteile vom 20.11.1984 - VI ZR 73/83, VersR 1985, 183, 184 und vom 12.11.1991 - VI ZR 369/90, VersR 1992, 237, 238; BGH, Urteile vom 24.10.1973 - VIII ZR 111/72, NJW 1974, 56; vom 29.01.1991 - XI ZR 76/90, NJW-RR 1991, 829, 830; vom 24.11.1992 - XI ZR 86/92, WM 1993, 99, 101 und vom 2.06.1999 - VIII ZR 112/98, NJW 1999, 2972, 2973). Dasselbe gilt, wenn es der Aussage auch nur ein anderes Gewicht, eine andere Tragweite oder eine vom Wortsinn abweichende Auslegung geben will oder wenn es die protokollierten Angaben des Zeugen für zu vage und präzisierungsbedürftig hält (MünchKommZPO/Damrau, 4. Aufl., § 398 Rn. 5 mwN).
(3) Entsprechend diesen Grundsätzen kann die nochmalige Anhörung des bereits in erster Instanz persönlich angehörten Patienten dazu, ob er im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich nicht unterbleiben, wenn das Berufungsgericht die Angaben des Patienten bei seiner persönlichen Anhörung anders als das Erstgericht bewerten will und die vorzunehmende Würdigung der Plausibilität nicht ohne Berücksichtigung des persönlichen Eindrucks von dem Patienten erfolgen kann.
(4) Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht angegeben, dass er, wenn ihm ein Arzt gesagt hätte, das Risiko einer Darmperforation läge bei drei bis acht von 10.000 Patienten, zunächst nachgefragt hätte, ob es Alternativen gäbe. Auf Nachfrage des Gerichts, was er getan hätte, wenn man ihm gesagt hätte, eine medizinisch sinnvolle Alternative gebe es nicht, hat er erklärt, er hätte vielleicht einen anderen Arzt gefragt; er wisse es nicht. Diese Angaben haben dem Landgericht zur plausiblen Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts nicht genügt. Demgegenüber hat das Berufungsgericht diese Angaben des Klägers im Hinblick darauf für hinreichend plausibel gehalten, dass es sich vorrangig um einen diagnostischen Eingriff zur Abklärung der Blutungsursache gehandelt habe und das Risiko für den Kläger auch umso größer einzuschätzen gewesen sei, als die letzte Blutung zum Zeitpunkt der Koloskopie etwa zwei Monate zurückgelegen habe, weshalb mit der Untersuchung hätte gewartet werden können, ohne unmittelbare gesundheitliche Probleme riskieren zu müssen. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts finden in den Angaben des Klägers, die dieser bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht gemacht hat, ersichtlich keine Stütze. Das Berufungsgericht hat die protokollierten Angaben des Klägers anders als das Landgericht gewürdigt und abweichend vom Vordergericht für plausibel erachtet, ohne sich dabei - wie grundsätzlich geboten - auf einen eigenen persönlichen Eindruck stützen zu können. Bei seiner Würdigung hat es zudem nicht hinreichend beachtet, dass für die Plausibilität eines Entscheidungskonflikts nicht auf eine objektive Risikobewertung abgestellt werden darf, sondern dass es allein auf die persönliche Entscheidungssituation des Patienten aus damaliger Sicht ankommt (vgl. Senatsurteile vom 9.11.1993 - VI ZR 248/92, VersR 1994, 682, 684 und vom 18.11.2008 - VI ZR 198/07, VersR 2009, 257 Rn. 26). Diese Frage kann das Berufungsgericht nicht ohne erneute Anhörung des Patienten abweichend vom Erstgericht beurteilen.
4. Nach alledem kann das Berufungsurteil, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, keinen Bestand haben. Insoweit ist die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird bei erneuter Befassung Gelegenheit haben, auch das weitere Vorbringen der Parteien in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen.

60. OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2014 – I-3 U 54/14, 3 U 54/14 – * Krankenhaushaftung: Schmerzensgeld nach Bandscheibenersatzoperation ohne ausreichende Aufklärung und ohne ausreichende Indikation

Leitsatz

Ein Patient kann von einem Krankenhaus 20.000 Euro Schmerzensgeld verlangen, nachdem er im Krankenhaus ohne ausreichende Aufklärung und ohne ausreichende Indikation nach der neueren Methode des Bandscheibenersatzes operiert wurde.

Orientierungssatz

In die Bemessung des Schmerzensgeldes von 20.000,00 EU ist der überflüssige Eingriff selbst nebst anschließenden Beeinträchtigungen während des Heilungsprozesses einzubeziehen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Folge des Eingriffs tiefe Rückenschmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule mit Ausstrahlungen in die Beine sind, dass sich durch den Eingriff letztlich das vorbestehende Beschwerdebild manifestiert hat, dass durch konservative Maßnahmen, die bis zu dem Eingriff noch deutliche Chancen der Linderung boten, nun allenfalls noch in geringerem Umfang eine Minderung der Beschwerden erzielt werden kann und dass zudem infolge des Eingriffs eine etwaige Folgeoperation erschwert worden ist.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen - das am 26.02.2014 verkündete Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 20.000,- EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 25.11.2010 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle gegenwärtigen und zukünftigen materiellen Schäden sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus der Operation vom 05.01.2007 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstigen Dritten übergegangen sind.
3. Ferner wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger 1.656,48 Euro außergerichtlicher Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 21.01.2011 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtstreits trägt die Beklagte.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Der Kläger macht gegen die Beklagte, die Trägerin des Evangelischen Krankenhauses D in E ist, Haftungsansprüche im Zusammenhang mit einer dort am 05.01.2007 durchgeführten Bandscheibenoperation geltend.

Der 1965 geborene Kläger ließ 1989 im Segment LW5/S1 und 2002 im Segment LW 4/5 jeweils linksseitig Eingriffe wegen Bandscheibenvorfällen durchführen. Nach den Operationen zeigte sich eine zügige Verbesserung der Rücken- und Beinschmerzen.

Nachdem es in den Folgejahren erneut zu einer stetigen Beschwerdezunahme in Bezug auf Rücken- und Beinschmerzen kam, stellte sich der Kläger im Laufe des Jahres 2006 bei verschiedenen Behandlern vor. Diese gelangten jeweils zu dem Ergebnis, dass kein Anlass für eine operative Intervention bestehe, sondern es empfehlenswert sei, die konservative Therapie fortzusetzen. Wegen der Einzelheiten wird auf die in den Krankenunterlagen befindlichen Berichte des Universitätsklinikums L vom 23.10.2006, des Katholischen Krankenhauses K vom 09.02.2006 und 02.01.2007 sowie der Praxisklinik für Neurochirurgie (Dr. N) vom 27.11.2006 Bezug genommen. Nachdem der Kläger am 16.12.2006 den stationären Aufenthalt im Katholischen Krankenhaus K, in dem er konservativ behandelt worden war, gegen ärztlichen Rat abgebrochen hatte, trat er noch am selben Tag einen ersten stationären Aufenthalt im Haus der Beklagten an. Auf der Grundlage der im Zuge dieses Aufenthalts erhobenen Befunde und durchgeführten Therapien (analgetisch-antiphlogistische Medikation sowie Reischauer-Blockade links) wurde mit dem Kläger für den 05.01.2007 die Wiedervorstellung zur Implantation einer Bandscheibenersatzprothese vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den in den Krankenunterlagen der Beklagten befindlichen (undatierten) Entlassungsbericht Bezug genommen.

Absprachegemäß erfolgte im Zuge eines weiteren stationären Aufenthaltes im Haus der Beklagten am 05.01.2007 die Implantation einer Bandscheibenersatzprothese LW 4/5 links. Am Tag zuvor hatte der Kläger eine entsprechende Einverständniserklärung unterzeichnet. Wegen der Einzelheiten wird auf die in den Krankenunterlagen der Beklagten befindliche Einverständniserklärung Bezug genommen.

In der Folgezeit kam es zu 4 weiteren stationären Aufenthalten im Haus der Beklagten, in deren Zuge die konservative Therapie fortgeführt wurde und am 17.04.2007 die Dekompression LW5/S1 links erfolgte.

Mit Schreiben vom 03.11.2010 hat der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 24.11.2010 unter anderem zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 20.000,00 EUR aufgefordert.

Der Kläger hat mit der am 20.01.2011 zugestellten Klage geltend gemacht, die Operation vom 05.01.2007 sei in mehrfacher Hinsicht kontraindiziert gewesen. Zudem seien die diagnostischen Möglichkeiten vor dem Eingriff keineswegs ausgeschöpft gewesen. Ferner habe es einer vorherigen Allergietestung im Hinblick auf etwaig allergieauslösende Bestandteile der Bandscheibenersatzprothese bedurft. Darüber hinaus hat er geltend gemacht, das es keinerlei Aufklärung über die Risiken und die Indikationsstellung gegeben habe. Der Kläger hat behauptet, dass er seit dem Eingriff vom 05.01.2007 unter schwersten Beschwerden im Nackenbereich sowie allergischen Reaktionen leide, ständig Medikamente nehme, seine Alltagstätigkeiten kaum erledigen und nicht lange gehen, stehen oder sitzen könne. Zudem leide er unter ziehenden Schmerzen im rechten Arm mit Stromstößen und Kribbeln in der rechten Hand.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.11.2010 zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle gegenwärtigen und künftigen materiellen sowie nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus der fehlerhaften Behandlung vom 04.01.2007 bis 15.01.2007 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.656,48 EUR an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 546,69 EUR für die Einholung der Deckungszusage nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie hat behauptet, der Kläger sei umfassend über das Risikospektrum aufgeklärt worden. Selbst wenn man die vom Kläger behauptete unzureichende Aufklärung unterstelle, sei nicht ersichtlich, warum sich der Kläger gegen den Eingriff entschieden haben sollte. Er habe seit geraumer Zeit unter erheblichem Leidensdruck gestanden und in der Vergangenheit bereits eine Fusion abgelehnt, so dass nicht ersichtlich sei, warum er nun einen solchen Eingriff gewählt haben sollte. Einen Entscheidungskonflikt habe der Kläger nicht plausibel gemacht. Die Beklagte hat zudem mit Nichtwissen bestritten, dass es zu den vom Kläger als Folge der Operation behaupteten Beschwerden gekommen sei.
Wegen des weitergehenden erstinstanzlichen Sachvortrags wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung von Zeugen und Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens nebst mündlicher Erläuterung abgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, dass der Eingriff vom 05.01.2007 noch indiziert gewesen sei. Ebensowenig habe es eine Kontraindikation oder eine Veranlassung für die Ärzte der Beklagten gegeben, von sich aus einen Allergietest durchzuführen. Zudem sei der Eingriff vom 05.01.2007 fachgerecht durchgeführt worden. Auch die Aufklärungsrüge greife nicht durch. Insbesondere vor dem Hintergrund der vom Kläger in der Vergangenheit abgelehnten Fusion stehe fest, dass der Kläger über die in Betracht kommenden Behandlungsalternativen aufgeklärt worden sei. Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung behauptet habe, bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte er von dem Eingriff Abstand genommen, sei dies nicht glaubhaft. Der Beweis einer fehlerhaften oder unzureichenden Aufklärung sei dem Kläger nicht gelungen.
Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, mit der er die erstinstanzlich gestellten Anträge weiter verfolgt. Er macht geltend, es liege eine unzulässige Entscheidung durch den Einzelrichter vor. Ferner habe dieser verfahrensfehlerhaft den beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. H durch den Oberarzt Dr. C ausgetauscht. Zudem sei der Eingriff vom 05.01.2007 behandlungsfehlerhaft erfolgt. So habe eine Kontraindikation für die Einbringung der Bandscheibenersatzprothese wegen einer massiven Vorschädigung der Facettengelenke beim Kläger bestanden. Jedenfalls liege insofern eine unzureichende Befunderhebung vor. Gerade aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Bandscheibenimplantat laut Sachverständigen seinerzeit nicht um ein gängiges Verfahren gehandelt habe, habe die Notwendigkeit einer Testinfiltration bestanden. Angesichts dessen, dass das eingebrachte Implantat nicht mehr entfernt werden könne, habe es zwingend eines Allergietests bedurft, der die allergische Reaktion des Klägers auf das eingebrachte Material gezeigt hätte. Ferner rügt der Kläger nach wie vor Aufklärungsdefizite. Die Beklagte habe den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung über Operationsalternativen nicht geführt. Schließlich führt die Berufung (S. 10 der Berufungsbegründung) aus, das Landgericht nehme zu Unrecht an, dass der Kläger "ein rechtmäßiges Alternativverhalten für den Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht glaubhaft gemacht habe". Das sei angesichts dessen, dass es sich bei der Versteifung um den Goldstandard gehandelt habe, das Bandscheibenimplantat hingegen noch im Teststadium gewesen sei, gänzlich unverständlich. Die in I. Instanz erhobene Rüge der unzureichenden Risikoaufklärung verfolgt der Kläger hingegen mit der Berufung nicht mehr weiter. Gleiches gilt für den erstinstanzlichen Vorwurf, dass der Eingriff vom 05.01.2007 behandlungsfehlerhaft durchgeführt worden sei.
Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, jedoch nicht unter 20.000,00 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.11.2010 zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle gegenwärtigen und künftigen materiellen sowie nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus der fehlerhaften Behandlung vom 04.01.2007 bis 15.01.2007 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.656,48 EUR an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 546,69 EUR für die Einholung der Deckungszusage nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags geltend, dass sehr wohl eine Indikation für den Eingriff vom 05.01.2007 bestanden habe und der Kläger ausreichend über die Behandlungsalternativen aufgeklärt worden sei. Zudem sei sicher davon auszugehen, dass der Kläger für den Fall einer unterstellten Aufklärungspflichtverletzung in jedem Fall der Implantation der Bandscheibenersatzprothese zugestimmt hätte.
Wegen des weitergehenden Sachvortrags der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat Beweis erhoben durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen Dr. C. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin am 29.09.2014 Bezug genommen.
B.
Die zulässige Berufung hat im tenorierten Umfang Erfolg.
I.
Dabei bedarf es keiner weiteren Ausführungen zu den in der Berufungsbegründung erhobenen Verfahrensrügen.
Der Kläger selbst hat bereits darauf verwiesen, dass allein der Umstand, dass der Rechtsstreit entgegen § 348 Abs. 1 Nr. 2 e) ZPO auf den Einzelrichter übertragen worden ist, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 14.05.2013 - VI ZR 325/11) nicht die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG begründet.
Die hinsichtlich des vermeintlichen "Sachverständigenaustauschs" erstmals mit der Berufung erhobene Rüge verfolgt der Kläger, der weder erstinstanzlich der von Prof. Dr. H mitgeteilten Terminswahrnehmung durch Dr. C noch der vom Senat vorgeschlagenen Vorgehensweise, den Sachverständigen Dr. C zum Senatstermin zur Erläuterung des schriftlichen Gutachtens zu laden, entgegen getreten ist, offenkundig ebenfalls nicht mehr weiter.
II.
Dem Kläger stehen gegen die Beklagte sowohl vertragliche Haftungsansprüche aus dem Behandlungsvertrag gemäß §§ 611 i.V.m. 280, 278, 253 Abs. 2 BGB als auch deliktische Haftungsansprüche gem. §§ 823, 831 BGB zu.
1. Der Eingriff vom 05.01.2007 war rechtswidrig, weil er nicht von einer wirksamen Einwilligungserklärung des Klägers gedeckt war.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat die Beklagte den ihr obliegenden Beweis, dass der Kläger vor dem streitgegenständlichen Eingriff in ausreichender Weise über die unterschiedlichen Chancen und Risiken der in Betracht kommenden Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist, nicht geführt. Der Sachverständige Dr. C hat bereits vor dem Landgericht eingehend erläutert, dass zum damaligen Zeitpunkt neben der relativ neuen Methode des Bandscheibenersatzes die von ihm als seinerzeitiger Goldstandard bewertete Fusion (Versteifung), die konkrete Behandlung des Bandscheibenvorfalls sowie die Fortsetzung der konservativen Therapie, zu der der Sachverständige auch die Implantation einer Morphinpumpe zählt, als Behandlungsmethoden existierten. Ob es sich dabei tatsächlich um gleichermaßen indizierte Behandlungsmethoden mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen, wie sie der Sachverständige Dr. C in seinen mündlichen Erläuterungen des Sachverständigengutachtens vor dem Landgericht umfänglich dargestellt hat, handelte, ist angesichts dessen, dass - wie nachstehend unter 2. ausgeführt - die durchgeführte Bandscheibenersatzoperation im Fall des Klägers allenfalls unter Bedenken indiziert war und an sich einer Testinfiltration zur Abklärung der Erfolgschancen geboten gewesen wäre, bereits zweifelhaft, kann jedoch letztlich dahinstehen. Jedenfalls hätte der Kläger mit aller Deutlichkeit darüber aufgeklärt werden müssen, dass in seinem Fall die Versteifungsoperation die erfolgversprechendste und sicherste Methode war.

a) Zwar steht nicht bereits der Umstand, dass die Aufklärung im Hinblick auf die Behandlungsalternative der Fortführung der konservativen Behandlung defizitär war, der Wirksamkeit der Einwilligung in einen operativen Eingriff entgegen.
Dass der Kläger im Haus der Beklagten nochmals über die von den Vorbehandlern noch Ende des Jahres 2006 als keineswegs ausgeschöpft, sondern vielmehr als empfehlenswert eingestufte Fortführung der konservativen Therapie aufgeklärt worden ist, behauptet die Beklagte zwar selbst nicht. Vielmehr hat sie ausdrücklich vorgetragen, dass der Kläger auch darüber aufgeklärt worden sei, dass eine weitergehende konservative Therapie nicht erfolgreich sein werde. Dementsprechend hat auch der Zeuge Dr. I bekundet, dass er den Kläger ausgehend davon, dass konservativ alles austherapiert sei, aufgeklärt habe. Hinsichtlich der mithin unzureichenden Aufklärung über die Möglichkeit eines weiteren konservativen Vorgehens greift allerdings der von der Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung durch. Bereits der Umstand, dass der Kläger am 16.12.2006 die stationär eingeleitete konservative Behandlung im Katholischen Krankenhaus K verlassen und noch am selben Tag bei der Beklagten vorstellig geworden ist, belegt, dass er mit den im Katholischen Krankenhaus K vorgeschlagenen Methoden einer weiteren konservativen Behandlung nicht einverstanden war. Seine Einlassung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, dass er bei Kenntnis der vier Behandlungsmöglichkeiten erst einmal hätte überlegen müssen, lässt daher im Hinblick auf die Behandlungsvariante des konservativen Vorgehens einen plausiblen Entscheidungskonflikt im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung nicht erkennen. Aus seiner weiteren Erklärung, dass die Wurzelblockade nicht geholfen habe und er länger Ruhe habe haben wollen sowie insbesondere aus der Tatsache, dass er Ende des Jahres 2006 drei Behandlern, die die Weiterführung der konservativen Behandlung empfohlen und von einem chirurgischen Eingriff abgeraten hatten, nicht gefolgt ist, wird vielmehr deutlich, dass der Kläger auch bei korrekter Aufklärung die konservative Behandlungsschiene nicht mehr weiter verfolgt hätte.
b) Allerdings ist - auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Zeugen Dr. I sowie der schriftlichen Dokumentation - durch die Beklagte nicht bewiesen, dass der Kläger seitens der Beklagten mit hinreichender Deutlichkeit darüber aufgeklärt worden ist, dass die von ihm gewählte Behandlungsvariante des Einsatzes einer Bandscheibenprothese ein seinerzeit relativ neues Operationsverfahren darstellte, das zudem angesichts der bei dem Kläger bestehenden Vorbelastungen gegenüber der vom Sachverständigen Dr. C als Goldstandard bezeichneten Maßnahme der Fusion deutlich geringere Erfolgschancen für eine Beschwerdelinderung oder gar -beseitigung beim Klägers bot. Denn bei diesem lag zum Zeitpunkt der Eingriffsaufklärung Ende des Jahres 2006 bereits ein Zustand nach Voroperation im betroffenen Segment LW 4/5 mit entsprechender Narbenbildung im Spinalkanal bei einer zumindest geringen Facettengelenksarthrose in demselben Segment sowie einer ausgeprägten Facettengelenksarthrose in dem darunter liegenden Segment LW5/S1 vor, so dass - wie der Sachverständige Prof. Dr. H bereits im schriftlichen Gutachten eingehend erläutert hat - fraglich war, ob der Bandscheibenersatz durch Einsetzen einer Prothese den gewünschten klinischen Erfolg bringen würde. Nach den auch schon zum Zeitpunkt Ende 2006 gewonnenen Erkenntnissen hatte sich die Implantation einer Bandscheibenprothese allenfalls dann als maßgeblich erfolgsversprechend erwiesen, wenn ein Kreuzschmerz allein durch eine Bandscheibendegeneration verursacht war. Bei dem Kläger lag hingegen in mehreren Segmenten bereits eine Facettengelenksarthrose in unterschiedlicher Ausprägung vor, die gleichermaßen geeignet war, Kreuzschmerzen zu verursachen. Ein durch die Facettengelenksarthrose ausgelöster Kreuzschmerz konnte jedoch auch nach dem damals bereits gegebenen Erkenntnisstand nicht erfolgreich mit der Implantation eines Bandscheibenersatzes behandelt werden. Diese ungewisse Erfolgsprognose sowie die Tatsache, dass die Bandscheibenersatzoperation nicht gleichwertig zur Fusion war, mussten dem Kläger unmissverständlich deutlich gemacht werden. Das hat der Sachverständige Dr. C im Senatstermin nochmals hervorgehoben.
Dass der Kläger vor dem Eingriff vom 05.01.2007 dergestalt aufgeklärt worden ist, lässt sich der Aussage des Zeugen Dr. I und der Dokumentation nicht ansatzweise entnehmen. Der Zeuge war sich zudem nicht einmal sicher, dass er seinerzeit das Aufklärungsgespräch mit dem Kläger geführt hat.
Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, es sei nicht notwendig gewesen, dem Kläger die unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen der Implantation einer Bandscheibenprothese einerseits und der Fusion andererseits zu verdeutlichen, weil der Kläger letztere Methode in der Vergangenheit bereits abgelehnt habe, greift dies nicht durch. Es lässt sich mit der Dokumentation bereits nicht ohne weiteres belegen, dass der Kläger nach entsprechender Aufklärung eine Fusion abgelehnt haben soll. Dem Arztbrief des Dr. N (Praxisklinik für Neurochirurgie in F) vom 27.11.2006 lässt sich insoweit nur entnehmen, dass seinerzeit die Fusion des Segmentes LW 4/5 als etwaige zukünftige Option für den Fall des Fehlschlagens der konservativen Therapie in Erwägung gezogen worden war. Das lässt aber allenfalls den auch vom Sachverständigen Dr. C in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gezogenen Schluss zu, dass seitens der Ärzte über eine solche Maßnahme nachgedacht und diese dem Kläger mitgeteilt worden ist. Dass dem Kläger seinerzeit schon Vor- und Nachteile dieser lediglich für die Zukunft möglicherweise in Betracht kommenden Maßnahme erläutert worden sind, so dass er bei dem Ende 2006 im Haus der

Beklagten geführten Aufklärungsgespräch die erforderliche Vorkenntnis hatte und zwischen den verschiedenen Methoden abwägen konnte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn der Kläger im Übrigen in der Vergangenheit einmal eine Fusion zugunsten der Weiterführung der konservativen Behandlung abgelehnt haben sollte, ist diese Situation nicht mit der im12.2006 bestehenden Sachlage zu vergleichen, bei der die Entscheidung zum operativen Eingriff feststand und es nun um die verschiedenen Operationsvarianten ging. Schließlich kann sich die Beklagte insoweit auch nicht mit Erfolg auf den von ihr erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung berufen. Der Kläger hat plausibel dargelegt, dass er sich im Fall der ordnungsgemäßen Aufklärung über die Operationsmethoden der Implantation eines Bandscheibenersatzes einerseits und einer Fusion andererseits in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Auch wenn der Kläger im Senatstermin wenig nachvollziehbar, da widersprüchlich zu seinen Einlassungen vor dem Landgericht und den Angaben in den Behandlungsunterlagen zu dem Aufklärungsgespräch vom 20.12.2006 erklärt hat, er sei über die geplante Operationsmethode der Implantation eines Bandscheibenersatzes überhaupt nicht aufgeklärt worden, hat er ohne weiteres verständlich erklärt, dass ihm an einer dauerhaften Lösung zur Linderung seiner Beschwerden gelegen war. Vor dem Hintergrund ist es ohne weiteres plausibel, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die ungewissen Erfolgsaussichten der Implantation eines Bandscheibenersatzes seine Entscheidung zumindest noch einmal überdacht und sich gegebenenfalls auch gegen diese Methode entschieden hätte. Der Vorwurf der Beklagten, der behauptete Entscheidungskonflikt sei allein prozesstaktisch motiviert, greift insoweit nicht durch. Zwar belegt die Vorgehensweise des Klägers, dass er ungeachtet des entgegenstehenden Rates mehrerer Behandler in jedem Fall einen operativen Eingriff wünschte, um den Leidensdruck zu lindern. Dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung für den noch als relativ neuartig zu bezeichnenden Eingriff mit den geringeren Erfolgschancen entschieden hätte, folgt daraus jedoch keineswegs.
2. Nach ergänzender Anhörung des Sachverständigen Dr. C im Senatstermin steht zur Überzeugung des Senats zudem fest, dass der Eingriff vom 05.01.2007 jedenfalls ohne vorherige Durchführung einer Testinfiltration, die Aufschluss über den ungewissen Erfolg des geplanten Einsatzes des Bandscheibenimplantats hätte bringen können, behandlungsfehlerhaft war.
Es erscheint bereits zweifelhaft, ob im Fall des Klägers, bei dem - wie vorerwähnt - Ende 2006 bereits eine Voroperation im betroffenen Segment LW 4/5 mit entsprechender Narbenbildung im Spinalkanal erfolgt war und eine zumindest mäßiggradige Facettengelenksarthrose in demselben Segment sowie eine ausgeprägte Facettengelenksarthrose in dem darunter liegenden Segment LW5/S1 vorlag und damit Umstände gegeben waren, die der Sachverständige Prof. Dr. H in seinem schriftlichen Gutachten als Kontraindikation bzw. relative Kontraindikation bezeichnet hat, überhaupt noch eine Indikation für die Einbringung eines Bandscheibenimplantats bestand. Nach den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. C im Senatstermin steht jedenfalls zur Überzeugung des Senats fest, dass die Indikationsstellung beim Kläger vor diesem Hintergrund nicht - wie geschehen - ohne die vorherige Durchführung einer Testinfiltration hätte erfolgen dürfen. Der Sachverständige Prof. Dr. H hat in seinem schriftlichen Gutachten anschaulich erläutert, dass beim Kläger durch eine solche Testinfiltration hätte herausgefunden werden können, inwieweit die Facettengelenksarthrose schmerzursächlich war. Zwar hat der Sachverständige zugleich darauf verwiesen, dass die Durchführung der Testinfiltration zum maßgeblichen Zeitpunkt im Jahr 2007 kein allgemeingültiger Standard war. Dies hat auch der Sachverständige Dr. C im Senatstermin bestätigt. Im Zusammenhang mit der von ihm im Fall des Klägers als grenzwertig eingestuften Indikation war die Testinfiltration allerdings gerade nicht entbehrlich. Das wird aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr. C im Senatstermin deutlich, in denen er die Sinnhaftigkeit einer solchen Testung betont hat. Angesichts der relativen Neuartigkeit der Operation hätte es den Anforderungen eines vorsichtigen Arztes entsprochen, beim Kläger eine solche Testung vorzunehmen. Da der Eingriff vom 05.01.2007 aufgrund der unzureichenden Aufklärung bereits rechtswidrig ist, entfaltet dieser - einfache - Behandlungsfehler keine zusätzliche haftungsrechtliche Relevanz.
3. Nicht behandlungsfehlerhaft war es hingegen, angesichts fehlender Angaben des Klägers zu einer etwaigen Materialunverträglichkeit einen Allergietest vor dem Eingriff vom 05.01.2007 zu unterlassen. Der Sachverständige Dr. C hat im Senatstermin erneut bekräftigt, dass ein solcher vorsorglicher Allergietest nicht zum Standard gehört.
III.
Ist nach vorstehenden Ausführungen davon auszugehen, dass der Eingriff vom 05.01.2007 rechtswidrig war, hält der Senat unter Berücksichtigung aller haftungsrelevanten Umstände ein Schmerzensgeld von 20.000,00 EUR für angemessen, aber auch ausreichend. Bei der Bemessung ist der überflüssige Eingriff vom 05.01.2007 selbst nebst anschließenden Beeinträchtigungen während des Heilungsprozesses einzubeziehen. Zudem hat der Sachverständige klargestellt, dass die tiefen Rückenschmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule mit Ausstrahlungen in die Beine Folgen des Eingriffs sind. Durch den Eingriff hat sich letztlich das vorbestehende Beschwerdebild manifestiert. Durch konservative Maßnahmen, die bis zu dem Eingriff noch deutliche Chancen der Linderung boten, kann nun allenfalls noch in geringerem Umfang eine Minderung der Beschwerden erzielt werden. Folge des Eingriffs vom 05.01.2007 ist zudem, dass eine etwaige Folgeoperation erschwert worden ist. Der Sachverständige hat dazu erläutert, dass

eine etwaig erforderliche Fusion zwar noch möglich, aber durch die erschwerten Zugangsmöglichkeiten von vorne schwieriger und damit zwangsläufig auch risikoreicher ist. Verneint hat der Sachverständige hingegen einen Kausalzusammenhang zwischen dem Eingriff vom 05.01.2007 und den vom Kläger geklagten Schmerzen im Bereich des Armes und der Lenden- und Brustwirbelsäule.
IV.
Die Begründetheit des auf gegenwärtige und zukünftige materielle sowie nicht vorhersehbare künftige immaterielle Schäden gerichteten Feststellungsantrages ergibt sich aus vorstehenden Ausführungen.
V.
Der Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten folgt aus §§ 280, 286 BGB. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs.1, 291 BGB. Mit Schreiben vom 03.11.2010 hat der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 24.11.2010 zur Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 20.000,00 EUR aufgefordert.
V.
Die weitergehende Klage, mit der der Kläger als Schadensersatz gemäß § 286 BGB die Erstattung der Kosten für die Einholung der Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung begehrt, ist unbegründet. Stellt man auf das Innenverhältnis zwischen dem geschädigten Mandanten und seinem Rechtsanwalt ab, ist in vorliegendem Fall von "derselben Angelegenheit" i.S.d. § 15 Abs. 2 S. 1 RVG auszugehen. Vorliegend hat sich die Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten des Klägers darin erschöpft, der Anfrage auf Deckungszusage das vorprozessuale Anspruchsschreiben sowie den Klageentwurf beizufügen (s. dazu auch BGH, Senatsurteile vom 26.05.2009 - VI ZR 174/08, VersR 2009, 1269 Rn. 23 ff.; vom 21.06.2011 - VI ZR 73/10, NJW 2011, 3167 Rn. 9 ff.).
C.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
D.
Die Revision war 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 Abs. 2 ZPO.

61. OLG Frankfurt, Urteil vom 29.09.2014 – 1 U 55/13 – * Amtshaftung wegen Versäumnissen eines Zivilgerichts: Verjährungshemmung durch Antrag auf Prozesskostenhilfe und Amtspflicht zur Bekanntgabe

Leitsatz

1. Ein Antrag auf Prozesskostenhilfe hemmt die Verjährung nur, wenn das Gericht ihn dem Gegner bekannt gibt.
2. Hierzu ist das Gericht nur verpflichtet, wenn der Antragsteller mit dem Antrag auf den drohenden Eintritt der Verjährung hinweist und um die zügige Veranlassung der Bekanntgabe unabhängig von den Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung bittet. Dies gilt auch für einen nicht anwaltlich vertretenen Antragsteller.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 19.12.2012 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.
Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen.
Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Das vorliegende Urteil ist ebenfalls vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des jeweiligen Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der 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 Schadensersatz wegen von ihm geltend gemachter Amtspflichtverletzungen durch Zivilgerichte, zum einen wegen Versagung von Prozesskostenhilfe durch den 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main für ein Berufungsverfahren im Jahre 2006, mit welchem er eine Hebamme auf Schadensersatz in Anspruch nehmen wollte, zum anderen wegen der Nichtbekanntgabe eines auf diese Schadensersatzforderung bezogenen Prozesskostenhilfegesuchs an das beklagte Land, sofern eine solche Schadensersatzforderung deswegen verjährt sein sollte.
Bei der Geburt des Klägers im Jahre 1977 kam es zu erheblichen Komplikationen; es bestand aufgrund einer Asphyxie (Atemlähmung) der Zustand einer infantilen Cerebralparese (Gehirnlähmung), die beim Kläger eine erhebliche Störung der Fein- und Grobmotorik und der Sprache zur Folge hat.
In einem ersten Rechtsstreit nahm der Kläger den Gynäkologen, welcher an der der Geburt beteiligt war, und die Hebamme, die zeitlich nach einer anderen tätig war, auf Schadensersatz in Anspruch. Beide

wurden durch Urteil des Landgerichts Hanau vom 10.03.1993 - 4 O 416/87 (Anl. K 1 zur Klageschrift) als Gesamtschuldner zu erheblichen Zahlungen von Schmerzensgeld und Schadensersatz an ihn wegen vermehrter Bedürfnisse einschließlich einer monatlichen Mehrbedarfsrente verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung des Gynäkologen wurde zurückgewiesen; auf die Berufung der Hebamme wurde die gegen sie gerichtete Klage abgewiesen mit der Begründung, nach dem damals eingeholten medizinischen Sachverständigengutachten stehe die Ursächlichkeit der von ihr begangenen Fehler angesichts der vom Gynäkologen zu vertretenden weiteren geburtshilflichen Behandlungsfehler nicht mit hinreichender Sicherheit fest (Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29.03.1994 - 8 U 82/93, Anl. K 2). Die hiergegen vom Gynäkologen als Streithelfer für den damaligen Kläger eingelegte Revision nahm der Bundesgerichtshof nicht zur Entscheidung an (Beschl. v. 07.03.1995 - VI ZR 162/94, Anl. K 3). Aufgrund eines Abfindungsvergleichs vom02.1996 zahlten der Gynäkologe und seine Haftpflichtversicherung unter Abgeltung aller Schadensersatzansprüche bekannter oder nicht bekannter Art auch für die Zukunft einen Betrag von 800.000 DM nebst Zinsen, insgesamt 957.000 DM. Von diesem Geld ist nichts mehr vorhanden.
In einem zweiten Rechtsstreit nahm der Kläger nunmehr die Hebamme X auf Schadensersatz in Anspruch. Diese hatte seine Mutter ab deren Eintreffen im Krankenhaus zunächst für einige Stunden betreut, bevor dies die in dem erstgenannten Rechtsstreit verklagte Hebamme übernommen hatte. Er verlangte Feststellung der Schadensersatzpflicht und Zahlung einer monatlichen Mehrbedarfsrente, die aufgrund gestiegenen Mehrbedarfs deutlich höher anzusetzen sei als die ursprünglich ausgeurteilte Rente. Diese Klage wies das Landgericht Hanau mit Urteil vom 27.04.2006 (Anl. K 5) ab. Mit Beschluss vom 25.09.2006 - 8 U 137/06 - (Anl. K 13) versagte der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main die beantragte Prozesskostenhilfe für eine Berufung gegen dieses Urteil. Die hiergegen gerichtete Gehörsrüge wies dieser Senat mit Beschluss vom 15.11.2006 (Anl. K 19) zurück, mit Beschluss vom selben Tag verwarf dieser Senat die Berufung in dem dortigen Rechtsstreit (Anl. nach K 19). Beide Beschlüsse wurden dem Kläger am 28.11.2006 zugestellt.
Mit einem am 29.12.2009 beim Landgericht eingegangenen Prozesskostenhilfegesuch vom 24.12.2009 (Anl. K 21) machte der Kläger erstmals geltend, die Versagung der Prozesskostenhilfe durch den 8. Zivilsenat stelle eine schuldhafte Amtspflichtverletzung dar, das beklagte Land habe deshalb den Schadensersatz zu leisten, welcher ihm durch die Nichtgewährung von Prozesskostenhilfe für die Berufung im Rechtsstreit gegen die Hebamme X entgangen sei. Der Senat habe in einer im Prozesskostenhilfeverfahren rechtlich unzulässigen Weise eine antizipierte Beweiswürdigung auf der Grundlage des im ersten Rechtsstreit eingeholten medizinischen Sachverständigengutachtens dahingehend vorgenommen, dass der Kläger nicht beweisen könne, dass der beklagten Hebamme ein für seinen Geburtsschaden kausaler Behandlungsfehler unterlaufen sei; dabei habe das Gericht sein gegenüber dem ersten Rechtsstreit neues Vorbringen unzureichend berücksichtigt. Einen Antrag, die Bekanntgabe des Prozesskostenhilfegesuchs unabhängig von dessen Erfolgsaussichten an das beklagte Land zu veranlassen, stellte der Kläger als dortiger Antragsteller nicht.
Das Landgericht gab das Prozesskostenhilfegesuch dem beklagten Land nicht bekannt und wies den Antrag mit Beschluss vom 19.02.2010 zurück (Bl. 223 ff. der Beiakte 2-04 O 599/09). Auf die sofortige Beschwerde des dortigen Antragstellers und nach Erledigung eines Ablehnungsgesuchs gelangte die Akte am 09.07.2010 an den erkennenden Senat als Beschwerdegericht. Dieser wies mit Beschluss vom 26.01.2011 - 1 U 37/10 (Bl. 263 ff. der genannten Beiakte) die sofortige Beschwerde zurück, da er - nach dem Maßstab für richterliches Handeln außerhalb des sog. Richterspruchprivilegs (§ 839 Abs. 2 BGB) - keine besonders grobe, schuldhafte Amtspflichtverletzung durch den 8. Zivilsenat hatte feststellen können. Dieser Beschluss wurde dem damaligen Antragsteller am 03.02.2011 zugestellt (Bl. 281 der Beiakte).
Der Kläger stellte sodann mit am 11.04.2011 eingegangenem Schriftsatz ein weiteres Prozesskostenhilfegesuch für eine beabsichtigte Klage mit denselben Anträgen wie im Gesuch vom 29.12.2009 mit der Begründung, über das erste Prozesskostenhilfegesuch sei falsch entschieden worden; es sei zu Unrecht für richterliches Handeln außerhalb des Richterspruchprivilegs ein eingeschränkter Haftungsmaßstab angelegt worden. Das Landgericht wies diesen zweiten Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss vom 18.04.2011 zurück (im PKH-Heft der Beiakte 2-04 O 142/11). Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde wies der erkennende Senat mit Beschluss vom 16.05.2011 (1 W 28/11, Bl. 48 der genannten Beiakte) zurück, die hiergegen gerichtete Gehörsrüge verwarf er mit Beschluss vom 25.05.2014 (Bl. 54 der genannten Beiakte) als unzulässig.
Mit am 02.08.2011 per Fax eingegangenem Schriftsatz hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit erneut Amtshaftungsklage auf Ersatz aller durch die Nichtgewährung der Prozesskostenhilfe durch den 8. Zivilsenat entgangener Ersatzleistungen seitens der Hebamme X erhoben. Er hat auch hier geltend gemacht, die Versagung der Prozesskostenhilfe für die Berufung gegen die Hebamme X durch den 8. Zivilsenat stelle eine Amtspflichtverletzung dar, für welche das beklagte Land einzustehen habe. Er wiederholt sein Vorbringen, dieser Senat habe in einer im Prozesskostenhilfeverfahren rechtlich unzulässigen Weise eine antizipierte Beweiswürdigung auf der Grundlage des im ersten Rechtsstreit eingeholten medizinischen Sachverständigengutachtens dahingehend vorgenommen, dass der Kläger nicht beweisen könne, dass

der beklagten Hebamme ein für seinen Geburtsschaden kausaler Behandlungsfehler unterlaufen sei; dabei habe das Gericht sein gegenüber dem ersten Rechtsstreit neues Vorbringen unzureichend berücksichtigt. Er hat die Auffassung vertreten, die Ansprüche wegen des Fehlverhaltens des 8. Zivilsenats seien nicht verjährt. Der Kläger habe als juristischer Laie davon ausgehen dürfen, dass sein am 29.12.2009 eingegangenes Prozesskostenhilfegesuch die Verjährung der Ansprüche hemme. Das Landgericht sei verpflichtet gewesen, den bei seiner Antragstellung anwaltlich nicht vertretenen Kläger darauf hinzuweisen, dass die Zustellung von Prozesskostenhilfeanträgen nicht von Amts wegen erfolge. Im Übrigen sei für das Gericht ersichtlich gewesen, dass der Klage sein damaliges Gesuch in den letzten Tagen des Jahres 2009 gerade zur Hemmung der Verjährung eingereicht habe. Er hat weiter die Auffassung vertreten, dass selbst dann, wenn die Schadensersatzansprüche aus dem Fehlverhalten des 8. Zivilsenats aufgrund der mangelnden Bekanntgabe des am 29.12.2009 eingegangenen Prozesskostenhilfegesuchs verjährt sein sollten, sich hieraus ebenfalls Amtshaftungsansprüche gegen das beklagte Land ergäben; denn dieses hafte dann für die unterlassene Bekanntgabe durch das Landgericht.
Wegen weiterer Einzelheiten seines Vorbringens 1. Instanz wird auf seine Schriftsätze vom 02.08.2011 (Bl. 1a d. A.), 06.02.2012 (Bl. 58 d. A.), 09.05.2012 (Bl. 68 d. A.) und 04.12.2012 (Bl. 100 d. A.) nebst Anlagen verwiesen.
Auf die Anforderung des Landgerichts vom 15.08.2011 bezüglich des Vorschusses auf die Verfahrensgebühr (Vorblatt I) hat der Kläger diesen nicht gezahlt, sondern mit am 17.11.2011 eingegangenem Schriftsatz (Bl. 47 d. A.) einen Antrag auf Prozesskostenhilfe für die vorliegende Klage gestellt. Dieser Antrag ist dem beklagten Land daraufhin - zur Stellungnahme im Rahmen des Prozesskostenhilfeverfahrens - mit Verfügung des Kammervorsitzenden vom 22.11.2011 (Bl. 46 R d. A.) am 25.11.2011 (Bl. 49 d. A.) bekannt gegeben worden. Mit Beschluss vom 15.03.2012 (Bl. 61 d. A.) hat das Landgericht den Prozesskostenhilfeantrag abgelehnt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 24.05.2012 - 1 W 29/12 (Bl. 75 d. A.), dem Kläger zugestellt am 30.05.2012 (Bl. 81 d. A.), zurückgewiesen. Der Kläger hat dann am 17.08.2012 die Verfahrensgebühr eingezahlt. Daraufhin ist die Klage dem beklagten Land am 13.09.2012 zugestellt worden (Bl. 92 d. A.).
Das beklagte Land ist der Klage entgegengetreten. Es hat die Auffassung vertreten, eine einen Amtshaftungsanspruch begründende Pflichtverletzung der Richter des 8. Zivilsenats durch die Zurückweisung des Prozesskostenhilfeantrags und der nachfolgenden Gehörsrüge sei nicht gegeben. Es hat die Einrede der Verjährung bezüglich etwaiger Amtshaftungsansprüche wegen dieser Beschlüsse erhoben. Es hat die Auffassung vertreten, eine Verpflichtung des Landgerichts in dem Prozesskostenhilfeverfahren 2-04 O 599/09, den am 29.12.2009 eingegangenen Prozesskostenhilfeantrag dem beklagten Land bekannt zu machen, habe nicht bestanden, da eine solche Bekanntgabe nicht beantragt war. Abgesehen davon wäre selbst dann, wenn man die Unterlassung der Bekanntgabe des genannten Prozesskostenhilfeantrags als amtspflichtwidrig ansehen wollte, aufgrund des weiteren Laufs der Dinge Verjährung eingetreten. Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Schriftsatz vom 26.09.2012 (Bl. 93 ff. d. A.) verwiesen.
Mit dem angefochtenen Urteil vom 19.12.2012 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung gemäß Art. 34 GG / § 839 BGB zu, da es an einer schuldhaften Amtspflichtverletzung im Rahmen der Verweigerung von Prozesskostenhilfe durch die Richter des 8. Zivilsenats fehle. Deshalb komme es nicht auf die Frage an, ob sich das beklagte Land auf die Nichtbekanntgabe des Prozesskostenhilfeantrags im Verfahrens 2-04 O 599/09 und damit auf Verjährung des genannten Amtshaftungsanspruchs berufen könne, oder ob nunmehr infolge der Nichtbekanntgabe des Prozesskostenhilfeantrags Amtshaftungsansprüche begründet sein könnten.
Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der Einzelheiten wird auf seinen Schriftsatz vom 17.04.2013 (Bl. 157 ff. d. A.) Bezug genommen.
Der Kläger beantragt nach teilweiser Rücknahme der Berufung,
I. das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 19.12.2012 mit dem Aktenzeichen 2-04 O 308/11 abzuändern, (…)
IV. das beklagte Land zu verurteilen, an den Kläger ab dem 01.10.2011 einen vierteljährlich vorauszuzahlenden Betrag i.H. von 1.800,00 €, jeweils im Voraus zum 1.1., 1.4., 1.7., 1.10. eines jeden Jahres zu zahlen, abzüglich solcher Beträge, welche der Kläger gem. § 116 SGB X von Sozialversicherungsträgern oder sonstigen Dritten erhält,
V. festzustellen, dass das beklagte Land dem Kläger zum Ersatz aller materiellen Schäden verpflichtet ist, welche ihm anlässlich der fehlerhaften Geburtsbetreuung durch die Hebamme X noch entstehen werden, soweit solche Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Das beklagte Land beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Es verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 25.07.2013 (Bl. 173 d. A.) verwiesen.

Es sind beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden die Akten 2-04 O 599/09 Landgericht Frankfurt am Main = 1 W 37/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main und 2-04 O 142/11 Landgericht Frankfurt am Main = 1 W 28/11 Oberlandesgericht Frankfurt am Main.
II. Die Berufung des Klägers bleibt ohne Erfolg. Ihm steht gegen das beklagte Land kein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (Art. 34 GG / § 839 BGB) zu. Etwaige Ansprüche wegen der Nichtgewährung von Prozesskostenhilfe für eine Berufung im Rechtsstreit gegen die Hebamme X durch den 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main sind jedenfalls verjährt (dazu unten A.). Eine schuldhafte, zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung ergibt sich auch nicht daraus, dass der am 29.12.2009 eingegangene Prozesskostenhilfeantrag des Klägers betreffend die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der Entscheidung des 8. Zivilsenats nicht alsbald an das beklagte Land bekannt gegeben worden ist und aufgrund dessen die beschriebene Verjährung eingetreten ist (dazu unten B. 1.). Jedenfalls ist eine solche vermeintliche Amtspflichtverletzung für die zwischenzeitlich eingetretene Verjährung nicht ursächlich geworden; denn Verjährung wäre aufgrund des weiteren prozessualen Verhaltens des Klägers auch dann eingetreten, wenn der Prozesskostenhilfeantrag alsbald an das beklagte Land bekannt gegeben worden wäre und damit die Verjährung zunächst gehemmt hätte (dazu unten B. 2.).
A. Etwaige Amtshaftungsansprüche des Klägers wegen amtspflichtwidriger, das beklagte Land zu Schadensersatz verpflichtender Entscheidungen der Richter des 8. Zivilsenats sind verjährt.
1. Gemäß § 195 beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt. Dieser Verjährungsbeginn ist hier mit Ablauf des 31.12.2006 anzusetzen. Der Kläger erlangte Kenntnis von dem Beschluss vom 15.11.2006 über die Zurückweisung seiner Gehörsrüge, welche er gegen die Nichtgewährung von Prozesskostenhilfe für den Berufungsrechtszug in dem Berufungsverfahren 8 U 137/06 eingelegt hatte, und ebenso von der Verwerfung seiner Berufung mit Beschluss vom selben Tage mit Zustellung dieser Beschlüsse am 28.11.2006. Zu diesem Zeitpunkt ist der etwaige Schadensersatzanspruch auch entstanden. Die dreijährige Verjährungsfrist lief demnach bis 31.12.2009.
2. Zu diesem Zeitpunkt ist auch Verjährung eingetreten. Der am 29.12.2009 eingegangene Prozesskostenhilfeantrag des Klägers für die wegen der Versagung der Prozesskostenhilfe beabsichtigte Amtshaftungsklage vermochte den Lauf der Verjährungsfrist nicht zu hemmen. Das wäre gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB nur dann der Fall gewesen, wenn das Landgericht eine Bekanntgabe an den Antragsgegner veranlasst hätte; die bloße Antragstellung genügt nach dem klaren Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers für die Fassung dieser Vorschrift nicht, um die Verjährungshemmung in Gang zu setzen (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2008 - IX ZR 195/06, NJW 2008, 1939 [juris Rn. 7 ff. m. w. N.]). Wird die danach erforderliche Bekanntgabe „demnächst“ veranlasst, tritt gemäß § 214 Abs. 1 Nr. 14, 2. Halbs. BGB die Hemmung der Verjährung bereits mit dem Eingang des Antrags bei Gericht ein. „Demnächst“ ist eine Bekanntgabe dann erfolgt, wenn sie in einem nicht allzu erheblichen zeitlichen Abstand vom Fristablauf erfolgt. Dieser Zeitraum ist - bei Unschärfe in der genauen Grenze - auf einen Zeitraum von 14 Tagen bis zu einem Monat und 14 Tagen zu bestimmen (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 167 Rn. 10, 11). In diesem Zeitraum erfolgte hier keine Veranlassung der Bekanntgabe. Mithin konnte eine solche auch nicht auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags bei Gericht zurückwirken.
3. Die vom Kläger später eingereichten weiteren Prozesskostenhilfegesuche in derselben Angelegenheit vom 11.04.2011 - 2-04 O 142/11 - und vom 14.11.2011 betreffend den vorliegenden Rechtsstreit waren von vornherein nicht geeignet, die Verjährung von Amtshaftungsansprüchen wegen der Entscheidung des 8. Zivilsenats zu unterbrechen, da zum Zeitpunkt des Eingangs der Gesuche die Verjährungsfrist bereits abgelaufen war.
B. Einen Schadensersatzanspruch gegen das beklagte Land kann der Kläger auch nicht darauf stützen, dass eine Verjährung seines ursprünglich geltend gemachten Amtshaftungsanspruchs wegen der Nichtgewährung von Prozesskostenhilfe durch den 8. Zivilsenat dadurch eingetreten ist, dass sein am 29.12.2009 eingegangenes Prozesskostenhilfegesuch nicht alsbald dem beklagten Land bekanntgegeben wurde.
1. Das Landgericht hat seine Amtspflichten nicht dadurch verletzt, dass es den Prozesskostenhilfeantrag nicht alsbald dem beklagten Land zwecks Bekanntgabe zugeleitet hat.
a) Ein Gericht ist nicht verpflichtet, von Amts wegen ein Prozesskostenhilfegesuch vorab dem Gegner zur Stellungnahme bekannt zu geben. Nach weithin vertretener Auffassung, welcher der Senat folgt, kann das Gericht die Bekanntgabe an die Gegenseite unterlassen, wenn es meint, diesen Antrag nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers abweisen zu können; denn dann braucht dem Gegner zu dem Vorbringen des Antragstellers kein rechtliches Gehör gewährt zu werden (vgl. Zöller-Geimer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 118 Rn. 3; Musielak-Fischer, ZPO, 14. Aufl. 2014, § 118 Rn. 3; MünchKommZPO-Motzer, 4. Aufl. 2013, § 118 Rn. 7; BeckOK ZPO-Reichling, Ed. 13, Stand 15.06.2014, § 118 Rn. 6, 6.1; vgl. zu Nachweisen zur vereinzelt vertretenen Gegenmeinung BGH, Urt. v. 24.01.2008, a.a.O. Rn. 17). Will der Antragsteller sicher gehen, dass der Antrag zwecks Verjährungshemmung der Gegenseite demnächst

bekannt gegeben wird, kann er das Gericht darauf hinweisen, dass die Verjährung gehemmt werden solle, und deshalb darum bitten, unabhängig von den Erfolgsaussichten des Prozesskostenhilfegesuchs dessen Bekanntgabe zu veranlassen; dem hat dann das Gericht zu entsprechen (BGH, a.a.O.). Ein derartiges Verhalten ist einem Antragsteller auch zumutbar, denn bereits die Lektüre des Gesetzes mit der ausdrücklichen Festlegung der Rückwirkung einer demnächst erfolgenden Bekanntgabe auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags im 2. Halbsatz der Vorschrift gibt zu einem solchen Verhalten Anlass (BGH, a.a.O.). Diese Anforderung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 19.07.2010 - 1 BvR 1873/09, NJW 2010, 3083 [juris Rn. 16]).
An einem solchen Hinweis des Klägers fehlte es hier.
b) Das Landgericht war auch nicht verpflichtet, besonders darauf hinzuweisen, dass die Einreichung des Prozesskostenhilfegesuchs allein noch nicht zur Hemmung der Verjährung geeignet war. Zwar war der Kläger damals anwaltlich nicht vertreten. Bereits bei unbefangener Lektüre der Vorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB wurde aber deutlich, dass die Einreichung des Antrags nicht ausreichte, sondern eine Veranlassung der Bekanntgabe an den Gegner erforderlich war. Es wäre demnach Sache des Klägers als des Antragstellers gewesen, nachzufragen, ob eine Bekanntgabe an das beklagte Land demnächst erfolgt war. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Bundesgerichtshof in dem zitierten Urteil v. 24.01.2008 darauf abgestellt hat, dass der dortige Antragsteller selbst Anwalt sei und deshalb die Gesetzeslage habe kennen müssen. Denn dies erscheint angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift nur als zusätzlicher, nicht tragender Hinweis darauf, dass der dortige Antragsteller eine entsprechende Bitte um Bekanntgabe hätte äußern oder aber jedenfalls bei Gericht vorsorglich hätte nachfragen müssen, ob eine Bekanntgabe erfolgt war. Eine solche Nachfrage wäre entgegen seiner Auffassung auch dem hiesigen Kläger möglich gewesen, denn es hätte gereicht, wenn diese innerhalb des Zeitraums von vier bis sechs Wochen erfolgt wäre, in dem eine Bekanntgabe noch als „demnächst“ veranlasst anzusehen gewesen wäre.
c) Zu einer anderen Betrachtung zwingt auch nicht der Umstand, dass das Prozesskostenhilfegesuch am 29.12.2009 eingereicht wurde. Zwar mag das Datum der Einreichung nahelegen, dass durch Bekanntgabe des Schriftsatzes die Hemmung einer Verjährung herbeigeführt werden sollte. Die dargestellte Obliegenheit des Antragstellers, auf eine drohende Verjährung ausdrücklich hinzuweisen und eine zeitnahe Veranlassung der Bekanntgabe des Gesuchs zu erbitten, bestand aber schon unter Berücksichtigung der weitreichenden Folgen der beabsichtigten Klageerhebung für ihn (vgl. zu einer solchen Wertung BVerfG, a.a.O. Rn. 17). Er durfte sich nicht darauf verlassen, dass ohne einen Hinweis auf den drohenden Ablauf der Verjährungsfrist das Gericht gerade diesen Punkt von sich aus innerhalb einer als „demnächst“ anzusehenden Zeitspanne prüfen würde, zumal etwaige weitere, vorangehende Hemmungstatbestände dem Gericht naturgemäß nicht bekannt sein konnten.
d) Keinen für den Eintritt der Verjährung ursächlichen Pflichtenverstoß stellt es dar, dass das Prozesskostenhilfegesuch auch dann nicht an das beklagte Land bekannt gegeben wurde, als der Kläger sich mit Schreiben vom 13.04.2010 beim Präsidenten des Landgerichts Frankfurt am Main darüber beschwert hatte, dass ihm weder der Eingang seines Antrags bestätigt noch der Antrag der Gegenseite zugestellt worden sei. Denn zu diesem Datum war der Zeitraum, in dem eine „demnächst“ erfolgende Bekanntgabe des Antrags die Verjährung bereits ab der Einreichung des Gesuchs hätte hemmen können, schon abgelaufen. Die Rechtsfolge einer Hemmung der Verjährung bezogen auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs konnte nicht mehr herbeigeführt werden, die Schadensersatzansprüche waren zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt.
2. Selbst wenn man entgegen den vorangehenden tragenden rechtlichen Erwägungen annehmen wollte, es sei als schuldhafte Amtspflichtverletzung anzusehen, dass der am 29.12.2009 eingegangene Prozesskostenhilfeantrag nicht alsbald dem beklagten Land bekannt gegeben wurde, könnte auch dies einen Schadensersatzanspruch des Klägers nicht begründen. Denn eine solche Pflichtverletzung wäre nicht ursächlich für einen Verjährungseintritt. Es ist nämlich zwischenzeitlich aus anderen Gründen Verjährung eingetreten.
a) Wäre der Prozesskostenhilfeantrag alsbald bekannt gegeben worden, hätte diese Bekanntgabe den Lauf der Verjährungsfrist gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB), und zwar gemäß § 167 ZPO rückwirkend auf den Tag des Eingangs des Prozesskostenhilfegesuchs. Diese Hemmung hätte gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate nach dem formell rechtskräftigen Abschluss des Prozesskostenhilfeverfahrens geendet, wobei für die Berechnung der Sechs-Monats-Frist auf den Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung abzustellen ist (MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl. 2012, § 204 Rn. 106 m. w. N.). Da das Oberlandesgericht als Beschwerdegericht in seinem Beschluss vom 26.01.2011 - 1 W 37/10 - die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat und dies mit einem ordentlichen Rechtsbehelf nicht angreifbar ist, hätte die Sechs-Monats-Frist mit Zustellung des Beschlusses am 03.02.2011 (Bl. 281 der Beiakte 2-04 O 599/09) begonnen. Die Hemmung hätte dann am 03.08.2011 geendet. Die Verjährungsfrist wäre demnach aufgrund der Hemmung bis zum 06.08.2011 gelaufen. Denn gemäß § 209 BGB wird der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Da der Tag, in dessen Verlauf der Hemmungsgrund entsteht oder wegfällt, zur Hemmungszeit gehört (BGH NJW 1998,

1058), betrug der noch nicht abgelaufene Teil der Verjährungsfrist drei Tage; die Zeit zwischen dem Eingang des Prozesskostenhilfegesuchs bei Gericht am 29.12.2009 bis zum 31.12.2009.
b) Zum 06.08.2011 wäre aber auch dann Verjährung eingetreten, wenn - wie hier im Rahmen der Hilfsbegründung unterstellt - das Prozesskostenhilfegesuch vom 29.12.2009 alsbald bekannt gegeben worden wäre und daher den Lauf der Verjährungsfrist hätte hemmen können.
(1) Zum einen hätte der Eingang der vorliegenden Klage den Lauf der Verjährungsfrist nicht erneut gehemmt. Zwar erfolgte der Eingang der Klage beim Landgericht per Fax bereits am 02.08.2011. Dieser Eingang hatte aber keine gemäß § 167 ZPO verjährungshemmende Wirkung. Denn die Klage ist dem beklagten Land erst am 13.09.2012 und damit nicht mehr „demnächst“ in dem oben erörterten Sinn zugestellt worden, da der Kläger erst am 17.08.2012 den Kostenvorschuss eingezahlt hat (Vorblatt III d. A.).
(2) Zum anderen wären auch die weiteren Prozesskostenhilfeanträge des Klägers in derselben Angelegenheit vom 11.04.2011 - 2-04 O 142/11 - und vom 14.11.2011 betreffend den vorliegenden Rechtsstreit von vornherein nicht geeignet gewesen, die Verjährung erneut zu hemmen. Denn gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB entfaltet nur der erstmalige Prozesskostenhilfeantrag in - was hier der Fall ist - derselben Sache eine Hemmungswirkung; der Gesetzgeber hat die Hemmungswirkung bewusst auf den erstmaligen Prozesskostenhilfeantrag beschränkt. Eine Wiederholung würde selbst dann keine Hemmungswirkung entfalten, wenn der erste Antrag zu Unrecht zurückgewiesen worden sein sollte (vgl. Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 204 Rn. 31). Zwar löst ein Antrag, welcher der Gegenseite nicht bekannt gegeben worden ist, sondern ohne deren Anhörung abgelehnt wurde, keine Hemmung der Verjährung aus; in einem solchen Fall wäre ein weiterer, nunmehr dem Gegner bekannt gegebener Antrag als „erstmaliger“ Antrag i. S. d. § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB zu behandeln (vgl. BGH, Urt. v. 02.12.2008 - XI ZR 525/07, NJW 2009, 1137 [juris Rn. 22]). Dieser Gesichtspunkt ist aber für den hier hilfsweise erörterten fiktiven Kausalverlauf ohne Bedeutung; denn es wird - wie ausgeführt - gerade unterstellt, dass der erste Prozesskostenhilfeantrag dem beklagten Land bekannt gegeben worden ist.
C. Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen, da sein Rechtsmittel keinen Erfolg hat (§ 97 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
D. Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

62. OLG Köln, Beschluss vom 22.09.2014 – 5 U 36/14 – * Gesamtschuldner: Verursachungs- und Verschuldensbeitrag zweier Hebammen im Zusammenhang mit einer Hausgeburt

Orientierungssatz

Hat eine Hebamme eine andere Hebamme im Rahmen einer Urlaubsvertretung bei einer Hausgeburt vertreten und sind beiden grobe Behandlungsfehler zur Last zu legen, die für die nachgeburtliche Hyperbilirubinanämie und anschließende Enzephalopathie des Geschädigten ursächlich sind, kann der Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der die Hausgeburt betreuenden Hebamme den der anderen Hebamme vollständig überwiegen.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 5.02.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 542/09 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe

I.
Die Klägerin, die die Berufshaftpflichtversichererin der Hebamme G ist, nimmt die beklagte Hebamme aus übergangenem Recht auf Zahlung von 476.666,67 EUR und auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten von 7.154,28 EUR in Anspruch. Wegen des Vorbringens der Parteien in erster Instanz, der gestellten Anträge und der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme wird auf den nicht ergänzungsbedürftigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass zwar beiden Hebammen grobe Behandlungsfehler zur Last fielen, die für die nachgeburtliche Hyperbilirubinämie und anschließende Enzephalopathie des Geschädigten X ursächlich seien. Der Verursachungsbeitrag der Hebamme G, die die Hausgeburt als Urlaubsvertreterin der Beklagten betreut und im entscheidenden Moment gehandelt habe, überwiege aber denjenigen der Beklagten vollständig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Bei der Abwägung der Verursachungsbeiträge habe sich das Landgericht der Einschätzung des medizinischen Sachverständigen angeschlossen, obwohl die Frage rechtlich zu entscheiden sei. Bei zutreffender rechtlicher Würdigung habe es aufgrund des von ihm festgestellten Planungsverschuldens der Beklagten von deren teilweiser Haftung ausgehen müssen. Der fehlerhafte Weg über eine Hausgeburt sei gerade von der Beklagten und nicht von der Hebamme G vorgegeben worden. Die Beklagte habe gemeinsam mit der die Schwangerschaft betreuenden Gynäkologin eine Gefahrenlage geschaffen, die sich letztendlich verwirklicht habe.
II.
Die Berufung der Klägerin 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 11.8.2014 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 vom 9.9.2014, in der im Wesentlichen die bereits in der Berufungsbegründung vorgetragenen Gesichtspunkte wiederholt werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.
Die Klägerin übersieht in ihrer Stellungnahme, dass der Senat im Innenverhältnis zwischen der Hebamme G und der Beklagten nicht wegen der zeitlichen Reihenfolge des jeweiligen Handelns von einem vollständig überwiegenden Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der Hebamme G ausgeht. Die anzulastenden Fehler hatten vielmehr, gemessen an der Zielrichtung des medizinisch geforderten Verhaltens, eine unterschiedliche Qualität und damit bei wertender Betrachtung ein grundlegend anderes Gewicht. Wie der Senat im Beschluss vom 11.8.2004 dargelegt hat, haben beide Hebammen - die Beklagte im Vorfeld, die Hebamme G unmittelbar vor und nach der Hausgeburt - eine in Bezug auf die Therapie einer möglichen postpartalen Hyperbilirubinämie vorbeugende Empfehlung oder Maßnahme unterlassen, nämlich ein Abraten von einer Hausgeburt und den Rat zu einer Krankenhausgeburt oder zu einem Wechsel in eine Klinik. Nach der auffallend frühen und für einen pathologischen Zustand richtungsweisenden Gelbverfärbung des Kindes am 31.12.2002 hat die Hebamme G jedoch darüber hinaus, obwohl sich die drohende Gefahr nunmehr verwirklichte, die Einleitung therapeutischer Maßnahmen in einer Kinderklinik als solches unterlassen, was wesentlich schwerer wiegt und für die der Klägerin ungünstige Abwägung gemäß §§ 426, 254 BGB ausschlaggebend ist. Jedenfalls zu diesem Zeitpunkt wäre es wegen der sichtbaren Symptomatik auch nicht mehr schwierig gewesen, der Kindesmutter C. W. eine Veränderung des geplanten Verlaufs zu empfehlen. Gerade für den Fall eines frühen Gelbwerdens hatte die Beklagte demgegenüber, wie sie in ihrer Kartekarte dokumentiert hat, eine Verlegung in eine Klinik vorgesehen, das heißt die medizinisch geforderte Maßnahme.
Wie der Senat im Beschluss vom 11.8.2004 ebenfalls bereits näher dargelegt hat, kann es im Rahmen einer Abwägung der Verursachungsbeiträge auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass die Beklagte den Weg einer Hausgeburt vorgezeichnet und so eine Gefahrenlage geschaffen haben mag. Nach den Ausführungen von Prof. Dr. Dr. U. war die Situation für eine standardgerecht handelnde Hebamme ohne weiteres beherrschbar.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Berufungsstreitwert: 476.666,67 EUR

63. OLG Köln, Beschluss vom 22.09.2014 – 5 U 150/13 – * Arzthaftungsprozess: Glaubhaftmachung bei einem Antrag auf Verlängerung der Stellungnahmefrist

Orientierungssatz

Der Fristverlängerung beantragende Kläger muss ggf. glaubhaft machen, dass es ihm innerhalb der Stellungnahmefrist von elf Wochen ohne Verschulden nicht möglich war, ein Privatgutachten erstellen zu lassen und vorzulegen.

Tenor

Der am 18.9.2014 eingegangene Fristverlängerungsantrag des Klägers wird zurückgewiesen.

Gründe

Der Antrag auf Fristverlängerung bis zum 23.12.2014 war zurückzuweisen, da keine erheblichen Gründe für eine weitere Verlängerung der Frist glaubhaft gemacht worden sind, § 224 Abs. 2 ZPO.
Zu dem am 8.7.2014 zugestellten Hinweisbeschluss des Senats gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ist dem Kläger eine Stellungnahmefrist von ursprünglich drei Wochen eingeräumt worden, die durch Verfügung vom 29.7.2014 bis zum 26.8.2014 und durch Verfügung vom 19.8.2014 nochmals bis zum 23.9.2014 verlängert worden ist. Die bewilligte Frist betrug mithin insgesamt elf Wochen.
Der Kläger begründet sein Fristverlängerungsgesuch im Wesentlichen damit, dass er die Einholung eines Privatgutachtens beabsichtige und hierfür weitere Zeit benötige.

Ob die Frist zur Stellungnahme auf einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 ZPO im Arzthaftungsprozess für den Patienten so bemessen werden muss, dass dieser nicht nur Gelegenheit hat, sich fachkundig beraten zu lassen, sondern auch ein Privatgutachten einzuholen, kann vorliegend dahinstehen. Der Senat neigt allerdings zu der Auffassung, dass dies unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes regelmäßig nicht der Fall ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Hinweis gemäß § 522 Abs. ZPO im Rahmen der Begründung des erstinstanzlichen Urteils hält. Bei dieser Fallgestaltung kann eine Partei ihren Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich dadurch wahren, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt ein Privatgutachten in Auftrag gibt.
Der Kläger hat jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, dass es ihm innerhalb der Stellungnahmefrist von elf Wochen ohne Verschulden nicht möglich war, ein Privatgutachten erstellen zu lassen und vorzulegen. Insbesondere hätte sich der Kläger frühzeitig an einen nicht ortsansässigen unfallchirurgischen oder orthopädischen Sachverständigen wenden können und müssen. Aus der eidesstattlichen Versicherung des Klägers vom 18.9.2014 und dem Fristverlängerungsgesuch ergibt sich schon nicht, dass der Kläger unverzüglich nach Zustellung des Hinweises am 8.7.2014 einen Privatgutachter gesucht hat. Das Anschreiben an Prof. Dr. L stammt erst vom 7.8.2014, dasjenige an Prof. Dr. T vom 9.9.2014. Zudem lag es auf der Hand, dass Prof. Dr. L und die sonst angefragten, namentlich nicht benannten Gutachter aus dem Raum C bei einem Verfahren, welches sich gegen das Universitätsklinikum C richtet, befangen sein könnten und die Annahme des Gutachtenauftrags daher ablehnen würden.

64. OLG Hamm, Urteil vom 12.09.2014 – I-26 U 56/13, 26 U 56/13 – * Zahnarzthaftung: Schmerzensgeld für die Eingliederung von Zahnersatz mit abstehenden Kronenrändern

Leitsatz

Abstehende Kronenränder (eine Stufe zwischen den natürlichen Zähnen und der künstlichen Krone) entsprechen nicht dem zahnärztlichen Standard. Ein Zahnarzt handelt grob behandlungsfehlerhaft, wenn er einen Patienten ohne ausdrücklichen Hinweis darauf entlässt, dass eine von ihm eingegliederte Brücke nachbesserungsbedürftig ist.

Orientierungssatz

Wegen der Eingliederung von Zahnersatz mit abstehenden Kronenrändern ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.000 € angemessen. Bei der Bemessung ist maßgeblich darauf abzustellen, dass der Patient unangenehme Beeinträchtigungen beim Essen gehabt hat, weil er nicht schmerzfrei hat kräftig zubeißen können. Hinzu kommen die durch die Entzündung hervorgerufenen Schmerzen, Rötungen, Reizungen und Schwellungen, die behandelt werden mussten. Schließlich sind die Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit der Anfertigung der prothetischen Versorgung zu berücksichtigen.

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 12.02.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.
Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2010 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
Die Kosten der ersten Instanz tragen der Kläger zu 5/6 und der Beklagte zu 1/6. Die Kosten der zweiten Instanz tragen der Kläger zu 2/3 und der Beklagte zu 1/3.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Parteien streiten um Schmerzensgeldansprüche aus einer fehlerhaften zahnärztlichen Behandlung.
Der Kläger ließ sich vom Beklagten im12.2007 im Oberkiefer mit einer Brücke versorgen. Die Eingliederung des Zahnersatzes erfolgte am 18.12.2007. Am 16.1.2008 wurde noch eine Schiene eingesetzt. Danach suchte der Kläger die Praxis des Beklagten erst wieder am 16.12.2008 auf und wies auf Beschwerden wegen der Brückenkonstruktion hin. Am 28.5.2009 erschien der Kläger erneut in der Praxis und erklärte, dass er sich nicht mehr von dem Beklagten behandeln lassen wolle. Dieser fertigte am 4.6.2009 noch eine Röntgenaufnahme der Zähne und einen Abdruck des Oberkiefers an und stimmte im Übrigen schriftlich einer Beendigung der Behandlung zu. Der Kläger ließ sodann einen neuen Zahnersatz durch einen anderen Zahnarzt anfertigen. Im Auftrag der Krankenkasse erstellte der Zahnarzt Dr. T ein Gutachten an, in dem es heißt, dass die Kronen 12, 14 und 16 zum Teil stark stehende Kronenränder aufweisen. Der Zahnersatz sei dringend zu erneuern.
Der Kläger hat ein Schmerzensgeld i.H.v. 6000 EUR mit der Begründung geltend gemacht, die zahnprothetische Versorgung sei wegen fehlerhaft gestalteter Kronenränder mangelhaft. Es sei nicht zumutbar gewesen, dem Beklagten eine weitere Nachbesserung des Zahnersatzes zu ermöglichen.

Das Landgericht hat sachverständig beraten den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an den Kläger 3.000 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers ein Schmerzensgeld in der ausgeurteilten Höhe zu. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass die Kronenränder der prothetischen Versorgung grob behandlungsfehlerhaft gestaltet worden seien. Der Sachverständige habe überzeugend ausgeführt, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, dass die vom Kläger geäußerten Beschwerden auf den fehlerhaft gestalteten Zahnersatz zurückzuführen seien. Nach Auffassung der Kammer sei ein Schmerzensgeld i.H.v. 3000 EUR angemessen.
Hiergegen richtet sich die zulässige Berufung des Beklagten, der sein erstinstanzliches Begehren auf Klageabweisung weiterverfolgt. Zur Begründung trägt er vor, das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, er hätte die auf dem Röntgenbild sichtbare Stufenbildung vor Eingliederung des Zahnersatzes erkennen können. Da der Sachverständige die nicht mehr vorhandene Brücke nicht klinisch habe beurteilen können, sei er aber lediglich davon ausgegangen, dass der Beklagte die Stufe in jedem Fall hätte erkennen können. Die Schlussfolgerung, es habe sich dabei um einen groben Behandlungsfehler gehandelt, sei nicht gerechtfertigt. Der Schaden sei fehlerhaft vom Gericht bemessen worden. Feststellungen dazu, wo Entzündungen vorhanden gewesen seien, habe der Sachverständige nicht getroffen. Selbst wenn Entzündungen vorgelegen haben sollten, stehe nicht fest, dass diese auf die abstehenden Kronenränder zurückzuführen gewesen seien. Hätte der Kläger tatsächlich deswegen Schmerzen gehabt, hätte er den Beklagten sicherlich früher aufgesucht.
Der Beklagte beantragt abändernd,
die Klage abzuweisen.
Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die landgerichtliche Entscheidung.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat die Parteien persönlich gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige hat sein Gutachten erneut mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 12.09.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.
Der Kläger hat gem. §§ 611, 280, 823, 253 Abs. 2 BGB gegen den Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen einer fehlerhaften zahnärztlichen Behandlung in Höhe von 1.000 EUR.
Der Beklagte hat den Kläger bei der Anfertigung der zahnprothetischen Versorgung fehlerhaft behandelt. Der Senat folgt der Beurteilung durch den Sachverständigen, der nachvollziehbar dargelegt hat, dass die Brückenkonstruktion mangelhaft gewesen sei, ohne dass der Beklagten den Kläger darauf hingewiesen und zur Nachbehandlung in seine Praxis wieder einbestellt hat.
Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten festgestellt, dass die von dem Beklagten gefertigte Brücke nicht den normalen Qualitätsanforderungen entsprach und zu erneuern gewesen ist. Zu bemängeln sei nach den gutachterlichen Ausführungen, dass die Kronenränder aufgrund von Ungenauigkeiten bei der Herstellung zu weit abstehen. Abstehende Kronenränder seien auf den vorhandenen Röntgenbildern an den Zähnen 16, 15, 14, 13 und 12 zu sehen. Die Stufe zwischen den natürlichen Zähnen und der künstlichen Krone sei für den Behandler vor der Eingliederung der prothetischen Versorgung erkennbar gewesen. Die gleichwohl vorgenommene Eingliederung entspreche nicht dem zahnärztlichen Standard. Demgegenüber könne dem Beklagten aber nicht angelastet werden, dass sich an dem Zahn 12 auch noch Reste von Klebstoff befunden haben, da nicht auszuschließen sei, dass diese von einer nachträglichen Behandlung stammen.
Die gegen diese Feststellungen vorgebrachten Einwendungen des Beklagten sind unbegründet. Es kommt nicht darauf an, dass der Sachverständige bei der Begutachtung nicht die Originalbrücke klinisch beurteilen konnte, sondern allein auf die vorliegenden Röntgenbilder angewiesen war. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen des Sachverständigen, die dieser im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin gemacht hat. Der Sachverständige hat dazu erklärt, dass eine Beurteilung allein anhand der Röntgenbilder sicher möglich sei, weil die abstehenden Kronenränder darauf zweifelsfrei erkennbar gewesen seien. Eine zwischenzeitliche Veränderung der Kronenränder bis zur Anfertigung der Röntgenbilder sei, so der Sachverständige, technisch nicht möglich. Im Übrigen spricht für die Richtigkeit dieser Beurteilung, dass der von der Krankenkasse beauftragte Gutachter Dr. T aufgrund der seinerzeit noch möglichen klinischen Untersuchung den gleichen Befund erhoben hatte.
Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass ihm keine ausreichende Möglichkeit für die Nachbesserung des Zahnersatzes gegeben worden sei, weil der Kläger sich erst wieder Ende des Jahres 2008 in seiner Praxis vorgestellt habe. Zwar kam nach der Einschätzung des Sachverständigen die Nachbesserung der Brückenkonstruktion durchaus in Betracht, so dass der Beklagte den fehlerhaften Kronenrand hätte noch korrigieren oder ggf. auch eine Neuherstellung durchführen können. Der Senat ist jedoch der

Auffassung, dass der Beklagte den Kläger ausdrücklich darauf hätte hinweisen müssen, dass die Arbeiten zur prothetischen Versorgung noch nicht abgeschlossen waren. Wie der Sachverständige nachvollziehbar erklärt hat, waren die abstehenden Kronenränder für den Beklagten bei der Vornahme der Eingliederung erkennbar. Dann hätte er den Kläger alsbald wieder einbestellen müssen, um diesen Mangel zu beseitigen. Darauf, dass der Kläger ihn selbständig wieder aufsuchen würde, konnte und durfte sich der Beklagte nicht verlassen. Die Vorgehensweise des Beklagten im Streitfall hält der Senat deshalb für grob fehlerhaft. Dies entspricht auch der Einschätzung des Sachverständigen, der eine Entlassung eines Patienten ohne den ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit der Nachbesserung des Zahnersatzes für medizinisch nicht in Ordnung gehalten hat.
Die fehlerhafte Behandlung hat zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung bei dem Kläger geführt. Der Kläger hat angegeben, er habe Schmerzen und Beeinträchtigungen beim Essen und Trinken gehabt. Diese Beschwerden sind nach den Ausführungen des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten als glaubhaft anzusehen. Wie der Sachverständige ausgeführt hat, sei mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vermuten und zahnmedizinisch plausibel, dass die Brücke die geäußerten Beschwerden verursacht habe. Im Rahmen der mündlichen Erläuterung hat der Sachverständige im Senatstermin darauf hingewiesen, dass der abstehende Kronenrand dazu führe, dass das Zahnfleisch gegen die Kante des Zahnersatzes stoße, was Reizungen, Blutungen, Rötungen und Schwellungen hervorrufe. Daraus ergibt sich nach den Feststellungen im Sachverständigengutachten zwangsläufig die Unfähigkeit schmerzfrei und kräftig zuzubeißen.
Es ist auch davon auszugehen, dass durch den Behandlungsfehler kurzfristig Entzündungen im Mundraum aufgetreten sind. Der Sachverständige hat dazu bereits im Kammertermin beim Landgericht ausgeführt, dass die Beschwerden des Klägers darauf zurückzuführen seien, dass es wegen der Stufenbildung zu einer Reizung und sich daran anschließenden Entzündung gekommen ist. Zwar könne die Entzündung auch auf mangelnder Mundhygiene oder einer Parodontitis beruhen. Die Parodontitis werde aber durch die fehlerhaft ausgebildeten Kronenränder begünstigt. Bei dieser Einschätzung ist der Sachverständige auch im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens geblieben. Soweit der Sachverständige zugleich darauf hingewiesen hat, dass eine lokale Entzündung wohl nicht durch die fehlerhafte Brücke, sondern durch den angehängten Zahn verursacht worden sein könne, führt dies nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung. Da dem Beklagten ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, obliegt es ihm, sich diesbezüglich zu entlasten.
Der Senat hält ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.000 EUR für angemessen. Bei der Bemessung ist maßgeblich darauf abzustellen, dass der Kläger unangenehme Beeinträchtigungen beim Essen gehabt hat, weil er nicht schmerzfrei hat kräftig zubeißen können. Hinzu kommen die durch die Entzündung hervorgerufenen Schmerzen, Rötungen, Reizungen und Schwellungen, die behandelt werden mussten. Schließlich sind die Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit der Anfertigung der prothetischen Versorgung zu berücksichtigen. Andererseits ist nach Auffassung des Senats keinesfalls ein höheres Schmerzensgeld gerechtfertigt. Nach Einschätzung des Sachverständigen ist nicht davon auszugehen, dass die Beschwerden dazu geführt haben, dass die Nachtruhe des Klägers gestört war. Weiterhin spricht gegen das Vorhandensein besonders starker Schmerzen der Umstand, dass der Kläger erst ca. ein Jahr nach der Versorgung sich erneut beim Beklagten wieder vorgestellt hat. Wären die Schmerzen heftiger oder gar unerträglich gewesen, hätte der Kläger den Beklagten sicherlich schon früher wieder aufgesucht. Schließlich ist nicht anzunehmen, dass der Kläger dauerhaft unter Schmerzen gelitten hat. Der Sachverständige hat es für möglich gehalten, dass die Schmerzen wellenförmig aufgetreten sind und der Kläger die Beeinträchtigungen zeitweise nicht als schmerzhaft empfunden hat.
Der Zinsanspruch ist aus §§ 291, 288 BGB begründet.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 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.

65. OLG Köln, Beschluss vom 10.09.2014 – I-5 U 97/14, 5 U 97/14 – * Arzthaftungsprozess: Beweislast für die Kausalität bei Unterlassen einer Operationsindikation

Leitsatz

Der Beweis der Schadensursächlichkeit eines fehlerhaften Unterlassens des Arztes (hier Unterlassen der sofortigen Korrektur eines abgerutschten MFK-I-Köpfchens nach einer Fuß-OP) ist nicht geführt, wenn eine sofortige Korrektur mit 50 - 70%iger Sicherheit die eingetretenen Beschwerden und Dauerfolgen verhindert hätte. Insoweit finden auch die Grundsätze des Anscheinbeweises keine Anwendung.

Orientierungssatz

Ist der Anknüpfungspunkt für einen Behandlungsfehler das Unterlassen einer Operationsindikation, so ist der Kläger dahingehend beweisbelastet, dass bei rechtzeitiger Operationsindikation die Primärschädigung vermieden worden wäre. Dabei ist die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Primärschädigung nur anzunehmen, wenn der primäre Schaden auf die festgestellte Fehlbehandlung zurückzuführen ist und wenn die richtige Behandlung den Eintritt des Primärschadens vermieden hätte. Die bloße Wahrscheinlichkeit genügt nicht.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 07.05.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 194/12 - 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). Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Behandlungsfehler des Beklagten zu 2) durch die Klägerin bewiesen wurde und stützt dies im Wesentlichen auf die Ausführungen des Sachverständigen. Insofern ist das Urteil nicht zu beanstanden. Der Sachverständige hat umfassend und überzeugend ausgeführt, dass man bereits nach der Röntgenkontrolluntersuchung am 08.02.2011 eine Operationsindikation hätte stellen müssen (Bl. 134, Bl. 173 ff.). Auf dem Röntgenbild sei bereits deutlich zu sehen, dass kein Kontakt mehr zwischen dem Köpfchen und der Grundgliedbasis besteht. Das weitere Zuwarten des Beklagten zu 2) in der Erwartung, das Gelenk würde sich wieder in die Position zurückbewegen, sei nicht nachvollziehbar. Der Fehler liegt daher in der nicht erfolgten Reaktion auf den durch das Röntgenbild erhobenen Befund.
Den Beweis der Kausalität konnte die Klägerin jedoch nicht führen. Diesbezüglich sind keine Fehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts zu erkennen. Hinsichtlich der haftungsbegründenden ursächlichen Verknüpfung zwischen Behandlungsfehler und Primärschädigung ist die Klägerin beweisbelastet (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage 2014, B. Rn. 216). Es ist der Vollbeweis nach § 286 Abs. 1 ZPO zu führen. Da Anknüpfungspunkt für den Behandlungsfehler das Unterlassen der Operationsindikation am 08.02.2011 ist, ist die Klägerin dahingehend beweisbelastet, dass bei rechtzeitiger Operationsindikation die Primärschädigung vermieden worden wäre (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage 2014, B. Rn. 218). Das Landgericht hat richtigerweise ausgeführt, dass die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Primärschädigung nur anzunehmen ist, wenn der primäre Schaden auf die festgestellte Fehlbehandlung zurückzuführen ist und wenn die richtige Behandlung den Eintritt des Primärschadens vermieden hätte (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage 2014, B. Rn. 190). Die bloße Wahrscheinlichkeit genügt danach nicht.
Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die Primärschädigung der Zehenverkürzung, der subjektiven Schmerzen und der Krepetation mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% bis 70% ausgeblieben wären. Er konkretisiert dies im Folgenden dahingehend, dass der Ausgang im Hinblick auf die Ausheilung mit einer derartigen Wahrscheinlichkeit besser gewesen wäre (Bl. 175), wobei er nicht angeben kann, worin genau und in welchem Umfang eine solche Besserung anzunehmen wäre. Diese Angaben reichen nicht, um eine subjektive Überzeugung des Senats herbeizuführen. Die Angaben des Sachverständigen genügen nicht, um es als bewiesen anzusehen, dass die Primärschädigung bei frühzeitiger Operationsindikation vermieden worden wäre. Der Sachverständige bezieht sich insbesondere auf die Ausheilung, welche wahrscheinlich ohne den Behandlungsfehler besser gewesen wäre. Dadurch ist der Beweis für die Kausalität hinsichtlich der Primärschädigung jedoch gerade nicht erbracht. Es lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass bei frühzeitiger Operationsindikation die Zehenverkürzung bzw. Krepetation ausgeblieben wären.
Darüber hinaus ist ein Fehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu erkennen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich das Landgericht durch die Angaben des Sachverständigen von der Bildung einer persönlichen Überzeugung hat abhalten lassen. Zwar hat sich das Landgericht maßgeblich auf die vom Sachverständigen angegebenen Wahrscheinlichkeitsgrade gestützt. Dies hat jedoch dazu geführt, dass die Überzeugung des Landgerichts durch die Klägerin nicht erreicht werden konnte. Das Landgericht hat auch kein zu hohes Beweismaß insofern angelegt, als dass es eine absolute Gewissheit gefordert hat. Als Grundlage der Beweiswürdigung haben dem Landgericht die Angaben des Sachverständigen nicht genügt, um eine Gewissheit herbeizuführen, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Durch die Angaben des Sachverständigen verbleiben gerade so hohe Zweifel an der Kausalität, dass kein brauchbarer Grad an Gewissheit vorliegt. Das Urteil lässt erkennen, dass eine Beweiswürdi-

gung in sachgerechter Weise stattgefunden hat. Gem. § 286 Abs. 1 ZPO hat das Landgericht die Behauptung der Kausalität nicht für wahr erachtet. Dass das Landgericht ausgeführt hat, dass der Sachverständige keine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit bejahen konnte, ist kein Fehler in der Beweiswürdigung. Daraus lässt sich nur erkennen, dass das Landgericht aufgrund dieser Angaben des Sachverständigen keine subjektive Überzeugungsbildung herbeiführen konnte. Das Landgericht hat die Angaben des Sachverständigen nicht ungeprüft übernommen, sondern diese ebenfalls gewürdigt und auf Plausibilität geprüft. Insofern liegt ebenfalls kein Anknüpfungspunkt für einen Fehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts vor. Die Beweiswürdigung ist nachvollziehbar und bietet keine Grundlage für eine etwaige Rechtsverletzung.
Eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität scheidet aus, da kein grober Behandlungsfehler der Beklagten zu 2) vorliegt. Davon ist das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen. Ein solcher wäre anzunehmen, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen 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 (ständige Rechtspr. vgl. BGH NJW 2012, 227). Der Sachverständige hat ausgeführt, dass zwar ein Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln vorliege. Dieser Verstoß sei jedoch aus objektiv medizinischer Sicht nicht derart, als dass sie einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe (Bl. 165). Diese Ausführungen des Sachverständigen sind überzeugend und nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beklagte nicht etwa den Röntgenbefund völlig ignoriert hat, sondern dass er im Hinblick auf den Befund mit der Klägerin einen kurzfristigen Kontrolltermin vereinbart hat. Auch lag keine Notfallsituation vor, die ein sofortiges Handeln zwingend gebot, sondern eine Situation, die medizinisches Abwägen erforderte. Das vermag zwar die Unterschreitung des fachärztlichen Standards insgesamt nicht zu beseitigen, verbietet aber eine Einschätzung als grob fehlerhaft. Dass der Sachverständige diese Beurteilung entsprechend dem klägerischen Vortrag nach Vorlage der Röntgenbilder geändert habe und nunmehr von einem groben Behandlungsfehler ausgegangen sei, ist nicht ersichtlich. Die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung, man sehe deutlich, dass keine Gelenkkongruenz mehr bestehe und eine Operationsindikation gegeben gewesen wäre, stützen lediglich seine Schlussfolgerung des Behandlungsfehlers. Dass er damit einen groben Behandlungsfehler entgegen der Angaben in seinem Gutachten vom 04.06.2013 bejahen wollte, ist nicht zu erkennen. Zu Recht ist das Landgericht insofern von einer Bestätigung des Gutachtens vom 04.06.2013 ausgegangen.
Es liegt auch kein Befunderhebungsfehler vor. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen liegt der Schwerpunkt auf der fehlenden Indikationsstellung zur sofortigen Operation am bzw. unmittelbar nach dem 08.02.2011. Es habe bereits zu diesem Zeitpunkt ein Abkippen des Köpfchens vorgelegen, was anhand des Röntgenbildes vom 08.02.2011 zu erkennen gewesen wäre. Danach lag objektiv keine Veranlassung zu einer weiteren Befunderhebung vor. Auch eine etwaige CT-Untersuchung hätte keinen anderen Befund ergeben als die durchgeführte Röntgenuntersuchung.
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).

66. OLG Köln, Beschluss vom 09.09.2014 – 5 U 62/14 – * Arzthaftung: Anforderungen an die Dokumentation einer unauffälligen Sonografie

Orientierungssatz

Bei einer unauffälligen Sonografie reicht es aus, den unauffälligen Befund in der Dokumentation zu beschreiben. Da ein Ausdruck bei unauffälligem Befund nur als Beleg für die Durchführung der Untersuchung dient, können die Durchführung der Sonografie und das unauffällige Ergebnis gleichermaßen ausschließlich schriftlich in den Behandlungsunterlagen festgehalten werden. Der Informationsgehalt ist der gleiche.

Tenor

Der Antrag der Kläger auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wird zurückgewiesen.

Gründe

Die beabsichtigte Berufung hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, § 114 ZPO. Das Landgericht hat Ansprüche der Kläger gegen die Beklagten zu 1) und 2) aus ererbtem und eigenem Recht auf Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB zu Recht verneint.
Ein Behandlungsfehler ist nicht bewiesen. Insbesondere durfte das Landgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung den Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. M und Dr. M2 den Vorrang vor den teils

gegenteiligen Beurteilungen der Sachverständigen Prof. Dr. I und Prof. Dr. E geben. Dass es sich in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich mit den von den Klägern vorgelegten Privatgutachten auseinander gesetzt hat, ist im Ergebnis unerheblich. Weiterer Aufklärungsbedarf bestünde in einem Berufungsverfahren nicht.
1. Es lässt sich nicht feststellen, dass nach der Vorstellung der Ehefrau und Mutter der Kläger (im Folgenden: Patientin) bei der Beklagten zu 1) am 10.12.2004 eine Überweisung an einen Radiologen zur Durchführung einer Mammografie oder die Veranlassung einer sonstigen diagnostischen Maßnahme zur Abklärung eines möglichen Tumors erforderlich waren.
a) Die Sachverständigen Prof. Dr. M und Dr. M2 sind nach Auswertung der Behandlungsunterlagen einschließlich des bei der Ultraschalluntersuchung gefertigten Ausdrucks zu dem Ergebnis gelangt, dass sich für die Beklagte zu 1) der Verdacht eines abklärungsbedürftigen Tumors nicht ergeben musste (Bl. 646, 661 d.A.). Auch wenn das auf dem Ausdruck dargestellte interzystische Gewebe - so Dr. M2 (Bl. 661 d.A.) - eine inhomogene Hypodensität mit fraglicher Schallauslöschung aufweist, was für sich genommen nicht unauffällig wäre, so ergibt sich aus dem Ausdruck allein kein Hinweis auf einen Tumor. Wie die Sachverständigen Prof. Dr. M und Dr. M2 erläutert haben, stellt eine Sonografie eine dynamische Untersuchung dar, bei der nur einzelne Ausdrucke gefertigt werden. Die auf dem Ausdruck sichtbaren Strukturen könnten durchaus ein Artefakt darstellen, das durch die Betrachtung aus einem anderen Blickwinkel oder einer anderen Ebene entkräftet und widerlegt worden sei (Bl. 748, 749 d.A.). Eine Architekturstörung oder ein sonst auffälliger Ultraschallbefund müssten demgegenüber aus mehreren Schallkopfrichtungen reproduzierbar sein (Bl. 645, 751 d.A.). Dass das auf dem Ausdruck sichtbare Bild nicht reproduzierbar war und durch die übrige Ultraschalluntersuchung entkräftet wurde, stellt entgegen der Auffassung der Kläger keineswegs eine Spekulation oder Mutmaßung dar. Denn die Beklagte zu 1) hat in ihrer Karteikarte (im Anlagenheft II) ausdrücklich vermerkt, dass die von ihr vorgenommene Mammasonografie unauffällig war.
Zweifel an der Richtigkeit der Dokumentation, die äußerlich unauffällig ist, oder an der Fachkunde und Befähigung der Beklagten zu 1), eine Sonografie ordnungsgemäß durchzuführen und zu befunden, werden durch das Vorbringen der Kläger nicht begründet. Der Umstand, dass der Hausarzt die Patientin im Sommer 2005 zur Mammografie überwies und im Befundbericht des Beklagten zu 2) vom 11.8.2005 als Adressat genannt ist, bedeutet keineswegs, dass die Beklagte zu 1) der Patientin nicht bereits nach der Vorstellung vom 6.6.2005, wie in der Karteikarte dokumentiert, zur Mammografie riet und eine Überweisung an einen Radiologen ausstellte. Dass sich der Beklagten zu 1) die Aussagekraft des Ultraschallbildes vom 20.2.2006, das nach Auffassung aller Sachverständigen einen inhomogenen Tumor mit unscharfer Randbegrenzung zeigte, nicht erschloss, was die Qualität ihre Tätigkeit insgesamt in Frage stellen würde, kann entgegen der insbesondere von Prof. Dr. I vertretenen Auffassung (Bl. 699 f. d.A.) nicht angenommen werden. Die Beklagte zu 1) hat die Patientin im Jahr 2006 nicht erst nach sechs Monaten, sondern zeitnah zur Mammografie überwiesen. Diese wurde am 3.4.2006 von Dr. C durchgeführt. Ferner lässt sich der Umstand, dass die im I2-Krankenhaus F unter dem 20.4.2006 dokumentierten Tast- und Sonografiebefunde wesentlich eindeutiger sind als die am 20.2.2006 von der Beklagten zu 1) in ihrer Karteikarte vermerkten Befunde, ohne weiteres schon dadurch erklären, dass sich der Verdacht eines malignen Tumors zwischenzeitlich bestätigt und erweitert hatte, insbesondere durch die am 13.4.2006 und 18.4.2006 in der radiologischen Praxis Dr. C durchgeführte Mammografie und Magnetresonanztomografie der Brust.
b) Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt mangelhafter und unvollständiger Dokumentation kommen den Klägern nicht zu Gute. Dies gilt ungeachtet des von Prof. Dr. M und Dr. M2 vor allem in ihren schriftlichen Gutachten (Bl. 645, 661 d.A.) angesprochenen Umstands, dass der am 10.12.2004 bei der Sonografie angefertigte Ausdruck - wie auch alle späteren - keine Seitenangabe enthält, die Lokalisation in der Brust mangels Einblendung eines Bodymarkers nicht nachvollziehbar ist und Ausdrucke aus weiteren Schallkopfrichtungen fehlen. Unter Zugrundelegung der weiteren Erläuterungen von Prof. Dr. M und Dr. M2 bestand insoweit keine Dokumentationspflicht. Prof. Dr. M hat ausgeführt, dass auffällige sonografische Befunde in zwei Ebenen zu dokumentieren seien. Diese stünden üblicherweise senkrecht aufeinander, was mit dem Bodymarker festgehalten werde. Das Fehlen eines pathologischen Befundes könne demgegenüber bei einer Ultraschalluntersuchung nicht dokumentiert werden. Üblicherweise mache der Arzt dann nur ein Dokumentationsbild, mit dem festgehalten werden solle, dass eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt worden sei (Bl. 645, 748 f.). Es reiche auch aus, den Befund als unauffällig zu beschreiben (Bl. 751, 753 d.A.). Da sich ein auffälliger Befund aus dem Ausdruck und der Karteikarte der Beklagten zu 1) nach den vorstehenden Ausführungen insgesamt nicht ableiten lässt, lässt sich auch nicht feststellen, dass eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Seite, der Lokalisation und in zwei Ebenen bestand. Anders ausgedrückt können die Kläger einen auffälligen Befund nicht mit Hilfe von Beweiserleichterungen wegen eines Dokumentationsmangels nachweisen, weil eine Dokumentationspflicht und ein entsprechender Dokumentationsmangel ihrerseits nur bei einem auffälligen Befund bestünden.

Die Ausführungen von Prof. Dr. M und Dr. M2, die sich auf den Umfang der Dokumentation und die Dokumentationspflicht beziehen, sind entgegen der Auffassung der Kläger auch schlüssig und widerspruchsfrei. Dass man einen unauffälligen Befund einer dynamischen Untersuchung - also eine negative Tatsache - nicht durch eine bestimmte Anzahl von Ausdrucken belegen und dokumentieren kann, leuchtet unmittelbar ein. Dient ein Ausdruck bei unauffälligem Befund also nur als Beleg für die Durchführung der Untersuchung, können die Durchführung der Sonografie und das unauffällige Ergebnis gleichermaßen ausschließlich schriftlich in den Behandlungsunterlagen festgehalten werden. Der Informationsgehalt ist der gleiche. Die schriftlichen Gutachten von Prof. Dr. M und Dr. M2 sowie ihre mündlichen Ausführungen vor dem Landgericht weisen zudem keinen durchgreifenden Widerspruch auf. In ihren schriftlichen Gutachten haben Prof. Dr. M und Dr. M2 zwar die von der Beklagten zu 1) nicht dokumentierten Umstände (Seitenangabe, Lokalisation, Ausdruck in einer zweiten Ebene) beschrieben, aber eine Dokumentationspflicht weder ausdrücklich noch sinngemäß bejaht. Vielmehr hat Prof. Dr. M bereits in seinem schriftlichen Gutachten die Gesichtspunkte dargelegt, die im Streitfall einer Dokumentationspflicht entgegen stehen. Schließlich kann die Dokumentation der Beklagten zu 1) entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung ihren Zweck, nämlich die spätere Information der Beklagten zu 1), eines sie vertretenen Arztes oder eines Nachbehandlers erfüllen. Aus der Karteikarte ergibt sich ungeachtet des Sonografie-Ausdrucks für diesen Personenkreis, dass die Mammasonografie vom 10.12.2004 einen unauffälligen Befund hatte.
c) Anders als es die Kläger geltend machen, hat der Sachverständige Prof. Dr. M das klinische Bild und die von der Beklagten zu 1) dokumentierten Brustschmerzen zur Kenntnis genommen und gewürdigt. Er hat dargelegt, dass das Beschwerdebild nach einer langen Stillperiode - wie bei der Patientin - nicht ungewöhnlich sei (Bl. 647, 751 d.A.). Dass sich allein aus den Beschwerden der Patientin und ihrer familiären Vorbelastung, das heißt der Erkrankung ihrer Mutter an Krebs, unabhängig von den sonografischen Befunden eine Indikation zu weiter führender Diagnostik ergeben hätte, folgt im Übrigen auch nicht aus den Gutachten der von der Klägern beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. E und Prof. Dr. I (vgl. Bl. 700 f. d..A.).
Soweit die Kläger ein über die Dokumentation der Beklagten zu 1) hinaus gehendes klinisches Bild behaupten und vortragen, dass die Patientin sich immer wieder wegen einer Verhärtung in der rechten Brust bei der Beklagten zu 1) vorgestellt habe, sind sie für ihr bestrittenes Vorbringen beweisfällig. Anlass zur Parteivernehmung (§ 448 ZPO) oder Anhörung des Klägers zu 1), der die Patientin nach Darstellung der Kläger zu den jeweiligen Arztterminen begleitet hat, bestand und besteht nicht. Der erforderliche Anbeweis liegt nicht vor. Für das Vorbringen der Kläger spricht keine gewisse Wahrscheinlichkeit. Es ist insbesondere mit dem Bericht von Dr. C vom 3.4.2006 (Bl. 154 d.A.) nicht vereinbar, in dem als anamnestische Angabe festgehalten ist, dass seit einem Monat eine tastbare Verhärtung in der linken Brust bestehe. Sie bestand danach erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt als es die Kläger im vorliegenden Rechtsstreit vortragen. Ein tastbarer Knoten, bei dem nach der von den Klägern im Schriftsatz vom 21.5.2014 zitierten Leitlinie "Das "nicht erkannte" Mammakarzinom" auch bei unauffälliger bildgebender Diagnostik einer weitere Abklärung durch Biopsie indiziert sein kann, kann demnach der Beurteilung des Streitfalls nicht zugrunde gelegt werden.
d) Soweit die Ausführungen von Prof. Dr. M und Dr. M2 von denen von Prof. Dr. E und Prof. Dr. I abweichen, gebührt ihnen der Vorrang. Zwar hat Prof. Dr. E dem bei der Sonografie am 10.12.2004 gefertigten Ausdruck entnommen, dass ein relativ dichter unscharf begrenzter Tumor vorhanden gewesen sei (Bl. 114 d.A.). Diese Beurteilung wird aber auch durch Prof. Dr. I nicht geteilt, der ausdrücklich ausgeführt hat, dass sich wegen des Vorliegens nur eines Ausdrucks die entscheidende Frage, ob eine Architekturstörung oder gar ein Herdbefund vorgelegen hätten, nicht sicher beantworten lasse (Bl. 697 d.A.). Ferner ist der Sachverständige Prof. Dr. E nicht - wie die übrigen Sachverständigen - als Gynäkologe oder Radiologe tätig, sondern als Internist und Nuklearmediziner. Die maßgebliche Frage fällt indessen in erster Linie in das gynäkologische und radiologische Fachgebiet. Als inhaltlicher Gesichtspunkt tritt hinzu, dass einzelnen Ausdrucken, die bei einer Sonografie als einer dynamischen Untersuchung angefertigt werden, von vorneherein nur eine begrenzte Aussagekraft zukommen kann. Dies hat Prof. Dr. M näher erläutert, ohne dass sich den Ausführungen von Prof. Dr. E etwas Gegenteiliges entnehmen ließe.
Für den 10.12.2004 geht auch Prof. Dr. I nicht davon aus, dass aus der Größe und dem Ausmaß der ab dem 20.2.2006 erhobenen Befunde der Rückschluss auf einen am 10.12.2004 sonografisch erkennbaren Tumor gezogen werden könne. Prof. Dr. I ist in diesem Zusammenhang zur der Beurteilung gelangt, dass ein entsprechender Herdbefund spätestens ab dem 10.8.2005 im Ultraschall habe auffallen müssen (Bl. 699, 700 f. d.A.).
2. Für die Zeit bis zum 6.6.2005 ist nicht von einem Behandlungsfehler der Beklagten zu 1) auszugehen. Wie bereits ausgeführt worden ist, sind die Kläger für ihre in zeitlicher Hinsicht nicht näher konkretisierte Behauptung beweisfällig, dass sich die Patientin immer wieder - mithin auch im Zeitraum bis zum 6.6.2005 - wegen einer Verhärtung in der rechten Brust bei der Beklagten zu 1) vorgestellt habe.
3. Für den 6.6.2005 scheidet ein Behandlungsfehler der Beklagten zu 1) schon deshalb aus, weil sie die Patientin nach dem nicht widerlegten Inhalt ihrer Dokumentation an einen Radiologen zur Mammografie

überwiesen hat und sich weder aus einem der Gutachten noch aus dem Vorbringen der Kläger die Erforderlichkeit einer sonstigen diagnostischen Maßnahme ergibt. Aber selbst wenn die Überweisung zur Mammografie unterblieben wäre, wäre nicht von einem der Beklagten zu 1) anzulastenden Behandlungsfehler auszugehen.
Auch wenn auf dem Ausdruck der Sonografie vom 6.6.2005 nach dem Gutachten der Sachverständigen Dr. M2 eine fibröse Strukturierung mit Inhomogenität und Schallauslöschung erkennbar ist (Bl. 662 d.A.), was für sich genommen nicht unauffällig wäre, so ergibt sich aus dem Ausdruck allein kein Hinweis auf einen abklärungsbedürftigen Tumor. Die Ausführungen unter 1 geltend insoweit entsprechend.
Für den 6.6.2005 gehen weder Prof. Dr. M und Dr. M2 noch Prof. Dr. I davon aus, dass aus der Größe und dem Ausmaß der ab dem 20.2.2006 erhobenen Befunde ein sicherer Rückschluss auf einen am 6.6.2005 sonografisch erkennbaren Tumor gezogen werden könne. Prof. Dr. I ist in diesem Zusammenhang in seinem Gutachten ausdrücklich zu der Beurteilung gelangt, dass ein entsprechender Herdbefund spätestens ab dem 10.8.2005 im Ultraschall habe auffallen müssen (Bl. 699, 700 f. d.A.). Sofern sein Gutachten wegen des engen zeitlichen Abstands zwischen dem 6.6.2005 und dem 10.8.2005 dahin zu verstehen sein sollte, dass diese Aussage auch für den Zeitpunkt der Untersuchung der Beklagten zu 1) am 6.6.2005 gilt, so würde der gegenteiligen, einen sicheren Rückschluss aus dem späteren Befund ablehnenden Beurteilung von Prof. Dr. M und Dr. M2 aus den unter 4. noch zu erörternden Gründen der Vorrang einzuräumen sein.
Von einem als Behandlungsfehler zu wertenden Unterlassen des Vergleichs der Befunde der Ultraschalluntersuchungen vom 10.12.2004 und 6.6.2005 und der Verkennung einer Befundänderung sind Prof. Dr. M und Dr. M2 gegen die Beurteilung von Prof. Dr. I (Bl. 698 d.A.) schlüssig und überzeugend nicht ausgegangen. Da für den 10.12.2004 nach den Ausführungen unter 1. schon nicht von einem auffälligen Befund auszugehen ist, fehlte für einen Vergleich und die Feststellung einer Änderung von vorneherein jede Grundlage. Ein am 6.6.2005 diagnostizierter auffälliger Befund hätte den zeitlich ersten auffälligen Befund dargestellt. Im Übrigen stellen die Ausführungen von Dr. M2 zu einer Veränderung, die allein aufgrund der bei den Ultraschalluntersuchungen gefertigten Ausdrucke erfolgt sind und auf die sich Prof. Dr. I in seinem Gutachten bezogen hat (Bl. 698 d.A.), ausdrücklich eine Vermutung dar (Bl. 662, 751 d.A). Eine bloße Vermutung genügt indessen nicht für eine Feststellung zum Nachteil der Beklagten zu 1). Dass die gefertigten Ausdrucke keine Seiten- und Lokalisationsangaben haben und daher keinen sicheren Vergleich erlauben, wirkt sich mangels einer - unter 1. verneinten - Dokumentationspflicht nicht zu Lasten der Beklagten zu 1) aus.
Auch bezogen auf den 6.6.2005 hat der Sachverständige Prof. Dr. M das klinische Bild mit Brustschmerzen sowie die familiäre Vorbelastung der Patientin gewürdigt und hierin einen möglichen Grund dafür gesehen, dass die Beklagte zu 1) ohne einen sich aus einer Sonografie ergebenden Verdacht eines Tumors eine - nicht zwingend indizierte - Überweisung an einen Radiologen zur Durchführung einer Mammografie vorgenommen hat (Bl. 752 d.A.). Dass unabhängig von den sonografischen Befunden allein aus den Beschwerden der Patientin und ihrer familiären Vorbelastung eine Indikation zur weitergehenden Diagnostik folgen würde, ergibt sich auch aus den Gutachten von Prof. Dr. E und Prof. Dr. I nicht (vgl. Bl. 700 f. d.A.).
4. Es lässt sich nicht feststellen, dass, nachdem der Beklagte zu 2) am 10.8.2005 eine Mammografie und eine Sonografie durchgeführt hatte, eine Biopsie oder eine sonstige diagnostische Maßnahme geboten waren und von ihm hätten veranlasst werden müssen.
Nach der Auswertung der Mammografieaufnahmen, die die rechte und die linke Brust jeweils in zwei Ebenen darstellen, durch die radiologische Sachverständige Dr. M2 zeigten sich in jeweils einer Ebene, nicht dagegen in der anderen, links eine fragliche sternförmige Verdichtung und rechts eine Verdichtung im retromamillaren Bereich (Bl. 662, 752 d.A.). Solche asymetrischen Verdichtungen können nach den Erläuterungen von Dr. M2 Vorstufen eines Herdes sein, müssen es aber nicht (Bl. 752 d.A.). Zwischen allen Sachverständigen besteht Einigkeit darüber, dass der mammografische Befund, insbesondere weil die Beurteilbarkeit der Mammografie durch die Dichte des Drüsengewebes erschwert war, einer sonografischen Kontrolle bedurfte (Bl. 649, 651, 662, 753 d.A.). Wenn die Mammasonografie unauffällig war, also die fraglichen Mammografiebefunde links und rechts nicht darstellen konnte, war nach den Ausführungen von Prof. Dr. M und Dr. M2 eine weiterführende Diagnostik, insbesondere eine Biopsie, nicht erforderlich (Bl. 651, 753 d.A.), sondern bei Klassifizierung des gesamten Befundes in BIRADS II eine Kontrolle nach einem Jahr ausreichend.
Aus dem Bericht des Beklagten zu 2) vom 11.8.2005 (Bl. 153 d.A.) ergibt sich, dass der Befund der sonografischen Untersuchung beider Brüste unauffällig war. Dass die am 11.8.2005 bei der Sonografie gefertigten Ausdrucke für eine Begutachtung nicht zur Verfügung stehen und ihr Verbleib ungeklärt ist, geht, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, nach den Umständen des Falls nicht zu Lasten des Beklagten zu 2) und führt nicht zu Beweiserleichterungen für die Kläger.
Der Verbleib der Ausdrucke ist nicht zu klären. Der Beklagte zu 2) hat sich hierzu geäußert, so dass es der mit Schriftsatz vom 21.5.2004 beantragten erneuten Erklärung nicht bedarf. Er behauptet, dass die Patientin die Mammografieaufnahmen und die Ultraschallausdrucke am 3.4.2006 bei ihm abgeholt habe.

Dies deckt sich jedenfalls zum Teil damit, dass der Radiologe Dr. C am 3.4.2006 ausweislich seines Berichts vom gleichen Tag (Bl. 154 d.A.) einen Vergleich der Mammografie mit der Voruntersuchung aus 8/05 vorgenommen hat. Dass ihm Ultraschallausdrucke vorgelegen hätten, ergibt sich aus dem Bericht allerdings nicht. Gleichwohl ist es möglich, dass der Beklagte zu 2) der Patientin und dem Kläger zu 1) angesichts der bevorstehenden Untersuchung in einer anderen Praxis alle vorhandenen bildgebenden Befunde überlassen hat. Weder vermögen die Kläger die Behauptung des Beklagten zu 2) zu widerlegen noch hat der Beklagte zu 2) sie zu beweisen.
Auch wenn die Kläger im Ausgangspunkt zu Recht darauf hinweisen, dass der Arzt für den Verbleib und einen nicht verschuldeten Verlust von Behandlungsunterlagen grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig ist und daher der Umstand, dass die Unterlagen für eine Begutachtung nicht zur Verfügung stehen, im Allgemeinen nicht zu Lasten des Patienten gehen darf, kommen den Klägern im Streitfall keine Beweiserleichterungen zu Gute. Wie oben unter 1. dargelegt und begründet worden ist, reicht es im Fall einer unauffälligen Sonografie aus, den unauffälligen Befund in der Dokumentation zu beschreiben. Dem ist der Beklagte zu 1) nachgekommen. Hat ein Arzt mehr dokumentiert als er muss, etwa wie hier zusätzlich Ultraschallausdrucke gefertigt, wäre es widersprüchlich, ihn im Fall des Verlusts dieses Teils der Dokumentation schlechter zu stellen als den Arzt, der sich von vorneherein auf den zwingend erforderlichen Teil der Dokumentation beschränkt hat, und dem Patienten wegen des Verlusts des "überobligationsmäßigen" Teils der Dokumentation Beweiserleichterungen zu gewähren. Anders würde es nur liegen, wenn nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen von einer Beweisvereitelung auszugehen wäre, wofür es im Streitfall keine durchgreifenden Anhaltspunkte gibt.
Soweit Prof. Dr. I aus den ab dem 20.2.2006 erhobenen Befunden den Rückschluss zieht, dass am 11.8.2005 ein Tumor sonografisch erkennbar gewesen sein müsse (vgl. Bl. 699, 700 f. d.A.), ist der gegenteiligen Beurteilung von Prof. Dr. M und Dr. M2 (Bl. 749, 750, 753 d.A.) der Vorzug zu geben. Prof. Dr. I hat sich zur Begründung im Wesentlichen auf seine klinische Erfahrung und seine langjährige berufliche Tätigkeit als Gynäkologe bezogen. Es entspricht auch der Erfahrung des Senats aus ähnlich gelagerten Verfahren, dass bei größeren Befunden - im vorliegenden Fall ist im radiologischen Bericht von Dr. C vom 3.4.2006 eine ca. 3 cm große tumorverdächtige Resistenz links beschrieben - Rückschlüsse auf eine Erkennbarkeit in einem einige Monate zuvor liegenden Zeitpunkt möglich sind. Prof. Dr. M und Dr. M2 stützen sich jedoch für ihre Bewertung, was die linke Seite angeht, auf den besonderen Charakter des später nachgewiesenen Karzinoms und, was die rechte Seite betrifft, darauf, dass sich das duktal-invasive Karzinom rechts noch im04.2006 der üblichen Diagnostik durch Mammografie und Mammasonografie entzogen hat. Diese Begründung überzeugt. In Bezug auf die rechte Seite lassen sich die Ausführungen von Prof. Dr. M und Dr. M2 anhand des Berichts von Dr. C vom 3.4.2006 (Bl. 153 d.A) nachvollziehen. Auf der linken Seite der Brust lag ein lobulär-invasives Karzinom vor, welches zunächst entlang der Milchgänge und diffus in das Gewebe hinein wachsen kann (Bl. 653, 750 d.A.). Dass die Darstellung eines Tumors in einer Sonografie erschwert oder unmöglich sein kann, wenn es an einem Knoten oder Herdbefund fehlt, leuchtet ein.
Dokument 100 von 100

67. LG Wiesbaden, Urteil vom 09.09.2014 – 1 O 10/14 – * Arzthaftungssache: Umfang der materiellen Rechtskraft

Orientierungssatz

Verschiedene Behandlungsfehler, die im Rahmen derselben Heilbehandlung in einem unmittelbaren räumlichen, sachlichen und zeitlichen Zusammenhang geschehen, sind keine verschiedenen Streitgegenstände.

Tenor

1. Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand

I.
Der Kläger begehrt Ersatz für materielle und immaterielle Schäden wegen einer fehlerhaften zahnärztlichen Behandlung. Am 23.3.2009 setzte der Beklagte am Zahn 14 des Klägers einen Stift, um die Fixierung einer Krone zu ermöglichen. Im Verlauf der Behandlung kam es zu einer Schwellung an dessen rechter Gesichtshälfte. Es bildete sich ein Emphysem.
Die Behandlung durch den Beklagten am 23.3.2009 war bereits Gegenstand eines zwischen den Parteien geführten Rechtsstreits vor dem AG Wiesbaden, Az. 91 C 7205/09 (84). In diesem hatte der Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 1.525 € (1.500 € Schmerzensgeld und 25 € Unkostenpauschale)

nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit sowie zur Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zu verurteilen. Mit Urteil vom 2.11.2010 wies das Amtsgericht nach Erhebung von Zeugenbeweis die Klage ab. Die gegen das Urteil gerichtete Berufung beim Landgericht Wiesbaden (Az. 9 S 58/10) nahm der Kläger am 16.12.2011 zurück, nachdem das Gericht ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. A eingeholt hatte. Im Gutachten, S. 11 (Bl. 226 d. A. 91 C 7205/09 (84)), heißt es: „Die Entstehung eines Emphysems an sich stellt ebenfalls keinen Beleg für einen Kunstfehler dar [...]. Ein Hinweis auf eine Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich weder aus der Chronologie der Behandlung vor dem Emphysem, noch aus dem Verhalten nach der Emphysementstehung."
Im amtsgerichtlichen Verfahren stützte der Kläger sein Begehren auf die Behauptung, die Bohrung des Beklagten im Kiefer des Klägers sei zu tief gewesen. Er habe deshalb starke Schmerzen im Ohr und im Hals gehabt und sei erst nach 14 Tagen beschwerdefrei gewesen.
Das amtsgerichtliche Urteil lautet auszugsweise wie folgt: „Ein Anspruch auf Schadensersatz bestünde [...] nur dann, wenn der Beklagte bei der Behandlung gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen hätte. Dies kann jedoch nach der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden." Die unstreitig beim Kläger aufgetretenen Symptome ließen, so das Amtsgericht, nicht auf ein Fehlverhalten des Arztes schließen, da bei jeder ärztlichen Behandlung Risiken bestünden und unerwünschte Folgewirkungen auftreten könnten. Das Amtsgericht vermochte sich nicht davon zu überzeugen, dass die betreffenden Symptome auf einer zu tiefen Bohrung in seinem Kiefer beruhten.
Im hiesigen Verfahren behauptet der Kläger, im Rahmen einer Röntgenuntersuchung am 26.3.2013 habe ein anderer Behandler, Herr Dr. med. dent. B, einen Wurzelstift außerhalb der Wurzel festgestellt. Am 4.7.2013 habe Herr Dr. med. dent. B nach Entfernung der Krone diagnostiziert, dass der verankerte Wurzelstift die Wurzelwand perforiert habe. Zudem seien drei Löcher in die Wurzel gebohrt worden anstatt der eigentlich erforderlichen zwei. Nach der korrigierenden Behandlung durch Herrn Dr. med. dent. B seien die Schmerzen schlagartig verschwunden.
Zur Schmerzentwicklung behauptet der Kläger, er habe aufgrund der fehlerhaften Behandlung durch den Beklagten vier Jahre lang nicht besonders schwere Schmerzen im Bereich des vom Beklagten behandelten Zahns gehabt. Der Kläger erachtet deshalb ein Schmerzensgeld von 5.000 € für angemessen. Er begehrt zudem Erstattung von Kosten i.H.v. insgesamt 1.582,76 €, welche ihm aufgrund der Behandlung durch Herrn Dr. med. dent. B entstanden seien. Hinzu träten 603,93 € für die außergerichtliche Tätigkeit seines Prozessbevollmächtigten.
Die Rechtskraft des Urteils im Verfahren vor dem AG Wiesbaden stünde, so der Kläger, der vorliegenden Klage nicht entgegen, da Gegenstand jenen Verfahrens nur eine etwaige zu tiefe Bohrung gewesen sei. Die fehlerhafte Setzung des Stiftes und dessen Ursächlichkeit für seine Beschwerde habe er mit der Klage vor dem AG Wiesbaden nicht geltend gemacht. Sie sei ihm auch erst durch die Behandlung des Herrn Dr. med. dent. B im Jahr 2013 bekannt geworden.
Der Kläger beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger den Betrag von 6.582,76 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen;
2. den Beklagten weiter zu verurteilen, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 603,93 € freizustellen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er meint, die Klage sei wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig. Der Vortrag des Klägers sei zudem widersprüchlich, da er im amtsgerichtlichen Verfahren behauptet habe, nach 14 Tagen beschwerdefrei gewesen zu sein, während er im vorliegenden Verfahren dauerhafte Schmerzen über einen Zeitraum von vier Jahren geltend mache. Als unschlüssig erweise sich der klägerische Vortrag auch vor dem Hintergrund, dass auf dem vom Kläger vorgelegten Röntgenbilder seines Kiefers, welche Herrn Dr. med. dent. B im Jahr 2013 fertigte, in der Wurzel des Zahnes 14 zwei Stifte zu sehen seien, von denen einer ordnungsgemäß gesetzt sei, während der andere möglicherweise die Wand des Zahnstumpfes perforiert habe. Er, der Beklagte, habe aber nur einen Stift gesetzt, und zwar in ordnungsgemäßer Art und Weise. Dies ergäbe sich aus den Röntgenbildern in Anlage zum Gutachten des Prof. Dr. Dr. A. Der im Jahr 2013 vorhandene zweite Stift sei von ihm nicht zu verantworten.

Entscheidungsgründe

II.
1. Die Klage ist unzulässig. Ihr steht die materielle Rechtskraft des Urteils des AG Wiesbaden vom 2.11.2010, Az. 91 C 7205/09 (84), entgegen.
Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung verbietet eine erneute Verhandlung über denselben Streitgegenstand. Unzulässig ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist (BGH, Urt. v. 13.1.2009 - XI ZR 66/08, NJW-RR 2009, 790, Tz. 16 m.w.N.).
a) Beim Streitgegenstand handelt es sich um den als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefassten eigenständigen prozessualen Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag,

in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. In diesem Sinn geht der Klagegrund über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGH, a.a.O., NJW-RR 2009, 790, Tz. 17; Urt. v. 24.5.2012 - IX ZR 168/11, VersR 2013, 454, 457, Tz. 21).
Die Umsetzung dieser Grundsätze im Arzthaftungsrecht ist im Einzelnen umstritten. Herrschend wird vertreten, streitgegenständlich sei das gesamte vorgetragene Behandlungsgeschehen (OLG Saarbrücken, Urt. v. 12.7.2000 - 1 U 1082/99-263, MDR 2000, 1317, 1319 m. zust. Anm. Rehborn, MDR 2000, 1319; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Auf. 2013, Rn. 240, S. 257 mit Fn. 33; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 746; Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 498; aus prozessualen Gründen offengelassen von OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.9.2012 - 7 U 146/11, zitiert nach juris, Tz. 17), der Behandlungszeitraum (OLG Hamm, Urt. v. 27.1.1999 - 3 U 58/98, NJW-RR 1999, 1589, 1590) oder der gesamte Behandlungsvorgang (LG Koblenz, Urt. v. 18.2.2009 - 10 O 172/08, BeckRS 2009, 07440). Die Rechtskraft erstrecke sich auf alle mit dem Geschehen verknüpften Behandlungsfehler (Irrgang, MedR 2010, 533, 535). Nach diesen Maßstäben als streitgegenstandsidentisch angesehen wurden die Klage wegen Fehlerhaftigkeit einer Revisionsoperation einerseits und wegen zu später Durchführung dieser Operation nebst Gabe eines kontraindizierten Medikaments andererseits (OLG Hamm, NJW-RR 1999, 1589).
Nach einer restriktiveren Ansicht liegt ein einheitlicher Streitgegenstand nur vor, wenn für einen Gesundheitsschaden verschiedene Behandlungsfehler als Ursache in Betracht kämen, die sämtlich in einem einheitlichen Geschehen - etwa einer Operation - wurzeln (G. Wagner, in: MünchKom-BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 886). Sie führt ein obiter dictum des BGH (BGH, Urt. v. 5.12.2006 - VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414, 415, Tz. 11) an, welches dahingehend zu verstehen sei, dass bei Klagen gestützt auf unzureichende ärztliche Aufklärung einerseits und fehlerhafter Behandlung andererseits keine Streitgegenstandidentität vorliege (gegen dieses Verständnis der genannten BGH-Entscheidung Haager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 823 Rn. I-79).
Welcher der genannten Ansichten der Vorzug zu geben ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn auch nach dem engeren Streitgegenstandbegriff der letztgenannten Ansicht ist der Streitgegentand des vorliegenden Verfahrens mit dem des Prozesses AG Wiesbaden, Az. 91 C 7205/09 (84), identisch.
aa) Als jeweiliger Anspruchsgrund werden Fehler der durch den Beklagten am 23.3.2009 durchgeführten Stiftsetzung behauptet. Diese Fehler - zu tiefe Bohrung einerseits, Bohren eines dritten, nicht erforderlichen Lochs und falsche Setzung eines Stiftes andererseits - stehen auf Grundlage des klägerischen Vortrags in einem unmittelbaren räumlichen, sachlichen und zeitlichen Zusammenhang. Sie erfolgten im Rahmen derselben Heilbehandlung am selben Tag in einem einheitlichen, soweit ersichtlich nicht unterbrochenen Behandlungsgeschehen und dienten demselben Behandlungsziel, nämlich der Fixierung der Krone bei Zahn 14. Auch die Schmerzen, für welche der Kläger eine Kompensation begehrt, sind zumindest insofern teilidentisch als sie die ersten 14 Tage nach der Behandlung betreffen. Die nunmehrige Behauptung weiterer Schmerzen sowie die Geltendmachung materiellen Schadens, der aufgrund der Behandlung durch Herrn Dr. med. dent. B entstand, haben nur die Anspruchshöhe bei gleichem Haftgrund zum Gegenstand. Bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise gehören der materielle Schaden sowie das erhöhte Schmerzensgeldbegehren zum Tatsachenkomplex, welcher bereits dem AG Wiesbaden, Az. 91 C 7205/09 (84), zur Entscheidung unterbreitet wurde. Wollte man dies anders sehen, wären Prozesse über den Haftgrund - vorliegend: die Fehlerhaftigkeit der Behandlung durch den Beklagten - wiederholbar, wenn der Patient weitere Schäden behauptet. Im Arzthaftungsrecht soll das Institut der Rechtskraft jedoch gerade verhindern, dass ein Patient die ärztliche Behandlung unter Berufung auf immer neue Gesichtspunkte wiederholt einer gerichtlichen Prüfung zuführen kann (OLG Saarbrücken, MDR 2000, 1317, 1319).
bb) Die materielle Rechtskraft soll unterbinden, dass über denselben Streitgegenstand ein weiterer Rechtsstreit geführt und darüber erneut oder abweichend entschieden wird. Die Sachentscheidungen eines Gerichts sollen grundsätzlich eine dauernde innere Bestandskraft entfalten können, damit dem Streit der Parteien nicht nur in dem laufenden Verfahren, sondern darüber hinaus grundsätzlich ein Ende bereitet wird (Gottwald, in: MünchKom-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 322 Rn. 1 f.; vgl. auch Spickhoff, NJW 2008, 1636, 1641). Die Reichweite des Streitgegenstandbegriffs, welcher für die Reichweite der Rechtskraft Maß gibt, steht unter dem Einfluss dieses Zwecks der materiellen Rechtskraft.
Wollte man im vorliegenden Verfahren einen anderen Streitgegenstand als denjenigen im Verfahren des AG Wiesbaden, Az. 91 C 7205/09 (84), erblicken, käme die genannte Wirkung der materiellen Rechtskraft des amtsgerichtlichen Urteils nicht zur Entfaltung. Zwar stützt das Amtsgericht seine Entscheidung zentral auf den Umstand, dass die beim Kläger aufgetretenen Symptome nicht auf einer zu tiefen Bohrung im Kiefer des Klägers beruhten. Jedoch führt es auch aus, nicht festgestellt zu haben, dass „der Beklagte

bei der Behandlung gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen“ hätte. Die beim Kläger aufgetretenen Symptome ließen nicht auf ein Fehlverhalten des Arztes schließen, da bei jeder ärztlichen Behandlung Risiken bestünden und unerwünschte Folgewirkungen auftreten könnten. Eine der Klage stattgebende Entscheidung im vorliegenden Verfahren müsste sich in Widerspruch zu diesen amtsgerichtlichen Feststellungen und rechtlichen Wertungen setzen. Damit würde die innere Bestandskraft der amtsgerichtlichen Entscheidung beschädigt und ihr Zweck, dem Streit der Parteien über das amtsgerichtliche Verfahren hinaus ein Ende zu bereiten, nicht umfassend erreicht.
cc) Die Weite des Streitgegenstandbegriffs in arzthaftungsrechtlichen Zusammenhängen wird teilweise mit den maßvollen Substantiierungsanforderungen an den Vortrag des klagenden Patienten begründet. Wenn sich aus einem Sachverständigengutachten ergäbe, dass ein anderer als der mit der Klage ursprünglich gerügte Behandlungsfehler vorläge, könne der Kläger ohne Änderung des Streitgegenstands seine Klage auf diesen durch den Sachverständigen aufgedeckten Behandlungsfehler stützen. Dann müsse es der Patient umgekehrt aber auch hinnehmen, dass die Rechtskraft eines Vorprozesses sämtliche dem Behandlungsgeschehen möglicherweise anhaftenden Behandlungsfehler erfasse (vgl. OLG Saarbrücken, MDR 2000, 1317, 1319; mit zust. Anm. Rehborn, MDR 2000, 1319, 1320; LG Koblenz, BeckRS 2009, 07440; Irrgang, MedR 2010, 533, 535). Diese Auffassung beruht auf der Prämisse, dass das Gericht eine umfassende Prüfung der Behandlung auf ihre Ordnungsgemäßheit hin veranlassen bzw. ein gerichtlich bestellter Sachverständiger infolge seiner besonderen Sachkunde auf im Prozess noch nicht thematisierte Behandlungsfehler hinweisen werde. Ob diese Auffassung und die aus ihr abgeleitete Weite des Streitgegenstandbegriffs unabhängig davon trägt, ob im konkreten Fall tatsächlich eine sachverständige Prüfung der Behandlung im vorgenannten Umfang erfolgte, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Dagegen spräche, dass eine nicht in diesem Umfang durchgeführte Beweisaufnahme schwerlich geeignet ist, den Streitgegenstand i.S. des klägerischen Rechtsschutzbegehrens zu konkretisieren; dafür hingegen, dass die materielle Rechtskraft auch Umstände des Lebenssachverhalts erfasst, welche den Parteien nicht bekannt sind. Vorliegend hatte der Sachverständige im amtsgerichtlichen Verfahren jedenfalls ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich weder aus der Chronologie der Behandlung vor dem Emphysem noch aus dem Verhalten des Beklagten nach der Emphysementstehung eine Sorgfaltspflichtverletzung ergäbe. Die Entstehung eines Emphysems an sich stelle keinen Beleg für einen Kunstfehler dar. Insofern hat der Sachverständige nicht nur den im dortigen Verfahren behaupteten Behandlungsfehler, der Beklagte habe zu tief in den Kiefer gebohrt, untersucht, sondern umfassend das Verhalten des Beklagten im Rahmen der Behandlung am 23.3.2009 und die Entstehungsgründe für die beim Kläger aufgetretenen Beschwerden.
b) Hinsichtlich des Anspruchsgrundes als Teil des Streitgegenstands ist unerheblich, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht und ob die Parteien die im Vorprozess nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs damals bereits kannten und hätten vortragen können (BGH, Urt. v. 19.11.2003 - VIII ZR 60/03, NJW 2004, 1252, 1253, auch veröffentlicht in BGHZ 157, 47, m.w.N.). Deshalb erweist sich der klägerische Einwand, der im hiesigen Prozess behauptete Behandlungsfehler sei ihm erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens vor dem AG Wiesbaden, Az. 91 C 7205/09 (84), im Rahmen einer zahnärztlichen Behandlung im Jahr 2013 bekannt geworden, als unbehelflich. Denn die Kenntnis vom behaupteten Lebenssachverhalt hat auf den Streitgegenstand und mit ihm auf den Umfang der Rechtskraft der Entscheidung des AG Wiesbaden keinen Einfluss.
2. Auf die Widersprüchlichkeiten im Vortrag des Klägers hinsichtlich der Dauer der von ihm erlittenen Schmerzen kommt es folglich nicht an. Gleiches gilt für die Behauptung des Beklagten, bei Zahn 14 hätten sich im Jahr 2013 zwei Stifte gefunden, wohingegen er am 23.3.2009 nur einen Stift gesetzt habe. Das Gericht weist jedoch darauf hin, dass es diesen Einwand bei Vergleich des durch Herrn Dr. med. dent. B gefertigten Röntgenbilds und der Röntgenbilder in Anlage zum Gutachten des Prof. Dr. Dr. A für durchgreifend erachten dürfte.
3. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 11, 711 S. 1 und 2, 709 S. 2 ZPO.

68. OLG Hamm, Urteil vom 05.09.2014 – I-26 U 21/13, 26 U 21/13 – * Zahnärztlicher Behandlungsvertrag: Nachbesserungsversuche bei einer gebotenen Neuanfertigung; Schmerzensgeld bei fehlerhafter Brückenkonstruktion

Leitsatz

Einem Zahnarzt steht ein Vergütungsanspruch dann nicht zu, wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung durch den Patienten veranlasst hat. Ist die geleistete Arbeit des Zahnarztes für den Patienten nicht wieder verwendungsfähig, entfällt auch der Anspruch auf anteilige Vergütung der zahnärztlichen Leistung. Ist die Neuanfertigung des Zahnersatzes geboten, muss der Patient sich nicht mit Nachbesserungsversuchen zufrieden geben.

Orientierungssatz

Eine fehlerhafte Brückenkonstruktion, die zu einer Verlagerung des Kiefergelenks führt und eine Fehlbelastung der Muskulatur mit Kopfschmerzen und Nackenschmerzen zur Folge hat, kann ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500 € rechtfertigen.

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 19.12.2012 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.
Die Klage wird abgewiesen.
Auf die Widerklage des Beklagten wird der Kläger verurteilt, an den Beklagten 2.500,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3.08.2012 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass der Kläger verpflichtet ist, ihm sämtlichen materiellen Schaden aus der zahnprothetischen Behandlung zu erstatten, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen.
Der weitergehende Zinsanspruch bleibt abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.
Die Kosten des Streithelfers trägt dieser selbst.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.
Die Parteien streiten um Ansprüche aus einer zahnärztlichen Behandlung.
Der Beklagte befand sich in der Zeit vom 28.2.2006 bis zum 31.5.2011 in der zahnärztlichen Behandlung des Klägers. Zwischen dem 18.1.2011 und dem 18.3.2011 führte dieser eine zahnprothetische Behandlung durch. Am 15.03. und 18.3.2011 wurden Brücken eingegliedert. Dabei zeigten sich, insbesondere durch Einschleifen Mängel, die der Beklagte unter dem 20.03.2011 rügte. Der Kläger stellte seine Leistungen mit Rechnung vom 18.3.2011 in Höhe der Klageforderung in Rechnung. Anschließend korrespondierten die Parteien wegen der weiteren Vorgehensweise. Per Email vom 31.05.2011 wies der Kläger den Beklagten darauf hin, dass er zu weiteren zahnärztlichen Leistungen ohne Vergütung nicht bereit sei. Mit anwaltlichem Schreiben vom 14.7.2011 lehnte der Beklagte die weitere Behandlung durch den Kläger ab. Der Kläger hat mit seiner Klage Behandlungskosten i.H.v. 8.599,25 EUR geltend gemacht. Der Beklagte hat widerklagend die Zahlung von Schmerzensgeld, sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für materielle Schäden verlangt. Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte habe ihm nicht ausreichend Gelegenheit gegeben, den Zahnersatz ordnungsgemäß einzugliedern. Der Beklagte hat behauptet, der Zahnersatz sei trotz zahlreicher Nachbesserungsversuche mangelhaft.
In dem auf Antrag des Beklagten eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren (5 H 13/11 Amtsgericht Bielefeld) erstattete der Sachverständige, Dr. I, ein schriftliches Gutachten. Darin kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die Brücken durch starkes Einschleifen der Okklusionsflächen zahlreiche zahntechnische Mängel aufweisen, die nur durch eine Neuanfertigung der gesamten Oberkonstruktion zu beheben sind.
Durch die angefochtene Entscheidung hat das Landgericht nach Einholung eines mündlichen Sachverständigengutachtens der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch auf Vergütung der von ihm durchgeführten zahnärztlichen Behandlung gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Dem stehe nicht entgegen, dass vom Beklagten Mängel behauptet worden seien. Der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis für die Mangelhaftigkeit des vom Kläger gefertigten Zahnersatzes nicht geführt. Zwar habe der Sachverständige festgestellt, dass der Kontakt nicht gleichmäßig sei und an verschiedenen Zähnen Abplatzungen und Beschädigungen an der Keramik vorlägen. Dem Kläger sei jedoch die Vornahme von Korrekturmaßnahmen zu gewähren, bevor dem Beklagten ein Recht zur Kündigung gemäß § 628 BGB zugebilligt werden könne. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass zum Zeitpunkt der Kündigung durch den Beklagten die Behandlung noch nicht abgeschlossen gewesen sei und der Kläger keine ausreichende Möglichkeit zur Nachbesserung gehabt habe. Nach den vom Sachverständigen ausgewerteten Behandlungsunterlagen sei am 15.3.2011 lediglich eine Einprobe der Brückenkonstruktion und am 18.3.2011 die eigentliche Eingliederung erfolgt. Die zahnärztliche Behandlung sei auch nicht durch die Rechnungsstellung vom 18.3.2011 beendet worden. Demgegenüber habe der Beklagte lediglich pauschal zahlreiche Nachbesserungsversuche des Klägers behauptet. Dass nach den Feststellungen des Sachverständigen die Brückenkonstruktion nicht mehr zu verwenden gewesen sei, sondern neu hätte erstellt werden müssen, beruhe nicht auf einem Behandlungsfehler. Die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche stünden dem Beklagten nicht zu, da ein Behandlungsfehler nicht feststellbar sei.
Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung trägt er vor, das Landgericht sei fehlerhaft von einem Nacherfüllungsrecht des Klägers ausgegangen. Ein solches Recht sei gesetzlich jedoch nicht vorgesehen und sei auch nicht mit den berechtigten Interessen des Patienten zu vereinbaren. Diesem sei es nicht zuzumuten, sich bei mangelhafter Herstellung der Zahnprothetik mehrmals wieder in die Hände des Zahnarztes begeben zu müssen.

Fehlerhaft sei auch die Annahme des Landgerichts, die Herstellung der Zahnprothetik sei nicht mangelhaft erfolgt. Der Sachverständige habe festgestellt, dass diese durch die Nachbearbeitungsarbeiten völlig unbrauchbar geworden sei. Dies führe dazu, dass ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung nicht bestehe und der Kläger verpflichtet sei, dem Beklagten ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen.
Der Beklagte beantragt abändernd,
die Klage abzuweisen;
den Kläger zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.3.2011;
festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihm sämtlichen materiellen Schaden aus der zahnprothetischen Behandlung zu erstatten, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen.
Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung und trägt ergänzend vor, ihm habe die Möglichkeit der Korrektur auch in Form einer Neuanfertigung des Zahnersatzes als Nachbesserungsrecht zugestanden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen habe er die Möglichkeit gehabt, die Brückenkonstruktion ohne weiteres neu zu erstellen. Einen solchen Nachbesserungsvorschlag habe der Beklagte nicht einfach ablehnen dürfen. Ein Behandlungsfehler habe nicht vorgelegen, da die Ungenauigkeiten nach dem ersten Eingliederungsversuch der Schwierigkeit im konkreten Fall, wie der Sachverständige festgestellt habe, geschuldet gewesen seien. Die Anpassung der Prothetik sei für den Beklagten auch zumutbar gewesen. Im übrigen habe der Beklagte seine Kündigung auch nicht auf einen Behandlungsfehler gestützt.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat die Parteien persönlich gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige hat sein Gutachten erneut mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 05.09.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Beklagten ist zulässig und begründet. Sie führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.
1. Die Klage, mit der der Kläger einen Anspruch auf Vergütung der von ihm erbrachten zahnärztlichen Leistungen begehrt, ist unbegründet.
Zutreffend sind die Erwägungen des Landgerichts, dass der Vergütungsanspruch des Klägers aus § 611 BGB folgt, da der Vertrag über die Sanierung des Gebisses des Beklagten insgesamt als Dienstvertrag über Dienste höherer Art anzusehen ist (vgl. BGH, NJW 2011, 1674). Deshalb steht dem Vergütungsanspruch des Klägers grundsätzlich auch nicht entgegen, dass der Beklagte den Vertrag gem. § 627 BGB gekündigt hat. Anders als im Sinne einer fristlosen Kündigung ist das anwaltliche Schreiben vom 14.07.2011, in dem der Beklagte mitgeteilt hat, dass ihm das Vertrauen in die Person des Klägers fehle und er die Mangelbeseitigung durch einen anderen Zahnarzt ausführen lassen wolle, nicht zu verstehen. Die Kündigung des Vertrages, die auch ausdrücklich auf Mängel infolge von Behandlungsfehlern gestützt worden ist, war zu diesem Zeitpunkt auch noch möglich, weil das Vertragsverhältnis noch nicht beendet war. Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers erfolgte das Einsetzen der Brückenkonstruktion nur provisorisch, so dass noch Änderungs- und Anpassungsarbeiten vorgenommen werden mussten. Aus § 628 Abs. 1 S. 1 BGB folgt indessen, dass der Verpflichtete auch im Falle der Kündigung gem. § 627 BGB die Vergütung seiner bis dahin erbrachten Leistungen verlangen kann.
b) Gleichwohl besteht vorliegend der Anspruch des Klägers nicht. Nach § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB steht dem Dienstverpflichteten kein Vergütungsanspruch zu, wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Dienstberechtigten veranlasst hat. So liegt der Fall hier. Ein vertragswidriges Verhalten in diesem Sinne setzt eine schuldhafte, nicht nur geringfügige Pflichtverletzung voraus. Diese ist hier gegeben, denn nach den Feststellungen des Sachverständigen ist dem Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen.
Die Brückenkonstruktion des Klägers ist mit zahlreichen Mängeln behaftet. Es liegen, wie der Sachverständige bereits in der mündlichen Verhandlung beim Landgericht erläutert hat, Schäden an der Keramik der Brückenkonstruktion vor. Es gibt an mehreren Zähnen Abplatzungen. Ferner ist davon auszugehen, dass die Okklusion mangelhaft ist. Der Sachverständige hat dazu im Kammertermin ausgeführt, dass die Kontakte der Kauflächen nicht ausreichend und gleichmäßig seien, was zu einer Verlagerung des Kiefergelenks geführt habe. Vor allem hat der Sachverständige aber darauf hingewiesen, dass die Brückenkonstruktionen erhebliche Einschleifspuren aufweisen, die die prothetische Versorgung insgesamt nutzlos machen. Die groben Spuren, so der Sachverständige, gehen bis auf das Grundgerüst, so dass die Konstruktionen nicht mehr verwendet werden können und die Prothetik - bis auf die Implantatpfosten - neu erstellt werden muss. Wie der Sachverständige im Rahmen der nochmaligen mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin ausdrücklich erklärt hat, entsprach die Brückenkonstruktion des Klägers nicht dem fachärztlichen Standard. Eine Neuanfertigung sei zwingend notwendig geworden, so dass

aus Sicht des Sachverständigen die in der Kündigung liegende Reaktion des Beklagten nachvollziehbar gewesen sei.
Der Beklagte schuldet die verlangte Vergütung auch nicht zu einem geringeren Anteil. Die Vorschrift des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB regelt zwar, dass die Vergütung im Falle einer berechtigten Kündigung nur insoweit nicht zusteht, als die bisherigen Leistungen für den Kündigenden kein Interesse mehr haben. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts geht der Senat indessen davon aus, dass die gesamte Leistung des Klägers für den Beklagten wertlos geworden ist. Soweit das Landgericht seine Auffassung damit begründet hat, der Sachverständige habe im Kammertermin ausgeführt, dass eine neue Brücke, aufbauend auf den bis zum 18.03.2011 gewonnenen Erkenntnissen "prima" hätte erstellt werden können, vermag dem der Senat nicht zu folgen. Auf ausdrückliches Befragen hat der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung im Senatstermin erklärt, dass man die Korrekturen nicht hätte "im Mund" vornehmen können. Es hätte eine neue Bissnahme erfolgen müssen, denn die alte Brücke hätte auch als Bissnahme nicht getaugt. Die Arbeit des Klägers sei daher insgesamt nicht mehr verwendungsfähig gewesen. Wenn aber nach der vom Sachverständigen im Senatstermin erklärten Einschätzung eine Neuanfertigung der Konstruktion zwingend notwendig war, brauchte der Beklagte dem Kläger auch nicht die Möglichkeit der Nachbesserung seiner Arbeit einzuräumen. Hierzu war der Beklagte als Patient auch unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verpflichtet (BGH, NJW 2011, 1674). Eine solche Verpflichtung besteht für einen Patienten nur dann, wenn der Zahnarzt ihm eine Neuanfertigung anbietet. Gerade daran aber fehlt es hier.
2. Die Widerklage des Beklagten ist überwiegend begründet.
a) Der Beklagte hat gegen den Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB in Höhe von 2.500 EUR.
Wie bereits ausgeführt, sind dem Kläger Behandlungsfehler zur Last zu legen, die bei dem Beklagten zu Gesundheitsbeeinträchtigungen geführt haben. Nach den Feststellungen des Sachverständigen weist die Prothetik Mängel beim Kontakt der Kauflächen auf. Es handele sich dabei, so der Sachverständige, um einen sog. Frühkontakt, der zu einer Verlagerung des Kiefergelenks führe. Dies hat eine Fehlbelastung der Muskulatur zur Folge, aus der Kopfschmerzen und auch Nackenschmerzen resultieren können. Insoweit geht der Senat im Rahmen des ihm gem. § 287 ZPO eingeräumten Ermessens davon aus, dass auch die vom Beklagten nachvollziehbar geschilderten Beschwerden beim Essen auf dem Behandlungsfehler des Klägers beruhen. Darüber hinaus hat der Fehler zu einem Abbrechen des Zahnes 48 geführt. Das hat der Sachverständige nachvollziehbar auf eine Überlastung zurückgeführt, da der Zahn 48 aufgrund des Frühkontaktes besonders belastet werde. Ob allerdings auch die vom Beklagten vorgetragenen Zahnfleischentzündungen durch die mangelhafte Brücke verursacht worden sind, lässt sich nicht mit Gewissheit feststellen. Insoweit hat der Sachverständige eine Ursächlichkeit auch in dem Sinne verneint, dass die Entzündungen durch die fehlerhafte Brücke lediglich begünstigt werden könnten.
Der Senat hält angesichts dieser Beeinträchtigungen ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500 EUR für angemessen im Sinne des § 253 Abs. 2 BGB. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes hat der Senat berücksichtigt, dass sich der Beklagte einer letztlich nutzlosen zahnärztlichen Behandlung unterziehen musste. Er musste die zahnprothetische Versorgung durch einen anderen Zahnarzt noch einmal vornehmen lassen, wodurch er nochmals eine unangenehme und langwierige Behandlung vornehmen lassen musste. Der Zahn 48 ist aufgrund des Behandlungsfehlers abgebrochen und dadurch endgültig verloren. Die fehlerhafte Behandlung hat zu einer erheblichen Beeinträchtigung dadurch geführt, dass der Beklagte bis zur Neueingliederung des Zahnersatzes im Jahr 2012 wegen der Okklusionsmängel nicht richtig zubeißen und kauen konnte.
b) Der Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht für sämtliche materiellen Schäden aus der Behandlung des Klägers ist gem. § 256 ZPO trotz möglicher Leistungsklage zulässig, denn es ist zu erwarten, dass der Streit endgültig beigelegt ist, nachdem der Behandlungsfehler des Klägers nunmehr feststeht. Der Feststellungsanspruch ist gem. §§ 611, 280, 823, 628 Abs. 2 BGB auch begründet.
c) Der geltend gemachte Zinsanspruch ist nur teilweise begründet. Der Beklagte kann die Verzinsung seines Schmerzensgeldanspruchs seit Rechtshängigkeit gem. §§ 291, 288 BGB, die durch Zustellung der Widerklage am 02.08.2012 eingetreten ist, verlangen. Soweit er Zinsen ab dem 20.03.2011 geltend macht, ist ein Rechtsgrund dafür nicht erkennbar. Die Email des Beklagten vom 20.03.2011 enthält zwar eine Mangelanzeige, jedoch keine Aufforderung zur Leistung von Schmerzensgeld.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Nr. 2, 101 ZPO.

69. OLG Köln, Beschluss vom 05.09.2014 – I5 U 61/14, 5 U 61/14 – * Arzthaftungsprozess: Substanziierungpflicht des klagenden Patienten

Leitsatz

1. Auch unter Berücksichtigung der im Arzthaftungsprozess überaus maßvollen Substanziierungsanforderungen an den Parteivortrag genügt zur schlüssigen Darlegung eines Behandlungsfehlers nicht die

bloße Behauptung, eine Wurzelbehandlung habe mehrere Monate später zu einem Tinnitus geführt und dies müsse auf einem Behandlungsfehler beruhen.
2. Behauptet der Patient gegenüber dem Zahnarzt das Vorliegen eines Tinnitus, den er auf die Zahnbehandlung zurückführt, so ist der Zahnarzt nur zur Überweisung an einen Facharzt, nicht aber zur Ergreifung eigener Diagnose- oder Behandlungsmaßnahmen gegen den Tinnitus verpflichtet.

Orientierungssatz

Im Arzthaftungsprozess sind an die Substantiierungspflicht des klagenden Patienten nur maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen (vergleiche BGH, 8.06.2004, VI ZR 199/03; BGHZ 159, 245ff.). 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, 27.05.2002, 5 U 272/01, OLG Düsseldorf, 8.04.2004, 8 U 96/03).

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 18.02.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 140/12 - 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, denn der Kläger hat auch unter Berücksichtigung der nur maßvollen Anforderungen an die Substantiierungspflicht eines klagenden Patienten einen kausalen Behandlungsfehler nicht schlüssig dargelegt. Einer Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es mangels schlüssigen Klagevorbringens nicht.
Im Arzthaftungsprozess sind an die Substantiierungspflicht des klagenden Patienten nur maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen, weil von ihm eine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge regelmäßig nicht erwartet und gefordert werden können (vgl. BGHZ 159, 245 ff.). 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, Urteil vom 27.05.2002, Az. 5 U 272/01, Tz. 3; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2004, Az. 8 U 96/03, Tz.16, zitiert nach juris). Dem genügt der Sachvortrag des Klägers - wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat - in keiner Weise. Soweit der Kläger behauptet, er habe infolge der durch den Beklagten vorgenommenen Wurzelbehandlung einen Tinnitus erlitten, erschließt sich nicht, worin das behandlungsfehlerhafte Vorgehen des Beklagten liegen soll. Der Kläger behauptet noch nicht einmal eine fehlerhafte, nicht lege artis durchgeführte Wurzelbehandlung. Dass zweieinhalb Monate nach Abschluss der Wurzelbehandlung ein Tinnitus, also ein subjektiv empfundenes Geräusch in den Ohren, aufgetreten ist, und dass - so die Behauptung des Klägers - ein Zusammenhang zwischen einer Wurzelbehandlung und einem Tinnitus bestehen kann, genügt den Anforderungen an einen schlüssigen Klagevortrag nicht. Einer Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage eines Behandlungsfehlers bedurfte und bedarf es daher nicht.
Soweit der Kläger dem Beklagten vorwirft, er habe es grob fehlerhaft unterlassen, Maßnahmen gegen den Tinnitus zu ergreifen, insbesondere eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen, um ihn aus einer beruflichen Stresssituation herauszunehmen, eine Infusionstherapie anzuordnen und ihn in eine Spezialklinik für Tinnitus-Patienten einzuweisen, ist auch insoweit ein Behandlungsfehler nicht schlüssig dargelegt. Zu Recht hat das Landgericht auf den Sorgfaltsmaßstab eines Zahnarztes abgestellt und als Ansatzpunkt für einen Behandlungsfehler allein das Unterlassen einer Überweisung an einen für die Behandlung von Tinnitus zuständigen Facharzt gesehen. Ein solches Unterlassen hat sich indes schadensursächlich nicht ausgewirkt, da sich der Kläger bereits wegen der Ohrengeräusche in der fachärztlichen Behandlung einer Fachärztin für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde befand. Mangels schlüssig dargelegten Behandlungsfehlers musste das Landgericht kein Sachverständigengutachten einholen.
Auf die Frage, ob das Landgericht das in dem Rechtsstreit Landgericht Köln, Az. 25 O 382/10 eingeholte Gutachten in prozessual zulässiger Weise verwertet hat, kommt es danach nicht mehr an. Gleichwohl weist der Senat darauf hin, dass es von dem Kläger im Hinblick auf das Gutachten von Prof. Dr. E jedenfalls zu fordern gewesen wäre, sich für ein schlüssiges Klagevorbringen mit dem Gutachten argumentativ auseinanderzusetzen und zu begründen, warum ärztliche Therapiemaßnahmen zur Behandlung eines

Tinnitus, die grundsätzlich in das Tätigkeitsgebiet eines Facharztes für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde fallen würden, die aber nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. E in der konkreten Situation nicht zu fordern waren, nun von dem Beklagten als Zahnarzt zu fordern gewesen wären. Das Argument, das Gutachten sei in einem gegen Frau Dr. T und nicht in einem gegen den Beklagten gerichteten Verfahren erstellt worden, überzeugt nicht. Ebenso wenig greift die Rüge des Klägers, er habe den Sachverständigen im Rahmen einer mündlichen Anhörung zu dem medizinischen Zusammenhang zwischen Wurzelbehandlung und einer Tinnituserkrankung befragen wollen. Auf die Frage des Ursachenzusammenhangs kommt es nämlich - wie ausgeführt - mangels schlüssig dargelegten Behandlungsfehlers schon nicht an.
Zu Recht hat das Landgericht schließlich kein Gutachten zu der Frage eingeholt, ob der Beklagte bildgebende Verfahren zur Abklärung des Ohrengeräusches hätte anwenden müssen. Zum einen gehörte die Abklärung eines Verdachts auf eine Tinnituserkrankung - wie ausgeführt - nicht in das Tätigkeitsgebiet eines Zahnarztes. Zum anderen hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt, welche Aufnahmen neben den am 31.03.2008 gefertigten Röntgenaufnahmen zu fordern gewesen wären und welche weiterführenden Erkenntnisse aus den Aufnahmen hätten gezogen werden müssen.
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).

70. OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2014 – I-26 U 30/13, 26 U 30/13 – * Arzthaftung: Äußerung des Patientenwillens zur Behandlung nur durch einen bestimmten Arzt; Indikation für Nasennebenhöhlen- und Nasenmuschelope-ration

Leitsatz

1. Will der Patient nur durch einen bestimmten Arzt, z. B. einen bestimmten Chefarzt, behandelt werden, so muss der Patient den Behandlungsausschluss durch andere Ärzte hinreichend deutlich machen.
2. Die Indikation des operativen Vorgehens einer Nasennebenhöhlen- und Nasenmuscheloperation ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die konservativen Therapiemethoden erschöpft sind.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 25.01.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Kläger auferlegt.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.
Gründe
I.
Der Kläger litt seit längerer Zeit unter einer andauernden Behinderung der Nasenatmung und häufigen Entzündungen der Nasennebenhöhlen. Am 10.07.2007 stellte er sich in der Ambulanz der Klinik der Beklagten zu 1) vor. Zur Durchführung eines operativen Eingriffs vereinbarte er mit dem Beklagten zu 2) eine Chefarztbehandlung. Am 11.07.2007 wurde die Operation komplikationslos durchgeführt. Im Anschluss daran kam es zu einer Nachblutung, die mittels in die Nase eingebrachter Tamponaden gestoppt werden konnte. Ferner entwickelte sich vorübergehend eine Schwellung des linken Auges, ohne dass Einschränkungen des Sehvermögens eintraten. Am 13.07.2007 wurde der Kläger auf eigenen Wunsch aus der Klinik der Beklagten zu 1) entlassen.
Der Kläger hat ein Schmerzensgeld i.H.v. 75.000 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden mit der Begründung beantragt, die durchgeführte Operation sei nicht indiziert gewesen und ohne ausreichende Aufklärung durchgeführt worden. Die nach der Operation aufgetretene Nachblutung sei nicht sachgemäß behandelt worden. Wegen der erlittenen Angst vor dem Verbluten sei er traumatisiert und befinde sich in psychotherapeutischer Behandlung.
Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und dessen mündlicher Erläuterung abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger sei weder fehlerhaft behandelt noch unzureichend aufgeklärt worden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei der operative Eingriff vom 11.07.2007 medizinisch indiziert gewesen, weil eine weitere konservative Behandlung nicht mehr erfolgversprechend gewesen sei, nachdem eine Stereoidtherapie frustran durchgeführt worden sei. Die Durchführung der Operation sei nicht zu beanstanden gewesen. Die Nachblutung

sei nicht auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen gewesen. Es handele sich vielmehr um ein behandlungsimmanentes Risiko. Die Nachbehandlung beim Auftreten der Blutung sei fachgerecht erfolgt, insbesondere ergäben sich keine Hinweise auf einen lebensgefährlichen Blutverlust. Der Kläger sei ausweislich der von ihm unterzeichneten Aufklärungsbögen auch ausreichend, insbesondere rechtzeitig aufgeklärt worden. Dass über das Risiko einer Nachblutung aufgeklärt worden sei, ergebe sich bereits aus der handschriftlichen Ergänzung auf dem Aufklärungsbogen. Aus dem Formular ergebe sich auch, dass eine alternative Behandlung mittels Cortison nicht mehr in Betracht komme, wenn diese frustran verlaufe. Wegen der weiteren Einzelheiten der getroffenen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.
Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung führt er aus, der operative Eingriff sei nicht indiziert gewesen, weil die konservativen Therapien nicht ausgeschöpft gewesen seien. Dass eine medikamentöse Therapie durchgeführt worden sei, sei nicht ersichtlich und ergebe sich insbesondere nicht aus dem Arztbrief des Dr. L, der auch nicht Hals-Nasen-Ohren-Arzt, sondern Lungenfacharzt sei. Die einschlägige Leitlinie empfehle aber eine längerfristige antibiotische Therapie. Dass der operative Eingriff kontraindiziert gewesen sei, habe auch der pathologische Befund bestätigt. Die Operation sei fehlerhaft verlaufen, da aufgrund eines falschen Zugangs oder einer fehlerhaften Präparation eine Arterie in der Nase verletzt worden sei. Die Resektion der mittleren Nasenmuschel sei nicht erforderlich gewesen. Die Laborbefunde sprächen für einen erheblichen Blutverlust, der nur durch die Operation verursacht worden sein könne. Die Indikation für einen Eingriff an der mittleren Nasenmuschel habe der Sachverständige nicht bestätigt. Dass eine Blut-Substitution unterlassen worden sei, sei ebenfalls fehlerhaft gewesen. Darüber hinaus sei eine ordnungsgemäße Aufklärung nicht nachgewiesen worden. Der Kläger habe in eine Operation durch den Beklagten zu 3) nicht eingewilligt. Es fehle an der erforderlichen Grundaufklärung, da eine Aufklärung über das gravierende Risiko einer Erblindung nicht erfolgt sei. Über eine alternative konservative Behandlung sei nicht aufgeklärt worden. Eine Aufklärung am Vortag sei in Anbetracht der Risiken des Eingriffs verspätet gewesen.
Der Kläger beantragt,
abändernd, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des erkennenden Senats gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.07.2007 zu zahlen,
abändernd, festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs verpflichtet sind, dem Kläger sämtlichen materiellen und den künftigen weiteren, noch nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden aus Anlass der Behandlung vom 10.07.2007 bis zum 13.07.2007 in der Hals-, Nasen- Ohrenklinik zu ersetzen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen die erstinstanzliche Entscheidung und tragen ergänzend vor, die durchgeführte und fehlgeschlagene konservative Therapie, die die Operationsindikation rechtfertige, ergebe sich bereits daraus, dass sich der Kläger während eines Urlaubs in Dänemark von einem Allgemein-Arzt mittels Antibiotika habe behandeln lassen. Darüber hinaus sei die Operation auch deshalb indiziert gewesen, weil der Kläger seit mehreren Jahren unter chronischen sinusitischen Beschwerden gelitten habe. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei die Operationsdurchführung nicht zu beanstanden gewesen. Postoperativ habe sich kein Verdacht auf einen Blutverlust ergeben, so dass eine Blutuntersuchung nicht erforderlich gewesen sei.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat den Kläger und den Beklagten zu 3) persönlich gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige hat sein Gutachten erneut mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 02.09.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.
Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die dagegen mit der Berufung vorgebrachten Einwände des Klägers greifen nicht durch und rechtfertigen keine abändernde Entscheidung.
1. Der Kläger hat mit seiner Berufung zwar zutreffend gerügt, dass das Landgericht entschieden hat, ohne seinem Antrag auf Gewährung einer Frist zur Stellungnahme im Anschluss an die Beweisaufnahme entsprochen zu haben. Da ein Antrag auf Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht gleichwohl vom Kläger nicht gestellt worden ist, hatte der Senat gemäß § 538 Abs. 1 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden.
2. Auch nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme ist die Klage unbegründet. Entgegen der Auffassung des Klägers hat der Senat keine Bedenken, die Entscheidung auf die Feststellungen des Sachverständigen zu stützen. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen

Gutachten und den mündlichen Erläuterungen vor dem Landgericht und dem Senat sämtliche Fragen umfassend und nachvollziehbar beantwortet. Anhaltspunkte, die die Begutachtung gleichwohl als ungenügend erscheinen lassen, so dass gemäß § 412 Abs. 1 ZPO eine neue Begutachtung anzuordnen wäre, sind nicht ersichtlich.
a) Es lässt sich nicht feststellen, dass der Kläger fehlerhaft behandelt worden ist.
aa) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger darauf, dass der operative Eingriff nicht indiziert gewesen sei, weil konservative Therapiemethoden nicht ausgeschöpft gewesen seien. Sein Hinweis auf die deutsche Leitlinie der Gesellschaft für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde, Kopf- und Halschirurgie aus dem Jahr 2007, nach der alternativ zur chirurgischen Therapie eine längerfristige antibiotische Therapie in Betracht gezogen werden müsse, ist unerheblich.
Die europäische Richtlinie aus dem Jahr 2007, auf die sich der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vor dem Landgericht bezogen hat, sieht nichts anderes vor. Auch danach soll für die Dauer von sechs Wochen eine konservative Therapie erfolgen. Wenn diese aber ohne Erfolg bleibe, so der Sachverständige, sei der chirurgische Eingriff indiziert. Diese Voraussetzung hat hier vorgelegen. Der Sachverständige hat aus dem Arztbrief des Dr. L vom 30.5.2007 plausibel hergeleitet, dass bei dem Kläger eine mindestens sechs-wöchige Therapie mit Antibiotika erfolglos durchgeführt worden war. Demgegenüber ist die Meinung des Klägers, aus diesem Arztbrief ergebe sich nicht, dass eine ausreichende Antibiose vor der Operation stattgefunden habe, nicht nachvollziehbar. In dem Arztbrief heißt es, dass der Kläger "vor langen Jahren hier wegen rezidivierender Bronchial-Infekte und einer chronischen Sinu-Rhinitis in gelegentlicher Behandlung" gewesen sei. "Jetzt seit etwa vier Wochen anhaltender Reiz der oberen/unteren Atemwege mit dem Gefühl eines Sekretflusses von der Nase in den Rachen hinein, wenig geändert durch die zuletzt weitgefasste Antibiose." Abschließend heißt es dort, dass "über die Antibiose hinaus mit kurzem Celestamine-Stoß und Feuchtinhalation eine Beruhigung herbeigeführt werden solle". Diese Angaben hat der Sachverständige dahingehend interpretiert, dass seit Anfang05.eine frustran verlaufene Antibiotika-Therapie bis zur Operation Mitte Juli, mithin in einem Zeitraum von über 6 Wochen stattgefunden hatte. Der Senat hat keinen Anlass, an der Richtigkeit dieser Einschätzung zu zweifeln. Zu beachten ist nämlich, dass der Kläger selbst im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht angegeben hat, dass er während eines Urlaubs in Dänemark etwa 2-3 Wochen vor der Operation bei einem Allgemeinarzt gewesen, der ihm wegen seiner Probleme ein Antibiotikum verordnet habe, dass aber nicht viel geholfen habe. Die Richtigkeit seiner aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlichen Angaben, hat der Kläger im Senatstermin ausdrücklich bestätigt. Sein Einwand, die Celestamine-Stöße seien zur Behandlung der Lunge und nicht der Nase erfolgt, mag zutreffend sein. Sicher ist dies jedoch nicht, so dass der Senat daraus nichts zu Gunsten des Klägers herleiten kann. Ebenfalls unbeachtlich ist der Einwand des Klägers, bei Herrn Dr. L handele es sich um einen Lungenfacharzt und nicht um einen Hals-Nasen-Ohrenarzt, so dass eine Behandlung der Atemwege nicht Gegenstand des Arztbriefes sein könne. Der Sachverständige hat im Senatstermin auf Fragen der Klägervertreterin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Behandlung auch durch einen Lungenfacharzt erfolgen könne, weil eine Sinusitis auch die Bronchien beeinträchtige. Aus der Tatsache, dass am 29.5.2007 ein CT der Nasennebenhöhle veranlasst worden sei, sei zu folgern, dass die Rhinitis behandelt worden sei.
Ebenfalls unbegründet ist der Einwand des Klägers, der operative Eingriff sei nicht gerechtfertigt gewesen, weil sich aus dem pathologischen Befund vom 11.7.2007 nur eine mäßiggradige Sinusitis sowie eine leicht- bis mäßiggradige Rhinitis ergeben habe und auch der CT-Befund vom 31.5.2007 keine Operation indiziere. Der Senat folgt der Einschätzung des Sachverständigen, der eine Indikation des durchgeführten Eingriff insbesondere unter Berücksichtigung des CT-Befundes angenommen hat, weil darin eine klinisch sichtbare Verlegung der Nasenhaupthöhle beschrieben worden sei. Im Senatstermin dazu befragt, hat der Sachverständige ausdrücklich erklärt, dass sich an dieser Einschätzung nichts ändere. Auch aus dem histologischen Befund ergebe sich nichts, so der Sachverständige, was einer Indikation entgegengestanden haben könne.
bb) Die weitere mit der Berufung vorgebrachte Rüge des Klägers, entgegen den Feststellungen des Landgerichts sei die Operation fehlerhaft durchgeführt worden, ist auch unbegründet.
Seine dafür vorgetragene Begründung, bei dem Eingriff sei fehlerhaft eine Arterie in der Nase verletzt worden, was zu einer Blutung mit erheblichem Blutverlust geführt habe, ist unzutreffend. Nach den eindeutigen Feststellungen des Sachverständigen gibt es keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass es zu einem solchen Behandlungsfehler gekommen ist. Er hat eine Verletzung der Arterie mit der nachvollziehbaren Begründung ausgeschlossen, dass es dafür eindeutige Anzeichen hätte geben müssen, z.B. ein Hämatom im Bereich des Auges, das zwangsläufig zu einer Erblindung geführt hätte. Des weiteren hat er darauf hingewiesen, dass die postoperativ aufgetretene Blutung wahrscheinlich auf eine kapillare Verletzung zurückzuführen gewesen sei, die bei derartigen Operationen stets vorkommen könne, aber nicht zu einer Lebensgefahr führe. Darüber hinaus hätte es bei einer Arterienverletzung schon während der Operation zu einer Blutung kommen müssen, die vom Anästhesisten zu protokollieren gewesen wäre. Eine Blutung infolge der Verletzung einer Arterie hätte, so der Sachverständige, auch nicht mittels Tamponaden gestillt werden können. Schließlich hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass es im Bereich

der Nasenmuscheln keine größeren Gefäße gebe, deren Verletzung zu einer bedrohlichen Blutung führen könnte. Die Arterie, die allenfalls hätte verletzt werden können, sei in dem Operationsgebiet knöchern eingebaut und dadurch vor Verletzungen geschützt. Dass es bei der Operation zu einer Einblutung im Bereich des Augenlides gekommen ist, hat der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens beim Landgericht damit erklärt, dass intraoperativ festgestellt worden sein könne, dass die Resektion der Lamina papyracea entzündungsbedingt erforderlich gewesen sei. Aus dem CT vom 29.5.2007 hätten sich, wie der Sachverständige ausgeführt hat, Anhaltspunkte für eine solche Entzündung ergeben.
Die Fehlerhaftigkeit der Operation lässt sich entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht damit begründen, dass das Ausmaß des operativen Eingriffs, insbesondere die Resektion der mittleren Nasenmuschel, nicht erforderlich gewesen sei. Wie der Sachverständige bei der mündlichen Erläuterung des Gutachtens im Senatstermin ausdrücklich erklärt hat, seien sowohl die Durchtrennung des Trommelfells als auch die Nasenmuschelverkleinerung medizinisch indiziert gewesen. Für die gegenteilige Behauptung des Klägers, die Nasenatmung sei nicht behindert gewesen, so dass die Resektion der Nasenmuschel nicht indiziert gewesen sei, fehlen indessen greifbare Anhaltspunkte.
cc) Auch der Einwand des Klägers, die postoperative Behandlung sei fehlerhaft gewesen, ist unbegründet. Ohne Erfolg hat der Kläger gerügt, dass die unmittelbare Nachbehandlung nach Auftreten der Nachblutung nicht dem fachärztlichen Standard entsprochen habe. Auch kann nicht festgestellt werden, dass aufgrund des Blutverlustes infolge der Nachblutung eine Blutsubstitution erforderlich gewesen ist. Der Senat folgt auch insoweit der Einschätzung des Sachverständigen, der keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Nachbehandlung gesehen hat. Wie oben bereits dargelegt, gibt es keinen Hinweis auf einen größeren Blutverlust bzw. darauf, dass für den Kläger tatsächlich Lebensgefahr bestanden habe. Insoweit hat der Sachverständige auch eine Blutuntersuchung nach dem Eingriff nicht für erforderlich gehalten. Im Senatstermin hat er diese Einschätzung bestätigt und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei einer Operation, wie sie hier durchgeführt worden sei, die Gefahr einer tödlich verlaufenden Nachblutung, anders als z.B. bei einer Mandeloperation, nicht bestehe.
b) Es lässt sich nicht feststellen, dass dem Beklagten ein Aufklärungsversäumnis zur Last fällt.
aa) Der Einwand des Klägers, die Operation sei rechtswidrig gewesen, weil sie von dem Beklagten zu 3) durchgeführt worden sei, obwohl er nur in eine Operation durch den Beklagten zu 2) eingewilligt habe, ist nicht gerechtfertigt. Eine Einwilligung zur Operation, bei der der Patient durch Absprache über die Person des Operateurs besonderen Wert auf die Durchführung gerade durch diesen Arzt legt, kann zwar nicht in eine allgemeine Einwilligung zur Operation durch andere Ärzte umgedeutet werden (OLG Köln, MedR 2009, 478). Dass es dem Kläger jedoch gerade um eine Operation durch den Beklagten zu 2) gegangen ist, lässt sich den in den Krankenunterlagen befindlichen Einverständniserklärungen indessen nicht entnehmen. Einen Beweis für seine Behauptung, dass er besonderen Wert auf die Durchführung der Operation durch den Beklagten zu 2) gelegt habe, hat der insoweit beweisbelastete Kläger nicht angetreten. Vielmehr ergibt sich sogar aus der von ihm selbst mit der Klageschrift vorgelegten Wahl-Leistungsvereinbarung, dass dem Kläger ausdrücklich der Beklagte zu 3) als Vertreter des Chefarztes benannt worden ist.
bb) Unzutreffend ist auch die Rüge, eine rechtzeitige Aufklärung habe nicht stattgefunden. Die Erklärung des Klägers, der Behauptung der Beklagten, das Aufklärungsgespräch mit dem Zeugen Dr. K habe bereits am 10.7.2007 stattgefunden, stehe dessen Erklärung in dem Schreiben vom 15.11.2007 entgegen, wonach er den Kläger erstmals am 11.7.2007 kennen gelernt habe, ist nicht plausibel. Aus dem Schreiben, aus dem tatsächlich hervorgeht, dass Dr. K den Kläger erstmalig am 11.7.2007 um 19:00 Uhr kennen gelernt habe, ist nicht zwingend zu schließen, dass das Aufklärungsgespräch auch erst an diesem Tag stattgefunden haben muss. In dem Schreiben heißt es nämlich, dass der Kläger erstmalig am 11.7.2007 "behandelt" worden sei. Mit dieser "Behandlung" ist eindeutig die Entfernung der Tamponade nach der Operation bzw. Nachblutung gemeint und nicht das Aufklärungsgespräch. Dass die Aufklärung tatsächlich am 10.7.2007 stattgefunden hat, ergibt sich aus der eigenen Erklärung des Klägers im Rahmen seiner Anhörung durch das Landgericht, wonach das Gespräch mit dem Zeugen Dr. K unmittelbar nach dem Gespräch mit dem Beklagten zu 3) stattgefunden habe, das unstreitig am Vortag der Operation geführt worden ist. Schließlich hat der Kläger schon in der Klageschrift vorgetragen, am Nachmittag des 10.7.2007 von dem Zeugen Dr. K aufgeklärt worden zu sein. Eine Aufklärung am Vortag der Operation ist indessen rechtzeitig und deshalb entgegen der Auffassung des Klägers nicht zu beanstanden.
cc) Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, nicht über das gravierendste Risiko einer Erblindung aufgeklärt worden zu sein. Der von ihm selbst unterzeichnete schriftliche Aufklärungsbogen indiziert auf Seite 3 genau das Gegenteil. Danach ist der Kläger sogar ausdrücklich auf dieses Risiko hingewiesen worden. Unter dem Stichwort "spezielle Folgen und Risiken" heißt es dort: "- Extrem selten: Sehstörungen bis hin zum Extremfall der Erblindung durch Verletzung oder durch Einblutung in die Augenhöhle." Das reicht, wie der Sachverständige bestätigt hat, zur ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten aus.

dd) Unbegründet ist schließlich auch der Einwand des Klägers, eine Aufklärung über alternative konservative Behandlungsmethoden sei nicht erfolgt. Nach Einschätzung des Sachverständigen ist die Aufklärung des Klägers anhand der in den Krankenunterlagen befindlichen Aufklärungsbögen auch in diesem Punkt ausreichend gewesen. Der Sachverständige hat eine Aufklärung über die Fortsetzung von konservativen Behandlungsmethoden für erforderlich gehalten, die durchgeführte Aufklärung jedoch für ausreichend erachtet, weil diese Möglichkeit in den Aufklärungsbögen erwähnt sei.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 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.

71. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29.08.2014 – 4 U 21/13 – * Arzthaftung: Darlegungs- und Beweiserleichterungen für geschädigten Patienten bei "voll beherrschbarem Risiko"; Schmerzensgeld bei Luftembolie

Leitsatz

Darlegungs- und Beweiserleichterungen für einen geschädigten Patienten unter dem Gesichtspunkt des "voll beherrschbaren Risikos" greifen bereits dann, wenn ein minimales Restrisiko verbleibt oder theoretisch bleiben könnte, dass ein für die Herzkatheteruntersuchung verwendetes technisches Gerät auch bei Intaktheit und richtiger Bedienung nicht richtig funktioniert (hier: Luft in der Spülleitung).

Orientierungssatz

Für die während einer Herzkatheteruntersuchung erlittene Luftembolie mit fortbestehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen in Form einer linksseitigen Hemiparese mit Schwindelgefühl und einer Depression mit Angststörung kann ein Schmerzensgeld in Höhe von 60.000 € angemessen sein.

Tenor

Auf die Berufungen der Klägerinnen wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 18.12.2012 wie folgt abgeändert:
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner zu verurteilt,
a) an die Klägerin zu 1) 60.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 10.000,00 € seit dem 16.06.2010 und auf weitere 20.000,00 € seit dem 26.09.2011 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 97,00 € zu zahlen,
b) an das Finanzverwaltungsamt Schleswig-Holstein vorgerichtliche Kosten in Höhe von 49,65 € zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind,
a) der Klägerin zu 1) jeden weiteren zukünftigen Schaden aus dem Eingriff vom 15.12.2009 zu erstatten, sofern diese Ansprüche nicht auf Träger der sozialen Sicherung oder sonstige Dritte übergegangen sind,
b) der Klägerin zu 1) vorgerichtliche Kosten in Höhe von 775,64 € zu erstatten,
c) der Klägerin zu 2) sämtliche Schäden zu ersetzen, die die Versicherte Frau …, Klägerin zu 1), durch den Eintritt einer Luftembolie während einer Koronarangiographie am 15.12.2009 erlitten hat oder noch erleidet, soweit die Ansprüche auf die Klägerin zu 2) übergegangen sind.
Die Kosten des Rechtstreits in beiden Instanzen tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung aus dem Urteil mittels Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, sofern nicht die Klägerinnen vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 89.346,65 € festgesetzt.
Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerinnen verlangen von den Beklagten wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung Schadensersatz und Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht. Die Klägerin zu 1) ist bei der Klägerin zu 2) gesetzlich krankenversichert.
Die am 23.09.1954 geborene Klägerin zu 1) wurde am 8.12.2009 wegen einer hypertensiven Entgleisung mit Erbrechen stationär in der Klinik der Beklagten zu 1) eingewiesen. Zunächst wurde ein CCT gefertigt und im Anschluss die Indikation zur Durchführung einer Herzkatheteruntersuchung gestellt. Am 11.12.2009 erfolgte die Aufklärung der Klägerin zu 1) über die geplante Untersuchung. Im Zuge der Durchführung der Herzkatheteruntersuchung durch den Beklagten zu 2) am 15.12.2009 kam es bei der Klägerin zu 1) zu einem Verschluss des linken Koronarsystems mit elektromechanischer Entkopplung und zu einem Infarktgeschehen im Hirn rechts. Nach Durchführung einer Reanimation wurde die Klägerin auf die

Intensivstation verlegt. In einem neurologischen Konsil am 17.12.2009 wurde bei der Klägerin zu 1) eine rechtshirnige Ischämie mit beinbetonter linksseitiger Hemiparese festgestellt.
Die Klägerinnen haben behauptet, dass das Austreten von Luft aus der Spülleitung bei Durchführung der Herzkatheteruntersuchung auf einem groben Behandlungsfehler beruhe. Jedenfalls sei das Risiko, dass bei der Katheteruntersuchung Luft in den Körper des Patienten gelange voll beherrschbar, da vor jeder Behandlung sichergestellt werden könne und müsse, dass sich in der Spülleitung keine Luft befinde. Aus den einschlägigen Leitlinien ergebe sich, dass der Untersuchende die luftfreie Flüssigkeitsfüllung aller Katheter sicherzustellen habe, bevor er eine Intubation der Koronarostien vornehme. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Weder sei eine komplette Spülung des Systems durchgeführt noch das Drucksystem auf Dichtigkeit geprüft noch das Röntgenkontrastmittel auf Beimischungen von Luft überprüft worden. Seit dem fehlerhaft durchgeführten Eingriff vom 15.12.2009 leide die Klägerin zu 1) unter einer Hemiparese links, Vertigo, Depression mit Angststörung, Gleichgewichtsstörungen mit Sturzneigung, Gedächtnisstörungen, chronisch persistierenden Cephalgien. Sie sei erwerbsunfähig.
Die Klägerin zu 1) hat die Aufklärungsrüge erhoben.
Die Klägerin zu 1) hat beantragt,
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,
an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, jedoch wenigstens 30.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 10.000,00 € seit dem 16.06.2010 und auf weitere 20.000,00 € seit Rechtshängigkeit sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 775,64 € und in Höhe von 97,00 € zu zahlen,
an die Finanzverwaltung Schleswig-Holstein vorgerichtliche Kosten in Höhe von 49,65 € zu zahlen sowie festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin jeden weiteren zukünftigen Schaden aus dem Eingriff vom 15.12.2009 zu erstatten, sofern diese Ansprüche nicht auf Träger der sozialen Sicherung oder sonstige Dritte übergegangen sind.
Die Klägerin zu 2) hat beantragt,
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin zu 2) sämtliche Schäden zu ersetzen, die die Versicherte Frau …., Klägerin zu 1), durch den Eintritt einer Luftembolie während einer Koronarangiographie am 15.12.2009 erlitten hat oder noch erleidet, soweit die Ansprüche auf die Klägerin zu 2) übergegangen sind.
Die Beklagten haben beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten haben behauptet, dass die aufgetretene Luftembolie selbst bei sorgfältigster Vorbereitung und Überwachung des Kathetersystems nicht sicher vermeidbar gewesen sei. In einem ganz geringen Teil von Fällen käme es zu einem Lufteintritt, ohne dass der Untersucher selbst bei Einhaltung aller erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen die Möglichkeit habe, dies zu verhindern. Das Kathetersystem sei gewissenhaft und sorgfältig gespült und das Spülsystem auf Lufteinschlüsse vor Beginn der Angiographie überprüft worden. Die Klägerin zu 1) sei ausreichend aufgeklärt worden.
Zum weiteren Sachverhalt wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts Lübeck verwiesen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO.
Das Landgericht Lübeck hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und nach persönlicher Anhörung des Beklagten zu 2) die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klägerin zu 1) vor dem Eingriff ausreichend aufgeklärt worden sei und sich ein Behandlungsfehler bei der Durchführung der Herzkatheteruntersuchung nicht feststellen lasse. Es könne dahinstehen, ob die Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos greife. Denn selbst dann, wenn nach der normativen Bewertung und der Verkehrsanschauung die Patienten erwarten dürften, dass ihnen aus dem Bereich des Krankenhauses und des von diesem eingesetzten Herzkathetergerätes keine Gefahr drohe, hätten die Beklagten den Beweis zu führen vermocht, dass sie alles in ihrer Macht Stehende getan hätten, um den hier tatsächlich eingetretenen Verlauf zu vermeiden. Dies ergebe sich aus der persönlichen Anhörung des Beklagten zu 2) und den Ausführungen des Sachverständigen. Zu den weiteren Einzelheiten der Begründung der erstinstanzlichen Klageabweisung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.
Gegen die Entscheidung des Landgerichts Lübeck haben die Klägerinnen form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Zur Begründung der Berufung tragen die Klägerinnen im Wesentlichen Folgendes vor.
1. Zugunsten der Klägerinnen würde die Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos eingreifen. Bei der Herzkatheteruntersuchung kämen eine Hahnenbank, Katheter, Spülleitungen, Kontrastmittel, Spülflüssigkeiten und Spritzen zum Einsatz. Das System sei zu entlüften bzw. luftfrei zu befüllen. Die in die Koronararterie eingedrungene Luft könne nur aus diesen Geräten bzw. Flüssigkeiten über die zum System gehörenden Leitungen eindringen. Die eingetretene Luftembolie könne mithin nur darauf zurückgeführt werden, dass die eigentlich luftfrei zu befüllenden Geräte bzw. luftfrei einzubringenden Flüssigkeiten nicht luftfrei gewesen seien. Im Rahmen des Einsatzes eines technischen Gerätes würden die Gründe nicht eingreifen, die in der Regel einer Beweislastumkehr aufgrund des Misserfolgs einer ärztlichen Behandlung entgegenstünden. Sollte es das Phänomen der „Blase im System“ oder der „trapped air“ geben, so stelle

sich die Frage, warum dann nicht prophylaktisch gegen das System so geklopft worden sei, dass eventuell Blasen gelöst würden. Bei der Anwendung von Spritzen sei dies vor der Injektion üblich, bei einer Hahnenbank sei dies nach Aussage des Beklagten zu 2) möglich und dann als Prophylaxe zur Sicherstellung der geforderten Luftfreiheit auch vorzunehmen. Wenn der Sachverständige ausgeführt habe, dass er das Phänomen der „Blase im System“ zwar in der Literatur so nicht beschrieben gefunden habe, er sich aber vorstellen könne, dass es aufgrund der Oberflächenbeschaffenheit beim Befüllen des Systems „zu einem kleinen Lufteinschluss kommen könnte“, so stelle der Sachverständige ausdrücklich ganz spekulativ ein Phänomen in den Raum, dass für die mehr als 60.000 jährlich untersuchten Patienten lebensbedrohlich werden könne, das aber in der Literatur nicht beschrieben sei. Gäbe es dieses Phänomen in einer durch sorgfältiges Befüllen und eventuelles Abklopfen der Hahnenbank nicht beherrschbaren Form, gäbe es dazu in den Publikationen der Deutschen Gesellschaft für Kardiologie Hinweise. Und auch den Herstellern, die ja für die Oberflächenbeschaffenheit ihrer Geräte verantwortlich seien, wäre dieses Phänomen nicht verborgen geblieben. Auch der Hinweis des Sachverständigen, dass sich an einem Verbindungsstück „möglicherweise eine sehr kleine Luftblase von nicht einmal 1/10 ml Durchmesser angesammelt“ habe, greife - abgesehen davon, dass es 1/10 ml Durchmesser nicht gebe - auch deshalb nicht ein, weil der Beklagte zu 2) ausdrücklich ausgeführt habe, dass er Luft geborgen habe, das heißt dass es sich um eine sichtbare Menge gehandelt haben müsse.
2. Die Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos greife nicht nur dann ein, wenn bei sorgfältigster Vorgehensweise das Risiko zu 100 % ausgeschlossen werden könne. Es handele sich vielmehr um eine wertende Betrachtung des Risikobereichs, bei welcher der Beweis des fehlenden Verschuldens dem Arzt oder der Krankenhausseite auferlegt werde. Allein die Tatsache, dass auch beim voll beherrschbaren Risikobereich der Behandlerseite der Gegenbeweis eröffnet bleibe, belege ja bereits, dass die Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos nicht nur dann greife, wenn ein Schadensereignis ohne Verschulden gar nicht denkbar sei. Vielmehr gehe es darum, dass eine objektive Pflichtverletzung vorliege und das hier Risiken angesprochen seien, die nicht aus dem von den Unwägbarkeiten des lebenden Organismus beeinflussten Kernbereich ärztlichen Handelns herrührten, sondern losgelöst von den Eigenheiten des menschlichen Organismus eintreten würden.
3. Die Beklagten hätten nicht dargelegt und bewiesen, dass ihnen kein Verschulden oder zurechenbares Fehlverhalten ihrer Verrichtungsgehilfen zur Last falle. Schriftsätzlich habe die Beklagtenseite erstinstanzlich keine konkreten Umstände zu ihrer Entlastung vorgetragen. Das Landgericht habe lediglich ein Teil des fehlenden Vortrags aus dem Beklagten zu 2) herausgefragt. In den Urteilsgründen fehle jeder Hinweis darauf, weshalb die Kammer die Ausführung des Beklagten zu 2) als überzeugend meine werten zu können. Auch fehle jede Auseinandersetzung damit, dass die Beklagten trotz des für die Klägerin zu 1) fatalen Ausgangs der Untersuchung praktisch keine Anstrengung unternommen hätten, das Schadensereignis aufzuklären, ja noch nicht einmal die vorgeschriebenen Meldungen und Materialsicherung vorgenommen hätten. Nach § 12 Abs. 4 Medizinprodukte-Sicherheitsplanverordnung hätten die Beklagten dafür Sorge tragen müssen, dass die verwendeten Materialien nicht einfach entsorgt würden. Auch übersehe das Landgericht, dass der Beklagte zu 2) aus eigener Anschauung nichts dazu sagen könne, welche Anstrengungen die Schwestern bei der Befüllung des Systems und bei der Prüfung der Anschlüsse aufgewandt hätten. Dass die Schwestern dem Beklagten zu 2) nach seiner Aussage nach dem Schadensereignis gesagt haben sollen, dass die Vorbereitung „nach Standard geschehen“ sei, ersetze weder einen diesbezüglichen Vortrag der Beklagten noch ein Beweisangebot noch gar einen Beweis eines standardgemäßen Vorgehens.
4. Die Befragung des Sachverständigen vor dem Landgericht sei lückenhaft gewesen. Dieser sei nur gefragt worden, ob die Darstellung des Beklagten zu 2) nachvollziehbar sei und ob in seiner Person Behandlungsfehler erkennbar seien. Die Frage hätte lauten müssen, ob positiv festgestellt werden könne, dass der Beklagte zu 2) und das sonstige an der Behandlung beteiligte Personal sämtliche Sicherheitsvorkehrungen und Regeln eingehalten hätten.
5. Der Sachverständige habe in seinen schriftlichen Stellungnahmen nur solche Ursachen angesprochen, für die nicht im Ansatz erkennbar sei, weshalb sie bei gehöriger Sorgfalt nicht hätten ausgeschlossen werden können. Sowohl der Sachverständige als auch die Kammer würden Vorkommen und Vermeidbarkeit von Luftembolien vermischen, indem die Tatsache, dass Luftembolien vorkommen würden, als Beleg dafür genommen werde, dass sie nicht vermeidbar seien. Dass es bei Herzkatheteruntersuchungen zu Luftembolien komme, bedeute nicht, dass dieses Phänomen technisch nicht beherrschbar sei. Es spreche alles dafür, dass die in den vom Sachverständigen zitierten Statistiken angeführten Fälle nicht Ausdruck eines unbeherrschbaren Risikos seien, sondern Ergebnis unsorgfältiger Vorbereitung oder zum Beispiel unzureichender Überwachung des Flüssigkeitsstandes in der Kontrastmittelflasche.
6. Das Landgericht hätte das erstinstanzliche Beweisangebot für die Behauptung, dass sich die Geräte und Materialien, die in der Klinik der Beklagten zu 1) verwandt würden, bei gehöriger Sorgfalt luftfrei befüllen ließen, nicht übergehen dürfen. Beweis sei angeboten worden durch das Gutachten eines mit dem zur Herzkatheteruntersuchung verwandten Gerät vertrauten Ingenieurs und durch das Obergutachten eines kardiologischen Sachverständigen. Wenn die Geräte so konzipiert seien, dass eine luftfreie Befüllung

möglich sei, und eine Luftbeimengung nur darauf zurückgeführt werden könne, dass die Gebrauchsanleitung der Produkte nicht beachtet oder das Infusionssystem nicht korrekt befüllt oder unzureichend entlüftet werde, dann gebe es für einen ärztlichen Bereich, der die Luftbeimengungen als schicksalhaft erscheinen ließe, keinen Raum.
Die Klägerin zu 1) beantragt,
das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 18.12.2012 abzuändern
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,
a) an die Klägerin zu 1) ein angemessenes Schmerzensgeld, jedoch wenigstens 30.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 10.000,00 € seit dem 16.06.2010 und auf weitere 20.000,00 € seit Rechtshängigkeit sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 97,00 € zu zahlen,
b) an die Finanzverwaltung Schleswig-Holstein vorgerichtliche Kosten in Höhe von 49,65 € zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind,
a) der Klägerin zu 1) jeden weiteren zukünftigen Schaden aus dem Eingriff vom 15.12.2009 zu erstatten, sofern diese Ansprüche nicht auf Träger der sozialen Sicherung oder sonstige Dritte übergegangen sind,
b) der Klägerin zu 1) vorgerichtliche Kosten in Höhe von 775,64 € zu erstatten.
Die Klägerin zu 2) beantragt,
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Lübeck vom 18.12.2012 wie folgt zu erkennen:
Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin zu 2) sämtliche Schäden zu ersetzen, die die Versicherte Frau …., Klägerin zu 1), durch den Eintritt einer Luftembolie während einer Koronarangiographie am 15.12.2009 erlitten hat oder noch erleidet, soweit die Ansprüche auf die Klägerin zu 2) übergegangen sind.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil im Wesentlichen wie folgt:
1. Der Ausnahmetatbestand des voll beherrschbaren Risikobereichs sei nur dann gegeben, wenn es um einen Bereich gehe, dessen Risiken von den behandelnden Ärzten voll beherrscht und ausgeschlossen werden könnten und müssten. Es sei nicht zutreffend, dass bereits der Einsatz eines technischen Gerätes dazu führe, dass ein voll beherrschbarer Risikobereich anzunehmen sei. Gerade dies sei Rechtfertigung für die Annahme einer Beweislastumkehr. Der Sachverständige habe bestätigt, dass bei einer Herzkatheteruntersuchung selbst bei noch so sorgfältiger Vorgehensweise und Handhabung nicht stets zu 100 % ausgeschlossen werden könne, dass Luft in das System gelange.
2. Darüber hinaus habe der Sachverständige ausdrücklich bestätigt, dass das Vorgehen des Beklagten zu 2) fachgerecht gewesen sei und sämtliche erforderlichen Sicherungsmaßnahmen seitens des Beklagten zu 2) ergriffen worden seien. Er habe ausdrücklich bestätigt, dass er angesichts des tatsächlichen Verlaufs davon ausgehe, dass das Spülsystem zuvor entlüftet worden und auch frei von größeren Lufteinschlüssen gewesen sei. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei eine kontinuierliche Sichtkontrolle während der Herzkatheteruntersuchung nicht erforderlich und im Übrigen nicht einmal üblich.
3. Die strengen Voraussetzungen des § 412 ZPO zur Einholung eines weiteren kardiologischen Sachverständigengutachten hätten nicht vorgelegen. Es habe auch nicht der Einholung eines Gutachtens eines Ingenieurs bedurft, da die entscheidende Frage, ob die Behandlung fachgerecht gewesen sei, nach der allgemein anerkannten arzthaftungsrechtlichen Rechtsprechung nur durch einen Behandler des entsprechenden Fachgebietes erfolge.
4. Die Beklagten „bestreiten“, dass der Anwendungsbereich der Medizinprodukte-Sicherheitsplanverordnung im konkreten Fall eröffnet sei.
5. Mit nachgelassenen Schriftsatz vom 30.07.2014 haben die Beklagten erklärt, dass sie sich die Ausführungen des Sachverständigen zu eigen machen würden, der im Rahmen seiner ergänzenden Anhörung darauf hingewiesen habe, dass das hier in Rede stehende Ereignis letztlich auch auf dem Boden eines Gefäßverschlusses eingetreten sein könne. Es sei daher an der Gegenseite nachzuweisen, dass im konkreten Fall tatsächlich eine Luftembolie eingetreten sei. Dass man dies von Behandlerseite ex-ante zunächst angenommen habe, ändere nichts an der Tatsache, dass die Ursache der behaupteten Schädigung im Rahmen eines Arzthaftungsverfahrens letztlich von gutachterlicher Seite aus festgestellt werden müsste.
Zum weiteren Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat die Klägerin zu 1) und den Beklagten zu 2) in der mündlichen Verhandlung am 18.06.2014 angehört. Der Sachverständige Prof. Dr. X hat sein Gutachten in der Verhandlung erläutert und ergänzt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 18.06.2014 (Blatt 473 bis 490 der Gerichtsakten) wird verwiesen.
II.
Die zulässigen Berufungen der Klägerinnen sind begründet.

Die Beklagte zu 1) haftet der Klägerin zu 1) gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 278 BGB aus dem Behandlungsvertrag für die Schäden, die aus der am 15.12.2009 durchgeführten Herzkatheteruntersuchung entstanden sind. Die Beklagte zu 1) haftet weiterhin als Trägerin des Klinikums nach § 831 Abs. 1 BGB, weil ein vorwerfbarer Behandlungsfehler ihrer Verrichtungsgehilfen zu einem Gesundheitsschaden der Klägerin zu 1) geführt hat.
Der Beklagte zu 2) haftet der Klägerin zu 1) gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz für den eingetretenen Gesundheitsschaden. Gegen den Beklagten zu 2) haben die Klägerinnen keine vertraglichen Schadensersatzansprüche, weil der Krankenhausvertrag nur zwischen der Klägerin zu 1) und der Beklagten zu 1) zustande gekommen ist.
Die gesamtschuldnerische Haftung der beiden Beklagten ergibt sich aus § 840 Abs. 1 BGB. Die Haftung der Beklagten gegenüber der Klägerin zu 2) gründet auf dem Anspruchsübergang nach § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X.
A. Haftung dem Grunde nach.
Ein schuldhaftes Fehlverhalten bei der Behandlung durch den Kardiologen Dr. Y ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch die Klägerinnen nicht positiv bewiesen. Zu Gunsten der Klägerin zu 1) greifen jedoch für den Nachweis eines Behandlungsfehlers Darlegungs- und Beweiserleichterungen nach der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur des „voll beherrschbaren Risikos“.
a. „Voll beherrschbares Risiko“
Steht fest, dass die Schädigung der Klägerin zu 1) weder aus einer Sphäre stammt, die - wie z. B. Risiken aus dem eigenen menschlichen Organismus - dem Patienten zuzurechnen ist, noch aus dem Kernbereich des ärztlichen Handelns herrührt, kommt die Anwendung der Rechtsfigur des „voll beherrschbaren Risikos“ in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss das Risiko, das sich bei der Klägerin zu 1) verwirklicht hat, vielmehr aus einem Bereich stammen, dessen Gefahren ärztlicherseits objektiv voll ausgeschlossen werden können und müssen (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1977 - VI ZR 110/75, VersR 1978, 82; Urteil vom 03.11.1981 - VI ZR 119/80, VersR 1982, 161; Urteil vom 10.01.1984 - VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263 = VersR 1984, 356; Urteil vom 20.03.2007 - VI ZR 158/06, BGHZ 171, 358 = VersR 2007, 847). In diesen Fällen kommt anders als im Bereich des ärztlichen Handelns, in dem grundsätzlich der Patient die Darlegungs- und Beweislast für einen von ihm behaupteten Behandlungsfehler sowie dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Gesundheitsschaden trägt, bei der Verwirklichung von Risiken, die nicht vorrangig aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus erwachsen, sondern durch den Klinikbetrieb oder die Arztpraxis gesetzt und durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens objektiv voll beherrscht werden können, der Rechtsgedanke des § 282 BGB a. F. (nunmehr § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) zum Tragen, wonach die Darlegungs- und Beweislast für Verschuldensfreiheit bei der Behandlungsseite liegt (BGH, Urteil vom 20.03.2007 - VI ZR 158/06, BGHZ 171, 358 = VersR 2007, 847). Der Grundsatz, dass der Arzt regelmäßig nur kunstgerechtes Bemühen, nicht aber den Heilerfolg zusagen kann, und deshalb im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags für die Anwendung des § 282 BGB a.F. nur beschränkt Raum ist, findet auf die Erfüllung voll beherrschbarer Nebenpflichten, insbesondere die Gewährleistung technischer Voraussetzungen für eine sachgemäße und gefahrlose Behandlung keine Anwendung (BGH, Urteil vom 11.10.1977 - VI ZR 110/75, VersR 1978, 82).
Der Senat geht bei der Beurteilung der Haftung davon aus, dass es bei der Herzkatheteruntersuchung der Klägerin zu 1) zu einer Luftembolie aus der Spülleitung mit kurzzeitigem Verschluss des linken Koronarsystems und elektromagnetischer Entkoppelung gekommen ist. Diese Ursache für die bei der Klägerin zu 1) eingetretene Gesundheitsschädigung war zwischen den Parteien erstinstanzlich unstreitig und hat insoweit auch Eingang in den unstreitigen Sachverhalt des erstinstanzlichen Urteils gefunden. Die Ursache ist von dem Beklagten zu 2) bereits in dem Herzkatheterbericht vom 15.12.2009 und auch in den nachfolgenden ärztlichen Unterlagen der Beklagten genannt (Notfall- und Reanimationsprotokoll, Brief an den Stationsarzt, Entlassungsbrief vom 22.12.2009). Mit dieser in den beiderseitigen Schriftsätzen benannten Ursache für die Gesundheitsschädigung haben die Parteien im Termin vor dem Landgericht durch Stellung der Anträge verhandelt. Dem diesbezüglichen Parteivortrag kommt folglich die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses im Sinne des § 288 Abs. 1 ZPO zu. Ein wirksamer Widerruf des gerichtlichen Geständnisses durch die Beklagten gemäß § 290 ZPO liegt nicht vor. Insbesondere haben die Beklagten nicht dargelegt und auch keinen Beweis dafür angetreten, dass die zugestandene Ursache nicht der Wahrheit entspricht. Sofern sie sich die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu eigen machen, so hat dieser lediglich ausgeführt, dass es neben einer Luftembolie weitere denkbare Ursachen gibt, nicht aber das Vorliegen einer Luftembolie als Ursache für die Gesundheitsschädigung bei der Herzkatheteruntersuchung ausgeschlossen.
Die Luftblasen, die bei der Herzkatheteruntersuchung aus der Spülleitung in das linke Koronarsystem der Klägerin zu 1) gekommen sind, stammen nicht aus der Sphäre der Patientin, sind insbesondere nicht auf Besonderheiten ihres eigenen menschlichen Körpers zurückzuführen. Sie rühren auch nicht aus dem Kernbereich des ärztlichen Handelns her, weil sie nicht Bestandteil des eigentlichen ärztlichen Bemühens um einen Heilerfolg beim Patienten sind. Es handelt sich vielmehr um den Einsatz und die Bedienung

eines medizinischen technischen Geräts. Aus dem Behandlungsvertrag ergibt sich die Pflicht des Krankenhausträgers, ein funktionsfähiges Gerät zur Verfügung zu stellen. Diese gilt ebenfalls für den Beklagten zu 2) aus der Übernahme der ärztlichen Behandlung.
Die Parteien streiten sich nun darum, ob das Risiko von Luft in der Spülleitung, aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren ärztlicherseits objektiv voll ausgeschlossen werden können. Dass diese Gefahren ärztlicherseits ausgeschlossen werden müssen, ist zwischen den Parteien unstreitig, weil das Auftreten von Luft in der Spülleitung mit lebensbedrohlichen Folgen für den Patienten verbunden sein kann. Der Senat hält die Frage, ob das Risiko von Luft in der Spülleitung bei einer Herzkatheteruntersuchung bei sorgfältiger Vorgehensweise zu 100% ausgeschlossen werden kann, nicht für entscheidungserheblich, so dass dem Beweisangebot der Klägerseite auf Einholung eines medizintechnischen Gutachtens nicht nachzugehen ist.
Nach Auffassung des Senats greifen Darlegungs- und Beweiserleichterungen für einen geschädigten Patienten unter dem Gesichtspunkt des „voll beherrschbaren Risikos“ auch bereits dann, wenn bei dem für die Behandlung verwendeten technischen Gerät bei Intaktheit und richtiger Bedienung nur ein minimales Restrisiko verbleibt oder theoretisch bleiben könnte, dass es nicht richtig funktioniert. Nicht zu verlangen ist, dass das technische Gerät bei Intaktheit und richtiger Bedienung zu 100% richtig funktioniert.
Bei der Rechtsfigur des „voll beherrschbaren Risikos“ handelt es sich um einen wertenden Begriff im Rahmen von Überlegungen zur Beweislastverteilung. Der Begriff beruht auf der Vorstellung, dass die Risiken aus unterschiedlichen Sphären stammen können, einmal aus der Sphäre des Patienten, zweitens aus dem Kernbereich des ärztlichen Handelns und drittens aus dem Klinikbetrieb bzw. der ärztlichen Praxis. Bei der Rechtsfigur des „voll beherrschbaren Risikos“ handelt sich nicht um eine feste Zuweisung von Risiken und damit auch von Haftung zu einem der drei Bereiche.
In seiner Entscheidung vom 03.11.1981 (VI ZR 119/80, VersR 1982, 161) hat der Bundesgerichtshof eine wertende Betrachtung bei der Anwendung der Grundsätze des „voll beherrschbaren Risikos“ unter dem Gesichtspunkt der Beweisnot zugelassen. Er hat in dem Urteil, in dem es um die Haftung wegen der bakteriellen Verseuchung einer Infusionslösung ging, Folgendes ausgeführt:
„Der Organisationsbereich, in dem diese Verseuchung entstanden ist, wird voll von dem beklagten Krankenhaus beherrscht, das alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, um solche Fehler zu vermeiden. Für diesen Risikobereich ist es ihm durchweg eher als dem geschädigten Patienten zuzumuten, die Vorgänge, die zu dem die Klägerin schädigenden Geschehen geführt haben, aufzuklären. Der geschädigte Patient ist demgegenüber dazu in der Regel nicht in der Lage. Es wäre unbillig, ihn, der aufgrund eines objektiven Fehlers im Bereich des Krankenhauses bei der Heilbehandlung zu Schaden gekommen ist, in seiner praktisch nicht behebbaren Beweisnot zu belassen. Deshalb muss in solchen Fällen das Krankenhaus sowohl hinsichtlich der Organisation als auch der Anleitung und Überwachung des Personals seine Schuldlosigkeit dartun und beweisen.“
Auch im vorliegenden Fall befindet sich die Klägerin in einer solchen Beweisnot. Und es liegt ein objektiver Fehler im Bereich des Krankenhauses vor, denn es muss an sich ausgeschlossen sein, dass über die Spülleitung Luft in das Herzsystem der Patientin kommt. Nach Ansicht des Senats ist es der Anwendung der Darlegungs- und Beweislastverteilung unter dem Gesichtspunkt des voll beherrschbaren Risikos grundsätzlich immanent, das sich das Risiko auch bei sorgfältigstem Vorgehen verwirklichen kann. Anderenfalls wäre der von der Rechtsprechung eröffnete Entlastungsbeweis sinnlos, wenn ohnehin die Beweiserleichterung nur zur Anwendung kommt, wenn bei sorgfältigem Vorgehen das Risiko immer, also zu 100%, vermeidbar wäre. Denn dann müsste man nicht den Entlastungsbeweis eröffnen, sondern könnte direkt eine Haftungszuweisung vornehmen. So hat auch der BGH in dem Urteil vom 20.03.2007 (VI ZR 158/06, BGHZ 171, 358) ausgeführt, dass die Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf die Behandlungsseite in Anwendung des Rechtsgedankens des § 282 BGB a.F. nicht voraussetzt, dass die aus dem Klinikbetrieb oder der Arztpraxis stammende objektiv gegebene Gefahr für die Behandlungsseite im konkreten Fall erkennbar war.
Bei dem für die Herzkatheteruntersuchung verwendeten technischen Gerät verbleibt bei Intaktheit und richtiger Bedienung nach dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens nur ein geringes Restrisiko, dass es nicht richtig funktioniert.
Der Sachverständige hat in seinem Gutachten mehrere Möglichkeiten aufgeführt, wie aufgrund von unzureichenden Sicherungs- und Überwachungsmaßnahmen durch das Personal es zu Lufteintritten in das Spülsystem kommen kann:
• inkomplette Spülung eines Katheters (schriftliches Gutachten vom 14.05.2012, Blatt 12)
• undichtes Drucksystem, z.B. Lockerung von Verbindungsstücken (schriftliches Gutachten vom 14.05.2012, Blatt 12), Diskonnektion im Bereich des Schlauchsystems der Spülung oder weiterer Verbindungsstücke (Ergänzungsgutachten vom 16.10.2012, Blatt 3)
• Beimischung von Luft im injizierten Röntgenkontrastmittel (schriftliches Gutachten vom 14.05.2012, Blatt 12) durch Diskonnektion oder ungenügende Steckverbindung im Bereich des Behältnisses für Röntgenkontrastmittel (Ergänzungsgutachten vom 16.10.2012, Blatt 3) oder weil wenig Flüssigkeit in der Flasche

mit dem Röntgenkontrastmittel war, so dass beim Aufziehen der Spritze etwas Luft aspiriert wurde (mündliches Gutachten Landgericht, Protokoll Seite 12)
• bei der Injektion von Nitroglycerin mittels Spritze (Ergänzungsgutachten vom 16.10.2012, Blatt 3; mündliches Gutachten Landgericht, Protokoll Seite 12)
• Materialfehler (Ergänzungsgutachten vom 16.10.2012, Blatt 3)
Lediglich eine von mehreren Möglichkeiten ist es aus Sicht des Sachverständigen, dass es zu einem Lufteintritt auch bei sorgfältigstem Vorgehen kommen kann. Er benennt dies als das Phänomen der „trapped air“ (mündliches Gutachten Landgericht, Protokoll Seite 14), teilt aber gleichzeitig mit, dass dieses Phänomen nicht in der Literatur beschrieben ist. Dies hat der Sachverständige noch einmal in der ergänzenden Anhörung vor dem Senat dargestellt (Protokoll Senat Seite 12).
In der ergänzenden Anhörung vor dem Senat hat der Sachverständige die Beimischung von Luft im injizierten Röntgenkontrastmittel als mögliche Fehlerquelle ausgeschlossen, weil die Luftblasen anderenfalls auf dem Koronarfilm zu sehen gewesen wären (Protokoll Senat Seite 8 unten). Auch hat der Sachverständige aus der Tatsache, dass circa 5 Minuten vor dem Geschehen eine Druckkurve dokumentiert ist, geschlossen, dass das System entlüftet war und keine größeren Lufteinschlüsse vorhanden waren, weil anderenfalls die Darstellung der Druckkurve nicht möglich gewesen wäre. Kleinere Lufteinschlüsse in der Spülleitung hat der Sachverständige jedoch nicht ausschließen können (Protokoll Senat Seite 12 unten).
Der Senat hält die diesbezüglichen Ausführungen des Sachverständigen für schlüssig und nachvollziehbar. Als erfahrener Kardiologe und Chefarzt der Medizinischen Klinik des städtischen Krankenhauses Wilhelmshaven besitzt der Sachverständige eine ausreichende Fachkompetenz, um den Ablauf einer Herzkatheteruntersuchung auf Behandlungsfehler hin zu begutachten. Die Anknüpfungstatsachen, die dem Gutachten zugrunde liegen, sind vom Sachverständigen zutreffend ermittelt worden. Der Sachverständige hat seiner Begutachtung die zu den Gerichtsakten beigezogenen Krankenunterlagen und die eingereichten Bilder zugrunde gelegt.
Die Beklagten haben den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis, dass ein Verschulden nicht vorliegt, nicht geführt. Der als Partei angehörte Beklagte zu 2) hat zwar in der Anhörung vor dem Landgericht und auch in der Anhörung vor dem Senat im Einzelnen sein Vorgehen bei der Herzkatheteruntersuchung geschildert. Jedoch ist die Spülung und die Vorbereitung der Hahnenbank nach seinen eigenen Angaben nicht von ihm, sondern von den Schwestern vorgenommen worden. Wie diese die notwendigen Aufbau- und Vorbereitungsarbeiten vorgenommen haben, ist weder dargelegt noch ein Beweis hierfür angetreten. Auch ist im Nachhinein keine Untersuchung der Hahnenbank oder der Zubehörteile erfolgt, diese sind ohne Überprüfung entsorgt worden. Aufgrund des Zwischenfalls hätte eine solche Überprüfung nahe gelegen, da damit ein falscher Zusammenbau, falsche Vorbereitung oder falsche Bedienung der Hahnenbank eventuell hätte entdeckt werden können.
Der Senat ist auch nicht allein auf der Grundlage der Anhörung des Beklagten zu 2) davon überzeugt, dass dieser alle ärztlichen Sorgfaltsanforderungen bei der Durchführung der Herzkatheteruntersuchung eingehalten hat. Der Beklagte zu 2) hat zwar detailliert den Gang der vorgenommenen Herzkatheteruntersuchung geschildert, steht jedoch als behandelnder Arzt, bei dessen Behandlung die Patientin einen schwerwiegenden Gesundheitsschaden erlitten hat, unter einem großen Rechtfertigungsdruck. Der Grundsatz eines fairen Prozesses gebietet es dann, wenn keine weiteren Zeugen zur Verfügung stehen, auch eine Parteianhörung wie eine Zeugenvernehmung zu gewichten. Dies führt jedoch nicht automatisch dazu, dass der Partei, auch wenn es sich um einen Arzt handelt, immer zu glauben ist. Aufgrund des Umstandes, dass nach Beendigung der Herzkatheteruntersuchung von dem Beklagten zu 2) die verwendeten technischen Gerätschaften entsorgt worden sind und eine Überprüfung nicht stattgefunden hat, gibt es für den Senat keine weiteren Anhaltspunkte außerhalb der Aussage des Beklagten zu 2), dass dieser bei der konkret durchgeführten Herzkatheteruntersuchung alle Sorgfaltsanforderungen eingehalten hat. Hinzu kommt der Umstand, dass die Beklagtenseite bereits durch das Landgericht mit Verfügung vom 26.08.2011 aufgefordert worden ist, alle den streitgegenständlichen Vorgang betreffenden Krankenunterlagen einschließlich etwaiger Bildgebung vorzulegen. Dieser Verfügung wurde nur unvollständig nachgekommen, weil die gespeicherten Bilder über die Herzkatheteruntersuchung nicht mit übersandt worden sind. Noch mit Schriftsatz vom 19.05.2014 haben die Beklagten auf ausdrückliche Nachfrage mitgeteilt, dass eine digitalisierte Dokumentation über die Herzkatheteruntersuchung vom 15.12.2009 nicht vorliege. Erst auf Hinweis der Klägerseite mit Schriftsatz 28.05.2014, dass die Bilder über einen Zeitraum von zehn Jahren zu archivieren seien, haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 16.06.2014 das digitale Filmmaterial übersandt. Der Senat vermag nach alledem nicht auszuschließen, dass der Beklagte zu 2) einen Untersuchungsablauf geschildert hat, wie er ihn in vielen anderen Fällen bei Herzkatheteruntersuchungen durchgeführt hat, dabei jedoch ein eventuelles standardunterschreitendes Vorgehen bei der an der Klägerin zu 1) durchgeführten Untersuchung bewusst oder unbewusst ausblendet und damit nicht zum Gegenstand seiner Aussage macht. Der Senat konnte daher auf der Grundlage der Anhörung des Beklagten zu 2) keine den Anforderungen des § 286 ZPO genügende Überzeugung gewinnen.
b. Verstoß gegen die MPSV

Den Beklagten ist ein Verstoß gegen eine Produktbeobachtungspflicht im Sinne einer Meldepflicht nach § 3 MPSV vorzuwerfen ist. Jedoch leitet sich hieraus keine gesonderte Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 831 BGB ab.
Für Medizinprodukte gelten spezielle Pflichten, die der Gesetzgeber auf der Grundlage von §§ 29, 37 Abs. 7 MPG in der Verordnung über die Erfassung, Bewertung und Abwehr von Risiken bei Medizinprodukten (Medizinprodukte-Sicherheitsplanverordnung - MPSV) detailliert geregelt hat. Die in der Verordnung enthaltenen Regelungen konkretisieren die Produktbeobachtungspflicht für Medizinprodukte, so dass dann ein Verstoß gegen die Produktbeobachtungspflicht vorliegt, wenn den Vorschriften der MPSV nicht Genüge getan wurde.
Nach der MPSV bestehen Meldepflichten bei sogenannten „Vorkommnissen“. Ein „Vorkommnis“ ist in § 2 Nr. 1 MPSV definiert als eine Funktionsstörung, ein Ausfall oder eine Änderung der Merkmale oder der Leistung oder eine Unsachgemäßheit der Kennzeichnung oder der Gebrauchsanweisung eines Medizinprodukts, die unmittelbar oder mittelbar zum Tod oder zu einer schwerwiegenden Verschlechterung des Gesundheitszustands eines Patienten, eines Anwenders oder einer anderen Person geführt hat, geführt haben könnte oder führen könnte. Ein solcher Fall liegt zumindest nach dem Vortrag der Beklagten vor, denn sie behaupten eine sachgemäße Vorbereitung und Bedienung der Hahnenbank, berufen sich mithin auf eine - aus ihrer Sicht unvermeidbare - Funktionsstörung der Hahnenbank. Denn nach den Herstellerangaben ist ein Lufteinschluss bei sachgemäßer Vorbereitung und Bedienung ausgeschlossen.
Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 MPSV ist derjenige, der Medizinprodukte beruflich oder gewerblich betreibt oder anwendet, verpflichtet, „Vorkommnisse“ der zuständigen Bundesoberbehörde zu melden, was nach Satz 2 dieser Bestimmung für Ärzte, denen im Rahmen der Behandlung von mit Medizinprodukten versorgten Patienten „Vorkommnisse“ bekannt werden, entsprechend gilt, soweit die Behandlung im Zusammenhang mit dem Medizinprodukt steht. Nach § 5 Abs. 2 MPSV hat die Meldung nach § 3 Abs. 2 MPSV unverzüglich zu erfolgen. Nach § 12 Abs. 4 MPSV haben Anwender und Betreiber dafür Sorge zu tragen, dass Medizinprodukte und Probematerialien, die im Verdacht stehen, an einem Vorkommnis beteiligt zu sein, nicht verworfen werden, bis die Untersuchungen abgeschlossen sind.
Hiernach ergibt sich eine Meldepflicht und als Folge der Meldepflicht die Mitwirkungspflicht der Beklagten nach § 12 Abs. 4 MPSV, die aufgebaute Hahnenbank für die behördliche Untersuchung zur Verfügung zu stellen.
Als Folge aus dem Verstoß gegen die Meldepflicht ergibt sich jedoch keine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Melde- und Mitwirkungspflicht als Schutzgesetz. Denn Schutzzweck der Meldepflicht ist es nicht, zivilrechtlich die Beweise für das jeweilige zugrunde liegende Geschehen zu sichern, sondern das jeweilige Produkt im Hinblick auf seine Fehleranfälligkeit und mögliche Verbesserungsmöglichkeiten zu überwachen, damit die überwachende Behörde dem Hersteller gegebenenfalls Auflagen für eine notwendige Verbesserung des Produkts machen kann oder auch dem Produkt die Zulassung entziehen kann.
c. Aufklärungsrüge
Die Rüge der unzureichenden Risikoaufklärung wird von der Klägerseite im Berufungsverfahren nicht weiter verfolgt. Die Sachverhaltsfeststellung und die rechtliche Begründung des Landgerichts sind insoweit nicht zu beanstanden.
B. Gesundheitsbeeinträchtigung und Kausalität
Der Senat ist nach den vorliegenden Arztbriefen und Befunden auf der Grundlage der Auswertung durch den Sachverständigen und nach persönlichen Anhörung der Klägerin zu 1) davon überzeugt, dass die Klägerin zu 1) eine fortbestehende Gesundheitsbeeinträchtigung aufgrund der am 15.12.2009 durchgeführten Herzkatheteruntersuchung hat und zwar in Form einer linksseitig eingeschränkten Feinmotorik, einer linksseitig beinbetonten Hemiparese, einer linksseitigen Hypästhesie sowie sie weiterhin an Vertigo, an einer Depression mit Angststörung, Gleichgewichtsstörung, Gedächtnisstörung und chronisch persistierenden Cephalgien leidet. Die Klägerin zu 1) hat diese fortbestehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat glaubhaft bestätigt. Nach dem eigenen Entlassungsbericht aus der Klinik der Beklagten zu 1) vom 22.12.2009 bestanden bei Entlassung ein Medianinsult rechts mit leichtgradiger beinbetonter linksseitiger Hemiparese mit Hypästhesie. Der Sachverständige hat sich auf Seite 13 seines schriftlichen Gutachtens zu den vorliegenden Arztberichten und Befunden dahingehend geäußert, dass diese ausweisen, dass die Beschwerden fortbestehen und sich als Folge der Luftembolie darstellen. Auch wenn allein mit dieser Äußerung des Sachverständigen nicht der volle Beweis erbracht ist, weil der Sachverständige die Klägerin zu 1) selbst nicht untersucht hat, oblag es den Beklagten im Rahmen ihrer prozessualen Erklärungslast, sich zu den vorgelegten Arztbriefen, den in diesen enthaltenen Befunden und zu der Beurteilung durch den Sachverständigen substanziiert zu äußern. Dies ist nicht erfolgt. Ein einfaches Bestreiten der fortbestehenden Beschwerden der Klägerin zu 1) reichte vor diesem Hintergrund nicht aus.
C. Schadenshöhe
a. Schmerzensgeld

Die Klägerin zu 1) hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld für den erlittenen Gesundheitsschaden in Höhe von 60.000 €. Nach § 253 Abs. 2 BGB kann dann, wenn wegen einer Verletzung des Körpers und der Gesundheit Schadensersatz zu leisten ist, auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. Der Senat hält im vorliegenden Fall ein Schmerzensgeld in Höhe von 60.000 € für angemessen. Bei der Höhe des Schmerzensgeldes hat der Senat berücksichtigt, dass die Klägerin zu 1) infolge der fehlerhaften Behandlung bei der Herzkatheteruntersuchung einen längeren Krankenhausaufenthalt in der Klinik der Beklagten zu 1) mit intensivmedizinischer Behandlung hatte, an den sich dann noch eine mehrwöchige Rehabehandlung anschloss. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin zu 1) aufgrund der fortbestehenden linksseitigen Hemiparese und des Schwindelgefühls räumlich stark in ihrer Beweglichkeit eingeschränkt und auf die Mithilfe dritter Personen angewiesen ist. Zudem ist ihre psychische Gesundheit durch die Depression mit Angststörung beeinträchtigt. Nicht schmerzensgelderhöhend hat der Senat die chronisch persistierenden Cephalgien berücksichtigt, weil die Klägerin zu 1) bereits vor dem Eingriff Migräne hatte. Nach alledem ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 60.000 € gerechtfertigt.
Ob die Klägerin zu 1) eine Rente wegen voller Erwerbsminderung erhält - was zwischen den Parteien streitig ist - ist für die Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht erheblich.
Der zugesprochene Zinsanspruch auf einen Teilbetrag des Schmerzensgeldes in Höhe von 30.000 € ist als Verzugszins und als Prozesszins gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB begründet. Ein weitergehender Zinsanspruch ist nicht geltend gemacht worden und kann folglich auch vom Gericht nicht zugesprochen werden (§ 308 Abs. 1 ZPO).
b. Fahrtkosten
Die Klägerin zu 1) kann von den Beklagten auch Ersatz der Fahrtkosten ihres Ehemannes in Höhe von 97,90 € verlangen. Der Senat ist aufgrund der Vorlage der Fahrkarten, die Gesamtkosten von 97,90 € aufweisen, davon überzeugt (§ 287 ZPO), dass der Ehemann der Klägerin zu 1) diese in der …-Klinik in B. (vier Fahrscheine zu je 13,70 € und ein Einzelfahrschein über 7,10 €) und in den … Kliniken in S. (neun Fahrscheine zu je 4 €) besucht und Fahrtkosten in der belegten Höhe aufgewendet hat. Die Behandlung in den Rehakliniken ist aufgrund des bei der Herzkatheteruntersuchung erlittenen Gesundheitsschadens erforderlich gewesen.
Die Fahrtkosten des Ehemannes sind entgegen der Auffassung der Beklagten auch erstattungsfähig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören Fahrtkosten von nahen Angehörigen für Krankenhausbesuche zu den Heilungskosten und damit zu den Kosten, die der Schädiger nach § 249 Abs. 2 BGB zu ersetzen hat (BGH, Urteil vom 22.11.1988 - VI ZR 126/88, NJW 1989, 766; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.05.1985 - VI ZR 201/83, NJW 1985, 2757).
c. Kopierkosten
Die angefallenen Fotokopierkosten in Höhe von 49,65 € für die Patientendokumentation stellen notwendige Kosten der Rechtsverfolgung dar, so dass die Beklagten der Klägerin zu 1) diesbezüglich zum Ersatz verpflichtet sind. Die Klägerin zu 1) ist nicht darauf zu verweisen, dass sie von ihrem Recht auf Einsicht in die Patientenunterlagen hätte Gebrauch machen und so die Kopierkosten sparen können. Denn die Prüfung der Durchsetzbarkeit von Arzthaftungsansprüchen erfordert oft einen längeren Zeitraum und die Hinzuziehung von Dritten. Für die Prüfung und Beratung ist es erforderlich, die Patientenunterlagen vorliegen zu haben. Zudem ist es für einen Geschädigten oft auch wichtig, Kopien von Patientenunterlagen zu erlangen, um eventuellen spätere Manipulationen nach Geltendmachung von Haftungsansprüchen vorzubeugen.
Da nicht die Klägerin zu 1) die Kopierkosten in Höhe von 49,65 € bezahlt hat, sondern das Finanzverwaltungsamt Schleswig-Holstein im Rahmen der Beratungshilfe an den Rechtsanwalt als Auslagen gemäß § 46 RVG, ist die Klägerin zu 1) im Verhältnis zu ihrem Rechtsanwalt und dem Finanzverwaltungsamt nicht aktiv legitimiert, Zahlung an sich zu verlangen. Da die Kosten Auslagen ihres Rechtsanwalts darstellen, gilt im Verhältnis zu den Beklagten die Regelung des § 9 BerHG. § 9 BerHG in der bis zum 31.12.2013 geltenden Fassung lautet wie folgt:
„Ist der Gegner verpflichtet, dem Rechtsuchenden die Kosten der Wahrnehmung seiner Rechte zu ersetzen, hat er die gesetzliche Vergütung für die Tätigkeit des Rechtsanwalts zu zahlen. Der Anspruch geht auf den Rechtsanwalt über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Rechtsuchenden geltend gemacht werden.“
Folglich kann die Klägerin zu 1) im Verhältnis zu den Beklagten Zahlung von diesen zu verlangen. Im Innenverhältnis zu ihrem Anwalt ist sie dann verpflichtet, die Kosten an ihn auszukehren. Da der Anwalt wiederum verpflichtet ist, dann diese Kosten nach § 58 Abs. 3 Satz 2 RVG an das Finanzverwaltungsamt zurückzuerstatten, ist es prozessual zulässig, dass die Klägerin zu 1) von den Beklagten nicht Zahlung an sich, sondern direkte Zahlung an das Finanzverwaltungsamt verlangt.
d. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten
Der Feststellungsantrag bezüglich der Verpflichtung zur Zahlung der vorgerichtlichen Kosten ist zulässig. Die Klägerin zu 1) hat ein Feststellungsinteresse. Die Klägerin hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der ihr entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als notwendige Kosten der

Rechtsverfolgung. Da die Klägerin zu 1) außergerichtlich Beratungshilfe erhalten hat, ist sie im Innenverhältnis zu ihrem Anwalt nicht zur Erstattung verpflichtet. Dennoch sind die Beklagten im Außenverhältnis zur Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltsvergütung in gesetzlicher Höhe verpflichtet, die angefallen wäre, wenn die Klägerin zu 1) keine Beratungshilfe in Anspruch genommen hätte. Dies ergibt sich aus der Regelung in § 9 Satz 1 BerHG (in der bis zum 31.12.2013 geltenden Fassung). Allerdings ist der Vergütungsanspruch gemäß § 9 Satz 2 BerHG auf den Rechtsanwalt übergegangen, so dass dieser im Verhältnis zur Klägerin zu 1) Anspruchsinhaber ist. Da nach § 9 Satz 3 BerHG jedoch der Anspruchsübergang nicht zum Nachteil des Rechtsuchenden geltend gemacht werden kann, kann die Klägerin im Verhältnis zu den Beklagten den Anspruch weiter geltend machen. Die Klägerin hat ein Interesse daran, dies feststellen zu lassen. Der Leistungsantrag auf Zahlung ist nicht vorrangig, weil die Klägerin zu 1) aufgrund des Anspruchsübergangs ohnehin nicht Zahlung an sich, sondern an ihren Anwalt verlangen könnte.

D. Weitere Feststellungsanträge

1. Feststellungantrag der Klägerin zu 1)

Nach dem oben Gesagten haften die Beklagten der Klägerin dem Grunde nach für die auf die Herzkatheteruntersuchung am 15.12.2009 zurückzuführende Gesundheitsschädigung. Die Klägerin zu 1) hat ein Feststellungsinteresse daran, dass die Haftung dem Grunde nach auch für zukünftige Schäden aus dem Eingriff am 15.12.2009 feststeht. Hieraus folgt die Begründetheit ihres Feststellungsantrags.

2. Feststellungantrag der Klägerin zu 2)

Der Feststellungsantrag der Klägerin zu 2) ist zulässig, insbesondere ist das Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zu bejahen. Die Klägerin zu 2) hat als gesetzliche Krankenversicherung der Klägerin zu 1) aufgrund des eingetretenen Gesundheitsschadens Leistungen erbracht. Da der Gesundheitsschaden andauert, wird sie auch zukünftig Leistungen zu erbringen haben. Auch wenn für zurückliegende Zeiträume eine Bezifferung des Schadens möglich und damit eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit in Gestalt einer Leistungsklage gegeben ist, besteht gleichwohl ein Feststellungsinteresse. Ist bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstanden, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten, so ist der Kläger grundsätzlich nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten (BGH, Urteil vom 21.02.1991 - III ZR 204/89, VersR 1991, 788).

Die Feststellungsklage ist auch begründet. Soweit die Klägerin zu 2) an die Klägerin zu 1) für den aufgrund der Herzkatheteruntersuchung eingetretenen Gesundheitsschaden Krankenversicherungsleistungen erbracht hat und erbringen wird, ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin zu 1) auf die Klägerin zu 2) übergegangen. Nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X geht ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz des Schadens auf den Versicherungsträger über, soweit dieser aufgrund 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. Ausreichend für den Forderungsübergang ist nach dem Wortlaut des § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X, dass der Sozialversicherungsträger „Sozialleistungen zu erbringen hat“. Aus dieser Formulierung folgert die Rechtsprechung, dass Ansprüche des Geschädigten auch hinsichtlich zukünftiger Ansprüche, die noch nicht durch konkrete Leistungen realisiert worden sind, im Regelfall bereits im Zeitpunkt des Unfalls, der die Ersatzpflicht des Schädigers auslöst, übergehen.Der Anspruchsübergang tritt mit dem schadensstiftenden Ereignis ein, soweit zwischen dem Geschädigten und dem betreffenden Sozialversicherungsträger bereits im Zeitpunkt des schadensstiftenden Ereignisses ein Sozialversicherungsverhältnis existiert. Zur Begründung wird angeführt, dass in einem solchen Fall bereits im Augenblick des Schadenseintritts eine Leistungspflicht eines Sozialversicherungsträgers im Rahmen des bestehenden Sozialversicherungsverhältnisses für die Beteiligten von vorneherein in Betracht kommt. Ein Anspruchsübergang auf den Sozialversicherungsträger erfolgt nur dann nicht im Zeitpunkt des Schadenseintritts, wenn die Entstehung einer Leistungspflicht völlig unwahrscheinlich, also geradezu ausgeschlossen ist (zuletzt BGH, Urteil vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 = NJW 2012, 3639 m.w.N.; siehe unter anderem auch BGH, Urteil vom 20.09.1994 - VI ZR 285/93, BGHZ 127,120). Dies ist vorliegend unstreitig nicht der Fall.

E. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 100 Abs. 1 und Abs. 4 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird im Hinblick auf die entscheidungserheblichen Ausführungen zur Rechtsfigur des „voll beherrschbaren Risikos“ zugelassen.

Die Wertfestsetzung für das Berufungsverfahren richtet sich nach §§ 48 Abs. 1 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG, 3 ZPO wie folgt:

Schmerzensgeldantrag 60.000 €

Weiterer Zahlungsantrag bzgl. der Fahrtkosten und Kopierkosten 146,65 € (ohne Zinsen und Kosten im Sinne des § 43 Abs. 1 GKG)

Feststellungsantrag der Klägerin zu 1) 10.000 €

Feststellungsantrag der Klägerin zu 2) 19.200 €

72. OLG Koblenz, Beschluss vom 26.08.2014 – 5 U 222/14 – * Haftung des Krankenhausarztes in der Notfallambulanz für Fehldeutung einer Carbamazepin-Unverträglichkeit

Leitsatz

1. Ein Diagnoseirrtum, der objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sein kann, darf nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden. Daher haftet die in der Notfallambulanz eines Krankenhauses tätige Fachärztin für Allgemeinmedizin nicht, wenn sie eine nach den Gesamtumständen fernliegende Carbamazepin-Unverträglichkeit naheliegend als Amoxicillin-Unverträglichkeit fehlinterpretiert, weil die Patientin dieses Medikament erst jüngst zusätzlich eingenommen hat.
2. Beim einfachen Diagnoseirrtum trifft den Patient die Beweislast, dass der Kausalverlauf nach sofortiger richtiger Diagnose günstiger gewesen wäre.

Orientierungssatz

Fortführung OLG Koblenz, 31.08.2006, Az: 5 U 588/06
Abgrenzung BGH, 8.07.2003, Az: VI ZR 304/02

Tenor

1. Die Berufung gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 15.01.2014 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
2. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung des Beklagten durch Leistung einer Sicherheit von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, es sei denn, der Beklagte leistet entsprechende Sicherheit.
3. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 30.451,15 €.

Gründe

I. Die Berufung ist aus den Erwägungen des Senatsbeschlusses vom 14.07.2014 unbegründet. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Die 1979 geborene Klägerin nimmt das beklagte Krankenhaus auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch. Daneben möchte sie die Ersatzpflicht für entsprechende Zukunftsschäden festgestellt haben.
Wegen einer Occipitalis - Neuralgie hatte die Klägerin seit dem 27.09.2010 das Medikament Carbamazepin eingenommen. Erstmals in den Morgenstunden des 19.10.2010 nahm sie außerdem das Antibiotikum Amoxicillin.
Wegen einer heftigen Hautreaktion am gesamten Körper stellte die Klägerin sich am darauffolgenden Tag in der Notfallambulanz des beklagten Krankenhauses vor. Unter der Annahme einer allergischen Reaktion auf das Antibiotikum Amoxicillin und der Verdachtdiagnose „Epstein - Barr - Virusinfektion“ schickte man die Klägerin mit der Empfehlung nach Hause, ein Antihistaminikum (Fenistil®) zu nehmen unter Erhöhung der Cortisondosis.
Der weitere Verlauf war derart dramatisch, dass die Klägerin gezwungen war, sich ab dem 29. 10. 2010 andernorts stationär behandeln zu lassen. Dort zeigte sich nach Absetzen des Medikaments Carbamazepin eine deutliche Besserung des dermatologischen Beschwerdebildes.
Die Klägerin lastet dem Beklagten an, die bereits am 20.10.2010 vorhandenen signifikanten Leitsymptome für eine Unverträglichkeitsreaktion auf das Medikament Carbamazepin nicht erkannt und stattdessen irrig von einer Epstein - Barr - Virusinfektion ausgegangen zu sein, was angesichts des Lebensalters der Klägerin fernliegend gewesen sei.
Eine ergänzende Befunderhebung mit daran anknüpfender unverzüglicher Krisenintervention hätte den weiteren Verlauf frühzeitiger in die richtige Bahn gelenkt und zu einem besseren Ergebnis geführt.
Dem ist der Beklagte entgegengetreten.
2. Das Landgericht hat einen Dermatologen als Sachverständigen befragt. Er hat sein schriftliches Gutachten (Bl. 79 - 91 GA) mündlich erläutert (Bl. 115/116 GA).
Hiernach hat das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. Ein vorwerfbarer Diagnosefehler liege nicht vor. Die angenommene allergische Reaktion auf das tags zuvor erstmals eingenommene Antibiotikum Amoxicillin habe viel näher gelegen als eine Unverträglichkeit des schon länger eingesetzten Carbamazepin. Ein Befunderhebungsversäumnis sei dem Beklagten nicht unterlaufen; es habe sich um eine einmalige Untersuchung in der Notfallambulanz gehandelt.
3. Mit ihrer Berufung hält die Klägerin an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen.
Der Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.
Wegen der Einzelheiten wird auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.
4. Das Rechtsmittel ist ohne Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
Dem Senat erscheint bereits zweifelhaft, ob der in der Notfallambulanz des Beklagten tätigen Fachärztin für Allgemeinmedizin objektiv ein Diagnoseirrtum unterlaufen ist. Die Berufung behauptet dies, indem sie unter Bezugnahme auf die Erkenntnisse nachbehandelnder Ärzte die These aufstellt, bei der Beklagten

habe am 20.10.2010 eine Carbamazepin - Unverträglichkeitsreaktion vorgelegen. Das ist jedoch nicht gesichert, weil es im Entlassungsbericht des Universitätsklinikums des Saarlandes vom 4. 11. 2010 nach immerhin 7-tägiger engmaschiger Betreuung und Verlaufskontrolle lediglich heißt, „wahrscheinlich“ liege eine Arzneimittelreaktion auf Carbamazepin vor. Daneben ist jedoch auch von „Verdacht auf Amoxicillin - Allergie“ die Rede.
Diese Diagnose war im beklagten Krankenhaus bereits am 20. 10. 2010 gestellt worden; sie kann nach dem Entlassungsbericht der dermatologischen Abteilung des Universitätsklinikums richtig gewesen sein. Vertiefter Erörterung bedarf das nicht, weil jedenfalls ein vorwerfbarer Diagnosefehler nicht gegeben ist.
Für einen Diagnosefehler Fehler haftet ein Arzt nur unter Voraussetzungen, die hier nicht erfüllt sind. Grundsätzlich ist zwar das Nichterkennen einer erkennbaren Erkrankung und der für sie kennzeichnenden Symptome als Behandlungsfehler zu werten (vgl. BGH in VersR 1958, 545, 546; VersR 1981, 1033, 1034 und in AHRS 1815/102). Irrtümer bei der Diagnosestellung, die in der Praxis nicht selten vorkommen, sind jedoch oft nicht die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes. Die Symptome einer Erkrankung sind nämlich nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der vielfachen technischen Hilfsmittel, die zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen sind (BGH VersR 1981, 1033, 1034). Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden (vgl. Senatsurteil vom 21.11.2012 - 5 U 381/12 - in KHE 2012/172 m. w. N.).
Die vom Beklagten diagnostizierte Unverträglichkeitsreaktion auf das erst tags zuvor erstmals eingenommen Antibiotikum Amoxicillin lag am 20. 10. 2010 nahe; die von der Berufung postulierte Annahme einer Unverträglichkeitsreaktion auf das bereits seit geraumer Zeit gut vertragene Carbamazepin fern.
Der demgegenüber von der Berufung erhobene Einwand das Allergiepotential von Amoxicillin sei gering, wogegen Carbamazepin häufig bis sehr häufig zu teils schwersten Hautreaktionen führe, was der gerichtliche Sachverständige verschwiegen habe, ist nicht tragfähig.
Allerdings ist der Berufung zuzugeben, dass der Satz auf Seite 8 des schriftlichen Gutachtens
„Allergische und leukopenische Reaktionen, die zum Abbruch der Behandlung zwingen, sind selten“
missverständlich ist.
Wie der Senat weiß (§ 291 ZPO), sind allergische Hautreaktionen eine häufige Nebenwirkung bei der Einnahme von Carbamazepin. Damit ist die Feststellung des Sachverständigen aber nicht falsifiziert, dass die allergischen Reaktionen selten so heftig sind, dass die Behandlung abgebrochen werden muss.
In diesem Zusammenhang ist auch seine Bemerkung bei der mündlichen Anhörung zu sehen, das bei der Klägerin aufgetretene Beschwerdebild zeige sich „in ca. einem von Millionen Fällen“ als Initialreaktion auf Carbamazepin.
Entscheidend ist, dass sich der in der Notaufnahme tätigen Ärztin am 20. 10. 2010 nicht erschließen musste, dass im Fall der Klägerin das scheinbar Naheliegende (Unverträglichkeit des Antibiotikums Amoxicillin) objektiv wohl nicht zutraf, während die Behandlungsseite mit dem Fernliegenden (Carbamazepin - Unverträglichkeit) wahrscheinlich die richtige Diagnose getroffen hätte. Bei dieser Sachlage fehlt es am Verschulden.
Anders als die Berufung meint, haftet der Beklagte auch nicht wegen eines Befunderhebungsversäumnisses. Nach den Erkenntnismöglichkeiten in der Notaufnahme am 20. 10. 2010 sprach alles dafür, dass das weitere Geschehen mit den Empfehlungen, das Antibiotikum abzusetzen und außerdem der akuten allergischen Reaktion durch Gabe eines Antihistaminikums zu begegnen, in die richtigen Bahnen gelenkt war.
Erst der weitere frustrane Verlauf erforderte andere Überlegungen und Befunderhebungen in eine andere Richtung. Zu dieser Zeit waren aber die nachbehandelnden Ärzte verantwortlich.
Nach alledem besteht auch kein Anlass, das von der Berufung geforderte weitere Sachverständigengutachten einzuholen. Der Senat sieht keinen ergänzenden Aufklärungsbedarf.“
II. Was die Klägerin dagegen mit Schriftsatz vom 20.08.2014 vorbringt, erfordert keine andere Einschätzung der Erfolgsaussicht der Berufung:
1. Die Berufung meint, nach den Maßstäben der Entscheidung VI ZR 304/02 des Bundesgerichtshofs und des Senatsurteils 5 U 588/06 müsse auch im Streitfall von einer Haftung des Beklagten ausgegangen werden. Das trifft nicht zu.
a. In der Entscheidung VI ZR 304/02 hat der BGH unter anderem ausgeführt:
„Grundsätzlich ist zwar das Nichterkennen einer erkennbaren Erkrankung und der für sie kennzeichnenden Symptome als Behandlungsfehler zu werten (vgl. Senatsurteile vom 30.05.1958 - VI ZR 139/57 - VersR 1958, 545, 546, vom 14.07.1981 - VI ZR 35/79 - VersR 1981, 1033, 1034 und vom 14.06.1994 - VI ZR 236/93 - AHRS 1815/102).
Irrtümer bei der Diagnosestellung, die in der Praxis nicht selten vorkommen, sind jedoch oft nicht die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes. Die Symptome einer Erkrankung sind nämlich nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen. Dies gilt auch unter Berücksich-

tigung der vielfachen technischen Hilfsmittel, die zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen sind (vgl. Senatsurteil vom 14.07.1981 - VI ZR 35/79 - aaO). Auch kann jeder Patient wegen der Unterschiedlichkeiten des menschlichen Organismus die Anzeichen ein und derselben Krankheit in anderer Ausprägung aufweisen. Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden (vgl. Senatsurteile vom 14.07.1981 - VI ZR 35/79 - aaO; vom 14.06.1994 - VI ZR 236/93 - aaO).
Dieser Gesichtspunkt greift allerdings nicht, wenn Symptome vorliegen, die für eine bestimmte Erkrankung kennzeichnend sind, vom Arzt aber nicht ausreichend berücksichtigt werden (vgl. Senatsurteil vom 30.05.1958 - VI ZR 137/57 - aaO; OLG Saarbrücken MedR 1999, 181, 182; Bischoff, Festschrift für Geiß, 2000, S. 345 ff.). Darum geht es hier nicht.
Die Frage nach einem ärztlichen Fehlverhalten kann sich jedoch auch stellen, wenn der behandelnde Arzt ohne vorwerfbare Fehlinterpretation von Befunden eine objektiv unrichtige Diagnose stellt und diese darauf beruht, daß der Arzt eine notwendige Befunderhebung entweder vor der Diagnosestellung oder zur erforderlichen Überprüfung der Diagnose unterlassen hat. Ein solcher Fehler in der Befunderhebung kann zur Folge haben, daß der behandelnde Arzt oder der Klinikträger für eine daraus folgende objektiv falsche Diagnose und für eine der tatsächlich vorhandenen Krankheit nicht gerecht werdende Behandlung und deren Folgen einzustehen hat (vgl. zum Beispiel Senatsurteile BGHZ 138, 1, 5 ff. und vom 3.11.1998 - VI ZR 253/97 - VersR 1999, 231, 232 - jeweils m.w.N.).“
Für den Streitfall bedeutet dies, dass ein haftungsrelevantes Fehlverhalten des Beklagten dann in Betracht käme, wenn die Zeugin Dr. Z., eine Fachärztin für Allgemeinmedizin (nicht Dermatologie), die Klägerin am 20. 10. 2010 ohne jedwede Empfehlung zur Therapie und weiteren Befundung aus der ambulanten Behandlung entlassen hätte.
Derartiges ist jedoch nicht behauptet und auch nicht zu ersehen. Wie der gerichtliche Sachverständige mitgeteilt hat, waren die Verdachtsdiagnosen „EBV - Infektion“ und „Penicillin - Allergie“ vertretbar. Letzterem begegnete Dr. Z. durch die Empfehlung, das erstmals am Vortag neu eingenommene Penicillin wieder abzusetzen, ersterem durch den Rat, einen EBV - Test durch Vermittlung der Hausärztin zu veranlassen.
Darin lag die „Befunderhebung zur erforderlichen Überprüfung der Diagnose“ im Sinne der Entscheidung des BGH.
Das Ergebnis des EBV - Tests lag erst Tage später vor und falsifizierte die Diagnose der Zeugin Dr. Z. vom 20.10.2010 durchgreifend. Daraus kann jedoch nichts zu Lasten des Beklagten hergeleitet werden, weil die Klägerin sich zu diesem Zeitpunkt in anderweitiger ärztlicher Betreuung befand.
b. Im Senatsurteil vom 31.08.2006 - 5 U 588/06 - ist unter anderem entschieden, dass beim einfachen ärztlichen Diagnosefehler der Patient beweisen muss, dass der weitere Kausalverlauf bei richtiger Diagnose und Behandlung günstiger gewesen wäre.
Im Streitfall hat der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. H. sich zur Kausalitätsfrage wie folgt geäußert: „Auf Nachfrage der Klägervertreterin, ob es auch zu der Hautablösung gekommen wäre, wenn man das Medikament zwei Tage früher abgesetzt hätte, dazu kann ich nichts sagen. Ob überhaupt und wenn ja in welchem Ausmaß ein Unterschied bestanden hätte, kann man nicht sagen“ (Sitzungsniederschrift Seite 3).
Angesichts dieser Erkenntnis des Sachverständigen scheitert die Klage auch am nicht geführten Beweis eines abweichenden Kausalverlaufs bei dem von der Berufung als pflichtgemäß geforderten Handeln.
2. Die weiteren Überlegungen der Stellungnahme vom 20.08.2014 basieren durchweg auf medizinischen Erkenntnissen, die erst im weiteren Behandlungsverlauf gewonnen werden konnten.
Darauf kommt es nicht an, weil der gerichtliche Sachverständige und ihm folgend das Landgericht zu Recht ausschließlich auf die medizinischen Erkenntnisse und Erkenntnismöglichkeiten bei der ambulanten Untersuchung am 20.10.2010 abgestellt haben.
3. Die Rüge, von einem Facharzt (gemeint ist ersichtlich: für Dermatologie) sei zu erwarten, ein DRESS - Syndrom richtig zu diagnostizieren, geht am Sachverhalt vorbei. Dr. Z. ist Fachärztin für Allgemeinmedizin.
Derselben Fachrichtung gehört im Übrigen die Hausärztin der Klägerin an. Die nunmehr von der Berufung erhobene Beanstandung träfe demnach die Hausärztin gleichermaßen.
4. Mit der Behauptung, bei der Beschwerdesymptomatik der Klägerin sei der Gebrauch des Medikaments Carbamazepin ein "Off - Label-Use", versucht die Berufung, einen neuen Streitstoff in das Verfahren einzuführen. Dadurch lässt sich ein Fehler der angefochtenen Entscheidung nicht aufzeigen. Soweit darin eine Klageerweiterung liegt, erachtet der Senat diese als nicht sachdienlich.
In der Klageschrift (Seite 5) hatte die Klägerin mitgeteilt, schon vor dem 20.10.2010 habe ihre Hausärztin den Verdacht einer Carbamazepin - Unverträglichkeit geäußert Warum die Klägerin trotz dieses Verdachts die Carbamazepin - Dosis ab dem 20.10.2010 nochmals erhöhte (Anhörung der Klägerin vom 11.12.2013 - Seite 3 der Sitzungsniederschrift), ist nicht nachvollziehbar.
Dabei wird nicht verkannt, dass die Klägerin bei ihrer Anhörung auch behauptet hat, die Zeugin Dr. Z. habe am 20.10.2010 zur Dosiserhöhung geraten (aaO).

Das hat der Beklagte jedoch bestritten. Die behauptete Empfehlung vom 20.10.2010 ist auch in keiner Weise mit der im Ambulanzblatt vom 27.9.2010 festgehaltenen Dosierungsanweisung zu vereinbaren, wonach die Klägerin die Anfangsdosierung von 2 X täglich 200 mg Carbamazepin nach 5 Tagen auf 2 X 400 mg täglich steigern sollte.
Diese (bei Befolgung der Medikationsempfehlung vom 27. 9. 2010) seit Anfang10.2010 eingenommene Höchstdosierung nach dem 20.10.2010 nochmals gesteigert zu haben, ist nicht dem Beklagten anzulasten.
5. Soweit die Berufung auf Laborwerte hinweist, die entgegen der Annahme des Sachverständigen im Universitätsklinikum Homburg erhoben worden seien, ist das für die Haftungsfrage im vorliegenden Rechtsstreit unerheblich.
Entsprechende Laboruntersuchungen beim Beklagten hätten die weitere Behandlung zwar früher in eine andere Richtung lenken können. Damit ist aber nicht gesagt, dass der weitere Verlauf zu Gunsten der Klägerin ein anderer gewesen wäre.
Dazu hat Professor Dr. H. bei seiner mündlichen Anhörung alles Erforderliche gesagt; darauf wird verwiesen.
6. Dass bei der Klägerin bereits vor dem 20.10.2010 ein EBV - Test mit negativem Ergebnis durchgeführt worden war, ist bestritten.
Im Übrigen ist nicht behauptet, dass die Klägerin diesen Test und sein behauptetes Ergebnis gegenüber der Ärztin Dr. Z. am 20. 10. 2010 verlautbarte.
7. Die Berufung musste mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückgewiesen werden.

73. LG Bochum, Urteil vom 21.08.2014 – I-14 O 117/14, 14 O 117/14 – * Irreführende Internetwerbung einer Klinik: Fehlen eine eindeutigen Hinweises auf Belegarztklinik; unzulässiges Erfolgsversprechen eines Arztes

Orientierungssatz

1. Bei der Bewerbung eines Krankenhauses im Internet muss für Patienten klar erkennbar sein, dass es sich um eine Belegarztklinik ohne angestellte Ärzte handelt.
2. Für eine Klarstellung ist nicht ausreichend, wenn Patienten erst nach anklicken des Buttons "Team" darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine Belegarztklinik handelt. Denn ein solcher Hinweis wäre als versteckt anzusehen.
3. Es liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 2a HWG vor, wenn ein Arzt mit der Werbeaussage "es gibt keine hoffnungslosen Fälle" wirbt.

Tenor

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt,
bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ersatzordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten es zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr unter der Bezeichnung ... zu werben, ohne durch deutliche Zusätze klar zu stellen, dass es sich um ein Belegkrankenhaus handelt.
an den Kläger 219,35 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit dem 12.04.2014 zu zahlen.
Der Beklagte zu 2) wird verurteilt,
bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ersatzordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten es zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr für seine ärztlichen Leistungen mit der Aussage zu werben: "Es gibt keine hoffnungslosen Fälle.", wenn dies geschieht wie nachfolgend wiedergegeben:
an den Kläger 219,35 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit dem 12.04.2014 zu zahlen.
Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, hinsichtlich der Unterlassungsansprüche jeweils gegen Sicherheitsleistung von 30.000,00 Euro, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, die Beklagte zu 1. betreibt in Bochum in der ... die ... und bewirbt sie im Internet unter ... Sie ist auf Venenleiden spezialisiert und verfügt über keine festangestellten Ärzte, die ausschließlich dort tätig sind. Bei Aufruf der Homepage der Beklagten zu 1., die unter Hervorhebung mit ... überschrieben ist, wird unter dem Button "Team" eine Aufstellung der in der ... tätigen Ärzte aufgeführt, die jeweils als "Ltd. Belegarzt" bezeichnet werden, weitere Hinweise

darauf, dass es sich um eine Belegarztklinik handeln könnte, finden sich nicht. Der Kläger mahnte die Beklagte zu 1. mit Schreiben vom 12.03.2014 ab, diese Abmahnung wurde seitens der Beklagten zu 1. zurückgewiesen.
Der Beklagte zu 2. ist Facharzt für Allgemeinmedizin und hat seine Praxis in den Räumlichkeiten der Beklagten zu 1., deren Leiter er auch ist. Ebenfalls mit Schreiben vom 12.03.2014 mahnte der Kläger den Beklagten zu 2. wegen einer Anzeige im Rhein-Boten Düsseldorf (Bl. 28 der Akten), in der der Beklagte zu 2. mit der Aussage warb "Es gibt keine hoffnungslosen Fälle." Auch insoweit wurde die Abmahnung zurückgewiesen.
Mit vorliegender Klage verfolgt der Kläger seine Unterlassungsbegehren gegen die Beklagten weiter.
Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte zu 1. verhalte sich wettbewerbswidrig, da in ihrem Internetauftritt und auch im Übrigen nicht klargestellt werde, dass es sich bei der von ihr betriebenen Klinik um eine Belegarztklinik handelt. Sie habe keine festangestellten und nur für sie tätige Ärzte, so dass eine medizinische Notfallversorgung nicht gewährleistet sei. Darüber hinaus ergäben sich haftungsrechtliche Unterschiede, da in einer Klinik diese für Fehlverhalten des bei ihr tätigen Personal in der Haftung stehe, in einer Belegarztklinik allerdings nicht. Von daher müsse dies klargestellt werden, tatsächlich findet sich kein klarer Hinweis auf diesen Umstand im Auftreten der Beklagten. Lediglich beim Anklicken des vorletzten Buttons der Menüleiste beim Aufrufen der Homepage der Beklagten zu 1. "Team" werde man auf eine Seite geleitet, auf der die in der Klinik tätigen Ärzte aufgeführt und alle mit "leitendem Belegarzt" bezeichnet würden. Einen Hinweis darauf, dass es daneben keine festangestellten Ärzte gebe, sei nicht vorhanden. Auch die Anzeige in der Zeitung sei wettbewerbswidrig, da mit der Aussage "Es gibt keine hoffnungslosen Fälle" irreführend suggeriert werde, dass mit Sicherheit ein Behandlungserfolg erzielt werden könne. Eine solche Aussage sei objektiv unzutreffend und damit wettbewerbswidrig.
Der Kläger beantragt,
den Beklagten zu 1. zu verurteilen, es bei Meldung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,-- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr unter Bezeichnung ... zu werben, ohne durch deutliche Zusätze klarzustellen, dass es sich um ein Belegkrankenhaus handelt,
den Beklagten zu 2. zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis 250.000,-- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr für seine ärztlichen Leistungen mit der Aussage zu werben:
"Es gibt keine hoffnungslosen Fälle.",
wenn dies geschieht wie nachfolgenden wiedergegeben:
die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an ihn 219,35 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 12.04.2014 zu zahlen,
die Beklagte zu 2. zu verurteilen, an den Kläger 219,35 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 12.04.2014 zu zahlen.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte zu 1. ist der Ansicht, sie habe auf ihrer Internetseite ausreichend deutlich kenntlich gemacht, dass es sich bei ihr um eine Belegklinik handele. Unter Verweis auf ein Urteil des OLG Nürnberg vom 12.02.1997 -3 U 2096/96- ist sie der Auffassung, dass bei blickfangmäßiger Herausstellung der Firmenbezeichnung durch nachfolgende aufklärende Hinweise im Werbetext die hervorgerufene Irreführungsgefahr wieder beseitigt werde. Das sei hier der Fall, denn die aufklärende Information sei nicht versteckt. Die Menüleiste sei gleichwertig, so dass ausgehend von der Startseite unmittelbar der Button "Team" ausgewählt werden könne. Auf dieser Seite ergebe sich klar und deutlich auch für den schnellen Leser, dass alle behandelnden Ärzte bei der Beklagten zu 1. Belegärzte seien. Dieser Hinweis sei auch ausreichend klar. Da der Beklagte zu 2. seine ambulante Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Beklagten zu 1. ausübe, sei er als Facharzt ständig in der Klinik anwesend und könne eine durchgehende ärztliche Notfallversorgung gewährleisten. Deshalb sei kein Nachteil zu Krankenhäusern mit angestellten Ärzten gegeben. Der Beklagte zu 2. ist der Ansicht, dass die Aussage "Es gibt keine hoffnungslosen Fälle" nicht die Aussage enthalte, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden könne, sondern nur die Hoffnung gebe, dass sie beim Beklagten zu 2. geheilt werden könnten. Diese Aussage sei bei medizinisch heilbaren Krankheiten durchaus üblich. Insoweit verweist der Beklagte auf Auszüge aus dem Internet (Bl. 61 ff. der Akten). Offene Beine und Venenerkrankungen könnten erfolgreich behandelt und deren Symptome nachhaltig gelindert werden. Zu ihm kämen viele Patienten, die eine jahrelange Odyssee ihrer nicht heilenden Venenerkrankung hinter sich hätten, gerade auf diese Heilung schwerster Fälle habe sich der Beklagte zu 2. spezialisiert, sie würden von ihm auch geheilt.
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet.

Der Kläger hat zunächst einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1. auf Unterlassung der Bezeichnung ... ohne Klarstellung, dass es sich bei ihr um ein Belegkrankenhaus handelt.
Dass die Beklagte zu 1. ein Belegkrankenhaus betreibt, war zwischen den Parteien unstreitig. Soweit der Beklagte zu 2. in der mündlichen Verhandlung die Auffassung geäußert hat, er wisse eigentlich gar nicht, was wirklich ein Belegkrankenhaus sei und ob er ein solches betreibe, ist dies unerheblich. Tatsächlich verfügt die ... über keine festangestellten Ärzte, sämtliche Patienten werden von den anderweitig praktizierenden Ärzten im Rahmen des Belegarztsystems in der Klinik behandelt. Das gilt auch für den Beklagten zu 2., der nicht bei der Beklagten zu 1. angestellt ist, so dass er seine Patienten auch im Wege des Belegarztsystems in der ... behandelt.
Zwischen den Parteien ist weiter unstreitig, dass eine Belegarztklinik für die Patienten als solche erkennbar sein muss, da erheblich Differenzen bestehen. Zum einen ist durch das Fehlen der angestellten Ärzte eine Notfallversorgung nicht ausreichend gewährleistet. Der Einwand des Beklagten zu 2., er sei immer dort und gewährleiste daher die Notfallversorgung, ist im Ergebnis unzutreffend. Denn in Zeiten, in denen er selbst operiert oder mit der Behandlung beschäftigt ist, steht er für Notfallpatienten nicht zur Verfügung. Zudem ist entscheidend, dass eine einzelne Person, die zudem auch noch aufwendig beruflich tätig ist - wenn auch in denselben Räumlichkeiten-, eine 24-Stunden-Notfallversorgung sieben Tage die Woche und 52 Wochen im Jahr nicht gewährleisten kann. Weiter kommt hinzu, dass für Patienten, die eine Belegarztklinik aufsuchen, im Falle eines Behandlungsfehlers insoweit Besonderheiten auftreten, als sie nicht wie bei einem Krankenhaus mit angestellten Ärzten neben diesen auch die Klinik für etwaige Probleme in die Haftung nehmen können. Aus diesen Gründen ist eine Klarstellung erforderlich.
Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1. ist diese vorliegend nicht gegeben. Bei Aufruf der Internetseite erscheint zunächst hervorgehoben die ... ohne dass ein Hinweis auf die Belegarztpraxis gegeben ist. Dasselbe gilt für den aufrufbaren Button "Venenerkrankung". Wählt der Kunde im Menü den Button "Anästhesie" werden zwei "seit mehr als zehn Jahren in unserer Klinik" leitende Anästhesisten vorgestellt, so dass eher der Eindruck entsteht, sie seien fest bei der Beklagten zu 1. angestellt, was aber unstreitig nicht der Fall ist. Auch unter dem Button "Kardiologie und innere Medizin" werden zwei Ärzte vorgestellt, ohne jeglichen Hinweis, dass diese Ärzte nicht angestellt seien sondern lediglich als Belegärzte tätig werden. Insbesondere unter dem Button "unsere Klinik", unter der die von der Beklagten zu 1. betriebene Klinik sich vorstellt, sind vielfältige Informationen aufrufbar, es fehlt aber jeglicher Hinweis auf einen Belegarztklinik. Dasselbe gilt für die weiteren aufrufbaren Buttons mit Ausnahme des Buttons "Team", unter dem der Beklagte zu 2. als leitender Belegarzt und hervorgehoben als Chefarzt vorgestellt wird und die weiteren - mit Ausnahme der Anästhesisten - als leitende Belegärzte genannt werden. Insoweit vertritt die Kammer die Auffassung, dass bei Nennung ausschließlich leitender Ärzte für den Patienten der Eindruck entsteht, es gebe auch nicht leitende Ärzte. Zudem erweckt die Bezeichnung "Chefarzt" bei der Vorstellung des Beklagten zu 2) wegen der hervorgerufenen Assoziation zu der Hierarchie in Krankenhäusern, in denen Ärzte angestellt sind, den irreführenden Eindruck, eine derartige Hierarchie gebe es auch bei der Beklagten zu 1., es gebe also auch angestellte Ärzte. Von daher ist die Darstellung unter dem Button "Team" nicht hinreichend klar, um den auf der Startseite erweckten Eindruck, es handele sich um eine Klinik mit einem klassischen Krankenhauszuschnitt, zu korrigieren.
Hinzu kommt, dass der Button "Team" in der Menüleiste gleichgewichtig sein mag, er ist allerdings nicht zwingend aufzurufen von einem Besucher dieser Seite, so dass eine Klarstellung darin nicht ausreichend wäre, da der die Homepage der Beklagten zu 1. aufrufende Patient die dortigen Informationen nicht zur Kenntnis nehmen muss. Von daher ist unabhängig von der Frage, ob die Informationen auf der Seite "Team" ausreichend sind, um auf eine Belegarztklinik hinzuweisen, ein dort vorhandener Hinweis zur Klarstellung nicht ausreichend, weil er nicht zur Kenntnis genommen werden muss. Er wäre daher als versteckt anzusehen.
Da die Abmahnung von daher berechtigt war, hat die Beklagte auch die der Höhe nach unstreitigen Abmahnkosten zu tragen. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 BGB und war auf 5 Prozentpunkte zu reduzieren, da es sich nicht um Entgeltforderung handelte.
Der Kläger hat weiterhin Anspruch gegen den Beklagten zu 2. auf Unterlassung der Werbeaussage "es gibt keine hoffnungslosen Fälle" wie es mit der Anzeige im Rheinboten Düsseldorf geschehen ist. Der Einwand des Beklagten zu 2., eine derartige Werbung sei üblich bei medizinisch heilbaren Krankheiten, ist letztlich unerheblich. Die verwiesenen Fälle betreffen Internetauftritte, die Therapien für Alkohol- und Drogenabhängige vorstellen. Ob in derartigen Fällen eine solche Werbung zulässig ist, kann hier dahinstehen, jedenfalls ist im Hinblick auf den Beklagten zu 2. ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 2a HWG gegeben. Denn mit dieser Werbung wird konkret suggeriert, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden könne. Insbesondere die Verbindung mit dem hervorgehobenen Satz "Auch schlimmste Fälle stellen für das Expertenteam keine Probleme dar." vermittelt dem Leser nicht nur den Eindruck, beim Beklagten zu 2. werde er geheilt, sondern sogar darüber hinaus, er werde dort problemlos geheilt. Dies ist eine Aussage, die bei Patienten, die nach Angabe des Beklagten zu 2. teilweise eine jahrelange Odyssee durch verschiedene Krankenhäuser und Kliniken hinter sich haben, ohne dass ihr Leiden geheilt werden konnte, ein sehr starker Anreiz und darüber hinaus auch herabwürdigend für die bisherigen behandelnden

Ärzte, die offenbar problemlos zu heilende Fälle nicht in den Griff bekamen. Eine derartige Werbung ist in dieser plakativen Art wettbewerbswidrig, zumal nach der mündlichen Verhandlung auch feststeht, dass die schriftsätzlich erhobene Behauptung, dieser Eindruck sei - falls er erweckt worden wäre - auch zutreffend, unrichtig ist. Denn der Beklagte zu 2. hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass er zwar für viele Venenerkrankungen mit der von ihm angewandten Methode einen Heilerfolg sogar zu garantieren bereit sei, allerdings gebe es Fälle, die medizinisch nicht heilbar seien, so z.B. Venenerkrankungen aufgrund von Zuckerkrankheit. Eine derartige Differenzierung wird in der Anzeige auch nicht getroffen, so dass ein Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetzt zu bejahen ist. Der Einwand des Beklagten zu 2., er habe mit dieser Anzeige Patienten, die jahrelange Leiden und erfolglose Behandlungen hinter sich hätten, Hoffnung machen wollen, mag für sich genommen ein positives Motiv sein, ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Umsetzung in der Art und Weise der Werbung als wettbewerbswidrig zu beanstanden ist.
Da die Abmahnung auch insoweit berechtigt war, waren dem Kläger auch die insoweit geltend gemachten unstreitigen Abmahnkosten zuzusprechen. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 BGB und war auf 5 % zu reduzieren, da keine Entgeltforderung gegeben ist.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

74. OLG Koblenz, Beschluss vom 21.08.2014 – 5 U 868/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Darlegungspflichten des Patienten bei Inanspruchnahme mehrerer Ärzte; Thromboseprophylaxe bei lediglich eingeschränkter Mobilität

Leitsatz

1. Waren an einer stationären Krankenhausbehandlung Ärzte unterschiedlicher Fachrichtungen beteiligt, muss der Patient im Arzthaftungsprozess darlegen, welches konkrete Fehlverhalten er jedem einzelnen Arzt zur Last legt. Pauschale Hinweise auf vermeintliche Organisationsmängel und/oder Verstöße gegen Kontroll- und Überwachungspflichten sind unzureichend.
2. Orthopädische Beschwerden der Lendenwirbelsäule erfordern auch bei einem stationären Krankenhausaufenthalt nicht zwingend eine medikamentöse oder mechanische Thromboseprophylaxe, falls der Patient teilmobil ist und außer einer Adipositas keine weiteren Risikofaktoren bestehen; maßgeblich ist die Befundlage des jeweiligen Einzelfalls.

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 der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich keine Erfolgsaussicht hat, die Rechtssache ohne grundsätzliche Bedeutung ist, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:
Gründe
I. Die Klägerin stellte sich am 27.01.2006 in der von dem Beklagten zu 5. geführten unfallchirurgischen Abteilung des Krankenhauses der Beklagten zu 1. vor, nachdem sie tags zuvor bei einem Sturz Prellungen im unteren Wirbelsäulenbereich erlitten hatte. Nach neurologischen und röntgenologischen Untersuchungen gab es keinen Anhalt für eine knöcherne Verletzung. Man vereinbarte einen Kontrolltermin für den 3.02.2006.
Als die Klägerin an diesem Tag mit starken Schmerzen wieder erschien, veranlasste der Beklagte zu 5. ein MRT der Lendenwirbelsäule, das in der Radiologie des Krankenhauses gefertigt wurde. Auf dessen Grundlage ging er, anknüpfend an einen Befundbericht, der ihm im Namen des Beklagten zu 6. als des Leiters der Radiologie und des Beklagten zu 7. als des dortigen Oberarztes übermittelt wurde, von einem Bandscheibenvorfall bei LWK 4/5 aus und riet der Klägerin zu einer stationären Therapie in der neurologischen Abteilung des Hauses. Chef dieser Abteilung, in der der Beklagte zu 3. als Oberarzt und die Beklagte zu 4. als Assistenzärztin arbeiteten, war der Beklagte zu 2.
Nach ihrer Aufnahme am 6.02.2006 klagte die Klägerin wiederholt über Schmerzen im Gesäß- und Beinbereich. Ihrer Darstellung nach war das überwiegend linksseitig bezogen. Demgegenüber äußerten sich die Beschwerden nach dem Vorbringen der Beklagten primär rechts. Die Klägerin unterzog sich krankengymnastischen Übungen, wurde massiert und erhielt Medikamente. Folgt man den Beklagten, kam es darunter zu einer Linderung.

Am 17.02.2006 zeigte sich das linke Bein geschwollen und livide verfärbt. Man stellte einen kompletten Verschluss der Vena iliaca communis fest. Die Klägerin wurde umgehend in ein Universitätsklinikum verlegt, wo man eine Thrombektomie vornahm und eine arterio-venöse Fistel anlegte. Dem folgten weitere Klinikaufenthalte im Frühjahr und Winter 2006 sowie im Frühjahr 2007.
Aus der Sicht der Klägerin ist die thrombotische Entwicklung von den Beklagten gesamtschuldnerisch zu verantworten. Sie habe sich bereits auf dem MRT vom 3.02.2006 abgezeichnet und sei bis zum 17.02.2006 verkannt worden. Ergänzende zielführende Untersuchungen seien pflichtwidrig unterblieben, obwohl - bedingt durch Adipositas, Bewegungseinschränkungen und das erlittene Sturztrauma - eine Risikolage bestanden habe. Außerdem habe man eine wirksame Thromboseprophylaxe vorwerfbar versäumt. Das sei ursächlich dafür geworden, dass sie nunmehr erheblich gehbehindert und deshalb erwerbsunfähig sei, unter Schmerzen und Schlaflosigkeit leide sowie Sehschwierigkeiten habe. Vor diesem Hintergrund hat sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines mit mindestens 20.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds und zum Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.085,04 € beantragt; außerdem hat sie die Feststellung der weitergehenden Haftung begehrt.
Das Landgericht hat Zeugen zur Befindlichkeit der Klägerin während des stationären Aufenthalts bei der Beklagten zu 1. gehört und drei Sachverständigengutachten eingeholt. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Dabei hat es eine Einstandspflicht der Beklagten zu 2. und zu 6. von vornherein verneint, weil nicht zu ersehen sei, dass diese die Verhältnisse in irgendeiner Weise beeinflusst hätten. Den Vorwurf der Klägerin, bei der Auswertung des MRT vom 3.02.2006 sei ein thrombotisches Geschehen verkannt worden, hat es für unbegründet gehalten, da in der Kontrastmitteldarstellung Hindernisse für den venösen Blutfluss nicht zu erkennen gewesen seien. Nach ihrer stationären Aufnahme am 6.02.2006 habe man die Klägerin adäquat betreut. Weder die allgemeine Risikosituation noch die von der Klägerin geklagten Beschwerden hätten Anlass dazu gegeben, eine Thrombose zu befürchten; deshalb habe es insoweit keiner besonderen Prophylaxe bedurft.
Das greift die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung an. Sie wendet sich gegen die Sachverhaltswürdigung, die das Landgericht vorgenommen hat.
II. Das Rechtsmittel dringt nicht durch. Das angefochtene Urteil hat Bestand.
1. Ihm ist bereits darin zu folgen, dass sich eine Haftung der Beklagten zu 2. und zu 6. schon im Ansatz nicht erschließt. Das jetzige Vorbringen der Klägerin, beide seien zeitnah über den Geschehenshergang informiert worden und hätten an "entsprechenden Behandlungsentscheidungen" mitgewirkt, ist ohne hinlängliche Substanz. Nichts anderes gilt für den nicht näher konkretisierten Vorwurf, sie müssten für "Organisationsfehler in ihrer Abteilung" einstehen.
Ebenso wenig ergiebig ist die Behauptung, der Beklagte zu 2. habe das MRT vom 3.02.2006 mitbefundet; denn die Verantwortung für dessen Auswertung lag in der Radiologie, und dort erfolgte auch die maßgebliche Diagnosestellung. Geht man - weil in erster Instanz die Mitwirkung des Beklagten zu 6. an der Befunderhebung im Streit war und die Klägerin nunmehr auf dessen dortiges Vorbringen Bezug nimmt ("entgegen seinen anders lautenden Behauptungen") - davon aus, dass ein Versehen in der Parteibezeichnung vorliegt und dass die Klägerin statt des Beklagten zu 2. den Beklagten zu 6 meint, fehlen die dieserhalb erforderlichen Beweisangebote. Die behauptete Mitwirkung des Beklagten zu 6. erschließt sich nämlich nicht ohne Weiteres, da der schriftliche Befund der Radiologie allein die Unterschrift des Beklagten zu 5. trägt.
Das kann jedoch letztlich auf sich beruhen. Denn es ist im Krankenhaus der Beklagten zu 1. nicht zu diagnostischen oder therapeutischen Pflichtverstößen gekommen.
2. Das MRT vom 3.02.2006 wurde nicht schuldhaft falsch ausgewertet, indem dort ein (sich anbahnender) Verschluss der Vena iliaca communis übersehen wurde. Eine entsprechende Symptomatik zeigte sich nicht, weil in der Kontrastmitteldarstellung kein Hindernis für den Blutfluss zu ersehen war. Das haben die beiden radiologischen Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. K. und Dr. A. deutlich gemacht. Demgegenüber fehlen in den Schlichtungsgutachten Prof. Dr. R. Erwägungen dieser Art. Im Übrigen interpretiert die Klägerin die Aussagen Prof. Dr. R. unscharf, wenn sie sie als konträr zu den gerichtlichen Gutachten einordnet. So ist in der zweiten, abschließenden Stellungnahme Prof. Dr. R. lediglich von einem Thromboseverdacht und - noch stärker relativiert - vom "Vortäuschen" einer Thrombose die Rede.
3. Auf der Basis des radiologischen Befundes hatte man während der nachfolgenden stationären Versorgung der Klägerin in der neurologischen Abteilung die tragfähige Arbeitshypothese eines Bandscheibenvorfalls. Damit stand die von der Klägerin geklagte Schmerzsymptomatik in Einklang. Freilich galt das nach der Natur des diagnostizierten Prolaps nur dann, wenn die Schmerzen überwiegend im rechten Bein auftraten. Schmerzen vor allem im linken Bein wären geeignet gewesen, die Arbeitshypothese zu erschüttern, und hätten die Frage nach einem thrombotischen Geschehen aufwerfen müssen. Insoweit war die Sachverhaltsdarstellung der Parteien kontrovers. Der Streit ist vom Landgericht auf der Grundlage der Krankenhausdokumentation dahin entschieden worden, dass die Probleme hauptsächlich auf der rechten Seite zu verorten waren. Den gegenläufigen Zeugenaussagen der Angehörigen der Klägerin ist das Land-

gericht - namentlich im Hinblick auf mögliche Erinnerungsschwächen und die menschliche Tendenz, zurückliegende Ereignisse im Licht späterer Erkenntnisse zu sehen - nicht gefolgt. Diese Würdigung veranlasst keine rechtserheblichen Zweifel und bindet damit für die Berufungsinstanz (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
4. Mithin gab die vorhandene Symptomatik keine hinreichende Veranlassung dazu, die Klägerin als Risikopatientin einzustufen und von daher eine besondere Thrombose-Prophylaxe zu betreiben. Spezifische präventive Maßnahmen in dieser Richtung waren auch ansonsten nicht angezeigt. Der Sachverständige Prof. Dr. G. hat herausgestellt, dass als relevantes Gefahrenmoment allein die Adipositas der Klägerin zu werten war. Das Trauma des Sturzes, das in die Überlegungen einbezogen werden musste, lag schon zu weit zurück, als dass es noch von Gewicht hätte sein können. Darüber hinaus war die Klägerin auch nicht immobilisiert. Sie stand, obschon mit Hilfe, aus dem Bett auf (Zeugenaussage Lisa M.), ging zur Toilette oder bis zur Zimmertür (Zeugenaussage Marga M.) und im Zimmer hin und her (Zeugenaussage Holger M.). Außerdem war es ihr möglich, das Krankenhaus zu einer Familienfeier zu verlassen. Dass sie dazu auf einen Rollstuhl oder gar auf eine Trage angewiesen gewesen wäre, ist weder behauptet noch sonst ersichtlich.
Im Hinblick auf die grundsätzlich vorhandene Mobilität der Klägerin waren die Gabe medikamentöser Thrombosehemmer oder die Applikation von Kompressionsstrümpfen verzichtbar. Allerdings bedurfte es nach Prof. Dr. G. physikalischer Maßnahmen. Hier ist indessen unstreitig, dass Krankengymnastik betrieben wurde und Massagen erfolgten.
III. Nach alledem lässt sich weder auf der Befunderhebungsebene noch in der Pflege und Betreuung ein haftungsbegründendes, schuldhaftes Fehlverhalten der Beklagten feststellen. Die Klägerin sollte daher erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen.
Bis zum 23.09.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.

75. OLG Koblenz, Beschluss vom 19.08.2014 – 5 U 279/14 – * Arzthaftungsprozess: Entscheidungsrelevanter Streitstoff und gerichtliche Sachaufklärungspflicht

Leitsatz

1. Auch im Arzthaftungsprozess lässt sich die Entscheidung erster Instanz nicht dadurch falsifizieren, dass mit der Berufung neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt wird.
2. Es ist zwar nicht generell unzulässig, sich im Arzthaftungsprozess auf ein lediglich mündlich eingeholtes und in indirekter Rede wiedergegebenes Privatgutachten zu stützen. Zwingend erforderlich ist aber die Darlegung, welcher medizinischen Fachrichtung der konsultierte Privatgutachter angehört, welche konkreten Fragen ihm von wem unterbreitet wurden und wie er sich im Einzelnen dazu geäußert hat.
Diese Entscheidung wird zitiert
Rechtsprechung
Fortführung OLG Koblenz, 4.02.2015, Az: 5 U 1171/14

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 28.01.2014 wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger darf die Vollstreckung der Beklagten durch Leistung einer Sicherheit von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, es sei denn, die Beklagte leistet entsprechende Sicherheit.
4. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 21.873,82 €.

Gründe

I. Die Berufung ist aus den Erwägungen des Senatsbeschlusses vom 23.07.2014 unbegründet. Dort hat der Senat mitgeteilt:
"1. Der Kläger begehrt als Erbe der am 20.11.1926 geborenen und am 14.06.2009 im beklagten Krankenhaus verstorbenen S. (im Folgenden: Patientin) materiellen und immateriellen Schadensersatz.
Nach einem Sturz in ihrer Wohnung wurde die Patientin am 27.04.2009 in die stationäre Behandlung bei der Beklagten aufgenommen. Dort stellte man neben bereits bekannten multiplen internistischen Ausfällen und Beschwerden einen Dickdarmtumor fest, der am 19.05.2009 operativ entfernt wurde. Nach zunächst unauffälligem Verlauf trat ab dem dritten postoperativen Tag eine signifikante Verschlechterung bei auffälligen Blutwerten ein. Am 22.05.2009 sah man sich daher zu einem Revisionseingriff gezwungen. Hiernach verschlechterte sich der Zustand der Patientin kontinuierlich; sie verstarb am 14.06.2009 an einem Herzinfarkt.
Der Kläger hat der Behandlungsseite angelastet, vor dem Ersteingriff nicht über Komplikationen und Behandlungsalternativen aufgeklärt zu haben. Auch sei am 19.05.2009 durch einen vermeidbaren Fehler der Dünndarm perforiert worden.

Dem sind die Beklagten entgegengetreten. Der Eingriff am 19.05.2009 sei alternativlos gewesen, die Patientin hinreichend aufgeklärt worden. Bei der eingetretenen Komplikation handele es sich um ein typisches Risiko, das sich auch bei äußerster Sorgfalt nicht sicher vermeiden lasse.
2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat Zeugen- und Sachverständigenbeweis erhoben, den Gutachter mündlich angehört und die Klage hiernach abgewiesen.
Ein ererbter vertraglicher oder deliktischer Schadensersatzanspruch stehe dem Kläger nicht zu. Die Operation vom 19.10.2009 sei indiziert und alternativlos gewesen. Dass es bei dem Eingriff zu einer Darmverletzung gekommen sei, belege keinen vorwerfbaren ärztlichen Fehler. Dass die Läsion nicht sofort intraoperativ erkannt und verschlossen worden sei, deute ebenfalls nicht auf mangelnde Sorgfalt. Auf die am dritten postoperativen Tag eingetretene Krise habe man sachgemäß reagiert. Die Zeugenbefragung des Arztes B. habe der Kammer auch die Gewissheit vermittelt, dass die Patientin insgesamt sachgemäß aufgeklärt worden sei. Sehe man bei der Risikoaufklärung (Gefahr des Herzinfarkts) gleichwohl ein Defizit, müsse insoweit von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden.
3. Mit seiner Berufung hält der Kläger an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Er wiederholt, vertieft und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen. Vor allem beanstandet er nunmehr die Durchführung des Revisionseingriffs am 22.05.2009 und die ärztliche Überwachung und Betreuung der Patientin in der Folgezeit. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 28.05.2014 (Bl. 166 - 174 GA) verwiesen.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe der Berufungserwiderung vom 18.07.2014 (Bl. 182 - 185 GA), auf die ebenfalls verwiesen wird.
4. Das Rechtsmittel ist aussichtslos. Das Landgericht hat über den erstinstanzlichen Streitstoff fehlerfrei entschieden und die insoweit erhobene Klage zu Recht abgewiesen. Das angefochtene Urteil ist außergewöhnlich eingehend und sorgfältig begründet, weshalb der Senat statt Wiederholung auf die Erwägungen des Landgerichts Bezug nimmt. Die Berufung erhebt insoweit auch keine Beanstandungen, die geeignet sind, das angefochtene Urteil und seine tragenden Erwägungen zu falsifizieren.
Stattdessen kritisiert die Berufung nunmehr den Revisionseingriff vom 22.05.2009 und sieht insoweit insbesondere einen Aufklärungsmangel. Die weitere Betreuung und Versorgung der Patientin nach dem 22.05.2009, insbesondere nach der Verlegung auf die geriatrische Station ab dem 29.05.2009 sei von zahlreichen Versäumnissen und Fehlern geprägt.
Auch damit kann die Berufung nicht durchdringen.
a. Soweit sie in Anknüpfung an eine entsprechende Bemerkung des gerichtlichen Sachverständigen meint, die Darmläsion habe sich auch ohne Revision wieder verschließen können, weshalb man die Patientin über die Möglichkeit einer konservativen Therapie habe aufklären müssen, hält der Senat das für abwegig.
Prof. Dr. K. hat nur von der Möglichkeit berichtet, dass sich derartige Läsionen in Einzelfällen von selbst schließen bzw. zuheilen. Im Streitfall war es bei der Patientin jedoch ganz offenkundig nicht zu einem derartigen Verschluss der beim Ersteingriff am 19.05.2009 verursachten Darmverletzung gekommen. Das ist durch die signifikante Verschlechterung der Befundlage am dritten postoperativen Tag hinreichend belegt. Vor diesem Hintergrund war die Revision alternativlos. Die abweichenden Überlegungen der Berufung gehen am konkreten Behandlungs- geschehen und der besorgniserregenden Befundlage am 22.05.2009 vorbei, die eine alsbaldige operative Revision mit Verschluss der Darmläsion erforderte.
b. Mit der Rüge einer unzureichenden Überwachung, Betreuung und Versorgung der Patientin Ende05.2009 bis hin zu ihrem bedauerlichen Tod kann die Berufung aus prozessualen Gründen nicht gehört werden. Denn dieser neue Streitstoff war nicht Gegenstand des Verfahrens erster Instanz.
Mit den erstmals in zweiter Instanz behaupteten Fehlern bei der Nachsorge, insbesondere nach der Verlegung in die geriatrische Abteilung am 29.05.2009, zeigt die Berufung keinen Fehler des angefochtenen Urteils auf. Das Landgericht konnte sich mit diesem Streitstoff nicht befassen, weil er nicht Gegenstand der Klage war. Seine Einführung in das Berufungsverfahren scheitert an §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO. Soweit darin eine Klageerweiterung liegt, erachtet der Senat sie als nicht sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO).“
II. Was der Kläger dagegen mit Schriftsatz vom 13.08.2014 vorbringt, ist nicht stichhaltig.
Die von der Berufung zitierte Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung von Privatgutachten im Arzthaftungsprozess ist dem Senat bekannt.
Die in Anknüpfung an diese Rechtsprechung behaupteten vermeintlichen Verfahrensmängel bei abschließender Sachentscheidung ohne ergänzende medizinische Sachaufklärung liegen angesichts der allein entscheidungserheblichen besonderen Gegebenheiten des Streitfalls nicht vor:
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.
Hinzu kommt, dass die Beklagte in der Berufungserwiderung von einer „angeblichen“ Stellungnahme gesprochen hat (Bl. 183 GA), was die Absicht, bestreiten zu wollen, hinreichend verdeutlicht (§ 138 Abs. 3 letzte Alternative ZPO).
Ihren Sachvortrag zum Inhalt der angeblich von Dr. S. geäußerten Kritik hat die Berufung auch mit der ergänzenden Stellungnahme nicht unter Beweis gestellt.
Das Rechtsmittel musste mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückgewiesen werden.

76. OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.08.2014 – 7 U 102/12 – * Krankenhaushaftung: Schadenersatzansprüche einer gesetzlichen Krankenkasse und eines Arbeitgebers wegen fehlerhafter Infektbehandlung eines Patienten

Orientierungssatz

1. Wurde eine Infektion zwar nicht durch einen Behandlungsfehler verursacht, ihrerseits aber fehlerhaft behandelt, da weitere Maßnahmen zur Bekämpfung der Infektion zwingend geboten waren, ist ihr Unterlassen als Behandlungsfehler zu qualifizieren.
2. Bei nicht oder nicht fachgerecht behandelter Erkrankung ist der Primärschaden zwar nicht die behandlungsbedürftige Gesundheitsbeeinträchtigung selbst, wohl aber die gesundheitliche Befindlichkeit, die dadurch entstanden ist, dass die gebotene Behandlung unterblieben ist. Zu dieser gesundheitlichen Befindlichkeit gehört auch ein dadurch geschaffenes oder erhöhtes Risiko weiterer Erkrankungen (vgl. BGH, Urteil vom 2.07.2013, VI ZR 554/12, NJW 2013, 3094).
3. Besteht eine Mitursache in der Krankheit, deren Behandlung der haftungsbegründende Fehler betrifft, ist - sofern nicht eine abgrenzbare Teilkausalität feststellbar ist - von einer haftungsbegründenden Kausalität auszugehen.
4. Haftet die Klinik für alle Kosten, die durch das mehrfache Wiederaufflammen des Infekts und die infektbedingte Schädigung des Kniegelenks entstanden sind, sind nur solche Kosten auszunehmen, die auch bei fehlerfreier Behandlung des Infekts entstanden wären.
5. Wurde seitens der Klinik nicht dargelegt, welche Maßnahmen bei fachgerechter Behandlung des Infekts hätten durchgeführt werden müssen und welche Kosten dadurch entstanden wären, sind nur die Kosten der fehlerhaft unterlassenen Therapie schadensmindernd zu berücksichtigen.
Vergleiche BGH, 2.07.2013, Az: VI ZR 554/12

Tenor

I. Auf die Berufungen der Klägerinnen und der Beklagten wird das Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel des Landgericht Karlsruhe vom 31.05.2012 im Kostenpunkt aufgehoben, im Übrigen abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:
1. Die Beklagte wird verurteilt, 43.760,29 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9.12.2009 an die Klägerin Ziff. 1 zu zahlen und diese von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.530,58 € freizustellen.
2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, 13.512,50 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.07.2008 an die Klägerin Ziff. 2 zu zahlen und diese von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 899,40 € freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägerinnen sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die diesen aus der fehlerhaften Behandlung der Infektion im rechten Kniegelenk des Herrn H. H., N.-Str., J., entstanden sind und noch entstehen werden.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten beider Rechtszüge werden wie folgt verteilt: Die Beklagte trägt 55 % der Gerichtskosten, 60 % der außergerichtlichen Kosten der Klägerin Ziff. 1 und 44 % der außergerichtlichen Kosten der Klägerin Ziff. 2. Die Klägerin Ziff. 1 trägt 28 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Beklagten. Die Klägerin Ziff. 2 trägt 17 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Beklagten. Die weiteren außergerichtlichen Kosten werden nicht erstattet.
III. Das Urteil und der aufrechterhaltene Teil des angefochtenen Urteils sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Zwangsvollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn die Gegenseite nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin Ziff. 1 ist die gesetzliche Krankenkasse, die Klägerin Ziff. 2 die Arbeitgeberin von H. H. (fortan: Patient), der im09.2004 in der Klinik der Beklagten wegen eines Kreuzbandrisses am rechten Kniegelenk operiert und anschließend mehrfach wegen einer bakteriellen Infektion des operierten Gelenks behandelt worden war, bis dieses im Frühjahr 2007 nach weiteren ambulanten und stationären Behandlungen durch eine Endoprothese ersetzt wurde. Wegen angeblicher Behandlungsfehler verlangen die Klägerin Ziff. 1 Ersatz von Heilbehandlungskosten und die Klägerin Ziff. 2 Erstattung von Lohnfortzahlungen. Außerdem erstreben beide Klägerinnen die Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden.
Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat den Zahlungsklagen teilweise stattgegeben und antragsgemäß festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägerinnen alle weiteren Schäden zu ersetzen, die aus den der Knieverletzung des Patienten folgenden Behandlungen entstanden sind oder entstehen werden. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Infektion nicht durch einen Behandlungsfehler verursacht, aber ihrerseits unzureichend, wenn auch nicht grob fehlerhaft behandelt worden. Die Beklagte habe deshalb nur die Schäden zu ersetzen, die nicht auf den Kreuzbandriss und die Infektion selbst, sondern auf deren fehlerhafte Behandlung zurückzuführen seien. Die Kosten der erforderlichen, aber unzureichenden Infektionsbehandlung in der Klinik der Beklagten seien daher ebenso wenig zu erstatten wie die Kosten der später in einer anderen Klinik durchgeführten Revisionsoperation. Dasselbe gelte für die Kosten der Endoprothese, deren Einsatz wahrscheinlich auch wegen des Kreuzbandrisses und der Infektion als solcher erforderlich geworden wäre. Außerdem sei davon auszugehen, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Behandlung bis Ende07.2005 arbeitsunfähig krank gewesen wäre, so dass die bis dahin geleisteten Krankengeld- und Lohnfortzahlungen nicht erstattungsfähig seien. Schließlich könne ein Großteil der geltend gemachten Heilbehandlungskosten schon deshalb nicht zugesprochen werden, weil aus den vorgelegten EDV-Ausdrucken nicht ersichtlich sei, ob oder zu welchem Teil sie durch die Behandlung des Kniegelenks veranlasst worden seien. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerinnen als auch die Beklagte Berufung eingelegt.
Die Klägerinnen verfolgen ihre erstinstanzlichen Anträge im Umfang der Abweisung weiter. Sie rügen, das Landgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und willkürlich entschieden, indem es - abweichend von seiner im Termin geäußerten Rechtsauffassung, von dem darauf beruhenden Vergleichsvorschlag und von telefonischen Äußerungen der Berichterstatterin - allein im Hinblick auf deren bevorstehendes Ausscheiden aus der Kammer ein Urteil erlassen und die Klagen überwiegend abgewiesen habe. Zudem habe es sich dabei ohne ausreichenden Hinweis auf die unzureichende Darlegung einzelner Schadenspositionen gestützt. In der Sache machen die Klägerinnen geltend, nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. S. sei auch die Infektion selbst durch die fehlerhafte Behandlung verursacht worden. Bei der Frage des groben Behandlungsfehlers sei das Landgericht der nicht nachvollziehbar begründeten Auffassung des Sachverständigen gefolgt, ohne diese zu hinterfragen und eine eigene rechtliche Bewertung vorzunehmen. Bei der Kausalität habe es verkannt, dass die Mitursächlichkeit der festgestellten Behandlungsfehler genüge, um die Haftung der Beklagten zu begründen. Seine Feststellungen zum hypothetischen Kausalverlauf seien schon aus Rechtsgründen unbeachtlich und beruhten zudem auf reinen Mutmaßungen, die von den Ausführungen des Sachverständigen nicht gedeckt seien. Bei den einzelnen Schadenspositionen habe das Landgericht außerdem die im Arzthaftungsprozess reduzierten Darlegungsanforderungen überspannt, den Zeugen H. nicht vernommen und ohne das auch insoweit erforderliche Sachverständigengutachten entschieden.
Die Beklagte will die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Sie macht geltend, nach den Ausführungen des Sachverständigen sei nicht zwingend von ärztlichen Behandlungsfehlern auszugehen, zumal der nach der ersten Gelenkspülung am 15.10.2004 erhobene Befund "kleine Bakterienhaufen" durch eine erneute histologische Untersuchungen der entnommenen Präparate widerlegt worden sei.
Das Landgericht habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Patient die Infektion wegen mangelnder "Compliance" verschleppt habe. Außerdem habe es den Feststellungsausspruch zu weit gefasst.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 31.07.2013 und vom 23.07.2014 Bezug genommen. Auf letztere wird auch wegen der Fassung der Anträge verwiesen. Der Senat hat Beweis erhoben durch ergänzende Vernehmung des Sachverständigen Prof. Dr. Marcus S.. Wegen des Beweisergebnisses wird ebenfalls auf die Sitzungsniederschrift vom 23.07.2014 Bezug genommen.
II.
Die zulässigen Rechtsmittel haben teilweise Erfolg. Die Berufung der Klägerinnen führt zu einer deutlichen Erhöhung der vom Landgericht zugesprochenen Beträge, diejenige der Beklagten dagegen nur zu einer geringfügigen Beschränkung des Feststellungsausspruchs.
1. Die Beklagte haftet den Klägerinnen aus gemäß § 116 Abs. 1 SGB X bzw. § 6 Abs. 1 EntgFG übergegangenem Recht des Patienten sowohl deliktisch (§§ 823, 831 BGB) als auch wegen Verletzung ihrer vertraglichen Behandlungspflichten (§§ 280, 278 BGB) auf Ersatz des gesamten Schadens, der diesen durch die fehlerhafte Behandlung der Infektion des rechten Kniegelenks entstanden ist.
a) Die Infektion wurde zwar nicht durch einen Behandlungsfehler verursacht, aber ihrerseits fehlerhaft behandelt.
aa) Der bakterielle Infekt ist nicht darauf zurückzuführen, dass die während der Kreuzbandoperation am 8.09.2004 angelegte Redondrainage erst am Folgetag und damit verspätet geöffnet wurde. Das hat das Landgericht aufgrund der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Marcus S. in seinem gemäß § 411a ZPO verwerteten Gutachten vom 27.10.2009 (Beiakte 107 f.) und bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung am 12.04.2012 (Protokoll S. 4 = I 123) zutreffend festgestellt. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Denn es bestehen keine Anhaltspunkte, die Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit begründen und eine erneute Feststellung gebieten könnten. Dass der Sachverständige bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung ausgeführt hat, die weiteren Maßnahmen zur Behandlung der Infektion seien vermeidbar gewesen, wenn man von Anfang an richtig behandelt hätte (Protokoll S. 6 = I 127), ändert daran nichts. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen bezieht sich diese Äußerung nämlich nicht auf die Entstehung, sondern eindeutig nur auf die unzureichende Behandlung der Infektion. Das ergibt sich schon daraus, dass der Sachverständige unmittelbar anschließend ausgeführt hat, dass zu diesem Zeitpunkt bereits von einem Infektschaden auszugehen sei, weil jeder Infekt einen gewissen Schaden verursache. Andere Behandlungsfehler, die zur Entstehung des Infekts beigetragen haben könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
bb) Das Landgericht hat auch zutreffend erkannt, dass die Infektion des rechten Kniegelenks während der stationären Aufenthalte vom 13. bis 27.10.2004, vom 8. bis 26.11.2004 und vom 2. bis 26.02.2005 unzureichend behandelt wurde. Die hierzu getroffenen Feststellungen werden von den auch insoweit überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen S. (Beiakte 115 ff., 165 ff. und 217 f.; Protokoll S. 4 f. = I 123 f.) getragen und sind daher ebenfalls bindend. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Sachverständige eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass weitere Maßnahmen zur Bekämpfung der Infektion zwingend geboten waren und ihr Unterlassen deshalb als Behandlungsfehler zu qualifizieren ist (vgl. etwa Protokoll S. 4 = I 123). Dass er bei der unmittelbar anschließenden Frage nach einem groben Behandlungsfehler erklärt hat, er könne das Verhalten des behandelnden Arztes noch nachvollziehen (vgl. etwa Protokoll S. 4 f. = I 123 f.), steht dem nicht entgegen. Denn damit hat der Sachverständige seine Aussage nicht eingeschränkt, sondern nur zum Ausdruck gebracht, dass es sich nicht um einen Fehler handelt, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (a.a.O.). Für den stationären Aufenthalt vom 13. bis 27.10.2004 wird der vom Landgericht festgestellte Behandlungsfehler auch durch die im zweiten Rechtszug nachgereichten Begutachtungen der Pathologen Prof. Dr. F. und Prof. Dr. K. (AH II 3 und 9) nicht in Frage gestellt. Danach hat eine erneute histologische Untersuchung den nach der ersten Gelenkspülung am 15.10.2004 erhobenen Befund "kleiner Bakterienhaufen" zwar nicht bestätigt. Beide Pathologen bejahen jedoch den Verdacht auf ein infektiöses Geschehen, und der Sachverständige Prof. Dr. S. hat bei seiner ergänzenden Vernehmung durch den Senat (Protokoll S. 2 = II 307) - wie schon im Vorprozess (Beiakte I 217 f.) - klargestellt, dass es auf das Vorliegen kleiner Bakterienhaufen nicht entscheidend ankommt, weil solange von einer Infektion ausgegangen und entsprechend therapiert werden musste, bis der - auch nach seiner Auffassung begründete - Verdacht widerlegt oder die Infektion beseitigt war.
b) Die fehlerhafte Infektionsbehandlung hat zu einem Gesundheitsschaden geführt.
Den Klägerinnen kommt insoweit allerdings keine Beweiserleichterung nach den für grobe Behandlungsfehler entwickelten Grundsätzen (vgl. dazu etwa BGH, NJW 2012, 2653) zugute. Denn die unzureichende Behandlung des Infekts ist - auch in einer Gesamtbetrachtung aller drei stationären Aufenthalte - nicht als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren. Der Senat hat den Sachverständigen hierzu ergänzend vernommen und schließt sich auf der Grundlage seiner auch insoweit überzeugenden Ausführungen (Protokoll S. 3 f. = II 311) der rechtlichen Bewertung des Landgerichts an. Denn danach haben die behandelnden Ärzte den Infekt weder völlig verkannt noch eine prinzipiell falsche Behandlung gewählt und wegen der jeweils erreichten Besserung erscheint es auch noch nachvollziehbar, dass der Infekt nicht mit der gebotenen Intensität bekämpft wurde.

Dass die unzureichende Infektbehandlung einen Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit verursacht hat, steht aber mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit fest, wie er gemäß § 286 ZPO für den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität erforderlich ist (vgl. dazu zuletzt BGH, VersR 2014, 632).
Als Rechtsgutsverletzung (Primärschaden) ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt a.a.O. 633) die durch den Behandlungsfehler herbeigeführte gesundheitliche Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung anzusehen. Wird eine Erkrankung behandlungsfehlerhaft zu spät erkannt oder aus anderen Gründen nicht oder nicht fachgerecht behandelt, so ist der Primärschaden zwar nicht die behandlungsbedürftige Gesundheitsbeeinträchtigung selbst, wohl aber die gesundheitliche Befindlichkeit, die dadurch entstanden ist, dass die gebotene Behandlung unterblieben ist (vgl. BGH, NJW 2013, 3094, 3095). Zu dieser gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung gehört dann auch ein dadurch geschaffenes oder erhöhtes Risiko weiterer Erkrankungen (vgl. BGH, a.a.O.).
Danach scheitert der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität nicht an der - bei der ergänzenden Vernehmung durch den Senat (Protokoll S. 2 = II 307) bestätigten - Aussage des Sachverständigen, dass es Fälle gibt, in denen eine Infektion auch bei Ausschöpfung aller gebotenen Behandlungsmöglichkeiten nicht völlig ausheilt (Beiakte 221). Denn die Klägerinnen müssen nicht beweisen, dass der Patient geheilt worden wäre. Es genügt vielmehr, dass er in nicht austherapiertem Zustand entlassen wurde und aufgrund dieser Befindlichkeit ein erhöhtes Risiko bestand, dass die Infektion wieder aufflammt. Das war nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen schon bei der ersten stationären Infektionsbehandlung im10.2004 der Fall. Denn hier wurde der Patient nach nur einer Gelenkspülung entlassen, obwohl die Infektion noch nicht beseitigt war und deshalb noch weitere Maßnahmen hätten durchgeführt werden müssen (s.o. unter bb). Dadurch war auch das Risiko eines Wiederauftretens des Infekts erhöht (Protokoll S. 2 und 4 = II 307 und 311). Der Primärschaden ist damit bei der Entlassung des Patienten am 27.10.2004 eingetreten.
Die haftungsbegründende Kausalität ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil der Primärschaden nicht nur auf der unzureichenden Infektbehandlung, sondern auch und primär auf dem vorbestehenden Infekt selbst beruht. Denn nach allgemeinem Schadensrecht steht eine Mitursächlichkeit, und sei es auch nur im Sinne eines Auslösers neben erheblichen anderen Umständen, der Alleinursächlichkeit haftungsrechtlich in vollem Umfang gleich (vgl. etwa BGH, NJW-RR 2005, 897, 898). Das gilt auch für die Arzthaftung (vgl. BGH, NJW 2005, 2072, 2073 und Urt. v. 20.05.2014, VI ZR 187/13 Tz. 20), und zwar selbst dann, wenn die andere Mitursache in der Krankheit besteht, deren Behandlung der haftungsbegründende Fehler betrifft (vgl. BGH, NJW 2000, 3423, 3424). Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach dem Beweismaß des § 286 ZPO feststeht, dass der Behandlungsfehler nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt hat, also eine sogenannte abgrenzbare Teilkausalität vorliegt (vgl. nur BGH, Urt. v. 20.05.2014, a.a.O. Tz. 20 f.). Dafür ist es erforderlich, dass sich der Schadensbeitrag des Behandlungsfehlers einwandfrei von dem anderen Schadensbeitrag - etwa einer Vorschädigung des Patienten - abgrenzen und damit der Haftungsanteil des Arztes bestimmen lässt. Andernfalls verbleibt es bei der Einstandspflicht für den gesamten Schaden, auch wenn dieser durch andere, schicksalhafte Umstände wesentlich mitverursacht worden ist (BGH, a.a.O.). Eine solche abgrenzbare Teilkausalität ist hier nicht feststellbar. Im ersten Rechtszug hat der Sachverständige zwar ausgeführt, dass jeder Infekt einen gewissen Schaden verursacht und deshalb davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt der unzureichenden Infektbehandlung im10.2004 bereits ein Infektschaden vorlag (Protokoll S. 6 = I 127). Bei seiner ergänzenden Vernehmung durch den Senat hat er jedoch klargestellt, dass eine schwerwiegende Schädigung des Gelenks erst aus den bei der stationären Behandlung im ...-Krankenhaus L. erhobenen Befunden aus dem04.2005 erkennbar ist, während bei der Kreuzband-Operation im09.und bei der ersten stationären Infektionsbehandlung im10.2004 noch keine gröberen Defekte vorhanden waren. Danach lässt sich der Schadensbeitrag der unzureichenden Infektbehandlung weder von dem bereits vorhandenen Infektschaden noch von der durch den Kreuzbandriss selbst verursachten Schädigung abgrenzen.
c) Ein Mitverschulden des Patienten müssen sich die Klägerinnen nicht anrechnen lassen. Nach den auch insoweit überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ist der Zeitraum zwischen der Entlassung am 14.09.und der Wiedervorstellung am 13.10.2004 zwar relativ lang. Das genügt jedoch nicht, um den von der Beklagten erhobenen Vorwurf mangelnder "Compliance" zu rechtfertigen. Denn zum einen steht nicht fest, wann die klinischen Hinweise auf eine Infektion des Kniegelenks aufgetreten sind. Zum anderen musste der Patient aus seinen postoperativen Beschwerden auch nicht ohne weiteres auf eine dringend behandlungsbedürftige Infektion schließen. Außerdem war - wie unter b) ausgeführt - bei der Wiedervorstellung im10.2004 noch kein abgrenzbarer Infektschaden eingetreten, der einer verzögerten Behandlung zugeordnet werden könnte.
2. Durch die unzureichende Infektbehandlung ist der Klägerin Ziff. 1 ein Schaden in Höhe von 43.760,29 € und der Klägerin Ziff. 2 ein Schaden in Höhe von 13.512,50 € entstanden.
a) Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und damit der Ursächlichkeit der Rechtsgutsverletzung für alle weiteren (Folge-)Schäden richtet sich nach §?287 ZPO; hier kann zur Überzeugungsbildung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen (vgl. zuletzt BGH, VersR 2014, 632).

Nach diesem Maßstab ist der Senat zum einen davon überzeugt, dass das mehrfache Wiederaufflammen des Infekts auf den am 27.10.2004 eingetretenen Primärschaden zurückzuführen und daher zumindest auch durch die fehlerhafte Infektionsbehandlung verursacht worden ist. Denn der Sachverständige hat bei seiner ergänzenden Vernehmung nicht nur die allgemeine, schon im Vorprozess (I 221) erwähnte Erfahrung bestätigt, dass bakterielle Infektionen des Kniegelenks bei fachgerechter und ausreichender Behandlung in mehr als 50 % der Fälle vollständig ausheilen (Protokoll S. 2 = II 307). Er hat darüber hinaus klargestellt, dass es hier um einen relativ gesunden Patienten mit entsprechenden immunologischen Abwehrkräften geht (a.a.O.) und dass bei derartigen Patienten auch das Risiko eines Wiederaufflammens deutlich unter 50 % liegt (Protokoll S. 3 = II 309). Damit hat der Sachverständige die im ersten Rechtszug geäußerte Einschätzung, die weiteren Behandlungsmaßnahmen seien vermeidbar gewesen, wenn man von Anfang an richtig behandelt hätte (Protokoll S. 6 = I 127), schlüssig und nachvollziehbar begründet und zugleich deutlich gemacht, dass die ihr zugrunde liegenden Erwägungen für eine Überzeugungsbildung nach dem Beweismaß des § 287 ZPO ausreichen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Infektion bei fachgerechter und ausreichender Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vollständig ausgeheilt und nicht wieder aufgeflammt wäre.
Zum anderen ist der Senat zu der von den landgerichtlichen Feststellungen abweichenden Überzeugung gelangt, dass auch der erhöhte Verschleiß des Kniegelenks, aufgrund dessen weniger als drei Jahre nach dem Kreuzbandriss eine Totalendoprothese eingesetzt werden musste, durch die fehlerhafte Infektbehandlung mitverursacht worden ist. Das Landgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass sich das Risiko, vor dem sechzigsten Lebensjahr eine Arthrose zu entwickeln, schon durch den Verlust des Kreuzbands und die anschließend aufgetretene Infektion deutlich erhöht hat und deshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Patient auch bei bestmöglicher Behandlung eine Arthrose entwickelt und eine Knieprothese benötigt hätte. Das entspricht den gemäß § 411a ZPO verwerteten Ausführungen des Sachverständigen (Beiakte 125, 129, 169, 221), die dieser sowohl im ersten Rechtszug (Protokoll S. 6 = I 127) als auch bei seiner ergänzenden Vernehmung durch den Senat (Protokoll S. 3 = II 309) bekräftigt hat. Die weitergehende Annahme des Landgerichts, dass der Einsatz der Prothese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch ohne die fehlerhafte Infektbehandlung erforderlich geworden wäre, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aber nicht gerechtfertigt. Der Sachverständige hat vielmehr schon im Vorprozess klargestellt, dass ein bakterieller Infekt mit verzögerter Behandlung die Verschleißerscheinungen erheblich beschleunigen kann (Beiakte 129 f., 169 f.), dass der Einsatz einer Prothese ohne den Infekt möglicherweise erst nach zwanzig Jahren oder auch gar nicht erforderlich geworden wäre (Beiakte 223) und dass er bei fachgerechter Infektbehandlung jedenfalls nicht schon nach so kurzer Zeit hätte vorgenommen werden müssen (Beiakte 221). Im ersten Rechtszug hat er außerdem betont, dass der Infekt die wesentliche Ursache für den Ersatz des Kniegelenks war (Protokoll S. 6 = I 127). Diese Aussagen hat er bei seiner ergänzenden Vernehmung durch den Senat dahin präzisiert, dass die schnelle Zunahme der Gelenkschäden nicht auf das durch den Kreuzbandriss erhöhte Risiko zurückzuführen, sondern mit Sicherheit dem Infekt zuzuordnen ist, dass dieser die Arthrose um bis zu 15 Jahre vorverlagert hat und dass die Schädigung des Gelenks erst nach der fehlerhaften Infektbehandlung aufgetreten ist (Protokoll S. 2 = II 307). Hinzu kommt, dass der Infekt - wie dargelegt - bei fachgerechter Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vollständig ausgeheilt und nicht wieder aufgeflammt wäre. Der Senat ist deshalb nach dem Maßstab des § 287 ZPO überzeugt, dass die schnelle Zunahme der Gelenkschäden durch die unzureichende Infektbehandlung zumindest befördert worden ist.
b) Die Beklagte haftet deshalb für alle Kosten, die den Klägerinnen durch das mehrfache Wiederaufflammen des Infekts und die infektbedingte Schädigung des Kniegelenks entstanden sind. Hiervon ausgenommen sind nur solche Kosten, die auch bei fehlerfreier Behandlung des Infekts entstanden wären. Diesen hypothetischen Kausalverlauf hat die Beklagte darzulegen und zu beweisen. Steht nämlich fest, dass ein Arzt dem Patienten durch fehlerhaftes und rechtswidriges Handeln einen Schaden zugefügt hat, so muss der Arzt beweisen, dass der Patient den gleichen Schaden auch bei rechtmäßigem und fehlerfreiem ärztlichem Handeln erlitten hätte (vgl. nur BGH, NJW 2012, 2024, 2025).
Zu dem hypothetischen Kausalverlauf bei rechtmäßigem Alternativverhalten hat die Beklagte nicht vorgetragen. Auch auf entsprechenden Hinweis des Senats (II 221) hat sie nur ihre erstinstanzliche Behauptung wiederholt, dass alle tatsächlich entstandenen Schäden ausschließlich durch den Kreuzbandriss und die Infektion selbst verursacht worden seien. Diese Behauptung ist nicht bewiesen. Aus den unter a) dargelegten Gründen ist vielmehr davon auszugehen, dass die Infektion bei fachgerechter Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vollständig ausgeheilt und nicht wieder aufgeflammt wäre, und es lässt sich auch nicht feststellen, dass - und erst recht wann - der Einsatz einer Prothese aufgrund des Kreuzbandrisses und der Infektion ohnehin erforderlich geworden wäre. Entgegen der Auffassung des Landgerichts lassen sich die nach dem 27.10.2004 vorgenommenen Behandlungen des linken Kniegelenks daher weder dessen Vorschädigung zuordnen noch sind sie, was die Prothese angeht, wegen dieser "Reserveursache" von der Ersatzpflicht ausgenommen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen steht lediglich fest, dass der Patient auch bei ausreichender und erfolgreicher Infektionsbehandlung erst ein

halbes Jahr nach dem Beginn dieser Behandlung, also Mitte04.2005, wieder arbeitsfähig gewesen wäre (Protokoll S. 3 = II 309).
Welche Maßnahmen bei fachgerechter Behandlung des Infekts hätten durchgeführt werden müssen und welche Kosten dadurch entstanden wären, hat die Beklagte nicht dargelegt. Insoweit sind daher nur die Kosten der fehlerhaft unterlassenen Therapie schadensmindernd zu berücksichtigen. Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, dass noch mindestens eine, aufgrund des Ausmaßes der Infektion wahrscheinlich sogar zwei weitere Gelenkspülungen hätten durchgeführt werden müssen, die mit einem stationären Aufenthalt von weiteren drei bis vier Wochen verbunden gewesen wären. Wenn diese Maßnahmen erfolglos geblieben wären, hätte ggf. auch die Gelenkinnenhaut und das Kreuzband entfernt werden müssen. Ob es dazu gekommen wäre, ist jedoch spekulativ (Protokoll S. 2 f. = II 307 f.). Aufgrund der Beweislastverteilung ist deshalb davon auszugehen, dass die Infektion nach einer oder zwei Gelenkspülungen ausgeheilt wäre. Diese Maßnahmen hätten nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen in etwa die gleichen Kosten verursacht wie die stationäre Behandlung im02.2005, bei der tatsächlich eine - allerdings verspätete - Gelenkspülung vorgenommen wurde (Protokoll S. 3 = II 309). Der Senat schätzt die Kosten der fehlerhaft unterlassenen Therapie deshalb gemäß § 287 ZPO auf den hierfür abgerechneten Betrag von insgesamt 4.815,05 €.
c) Danach belaufen sich die der Klägerin Ziff. 1 zu erstattenden Kosten für die weitere stationäre und ambulante Behandlung des geschädigten Kniegelenks nach dem 27.10.2004 (einschließlich Krankengymnastik, Akupunktur, Medikamente und sonstige Heilmittel) und für das in diesem Zeitraum gezahlte Krankengeld (einschließlich geleisteter und entgangener Sozialversicherungsbeiträge) auf insgesamt 43.760,29 €. Dabei handelt es sich um die folgenden mit der Klage geltend gemachten Schadenspositionen:
Nr.
Art der Aufwendung
Datum
Betrag in €
2
ambulante Behandlung
17.01.2006 - 20.03.2006
54,66
3
ambulante Behandlung
27.01.2006 - 13.03.2006
37,46
5
ambulante Behandlung
18.04.2006 - 23.06.2006
23,16
6
ambulante Behandlung
25.04.2006
15,47
7
ambulante Behandlung
25.09.2006
10,87
8
ambulante Behandlung
26.09.2006
15,47
10
ambulante Behandlung
09.01.2007 - 11.01.2007
21,21
12
ambulante Behandlung
03.04.2007 - 15.05.2007
41,18
13
ambulante Behandlung
02.07.2007 - 23.08.2007
55,20

16
ambulante Behandlung
26.11.2007 - 28.11.2007
28,77
18
ambulante Behandlung
28.02.2008
22,34
19
ambulante Behandlung
15.05.2008
31,54
20
ambulante Behandlung
27.05.2008 - 19.06.2008
210,85
21
ambulante Behandlung
12.06.2008
39,43
22
ambulante Behandlung
18.06.2008 - 19.06.2008
190,85
23
ambulante Behandlung
04.07.2008
38,56
25
ambulante Behandlung
16.04.2009
35,71
28
ambulante Behandlung
09.06.2010
35,16
30
Medikamente
09.01.2006
5,93
31
Medikamente
20.02.2006
5,93
32
Medikamente
20.06.2008
25,40
33
Medikamente
10.04.2006
5,68
34
Medikamente
20.01.2007
7,64
35
Medikamente
21.05.2007
9,35
36
Medikamente

05.06.2007
4,84
37
stationäre Behandlung
13.10.2004 - 26.11.2004
2.635,41
40
stationäre Behandlung
04.04.2005 - 30.04.2005
3.843,32
42
stationäre Behandlung
03.05.2007 - 18.05.2007
8.282,53
43
stationäre Behandlung
03.05.2007 - 04.05.2007
3.207,80
46
Krankengymnastik
07.01.2005
50,50
47
Krankengymnastik
01.03.2005
38,40
48
Krankengymnastik
02.05.2005
62,60
49
Krankengymnastik
12.05.2005
62,60
50
Krankengymnastik
30.05.2005
91,34
51
Krankengymnastik
23.06.2005
74,45
52
Krankengymnastik
22.08.2005
91,34
53
Krankengymnastik
22.08.2005
61,10
54
Krankengymnastik
13.09.2005
62,60
55
Krankengymnastik
06.10.2005
62,60
56
Krankengymnastik
21.10.2005
62,60

57
Krankengymnastik
18.11.2005
62,60
58
Krankengymnastik
21.05.2007
51,20
59
Krankengymnastik
02.07.2007
63,44
60
Krankengymnastik
20.07.2007
63,44
61
Krankengymnastik
23.08.2007
63,44
62
Krankengymnastik
26.11.2007
63,44
63
Krankengymnastik
28.02.2008
136,88
65
Heilmittel
03.04.2007
19,00
68
Heilmittel
15.05.2007
442,20
70
Akupunktur
20.04.2006
315,00
73
Krankengeld
15.04.2005 - 31.07.2005
7.609,68
74
entgangener Beitrag zur KV
15.04.2005 - 31.07.2005
1.304,35
75
Krankengeld
01.08.2005 - 01.12.2005
8.528,08
76
entgangener Beitrag zur KV
01.08.2005 - 01.12.2005
1.891,09
77
geleistete Beiträge zur SV
15.04.2005 - 01.12.2005
3.327,76
78
Heilmittel

25.06.2009
52,28
78
Heilmittel
22.04.2010
52,28
80
Heilmittel
03.05.2011
52,28
Summe
43.760,29

Die Entstehung dieser Kosten ist - auch der Höhe nach - unstreitig. Die Beklagte hat im ersten Rechtszug lediglich gerügt, dass sich aus den als Anlagenkonvolut K 15 vorgelegten Ausdrucken aus der EDV der Klägerin Ziff. 1 nicht erschließe, welchen Behandlungen die einzelnen Kosten zuzuordnen seien. Die Klägerin Ziff. 1 hat hierzu zwar nicht näher vorgetragen. Das Landgericht hat die Positionen jedoch anhand der Belege im einzelnen geprüft (LGU 22 bis 35) und für alle oben zusammengestellten Kosten festgestellt, dass sie durch die Behandlung des rechten Kniegelenks veranlasst waren. Die Beklagte hat die entsprechenden Feststellungen nicht angegriffen und der Senat schließt sich ihnen nach eigener Überprüfung an.

Die Positionen Nr. 2, 3, 5 bis 8, 10, 12, 13, 16, 18 bis 23, 25, 28, 30 bis 36, 70, 75 und 76 hat das Landgericht mit Recht in vollem Umfang zugesprochen. Hinzu kommen die Positionen Nr. 40, 42, 43, 46 bis 63, 65, 68 und 78 bis 80, die das Landgericht wegen der Vorschädigung des Kniegelenks und deren hypothetischer Folgen zu Unrecht nicht als erstattungsfähig anerkannt hat. Dasselbe gilt für die unter den Positionen Nr. 38 und 39 geltend gemachten Kosten der stationären Behandlung im02.2005 in Höhe von insgesamt 4.815,05 €. Diesen grundsätzlich erstattungsfähigen Betrag hat der Senat aber ebenfalls nicht in Ansatz gebracht, weil durch die fehlerhaft unterlassene Therapie Kosten in gleicher Höhe entstanden wären (s.o. unter b). Die Position Nr. 37 hat er - wie das Landgericht - nur zur Hälfte zugesprochen, weil sie nicht nur die erstattungsfähigen Kosten der stationären Behandlung vom 8. bis 26.11.2004, sondern auch die Kosten umfasst, die durch die stationäre Behandlung vom 13. bis 27.10.2004 und damit schon vor Eintritt des Primärschadens entstanden waren. Da der Patient auch bei ausreichender und erfolgreicher Infektionsbehandlung bis Mitte04.2005 arbeitsunfähig gewesen wäre, hat der Senat auch die Positionen Nr. 73, 74 und 77 nur teilweise zuerkannt. So hat er bei dem unter Nr. 73 geltend gemachten Krankengeld für die Zeit bis Ende07.2005 nicht 188, sondern nur 108 Tage zu je 70,46 €, insgesamt also 7.609,68 €, berücksichtigt sowie die entgangenen Krankenversicherungsbeiträge (Nr. 74) nach dem Verhältnis der berechtigten 3,5 zu den geltend gemachten 8 Monaten von 2.981,38 € auf 1.304,35 € und die geleisteten Sozialversicherungsbeiträge (Nr. 77) im Verhältnis von 7,5 zu 14,25 Monaten von 6.322,75 € auf 3.327,76 € gekürzt.

Die darüber hinaus geltend gemachten Schadenspositionen Nr. 1, 4, 9, 11, 14, 15, 17, 24, 26, 27, 29, 41, 44, 45, 64, 66, 67 und 69 hat das Landgericht zu Recht nicht zuerkannt, weil sich insoweit auch dem Anlagenkonvolut K 15 nicht entnehmen lässt, ob oder zu welchem Anteil die jeweiligen Kosten durch eine Behandlung des rechten Kniegelenks verursacht wurden. Ob es darauf hätte hinweisen müssen, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die Klägerin Ziff. 1 hat - trotz entsprechenden Hinweises (II 221 f.) und wiederholter Fristsetzung (II 223 und 255) - auch im Berufungsrechtszug nicht dargelegt, wann und in welcher Form der Patient wegen welcher Beschwerden behandelt wurde und welche Kosten dadurch entstanden sind. Sie hat lediglich eine aktualisierte Zusammenstellung der Behandlungskosten vorgelegt und Sachverständigenbeweis dafür angeboten, dass diese Kosten durch die geltend gemachten Behandlungsfehler verursacht worden sind. Zu den Positionen Nr. 1, 4, 9, 11, 14, 15, 17, 24, 26, 27, 29, 41, 44, 45, 64, 66, 67 und 69 kann dieser Beweis schon deshalb nicht erhoben werden, weil die erforderlichen Anknüpfungstatsachen nicht vorgetragen sind. Diese Tatsachen können auch nicht durch Beiziehung der entsprechenden Behandlungsunterlagen ermittelt werden. Denn die Klägerin hat - trotz entsprechender Aufforderung (II 255) - weder eine Liste der nachbehandelnden Ärzte noch eine Erklärung des Patienten über die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht vorgelegt.

c) Die Klägerin Ziff. 2 kann die geltend gemachten Lohnfortzahlungen in Höhe von 13.512,50 € ersetzt verlangen.

Da der Patient auch bei ausreichender und erfolgreicher Infektionsbehandlung bis Mitte04.2005 arbeitsunfähig gewesen wäre, sind die auf diesen Zeitraum entfallenden Zahlungen allerdings nicht erstattungsfähig. Das gilt zum einen für die insgesamt 9.731,89 €, welche die Klägerin für die Zeit vom 12.08.bis zum 31.12.2004 geleistet hat. Zum anderen sind die für das Jahr 2005 geleisteten Zahlungen im Verhältnis der berechtigten 180 zu den geltend gemachten 335 Arbeitstagen herabzusetzen. Die in der Abrechnung vom 22.02.2008 aufgeführten Beträge ermäßigen sich daher bei der Urlaubsvergütung von 6.291,45 €

auf 3.380,48 €, beim Weihnachtsgeld von 3.068,70 € auf 1.648,85 €, beim Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung von 1.876,72 € auf 1.008,39 € und insgesamt von 11.236,87 € auf 6.037,72 €. Die für das Jahr 2007 geleisteten Zahlungen von insgesamt 7.474,78 € sind dagegen in vollem Umfang zu erstatten. Hieraus ergibt sich der Gesamtbetrag von 13.512,50 €.
3. Gemäß § 288 Abs. 1 BGB ist die Hauptforderung der Klägerin Ziff. 1 ab dem 9.12.2009 und diejenige der Klägerin Ziff. 2 ab dem 7.07.2008 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.
Da die Klägerinnen ihren späteren Prozessbevollmächtigten erst beauftragt haben, als sich die Beklagte in Verzug befand und die Zahlung zudem bereits verweigert hatte, können sie auch die Freistellung von ihren vorgerichtlichen Anwaltskosten verlangen (§§ 280, 286 BGB). Diese sind allerdings nur aus dem Wert der tatsächlich bestehenden Forderungen zu berechnen. Außerdem hat das Landgericht den geltend gemachten Gebührensatz von 2,5 zu Recht und mit zutreffender Begründung als überhöht angesehen und auf die Mittelgebühr gekürzt. Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe greifen nicht durch. Die Freistellungsansprüche beschränken sich daher auf eine 1,3 Geschäftsgebühr aus 43.760,29 € bzw. 13.512,50 €, deren Höhe der bis zum 31.07.2013 geltenden Gebührentabelle zu § 13 RVG zu entnehmen ist, die Post- und Telekommunikationspauschale und die Umsatzsteuer. Bei der Klägerin Ziff. 1 sind das (1.266,20 + 20 + 244,38 =) 1.530,58 € und bei der Klägerin Ziff. 2 (735,80 + 20 + 143,60 =) 899,40 €. Diese Beträge sind nicht zu verzinsen. Denn die Vorschriften der §§ 288, 291 BGB gelten nur für Geldschulden und sind auf Freistellungsansprüche im Sinne von § 257 BGB auch nicht entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, VersR 1994, 1058; BAG, NZA 1996, 892, 895 und OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 239, 243).
4. Der Feststellungsantrag ist zulässig und insoweit begründet, als er die durch die fehlerhafte Infektionsbehandlung verursachten Schäden betrifft. Der Feststellungsausspruch des Landgerichts umfasst auch die nicht behandlungsfehlerhafte Versorgung des Kreuzbandrisses und ist daher entsprechend zu beschränken.
IV.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 und 100 Abs. 1 und 2 ZPO, wobei die unterschiedliche Beteiligung der Klägerinnen Ziff. 1 und 2 nach der Baumbach'schen Formel berücksichtigt ist. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO bestimmten Gründe vorliegt.

77. OLG Köln, Urteil vom 13.08.2014 – 5 U 65/12 – * Arzthaftungsprozess: Diagnose-, Befunderhebungs- und Behandlungsfehler während eines Krankenhausaufenthalts

Orientierungssatz

1. War bei bekannter vorbestehender Multipler Sklerose die Diagnose eines akuten MS-Schubs aus medizinisch-sachverständiger Sicht zumindest gut vertretbar, folgt hieraus, dass diese Diagnose für den Fall, dass sie objektiv falsch gewesen sein sollte, allenfalls als ein haftungsrechtlich folgenloser Diagnoseirrtum bewertet werden könnte.
2. Dass aufgrund einer letztlich unklaren Hirnstammsymptomatik im Rahmen der Notfalldiagnostik die Durchführung einer CT-Untersuchung indiziert gewesen wäre, führt nicht zu einer Haftung, wenn sich aus einer CT-Untersuchung kein reaktionspflichtiger Befund ergeben hätte.
3. Hat es ausgereicht, eine differentialdiagnostische Abklärung mittels einer MRT-Untersuchung in der auf den Einweisungstag (Freitag) folgenden Woche durchzuführen, war eine notfallmäßig durchzuführende MRT-Untersuchung nicht indiziert, so dass deren Unterlassen nicht als fehlerhaft bewertet werden kann.

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 2.04.2012 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 375/10 - wird zurückgewiesen.
II. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 2.04.2012 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 375/10 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Die Klage wird abgewiesen.
III. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden der Klägern auferlegt.
IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin nimmt die Beklagten mit dem Vorwurf ärztlicher Diagnose-, Befunderhebungs- und Behandlungsfehler während des stationären Aufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. in der Zeit vom 31.Oktober bis zum 3.11.2008 auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden in Anspruch.

Bei der am xx. xx 1971 geborenen Klägerin wurde im Jahre 1991 Multiple Sklerose diagnostiziert, die im Jahre 1996 zu einem zweiten Schub führte. Am 18.10.2008 gebar die Klägerin ihr zweites Kind. Die Entbindung erfolgte durch Kaiserschnitt. Ab dem 29.10.2008 stellte sich bei ihr eine anhaltende Sehstörung und zusätzlich eine Gangunsicherheit ein, die sich in den Folgetagen verschlimmerte. Daraufhin suchte die Klägerin den Neurologen, Herrn Dr. N, auf, der sie mit der Diagnose "akuter Schub bei MS" an das N2-Hospital in F, dessen Trägerin die Beklagte zu 1. ist, überwies. Dort wurde sie am 31.10.2008 von den Beklagten zu 2. und 3. klinisch untersucht. Im Rahmen der Untersuchung zeigten sich eine mäßige Dysarthrie, Doppelbilder beim Blick nach oben sowie motorische Einschränkungen. Die Beklagten zu 2. und 3. stellten die Diagnose: "erneuter Schub der Multiplen Sklerose" und ordneten eine hochdosierte intravenöse Steroidtherapie an. Der Zustand der Klägerin verbesserte sich in den Folgetagen, so dass sie am 3.11.2008 aus der stationären Behandlung entlassen wurde. Am 4.11.2008 wurde sie erneut in das Krankenhaus der Beklagten zu 1. aufgenommen. Sie war komatös mit beidseits lichtstarren Pupillen. Im CT des Schädels zeigte sich eine Thrombose der Arteria basilaris. Daraufhin wurde eine selektive Thrombolyse durchgeführt. Anschließend wurde die Klägerin auf der Intensivstation, ab dem 5.11.2008 in der neurologischen Abteilung und ab dem 9.11.2008 auf der Normalstation im Krankenhaus der Beklagten zu 1. weiterbehandelt. Am 19.11.2008 wurde die Klägerin entlassen, wegen Verschlechterung ihres Zustandes aber am 20.11.2008 wieder aufgenommen. Therapeutisch wurde eine Antikoagulation mit Marcumar eingeleitet. Ab dem 2.12.2008 erhielt sie im Rahmen einer Rehabilitationsbehandlung in der F2-klinik in N3 Sprach-, Physio- und Ergotherapie. In der Folgezeit besserte sich ihr Zustand. Am 13.01.2010 wurde bei der Klägerin eine Schieloperation des linken Auges und vom 23.02.2010 bis zum 16.03.2010 eine weitere Rehabilitationsmaßnahme durchgeführt.
Die Klägerin hat behauptet, dass die Beklagten zu 2. und 3. die Diagnose "akuter Schub der Multiplen Sklerose" vorschnell gestellt hätten. Die erforderliche differenzialdiagnostische Abklärung sei nicht erfolgt. Bis10.2008 sei sie durch die MS-Erkrankung in keiner Weise in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt gewesen. In den ersten Monaten nach der Entlassung habe sie nur mithilfe eines Rollators gehen können. Inzwischen könne sie zwar frei gehen, es bestehe aber weiterhin Sturzgefahr. Sie habe weiterhin eine Seh- und Sprachstörung. Darüber hinaus leide sie an Depressionen. Während der zahlreichen Behandlungen seien für sie Fahrtkosten und Kosten für Zuzahlungen in Höhe von insgesamt 2.663,05 Euro entstanden. Wegen der bestehenden Beeinträchtigungen sei sie im Zeitraum bis11.2009 auf Hilfe und Betreuung von mindestens drei Stunden täglich angewiesen gewesen. Inzwischen sei dafür eine Stunde täglich ausreichend. Nach wie vor könne sie sich nur schlecht konzentrieren. Sie sei nicht mehr in der Lage, ihre frühere Erwerbstätigkeit in dem Betrieb ihres Ehemannes auszuüben. Auch in ihrer Fähigkeit, sich um ihre Kinder und um ihren Haushalt zu kümmern, sei sie stark eingeschränkt und in erheblichem Umfange auf die Hilfe ihrer Mutter und auch auf die Mithilfe ihres Ehemannes angewiesen. Die für03.2009 vorgesehen gewesene Abschlussprüfung zu ihrer Ausbildung als Heilpraktikerin, die ihr eine entsprechende selbständige Tätigkeit und ein jährliches Einkommen von mindestens 12.000 Euro ermöglicht hätte, habe sie nicht ablegen und später auch nicht nachholen können. Bis zu der Operation im01.2010 sei es für sie auch nicht möglich gewesen, selbständig Auto zu fahren. Inzwischen habe sie aber begonnen, kurze Strecken mit dem Auto zurückzulegen.
Die Klägerin hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie wegen der fehlerhaften ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 31.Oktober bis zum 3.11.2008 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1.01.2010;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin wegen der fehlerhaften ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 31.10.bis zum 3.11.2008 einen Betrag von 84.552,60 Euro zu zahlen, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1.01.2010;
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin wegen der fehlerhaften ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 31.10.bis zum 3.11.2008 ab dem 1.09.2010 eine monatliche Rente in Höhe von 3.515,55 Euro zu zahlen, zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit;
4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner dazu verpflichtet sind, der Klägerin alle materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der fehlerhaften ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 31.10.bis zum 3.11.2008 in Zukunft noch entstehen werden, soweit diese Ansprüche nicht infolge sachlicher und zeitlicher Kongruenz auf Sozialversicherungsträger und sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.
Die Beklagten haben beantragen, die Klage abzuweisen, und sind den Vorwürfen der Klägerin entgegengetreten.
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des neurologischen Sachverständigen Prof. Dr. N4, das dieser mündlich erläutert hat [schriftliches Gutachten vom 21.12.2011

(Bl. 133 - 153 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 24.02.2012 (S. 2 - 6 des Protokolls vom 24.02.2012, Bl. 177 ff., 177R - 179R d. A.)], und durch Einholung eines neuroradiologischen Zusatzgutachtens des Sachverständigen J [schriftliches Zusatzgutachten vom 6.11.2011 (Bl. 154 - 160 d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten hat das Landgericht der Klage in dem aus dem Tenor des angefochtenen Urteils ersichtlichen Umfange teilweise stattgegeben und dies damit begründet, dass den Beklagten zu 2. und 3. am 31.10.2008 sowohl ein Befunderhebungs- als auch ein grober Diagnosefehler deshalb unterlaufen sei, weil sie die Diagnose eines akuten Schubes der Multiplen Sklerose gestellt haben, ohne die erforderliche differentialdiagnostische Abklärung in Form einer CT- und/oder MRT-Untersuchung vorgenommen zu haben, wobei sich bei einer entsprechenden Untersuchung bereits am 31.10.2008 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Vorläufer einer Thrombose der Arteria basilaris gezeigt hätten, dass als zurechenbare Folgen des Behandlungsfehlers die dreitägige Behandlung mit Cortison, die am 4.11.2008 eingetretene Thrombose der Arteria basilaris, die Folgebehandlungen einschließlich der Rehabilitationsmaßnahmen und der Schieloperation im01.2010 sowie die bei der Klägerin eingetretene Sehbeeinträchtigung anzusehen seien, und dass diesen Folgen mit den zuerkannten Beträgen und mit der im Tenor getroffenen Feststellung angemessen Rechnung getragen werde. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass weitere schadensursächliche Fehler bzw. weitere Folgen der festgestellten Fehler der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. nicht festgestellt werden könnten.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge, soweit das Landgericht diesen nicht entsprochen hat, unverändert weiterverfolgt.
Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Klägerin insbesondere vor, dass das Landgericht zu Unrecht angenommen habe, dass die Beklagten ausschließlich für die Beeinträchtigungen der Sehfähigkeit der Klägerin verantwortlich seien, und dass das Landgericht sich nicht hinreichend mit den gesundheitlichen und materiellen Schäden der Klägerin auseinandergesetzt, die von der Klägerin hierzu angebotenen Beweismittel nicht beachtet und die Beweisaufnahme in einer die Klägerin benachteiligenden Weise einseitig verkürzt habe. Das Landgericht habe sich auch nicht hinreichend mit dem eingeholten Sachverständigengutachten auseinandergesetzt und sei den dadurch aufgeworfenen Fragen und Unklarheiten nicht in der gebotenen Weise nachgegangen. Bei der Klägerin hätten vor der umstrittenen Behandlung keinerlei neurologische Auffälligkeiten, Behinderungen oder sonstige mentale oder körperliche Einschränkungen bestanden. Nach Abschluss der Behandlungen der Klägerin im Hause der Beklagten zu 1. und nach der anschließenden Rehabilitation und Augenoperation seien bei der Klägerin trotz intensiver ärztlicher und therapeutischer Bemühungen massive gesundheitliche Beeinträchtigungen in den Bereichen Konzentration, Belastbarkeit und Sprache verblieben. Ferner habe sich inzwischen eine behandlungsbedürftige Depression eingestellt. Die Klägerin sei bis heute außer Stande, ihren Haushalt ohne Hilfe zu führen und ihren beruflichen Verpflichtungen nachzukommen. Ihre Prüfung zur Heilpraktikerin könne sie wegen mangelnder Konzentrationsfähigkeit nicht ablegen. Es bestehe ein GdB von 100 mit den Merkzeichen aG, RF und H. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die bei der Klägerin vorhandenen Sehstörungen, Gehbehinderungen und psychischen Beeinträchtigungen als Sekundärschäden anzusehen seien, und habe insoweit die Beweislast falsch beurteilt. Das Landgericht habe verkannt, dass die Klägerin infolge der fehlerhaften Behandlung in dem beklagten Krankenhaus nicht nur eine Thrombose der Arteria basilaris erlitten habe, sondern auch einen unmittelbaren Hirnschaden. Die bei der Klägerin vorhandenen neurologischen Ausfallerscheinungen gingen mit diesem Hirnschaden einher, seien gewissermaßen dessen äußeres Erscheinungsbild und stellten deshalb Primärschäden dar, nicht lediglich Sekundärschäden. Diese Betrachtung entspreche auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung, was das Landgericht ebenfalls nicht beachtet habe. Der somit den Beklagten obliegende Kausalitätsgegenbeweis sei den Beklagten nicht gelungen. Denn der Gerichtssachverständige habe sich nicht in der Lage gesehen, die festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin klar der MS bzw. dem Hirnschaden zuzuordnen. Diese Beweisschwierigkeiten gingen zu Lasten der Beklagten. Zudem habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Gerichtssachverständige seine Differenzierung zwischen den Einschränkungen der Sehfähigkeit und den übrigen Einschränkungen recht willkürlich getroffen und bei seiner mündlichen Anhörung nicht aufrechterhalten habe. Es müsse sich im Übrigen auch zu Lasten der Beklagten auswirken, dass die Beweisschwierigkeiten teilweise auch auf die mangelhafte neurologische Dokumentation der Beklagten zurückzuführen seien. Auch wenn die bei der Klägerin eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen in dem vom Landgericht angenommenen Umfange als Sekundärschäden anzusehen wären, wäre die Entscheidung des Landgerichts zu Unrecht ergangen. Denn das Landgericht habe verkannt, dass es sich bei sämtlichen Schäden um typische Folgen der auch vom Landgericht als Primärschäden anerkannten Umstände handele, und dass deshalb auch insoweit die Beweislastumkehr greife. Es werde beantragt, die bildgebenden Befunde der Praxis für Radiologie in der C Str. 2 in F im Original beizuziehen. Aus diesen Befunden werde sich ergeben, dass die von der Klägerin geklagten gesundheitlichen Beeinträchtigungen sämtlich auf die umstrittene Behandlung zurückzuführen seien. Das zuerkannte Schmerzensgeld sei deutlich zu niedrig angesetzt und mit mindestens 45.000 Euro zu veranschlagen. Der Haushaltsführungsschaden sei vom Landgericht - in konsequenter Fortführung der falschen Zuordnung eines Teils

der eingetretenen Schäden als Sekundärschaden - zu Unrecht ausschließlich unter Berücksichtigung der Einschränkungen der Sehfähigkeit bemessen worden. Zudem habe das Landgericht auch im Hinblick auf alle von der Klägerin geltend gemachten materiellen Schäden zu Unrecht die von der Klägerin angebotenen Beweise nicht erhoben bzw. zu Unrecht nicht von der insoweit teilweise - etwa in Bezug auf den Pflege- und Betreuungsaufwand - gegebenen Schätzungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Die Beklagten und das Landgericht hätten offenbar verkannt, dass den Beklagten nicht vorgeworfen werde, am 31.10.2008 die Diagnose einer Thrombose der Arteria basilaris nicht getroffen zu haben, dass ihnen vielmehr vorgeworfen werde, eine ungesicherte Hirnstammsymptomatik nicht weiter abgeklärt und damit die Chance vertan zu haben, die am 4.11.2008 aufgetretene Thrombose zu verhindern.
Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Berufung und verfolgen mit ihrer Berufung ihren erstinstanzlichen Antrag, die Klage insgesamt abzuweisen, unverändert weiter.
Zur Begründung treten sie dem Berufungsvorbringen der Klägerin im Einzelnen entgegen und tragen ergänzend insbesondere vor, dass das Landgericht das Recht der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt habe. Denn das Landgericht habe sich ebenso wie der Gerichtssachverständige Prof. Dr. N4 nicht hinreichend mit dem Parteivortrag der Beklagten und auch nicht mit dem von den Beklagten vorgelegten Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. I auseinandergesetzt. Schon im Tatbestand des angefochtenen Urteils sei der Vortrag der Beklagten zum Behandlungsgeschehen mit keinem Wort erwähnt. Und auch die Entscheidungsgründe zeigten, dass das Landgericht sich ausschließlich mit den Behauptungen der Klägerin auseinandergesetzt habe. Das Landgericht und der Gerichtssachverständige Prof. Dr. N4 hätten zu Unrecht einen Befunderhebungsmangel bzw. groben Diagnosefehler angenommen, obwohl lediglich von einem nicht haftungsbegründenden einfachen Diagnoseirrtum ausgegangen werden könne. Das Gutachten des Gerichtssachverständigen, dem das Landgericht "blind" gefolgt sei, sei unzulässigerweise von einer Betrachtung aus der Sicht ex post ausgegangen. Auf der Basis der maßgeblichen Sicht ex ante ergebe sich eine andere Bewertung der Geschehnisse. So sei die Klägerin mit der Arbeitsdiagnose eines akuten MS-Schubes in das Krankenhaus der Beklagten zu 1. eingeliefert worden und die von der Klägerin angegebenen Symptome seien vor dem Hintergrund dieser Arbeitsdiagnose plausibel gewesen. Im Hinblick darauf und auf das Alter der Klägerin sei mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem tatsächlich vorliegenden akuten MS-Schub auszugehen gewesen. Demgegenüber sei das Auftreten einer Thrombose der Arteria basilaris im Zeitraum von vier Wochen nach einer Geburt bei einer damals 37-jährigen Patientin als eine absolute Rarität anzusehen. Vor diesem Hintergrund sei im Hause der Beklagten zu 1. die Arbeitsdiagnose eines akuten MS-Schubs als gesichert angesehen worden, zumal sie auf die hochdosierte intravenöse Sterioidtherapie zunächst positiv angeschlagen habe. Vor diesem Hintergrund habe während des ersten Aufenthaltes der Klägerin im Hause der Beklagten zu 1. keine medizinische Indikation für die Durchführung einer MRT-Untersuchung des Kopfes bestanden. Zu diesen Fragen bestehe ein eklatanter Widerspruch zwischen dem Gerichtsgutachten und dem Parteigutachten der Beklagten, dem das Landgericht hätte nachgehen müssen. Insoweit werde beantragt, den bisherigen Gerichtssachverständigen ergänzend mündlich anzuhören bzw. ein "Obergutachten" einzuholen. Im Übrigen sei zwar wohl inzwischen geklärt, dass die Thrombose der Arteria basilaris erst am 4.11.2008 aufgetreten sei, werde aber gleichwohl durch das Landgericht und den Gerichtssachverständigen verkannt, dass dies bedeute, dass diese Thrombose am 31.10.2008 noch nicht vorgelegen habe, und dass die Diagnose eines akuten MS-Schubes am 31.10.2008 korrekt gewesen sei. Auch insoweit bestünde ein Widerspruch zwischen dem Gerichtsgutachten und dem Parteigutachten, dem das Landgericht hätte nachgehen müssen. Das Landgericht habe verkannt, dass kein vorwerfbarer Diagnosefehler vorliege, wenn der behandelnde Arzt über eine nahe liegende und durch eine Reihe flüssig ineinander greifender Umstände scheinbar abgesicherte Diagnose eine weit entferntere differentialdiagnostische Möglichkeit übersieht. Erst bei der Einlieferung am 3.11.2008 hätten erkennbare Symptome einer Thrombose der Arteria basilaris vorgelegen, die umgehend durch die dann erforderliche CT- und MRT-Aufnahmen abgeklärt worden seien. Entgegen der Behauptung der Klägerin habe diese keinen unmittelbaren Hirnschaden erlitten, für den die Beklagten verantwortlich sein könnten. Vielmehr habe die Klägerin nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Narbenbildungen aufgrund ihrer MS-Vorerkrankung aufgewiesen, die die neurologischen Ausfälle mit Ausnahmen der Beeinträchtigungen der Sehfähigkeit erklärten. Dementsprechend sei das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die geklagten neurologischen Ausfallerscheinungen als Sekundärschäden anzusehen seien. Das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld sei übersetzt. Die Entscheidung zum Haushaltsführungsschaden sei inkonsequent, weil das Landgericht einerseits - zu Recht - darauf hinweise, dass der Vortrag der Klägerin insoweit nicht hinreichend substanziiert sei, anderseits aber gleichwohl einen Haushaltsführungsschaden zuerkenne. Eine ausreichende Schätzungsgrundlage hierfür fehle und der ausgeurteilte Betrag sei übersetzt.
Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung der Beklagten und tritt deren Vorbringen hierzu im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Schriftsätze der Klägerin vom 23.06.2014 [Bl. 526/527 (= 524/525) d. A.] und der Beklagten vom 23.06.2014 [Bl. 528 (= 523) d. A.] sowie

auf das Vorbringen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen am 17.12.2012 und am 19.05.2014 [Protokolle, Bl. 372 f. und 511 ff. d. A.] Bezug genommen.
Der Senat hat weiteren Beweis durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Priv.-Doz. Dr. W [Facharzt für Neurologie], das dieser in dem Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin vor dem Senat am 19.05.2014 mündlich näher erläutert hat [schriftliches Gutachten vom 17.10.2013 (Bl. 429 - 465 i. V. m. 466 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 9.05.2014 (Bl. 2 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 19.05.2014, Bl. 511 ff., 512 - 517 d. A.)], sowie durch ergänzende mündliche Anhörung des Sachverständigen J [Facharzt für Radiologie mit der Zusatzbezeichnung Neuroradiologie], der bereits in erster Instanz beauftragt worden war und ein schriftliches neuroradiologisches Zusatzgutachten erstattet hat [Bl. 2, 3 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 19.05.2014, Bl. 511 ff., 512, 513 - 517 d. A.)]. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Priv.-Doz. Dr. W und das Protokoll der mündlichen Erläuterungen des Priv.-Doz. Dr. W und des J Bezug genommen.
II.
Die Berufungen der Parteien sind zulässig. Die Berufung der Beklagten hat auch in der Sache in vollem Umfange Erfolg, während die Berufung der Klägerin unbegründet ist.
Der Klägerin stehen gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn der Klägerin ist der ihr obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. bei dem umstrittenen stationären Aufenthalt in der Zeit vom 31.10.bis zum 3.11.2008 schadensursächliche Fehler unterlaufen sind:
1. Bei dieser Beurteilung folgt der Senat den Gutachten der Sachverständigen Priv.-Doz. Dr. W [Facharzt für Neurologie; schriftliches Gutachten vom 17.10.2013 (Bl. 429 - 465 i. V. m. 466 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 9.05.2014 (Bl. 2 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 19.05.2014, Bl. 511 ff., 512 - 517 d. A.)] und J [Facharzt für Radiologie mit der Zusatzbezeichnung Neuroradiologie; in erster Instanz erstattetes schriftliches neuroradiologisches Zusatzgutachten vom 6.11.2011 (Bl. 154 - 160 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen hierzu in zweiter Instanz am 19.05.2014, S. 2, 3 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin vor dem Senat am 19.05.2014, Bl. 511 ff., 512, 513 - 517 d. A.)]. Das Gutachten des Sachverständigen Priv.-Doz. Dr. W überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen, auf der Basis einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlich eingeholten Gutachten des neurologischen Gerichtssachverständigen Prof. Dr. N4 [Direktor des Lehrstuhls für Neurowissenschaften und Rehabilitation der Universität zu L; schriftliches Gutachten vom 21.12.2011 (Bl. 133 - 153 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 24.02.2012 (S. 2 - 6 des Protokolls vom 24.02.2012, Bl. 177 ff., 177R - 179R d. A.)] und mit dem Gutachten des Parteisachverständigen der Beklagten Prof. Dr. A. I [offenbar Neurologe; neurologisches Gutachten vom 8.03.2010 (Bl. 192 - 205 d. A.)] sowie unter Eingehen auf das Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Das Gutachten des Gerichtssachverständigen J hat den Senat ebenfalls überzeugt, weil auch dieser Sachverständige sein Gutachten auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet und zudem in dem Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 19.05.2014 in überzeugender Weise sowie unter Eingehen auf die Feststellungen des Gerichtssachverständigen Priv.-Doz. Dr. W mündlich ergänzend erläutert hat.
Nach den in dieser Weise überzeugenden Gutachten der Gerichtssachverständigen Dr. W und J können schadensursächliche Diagnose-, Befunderhebungs- und/oder Behandlungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. während des umstrittenen stationären Aufenthaltes der Klägerin dort vom 31.10.bis zum 3.11.2008 nicht festgestellt werden:
2. Insbesondere kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon ausgegangen werden, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. während des umstrittenen stationären Aufenthaltes der Klägerin vom 31.10.bis zum 3.11.2008 ein haftungsbegründender Diagnosefehler und in dessen Folge ein schadensursächlicher Behandlungsfehler unterlaufen ist:
Vielmehr war nach den Feststellungen des Dr. W die Diagnose eines akuten MS-Schubs aus medizinisch-sachverständiger Sicht - wenn sie nicht zugetroffen haben sollte - zumindest gut vertretbar mit der rechtlichen Folge, dass diese Diagnose für den Fall, dass sie objektiv falsch gewesen sein sollte, allenfalls als ein haftungsrechtlich folgenloser Diagnoseirrtum bewertet werden könnte. Und die im Hinblick auf die Diagnose eines akuten MS-Schubes erfolgte Verabreichung von Cortison hatte nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. W und auch denen des Prof. Dr. N4 für die Klägerin jedenfalls keine nachteiligen Wirkungen.
Zu der Diagnose eines akuten MS-Schubes hat der Sachverständige Dr. W insbesondere ausgeführt, dass Voraussetzung für die Annahme eines akuten MS-Schubes neue bzw. reaktivierte klinisch-neurolo-

gische Ausfälle und Symptome seien, die subjektiv berichtet oder durch Untersuchung objektiviert würden, mindestens 24 Stunden anhielten und mit einem zeitlichen Intervall von mindestens 30 Tagen ab dem Beginn vorangegangener Schübe aufträten, und die nicht infektionsbedingt erklärbar seien. Diese Voraussetzungen hätten bei der Klägerin vorgelegen. Zu Beginn des umstrittenen Klinikaufenthaltes habe die Klägerin eine seit zwei bis drei Tagen bestehende neurologische Symptomatik beklagt, die im Wesentlichen durch Doppelbilder und Gangunsicherheit geprägt gewesen sei. Diese Symptomatik habe nach ihrem ersten Auftreten mit der Tendenz einer Verschlimmerung fortbestanden. Ein Infekt bzw. eine infektbedingte Verschlechterung der neurologischen Symptomatik sei im Hause der Beklagten zu 1. ausgeschlossen worden. Zusätzlich zu berücksichtigen seien die bekannte vorbestehende Multiple Sklerose und der Umstand, dass der behandelnde Neurologe die Klägerin mit der Diagnose einer Multiplen Sklerose in das Krankenhaus der Beklagten zu 1. eingewiesen habe. Hinzukomme, dass die Klägerin am 18.10.2008 im Wege eines Not-Kaiserschnittes ihr zweites Kind zur Welt gebracht habe, und dass die Wahrscheinlichkeit eines MS-Schubes zwar während einer Schwangerschaft in der Regel verringert sei, postpartal indes erkennbar ansteige. Vor dem Hintergrund der vorgenannten Umstände sei es aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht zu beanstanden, dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. von der Verdachtsdiagnose eines akuten MS-Schubes ausgegangen seien.
Ob die Diagnose eines akuten MS-Schubes nicht nur aus medizinisch-sachverständiger Sicht gut vertretbar, sondern darüber hinaus zutreffend gewesen sei, lasse sich im Nachhinein weder nachweisen noch ausschließen. Denn durch das später sicher eingetretene ischämische Geschehen sei eine ausgedehnte Gewebeschädigung eingetreten, die einen Nachweis einer zusätzlichen entzündlichen Läsion auch im Rahmen einer MRT-Untersuchung nicht mehr erlaube mit der Folge, dass sich nicht mehr sicher aufklären lasse, ob die initialen Beschwerden der Klägerin Ende10.2008 durch einen MS-Schub ausgelöst worden oder ob sie erste transitorische Symptome eines vaskulären Ereignisses gewesen seien.
Vor dem Hintergrund der Diagnose eines akuten MS-Schubes sei die Verabreichung von Cortison indiziert gewesen. Im Falle eines frischen Infarktes hätte diese Cortisonbehandlung beendet werden müssen, weil in dem Falle für diese Therapie keine Grundlage mehr bestanden hätte. Eine Verschlechterung der Symptomatik durch die Cortisonbehandlung sei indes auszuschließen [in diesem Punkt stimmen die Feststellungen des Sachverständigen Dr. W und diejenigen des Prof. Dr. N4 vollständig überein; denn Prof. Dr. N4 hat hierzu festgestellt, dass die Cortisontherapie bei der Klägerin weder Wirkungen noch Nebenwirkungen entfaltet und ihr nicht geschadet habe].
Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Sachverständigen Dr. W überzeugen den Senat. Sie werden letztlich von der Klägerin auch nicht mit Substanz angegriffen. Ihr Vorwurf gegen die Beklagten geht denn auch in erster Linie dahin, dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. sich nicht mit der Verdachtsdiagnose eines akuten MS-Schubes hätten begnügen dürfen, dass sie vielmehr differentialdiagnostisch auch dem Verdacht auf ein ischämisch-vaskuläres Geschehen hätten nachgehen müssen, worauf sogleich unter 3. näher einzugehen sein wird.
3. Nach den überzeugenden Gutachten der Gerichtssachverständigen Dr. W und J können auch haftungsbegründende Befunderhebungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. während des umstrittenen stationären Aufenthaltes der Klägerin vom 31.10.bis zum 3.11.2008 nicht festgestellt werden:
a) Eine Haftung der Beklagten ergibt sich insbesondere nicht aus dem Umstand, dass während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. keine CT-Untersuchung durchgeführt worden ist.
Zwar stellt es nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Dr. W aus medizinisch-sachverständiger Sicht einen Fehler dar, dass am 31.10.2008 eine CT-Untersuchung nicht durchgeführt worden ist. Hierzu hat er insbesondere ausgeführt, dass bei der Klägerin lediglich die Verdachtsdiagnose eines akuten MS-Schubes vorgelegen, dass diese Diagnose indes nicht gesichert gewesen sei. Somit habe eine letztlich unklare Hirnstammsymptomatik vorgelegen. In dieser Situation sei es im Rahmen der Notfalldiagnostik indiziert gewesen, eine CT-Untersuchung durchzuführen, um eine Blutung auszuschließen und um Erkenntnisse auf ein möglicherweise vorliegendes venöses Geschehen zu erhalten.
Dieser Fehler führt indes nicht zu einer Haftung der Beklagten, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststeht, dass sich aus einer CT-Untersuchung ein reaktionspflichtiger Befund nicht ergeben hätte. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. W ist sicher davon auszugehen, dass bei der Klägerin weder eine Blutung noch eine Venenthrombose vorgelegen hat, und dass dementsprechend eine CT-Untersuchung für beides keine weiteren Anhaltspunkte und damit keine reaktionspflichtigen Befunde und auch sonst keine Veranlassung für eine Änderung des Behandlungsregimes geboten hätte. Letztlich wäre durch eine CT-Untersuchung nach der überzeugenden Einschätzung des Sachverständigen Dr. W die Verdachtsdiagnose eines MS-Schubs weiter unterstützt worden.
b) Nach den überzeugend begründeten Feststellungen der Sachverständigen Dr. W und J kann ein haftungsbegründender Befunderhebungsfehler auch nicht im Hinblick auf den Umstand festgestellt werden, dass bei der Klägerin während ihres umstrittenen Krankenhausaufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. eine MRT-Untersuchung nicht notfallmäßig durchgeführt worden ist.

aa) Dies gilt schon deshalb, weil eine notfallmäßig durchgeführte MRT-Untersuchung nach den überzeugend begründeten Feststellungen der Sachverständigen Dr. W und J nicht indiziert war mit der rechtlichen Folge, dass das Unterlassen insoweit nicht als fehlerhaft bewertet werden kann:
Hierzu haben die Sachverständigen Dr. W und J insbesondere ausgeführt, dass in den Leitlinien der ischämische Schlaganfall als akutes fokales neurologisches Defizit aufgrund einer umschriebenen Durchblutungsstörung des Gehirns bezeichnet werde. Eine Festlegung zu der Frage, wann und unter welchen Bedingungen genau bei Vorliegen eines fokalen neurologischen Defizits an einen ischämischen Schlaganfall als Ursache gedacht werden müsse, gehe aus den Leitlinien hingegen nicht klar hervor. Als klinisch praktikabel habe sich jedoch die Einschätzung erwiesen, dass ein plötzlich auftretendes neurologisches Defizit den Verdacht auf Vorliegen eines ischämisch-vaskulären Ereignisses begründe, wobei der zeitliche Verlauf variabel sein könne. Im Falle der Klägerin habe der Beginn der neurologischen Symptomatik jedoch bereits ca. drei Tage zurückgelegen, wobei die Symptome mit leichter Tendenz zur Verschlimmerung fortbestanden hätten. Diese Krankheitsdynamik habe dem typischen Verlauf eines MS-Schubes entsprochen. Einen akuten MS-Schub als Ursache für die Symptomatik hätten die Behandler zum Zeitpunkt der stationären Aufnahme am 31.10.2008 im Hinblick darauf und nicht zuletzt auch wegen der bekannten vorbestehenden Multiplen Sklerose für sehr viel wahrscheinlicher halten können als eine Verursachung durch ein zerebrovaskuläres Ereignis, welches typischerweise plötzlich auftrete. Soweit der erstinstanzlich beauftragte Gerichtssachverständige Prof. Dr. N4 die Auffassung vertreten habe, dass beide Krankheitsbilder am Aufnahmetag des 31.10.2008 differentialdiagnostisch mit gleicher Wertigkeit zu behandeln gewesen seien, sei dem nicht zu folgen. Zwar habe mit der Hirnstammsymptomatik ein relativ schwerwiegendes Krankheitsbild vorgelegen, dem man habe nachgehen müssen. Maßgeblich für die medizinisch-sachverständige Bewertung des diagnostischen Vorgehens und insoweit insbesondere für die Bewertung des Festlegens der Zeitpunkte für die anstehenden Untersuchungsmaßnahmen sei aber bei der Klägerin während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. die Frage, ob die Behandler nach dem vorliegenden klinischen Bild von einer klaren MS-Symptomatik hätten ausgehen können, oder ob sie transitorisch-ischämische Attacken hätten annehmen müssen, wobei unter transitorisch-ischämische Attacken wiederkehrende, aber flüchtige Verschlüsse von kleineren Gefäßen zu verstehen seien, die durch die Verschleppung kleinerer Gerinnsel hervorgerufen würden, und die in der Regel nicht zu großen Infarkten führten, sondern zu kleinen "Schlägelchen", die sich unter Umständen wieder vollständig zurückbilden könnten, ohne dass es zu einem morphologischen Schaden komme. Maßgeblich sei dementsprechend die Frage, ob die Klägerin Symptome gezeigt habe, die auf einen solchen Vorgang schließen ließen oder ob bei ihr eher konstante Symptome vorgelegen hätten, die für einen MS-Schub typisch seien. Hätten bei der Klägerin flukturierende Symptome der angesprochenen Art vorgelegen und hätten diese sich zudem in verschiedenen Stromgebieten gezeigt, hätte dies einen klaren und vorrangig zu überprüfenden Verdacht auf ein vaskuläres Ereignis bedeutet. Dies sei indes nicht der Fall gewesen. Bei der Klägerin habe es eine erste Symptomatik bereits am 29.10.2008 und damit zwei Tage vor dem Tag der stationären Aufnahme gegeben, wobei diese Symptomatik mit einer leichten Verschlimmerungstendenz bestehen geblieben sei. Dies sei aber eher für einen MS-Schub typisch und entspreche demgegenüber nicht dem typischen Bild einer TIA mit den hierfür typischen Verflüchtigungen, die spätestens nach 24 Stunden hätten eintreten müssen. Dementsprechend habe deutlich mehr für das Vorliegen eines akuten MS-Schubes als für das Vorliegen eines vaskulären Ereignisses gesprochen. Im Übrigen hätten die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. im Hinblick auf Vorstehendes und auch nicht daran denken müssen, dass sich durch die neurologische Symptomatik möglicherweise die Vorboten einer Basilaristhrombose zeigen könnten, wobei dies nicht zuletzt auch deshalb gelte, weil eine Basilaristhrombose nach einer Geburt eine absolute Rarität darstelle.
Eine differentialdiagnostische Abklärung auch mittels einer MRT-Untersuchung sei zwar wegen der letztlich nicht sicher geklärten Ursache für die Hirnstammsymptomatik indiziert gewesen. Es habe aber ausgereicht, diese Untersuchung - wie dies im Hause der Beklagten zu 1. geplant gewesen sei - in der auf den Einweisungstag [Freitag] folgenden Woche durchzuführen. Eine notfallmäßige MRT-Untersuchung sei demgegenüber nicht indiziert gewesen. Dies hätte im Übrigen auch bei Unterstellen eines primären Verdachts auf ein ischämisches Geschehen gegolten. Denn auch in diesem Falle wäre als Notfalluntersuchungsmaßnahme lediglich eine CT-Untersuchung, nicht aber eine MRT-Untersuchung indiziert gewesen, was nicht zuletzt auch deshalb gelte, weil eine Lyse zu diesem Zeitpunkt wegen der seit dem ersten Auftreten der Symptome verstrichenen Zeit nicht in Betracht gekommen wäre.
bb) Eine Haftung der Beklagten wegen des Unterlassens einer notfallmäßig durchgeführten MRT-Untersuchung kommt zudem auch deshalb nicht in Betracht, weil nach dem überzeugend begründeten Gutachten des Sachverständigen J nicht hinreichend sicher festgestellt werden kann, dass es bereits vor oder während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes zu einem Infarkt gekommen ist, und weil dementsprechend nicht hinreichend sicher davon ausgegangen werden kann, dass eine MRT-Untersuchung bereits während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte:

Zur Begründung hat der Sachverständige J ausgeführt, dass er zwar auf den MRT-Aufnahmen kleinere Infarkte ausgemacht habe, die älter gewesen seien als der große Infarkt aufgrund der Basilaristhrombose vom 4.11.2008. Dabei schätze er das Alter auf etwa ein bis fünf Tage ein. Eine genauere zeitliche Einordnung sei indes nicht möglich. Es könne nicht genau bestimmt werden, zu welchem konkreten Zeitpunkt der erste Infarkt eingetreten sei und wann die späteren. Bei den kleinen Infarkten sei zudem eine sogenannte Schrankenstörung nicht feststellbar. Wenn eine solche Schrankenstörung hätte festgestellt werden können, hätte man die Gewissheit gehabt, dass es sich um ein Geschehen handelt, das älter als fünf Tage sei. Bei kleinen Infarkten der hier in Rede stehenden Art sei eine Schrankenstörung allerdings nicht obligatorisch. Im Hinblick darauf könne anhand der Bilder nicht hinreichend sicher bestimmt werden, ob sich ein erster kleiner Infarkt schon am 29.10.2008 ereignet habe oder an welchem der folgenden Tage dies der Fall gewesen sei. Sicher sei lediglich, dass es sich um ein mehrzeitiges Geschehen gehandelt haben müsse.
cc) Die vorstehend zu aa) und bb) wiedergegebenen Ausführungen der Sachverständigen Dr. W und J überzeugen den Senat. Und sie werden von der Klägerin auch nicht mit Substanz angegriffen. Soweit die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 23.06.2014 in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass der erstinstanzlich beauftragte Gerichtssachverständige Prof. Dr. N4 das Unterlassen der notfallmäßigen Diagnostik als groben Fehler bewertet habe, und dass der Klägerin im Falle eines groben Fehlers insoweit Beweiserleichterungen zugutekämen, trifft dies zwar zu, führt dies indes gleichwohl nicht zu einer abweichenden, für die Klägerin günstigeren Beurteilung:
Denn die von Prof. Dr. N4 aus seiner medizinisch-sachverständigen Sicht getroffene Bewertung des Unterlassens der notfallmäßigen MRT-Diagnostik als grob fehlerhaft vermag nicht zu überzeugen. Das Unterlassen der notfallmäßigen Durchführung einer MRT-Untersuchung könnte vielmehr selbst dann nicht als im Rechtssinne grober Fehler bewertet werden, wenn dieses Unterlassen entgegen den Feststellungen der Gerichtssachverständigen Dr. W und J als fehlerhaft anzusehen wäre. Denn es fehlt bereits an gesicherten grundlegenden Erkenntnissen der Medizin, gegen die die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. verstoßen haben könnten, weil es nach den Feststellungen der Sachverständigen Dr. W und J keine gesicherten Empfehlungen zu der Frage gibt, unter welchen Umständen in Situationen der hier in Rede stehenden Art eine MRT-Untersuchung notfallmäßig durchzuführen ist. Und es kann auch ersichtlich nicht von einem Fehler ausgegangen werden, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich ist, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Denn aus den oben zu aa) wiedergegebenen Ausführungen der Sachverständigen Dr. W und J hat es im Falle der Klägerin objektive medizinische Gründe dafür gegeben, eine MRT-Untersuchung nicht notfallmäßig durchzuführen.
c) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme können auch hinsichtlich weiterer von den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. nicht durchgeführter Untersuchungsmaßnahmen haftungsbegründender Befunderhebungsfehler nicht festgestellt werden.
aa) Dies gilt etwa für eine D-Dimer-Bestimmung, die hätte durchgeführt werden können. Denn dabei handelt es sich nach den überzeugend begründeten und von der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Dr. W um einen Laborparameter, der Hinweise auf eine vorliegende Venenthrombose geben kann, wobei eine entsprechende Untersuchung bei der Klägerin aus ex-post-Sicht sehr wahrscheinlich einen Normalwert ergeben hätte, weil die Klägerin eine Venenthrombose nicht erlitten hat.
bb) Auch in Bezug auf die Sehstörungen der Klägerin können haftungsbegründende Befunderhebungsfehler nicht festgestellt werden. In diesem Zusammenhang hat der Sachverständige Dr. W zur Überzeugung des Senates und von der Klägerin nicht angegriffen insbesondere ausgeführt, dass ein EEG trotz der Sehstörungen unter keinen Umständen durchzuführen gewesen wäre, weil dies keinen Sinn ergeben hätte. Sinnvoll wäre im Rahmen eines MS-Verdachtes und bei Vorliegen von Sehstörungen ein VEP, was visuell evoziertes Potential bedeute. Dies sei veranlasst gewesen, allerdings nicht als Notfalldiagnostik. Bei der Klägerin hätte dies nach der am Freitag erfolgten Einlieferung an dem darauf folgenden Montag angestanden. Allerdings hätte ein VEP keinen Rückschluss auf die Ursache der Beschwerden zugelassen. Bei einem VEP werde die Verzögerung der Impulse beim Sehnerv gemessen, was mit der Hirnstammsymptomatik nichts zu tun habe. Hätte man aber festgestellt, dass die Sehstörungen nicht vom Sehnerv herstammen, hätte dies Veranlassung geboten, die Annahme einer Multiplen Sklerose zu überdenken. Hierfür wäre allerdings weniger das VEP richtungweisend gewesen als vielmehr die ohnehin geplante MRT-Untersuchung. Insgesamt hätten die bei der Klägerin vorhanden gewesenen Sehstörungen keinen eindeutigen Rückschluss auf ein MS-Geschehen einerseits oder ein vaskuläres Geschehen anderseits zugelassen.
3. Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Schriftsätze der Klägerin vom 23.06.2014 [Bl. 526/527 (= 524/525) d. A.] und der Beklagten vom 23.06.2014 [Bl. 528 (= 523) d. A.] bieten keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen um Tatsachenfragen und im Übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: 356.032,25 Euro;
von diesem Betrag entfallen auf die Berufung der Klägerin 327.078,76 Euro
[30.000,00 Euro Antrag zu 1.: vom LG nicht zuerkanntes Schmerzensgeld
+ 75.599,11 Euro Antrag zu 2.: vom LG nicht zuerkannter materieller Schadensersatz;
von der Klägerin begehrt: 84.552,60 Euro
vom LG zuerkannt:
93 Tage x 6,41 Std. x 8 EUR = 4.769,04 EUR (statt d. v. LG insoweit zuerkannten
Betrages von 4.772,23 EUR; Rechenfehler auf S. 9 d. LGU) zuzüglich
408 Tage x 6,41 Std. x 8 EUR 20.922,24 EUR; hiervon 20 % = 4.184,45 EUR;
4.769,04 EUR + 4.184,45 EUR = 8.953,49 EUR;
84.552,60 Euro - 8.953,49 Euro = 75.599,11 Euro
+ 221.479,65 Euro Antrag zu 3.: vom LG nicht zuerkannte monatliche Rente;
63 Monate (3 Monate rückständige Rente, 9"10 - 11"10; zuzügl. 12 x 5
_____ Monate lfd. Rente; 63 Mo. x 3.515,55 EUR = 221.479,65 EUR)
327.078,76 Euro]
und auf die Berufung der Beklagten 28.953,49 Euro
[15.000,00 Euro Antrag zu 1.: vom LG zuerkanntes Schmerzensgeld
+ 8.953,49 Euro Antrag zu 2.: vom LG zuerkannter materieller Schadensersatz; s. o.
+ 5.000,00 Euro Antrag zu 4.: vom LG zuerkannte Feststellung
28.953,49 Euro].

78. OLG Köln, Beschluss vom 13.08.2014 – 5 U 57/14 – * Arzthaftungsprozess: Anhörung einer Partei zu einem medizinischen Behandlungsgeschehen

Orientierungssatz

Weder der Grundsatz des fairen Verfahrens noch Art. 6 EMRK gebieten es, dass eine Partei mangels sonstiger Beweismittel zu einem medizinischen Behandlungsgeschehen anzuhören ist. Der Beweis, dass der Arzt den fachmedizinischen Standard unterschritten und damit einen Behandlungsfehler begangen hat, wird regelmäßig durch Sachverständige erbracht, die das Behandlungsgeschehen anhand der ärztlichen Dokumentation nachvollziehen. Aussagen von Zeugen und gegebenenfalls von Parteien sind nur einzuholen, wenn die Dokumentation Lücken aufweist oder der Richtigkeit der Dokumentation substanziiert widersprochen wird.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 12.3.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 4/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Gründe

I.
Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil nach den gemäß § 529 Abs. 1 ZPO maßgeblichen Feststellungen dem Kläger keine Ansprüche aus der streitigen Behandlung gegen die Beklagten zustehen. Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 und 2 ZPO). Zu Recht und mit überzeugender Begründung, die der Senat sich zu eigen macht, ist die Kammer davon ausgegangen, dass der Kläger den ihm obliegenden Nachweis eines behandlungsfehlerhaften Vorgehens nicht geführt habe. Das Landgericht hat es dabei auch nicht etwa verfahrensfehlerhaft unterlassen, den Kläger zur Frage der Einzelheiten des Behandlungsgeschehens anzuhören oder als Partei zu vernehmen, um die Widersprüche in der Darstellung der Parteien aufzulösen und dem Sachverständigen zur Beurteilung des Geschehens präzisere Anknüpfungstatsachen an die Hand zugeben. Anders, als der Kläger meint, gebieten es weder der Grundsatz des fairen Verfahrens noch Art. 6 EMRK, dass eine Partei mangels sonstiger Beweismittel zu einem medizinischen Behandlungsgeschehen anzuhören ist. Der Beweis, dass der Arzt den fachmedizinischen Standard unterschritten und damit einen Behandlungsfehler begangen hat, der grundsätzlich dem klagenden Patienten obliegt, wird regelmäßig durch Sachverständige erbracht, die das Behandlungsgeschehen anhand der ärztlichen Dokumentation nachvollziehen. Die Dokumentation wiederum bestimmt sich nach rein medizinischen Notwendigkeiten, die ihrerseits sachverstän-

diger Überprüfung zugänglich sind. Auf die Dokumentation können sich sowohl Patient als auch Behandler zu ihren Gunsten berufen: was nicht dokumentiert ist, aber hätte dokumentiert werden müssen, gilt als nicht geschehen; umgekehrt ist einer zeitnahen und vollständigen, äußerlich unverdächtigen ärztlichen Dokumentation grundsätzlich Glauben zu schenken. Aussagen von Zeugen und gegebenenfalls von Parteien sind nur einzuholen, wenn die Dokumentation Lücken aufweist oder der Richtigkeit der Dokumentation substanziiert widersprochen wird. Im Hinblick auf die Parteivernehmung ist dabei auch die Wertung der ZPO als subsidiäres Beweismittel zu berücksichtigen, das nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in Betracht kommt (§§ 447, 448 ZPO).
Eine Anhörung des Klägers war im vorliegenden Fall von vornherein nicht geeignet, dem Sachverständigen eine verlässlichere Beurteilungsgrundlage zu verschaffen und sie war verfahrensrechtlich unter keinem Gesichtspunkt geboten. Der Kläger sieht den Widerspruch zwischen seiner Darstellung und derjenigen des Beklagten vor allem darin, dass der Beklagte zu 1) einen Zug im Nacken nach vorne durchgeführt habe, während der Beklagte im einzelnen darlegt hat, dass er eine Kraft nur im Hinblick auf die Brustwirbelsäule und nur in Richtung zum Boden hin entfaltet habe, wobei er die Etagen oberhalb der Brustwirbelsäule fixiert habe. Der Kläger schildert hier Empfindungen, die einer Verobjektivierung kaum zugänglich sind, keine wirklichen Beobachtungen - die Situation ist eine grundlegend andere als sie etwa wäre, wenn es um die Frage ginge, was im Rahmen eines Aufklärungsgespräches gesagt wurde. Dass er eine Fixierung der Etagen oberhalb der Brustwirbelsäule, also im Nackenbereich, als einen Zug im Nacken in Richtung nach vorne empfunden hat, während sich die eigentliche chirotherapeutische Behandlung, das Lösen von Blockaden der Wirbel, in Wahrheit etwas tiefer abspielte (möglicherweise unbemerkt durch den Kläger) liegt nahe und ließe sich auch bei noch so glaubwürdiger Schilderung durch den Kläger im Rahmen einer persönlichen Befragung nicht sicher ausschließen. Es kommt hinzu, dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten keineswegs die Darstellung des Klägers ignoriert hat. Er hat sie vielmehr gesehen und wiedergegeben, aber bezeichnenderweise keinen relevanten Widerspruch zu der Darstellung des Klägers gesehen. Er hat ausgeführt, dass mit dem "Nackenzug" ausschließlich eine Behandlung der Brustwirbelsäule durchgeführt worden sei, wo auch die geklagten Beschwerden verortet gewesen seien. Er hat ferner ausgeführt (insbesondere im Rahmen der mündlichen Erläuterungen), dass die Kribbelparästhesien mit der Behandlung nichts zu tun hätten und dass es auszuschließen sei, dass die auf degenerativen Vorschäden beruhenden Bandscheibenvorfälle durch die Behandlung hervorgerufen worden seien, was bedeutet, dass die vom Kläger gezogenen Schlüsse aus fachlicher Sicht auch nicht plausibel sind. Unter diesen Umständen wäre für eine Parteivernehmung des Klägers weder nach § 447 ZPO (eine Einwilligung des Gegners liegt nicht vor) noch nach § 448 ZPO Raum (einiger Beweis für die Richtigkeit seiner Darstellung ist weder erbracht noch zu erbringen).
Die Dokumentation des Behandlungsablaufes entspricht nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen dem Üblichen, unabhängig davon, dass es sich um einen vom EDV-Programm vorgegebenen Textblock handeln mag. Entscheidend ist nur, dass der Sachverständige auf der Grundklage dieser Dokumentation sich in der Lage sah, dass Behandlungsgeschehen zu rekonstruieren. Weitergehendes war offensichtlich aus medizinischen Gründen nicht geboten.
Auf dieser ausreichenden Tatsachenbasis hat der Sachverständige das Vorgehen des Beklagten zu 1) in einer auch den Senat in jeder Hinsicht überzeugenden Weise als lege artis angesehen. Der Senat schließt sich hinsichtlich der Würdigung des Gutachtens dem Landgericht uneingeschränkt an.
Dies gilt auch für die Frage ausreichender diagnostischer Abklärung vor Beginn der chirotherapeutischen Maßnahme. Die vom Beklagten vorgenommene Röntgenuntersuchung war ohne weiteres ausreichend und eine MRT-Untersuchung angesichts der geschilderten Beschwerden und angesichts der Tatsache, dass sich aus den Röntgenbildern keinerlei Anhaltspunkte für weitergehende Untersuchungen ergaben, nicht veranlasst. Diese Feststellungen des Sachverständigen leuchten ohne weiteres ein und entsprechen den vielfältigen Erfahrungen des Senates aus anderen Verfahren. Ferner hat der Beklagte zu 1) ausweislich seiner Dokumentation eine allgemeine neurologische Untersuchung durchgeführt, während eine speziellere neurologische Untersuchung nicht veranlasst war. Kontraindikationen für die chirotherapeutische Maßnahme ergaben sich danach nicht. Von einem groben Fehler insoweit kann ersichtlich keine Rede sein.
Dahinstehen kann, ob der Kläger über mögliche Risiken der chirotherapeutischen Maßnahme in ausreichender Weise aufgeklärt wurde. Er kann nicht beweisen, dass diese Maßnahme, selbst wenn sie wegen unzulänglicher Aufklärung rechtswidrig gewesen wäre, ihn in irgendeiner Weise gesundheitlich geschädigt hat. Der Kausalitätsbeweis obliegt ihm in vollem Umfang, Beweiserleichterungen stehen ihm nicht zur Verfügung. Der Sachverständige kann aber nicht einmal für die nach Darstellung des Klägers in Zeitnähe zum Behandlungsgeschehen aufgetretenen Kribbelparästhesien und Taubheitsgefühle einen Zusammenhang erkennen, geschweige denn, ihn als sicher annehmen. Für völlig ausgeschlossen hält der Sachverständige, dass die Wochen später festgestellten Bandscheibenvorfälle im Bereich der Halswirbelsäule (von denen nur einer symptomatisch war) durch eine chirotherapeutische Maßnahme verursacht worden

sein können. Auf die Frage, ob ein in einem vorformulierten Textblock enthaltener Hinweis auf eine durchgeführte Aufklärung "über die Risiken" der Maßnahme geeignet ist, den Nachweis ordnungsgemäßer Aufklärung zu erbringen (was der Senat durchaus bezweifelt), kommt es damit nicht an.
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).

79. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.08.2014 – 7 U 128/13 – * Arzthaftung: Bemessung des Pflege- und Betreuungsaufwands unter besonderer Berücksichtigung von "Bereitschaftszeiten" der Eltern für ihr behindertes Kind

Orientierungssatz

Bei der gerichtlichen Schätzung des pflegebedingten Mehraufwands eines behinderten Menschen sind die Zeiten der nächtlichen Rufbereitschaft mit einem Anteil von 25% zu berücksichtigen (Anschluss OLG Zweibrücken, 13.11.2007, 5 U 62/06, NJW-RR 2008, 620).

Tenor

I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 25.06.2013 - 3 O 249/12 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 8.591,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 04.05.2010 sowie vorgerichtliche Mahnkosten in Höhe von 230,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 15.07.2010 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
II. Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.
III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 55 % und der Beklagte 45%.
IV. Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.
V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger begehrt vom Beklagten wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers behinderungsbedingten Betreuungsmehraufwand für das Jahr 2009. Der Kläger hat zunächst gemäß Schriftsatz vom 18.08.2011 (I 239-251) auch den Mehraufwand sowie geburtsschadensbedingten Verdienstausfall für das Jahr 2010 sowie gemäß Schriftsatz vom 23.05.2012 (I 453-455) Anwaltskosten im Zusammenhang mit seiner Unterbringung in einer Behinderteneinrichtung für das Jahr 2011 klageweise geltend gemacht. Das Landgericht hat gemäß Beschluss vom 28.05.2013 (I 593) das Verfahren insoweit abgetrennt und mit Urteil vom 25.06.2013 (I 599-629) über die hinsichtlich des Jahres 2009 geltend gemachten Ansprüche entschieden. Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen des Sach- und Streitstands im ersten Rechtszug einschließlich der dort gestellten Anträge sowie der getroffenen Feststellungen Bezug genommen wird, hat nach der Abtrennung der Klage stattgegeben.
Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er seinen Antrag auf Klageabweisung weiter verfolgt. Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt Zurückweisung der Berufung. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, wegen der Antragstellung auf die Sitzungsniederschrift vom 06.08.2014 (II 67).
II.
Die zulässige Berufung des Beklagten hat teilweise Erfolg.
Dem Kläger steht gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 2, 843 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ersatz betreuungsbedingten Mehraufwands und Eigenanteilen in Höhe von noch 8.591,00 EUR für das Jahr 2009 zu.
1. Dem Landgericht sind keine eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung rechtfertigenden Verfahrensfehler unterlaufen.
a) Es liegt kein unzulässiges Teilurteil vor, das auch ohne Rüge in der Berufung und ohne entsprechenden Parteiantrag gemäß §§ 301, 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO regelmäßig die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Ausgangsgericht nach sich zöge.
aa) Allerdings soll nach Auffassung des OLG Hamm (NJW 2012, 1743 ff. Tz. 137 ff.; so offenbar auch: LAG Hamm, LAGReport 2005, 219 ff. Tz. 58 f.), wenn zwischen dem abgetrennten und dem durch Endurteil entschiedenen Teil die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht, jedenfalls dann, wenn das Prozedere der Abtrennung gemäß § 145 ZPO vom Gericht aus prozesstaktischen Gründen

bewusst gewählt wurde, um den Erlass eines der Aufhebung nach 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO unterliegenden unzulässigen Teilurteils zu vermeiden, ein derartiges (verdecktes) Teilurteil vorliegen.
Hier war sich das Landgericht ausweislich des Hinweises vom 11.12.2012 (Sitzungsniederschrift S. 2, I 531) bewusst, dass ohne eine Abtrennung die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen bestehen konnte. Eine solche Gefahr hätte ohne die Abtrennung im Instanzenzug - jedenfalls hinsichtlich des für die Jahre 2009 und 2010 geltend gemachten behinderungsbedingten Betreuungsmehraufwandes - auch tatsächlich bestanden, denn es kommt für die durch eine Teilentscheidung getrennten Zeiträume jedenfalls zum Teil auf dieselben Vorfragen an (vgl. Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 301 Rn. 3b/c; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 301 Rn. 7 m.w.N.).
bb) Das OLG Hamm berücksichtigt indes nicht hinreichend, dass es sich nicht um ein Teilurteil handelt und die Grenze für die Erheblichkeit drohender Widersprüchlichkeit der Streitgegenstand des konkreten Verfahrens bildet (kritisch auch: Toissaint, FD-ZVR 2012, 334281). Besteht die Widerspruchsgefahr zu einem nicht geltend gemachten, vom Streitgegenstand nicht mit umfassten prozessualen Anspruch, liegt eine Teilentscheidung überhaupt nicht vor (BGH, NJW-RR 2012, 849 ff., Tz. 15 ff.). Dasselbe trifft auf eine Entscheidung nach Trennung des Rechtsstreits in mehrere Teile gemäß § 145 ZPO zu (Zöller/Vollkommer, a.a.O.). Denn die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen steht der Trennung nicht entgegen. Die Zulässigkeit der Prozesstrennung bei Anspruchshäufung begegnet nicht den gleichen Einschränkungen, wie sie gegen die Zulässigkeit eines Teilurteils nach § 301 ZPO in einem solchen Fall angenommen werden (BGH, NJW 2003, 2386 ff. Tz. 22; OLG Düsseldorf, ZMR 2011, 864 f. Tz. 4; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1302 f. Tz. 5; MünchKomm/Wagner, ZPO, 4. Aufl., § 145 Rn. 1; Zöller/Greger, a.a.O., § 145 Rn. 5; a. A. OLG Naumburg, OLGR Naumburg 2002, 526 Tz. 23).
b) Auch der dem Endurteil vorangegangene Trennungsbeschluss gemäß § 145 ZPO rechtfertigt keine Abänderung der angefochtenen Entscheidung.
aa) Zwar unterliegt die Prozesstrennung gemäß § 145 ZPO im Rechtsmittelverfahren auf entsprechende Rüge einer Nachprüfung darauf, ob die Trennungsvoraussetzungen bestanden und ob die Anordnung auf fehlerhafter Ermessensausübung beruhte (BGH, NJW 2003, 2386 ff. Tz. 19; NJW 1995, 3120 ff. Tz. 9, OLG München, Urteil vom 08.04.2010 - 19 U 1565/09 Tz. 13/15; OLG Naumburg, a.a.O. Tz. 21; Zöller/Greger, a.a.O., § 145 Rn. 6a; MünchKomm/Wagner, a.a.O., Rn. 10). Auch kann eine Verfahrenstrennung in - wie hier hinsichtlich der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO - teilweise nicht rechtsmittelfähige Einzelverfahren aufgrund sachfremder Erwägungen gegen die Gleichheit vor dem Gesetz verstoßen (BVerfG, NJW 1997, 649; vgl. BGH, NJW 1995, 3120 ff. Tz. 13).
bb) Dem Trennungsbeschluss fehlt auch entgegen § 145 Abs. 1 S. 2 ZPO jede Begründung. Eine Nachprüfung hat hier dennoch zu unterbleiben. Eine - grundsätzlich mögliche - Heilung gemäß § 295 ZPO (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 145 Rn. 5 m.w.N.) ist zwar nicht eingetreten, denn die Verfahrenstrennung erfolgte in der Sitzung vom 11.12.2012 erst nach Stellung der Klageanträge. Sie wurde jedoch in der Berufung von keiner der Parteien als verfahrensfehlerhaft gerügt.
c) Ohne Erfolg rügt die Berufung (II 21), das Landgericht habe gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gemäß §§ 286, 355 Abs. 1 S. 1 ZPO verstoßen, indem die entscheidende Einzelrichterin nach Richterwechsel die Ausführungen des Sachverständigen als „nachvollziehbar“, „plausibel“ und „überzeugend“ gewürdigt hat.
aa) Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit, der als Verfahrensfehler verzichtbar i.S. des § 295 ZPO ist, wäre hier allerdings nicht dadurch geheilt worden, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten bei der letzten mündlichen Verhandlung die fehlende erneute Anhörung des Sachverständigen nicht gerügt hat. Denn ein Rügeverzicht nach § 295 ZPO scheidet aus, wenn der Verfahrensfehler erst aus dem Urteil ersichtlich wird (BGH, VersR 1992, 883 ff. Tz. 25, zum Augenschein; OLG Schleswig, MDR 1999, 761 f. Tz. 9).
bb) Ein Richterwechsel nach einer Beweisaufnahme erfordert jedoch nicht grundsätzlich deren Wiederholung. So können frühere Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises durch Auswertung des Vernehmungsprotokolls verwertet werden. Das Gericht darf dann bei der Beweiswürdigung allerdings nur das berücksichtigen, was auf der Wahrnehmung aller an der Entscheidung beteiligten Richter beruht oder aktenkundig ist und wozu die Parteien sich erklären konnten. Das gilt auch, wenn das Gericht den persönlichen Eindruck eines Zeugen zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit heranziehen will. Eindrücke, die nicht in das Verhandlungsprotokoll aufgenommen worden sind, zu denen also die Parteien auch keine Stellung nehmen konnten, dürfen daher nach einem Richterwechsel bei der Entscheidung nicht verwertet werden. Kommt es auf einen persönlichen Eindruck von den Zeugen an, insbesondere zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit, so muss das Gericht in der Spruchbesetzung einen persönlichen Eindruck von den Zeugen gewonnen haben oder auf eine aktenkundige Beurteilung zurückgreifen können (BGH, NJW 1997, 1586 f. Tz. 13; NJW 1995, 1292 ff Tz. 10; NJW 1991, 1180 Tz. 6; KG, BauR 2011, 297 f. juris Tz. 27 m.w.N.; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 355 Rn. 6). Entsprechendes gilt für den Beweis durch Augenschein (BGH, VersR 1992, 883 ff. Tz. 25) und die Würdigung eines bei einer Anhörung gemäß § 411 Abs. 3 ZPO ergänzten Sachverständigengutachtens (BGH, Beschluss vom 14.05.2009 - IX ZB 40/08, Tz. 2; BGH, NJW 1970, 946 ff Tz. 138 ff.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen liegt hier kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor. Vielmehr erfordert ein Richterwechsel nach der Beweisaufnahme die wiederholte Erhebung des Sachverständigenbeweises im Regelfall nicht. Über eine sachliche Würdigung geht die Beurteilung der Ausführungen des Sachverständigen als „nachvollziehbar", „plausibel" und „überzeugend" nicht hinaus. Welche nicht protokollierten Äußerungen des Sachverständigen für die Überzeugungsbildung des Landgerichts daneben noch ursächlich geworden sein können, führt die Berufung zur Begründung ihrer Rüge, die auf solche Möglichkeiten anspielt, nicht aus (vgl. BGH, Beschluss vom 14.05.2009 - IX ZB 40/08, Tz. 2).
2. Die Haftung des Beklagten gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 BGB für den dem Kläger aus der fehlerhaften ärztlichen Behandlung bei seiner Geburt am 01.01.1990 entstehenden Schaden steht aufgrund des rechtskräftigen Anerkenntnis- und Schlussurteils des Landgerichts Baden-Baden vom 29.10.2004 (AH I, 53-67, K2) fest und ist zwischen den Parteien auch außer Streit.
Danach ist der Beklagte verpflichtet, den durch die Behinderung des Klägers verursachten Mehrbedarf auszugleichen, vgl. § 843 BGB. Allerdings hat das Landgericht ihm 10.538,00 EUR zu viel zugesprochen.
a) Unter den Mehrbedarf fällt auch der Betreuungsaufwand naher Angehöriger eines durch eine unerlaubte Handlung an Körper und Gesundheit Geschädigten. Kommen mehrere Arten der Betreuung in Betracht, bestimmt sich die Höhe des Anspruchs dabei weder nach der kostengünstigsten noch nach der aufwendigsten Möglichkeit, sondern allein danach, wie der Bedarf in der vom Geschädigten und seinen Angehörigen gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt. Dieser Bedarf bestimmt sich deshalb – das ist zwischen den Parteien unstreitig – nach dem von den Eltern des Klägers für ihn erbrachten Pflege- und Betreuungsmehraufwand. Im Weiteren kommt es für die Ersatzfähigkeit nicht darauf an, ob der Angehörige, der die Pflegeleistungen erbringt, seinerseits einen Verdienstausfall erleidet, weil eine solche Hilfeleistung dem Schädiger entsprechend dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB nicht zugutekommen soll.
aa) Allerdings muss sich der geltend gemachte Aufwand in der Vermögenssphäre als geldwerter Verlustposten konkret niederschlagen. Dieses Erfordernis dient der Abgrenzung eines ersatzfähigen Mehrbedarfs zu nicht ersatzfähigen Mühewaltungen im Rahmen elterlicher Zuneigung. Dritte können diese elterliche Zuneigung nicht leisten. Deshalb muss es sich, um eine ersatzfähige Schadensposition i.S.d. § 843 Abs. 1 BGB darzustellen, um Tätigkeiten handeln, die sich aus dem allein den Eltern als engsten Bezugspersonen zugänglichen Bereich der unvertretbaren Zuwendung und aus sonstigen, selbstverständlichen, originären Aufgabengebieten der Eltern, insbesondere im Hinblick auf die Personensorge, herausheben. Es muss nicht nur theoretisch, sondern als praktische Alternative ein vergleichbarer Einsatz fremder Hilfskräfte in Betracht kommen (BGH, NJW 1999, 2819 ff. Tz. 7 ff; BGH, NJW 1989, 766 f. Tz. 6/9 ff.; Senat, GesR 2005, 263 ff. Tz. 32; OLG Zweibrücken, GesR 2008, 356 f. Tz. 9 f.; GesR 2003, 389 f. Tz. 17 f. m.w.N.; OLG Hamm, VersR 2003, 1407 ff. Tz. 49; OLGR Frankfurt 2004, 191 ff. Tz. 59; vgl. auch: Grunsky, BB 1995, 937 ff.). Dies ist etwa regelmäßig zu bejahen, wenn Eltern ihrem schadensbedingt erheblich pflegebedürftigen Kind Pflegeleistungen erbringen, die nach Art und Umfang weit über die üblichen elterlichen Aufgaben in der Kinderbetreuung hinausgehen (vgl. BGH, NJW 1999, 819 f. Tz. 15).
bb) Naturgemäß ist es nicht möglich, den zu ersetzenden Schaden für jeden Lebenstag zeitlich exakt zu ermitteln; vielmehr ist der Umfang der erforderlichen Aufwendungen nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung der nachvollziehbaren Angaben der mit der Betreuung befassten Angehörigen und unter Zugrundelegung von Erfahrungswerten zu schätzen (OLG Dresden, Urteil vom 23.06.2011 - 4 U 1409/10 Tz. 14; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 869 f. Tz. 18). Dabei kann sich das Gericht sachverständiger Hilfe bedienen und die auf der Grundlage von überzeugenden Darlegungen der Eltern getätigten Ausführungen des Sachverständigen bei der nach § 287 ZPO gebotenen Schadensschätzung mit berücksichtigen (vgl.: OLG Dresden, a.a.O. Tz. 15; OLG Stuttgart, OLGR 2006, 888 ff. Tz. 27). Der Einwand der Beklagten (II 21), der Sachverständige habe sich darauf beschränkt, die Angaben der Eltern unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes auf deren Plausibilität zu überprüfen (vgl. Gutachten vom 31.05.2011, S. 12, i 181; Anhörung des Sachverständigen, Sitzungsniederschrift vom 09.11.2011, S. 4, I 291), geht schon aus diesem Grund ins Leere (vgl. OLG Dresden, a.a.O.).
cc) Besteht danach eine Ersatzpflicht, so ist die zusätzliche Mühewaltung der Verwandten, die im Verhältnis zum Schädiger nicht unentgeltlich erfolgen soll, angemessen auszugleichen (BGH, VersR 1986, 59; OLG Zweibrücken, MedR 2009, 88 ff. Tz. 65). Es bedarf keiner Entscheidung, ob dabei regelmäßig eine Orientierung an einem tarifvertraglichen Durchschnittsstundensatz naheliegt (so: OLG Stuttgart, a.a.O. Tz. 25/37; Senat, GesR 2006, 515 f. Tz. 33) oder ein einheitlicher Multiplikator praktikabler und sachgerechter ist (so: OLG Dresden, a.a.O. Tz. 25; OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1407 ff. Tz. 57). Denn hier besteht zwischen den Parteien insoweit Einigkeit, dass die von den Eltern des Klägers für die Pflege und Betreuung aufgewendete Zeit mit einem Betrag von 11,00 EUR je Stunde angemessen abgegolten ist.
b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern.

aa) Allerdings hält auch der Senat die Aussage der Zeugin O. sowie die Angaben des Vaters des Klägers, die er bei seiner Anhörung vor dem Landgericht als dessen Betreuer gemacht hat, aus den vom Landgericht dargelegten Gründen für überzeugend. Sie stimmen im Wesentlichen mit der Darstellung der Lebenshilfe e. V. in dem Schreiben vom 09.07.2009 (I 111-113) sowie dem Entlassbericht des Fachkrankenhauses M. vom 09.09.2009 (AH I, 69-83) überein und sind auch nach den überzeugenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in dessen Gutachten vom 31.05.2011 (I 159-189) sowie bei seiner Anhörung (Sitzungsniederschrift vom 09.11.2011, S. 4/5, I 291/293) unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes plausibel und nachvollziehbar.
Entgegen der Berufung (II 23) bedarf es hier nicht einer Ermittlung des Zeitaufwandes anhand einzelner Verrichtungen und einer konkreten Betrachtung einzelner Pflegetätigkeiten mit einer anschließenden Ermittlung des Gesamtbedarfes durch Addition der einzelnen Zeiten. Der Beklagte berücksichtigt nicht hinreichend, dass nicht die Ermittlung des Pflegeaufwandes nach dem SGB XI maßgeblich ist (vgl. § 14 Abs. 4 SGB XI), für den es entscheidend darauf ankommt, wie viel Zeit konkret auf einzelne Tätigkeiten im Zusammenhang mit Verrichtungen der Körperpflege, der Ernährung, der Mobilität etc. entfällt (vgl. auch: OLG Schleswig, GesR 2008, 162 f. Tz. 11). Vielmehr stellt auch die von den Eltern des Klägers und dem Sachverständigen anschaulich dargelegte und nach ihren überzeugenden Ausführungen gebotene ständige Überwachung des Klägers unter den oben genannten Voraussetzungen hier einen schadensersatzrechtlich zu berücksichtigenden Betreuungsmehraufwand dar. Soweit der Beklagte weiter beanstandet, es habe der konkreten Darlegung auch zur Abgrenzung von den Zeiten bedurft, in denen die bloße Präsenz einer Aufsichtsperson genügt, bieten die Ausführungen des Klägers und seiner Eltern - wie weiter unten dargelegt - eine hinreichende Grundlage für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO.
bb) Dementsprechend ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger im Jahre 2009 einer durchgehenden 24-stündigen 1:1 Beaufsichtigung und Überwachung bedurfte. Der Sachverständige hat auf der Grundlage des medizinischen Befundes und der Darlegungen der Eltern des Klägers ausgeführt (Gutachten S. 15/16, I 187/189; Anhörung vom 09.11.2011, S. 5, I 293), im Jahre 2009 sei durchgehend ein mindestens 22stündiger Betreuungsbedarf plausibel. In der Nacht habe ferner neben aktiven Pflegeleistungen ein Betreuungsbedarf im Sinne einer ständigen Rufbereitschaft bzw. einer ständigen Bereitschaft, betreuend tätig zu sein, bestanden. Der Kläger habe Tag und Nacht einer durchgehenden Überwachung und Pflegebereitschaft bedurft. Danach handelte es sich hier um Pflegeleistungen, die nach Art und Umfang weit über die üblichen elterlichen Aufgaben in der Kinderbetreuung hinausgehen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger im Jahre 2009 volljährig war und es sich damit bei den Leistungen seiner Eltern nicht mehr um eine übliche Kinderbetreuung handelte.
aaa) Das Landgericht hat jedoch für die Zeiten, insbesondere die nächtlichen Zeiten, in denen ein Betreuungsbedarf lediglich in Form einer ständigen Rufbereitschaft bzw. einer ständigen Überwachung einschließlich der Bereitschaft, betreuend tätig zu sein, einen zu niedrigen Abschlag vorgenommen. Denn der Sachverständige hat auch überzeugend ausgeführt (Gutachten S. 14/15, I 185/187), es habe sich relativ viel Aufwand für die notwendige Überwachung ergeben, d.h. es sei nicht davon auszugehen, dass durchgehend über 22 Stunden betreut werde in dem Sinne, dass etwas mit dem Kläger gemacht werde. Allein durch pflegerische Tätigkeiten im Sinne einer Hilfe beim Ankleiden, Hilfe bei der Nahrungsaufnahme und der Körperpflege etc. seien die angegebenen Betreuungsstunden nicht zu rechtfertigen. Wesentlich für den Aufwand bei der Betreuung sei hingegen die Notwendigkeit der ständigen Überwachung (Gutachten, S. 13, I 183).
Dies wird bestätigt dadurch, dass der Kläger unstreitig im Jahre 2009 in die Pflegestufe II eingestuft war (vgl. die Angaben seines Vaters, I 105), nicht in die Stufe III. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI sind Pflegebedürftige der Pflegestufe II (Schwerpflegebedürftige) Personen, die bei der Körperpflege, der Ernährung oder der Mobilität mindestens dreimal täglich zu verschiedenen Tageszeiten der Hilfe bedürfen und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfen bei der hauswirtschaftlichen Versorgung benötigen, vgl. § 14 Abs. 4 SGB XI. Der Zeitaufwand, den ein Familienangehöriger oder eine andere nicht als Pflegekraft ausgebildete Pflegeperson für die erforderlichen Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt, liegt wöchentlich im Tagesdurchschnitt in der Pflegestufe II bei mindestens drei Stunden und - in Abgrenzung zur Pflegestufe III - höchstens fünf Stunden; wobei auf die Grundpflege mindestens zwei Stunden - höchstens vier Stunden - entfallen müssen, § 15 Abs. 3 Nr. 2 u. 3 SGB XI.
Auch aus den Darlegungen der Eltern des Klägers folgt, dass nicht unerhebliche Zeiten je Tag auf die Überwachung des Klägers bzw. eine nächtliche Rufbereitschaft entfielen. So hat sein Vater bei seiner Anhörung (I 101/103) auch ausgeführt, es habe jedenfalls immer jemand zu Hause sein müssen, sie hätten nie weggehen können. Sie hätten immer präsent sein müssen, sie hätten schon immer einen 24-Stunden-Job gehabt. S. habe immer etwas arbeiten und angeleitet werden wollen. Man habe immer ein Auge auf ihn haben müssen. Auch die Aufgaben, die sie hätten erledigen wollen, hätten sie nicht in dem Umfang erledigen können, wie wenn sie alleine gewesen wären. Es sei häufig vorgekommen, dass der Kläger abends zunächst eingeschlafen sei. Er sei zwischendurch eingeschlafen, dann aber immer wieder gekommen. Zeit-/nuancenweise hätten er und seine Frau im Jahre 2009 Schicht geschlafen. Der Kläger

sei teilweise dreimal, teilweise fünf- bis sechsmal je Nacht gekommen. Die Zeugin O. hat dies im Wesentlichen bestätigt (Sitzungsniederschrift vom 09.11.2011, S. 2, I 287-291). Im Februar/März habe es begonnen, schlimm zu werden. Ab04.2009 nach dem Probewohnen in St. - [13.04.-18.04.2009, vgl. K5, AH I, 105] - sei es ganz schlimm geworden. Der Kläger sei nachts drei bis sechsmal gekommen. Sie und ihr Mann hätten sich abgewechselt, damit sie jeder wenigstens 4-5 Stunden in der Nacht hätten Ruhe finden können. Es sei nicht so gewesen, dass man durchgehend neben dem Kläger am Bett habe sitzen müssen, sondern sie seien immer wieder geweckt worden. Nachdem er aus dem Krankenhaus in M. zurückgekommen sei [23.10.2009], habe er sich aufgrund der Medikamentierung wieder auf seinem Level vor diesem Extremzustand befunden. Er gehe um 21.00 Uhr ins Bett und stehe zwischen 4.00 Uhr und 6.00 Uhr morgens wieder auf. Auf diesem Normallevel schlafe der Kläger zunächst meist zwischen zwei und drei Stunden. Er wache dann ein- bis dreimal nachts auf und müsse dann ca. zehn bis dreißig Minuten betreut werden.

bbb) Unter Berücksichtigung dieser Angaben geht der Senat davon aus (§ 287 ZPO), dass sich der Kläger im Jahre 2009 innerhalb von ca. vier Monaten (Januar bis ca. 19.02.2009, sowie ab dem 23.10.2009) - der Senat schätzt gerundet 120 Tage - auf dem sog. Normallevel befand. Auf diesem Level beläuft sich die Nachtzeit des Klägers ausgehend von den plausiblen Angaben seiner Eltern auf durchschnittlich ca. 8 Stunden, in denen die Betreuungsperson sich durchschnittlich ca. eine Stunde aktiv mit ihm beschäftigen muss. Ca. 7 Stunden entfallen auf eine nächtliche Rufbereitschaft. Im restlichen02.bis Ende03.- gerundet 40 Tage - geht der Senat von einer nächtlichen Rufbereitschaft von sechs Stunden aus und in dem von den Eltern als „ganz schlimm“ geschilderten Zeitraum von04.2009 bis Anfang08.2009 [04.08.2009 Beginn des Aufenthaltes in M.] - gerundet 125 Tage - von einer nächtlichen Rufbereitschaft von 4 Stunden.

ccc) Der Senat hält es für angemessen, von den Zeiten der nächtlichen Rufbereitschaftschaft 25 % als pflegebedingten Mehraufwand in Ansatz zu bringen (vgl. OLG Zweibrücken, MedR 2009, 88 ff Tz. 68; NJW-RR 2008, 620 ff. Tz. 42). Er berücksichtigt dabei, dass es erfahrungsgemäß dem Betreuer nicht immer möglich sein wird, seinerseits wieder rasch in den Schlaf zu finden. Die auch bei einem gesunden Kind in größerem Umfang anfallenden Bereitschaftszeiten sind mit den Leistungen, die für den Kläger zu erbringen waren, nicht vergleichbar. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere die bei der Betreuung eines gesunden Kindes anfallenden Bereitschaftszeiten im Unterschied zu der wesentlich umfangreicheren Betreuung des Klägers eher den Mühewaltungen im Rahmen der elterlichen Zuwendung und Sorge zuzurechnen sind. Auch ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Kläger um einen Volljährigen handelt, für den ohne gesundheitliche Beeinträchtigung keine Bereitschaftszeiten mehr anfielen. Diese Art der Betreuung kann entgegen der Auffassung des Beklagten nicht mehr der - grundsätzlich nicht ersatzpflichtigen - vermehrten elterlichen Zuwendung zugerechnet werden. Zwar werden auch die Eltern eines nicht behinderten Kindes dies im Krankheitsfall nicht unbeaufsichtigt lassen und sich ihm während der - zeitweiligen - Hilfsbedürftigkeit verstärkt mit liebevoller Aufmerksamkeit widmen. Mit dieser Situation kann der im Falle des Klägers erforderliche Pflegeaufwand indes nicht gleichgesetzt werden. Muss wegen der Behinderung eines Kindes ständig - auch während der Nachtstunden - die Anwesenheit eines Elternteils gewährleistet sein, um bei Bedarf Hilfe zu leisten, hebt sich diese Betreuung weit aus dem selbstverständlichen originären Aufgabengebiet von Eltern heraus. Es handelt sich nicht mehr um eine den Eltern als nächsten Bezugspersonen zukommende individuelle und nicht austauschbare Zuwendung, sondern um eine Einsatzbereitschaft, die gemäß den Ausführungen des Sachverständigen einer ärztlichen Rufbereitschaft zu vergleichen ist, wie sie in Krankenhäusern und Pflegeheimen ausgeübt wird und auch im Falle des Klägers von einer fremden Pflegekraft ausgeübt werden könnte. Angesichts dessen ist der Vermögenswert des "Bereitschaftsdienstes" entgegen der Ansicht des Beklagten durchaus im Sinne eines "Marktwertes" objektivierbar und demgemäß auch ersatzpflichtig (OLG Zweibrücken GesR 2003, 389 f. Tz. 20; vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1407 ff. Tz. 53 ff.; a. A., allerdings unter Berücksichtigung dessen, dass der dortige Kläger - anders als hier - zuletzt 16 Jahre alt war: OLG Schleswig, GesR 2008, 162 f. Tz. 13).

Bei der Bemessung eines angemessenen Ausgleichs ist jedoch zu beachten, dass die betreuenden Eltern sich während der nächtlichen Bereitschaftszeiten nicht aktiv dem Kläger widmen. Im Übrigen ist das bloße „Füreinander-Da-Sein“, die Gegenwart der Eltern in der Nähe ihrer Kinder, z. B. um ihnen in den verschiedenen Situationen beizustehen, selbst dann teilweise Ausdruck unvertretbarer, elterlicher Aufwendung, wenn der dafür betriebene Aufwand insgesamt über dasjenige hinausgeht, was Gegenstand des ansonsten selbstverständlichen, originären Aufgabengebiets der Eltern ist. Der insoweit geltend gemachte Aufwand hat sich damit auch in der Vermögenssphäre nicht hinsichtlich der gesamten Zeit als geldwerter Verlustposten konkret niedergeschlagen. Der „Verlustposten“ der Eltern besteht in erheblichem Umfang darin, dass sie in ihrer Bewegungsfreiheit und Freizeitgestaltung eingeschränkt sind und dass während der Bereitschaft in einem gewissen, allerdings schon anderweitig berücksichtigten Umfang tatsächliche Pflegeleistungen erforderlich sind (OLG Zweibrücken, MedR 2009, 88 ff. Tz. 69; NJW-RR 2008, 620 ff. Tz. 42).

ddd) Danach sind, soweit sich der Kläger 120 Tage auf dem o.g. Normallevel befand, für die siebenstündige nächtliche Rufbereitschaft täglich 105 Minuten anzusetzen. Dies bedeutet einen täglichen Abzug von

315 Minuten, mithin 5 Stunden und 15 Minuten täglich. Für die zu berücksichtigenden 116 Tage (120 Tage abzüglich 4 Tage während Freizeiten, vgl. K5, AH I, 103/111) erfolgt danach ein Abzug von 609 Stunden (116 Tage x 315 Minuten).
Während des restlichen02.bis Ende03.- gerundet 40 Tage - sind bei einer nächtlichen Rufbereitschaft von sechs Stunden täglich 90 Minuten anzusetzen, mithin täglich 270 Minuten bzw. 4 ½ Stunden in Abzug zu bringen. Für die 31 Tage (40 Tage abzüglich 9 Tage Freizeit, vgl. K5, AH I, 103/105) beläuft sich der Abzug damit auf 140 Stunden.
In den weiteren 125 Tagen mit einer Rufbereitschaft von 4 Stunden ist täglich eine Stunde anzusetzen, sodass sich ein täglicher Abzug von 3 Stunden und ausgehend von 109 Tagen (125 Tage abzüglich 16 Tage Freizeit, vgl. K5, AH I, 103-107) ein solcher von 327 Stunden ergibt.
Insgesamt ergibt sich danach im Jahr 2009 für die Zeiten der nächtlichen Rufbereitschaft an insgesamt 256 Tagen ein Abzug von 1076 Stunden. Das Landgericht hat demgegenüber an diesen Tagen jeweils nur 2 Stunden, insgesamt 512 Stunden in Abzug gebracht, weshalb weitere 564 Stunden abzuziehen sind. Daraus ergibt sich ein Betrag in Höhe von 6.204,00 EUR (564 Stunden a 11,00 EUR). Der Senat weicht insoweit nicht von der Einschätzung des Sachverständigen ab. Vielmehr hat dieser selbst zutreffend ausdrücklich ausgeführt, dass es sich hinsichtlich der Wertung der Rufbereitschaft um eine Rechtsfrage handelt (Gutachten vom 03.03.2011, S. 15, I 187).
cc) Hinsichtlich der Betreuung des Klägers tagsüber hält der Senat einen weiteren Abzug von 260 Stunden a 11,00 EUR, entsprechend 2.860,00 EUR, für gerechtfertigt.
aaa) Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich aus den überzeugenden Ausführungen der Eltern des Klägers und des Sachverständigen jedenfalls für das hier streitige Jahr 2009 tagsüber das Erfordernis einer 1 : 1 Betreuung des Klägers ergibt, die es der jeweiligen Betreuungsperson lediglich in geringem Umfang ermöglichte, daneben zielführend anderen Tätigkeiten nachzugehen. Die Betreuungstätigkeit tagsüber kann hier nicht einer bloßen Bereitschaftsdienstzeit bzw. der nächtlichen Rufbereitschaft gleichgestellt werden. Vielmehr musste durchgängig eine aktive Überwachung des Klägers erfolgen, um Gefahren von ihm und Dritten abzuwenden (vgl. Anhörung des Sachverständigen, Sitzungsniederschrift vom 09.11.2011, S. 5, I 293). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beaufsichtigung und Förderung bei einem gesunden Kind im Gegensatz zum Kläger nach Eintritt der Volljährigkeit regelmäßig entbehrlich ist. Anderseits hat der Vater des Klägers auch dargelegt (Sitzungsniederschrift vom 07.12.2010, S. 3, I 103), sie hätten die Aufgaben, die sie erledigen wollten, nicht in dem Umfang erledigen können, wie sie es hätten machen können, wenn sie allein gewesen wären. Auch aus der oben dargelegten Ausführungen des Sachverständigen ergibt sich, dass es nicht vollständig unmöglich war, neben der Beaufsichtigung des Klägers tagsüber Tätigkeiten zu verrichten, die der Führung des Haushalts oder der eigenen Freizeitgestaltung im Hause zuzurechnen sind (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 90 f. Tz. 30).
bbb) Ausgehend von den Ausführungen oben unter 2 b)bb)bbb) hält der Senat für den Zeitraum von 116 Tagen unter Berücksichtigung dessen, dass der Kläger an der Mehrzahl dieser Tage nicht ganztags zu Hause war (vgl. den unstreitigen Klägervortrag, S. 4 der Klageschrift vom 05.7.2010, I 7) einen Abzug von 1 ½ Stunden (174 Stunden) für angemessen, für denjenigen von 31 Tagen einen solchen von 1 Stunde (31 Stunden) und für denjenigen von 109 Tagen einen solchen von ½ Stunde (55 Stunden), § 287 ZPO. Danach ergibt sich ein weiterer Abzug in Höhe von 2.860,00 EUR (260 Stunden a 11,00 EUR).
c) Soweit der Beklagte sich in der Berufung (Berufungsbegründung vom 11.09.2013, S. 6/7, II 29/31) gegen die Ausführungen des Landgerichts zu den geltend gemachten „besonderen Zeiten“ und Fahrtkosten wendet, hat die Berufung teilweise - in Höhe von weiteren 1.474,00 EUR - Erfolg.
Zu Recht greift die Berufung insoweit allerdings die Beweiswürdigung des Landgerichts bezüglich der Angaben der Eltern des Klägers nicht an. Auch der Senat hält sie aus den vom Landgericht dargelegten Gründen für überzeugend.
aa) Bei der Frage der Ersatzfähigkeit dieser Kosten sind nachstehende Grundsätze zu beachten (vgl. BGH, NJW 1991, 2340 ff. Tz. 6 ff.; BGH, NJW 1991, 2340 ff. Tz. 14 ff.; KG, Schaden-Praxis 2000, 378 f. Tz. 28; OLG Bremen, VersR 2001, 595 Tz. 17 ff.):
Das Recht der unerlaubten Handlung folgt dem Grundsatz, dass nur, wer in seinen durch die Haftungsnorm geschützten Interessen beeinträchtigt ist, und nur für die ihm selbst hieraus erwachsenden Schadensfolgen Ersatz verlangen kann. Für Vermögensnachteile, die nur "mittelbar" aus dem Eingriff in Schutzgüter eines anderen erwachsen, schuldet der Schädiger nur in den vom Gesetz zugelassenen Ausnahmefällen der §§ 844, 845 BGB Schadensersatz. Darüber hinaus entspricht es gefestigter Rechtsprechung aufgrund wertender Betrachtung, dass wegen ihrer engen Verbundenheit mit den Heilungskosten des Verletzten ausnahmsweise die Kosten für Besuche nächster Angehöriger am Krankenbett des Verletzten als dessen Gesundheitsschaden erstattungsfähig sein können. Allerdings bedarf es, weil - abgesehen von den im Gesetz ausnahmsweise auch Dritten gewährten Ansprüchen (§§ 844, 845 BGB) - der deliktische Ersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger grundsätzlich auf einen Ausgleich für dem Verletzten selbst entstandenen Schaden geht, für den Ersatzanspruch bei Aufwendungen der genannten Art der Abgrenzung gegenüber solchen Aufwendungen, die ausschließlich durch die Person des

Besuchers ihr entscheidendes Gepräge erhalten. Vor allem reicht allein eine vermögensmäßige Betroffenheit des Dritten nicht aus.
aaa) Es liegt auf der Hand, dass ein Ersatz von vornherein ausgeschlossen ist, wenn es um Besuche anderer Personen als naher Angehöriger geht, die aus gesellschaftlicher oder ähnlicher Verpflichtung den Verletzten besuchen. Der Ersatz auch solcher Aufwendungen aufgrund des Schadensereignisses liegt außerhalb des Schutzzwecks der Deliktsnorm.
bbb) Eine Begrenzung der Erstattungsfähigkeit von Kosten für Krankenbesuche besteht aber auch für Aufwendungen von Personen, die zum Kreis der "nahen Angehörigen" gehören. Stets muss auch hier beachtet werden, dass diese Kosten, weil sie den Verletzten nicht selbst wirtschaftlich belasten, wegen der genannten Begrenzung der Deliktshaftung nur aus besonderen Sachgründen ausnahmsweise dem Schädiger als Einbußen des Verletzten entgegengehalten werden können, damit nicht auf diesem Weg entgegen dem Gesetz ein Einfallstor für bloße Vermögensschäden von durch die unerlaubte Handlung nur "mittelbar" Betroffenen geöffnet wird. Die Rechtsprechung hat deshalb die Erstattungsfähigkeit stets auf den Kreis "nächster" Angehöriger und auf Besuche während des stationären Krankenhausaufenthalts des Verletzten beschränkt. Nur diese Aufwendungen können bei wertender Betrachtung als für die Gesundung des Verletzten nicht nur nützliche, sondern mit den Heilungskosten eng verbundene Kosten gegenüber dem Aufwand abgegrenzt werden, der den Angehörigen durch die Erkrankung des Verletzten rechtlich oder tatsächlich entsteht und der als Schaden nur "mittelbar" Betroffener nach deliktischen Grundsätzen nicht zu ersetzen ist.
ccc) Darüber hinaus können im Interesse einer sich am Gesetz orientierenden Abgrenzung auch die Besuchskosten nächster Angehöriger nur erstattungsfähig sein, wenn und soweit diese Besuche für die Gesundung des Patienten nach seiner Befindlichkeit medizinisch notwendig sind. Krankenbesuche aufgrund der engen persönlichen Verbundenheit ohne diese herausgehobene medizinische Notwendigkeit sind ungeachtet ihrer Erwünschtheit auch für das psychische und physische Befinden des Patienten selbst bei nächsten Angehörigen nicht erstattungsfähig.
ddd) Entsprechendes muss für die Höhe der Aufwendungen gelten, soweit sie über das Unvermeidbare hinausgehen. Die Ersatzpflicht hat sich auf die unvermeidbaren Kosten zu beschränken. Insoweit kann die Erstattungsfähigkeit sich nicht allein an dem allgemeinen Maßstab der §§ 249 ff. BGB orientieren; die Grenzen sind wegen der prinzipiellen Beschränkung des Deliktsrechts auf den "unmittelbar" Verletzten enger zu ziehen (BGH, NJW 1991, 2340 ff. Tz. 14-17).
eee) Zu den dem Verletzten nach §§ 823, 249 BGB zu ersetzenden Heilungskosten gehören danach auch die Aufwendungen, die dadurch entstehen, dass der Verletzte aus medizinischer Notwendigkeit von nahen Angehörigen im Krankenhaus besucht wird. So sind etwa der durch Krankenbesuche des Vaters oder des Ehepartners bedingte Verdienstausfall oder die für solche Besuche aufgewendeten Fahrtkosten zu ersetzen. Demgegenüber sind Aufwendungen an Zeit, die sich nicht konkret in der Vermögenssphäre niederschlagen, im Rahmen deliktischer Beziehungen nicht ersatzfähig (BGH, NJW 1989, 766 f. Tz. 6/10, jeweils m.w.N., vgl. zu Fahrtkosten auch: BGH, NJW 1991, 2340 ff. Tz. 19; OLG Hamm, GesR 2013, 730 ff. Tz. 33; OLG Schleswig, SchlHA 2012, 137 f. Tz. 22).
bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landgericht dem Kläger einen Betrag in Höhe von 1.474,00 EUR zu Unrecht zugesprochen.
aaa) Der zeitliche Aufwand für das unstreitige und von der Zeugin O. im Übrigen glaubhaft bestätigte Aufsuchen des Dr. M. (01.07.2009, 4 Stunden; 18.11.2009, 4 Stunden), des Fachkrankenhauses M. (20.07.2009, 6 Stunden; 04.08.2009, 14 Stunden; 23.10.2009, 15 Stunden), der Einrichtung der AWO in S. am 02.11.2009 (4 Stunden) und am 13.11.2009 (6 Stunden), der Einrichtung der Stiftung St. F. in H. am 05.11.2009 (8 Stunden), der Einrichtung in T. am 06.11.2009 (6 Stunden) und der Einrichtung S. am 10.12.2009 (8 Stunden) sind zu ersetzen. Daraus ergibt sich ein Betrag in Höhe von 825,00 EUR (75 Stunden x 11,00 EUR).
Insoweit begehrt der Kläger nicht Kosten für Besuche seiner Eltern während eines ambulanten oder stationären Arzt- bzw. Krankenhausaufenthaltes, sondern er verlangt Ersatz für Aufwendungen für seine pflegerische Betreuung während Fahrten zu den ihn behandelnden Ärzten/Krankenhäusern bzw. Einrichtungen, hinsichtlich derer seine Aufnahme in seiner Anwesenheit geprüft werden sollte. Diese Aufwendungen sind unter den oben genannten Voraussetzungen nach § 843 BGB als sein Mehrbedarf erstattungsfähig. Der Beklagte hat nicht bestritten, dass das Aufsuchen der Ärzte medizinisch erforderlich war. Dass der Kläger zu diesen Terminen gefahren werden musste, ist unstreitig und liegt auf der Hand. Nach den oben getroffenen Feststellungen hat der Senat keine Zweifel, dass er, soweit seine Beaufsichtigung und Betreuung nicht während stationärer Aufenthalte von der Einrichtung übernommen wurde, auch während Wartezeiten und Behandlungen einer lückenlosen Betreuung und Beaufsichtigung in der ihm fremden Umgebung bedurfte. Der Senat ist im Hinblick auf die glaubhaften Angaben der Eltern des Klägers und die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen (Gutachten vom 31.05.2011, S. 14, I 185) ferner davon überzeugt, dass eine Begleitung durch beide Elternteile im Hinblick auf das unberechenbare, unkontrollierte Verhalten des Klägers während der Fahrten erforderlich war. Hinsichtlich der Besuche von Einrichtungen, die für eine Aufnahme des Klägers in Betracht kamen, hält der Senat hier das Aufsuchen

von vier verschiedenen Einrichtungen zur Prüfung und näheren Auswahl für erforderlich und angemessen. Dass der Kläger, anders als ein nicht geschädigter Volljähriger, zu einer derartigen Prüfung und Auswahl der Einrichtungen allein nicht in der Lage war, ist unstreitig und liegt im Übrigen auf der Hand.
Die Fahrdienste sowie die Beaufsichtigung und Betreuung des Klägers während dieser Fahrten konnte in vergleichbarer Weise auch von einer fremden Hilfskraft übernommen werden, weshalb der Einsatz der Eltern des Klägers bei diesen Hilfeleistungen erstattungsfähig ist (vgl. BGH, NJW 1989, 766 f. Tz. 9).
bbb) Nicht ersatzfähig ist dagegen entgegen der Auffassung des Landgerichts der zeitliche Aufwand für die Besuche der Eltern des Klägers bei diesem während seines Aufenthaltes in M. (15.08.2009, 03.09.2009, 19.09.2009, 04.10.2009, 13.10.2009, 18.10.2009; insgesamt 130 Stunden) sowie für die Fahrt zur AWO S. ohne den Kläger am 21.10.2009 (4 Stunden), insgesamt mithin 1.474,00 EUR (134 Stunden x 11,00 EUR).
Denn der Kläger kann unter den vorliegend gegebenen Verhältnissen keinen Schadensersatz hinsichtlich des Zeitaufwandes seiner Eltern dafür beanspruchen, dass sie ihn während seines Krankenhausaufenthaltes besucht haben. Einerseits war hiermit unstreitig kein Verdienstausfall verbunden. Vielmehr haben sich die Eltern des Klägers ausschließlich in ihrer Freizeit im Krankenhaus aufgehalten. Auch auf anderem Wege ist dieser Einsatz seiner Eltern - dessen Förderlichkeit für die Gesundung des Klägers der Senat unterstellt, auch wenn der Entlassbericht des Krankenhauses vom 09.11.2009, S. 7 (AH I, 81, K3), worauf der Beklagte zu Recht hinweist, daran Zweifel weckt - als Vermögenseinbuße nicht hinreichend objektiviert. Der Kläger selbst - auch darauf weist der Beklagte zutreffend hin (I 41) - hat nicht geltend gemacht, dass seine Eltern während seines stationären Aufenthaltes im Krankenhaus Pflegeleistungen erbracht hätten, die andernfalls von fremden Pflegekräften zu erbringen und dementsprechend zu vergüten gewesen wären (BGH, NJW 1989, 966 f. Tz. 11; vgl. auch: BGH, NJW 1991, 2340 ff. Tz. 25). Auch bezüglich der Fahrt seiner Eltern zur AWO nach S. am 21.10.2009 sind hinreichende Anhaltspunkte für eine Vermögenseinbuße weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
cc) Hinsichtlich der Fahrtkosten hat der Beklagte dagegen den vom Kläger begehrten und vom Landgericht ausgeurteilten Betrag in Höhe von 1.737,60 EUR nach den obigen Grundsätzen zu ersetzen.
Den Zuspruch der Fahrtkosten zur und von der Werkstatt der Lebenshilfe greift der Beklagte mit der Berufung zu Recht nicht an.
Anders als die Berufung meint (II 31), sind hier aus den oben dargelegten Gründen auch die Fahrtkosten für die Besichtigung von Einrichtungen, hinsichtlich derer eine Aufnahme des Klägers geprüft werden sollte, ersatzfähig. Denn ohne die Schädigung des Klägers hätte es dieser Fahrten nicht bedurft.
Entgegen der Berufung hat der Kläger auch Anspruch auf Ersatz der Fahrtkosten für die Besuchstermine seiner Eltern während seines stationären Aufenthaltes im Fachkrankenhaus M.. Die Berufung weist zwar zutreffend darauf hin (II 29), dass der Sachverständige zur Frage der medizinischen Notwendigkeit der Besuche nicht Stellung genommen hat, sondern sich seine Ausführungen auf die Notwendigkeit einer Begleitung während der Fahrten (vgl. Gutachten vom 31.05.2011, S. 14, I 185) beschränken. Diese Frage bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen, die auch für den Arzthaftungsprozess gelten, trägt der Schädiger das Prognoserisiko (vgl. BGH, NJW 1985, 793 ff. Tz. 10; KG, Urteil vom 06.09.2010 - 20 U 221/08 Tz. 10; OLG Hamm, Urteil vom 07.10.2009 - 3 U 275/07 Tz. 36; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 249 Rn. 13 m.w.N.). Die Zeugin O. hat glaubhaft ausgesagt (Sitzungsniederschrift vom 28.05.2013, S. 3, I 579), die Ärzte des Krankenhauses hätten ihr und ihrem Mann empfohlen, den Kläger in einem entsprechenden Rhythmus zu besuchen. Diese für ihn günstige Aussage hat sich der Kläger jedenfalls hilfsweise konkludent zu eigen gemacht (vgl. BGH, Beschluss vom 01.07.2014 - VI ZR 243/10, Tz. 8; Beschluss vom 14.01.2014 - VI ZR 340/13, Tz. 11; Beschluss vom 04.12.2012 - VI ZR 320/11, Tz. 4; NJW-RR 2010, 495, Tz. 5). Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich die Eltern des Klägers auf diesen fachlichen Rat nicht hätten verlassen dürfen oder er auf einer Fehlinformation ihrerseits beruhte, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Eltern durften im Hinblick auf diese Empfehlung vielmehr die entsprechenden Vermögensdispositionen treffen.
Die in Ansatz gebrachten Kilometer sowie die Höhe der Kilometerpauschale mit 0,30 EUR je Kilometer sind zwischen den Parteien außer Streit.
d) Die Verurteilung zum Ersatz der Eigenanteile des Klägers in Höhe von 1.365,93 EUR greift die Berufung zu Recht nicht an.
e) Änderungen hinsichtlich des Anspruchs des Klägers auf Ersatz seiner weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergeben sich nicht.
Zwar hat die Berufung in Höhe von 10.538,00 EUR Erfolg und war damit auch der vorgerichtlich geltend gemachte Schadensersatzanspruch des Klägers insoweit unbegründet. Ausgehend von der vorgerichtlich vor den Zahlungen des Beklagten geltend gemachten Forderung in Höhe von 64.682,63 EUR ergibt sich jedoch kein Gebührensprung gemäß der Anl. 2 zu § 13 Abs. 1 S. 3 RVG.
Der Zinsanspruch folgt insoweit im Hinblick auf die Klagezustellung am 14.07.2010 (I 29) aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Dabei ist die Verzinsung entgegen dem landgerichtlichen Urteil erst ab dem 15.07.2010

auszusprechen, denn die Zinspflicht beginnt wegen § 187 Abs. 1 BGB erst mit dem Folgetag der Rechtshängigkeit (Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 291 Rn. 6).
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

80. OLG Köln, Urteil vom 13.08.2014 – I-5 U 104/13, 5 U 104/13 – * Arzthaftung: Übernahmeverschulden des behandelnden Arztes; haftungsbegründende Kausalität; Aufklärung im Zusammenhang mit einer ambulanten Implantatbehandlung

Leitsatz

1. Es stellt keinen Behandlungsfehler in Form eines Übernahmeverschuldens dar, wenn ein niedergelassener Zahnarzt mit dem Schwerpunkt Implantologie einen vier- bis fünfstündigen Eingriff in Lokalanästhesie durchführt, bei dem neun Implantate in den Oberkiefer eingesetzt werden sollen, sofern keine Umstände vorliegen, die eine stationäre Behandlung zwingend gebieten.
2. Ein anästhesiologisches "Stand-by" ist bei Patienten der Risikostufe 1 (nach der Klassifikation der American Society of Anesthesiologists) bei einem solchen Eingriff nicht geboten.
3. Über das äußerst seltene Risiko, einen Schlaganfall während der Implantatbehandlung zu erleiden, muss der Implantologe nicht aufklären.

Orientierungssatz

1. Da für einen in der Implantologie erfahrenen Zahnarzt ein geplanter Eingriff mit neun Implantaten in Verbindung mit Bone Splitting und augmentativen Maßnahmen in Lokalanästhesie keine ungewöhnliche Herausforderung darstellt, so dass unter der Annahme, dass bei dem Patienten keine Vorerkrankungen vorgelegen haben, keine Indikation für die Durchführung des Eingriffs unter stationären Bedingungen bestanden, besteht auf Seiten des Zahnarztes kein Übernahmeverschulden.
2. Im Rahmen der Anamnese darf der Zahnarzt auf die Versicherung des Patienten, eines ärztlichen Kollegen, vertrauen, seine Werte seien in Ordnung.
3. Kann keinesfalls von einem groben Behandlungsfehler gesprochen werden, muss der Patient den Vollbeweis der Kausalität führen. Dieser ist vorliegend nicht geführt, da er nicht nachweisen kann, dass eine erlittene intracranielle Blutung auf den Eingriff zurückzuführen ist.
4. Ein gesunder Patient ohne Vorerkrankungen muss nicht über das Risiko eines während der Implantatbehandlung auftretenden Schlaganfalls aufgeklärt werden.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 16.07.2013 - 3 O 569/06 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger 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.
Der am xx.xx.1946 geborene Kläger, von Beruf Urologe, erlitt am 26.09.2003 während einer zahnärztlichen Implantatbehandlung in der Praxis des zunächst verklagten und inzwischen verstorbenen Beklagten zu 1) (im Folgenden: Erblasser) eine ausgedehnte rechtsseitige Stammganglienblutung. Mit der auf Aufklärungs- und Behandlungsfehler gestützten Klage verlangt der Kläger von den Erben des Erblassers, den Beklagten zu 1) bis 3), die Zahlung von Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden.
Der Kläger wandte sich im Jahr 2003 an den Erblasser, der ihm durch einen Bekannten als ein auf dem Gebiet der Implantologie spezialisierter Zahnarzt empfohlen worden war, mit dem Wunsch auf eine Implantatversorgung im Bereich des Oberkiefers. Nachdem der Kläger Röntgenbilder übersandt hatte, sagte der Erblasser zu, eine Versorgung mit Zahnimplantaten in seiner Praxis durchführen zu können. Es sollten eine Augmentation mit dem Knochenersatzmaterial "Bio-Oss" durchgeführt und insgesamt neun Implantate im Oberkiefer gesetzt werden. Der Kläger fuhr am Tag vor dem Behandlungstermin in das von seinem Wohnort etwa 450 km entfernt gelegene Oberkochen, wo der Erblasser seine Zahnarztpraxis betrieb. In der Praxis angekommen wurden zunächst Röntgenaufnahmen angefertigt und eine Paradontosebehandlung durchgeführt. Ob der Kläger an diesem Abend oder erst am nachfolgenden Morgen durch die Zahnarzthelferin E über die Risiken des Eingriff aufgeklärt wurde, ist zwischen den Parteien streitig.
Der Kläger erhielt zu Beginn der Implantatbehandlung am 26.09.2003 gegen 9.00 Uhr zwei Tabletten Dormicum zur Sedierung. Nach Verabreichung von Infiltrationsanästhesien mit Ultracain DS Forte, einem

Lokalanästhetikum, welches u.a. auch den Wirkstoff Adrenalin enthält, begann die zahnärztliche Behandlung. Da der Kläger im Laufe der Behandlung sehr blass wurde und schwitzte, rief der Erblasser den Beklagten zu 4) telefonisch herbei, der im Ort als Internist niedergelassen war. Der Beklagte zu 4) erschien gegen 11.10 Uhr in der Praxis und untersuchte den Kläger. Er stellte einen Blutdruck von 110/80 und einen Puls von 72 fest und verabreichte eine Infusion mit Glucose. Gegen 12.00 Uhr erschien der Beklagte zu 4) ein zweites Mal in der Praxis des Erblassers. Der Beklagte zu 4) maß erneut den Blutdruck und erteilte dem Erblasser den Rat, die Behandlung zu beenden. Zu einem zwischen den Parteien streitigen Zeitpunkt wurde die Behandlung abgebrochen und eine Wundversorgung durchgeführt. Der Kläger verblieb im Behandlungsraum, um das Schlafmittel Dormicum auswirken zu lassen. Zwischen den Parteien ist im Weiteren streitig, in welchem Zustand sich der Kläger in den Stunden der zahnärztlichen Behandlung und während der Untersuchung durch den Beklagten zu 4) befand und welche Symptome erkennbar waren oder vom Kläger geschildert wurden.
Gegen 16.15 Uhr wurde nach Rücksprache mit dem Beklagten zu 4) der Notarzt gerufen. Der Kläger wurde in das P-Klinikum in B gebracht, wo eine ausgedehnte rechtsseitige Stammganglienblutung mit Hemiplegie links und ein hirnorganisches Psychosyndrom diagnostiziert wurde. Der Kläger wurde nach etwa zweieinhalbwöchigem Krankenhausaufenthalt in eine Rehabilitationsklinik nach L verlegt, wo er bis zum 31.01.2004 stationär behandelt wurde. Seitdem befindet er sich in ambulanter Behandlung. Er ist zu 100 Prozent schwerbehindert und arbeitsunfähig. Zum 01.05.2005 musste er seine Praxis veräußern. Er klagt unter anderem über ständige Schmerzen auf der linken Köperseite und über Depressionen.
Der Kläger hat behauptet, der Schlaganfall sei durch eine fehlerhaft durchgeführte Lokalanästhesie ausgelöst worden. Er habe bei Verabreichung der Spritze einen heftigen und unerträglichen Schmerz in der rechten Gehirnhälfte verspürt. Der Kläger hat dem Erblasser ferner vorgeworfen, auf die Anzeichen eines Schlaganfalles nicht adäquat reagiert zu haben. Auf seine nach Verspüren des starken Kopfschmerzes geäußerte Bitte, den Eingriff zu beenden, habe der Erblasser nicht reagiert. Der Zeugin N, seiner damaligen Lebensgefährtin und jetzigen Ehefrau, sei aufgefallen, dass sein linkes Bein und der linke Arm gelähmt gewesen seien, weil diese vom Operationstisch gefallen seien. Auch auf die Bitte der Zeugin N, einen Ambulanzwagen zu rufen, habe der Erblasser lediglich geäußert, die Beeinträchtigungen des Klägers beruhten auf dem Einsatz des Schlafmittels. Selbst nachdem der Kläger blass bis blaugrün und kaltschweißig gewesen sei und der Beklagte zu 4) ein weiteres Mal erschienen sei, sei bis auf das Anlegen einer weiteren Glucose-Infusion nichts weiter veranlasst worden. Der Erblasser habe den Eingriff nach einer Mittagspause am Nachmittag sogar fortsetzen wollen. Der Kläger hat dem Erblasser ferner vorgeworfen, er habe die Behandlung unter Berücksichtigung seiner Anamnese nicht unter ambulanten Bedingungen durchführen dürfen. Den Erblasser habe insoweit ein Übernahmeverschulden getroffen. Hierzu hat der Kläger zunächst vorgetragen, er habe unter Diabetes mellitus gelitten und es habe ein Nikotin- und Alkoholabusus vorgelegen. Später hat der Kläger behauptet, seit Herbst 2002 Nichtraucher gewesen zu sein und Alkohol in Maßen getrunken zu haben. Auch eine Erkrankung an Diabetes hat der Kläger in Abrede gestellt. Seine Blutwerte seien regelmäßig im Rahmen der Normwerte gewesen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Behandlung durch den Erblassers sei grob fehlerhaft gewesen. Darüber hinaus hat der Kläger dem Erblasser Aufklärungsfehler vorgeworfen. Er sei über spezifische Eingriffsrisiken nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Der Eingriff sei daher rechtswidrig gewesen.
Dem Beklagten zu 4) hat der Kläger die Nichterhebung notwendiger Kontrollbefunde vorgeworfen.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld aus der grob fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung am 26.09.2003 zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 300.000,- EUR nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich jedoch mit 7 % Zinsen - seit dem 01.01.2004;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn aus der grob fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung vom 26.09.2003 744.512,19 EUR nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich jedoch mit 7 % Zinsen - aus 139.800,00 EUR seit dem 16.11.2004, aus 2.040,44 EUR seit dem 02.08.2004, aus 1.864,75 EUR seit dem 01.12.2004 sowie aus den verbleibenden 600.807,00 EUR seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche künftigen immateriellen sowie alle weiteren vergangenen und alle künftigen materiellen Schäden, die ihm aus der fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung vom 26.09.2003 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Erblasser hat behauptet, er habe auf die vor Durchführung einer solchen Behandlung ansonsten übliche Blutuntersuchung deshalb verzichtet, weil der Kläger ihm versichert habe, er sei "kerngesund". Da der Kläger sehr blass gewesen sei, habe er seinen Blutdruck gemessen, der bei 155/97 gelegen habe. Der Puls habe 58 betragen. Nachdem der herbeigerufene Beklagte zu 2) eine Infusion gelegt habe, sei

es dem Kläger deutlich besser gegangen. Auch nach der zweiten Infusion habe der Kläger geäußert, es gehe ihm gut. Nachdem die Kreislaufschwäche ein zweites Mal aufgetreten sei, habe er sich für den Abbruch des Eingriffs entschieden und lediglich die Wundversorgung durchgeführt.
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. 759 ff d.A.) Bezug genommen.
Das Landgericht Köln hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen N, T, E, M und H sowie durch Einholung eines zahnärztlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. X (schriftliches Gutachten vom 30.11.2008, Bl. 258 ff. d.A., schriftlich ergänzt am 30.09.2011, Bl. 558 ff, mündliche Anhörung des Sachverständigen am 11.06.2013, Bl. 754 d.A.), durch Einholung eines allgemeinmedizinischen Gutachtens des Sachverständigen Dr. C (schriftliches Gutachten vom 01.06.2010, Bl. 332 ff d.A.; schriftlich ergänzt am 31.01.2011, Bl. 440 ff d.A. und am 27.07.2011, Bl. 513 ff d.A., mündliche Anhörung des Sachverständigen am 11.06.2013, Bl. 755 d.A.) und durch Einholung eines neurologischen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. T2 (schriftliches Gutachten vom 18.04.2012, Bl. 632 ff d.A., mündliche Anhörung des Sachverständigen am 11.06.2013, Bl. 756 d.A.). Anschließend hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagten den Kläger fehlerhaft behandelt und hierdurch die gesundheitliche Schädigung des Klägers herbeigeführt hätten. Insbesondere sei nicht nachgewiesen, dass die schweren Folgen der Stammganglienblutung durch eine frühzeitigere Benachrichtigung des Notarztes und stationäre Behandlung des Klägers vermieden worden wären. Den Erblasser treffe kein Übernahmeverschulden, denn nach den Ausführungen des Gerichtssachverständigen Dr. X sei der geplante Eingriff keine außergewöhnliche Herausforderung für einen auf dem Gebiet der Implantologie spezialisierten Zahnarzt gewesen. Dies gelte vor dem Hintergrund, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und Würdigung des klägerischen Prozessvortrages nicht davon ausgegangen werden könne, dass beim Kläger Risikofaktoren wie Diabetes, Bluthochdruck sowie Alkohol- und Nikotinabusus vorgelegen hätten. Soweit der Sachverständige Dr. C angenommen habe, beim Kläger habe ein Hinweis auf Diabetes mellitus vorgelegen und die Cholesterinwerte seien hochpathologisch gewesen, sei dies für den Erblasser jedenfalls nicht erkennbar gewesen und er habe sich auf die Versicherung des selbst als Arzt tätigen Klägers, es sei alles in Ordnung, verlassen dürfen. Soweit der durch den Kläger beauftragte Gutachter Prof. Dr. A die Auffassung vertreten habe, ein mit Dauer von über vier Stunden geplanter zahnchirurgischer Eingriff sei medizinisch kontraindiziert, könne dieser Stellungnahme kein höheres Gewicht beigemessen werden, als den Ausführungen des Gerichtssachverständigen Dr. X. Nach dessen Angaben sei ein chirurgischer Eingriff in Lokalanästhesie mit einer Dauer von 4 Stunden für einen niedergelassenen Zahnarzt eher die Regel als Ausnahme. Auch ein anästhesiologisches Standby habe der Sachverständige für nicht erforderlich gehalten. Soweit der Kläger dem Erblasser das fehlerhafte Setzen einer Injektion vorgeworfen habe, begründe dies keinen Schadensersatzanspruch. Die mechanische Verletzung kleinerer Arterien, die zu diffusen Blutungen im umliegenden Gewebe und zu einem Tuberhämatom von erheblichem Ausmaß führen könne, sei zwar lästig, könne aber nicht als schwerwiegend bezeichnet werden. Die mögliche Verabreichung einer Injektion in ein Gefäß sei eine typische Komplikation und stelle keinen Behandlungsfehler dar. Ohne Erfolg berufe sich der Kläger darauf, dass die Verabreichung von Anästhetika zu Gesundheitsschäden geführt hätte. Keines der verabreichten Mittel (Dormicum, Ultracain DS forte, Bupivacain) sei geeignet gewesen, die intracranielle Blutung hervorzurufen. Hinsichtlich des Schlafmittels Dormicum sei ein Ursachenzusammenhang nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. C ausgeschlossen. Eine Überdosierung des Lokalanästhetikums sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen, da die damit üblicherweise verbundenen Symptome nicht aufgetreten seien. Das Lokalanästhetikum Ultracain DS forte könne zwar zu sehr kurzen extremen Blutdruckspitzen führen. Diese Blutdruckspitzen würden von gesunden Patienten jedoch üblicherweise gut toleriert und könnten nur bei Patienten mit Risikoprofil zu einer intracraniellen Blutung führen. Ein solches Risikoprofil habe beim Kläger jedoch nicht vorgelegen. Es sei daher davon auszugehen, dass die intracranielle Blutung spontan und nicht im Zusammenhang mit dem Eingriff aufgetreten sei. Die eingetretene Stammganglienblutung stelle sich als schicksalhaftes Ereignis dar. Dem Erblasser könne schließlich auch kein fehlerhafter Umgang mit der kritischen Situation während des Eingriffs vorgeworfen werden. Die intracranielle Blutung sei nicht erkennbar gewesen. Weder seien Kopfschmerzen noch neurologische Symptome plötzlich aufgetreten, noch habe eine Bewusstseinseintrübung beim Kläger vorgelegen. Der Erblasser habe richtig gehandelt, als er sofort den Beklagten zu 4) gerufen habe, nachdem beim Kläger Gesichtsblässe auftrat und der Blutdruck angestiegen war. Die Fortsetzung des Eingriffs sei im Hinblick auf die Erklärung des Klägers, er fühle sich wohl, nicht zu beanstanden gewesen. Auch das weitere Vorgehen sei nicht zu beanstanden. Es sei nicht davon auszugehen, dass - wie in der Behandlungsdokumentation vermerkt - nach der zweiten Untersuchung durch den Beklagten zu 4) die Behandlung fortgesetzt worden sei. Die Kammer folge nicht den Angaben in der Dokumentation, sondern der Aussage der Zeugin E und den Angaben des Beklagten zu 4). Danach habe der Erblasser lediglich die Wundflächen vernäht, die eigentliche Behandlung aber nicht fortgesetzt, was sich angesichts der wiederholten Kreislaufinstabilität auch nicht mehr als

verantwortbar dargestellt hätte. Der Kläger könne seine Ansprüche auch nicht auf Aufklärungsfehler stützen. Der Erblasser sei nicht verpflichtet gewesen, über das Risiko eines Schlaganfalles aufzuklären. Die aufgetretene Stammganglienblutung gehöre nicht zu den typischen Risiken eines Implantateingriffs. Die Häufigkeit schwerwiegender Komplikationen liege bei 1 zu 1 Million. Angesichts dieses äußerst geringen Risikos habe eine Aufklärungspflicht nicht bestanden. Vorerkrankungen des Klägers, die möglicherweise eine differenziertere Aufklärung erfordert hätten, seien in der Anamnese verneint worden und hierfür hätten sich auch in der Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte gezeigt. Der Erblasser habe davon ausgehen dürfen, dass der Kläger seine gesundheitliche Situation vollständig und richtig darstellt. Im Übrigen ergebe sich aber auch aus dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen, dass über sonstige mögliche Risiken der geplanten Behandlung aufgeklärt worden sei. Der Vorwurf einer nicht rechtzeitigen Aufklärung sei durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden. Die Zeugin E habe ausgesagt, dass der Aufklärungsbogen am Abend des 25.09.2003 in ihrer Anwesenheit ausgefüllt worden sei. Ansprüche gegen den Beklagten zu 4) bestünden ebenfalls nicht, denn eine Nichterhebung von Kontrollbefunden sei ihm nicht anzulasten.
Schließlich fehle es selbst bei unterstellten Behandlungsfehlern der Beklagten an der erforderlichen Kausalität. Der Sachverständige Prof. Dr. T2 habe ausgeführt, dass die Erkrankung des Klägers mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit genau so verlaufen wäre, wenn er eine, drei oder fünf Stunden früher in die Schlaganfalleinheit der P-Klinik B eingewiesen worden wäre. Bei einer Stammganglienblutung würden nur im Ausnahmefall, der hier nicht vorgelegen habe, operative Maßnahmen ergriffen. In allen übrigen Fällen könne nur stabilisiert und rehabilitiert werden.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Mit der Berufung, die der Kläger nach Berufungsrücknahme gegenüber dem Beklagten zu 4) und nach zwischenzeitlichem Versterben des Erblassers jetzt gegen seine Erben richtet, verfolgt er seine erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Er stützt seine Ansprüche weiterhin auf Behandlungs- und Aufklärungsfehler. In Bezug auf Behandlungsfehler macht er jedoch keine während des Eingriffs stattgefundenen Behandlungsfehler, sondern nur noch geltend, der Erblasser habe die Behandlung nicht unter ambulanten Bedingungen durchführen dürfen. Soweit das Landgericht ein entsprechendes Übernahmeverschulden verneint habe, habe es sich - so der Kläger - nicht hinreichend mit den Ausführungen von Prof. Dr. A auseinandergesetzt. Mit seinen gegen die Person des Prof. Dr. A gerichteten Ausführungen habe der Gerichtssachverständige Dr. X den Boden der Objektivität verlassen. Der Kläger beantragt die Einholung eines Obergutachtens und regt an, einen Universitätsprofessor mit der Begutachtung zu beauftragen. In Bezug auf den Vorwurf eines Aufklärungsfehlers sei die Frage, ob ein Schlaganfall zu den typischen Risiken des hier geplanten Eingriffs zähle, nicht hinreichend beantwortet worden. Die Sachverständigen Dr. X und Dr. C hätten hierzu nur nichtsagende und ganz allgemein gehaltene Ausführungen gemacht. Das Landgericht habe die Ursache des Schlaganfalls weiter aufklären müssen. Wahrscheinlich sei, dass eine Injektionsnadel intraarteriell gesetzt worden sei, was dazu geführt habe, dass das im Medikament Ultracain enthaltene Adrenalin unmittelbar in das Gehirn gelangt sei und zu einem Schlaganfall geführt habe. Dies hätte durch eine sog. Aspirationskontrolle verhindert werden können. Eine solche Fehlinjektion könne grundsätzlich immer vorkommen und sei geeignet wegen des kurzfristigen Bluthochdrucks eine Gehirnblutung herbeizuführen. Das Risiko, einen Schlaganfall zu erleiden, sei zwar äußerst selten, sei aber wegen der außerordentlich schweren Folgen aufklärungspflichtig. Der Erblasser habe auch den Beweis rechtzeitiger Aufklärung nicht geführt. Selbst wenn das Aufklärungsgespräch schon am Abend vor dem Eingriff stattgefunden habe, sei dies bei einem derart schweren Eingriff mit neun Implantaten verspätet gewesen. Er sei als Urologe auch nicht "voraufgeklärt" gewesen. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre er in einen Entscheidungskonflikt geraten. Er hätte sich eine Zweitmeinung eingeholt und den Eingriff ggf. nicht unter ambulanten Bedingungen durchgeführt.
Der Kläger beantragt,
1. die Beklagten zu 1) bis 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld aus der grob fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung am 26.09.2003 zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 300.000,- EUR nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich jedoch mit 7 % Zinsen - seit dem 01.01.2004;
2. die Beklagten zu 1) bis 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn aus der grob fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung vom 26.09.2003 744.512,19 EUR nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich jedoch mit 7 % Zinsen - aus 139.8000,00 EUR seit dem 16.11.2004, aus 2.040,44 EUR seit dem 02.08.2004, aus 1.864,75 EUR seit dem 01.12.2004 sowie aus den verbleibenden 600.807,00 EUR seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) bis 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche künftigen immateriellen sowie alle weiteren vergangenen und alle künftigen materiellen Schäden, die ihm

aus der fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung vom 26.09.2003 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten zu 1) bis 3) verteidigen die angefochtene Entscheidung und treten dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen. Sie weisen darauf hin, dass selbst bei unterstelltem Übernahmeverschulden Zeitpunkt und Ursache des Schlaganfalls nicht feststünden. Kausalitätszweifel müssten zulasten des Klägers gehen, denn ein Fall der Beweislastumkehr liege nicht vor. Gleiches gelte für die Aufklärungsrüge. Es sei gerichtsbekannt und durch die Sachverständigen bestätigt, dass intracranielle Blutungen spontan auftreten könnten. Vorliegend habe sich mit 1:1 Million ein äußerst seltenes Risiko verwirklich, über das nicht habe aufgeklärt werden müssen. Der Beklagte rügt den Vortrag zum Entscheidungskonflikt als verspätet.
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.
Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Erblasser sind weder Behandlungs- noch Aufklärungsfehler vorzuwerfen. Ein Schadensersatzanspruch scheitert darüber hinaus an dem fehlenden Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität.
1. Behandlungsfehler
Ein Behandlungsfehler ist nicht deshalb begründet, weil der Erblasser den mit neun Implantaten geplanten, umfangreichen Eingriff unter ambulanten Bedingungen durchgeführt hat. Ein Behandlungsfehler ist zwar unter dem Gesichtspunkt des Übernahmeverschuldens denkbar, wenn der Arzt vor Durchführung der Behandlung oder des Eingriffs hätte erkennen müssen, dass die Behandlung die Grenzen seines Fachbereichs, seiner persönlichen Fähigkeiten oder der ihm zur Verfügung stehenden technisch-apparativen Ausstattung überschreitet und/oder er durch die vorgesehene Behandlung möglicherweise überfordert ist. Der behandelnde Arzt ist zudem zur Überweisung an ein spezialisiertes Krankenhaus verpflichtet, wenn ein Eingriff nur dort ohne bzw. mit erheblich vermindertem Komplikationsrisiko vorgenommen werden kann (Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, B 107). Es ist nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich, dass der Erblasser, der vor dem streitgegenständlichen Eingriff bereits seit vielen Jahren als niedergelassener Zahnarzt auf dem Gebiet der Implantologie tätig war, mit der Durchführung des Eingriffs fachlich überfordert war oder es an einer zureichenden technischen Ausstattung in seiner Praxis fehlte. Es ist auch nicht erwiesen, dass der Eingriff aufgrund seines Umfangs generell nicht unter ambulanten Bedingungen hätte durchgeführt werden dürfen. Der durch den Kläger beauftragte Privatgutachter Prof. Dr. A hat hierzu zwar ausgeführt, ein zahnärztlicher Eingriff in Lokalanästhesie von 4 bis 5 Stunden sei medizinisch nicht indiziert. Der geplante Eingriff habe unter ambulanten Bedingungen nicht schmerz- und stressfrei durchgeführt werden können. Es sei bereits vor dem Eingriff klar gewesen, dass Grenzdosen für das Lokalanästhetikum erreicht bzw. überschritten werden würden. Zudem habe die Gefahr einer intravasalen Applikation bestanden. Es sei aus anästhesiologischer Sicht ein intravenöser Zugang sowie ein Kreislaufmonitoring zu fordern gewesen. Patienten würden sich während eines solchen Eingriffs in einer psychischen Ausnahmesituation befinden, die zu Kreislaufdysregulationen führen könnten. Nur durch ein Monitoring könnten pathologische Werte diagnostiziert und Patienten vor Komplikationen bewahrt werden (vgl. Stellungnahme vom 03.03.2011, Bl. 499 f d.A.). Eine Lokalanästhesie sei bei einem mehrstündigen chirurgischen Eingriff kontraindiziert, hier sei eine Allgemeinnarkose in Erwägung zu ziehen (Stellungnahme vom 27.12.2011, Bl. 606 f d.A.). Bei Risikopatienten sei zumindest ein anästhesiologisches Standby notwendig.
Den Ausführungen des Privatgutachters ist der Gerichtssachverständige Dr. X jedoch überzeugend entgegengetreten. Der Sachverständige, der auf dem Gebiet der Implantologie als niedergelassener Zahnarzt tätig ist und als solcher über langjährige Erfahrung verfügt, hat nachvollziehbar erläutert, die zahnärztliche Implantologie sei vor mehr als 30 Jahren ausschließlich in zahnärztlichen Praxen ausgeführt worden. Selbst größere Eingriffe seien routinemäßig ambulant und unter lokaler Leitungsanästhesie durchgeführt worden. Daran habe sich grundsätzlich nichts geändert, auch wenn inzwischen umfangreichere Eingriffe häufig auch in Kliniken durchgeführt würden. Für einen in der Implantologie erfahrenen Zahnarzt habe der geplante Eingriff mit neun Implantaten in Verbindung mit bonesplitting und augmentativen Maßnahmen in Lokalanästhesie keine ungewöhnliche Herausforderung dargestellt. Unter der Annahme, dass bei dem Kläger keine Vorerkrankungen vorgelegen hätten, habe keine Indikation für die Durchführung des Eingriffs unter stationären Bedingungen bestanden (Seite 10 und 11 des Gutachtens vom 30.11.2008, Bl. 267 f d.A.).
Der Senat hat an der Sachkunde des Sachverständigen Dr. X, der ihm aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist, keine Zweifel. Die Einholung eines Obergutachtens war trotz der teilweise divergierenden Aussagen von Dr. X und Prof. Dr. A zu der Frage der ambulanten Durchführbarkeit des Eingriffs nicht

geboten. Das Gutachten des Sachverständigen Dr. X beschreibt den medizinischen Standard aus der Sicht des niedergelassenen Zahnarztes, wie es der Erblasser seinerzeit war. Die davon abweichende Beurteilung von Prof. Dr. A ist vor dem Hintergrund seiner Tätigkeit als in einem Universitätsklinikum arbeitenden Mediziners zu verstehen. Der Gutachter argumentiert aus seiner beruflichen Erfahrung in einem medizinischen Großkrankenhaus heraus, ohne indes überzeugend zu begründen, aus welchen konkreten, medizinischen Gründen eine ambulante Behandlung nicht hätte durchgeführt werden können. Eine zahnärztliche Richtlinie, die seine Auffassung stützen würde, nennt Prof. Dr. A nicht. Soweit er die Klassifizierung der Patienten nach ASA (American Society of Anesthesiologist) heranzieht und meint, der Kläger sei zumindest in die Gruppe ASA 2 einzuordnen, bei der nur unter bestimmtem Vorsichtsmaßnahmen ambulant behandelt werden dürfe, übersieht er, dass es bei der Frage nach einem etwaigen Übernahmeverschulden nicht auf die Frage ankommt, ob der Kläger aus heutiger Sicht möglicherweise Vorerkrankungen aufwies und daher möglicherweise der Gruppe ASA 2 zugehörig war, sondern ob der Erblasser aufgrund der vor dem Eingriff erhobenen Anamnese oder aufgrund sonstiger Erkenntnisse davon ausgehen konnte, dass der Kläger an Vorerkrankungen litt und daher in ein Krankenhaus zu überweisen war. Dass im Falle von Vorerkrankungen der Kläger nicht ambulant hätte behandelt werden dürfen, sieht der Sachverständige Dr. X in gleicher Weise (vgl. Seite 11 des Gutachtens vom 30.11.2008, Bl. 268 d.A.), insoweit widersprechen sich die Gutachten nicht. Vorliegend ist nicht vorgetragen oder steht aufgrund unstreitiger Umstände fest, dass der Erblasser von Vorerkrankungen des Klägers wusste oder von diesen hätte wissen müssen, welche einer ambulanten Behandlung entgegen standen. Der Kläger hat im Rahmen der Anamneseerhebung auf Nachfrage keinerlei Vorerkrankungen, insbesondere keine Herz-Kreislauf-Erkrankungen oder Diabetes angegeben (vgl. Anamnesebogen, Bl. 31 des orangefarbigen Anlagenbandes und Seite 4 der "Dokumentierte Patientenaufklärung", Bl. 33 RS des orangefarbigen Anlagenbandes). Auf diese Angaben durfte der Erblasser vertrauen. Einer vorherigen Blutuntersuchung, wie sie der Erblasser ansonsten vor größeren Eingriffen routinemäßig angeordnet hatte, bedurfte es nicht, da der Kläger versichert hatte, dass seine Werte in Ordnung seien. Auch auf diese Versicherung eines ärztlichen Kollegen durfte der Erblasser vertrauen.

Dass der Kläger auch ohne einen für Erblasser ersichtlichen Hinweis auf eine Risikoerkrankung ausschließlich stationär hätte behandelt werden dürfen, hat der Kläger im Übrigen auch selber nicht behauptet. Prof. Dr. A hat in seiner vom Kläger vorgelegten Stellungnahme vom 27.12.2011 wörtlich ausgeführt, er "gehe weiterhin davon aus, dass solche Risikopatienten zumindest bei längeren ambulanten invasiven Eingriffen nicht ohne weitere Vorsichtsmaßnahmen in der zahnärztlichen Praxis zu behandeln sind." Hier sei "zumindest ein anästhesiologisches Stand by notwendig." Prof. Dr. A vertritt - insoweit in Übereinstimmung mit dem Gutachten des Dr. X - die Auffassung, dass Patienten mit Risikofaktoren nur unter besonderen Bedingungen ambulant, und ansonsten stationär zu behandeln seien. Dass auch gesunde Patienten oder als gesund anzusehende Patienten allein aufgrund des Umfanges einer Implantatbehandlung generell stationär zu behandeln sind, ergibt sich aus der Stellungnahme von Prof. Dr. A nicht, zumindest nicht in überzeugender Weise. Soweit der Gutachter weiter die Auffassung vertreten hat, eine Lokalanästhesie sei bei einem mehrstündigen chirurgischen Eingriff kontraindiziert, vielmehr sei eine Allgemeinnarkose in Erwägung zu ziehen, ist dies sowohl von Dr. X als auch von Dr. C, der als Facharzt für Anästhesie zur Beantwortung dieser Frage besonders qualifiziert und berufen ist, abweichend beurteilt worden. Dr. C hat nicht nur eine Allgemeinnarkose, sondern bereits ein anästhesiologisches Standby für nicht erforderlich gehalten. Er hat hierzu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, der Kläger sei bei der Klassifizierung der Patienten nach ASA in die Risikostufe 1 gefallen, denn er sei nach eigenem Bekunden gesund gewesen. Ein anästhesiologisches Standby sei nicht erforderlich gewesen, denn dieses sei frühestens ab Risikostufe 3 relevant. Erst bei Stufe 4 werde der Patient stationär beobachtet.

An der Objektivität des Sachverständigen Dr. X hat der Senat keine Zweifel. Der Sachverständige hat Prof. Dr. A insbesondere nicht persönlich angegriffen, sondern lediglich zutreffend darauf hingewiesen, dass dessen Stellungnahmen nicht als Sachverständigengutachten, sondern als Parteivortrag zu bewerten sind. Soweit er Zweifel an der Unvoreingenommenheit von Prof. Dr. A aufgrund der Tatsache geäußert hat, dass der Kläger bei ihm in ärztlicher Behandlung war, ist dieser Vorwurf nicht ganz von der Hand zu weisen. Wäre Prof. Dr. A in diesem Verfahren als Gerichtssachverständiger bestellt worden, könnte zumindest im Falle einer nicht nur einmaligen Behandlung des Klägers auf ein besonderes Näheverhältnis geschlossen und damit die Besorgnis der Befangenheit der Befangenheit begründet werden. In Bezug auf das durch Herrn Prof. Dr. A vorgebrachte Argument des Überschreitens von Grenzdosen hat der Sachverständige Dr. C eine solche Überschreitung mit der Begründung ausgeschlossen, dass beim Kläger die mit einer Überdosierung typischerweise einhergehenden Folgen und Nebenwirkungen nicht eingetreten seien.

2. Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch des Klägers scheitert zudem an dem Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität. Der Kläger kann nicht nachweisen, dass die am 26.09.2003 erlittene intracranielle Blutung auf den Eingriff zurückzuführen ist. Da selbst bei unterstelltem Übernahmeverschulden schon angesichts der durch den Sachverständigen Dr. X beschriebenen eigenen zahnärztlichen Praxis, auch umfangreichere

Eingriffe ambulant durchzuführen, keinesfalls von einem groben Behandlungsfehler gesprochen werden kann, muss der Kläger den Vollbeweis der Kausalität führen. Es steht indes nicht mit einem hohen Maß an Gewissheit, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, fest, dass die intracranielle Blutung nicht aufgetreten wäre, wenn sich der Kläger am 26.09.2003 nicht in die Behandlung des Erblassers begeben hätte.
Der Sachverständige Dr. C hat auf die Frage nach der Ursache der Hirnblutung ausgeführt, es sei lediglich möglich, dass die beim Kläger eingetretene rechtsseitige Stammganglienblutung mit Mittellinienverlagerung durch eine versehentliche Verabreichung eines kleinen Teils von Articain in eine Gefäß und den dadurch kurzzeitig erhöhten Blutdruck ausgelöst worden sei. Auch eine allein durch Stress ausgelöste Hirnblutung sei denkbar. Sowohl die Injektion in ein Gefäß als auch Stress als Schadensursache setzten nach Ausführung des Sachverständigen Dr. C allerdings voraus, dass beim Kläger Risikofaktoren wie Diabetes, Nikotin- oder Alkoholabusus vorgelegen hätten (Seite 23 des Gutachtens vom 31.05.2010, Bl. 354 d.A.). Nehme man - so der Sachverständige - hingegen an, beim Kläger hätten keine dieser Risikofaktoren vorgelegen, sei ein kausaler Zusammenhang mit dem Eingriff sogar unwahrscheinlich. Sollten beim Kläger auch keine anderen Risikofaktoren wie Bluthochdruck oder Gefäßerkrankungen im weiteren Sinne vorhanden gewesen seien, sei das Erleiden einer solchen schweren Komplikation im kausalen Zusammenhang mit dem Eingriff sogar höchst unwahrscheinlich (vgl. Seite 14 der ergänzenden Stellungnahme von Dr. C, Bl. 453 d.A.). Als Risikofaktoren hat der Sachverständige Dr. C Diabetes mellitus, Nikotinabusus, Alkoholabusus, Hypertonus, Gefäßerkrankungen und Arteriosklerose genannt (Seite 16 der erg. Stellungnahme des Sachverständigen Dr. C, Bl. 455 d.A - vgl. auch Seite 7 des Gutachtens des Sachverständigen Dr. X vom 30.11.2008, Bl. 264 d.A.). Die Ausführungen des Sachverständigen Dr. C überzeugen den Senat. Sie basieren auf einer umfassenden Auswertung des Akteninhalts und der beigezogenen Behandlungsunterlagen, gehen auf alle relevanten Fragestellungen ein und zeugen insgesamt von großer Sachkunde.
Es steht - auch wenn es darauf aufgrund des hier nicht aufklärbaren Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schlaganfall und dem Vorliegen von Risikofaktoren schon nicht ankommt - nicht fest, dass überhaupt einer der benannten Risikofaktoren beim Kläger vorlag. Der Kläger hat selbst wiederholt in Abrede gestellt, an Diabetes mellitus erkrankt (gewesen) zu sein. Der Sachverständige Dr. C hat die Behauptung des Klägers zwar kritisch hinterfragt und insbesondere auf erhöhte Blutzuckerwerte hingewiesen, die für den Fall, dass sie Nüchtern-Blutzucker-Werte darstellten, als pathologisch anzusehen seien (vgl. Seite 6 der ergänzenden Stellungnahme vom 31.01.2011, Bl. 445 d.A. und Seite 11 der ergänzenden Stellungnahme vom 27.07.2011, Bl. 523 d.A.). Der Kläger hat hierzu behauptet, der am 12.04.2003 gemessene Blutzuckerwert von 144 mg/dcl sei ein Nüchternblutzuckerwert gewesen. Er hat jedoch weiter vorgetragen, er habe sich zur Abklärung seines familiär bedingt erhöhten Risikos in der Laborpraxis Dr.M2 und Kollegen in L vorgestellt und dabei sei festgestellt worden, dass alle anderen Werte im Normbereich gelegen hätten. Die im Jahr 2010 erhobenen Werte hätten bis auf eine Messung am 08.10.2010 ebenfalls keine Auffälligkeiten ergeben. Dass die unauffälligen Werte darauf zurückzuführen sind, dass der Kläger - wie der Sachverständige Dr. C in Erwägung gezogen hat - antidiabetogene Medikamente zu sich nimmt, ist nicht anzunehmen. Der Kläger hat nicht vorgetragen, derartige Medikamente einzunehmen und es gibt auch sonst keine Anhaltspunkte, die hierauf hindeuten. Es kann demnach nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Zeitpunkt des Eingriffs an Diabetes mellitus litt. Ebenfalls nicht ausgegangen werden kann von einem Nikotin- und/oder Alkoholabusus des Klägers. Der Kläger hat vehement in Abrede gestellt, Nikotin und Alkohol in größeren Mengen zu sich genommen zu haben. Er habe in den Jahren vor dem Eingriff nur gelegentlich geraucht. In der Zeit der intensiven Pflege seiner krebskranken, im Jahr 2002 verstorbenen Ehefrau habe er über einen Zeitraum von 18 bis 24 Monaten deutlich mehr geraucht und seit Herbst 2002 sei er Nichtraucher gewesen. Alkohol habe er in Maßen getrunken. Bei Aufnahme in der P-Klinik, wo ein Alkoholkonsum von einer Flasche Wein am Tag dokumentiert wurde (S. 1 des gelben Anlagenheftes III), habe er angegeben, dass er mit seiner Lebensgefährtin gemeinsam manchmal und maximal einen Flasche Rotwein zum Abendessen trinke. Soweit in den in einem an die Rehabilitationsklinik gerichteten Arztbrief der P-Klinik vom 14.10.2003 von einem während des Aufenthaltes durchgeführten Alkoholentzug die Rede war ("Bei Angabe eines mäßiggradigen chronischen Ethylismus erfolgte eine Entzugsbehandlung mit Carbamazepin"), hat der Sachverständige Prof. Dr. T2 hierzu angemerkt, es könne nicht als sicher festgehalten werden, dass es sich überhaupt um eine Alkoholentzugssymptomatik gehandelt habe, denn bei Erleiden einer intrazerebralen Blutung sei ein (auch mit einem Alkoholentzug in Verbindung zu bringender) Verwirrtheitszustand eher die Regel als die Ausnahme (vgl. Seite 39 des Gutachtens vom 18.04.2002, Bl. 671 d.A.). Für das Vorliegen weiterer Risikofaktoren wie Hypertonus und Arteriosklerose fehlt es ebenfalls an als hinreichend sicher anzunehmenden Anhaltspunkten. Ein Bluthochdruck ist vom Kläger im Rahmen der Anamneseerhebung verneint worden und ist auch sonst nicht dokumentiert. Dass eine Arteriosklerose vorlag/vorliegt, steht ebenfalls nicht fest, allenfalls sind leicht auffällige Cholesterinwerte und pathologischen Werte "LDL-Friedewald" zu bemerken, die die Entwicklung einer Arteriosklerose lediglich begünstigen können, nicht aber sicher auf eine solche rückschließen lassen (vgl. Seite 13 der ergänzenden Stellungnahme von Dr. C, Bl. 525 d.A.).

Wies der Kläger aber keine Risikofaktoren auf, ist es nach Ausführung von Dr. C unwahrscheinlich, dass der Schlaganfall durch den Eingriff ausgelöst wurde. Es ist danach jedenfalls nicht unwahrscheinlich, dass der Schlaganfall spontan und unabhängig von dem ärztlichen Eingriff aufgetreten ist. Was letztlich den Schlaganfall ausgelöst hat, ist sachverständig nicht mehr zu klären. Dies muss zu Lasten des für die Kausalität beweispflichtigen Klägers gehen.
3. Aufklärungsfehler
Ein Anspruch wegen Aufklärungsfehlern scheitert bereits an dem - wie ausgeführt - fehlenden Nachweis der Kausalität.
Darüber hinaus liegen aber auch keine Aufklärungsfehler vor. Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme ist hinreichend sicher anzunehmen, dass der Kläger während des gemeinsamen Abendessens am Tag vor der Behandlung durch den Erblasser über die Details des Eingriffes informiert wurde. Der Erblasser hatte bereits in der Klageerwiderung vorgetragen, der Kläger sei während des gemeinsamen Restaurantbesuchs über den Eingriff und seine Risiken aufgeklärt worden. Dies ist durch die Zeugin H bestätigt worden. Sie hat glaubhaft bekundet, es sei über den geplanten Eingriff gesprochen worden, insbesondere darüber, wie viele Implantate gesetzt werden sollten, welche Risiken dabei entstehen könnten und dass die Kieferhöhle eröffnet werden könne. Es sei über mögliche allergische Reaktionen auf die Spritzen und über das einzubringende Knochenersatzmaterial gesprochen worden. Auch nach der glaubhaften Aussage der Zeugin N ist während des Abendessens über den Eingriff gesprochen worden. Nach ihren Bekundungen hat der Erblasser erklärt, er nehme zum Aufbau des Knochens ein Material namens "Bio-Oss". Nach Aussage der Zeugin N hatte sich der Kläger bereits durch einen Zahnarzt in L über die Methoden des Knochenaufbaus informiert und sich dann ganz bewusst für eine Augmentation mit Knochenersatzmaterial in ambulanter Behandlung entschieden, da eine Knochenentnahme - wie von dem Zahnarzt aus L vorgeschlagen - aus dem Beckenkamm zu längeren Ausfallzeiten geführt hätte und er seiner Praxis nicht länger als einen Tag habe fern bleiben wollen. Aufgrund der Beratung durch einen anderen Zahnarzt und dem Umstand, dass der Kläger als Urologe zwar nicht speziell zahnmedizinisch, aber zumindest in medizinischen Dingen nicht als unerfahren angesehen werden kann, ist von einer ausreichenden Aufklärung über den Eingriff und seine Risiken auszugehen. Die Aufklärung am Abend vor dem Eingriff erfolgte vor dem Hintergrund der beim Kläger zu unterstellenden Vorkenntnisse auch noch rechtzeitig.
Einer speziellen Aufklärung über das Risiko eines während der Implantatbehandlung auftretenden Schlaganfalls bedurfte es nicht. Ausgehend von der begründeten Annahme des Erblassers, dass der Kläger ein gesunder Patient ohne Vorerkrankungen war, musste er ihn nicht über das Risiko eines Schlaganfalles aufklären. Denn dieses Risiko lag nach den Ausführungen von Dr. X bei 1 zu 1 Millionen (Seite 6 f der ergänzenden Stellungnahme vom 30.09.2011, Bl. 563 f d.A.). Über ein derart seltenes, wenn auch im Falle seiner Verwirklichung mit schwerwiegenden Folgen verbundenes Risiko musste der Kläger nicht aufgeklärt werden.
4. 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: Klageantrag zu 1): 300.000,- EUR
Klageantrag zu 2): 744.512,19 EUR
Klageantrag zu 3): 800.000,- EUR
insgesamt: 1.844.512,19 EUR

81. OLG Hamm, Urteil vom 12.08.2014 – I-26 U 35/13, 26 U 35/13 – * Zahnarztvertrag: Vergütungsanspruch bei Durchführung einer kostenintensiven Zahnbehandlung ohne Aufklärung des Patienten über alternative Behandlungsmöglichkeiten

Leitsatz

Eine kostenintensive Zahnbehandlung (Implantatbehandlung mit Knochenaufbau durch Eigenknochenzüchtung) muss nicht bezahlt werden, wenn sich der Patient im Falle seiner ordnungsgemäßen Aufklärung über andere Behandlungsmöglichkeiten (Knochenaufbau durch Verwendung von Knochenersatzmittel oder Knochenentnahme aus dem Beckenkamm) gegen die kostenintensive Behandlung ausgesprochen hätte.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14.01.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer I des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin macht als Abrechnungsservice Honoraransprüche für eine zahnärztliche bzw. kieferchirurgische Behandlung durch den Zahnarzt Dr. Dr. M aus I geltend.
Die Beklagte befand sich von09.2007 bis06.2008 in zahnärztlicher Behandlung bei dem Zahnarzt Dr. Dr. M, der eine Implantatbehandlung mit Knochenaufbau durchführte. Der Aufbau der Ober- und Unterkieferknochen sollte durch gezüchtetes Knochenmaterial erfolgen. Die Beklagte unterzeichnete unter zwischen den Parteien streitigen Umständen entsprechende Heil- und Kostenpläne sowie Einverständniserklärungen. Mit Rechnung vom 2.11.2007 verlangte der Zahnarzt eine Vergütung i.H.v. 19.277,20 EUR für die vom 14.09.2007 bis zum 24.10.2007 erbrachten Leistungen, wovon insgesamt 15.000 EUR auf die Kosten für die Eigenknochenzüchtung entfielen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Rechnungsbetrages wird auf die Kopie der Rechnung, Bl. 13 d.A., verwiesen. Die Beklagte zahlte darauf in sechs Teilbeträgen jeweils 610,00 EUR, insgesamt 3.660 EUR, so dass noch ein Betrag in Höhe der streitgegenständlichen Hauptforderung von 15.617,20 EUR offen ist. Die bisher in Rechnung gestellten Behandlungskosten belaufen sich auf ca. 42.000 EUR insgesamt. Die Beklagte stellte am 21.12.2008 beim Landgericht Hannover einen Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen den Behandler Dr. Dr. M. In diesem Verfahren - 14 OH 1/09 LG Hannover - erstellte der Sachverständige Prof. Dr. K ein schriftliches Gutachten nebst Ergänzungsgutachten.
Die Beklagte hat behauptet, über die anfallenden Kosten in Höhe von 90.000 EUR niemals aufgeklärt worden zu sein. Wäre sie darüber informiert worden, hätte sie der Behandlung niemals zugestimmt. Die Maßnahmen hätten auch zu keinem brauchbaren Ergebnis geführt und seien unbrauchbar, weil sämtliche Implantate nach kurzer Zeit herausgefallen seien.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klage sei unbegründet, weil dem Anspruch der Klägerin ein Schadensersatzanspruch der Beklagten in mindestens der gleichen Höhe gegenüberstehe. Nach den Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens sei das von dem Behandler gewählte Verfahren zum Knochenaufbau ungeeignet. Diesen Feststellungen sei die Klägerin nicht entgegengetreten. Wegen der getroffenen Feststellungen wird im Übrigen auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung trägt sie vor, die Beklagte sei über die ungefähren Gesamtkosten frühzeitig informiert worden. Die Beklagte habe vor der ersten Behandlung am 24.09.2007 die der Rechnung zu Grunde liegende Kostenvereinbarung unterzeichnet. Das Landgericht habe zwar das selbstständige Beweisverfahren beigezogen, den Inhalt dieses Verfahrens jedoch fehlerhaft nur teilweise berücksichtigt, insbesondere die in dem Verfahren vorgebrachten Einwendungen unberücksichtigt gelassen. Der Sachverständige habe einräumen müssen, dass es weder eine Kontraindikation gegeben habe, noch, dass das gewählte Verfahren ungeeignet gewesen sei. Der Beklagten sei die alternative Methode der Entnahme von Knochenmaterial aus dem Beckenkamm erläutert worden. Ihr sei die Notwendigkeit einer beidseitigen Operation mit entsprechend langfristiger Heilungsdauer erklärt worden, so dass sie sich für die vom Behandler vorgeschlagene Methode entschieden habe. Das Verfahren sei auch schon seit langem erprobt. Entgegen der Annahme des Sachverständigen sei eine völlig reizlose und entzündungsfreie Situation im Mundraum für das Einbringen der Implantate nicht zwingend erforderlich gewesen. Im Übrigen sei die Feststellung des Sachverständigen, es habe eine Entzündung vorgelegen, nicht belegt. Der Sachverständige habe die Ursache für die Heilungsstörungen und den Verlust der Implantate nicht festgestellt. Das gewählte Verfahren der Eigenknochenzüchtung sei jedenfalls nicht dafür ursächlich gewesen. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 01.07.2014 hat die Klägerin vorgetragen, die Forderung sei mit dem Einverständnis der Beklagten am 01.11.2007 formlos aufgrund einer Rahmenvereinbarung zwischen ihr und dem Behandler abgetreten worden.
Die Klägerin beantragt abändernd,
die Beklagte zu verurteilen, an sie 16.179,50 EUR zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz aus 15.617,20 EUR ab dem 9.8.2008 und aus 755,80 EUR ab dem 6.12.2008 zu zahlen,
hilfsweise,
das Urteil aufzuheben und die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurückzuverweisen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie trägt vor, sie sei zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vergütungsvereinbarung wegen der Einnahme von Tranquilizern nicht geschäftsfähig gewesen. Der Behandler habe die Situation unmittelbar vor dem Eingriff ausgenutzt, um sich ihre Unterschrift zu erschleichen. Einer Behandlung mit einem Kostenaufwand von mehr als 90.000 EUR hätte sie schon wegen ihrer fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

nicht zugestimmt. Im Übrigen stehe dem Vergütungsanspruch ein Schadensersatzanspruch entgegen, da die erbrachten Leistungen des Zahnarztes Dr. M mangelhaft und unbrauchbar gewesen seien.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akte 14 OH 1/09 LG Hannover war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Sachverständige Prof. Dr. K hat sein in diesem Verfahren erstattetes Gutachten mündlich erläutert. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 17.06.2014 nebst Berichterstattervermerk verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.
Auch wenn das Landgericht verfahrensfehlerhaft ohne den erforderlichen Hinweis auf § 411 a ZPO das Sachverständigengutachten aus dem Verfahren 14 OH 1/09 LG Hannover im vorliegenden Rechtsstreit verwertet hat, kommt die hilfsweise von der Klägerin beantragte Aufhebung und Zurückverweisung der Sache nicht in Betracht, denn der Senat kann nach ergänzender Beweisaufnahme durch Anhörung des Sachverständigen gem. § 411 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden, § 538 Abs. 1 ZPO. Das Landgericht hat die Klage zutreffend abgewiesen. Die dagegen mit der Berufung vorgebrachten Einwände der Klägerin greifen im Ergebnis nicht durch und rechtfertigen keine abändernde Entscheidung.
1. Der Senat lässt es offen, ob die Klägerin überhaupt zur Geltendmachung der Klageforderung aktivlegitimiert ist. Die Beklagte hat bereits mit Schriftsatz vom 25.05.2009 in erster Instanz in zulässiger Weise, § 138 Abs. 4 ZPO, mit Nichtwissen eine Abtretungsvereinbarung zwischen der Klägerin und dem Zahnarzt Dr. Dr. M bestritten, ohne dass die Klägerin eine entsprechende schriftliche Vereinbarung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz zum Nachweis ihrer Forderungsinhaberschaft vorgelegt hat. Erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, § 296 a ZPO, hat die Klägerin mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 01.07.2004 vorgetragen, eine schriftliche Abtretungserklärung fehle, weil insoweit bereits eine Rahmenvereinbarung über die grundsätzliche Abtretung von Zahnarzthonoraren zwischen ihr und dem Behandler, Dr. Dr. M, bestanden habe. Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 Abs. 2 ZPO ist gleichwohl nicht erforderlich gewesen. Es kann dahinstehen, ob das Vorbringen der Klägerin zur Begründung ihrer Aktivlegitimation vorliegend im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz ausreichend ist. Ein Anspruch der Klägerin auf die Klageforderung scheidet bereits aus einem anderen rechtlichen Grund aus.
2. Ebenso wenig bedürfen die von der Beklagten gegen die Honorarvereinbarungen vom 24.09.2007 und deren Wirksamkeit vorgetragenen Einwendungen der Klärung durch den Senat. Es kann offenbleiben, ob aufgrund des Vorbringens der Beklagten davon auszugehen ist, dass sie infolge der Einnahme der vom Zahnarzt verordneten Beruhigungsmittel tatsächlich bereits geschäftsunfähig i.S.d. § 104 BGB gewesen ist, so dass ihre Erklärung gem. § 105 BGB nichtig war. Auch die von der Beklagten erklärte Anfechtung dieser Vereinbarungen, sofern sie wirksam sein sollten, griffe nicht durch, denn die Fristen gem. §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB für die erstmals im beigezogenen selbständigen Beweisverfahren erklärten Anfechtungen sind in jedem Fall verstrichen. Darauf kommt es indessen nicht an, denn die Klage ist bereits aus einem anderen rechtlichen Grund unbegründet.
3. Die Beklagte kann einem Vergütungsanspruch der Klägerin letztlich entgegenhalten, dass sie nicht ausreichend über alternative Behandlungsmethoden durch den Zahnarzt Dr. Dr. M aufgeklärt worden ist. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Beklagte im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung die Behandlung durch den Zahnarzt nicht hätte vornehmen lassen, so dass ein Honoraranspruch in der geltend gemachten Höhe auch nicht entstanden wäre. Dafür spricht bereits der Umstand, dass sich die Klägerin, bevor sie den Zahnarzt Dr. Dr. M aufgesucht hatte, bereits in der Privatzahnklinik T GmbH durch den dortigen Prof. Dr. L hatte beraten lassen, der ihr zum Aufbau des Kieferknochens zu Knochentransplantationen geraten hatte. Wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung weiter unwidersprochen vorgetragen hatte, hatte sie den Zahnarzt Dr. Dr. M aufgesucht, weil sie eine zweite Meinung einholen wollte. Dieser habe ihr, wie sie im Rahmen der mündlichen Anhörung durch den Senat gem. § 141 ZPO unwidersprochen vorgetragen hatte, die eigentlich beabsichtigte Beckenkamm-Operation jedoch ausgeredet. Dass sie die Behandlung abgelehnt hätte, wird durch die Tatsache bestätigt, dass die Beklagte bis heute keine Implantatversorgung hat.
Im Rahmen der erforderlichen Aufklärung hätte der Zahnarzt Dr. Dr. M ordnungsgemäß und vollständig über die in Betracht kommenden Alternativen zum Knochenaufbau im Ober- und Unterkiefer aufklären müssen. Daran fehlt es jedoch hier. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. K, der im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dass vorliegend theoretisch drei Verfahren in Betracht gekommen wären. Neben der Eigenknochenzüchtung wäre, so der Sachverständige, die Verwendung von Knochenersatzmaterial (Collagen) und die Knochenentnahme in Betracht gekommen. Unstreitig hat der Zahnarzt allerdings nur auf die Knochenentnahme aus dem Beckenkamm als alternative Behandlungsmethode hingewiesen. Darüber hinaus hat er diese Methode als ungeeignet dargestellt und zur Begründung darauf verwiesen, dass die Menge des für den Ober- und Unterkiefer benötigten Knochenmaterials zu groß sei, um sie durch die Beckenkammoperation gewinnen zu können. Dies ist nach Einschätzung des durch den Sachverständigen beratenden Senats unzutreffend und irreführend.

Der Sachverständige hat bereits in seinem in dem Verfahren 14 OH 1/09 LG Hannover erstatteten schriftlichen Gutachten, das der Senat gem. § 411 a ZPO in Kenntnis der Parteien herangezogen hat, ausgeführt, dass das Verfahren der Eigenknochenzüchtung zwar eine schon länger angebotene Therapieoption sei, der "golden standard" jedoch die Verpflanzung des eigenen Knochens aus dem Kiefer oder dem Beckenkamm sei. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat er weitergehend erläutert, dass das Verfahren der Eigenknochenzüchtung zwar nicht kontraindiziert gewesen sei, es jedoch in der klinischen Routine nicht verwandt werde. Dies hat der Sachverständige nachvollziehbar damit begründet, dass bei dieser Methode die Schwierigkeit bestehe, den bei größeren Defekten erforderlichen dreidimensionalen Aufbau zu erreichen, so dass nur kleinere Defekte damit behandelt würden. Die Knochenentnahme aus dem Beckenkamm sei nach der zusammenfassenden Einschätzung des Sachverständigen, noch immer das beste Verfahren. Die Darstellung des Zahnarztes Dr. Dr. M hingegen, dass die Beckenkamm-Operation vorliegend ungeeignet gewesen sei, ist nach Einschätzung des Sachverständigen, der der Senat folgt, unrichtig. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten dazu ausgeführt, dass die von dem Behandler angeführten Bedenken unbegründet seien, weil aus beiden Beckenkämmen genügend Knochenmaterial hätte entnommen werden können. In seiner schriftlichen Stellungnahme vom 17.04.2012 hatte er darauf hingewiesen, dass es sich entgegen der Darstellung des Zahnarztes Dr. Dr. M nicht um eine risikobehaftete schwere Operation handele. In der Senatsverhandlung hat der Sachverständige zudem erklärt, dass diese Operation zwar in einer Klinik vorgenommen werden müsse, während die Knochenentnahme zur Züchtung ambulant erfolgen können. Da hier aber auch eine Beckenkamm-Operation zusätzlich durchgeführt worden sei, hätte man auch den übrigen Knochenaufbau (Sinus-Lift) auf diese Weise vornehmen können. Schließlich hat der Sachverständige noch darauf hingewiesen, dass auch die Verwendung von Knochenersatzmaterial im Rahmen einer ambulanten Behandlung hätte vorgenommen werden können, so dass auch dieses Verfahren bei der Beklagten in Betracht gekommen wäre. Angesichts dieser eindeutigen Einschätzung des Sachverständigen erscheint die vom Behandler vorliegend vorgenommene Aufklärung über die in Betracht kommenden Behandlungsalternativen in höchstem Maße unzureichend. Die Methode der Verwendung von Knochenersatzmaterial hatte der Zahnarzt überhaupt nicht erwähnt. Hinsichtlich der Methode der Eigenknochenzüchtung, die allein Kosten in Höhe von 15.000 EUR verursacht hat, hat der Behandler die Risiken verharmlost, während er die Risiken der Knochenentnahme übertrieben dargestellt hat.
Hätte der Behandler im Rahmen des Aufklärungsgesprächs, das nach seiner eigenen Behandlungsdokumentation am 14.09.2007 erfolgt ist, die Beklagte ordnungsgemäß auf die in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten hingewiesen, hätte sich diese gegen eine Behandlung ausgesprochen. Sämtliche in der Rechnung vom 02.11.2007 aufgeführten Positionen wären daher nicht angefallen, so dass der geltend gemachte Honoraranspruch entfällt.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 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.

82. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – 5 U 11/14 – * Zahnarzthaftungsprozess: Vernehmung eines Nachbehandlers als Zeuge

Orientierungssatz

Für die Vernehmung eines Nachbehandlers als Zeuge besteht keine Veranlassung, wenn dieser lediglich seine Bewertung der von ihm vorgefundenen bzw. erhobenen Befunde und seine Einschätzung in Bezug auf die umstrittene Behandlung abgeben kann. Die medizinisch-sachverständige Bewertung der Befunde und Begutachtung der Behandlung sind ausschließlich dem vom Gericht bestellten Sachverständigen vorbehalten.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 17.12.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln (3 O 59/11) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
II. Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe

I.
Die Berufung der Klägerin 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 vielmehr zu Recht entschieden, dass der Klägerin gegen den Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz immaterieller und materieller Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihr der ihr obliegende Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht gelungen, und weil auch ihre Aufklärungsrüge unbegründet 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 der Klägerin rechtfertigt eine abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Gerichtssachverständigen Dr. L [Gutachten vom 31.08.2012 (Bl. 106 - 126 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 30.03.2013 (Bl. 153 - 157 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 5.11.2013 (S. 1 - 4 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 5.11.2013 , Bl. 181 ff., 181 - 182R d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzukommt, dass der Sachverständige Dr. L auch dem Senat aufgrund seiner Gutachtentätigkeit in einer Reihe von anderen Arzthaftungsprozessen, in denen zahnärztliche Behandlungen - unter anderem - der hier in Rede stehenden Art zur Begutachtung und Entscheidung anstanden, als hervorragend qualifizierter und erfahrener Sachverständiger bekannt ist, der stets mit außergewöhnlicher Ausführlichkeit und bemerkenswerter Sorgfalt sämtliche für die medizinische und rechtliche Beurteilung relevanten Umstände in seine Begutachtung einbezieht, dabei erforderlichenfalls auch über die konkreten Beweisfragen hinausgeht, und seine Feststellungen ausnahmslos ebenso umfassend wie gut nachvollziehbar sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit den spezifischen Problemen des jeweils betroffenen Patienten bzw. der jeweils umstrittenen Behandlung begründet, und der nicht zuletzt deshalb mit seinen Gutachten zu überzeugen vermag.
Der Verwertung des Gutachtens des Dr. L steht entgegen der offenbar bei der Klägerin bestehenden Vorstellung auch nicht entgegen, dass das Landgericht nicht vor der Einholung dieses Gutachtens die Nachbehandler der Klägerin als Zeugen vernommen und das Ergebnis einer entsprechenden Beweisaufnahme dem Sachverständigen Dr. L als Anknüpfungstatsachen für seine Begutachtung vorgegeben hat. Denn die Anknüpfungstatsachen zu dem Zustand der Klägerin im Allgemeinen, zu ihren starken Schmerzen und zu dem Zustand ihrer betroffenen Zahnregionen sowie ihres gesamten Mund- und Kieferbereiches in der Zeit unmittelbar nach der umstrittenen Behandlung, die die Nachbehandler hätten bezeugen können, ergeben sich hinreichend ausführlich und klar aus ihren Behandlungsunterlagen, die Dr. L in seine Begutachtung einbezogen und sorgfältig ausgewertet hat. Insoweit hätte die von der Klägerin für erforderlich gehaltene Zeugenvernehmung dementsprechend zusätzliche Erkenntnisse, die zu einer für sie günstigeren Beurteilung hätten führen können, nicht ergeben können. Aber auch darüber hinaus bestand bzw. besteht weder für das Landgericht noch für den Senat Veranlassung für die Vernehmung der Nachbehandler als Zeugen. Denn über die erwähnten Anknüpfungstatsachen hinaus hätten die Nachbehandler lediglich ihre Bewertung der von ihnen vorgefundenen bzw. erhobenen Befunde und ihre Einschätzung in Bezug auf die Behandlung der Klägerin durch den Beklagten abgeben können. Die medizinisch-sachverständige Bewertung der Befunde und Begutachtung der umstrittenen Behandlung sind aber ausschließlich dem vom Gericht bestellten Sachverständigen vorbehalten. Hinzukommt, dass von einigen Nachbehandlern eine schriftliche Einschätzung der umstrittenen Behandlung bzw. des Zustandes der Klägerin und ihres Mund-Kieferbereiches in der Zeit nach der umstrittenen Behandlung zu den Akten gelangt ist. Diese Stellungnahmen sind aber - ebenso wie das Parteigutachten des Sachverständigen T vom 14.06.2011 [Bl. 59 - 61 des grünen Anlagenhefters] - mit dem Stellenwert eines Parteigutachtens in die Begutachtung des Gerichtssachverständigen Dr. L und auch in die angefochtene Entscheidung des Landgerichts eingeflossen. Auch insoweit hätte dementsprechend die von der Klägerin geforderte Vernehmung der Nachbehandler als Zeugen zusätzliche Erkenntnisse, die zu einer für sie günstigeren Beurteilung hätten führen können, nicht ergeben können.
Soweit die Klägerin das Gutachten des Sachverständigen Dr. L mit dem Vorwurf angreift, dass es sich über weite Teile über abstrakte und generelle Ausführungen verhalte, ist dies unverständlich. Denn Dr. L hat sich in seinem Gutachten hinsichtlich sämtlicher entscheidungsrelevanten Umstände eingehend mit der konkreten Situation und den spezifischen Problemen der Klägerin auseinandergesetzt, wobei allgemeine Ausführungen insoweit ausschließlich insoweit erfolgt sind, als dies zur Erläuterung seiner Feststellungen hilfreich bzw. erforderlich war.
2. Nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. L können haftungsbegründende Fehler der umstrittenen Behandlung nicht festgestellt werden. Hierzu hat er jeweils mit ausführlicher Begründung insbesondere ausgeführt, dass die Extraktion des Zahnes 48 am 1.12.2010 und die Extraktion des Zahnes 46 am 10.12.2010 medizinisch indiziert und als Behandlungsmaßnahme jeweils alternativlos gewesen und ordnungsgemäß vorgenommen worden seien. Durch die Extraktionen seien keine Verletzungen des Knochens und des sonstigen umliegenden

Gewebes verursacht worden, die nicht unvermeidbar mit der ordnungsgemäßen Durchführung der Extraktionen verbunden gewesen wären, wobei insbesondere die Extraktion des Zahnes 48 wegen seiner Lage im Kiefer schwierig gewesen sei. Bei dem im Bereich des Zahnes 46 verbliebenen Partikel habe es sich um ein kleines an der Oberfläche befindlich gewesenes Zahnsplitterchen gehandelt, das problem- und folgenlos mit einer Pinzette habe entfernt werden können, wobei das Verbleiben eines solchen Zahnsplitterchens zwar nicht wünschenswert sei, aber vorkommen könne, ohne dass dies ein Indiz für ein fehlerhaftes Vorgehen darstellte. Die von dem Beklagten verordnete Medikation habe einem medizinisch indizierten und üblichen Vorgehen entsprochen. Der Umstand, dass am 10.12.2010 über die Extraktion des Zahnes 46 hinaus eine Reihe weiterer Behandlungsmaßnahmen durchgeführt worden sei, obwohl die Klägerin vor diesem Behandlungstag bereits Schmerzpatientin gewesen sei, sei zwar diskussionswürdig, weil es möglicherweise vorzugswürdig gewesen wäre, zunächst einmal vor Bewältigung der Schmerzproblematik nur die unaufschiebbaren Maßnahmen wie die Extraktion des Zahnes 46 vorzunehmen und die weiteren Maßnahmen aufzuschieben; als fehlerhaft könne die vom Beklagten angewandte Vorgehensweise aus medizinisch-sachverständiger Sicht hingegen nicht bewertet werden, zumal es durchaus auch ein gewichtiges Interesse eines Patienten darstellen könne, eine ohnehin erforderliche Narkose für möglichst viele Maßnahmen auszunutzen, um auf diese Weise ein mehrzeitiges Vorgehen mit weiteren Narkose zu vermeiden.
Soweit die Klägerin sich mit ihrer Berufungsbegründung nach wie vor auf den Standpunkt stellt, dass die umstrittene Behandlung fehlerhaft durchgeführt worden sei, erschöpft sich ihr diesbezüglicher Vortrag im Wesentlichen letztlich darin, dass sie ohne Eingehen auf die Feststellungen des Dr. L und insbesondere ohne Eingehen auf seine ausführlichen Begründungen hierzu schlicht ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und ihre laienhaften Vermutungen und Unterstellungen ohne triftige Argumente gegen die fundierten Ausführungen des Gerichtssachverständigen stellt. Auch den Umstand, dass Dr. L sich im Rahmen seiner Begutachtung mit den vorliegenden schriftlichen Stellungnahmen und Einschätzungen der Nachbehandler auseinandergesetzt hat, blendet die Klägerin offenbar aus. Vielmehr wiederholt sie auch insoweit im Wesentlichen lediglich ohne Auseinandersetzung mit dem Gutachten des Dr. L ihren diesbezüglichen erstinstanzlichen Vortrag.
3. Die Aufklärungsrüge der Klägerin ist nach wie vor nicht begründet. Dies gilt auch dann, wenn der Beklagte die Klägerin entgegen seiner Behauptung nicht ordnungsgemäß über die mit den vorgenommenen Behandlungen verbundenen Risiken aufgeklärt und wenn er diese Risiken entsprechend der Behauptung der Klägerin stark verharmlost haben sollte:
Denn in Bezug auf die Extraktion des Zahnes 48 am 1.12.2010 und des Zahnes 46 am 10.12.2010 ist jedenfalls von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen. Die Klägerin hat nicht plausibel darzulegen vermocht, dass sie im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung über die Risiken der Extraktionen der Zähne 48 und 46 in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre. Denn beide Extraktionen waren nach den überzeugend begründeten und von der Klägerin nicht Substanz angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Dr. L klar indiziert und zudem aus medizinisch-sachverständiger Sicht alternativlos. Als einzige andere Möglichkeit wäre schlichtes tatenloses Abwarten verblieben. Im Hinblick auf den nach ihrem eigenen Vortrag sehr starken Leidensdruck wegen ihrer Schmerzen bereits in der Zeit vor den jeweiligen Extraktionen kann aber nicht angenommen werden, dass die Klägerin von einer Behandlung, von der sie sich eine Linderung ihrer Schmerzen hat erhoffen können, wegen der mit dieser Behandlung verbundenen Risiken Abstand genommen hätte.
Und hinsichtlich der Behandlungsmaßnahmen, die der Beklagte am 10.12.2010 über die Extraktion des Zahnes 46 hinaus vorgenommen hat, kann nicht festgestellt werden, dass sich insoweit eventuell aufklärungspflichtige Risiken verwirklicht hätten, mit der rechtlichen Folge, dass die Klägerin eine Inanspruchnahme des Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz nicht allein auf eine eventuell mangelnde Aufklärung über ein solches - nicht verwirklichtes - Risiko stützen kann, und dass es keiner abschließenden Klärung der Frage bedarf, welche Risiken der umstrittenen Behandlungsmaßnahmen konkret der Aufklärungspflicht unterlegen haben und ob, ggf. inwiefern und inwieweit insbesondere die mögliche temporäre Belastung der Kiefergelenke durch eine mehrstündige Behandlung mit entsprechend langer Zeit der Mundöffnung aufklärungspflichtig gewesen ist. Soweit die Klägerin meint, dass die lange Zeit, während der sie bei den Maßnahmen am 10.12.2010 ihren Mund habe geöffnet halten müssen, zu Problemen an ihren Kiefergelenken und dazu geführt habe, dass sich ihre zuvor bereits vorhanden gewesenen Schmerzen verstärkt und verlängert hätten, ist ihr der ihr insoweit obliegende Beweis nicht gelungen. Denn nach dem auch insoweit überzeugend begründeten Gutachten des Sachverständigen Dr. L können diesbezüglich belastbare Feststellungen nicht getroffen werden. Zur Begründung hat Dr. L insbesondere ausgeführt, dass die Aufnahmen des Parteisachverständigen Dr. T eine erhebliche Dysgnathie mit enormen Zahnfehlstellungen und einer irregulären Kauebene zeigten und dass im Hinblick darauf davon auszugehen sei, dass die Gelenkstrukturen erhebliche Kompensationsleitungen hätten erbringen müssen. Zwar könne eine mehrstündige Behandlung mit der damit verbundenen Öffnung des Mundes die Gelenkstrukturen belasten. Bei der Klägerin sei aber durch die gegebenen Zahnfehlstellungen der Verdacht auf eine Vorschädigung der Gelenkstrukturen gegeben und es liege eher die Vermutung nahe, dass eine eventuell

vorhanden und kompensiert gewesene Myoarthropathie aktiviert und in eine dekompensierte Form mit schmerzhaften Symptomen überführt worden sei. Eine langanhaltende Mundöffnung könne nie die Ursache, sondern allenfalls "der berühmte Tropfen sein, der das Fass zum Überlaufen" bringe. Eine Bestimmung der Ursachen für die Schmerzzustände im Bereich der Kiefergelenke und Muskulatur der Klägerin lasse sich wegen der vielen verschiedenen bei ihr vorhandenen Probleme in diesem Zusammenhang nicht sicher vornehmen. Diese Ausführungen des Dr. L überzeugen den Senat. Und sie werden von der Klägerin auch nicht mit Substanz angegriffen; ihr diesbezügliches Vorbringen erschöpft sich vielmehr letztlich darin, dass sie den fundierten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. L die aus ihrer laienhaften Sicht als betroffene Patientin resultierenden Vermutungen und Unterstellungen entgegensetzt. Sonstige eventuell aufklärungspflichtige und potentiell haftungsbegründende Beeinträchtigungen, die mit den über die Extraktion des Zahnes 46 hinausgehenden Behandlungsmaßnahmen am 10.12.2010 verbunden gewesen sein könnten, sind weder von der Klägerin vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.
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].

83. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – I-5 U 32/14, 5 U 32/14 – * Arzthaftung: Verweisung eines im Urlaub befindlichen Patienten in einem Telefongespräch

Orientierungssatz

Wird ein Facharzt von einem Patienten aus dem Urlaub angerufen, so darf er darauf vertrauen, dass ein anderer Arzt, an den er verweist, eine vollständige Anamnese und Untersuchung vornehmen und den Patienten erforderlichenfalls zwecks weiterer Diagnostik und Therapie an einen Facharzt weiter überweisen wird, da ein angerufener Arzt den Patienten weder klinisch noch sonst untersuchen kann, ist ihm eine genauere Differenzierung zwischen den nach den telefonischen Angaben denkbaren Differentialdiagnosen (hier: zwischen einer Thrombose und einem Kniegelenksinfekt bei Schmerzen im Ober- und Unterschenkel nach intraartikulärer Injektion und Flug) nicht möglich.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 28.01.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 32/14 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe

I.
Der am 00.00.1949 geborene Kläger hat den Beklagten, einen niedergelassenen Orthopäden, mit der Begründung auf Schmerzensgeld und materiellen Schadensersatz in Anspruch genommen, dass bei der am 14.2.2008 durchgeführten intraartikulären Injektion in das rechte Knie die maßgeblichen hygienischen Standards nicht beachtet worden seien. Auch sei er nicht über das Infektionsrisiko aufgeklärt worden, welches durch Diabetes und Adipositas erhöht gewesen sei.
Nach dem Eingriff entwickelte sich ein Kniegelenksinfekt, der ab dem 19.2.2008 während des Urlaubs des Klägers in Portugal von dem Arzt Dr. I2 und nach Urlaubsrückkehr vom 2.3.2008 bis 22.3.2008 im St. G-Hospital in L behandelt wurde. Am 5.3.2008 und 11.3.2008 nahmen die Ärzte jeweils eine Spiegelung des Knies und eine Spülung vor. Während eines weiteren stationären Aufenthalts im St. G-Hospital wurde dem Kläger am 13.6.2008 eine Knieprothese rechts eingesetzt.
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.
Nach Begutachtung durch die Sachverständigen Dr. L und I (Bl. 121 ff., 220 ff., 296 ff. d.A.), Anhörung beider Parteien (Bl. 297R ff. d.A.) und Vernehmung der Zeuginnen S und S2 (Bl. 307 ff. d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es sei nicht erwiesen, dass die Verabreichung der Injektion in das rechte Knie fehlerhaft gewesen sei. Dies gelte insbesondere für einen Verstoß gegen Hygienevorschriften. Auch sei der Kläger über das Infektionsrisiko ordnungsgemäß aufgeklärt worden.
Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Es sei nicht indiziert gewesen, Kortison zu spritzen. Denn angesichts eines bei der Punktion entnommenen Ergusses von nur 0,5 ml habe keine aktivierte Gonarthrose vorgelegen. Die injizierte Menge von 10 mg Triam sei nach den Fachinformationen des Herstellers zu gering gewesen. Auch sei

Triam unter Berücksichtigung der Vorbehandlungen zu häufig pro Jahr und zu früh nach der letzten Verabreichung am 28.1.2008 injiziert worden. Unmittelbar vor dem Urlaub in Portugal habe es außerdem nicht verabreicht werden dürfen, da die zeitnahe Behandlung eines möglichen Kniegelenksinfekts nicht gewährleistet gewesen sei. In hygienischer Hinsicht habe der Beklagte die Leitlinie über intraartikuläre Punktionen und Injektionen verletzt. Dies ergebe sich daraus, dass er, wie unwidersprochen vorgetragen worden sei, seinen Arbeitskittel vor der Behandlung nicht gewechselt habe. In dem am 19.2.2008 aus Portugal geführten Telefonat habe der Beklagte zu einer Abklärung eines möglichen Kniegelenksinfekts durch einen Chirurgen raten müssen. Schließlich bleibe die Aufklärungsrüge aufrechterhalten.
II.
Die Berufung des Klägers 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 10.7.2014 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 vom 5.8.2014 rechtfertigt keine andere Beurteilung.
Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsbegründung unter Änderung der Angriffsrichtung die Indikation, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, und die Dosis der intraartikulären Injektion vom 14.2.2008 beanstandet hat, hat er auch im Schriftsatz vom 5.8.2014 keine Gründe aufgezeigt, die zur Zulassung des neuen Vorbringens gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO führen, insbesondere die Verspätung nicht ausreichend entschuldigt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass an den Vortrag des Patienten im Arzthaftungsprozess nur geringe Anforderungen zu stellen sind und dieser nicht verpflichtet ist, zur Darlegung und Konkretisierung von Behandlungsfehlern ein ärztliches Gutachten einzuholen. Der Senat hat schon im Beschluss vom 10.7.2014 ausgeführt, dass sich die übliche Dosis einer Injektion und das maßgebliche zeitliche Intervall zwischen zwei Injektionen bereits aus dem mit der Klageschrift vorgelegten Bescheid der Gutachterkommission vom 14.5.2009 (Bl. 39, 44 d.A.) ergaben, worauf der Kläger in seiner Stellungnahme nicht eingegangen ist. Der genannten Umstand hätte es dem Kläger und seinen Prozessbevollmächtigten, auch als medizinischen Laien, bei sorgfältiger Prozessführung in erster Instanz ermöglicht, schlüssig die Indikation und Dosis zu rügen, ohne dass es einer erst nach Abschluss der ersten Instanz eingeholten orthopädischen Stellungnahme bedurft hätte. Schlüssig ist ein Vorbringen des Patienten im Arzthaftungsprozess insbesondere dann, wenn er Verdachtsgründe vortragen kann, die ein ärztliches Verhalten als fehlerhaft erscheinen lassen. So lag es hier. Dass die Dosis und das Verabreichungsintervall der intraartikulären Injektion am 14.2.2008 jeweils nicht dem Üblichen entsprachen und damit fehlerhaft sein konnten, ergab sich für den Kläger aus dem Bescheid der Gutachterkommission oder hätte sich zumindest bei sorgfältiger Prozessführung für ihn daraus ergeben können.
Im Übrigen hält der Senat an seiner Beurteilung fest, dass unter Zugrundelegung der überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen Dr. L und I in Bezug auf die Indikation, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, und Dosis der intraartikulären Injektion keine Behandlungsfehler des Beklagten festzustellen sind (Ziffer I 1 a bb (1) bis (5) des Senatsbeschlusses vom 10.7.2014). Der Kläger wiederholt in diesem Zusammenhang in seiner Stellungnahme nur einen Teil der Gesichtspunkte, die bereits in der Berufungsbegründung zur Darlegung eines Behandlungsfehlers vorgetragen worden sind. Dass sich die Sachverständigen nicht mit den Fachinformationen des Herstellers auseinandergesetzt haben, erklärt sich ohne weiteres dadurch, dass die Indikation und Dosis in erster Instanz nicht in Streit standen und die Sachverständigen sich deshalb auf eine knappe Verneinung eines Behandlungsfehlers beschränken konnten. Die Überzeugungskraft ihrer Beurteilung, die der Senat im Beschluss vom 10.7.2014 in Bezug auf die nunmehr gerügten Fehler jeweils dargestellt hat, wird hierdurch nicht gemindert. Soweit der Senat darauf hingewiesen hat, dass die am 28.1.2008 verabreichte Dosis geringer war als nach den Herstellerangaben üblich, handelt es sich lediglich um ein Argument, welches die sachverständige Beurteilung, dass eine geringfügige Unterschreitung des üblichen Abstands zwischen zwei Injektion zulässig war, als schlüssig und überzeugend erscheinen lässt.
Auch soweit der Kläger erstmals in der Berufungsbegründung geltend gemacht hat, dass der Beklagte ihn in dem am 19.2.2008 geführten Telefongespräch an einen Facharzt habe verweisen müssen, hat der Kläger in seiner Stellungnahme keine Gründe aufgezeigt, die zur Zulassung des neuen Vorbringens gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO führen, insbesondere die Verspätung nicht ausreichend entschuldigt. Die Gründe, die insoweit den Verdacht eines Behandlungsfehlers hätten begründen können, waren dem Kläger und seinen Prozessbevollmächtigten als medizinischen Laien auch in erster Instanz bekannt, nämlich - wie die entsprechende Aufklärungsrüge zeigt - das erhöhte Infektionsrisiko nach einer intraartikulären Injektion, das tatsächliche Verhalten des Beklagten während des Telefonats und der Umstand, dass die Behandlung eines Knieinfekts in das unfallchirurgische und orthopädischen Fachgebiet fällt. Denn die weitere Nachbehandlung des Klägers nach seiner Rückkehr nach Deutschland erfolgte in einer entsprechenden Abteilung des St. G-Hospitals in L2.
Aus den unter I 1 c des Beschlusses vom 10.7.2014 dargelegten Gründen ist der Senat im Übrigen weiterhin der Auffassung, dass in Bezug auf die telefonische Beratung und Aufklärung durch den Beklagten

im Ergebnis ein Fehler nicht schlüssig dargetan ist. Selbst wenn der Beklagte als Facharzt um das Infektionsrisiko nach intraartikulärer Injektion wusste, durfte er darauf vertrauen, dass ein anderer Arzt, an den er den Kläger telefonisch verwies, eine vollständige Anamnese und Untersuchung vornehmen und den Kläger erforderlichenfalls zwecks weiterer Diagnostik und Therapie an einen Facharzt weiter überweisen würde. Da ein angerufener Arzt den Patienten weder klinisch noch sonst untersuchen kann, ist ihm eine genauere Differenzierung zwischen den nach den telefonischen Angaben denkbaren Differentialdiagnosen nicht möglich, etwa im Streitfall zwischen einer Thrombose und einem Kniegelenksinfekt bei Schmerzen im Ober- und Unterschenkel nach intraartikulärer Injektion und Flug.
Eine mangelhafte Eingriffs- und Risikoaufklärung ist aus den im Senatsbeschluss vom 10.7.2014 dargelegten Gründen und den dort in Bezug genommenen Gründen des landgerichtlichen Urteils zu verneinen. Hätte der Beklagte, wie der Kläger in seiner Stellungnahme vom 5.8.2014 in diesem Zusammenhang anführt, gegen fachärztlichen Standard verstoßen, würde er ohnehin nur aus dem Gesichtspunkt eines Behandlungsfehlers, nicht aber deshalb haften, weil er eine Aufklärung des Klägers über das vom Standard abweichende Vorgehen unterlassen hat.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Berufungsstreitwert: 44.604 EUR (wie 1. Instanz)

84. OLG Köln, Beschluss vom 11.08.2014 – I-5 U 36/14, 5 U 36/14 – * Gesamtschuldner: Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensbeiträge zweier Hebammen im Zusammenhang mit einer Hausgeburt

Leitsatz

Unterlässt ein Arzt oder eine Hebamme im Fall einer beginnenden Erkrankung grob fehlerhaft die Durchführung oder Veranlassung der gebotenen Therapie (hier: Unterlassen von Maßnahmen bei einsetzender postpartaler Hyperbilirubinämie) und führt dies zu einer schweren Behinderung des Patienten, so wiegt dies nach Ursachenbeitrag und Verschulden derart schwer, dass ein - ebenfalls als grob fehlerhaft eingestuftes - Verschulden eines anderen Behandlers (Hebamme) wegen des Unterlassens einer vorbeugenden Empfehlung, im Hinblick auf eine Blutgruppenunverträglichkeit eine Hausgeburt zu unterlassen, dahinter vollständig zurücktritt.

Orientierungssatz

Hat es eine Hebamme angesichts des bekannten und im Mutterpass dokumentierten Antikörperstatus der Mutter mit der Gefahr einer Blutgruppenunverträglichkeit, Hämolyse und postpartalen Hyperbilirubinanämie grob fehlerhaft unterlassen, klar und deutlich von einer Hausgeburt abzuraten, während der bei der Geburt anwesenden Hebamme in schadensursächlicher Weise grob fehlerhaft zur Last fällt, nach ihrem Eintreffen nicht schon vor oder jedenfalls nach der Hausgeburt einen Wechsel in ein Perinatalzentrum oder ein entsprechendes Krankenhaus veranlasst zu haben bzw. nach dem Auftreten einer Gelbverfärbung als wichtigem Hinweis auf eine pathologische Neugeborenengelbsucht nicht sofort durch eine Krankenhauseinweisung reagiert zu haben, kann der Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der bei der Hausgeburt anwesenden Hebamme als der allein entscheidende anzusehen sein.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 5.02.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 542/09 - 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 nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).
Die Klägerin kann von der Beklagten gemäß §§ 67 VVG a.F., 426 BGB nicht die Zahlung von 476.666,67 EUR und die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten von 7.154,28 EUR verlangen.
Selbst wenn beide Parteien als Gesamtschuldner für die Schädigung des Kindes X eintrittspflichtig sein sollten, würde der Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der Beklagten, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, vollständig gegenüber dem Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der bei der Klägerin berufshaftpflichtversicherten Hebamme G zurücktreten. Bei Schadensersatzansprüchen richtet sich die Verteilung des Schadens auf mehrere Ersatzpflichtige nach § 254 BGB. Entscheidend ist in erster Linie das Maß der Verursachung, daneben das Verschulden.
Nach den Feststellungen des Landgerichts, gegen die sich die Klägerin nicht wendet, hat es die Beklagte angesichts des bekannten und im Mutterpass dokumentierten Antiköperstatuts der Mutter (Anti-c) mit der Gefahr einer Blutgruppenunverträglichkeit, Hämolyse und postpartalen Hyperbilirubinämie grob fehlerhaft unterlassen, in dem Gespräch vom 3.12.2002 klar und deutlich von einer Hausgeburt abzuraten, während es der Hebamme G in schadensursächlicher Weise grob fehlerhaft zur Last fällt, einerseits am 30.12.2002

nach ihrem Eintreffen nicht schon vor oder jedenfalls nach der Hausgeburt einen Wechsel in ein Perinatalzentrum oder ein entsprechendes Krankenhaus veranlasst zu haben und andererseits am 31.12.2002 gegen 10.00 Uhr nach dem frühen Auftreten einer Gelbverfärbung als wichtigem Hinweis auf eine pathologische Neugeborenengelbsucht nicht sofort durch eine Krankenhauseinweisung reagiert zu haben.
Dass der Verursachungs- und Verschuldensbeitrag der Hebamme G im Innenverhältnis der Parteien als der bei wertender Betrachtung allein entscheidende anzusehen ist, beruht indessen weniger, worauf der Sachverständige Prof. Dr. Dr. U und ihm folgend das Landgericht abgestellt haben, auf der zeitlichen Reihenfolge und darauf, dass die Hebamme G zuletzt gehandelt und die Geburt durchgeführt hat.
Vielmehr hat die Beklagte lediglich - wie zunächst auch die Hebamme G am 30.12.2002 vor und unmittelbar nach der Hausgeburt - eine in Bezug auf die postpartale Hyperbilirubinämie vorbeugende Empfehlung oder Maßnahme unterlassen, die sicher stellen sollte, dass eine pathologische Neugeborenengelbsucht, die bei Anti-c Antikörpern im mütterlichen Blut in besonderer Weise drohte, in einem Perinatalzentrum oder einem entsprechenden Krankenhaus umgehend erkannt und therapiert werden konnte. Die Hebamme G hat demgegenüber, nachdem sich ein Gelbfärbung des Neugeborenen am 31.12.2002 gegen 10.00 Uhr gezeigt hatte und sich nunmehr die vor der Geburt nur drohende Gefahr zu verwirklichen begann, die gebotene Einleitung therapeutischer Maßnahmen in einer Kinderklinik nicht veranlasst. Als therapeutische Maßnahmen wären eine Phototherapie und Bluttransfusionen bis hin zum Blutaustausch in Betracht gekommen. Wie der Sachverständige Prof. Dr. Dr. U dargelegt hat, ist ein rasche Gelbfärbung des Neugeborenen innerhalb der ersten 24 Stunden ein wichtiger und richtungsweisender Hinweis für eine pathologische Neugeborenengelbsucht, dem vorliegend umso höhere Bedeutung zukam, als aufgrund des Antikörpers Anti-c im Blut der Mutter ein erhöhtes Risiko einer Hyperbilirubinämie und eines pathologischen Verlaufs bestand. Ausweislich des anwaltlichen Schreibens des Geschädigten vom 18.2.2005 und der darin wiedergegebenen Angaben der Mutter X2 war die Hebamme G am Morgen des 31.12.2002 im Übrigen selbst über die frühe Gelbverfärbung erstaunt und hat erklärt, eine solche so noch nie erlebt zu haben.
Unterlässt ein Arzt oder eine Hebamme im Falle einer beginnenden Erkrankung die Durchführung oder Veranlassung der gebotenen Therapie so wiegt dies indessen nach Ursachenbeitrag und Verschulden wesentlich schwerer als das Unterlassen einer vorbeugenden Empfehlung oder Maßnahme, die eine adäquate Reaktion bei möglichem oder wahrscheinlichen Krankheitseintritt ermöglichen sollte.
Die Klägerin beruft sich in der Berufungsbegründung ohne Erfolg darauf, dass die Beklagte der Hebamme G den Weg einer Hausgeburt vorgegeben und so für das Kind X und die Hebamme G eine Gefahrenlage geschaffen habe. Diesem Gesichtspunkt kommt, auch was eine gewisse Mithaftung der Beklagten angeht, keine entscheidende Bedeutung zu. Die geburtshilfliche Ausgangslage und das Risiko einer postpartalen Hyperbilirubinämie waren der Hebamme G nach dem von einer Hebamme zu fordernden Wissensstand ohne weiteres erkennbar. Die Ergebnisse der Antikörpersuchtests vom 3.6.2002 und 24.9.2002 mit einem Antikörper Anti-c und einem Titer von 1 : 16 bzw. 1 : 64 waren im Mutterpass von X2 eingetragen. Das Studium des Mutterpasses und die Erfassung und Bewertung der darin enthaltenen Informationen bilden nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U den mindesten Qualitätsstandard einer geburtshilflichen Betreuung. Das Gefahrenpotential eines positiven Antikörpersuchtests zählt dabei - so der Sachverständige weiter - zu den Basiskenntnissen einer Hebamme, die eigenständig Schwangerschaften und Geburten betreut. Von daher bedurfte es entgegen der Auffassung der Klägerin keiner besonderen Sensibilisierung der Hebamme G durch die Beklagte. Dass die Beklagte der Hebamme G den Mutterpass überlassen hat, hat die Klägerin selbst vorgetragen.
Im Rahmen der Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensbeiträge kommt hinzu, dass es zwei die Beklagte entlastende Gesichtspunkte gibt. Nach ihrer Dokumentation, deren Richtigkeit vermutet wird und deren Inhalt von der Klägerin mangels Beweisantritts nicht widerlegt werden kann, hat die Beklagte am 3.12.2002 mit X2 besprochen, dass die Gynäkologin Dr. X3 die Antikörperwerte überwache, dass nur bei normalen Befunden eine Hausgeburt möglich sei und dass bei frühem Gelbwerden des Kindes eine Klinikverlegung möglich und nötig sei.
Zum einen hatte die Beklagte danach noch gar keine abschließende Prüfung und Beratung über die Möglichkeit einer Hausgeburt vorgenommen. Zwar mag dies entgegen der Auffassung, die die Beklagte insbesondere in der Berufungserwiderung unter Verweis auf die entsprechenden Ausführungen von Prof. Dr. Dr. U in der Anhörung (S. 4 des Protokolls, Bl. 314R d.A.) vertreten hat, nicht jeden Behandlungsfehlervorwurf entfallen lassen. Denn die Beklagte hätte X2 darüber aufklären können und unter Umständen aufklären müssen, dass nach dem gegenwärtigen Stand aufgrund des Antikörperstatus die Gefahr bestand, dass es nach der Geburt zu einer gefährlichen Neugeborenengelbsucht kommen könne sowie dass deshalb eine Hausgeburt derzeit nicht indiziert und eine Geburt in einem Perinatalzentrum oder einem entsprechenden Krankenhaus vorzugswürdig sei. Dass eine positive Veränderung des Antikörperstatus möglich oder gar zu erwarten war, ergibt sich weder aus dem eingeholten Sachverständigengutachten noch aus den medizinischen Ausführungen der Parteien. Auch wenn ihr Verhalten demnach nicht fehlerfrei gewesen sein mag, so verblieb für die Beklagte nach den getroffenen Absprachen aber doch

die Möglichkeit, abhängig vom Ergebnis etwaiger weiterer gynäkologischer Untersuchungen noch von einer Hausgeburt abzuraten.
Zum anderen hatte die Beklagte in der unter dem 3.12.2002 dokumentierten Absprache für den Fall eines frühen Gelbwerdens des Kindes gerade eine Verlegung in eine Klink vorgesehen, also die Einleitung therapeutischer Maßnahmen, die die Hebamme G unterlassen hat und die nach den Ausführungen von Prof. Dr. Dr. U und dem eigenen Vortrag der Klägerin den Schaden abgewendet hätte. Auch dieser Gesichtspunkt mildert den der Beklagten anzulastenden Ursachen- und Verschuldensbeitrag in seinem Gewicht weiter ab.
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.

85. OLG Koblenz, Beschluss vom 11.08.2014 – 5 U 788/14 – * Unfall eines Patienten im Krankenhaus: Verkehrssicherungspflichten des Krankenhauses und eines dort tätigen Anstreichers gegenüber betagten Patienten

Leitsatz

1. Lehnt ein im Krankenhaus tätiger Anstreicher die dort aus den Angeln gehobene Tür neben der deutlich wahrnehmbaren Türöffnung senkrecht gegen die Wand, liegt darin keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, falls auf der betreffenden Station keine sehbehinderten oder aus sonstigen Gründen desorientierten Patienten untergebracht sind.
2. Bestand nach sachverständiger Einschätzung kein Anhalt für persistierende Unaufmerksamkeit oder Zerstreutheit einer 87 - jährigen Patientin, deren Allgemeinzustand bei der stationären Aufnahme als "sehr gut" befunden wurde und die "allseits orientiert und mobil" wirkte, liegt kein haftungsrelevantes Versäumnis darin, dass man sie den Hin- und Rückweg zu Untersuchungen innerhalb des Krankenhauses unbegleitet zurücklegen lässt.
3. Ob und gegebenenfalls welche Vorkehrungen im Krankenhaus gegen einen Sturz hochbetagter Patienten zu treffen sind, kann nur aufgrund einer wertenden Gesamtschau aller vor dem Unfall erkennbaren Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden.

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 Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:

Gründe

I. Die Klägerin wurde am 24.09.2010 - wenige Tage vor ihrem 88. Geburtstag - nach Blutdruckschwankungen und Schwindelattacken in der Inneren Abteilung des Krankenhauses der Beklagten zu 2. aufgenommen. Ihr Allgemeinzustand wurde als "sehr gut" befunden. Sie sei "allseits orientiert und mobil".
Am 28.09.2010 wurde sie mit einem Rollstuhl zu einer kardiologischen Untersuchung verbracht. Auf dem Rückweg verließ sie den Rollstuhl im Aufzug und machte sich dann ohne Begleitung auf den Weg zu ihrem Krankenzimmer, das kurz zuvor im Zuge weitreichender Baumaßnahmen renoviert worden war. Im Nachbarzimmer, das über dieselbe vom Flur ausgehende Zugangsnische erreichbar war, wurden noch Restarbeiten ausgeführt. Das geschah im Auftrag der Beklagten zu 2 durch die Beklagte zu 1. Dazu hatten deren Mitarbeiter die dortige Tür ausgehängt und an die seitlich daneben befindliche Nischenwand gelehnt.
Die Klägerin verwechselte die Tür mit der Tür zu ihrem Zimmer und zog sie am Griff nach vorn, so dass diese auf sie fiel. Dabei erlitt sie einen vorderen Beckenringbruch, eine laterale Fraktur des Schlüsselbeins und eine Absprengung am Kreuzbein.
In der Folge hatte sie starke Schmerzen. Zur Linderung wurden ihr oral und über ein Pflaster Opiate verabreicht. Als daraufhin am 6.10.2010 Zeichen von Verwirrtheit auftraten, setzte man zunächst die orale Gabe und, da die Desorientierung am Folgetag fortdauerte, dann das Pflaster ab. Am Abend des 7.10.2010 stürzte die Klägerin in ihrem Zimmer. Sie hatte sich aus dem Bett zum Fenster begeben, das sie für die Ausgangstür hielt. Es kam nunmehr zu einer kompletten Beckenringfraktur.
Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin die Beklagten gesamtschuldnerisch auf die Zahlung eines mit mindestens 35.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds und materieller Ausgleichsleistungen von 4.813,72 € sowie 2.879,80 € in Anspruch genommen. Außerdem hat sie die Feststellung deren weitergehender Ersatzhaftung begehrt. Sie hat ihnen mit Blick auf das Schadensereignis vom 28.09.2010 mangelhafte Sicherungsvorkehrungen vor Ort vorgeworfen und der Beklagten zu 2. dabei auch angelastet,

sie nicht auf ihr Zimmer geleitet zu haben. Den Sturz vom 7.10.2010 hat sie auf den Einfluss der nachfolgend notwendig gewordenen medikamentösen Behandlung zurückgeführt. Die Beklagte zu 2. sei nicht ausreichend schadensvorbeugend tätig geworden; es sei geboten gewesen, sie kontinuierlich zu überwachen und am Verlassen ihres Betts zu hindern.
Ihre Schmerzensgeldforderung hat die Klägerin namentlich damit begründet, dass die im Krankenhaus der Beklagten zu 2. erlittenen Frakturen zu einer dauerhaften Gehunsicherheit und Betreuungsbedürftigkeit geführt hätten. Daraus sei gleichzeitig ein materieller Schaden erwachsen, weil sie ihre alte Wohnung habe verlassen und in ein Seniorenstift habe umziehen müssen. Die so entstandenen Mehrkosten seien für die Zeit vom 1.01.2011 bis zum 31.07.2012 mit 4.770 € zu beziffern. Weitere Aufwendungen von 43,72 € hätten sich durch die Einholung eines zur Prozessführung nötigen ärztlichen Attests ergeben. Zudem seien vorprozessuale Anwaltsgebühren von 2.879,80 € aufgelaufen.
Das Landgericht hat Zeugen zu den örtlichen Verhältnissen am 28.09.2010 gehört und insoweit eine Augenscheinseinnahme durchgeführt. Außerdem hat es einen Sachverständigen im Hinblick auf mögliche Versäumnisse in der schadenspräventiven pflegerischen Betreuung der Klägerin durch die Beklagte zu 2. befragt. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Es hat gemeint, dass dem Schadensfall vom 28.09.2010 weder eine Verkehrssicherungspflichtverletzung der Beklagten zu 1. noch eine Nachlässigkeit der Beklagten 2. vorausgegangen sei. Die Situation vor Ort sei selbst für nicht umfassend orientierte Personen offensichtlich gewesen und der Zustand der Klägerin habe gestattet, sie eigenverantwortlich zu ihrem Zimmer gehen zu lassen. Auch vor dem Sturz vom 7.10.2010 habe sich die Beklagte zu 2. nicht pflichtwidrig verhalten. Es sei weder geboten gewesen, die Klägerin dauerhaft zu überwachen, noch habe hinreichender Anlass dazu bestanden, sie am Bett zu fixieren.
Dagegen wendet sich die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Verlangens mit der Berufung: Das Schadensereignis vom 28.09.2010 sei durch eine Verkehrssicherungspflichtverstoß der Beklagten zu 1. ausgelöst worden, die Unfallverhütungsvorschriften missachtet habe. Dafür müsse auch die Beklagte zu 2. einstehen. Außerdem sei diese ihren Fürsorgepflichten nicht nachgekommen. Das Geschehen am 7.10.2010 sei angesichts ihrer medikamentös bedingten geistigen Beeinträchtigung vorhersehbar und durch vertretbare Sicherungsvorkehrungen vermeidbar gewesen.
II. Damit vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Die angefochtene Entscheidung hat Bestand. Für die mit der Klage erfolgte Inanspruchnahme der Beklagten gibt es keine trag- fähige Grundlage.
1. Das gilt zunächst mit Blick auf den Schadensfall vom 28.09.2010.
a) Die Klägerin wirft der Beklagten zu 1. zu Unrecht eine Verkehrssicherungspflichtverletzung vor, weil deren Mitarbeiter die Zimmertür, durch die sie geschädigt wurde, in gefahrbringender Weise platziert hätten. Allerdings ist anerkannt, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle eröffnet, gehalten ist, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (BGH VersR 2002, 247; BGH VersR 2005, 279). Das verpflichtet ihn zu den Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für erforderlich erachtet, um andere vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Dabei ist aber zu sehen, dass nicht jeder denkbaren Gefahr vorbeugend begegnet zu werden braucht. Haftungsbegründend wird eine Gefahr erst dann, wenn es aus sachkundiger Sicht nahe liegt, dass Rechtsgüter anderer beeinträchtigt werden (BGH VersR 2006, 233; BGH NJW 2007, 1683). Dem allgemeinen Sorgfaltsgebot ist daher regelmäßig genügt, wenn derjenige Sicherheitsstandard erreicht wird, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für angemessen erachtet (BGH VersR 1972, 559; BGH NJW 2007, 1683). Damit muss hingenommen werden, dass es von einem fremden Herrschaftsbereich ausgehende Risiken gibt, die der Geschädigte am Ende allein trägt (BGH VersR 1975, 812; BGH VersR 2003, 1319; BGH NJW 2007, 1683).
So verhalten sich die Dinge auch hier. Ein haftungsbegründender (§ 823 BGB) Pflichtverstoß der Beklagten zu 1. lässt sich nicht bejahen. Davon hat sich das Landgericht durch eine Augenscheinseinnahme überzeugt. Die Verhältnisse vor Ort waren übersichtlich und es lag fern, dass nicht vollständig orientierte Patienten die ausgehängte, an die Wand gelehnte Tür mit einer regulären Tür verwechseln und einen Zimmerzugang über sie suchen würden. Denn die Tür stand geneigt an einer Seitenwand, und die zugehörige Türöffnung war unübersehbar.
Die Klägerin meint zu Unrecht, die Beklagte zu 1. habe einschlägige Unfallverhütungsvorschriften verletzt (zu deren verkehrssicherungsrechtlicher Bedeutung vgl. BGH NJW 1996, 2035). Die in diesem Zusammenhang von ihr angeführten Bestimmungen verlangten der Beklagten zu 1. keine besonderen Vorkehrungen ab, weil es an einer ernstzunehmenden Gefahrenlage fehlte und mit einem Verhalten, wie es die Klägerin an den Tag legte, nicht gerechnet zu werden brauchte. Im vorliegenden Fall realisierte sich kein reelles Risiko, mit der die Tätigkeit der Beklagten zu 1. ihrer Natur nach behaftet war. Das sieht letztlich auch die Berufung nicht anders, indem sie darauf abhebt, Kriterium für den Verstoß gegen eine Unfallverhütungsvorschrift sei das Unterlassen von Schutzmaßnahmen gegen "eine nicht fern liegende" Nutzung des zu sichernden Bereichs.
b) Auch für eine Schadensverantwortlichkeit der Beklagten zu 2. ist kein Raum. Da Mängel der Sicherung der Örtlichkeit durch die Beklagte zu 1., die sie gemäß § 280 Abs. 1, 278 BGB haftbar machen würden (BGH MDR 2013, 266), zu verneinen sind, kann sich eine Einstandspflicht nur daraus ergeben, dass man

die Klägerin am 28.09.2010 unbegleitet aus dem Aufzug auf den Weg zu ihrem Krankenzimmer entließ. Darin lag jedoch kein vertragliches oder deliktisches Fehlverhalten.
Freilich war der Klägerin ausweislich der Krankenunterlagen der Beklagten zu 2. noch am 27.09.2010 schwindelig gewesen. Aber während des gesamten Krankenhausaufenthaltes hatte es keine prononcierten Schwindelanfälle gegeben. Deshalb hat es der vom Landgericht herangezogene Sachverständige Prof. Dr. K. für vertretbar erachtet, die Klägerin allein gehen zu lasen. Diese Auffassung teilt der Senat. Unabhängig davon ist zu sehen, dass der Unfall vom 28.09.2010 nicht Folge von Schwindel, sondern Zeichen einer Unaufmerksamkeit oder Zerstreutheit war. Vor deren Folgen zu schützen, bestand für die Beklagte zu 2. keine hinlängliche Veranlassung, weil es dafür keine Befundlage gab.
2. In Bezug auf den Sturz vom 7.10.2010 stellt sich lediglich die Frage nach einer Haftung der Beklagten zu 2.. Die Inanspruchnahme der Beklagten zu 1. ließe sich nur mittelbar über eine Verantwortlichkeit für das - die weitere Entwicklung gestaltende - Geschehen am 28.09.2010 herstellen, die indessen ausscheidet.
Der Berufung ist darin zu folgen, dass eine Selbstgefährdung der Klägerin für den 7.10.2010 nicht ausgeschlossen werden konnte. Denn es gab keine Gewähr dafür, dass nach dem Absetzen der Opiate Verwirrtheitszustände nicht mehr auftreten würden. Das aktuelle psychiatrische Konzil sah zwar die kognitive und intellektuelle Beeinträchtigung deutlich vermindert, aber noch nicht definitiv beseitigt. Von daher waren Phasen einer Desorientierung möglich und damit auch ein Sturzereignis denkbar. Aber insoweit gab es nur ein latentes Risiko, das die von der Klägerin erhobene Forderung nach einer nächtlichen Immobilisierung ihrer Person nicht rechtfertigen konnte (OLG Jena NJW-RR 2012, 1419). Gegen eine akute Gefahrenlage sprach zudem, dass es selbst während der vorangegangenen ausgeprägten Verwirrtheit der Klägerin nicht zu schadensträchtigen Vorfällen gekommen war. Angesichts dessen war es vertretbar, dass man davon absah, die Klägerin durch eine Angurtung oder durch die Anbringung von Barrieren am Verlassen ihres Betts zu hindern. Das war - unter Abwägung einerseits der Gebote einer Schadensprävention und andererseits der persönlichen Würde und Freiheit der Klägerin - situationsangemessen. Die Klägerin rügt vergeblich, dass sie ihre Zustimmung zu einer Immobilisierung erteilt hätte, wenn ihr ein entsprechendes Angebot gemacht worden wäre. Dem widerspricht die Erfahrung, die der - für Arzthaftungssachen zuständige - Senat in anderen Prozessen gewonnen hat. Die Erwägung der Klägerin, für sie streite in diesem Zusammenhang die "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens", geht fehl. Für eine entsprechende - im Übrigen grundsätzlich nur im Bereich der Anlageberatung anerkannte (vgl. BGHZ 193, 159) - Vermutung ist hier schon deshalb kein Raum, weil die Beklagte zu 2. ihre Aufklärungspflichten mangels der Indikation einer Immobilisierung nicht verletzt hat.
Weniger einschneidende Schutzmaßnahmen wie das Auslegen einer "Sturzmatte vor dem Bett" oder die "ebenerdige Lagerung der Bettmatratze", auf die die Klägerin ergänzend verweist, wären zur Schadensabwehr untauglich gewesen. Denn sie hätten die Klägerin nicht daran gehindert, das Bett selbständig zu verlassen. Soweit die Klägerin darüber hinaus beanstandet, dass sie nicht kontinuierlich beaufsichtigt worden sei, ist das ebenfalls unbehelflich. Es ist gerichtsbekannt, dass im Krankenhausbereich, sieht man von Fällen auf der Intensivstation ab, eine dauerhafte Patientenüberwachung personell nicht geleistet werden kann. Daraus lässt sich auch kein Organisationsverschulden herleiten. Ob der Beklagten zu 2. am 7.10.2010 engmaschigere Kontrollen möglich gewesen wären, als sie tatsächlich durchgeführt wurden, kann dahinstehen. Denn es ist nicht zu ersehen, dass diesbezügliche Versäumnisse schadenskausal geworden wären. Der Sturz der Klägerin hätte sich nur dann mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermeiden lassen, wenn sich eine Aufsichtsperson lückenlos vor Ort befunden hätte.
3. Nach alledem sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen. Bis zum 23.09.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.

86. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – I-5 U 119/11, 5 U 119/11 – * Arzthaftung: Beweislast des Geschädigten bei Vorliegen eines Diagnosefehlers

Leitsatz

1. Um einen einfachen Diagnosefehler, nicht aber um einen Befunderhebungsfehler handelt es sich, wenn ein Arzt die vom Patienten geschilderten Beschwerden - letztlich nicht mehr vertretbar - ausschließlich einem HWS-Syndrom zuordnet und deshalb folgerichtig der Frage eines möglichen Schlaganfalls differenzialdiagnostisch nicht weiter nachgeht.
2. Die zur Beweislastumkehr führende fundamentale Verkennung eines eindeutigen Krankheitsbildes scheidet aus, wenn es sich um einen Hirninfarkt im hinteren Strombereich handelt, der klinisch schwierig zu diagnostizieren ist, bei dem die Symptome untypisch und nicht konstant sind, und bei dem die Verwechslung mit einem HWS-Syndrom nicht fernliegt.

Orientierungssatz

1. Der Patient muss bei Vorliegen eines Diagnosefehlers, der dazu geführt hat, dass er um drei Tage verzögert wegen des Verdachts auf Hirninfarkt in ein Krankenhaus eingeliefert worden ist, beweisen, dass

diese Verzögerung für die vielen von ihm behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen ursächlich geworden ist.
2. Eine Lyse-Therapie, die nur in dem engen Zeitfenster von viereinhalb Stunden nach Beginn der Symptomatik zugelassen und sinnvoll ist, war nicht durchzuführen, wenn dieses Zeitfenster seit langem verstrichen war, als der Patient die Praxis des beklagten Arztes aufgesucht hat.
3. Zu Leitsatz 2: Eine Beweislastumkehr kommt bei einem Diagnosefehler nur in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist und einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst darstellt. Die Schwelle, von der ab eine Fehldiagnose als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, ist hoch anzusetzen (Vergleiche: BGH, Urteil vom 21.12.2010, VI ZR 284/09; BGHZ 188, 29).

Tenor

I. Die Berufung des Klägers gegen das am 13.05.2011 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 19/10 - wird zurückgewiesen.
II. Auf die Anschlussberufung des Beklagten wird das am 13.05.2011 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 19/10 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Die Klage wird abgewiesen.
III. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden dem Kläger auferlegt.
IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der am xx.xx 1952 geborene Kläger war bei dem Beklagten seit Ende der 90er Jahre in hausärztlicher Behandlung und nimmt diesen im Zusammenhang mit der über Jahre hinweg gehenden Behandlung seines Bluthochdrucks (arterielle Hypertonie) und wegen des Nichterkennens eines Schlaganfalls im 12.2005 sowie wegen der Behandlung der Symptome des Klägers zu dieser Zeit auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden in Anspruch.
Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe es unter Berücksichtigung der Vorerkrankungen des Klägers behandlungsfehlerhaft unterlassen, die im Jahre 2003 begonnene medikamentöse Therapie mit Plavix 75 und ASS 100 bzw. zumindest einem dieser Medikamente fortzuführen. Außerdem habe er dem Kläger fehlerhaft zur Behandlung des Bluthochdrucks Diuretika verordnet. Der Beklagte habe es dann im 12.2006 behandlungsfehlerhaft unterlassen, die Diagnose eine Schlaganfalls zu stellen und ihn deswegen sofort in ein Krankenhaus einzuweisen. Wäre er, Kläger, bereits am 05.12.2006 vom Beklagten in ein Krankenhaus zur weiteren Abklärung und Behandlung eingewiesen worden, so wäre das am 08.12.2008 beim Kläger festgestellte Schlaganfallgeschehen samt dessen Folgen verhindert worden.
Der Kläger beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn aus der fehlerhaften Behandlung ab 2003 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 300.000 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen - seit dem 01.08.2007 zu zahlen;
2. den Beklagten zu verurteilen, als materiellen Schadensersatz an den Kläger weitere 118.621,50 Euro zu zahlen, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen - seit dem 01.08.2007;
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche künftigen immateriellen und alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm infolge der fehlerhaften Behandlungen ab 2003 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und ist den Vorwürfen des Klägers entgegengetreten. Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. T [schriftliches Gutachten vom 2.02.2010 (Bl. 308 - 351 d. A.)], das dieser in dem Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 21.03.2011 mündlich erläutert hat [S. 2 - 6 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 21.03.2011, Bl. 397 ff., 397R - 399R d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten ist das Landgericht zu der Feststellung gelangt, dass dem Beklagten dem Grunde nach der Vorwurf zu machen sei, dass er im Rahmen der gegebenen Symptomatik am 05.12.2006 und im Hinblick auf das für ihn erkennbar gewesene Klägerbefinden an diesem Tag ein unbedingt erforderlich gewesenes weitergehendes befundsicherndes Handeln, wie es dann erst am 08.12.2006 erfolgte, unterlassen habe, und dass dem Kläger dadurch ein vermeidbar gewesener immaterieller Schaden insofern entstanden sei, als der Kläger durch die Verzögerung von drei Tagen entsprechende Ängste und Beeinträchtigungen erlitten habe, die aus der Wahrnehmung der Symptome und aus

der Unkenntnis von deren Ursache und der Unsicherheit über deren richtige Behandlung erwachsen seien. Auf der Basis dieser Feststellungen hat das Landgericht den Beklagten verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 3.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.08.2007 zu zahlen, und festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtlichen künftigen immateriellen und alle weitergehenden und künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm infolge der fehlerhaften Behandlungen am 5.12.2006 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden. Die weitergehende Klage hat das Landgericht mit der Begründung, dass nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme weitergehende schadensursächliche Befunderhebungs- oder sonstige Behandlungsfehler nicht festgestellt werden könnten, abgewiesen.
Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Klaganträge, soweit das Landgericht ihnen nicht entsprochen hat, unverändert weiterverfolgt.
Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger insbesondere vor, dass der Beklagte nicht nur für die Verzögerung der Therapie um drei Tage einzustehen habe, sondern für sämtliche schweren gesundheitlichen Schäden, die sich in der Folgezeit beim Kläger ergeben hätten. Denn der Beklagte habe nicht bewiesen, dass diese schweren Folgen auch bei ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Befunderhebung und Therapie nicht hätten vermieden werden können. Der Sachverständige habe vielmehr ausgeführt, dass eine Milderung der Folgen im Falle ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Befunderhebung und Therapie nicht unwahrscheinlich oder gar fern liegend sei. Den Nachteil, dass der Sachverständige insoweit sichere Feststellungen nicht habe treffen können, müsse der Beklagte tragen, weil er dies durch die unterlassene rechtzeitige Befunderhebung selbst verursacht habe. Im Übrigen habe auch das Landgericht dadurch, dass es zu Recht dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen habe, zu erkennen gegeben, dass es Folgen der Behandlungsverzögerung nicht ausschließen könne. Der Kläger wiederhole zudem seinen erstinstanzlichen Vortrag zu den Behandlungsfehlern, die seitens der privaten Sachverständigen beschrieben worden seien, wobei eine ergänzende Sachverständigenbegutachtung anzuordnen sei, soweit die exakte Zuordnung verschiedener Schlaganfallgeschehen eine Rolle spiele. Es bleibe auch ausdrücklich der Vorwurf aufrecht erhalten, dass die im Jahre 2003 begonnene Therapie mit Plavix 75 und ACC 100 nicht konsequent fortgeführt worden sei. Denn mit einer konsequenten Fortführung dieser Therapie hätte das Schlaganfallgeschehen zumindest herausgezögert werden können. Beim Kläger habe es sich auch nach Einschätzung des Gerichtssachverständigen um einen Hochrisikopatienten gehandelt. Im Hinblick darauf und wegen des schwer einstellbaren Hochdrucks hätten die Möglichkeiten einer differenzierten Hochdrucktherapie wirklich ausgeschöpft werden müssen.
Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung und verfolgt mit seiner Anschlussberufung seinen erstinstanzlichen Antrag, die Klage insgesamt abzuweisen, unverändert weiter.
Zur Begründung tritt er dem Berufungsvorbringen des Klägers im Einzelnen entgegen und trägt ergänzend insbesondere vor, dass das Landgericht in Bezug auf die Behandlung am 5.12.2006 zu Unrecht einen haftungsbegründenden Fehler angenommen habe. Der Kläger sei seit 1998 bei dem Beklagten in hausärztlicher Behandlung gewesen und im Hinblick darauf habe der Beklagte die physischen und psychischen Probleme des Klägers sehr genau gekannt. Der Kläger habe einerseits erhebliche Schlaganfallangst gehabt, andererseits aber auch gravierende Probleme mit der Compliance. Er habe zahlreiche Behandlungsempfehlungen des Beklagten ignoriert. Am 5.12.2006 habe der Beklagte auch an ein Schlaganfallgeschehen gedacht, festgestellt, dass die Diagnose angesichts des Beschwerdebildes unklar sei, und deshalb die sofortige stationäre Aufnahme in ein Krankenhaus empfohlen. Diese habe der Kläger verhindert, indem er sich geweigert habe, ein Krankenhaus aufzusuchen. Der Beklagte habe deshalb dem Kläger dringend empfohlen, zumindest sofort einen Radiologen und eine Neurologin in C aufzusuchen, mit der auf Veranlassung des Beklagten noch während der Behandlung am 5.12.2006 ein Termin vereinbart worden sei. Diesen habe der Kläger indes nicht wahrgenommen. Der Kläger habe vielmehr den Beklagten unter Hinweis darauf, dass er ihn in der Vergangenheit doch auch bei derartigen Beschwerden immer hinbekommen habe, darum gebeten, es bei der Behandlung durch ihn zu belassen. Die fehlende Compliance zeige sich auch darin, dass der Kläger am 6.12.2006 den Beklagten nicht aufgesucht habe, obwohl es ihm ausweislich seines Vorbringens im vorliegenden Prozess an diesem Tag sehr schlecht gegangen sei, und dass er bei dem Behandlungstermin am 7.12.2006 erneut die dringende Empfehlung des Beklagten zur stationären Aufnahme oder zumindest zur Konsultation der Neurologin in C nicht befolgt habe. Da der Kläger sich beharrlich geweigert habe, die Empfehlungen des Beklagten zu befolgen und sich stationär einweisen zu lassen, habe der Beklagte keine Möglichkeit gehabt, für eine Krankenhauseinweisung des Klägers Sorge zu tragen. Eine Haftung des Beklagten entfalle dementsprechend jedenfalls wegen des gravierenden Mitverschuldens des Klägers. Unabhängig von Vorstehendem sei es aber auch nicht aufgrund entsprechender Leitlinien geboten gewesen, den Kläger am 5.12.2006 mit einem Rettungswagen in ein Krankenhaus einzuliefern. Vielmehr habe die Behandlung des Klägers durch den Beklagten vom 5. bis 8.12.2006 dem Standard entsprochen, der für einen Hausarzt zugrunde zu legen sei. Es sei im Übrigen keineswegs sicher, dass sich bereits am 5.12.2006 ein Schlaganfall ereignet habe.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Anschlussberufung und tritt dem Vorbringen des Beklagten hierzu im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Schriftsätze des Klägers vom 4. Juni, 18.06.(nebst Anlage) 2014 [Bl. 788 - 791 und 797/798 (i. V. m. 799/800) d. A.] und des Beklagten vom 2. und 26.06.2014 sowie 14.07.2014 [Bl. 787 = 786 und 801 - 805 sowie 806 - 808 d. A.] sowie auf das Vorbringen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen am 18.04.2012 und am 12.05.2014 [Protokolle, Bl. 534 f. und 780 ff. d. A.] Bezug genommen.
Der Senat hat weiteren Beweis durch Einholung eines schriftlichen internistisch-kardiologischen Gutachtens des Sachverständigen Priv.-Doz. Dr. T2 [Facharzt für Innere Medizin, Kardiologie, Pneumologie und internistische Intensivmedizin; Chefarzt der Abteilung für Kardiologie und Internistische Intensivmedizin des St. W-Krankenhauses M] nebst mündlicher Erläuterungen am 12.05.2014 sowie durch Einholung eines schriftlichen neurologischen Zusatzgutachtens des Sachverständigen Dr. P [Facharzt für Neurologie; Chefarzt der Neurologischen Abteilung des St. W-Krankenhauses M]. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Priv.-Doz. Dr. T2 vom 8.09.2013 [Bl. 607 - 627 d. A.] und auf das Protokoll seiner mündlichen Erläuterungen am 12.05.2014 [(S. 5 - 8 des Protokolls vom 12.05.2014, Bl. 780 ff., 782 - 783R d. A.)] sowie auf das schriftliche Zusatzgutachten des Dr. P vom 15.08.2013 [Bl. 628 - 651 d. A.] Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung des Beklagten sind zulässig. In der Sache hat die Anschlussberufung des Beklagten in vollem Umfange Erfolg, während die Berufung des Klägers unbegründet ist.
Dem Kläger stehen gegen den Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn dem Kläger ist der ihm obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass dem Beklagten bei der umstrittenen Behandlung schadensursächliche Fehler unterlaufen sind:
Hinsichtlich der Behandlung des Klägers durch den Beklagten bis zum 4.12.2006 und insoweit insbesondere hinsichtlich der vom Beklagten verordneten Medikation vermochte der Kläger weder einen Behandlungsfehler des Beklagten noch einen Ursachenzusammenhang zwischen der Behandlung und dem Anfang12.2006 eingetretenen Hirninfarktgeschehen zu beweisen [näher dazu unten zu 5.]. In Bezug auf die Behandlung ab dem 5.12.2006 ist demgegenüber zwar nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen, dass dem Beklagten ein Diagnosefehler unterlaufen ist, der zu einer um drei Tage verzögerten Krankenhauseinlieferung des Klägers wegen des Verdachts auf Hirninfarkt geführt hat [näher dazu unten zu 2.]. Diese dreitägige Verzögerung als solche vermag aber weder immateriellen noch materiellen Schadensersatz zu begründen [näher dazu unten zu 6.]. Und dem Kläger ist auch der Beweis dafür nicht gelungen, dass diese dreitägige Verzögerung für die vielen von ihm behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen ursächlich geworden ist [näher dazu unten zu 3.], wobei ihm Beweiserleichterungen insoweit weder unter dem Gesichtspunkt des groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugutekommen [näher dazu unten zu 4.].
1. Bei dieser Beurteilung folgt der Senat, soweit es die Behandlung des Klägers bis 4.12.2006 geht, dem erstinstanzlich eingeholten Gutachten des Gerichtssachverständigen des Dr. T [schriftliches Gutachten vom 2.02.2010 (Bl. 308 - 351 d. A.) nebst mündlicher Ergänzung am 21.03.2011 (S. 2 - 6 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung u. Beweisaufnahme vom 21.03.2011, Bl. 397 ff., 397R - 399R d.A.)]. Insoweit überzeugt dieses Gutachten 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 den Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Zu den Fragen im Zusammenhang mit der Behandlung des Klägers durch den Beklagten am 5.12.2006 bzw. den beiden Folgetagen sowie zu den damit zusammenhängenden Kausalitätsfragen vermochte das Gutachten des erstinstanzlich tätig gewesenen Gerichtssachverständigen Dr. T demgegenüber nicht zu überzeugen, weil es insoweit nicht frei von Widersprüchen ist und insgesamt keine hinreichend fundierte Entscheidungsgrundlage zu bieten vermag. Im Hinblick darauf sah sich der Senat veranlasst, insbesondere zu diesem Komplex einschließlich der Kausalitätsfragen insoweit ein neues Gutachten des Sachverständigen Priv.-Doz. Dr. T2 einzuholen, der seinerseits mit Zustimmung des Senates ein neurologisches Zusatzgutachten des Sachverständigen Dr. P eingeholt und zum Gegenstand seines Gutachtens gemacht hat. Das Gutachten des Gerichtssachverständigen Dr. T2 [Facharzt für Innere Medizin, Kardiologie, Pneumologie und internistische Intensivmedizin; Chefarzt der Abteilung für Kardiologie und Internistische Intensivmedizin des St. W-Krankenhauses M; schriftliche Gutachten vom 8.09.2013 (Bl. 607 - 627 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 12.05.2014 (S. 5 - 8 des Protokolls der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem Senat am 12.05.2014, Bl. 780 ff., 782 - 783R d. A.)] einschließlich des neurologischen Zusatzgutachtens des Sachverständigen Dr. P [Facharzt für Neurologie; Chefarzt der Neurologischen Abteilung des St. W-Krankenhauses M; schriftliches Gutachten

vom 15.08.2013 (Bl. 628 - 651 d. A.] überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil beide Sachverständigen ihre jeweiligen Feststellungen auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich der Gutachten der Parteisachverständigen des Klägers Dr. T3 [schriftliches Gutachten vom 4.01.2008, Bl. 26 - 32 d. A. nebst schriftlicher Ergänzung vom 12.05.2009, Bl. 127 - 132 d. A. nebst weiterer schriftlicher Ergänzung vom 16.05.2010, Bl. 246 - 249 d. A.] und Prof. Dr. O [schriftliches Gutachten vom 21.03.2009, Bl. 33 - 70 d. A. nebst schriftlicher Ergänzung vom 13.11.2010, Bl. 274 - 287 d. A. nebst weiterer schriftlicher Ergänzung vom 4.03.2011 (Bl. 363 - 368 d. A.)] sowie der Parteisachverständigen des Beklagten Dr. W2 [schriftliches Gutachten vom 15.12.2008, Bl. 110 - 117 i. V. m. 118 - 126 d. A.] und Prof. Dr. Dr. Q [gutachterliche Stellungnahme vom 14.04.2008, Anl. B 11, AH zu Bl. 150 ff. d. A.] sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien getroffen und ebenso eingehend wie überzeugend begründet haben; zudem hat Dr. T2 diese Gutachten unter eingehender Auseinandersetzung mit den hiergegen von den Parteien erhobenen Einwendungen sowie unter Berücksichtigung der weiteren schriftlichen Ergänzungsgutachten der Parteisachverständigen des Klägers Dr. T3 [schriftliches Ergänzungsgutachten vom 12.11.2013 (Bl. 682 - 683R d. A.] und Prof. Dr. O [schriftliches Ergänzungsgutachten vom 8.11.2013 (Bl. 680 - 681R d. A.] und des Gutachtens des weiteren Parteisachverständigen des Klägers Prof. Dr. U [schriftliches Gutachten vom 7.10.2013 (Bl. 674 - 679R d. A.)] in überzeugender Weise mündlich ergänzend erläutert und ergänzt.
2. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme geht der Senat davon aus, dass dem Beklagten bei der Behandlung des Klägers am 5.12.2006 einschließlich der beiden Folgetage ein Diagnosefehler unterlaufen ist, der zu einer um drei Tage verzögerten Krankenhauseinweisung des Klägers wegen des Verdachts auf Gehirninfarkt geführt hat:
Denn ausweislich seiner Behandlungsdokumentation hat der Beklagte die von dem Kläger am 5.12.2006 geklagten Beschwerden ausschließlich als Ausprägung bzw. Folge eines HWS-Syndroms eingeordnet und ist er ausschließlich der Verdachtsdiagnose eines HWS-Syndroms nachgegangen. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass in der relativ ausführlichen Dokumentation zu dem Behandlungstag 5.12.2006 von dem Beklagten als Verdachtsdiagnose ausschließlich ein HWS-Syndrom aufgeführt wird. Hierauf bezogen sich auch die von ihm ergriffenen Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen. Die Verdachtsdiagnose HWS-Syndrom war für den Beklagten zudem der Grund für die von ihm empfohlene MRT-Untersuchung, was sich aus dem Eintrag "Bitte um MRT des Schädels bei Parästhesien in der rechten Gesichtshälfte, rechter Arm und re. Hüfte seit einigen Wochen. Ich denke an die HWS ... .Bitte um Rö.- und MRT der HWS" [vgl. den Computerausdruck der Behandlungsunterlagen des Beklagten, Anlage zu Bl. 224 d. A.] ergibt. Soweit der Beklagte im Verlauf des Prozesses wiederholt schriftsätzlich vorgetragen hat, dass zu seinen - wie er es nennt - "Arbeitshypothesen" auch der Verdacht auf Apoplex gehört habe, kann dies nicht dahin verstanden werden, dass der Beklagte neben der Verdachtsdiagnose HWS-Syndrom auch differentialdiagnostisch dem Verdacht auf Apoplex nachgegangen wäre. Denn dies widerspräche in eklatanter Weise seiner eigenen Behandlungsdokumentation. Dieses Vorbringen des Beklagten kann vielmehr - sofern es nicht lediglich in der Annahme, dass es seine prozessuale Position verbessern könne, prozesstaktisch motiviert sein sollte - nur dahin verstanden werden, dass der Beklagte aufgrund des Beschwerdebildes zunächst auch an die Möglichkeit eines Apoplex gedacht, diese Möglichkeit aber abschließend verworfen und als Verdachtsdiagnose ausschließlich das HWS-Syndrom seinen weiteren Überlegungen sowie Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen zugrunde gelegt hat. Auch die Maßnahmen des Beklagten am 6. und 7.12.2006 waren von seiner Verdachtsdiagnose HWS-Syndrom bestimmt.
Nach den Feststellungen der Gerichtssachverständigen Dr. T2 und Dr. P ist der Senat davon überzeugt, dass es sich bei dem Umstand, dass der Beklagte die von dem Kläger am 5.12.2006 geklagten Beschwerden einem HWS-Syndrom zugeordnet hat, nicht lediglich um einen bloßen Diagnoseirrtum handelt, der vom Ansatz her nicht zu einer Haftung des Beklagten führen könnte, sondern um einen Diagnosefehler. Denn nach der übereinstimmenden und überzeugend begründeten Einschätzung der Sachverständigen Dr. T2 und Dr. P hätte aufgrund der vom Kläger geschilderten Symptome die primäre Diagnose Schlaganfall lauten müssen und war die Diagnose HWS-Syndrom nicht zuletzt auch im Hinblick auf die dem Beklagten zur fraglichen Zeit bereits seit langem bekannt gewesenen Risikofaktoren beim Kläger nicht vertretbar [auf die rechtliche Einordnung der falschen Diagnose HWS-Syndrom wird unten zu 4. a.) noch näher einzugehen sein].
3. Dieser Diagnosefehler des Beklagten hat dazu geführt, dass der Kläger um drei Tage verzögert, nämlich erst am 8.12.2006 und nicht bereits am 5.12.2006 wegen des Verdachts auf Hirninfarkt in ein Krankenhaus eingeliefert worden ist. Den Beweis dafür, dass diese Verzögerung für die vielen von ihm behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen ursächlich geworden ist, hat der Kläger indes nicht führen können:
a) Insbesondere hat der Kläger nicht beweisen können, dass es in der Zeit nach dem 5.12.2006 zu weiteren Infarktgeschehen gekommen ist, die bei einer Krankenhauseinlieferung bereits am 5.12.2006 hätten verhindert werden können. Nach den überzeugenden Ausführungen in dem neurologischen Ergänzungsgutachten des Gerichtssachverständigen Dr. P können vielmehr insoweit belastbare Feststellungen nicht

getroffen werden, wobei es seiner Einschätzung nach sehr unwahrscheinlich ist, dass es nach dem 5.12.2006 zu weiteren Infarktgeschehen gekommen ist. Zur Begründung hat Dr. P insbesondere ausgeführt, dass sich aus den Akten und den Befunden der CCT- und MRT-Untersuchungen ein mehrzeitiges Geschehen mit wiederholten Hirninfarkten in den Tagen bis zum 8.12.2006 nicht ableiten ließe. Bereits am 5.12.2006 hätten die neurologischen Ausfälle in Form einer Gefühlsstörung rechts und einer Gangunsicherheit sowie mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch die rechtsseitige Gesichtsfeldstörung bestanden. Die späteren Bildbefunde könnten das Alter der Läsionen nicht taggenau sicher zuordnen. Die Angabe in den Bildbefunden, dass eine Läsion frischer aussehe als eine andere, sei aufgrund seiner [des Sachverständigen Dr. P] gutachterlichen Erfahrung nicht verlässlich. Auch der Aufnahmebefund in der Stroke Unit der Universitätsklinik C2, der insgesamt als eher leicht bewertet worden sei, spreche gegen ein neues, wesentlich schwereres Defizit als drei Tage zuvor in der Praxis des Beklagten. Diese Ausführungen des Gerichtssachverständigen Dr. P überzeugen den Senat. Und sie werden von dem Kläger letztlich auch nicht mit Substanz angegriffen. Der Kläger hat zwar zu den Fragen in diesem Zusammenhang ein Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. U [schriftliches Gutachten vom 7.10.2013 (Bl. 674 - 679R d. A.)] vorgelegt. Aber auch der Parteisachverständige Prof. Dr U gelangt in seinem Gutachten nicht zu der klaren Feststellung, dass es nach dem 5.12.2006 zu weiteren Infarktgeschehen gekommen sei. Vielmehr betont Prof. Dr. U, dass belastbare Feststellungen insoweit nicht möglich seien. Seine Feststellungen und Einschätzungen unterscheiden sich von denen des Gerichtssachverständigen Dr. P lediglich dahin, dass er anders als der Gerichtssachverständige, der weitere Infarktgeschehen nach dem 5.12.2006 für sehr unwahrscheinlich hält, solche weiteren Infarktgeschehen für wahrscheinlich hält. Diese Divergenz in den beiden Gutachten kann indes dahinstehen. Denn sie ist nicht entscheidungserheblich. Maßgeblich ist, dass beide Sachverständige übereinstimmend zu der Feststellung gelangt sind, dass nicht hinreichend sicher aufklärbar ist, ob es in der Zeit nach dem 5.12.2006 beim Kläger zu weiteren Infarktgeschehen gekommen ist. Eine für den Kläger günstigere Bewertung ergibt sich aus dem Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. U dementsprechend nicht. Und das Gutachten sowie der darauf basierende Vortrag des Klägers bieten auch keine Veranlassung für eine weitergehende Aufklärung. Denn im Kern sind sich der Partei- und der Gerichtssachverständige mit überzeugender Begründung einig, dass belastbare Feststellungen zu der Frage, ob es nach dem 5.12.2006 weitere Infarktgeschehen gegeben hat, die durch eine frühere Krankenhauseinweisung hätten verhindert werden können, nicht getroffen werden können. Dementsprechend bedarf es auch keiner weiteren Aufklärung zu der Frage, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit Maßnahmen der Sekundärinfarkt-Prophylaxe ab dem 5.12.2006 eventuelle weitere Infarktgeschehen tatsächlich hätten verhindern können.
Und es besteht auch keine Veranlassung für die Vernehmung der Familienangehörigen des Klägers als Zeugen. Denn der Kläger hat seine Familienangehörigen als Zeugen dafür benannt, dass es ihm in der Zeit ab dem 5.12.2006 von Tag zu Tag schlechter gegangen sei. Dies kann indes als wahr unterstellt werden, ohne dass sich hieraus eine für den Kläger günstigere Beurteilung ergäbe. Denn auch wenn die Familienangehörigen des Klägers aus ihrer laienhaften Sicht den Eindruck gehabt haben sollten, dass sich sein Zustand seit dem 5.12.2006 kontinuierlich verschlechtert habe, ergäbe sich daraus nicht hinreichend sicher, dass sich in der Zeit nach dem 5.12.2006 weitere Infarktgeschehen ergeben haben müssen, die durch eine frühere Krankenhauseinweisung hätten verhindert werden können. Denn entsprechende Zeugenaussagen könnten nicht ohne Berücksichtigung der sachverständigen Begutachtung gewürdigt werden. Und die Sachverständigen Prof. Dr. U und Dr. P sind übereinstimmend zu der Feststellung gelangt, dass sich die Frage nach eventuellen weiteren Infarktgeschehen nach dem 5.12.2006 auf der Basis der vorhandenen bildgebenden Diagnostik nicht hinreichend sicher klären lasse. Im Übrigen haben sich die Leitsymptome, nämlich das Taubheitsgefühl in der rechten Gesichtshälfte und am rechten Arm sowie die Gesichtsfeldstörung, die im Verlauf zu den Gangunsicherheiten geführt hat, auch nach dem Vortrag des Klägers bereits am 5.12.2006 gezeigt. Ergänzend sei angemerkt, auch wenn es hierauf nicht entscheidend ankommt, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Vernehmung der vom Kläger als Zeugen benannten Familienangehörigen ein eindeutiges Bild zu dem Krankheitsverlauf des Klägers ergeben hätte. Denn zum einen zeigen die vom Kläger vorgelegten schriftlichen Aussagen seiner Tochter, seines Sohnes und seines Schwiegersohnes vom 9. bzw. 10.04.2011 [Anlagen 4, 5 und 6 zu dem Schriftsatz des Klägers vom 19.11.2013, Bl. 666 ff., 684, 685 und 686 d. A.], dass diese in Einzelpunkten unterschiedliche Wahrnehmungen hatten, was im Hinblick darauf, dass zum Zeitpunkt der schriftlichen Aussagen die umstrittenen Ereignisse schon mehr als vier Jahre zurücklagen, und im Hinblick auf die persönliche Betroffenheit der Familienangehörigen gut nachvollziehbar ist. Und zum anderen ist auch das Vorbringen des Klägers selbst zu den Abläufen nicht frei von Widersprüchen, was im Hinblick auf seine unmittelbare Betroffenheit und die zeitlichen Zusammenhänge ebenfalls durchaus gut nachvollziehbar ist. So will der Kläger etwa einmal bereits am 5.12.2006 und an anderer Stelle seines Vorbringens erst am 7.12.2006 in der Praxis des Beklagten infolge seiner Gesichtsfeldstörung gegen einen Türrahmen gestoßen sein.

b) Dem Kläger ist auch in Bezug auf die zahlreichen von ihm behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen der Beweis dafür nicht gelungen, dass diese hätten verhindert oder abgemildert können, wenn er bereits am 5.12.2006 und nicht erst am 8.12.2006 wegen des Verdachts auf Hirninfarkt ins Krankenhaus eingeliefert worden wäre.
aa) Dies gilt zunächst für diejenigen vom Kläger geklagten Beeinträchtigungen, die der Sachverständige Dr. P nicht hat objektivieren können bzw. hinsichtlich derer er einen Zusammenhang mit dem umstrittenen Infarktgeschehen ausgeschlossen hat, nämlich für vom Kläger behauptete Beschwerden: Gelenkschmerzen in der rechten Körperhälfte, Einschränkungen der Einsetzbarkeit des rechten Armes, Angewiesensein auf die Betreuung durch die Ehefrau wie ein Kind, sehr starke Konzentrationsschwäche [nach den Feststellungen des Sachverständigen sind diesbezügliche Störungen allenfalls in leichter Form auf den Infarkt zurückführbar], sehr starke Vergesslichkeit [nach den Feststellungen des Sachverständigen sind auch diesbezügliche Störungen allenfalls in leichter Form auf den Infarkt zurückführbar], fehlendes Gefühl für Zeit und Raum, die Unfähigkeit, am kulturellen und gesellschaftlichen Leben teilzunehmen [nach den Feststellungen Sachverständigen allenfalls als Ausprägung der infarktbedingten psychischen Beeinträchtigungen auf das Infarktgeschehen zurückführbar], mangelnde Fähigkeit, sich normal zu artikulieren sowie Unfähigkeit zur Ausübung seiner früheren Hobbys wie Kochen und Heimwerken [wären nach der Einschätzung des Sachverständigen nicht nur möglich, sondern auch gut für den Kläger zur Abmilderung der von ihm behaupteten infarktbedingten psychischen Beeinträchtigungen]. Soweit der Gerichtssachverständige Dr. P die vorstehenden behaupteten Beeinträchtigungen nicht hat objektivieren können bzw. diesbezüglich einen Zusammenhang mit dem umstrittenen Infarktgeschehen ausschließen konnte, überzeugen die Feststellungen des Sachverständigen den Senat und sind diese vom Kläger auch nicht mit Substanz angegriffen worden.
bb) Eine Kausalität der verzögerten Behandlung für die vom Kläger geklagten Beeinträchtigungen kann aber auch für diejenigen Umstände nicht festgestellt werden, die nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. P sicher auf das umstrittene Infarktgeschehen zurückgeführt werden können, nämlich die halbseitige Einschränkung des Gesichtsfeldes nach rechts einschließlich der darauf beruhenden dauerhaften Fahruntüchtigkeit, die leichte Lesestörung sowie die leichte Gefühlsstörung der rechten Gesichtshälfte und des rechten Armes:
Denn diese Folgen hätten durch eine frühere Behandlung lediglich dann sicher vermieden werden können, wenn sie nicht durch das erste Infarktgeschehen, sondern durch ein weiteres, nach dem 5.12.2006 eingetretenes Infarktgeschehen verursacht worden wären, das durch eine stationäre Infarktbehandlung bzw. Sekundärinfarktprophylaxe bereits ab dem 5.12.2006 hätte verhindert werden können. Hiervon kann indes schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil aus den oben ausgeführten Gründen nicht hinreichend sicher festgestellt werden kann, dass es nach dem 5.12.2006 zu weiteren Infarktgeschehen gekommen ist.
Ansonsten wäre ein Verhindern oder Abmildern der festgestellten infarktbedingten Beeinträchtigungen des Klägers allenfalls dann möglich gewesen, wenn bei ihm eine Lyse-Therapie hätte durchgeführt werden können. Denn eine Lyse-Therapie kann nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. P dazu führen, ein verschlossenes Hirngefäß wieder zu eröffnen, wobei allerdings die Wiedereröffnungsrate mit dieser Therapie lediglich bei 50 % liegt und eine Besserung der neurologischen Ausfälle im Verlauf nur bei jedem siebten Patienten gelingt, der innerhalb der ersten 90 Minuten nach Beginn der Symptomatik entsprechend behandelt wird, wobei die Besserungsrate bis zu viereinhalb Stunden nach Beginn weiter absinkt. Eine Lyse-Therapie wäre indes beim Kläger auch dann nicht mehr möglich gewesen, wenn er bereits am 5.12.2006 unmittelbar nach seinem Eintreffen in der Praxis des Beklagten an diesem Tag in ein Krankenhaus mit Stroke Unit eingeliefert worden wäre. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. P ist eine Lyse-Therapie nur in dem engen Zeitfenster von viereinhalb Stunden nach Beginn der Symptomatik zugelassen und sinnvoll. Und dieses Zeitfenster war beim Kläger auch nach seinen eigenen Angaben seit langem verstrichen als er die Praxis des Beklagten aufgesucht hat. Dabei sind die Angaben des Klägers auch insoweit - menschlich vor dem Hintergrund seiner Erkrankung durchaus verständlich - nicht frei von Widersprüchen. Denn einerseits hatte er gegenüber den behandelnden Ärzten und teilweise auch im vorliegenden Verfahren angegeben, dass die fraglichen Symptome bereits am 4.12.2006 aufgetreten seien und dazu geführt hätten, dass er an diesem Tag zunächst einen Augenarzt aufgesucht habe, während er im Verlaufe des Prozesses auch vorgetragen hat, dass die Beschwerden erst in der Nacht vom 4. auf den 5.12.2006 aufgetreten seien. Diese Divergenzen im Klägervortrag können indes dahinstehen. Denn das Zeitfenster von viereinhalb Stunden, innerhalb dessen eine Lyse-Therapie hätte durchgeführt werden können, war bei der Konsultation des Beklagten am 5.12.2006 in jedem Falle bereits abgelaufen.
Abgesehen von der hier nicht mehr möglich gewesenen Lyse-Therapie ist es nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. P auch in einer Stroke Unit lediglich möglich, den Blutdruck, Blutzucker und die Temperatur genau einzustellen sowie Komplikationen und Sekundärinfarkten vorzubeugen. Diese Maßnahmen können nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. P indes allenfalls bei schwer be-

troffenen Patienten zu einer Verbesserung der Prognose führen. Der Kläger gehörte nach der Einschätzung des Dr. P aber nicht zu der Gruppe von schwer betroffenen Patienten, so dass nicht festgestellt werden kann, dass diese Maßnahmen für ihn eine relevante Änderung des Verlaufs ergeben hätten.
Die vorstehend wiedergegebenen Feststellungen des Sachverständigen Dr. P überzeugen den Senat und entsprechen im Übrigen auch den Erkenntnissen des Senates aus anderen Arzthaftungsprozessen, in denen medizinische Streitfragen im Zusammenhang mit Infarktgeschehen zur Begutachtung und Entscheidung angestanden haben. Die Feststellungen des Dr. P werden zudem auch vom Kläger nicht mit Substanz angegriffen. Vor diesem Hintergrund ist eine weitere Aufklärung insoweit nicht veranlasst.
cc) Aus den soeben zu bb) ausgeführten Gründen kann eine Kausalität der Behandlungsverzögerung auch für diejenigen vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, die nach den überzeugend begründeten und vom Kläger nicht mit Substanz angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Dr. P lediglich für die erste Zeit nach12.2006 auf das umstrittene Infarktgeschehen zurückgeführt werden können, nämlich die behauptete Gangunsicherheit [auf Dauer allenfalls als Folge der Gesichtsfeldstörung und einer daraus resultierenden besonderen Vorsicht als Infarktfolge interpretierbar], das starke Bedürfnis nach Ruhe und Schlaf sowie die stark eingeschränkte Leistungsfähigkeit [das Ruhe- und Schlafbedürfnis sowie die eingeschränkte Leistungsfähigkeit können auf Dauer allenfalls in sehr leichter Form auf das Infarktgeschehen zurückgeführt werden].
Gleiches gilt für die vom Kläger behaupteten psychischen Beeinträchtigungen, für die ein ursächlicher Zusammenhang mit dem Infarktgeschehen einschließlich seiner sicher feststehenden Folgen nach den Feststellungen des Dr. P nicht ausgeschlossen werden kann, sowie für diejenigen vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen, für die sich nach dem Gutachten des Dr. P allenfalls durch die möglicherweise auf das umstrittene Infarktgeschehen zurückführbaren psychischen Probleme des Klägers ein Zusammenhang mit dem Infarktgeschehen ergeben könnte, nämlich für die sehr negative Selbsteinschätzung und für die Minderwertigkeitsgefühle sowie möglicherweise infolgedessen für die Ängstlichkeit und Verkrampftheit sowie für das Gefühl von Verunsicherung insbesondere im Kontakt mit anderen Menschen sowie die Unfähigkeit, am kulturellen, gesellschaftlichen Leben teilzunehmen.
4. Somit ist dem Kläger der Beweis dafür nicht gelungen, dass die von ihm behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen auf dem Diagnosefehler des Beklagten und auf der daraus resultierenden dreitägigen Verzögerung der Krankenhauseinweisung wegen des Verdachts auf Hirninfarkt beruhen. Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität kommen dem Kläger weder unter dem Gesichtspunkt des groben Diagnosefehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugute.
a) Von einem zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität führenden groben Diagnosefehler kann hier nicht ausgegangen werden. Bei dieser Beurteilung steht dem Senat durchaus die Einschätzung des Sachverständigen Dr. P vor Augen, dass beim Kläger bei einer Gesamtschau der von ihm geklagten Beschwerden vor dem Hintergrund des bekannten Risikoprofils die Diagnose eines Hirninfarktes als Ursache für die geklagten Beschwerden mit der Folge einer sofortigen Krankenhauseinweisung als Differentialdiagnose hätte in Betracht gezogen werden müssen. Im Hinblick darauf kann hier auch nicht lediglich von einem bloßen Diagnoseirrtum ausgegangen werden, sondern liegt ein potentiell haftungsbegründender Diagnosefehler vor. Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität allerdings 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 höchstrichterlichen 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. N. - 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 eindeutigen Krankheitsbild. Die Gerichtssachverständigen Dr. P und Dr. T2 haben hierzu im wesentlichen Kern übereinstimmend insbesondere ausgeführt, dass Infarkte im hinteren Stromgebiet klinisch häufig schwieriger zu erkennen seien, weil die Sehstörungen ohne genauere Untersuchungserkenntnisse leicht übersehen werden könnten, und weil auch die Ausprägung der Symptome weniger typisch und konstant sei, als beispielsweise bei einem Infarkt des mittleren Stromgebietes mit Mundwinkellähmung und Armschwäche. Die Symptome seien zudem nicht leicht zuzuordnen. So könnten etwa die vom Kläger geklagten Beschwerden im Bereich des rechten Armes ohne weiteres als von der Halswirbelsäule herrührend gedeutet werden. Auch für die vom Kläger geklagte Taubheit in der rechten Gesichtshälfte und für die Gesichtsfeldausfälle mit den daraus resultierenden Gangunsicherheiten gebe es vergleichsweise harmlose Erklärungen, weil die Taubheit in der rechten Gesichtshälfte etwa auf einer Zahnerkrankungen oder auf einer Erkrankung im Bereich der Nasennebenhöhle hätte beruhen können und die Gesichtsfeldausfälle auf einer Migräne. Hinzukomme, dass von Orthopäden bei Symptomen wie Schwindel oder Gefühlsstörungen auch im Gesicht und sogar im Bereich der Zunge eine Verursachung durch die Halswirbelsäule durchaus häufig angenommen werde, wobei

Entsprechendes auch in einschlägigen Standardwerken vertreten werde. Diese Ausführungen der beiden Gerichtssachverständigen überzeugen den Senat und werden vom Kläger auch nicht mit Substanz angegriffen.
Es kann zudem nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte das Krankheitsbild eines Hirninfarktes in einer fundamentalen Weise verkannt hätte, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich wäre. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kläger tatsächlich in der Vergangenheit an gravierenden Problemen mit der Halswirbelsäule gelitten und eine vergleichsweise große Anzahl von sonstigen Krankheiten bzw. Beschwerdebildern der verschiedensten Art aufgewiesen hat. Vor diesem Hintergrund ist es nach der übereinstimmenden Einschätzung der Gerichtssachverständigen Dr. P und Dr. T2 aus medizinischer Sicht nicht als gänzlich unverständlich zu bewerten, dass der Beklagte die von dem Kläger geklagten Beschwerden der Diagnose eines HWS-Syndroms zugeordnet hat.
Die vorstehend wiedergegebene Einschätzung der beiden Gerichtssachverständigen einschließlich der von diesen dafür gegebene Begründung überzeugt den Senat, und führt in der rechtlichen Bewertung dazu, dass der dem Beklagten unterlaufene Diagnosefehler nicht mit der Folge einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität als fundamentaler Diagnosefehler qualifiziert werden kann. Eine andere, für den Kläger günstigere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den von diesem in seinem Schriftsatz vom 4.06.2014 zitierten Gerichtsentscheidungen des Bundesgerichtshofs [BGH, VersR 2008, 221 und BGH, VersR 2010, 72], des OLG Hamm [OLG Hamm, Entscheidung vom 9.11.2012, 26 U 142/09] und des LG München [Entscheidung vom 28.05.2003, VersR 2004, 649; die Entscheidung ist vom LG München, nicht vom OLG München, wie der Kläger vorgetragen hat]. Denn diese Entscheidungen betreffend überwiegend Herzinfarktpatienten mit spezifischen Befundsituationen, und enthalten hierzu Bewertungen, die eine Verallgemeinerung nicht zulassen und insbesondere auf die im hier vorliegenden Rechtsstreit zur Entscheidung anstehenden Fragen nicht übertragen werden können. Zudem enthält keine der zitierten Entscheidungen Anhaltspunkte dafür, dass die oben zitierte ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum groben Diagnosefehler, der zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität führt, im Allgemeinen oder in Fallkonstellationen, die mit der hier zur Entscheidung anstehenden vergleichbar wären, Einschränkungen erfahren hätte.
Und es gibt auch entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden und von ihm bereits in dem Verhandlungstermin am 12.05.2014 angesprochenen Vorstellung keinen feststehenden Rechtssatz dahin, dass es immer dann, wenn ein Symptom zumindest auch auf eine lebensbedrohliche Erkrankung hindeuten kann, einen groben Fehler darstelle, wenn nicht vor anderen Maßnahmen zunächst durch entsprechende diagnostische Maßnahmen die lebensbedrohliche Erkrankung ausgeschlossen wird. Denn nicht in jedem Falle stellt die von einem Arzt vorgenommene falsche Einordnung eines Symptoms, das auch bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung auftreten kann, einen groben Diagnosefehler dar. Bei einer falschen Einordnung eines entsprechenden Symptoms bleibt vielmehr lediglich dann allein die Qualifikation als grober Diagnosefehler, wenn ein Symptom ganz eindeutig für ein klares Krankheitsbild steht und wenn es aus medizinischer Sicht schlechterdings nicht anders als ein Hinweis auf die fragliche lebensbedrohliche Krankheit gedeutet werden kann. Unter eindeutigen Symptomen in diesem Sinne hat der Kläger indes bei den umstrittenen Konsultationen des Beklagten im12.2006 auch nach seinem eigenen Vorbringen nicht gelitten.
b) Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität kommt dem Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugute. Denn der Fehler des Beklagten bestand darin, dass er Symptome und von ihm erhobenen Befunde falsch gedeutet hat, nicht hingegen darin, dass er es unterlassen hat, einer von ihm getroffenen Verdachtsdiagnose in ausreichendem Maße mit geeigneten Untersuchungsmaßnahmen nachzugehen. Vielmehr war sein diagnostisches [und auch sein therapeutisches] Vorgehen vor dem Hintergrund der (Fehl-) Diagnose HWS-Syndrom nach der überzeugenden Feststellung des Sachverständigen Dr. T2, der der Kläger auch nicht widersprochen hat, folgerichtig.
5. Schadensursächliche Fehler können auch hinsichtlich der Behandlung des Klägers durch den Beklagten bis zum 4.12.2006 nicht festgestellt werden. Insoweit folgt der Senat - ebenso wie das Landgericht [vgl. die diesbezüglichen Ausführungen auf S. 7 der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat folgt] - den Feststellungen des erstinstanzlich tätig gewesenen Gerichtssachverständigen Dr. T, die dieser insoweit ebenso umfassend wie überzeugend begründet hat, die der Kläger mit seiner Berufung nicht mit Substanz angegriffen hat mit der Folge, dass eine weitergehende Aufklärung insoweit nicht veranlasst war, und gegen die der Kläger sich im Übrigen nach entsprechenden Hinweisen des Senates insbesondere in der mündlichen Verhandlung am 18.04.2012 im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens auch nicht mehr gewehrt hat. Nach den Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. T waren die Blutdruckeinstellung und die Behandlung des Blutdruckes im Übrigen aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht zu beanstanden und ergab sich auch aus dem Umstand, dass die Blutdruckeinstellung letztlich nicht erfolgreich und effizient war, kein Indiz für eine Fehlerhaftigkeit. Schadensursächliche Fehler können nach dem auch insoweit überzeugenden Gutachten des Sachverständigen Dr. T auch in Bezug auf die Verabreichung von ASS nicht festgestellt werden. Dies gilt ungeachtet der zwischen den Parteien umstrittenen Tatsachenfrage, ob der Beklagte dem Kläger [von einer operationsbedingten, korrekt vorgenommenen

Pause abgesehen] durchgängig die Einnahme von ASS empfohlen und von einer förmlichen Verordnung ausschließlich aus Kostengründen abgesehen hat, weil das von ihm dem Kläger angeratene selbstständige Besorgen des rezeptfreien Medikaments für den Kläger billiger gewesen wäre als das Besorgen mit Rezept. Denn auch wenn der Beklagte entgegen seinem Vorbringen nicht so verfahren wäre, und die Einnahme von ASS fehlerhaft nicht angeraten hätte, könnte eine Ursächlichkeit dieses Fehlers für den weiteren Verlauf nach dem überzeugenden Gutachten des Dr. T nicht festgestellt werden, weil in der medizinischen Wissenschaft Einigkeit darüber besteht, dass ein Schlaganfallgeschehen - jedenfalls, soweit es um die Vermeidbarkeit eines ersten Schlaganfallgeschehens geht - durch die Verabreichung von ASS nicht zuverlässig verhindert werden kann. Auch in Kombination mit Clopidogrel kann nach dem Gutachten des Dr. T ein möglicher ursächlicher Zusammenhang mit einem Schlaganfallgeschehen nicht festgestellt werden.
6. Somit verbleibt als potentiell haftungsbegründender Umstand ausschließlich die als Folge des Diagnosefehlers des Beklagten festgestellte Verzögerung der Einweisung in ein Krankenhaus mit Stroke Unit wegen des Verdachts auf Hirn-infarkt um drei Tage.
Diese Verzögerung vermag indes für sich genommen eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Schmerzensgeld nicht zu rechtfertigen. Denn der Kläger hätte auch dann, wenn er bereits am 5.12.2006 in ein Krankenhaus mit Stroke Unit wegen des Verdachts auf Hirninfarkt eingeliefert worden wäre, unter den Ängsten und Beeinträchtigungen gelitten, die das Landgericht ausweislich S. 7 der angefochtenen Entscheidung als Grundlage für das zuerkannte Schmerzensgeld angesehen hat. Zwar mag es einen Unterschied machen, ob ein Patient Symptome wahrnimmt, ohne zu wissen, worauf sie beruhen und wie sie richtig zu behandeln sind, oder ob ein Patient sicher weiß, dass er einen Hirninfarkt erlitten hat und dass die von ihm wahrgenommenen Symptome auf diesem Hirninfarkt beruhen und möglicherweise nicht reversibel sind. Aber zum einen lässt sich schwer beurteilen, in welcher der beiden Situationen die Ängste und sonstigen Beeinträchtigungen für den betroffenen Patienten quälender sind. Immerhin bleibt dem betroffenen Patienten in der Zeit der Unkenntnis der Diagnose die Hoffnung, dass die Symptome eine harmlose Ursache haben könnten. Und zum anderen könnte Grundlage für ein Schmerzensgeld allenfalls die "Differenz" zwischen den Ängsten und der sonstigen Beeinträchtigungen sein, die der Kläger tatsächlich durchlitten hat, und den Ängsten und Beeinträchtigungen, die er bei einer Krankenhauseinweisung bereits am 5.12.2006 in der fraglichen Zeit durchlitten hätte. Und diese "Differenz" für die Dauer von drei Tagen lässt nicht mit einem Geldbetrag bemessen, jedenfalls nicht mit einem Betrag, der die Bagatellgrenze überstiege.
Auch für die vom Landgericht getroffene Feststellung besteht kein Raum, weil der Kläger nicht hat beweisen können, dass die als Folge des Diagnosefehlers des Beklagten festgestellte Verzögerung der Einweisung in ein Krankenhaus mit Stroke Unit wegen des Verdachts auf Hirninfarkt um drei Tage für ihn zu nachteiligen Folgen geführt hat, und weil nicht mit einer für eine Feststellung der Schadensersatzpflicht hinreichenden Sicherheit angenommen werden kann, dass die dreitägige Verzögerung als solche in der Zukunft zu haftungsbegründenden Folgen führen könnte.
7. Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Schriftsätze des Klägers vom 4. Juni, 18.06.(nebst Anlage) 2014 [Bl. 788 - 791 und 797/798 (i. V. m. 799/800) d. A.] und des Beklagten vom 2. und 26.06.2014 sowie 14.07.2014 [Bl. 787 = 786 und 801 - 805 sowie 806 - 808 d. A.] bieten keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.
Die Kostenentscheidung beruht auf §91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im wesentlichen um Tatsachenfragen und im übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: 618.621,50 Euro
[610.621.50 Euro Berufung;
vgl. Senatsbeschluss vom 19.10.2011, Bl. 497 d. A.
+ 8.000,00 Euro Anschlussberufung;
3.000 Euro (vom LG zuerkanntes Schmerzensgeld)
_____ + 5.000 Euro (vom LG zuerkannte Feststellung)
618.621,50 Euro]

87. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – 5 U 101/13 – * Arzthaftung: Diagnosefehler im Zusammenhang mit einer Brustkrebserkrankung

Orientierungssatz

1. Kann nicht festgestellt werden, dass ein im Jahr 2007 diagnostizierter Tumor in der Brust mit einem bereits im Jahr 1998 erhobenen und als Lymphknoten eingeordneten Tastbefund identisch war, haftet der Arzt nicht unter dem Gesichtspunkt des Diagnosefehlers.

2. Es ist nicht vorstellbar, dass ein Karzinom mit dem Grading G 2 bis G 3 über einen Zeitraum von etwa acht Jahren unverändert bleibt und danach in ein radikales Wachstum übergeht.
3. Da eine Mammografie nach den European Guidelines durchzuführen ist und somit die Region der vorderen Axillarlinie bzw. der Axilla erfasst wird, muss der Gynäkologe den Radiologen nicht auf einen abzuklärenden Befund in der (linken) Axilla hinweisen, da er auf die Einhaltung dieser Standards durch den Facharzt vertrauen darf.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 17.07.2013 - 25 O 379/10 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
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 xx.xx.1949 geborene Klägerin, von Beruf Lehrerin, befand sich seit 1980 bei dem Beklagten in gynäkologischer Behandlung. Im Jahr 1997 äußerte sie gegenüber dem Beklagten erstmals ihre Angst vor einer Krebserkrankung, nachdem viele ihrer Lehrerkolleginnen an Brustkrebs erkrankt waren. Eine daraufhin durch den Beklagten veranlasste Mammographie ergab keinen auffälligen Befund. Im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung im Jahr 1998 fiel dem Beklagten erstmals beim Abtasten der Brust ein etwa erbsengroßer Knoten in der linken Axilla der Klägerin auf, den er als entzündeten Lymphknoten einordnete. Für die folgenden Untersuchungen am 17.08.1998, 11.05.1999 und 24.03.2000 notierte der Beklagte in der Patientenkarte den gleichen Tastbefund. Im08.2000 sowie im09.2005 durchgeführte Mammographien zeigten keine Auffälligkeiten. Am 02.08.2007 stellte der Beklagte einen circa 1,5 cm großen, derb verschieblichen Knoten fest, den er laut Eintrag in der Patientenkarte in der linken Axilla verortete. Eine noch am selben Tag durchgeführte Mammographie ergab laut Befundbericht der Gemeinschaftpraxis Radiologie, Strahlentherapie und Nuklearmedizin in L vom 03.08.2007 ein haselnussgroßes Karzinom in der vorderen Axillarfalte links sowie zwei in der Axilla hinter dem Karzinom befindliche, kleine rundliche Verdichtungen, die als Lymphknoten eingestuft wurden. Die Klägerin stellte sich am 06.08.2007 in der Uniklinik L2 vor. Die dort durchgeführte klinische Untersuchung ergab einen auffälligen Tastbefund im Bereich der vorderen Axillarlinie, die daraufhin vorgenommene Stanzbiopsie ein invasiv-duktales Mammakarzinom des gradings G 2 bis G 3. Die Klägerin wurde brusterhaltend operiert. Laut Operationsbericht vom 10.08.2007 wurden Lymphknoten bis Bohnengröße entdeckt und zwei Sentinel-Lymphknoten entfernt, die sich als tumorfrei herausstellten. Im Anschluss an die Operation erfolgten eine adjuvante Chemotherapie, eine Strahlentherapie und eine Hormonbehandlung.
Die Klägerin hat behauptet, der erstmals im Jahr 1998 festgestellte Tastbefund in der linken Axilla sei identisch mit dem im Jahr 2007 festgestellten Mammakarzinom gewesen. Dies habe der Beklagte aufgrund falscher Diagnose und unzureichender Befunderhebung verkannt. Durch die zeitlich verzögerte Diagnose und Therapie seien ihre Heilungschancen verschlechtert worden.
Die Klägerin hat beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an sie aus der fehlerhaften Behandlung ab 1997 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 50.000 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen - seit dem 16.06.2009;
2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 28.794,26 EUR zu zahlen, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen- seit dem 16.06.2009;
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche künftige immateriellen und alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung seit 1997 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er hat behauptet, das im Jahr 2007 festgestellte Karzinom in der linken Axillarlinie sei nicht identisch mit dem erstmals 1998 festgestellten Befund in der linken Axilla. Die Befunderhebung sei ausreichend erfolgt.
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. 228 ff d. A.) Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch die Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. O vom 15.09.2011, schriftlich ergänzt durch Gutachten vom 24.04.2012, und durch mündliche Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 30.01.2013. Nach Durchführung der Beweis-

aufnahme hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin sei der Nachweis eines Behandlungsfehlers nicht gelungen. Die Beweisaufnahme habe nicht bestätigt, dass der im Jahr 1998 in der linken Axilla erhobene Tastbefund mit dem im Jahr 2007 diagnostizierten Tumor identisch gewesen sei. Der Sachverständige habe vielmehr festgestellt, dass sich das Mammakarzinom nicht in der linken Axilla, sondern in der vorderen Axillarlinie befunden habe. Die von der Klägerin beigebrachten Privatgutachten stünden dem Beweisergebnis nicht entgegen, denn diese hätten sich mit der Frage der Identität zwischen dem im Jahr 1998 getasteten Lymphknoten und dem im Jahr 2007 diagnostizierten Karzinom nicht auseinander gesetzt. Aufgrund des nicht erbrachten Beweises der Identität der beiden Befunde könne nicht angenommen werden, dass eine frühere Biopsie oder Entfernung des Knotens in der Axilla die Entwicklung des Karzinoms in der Axillarlinie hätte verhindern können. Auch sei der Beklagte nicht verpflichtet gewesen, den Hinweis auf einen abklärungsbedürftigen Befund in der linken Axilla in die Überweisung zur Mammographie aufzunehmen, da nach Ausführungen des Sachverständigen jede Mammographie nach geltendem europäischen Standard durchgeführt werde und somit automatisch die vordere Axillarlinie sowie die Axilla mit erfasst würden. Auf die Einhaltung dieses Standards habe sich der Beklagte verlassen dürfen.
Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidungsbegründung wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Das Gutachten des Gerichtssachverständigen sei eindeutig arztfreundlich orientiert und umgehe die entscheidenden Fragen zur fachgerechten Befunderhebung und Diagnosestellung. Darüber hinaus stehe es im Widerspruch zu den Privatgutachten von Dr. E und Prof. I sowie zu dem Bescheid der Gutachterkommission. Das Landgericht habe ein Obergutachten einholen sowie die Zeugin H vernehmen müssen. Der Beklagte habe Behandlungsfehler begangen, indem er bei den Überweisungen zur Mammographie nicht auf den zu untersuchenden Befund hingewiesen habe und indem er falsche Tumormarker eingesetzt habe. Die Theorie eines zweiten Knotens habe der Sachverständige aufgrund nicht aussagekräftiger Sonographie-Abbildungen entwickelt. Die Klägerin ist der Auffassung, es läge ein grober Behandlungsfehler vor, der zu einer Beweislastumkehr führe.
Die Klägerin beantragt,
1. unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie aus der fehlerhaften Behandlung ab 1997 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 50.000 EUR nebst 5 % Zinsen über dem seit dem 18.06.2009;
2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 28.794,26 EUR zu zahlen, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16.06.2009;
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche immateriellen und alle weiteren künftigen materiellen Schäden, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung seit 1997 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Hilfsweise beantragt sie,
die Klage zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin H und durch Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. O. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 28.05.2014 (Bl. 215 ff d.A.) Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgelds und auf Ersatz materieller Schäden, denn sie hat schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht bewiesen.
1.) Eine Haftung des Beklagten kommt nicht unter dem Gesichtspunkt des Diagnosefehlers in Betracht, weil der Beklagte den bereits im Jahr 1998 erhobenen Tastbefund als unauffälligen Lymphknoten und nicht als Tumor bewertet hat.
Es steht nicht fest, dass der im Jahr 2007 diagnostizierte Tumor in der Brust mit dem bereits im Jahr 1998 erhobenen und als Lymphknoten eingeordneten Tastbefund identisch war. Nach den überzeugenden Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Prof Dr. O, von dessen Sachkunde sich der Senat im Rahmen der Anhörung am 28.05.2013 überzeugen konnte, spricht vielmehr einiges dafür, dass der erstmals im Jahr 1998 festgestellte, erbsengroße Knoten in der linken Brust und das im Jahr 2007 diagnostizierte Mammakarzinom unterschiedliche Befunde darstellten. Der Sachverständige hat bereits

in erster Instanz darauf hingewiesen, dass sich der bereits im Jahr 1998 getastete Knoten nach der Dokumentation des Beklagten in der linken Axilla befand, während das im Jahr 2007 festgestellte Karzinom in der vorderen Axillarfalte lokalisiert wurde und aufgrund dieser unterschiedlichen Lage von zwei unterschiedlichen Befunde auszugehen ist. Diese Einschätzung hat der Sachverständige während seiner Anhörung vor dem Senat am 28.05.2014 wiederholt.
Die Einschätzung des Sachverständigen beruht auf einer sorgfältigen Auswertung der Behandlungsunterlagen, insbesondere auf den Patientenkarteikarten des Beklagten, dem Bericht der radiologischen Gemeinschaftspraxis in L vom 03.08.2007, dem Schreiben der Uniklinik L2 vom 07.08.2007 sowie auf dem Operationsbericht der Uniklinik L2 vom 10.08.2007. Sowohl der radiologische Befund als auch der in der Uniklinik L2 erhobene Befund beschreiben die Lage des Karzinoms in der vorderen Axillarlinie links und nicht - wie vom Beklagten für die Jahre zuvor dokumentiert - in der linken Axilla. Hinzu kommt, dass sowohl nach dem radiologischen Befundbericht vom 03.08.2007 als auch nach dem Operationsbericht der Uniklinik L2 vom 10.08.2007 in unmittelbarer Nähe zum Karzinom zwei Lymphknoten vorhanden waren. Dies legt ebenfalls das Vorliegen von zwei unterschiedlichen Befunden nahe.
Auch nach Anhörung der Klägerin und Vernehmung der Zeugin H ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Lage des seit dem Jahr 1998 wiederholt getasteten Knotens und des im Jahr 2007 festgestellten Karzinoms identisch war. Sowohl die Klägerin als auch die Zeugin H haben die Stelle, an der sie in den Jahren vor der Krebsdiagnose einen Knoten getastet hatten, am lateralen Rand des musculus pectoralis, jedoch im innenliegenden (dorsalen) Bereich, wenn auch dort etwas abweichend voneinander, gezeigt. Diese von der Klägerin und der Zeugin H gezeigten Bereiche liegen nach Erläuterung des Sachverständigen hinter der Kante des musculus pectoralis. Dort befindet sich nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen aber grundsätzlich kein Brustdrüsengewebe, so dass sich an dieser Stelle auch kein Mammakarzinom hätte entwickeln können. In dem von der Klägerin und der Zeugin gezeigten Bereich können - so der Sachverständige - nur Lymphknoten liegen. Soweit in dem Mammographie-Befund vom 03.08.2007 von versprengtem Brustdrüsengewebe die Rede sei, könne damit nur Gewebe gemeint sein, welches sich auf dem musculus pectoralis befunden habe und zwar auf der vorderen Axillarlinie. Hinter der Kante des musculus pectoralis könnten sich kein versprengtes Brustdrüsengewebe, sondern lediglich Lymphknoten befinden.
Gegen die Annahme, dass sich der erstmals im Jahr 1998 entdeckte Lymphknoten zu dem im Jahr 2007 diagnostizierten Karzinom entwickelte, spricht auch der Umstand, dass der Knoten zunächst kaum gewachsen ist und erst nach einigen Jahren stark an Größe zugenommen hat (1998: erbensgroß, 2006: 1 cm; 2007: 1,5 cm). Es ist aber nach Einschätzung des Sachverständigen Prof. Dr. O nicht vorstellbar, dass ein Karzinom mit dem Grading G 2 bis G 3, wie es bei der Klägerin vorlag, über einen sehr langen Zeitraum von etwa acht Jahren praktisch unverändert bleibt und danach in ein radikales Wachstum übergeht.
Der unter dem 02.08.2007 erfolgte Eintrag des Beklagten in der Patientenkarteikarte ("Knoten li Axi") belegt keine identische Lage des seit dem Jahr 1998 durch den Beklagten erhobenen Tastbefundes und des im Jahr 2007 diagnostizierten Karzinoms. Der Beklagte hat vor dem Senat angegeben, der auffällige Befund im08.2007 sei nicht in der Achselhöhle, sondern etwas weiter zur Brust hin im Bereich der vorderen axillaren Linie gewesen. Die Dokumentation "linke Axilla" sei insoweit sicherlich ungenau gewesen, was er sich heute nicht mehr erklären könne. Die ungenaue Beschreibung des Befundortes mag der in Patientenkarteikarten nicht selten anzutreffenden Kürze der Eintragungen geschuldet sein, beweist jedenfalls unter Berücksichtigung der eindeutigen Lagebeschreibung des Karzinoms durch die radiologische Gemeinschaftspraxis und der Uniklinik eine Identität der Befunde nicht.
Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. O überzeugen den Senat. Sie beruhen auf einer sorgfältigen Auswertung der Behandlungsunterlagen und sprechen von einer besonderen Sachkunde. Der Sachverständige wird auch nicht durch die von der Klägerin beigebrachten Privatgutachten von Dr. E und Prof. Dr. Dr. I und der Stellungnahme der Gutachterkommission widerlegt. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, hat das Landgericht ausgeführt, dass sich sowohl die Gutachterkommission als auch die Privatgutachter Dr. E und Prof. Dr. Dr. I mit der hier streitentscheidenden Frage einer Identität des erstmals im Jahr 1998 durch den Beklagten erhobenen Befundes eines entzündeten Lymphknotens und des im Jahr 2007 diagnostizierten Karzinoms nicht hinreichend auseinandergesetzt haben. Nicht aufgeklärte Widersprüche zwischen dem Gerichtsgutachten und den Privatgutachten bestehen in Bezug auf die Frage der Identität der Befunde nicht. Die Einholung eines Obergutachtens war nicht veranlasst.
2.) Dem Beklagten kann auch nicht die Verletzung von Befunderhebungspflichten vorgeworfen werden. Der Sachverständige Prof. Dr. O hat die Vorgehensweise des Beklagten insgesamt als sachgerecht bezeichnet. Die gebotene Reihenfolge bei einer Vorsorgeuntersuchung sei das Abtasten der Brust, die Verlaufsbeobachtung, Ultraschall und dann gegebenenfalls die Mammographie. Der Beklagte habe im Verlaufe der Jahre regelmäßig getastet, Sonographien angefertigt und zwischen 1997 und 2007 insgesamt vier Mammographien veranlasst. Die erste Mammographie vor Feststellung des Knotens im Jahr 1997 habe keinen pathologischen Befund ergeben. Auch die durch den Beklagten nach Entdeckung und nach

wiederholtem Ertasten des in Größe und Konsistenz unveränderten Knotens veranlassten Kontroll-Mammographien in den Jahren 2000 und 2005 hätten keinen auffälligen Befund ergeben. Dem Beklagten könnte dabei selbst dann kein Behandlungsfehler vorgeworfen werden, wenn - was nicht feststeht - die radiologischen Bilder den hier interessierenden Bereich nicht abgedeckt hätten. Denn dies hätte dem Beklagten, der nach Ausführung des Sachverständigen Prof. Dr. O lediglich den Befund des Radiologen und nicht die dazu gehörigen Bilder erhalten habe, nicht auffallen können.
3.) Mit zutreffenden Erwägungen hat die Kammer in diesem Zusammenhang eine Pflicht des Beklagten verneint, die Radiologen auf den abzuklärenden Befund in der linken Axilla hinzuweisen. Der Sachverständige Prof. Dr. O hat nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass eine Mammographie unabhängig von den Angaben des überweisenden Gynäkologen nach den European Guidelines durchzuführen ist. Danach solle immer auch der Pectorialsrand und somit die Region der vorderen Axillarlinie bzw. der Axilla erfasst werden. Unabhängig von der Frage, ob die Radiologen die Mammographie überhaupt entgegen dieser Vorgaben durchgeführt haben, durfte der Beklagte jedenfalls auf die Einhaltung dieser Standards durch den Facharzt vertrauen (vgl. Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Auflage, Rz. 272 ff). Der Beklagte durfte danach auch ohne Erteilung weiterer Hinweise auf den von ihm erhobenen Tastbefund in der linken Axilla im Rahmen der Überweisung an die Radiologen davon ausgehen, dass sowohl die Axilla als auch die vordere Axillarlinie von den Strahlengängen erfasst wurden. Selbst wenn man insoweit aber einen Behandlungsfehler unterstellte, hätte sich dieser jedenfalls nicht ursächlich ausgewirkt, denn es steht - wie ausgeführt - nicht fest, dass der seit dem Jahr 1998 wiederholt festgestellte Knoten und das später diagnostizierte Mammakarzinom identisch waren. Es kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass auf einen Hinweis des Beklagten an die Radiologen ein auffälliger Befund zutage getreten wäre.
4.) Es stellt schließlich auch keinen Behandlungsfehler dar, dass der Beklagte den seit 1998 über 9 Jahre immer wieder ertasteten Lymphknoten nicht zur Sicherheit entfernen ließ. Der Sachverständige Prof. Dr. O hat nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass kein Anlass bestehe, einen klinisch und radiologisch unauffälligen Lymphknoten zu entfernen. Doch selbst wenn man davon ausginge, der Beklagten hätte bei einem sich jahrelang immer wieder zeigenden Tastbefund eine Entfernung und pathologische Untersuchung des Knotens vornehmen müssen, begründet dieses Unterlassen keine Haftung des Beklagten. Denn es steht jedenfalls nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass dabei ein auffälliger Befund im Sinne eines tumorbefallenen Lymphknotens zutage getreten wäre. Der Sachverständige hat dies aufgrund der unterschiedlichen Lage der Befunde und dem Umstand, dass die im Rahmen der Entfernung des Karzinoms entdeckten Lymphknoten unauffällig waren, ausgeschlossen.
5.) Soweit die Klägerin geltend macht, der Beklagte habe über Jahre Sonographie-Aufnahmen nachlässig erstellt, da auf den Bildern Angaben zur Lokalisierung des untersuchten Gewebes fehlten, kann sie - unabhängig von der Frage, ob der Vorwurf sachlich berechtigt ist - hieraus keine für sie günstige Rechtsfolge herleiten. Sollte die Klägerin behaupten wollen, der Beklagte habe die linke Axilla trotz des Tastbefundes nicht sonographiert, kann sie dies nicht beweisen. Eine Beweislastumkehr dergestalt, dass der Beklagte nachzuweisen hätte, dass er die linke Axilla sonographiert hat, besteht selbst bei unterstellt unzureichender Beschriftung der Aufnahmebilder nicht.
6.) Schließlich begründet der durch die Klägerin wiederholt vorgetragene Vorwurf, der Beklagte habe den Tumor am 02.08.2007 nicht erkannt und habe sie nicht in die Uniklinik überwiesen, dies sei vielmehr durch die Frauenärztin ihrer Schwester erfolgt, keine Haftung. Da die Klägerin wenige Tage später im Ergebnis erfolgreich operiert wurde, hat sich ein solches Unterlassen jedenfalls nicht schadensursächlich ausgewirkt.
7.) Gleichfalls ohne rechtliche Bedeutung ist der Vorwurf der Klägerin, der Beklagte habe ihr eine "Phobie" und damit eine unbegründete Angst unterstellt. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat glaubhaft dargelegt, dass er mit der in der Behandlungsdokumentation enthaltenen Bezeichnung "Carcinophobie" lediglich die Angst der Klägerin vor Krebs habe festhalten wollen, was für ihn unter Berücksichtigung des ihm geschilderten Umstands, dass in der Schule mehrere Kolleginnen an Brustkrebs erkrankt waren, durchaus verständlich gewesen wäre. Davon ganz unabhängig begründet die Dokumentation einer Phobie für sich genommen jedoch auch keinen Behandlungsfehler, so dass die Klägerin hieraus eine Haftung des Beklagten nicht herleiten kann.
8.) Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 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:
Klageantrag zu 1): 50.000,- EUR
Klageantrag zu 2): 28.794,26 EUR
Klageantrag zu 3): 15.000,- EUR
Insgesamt: bis 95.000,- EUR

88. OLG Köln, Urteil vom 06.08.2014 – I-5 U 137/13, 5 U 137/13 – * Arzthaftung: Umfang einer Sicherheitsaufklärung im Zusammenhang mit einer Krebsvorsorgeuntersuchung; Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers; Schmerzensgeldbemessung

Orientierungssatz

1. Der unterbliebene Hinweis auf eine für den Patienten indizierte Behandlung oder auf eine notwendige diagnostische Abklärung stellt sich als Behandlungsfehler in Form verletzter Sicherheitsaufklärung dar.
2. Zu den notwendigen therapeutischen Sicherheitshinweisen gehören auch die Hinweise, die zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdung dienen (Vergleiche: BGH, Urteil vom 7.07.1994, III ZR 52/93; BGHZ 126, 386).
3. Ist eine Krebsvorsorge ausdrücklich zumindest auch Gegenstand eines Behandlungsvertrages, ist auf die Möglichkeit der Koloskopie zur Abklärung eines Darmkrebsrisikos im Rahmen der therapeutischen (= Sicherheits-)Aufklärung hinzuweisen.
4. Für die Frage familiärer Vorbelastung ist die genetische Vorbelastung und nicht das Alter, in dem jemand erkrankt, maßgebend.
5. Eine Sicherheitsaufklärung muss so klar und eindeutig sein, dass der Patient ein objektives und zutreffendes Bild erhält, was ihm droht, wenn er dem Hinweis nicht folgt (Vergleiche: OLG Köln, Urteil vom 6.06.2012, 5 U 28/10; VersR 2013, 237).
6. Sowohl die Empfehlung zur Koloskopie als auch deren Ablehnung durch den Patienten ist aus medizinischer Sicht dokumentationspflichtig. Bei unterlassener Dokumentation und daraus resultierender Vermutung, dass die Maßnahme unterblieb, ist Folge die Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Behandlungsfehlervorwurfs.
7. Zugunsten des Patienten ist davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung den gesamten weiteren Krankheitsverlauf verhindert hätte, wenn der Arzt, dem ein grobes Fehlverhalten vorzuwerfen ist, nicht den Nachweis führen kann, dass den Patienten auch bei richtiger Aufklärung dieselben gesundheitlichen Folgen getroffen hätten.
8. Da es sich bei der Empfehlung zur Koloskopie um eine eindeutige Anweisung einer S3-Leitlinie handelt und die Koloskopie zur Früherkennung von Darmkrebs praktisch alternativlos ist, ist ein Verstoß gegen bewährte Grundsätze ohne weiteres zu bejahen. Gibt es zudem keine Gründe, die das Nichtinformieren als noch medizinisch verständlich erscheinen lassen, ist von einem groben Fehler auszugehen.
9. Für die Schmerzensgeldbemessung - vorliegend 150.000,- € - ist die Krebserkrankung in ihrem gesamten Verlauf mit allen Weiterungen und Komplikationen, insbesondere der notwendigen Erstoperation zur Entfernung des betroffenen Darmabschnitts und aller Folgeoperationen, die infolge der Metastasenbildung die (wiederholte) Entfernung wesentlicher Teile von Lunge und Leber mit sich brachten sowie der Nachbehandlung durch stark beeinträchtigende Chemotherapien maßgebend. Weiter zu berücksichtigen ist, dass der Geschädigte sowohl seinen Beruf als auch die sein Leben prägenden Freizeitgestaltungen nicht mehr ausführen kann.
Vergleiche OLG Köln, 6.06.2012, Az: I-5 U 28/10
Vergleiche BGH, 7.07.1994, Az: III ZR 52/93

Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das am 2.10.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen - 11 O 480/11 - wird zurückgewiesen.
Auf die Anschlussberufung des Klägers wird das am 2.10.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen - 11 O 480/13 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 158.270,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins aus 103.123,63 EUR seit dem 24.9.2011, aus weiteren 3335,38 EUR seit dem 27.3.2013 und aus weiteren 51.811,79 EUR seit dem 13.3.2014 zu zahlen.
Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.440,69 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 24.9.2011 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren materiellen und allen noch nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger aus der ärztlichen Falschberatung vom 11.5.2009 und vom 15.5.2009 entstanden ist oder noch entstehen wird, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen ist.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehende Anschlussberufung des Klägers wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden dem Beklagten auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 28% dem Kläger, zu 72% dem Beklagten auferlegt.

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

Gründe

I.

Der am 28.xx.1952 geborene Kläger befand sich seit mehreren Jahren in der ärztlichen Betreuung durch den Beklagten, einen niedergelassenen Internisten und Allgemeinmediziner. Er suchte am 11.5.2009 und am 15.5.2009 die Praxisräume des Beklagten auf, um eine allgemeine Gesundheitsüberprüfung durchführen zu lassen, die - wie in erster Instanz unstreitig geworden ist - auch eine Krebsvorsorge umfasste. Hierzu nahm der Beklagte einen Hämokult- und einen Bluttest vor, eine Sonographie von Nieren und Prostata und eine EKG-Untersuchung. Im Rahmen der familiären Anamnese notierte der Beklagte in seiner Behandlungskarte, dass die Mutter des Klägers an Darmkrebs erkrankt gewesen sei. Der Kläger teilte ferner mit, dass die Mutter daran verstorben sei. Ob im Hinblick auf ein Darmkrebsrisiko über weiterführende Untersuchungsmöglichkeiten (insbesondere über eine Koloskopie) gesprochen wurde, ist zwischen den Parteien streitig. Der Hämokulttest blieb ebenso wie die weiteren Untersuchungen ohne relevanten Befund.

Am 17.11.2010 unterzog sich der Kläger auf eigene Initiative einer Koloskopie im Universitätsklinikum B. Dabei wurde ein sechs Zentimeter großes Adenokarzinom im Bereich des rektosigmoidalen Übergangs diagnostiziert und im Rahmen eines stationären Aufenthaltes vom 29.11.2010 bis zum 7.12.2010 entfernt. Fünf Lymphknoten waren befallen. Bis zum 10.6.2011 folgten acht Zyklen Chemotherapie. Gleichwohl bildeten sich Metastasen in der Lunge, was einen weiteren stationären Aufenthalt vom 20.7. bis zum 28.7.2011 und eine Unterlappen-Teilresektion sowie eine weitere Lungenoperation mit Krankenhausaufenthalt vom 10.11.2011 bis 13.11.2011 nach sich zog. Wegen Metastasen in der Leber wurde eine Teilresektion der Leber und die Entfernung der Galle im Rahmen eines weiteren stationären Aufenthaltes vom 7.2.2012 bis zum 18.2.2012 erforderlich. Wegen der Einzelheiten der mit den Eingriffen verbundenen Komplikationen und - auch dauerhaften - Folgen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und auf die eingereichten Krankenunterlagen Bezug genommen.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe ihn über die nach den Krebsvorsorgerichtlinien empfohlene und für ihn wegen familiärer Vorbelastung sogar dringend angeratene Vorsorgekoloskopie nicht aufgeklärt, worin ein grober Fehler zu sehen sei. Einem entsprechenden Rat wäre er ohne weiteres gefolgt, zumal nicht nur seine Mutter sondern auch - unstreitig - seine Ehefrau an Krebs verstorben seien. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass er im Folgejahr sich auf eigenes Betreiben einer solchen Maßnahme unterzogen habe vor dem Hintergrund bloßer abklärungsbedürftiger Blähungen. Eine Koloskopie hätte dazu geführt, dass der Krebs sich noch in einem wesentlich früheren Stadium befunden hätte, vermutlich sich sogar nur Polypen als Vorstufe zu einem Karzinom gezeigt hätten, die ohne weiteres hätten abgetragen werden können, so dass weitere Operationen nicht erforderlich gewesen wären, erst recht aber der Krebs die Darmwand noch nicht durchwachsen gehabt hätte und Metastasen sicher hätten vermieden werden können.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, das aber einen Betrag von 100.000 EUR nicht unterschreiten sollte, zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 24.09.2011;

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Behandlungskosten in Höhe von 6540,01 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank aus einem Betrag in Höhe von 3123,63 EUR seit dem 24.09.2011 sowie aus einem Betrag in Höhe von 3416,38 EUR seit dem 27.03.2013 zu zahlen;

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2440,69 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 24.09.2011 zu zahlen;

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger aus der ärztlichen Falschberatung vom 11.05.2009 und vom 15.05.2009 entstanden ist oder noch entsteht, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, den Kläger im Rahmen der Behandlung vom 15.5.2009 über die Möglichkeit einer Darmspiegelung aufgeklärt zu haben. Dies sei gewesen, während er den Kläger auf der Liege sonographisch untersucht habe. Er habe diese Maßnahme als sinnvoll bezeichnet, allerdings keine Überweisung ausgestellt und - entgegen sonstiger Gepflogenheiten - den Rat auch nicht dokumentiert. Wie der Kläger auf den Rat reagiert habe, könne er nicht mehr erinnern. Er habe den Eindruck gehabt, der Kläger werde es

sich überlegen. Er hat allerdings die Auffassung vertreten, ein Rat zur Durchführung einer Koloskopie sei nicht notwendig gewesen. Ein erteilter Rat sei auch nicht dokumentationspflichtig. Der Kläger sei ohnehin voraufgeklärt gewesen, weil er von sich aus später eine Koloskopie habe durchführen lassen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze und auf das angefochtene Urteil verwiesen.
Die Kammer hat nach Einholung eines Gutachtens und Anhörung der Parteien den Beklagten zur Zahlung von 100.000.- EUR Schmerzensgeld und von Behandlungskosten verurteilt und den Feststellungsanträgen entsprochen. Es sei grob fehlerhaft gewesen, den Kläger nicht darauf hinzuweisen, dass in seinem Fall die Koloskopie angezeigt gewesen sei, wobei sich die Kammer auf die mündliche Erläuterung des Sachverständigen Prof. Dr. I stützt, der - anders als im schriftlichen Gutachten - einen groben Fehler bejaht hat. Dass der Beklagte den Kläger auf diese Möglichkeit hingewiesen habe, hat die Kammer für nicht erwiesen erachtet, weil es nicht dokumentiert, wohl aber dokumentationspflichtig gewesen sei. Damit gingen alle Kausalitätszweifel zu Lasten des Beklagten.
Hiergegen wendet sich der Beklagte im Rahmen der Berufung mit dem unverändert verfolgten Ziel der Klageabweisung. Eine Koloskopie sei beim Kläger nicht indiziert gewesen, könne also nicht Gegenstand von Hinweispflichten sein. Eine Koloskopie könne schwerwiegende Verletzungen verursachen, weshalb sie zurückhaltend anzuwenden sei. Tatsächlich würden nach neuesten Erhebungen rund 95 % aller Ärzte sie nicht machen. Der Kläger sei ferner nicht hinweisbedürftig gewesen. Er habe selbst eine Koloskopie anderthalb Jahre später vornehmen lassen, sei also über diese Möglichkeit unterrichtet gewesen, was nur durch den Beklagten erfolgt sein könne. Die Kammer habe die umfangreiche und tadellose Befunderhebung durch den Beklagten nicht gewürdigt. Danach habe sich der Kläger als rundum gesund herausgestellt. Für weitergehende invasive Diagnostik habe es keine Veranlassung gegeben. Allenfalls hätte ganz allgemein und abstrakt auf die Möglichkeiten einer solchen weiteren Diagnostik hingewiesen werden können, verbunden mit dem Hinweis, sie besser zu lassen. Die Vorbelastung der Mutter habe mit dem Kläger nichts zu tun. Die Mutter sei über 80 Jahre alt gewesen, als sie an Darmkrebs gestorben sei, der Kläger sei zum Zeitpunkt der streitigen Behandlung erst 56 Jahre alt gewesen.
Keinesfalls könne der Fehler als grob eingestuft werden. Auch hier müsse auf die ansonsten klinische Unauffälligkeit des Klägers abgestellt werden, was ein karzinogenes Geschehen als fernliegend habe erscheinen lassen. In jedem Fall habe der Kläger den Vollbeweis zu führen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Koloskopie auch habe durchführen lassen. Selbst wenn man unterstelle, dass er sich "aufklärungsrichtig" verhalten hätte, so sei hier richtig gewesen, eine Koloskopie zu unterlassen. Es sei angesichts des kurzen Zeitraums von05.2009 bis11.2010 äußerst unwahrscheinlich, dass der Kläger völlig gesund geworden wäre, wenn er eine Koloskopie bereits im05.2009 vorgenommen hätte. Jedenfalls die Erstoperation und eine weitere umfassende Therapie wären notwendig geworden, was sich auch auf das Schmerzensgeld auswirken müsse.
Der erteilte Hinweis habe nicht dokumentiert werden müssen. Die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung hierfür aufgestellt habe, lägen ersichtlich nicht vor: der Kläger habe keine dringend notwendige Maßnahme verweigert und ein Nachbehandler habe keine Konsequenzen zu ziehen, wenn ein allgemeiner Rat nicht erteilt worden sei, den ein Patient jedem Informationsblatt entnehmen könne.
Der Kläger begehrt im Wege der Anschlussberufung ein um 150.000.- EUR höheres Schmerzensgeld. Auch wenn die zuerkannten 100.000.- EUR seiner Mindestvorstellung entsprochen hätten, seien angesichts der gesundheitlichen Entwicklungen bereits während der ersten Instanz tatsächlich jedenfalls 200.000.- EUR angemessen gewesen. Es habe weitere gravierende Verschlechterungen seit Erlass des landgerichtlichen Urteils gegeben (Wegen dieser wird auf die Anschlussberufungsschrift des Klägers Bezug genommen), so dass ein weiteres Schmerzensgeld von 50.000.- EUR angemessen sei, was im Wege der Klageerhöhung geltend gemacht werde. Hinzu kämen weitere 1811,79 EUR Behandlungskosten (Eigenanteile).
Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
II.
Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Die Anschlussberufung des Klägers, mit der er im Rahmen einer als sachdienlich anzusehenden Klageerweiterung (§ 533 ZPO) weiteren materiellen Schaden geltend macht und ein höheres Schmerzensgeld begehrt, ist ebenfalls zulässig. Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg, die Anschlussberufung hat teilweise Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, die der Senat sich durchweg zu eigen macht, hat die Kammer den Beklagten wegen einer fehlerhaften Behandlung des Klägers zu Schadensersatz und Schmerzensgeld verurteilt bzw. die diesbezügliche Verpflichtung festgestellt. Auf die Anschlussberufung war eine Anhebung des Schmerzensgeldes um 50.000.- EUR und eine Verurteilung zu weitergehendem Schadensersatz veranlasst.
Im Einzelnen gilt folgendes:
1. Zu Recht hat die Kammer das Vorliegen eines - sogar groben - Behandlungsfehlers durch den Beklagten festgestellt.

a) Ein unterbliebener Hinweis auf eine für den Patienten indizierte Behandlung oder - wie hier - auf eine notwendige diagnostische Abklärung stellt sich als Behandlungsfehler in Form verletzter Sicherheitsaufklärung dar. Es gehört zu den Behandlungspflichten eines Arztes, einem Patienten die notwendigen therapeutischen Sicherheitshinweise zu erteilen. Dazu zählen die zur Sicherstellung eines Behandlungserfolgs notwendigen Schutz- und Warnhinweise, aber auch die Hinweise, die zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdung dienen (std. Rechtsprechung, etwa BGHZ 107, 222; BGHZ 126, 386 ff.). Im Falle einer vom Patienten gewünschten Vorsorgeuntersuchung gehört es zu den ärztlichen Pflichten, auf solche Maßnahmen hinzuweisen, die der Arzt selbst nicht durchführen kann oder will, die aber zur Sicherstellung des Erfolges der Vorsorgeuntersuchung vom ärztlichen Standard aus als empfehlenswert oder gar als notwendig angesehen werden.
b) Im Fall des Klägers entsprach es fachärztlichem Standard, auf die Möglichkeit der Koloskopie zur Abklärung eines Darmkrebsrisikos im Rahmen einer therapeutischen (=Sicherheits-)Aufklärung hinzuweisen. Es ist in zweiter Instanz nicht mehr streitig, dass die Untersuchungen durch den Beklagten jedenfalls auch gezielt der Krebsvorsorge dienen sollten. Dies hat der Beklagte im Rahmen seiner Anhörung vor der Kammer ausdrücklich eingeräumt und es entspricht auch zumindest indirekt den Angaben seiner Dokumentation, die entweder Untersuchungen beinhalten, welche automatisch der Krebsvorsorge dienen (Abtasten der Prostata), oder die Einholung von Informationen zu Krebserkrankungen von Familienmitgliedern (Darmkrebs der Mutter). Dass jedenfalls dann, wenn eine Krebsvorsorge ausdrücklich zumindest auch Gegenstand des Behandlungsvertrages ist (ob dies anders zu beurteilen ist, wenn "nur" ein allgemeiner Gesundheitscheck durchgeführt werden soll, lässt der Senat offen), die Frage einer Koloskopie mit einem Patienten wie dem Kläger zu erörtern ist, unabhängig davon, ob der Beklagte sie selbst hätte durchführen können oder nicht, folgt aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. I in einer auch den Senat uneingeschränkt überzeugenden Weise. Der Sachverständige verfügt als Chefarzt einer Klinik für allgemeine innere Medizin eines Krankenhauses, das als Lehrkrankenhauses der Universität E dient, ohne Zweifel über die notwendige Sachkunde auch zur Beurteilung der Maßstäbe, die für einen niedergelassenen Arzt gelten, zumal nicht anzunehmen ist, dass in Fragen einer solchen therapeutischen Aufklärung zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern unterschiedlicher Versorgungsstufen verschiedene Sorgfaltsmaßstäbe existieren. Er hat sein Gutachten unter Berücksichtigung aller relevanten Anknüpfungstatsachen erstellt, insbesondere die den Kläger betreffenden Krankenunterlagen sorgfältig und erschöpfend ausgewertet, und er hat seine Ergebnisse in sehr differenzierter und ausführlicher Weise überzeugend begründet. Denn er hat ausgeführt, dass nach der zum Behandlungszeitpunkt existierenden Leitlinien für kolorektale Karzinome, einer S3-Leitlinie, das heißt einer solchen, die ein besonders hohes Maß an wissenschaftlicher Absicherung aufweist, unter den Untersuchungsverfahren zur Darmkrebsvorsorge die komplette Koloskopie aufgrund der höchsten Sensitivität und Spezifität für das Auffinden eines kolorektalen Karzinoms und von Adenomen als das Standardverfahren (Goldstandard) empfohlen werde (S. 5/6 des Gutachtens, Bl.213 f d.A.). Für Risikogruppen, zu denen der Kläger aufgrund der Erkrankung seiner Mutter mit einem 2-3-fach erhöhten Risiko zähle, werde eine frühzeitige Vorsorgekoloskopie empfohlen und zwar spätestens im Alter von 50 Jahren. Eine Beratung über die Screeningmethoden sei danach unerlässlich.
Ohne Erfolg wendet der Kläger hiergegen im Rahmen der Berufung ein, dies stimme nicht mit der Praxis der niedergelassenen Ärzte überein, wonach "nach neuesten Erhebungen" 95% der Ärzte im Hinblick auf die damit verbundenen Risiken diese Untersuchung nicht vornähmen. Woher der Beklagte diese Erkenntnis nimmt, wird nicht deutlich. Eine derart ungenaue (und im übrigen auch wenig glaubhafte) pauschale Aussage kann nicht sinnvoller Gegenstand eines Vorhalts an den Sachverständigen sein, der unter Hinweis auf eine S3-Leitlinie zu einem diametral anderen Ergebnis kommt. Dass der Inhalt der Leitlinie falsch wiedergegeben wurde, behauptet der Beklagte selbst nicht. Ebenso wenig kann er darlegen, dass der Inhalt der Leitlinie den zum Behandlungszeitpunkt maßgeblichen Standard nicht abbilde, sondern fachlich etwa veraltet und obsolet sei. Seine Behauptung gipfelt letztlich darin, dass 95% aller Ärzte den medizinischen Standard nicht beachten würden, was für die rechtliche Bewertung ohne Bedeutung ist. Im übrigen lässt dieser Einwand nicht erkennen, dass der Beklagte wirklich die Frage der therapeutischen Aufklärung im Blick hat (und nicht nur die Frage, ob ein Arzt sich die Durchführung der Koloskopie selbst zutraut), und dass er dies auch auf den hier ganz wesentlichen Gesichtspunkt bezieht, dass ein Patient einer besonderen Risikogruppe angehört.
Ohne Erfolg greift der Beklagte ferner die Annahme des Sachverständigen an, der Kläger gehöre wegen familiärer Vorbelastung einer Risikogruppe an, dies mit der Erwägung, die Mutter des Klägers sei bei ihrer Erkrankung bereits über 80 Jahre alt gewesen. Für die Frage familiärer Vorbelastung ist nicht das Alter maßgebend, in dem jemand erkrankt, sondern die genetische Veranlagung. Einen Beleg für die Behauptung, diese Veranlagung sei nicht anzunehmen, wenn ein naher Angehöriger seinerseits erst in höherem Alter an Krebs erkranke, bietet der Beklagte nicht. Er stellt seine Behauptung damit neben die des Sachverständigen, was keinen Anlass gibt, das Gutachten des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.
c) Inhalt dieser Verpflichtung wäre es nicht nur gewesen, den Patienten abstrakt auf die Möglichkeit einer Koloskopie zum frühzeitigen Erkennen eines Darmkrebses hinzuweisen, denn eine solche Information,

die den meisten Patienten ohnehin bekannt sein dürfte, entspricht dem Bedürfnis des Patienten nicht. Erforderlich ist vielmehr eine auf den Patienten und seine konkrete Situation bezogene Erläuterung der Chancen und der Risiken, falls die Maßnahme unterbleibt. Dass eine Sicherheitsaufklärung aber so klar und eindeutig sein muss, dass der Patient ein objektives und zutreffendes Bild erhält, was ihm droht, wenn er dem Hinweis nicht folgt, hat der Senat wiederholt entschieden (OLG Köln, Urteil vom 22.9.2010, 5 U 211/08, VersR 2011, 760 ff; Urteil vom 6.6.2012, 5 U 28/10, VersR 2013, 237 ff.). Dies gilt auch für reine Vorsorgemaßnahmen. Insofern war der Kläger jedenfalls darauf hinzuweisen, dass er einer Risikogruppe angehört, für die ein deutlich erhöhtes Krebsrisiko bestand, und er war darauf hinzuweisen, dass für ihn nach den geltenden Leitlinien schon seit seinem fünfzigsten Lebensjahr, also schon seit mindestens sechs Jahren, eine Koloskopie empfohlen wurde.
Eine derart verstandene therapeutische Aufklärung hat der Beklagte schon nach seinem eigenen Vorbringen nicht geleistet. Er hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung nur angegeben, den Kläger im Zusammenhang mit der sonographischen Untersuchung darauf angesprochen zu haben, dass dadurch Darmerkrankungen nicht erkennbar seien und dass deshalb eine Koloskopie sinnvoll sei, er habe aber weder eine Überweisung ausgestellt noch einen Arzt empfohlen. Zwischen einem derartigen allgemeinen Hinweis und einer den Leitlinien entsprechenden deutlichen Empfehlung im Hinblick auf das bei dem Kläger erhöhte Risiko bestehen aber wesentliche Unterschiede.
d) Allerdings geht der Senat ebenso wie die Kammer davon aus, dass nicht einmal ein solch allgemein gehaltener Hinweis festgestellt werden kann und dass dies zu Lasten des Beklagten geht. Die Dokumentation des Beklagten enthält keinerlei Hinweis darauf, dass eine Koloskopie Gegenstand der Erörterungen zwischen Arzt und Patient gewesen ist. Damit ist - wie es allgemeiner Auffassung entspricht - zu unterstellen, dass die nicht dokumentierte Maßnahme auch nicht stattgefunden hat. Eine Dokumentationspflicht als Grundvoraussetzung für die tatsächliche Vermutung des Unterbleibens der Maßnahme hat die Kammer auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen zu Recht angenommen. Der Sachverständige hat im Rahmen der mündlichen Erörterungen vor der Kammer, wo diese Frage intensiv thematisiert wurde, ausgeführt, dass sowohl die Empfehlung zur Koloskopie als auch deren Ablehnung durch den Patienten aus medizinischer Sicht dokumentationspflichtig sei. Es sei für einen Nachbehandler wichtig, damit er gegebenenfalls wisse, ob er das Thema noch einmal ansprechen müsse. Eine Koloskopie, die negativ ausfalle, müsse erst nach zehn Jahren wiederholt werden, ein negativer Hämokulttest demgegenüber jedes Jahr. Diese Ausführungen überzeugen auch den Senat und sie tragen auch aus rechtlicher Sicht die Annahme einer Dokumentationspflicht. Dokumentation darf nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur medizinisch motiviert sein, sie dient nicht juristischen Zwecken (BGH NJW 1999, 3408 m.w.N.) Zwingend zu dokumentieren ist, wenn ein Patient einen auf eine Sicherheitsaufklärung erfolgten Rat des Arztes ablehnt (BGH NJW 1987, 1482; BGH MDR 1997, 940; Martis-Winkardt, Arzthaftungsrecht 4. Aufl. Rn 239 ff. m.z.w.N.), was nach der umstrittenen Behauptung des Beklagten aber nicht der Fall gewesen sein soll (allerdings erscheint diese Darstellung als nicht widerspruchsfrei, wenn andererseits der Beklagte vorträgt, er könne sich an die Reaktion des Klägers auf seinen Hinweis nicht mehr erinnern). Zu dokumentieren ist ferner alles, was ein Arzt selbst für die weitere Behandlung und für einen etwaigen Nachbehandler (etwa Urlaubsvertreter) wissen muss. Das können durchaus auch Sicherheitshinweise sein (etwa OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 258). Insofern ist die Auskunft des Sachverständigen plausibel und insgesamt überzeugend. Wenn der Hinweis auf die Koloskopie als standardmäßige Empfehlung zu gelten hat, so dass der Sachverständige letztlich in ihrem Unterlassen sogar einen groben Fehler bejaht, leuchtet es ein, dass es sich auch um eine dokumentationspflichtige Maßnahme handelt. Der erteilte Hinweis bzw. die für Risikopatienten sogar ausdrücklich auszusprechende Empfehlung können eben nicht ohne weiteres auf sich beruhen, sondern ziehen weitere Konsequenzen nach sich, insbesondere eine Nachfragepflicht beim nächsten Besuch, gerade wenn der Patient zuvor den Eindruck hinterlassen hat, über die Thematik erst noch einmal nachdenken zu müssen. Lehnt der Patient dann den Eingriff ab, weil er ihm zu risikoreich oder zu lästig ist, wäre dies wiederum zwingend dokumentationsbedürftig. Folgt er dem Rat, hat dies gegebenenfalls weitere Konsequenzen (Überweisung) zur Folge. Ist der Rat zwischenzeitlich in Vergessenheit geraten oder der Patient gänzlich unentschlossen, muss er ggf. ein weiteres Mal aufgeklärt werden. Dafür ist die Dokumentation dann tatsächlich rein medizinisch notwendig. Der Beklagte, der die Dokumentationspflicht auch in der Berufung weiter bestreitet, bringt seinerseits keine weitergehenden Argumente als seine Zweifel, ob die Koloskopie als Maßnahme überhaupt sinnvoll ist. Das indes hat mit der Frage der Dokumentationspflicht nichts zu tun. Es spricht im übrigen für sich, dass der Beklagte im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vorgetragen hat, er dokumentiere tatsächlich üblicherweise einen Hinweis auf eine Koloskopie, habe es nur im Falle des Kläger offensichtlich vergessen. Daraus lässt sich nur der Schluss ziehen, dass auch der Beklagte diesen Hinweis zumindest seinerzeit für dokumentationspflichtig gehalten hat.
Die Folge der unterlassenen Dokumentation und der daraus resultierenden Vermutung, dass die Maßnahme unterblieb, ist die Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Behandlungsfehlervorwurfes. Den Beweis, dass der behauptete Hinweis tatsächlich erteilt wurde, hat der Beklagte nicht erbracht. Seiner Aus-

sage im Rahmen der informatorischen Befragung kommt angesichts der diametral gegenläufigen Darstellung seitens des Klägers kein derart höheres Gewicht zu, dass sich darauf die Überzeugungsbildung des Gerichtes stützen ließe. Auch für eine förmliche Parteivernehmung nach § 448 ZPO bietet die (wie gezeigt ohnehin nicht widerspruchsfreie und dem Standard entsprechende) Darstellung keine hinreichende Grundlage.
e) Die Hinweispflicht des Beklagten entfiel nicht deshalb, weil der Kläger bereits hinreichend über alle aufklärungspflichtigen Umstände aufgeklärt gewesen wäre. Soweit der Beklagte von fehlender Aufklärungsbedürftigkeit ausgeht unter Hinweis auf den Umstand, dass der Kläger anderthalb Jahre später tatsächlich in der Uniklinik Aachen eine Koloskopie durchführen ließ (was, wie er meint, wiederum nur bedeuten könne, dass er selbst den Hinweis gegeben haben müsse), geht diese Argumentation an der Sache vorbei. Es geht nicht um die Frage, ob jeder durchschnittlich gebildete Mensch weiß, dass es eine Darmspiegelung gibt und was sie in etwa bedeutet, sondern um die Frage, ob sie für den Kläger in seiner konkreten Situation eine sinnvolle und aus ärztlicher Sicht empfehlenswerte Maßnahme darstellte, oder ob er - wie tatsächlich suggeriert - der Ansicht sein durfte, ein Hämokulttest schließe sicher die Krebsgefahr aus. Insofern ist die Annahme auch in keiner Weise zwingend, dass der Kläger durch den Beklagten hinreichend über die Koloskopie als Krebsvorsorgemaßnahme unterrichtet gewesen sei, weil er sich aus eigenem Antrieb anderthalb Jahre später dieser Untersuchung unterzogen habe.
2. Zugunsten des Klägers ist davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung des Klägers den gesamten weiteren Krankheitsverlauf verhindert hätte. Allerdings ist es ungewiss, ob eine ordnungsgemäße Aufklärung die Entstehung oder die weitere Entwicklung der Darmkrebserkrankung sicher verhindert hätte. Es ist nicht einmal sicher, dass der Kläger der leitliniengerechten Empfehlung tatsächlich gefolgt wäre und eine Koloskopie zeitnah hätte durchführen lassen (ob insoweit die Vermutung gilt, dass ein Patient sich aufklärungspflichtig verhält, lässt der Senat ausdrücklich offen). Darauf kommt es jedoch nicht an, denn diese Zweifel gehen zu Lasten des Beklagten, da dem Beklagten ein grobes Fehlverhalten vorzuwerfen ist, das zur Beweislastumkehr führt, und da er nicht den Nachweis führen kann, dass den Kläger auch bei richtiger Aufklärung dieselben gesundheitlichen Folgen getroffen hätten. Auch insoweit folgt der Senat dem landgerichtlichen Urteil.
a) Die Kammer hat einen groben Fehler auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Heintjes zu Recht bejaht. Dabei steht dem Senat durchaus vor Augen, dass eine Koloskopie eine Maßnahme ist, die viele Menschen scheuen und die nicht ganz unerhebliche Risiken birgt, die bei sozialversicherten Patienten, die keiner Risikogruppe angehören, als Vorsorgemaßnahme nur insgesamt zweimal im Leben bezahlt wird, die also keine blanke Selbstverständlichkeit für einen Patienten ist. Es mag auch zutreffen, dass nicht wenige Ärzte einer Koloskopie als reiner Vorsorgemaßnahme eher skeptisch gegenüber stehen und sie ihren Patienten nicht unmittelbar empfehlen. Allerdings stellt dies keine durchgreifenden Bedenken dar, die aus rechtlicher Sicht die Annahme eines groben Fehlers hindern. Ein grober Fehler liegt nach der gängigen Definition vor, wenn der Behandler in eindeutiger Weise gegen bewährte medizinische Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößt, und dadurch einen Fehler begeht, der aus objektiver medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Es handelt sich bei der Empfehlung zur Koloskopie um eine eindeutige Anweisung einer Leitlinie, die einen bewährten Standard abbildet. Dies wird einmal mehr deutlich in der Tatsache, dass es sich um eine S3-Leitlinie handelt, also eine solche, die den höchstmöglichen Grad wissenschaftlicher Absicherung aufweist. Zur Früherkennung von Darmkrebs ist eine Koloskopie nicht nur überaus geeignet, sondern - so der Sachverständige - praktisch alternativlos, denn andere Methoden (insbesondere der bloße Hämokulttest) weisen eine erhebliche Ungenauigkeit auf. Die Alternative besteht also nur darin, das Risiko der Nichterkennung eines sich entwickelnden Krebses zu tragen. Damit sind die Elemente des eindeutigen Verstoßes und des Verstoßes gegen bewährte Grundsätze ohne weiteres zu bejahen.
Gleiches gilt aber auch für das Element der Unverständlichkeit aus objektiver medizinischer Sicht. Ob und welche Maßnahmen ein Patient wahrnehmen möchte zur Krebsfrüherkennung ist eine Entscheidung von existentieller Tragweite, die der Arzt unter keinen Umständen für den Patienten treffen darf. Dies gilt insbesondere und hier ganz entscheidend für einen Patienten, der einer Risikogruppe angehört, weil er familiär vorbelastet ist. Wenn ein Arzt dem Patienten die für seine Entscheidung wesentlichen Informationen vorenthält, ihn insbesondere nicht darüber informiert, dass er einer Risikogruppe angehört und dass hierfür eine klare und eindeutige Empfehlung zur Koloskopie gilt, ist dies aus medizinischer Sicht nicht zu verstehen. Es gibt keine Gründe, die das Nichtinformieren als noch medizinisch verständlich erscheinen lassen. Es liegt kein schwieriger Abwägungsprozess vor, keine komplexe fehlerträchtige Situation, bei der eine letztlich falsche Entscheidung noch nachvollziehbar ist. Weder der Beklagte noch der Sachverständige zeigen irgendwelche Umstände auf, die das Unterlassen einer derart einfachen und unaufwändigen Empfehlung als verständlich erscheinen lassen. Vielmehr zieht sich der Beklagte ausschließlich auf Erwägungen zurück, die die Berechtigung der Empfehlung betreffen oder die Gründe, die ein Patient in seinen Abwägungsprozess einbeziehen mag, nämlich die Risiken der Koloskopie. Das aber darf ihn - wie gezeigt - nicht hindern, den Patienten aufzuklären. Der Umstand, dass der Beklagte den Kläger ansonsten

ordnungsgemäß untersucht hat und dass aus dieser Untersuchung über die familiäre Vorbelastung hinaus keine weiteren konkreten Hinweise resultierten, die eine Koloskopie nahelegten, lässt das Unterlassen des Hinweises ebenfalls nicht als aus objektiver medizinischer Sicht verständlich erscheinen. Dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten zunächst nur von einem einfachen Fehler ausgegangen ist und erst im Rahmen der mündlichen Anhörung einen groben Fehler bejaht hat (dies dann aber sehr deutlich), hindert schließlich die Überzeugungsbildung ebenfalls nicht, gibt dem Senat insbesondere keinen Anlass, einen anderen Sachverständigen nach seiner Meinung zu fragen. Dass ein Sachverständiger nach intensiver Diskussion und ersichtlich gründlichem weiteren Durchdenken der Kriterien des groben Fehlers sich letztlich umentscheidet (was im Hinblick auf die Scheu der meisten Sachverständigen, einen groben Fehler überhaupt als solchen deutlich anzusprechen, wahrlich selten ist), stärkt das Gewicht seiner Ausführungen eher als dass es sie schwächt. Die spätere Einschätzung beruht auf gründlicherer gedanklicher Durchdringung und nicht zuletzt auf der Klarstellung eines für den Sachverständigen wichtigen Umstandes, nämlich der Erkenntnis, dass die Untersuchung vom 15.5.2009 ganz wesentlich der Krebsvorsorge und nicht anderen Zwecken diente.
b) Den Gegenbeweis, nämlich die äußerste Unwahrscheinlichkeit, dass der Kläger gesund aus der Sache heraus gekommen wäre, hätte der Beklagte ihn am 15.5.2009 ordnungsgemäß über eine Koloskopie aufgeklärt, kann der Beklagte nicht führen. Aus den Ausführungen des Sachverständigen folgt, dass schon nicht sicher davon ausgegangen werden könne, ob damals überhaupt das Stadium der Bösartigkeit schon erreicht worden sei, so dass nicht einmal klar ist, ob der Kläger überhaupt hätte operiert werden müssen. Ob das Leiden sich noch in einem Stadium der Gutartigkeit befunden hätte, könne man rückblickend nicht beantworten. Falls ein bösartiger Befall vorgelegen hätte, wäre der betreffende Darmabschnitt entfernt worden. Je nach Größe des Tumors hätten die Heilungschancen dann bei über 90% gelegen. Zu der mutmaßlichen Größe des Tumors könne man aber rückblickend heute auch nichts Weiteres sagen. Aus der Tatsache, dass der Hämokulttest negativ war, könne man nur rückschließen, dass sich eine Krebserkrankung jedenfalls noch in einem frühen Stadium befunden habe. Auszugehen ist damit insgesamt von einer für den Kläger denkbar günstigen Situation, nämlich einer Heilung ohne nennenswerte Behandlungen (insbesondere keine Chemotherapie) und ohne Metastasen. Eine weitere Abklärung der Kausalitätsfrage ist nicht veranlasst.
Die Ungewissheiten bei der Vorfrage, ob der Kläger tatsächlich der leitliniengerechten Empfehlung gefolgt wäre, gehen ebenfalls zu Lasten des Beklagten. Der Gegenbeweis kann ihm nicht gelingen. Der Umstand, dass der Kläger anderthalb Jahre später ohne weiteres eine Koloskopie hat durchführen lassen, um bloße Blähungen abklären zu lassen, spricht im Gegenteil sogar deutlich eher dafür, dass er erst recht keine Bedenken gehabt hätte, wenn es um die notwendige Abklärung im Hinblick auf eine bestehende Krebsgefahr ging.
3. Folge des dem Beklagten anzulastenden Behandlungsfehlers ist, dass er verpflichtet ist, dem Kläger den materiellen und immateriellen Schaden, der auf dem Fehler zumindest mit beruht, zu ersetzen.
a) Im Hinblick auf die mit der Klage geltend gemachten Behandlungskosten in Höhe von 6.459,01 EUR greift der Beklagte das Urteil der Kammer nicht an. Insofern kann auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werden.
Soweit der Kläger im Rahmen seiner Anschlussberufung klageerweiternd weitere Behandlungskosten in Höhe von 1811,79 EUR geltend macht, ist dies prozessual zulässig. Der Anspruch, der sich auf erstattungsfähige Kosten bezieht und in kausalem Zusammenhang steht zu der Krebserkrankung, ist auch der Sache nach begründet. Konkrete Einwendungen hiergegen hat der Beklagte nicht erhoben.
b) Den Schmerzensgeldanspruch, der sich auf alle bekannten sowie alle voraussehbaren zukünftigen Beeinträchtigungen des Klägers bezieht, bemisst der Senat mit insgesamt 150.000.- EUR. Dabei nimmt der Senat auch hier im Wesentlichen Bezug auf die Erwägungen der Kammer. Maßgebend für die Bemessung des Betrages, der als angemessener Ausgleich und als notwendige Genugtuung für die erlittenen Leiden, Beschwerden und Beeinträchtigungen des Klägers anzusehen ist, ist die Krebserkrankung in ihrem gesamten Verlauf mit allen Weiterungen und Komplikationen, insbesondere der notwendigen Erstoperation zur Entfernung des betroffenen Darmabschnittes und aller Folgeoperationen, die infolge der Metastasenbildung die (wiederholte) Entfernung wesentlicher Teile von Lunge und Leber mit sich brachten, sowie der Nachbehandlung durch stark beeinträchtigende Therapien (Chemo). Dies alles hat zu ganz erheblichen Schmerzen, Leiden, Beschwerden, zu anhaltenden und irreversiblen körperlichen Beeinträchtigungen und vor allem zu ganz enormen psychischen Belastungen geführt, die durch das immer wieder neu aufflackernde Krankheitsgeschehen, die dadurch hervorgerufenen Enttäuschungen und die stets nahe Todesangst gekennzeichnet sind. Zu berücksichtigen ist ferner in erheblichem Maße, dass der Kläger sowohl die Fähigkeit verloren hat, seinen Beruf auszuüben als auch die sein Leben prägenden Freizeitgestaltungen. All dies hat die Kammer zu Recht und auch hinsichtlich der Höhe grundsätzlich angemessen berücksichtigt. Soweit die Kammer die Entfernung des befallenen Darmabschnittes als nicht zu vermeidende Ohnehin-Beeinträchtigung unberücksichtigt gelassen hat, war dem allerdings nicht zu folgen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass

sich im Frühjahr 2009 noch eine Situation dargestellt hätte, die als prinzipiell gutartig anzusehen gewesen wäre und die eine Entfernung des Darms nicht als notwendig hätte erscheinen lassen müssen.
Das gegenüber dem landgerichtlichen Urteil um 50.000.- EUR höhere Schmerzensgeld ist aufgrund der weiteren (negativen) gesundheitlichen Entwicklung des Klägers seit der Klageerhebung als auch nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils gerechtfertigt. Damit berücksichtigt werden die weitere körperliche Verschlechterung des Klägers und die erneute Operation mit der Entfernung weiterer Teile von Leber und Gallengängen, die durch Vorlage weiterer Behandlungsunterlagen belegt und durch den Beklagten nicht konkret angegriffen sind. Ein wesentlich höheres Schmerzensgeld, wie es dem Kläger nunmehr in einer Größenordnung von insgesamt 250.000.- EUR vorschwebt, ist hingegen nicht angemessen. Das Ausmaß der Beeinträchtigungen kann nur sehr begrenzt verglichen werden mit demjenigen gänzlich anders gelagerter Fälle. Um einen solchen anders gelagerten Fall handelt es sich bei der Entscheidung des OLG Hamm vom 18.6.2013, auf die der Kläger sich nunmehr beruft. Die Beeinträchtigungen, die einem Schmerzensgeldbetrag in der von dem Kläger nunmehr geltend gemachten Höhe üblicherweise zugrunde liegen, sind deutlich höher zu veranschlagen. Zu berücksichtigen ist, dass dem Kläger, ohne den dramatischen Verlust seiner Lebensqualität zu verkennen, doch in weitaus höherem Maße Möglichkeiten zur Teilhabe am Leben verbleiben, die anderen Menschen verschlossen sind.
4. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 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:
für die Berufung des Klägers: 151.811.- EUR
für die Berufung der Beklagten: 206.459.- EUR
gesamt: 358.270.- EUR
(wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, war der Streitwert für den Feststellungsantrag im Hinblick auf die nicht unbeträchtlichen im Raum stehenden materiellen Schäden, insbesondere Verdienstausfall, mit 100.000.- EUR zu bewerten).

89. OLG Köln, Urteil vom 04.08.2014 – I-5 U 157/13, 5 U 157/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Schmerzensgeldanspruch bei unzureichender Risikoaufklärung im Zusammenhang mit der Herzoperation an einem Kind

Leitsatz

1. Die Aufklärung der Eltern eines 4-jährigen Kindes, das wegen einer störenden Leitungsbahn am Herzen operiert werden soll, umfasst nicht nur den Hinweis auf das Risiko eines AV-Blocks, sondern die eingehende Erörterung, was dies für das Leben bedeutet (insbesondere die lebenslängliche Herzschrittmacher-Pflichtigkeit). Sie umfasst ferner das Erörtern des für das Kind günstigsten Zeitpunktes für eine solche Operation.
2. Wird durch eine Herz-Operation die für den Herzschlag notwendige Nervenverbindung zwischen Vor- und Hauptkammer zerstört und der Patient dadurch lebenslang herzschrittmacherpflichtig, liegt ein Gesundheitsschaden auch dann vor, wenn der Patient auch schon vor der Operation auf einen Herzschrittmacher angewiesen war, jedoch (durch eine spätere oder andere Operation) eine realistische Chance auf ein Leben ohne Herzschrittmacher bestanden hätte, die er nun verloren hat.
3. Für die endgültige Zerstörung einer lebensnotwendigen Leitungsbahn des Herzens sind ein Schmerzensgeld von 15.000,00 € und ein immaterieller Vorbehalt auch dann gerechtfertigt, wenn der Patient auch zuvor auf einen Herzschrittmacher und auf starke Medikamente angewiesen war, und sich das Ausmaß seiner konkreten Beeinträchtigungen nicht weiter verschlechtert hat.

Orientierungssatz

1. Wurde auf das Risiko eines AV-Blocks mit lebenslanger Herzschrittmacher-Notwendigkeit nur beiläufig und schematisch hingewiesen, obwohl die Folgen eines AV-Blocks hätten wirklich deutlich angesprochen werden müssen, nämlich dass dann, wenn die Hauptleitung gekappt werde, der Geschädigte jede Chance verloren hätte, jemals ganz gesund zu werden, eine Chance, die zuvor bestand und realistisch war, ist von einer unzureichenden Aufklärung über die Risiken der durchgeführten Operation auszugehen.
2. Die Abwägung, die Risiken jetzt in Kauf zu nehmen oder mit einer Herzoperation bei einem Kind zuzuwarten, dabei die sicherlich belastende und nicht risikofreie medikamentöse Therapie noch für einige Jahre fortzusetzen und eventuell dann über eine Operation zu entscheiden (mit guten Chancen auf verbesserte Operationstechniken und mit besseren Chancen angesichts eines größeren Herzens und einer insgesamt vielleicht stabileren Gesamtverfassung), ist erkennbar für Eltern äußerst schwierig und stellt ein Musterbeispiel für einen Entscheidungskonflikt dar.
3. Ist mangels Risikoaufklärung die Einwilligung der Eltern nicht wirksam, stellt sich die Operation als rechtswidriger Eingriff in die Gesundheit dar.
4. Liegt der Gesundheitsschaden darin, dass eine bis dato intakte Hauptleitung des Herzens irreparabel zerstört wurde, ist im Rahmen des Schmerzensgeldes die dem Geschädigten genommene Chance, ein

Leben mit einem ganz gesunden Herzen zu führen, zu bewerten. Hinreichend sichere Dauerfolgen sind die psychischen Belastungen, die aus dem lebenslangen Tragen des Herzschrittmachers resultieren und in der Angst vor einem Versagen des Schrittmachers bestehen, die körperlichen Einschränkungen im Sinne geringerer Belastbarkeit und dadurch eventuell eingeschränkter Möglichkeiten im beruflichen wie im persönlichen Bereich und schließlich die Notwendigkeit regelmäßiger Überprüfung und Wartung bis hin zum Austausch des Gerätes in gewissen Intervallen. Dafür erscheint ein Betrag von 15.000,- € angemessen.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 26.11.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 438/09 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000.- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1.8.2005 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, als Gesamtschuldner dem Kläger die derzeit nicht konkret absehbaren zukünftigen immateriellen und alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihm infolge der Behandlung vom 20.02.2003 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1623,64 EUR zu zahlen.
Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden zu 58% dem Kläger, zu 42% den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger kam am 20.xx.1998 als Frühgeborener (34.Woche) mit einem Herzfehler zur Welt. Er litt unter einer paroxysmalen supraventrikulären Tachykardie mit Re-Entry-Mechanismus, was bedeutet, dass sich zwischen Vor- und Hauptkammer neben der Verbindung zwischen AV-Knoten und HIS-Bündel eine zusätzliche störende Nervenbahn befindet, die unkontrolliert Impulse sendet und so zu einer Tachykardie mit unter Umständen lebensbedrohlichen Herzrhythmusstörungen führt. Er wurde permanent durch die Ärzte des Universitätsklinikums der Beklagten zu 1 betreut. Diese versuchten zunächst eine rein medikamentöse Einstellung, die allerdings dazu führte, dass das Herz nunmehr gelegentlich über längere Zeiträume aussetzte, weshalb dem Kläger im Alter von acht Monaten ein Herzschrittmacher eingesetzt wurde. Daneben musste der Kläger mit nebenwirkungsreichen Medikamenten behandelt werden. Nachdem im vierten Lebensjahr Befindlichkeitsstörungen, Halsschmerzen und Tachykardien auftraten, musste die Dosis der verabreichten Medikamente erhöht werden.
Am 20.2.2003 operierte der Beklagte zu 3 den Kläger mit dem Ziel, eine dauerhafte Lösung zu finden. Dieser Operation gingen mehrere Gespräche der Eltern des Klägers mit den Beklagten zu 2 bis 5 voraus. Im Rahmen einer kathetergestützten Operation wurde durch Applikation von hochfrequentem Strom die störende Leitungsbahn verödet. Dabei wurde allerdings auch die gesunde Nervenverbindung zwischen AV-Block in der rechten Vorkammer und dem HIS-(Nerven-)Bündel in den Hauptkammern unterbrochen, was zur Folge hat, dass der Kläger zu einem natürlichen Herzschlag nicht mehr in der Lage und zeitlebens auf einen Herzschrittmacher angewiesen ist. Ein solcher Herzschrittmacher wurde dem Kläger noch in der Operation vom 20.2.2003 eingesetzt. Medikamente muss er seitdem nicht mehr nehmen. Das Herz funktioniert mit Hilfe des Herzschrittmachers bis heute störungsfrei.
Mit der Behauptung, ohne ausreichende Aufklärung der Eltern in die folgenschwere Operation gedrängt worden zu sein, macht der Kläger Schadensersatz- (insoweit über einen Feststellungsantrag) und Schmerzensgeldansprüche (mindestens 50.000.- EUR) gegen die Beklagten geltend. Er hat ferner Behandlungsfehler geltend gemacht, weil die Operation jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht indiziert gewesen sei und fehlerhaft durchgeführt worden sei.
Der Kläger hat beantragt,
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn aus der fehlerhaften Behandlung ab02.2003 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 50.000.- EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens jedoch 8 % Zinsen - seit dem 1.8.2005;

festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche künftige immateriellen und alle weiteren materiellen Schäden, die ihm aus der fehlerhaften Behandlung ab02.2003 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden;
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn die ihm entstandenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 2.207,25 EUR zu zahlen.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie haben Behandlungsfehler bestritten und behauptet, die Eltern seien über die Risiken des Eingriffs hinreichend aufgeklärt worden.
Die Kammer hat zur Frage des Behandlungsfehlers ein Gutachten von Prof. Dr. C eingeholt und die Eltern des Klägers sowie die Beklagten zu 3 und 5 zur Aufklärung bzw. zum Entscheidungskonflikt angehört. Sie hat sodann der Klage in Höhe von 5000.- EUR Schmerzensgeld stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Behandlungsfehler seien nach dem Gutachten von Prof. Dr. C zwar nicht gegeben. Allerdings sei eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung nicht erfolgt. Es sei auch von einem Entscheidungskonflikt auszugehen, weil eine solche Operation üblicherweise erst ab dem sechsten Lebensjahr durchgeführt werde. Schmerzensgeldrelevant sei allerdings nur die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Klägers bzw. des Sorgerechts der Eltern und der nachvollziehbare Entscheidungskonflikt, dem allerdings mindernd gegenüberstehe, dass der Kläger nun lebenslang keine Medikamente einnehmen müsse. Der Feststellungsantrag sei unbegründet, weil mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass der Kläger ohnehin lebenslang hätte einen Herzschrittmacher tragen müssen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Klägerin wird auf die gewechselten Schriftsätze und auf das angefochtene Urteil verwiesen.
Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge in vollem Umfang weiter verfolgt, macht der Kläger weiterhin geltend, die Operation sei nicht indiziert gewesen. Ein solcher Eingriff dürfe frühestens ab dem sechsten Lebensjahr erfolgen. Die Operation sei zudem fehlerhaft durchgeführt worden. Intraoperativ habe der Kläger eine Tachykardie entwickelt, die eigentlich zum Abbruch der Operation hätte führen müssen. Stattdessen habe der Beklagte zu 3 die Operation fortgesetzt, was dann zum Schaden geführt habe.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei dem Kläger durchaus ein Gesundheitsschaden entstanden, der darin zu sehen sei, dass der Kläger lebenslang einen Herzschrittmacher tragen müsse. Eine Katheterablation hätten die Sorgeberechtigten des Klägers richtigerweise frühestens ab dem zehnten Lebensjahr durchführen lassen, weil die Bedingungen dann gut gewesen seien. Zu diesem Zeitpunkt hätte zum einen die mittlerweile etablierte Kryoablation zur Verfügung gestanden und zum anderen der Kläger auch schon selbst mitentscheiden können, ob er überhaupt einen solchen Eingriff wolle. Dann hätte der Eingriff dazu geführt, dass kein Herzschrittmacher mehr benötigt werde. Wenn die Beklagte sich auf die Wahrscheinlichkeit berufe, dass der Kläger stets auf einen Schrittmacher angewiesen sei, handele sich hier um überholende Kausalität, für die die Beweislast bei den Beklagten liege.
Mit der Anschlussberufung erstreben die Beklagten die vollständige Abweisung der Klage. Sie machen geltend, die Annahme unzureichender Aufklärung beruhe auf unvollständiger bzw. falscher Berücksichtigung der medizinischen Umstände. Der Eingriff hänge - wie der Sachverständige ausgeführt habe - nicht vom Alter des Kindes ab, sondern von seinem Gewicht. Der Kläger habe aber mit 14 kg seinerzeit fast die notwendige Gewichtsgrenze (15 kg) erreicht. Der Kläger sei zum Zeitpunkt des Eingriffs auch nicht etwa medikamentös gut eingestellt gewesen. Gerade die unzureichende Einstellung sei schließlich der Grund gewesen, den Eingriff vorzuschlagen. Es sei vollständig und sorgfältig aufgeklärt worden. Dass die Beklagten zu 2 bis 5 üblicherweise über das Risiko des AV-Blocks aufklären, müsse genügen. Das Gericht habe die Anforderungen an den zu erbringenden Beweis überspannt. Ein echter Entscheidungskonflikt sei nicht dargetan. Dass eine Operation erst ab sechs Jahren durchgeführt werde, sei unzutreffend. Die medikamentöse Therapie habe erhebliche Nebenwirkungen bis hin zum möglichen Todesfall. Einen gesundheitlichen Schaden könne der Kläger nicht beweisen. Dazu gehöre, dass er ohne die Operation nicht mehr schrittmacherpflichtig sei. Die Begründung des Landgerichts zum Schmerzensgeld sei rechtsfehlerhaft.
Beide Parteien verteidigen im Übrigen die angefochtene Entscheidung, soweit sie für sie günstig ist, und treten dem Berufungsvorbringen der jeweils anderen Partei 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 des Klägers ist teilweise begründet, die Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagten haften dem Kläger wegen unzureichender Risikoaufklärung auf Ersatz des durch die Operation vom 20.2.2003 entstandenen materiellen und immateriellen Schadens, was zur Zuerkennung des Feststellungsbegehrens und zu einer Erhöhung des erstinstanzlich zuerkannten Schmerzensgeldbetrages führt. Im Einzelnen gilt folgendes:

1. Behandlungsfehler hat die Kammer auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. C zutreffend verneint. Die Indikation für die Operation, die erstinstanzlich einziger Ansatzpunkt für einen Behandlungsfehler war und auch alleiniger Gegenstand des Gutachtens, hat der Sachverständige eindeutig bejaht. Der Senat verweist hierzu auf die Entscheidungsgründe des Urteils, denen der Senat nichts hinzuzufügen hat. Substantielle neue Einwände gegen das Gutachten bringt der Kläger nicht vor. Ebenso wenig werden fachliche oder persönliche Vorbehalte gegen den Sachverständigen geltend gemacht und sind auch nicht erkennbar.
Ohne Erfolg macht der Kläger in zweiter Instanz erstmals geltend, die Operation habe angesichts einer intraoperativ aufgetretenen Tachykardie von über 200 Herzschlägen pro Minute richtigerweise abgebrochen werden müssen. Ungeachtet des Umstandes, dass hierin eine völlig neue Angriffsrichtung zu sehen sein dürfte, die als neues und nicht nach § 531 Abs.2 ZPO zulassungsfähiges Vorbringen gelten würde (vgl. hierzu BGHZ 159, 245 ff., Rn 16 ff.), was indes dahinstehen mag, kann in der Fortsetzung der Operation auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. C nicht von einem Behandlungsfehler ausgegangen werden. Der Sachverständige war zwar - mangels entsprechender Rüge - im Rahmen der Beweisanordnungen nicht ausdrücklich danach gefragt worden, ob bei einer Tachykardie von 200 die Operation hätte abgebrochen werden müssen. Aber er war allgemein nach dem ordnungsgemäßen Ablauf der Operation befragt worden und hat diese Frage - insoweit in Einklang mit den Gutachten der Gutachterkommission und des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen - uneingeschränkt bejaht. Er war ferner gebeten worden, zu den Einwänden des Klägers gegen sein Gutachten Stellung zu nehmen. Zu den Einwänden im Rahmen des Schriftsatzes der Anwälte des Klägers vom 24.8.2011 (Bl. 215 ff. GA) gehörte auch der Vortrag, dass der Beklagte zu 4 am Tag der Operation mit der Mutter des Klägers gesprochen und auf die Komplikation hingewiesen habe. Der Sachverständige hat gleichwohl keinen Anlass gesehen, die intraoperativ aufgetretene Tachykardie als Grund zu thematisieren, die Operation abzubrechen. Der Senat hat keine durchgreifenden Zweifel, dass der Sachverständige auf diesen Punkt eingegangen wäre, hätte hier ein Ansatz für die Annahme eines Fehlers gelegen.
2. Allerdings haften die Beklagten wegen unzureichender Aufklärung über die Risiken der durchgeführten Operation. Die Kammer hat nach verfahrensfehlerfreier und sorgfältiger Beweisaufnahme sich nicht von einer den Anforderungen entsprechenden Aufklärung durch die Beklagten überzeugen können, was zu ihren Lasten geht. Die von der Kammer angehörten Beklagten zu 3 und 5 haben zwar eine Aufklärung über das hier verwirklichte Risiko behauptet (wenn auch teilweise nur als ständige Übung), aber dagegen stehen die Aussagen der Eltern des Klägers und die Tatsache, dass ausgerechnet dieses Risiko in dem verwendeten, insgesamt eher spärlichen und wenig aussagestarken Einverständnisformular im Gegensatz zu anderen Risiken nicht einmal angekreuzt ist. Wenn schon angesichts dessen die Kammer sich nicht von der Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten zu überzeugen vermochte, ist das gut nachvollziehbar, ungeachtet der auch von der Kammer nicht verkannten Grundsätze, wonach an die Überzeugungsbildung des Gerichts von der ordnungsgemäßen Aufklärung durch den Arzt nur maßvolle Anforderungen zu stellen sind (std. Rspr., grundlegend BGH NJW 1985, 1399). Entscheidend ist aus Sicht des Senates ohnehin, dass auf das Risiko eines AV-Blocks mit lebenslanger Herzschrittmacher-Notwendigkeit auch nach Darstellung der Beklagten zu 3 und 5 nur beiläufig und schematisch hingewiesen wurde. Es ging hier aber darum, die Folgen für das weitere Leben des Klägers patientenbezogen und objektiv zu schildern. Das hätte bedeutet, dass in einem sehr sorgfältigen Abwägungsprozess auch die Frage thematisiert hätte werden sollen, wann der günstigste Zeitpunkt für diese folgenschwere Operation ist - insbesondere, dass die Gefahren mit zunehmendem Alter abnehmen, dass der Kläger weder das auch nach damaligem Standard allgemein empfohlene Gewicht noch das empfohlene Alter wirklich erreicht habe. Den seitens der Eltern sehr plastisch und plausibel geschilderten Druck, den die Ärzte (der Mutter saßen vier Ärzte gegenüber) aufgebaut haben, hat die Anhörung der Beklagten zu 3 und 5 eher bestätigt als zerstreut. Es hätte vor allem bedeutet, dass die Folgen eines AV-Blocks wirklich deutlich angesprochen werden, nämlich dass dann, wenn die Hauptleitung gekappt werde, der Kläger jede Chance verloren gehabt hätte, jemals ganz zu gesunden, eine Chance, die zuvor sehr wohl bestand und realistisch war.
Der Entscheidungskonflikt der Eltern liegt hier auf der Hand. Daran ändert auch der Hinweis der Beklagten nichts, dass der Kläger in der damaligen Situation keineswegs optimal medikamentös eingestellt gewesen sei und dass durchaus ein sehr konkreter Anlass bestand, zu jenem Zeitpunkt über eine Operation nachzudenken. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte es wohl schon an einer Operationsindikation gefehlt. Die Abwägung, die Risiken jetzt in Kauf zu nehmen oder mit einer Herz-Operation zuzuwarten, dabei die sicherlich belastende und nicht risikofreie medikamentöse Therapie noch für einige Jahre fortzusetzen und eventuell dann über eine Operation zu entscheiden (mit guten Chancen auf verbesserte Operations-Techniken und mit besseren Chancen angesichts eines größeren Herzens und einer insgesamt vielleicht stabileren Gesamtverfassung) war erkennbar für die Eltern äußerst schwierig und stellt ein Musterbeispiel für einen Entscheidungskonflikt dar.
Die nicht gegebene bzw. nicht nachgewiesene Risikoaufklärung führt dazu, dass die seitens der Eltern für den Kläger erteilte Einwilligung nicht wirksam ist und die Operation sich damit als rechtswidriger Eingriff der Beklagten in die Gesundheit des Klägers darstellt.

3. Durch die rechtswidrige Operation ist dem Kläger auch ein Gesundheitsschaden entstanden. Die Annahme der Kammer, dem Kläger sei letztlich kein Gesundheitsschaden entstanden, denn er lebe jetzt frei von Medikamenten und einen Herzschrittmacher hätte er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin sein Leben lang benötigt, trifft schon aus tatsächlichen Gründen nicht zu. Der Sachverständige hat lediglich ausgeführt, dass die Alternative zu einer Operation die vermutlich lebenslange medikamentöse Behandlung darstelle und dass insoweit die unterstützende Funktion des Herzschrittmachers wohl lebenslang notwendig sei, denn wenn sich schon im Säuglingsalter zeige, dass ein Herzschrittmacher notwendig sei, dann seien die Chancen gering, auf ihn später verzichten zu können. Zu der Frage, ob eine später durchgeführte Operation erfolgreich gewesen wäre und der Kläger dann immer noch einen Herzschrittmacher benötigt hätte, hat er sich nicht geäußert. Es spricht jedoch nichts dafür, dass auch in diesem Fall eine weitere Herzschrittmachernotwendigkeit gegeben gewesen wäre. Das würde voraussetzen, dass die Hauptleitung auch ohne die Störungen der dann gekappten Nebenleitung nicht in der Lage wäre, für einen normalen Herzschlag zu sorgen. Dafür aber gibt es keinerlei Anhaltspunkte.
Aber auch aus rechtlichen Gründen kann ein kausaler Schaden nicht verneint werden. Der Gesundheitsschaden des Klägers liegt hier darin, dass eine bis dato intakte Hauptleitung des Herzens irreparabel zerstört wurde. Sie hatte eine wesentliche, sogar lebenswichtige, Funktion, denn sie sorgte für den regelmäßigen Herzschlag des Klägers. Diese Schadensfolge des Eingriffs steht außer Zweifel. Dagegen spricht auch nicht, dass das Herz des Klägers ohne Operation durch die störende Leitung in erheblicher Weise vorgeschädigt war. Ebenso wenig kann argumentiert werden, dass der Zustand nach der Operation nicht schlechter sei als vor der Operation, weil zuvor auch ein Schrittmacher implantiert gewesen sei und zudem Nebenwirkungen durch die Medikamente aufgetreten seien, insbesondere aber es immer wieder zu gefährlichen Tachykardien gekommen sei, weil die Medikamente nicht optimal eingestellt gewesen seien. Entscheidend ist, dass der Kläger ein Herz besaß, das die reelle Chance bot, irgendwann ohne Schrittmacher und ohne Medikamente auszukommen, und dass diese Chance jetzt definitiv nicht mehr besteht. Das stellt eine objektive Verschlechterung der Situation des Klägers dar und zwar eine erhebliche. Es geht hier nicht um die Frage einer durch Untätigkeit vertanen Heilungschance, bei der ein vom Kläger zu beweisender kausaler Schaden nur gegeben ist, wenn feststeht, dass die rechtzeitige Behandlung auch zum Erfolg geführt hätte. Es geht um einen konkret angerichteten Schaden am Herzen. Der Kläger muss daher auch nicht den Nachweis führen, dass ein Unterbleiben der rechtswidrigen Operation zu völliger Gesundung geführt hätte. Der Schaden des Klägers liegt nicht erst dann vor, wenn er anderenfalls völlig gesund geworden wäre, sondern schon dann, wenn ein wesentlicher Teil des Herzens, der bis dahin gesund war, nunmehr irreparabel zerstört ist. Die Frage, ob sich die weitere Entwicklung für den Kläger auch ohne die Operation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht günstiger entwickelt hätte, ist eine solche rechtmäßigen Alternativverhaltens bzw. hypothetischer Kausalität. Dafür liegt die Beweislast bei den Beklagten. Diesen Beweis können sie indes nicht führen.
4. Dem Feststellungsbegehren war damit stattzugeben. Es besteht die konkrete und nicht etwa nur ganz entfernt liegende oder gar nur rein theoretische Möglichkeit, dass sich über den entstandenen Gesundheitsschaden hinaus weitere Schadensfolgen ergeben. Ein Herzschrittmacher kann etwa plötzlich ausfallen und der Kläger dadurch reanimationspflichtig werden, was mit denkbar schwersten Gesundheitsfolgen verbunden sein kann. Entsprechende Komplikationen kann es auch etwa beim Wechsel des Herzschrittmachers geben. Dies rechtfertigt die Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und künftige immaterielle Schäden ohne weiteres. Auf die Frage, ob es überwiegend wahrscheinlich sei, dass der Kläger auch ohne Operation (insbesondere zu diesem frühen Zeitpunkt!) weiter auf einen Herzschrittmacher angewiesen sei, kommt es hierfür aus den dargestellten Gründen nicht an.
5. Für das Schmerzensgeld bedeutet das, dass auf den körperlichen Schaden abgestellt werden kann und abgestellt werden muss. Die Erwägungen der Kammer zum verletzten Persönlichkeitsrecht des Klägers oder dem verletzten Sorgerecht der Eltern sind rechtlich nicht tragfähig. Der Bundesgerichtshof hat unmissverständlich entschieden, dass darauf kein Schmerzensgeld gestützt werden kann (BGHZ 176, 342 ff = NJW 2008, 2344), weil es bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten ohne Gesundheitsschaden sonst zu einer uferlosen Haftung führen würde. Dies sieht der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung ebenso.
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist zu berücksichtigen, dass der Kläger kein gesundes Herz hatte und dass sich seine konkrete Lebenssituation durch den Herzschrittmacher (aber ohne Medikamente) momentan jedenfalls nicht verschlechtert hat. Aber die dem Kläger genommene Chance, ein Leben mit einem ganz gesunden Herzen zu führen, ist zu bewerten. Hier bietet sich der Vergleich an zu dem Verlust eines paarigen Organs, dessen erster Verlust zunächst kaum Beschwerden mit sich bringt, bei dem allerdings akute Lebensgefahr besteht, wenn es zum Verlust des zweiten Organs kommt. Damit verbunden als hinreichend sichere Dauerfolgen sind die psychischen Belastungen, die aus dem lebenslangen Tragen resultieren und in der Angst vor einem Versagen des Schrittmachers bestehen, die körperlichen Einschränkungen im Sinne geringerer Belastbarkeit und dadurch eventuell eingeschränkter Möglichkeiten im beruflichen wie im persönlichen Bereich, und schließlich die Notwendigkeit regelmäßiger Überprüfung und Wartung bis hin zum Austausch des Gerätes in gewissen Intervallen. Dafür erscheint

dem Senat ein Betrag von 15.000.- EUR als angemessen, allerdings auch als ausreichend. Die seitens des Klägers vorgestellten 50.000.- EUR sind demgegenüber deutlich zu hoch, weil die derzeit bestehenden und die bei einem angenommen komplikationsfreien weiteren Verlauf künftig absehbaren Alltagsbelastungen doch eher begrenzt sind. Eventuelle gravierende Entwicklungen (bspw. schwere Komplikationen bei einer Austausch-Operation) sind über den immateriellen Vorbehalt abgedeckt, der Gegenstand des Feststellungsantrags ist.
6. Die Haftung trifft alle Beklagten als Gesamtschuldner. Für die Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs haftet jeder Arzt, der an dem Eingriff im Rahmen der Indikationsstellung, der Behandlung und der Aufklärung beteiligt war. Der Beklagte zu 2 war unstreitig maßgeblich in die Operationsindikation eingebunden (und nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Klägers auch an der Aufklärung), die Beklagten zu 3 und 5 haben aufgeklärt, die Beklagten zu 3 und 4 haben operiert, wobei sich auch der Beklagte zu 4 die unzureichende Risikoaufklärung zurechnen lassen muss. Die Haftung der Beklagten zu 1 als Träger des Krankenhauses für ihre Erfüllungsgehilfen steht außer Frage.
7. Für die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht auf der Basis eines zutreffenden Streitwertes von 30.000.- EUR und einer 1,8-fachen Geschäftsgebühr ein Schadensersatzanspruch von 1623,64 EUR.
8. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 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:
für die Berufung des Klägers: 55.0000.- EUR
für die Berufung der Beklagten 5.000.- EUR
gesamt: 60.000.- EUR.

90. OLG Köln, Beschluss vom 04.08.2014 – 5 U 161/13 – * Arzthaftung: Behandlungs- bzw. Befunderhebungsfehler im Zusammenhang mit einem Meniskusschaden

Orientierungssatz

1. Die Verursachung eines Meniskusschadens durch eine fachgerechte Extensionsbehandlung ist auszuschließen.
2. Sind von neuen Röntgenaufnahmen keine wesentlichen Zusatzinformationen zu erwarten, ist es gut nachvollziehbar und unter dem Gesichtspunkt der Strahlenhygiene absolut korrekt, keine neuen Röntgenbilder anzufertigen, wenn erst eine Woche zuvor Röntgenbilder angefertigt worden waren.
3. Wird in einer handgeschriebenen Karteikarte Tipp-Ex zur Korrektur von Schreibfehlern verwendet, ist dies generell nicht suspekt.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 25.11.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 238/12 - 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 steht gegen die Beklagten keine Ansprüche auf Schmerzensgeld oder Ersatz materieller Schäden zu, denn sie hat schadensursächliche Behandlungsfehler nicht bewiesen.
1.) Im Ergebnis ohne Erfolg bleibt die Rüge der Klägerin, an dem am 25.11.2013 verkündeten Urteil des Landgerichts Bonn habe eine Richterin mitgewirkt, die bei der Entscheidung zugrunde liegenden Verhandlung nicht zugegen gewesen sei. Ein Verstoß gegen § 309 ZPO liegt nicht vor. Die Kammer hat mit Beschluss vom 28.04.2013 klargestellt, dass an der Entscheidung mit dem Vorsitzenden Richter am Landgericht X, dem Vorsitzenden Richter am Landgericht H und dem Richter am Landgericht F diejenigen Richter mitgewirkt haben, die der letzten mündlichen Verhandlung beigewohnt haben. Das Rubrum hat die Kammer entsprechend berichtigt. Das Urteil ist mit der zulässigen (vgl. insoweit BGHZ 18, 350 ff; BGH MDR 1998, 336; NJW 1989, 1156) Nachholung der Unterschrift von dem Vorsitzenden Richter am Landgericht H auch von allen an der Entscheidung beteiligten Richtern unterschrieben worden, so dass auch der Vorschrift des § 315 Abs. 1 ZPO Genüge getan worden ist.
2.) Das Urteil erweist sich auch in der Sache als zutreffend. Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis eines Behandlungsfehlers nicht erbracht. Nach dem Ergebnis des erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachtens steht nicht fest, dass die Beklagten gegen medizinische Regeln verstoßen oder ärztliche Standards verletzt haben.

Im Einzelnen:
a) Extensionsbehandlungen im03.2005
Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der Durchführung der Extensionsbehandlungen liegen nicht vor. Der Sachverständige Prof. Dr. L hat ausgeführt, dass die Behandlung am Inversionstisch eine probate Methode war, um die von der Klägerin geäußerten Beschwerden im Bereich des äußeren Kniegelenks, die nach der geschilderten Beschwerdesymptomatik von degenerativen Veränderungen der Wirbelsäule herrühren konnten, zu behandeln. Soweit die Klägerin behauptet, der Inversionstisch sei fehlerhaft bedient worden und hierdurch sei ein Meniskusschaden an ihrem linken Knie verursacht worden, fehlt es hierfür an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten. Inwiefern das Gerät fehlerhaft bedient worden sein soll, erläutert die Klägerin auch mit der Berufungsbegründung nicht. Eine Schadensverursachung durch eine fachgerechte Extensionsbehandlung, bei der der Patient mit fixierten Sprunggelenken "auf den Kopf gedreht" wird und dadurch die Gelenke auseinandergezogen werden, hat der Sachverständige hingegen ausgeschlossen. Der Sachverständige hält es insoweit für wahrscheinlicher (aber auch nicht für sicher, vgl. dazu weiter unten zu 2.b)), dass sich die Klägerin bei dem von ihr beschriebenen schnellen Laufen am 20.03.2005 den Meniskusschaden zugezogen hat.
Der erstmals mit der Berufungsbegründung aufgeworfenen Frage, ob das in der Praxis des Beklagten zu 1) genutzte Inversionsgerät nach dem Medizinproduktegesetz zugelassen war, musste in erster Instanz schon mangels entsprechenden Klägervortrages nicht nachgegangen werden. Auch der Senat sieht keinen Anlass für eine weitere Sachaufklärung, denn abgesehen von der Frage der Verspätung dieses Vorbringens bestehen zum einen keinerlei Anhaltspunkte für eine fehlende Zulassung des eingesetzten Gerätes und zum anderen würde das Fehlen einer Zulassung auch nicht die geltend gemachten Schadensersatzansprüche begründen.
b) Behandlung am 21.03.2005
Zu Unrecht macht die Klägerin geltend, der Beklagte zu 1) habe an diesem Tage notwendige Befunde nicht erhoben. Der Sachverständige Prof. Dr. L hat es nach sorgfältiger Auswertung der Behandlungsunterlagen als gut nachvollziehbar und unter dem Gesichtspunkt der Strahlenhygiene sogar als absolut korrekt bezeichnet, dass am 21.03.2005 keine neuen Röntgenbilder angefertigt wurden. Es waren erst eine Woche zuvor Röntgenbilder gemacht worden und unter den gegebenen klinischen Umständen - Kniegelenke waren in der Bewegung und Streckung frei, Druckschmerzhaftigkeit im Bereich des äußeren Gelenkspaltes bei fraglichen Meniskuszeichen - waren nach Einschätzung des Sachverständigen von neuen Röntgenaufnahmen keine wesentlichen Zusatzinformationen zu erwarten. Nach den Ausführungen des Sachverständigen war es auch durchaus nachvollziehbar, noch keine MRT-Untersuchung zu veranlassen, sondern lediglich die physikalischen Maßnahmen fortzuführen. Der Sachverständige hat die Frage nach der Notwendigkeit einer MRT-Untersuchung klar verneint und keine Fragen offen gelassen. Soweit die Klägerin auf Seite 7 ihrer Berufungsbegründung vorträgt, der Sachverständige habe eine Operation für angezeigt gehalten, so dass ein gezieltes Nachfragen in Bezug auf die als nachvollziehbar und ausreichend bezeichneten konservativen Maßnahmen veranlasst gewesen sei, lässt sich dies den Ausführungen des Sachverständigen nicht entnehmen.
Selbst wenn man aber unterstellte, dass am 21.03.2005 eine MRT-Untersuchung medizinisch geboten gewesen wäre, stünde nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit fest, dass zu diesem Zeitpunkt bereits der später festgestellte Meniskusschaden erkennbar geworden wäre. Denn nach Einschätzung des Sachverständigen bleibt es Spekulation, ob am 21.03.2005 bereits ein Meniskusschaden vorlag. Es ist denkbar, aber keineswegs sicher, dass durch das von der Klägerin für den 20.03.2005 beschriebene Ereignis, bei dem sie beim schnellen Laufen mit dem linken Knie umknickte, der Meniskusschaden verursacht worden ist. Möglich sei - so der Sachverständige - auch, dass ein degenerativ veränderter Meniskus und die Knorpelschädigung asymptomatisch gewesen seien und erst ein späteres Ereignis, das die Klägerin möglicherweise kaum bemerkt habe, den degenerativ vorgeschädigten Meniskus vollkommen zerrissen habe. Darüber hinaus hat der Sachverständige im Rahmen seiner gerichtlichen Anhörung klargestellt, dass selbst ein mittels MRT festgestellter Meniskusschaden bei der aus fachärztlicher Sicht gebotenen Zurückhaltung gegenüber invasiven Eingriffen nicht zwangsläufig zu einem operativen Eingriff hätte führen müssen.
Soweit der Sachverständige erklärt hat, dass - anders als beim Meniskusschaden - zu diesem Zeitpunkt bereits Knorpelverschleißveränderungen durch ein MRT hätten erkannt werden können, hat er ferner klargestellt, dass die Erkenntnis zu keiner anderen Therapie geführt hätte und insbesondere nicht zu einer sofortigen Operation oder einer anderen als hier durchgeführten Therapie hätte geraten werden müssen.
c) Behandlung am 11.04.2005
Ausgehend von der Behandlungsdokumentation der Beklagten hat der Sachverständige auch für diesen Tag keine Behandlungsfehler feststellen können. Laut Eintragungen in der Patientenkarteikarte hatten sich die Beschwerden der Klägerin leicht gebessert und die Beweglichkeit des Knies war frei ohne jegliche Meniskuszeichen, so dass nach den Ausführungen des Sachverständigen eine weitere Befunderhebung, insbesondere eine MRT-Untersuchung nicht veranlasst war. Die Eintragungen in der Behandlungsdoku-

mentation der Beklagten sind zugrunde zu legen, denn es besteht entgegen der Andeutungen der Klägerin keinerlei Anhalt für eine Manipulation der Dokumentation. Die Verwendung von Tipp-Ex in einer handgeschriebenen Karteikarte zur Korrektur von Schreibfehlern ist weder generell noch im konkreten Fall suspekt. Es besteht kein Hinweis darauf, dass die Veränderungen in der Dokumentation nachträglich, d.h. zu einem Zeitpunkt, als die Beklagten mit Ansprüchen oder Strafanzeigen der Klägerin rechnen musste, vorgenommen worden sind. Dementsprechend ist das von der Klägerin initiierte staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren wegen des Verdachtes auf Urkundenfälschung gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden. Die gegen den Einstellungsbescheid eingelegte Beschwerde der Klägerin war erfolglos.
d) Behandlung am 25.05.2005
Nach Auffassung des Sachverständigen Prof. Dr. L wäre es zwar konsequent gewesen, der Klägerin nach erneuter Verschlechterung ihrer Beschwerden jetzt eine MRT-Untersuchung anzuraten. Ein etwaiger Befunderhebungsfehler hat sich jedoch - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht kausal ausgewirkt. Die Klägerin hat sich noch am selben Tag in der Universitätsklinik Bonn vorgestellt, wo zeitnah ein MRT veranlasst und in dessen Folge eine Arthroskopie durchgeführt wurde.
e) Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L in seinem schriftlichen Gutachten und im Rahmen seiner gerichtlichen Anhörung überzeugen auch den Senat. Der Sachverständige, dessen Sachkunde außer Frage steht, geht auf alle relevanten Fragestellungen ein. Er hat sich eingehend mit dem Akteninhalt, den mündlichen Angaben der von ihm persönlich untersuchten Klägerin, dem Inhalt der Behandlungsdokumentationen und den ihm vorliegenden Bildaufnahmen auseinandergesetzt. Dem Sachverständigen lagen die in der Praxis des Beklagten zu 1) angefertigten Röntgenaufnahmen auf CD-Rom vor und sie sind von ihm - soweit die Qualität der Aufnahmen dies zuließ - ausgewertet worden. Soweit die Klägerin die Originalität dieser Aufnahmen anzweifelt, sind diese Zweifel nicht nachvollziehbar. Die aufgrund Überbelichtung in Teilbereichen eingeschränkte Qualität der Aufnahmen gibt keinen Anlass, an der Originalität zu zweifeln und diese wird vom Sachverständigen auch nicht in Frage gestellt. Ohne Erfolg macht die Klägerin im Übrigen geltend, dem Sachverständigen hätten nicht alle eingereichten Aufnahmen vorgelegen. Die während des arthroskopischen Eingriffs im06.2005 angefertigten Bilder haben dem Sachverständigen im Original vorgelegen (vgl. Seite 18 des Gutachtens vom 05.04.2013). Soweit dem Sachverständigen die in der Universitätsklinik C angefertigten Röntgenaufnahmen nicht vorlagen, ist weder ersichtlich noch wird dies von der Klägerin dargelegt, welche weiteren, für die hier streitentscheidenden Fragen relevanten Erkenntnisse aus den Aufnahmen hätten gewonnen werden können.
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).

91. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014 – I-5 U 113/13, 5 U 113/13 – * Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen einer 1992 verkannten Lyme-Neuroborreliose

Leitsatz

Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der ungeklärten Kausalitätsfragen zulasten des Arztes kommt weder unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsfehlers noch unter dem des groben Behandlungsfehlers in Betracht, wenn im Jahr 1992 mehrdeutige Symptome allgemein als "Querschnittsmyelitis unklarer Ursache" gedeutet wurden und dabei der Frage einer eventuellen akuten Lyme-Borreliose nicht durch weitere Befunderhebungen nachgegangen und auch eine prophylaktische Antibiose unterlassen wurde.

Orientierungssatz

1. Kann nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass ein Patient 1992 an einer Lyme-Neuroborreliose gelitten hat, kann die Kausalität einer eventuell fehlerhaft unterlassenen Antibiose auf Verdacht hin für die eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen schon vom Ansatz her nicht festgestellt werden.
2. Das Unterlassen der Antibiose auf Verdacht hin kann - sollte dies überhaupt als Behandlungsfehler bewertet werden können - jedenfalls nicht als im Rechtssinne grober Fehler qualifiziert werden. Im Jahr 1992 hat es Leitlinien oder ansonsten gesicherte und als verbindlich anerkannte Erkenntnisse zur Behandlung im Zusammenhang mit der Lyme-Neuroborreliose noch nicht gegeben.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 17.07.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 5/10 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der am 20.xx.1937 geborene Kläger ist Facharzt für Innere Medizin und war seit 1975 selbständig in eigener Praxis tätig. Er verlangt von dem Beklagten Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen einer angeblich fehlerhaften ärztlichen Behandlung im Jahre 1992.
Aufgrund eines Querschnittsyndroms mit vorangegangenem Fieber begab sich der Kläger vom 14.08.1992 bis zum 05.10.1992 in die stationäre Behandlung der von dem Beklagten betriebenen Rheinischen Landesklinik in C. Dort wurde die Diagnose Querschnittsmyelitis gestellt. Am 18.08.1992 und am 04.09.1992 war der Liquor des Klägers untersucht worden. Eine antibiotische Behandlung des Klägers erfolgte nicht.
Der Kläger hat Behandlungsfehler der Behandler im Hause des Beklagten behauptet. Insbesondere hat er behauptet, dass die Behandler im Hause des Beklagten die Diagnostik nicht fachgerecht durchgeführt hätten. Eine Neuroborreliose sei bei ihm fehlerhaft verkannt und entsprechend nicht behandelt worden. Es sei insbesondere fehlerhaft gewesen, dass nach der Laboruntersuchung am 04. September1992 nicht zwei Wochen später erneut weitere Befunde erhoben worden seien.
Der Kläger hat beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld zu zahlen zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn zum Ersatz von dessen Verdienstausfallschaden einen weiteren Betrag zu zahlen in Höhe von 50.000,00 Euro zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;
3. festzustellen, dass der Beklagte darüber hinaus verpflichtet ist, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entstanden ist, dass er wegen eines bei ihm im08.1992 aufgetretenen Querschnittsyndroms nicht fachgerecht behandelt wurde.
Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er ist dem Klägervortrag entgegengetreten und hat die Verjährungseinrede erhoben.
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. T [schriftliches Gutachten vom 7.06.2011 (Bl. 130 - 162 i. V. m. 163 - 165 d. A.; Neuausdruck des zunächst unvollständig ausgedruckten Gutachtens vom 10.05.2011, Bl. 87 ff. d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 10.12.2012 (Bl. 187 - 199 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 12.06.2013 (S. 1 - 8 des Protokolls der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 12.06.2013, Bl. 240 ff., 240 - 243R d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach der durchgeführten Beweisaufnahme schadensursächliche Befunderhebungs- oder sonstige Behandlungsfehler nicht festgestellt werden könnten.
Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Klaganträge unverändert weiterverfolgt.
Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger insbesondere vor, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass ein Behandlungsfehler der Behandler im Hause des Beklagten nicht festgestellt werden könne. Denn das Verkennen der Lyme-Neuroborreliose und auch das Unterlassen einer vorsorglichen Antibiose vor der gesicherten Diagnose einer Lyme-Neuroborreliose stellten schwere Fehler dar. Die Diagnose einer Lyme-Neuroborreliose habe sich beim Kläger aus der Anamnese, aus dem körperlichen Untersuchungsbefund, nämlich Querschnittslähmung, den medizinisch-technischen Befunden, nämlich pathologischer Liquor, Nachweis einer Rückenmarksentzündung mittels MRT, und der Differentialdiagnose ergeben. Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T ließen den Schluss zu, dass er die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Lyme-Neuroborreliose mit unter 50 % ansetze; diese Einschätzung sei falsch und werde vom Sachverständigen nicht begründet. Auch seine Behauptung, es habe mehr gegen als für das Vorliegen einer Borreliose gesprochen, habe der Sachverständige nicht begründet. Er habe sich insoweit vielmehr lediglich auf die Einschätzungen der Borreliose-Experten Dr. T2 und Priv.-Doz. Dr. I gestützt. Diese Einschätzung sei aber unzutreffend und stehe zudem im Widerspruch zu der vom Sachverständigen vorgenommenen vollständigen Verneinung einer Lyme-Neuroborreliose, wobei im Übrigen unverständlich sei, dass das Landgericht zum einen grundsätzlich eine Lyme-Neuroborreliose und zum anderen zusätzlich eine Frühphase der Lyme-Neuroborreliose ausschließe. Beim Kläger sei das Vorliegen einer Lyme-Neuroborreliose aufgrund des typischen klinischen Bildes wahrscheinlich gewesen. Zudem habe es sich wegen der neurologischen Ausfälle nicht um eine Frühphase gehandelt. Die akute Lyme-Neuroborreliose sei eine Krankheitsmanifestation der Frühphase.

Dies komme auch in der Leitlinie "Neuroborreliose" der Deutschen Gesellschaft für Neurologie zum Ausdruck, die auf eine Publikation von Hansen und Lebbech Bezug nehme, wobei diese Literaturstellen belegten, dass 94 % der Lyme-Neuroborreliose auch in Form der Myelitis im Frühstadium aufträten. Soweit der Sachverständige Prof. Dr. T sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Differentialdiagnose auf eine FSME [= Frühsommer-Meningo-Encephalitis] beschränkt habe, sei seine These, bei der Myelitis habe es sich um eine FSME gehandelt, vom Kläger widerlegt worden. Entgegen der Beurteilung des Landgerichts sei eine Kontrolle des serologischen Befundes vom 4.09.1992 sehr wohl erforderlich gewesen. Denn zu Krankheitsbeginn sei mit einer Wahrscheinlichkeit von 30 % mit einem Auftreten von Antikörpern zu rechnen, nach Wochen bis Monaten mit einer Wahrscheinlichkeit bis zu 80 %. Dabei seien sich die Parteien und der Gutachter darüber einig gewesen, dass auf eine Diskussion der Serologie verzichtet werden könne, weil sie zur Klärung des Sachverhaltes nichts beitrage. Es sei allerdings erneut darauf hinzuweisen, dass beim Kläger am 18.08.1992 IgG Antikörper nachgewiesen worden seien.
Entgegen der Einschätzung des Sachverständigen hätte eine Antibiose auf Verdacht hin durchgeführt werden müssen. Dies ergäbe sich daraus, dass eine Lyme-Neuroborreliose nach den Kriterien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie wahrscheinlich gewesen sei, dass differentialdiagnostisch keine anderen Erkrankungen als Ursache der Myelitis in Betracht gekommen seien, dass außer einer Lyme-Neuroborreliose ausschließlich der nicht vorhanden gewesene Herpes Zoster hätte behandelt werden können, dass FSME als Ursache für eine isolierte Myelitis auszuschließen sei, und dass wegen des schwerwiegenden Bildes einer Querschnittslähmung eine Antibiose auch bei einer deutlich unter 50 % liegenden Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Lyme-Borreliose hätte eingeleitet werden müssen, wobei die Wahrscheinlichkeit tatsächlich deutlich über 50 % gelegen habe. Das Unterlassen der vorsorglichen Antibiose sei als schwerer Behandlungsfehler zu bewerten, weil von dem Vorliegen einer Lyme-Neuroborreliose hätte ausgegangen werden müssen, und weil diese Erkrankung durch eine Antibiose gut behandelbar gewesen wäre.
Soweit das Landgericht aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T ableite, dass 1992 eine Therapie erst nach gesicherter Diagnose als gerechtfertigt angesehen worden sei, stelle dies eine verkürzte Auswertung des Gutachtens dar. Denn der Gerichtssachverständige habe hinzugefügt, dass bei logischer Durchdringung der Materie auch schon vor 19 Jahren das Prinzip hätte gelten müssen, dass im Zweifelsfalle zu behandeln sei. Das logische Durchdringen der Befunde und der Anamnese sei aber vom Stand der medizinischen Erkenntnis unabhängig. Ferner habe der Sachverständige selbst festgestellt, dass es für eine Therapie ohne feststehende Diagnose Ausnahmen gebe, zu denen die Encephalitis, Meningitis oder Myelitis gehörten. Die von dem Sachverständigen angesprochene logische Durchdringung sei auch bereits im Jahre 1992 von einem behandelnden Arzt zu fordern gewesen. Ein entsprechendes Unterlassen stelle einen schweren Behandlungsfehler dar.
Da von einem schweren Behandlungsfehler auszugehen sei, sei auch der Beweis für die Kausalität zwischen dem Fehler und den gesundheitlichen und finanziellen Schäden des Klägers als erbracht anzusehen.
Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung und tritt dem Berufungsvorbringen des Klägers im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Schriftsätze des Klägers vom 23.06.sowie 15. und 16.07.2014 [Bl. 411 - 415 (= 406 - 410) sowie 417 und 418 d. A.] und des Beklagten vom 2.07.2014 [Bl. 416 d. A.] sowie auf das Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 16.06.2014 Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.
Dem Kläger stehen gegen den Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn dem Kläger ist der ihm obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass den Behandlern im Hause des Beklagten bei der umstrittenen Behandlung schadensursächliche Befunderhebungs- und/oder sonstige Behandlungsfehler unterlaufen sind.
Bei dieser Beurteilung folgt der Senat dem Gutachten der Gerichtssachverständigen Sachverständigen Prof. Dr. T [schriftliches Gutachten vom 7.06.2011 (Bl. 130 - 162 i. V. m. 163 - 165 d. A.; Neuausdruck des zunächst unvollständig ausgedruckten Gutachtens vom 10.05.2011, Bl. 87 ff. d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 10.12.2012 (Bl. 187 - 199 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 12.06.2013 (S. 1 - 8 des Protokolls der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 25.06.2013, Bl. 240 ff., 240 - 243R d. A.)]. Dieses Gutachten überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen und insoweit insbesondere auf der Basis einer eingehenden Auseinandersetzung mit den - einem Gutachten eines zu den hier in Rede stehenden medizinischen Streitfragen hochqualifizierten Parteisachverständigen gleichzusetzenden - Stellungnahmen des Klägers persönlich zu dem Gerichtsgutachten [schriftliche Stellungnahme vom

12.08.2011 (SH II 5) sowie schriftliche Stellungnahme vom 8.02.2013 (SH II 6); die schriftliche Stellungnahme in d. Ss. V. 10.07.2013, Bl. 248 - 260 d. A. i. V. m. Anlagen in SH III sowie die weiteren Stellungnahmen des Klägers in Schriftsätzen seiner Prozessbevollmächtigten erfolgten nach der mündlichen Anhörung des Gerichtssachverständigen] umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.
Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme scheitert eine Inanspruchnahme des Beklagten jedenfalls daran, dass die Kausalität eines eventuellen Fehlers der Behandler im Hause des Beklagten nicht hinreichend sicher festgestellt werden kann, und dass für den Nachweis der Kausalität Beweiserleichterungen für den Kläger ersichtlich weder unter dem Gesichtspunkt des im Rechtssinne groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels in Betracht kommen:
Denn nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. T kann nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Jahre 1992 tatsächlich an einer Lyme-Neuroborreliose gelitten hat, die die Ursache für die Myelitis gewesen sein könnte, und kann deshalb auch die Kausalität einer eventuell fehlerhaft unterlassenen Antibiose auf Verdacht hin für die beim Kläger eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen schon vom Ansatz her nicht festgestellt werden, weil eine Antibiose nur hätte wirken können, wenn beim Kläger tatsächlich eine Lyme-Neuroborreliose vorgelegen hätte, während eine solche Antibiose ansonsten und insbesondere gegen eine virale Erkrankung wie etwa eine FSME wirkungslos geblieben wäre.
Zur Begründung hat der Gerichtssachverständige insbesondere ausgeführt, dass er zwar eine Lyme-Neuroborreliose nicht ausschließen, aber auch nicht sicher feststellen könne und als Ursache der Myelitis beim Kläger für unwahrscheinlich halte. Die Diagnose einer Neuroborreliose sei im Jahre 1992 mit erheblicher Unwägbarkeit behaftet gewesen und sei dies auch heute noch. So sei die generell geübte Serologie mit einer erheblichen Quote falsch-negativer und falsch-positiver Reaktionsausfälle belastet. Im Jahre 1992 sei das Ausschlussverfahren eine Möglichkeit der Diagnosestellung gewesen und auch heute werde noch gefordert, im Rahmen der Diagnostik einen Ausschluss anderer Ursachen vorzunehmen. Es sei beim Kläger eine Reihe anderer Ursachen für sein Erkrankungsbild vorstellbar. Insbesondere sprächen die Symptome und insoweit auch der zweiphasige Fieberverlauf eher für eine FSME [Frühsommer-Meningoencephalitis] als Ursache für die Myelitis. Demgegenüber sei aufgrund der Ergebnisse der Laboruntersuchungen vom 18.08.und 4.09.1992 sowie aufgrund der klinischen Symptomatik eine Lyme-Neuroborreliose als Ursache für die Myelitis unwahrscheinlich gewesen. So spreche insbesondere das Vorliegen der Myelitis selbst gegen eine Lyme-Neuroborreliose als Ursache für die Myelitis, weil eine Lyme-Neuroborreliose äußerst selten zu einer Myelitis führe. Ferner spreche gegen eine Neuro-Neuroborreliose der Umstand, dass sich die Myelitis beim Kläger relativ schnell entwickelt habe; denn für die Lyme-Neuroborreliose seien relativ langsame Verläufe typisch. Auch die Hochfieberphase und der zweiphasige Fieberverlauf seien für die Lyme-Neuroborreliose untypisch. Der Liquor-Befund spreche ebenfalls eher gegen als für eine Lyme-Neuroborreliose, sei aber letztlich nicht hinreichend aussagekräftig, weil mit diesem Befund eine Neuro-Neuroborreliose eindeutig weder belegt noch ausgeschlossen werden könne. Es habe beim Kläger kein Symptom vorgelegen, dass explizit für eine Lyme-Neuroborreliose gesprochen hätte. Ergänzend hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass in ca. 50 % der Fälle des Vorliegens einer Myelitis eine eindeutige Ursache nicht festgestellt werden könne. Dementsprechend sei der Umstand, dass beim Kläger die Ursache für die stattgehabte Myelitis nicht sicher festgestellt werden könne, gar nicht so ungewöhnlich.
Da somit nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden könne, dass der Kläger an einer Lyme-Neuroborreliose gelitten habe, könne selbstredend auch die Kausalität einer eventuell fehlerhaft unterlassenen Antibiose auf Verdacht hin für die beim Kläger eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen schon vom Ansatz her nicht festgestellt werden. Denn eine Antibiose auf Verdacht hin hätte nur wirken können, wenn beim Kläger tatsächlich eine Lyme-Neuroborreliose vorgelegen hätte, während eine solche Antibiose ansonsten und insbesondere gegen eine virale Erkrankung wie etwa eine FSME wirkungslos geblieben wäre.
Diese zusammenfassend wiedergegebenen Ausführungen des Gerichtssachverständigen überzeugen den Senat. Sie werden von dem Kläger auch nicht mit Substanz angegriffen. Das umfangreiche Vorbringen des Klägers lässt trotz der großen Sachkunde des Klägers auf dem Gebiete der Borreliose eine fundierte und sachliche Auseinandersetzung mit den Feststellungen des Gerichtssachverständigen vermissen und erweckt - sofern es nicht prozesstaktisch motiviert sein sollte - den Eindruck, dass der Kläger sich aus seiner Position eines unmittelbar Betroffenen heraus über die Jahre in die Vorstellung hineingesteigert hat, dass er im Jahre 1992 eine Lyme-Neuroborreliose erlitten habe, und dass die Behandler im Hause der Beklagten ihn durch Unterlassen einer Antibiose auf Verdacht hin der Chance auf vollständige und nachhaltige Heilung beraubt hätten. Die Stellungnahmen des Klägers geben Raum für die Vermutung, dass er versucht, alle Umstände seiner Erkrankung dieser Vorstellung zuzuordnen, und dass er alle diejenigen Umstände, bei denen dies nicht möglich ist, bei seiner Bewertung ausblendet. Seine Angriffe gegen die Feststellungen des Gerichtssachverständigen verfangen jedenfalls insgesamt nicht.

So greift der Kläger das Gutachten des Prof. Dr. T ohne Erfolg mit dem Vorwurf an, dass der Sachverständige seine Auffassung, es habe mehr gegen als für das Vorliegen einer Lymue-Neuroborreliose gesprochen, nicht begründet und lediglich auf die unzutreffenden Einschätzungen der Borreliose-Experten Dr. T2 und Priv.-Doz. Dr. I gestützt habe. Denn dieses Vorbringen des Klägers ist aktenwidrig. Der Gerichtssachverständige hat seine Auffassung sowohl in seinen schriftlichen Gutachten nebst Ergänzungsgutachten ausführlich als auch erneut zusammenfassend bei seinen mündlichen Erläuterungen in dem Termin am 12.06.2013 begründet. Und die Konsultation der genannten Borreliose-Experten erfolgte lediglich ergänzend zur Absicherung der eigenen Feststellungen des Sachverständigen und insoweit insbesondere zur Absicherung des Umstandes, dass der Sachverständige zuverlässig den Stand 1992 zugrunde gelegt hat, worauf er in seinem Gutachten auch ausdrücklich hingewiesen hat.
Soweit der Kläger meint, der Sachverständige Prof. Dr. T habe das Vorliegen einer Lyme-Neuroborreliose vollständig vereint, so ist auch dies aktenwidrig. Denn der Sachverständige hat lediglich mit umfassender Begründung ausgeführt, dass das Vorliegen einer Lyme-Neuroborreliose weder sicher festgestellt noch ausgeschlossen werden könne, wobei indes mehr gegen als für das Vorliegen dieser Erkrankung spreche.
Aktenwidrig ist schließlich auch das Vorbringen des Klägers, der Sachverständige Prof. Dr. T habe sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Differentialdiagnose auf eine FSME [= Frühsommer-Meningo-Encephalitis] beschränkt. Denn der Sachverständige hat eine Reihe von denkbaren Ursachen für die Myelitis angesprochen. Allerdings hat er sich in diesem Zusammenhang schwerpunktmäßig mit der FSME befasst, weil er mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt ist, dass eine FSME als Ursache für die Myelitis aufgrund des klinischen Bildes relativ wahrscheinlich sei. Inwiefern der Kläger meinen kann, sicher ausschließen zu können, dass bei ihm eine FSME [= Frühsommer-Meningoencephalitis] vorgelegen habe, erschließt sich demgegenüber nicht. Und auch seine These, dass eine FSME als Ursache für eine isolierte Myelitis auszuschließen sei, vermag die überzeugenden Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. T nicht in Zweifel zu ziehen. Denn zur Begründung seiner Feststellung, dass eine FSME als Ursache für die Myelitis beim Kläger durchaus in Betracht komme und wahrscheinlich sei, hat der Gerichtssachverständige insbesondere darauf hingewiesen, dass es für den Verlauf einer FSME typisch sei, dass sie zunächst durch grippeähnliche Symptome mit mäßigem Fieber auffalle, und dass es nach Abklingen des ersten Fiebers nach ca. einer Woche eine Hochfieberphase bis 40° gebe. Zudem hat er festgestellt, dass eine FSME auch zu einer Myelitis führen könne, wobei eine Myelitis insoweit in seltenen Fällen auch isoliert vorkomme. Die schweren Formen der FSME - also auch die Form mit einer Myelitis - seien selten und heilten meistens unvollständig. Vor dem Hintergrund dieser medizinisch-sachverständig begründeten Feststellungen des Prof. Dr. T kann das klinische Bild beim Kläger einer FSME gut zugeordnet werden. In Verbindung mit den oben angesprochenen Feststellungen des Gerichtssachverständigen zu der Lyme-Neuroborreliose kann somit gut nachvollzogen werden, dass nach der Einschätzung des Sachverständigen als Auslöser der Myelitis beim Kläger eher eine FSME als eine Lyme-Neuroborreliose in Betracht kommt. Was die Umstände des klinischen Verlaufs angeht, hat der Sachverständige im Einzelnen darauf hingewiesen, aus welchen Quellen er diese entnommen habe, und dass er sich insoweit auch an den anamnestischen Angaben des Klägers persönlich in dem Gespräch mit diesem anlässlich der Arbeiten an dem Gutachten orientiert habe, die etwa auf S. 7/8 seines Gutachtens vom 7.06.2011 aufgeführt seien. Gegen diese Quellenangaben hat der Kläger Erhebliches nicht eingewandt.
Soweit der Kläger vorträgt, dass bei ihm das Vorliegen einer Lyme-Neuroborreliose aufgrund des typischen klinischen Bildes wahrscheinlich gewesen sei, es sich zudem wegen der neurologischen Ausfälle nicht um eine Frühphase gehandelt habe, die akute Lyme-Neuroborreliose eine Krankheitsmanifestation der Frühphase sei, was auch in der Leitlinie "Neuroborreliose" der Deutschen Gesellschaft für Neurologie zum Ausdruck komme, die auf eine Publikation von Hansen und Lebbech Bezug nehme, wobei diese Literaturstellen belegten, dass 94 % der Lyme-Borreliose auch in Form der Myelitis im Frühstadium aufträten, erschließt sich nicht, was er damit über seine sonstigen Ausführungen hinaus zum Ausdruck bringen will. Falls der Kläger mit diesem Vorbringen sagen will, dass bei 94 % der Lyme-Borreliose-Erkrankungen im Frühstadium eine Myelitis auftrete, wäre dies wohl sicher nicht richtig. Die fraglichen Leitlinien - soweit sie in den Akten vorhanden sind - besagen jedenfalls, dass bei der Neuro-Borreliose die Beteiligung des zentralen Nervensystems sehr selten sei, wobei in diesen seltenen Fällen die häufigste Form die Myelitis mit spastisch-ataktischem Gang und Blasenstörung sei, die dann meistens chronisch verlaufe und sich eher langsam entwickele [vgl. etwa den Auszug aus den entsprechenden Leitlinien in SH III 1]. Und auch in dem beigefügte Aufsatz von Hansen und Lebbech ist angegeben, dass bei 4 % der 187 Probanden mit Neuroborreliose, die in die dort beschriebenen Studie einbezogen waren, Zeichen von Myelitis festgestellt worden seien [vgl. Bl. 347 d. A.].
Vor dem Hintergrund des Vorstehenden kann die Kausalität einer eventuelle fehlerhaft unterlassenen Antibiose auf Verdacht hin für die beim Kläger eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht hinreichend sicher festgestellt werden. Und Beweiserleichterungen für den Nachweis der Kausalität kommen für den Kläger weder unter dem Gesichtspunkt des im Rechtssinne groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels in Betracht.

Die Annahme eines im Rechtssinne groben Fehlers scheidet ersichtlich aus. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen kann das Unterlassen der Antibiose auf Verdacht hin - sollte dies überhaupt als Behandlungsfehler bewertet werden können - jedenfalls nicht als im Rechtssinne grober Fehler qualifiziert werden. Insoweit fehlen bereits gesicherte, elementare Grundsätze, gegen die verstoßen worden sein könnte; denn Leitlinien oder ansonsten gesicherte und als verbindlich anerkannte Erkenntnisse zur Behandlung hat es im Zusammenhang mit der Lyme-Neuroborreliose im Jahre 1992 noch nicht gegeben. Und im Übrigen hat der Sachverständige mit überzeugender Begründung darauf hingewiesen, dass im Jahre 1992 die Auffassung sehr verbreitet und unter den Medizinern gewissermaßen herrschende Meinung und Handhabung gewesen sei, dass eine Antibiose wegen der potentiellen Nebenwirkungen erst dann eingeleitet wird, wenn die Diagnose gesichert ist. Hinzu kommt, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T beim Kläger die klinischen und labortechnischen Befunde eher gegen als für eine Lyme-Neuroborreliose gesprochen haben. Im Hinblick auf Vorstehendes kann von einem aus medizinischer Sicht unverständlichen Handeln der Behandler im Hause des Beklagten, das einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf, keine Rede sein.
Soweit der Kläger sich nach wie vor auf den Standpunkt stellt, dass bei ihm eine Antibiose auf Verdacht hätte vorgenommen werden müssen und dass das Unterlassen insoweit grob fehlerhaft sei, blendet er die sehr differenzierten Ausführungen und Bewertungen des Sachverständigen Prof. Dr. T hierzu aus. Denn Prof. Dr. T hat ausgeführt, dass heutzutage in einer Situation der hier in Rede stehenden Art mit einer Querschnittsmyelitis bei unklarer Ursache und der nicht ausschließbaren Möglichkeit einer Neuro-Borreliose einerseits und einer FSME [= Frühsommer-Meningo-Encephalitis] andererseits eine Kombinationstherapie aus Antibiose und einem Virustatikum auf Verdacht eingeleitet werden würde, dass er persönlich dies bereits im Jahre 1992 so gehandhabt hätte, weil er schon damals eher "aggressiv" behandelt habe, dass dies aber im Jahre 1992 nicht Usus gewesen sei, dass es vielmehr damals vorherrschende Meinung und Handhabung gewesen sei, eine Antibiose wegen der potentiellen Nebenwirkungen nicht bereits auf Verdacht hin, sondern erst nach gesicherter Diagnose zu verabreichen, was auch im Falle einer Querschnittsmyelitis gegolten habe, so dass man bezogen auf das Jahr 1992 insoweit das Unterlassen einer Antibiose auf Verdacht nicht als behandlungsfehlerhaft bewerten könne.
Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang auf den Satz des Sachverständigen Prof. Dr. T hinweist, dass "bei logischer Durchdringung der Materie auch schon vor 19 Jahren das Prinzip (hätte) gelten (müssen), (dass) im Zweifelsfall(e zu) behandeln (sei) [S. 23 des Gutachtens des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. T vom 7.06.2011, Bl. 130 ff., 152 d. A.], und meint, dass das logische Durchdringen der Befunde und der Anamnese vom Stand der medizinischen Erkenntnis unabhängig sei, scheint er den Gerichtssachverständigen nicht richtig zu verstehen. Denn der Gerichtssachverständigen wollte mit dem vom Kläger herausgegriffenen Satz ersichtlich nur sagen, dass sich in Bezug auf die Antibiose auf Verdacht vor einer gesicherten Diagnose der Borreliose die medizinischen Fakten nicht verändert hätten, sondern die Anschauung und Handhabung der Ärzte, und dass es von den medizinischen Fakten her schon damals eine entsprechende Änderung der Auffassung und Handhabung durch die Ärzte hätte geben können. Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung des Verhaltens der Behandler im Hause des Beklagten hat dieser Satz des Sachverständigen nicht. Denn wenn das Unterlassen einer Antibiose auf Verdacht vor gesicherter Diagnose im Jahre 1992 mit einer medizinischen Begründung [Hinnehmen der Nebenwirkungen der Antibiose nur bei gesicherter Diagnose] der herrschenden Auffassung und Handhabung der Ärzte entsprochen hat, kann es schwerlich als haftungsbegründender Fehler bewertet werden.
Eine andere Beurteilung ist auch nicht wegen des vom Kläger wiederholt vorgetragenen Umstandes gerechtfertigt, dass die Behandler im Hause des Beklagten über besondere Sachkunde auf dem Gebiete der Lyme-Neuroborreliose verfügt und hierzu bereits vor der hier umstrittenen Behandlung publiziert hätten. Denn zum einen bedeutet dies nicht zwingend, dass sie aufgrund dieser besonderen Sachkunde zu denselben Bewertungen gekommen wären wie der Kläger hier im Verfahren; vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass sie die Situation des Klägers eher so eingeschätzt haben wie der Gerichtssachverständige Prof. Dr. T. Und zum anderen könnte die vom Kläger hervorgehobene besondere Sachkunde der Behandler - wenn überhaupt - allenfalls dazu führen, dass das Unterlassen der Antibiose auf Verdacht als einfacher Behandlungsfehler bewertet wird, obwohl das Vorgehen der im Jahre 1992 üblich gewesenen Handhabung entsprochen hat. Für die Qualifizierung eines solchen eventuell als Behandlungsfehler einzuordnenden Vorgehens als im Rechtssinne grober Fehler wäre aber entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung nicht auf die besondere Sachkunde der Behandler, sondern auf eine allgemeine medizinisch-sachverständige Sicht abzustellen, die nicht auf der Kenntnis einzelner Ärzte, sondern auf dem jeweiligen allgemein in der Ärzteschaft anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft beruht.
Auch Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels scheiden ersichtlich aus. Denn zum einen kann nach den Feststellungen des Gerichtssachverständigen zu keiner der denkbaren weiteren Befunderhebungen festgestellt werden, dass diese mit einer mehr als 50%-igen Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte. Und zum anderen kann aus den

oben dargelegten Gründen nicht festgestellt werden, dass eine Nichtreaktion auf einen eventuellen reaktionspflichtigen Befund einen im Rechtssinne groben Behandlungsfehler dargestellt hätte.
Soweit der Kläger auf dem Standpunkt steht, dass bei ihm entgegen der Beurteilung des Landgerichts eine Kontrolle des serologischen Befundes vom 4.09.1992 sehr wohl erforderlich gewesen sei, erschließt sich der Sinn dieses Vorbringens nicht. Denn zum einen ergäbe sich daraus keine Haftung aus dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels, weil nicht mit einer mehr als 50%-igen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, dass sich insoweit ein reaktionspflichtiger Befund ergeben hätte. Und zum anderen weist der Kläger selbst darauf hin, dass er dem Sachverständigen Prof. Dr. T in der Bewertung zustimme, dass die Serologie letztlich zu unsicher sei und deshalb letztlich zur Klärung nichts beitrage. Und soweit der Kläger bei seiner Argumentation auf die Diagnosekriterien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie abstellt, scheint er auszublenden, dass diese erst viele Jahre nach dem hier maßgeblichen Jahr 1992 entwickelt und veröffentlicht worden sind.
Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Schriftsätze des Klägers vom 23.06.sowie 15. und 16.07.2014 [Bl. 411 - 415 (= 406 - 410) sowie 417 und 418 d. A.] und des Beklagten vom 2.07.2014 [Bl. 416 d. A.] bieten keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Insbesondere mit seinem Schriftsatz vom 23.06.2014 wiederholt der Kläger lediglich - wenn auch mit etwas modifizierter Pointierung - einen Teil der Argumente, die er bereits in erster Instanz sowie in den vor dem Verhandlungstermin am 16.06.2014 eingereichten Schriftsätzen zweiter Instanz vorgebracht hatte, und mit denen sich das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung und auch der Senat in seinen ausführlichen mündlichen Hinweisen in der mündlichen Berufungsverhandlung am 16.06.2014 bereits eingehend auseinandergesetzt haben.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im wesentlichen um Tatsachenfragen und im übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: bis 155.000,00 Euro
[100.000,00 Euro Antrag zu 1.; Schmerzensgeld (vgl. etwa: Bl. 26 = 10 d. A.)
+ 50.000,00 Euro Antrag zu 2.; mat. Schaden (Verdienstausfall)
+ bis 5.000,00 Euro Antrag zu 3.; Feststellung
bis 155.000,00 Euro]

92. BGH, Beschluss vom 15.07.2014 – VI ZR 176/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Gehörsverletzung bei Zurückweisung eines bereits in der ersten Instanz erhobenen Vortrags als verspätet

Orientierungssatz

1. Ein bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobener Vortrag des Geschädigten über die unterlassene Durchführung einer Operationsalternative kann im Berufungsverfahren nicht auf der Grundlage des § 531 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden.
2. Die Zurückweisung des Vorbringens durch das Berufungsgericht kann auch nicht ergänzend auf die Bestimmung des § 296 Abs. 1, § 282 Abs. 1 ZPO gestützt und dem Kläger zum Vorwurf gemacht, den von ihm angenommenen ärztlichen Fehler erstinstanzlich nicht zu einem früheren Zeitpunkt geltend gemacht zu haben. Das im Rechtszug übergeordnete Gericht darf eine von der Vorinstanz unterlassene Zurückweisung nicht nachholen.

Tenor

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird der Beschluss des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12.03.2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen die Abweisung der auf einen Behandlungsfehler gestützten Klage zurückgewiesen worden ist.
Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Gegenstandswert: 25.550 €

Gründe

I.
Der Kläger nimmt den Beklagten, soweit im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren noch von Interesse, wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.
Der am 17.05.1940 geborene Kläger hatte sich bei einem Sturz am 9.08.2008 einen Bänderriss im Knie in Form einer "Unhappy-Triad-Verletzung" im rechten Knie zugezogen. Am 10.09.2008 wurde eine Arthroskopie mit arthroskopischer Innenmeniskus-Hinterhornresektion, Außenmeniskus-Totalresektion, VKB-

Stumpfresektion, Spülung und Drainageeinlage durchgeführt. Am 18.12.2008 setzte der beklagte Facharzt für orthopädische Chirurgie dem Kläger eine teilzementierte Doppelschlittenprothese ein. Die Operation als solche erfolgte lege artis. Wegen Restschmerzen und eines Instabilitätsgefühls im rechten Knie wurde am 20.07.2009 in einem anderen Krankenhaus ein Prothesenwechsel auf eine teilzementierte, stehend gekoppelte Doppelschlittenprothese mit Patellaersatz vorgenommen. Der Kläger macht geltend, eine Prothese sei nicht indiziert gewesen. Wegen der Instabilität seines Knies habe vielmehr eine Bandplastik durchgeführt werden müssen. In der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2012 hat der Kläger zusätzlich geltend gemacht, er habe jedenfalls statt mit einer ungekoppelten mit einer gekoppelten oder teilgekoppelten Prothese versorgt werden müssen, da nur mit einer solchen die erforderliche Stabilität des Knies erreicht werden könne. Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und nach Anhörung des Gutachters in der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2012 abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

a) Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers, ihm habe nach erfolglosem Versuch einer Rekonstruktion des gerissenen Bandes statt einer Doppelschlittenprothese eine gekoppelte/teilgekoppelte Prothese eingesetzt werden müssen, unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat. Das Berufungsgericht hat den Anwendungsbereich dieser Bestimmung verkannt. § 531 Abs. 2 ZPO regelt allein die Frage, unter welchen Voraussetzungen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz zuzulassen sind. Das vom Berufungsgericht zurückgewiesene Vorbringen des Klägers war aber nicht neu im Sinne dieser Bestimmung. Neu ist ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, wenn es bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht worden und daher im erstinstanzlichen Urteil unberücksichtigt geblieben ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.04.2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 Rn. 10). Gleiches gilt für Vorbringen, das einen sehr allgemein gehaltenen bzw. nur angedeuteten Vortrag im ersten Rechtszug erstmals substantiiert (vgl. Senatsurteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245 Rn. 21 mwN). Dies trifft auf den vom Berufungsgericht nicht zugelassenen Vortrag des Klägers, bei ihm habe nach erfolglosem Versuch einer Rekonstruktion des gerissenen Bandes anstelle einer Doppelschlittenprothese eine gekoppelte (teilgekoppelte) Prothese eingesetzt werden müssen, nicht zu. Diesen Vortrag hat der Kläger nämlich ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz gebracht. Das Landgericht hat das Vorbringen nicht als verspätet zurückgewiesen, sondern den Sachverständigen dazu befragt und sich mit dem Vorbringen in seinem Urteil sachlich auseinandergesetzt. Bei dieser Sachlage war für eine Zurückweisung des Vortrags des Klägers auf der Grundlage des § 531 Abs. 2 ZPO kein Raum.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Zurückweisung des Vorbringens in seinem Zurückweisungsbeschluss ergänzend auch auf die Bestimmung des § 296 Abs. 1, § 282 Abs. 1 ZPO gestützt und dem Kläger zum Vorwurf gemacht, den von ihm angenommenen ärztlichen Fehler erstinstanzlich nicht zu einem früheren Zeitpunkt geltend gemacht zu haben. Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, dass das im Rechtszug übergeordnete Gericht eine von der Vorinstanz unterlassene Zurückweisung nicht nachholen darf. § 531 Abs. 1 ZPO erlaubt es nach seinem klaren Wortlaut dem Berufungsgericht lediglich zu überprüfen, ob eine Zurückweisung von Vorbringen in erster Instanz zu Recht vorgenommen worden ist. Die Entscheidung darüber, ob im ersten Rechtszug vorgetragene Angriffs- und Verteidigungsmittel als verspätet zurückgewiesen werden können, obliegt allein dem Richter dieses Rechtszuges und kann deswegen nicht vom Rechtsmittelgericht nachträglich vorgenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2006 - IV ZR 56/05, BGHZ 166, 227 Rn. 12, 16 mwN).

Soweit das Berufungsgericht dem Kläger vorwirft, er habe die von ihm erst in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Operationsalternative der Einbringung einer nicht/teilgekoppelten Prothese statt einer ungekoppelten bereits in der Klageschrift oder spätestens nach Zugang des Sachverständigengutachtens geltend machen müssen, berücksichtigt es darüber hinaus die ständige Senatsrechtsprechung nicht, wonach an die Informations- und Substantiierungspflicht der Partei im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen gestellt werden dürfen. Vom Patienten kann keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden, weshalb er sich auf den Vortrag beschränken darf, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet. Die Partei ist insbesondere nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen (vgl. Senatsurteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245; vom 15.07.2003 - VI ZR 203/02, Rn. 7).

b) Die Gehörsverletzung ist auch entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei der gebotenen Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass vor der Implantation einer Prothese eine Rekonstruktion des gerissenen Bandes geboten oder jedenfalls - statt der Einbringung einer ungekoppelten Prothese - von vornherein die Implantation einer gekoppelten/teilgekoppelten Prothese indiziert war.
Der angefochtene Beschluss beruht auch nicht auf zwei selbständig tragenden Begründungen, für die jeweils ein Zulassungsgrund hätte dargelegt werden müssen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 29.09.2005 - IX ZB 430/02, NJW-RR 2006, 142 zu § 575 ZPO; Musielak/Ball, ZPO, 11. Aufl., § 544 Rn. 17 a.E.). Zwar hat das Berufungsgericht ergänzend ausgeführt, dass auch der nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils von der Klägerin beauftragte Sachverständige Prof. Dr. W. die prothetische Versorgung lediglich als zweite Wahl angesehen habe, so dass es erneut auf die Frage einer Bandrekonstruktion oder die vom Beklagten eingesetzte Prothetik hinauslaufe; dazu habe sich der Gerichtssachverständige aber geäußert. Dieser Zusatz ist aber offensichtlich nicht geeignet, die Zurückweisung der Berufung zu tragen. Das Berufungsgericht hat den gesamten, durch das Privatgutachten des Prof. Dr. W. belegten Vortrag des Klägers, ihm habe nach erfolglosem Versuch einer Rekonstruktion des gerissenen Bandes von vornherein statt einer Doppelschlittenprothese eine gekoppelte/teilgekoppelte Prothese eingesetzt werden müssen, im Berufungsrechtszug nicht zugelassen. Es hat den Vortrag des Klägers damit sowohl insoweit nicht zugelassen, als dieser seinen bereits erstinstanzlich gebrachten Vorwurf vertieft hat, es habe keine Indikation für die sofortige Implantation einer Prothese bestanden, vielmehr habe erst eine Bandrekonstruktion vorgenommen werden müssen, als auch soweit er vorgetragen hatte, aufgrund der Instabilität seines Kniegelenkes sei jedenfalls von vornherein allein eine gekoppelte oder teilgekoppelte, nicht hingegen eine ungekoppelte Prothese indiziert gewesen. Die diesbezüglichen Ausführungen von Prof. Dr. W. standen in Widerspruch zu den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen. Diese - zwischen der in der Berufungsinstanz überreichten Stellungnahme des Privatsachverständigen und den Angaben des erstinstanzlich tätigen gerichtlichen Sachverständigen - bestehenden Widersprüche konnte das Berufungsgericht offensichtlich nicht durch den bloßen Hinweis auflösen, zu der Frage einer Bandrekonstruktion und der vom Beklagten eingesetzten Prothetik habe sich der Gerichtssachverständige erstinstanzlich bereits geäußert (vgl. Senatsbeschluss vom 11.03.2014 - VI ZB 22/13, NJW-RR 2014, 760 Rn. 12 mwN).
Galke Wellner Diederichsen
Pauge von Pentz

93. OLG Frankfurt, Urteil vom 14.07.2014 – 23 U 261/13 – * Verjährungshemmung durch Klageerhebung: Beurteilung einer Zustellung als "demnächst"; Umstände für eine dem Kläger zuzurechnende Verzögerung; Erkundigungspflicht

Leitsatz

1. Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.
2. Zustellung "demnächst" nach § 167 ZPO.
3. Erkundigungspflicht des Klägers.

Orientierungssatz

1. Eine Zustellung ist selbst nach längerer Zeit (hier: etwas mehr als zwei Monate) noch als demnächst erfolgt anzusehen, wenn der Antragsteller alles ihm für eine fristgerechte Zustellung Zumutbare getan und die Verzögerung nicht schuldhaft herbeigeführt hat.
2. Ein Kläger, der seinerseits zunächst alles Erforderliche getan hat, um die sofortige Zustellung seines Antrags zu veranlassen, muss einer späteren Verzögerung der Zustellung entgegentreten, und wenn eine solche aus unerklärlichen Gründen droht, muss er sich bei dem Gericht nach den Ursachen erkundigen.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18.10.2013 wird zurückgewiesen.
Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Hinsichtlich des Sachverhalts wird zunächst auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, die keiner Änderung oder Ergänzung bedürfen, gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Ergänzend ist festzuhalten, dass das Schreiben der Beklagten vom 28.6.2012 am 2.7.2012 bei den Prozessbevollmächtigten des Klägers eingegangen ist.
Der Kläger macht aus eigenem Recht gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Kauf einer Beteiligung an dem Lebensversicherungsfonds „X GmbH & Co. KG“ zum Nennwert von 100.000.- US-$ zuzüglich 5 % Agio am 18.7.2002 geltend.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1 BGB jedenfalls verjährt sei. Die Verjährung habe gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 und 3 BGB mit dem 1.1.2003 zu laufen begonnen und mit dem 31.12.2012 geendet, da sie weder durch Verhandlungen noch durch die Klageerhebung gehemmt worden sei. Der Ablauf der Verjährung sei nicht durch Verhandlungen gehemmt worden, da sich die Beklagte nicht auf Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB eingelassen habe. Im Schreiben der Beklagten vom 22.3.2012 mit der Aufforderung zur Vorlage des Zeichnungsscheins liege noch keine Aufnahme von Verhandlungen. Mit dem nächsten Schreiben vom 28.6.2012 habe die Beklagte sodann Ansprüche des Klägers endgültig abgelehnt; soweit ein persönliches Gespräch angeboten worden sei, sollte dies allenfalls der näheren Erläuterung der Ablehnung dienen.
Zwar sei die Klageschrift vor Ablauf der Verjährung bei Gericht eingegangen, habe den Ablauf der Verjährung aber nicht gehemmt, weil die Klagezustellung erst am 21.2.2013 erfolgt sei und damit nicht mehr demnächst. Der zunächst per Scheck geleistete Vorschuss habe nicht zur Klagezustellung geführt, weil er nicht ausgereicht habe, den durch das Gericht anschließend festgesetzten vorläufigen Streitwert abzudecken. Auf die Übermittlung des Streitwertbeschlusses vom 18.10.2012 und die Vorschussanforderung vom 25.10.2012 habe die Klägerseite erst mit Einzahlung am 14.2.2013 reagiert. Weil dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ausweislich des Empfangsbekenntnisses der Streitwertbeschluss vom 18.10.2012 am 26.10.2012 zugegangen sei, habe er ungeachtet der Frage des Erhalts der Vorschussanforderung bereits Ende10.die Einzahlung des restlichen Vorschusses bewirken können. Selbst wenn der Kläger die Vorschussanforderung abgewartet haben sollte, sei jedenfalls eine Nachfrage seitens des Klägers bis Anfang02.2013 unterblieben und dadurch die von der Rechtsprechung gesetzte Frist von 3-4 Wochen überschritten. Damit sei die Klägerseite insgesamt mehr als 3 Monate untätig geblieben und eine Rückwirkung der Zustellung als demnächst auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung entfalle.
Der Kläger hat am 25.11.2013 (Montag) gegen das ihm am 24.10.2013 zugestellte Urteil des Landgerichts fristgerecht Berufung eingelegt und diese am 23.1.2014 fristgerecht innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.
Gegen die Klageabweisung richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er die erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgt.
Das Landgericht habe zu Unrecht die Klage wegen angeblicher Verjährung abgewiesen.
Die Verjährung sei zunächst gemäß § 203 BGB durch die außergerichtliche Inanspruchnahme der Beklagten und den sich anschließenden Schriftverkehr gehemmt worden. Auf das Aufforderungsschreiben vom 13.3.2012 hin habe sich die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 22.3.3012 auf Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB eingelassen, da insoweit keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Nicht erforderlich seien etwa Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen. Auch das Schreiben der Beklagten vom 28.6.2012 stelle keine Verweigerung der Fortsetzung der Verhandlung dar im Sinn eines doppelten Neins zu Anspruch und weiteren Verhandlungen, da persönliche Gespräche angeboten worden seien. Selbst wenn man dieses Schreiben als Verweigerung der Forstsetzung von Verhandlungen qualifizierte, träte nach § 203 Satz 2 BGB die Höchstverjährung frühestens drei Monate nach dem 2.7.2012, dem Zugang des Schreibens bei den Prozessbevollmächtigten des Klägers, ein. Die am 28.9.2012 eingereichte Klage habe daher die Höchstverjährung gehemmt.
Die Zustellung sei auch demnächst erfolgt. Die Prozessbevollmächtigten bzw. den Kläger treffe kein Verschulden an der erst im02.2013 erfolgten Zustellung, da sie davon ausgegangen seien, dass die Zustellung mit Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses ohne Weiteres erfolge, zumal sie keine weitere Gerichtskostenanforderung erhalten hätten. In zeitlicher Hinsicht gebe es keine absolute Obergrenze für eine Zustellung demnächst. § 12 GKG sei eine Sollvorschrift. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers hätten keinen Anlass zur Vermutung gehabt, dass die Klageschrift wegen des anderweitig festgesetzten Streitwertes nicht zugestellt werden würde. Die weitere Gerichtskostenanforderung hätten die Prozessbevollmächtigten des Klägers erst auf telefonische Nachfrage am 6.2.2013 erhalten und sodann unmittelbar eine Einzahlung der weiteren Gerichtskosten veranlasst. Die Vorschussanforderung weise eine EGVP-ID Signatur auf, die Prozessbevollmächtigten des Klägers nutzten ein elektronisches Anwaltspostfach jedoch nicht.
Zu den Pflichtverletzungen der Beklagten werde vollumfänglich auf den erstinstanzlichen Vortrag einschließlich der dortigen Beweisantritte verwiesen und dies zum Gegenstand des Berufungsvorbringens gemacht.
Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18.10.2013 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 123.641,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.4.2012 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der treuhänderisch gehaltenen Beteiligung in Höhe von nominal 100.000.- USD an der X GmbH & Co. KG;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 3.270,12 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit für die außergerichtliche Inanspruchnahme seiner anwaltlichen Bevollmächtigten zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagte zum Ersatz aller weiteren und zukünftigen Schäden des Klägers verpflichtet ist, die durch die Beteiligung an der X GmbH & Co. KG entstanden sind und noch entstehen werden;
4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus der treuhänderisch gehaltenen Beteiligung in Höhe von nominal 100.000.- USD an der X GmbH & Co. KG in Verzug befindet.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts.
Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass Verjährung eingetreten sei. Eine Hemmung nach § 203 BGB liege nicht vor. Die zehnjährige, kenntnisunabhängige Verjährungsfrist sei angesichts der Zeichnung vom 18.7.2002 nach § 199 Abs. 3 BGB bereits am 18.7.2012 abgelaufen, die Klage aber erst am 21.2.2013 zugestellt worden.
Verhandlungen seien mit dem Kläger nicht geführt worden. Mit dem Schreiben vom 28.6.2012 habe die Beklagte Ansprüche endgültig und unmissverständlich abgelehnt, was auch der Kläger entsprechend verstanden und als nächstes Klage erhoben habe.
Aufgrund des Eintretens der absoluten Verjährung zum 18.7.2012 komme es auf die Überlegungen des Landgerichts zur alsbaldigen Zustellung der Klageschrift nicht mehr an. Jedenfalls sei die Zustellung der am 5.10.2012 eingeleiteten Klage an die Beklagte am 21.2.2013 nicht mehr demnächst im Sinne von § 167 ZPO. Die Zustellung der Gerichtskostenanforderung per EGVP an die Klägervertreter sei zulässig und wirksam; ob diese das elektronische Postfach nutzen, sei unerheblich. Hilfsweise sei auf den Zugang des Streitwertbeschlusses am 26.10.2012 an die Klägervertreter abzustellen. Ein Abwarten der Klägervertreter von mehr als drei Monaten bei Untätigkeit des Gerichts sei zu lang.
Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.
II.
Die Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.
Es liegt insoweit kein Berufungsgrund im Sinne des § 513 ZPO vor, denn weder beruht die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis auf einer Rechtsverletzung nach § 546 ZPO noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung.
Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung des Anlageberatungsvertrags aus § 280 Abs. 1 BGB verneint, denn die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB ist begründet.
Dabei ist das Landgericht allerdings unzutreffend davon ausgegangen, dass die Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 und 3 BGB mit dem 1.1.2003 zu laufen begonnen und mit dem 31.12.2012 geendet habe.
Vielmehr verjähren nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB sonstige Schadensersatzansprüche ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an, d.h. vorliegend beginnend mit der Zeichnung der streitgegenständlichen Beteiligung am 18.7.2002. Der Schadensersatzanspruch gegen Anlageberater entsteht nämlich nach der Rechtsprechung des BGH bereits mit dem Erwerb der Kapitalanlage (WM 2009, 1275; 2004, 1823; BGHZ 198, 152), wobei der schuldrechtliche Vertrag maßgeblich ist, weil der Anlageentschluss durch die fehlerhafte Aufklärung beeinflusst worden ist (Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 199 Rn 15).
Ebenso unzutreffend hat das Landgericht jegliche Hemmung nach § 203 BGB verneint. Ausgehend von dem vorgerichtlichen Schriftwechsel zwischen den Parteien hat allerdings aufgrund von Verhandlungen der Klägerseite mit der Beklagten eine Hemmung nach § 203 BGB stattgefunden mit der Folge, dass die Verjährung vorliegend nicht mit dem 18.7.2012 abgelaufen ist, sondern gemäß § 203 Satz 2 BGB drei Monate nach dem Ende der Hemmung mit dem 2.7.2012, dem Zugang des Schreibens der Beklagten vom 28.6.2012 bei den Prozessbevollmächtigten des Klägers.
Dies ergibt sich aus dem vorgelegten vorgerichtlichen Schriftwechsel über den geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Klägers mit dessen Forderungsschreiben vom 13.3.2012 (Bl. 138ff d.A.) sowie dem Anforderungsschreiben der Beklagten vom 22.3.2102 (Bl. 144 d.A.) und schließlich dem Abwehrschreiben der Beklagten vom 28.6.2012 (Bl. 147ff d.A.), bei den Prozessbevollmächtigten des Klägers eingegangen am 2.7.2012. Denn in diesem Zeitraum schwebten im Sinne des § 203 Satz 1 BGB zwischen den Parteien Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände.

Der Begriff der Verhandlungen ist dabei weit auszulegen (vgl. BGH WM 2009, 1597; Palandt-Ellenberger, § 203 Rn 2); es genügt also jeder Meinungsaustausch über den vom Gläubiger geltend gemachten Anspruch und seine Grundlagen, es sei denn, dass der Schuldner sofort erkennbar Verhandlungen ablehnt (vgl. BGH NJW 2007, 65; 2004, 1654; Palandt-Ellenberger a.a.O.). Letzteres ist hier im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts angesichts des ersten Schreibens der Beklagten vom 22.3.2102 ersichtlich nicht der Fall gewesen. Es reichen für die Annahme von Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB bereits Erklärungen, die den Gläubiger zur Annahme berechtigen, der Schuldner lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein (Palandt-Ellenberger a.a.O.), was vorliegend in dem Schreiben der Beklagten vom 22.3.2102 dadurch zum Ausdruck gekommen ist, dass sie zur Prüfung der Angelegenheit die Vorlage des Zeichnungsscheins gefordert hat. Nachdem der Kläger dem nachgekommen ist, hat die Beklagte jedoch schließlich mit ihrem Schreiben vom 28.6.2012 dem Kläger unmissverständlich und mehrfach mitgeteilt, dass nach dem Ergebnis ihrer Prüfung der Kläger ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei und dem Wunsch nach Schadensersatz nicht nachgekommen werde (Bl. 148 d.A.); hierin liegt sowohl eine Ablehnung der Forderung des Klägers als auch weiterer Verhandlungen. Zwecks weiterer Informationen solle sich der Kläger direkt an die Fondsgesellschaft wenden (Bl. 148RS d.A.). Man bedauere, kein anderes Ergebnis mitteilen zu können; ein Mitarbeiter des …-Centers sei über die Hintergründe informiert und stehe ergänzend für ein persönliches Gespräch gerne zur Verfügung (Bl. 149 d.A.). Aus dem Kontext geht hervor, dass dies kein Angebot der Beklagten zu weiteren Verhandlungen war, sondern nur zur persönlichen Erläuterung der Ablehnung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs. Dass der Kläger dies auch genauso verstanden hat, nämlich als Ablehnung weiterer Verhandlungen, folgt daraus, dass er unstreitig kein persönliches Gespräch der offerierten Art mehr geführt, sondern vielmehr unmittelbar Klage gegen die Beklagte erhoben hat. Damit ist hier auch nach dem Verständnis des Klägers eine Verweigerung der Fortsetzung von Verhandlungen im Sinne eines sog. doppelten Neins (vgl. OLG Oldenburg MDR 2008, 311; Palandt-Ellenberger § 203 Rn 4) durch die Beklagte erfolgt mit der Konsequenz des Endes der Hemmung zum 2.7.2012.
Nach § 203 Satz 2 BGB ist demzufolge drei Monate nach dem Ende der Hemmung somit die Verjährungsfrist mit dem 2.10.2012 abgelaufen.
Die Einreichung der Klage bei Gericht erfolgte danach am 28.9.2012 zwar noch in unverjährter Zeit, indessen fand die Zustellung der Klage an die Beklagte erst am 21.2.2013 (Bl. 218 d.A.) statt und damit nicht mehr demnächst im Sinne des § 167 ZPO.
Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder - wie hier - nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch Erhebung der Klage auf Leistung gehemmt werden, tritt nach § 167 ZPO diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Das ist hier nicht mehr der Fall.
Zwar ist bei der Beurteilung, ob eine Zustellung demnächst erfolgt ist, nicht allein auf zeitliche Umstände abzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, dass angesichts der von Amts wegen vorzunehmenden Zustellung den Parteien keine Nachteile wegen Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs entstehen sollen. Andererseits ist die Rückwirkung wegen des gebotenen Vertrauensschutzes für den Empfänger nur vertretbar, wenn die Zustellung in nicht allzu erheblichem Abstand vom Fristablauf erfolgt (vg. Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 167 Rn 10). Deshalb besteht keine absolute zeitliche Grenze für die Annahme einer noch demnächst erfolgenden Zustellung. Dies gilt grundsätzlich auch für - wie vorliegend - mehrmonatige Verzögerungen. Bei allein vom Kläger verursachten Zustellungsverzögerungen von mehr als 14 Tagen ab Fristablauf schließt der BGH eine Rückwirkung aus (NJW 2004, 3775). Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die allein durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, muss sich der Kläger grundsätzlich nicht zurechnen lassen (BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 23/05 - bei juris). Bei nicht vom Kläger verursachten Verzögerungen im Geschäftsbetrieb tendiert die Rechtsprechung zu einer relativ weiten Auslegung von demnächst (vgl. BGH, BGHZ 168, 306; NJW 1993, 2811); nach dem Beschluss des BGH vom 9.2.2005 (XII ZB 118/04 - bei juris) ist eine Zustellung selbst nach längerer Zeit (hier: etwas mehr als zwei Monate) noch als demnächst erfolgt anzusehen, wenn der Antragsteller alles ihm für eine fristgerechte Zustellung Zumutbare getan und die Verzögerung nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Wenn die Verzögerung sowohl von der Partei als auch vom Gericht verursacht wurde, ist nach dem Urteil des BGH vom 10.2.2011 (VII ZR 185/07 - bei juris) bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert.
Zu beachten ist ferner der hier entscheidende Umstand, dass nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 9.2.2005, XII ZB 118/04 - bei juris; vom 15.1.1992, IV ZR 13/91 - bei juris; siehe auch BVerfG vom 30.5.2012, 1 BvR 509/11 - bei juris)) selbst ein Kläger, der seinerseits zunächst alles Erforderliche getan hat, um die sofortige Zustellung seines Antrags zu veranlassen, einer späteren Verzögerung der Zustellung entgegentreten muss, und wenn eine solche aus unerklärlichen Gründen droht, muss er sich bei dem Gericht nach den Ursachen erkundigen (BGH, Beschluss vom 9.2.2005, XII ZB 118/04 - bei juris unter Verweis auf BGH, Urteil vom 1.4.2004, IX ZR 117/03 - FamRZ 2004, 1368). Der

Umfang dieser Verpflichtung hängt allerdings wesentlich davon ab, ob die Partei infolge eigenen nachlässigen Verhaltens mit der fehlenden Zustellung rechnen musste (BGH, Beschluss vom 9.2.2005, XII ZB 118/04 - bei juris). Diese Grundsätze hat der BGH zuletzt mit Urteil vom 12.7.2006 (IV ZR 23/05 - bei juris = BGHZ 168, 306) wie folgt bekräftigt:
„Allerdings geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch davon aus, dass einer Partei solche nicht nur geringfügigen Verzögerungen zuzurechnen sind, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätten vermeiden können (BGHZ 145, aaO). Das ist nicht nur in Fällen angenommen worden, in denen Mängel der Klagschrift, etwa die Angabe einer falschen Anschrift der beklagten Partei, das Zustellungsverfahren verzögert haben (vgl. dazu die Nachweise in BGHZ 145 aaO), sondern auch dann, wenn nach Einreichung der Klage trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Angabe aller maßgeblichen Verfahrensdaten die Anforderung des Gerichtskostenvorschusses ausbleibt. In diesen Fällen hat der Bundesgerichtshof angenommen, der Kläger oder sein Prozessbevollmächtigter müssten nach angemessener Frist wegen der ausstehenden Vorschussanforderung nachfragen. Zwar sind beide nicht gehalten, von sich aus den Vorschuss zu berechnen und mit der Klage einzuzahlen (BGHZ 69, 361, 363 f. m.w.N.; BGH, Urteil vom 29.06.1993 - X ZR 6/93 - NJW 1993, 2811 unter II 2 c), doch dürfen sie nicht unbegrenzt lange untätig bleiben, sondern müssen bei ausbleibender Vorschussanforderung beim Gericht nachfragen und so auf eine größtmögliche Beschleunigung der Zustellung hinwirken (BGHZ 69, aaO; BGH, Urteile vom 5.02.2003 aaO; vom 11.07.2003 aaO und vom 15.01.1992 - IV ZR 13/91 - VersR 1992, 433 unter I 3).
Die genannten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter zu dem Zeitpunkt, in dem die Verzögerung eintritt, noch nicht alles getan haben, was das Verfahrensrecht von ihnen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung fordert. Das gilt auch für den Fall der fehlenden Anforderung des Gebührenvorschusses, denn auch dort wissen der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter, dass die Zahlung noch aussteht und die Klage erst danach zugestellt werden kann.“
Selbst wenn man vorliegend davon ausgeht, dass die Klägervertreter die vom 25.10.2012 datierende Vorschussanforderung erst am 6.2.2013 erhalten haben, weil sie ihnen - nach Ziffer 2.1 der Bestimmungen über die Einziehung von Kosten sowie von Geldbeträgen nach § 1 Abs. 1 der Einforderungs- und Beitreibungsanordnung im Bereich der Justizkostenverwaltung in der derzeit geltenden Fassung RdErl. des JmdJIE vom 22.7.2013 (Hess. JMBl. 2013, 586ff) - in bis zum 1.9.2013 noch unzulässiger Weise an ihr EGVP-Postfach übermittelt worden und von ihnen dort auch nicht zur Kenntnis genommen worden ist, beruht vorliegend die Verzögerung im Zustellungsverfahren nicht allein auf einer fehlerhaften Sachbehandlung des Gerichts, sondern vor allem auch auf einer erst nach später als drei Monaten gehaltenen Nachfrage der Klägervertreter, die im Unterschied zum Sachverhalt der vorzitierten Entscheidung des BGH (IV ZR 23/05 - bei juris) hier nicht „alle für eine ordnungsgemäße Klagzustellung ... geforderten Mitwirkungshandlungen erbracht“ hatten. Dies wäre nämlich eine von Anfang an vollständige Zahlung des zutreffend ermittelten Kostenvorschusses gewesen, woran es indessen unstreitig mangelt.
Denn vorliegend hat der Kläger zwar auf der Grundlage eines von ihm ermittelten Streitwerts von 123.641,90 € mit einem der am 28.9.2012 bei Gericht eingegangenen Klageschrift beigefügten und am 11.10.2012 eingelösten Scheck einen Kostenvorschuss in Höhe von 2.868.- € geleistet, dieser war jedoch nicht ausreichend, was den Klägervertretern anschließend zeitnah bekannt geworden ist. Denn das Landgericht hat mit Beschluss vom 18.10.2012 den Streitwert vorläufig auf 145.158,29 € festgesetzt, und dieser Beschluss wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers laut EB am 26.10.2012 zugestellt; die Richtigkeit dieser Streitwertfestsetzung hat der Kläger nicht angezweifelt. Ab diesem Zeitpunkt, also bereits ab dem 26.10.2012 wussten die Klägervertreter demnach, dass der von ihnen eingezahlte Kostenvorschuss nicht ausreicht. Jedoch erst Anfang02.2013 und damit nach deutlich mehr als drei Monaten fragten die Prozessbevollmächtigten des Klägers nach ihrer eigenen Darstellung beim Gericht im Hinblick auf die nicht erfolgte Zustellung nach und zahlten sodann auf die am 6.2.2013 erhaltene Vorschussanforderung am 14.2.2013 den weiteren Vorschuss ein.
Die Klägervertreter können sich auch nicht damit entlasten, dass § 12 GKG eine Sollvorschrift sei und sie keinen Anlass zur Vermutung gehabt hätten, dass die Klageschrift wegen des anderweitig festgesetzten Streitwertes nicht zugestellt werden würde. Dem steht bereits ihr eigenes Verhalten entgegen, nämlich zum einen die - nach ihrer eigenen Berechnung - vollständige Zahlung des Kostenvorschusses bereits vor einer Vorschussanforderung des Gerichts, was eindeutig dafür spricht, dass die Prozessbevollmächtigten des Klägers davon ausgegangen sind, dass das angerufene Gericht die Zustellung erst nach Einzahlung der Verfahrensgebühr nach § 12 Abs. 1 Satz 1 GKG vornehmen wird. Zum anderen haben sie diesbezüglich schließlich selbst beim Gericht nachgefragt, wenn auch erst nach einer nach den Umständen dieses Falles nicht mehr angemessenen Wartezeit von mehr als drei Monaten.
Dieser Zeitraum von mehr als drei Monaten ist auch erheblich länger als die vom BGH in seinem Beschluss vom 9.2.2005 (XII ZB 118/04 - bei juris) noch hingenommene Wartefrist von etwas mehr als zwei Monaten unter der dortigen ausdrücklichen Voraussetzung, dass der Antragsteller alles ihm für eine fristgerechte Zustellung Zumutbare getan und die Verzögerung nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Hier liegt

aber - wie gezeigt - noch nicht einmal diese Voraussetzung vor, weshalb sowohl die reine Verzögerungsdauer als auch die Mitherbeiführung dieser Verzögerung durch den Kläger dafür streiten, dass der verstrichene Zeitraum auch in den Verantwortungsbereich des Klägers fällt, ihm zurechenbar ist und somit bei Anwendung des § 167 ZPO nicht außer Betracht bleiben kann mit der Folge, dass die Zustellung an die Beklagte nicht mehr demnächst im Sinne des § 167 ZPO erfolgt ist.
Mangels Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist deshalb Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche des Klägers eingetreten.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 i.V.m. 709 Satz 2 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, da der Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung mangels divergierender Entscheidungen eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 ZPO).

94. OLG Köln, Urteil vom 14.07.2014 – I-5 U 156/13, 5 U 156/13 – * Zahnarzthaftung: Ersatz der Behandlungskosten bei Unbrauchbarkeit einer prothetischen Versorgung

Orientierungssatz

Ist eine Behandlung im Kern fehlerhaft und im Ergebnis für den Patienten unbrauchbar, weil eine therapeutische Bisserhöhung im Seitenzahnbereich um 2 bis 3 mm vorgenommen wird, ohne deren Auswirkungen, insbesondere die Aufhebung der Okklusion der Front- und Eckzähne, ausreichend lang durch eine Aufbissschiene oder ein Provisorium auszutesten, so steht dem Patienten ein Anspruch auf Rückzahlung des hierfür gezahlten Honorars zu.

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 13.11.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 288/12 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.065,62 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.8.2012 zu zahlen.
Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 3.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5.5.2012 zu zahlen.
Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten von einer für deren vorgerichtliche Tätigkeit entstandenen Honorarforderung in Höhe von 361,17 EUR freizustellen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten erster Instanz tragen die Klägerin zu 18 % und der Beklagte zu 82 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 8 % und dem Beklagten zu 92 % auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die am 00.00.1964 geborene Klägerin stellte sich am 18.8.2009 erstmals in der zahnärztlichen Praxis des Beklagten vor und berichtete über Bissprobleme und Beschwerden im Bereich der Halswirbelsäule. Der Beklagte führte am 19.8.2009 eine Funktionsanalyse durch und fertigte ein Orthopantogramm. Er empfahl eine umfassende Versorgung mit Zahnersatz, eine Korrektur der Bisslage und eine begleitende Physiotherapie. Unter dem 3.9.2009 erstellte er eine Gebührenvorausberechnung, die als Behandlungsplan (Teil-)Kronen auf den Zähnen 14 bis 17, 25 bis 27 und 45, 46, 48 sowie eine Brücke auf den Zähnen 35 bis 37 vorsah. Auf den Zähnen 35 bis 37 befand sich eine etwa zwei Jahre alte Brücke.
Am 29.3.2010 setzte der Beklagte ein Provisorium mittels wax-up ein, welches er am 8.4.2010 und 15.4.2010 nach Bisskontrolle einschliff. Am 29.4.2010 begann er mit den Arbeiten für die endgültige prothetische Versorgung, die er am 17.5.2010 eingliederte. Dabei wurden die in der Gebührenvorausberechnung vom 3.9.2009 genannten Zähne und zusätzlich der Zahn 24 mit (Teil-)Kronen bzw. einer Brücke versorgt. Der Beklagte stellte der Klägerin am 27.5.2010 unter Anrechnung des Festzuschusses ihrer Krankenkasse einen Betrag von 12.065,62 EUR in Rechnung, den die Klägerin bezahlte. Bei den folgenden Kontrollterminen nahm der Beklagte teils Einschleifmaßnahmen vor und fertigte eine Aufbissschiene. Die Klägerin war mit der Brücke im Unterkiefer unzufrieden und beanstandete dort einen Rückgang des Zahnfleischs. Am 18.11.2010 suchte sie den Beklagten zum letzten Mal auf. In der Karteikarte heißt es sinngemäß, dass ein Kieferknacken und Schmerzen nicht mehr vorhanden seien. Für durchgeführte Physiotherapien entstanden der Klägerin Kosten von 1.363,19 EUR.
Am 3.1.2011 richtete die Klägerin eine Zahnersatzbeschwerde an ihre gesetzliche Krankenversicherung, mit der sie insbesondere geltend machte, dass ungleichmäßige Kontakte sowie Schmerzen und Blockaden in der Wirbelsäule bestünden. Der Zahnarzt Dr. S erstattete am 28.5.2011 ein Gutachten für den Prothetikeinigungsausschuss, der in der Sitzung vom 23.1.2012 keinen Behandlungsfehler feststellte.

Die Klägerin hat den Beklagten auf Ersatz der Behandlungskosten von 12.065,62 EUR und der Kosten für die durchgeführte Physiotherapie von 1.363,19 EUR, ein Schmerzensgeld von mindestens 5.000 EUR sowie Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten von 693,18 EUR in Anspruch genommen. Zur Begründung hat sie geltend gemacht, dass der Zahn 14 fehlerhaft keinen Bisskontakt gehabt habe. Die prothetische Versorgung des Zahns 24 sei nicht mit ihr besprochen worden, sei nicht erforderlich gewesen und habe eine Bisserhöhung bewirkt. Die Erneuerung der Brücke auf den Zähnen 35 bis 37 sei nicht notwendig gewesen und fehlerhaft durchgeführt worden. Vier Wochen nach der Eingliederung sei es zu einem erheblichen Zahnfleischrückgang im Bereich der Brücke gekommen. Der Beklagte habe die Erneuerung der Brücke mit der Begründung vorgeschlagen, dass nur so der Biss gleichmäßig gestaltet werden könne. Im Übrigen habe die privat verordnete Physiotherapie als Kassenleistung angeordnet werden können, wodurch ihr, der Klägerin, keine Kosten entstanden wären. Die Behandlung des Beklagten habe zu einer Verschlechterung der Schmerzsymptomatik geführt. Nach der Eingliederung habe sie Monate lang starke Kiefergelenks- und Zahnschmerzen gehabt. Noch immer leide sie unter erheblichen Rückenbeschwerden mit Blockaden der Brustwirbelsäule und Muskelverspannungen.
Der Beklagte ist dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Es habe sich gezeigt, dass eine NON-Okklusion im Bereich des Zahns 24 vorgelegen habe, weshalb er mit Einverständnis der Klägerin eine Teilkrone für diesen Zahn habe anfertigen lassen, die er sodann eingegliedert habe. Die aufgeklebte Keramikschale sei später auf Wunsch der Klägerin wieder entfernt worden. Hinsichtlich des Zahns 14 habe die Klägerin angegeben, dass sie der Kontakt störe, weshalb die Krone eingeschliffen worden sei. Die Brücke auf den Zähnen 35 bis 37 sei erneuert worden, weil die Klägerin ein einheitliches Material im Mund gewünscht habe. Die Physiotherapie habe keine Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung dargestellt, weil sie im Zusammenhang mit der Funktionsdiagnostik erfolgt sei.
Das Landgericht hat ein Gutachten des Zahnarztes Dr. T eingeholt (Bl. 120 ff. d.A.) und den Sachverständigen angehört (Bl. 179 ff. d.A.).
Daraufhin hat es den Beklagten zur Zahlung von 16.428,81 EUR nebst Zinsen und zur Freistellung der Klägerin von außergerichtlichen Anwaltskosten von 693,18 EUR verurteilt. Im Übrigen - das heißt wegen des einen Betrag von 3.000 EUR übersteigenden Schmerzensgeldes - hat es die Klage abgewiesen. Die vom Beklagten vorgenommene Bisserhöhung sei behandlungsfehlerhaft, weshalb die eingegliederte Versorgung insgesamt unbrauchbar sei. Die mit der Behandlung verbundenen Beeinträchtigungen und die erwiesene Zunahme der Beschwerden rechtfertigten ein Schmerzensgeld von 3.000 EUR. Die Kosten der begleitenden Physiotherapie seien als adäquate Folge des Behandlungsfehlers zu ersetzen.
Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Der Sachverständige Dr. T habe es verabsäumt, die vorgelegten Registrate mit dem Artikulator des Beklagten auszumessen. Zu der Beurteilung, dass die Inaugenscheinnahme von Modellen des Beklagten unter Benutzung des Artikulators nicht zu einer anderen Beurteilung geführt hätte, habe das Landgericht mangels eigener Sachkunde nicht kommen dürfen. Auch habe sich Dr. T weder mit dem Gutachten von Dr. S noch mit den Ausführungen des Prothetikeinigungsausschusses ordnungsgemäß auseinander gesetzt. Eine Betrachtung der Bisssituation getrennt nach gesetzlichen und privatärztlichen Leistungen, wie von Dr. T unterstellt, habe der Prothetikeinigungsausschuss offensichtlich nicht vorgenommen. Eine zu kurze Eingliederungszeit des Langzeitprovisoriums habe Dr. T nur pauschal behauptet. Darauf, dass Dr. S keinerlei CMD-Beschwerden festgestellt habe, sei Dr. T ebenso wenig eingegangen wie auf die in den Unterlagen des Beklagten festgehaltene Befundverbesserung. Es sei zahnmedizinisch nicht verständlich, warum es bei der gleichen Bisslage zunächst zu einer Verbesserung und anschließend zu einer Verschlechterung komme. Auch habe Dr. T außer Acht gelassen, dass zwischenzeitlich weitere zahnärztliche Behandlungen erfolgt seien, insbesondere weil die Klägerin eine Schiene trage. Die Kosten für die Physiotherapie habe das Landgericht fehlerhaft zugesprochen. Der Sachverständige habe hierzu keine Ausführungen gemacht. Die physiotherapeutischen Maßnahmen seien im Übrigen für die Klägerin schon deshalb nicht wertlos gewesen, weil sie zumindest vorübergehend eine Linderung bewirkt hätten. Selbst wenn man von einer Unbrauchbarkeit der Prothetik wegen der Bisserhöhung ausgehe, betreffe dies schließlich nur den Oberkiefer, nicht aber den Unterkiefer und die dort vom Beklagten eingegliederte Versorgung.
II.
Die Berufung des Beklagten ist nur zu einem geringen Teil begründet.
Die Klägerin kann von dem Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB die Rückzahlung des Honorars von 12.065,62 EUR, die Zahlung eines Schmerzensgeldes von 3.000 EUR und die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten ihrer Prozessbevollmächtigten in Höhe von 361,17 EUR verlangen. Hinsichtlich der Kosten der Physiotherapie von 1.363,19 EUR und der einen Betrag von 361,17 EUR übersteigenden vorgerichtlichen Anwaltskosten besteht dagegen kein Ersatzanspruch.
1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung des von ihr an den Beklagten geleisteten Honorars von 12.065,62 EUR zu.
Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. T war die Behandlung des Beklagten im Kern deshalb fehlerhaft und bei im Ergebnis verschlechterter Beschwerdesymptomatik für die Klägerin unbrauchbar,

weil der Beklagte eine Bisserhöhung im Seitenzahnbereich um 2 bis 3 mm vorgenommen hat, ohne deren Auswirkungen, insbesondere die Aufhebung der Okklusion der Front- und Eckzähne, ausreichend lang durch eine Aufbissschiene oder ein Provisorium auszutesten (Bl. 124, 180 ff. d.A.). Eine Bisserhöhung sollte - so der Sachverständige weiter - mindestens vier bis sechs Monate ausgetestet werden, wobei üblicherweise gerade eine Front-Eckzahnbeziehung angestrebt werde (Bl. 182 d.A.).
Die Unbrauchbarkeit der prothetischen Versorgung hat nach ständiger Rechtsprechung des Senats und der anderen Oberlandesgerichte rechtlich zur Folge, dass die Klägerin das hierfür gezahlte Honorar vom Beklagten zurückverlangen kann.
Die Beurteilung des Sachverständigen Dr. T überzeugt. Insbesondere steht sie in Einklang mit dem, was dem Senat, der ständig auch mit zahnärztlichen Behandlungen befasst ist, aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt ist. Eine therapeutische Bisserhöhung muss ungeachtet der durchgeführten Funktionsdiagnostik über einen längeren Zeitraum erprobt und ausgetestet werden, bevor die definitive Versorgung eingegliedert wird, weil es letztlich darauf ankommt, ob der Patient sie individuell toleriert.
Die Einwendungen, die der Beklagte gegenüber den Darlegungen von Dr. T erhebt, greifen dagegen nicht durch. Insbesondere begegnet es keinen Bedenken, dass das Landgericht der Beurteilung von Dr. T den Vorzug vor den Ausführungen von Dr. S und des Prothetikeinigungsausschusses gegeben hat, die keinen Behandlungsfehler des Beklagten angenommen haben. Dem Beklagten ist allerdings zuzugeben, dass nichts dafür spricht, dass der Prothetikeinigungsausschuss bei der Bewertung zwischen Kassen- und Privatleistungen differenziert und letztere nicht oder nur eingeschränkt überprüft hat. Dies gilt schon deshalb, weil die im Vordergrund der Überlegungen stehende Bisserhöhung mit Aufhebung der Front-/Eckzahnbeziehung auch die hinteren Seitenzähne betrifft und einschließt, für die die gesetzliche Krankenversicherung einen Festkostenzuschuss gewährt hat. Allerdings ist Dr. S, dessen Gutachten der Prothetikeinigungsausschuss gefolgt ist, davon ausgegangen, dass das vom Beklagten gewählte Okklusionskonzept mit einer frontalen Nonokklusion einschließlich der Eckzähne im Zuge einer umfangreichen Gesamtrestauration eher ungewöhnlich sei (s. die letzte Seite des Gutachtens von Dr. S, bei den Anlagen). Ist ein Okklusionskonzept ungewöhnlich, ist es indessen schlüssig und überzeugend, wenn der Sachverständige Dr. T eine ausreichend lange, mindestens dem üblichen Zeitraum entsprechende Austestungsphase fordert.
Ferner ist weder schlüssig dargetan noch erkennbar, warum der Sachverständige Dr. T die vom Beklagten gefertigten Modelle mit Hilfe des Artikulators des Beklagten hätte ausmessen und überprüfen sollen. Artikulatoren dienen dazu, die Bewegungen der Kiefer zueinander und die Kaubewegungen zu simulieren, und sollen helfen, die Mundsituation bei der Herstellung von Zahnersatz möglichst genau zu übertragen. Im Streitfall geht es nicht um in diesem Zusammenhang aufgetretene Fehler. Dass der Beklagte die Mundsituation in therapeutischer Absicht in erheblicher Weise verändert und eine Bisserhöhung um mehrere Millimeter vorgenommen hat, ist von ihm im Verfahren vor dem Prothetikeinigungsausschuss im Rahmen seiner Anhörung ausdrücklich zugestanden und im vorliegenden Verfahren im Anschluss an die Begutachtung durch Dr. T nicht in Abrede gestellt worden.
Der Beklagte verweist auch ohne Erfolg darauf, dass er bei der letzten Vorstellung der Klägerin am 18.11.2010 Schmerzfreiheit dokumentiert und der Sachverständige Dr. S bei der klinischen Untersuchung am 24.5.2011 keine Anhaltspunkte für eine craniomandibuläre Dysfunktion gefunden habe. Die Fehlerhaftigkeit der unter dem 18.11.2010 erfolgten Dokumentation von Schmerz- und Beschwerdefreiheit wird, nachdem bereits im Zeitraum vom 17.5.2010 bis 18.11.2010 wiederholt Einschleifmaßnahmen erfolgt sind, durch das bei den Anlagen befindliche Schreiben der Klägerin vom 26.11.2010 an den Beklagten belegt, in dem sie nur knapp eine Woche nach der letzten Vorstellung eine gravierende Zunahme der Beschwerden während der Behandlungszeit beschreibt und beanstandet. In der an die gesetzliche Krankenkasse der Klägerin gerichteten Zahnersatzbeschwerde vom 3.1.2011, welche nur wenige Wochen nach dem 18.11.2010 abgefasst worden ist, hat die Klägerin ihre Beschwerden nochmals und vertieft dargestellt. Dr. S hat zwar bei der klinischen Untersuchung vom 24.5.2011 keine Anhaltspunkte für eine craniomandibuläre Dysfunktion beobachtet, insbesondere keine Druckdolenzen im Kiefer- und Mundbereich. Anamnestisch befragt hat die Klägerin aber auch ihm gegenüber eine Zunahme der ursprünglichen Beschwerden im Bereich der Wirbelsäule beschrieben. Nach der Untersuchung durch Dr. S sind Symptome eine cranimandibulären Dysfunktion zudem nicht nur am 22.5.2013 von Dr. T - er hat unter anderem eine Schmerzhaftigkeit des M. masseter und des M. digastricus festgestellt - , sondern auch von weiteren Ärzten beschrieben worden (vgl. Bl. 178, 316 d.A.).
Vor diesem Hintergrund spricht nichts dafür, von einer - zahnmedizinisch dann allerdings kaum verständlichen - Verbesserung der Beschwerden über einen Zeitraum von mehreren Monaten mit anschließender erneuter Verschlechterung auszugehen. Anders als es der Beklagte in der mündlichen Verhandlung und im Schriftsatz vom 4.7.2014 geltend gemacht hat, ist daher auch davon auszugehen und mit dem Beweismaß des § 286 ZPO festzustellen, dass die gebotene längere Austestungsphase den Verlauf geändert und die endgültige Eingliederung der eine Bisserhöhung bewirkenden Versorgung verhindert hätte.
Für eine zahnärztliche Behandlung, die die vom Beklagten eingegliederte Prothetik verändert und so die Beurteilung durch Dr. T beeinflusst hätte, gibt es entgegen der in der Berufungsbegründung aufgestellten

Behauptung keine Anhaltspunkte. Insbesondere entspricht der Zahnstatus, den Dr. T am 22.5.2013 erhoben hat (Bl. 122 d.A.), unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen im landgerichtlichen Termin zu Zahn 14 (Bl. 179R) dem Zustand, der nach Abschluss der Behandlungen durch den Beklagten bestand.
Soweit der Beklagte rügt, dass es an tragfähigen Feststellungen zur Unbrauchbarkeit der losgelöst vom Oberkiefer zu sehenden Prothetik im Unterkiefer fehle, übersieht er die Ausführungen von Dr. T im Termin vor dem Landgericht. Dieser hat ausdrücklich erläutert, dass der Unterkiefer in eine künftige Erneuerung der Versorgung einzubeziehen sei (Bl. 180 d.A.). Dies leuchtet schon deshalb ein, weil nach den Erklärungen des Beklagten vor dem Prothetikeinigungsausschuss auch Unterkieferkronen - auf S. 7 des Bescheids ist der Zahn 48 genannt - zur Bisserhöhung angefertigt worden sind. Nach einer bei den Anlagen befindlichen handschriftlichen Erklärung des Beklagten auf einem Schreiben der E vom 9.10.2009 ist der Beklagte zudem seinerzeit selbst davon ausgegangen, dass die Brücke auf den Zähnen 35 bis 37 zur Erreichung eines stabilen Bisses erneuert werden sollte, was für eine gleichartige Vorgehensweise bei einer künftigen Behandlung spricht.
2. Die streitgegenständlichen Kosten für Physiotherapie von 1.363,19 EUR kann die Klägerin nicht vom Beklagten ersetzt verlangen.
Die Kosten für die Physiotherapie, deren Indikation angesichts der Halswirbelsäulenbeschwerden der Klägerin nicht in Streit steht, wären der Klägerin nach dem Grundsatz des § 249 BGB nur dann zu erstatten gewesen, wenn sie bei fehlerfreier Behandlung, also bei längerer Austestung des erhöhten Bisses mit späterer Entscheidung für oder gegen eine endgültige Bisserhöhung, nicht oder zumindest in geringerem Umfang angefallen wären. Bei dieser Vorgehensweise wären die Kosten für eine begleitende Physiotherapie aber über einen erheblich längeren Zeitraum entstanden und daher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge grundsätzlich deutlich höher gewesen. Deshalb ergibt sich ein feststellbarer Schaden der Klägerin auch nicht aus dem in der mündlichen Verhandlung und im Schriftsatz vom 2.7.2014 angeführten Umstand, dass die den eingeklagten Kosten zugrunde liegenden physiotherapeutischen Behandlungen teilweise oder sogar überwiegend nach der endgültigen Eingliederung der Versorgung (17.5.2010) erfolgt sind.
Ein Schaden in Bezug auf Kosten für Physiotherapie kann der Klägerin daher erst entstehen, wenn im Rahmen einer künftigen neuen Versorgung weitere physiotherapeutische Behandlungen durchgeführt werden sollten und auf diese Weise Mehrkosten anfallen. Da es sich insoweit um einen Teil eines Personenschadens handelt, können diese Kosten nicht bereits jetzt fiktiv abgerechnet werden.
Soweit die Klägerin geltend macht, dass der Beklagte die physiotherapeutischen Behandlungen als Kassenleistung hätte verordnen und für sie auf diese Weise bereits die Entstehung der Kosten hätte vermeiden können, fehlt es an schlüssigem Vorbringen. Unstreitig handelte es sich bei der vom Beklagten verordneten Physiotherapie um eine begleitende Therapie zur Funktionsanalyse und zur therapeutischen Bisserhöhung, die keine Kassenleistung darstellten. Warum eine begleitende Therapie anders einzuordnen sein soll als die eigentliche Behandlung, ist weder dargetan noch ersichtlich.
3. Gegen die Feststellung des Landgerichts, dass die Beeinträchtigungen durch die streitgegenständliche Behandlung und die durch die Ausführungen des Sachverständigen Dr. T bewiesene Zunahme der Beschwerden ein Schmerzensgeld von 3.000 EUR rechtfertigen, wendet sich der Beklagte im Berufungsverfahren nicht. Auch der Senat sieht den Betrag als angemessen an.
4. Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten ihrer Prozessbevollmächtigten kann die Klägerin nur in Höhe von 361,17 EUR fordern.
Gegenstand der vorgerichtlichen Tätigkeit waren ausweislich des anwaltlichen Schreibens vom 19.4.2012 nur die Kosten für die Physiotherapie und das Schmerzensgeld. Unter Zugrundelegung der angesetzten und angemessenen 1,5-fachen Geschäftsgebühr errechnet sich aus dem Wert von 3.000 EUR, hinsichtlich dessen die Klage insoweit begründet ist, eine Geschäftsgebühr von 361,17 EUR [(189 EUR x 1,5 +20) x 1,19 = 361,17 EUR].
5. Der Anspruch auf Rückzahlung des Honorars und der Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld sind gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 S. 1 BGB ab Verzugseintritt bzw. Rechtshängigkeit zu verzinsen.
6. Die Schriftsätze der Klägerin vom 2.7.2014 und des Beklagten vom 4.7.2014 geben, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass.
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind solche des Einzelfalls.
Berufungsstreitwert: 16.428,81 EUR

95. OLG Köln, Beschluss vom 10.07.2014 – 5 U 32/14 – * Arzthaftungsprozess: Neues Angriffsmittel in der Berufungsinstanz

Orientierungssatz

Hat der Kläger in der ersten Instanz einen Behandlungsfehler ausschließlich unter dem Gesichtspunkt gerügt, dass bei der Verabreichung einer intraartikulären Injektion gegen hygienische Standards verstoßen worden sei und wendet er sich in der Berufungsinstanz gegen die Vornahme der intraartikulären Injektion als solche, gegen ihre Indikation an sich sowie nach Dosis und Zeitpunkt, so handelt es sich um ein neues Angriffsmittel.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 28.01.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 209/10 - 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.

Gründe

I. Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen 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 dem Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen.
1. Ein schadensursächlicher Behandlungsfehler fällt dem Beklagten nicht zur Last.
a) Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung geltend macht, dass die am 14.2.2008 durchgeführte intraartikuläre Injektion überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht in der gewählten Dosis oder wegen der vorausgegangenen intraartikulären Injektionen und wegen des geplanten Urlaubs nicht in dem damaligen Zeitpunkt indiziert gewesen sei, handelt es sich zum einen um ein neues Angriffsmittel, welches nicht gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen ist. Zum anderen wäre ein entsprechender Behandlungsfehler bei Zulassung des neuen Angriffs nach den Ausführungen der Sachverständigen Dr. L und I zu verneinen.
aa) Der Kläger hat in der ersten Instanz einen Behandlungsfehler ausschließlich unter dem Gesichtspunkt gerügt, dass bei der Verabreichung der intraartikulären Injektion am 14.2.2008 gegen hygienische Standards verstoßen worden sei. Nunmehr macht er geltend, dass die Injektion mangels aktivierter Gonarthrose überhaupt nicht indiziert gewesen sei, dass die injizierte Menge von 10 mg Triam gemessen an den Fachinformationen des Herstellers zu gering und so nicht indiziert gewesen sei, dass unter Berücksichtigung der Vorbehandlungen zu viele intraartikuläre Injektionen pro Jahr in das rechte Knie erfolgt seien und dass der zeitliche Abstand zu der letzten Injektion am 28.1.2008 zu kurz gewesen sei. Die Zahl der Injektionen pro Gelenk sei auf drei bis vier pro Jahr zu beschränken, während das Intervall zwischen den Injektionen - so der Kläger weiter - mindestens vier Wochen betragen solle. Außerdem stützt er sich darauf, dass der Beklagte eine intraartikuläre Injektion vor dem Urlaub mangels ausreichend gewährleisteter Kontroll- und Behandlungsmöglichkeiten habe ablehnen und ihn lediglich mit oralen Schmerzmitteln habe behandeln müssen.
Damit ändert der Kläger die Angriffsrichtung. Er konkretisiert durch sein Vorbringen nicht, warum die Art und Weise der Durchführung des Eingriffs und die hygienischen Vorkehrungen fehlerhaft gewesen seien, sondern er wendet sich gegen Vornahme der intraartikulären Injektion als solche, gegen ihre Indikation an sich sowie nach Dosis und Zeitpunkt. Es handelt es sich nicht einmal um eine Konkretisierung oder erstmalige Substantiierung eines sehr allgemein gehaltenen erstinstanzlichen Vortrags, die - anders als die Konkretisierung, Verdeutlichung oder Erläuterung eines bereits schlüssigen Vorbringens - ebenfalls als neues Angriffsmittel zu werten gewesen wären (BGH, Urteil vom 8.6.2004 - VI ZR 199/03, iuris Rdn. 21, abgedruckt in BGHZ 159, 245 ff.).
Die Voraussetzungen, unter denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise zu berücksichtigen sind, sind weder dargetan noch erkennbar. Insbesondere hat der Kläger nicht aufgezeigt, dass das Unterbleiben eines entsprechenden Vortrags in erster Instanz nicht auf Nachlässigkeit beruht. Die übliche Dosis und das maßgebliche zeitliche Intervall ergaben sich bereits aus dem mit der Klageschrift vorgelegten Bescheid der Gutachterkommission vom 14.5.2009 (Bl. 39 ff. d.a.).
bb) Im Übrigen wären die vorstehend unter II 1 a aa angesprochenen Behandlungsfehler bei Zulassung des neuen Angriffs nach den Ausführungen der Sachverständigen Dr. L und I zu verneinen. Obwohl anderes vom Kläger nicht geltend gemacht worden war, haben diese sich mit der Indikation der intraartikulären Injektion befasst.
(1) Soweit der Kläger behauptet, dass angesichts des geringen Ergusses von 0,5 ml keine aktivierte Gonarthrose vorgelegen und daher keine Indikation für eine intraartikuläre Injektion bestanden habe, setzt er allein seine Auffassung gegen die gegenteilige Beurteilung der Sachverständigen Dr. L und I (vgl. Bl. 131, 133 d.A.), was keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gibt. Die Beurteilung, dass eine aktivierte Gonarthrose vorlag, ist angesichts der unstreitigen Schmerzen und Beschwerden des Klägers im rechten Knie überzeugend.

(2) Die Sachverständigen Dr. L und I haben die von ihnen im Gutachten angeführte Menge von 10 mg Triam (vgl. Bl. 123 d.A.), das heißt eines Kortikoids, nicht beanstandet und Behandlungsfehler insgesamt verneint. Dies ist schlüssig. Nach den Fachinformationen des Herstellers ist die Dosierung bei der intraartikulären Anwendung abhängig von der Größe des Gelenks und von der Schwere der Symptome; im Allgemeinen genügen danach bei Erwachsenen zur Besserung der Beschwerden für große Gelenke (z.B. Hüfte, Knie 20 - 40 mg Triamcinolonacetonid. Nach diesen Vorgaben kann auch eine geringe Menge verabreicht werden, wenn eine Besserung der Beschwerden zu erwarten ist. Vor dem 14.2.2008 hatte der Kläger, sofern ein Kortikoid mit injiziert wurde, stets nur eine Menge von 10 mg Triam erhalten. Dass eine vorübergehende Besserung nicht eingetreten wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Es wäre dann insbesondere nicht verständlich, warum der Kläger am 14.2.2008 erneut eine Injektion - in beide Knie - wollte.
(3) Aus dem Vortrag in der Berufungsbegründung oder den Behandlungsunterlagen ergibt sich schon nicht schlüssig, dass in dem Jahr vor dem 14.2.2008 mehr als drei oder vier Injektionen in das rechte Kniegelenk erfolgt sind, wie sich vom Hersteller ausweislich der Fachinformationen höchstens empfohlen werden. Insbesondere folgt dies nicht daraus, dass der Beklagte nach dem Bescheid der Gutachterkommission vom 14.5.2009 am 20.6.2006 Triam injiziert und für die Zeit bis05.2007 sechs entsprechende weitere Injektionen vermerkt sind.
(4) Die Sachverständigen Dr. L und I haben dargelegt, dass nach der Injektion am 28.1.2008 mangels eines Hinweises auf einen Infekt am 14.2.2008 keinen Bedenken gegen die erneute Durchführung der intraartikulären Injektion bestanden hätten (Bl. 133 d.A.). Auch diese Beurteilung überzeugt. Der vom Hersteller in den Fachinformationen genannte Abstand von drei bis vier Wochen war am 14.2.2008, das heißt 17 Tage nach der Vorbehandlung, fast erreicht. Zudem war die am 28.1.2008 in das Kniegelenk gespritzte Menge mit 10 mg geringer als es die Fachinformationen voraussetzen.
(5) Der vom Kläger geplante Urlaub erforderte schon deshalb keine besonders vorsichtige Vorgehensweise des Beklagten und kein Absehen von einer intraartikulären Injektion, weil nicht feststeht, dass der Beklagte überhaupt von den Urlaubsplänen des Klägers wusste. Beweismittel für eine entsprechende Mitteilung stehen dem Kläger nicht zur Verfügung. In erster Instanz hat er zudem nicht einmal behauptet, den Beklagten über den bevorstehenden Urlaub in Portugal unterrichtet zu haben.
b) Dass sich ein Verstoß des Beklagten am 14.2.2008 gegen hygienische Standards nicht feststellen lässt, hat das Landgericht in nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise angenommen.
Hiergegen wendet sich der Kläger allein mit dem Einwand, dass der Beklagt vor der intraartikulären Injektion den Arztkittel nicht gewechselt habe. Ein entsprechendes Erfordernis haben die Sachverständigen Dr. L und I indessen nicht beschrieben. Dies gilt insbesondere für das Ergänzungsgutachten vom 25.5.2012 (Bl. 220 ff. d.A.), welches sich unter Auseinandersetzung mit der Leitlinie "Hygienemaßnahmen bei Intraartikulären Punktionen und Injektionen" im Einzelnen mit den hygienischen Anforderungen befasst. Die Begutachtung ist auch in diesem Punkt ohne weiteres nachvollziehbar. Das Ablegen der üblichen Kleidung und das Anziehen zweckmäßiger Schutzkleidung werden in der Leitlinie nicht für jede Injektion, sondern für den Fall einer Kontaminationsgefährdung des Arztes empfohlen, für die im Streitfall nichts ersichtlich ist.
Selbst wenn man das Unterlassen des Bekleidungswechsels als Behandlungsfehler werten würde, würde dies im Übrigen nicht zur Haftung des Beklagten führen. Da Infektionen auch bei ordnungsgemäßem Vorgehen auftreten können, ließe sich die Schadensursächlichkeit nicht feststellen. Von einem zur Beweislastumkehr führenden groben Behandlungsfehler kann angesichts der vorstehenden Ausführungen nicht die Rede sein.
c) Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung geltend macht, der Beklagte habe ihn während des am 19.2.2008 geführten Telefonats zwecks Abklärung eines möglichen Kniegelenkinfekts an einen Chirurgen überweisen müssen, der nach der Durchführung der nötigen Diagnostik eine Punktion und Spülung hätte vornehmen können, handelt es sich ebenfalls um ein neues Angriffsmittel, welches nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen ist.
Das Vorbringen betrifft einen Behandlungsabschnitt, der in erster Instanz zeitlich nicht Gegenstand eines Fehlervorwurfs gewesen ist, nämlich das nach der intraartikulären Injektion vom 14.2008 geführte Telefonat und die darin erteilten Empfehlungen. Die Voraussetzungen, unter denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise zu berücksichtigen sind, sind weder auch insoweit dargetan noch erkennbar. Dass der Beklagte ihn nicht an ein Arzt der Fachrichtung verwiesen hat, die ihn nach der Rückkehr nach Deutschland wegen des Kniegelenkinfekts behandelte, war dem Kläger bereits bei Erhebung der Klage bekannt.
Zudem ist ein Behandlungsfehler auch in der Sache nicht schlüssig dargetan. Ein Arzt, der von einem Patienten aus dem Urlaub angerufen wird, muss sich grundsätzlich darauf verlassen dürfen, dass ein anderer Arzt, an den er den Patienten verweist, eine vollständige Anamnese und Untersuchung vornimmt und den Patienten erforderlichenfalls zwecks weiterer Diagnostik und Therapie an einen Facharzt weiter überweist. Da der angerufene Arzt den Patienten weder klinisch noch sonst untersuchen kann, ist ihm

eine genauere Differenzierung zwischen den nach den telefonischen Angaben denkbaren Differentialdiagnosen nicht möglich, etwa im Streitfall zwischen einer Thrombose und einem Kniegelenksinfekt bei Schmerzen im Ober- und Unterschenkel nach intraartikulärer Injektion und Flug.
2. Der Beklagte haftet dem Kläger nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung
Das Landgericht hat in nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise festgestellt, dass der Beklagte den Kläger am 14.2.2008 über das Risiko eines Kniegelenksinfekts aufgeklärt hat. Hiergegen erhebt der Kläger in der 2. Instanz keine konkreten Einwendungen. Die in der Berufungsbegründung im Zusammenhang mit der Aufklärungsrüge angeführten Empfehlungen des Herstellers zur Dosis, zur Zahl der Injektionen pro Jahr und zum Injektionsintervall stellen nicht aufklärungspflichtige Einzelheiten dar.
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.

96. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 09.07.2014 – 5 U 89/13 – * Private Unfallzusatzversicherung: Risikoausschluss für Gesundheitsbeeinträchtigung durch Heilmaßnahmen bei Beinamputation auf Grund von postoperativen Komplikationen

Leitsatz

Der Risikoausschluss für Gesundheitsschädigungen durch Heilmaßnahmen erfasst auch solche, die durch ärztliche Behandlungsfehler entstehen.

Orientierungssatz

1. Für die Beurteilung, ob ein Gesundheitschaden die vom Versicherungsschutz ausgeschlossene Folge einer Heilbehandlung ist, ist danach zu differenzieren, ob sich in dem Unfall eine solche Behandlungen innewohnende Gefahr realisiert hat oder aber das allgemeine Lebensrisiko. Besteht zwischen der Heilmaßnahme und dem Unfall ein nur zufälliger Zusammenhang und hätte das Ereignis ebenso gut im täglichen Leben eintreten können, kommt der Ausschluss nicht zum Tragen und der Versicherer muss leisten (Anschluss BGH, 21.09.1988, IVa ZR 44/87, NJW 1989, 1546).
2. Zum so verstandenen Risiko einer Heilbehandlung gehört auch die Gefahr einer Gesundheitsbeeinträchtigung durch eine fehlerhafte Behandlung (vergleiche OLG Karlsruhe, 18.10.2001, 12 U 202/00, OLGR Karlsruhe 2002, 82).

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 14.11.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken - 14 O 97/13 - wird zurückgewiesen.
II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
III. Dieses Urteil sowie das mit der Berufung angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.
V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 12.500 € festgesetzt.

Gründe

I.
Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin wegen der Folgen eines operativen Eingriffs Leistungen aus einer Unfallzusatzversicherung verlangen kann.
Die Klägerin unterhält bei der Beklagten einen Versicherungsvertrag zur "Hinterbliebenen-Absicherung" mit Zusatzversicherungen, darunter eine Unfallzusatzversicherung mit einer Versicherungssumme von 12.500 € für den Versicherungsfall der unfallbedingten Erwerbsunfähigkeit (siehe Nachtrag zum Versicherungsschein Nr. 200282177 vom 16.1.2006, Bl. 4 und vor Bl. 10 [ohne Blattzahl]). Dieser liegen die Bedingungen der Beklagten für die Unfallzusatzversicherung mit Leistung bei Erwerbsunfähigkeit oder Todesfall zu Grunde (im Folgenden: BUZV, Bl. 7 ff. d.A.).
§ 3 Abs. 2 BUZV enthält Risikoausschlüsse. Gemäß § 3 Abs. 2 h Satz 1 BUZV besteht kein Versicherungsschutz für
"Gesundheitsschädigungen durch Heilmaßnahmen oder Handlungen, die die versicherte Person an ihrem Körper vornimmt oder vornehmen lässt."
Nach der in § 3 Abs. 2 h Satz 2 BUZV geregelten Rückausnahme bleibt der Versicherer auch in solchen Fällen allerdings dann zur Leistung verpflichtet,
"wenn die Handlungen oder Heilmaßnahmen [...] durch einen unter diese Versicherung fallenden Unfall veranlasst waren."
Im11.2011 begab sich die Klägerin wegen plötzlich aufgetretener Brustschmerzen in die Asklepios Klinik Hamburg Harburg. Dort wurde eine Dissektion der thorakalen Aorta diagnostiziert. Im Rahmen eines operativen Eingriffs wurde zunächst eine Stentprothese in das betroffene Gefäß gesetzt und, nachdem eine

intraoperative Verletzung der Arterie aufgefallen war, ein Bypass gelegt. In der Folgezeit kam es zu Wundheilungsstörungen und wiederholten Bypassverschlüssen, die schwere Durchblutungsstörungen im Bein verursachten. Das Bein musste letztlich amputiert werden.
Die Klägerin hat vorgerichtlich Ansprüche aus ihrer Berufsunfähigkeitszusatzversicherung und solche aus der Unfallzusatzversicherung geltend gemacht. Die Beklagte hat Letztere unter Berufung auf den Leistungsausschluss gemäß § 3 Abs. 2 h BUZV abgelehnt (S. 2 des Schreibens vom 18.10.2012 mit Schreiben vom 21.12.2012, Bl. 24 und 37 d A).
Die Klägerin verlangt Zahlung der Unfallversicherungssumme von 12.500 €. In erster Instanz hat sie sich zur Darstellung der Behandlungsabläufe auf das sozialmedizinische Gutachten des Thorax- und Kardiovaskularchirurgen Prof. Dr. H. vom 23.8.2012 berufen (Bl. 10 d.A.). Dort ist das Geschehen - hier zusammengefasst - wie folgt dargestellt: Zur Vorbereitung einer Stentprothese seien am 1.12.2011 die Gefäßdurchmesser bestimmt worden. Obgleich die Durchmesser der Arteria iliaca externa maximal 5,6 mm betragen hätten, sei in einem ersten operativen Eingriff am 5.12.2011 zum Einsetzen der Stentprothese eine Schleuse mit einem Außendurchmesser von 8,3 mm verwendet worden. Infolge der Gefäßdilatation mit ansteigender Schleusensgröße sei, zunächst unbemerkt, - das Folgende ist nun unstreitig - die Arterie gerissen; nachdem es nicht gelungen sei, die Schleuse zurückzuziehen, habe man sich zur Durchführung einer Laparotomie entschlossen und das geschädigte Gefäß mit einem Prothesenbypass rekonstruiert; die bypassinduzierten Durchblutungsstörungen hätten letztlich zum Beinverlust geführt.
Die Klägerin hat dieses Geschehen als bedingungsgemäßen Unfall gewertet. Die Voraussetzungen des Risikoausschlusses für Gesundheitsschädigungen durch Heilmaßnahmen (§ 3 Abs. 2 h BUZV) hat sie als nicht gegeben erachtet, weil der eingetretene Schaden nicht die adäquate Folge der Heilmaßnahme gewesen sei.
Die Beklagte hat das anders gesehen.
Sie hat eingeräumt, dass während der Operation der Klägerin in der Asklepios-Klinik Hamburg-Harburg die Beckenarterie verletzt worden ist, sich zu den Ursachen indessen mit Nichtwissen erklärt. Die Einzelheiten hat sie letztlich für nicht relevant erachtet und sich auf den Leistungsausschluss gemäß § 3 Abs. 2 h BUZV berufen, der nach ihrer Ansicht auch bei fehlerhaften ärztliche Behandlungen den Versicherungsschutz entfallen lasse.
Mit dem am 14.11.2013 verkündeten Urteil (Bl. 58 d.A.) hat das Landgericht Saarbrücken die auf Zahlung einer Invaliditätsentschädigung in Höhe von 12.500 € gerichtete Klage abgewiesen. Es hat eine Leistungspflicht der Beklagten mit Blick auf § 3 Abs. 2 h BUZV abgelehnt. Der Senat nimmt gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des Urteils Bezug.
Die Klägerin hat Berufung eingelegt.
Sie hält die Heranziehung des § 3 Abs. 2 h BUZV für falsch. Nach ihrer Einschätzung hat sich in dem eingetretenen Gesundheitsschaden kein der Heilbehandlung eigentümliches Risiko verwirklicht.
Die Klägerin beantragt (sinngemäß),
das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 14.11.2013, Az. 14 O 97/13, aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an sie 12.500 € Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Das Landgericht habe richtig entschieden.
Die Parteien haben sich mit einer Berufungsentscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.
Hinsichtlich des Sachverhalts und des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 24.10.2013 und auf das Urteil des Landgerichts vom 14.11.2013 Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht und mit in jeder Hinsicht zutreffender Begründung abgewiesen.
1.
Der Fall ist gemäß der Übergangsregelung in § 1 Abs. 1, Abs. 2 EGVVG nach dem Versicherungsvertragsgesetz in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung zu beurteilen. Es handelt sich um einen vor diesem Zeitpunkt geschlossenen Altvertrag, bei dem der Versicherungsfall nach dem 31.12.2008 eingetreten ist.
2.
Die Klägerin kann keine Entschädigung aus der Unfallzusatzversicherung verlangen, weil der Verlust ihres Beins nicht infolge eines nach dem Vertrag versicherten Unfallereignisses eingetreten ist.
a.
Allerdings hatte die Klägerin einen Unfall gemäß § 2 BUZV.
Ein Unfall ist danach ein plötzlich von außen auf den Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis), durch das die versicherte Person unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet. Als Unfallereignis kommt

auch eine von außen induzierte, plötzliche Abweichung vom geplanten Ablauf eines medizinischen Eingriffs mit schädlichen Gesundheitsfolgen in Betracht Das Verletzen der Beckenarterie beim Einsetzen der Stentprothese im Rahmen der Operation vom 5.12.2011 war demnach ein bedingungsgemäßer Unfall (vgl. für einen ähnlichen Fall - Verletzung der Venenwand bei einer Herzkatheteruntersuchung - OLG Schleswig, VersR 2003, 587).
b.
Gleichwohl ist die Beklagte nicht leistungspflichtig. Das folgt aus der vom Landgericht zutreffend ausgelegten und angewendeten Risikoausschlussklausel dass § 3 Abs. 2 h BUZV.
Nach § 3 Abs. 2 h Satz 1 BUZV besteht, vom Ausnahmefall des § 3 Abs. 2 h Satz 2 BUZV abgesehen, kein Versicherungsschutz für Gesundheitsschädigungen durch Heilmaßnahmen oder Handlungen, die die versicherte Person an ihrem Körper vornimmt oder vornehmen lässt Damit soll das mit jeder therapeutischen Maßnahme verbundene Risiko einer Vertiefung vorhandener oder eines Eintritts weiterer Gesundheitsschäden vom Versicherungsschutz ausgenommen werden. Die Klausel ist rechtlich unbedenklich (siehe OLG Celle, VersR 2010, 803).
(1)
Dass der operative Eingriff, bei dem eine Stentprothese gesetzt wurde, um eine Aortendissektion zu therapieren, eine Heilmaßnahme im Sinne der Klausel gewesen ist, liegt auf der Hand (zu den einschlägigen Begriffsdefinitionen Grimm, Unfallversicherung, 5. Aufl. 2013, Ziff. 5 AUB 2010, Rdn. 82, 84).
(2)
Der Verlust des Beins ist ein "durch" die Heilmaßnahme verursachter Gesundheitsschaden.
(a)
Für die Beurteilung, ob ein Gesundheitsschaden die vom Versicherungsschutz ausgeschlossene Folge einer Heilbehandlung ist, ist danach zu differenzieren, ob sich in dem Unfall eine solchen Behandlungen innewohnende Gefahr realisiert hat oder aber das allgemeine Lebensrisiko. Besteht zwischen der Heilmaßnahme und dem Unfall ein nur zufälliger Zusammenhang und hätte das Ereignis ebenso gut im täglichen Leben eintreten können, kommt der Ausschluss nicht zum Tragen und der Versicherer muss leisten (Grimm, Unfallversicherung, 5. Aufl. 2013, Ziff. 5 AUB 2010, Rdn. 82; BGH, Urt. v. 21.9.1988 - IVa ZR 44/87 - NJW 1989, 1546; OLG Celle, VersR 2010, 803; OLG Stuttgart, VersR 2007, 786; Senat, Urt. v. 8.5.1996 - 5 U 508/95 - VersR 1997, 956).
Die Klausel gilt nicht nur für die Fälle kunstgerecht durchgeführter Heilmaßnahmen, sondern auch dann, wenn dem Arzt oder sonstigen Behandler Fehler unterlaufen sind (so die wohl einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung; siehe z.B. Grimm, Unfallversicherung, 5. Aufl. 2013, Ziff. 5 AUB 2010, Rdn. 82 und Rdn. 80; Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, Ziff. 5 AUB 2008, Rdn. 57; Marlow, r+s 2004, 353; OLG Celle, VersR 2010, 803; OLG Stuttgart, VersR 2007, 786; OLG Schleswig, VersR 2003, 587; OLG Karlsruhe, r+s 2002, 393; OLG Hamm, VersR 1979, 1100). Weder gibt der Wortlaut der Klausel einen Anhalt für eine hierauf bezogene Differenzierung, noch besteht unter dem Gesichtspunkt des mit dem Ausschluss verfolgten Zwecks, das jeder Heilbehandlungsmaßnahme anhaftende Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustands vom Versicherungsschutz auszunehmen, ein vernünftiger Grund, den Ausschluss auf den Fall einer fachgerecht durchgeführten Heilbehandlung zu beschränken. Gerade die nicht in jeder Hinsicht lege artis erfolgte Behandlung ist risikoträchtig. Käme die Klausel ausgerechnet in solchen Fällen nicht zum Tragen, würde ihr Anwendungsbereich signifikant reduziert. Das ist vom Versicherer ersichtlich nicht gewollt und für den durchschnittlichen, verständigen Versicherungsnehmer bei sachgerechter Auslegung des Wortlauts und Würdigung der offensichtlichen Zielrichtung der Klausel auch ohne weiteres erkennbar (wie hier OLG Karlsruhe, r+s 2002, 393; OLG Hamm, VersR 1979, 1100).
(b)
Nach Maßgabe dieser Grundsätze besteht für den vorliegenden Fall kein Zweifel am Ausschluss des Versicherungsschutzes gemäß § 3 Abs. 2 h BUZV (siehe für einen vergleichbaren Fall einer Gefäßschädigung [bei einer Herzkatheteruntersuchung], OLG Schleswig, VersR 2003, 587).
Der Verlust des Beins beruhte auf Komplikationen infolge des bei der Operation am 5.12.2011 gelegten Bypasses, dessen wiederholter Verschluss Durchblutungsstörungen verursachte, welche letztlich die Amputation notwendig machten. Der Bypass wiederum war deshalb erforderlich, weil beim Setzen der Stentprothese zur Behandlung einer arteriellen Dissektion die Beckenarterie - warum auch immer - verletzt wurde. Das ist unstreitig. Dass sich hier eine der konkreten Heilmaßnahme innewohnende Gefahr verwirklicht hat und dass das Geschehen sich im Rahmen eines adäquaten Kausalverlaufs hielt, liegt auf der Hand: Wird im Rahmen eines angiologischen Eingriffs ein Gegenstand in ein Blutgefäß eingeführt und dieses Gefäß dabei beschädigt, ist das evident kein nur durch Zufall am selben Ort und zur selben Zeit wie der Eingriff stattfindendes Ereignis oder ein solches, das nur infolge besonders eigenartiger, mithin inadäquater Umstände eintreten konnte (vgl. zur Adäquanz Vieweg in: Staudinger, BGB, 2014, Eckpfeiler des Zivilrechts, Schadensersatzrecht, Rdn. 109). Was der Klägerin passiert ist, wäre ohne den medizinischen Eingriff in ihrem alltäglichen Leben undenkbar und ist damit vom allgemeinen Lebensrisiko gänzlich

unabhängig. Den Fällen, in denen die Rechtsprechung Schäden als nur bei Gelegenheit einer Heilmaßnahme eingetreten gewertet hat - etwa Verletzungen beim Ausrutschen in einer Arztpraxis (BGH, Urt. v. 21.9.1988 - IVa ZR 44/87 - NJW 1989, 1546) oder Verbrühungen durch das Umfallen eines Gefäßes mit heißer Inhalationsflüssigkeit (Senat, Urt. v. 8.5.1996 - 5 U 508/95 - VersR 1997, 956) -, ist der hiesige Sachverhalt nicht zu vergleichen.
Anderes gilt auch dann nicht, wenn man die - von der Beklagten in erster Instanz mit Nichtwissen bestrittene - Behauptung der Klägerin unterstellt, dass die Verletzung der Arterie auf der Verwendung einer für die Gefäßgröße überdimensionierten Applikationsschleuse beruhte. Wie oben dargelegt, ist auch die regelwidrige ärztliche Maßnahme prinzipiell Heilmaßnahme im Sinne des bedingungsgemäßen Risikoausschlusses, und dass ein Arzt aufgrund eines Versehens ein ungeeignetes medizinisches Gerät für einen Eingriff verwendet und dadurch Gesundheitsschäden verursacht, liegt nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und ist deshalb keine unter dem Gesichtspunkt der Inadäquanz unbeachtliche Folge der Heilbehandlung. Das gilt auch dann, wenn das Versehen ein grob fahrlässiges gewesen sein sollte (vgl. OLG Karlsruhe, r+s 2002, 393; OLG Hamm, VersR 1979, 1100).
Der Hinweis der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung, das Landgericht verkenne, dass nicht jeder Vorfall, bei dem ein Arzt zugegen gewesen und/oder ein medizinisches Gerät verwendet worden sei, per se unter § 3 Abs. 2 h BUZV falle, geht fehl. Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung eine derart weit reichende Auslegung der Klausel nicht vertreten, sondern korrekt differenziert zwischen den einer Heilmaßnahme eigentümlichen Gefahren einerseits und Unfällen, die bloß zufällig mit solchen zusammentreffen, andererseits. Einer Konstellation der letztgenannten Art hat es zutreffend abgelehnt.
(3)
Die Rückausnahme des § 3 Abs. 2 h Satz 2 BUZV greift nicht ein.
Danach bliebe die Leistungspflicht der Beklagten dann erhalten, wenn die Heilmaßnahme ihrerseits durch einen bedingungsgemäßen Unfall veranlasst worden wäre. Das war nicht der Fall. Die Klägerin selbst behauptet nicht, dass das Aortenaneurysma, welches Ursache der im11.2011 aufgetretenen thorakalen Schmerzen und Anlass für die Operation vom 5.12.2011 gewesen ist, auf einem plötzlich von außen auf ihren Körper wirkenden Ereignis im Sinne des § 2 BUZV beruht hätte.
3.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 12.500 €.

97. OLG Köln, Urteil vom 08.07.2014 – 5 U 180/14 – * Arzthaftung: Sterilisation durch Eileiterentfernung bei gewünschter Eileiterdurchtrennung

Orientierungssatz

1. In einem Aufklärungsgespräch ist eine Patientin über die verschiedenen operativen Möglichkeiten einer Sterilisation im Wege einer Eileiterdurchtrennung oder einer Eileiterentfernung aufzuklären, da die Eingriffe unterschiedliche Folgen haben.
2. Eine Patientin, die im Rahmen des Beratungsgespräches nicht bereits in eine bestimmte Art der Operation eingewilligt hat und die ihre schriftliche Einwilligungserklärung, aus der sich ergibt, dass sie lediglich eine Eileiterdurchtrennung wünscht, am Tag der Operation dem Praxispersonal mitbringt, muss sich anspruchsminderndes Mitverschulden nicht anrechnen lassen, wenn der Arzt eine Eileiterentfernung vornimmt, da es die ureigene ärztliche Pflicht ist, sich vor dem Eingriff über das Vorliegen einer Einwilligung des Patienten zu vergewissern.
3. In einem solchen Fall kann ein Schmerzensgeld Höhe von 4.000,- EUR angemessen sein.

Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 29.10.2014 - 25 O 25/13 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.
Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.
Die am XX.XX.1973 geborene Klägerin begab sich am 17.07.2012 auf Empfehlung ihres Gynäkologen in die Arztpraxis des Beklagten. Sie wünschte eine Beratung im Hinblick auf eine Sterilisation. Die Klägerin hat vier eigene Kinder und lebte damals seit etwa drei Monaten mit einem neuen Lebenspartner zusammen, der ebenfalls ein Kind in die Beziehung brachte. Der Beklagte empfahl der Klägerin eine Entfernung der Eileiter und händigte ihr einen Aufklärungsbogen mit Anlage aus. Auf dem Aufklärungsbogen hatte der Beklagte unter dem Absatz "geplante Behandlung" vermerkt: "Entfernung der Eileiter". Die Klägerin nahm den Aufklärungsbogen und die Anlage "Information über die Eileitersterilisation" mit nach Hause.

Nach Beratung mit ihrem Lebenspartner entschied sie sich für eine Durchtrennung der Eileiter, über die sie der Beklagte ebenfalls aufgeklärt hatte.
Die Operation zur Sterilisation fand am 03.08.2012 statt. Zu diesem Termin brachte die Klägerin den Aufklärungsbogen und das Informationsblatt, jeweils mit ihrer Unterschrift versehen, mit. Den auf dem Aufklärungsbogen enthaltenen handschriftlichen Vermerk des Beklagten "Entfernung der Eileiter" hatte sie durchgestrichen. Auf dem Informationsblatt hatte sie unter mehreren möglichen Alternativen diejenige der Durchtrennung der Eileiter ausgewählt. Der Beklagte nahm den im Informationsblatt geäußerten Wunsch der Klägerin zur Durchtrennung der Eileiter nicht zur Kenntnis und entfernte die Eileiter.
Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, die Eileiter ohne ihre Einwilligung entfernt zu haben. Sie hat behauptet, das Ergebnis des Beratungsgespräches am 17.07.2012 sei offen gewesen. Sie habe sich zu diesem Zeitpunkt noch für keine der möglichen Alternativen einer Sterilisation entschieden. Da sie nicht sicher habe ausschließen können, mit ihrem neuen Lebenspartner doch noch ein gemeinsames Kind haben zu wollen, habe sie sich für eine Durchtrennung der Eileiter entschieden. Der Beklagte habe ihr gegenüber erklärt, dass eine Durchtrennung der Eileiter problemlos wieder rückgängig gemacht werden könne.
Die Klägerin hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an sie ein in das Ermessen des Gerichts gesetzte Schmerzensgeld, mindestens jedoch 7.500 EUR zu zahlen.
Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe bereits während des Gespräches am 17.07.2012 in die Entfernung der Eileiter eingewilligt. Er hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe ihn vor der Operation über ihren Meinungswechsel informieren müssen.
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. 116 ff d.A.) Bezug genommen.
Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 4.000 EUR verurteilt. Zur Begründung hat es angeführt, die Entfernung der Eileiter sei durch die schriftliche Einwilligungserklärung der Klägerin nicht gedeckt gewesen. Der Beklagte habe sich vor der Operation vergewissern müssen, ob und inwieweit die Klägerin dem geplanten Vorgehen weiterhin zustimme. Ansonsten habe es keinen Sinn gemacht, der Patientin Aufklärungsunterlagen mitzugeben und ihre eine Bedenkzeit bis zu Operation einzuräumen. Bei der Höhe des zugesprochenen Schmerzensgeldes hat die Kammer berücksichtigt, dass die Eileiter der Klägerin gegen ihren Willen entfernt wurden und eine Refertilisation durch den streitgegenständlichen Eingriff unmöglich gemacht worden sei. Ebenfalls berücksichtigt hat die Kammer, dass angesichts des Alters der Klägerin die Chance einer Refertilisation nach einer Durchtrennung der Eileiter ohnehin eher gering gewesen wäre und sie einen konkreten Kinderwunsch nicht konkret vorgetragen habe.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Der Beklagte begehrt mit der Berufung die vollständige Abweisung der Klage. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er behauptet, die Klägerin habe sich bereits in dem Gespräch am 17.07.2012 zu einer Eileiterentfernung entschieden und verweist hierzu auf die Behandlungsunterlagen. Der Umstand, dass er auf dem Aufklärungsbogen handschriftlich die Option "Entfernung der Eileiter" eingetragen habe, belege, dass die Klägerin mit dieser Operation einverstanden gewesen sei. Es sei bereits fraglich, ob die Frage einer Durchtrennung oder Entfernung der Eileiter nicht eine nicht aufklärungspflichtige Operationsmethode darstelle. Jedenfalls habe er aufgrund des bereits im Gespräch am 17.07.2012 erklärten Einverständnisses darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin an ihrer Meinung festhalte. Der Beklagte ist der Auffassung, dass der Klägerin zumindest ein weit überwiegendes Mitverschulden anzulasten sei, weil sie ihm vor der Operation nicht mitgeteilt habe, dass sie lediglich eine Durchtrennung der Eileiter wünsche. Schließlich macht der Beklagte geltend, der Klägerin sei kein Schaden entstanden. Mit der Entfernung der Eileiter sei lediglich ein geringer Gewebeverlust verbunden gewesen, der für die Klägerin weder spürbar noch mit irgendwelchen Beschwerden verbunden gewesen sei. Die Unmöglichkeit der Wiederherstellung der Eileiter stelle keinen Schaden dar. Eine Refertilisation durch Wiederherstellung der Eileiter sei ohnehin aufgrund des Alters der Klägerin nahezu ausgeschlossen gewesen. Die Klägerin habe lediglich eine minimale Chance verloren, was jedoch keinen Schaden darstellen könne. Im Übrigen habe die Klägerin zu keiner Zeit behauptet, dass bei ihr ein Kinderwunsch wieder aufgelebt sei.
Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung. Sie bestreitet, sich mit einer Entfernung der Eileiter einverstanden erklärt zu haben. Sie habe die Formulare mit nach Hause genommen, die Sache mit ihrem Lebenspartner besprochen und sich erst danach entschieden. Sie habe sich für die Durchtrennung der Eileiter entschieden, weil sie und ihr Partner die Endgültigkeit einer Entfernung nicht hätten hinnehmen wollen. Seit der Eileiterentfernung fühle sie sich "unvollkommen". Der Gedanke, kein weiteres Kind

bekommen zu können, belaste sie sehr. Ebenso belaste sie der Gedanke, dass entgegen ihrem Willen gehandelt worden sei.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2015 angehört.
II.
Die Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verurteilt, denn er hat die Eileiter der Klägerin vollständig entfernt, ohne dass die Klägerin zuvor in diesen Eingriff eingewilligt hatte. Infolge des rechtswidrigen Eingriffs schuldet der Beklagte der Klägerin Ersatz ihrer immateriellen Schäden.
Die mit der Berufung gegen die Haftung dem Grunde und der Höhe nach erhobenen Einwendungen greifen allesamt nicht durch:
1. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, die Klägerin habe bereits im Rahmen des Aufklärungsgespräches am 17.07.2012 wirksam in die durchgeführte Sterilisationsoperation eingewilligt. Der Beklagte ist für das Vorliegen einer Einwilligung beweisfällig geblieben.
a) Die Frage, ob eine Sterilisation im Wege einer Eileiterdurchtrennung oder einer Eileiterentfernung vorgenommen wird, ist entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung keine bloße Operationsmethode, über die der Patient nicht aufzuklären wäre. Beide Methoden der Sterilisation entscheiden sich nicht unerheblich. Sowohl die Eileiterdurchtrennung als auch die Eileiterentfernung dienen zwar im Ergebnis der Sterilisation der Frau. Die Eingriffe haben jedoch insoweit unterschiedliche Folgen, als bei einer Eileiterdurchtrennung eine Refertilisation grundsätzlich möglich ist, während dies bei der Eileiterentfernung nicht der Fall ist. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Chancen einer Refertilisation im Fall der Klägerin aufgrund ihres Alters gering waren, denn eine Chance verblieb gleichwohl. Dass auch der Beklagte von einer Notwendigkeit einer Aufklärung über die verschiedenen operativen Möglichkeiten einer Sterilisation ausgegangen ist, zeigt sich daran, dass das von ihm als Anhang zur Einwilligungserklärung überreichte Informationsblatt selbst zwischen den Alternativen "Durchtrennung der Eileiter" und "Entfernung der Eileiter" unterscheidet und die Patientin unter den Möglichkeiten auswählen und eine hierauf gerichtete Einwilligungserklärung abgeben kann (vgl. S. 3 der "Information über die Eileitersterilisation", Bl. 35 der beigezogenen Strafakte AG Brühl, Az. 50 Ds 180/13 = Staatsanwaltschaft Köln, Az. 34 Js 181/12).
b) Soweit der Beklagte behauptet, die Klägerin habe bereits im Rahmen des am 17.07.2012 durchgeführten Aufklärungsgespräches in eine Sterilisation im Wege der Eileiterentfernung eingewilligt, hat er dies nicht bewiesen. Die Behandlungsdokumentation stützt seine Behauptung nicht. Dass der Beklagte zum Abschluss des Gespräches auf dem Einwilligungsformular pro Compliance handschriftlich "Entfernung der Eileiter" eingetragen hat, belegt nicht, dass die Klägerin in diesen Eingriff zuvor eingewilligt hatte. Möglich und durchaus plausibel ist auch, dass der Beklagte, der die Eileiterentfernung einer Eileiterdurchtrennung zur Prophylaxe von Ovarialkarzinomen vorzog und der Klägerin auch anempfohlen hatte, diese von ihm als sinnvoller erachtete Alternative vorbereitend in das Aufklärungsformular eintrug, damit die Klägerin - im Falle ihres Einverständnisses - die im Formular enthaltene Einwilligungserklärung lediglich zu unterschreiben brauchte. Hätte die Klägerin sich - wie der Beklagte behauptet - bereits im Aufklärungsgespräch für eine Eileiterentfernung entschieden, hätte es nahe gelegen, die Einwilligungserklärung bereits am Ende des Gespräches zu unterschreiben. Dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht unterschrieb, sondern das Formular mit nach Hause nahm, spricht eher dafür, dass sie sich im Zeitpunkt des Aufklärungsgespräches noch nicht festgelegt hatte, sondern die Entscheidung erst nach nochmaligem Überlegen in Ruhe zu Hause treffen wollte und sollte. Die Inanspruchnahme einer Überlegungszeit ist auch durchaus verständlich, da es sich bei einer Sterilisation um einen grundsätzlich endgültigen Eingriff mit der Folge der Unfruchtbarkeit handelt, der gut zu überdenken ist. Dem entspricht schließlich auch die Erklärung des Beklagten in der mündlichen Verhandlung beim Landgericht, er habe der Klägerin gegenüber geäußert, er "halte das jetzt so mal fest" und die "Klägerin könne(n) sich das auch noch anders überlegen".
Die Dokumentation des Aufklärungsgespräches (ALBIS Tagesprotokoll, Bl. 36 der beigezogenen Strafakte AG Brühl, Az. 50 Ds 180/13 = Staatsanwaltschaft Köln, Az. 34 Js 181/12) indiziert ebenfalls nicht, dass die Klägerin bereits zu diesem Zeitpunkt in eine Eileiterentfernung eingewilligt hatte. Der Beklagte hatte darin festgehalten, dass er der Klägerin erklärt habe, dass eine Eileiterentfernung der Eileiterdurchtrennung vorzuziehen sei. Die Klägerin habe "sehr nachdrücklich klar" gemacht, dass für sie ein "erneuter Kinderwunsch ... undenkbar" und für sie "die Familienplanung definitiv abgeschlossen" sei. Ein Einverständnis in eine bestimmte Art der Sterilisation (Durchtrennung oder Entfernung der Eileiter) war damit jedoch nicht ersichtlich verbunden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Beklagte der Klägerin laut Dokumentation zuvor die Alternative der Eileiterentfernung als die Sinnvollere dargestellt hatte. Der Beklagte gab der Klägerin zum Abschluss des Gespräches weiteres Informationsmaterial zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Sterilisation zur häuslichen Lektüre mit, die sie mit ihrer Einwilligungser-

klärung unterschrieben zum Operationstag mitbringen sollte. Damit sollte der Klägerin eine weitere Entscheidungsgrundlage geschaffen werden, was gegen die Annahme spricht, sie sei bereits auf die Alternative Eileiterentfernung festgelegt und mit einem entsprechendem Eingriff einverstanden gewesen.
Es bestehen danach zumindest Zweifel an einem erklärten Einverständnis der Klägerin in die durchgeführte Operation mit Entfernung der Eileiter. Der Beklagte hat dem ihm obliegenden Beweis einer den Eingriff rechtfertigenden Einwilligung nicht erbracht.
2. Ein anspruchsminderndes Mitverschulden muss sich die Klägerin nicht anrechnen lassen. Ausgehend davon, dass sie im Rahmen des Beratungsgespräches nicht bereits in eine bestimmte Art der Operation eingewilligt hatte, bestand für sie keine Pflicht, den Beklagten am Tag der Operation darüber aufzuklären, dass sie lediglich eine Eileiterdurchtrennung wünschte. Sie hatte ihre schriftliche Einwilligungserklärung dem Praxispersonal am Tag der Operation mitgebracht, aus dem sich zweifellos ergab, welche Form der Sterilisation sie wünschte. Dass es in der Praxis vom Ablauf her nicht vorgesehen ist, dass das Personal oder der Beklagte den Inhalt der Einwilligungserklärung überprüft, musste die Klägerin nicht wissen. Dass sie nach Abgabe des Formulars sofort vom Beklagten operiert worden ist, so dass für sie aufgrund der kurzen Zeitabfolge schon die Frage aufkommen konnte, ob der Beklagte durch das Praxispersonal informiert worden sein konnte, macht der Beklagte selbst nicht geltend. Die Klägerin konnte daher darauf vertrauen, dass ihre schriftliche Einwilligungserklärung dem Beklagten zur Kenntnis gebracht und sie ihrem Wunsch entsprechend behandelt werden würde. Im Übrigen würde es eine durch nichts gerechtfertigte und damit unzulässige Verlagerung der Vertragspflichten bedeuten, würde man der Klägerin eine Pflicht mit dem Inhalt auferlegen, den Beklagten darüber in Kenntnis zu setzen, für welchen der möglichen Eingriffe sie sich entschieden hatte. Es ist die ureigene ärztliche Pflicht, sich vor dem Eingriff über das Vorliegen einer Einwilligung des Patienten zu vergewissern. Der Arzt muss seine Praxisabläufe so einrichten, dass das Vorliegen einer Einwilligung vor dem Eingriff sichergestellt ist. Dies wäre dem Beklagten, ohne dass es darauf rechtlich ankäme, auch zweifellos möglich gewesen, indem er beispielsweise in dem von ihm regelmäßig vor Durchführung des Eingriffs abgehaltenen kurzen Patientengespräch kurz erläutert hätte, welchen Eingriff er jetzt gleich durchführen würde und er die Klägerin anschließend gefragt hätte, ob dies so in Ordnung sei.
3. Der Beklagte schuldet der Klägerin für die durch den rechtswidrigen Eingriff verursachten immateriellen Schäden die Zahlung eines Schmerzensgeldes. Die Klägerin hat durch den Eingriff einen Gesundheitsschaden erlitten, der zum endgültigen Verlust ihrer Fruchtbarkeit geführt hat. Sie hat durch den Eingriff die Möglichkeit verloren, auf "natürlichem Weg" schwanger zu werden. Auch wenn im Falle der von ihr gewünschten Eileiterdurchtrennung die Chancen einer Refertilisation auch aufgrund ihres Alters voraussichtlich gering gewesen sein mögen, wäre eine Chance durchaus vorhanden gewesen. Dass eine Refertilisation gänzlich unmöglich gewesen wäre, hat der Beklagte schon nicht vorgetragen und den Beweis könnte er auch nicht führen.
Zu berücksichtigen sind neben der durch den Gewebeverlust bedingten Folge der Unfruchtbarkeit die durch die Klägerin beschriebenen Auswirkungen des Eingriffs auf ihr seelisches Wohlbefinden. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer Anhörung nachvollziehbar, ohne Tendenz zur Aggravation und den Senat insgesamt überzeugend geschildert, dass sie sich - was zunächst aus dem schriftsätzlichen Vorbringen nicht in dieser Deutlichkeit zu erkennen war - nach dem Eingriff durchaus immer wieder mit der Frage beschäftigt habe und noch immer damit beschäftige, wie ihr Leben verlaufen wäre, wenn sie mit ihrem Lebenspartner ein gemeinsames Kind bekommen hätte. Sie habe zwar eine erneute Schwangerschaft nicht konkret ins Auge gefasst, der Wunsch habe aufgrund der Unmöglichkeit seiner Erfüllung - eine künstliche Befruchtung komme für sie aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Frage - aber auch gar nicht entstehen können. Sie habe mit ihrem Lebenspartner schon einige Male laut darüber nachgedacht, dass sie - wenn es damals anders gekommen wäre - jetzt ein gemeinsames Kind haben könnten. Als besonders belastend empfinde sie es, dass der Beklagte ihr Recht auf freie Entscheidung missachtet habe. Sie sei eine selbstbestimmte Frau und lege großen Wert darauf, Entscheidungen eigenverantwortlich zu treffen. Dass ihr die Möglichkeit einer Entscheidung über eine weitere Schwangerschaft genommen worden sei, bewege sie sehr. Es sei für sie ohnehin nicht leicht gewesen, sich durch die erstmals beim Beklagten empfangene Vollnarkose ganz in die Verantwortung eines Dritten zu begeben. Aus dieser Narkose aufzuwachen und dann begreifen zu müssen, dass etwas anderes geschehen sei, als sie gewollt habe, erlebe sie nahezu wie in einem Albtraum. Seit dem Eingriff fehle ihr das Vertrauen in die Ärzte und sie mache sie jetzt schon Sorgen, sich irgendwann in Zukunft einmal unter Vollnarkose operieren lassen zu müssen.
Auf der Grundlage dieser für den Senat nachvollziehbaren und glaubhaften Angaben der Klägerin ist bei der Bemessung eines angemessenen Schmerzensgeldes neben der durch den Gewebeverlust bedingten Folge der Unfruchtbarkeit zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin immer wieder mit dem sicherlich schmerzlichen Gedanken an eine ihr nun verwehrte Möglichkeit einer Schwangerschaft beschäftigen muss. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass sich die Klägerin durch das eigenmächtige Handeln des Beklagten in ihrer Entscheidungsfreiheit verletzt fühlt und dadurch ihr Vertrauen in die Ärzteschaft verloren

hat. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass das Selbstbestimmungsrecht der Klägerin in einer essentiellen, für die Lebensplanung und das Selbstwertgefühl wichtigen Frage beeinträchtigt wurde. Eine besondere Genugtuung fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Denn es lässt sich weder dem Vorbringen der Parteien noch dem Inhalt der Behandlungsdokumentation entnehmen, dass sich der Beklagte bewusst über die Entscheidung der Klägerin hinweggesetzt hätte. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung kommt es für die Höhe eines angemessenen Schmerzensgeldes nicht auf die Frage an, welchen Geldbetrag der Beklagte in Erfüllung der Auflage des Amtsgerichts Brühl als Bedingung für eine Einstellung des Strafverfahrens entrichtet hat. Unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände hält auch der Senat ein Schmerzensgeld in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe von 4.000,- EUR für angemessen.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711, 713 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: 4.000,- EUR

98. OLG Hamm, Urteil vom 04.07.2014 – I-26 U 131/13, 26 U 131/13 – * Zahnarzthaftung: Prothetische Versorgung bei craniomandibulärer Dysfunktion

Leitsatz

Liegt bei einem Patienten eine craniomandibuläre Dysfunktion vor, muss zunächst eine funktionelle Therapie durchgeführt werden. Wird die endgültige prothetische Versorgung - ohne Abzuwarten - durchgeführt, liegt darin ein grober zahnärztlicher Behandlungsfehler.

Orientierungssatz

Die infolge der nicht behandelten craniomandibulären Dysfunktion eingetretenen Beeinträchtigungen in Form langjähriger andauernder Schmerzen und Kaubeschwerden rechtfertigen ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.000 €.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 26.06.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Kläger auferlegt.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Mit der Klage hat der Kläger in der Hauptsache die Zahlung von Zahnarzthonorar in Höhe von 3.375,97 EUR von dem Beklagten verlangt. Dieser hat wegen vermeintlicher Behandlungsfehler Widerklage auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 10.000 EUR und Feststellung weitergehender Ersatzpflicht für materielle und nicht vorhersehbare immaterielle Schäden erhoben.
Das Landgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 7.000 EUR verurteilt sowie die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht getroffen.
Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der die Klageabweisung akzeptiert und nur noch die Zusprechung der Widerklage angreift.
Der Kläger stellt Behandlungsfehler weiterhin in Abrede und behauptet, dass das Landgericht zu Unrecht von einer Bissanhebung ausgegangen sei, obwohl der Sachverständige die für diese Feststellung erforderlichen Situationsmodelle, den klinischen Funktionsstatus und die montierten Modelle im Artikulator nicht zur Verfügung gehabt habe, weil diese abhanden gekommen seien. Ohne die Feststellung einer Bissanhebung sei ein Behandlungsfehler nicht gegeben, zumindest aber kein grober Behandlungsfehler. Dem Beklagten obliege deshalb die Beweislast dafür, dass es bei ihm zu einer cranio-mandibulären Dysfunktion gekommen sei. Diesen Beweis habe er nicht geführt. Schmerzensgeld- und sonstige Ersatzansprüche bestünden deshalb nicht. Vorsorglich hält der Kläger den Schmerzensgeldausspruch für überhöht.
Der Kläger beantragt,
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Arnsberg vom 25.06.2013 (I-5 O 21/06) die Widerklage abzuweisen.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Das Landgericht habe zu Recht darauf abgestellt, dass zwischen der Bissanhebung und der definitiven Eingliederung des endgültigen Zahnersatzes ein zu kurzer Zeitraum für die notwendige funktionelle Vorbehandlung der vorhandenen cranio-mandibulären Dysfunktion gelegen habe. Das begründe den groben Behandlungsfehler und die daraus gezogene Schlussfolgerung der Haftung des Klägers.
Der Senat hat den Beklagten persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. I .
Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin verwiesen.
Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gem. den §§ 540, 313a Abs. 1, 543, 544 ZPO n.F. i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen. Es wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht der Widerklage in dem erkannten Umfang stattgegeben. Die von dem Beklagten geltend gemachten Ansprüche stehen ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen und seine überzeugenden Ausführungen bei der Anhörung vor dem Senat, während die Ausführungen des Sachverständigen Dr. E die hier gegebene Problematik der craniomandibulären Dysfunktion (CMD) nicht hinreichend erfassen und deshalb zur Entscheidungsfindung nicht geeignet sind.
1. Der Beklagte hat gegen den Kläger gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von 7000 EUR nebst Zinsen.
Dem Kläger ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bei der Behandlung des Beklagten ein Behandlungsfehler unterlaufen, indem er vor der definitiven Eingliederung der Prothetik eine bereits vorhandene CMD nicht funktionell behandelt hat.
a. Zur Überzeugung des Senates steht fest, dass vor dem Beginn der Behandlung bereits eine CMD-Problematik bestanden hat.
Das folgt aus der Dokumentation des Klägers, die unter dem 02.12.2002 verzeichnet: "Überdurchschnittlicher Schwierigkeitsgrad aufgrund dysfunktioneller Kaugewohnheiten ". Der Sachverständige Professor Dr. I hat dazu ausgeführt, dass diese Dokumentation nicht nur für ihn, sondern auch für jeden anderen zahnärztlichen Behandler das Vorliegen einer CMD beschreibt. Die darauf begründete Vermutung, dass tatsächlich eine CMD diagnostiziert worden ist, hat der Kläger nicht widerlegt. Soweit er in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht angegeben hat, er habe lediglich Bruxismus festgestellt, reicht das zur Begründung von Zweifeln nicht aus, zumal ein dazu erhobener Funktionsstatus nicht vorgelegt worden ist. Soweit er sich darauf berufen hat, dass das Dokumentationsprogramm die betreffende Angabe so vorgesehen habe, entlastet ihn das nicht. Wenn das der Fall sein sollte, hätte er zur Herbeiführung einer zutreffenden Dokumentation entsprechende Änderungen, notfalls handschriftlich, eintragen müssen.
Auch dass der Beklagte nach seinen eigenen Angaben bis zu Eingliederung des Zahnersatzes keine Beschwerden gehabt hat, entlastet den Kläger nicht. Der Sachverständige Prof. Dr. I hat überzeugend dargelegt, dass eine solche subjektive Beschwerdefreiheit nicht bedeutet, dass objektiv keine CMD vorliegt. Die Angabe des Beklagten ist deshalb mit dem objektiven Vorliegen einer solchen Erkrankung vereinbart.
b. Auf der Basis des objektiven Vorliegens einer CMD hätte der Kläger vor der endgültigen prothetischen Versorgung selbst bei subjektiver Beschwerdefreiheit eine mehrmonatige funktionelle Therapie bis zur Behebung der CMD vornehmen müssen, weil sonst der Erfolg der zahnärztlichen Behandlung insgesamt gefährdet gewesen ist. Eine solche Therapie hat nicht stattgefunden. Auf die Frage der Bissanhebung kommt es dabei nicht an, weil eine behandlungsbedürftige CMD unabhängig davon bestanden hat.
c. Das Unterlassen einer solchen Therapie hat der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat aus medizinischer Sicht als elementaren Fehler bewertet, der aus zahnärztlicher Sicht nicht mehr verständlich sei. Dem schließt sich der Senat bei juristischer Bewertung an. Im Hinblick auf die entscheidende Bedeutung der vorherigen Behandlung der CMD auch für die prothetische Versorgung liegt ein eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln und gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßendes Verhalten vor, das aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil es einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. etwa BGH NJW 2001, S. 2795 [2796]). Ein grober Behandlungsfehler liegt damit vor.
Der Kläger haftet deshalb für die primär dadurch hervorgerufene Schädigung sowie ihr typischerweise gegebenes Erscheinungsbild. Das sind hier die von dem Beklagten geschilderten Beeinträchtigungen in Form von langjährigen andauernden Schmerzen und Kaubeschwerden, die der Sachverständige als plausible Folgeerscheinungen der nicht behandelten CMD angesehen hat.
Dass dies nicht der Fall ist, hat der dafür beweispflichtige Kläger nicht nachgewiesen.
d. Auch die Höhe des von dem Landgericht zuerkannten Schmerzensgeldes ist nicht zu beanstanden. Es bewegt sich in dem vom Senat auch in anderen Fällen für angemessen gehaltenen Rahmen. Eine Abänderung erscheint deshalb nicht gerechtfertigt.

2. Weil hinreichend wahrscheinlich ist, dass den Beklagten materielle Schäden und nicht vorhersehbare immaterielle Schäden entstehen, ist auch der Feststellungsantrag begründet.
Der Kläger haftet deshalb die von dem Landgericht zutreffend erkannt. 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, 713, 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.

99. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.07.2014 – 5 U 278/14 – * Haftung des Gynäkologen bei verspäteter Diagnose eines Mammakarzinoms: Unterlassene weiterführende Befunderhebung bei einer Patientin mit einem vermeintlich auffälligen Tastbefund in der Brust

Leitsatz

Zur Arzthaftung, wenn ein Gynäkologe bei einer Patientin, die sich über eine Zeitspanne von 18 Monaten wiederholt mit vermeintlich auffälligem Tastbefund der Brust vorstellt, lediglich eine Palpation vornimmt und davon absieht, eine Mammografie oder sonstige diagnostische Maßnahmen zu veranlassen.

Orientierungssatz

Es liegt jedenfalls kein (grober) Behandlungsfehler vor, wenn ein niedergelassener und erfahrener Gynäkologe es bei einer Patientin, die keine besondere Krebsrisikopatientin war und die ihn wiederholt mit dem Hinweis aufgesucht hatte, in der Brust eine Geschwulst gefühlt zu haben, nach einem Abtasten der Brust ohne pathologischen Tastbefund es bei dieser Feststellung belässt und keine weiterführende Diagnostik im Sinne einer Mammographie oder auch ergänzend einer histologischen Untersuchung einleitet.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 12.02.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin 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 beträgt 50.000 €.

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 11.06.2014. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Die Klägerin befand sich in der gynäkologischen Behandlung des Beklagten. Dieser erstellte am 30.06.2009 die Verdachtdiagnose eines rechtsseitigen Mammakarzinoms, die nachfolgend radiologisch und histologisch bestätigt wurde. Daraufhin wurde eine Ablatio erforderlich, der sich eine Chemotherapie und eine Strahlenbehandlung anschlossen.
Nach dem Vorbringen der Klägerin hätte der Beklagte weit früher zu seinem Befund gelangen können und müssen, so dass die Brust noch zu retten gewesen wäre. Er habe die Dinge langfristig verharmlost und dabei eine ausreichend breite Diagnostik versäumt.
Die Klägerin hatte den Beklagten mehrfach wegen Brustproblemen konsultiert. Ihrem schriftsätzlichen Vortrag zufolge war dies vor dem 30.06.2009 sechsmal, nämlich im01.oder02.2008, im04.oder05.2008, im Sommer 2008, im10.2008, im02.2009 und am 8.05.2009 geschehen. Demgegenüber hatte es nach dem auf die Praxisdokumentation gestützten Angaben des Beklagten nur vier Besuche - am 8.11.2007, am 13.06.2008, am 20.02.2009 und am 8.05.2009 - gegeben, ohne dass es dabei stets um eine Brustsymptomatik gegangen sei. Die Zahl von lediglich vier Terminen ist dann auch von der Klägerin im Rahmen einer persönlichen Anhörung genannt worden.
Folgt man der Klägerin, wurde sie jeweils mit dem Hinweis vorstellig, in der rechten Brust eine Geschwulst gefühlt zu haben. Der Beklagte habe dann jedoch seinerseits stets fälschlich einen negativen Tastbefund erhoben und daraufhin nichts weiter mit Blick auf ein mögliches Karzinom unternommen. Nach der Darstellung des Beklagten war bei den Untersuchungsterminen vor dem 30.06.2009 keine relevante ertastbare Geschwulst vorhanden. Davon habe er sich am 8.11.2007, am 13.06.2008 und am 20.02.2009 überzeugt; am 8.05.2009 habe keine Veranlassung zu einer entsprechenden Kontrolle bestanden, weil die Klägerin ausschließlich mit Problemen in ihrem Zyklus vorstellig geworden sei. Aus seiner Sicht wäre das Karzinom auch durch zusätzliche diagnostische Maßnahmen seinerzeit nicht aufzuspüren gewesen. Selbst wenn dies möglich gewesen wäre, hätte sich die Ablatio nicht vermeiden lassen.

Das Landgericht hat das Verlangen der Klägerin, den Beklagten zu einer Schmerzensgeldzahlung von mindestens 40.000 € zu verurteilen und dessen weitergehende Haftung festzustellen, nach der Anhörung der Parteien und der Erhebung von Sachverständigenbeweis abgewiesen. Der Beklagte habe, indem er sich wiederkehrend auf eine palpatorische Befunderhebung beschränkt habe, ärztlich vertretbar gehandelt. Die Klägerin sei keine besondere Krebsrisikopatientin gewesen, und ihre subjektive Beurteilung der Verhältnisse habe keine maßgebliche Indikation für ein Karzinom dargestellt.
Das greift die Klägerin in Erneuerung ihres Verlangens mit der Berufung an. Sie hält den Vorwurf diagnostischer Versäumnisse aufrecht und lastet dem Beklagten dabei ein nach den Gesamtumständen grob fehlerhaftes Verhalten an.
2. Damit vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Es verbleibt bei der erstinstanzlichen Entscheidung; ein Pflichtverstoß des Beklagten ist nicht festzustellen. Das gilt auch, wenn man der mit der Berufung erneuerten, streitigen Sachverhaltsschilderung folgt, es hätten vor dem 30.06.2009 insgesamt sechs Untersuchungstermine stattgefunden, bei denen die Besorgnis der Klägerin im Vordergrund gestanden habe, dass es in ihrer rechten Brust eine pathologische Geschwulst gebe.
Die Klägerin hat nämlich auch vorgetragen, dass der Beklagte durch diese Besorgnis regelmäßig veranlasst worden sei, die Brust abzutasten, um den von ihr geäußerten Verdacht zu verifizieren. Das Prüfungsergebnis war jeweils negativ. Dass das auf einer verfehlten Palpation beruht hätte, macht die Berufung nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich. Allerdings beanstandet die Klägerin, dass es der Beklagte bei dem erfühlten Befund belassen und trotz der von ihr geklagten, über mehr als ein Jahr gleichartigen Symptomatik keine weiterführende Diagnostik im Sinne einer Mammographie oder auch ergänzend einer histologischen Untersuchung eingeleitet habe. In dieser Unterlassung lag jedoch kein haftungsträchtiges Versäumnis. Insoweit beurteilt der Senat die Dinge nicht anders als das Landgericht. Der erstinstanzlich befragte Sachverständige Dr. D. hat nämlich im Rahmen seiner Anhörung dazu ausgeführt:
"Das Tastprinzip ist unzulänglich, aber es ist die Grundlage des Vorsorgesystems. ... Wenn Brustuntersuchungen erfolgt sein sollten bei jedem Arztbesuch, wäre der Beklagte im System verblieben, wenn er, bei jeder Untersuchung einen unauffälligen Tastbefund zugrundelegend, die Klägerin nicht zur Mammographie überwies. ... Wenn ein Arzt unter diesen Voraussetzungen quasi im System beharrt, würde ich das nicht als Behandlungsfehler, geschweige denn als grober Behandlungsfehler ansehen. Ich bleibe dabei, dass ich es als Facharzt für Gynäkologie für vertretbar halte, auch dann von einer Mammographie Abstand zu nehmen, wenn die Klägerin ... die Problematik des von ihr erhobenen Tastbefunds an der rechten Brust dem Beklagten gegenüber als Beschwerde geäußert hat."
Dazu hat der Sachverständige in anderem Zusammenhang erläutert:
"Es kann ... durchaus so sein und ist auch öfter so, dass eine Patientin kommt und glaubt, etwas Auffälliges in der Brust ertastet zu haben, was sich für einen erfahrenen Facharzt der Gynäkologie als nicht pathologischer Tastbefund herausstellt. ... Ich habe ... auch eine eigene Sprechstunde und dort passiert es mir regelmäßig, etwa ein- bis zweimal die Woche, dass Patientinnen kommen und glauben, etwas Auffälliges ertastet zu haben, was ich aber als nicht pathologischen Tastbefund einschätze."
Schmerzen, auf die die Klägerin den Beklagten ihrer Darstellung nach hinwies, hat der Sachverständige nicht als wegweisendes Anzeichen erachtet. Schmerzen seien nicht typisch für einen bösartigen Tumor, solange dieser noch nicht hinreichend benachbartes Gewebe angegriffen habe. Auch gutartiges Gewebe könne schmerzempfindlich auf Druck reagieren. Insbesondere sei eine Schmerzhaftigkeit des Brustmuskels, wie sie der Beklagte bei der ersten Konsultation durch die Klägerin diagnostiziert habe, kein Indiz für ein Mammakarzinom. Zu der des Weiteren von der Klägerin für04.oder05.2008 behaupteten Rötung hatte Dr. D. in seinem schriftlichen Gutachten vom 19.11.2012 bemerkt:
"Die Rötung der Brust wurde ... nirgends dokumentiert. Bei der Inspektion ... der Brust (im Krankenhaus im Sommer 2009) wurde folgender Befund erhoben: ... keine Hautphänomene ... Es ist daher davon auszugehen, dass, selbst wenn eine Rötung der Brust im Jahr zuvor vorgelegen haben soll, diese nicht zwangsläufig in Zusammenhang mit dem Brustkrebs auftrat."
Das alles hat anlässlich der Anhörung des Sachverständigen zu der abschließenden Erkenntnis geführt, das nach der Befundlage der vor dem 30.06.2009 durchgeführten Untersuchungen eine ergänzende Diagnostik nicht geboten war. Freilich hat Dr. D. dabei eingeräumt, dass der Beklagte "zur Sicherheit und Absicherung der Patientin" eine weitere Abklärung hätte vornehmen können. Aber diesen Weg habe der Beklagte nicht zu gehen brauchen. Nach der durch die Sozialgesetzgebung bestimmten herrschenden Auffassung habe keine Indikation dafür bestanden. Damit gibt es keine tragfähige Grundlage dafür, dem Beklagten einen Verschuldensvorwurf zu machen.
3. Nach alledem sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen.“
Die Klägerin hat dagegen nichts erinnert, so dass die Berufung zurückzuweisen war.

100. LG Baden-Baden, Urteil vom 04.07.2014 – 2 O 161/11 – * Arzthaftung: Durchführung eines Probezugs bei Chirotherapie an der Wirbelsäule; Dokumentationspflicht der Probemanipulation

Orientierungssatz

1. Voraussetzung einer Chirotherapie an der Wirbelsäule ist die Durchführung eines Probezugs. Die Manipulation an der Wirbelsäule und der Probezug stehen in einem inneren Zusammenhang und werden gemeinsam ausgeführt.
2. Es besteht keine separate Dokumentationspflicht für eine Probemanipulation. Auch ist eine Dokumentation für einen Nachbehandler nicht mit einem Erkenntnisgewinn verbunden.

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz und Feststellung anlässlich einer chiropraktischen Behandlung im Zeitraum vom 29.06.2010 bis 19.07.2010 in Anspruch.
Die am 22.12.1963 geborene Klägerin ist Hausfrau. Der Beklagte betreibt eine Arztpraxis in Rastatt. Am 06.05.2010 war die Klägerin in einen Autounfall verwickelt, wobei sie sich eine Schulterprellung links, eine Beckenprellung links und ein HWS-Schleudertrauma zugezogen hat. Am Unfalltag wurde zudem eine Magnetresonanztomographie (MRT, Anlage K1, AS 29) angefertigt, aus welcher u. a. eine Protrusion im Bereich der Halswirbelkörper C 3/4 zu erkennen war. Am 29.06.2010 begab sich die Klägerin erstmals wegen pochend-bohrender, anfallsartiger Kopfschmerzen in der linken Kopfhälfte in Richtung des Nackens, pulsierendem Tinnitus und Schlafstörungen in die Praxis des Beklagten. Dieser empfahl zur Linderung der Beschwerden manual medizinische Maßnahmen, um den neuromonitorischen Funktionskreislauf wieder herzustellen. Die Therapie sollte in eine rumpfstabilisierende Krankengymnastik münden. Sowohl am 29.06.2010 als auch am 02.07. und 05.07.2010 wurden jeweils manual medizinische Maßnahmen durchgeführt. Der Beklagte löste eine Blockade an der rechten Seite der Halswirbelsäule, behandelte die Blockaden an der linken Seite und vereiste diese. Am 02.07.2010 zeigte sich zunächst keine Verbesserung des Gesundheitszustandes der Klägerin. Am 05.07.2010 war dagegen eine deutliche Besserung der Beschwerden zu verzeichnen. Am 15.07.2010 fand ein weiterer Termin in der Praxis des Beklagten statt. Die Klägerin teilte dem Beklagten mit, dass es ihr besser ginge. Der Beklagte führte u. a. eine weitere Impulsbehandlung (Atlasbehandlung) der Kopfgelenke durch und entließ die Beklagte nach Hause. In der Folgezeit traten starke gesundheitliche Beschwerden bei der Klägerin auf, beginnend mit Kopfschmerzen und Schwindel. Am 19.07.2010 wurde die Klägerin nochmals beim Beklagten vorstellig. Der Beklagte diagnostizierte eine Blockade der Kopfgelenke, löste diese mittels einer nochmaligen Impulsbehandlung und schickte die Klägerin zur Weiterbehandlung zu ihrem Hausarzt. Der Gesundheitszustand der Klägerin verschlechterte sich in der Folgezeit zusehends. Wegen persistierender Schmerzen war die Klägerin am 27.07., 02.08. und 03.08.2010 wiederholt bei ihrem Hausarzt Dr. med. ... in Behandlung. Ein Antidepressivum wurde verschrieben. Am 18.08.2010 wurde ein MRT ... in Rastatt durchgeführt. Anhand des MRT-Befundes wurde durch den behandelnden Arzt, Herrn Dr. med. ..., ein medianer Bandscheibenvorfall im Segment HWK 3/4 mit deutlicher Kompression des Rückenmarks diagnostiziert. Am 24.08.2010 wurde die Klägerin stationär im Universitätsklinikum ... aufgenommen, wo am 25.08.2010 eine Bandscheibenoperation durchgeführt wurde. Auf den schriftlichen Befund vom 18.08.2010 (Anlage K2, AS 31) sowie den Ambulanzbrief vom 25.08.2010 (Anlage K3, AS 33) wird verwiesen. Die Klägerin wurde am 30.08.2010 aus der stationären Behandlung entlassen und hielt sich in der Zeit vom 06.09.2010 bis 02.10.2010 im Rahmen einer sich anschließenden Rehabilitationsbehandlung in der ... in ... auf. Noch heute leidet die Klägerin unter erheblichen Schmerzen und befindet sich in schmerztherapeutischer und krankengymnastischer Behandlung.
Die Klägerin behauptet, eine chiropraktische Behandlung sei bei dem vorhandenen Beschwerdebild kontraindiziert gewesen. Eine manual medizinische Maßnahme, die Behandlung der Blockaden an der Wirbelsäule, das Vereisen der linken Seite der Halswirbelsäule und das Einrenken der rechten Seite der Halswirbelsäule, um Blockaden zu lösen, sei bei ihr kontraindiziert gewesen. Nach dem erlittenen Unfalltrauma wäre es angezeigt gewesen, sechs Monate zu warten, bevor chiropraktische medizinische Maßnahmen durchgeführt werden.
Die chiropraktische Behandlung sei überdies fehlerhaft gewesen. Das Prinzip der Probemobilisation, d. h. eine langsame mobilisierende Bewegung in Richtung des vorgesehenen Impulses, sei von dem Beklagten bei seiner Behandlung am 15.07.2010 nicht beachtet worden. Der Beklagte habe vielmehr ein überraschendes und unangekündigtes Einrenkmanöver auf der linken Seite der Halswirbelsäule durch-

geführt, was als grob behandlungsfehlerhaft anzusehen sei. Der bei ihr diagnostizierte mediane Bandscheibenvorfall im Segment HWK 3/4 sei durch die Behandlung des Beklagten am 15.07.2010 ausgelöst worden.
Vor der weiteren Behandlung am 19.07.2010 hätte seitens des Beklagten ein Röntgenbild, ein MRT oder eine Computertomographie (CT) angefertigt werden müssen, um sich angesichts der vorhandenen Beschwerden zu vergewissern, dass ein Bandscheibenvorfall nicht besteht. Bei dem am 19.07.2010 bestehenden Gesundheitszustand sei es kontraindiziert gewesen, die behauptete vorhandene Blockade der Kopfgelenke mit einer weiteren Impulsbehandlung zu lösen. Der Beklagte habe hierdurch ihren gesundheitlichen Zustand weiter verschlechtert.
Schließlich sei sie im Vorfeld der Behandlung nicht über die mit Manipulationen an der Wirbelsäule verbundenen Risiken aufgeklärt worden. Aufgrund der mit der fehlerhaften Behandlung einhergehenden Schmerzen, sie leide seither unter einem chronischen Cervikalsyndrom und einem chronischen Schmerzsyndrom, sei der Beklagte zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes von mindestens 25.000 € verpflichtet. Ferner könne sie seit der Behandlung in der Praxis des Beklagten ihrer Berufstätigkeit nicht mehr nachgehen und sei in ihrer Haushaltsführung erheblich eingeschränkt. Aus diesem Grund stehe ihr ein weiterer Anspruch auf Zahlung eines Verdienstausfalls in Höhe von 3.880,20 € zu. Der Haushaltsführungsschaden sei mit 24.040 € zu beziffern. Der gesamte materielle Schaden, inklusive Fahrt- und Übernachtungskosten für Arztbesuche, belaufe sich auf 28.017,02 €.
Die Klägerin beantragt:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 25.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 28.017,02 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 2.696,54 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche weiteren künftigen materiellen und im Zeitpunkt der mündlichen letzten Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diese aus der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 29.06.2010 bis 15.07.2010 entstanden ist und noch entstehen wird, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte behauptet, sämtliche Manipulationen an der Wirbelsäule seien korrekt durchgeführt worden. Von einer Kontraindikation könne angesichts der Beschwerdesituation der Klägerin keine Rede sein. Die Behandlung seitens des Beklagten habe im Gegenteil entscheidende Erfolge erbracht. Die Klägerin sei keine akute Unfallpatientin gewesen, sondern habe ein chronisches Krankheitsbild gezeigt. Auf dem MRT, das nach dem Unfall der Klägerin am 06.05.2010 erstellt wurde, sei auch keinerlei Bandscheibenvorfall erkennbar gewesen, welcher zu einer Kontraindikation der manual medizinischen Behandlung hätte führen können. Zudem sei am 29.06.2010 nicht jede internistische bzw. neurologische Differenzialdiagnose abschätzbar gewesen. Am 15.07.2010 seien noch deutliche Verspannungen in der Schulter- und Nackenregion sowie eine Asymmetrie der Kopfgelenke vorhanden gewesen, weswegen der Beklagte nochmals eine Impulsbehandlung vorgenommen habe. Die am 15.07.2010 durchgeführte Behandlung sei für den später diagnostizierten Bandscheibenvorfall im Segment 3/4 nicht ursächlich.
Am 19.07.2010 habe auch keine Veranlassung zu einer weitergehenden Diagnostik bestanden, da zu dem Zeitpunkt des Besuchs der Klägerin in der Praxis des Beklagten neurologische Befunde nicht nachweisbar waren und eine Hypotonie der Klägerin und andere Begleitsymptome im Vordergrund standen. Die am 19.07.2010 durchgeführte Impulsbehandlung sei nicht behandlungsfehlerhaft gewesen. Im Allgemeinen bestehe kein Zusammenhang zwischen der Behandlung des Beklagten und dem später bei der Klägerin diagnostizierten Bandscheibenvorfall. Das Prinzip der Probemobilisation, d. h. das Austesten des freien Gelenkspiels, sei zu jedem Zeitpunkt beachtet worden.
Schließlich habe der Beklagte am 29.06.2010 ein sehr ausführliches Anamnesegespräch mit der Klägerin geführt und dabei die gesamte Beschwerdesymptomatik und den Ablauf der Behandlung besprochen. Dies habe er auch in seiner Karteikarte (Anlage B1, AS 101) entsprechend dokumentiert. Der Klägerin stünden daher die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Der in Ansatz gebrachte Schmerzensgeldbetrag sei übersetzt.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens. Die Parteien wurden informatorisch angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. med. ... vom 29.04.2013 (AS 249), das Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337) sowie die Sitzungsniederschriften vom 11.11.2011 (AS 117) und vom 06.06.2014 (AS 451) Bezug genommen.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist nicht begründet.

Die Klägerin hat keine Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und Ersatz ihrer materiellen Schäden. Ein Anspruch der Klägerin folgt weder aus §§ 611 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB noch aus der Vorschrift des § 823 BGB. Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten sowie Feststellung besteht ebenfalls nicht.

Im Einzelnen:

I.

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 25.000€ gem. §§ 611 Abs. 1, 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB besteht nicht. Dem Beklagten ist weder ein Behandlungs- noch ein Aufklärungsfehler anzulasten. Jedenfalls sind die Gesundheitsbeeinträchtigungen der Klägerin nicht kausal auf die chiropraktische Behandlung des Beklagten zurückzuführen.

Für die mit der Klage geltend gemachten materiellen Schadensersatzansprüche auf Ersatz des Verdienstausfalls, der Fahr- und Übernachtungskosten sowie den Haushaltsführungsschaden, insgesamt 28.017,02€ (Klageantrag Ziffer 2), gilt Entsprechendes.

1.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 280 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung einer Pflicht des Behandlungsvertrages besteht nicht. Ein Behandlungsfehler des Beklagten konnte im Rahmen der durchgeführten Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen werden. Die chiropraktische Behandlung war indiziert und wurde entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt. Ein Fehler in der Befunderhebung ist dem Beklagten nicht vorzuwerfen.

a)

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Arzt im Rahmen der von ihm vorgenommenen Heilbehandlung verpflichtet, nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst vorzugehen, d. h. den medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebiets einzuhalten. Der Arzt muss dazu, bei der ihm im Rahmen der Heilbehandlung obliegenden Sorgfaltspflicht, diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden. Ob ein Arzt seine berufsspezifische Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist in erster Linie eine Frage, die sich nach objektiven medizinischen Maßstäben richtet und mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens zu klären ist (vgl. BGH NJW 1995, 776). Auf die subjektiven Fähigkeiten des behandelnden Arztes kommt es dagegen nicht an (BGH VersR 2001, 646).

Die Voraussetzungen eines Behandlungsfehlers und dessen Ursächlichkeit für den geltend gemachten Gesundheitsschaden muss grds. der Patient darlegen und beweisen (BGH VersR 2003, 1256). Eine Beweislastumkehr kommt lediglich bei groben Behandlungsfehlern in Betracht. Ein solcher liegt vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH NJW 1983, 2080; NJW 1988, 2303; NJW 1992, 754).

b)

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist das Vorgehen des Beklagten nicht als behandlungsfehlerhaft zu qualifizieren. Denn nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass die chiropraktische Behandlung am 29.06., 02.07., 03.07. Und 15.07.2010 notwendig war und lege artis, d. h. entsprechend den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wurde.

(1)

Nach § 286 ZPO hat der Tatrichter im Rahmen der Beweiswürdigung ohne Bindung an Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Jedoch setzt das Gesetz eine von allen Zweifeln freie Überzeugung nicht voraus. Das Gericht darf keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Vielmehr darf und muss sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH NJW 1970 946; NJW 1993 935).

(2)

Im Hinblick auf die Problematik der Indikation der durchgeführten chiropraktischen Behandlung als solcher kommt der Sachverständige, Herr Prof. Dr. med. …, in seinem Gutachten vom 29.04.2013 (AS 249, 265) zu dem überzeugenden Schluss, dass diese sowohl hinsichtlich der Behandlung der Blockaden, dem Vereisen der linken Seite der Halswirbelsäule als auch dem Einrenken der rechten Halswirbelsäule nicht kontraindiziert war. Nach mehr als sieben Wochen nach dem Verkehrsunfall vom 06.05.2010 sei nicht mehr von einer akuten Traumafolge, sondern einem chronischen Erkrankungsgeschehen auszugehen. Im Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 345f.) führt der Sachverständige ergänzend aus, dass im Rahmen der im Anschluss an das Unfallereignis am 06.05.2010 angefertigten CT-Aufnahme (Anlage

K1, AS 29) keine frische strukturelle Schädigung der Halswirbelsäule nachzuweisen war. Es sei lediglich zu einer Zerrung der Halswirbelsäule ohne diskoligamentäre Verletzung gekommen, sodass nicht von einer Kontraindikation gesprochen werden könne.
Die Ausführungen des Sachverständigen sind überzeugend und nachvollziehbar. Der Sachverständige zieht seine Erkenntnisse aus der Auswertung der vorliegenden Behandlungsunterlagen sowie den Feststellungen anlässlich der persönlichen Untersuchung der Klägerin am 04.10.2012. Die Kammer schließt sich den überzeugenden und widerspruchsfreien Feststellungen des Sachverständigen an.
Die Behauptung eines Behandlungsfehler ist somit widerlegt. Nach Einholung des Sachverständigengutachtens steht fest, dass die streitgegenständliche chiropraktische Behandlung im Zeitraum 29.06. bis 15.07.2010 indiziert, d. h. medizinisch notwendig war und entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wurde.
c)
Eine Haftung des Beklagten lässt sich auch nicht unter Rückgriff auf einen sog. Befunderhebungsfehler herleiten. Ein solcher liegt nicht vor.
(1)
Von einem Befunderhebungsfehler ist immer dann auszugehen, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergreift (BGH NJW 2011, 1672; NJW 2008, 1381). Ein Verstoß gegen die Befunderhebungspflicht kann im Einzelfall zu Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten führen (vgl. BGH NJW 1996, 1589).
(2)
Vorliegend wirft die Klägerin dem Beklagten einen Befunderhebungsfehler dahingehend vor, im Vorfeld der weiteren Behandlung am 19.07.2010 kein Röntgenbild, MRT oder CT angefertigt zu haben. Diese Behauptung der Klägerin wird jedoch vom Sachverständigen im Rahmen seines Gutachtens ebenfalls überzeugend widerlegt.
Nach den Feststellungen im Gutachten vom 29.04.2013 (AS 249, 267) und im Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 353) war die Anfertigung eines Röntgenbildes, einer MRT- oder einer CT-Untersuchung im Vorfeld der Behandlung vom 19.07.2010 nicht erforderlich. Eine wesentliche Befundänderung im Vergleich zu den Vorbefunden vom Unfalltag habe nicht vorgelegen. Die klinische Symptomatik sei nicht typisch für einen Bandscheibenvorfall gewesen. Wegweisende Symptome im Sinne einer Schmerzausstrahlung in die Arme oder sensible oder motorische Ausfälle an Armen und Beinen hätten sich nicht gezeigt. Auch wegen des neu aufgetretenen Schwindels und der Nackenschmerzen sei keine weiterführende Diagnostik angezeigt gewesen. Es handle sich insoweit, so die weiteren Ausführungen des Sachverständigen im Anhörungstermin vom 06.06.2014 (AS 451, 465), um reine Alltagsbeschwerden. Sog. Kardinalsymptome (z. B. Blasenschwäche), welche eine weitere Diagnostik notwendig machen, seien demgegenüber am 19.07.2010 nicht vorhanden gewesen. Die Kammer schließt sich den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen an, sodass zusammenfassend kein Verstoß gegen die Befunderhebungspflicht und damit kein Behandlungsfehler gegeben ist.
(3)
Im Übrigen stellt der Sachverständige in seinem Gutachten vom 29.04.2013 (AS 249, 267) und im Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 352f.) in diesem Zusammenhang fest, dass auch die weitere Impulsbehandlung am 19.07.2010, trotz der vorhandenen Beschwerden auf Seiten der Klägerin, nicht kontraindiziert war, da keine Änderung der Symptomatik vorlag. Die Wiederholung einer derartigen Manipulation an der Wirbelsäule sei, so die nachvollziehbare Darstellung des Sachverständigen im Termin am 06.06.2014 (AS 451, 467), bei gleichbleibender Symptomatik nicht als behandlungsfehlerhaft zu bewerten. Die Kammer schließt sich auch in diesem Punkt den Feststellungen des Sachverständigen an. Die Behauptung eines Behandlungsfehlers im Rahmen des Behandlungstermins am 19.07.2010 ist folglich auch unter diesem Gesichtspunkt als widerlegt anzusehen. Auch die weitere Behandlung nach dem 15.07.2010 wurde lege artis durchgeführt.
d)
Des Weiteren liegt ein Behandlungsfehler auch nicht deshalb vor, weil bei der Behandlung am 15.07.2010 von dem Beklagten das sog. Prinzip der Probemobilisation, d. h. eine langsame mobilisierende Bewegung in Richtung des vorgesehenen Impulses, nicht beachtet worden ist. Der Nachweis eines Behandlungsfehlers konnte auch insoweit nicht zur Überzeugung der Kammer geführt werden.
(1)
Am 15.07.2010 hat der Beklagte unstreitig eine weitere Impulsbehandlung (Atlasbehandlung) der Kopfgelenke durchgeführt. Die Parteien machten im Rahmen der informatorischen Anhörung am 11.11.2011 (AS 117, 121) widersprüchlich Angaben zum Ablauf der Behandlung am 15.07.2010. Während der Beklagte angab einen Probezug durchgeführt zu haben, da ohne eine solche Vorspannung eine Manipulation an der Wirbelsäule nicht möglich sei, äußerte sich die Klägern dahingehend, dass der Beklagte die

Impulsbehandlung "richtig überfallartig" an ihr durchgeführt habe. Sie sei davon völlig überrascht gewesen.
(2)
Eine Dokumentation einer Probemobilisation hat unstreitig nicht stattgefunden. Auch der Sachverständige kommt in seinem Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 349) sowie der Sachverständigenanhörung am 06.06.2014 (AS 451, 453) zu dem Ergebnis, dass sich den Patientenunterlagen (Anlage B1, AS 101) eine solche nicht entnehmen lässt. Eine genaue Bezeichnung des chirotherapeutischen Verfahrens sei nicht dokumentiert. Nichtsdestotrotz lässt sich aus der unterbliebenen Dokumentation im vorliegenden Fall nach Auffassung der Kammer nicht auf einen Behandlungsfehler des Beklagten rückschließen.
(a)
Wird die Dokumentationspflicht verletzt, so wirkt sich dies vor allem beweisrechtlich aus. Eine unvollständige oder lückenhafte Dokumentation bildet keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Ist ein Vorgang, den man hätte aufzeichnen müssen, im der Patientendokumentation nicht enthalten, so spricht dies dafür, dass er nicht vorgenommen worden ist. Beweiserleichterungen wegen einer mangelhaften Dokumentation setzen zunächst voraus, dass die Behandlungsseite eine Dokumentation versäumt hat, die aus medizinischer Sicht erforderlich gewesen wäre. Die Dokumentationspflicht dient nämlich der Sicherstellung wesentlicher medizinischer Daten und Fakten für den weiteren Behandlungsverlauf und nicht der Sicherung von Beweisen für einen späteren Haftungsprozess. Eine Dokumentation, die aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, ist auch aus Rechtsgründen nicht geboten (BGH MDR 1999 1265 m. w. N.). Aus diesem Grund ist eine Maßnahme nur dann in den Krankenunterlagen zu vermerken, wenn dies erforderlich ist, um Ärzte und Pflegepersonal über den Verlauf der Krankheit und die bisherige Behandlung für ihre künftigen Entscheidungen ausreichend zu informieren. Es kommt maßgeblich auf den therapeutischen Nutzen der Aufzeichnung, nicht hingegen auf die Nachvollziehbarkeit der von dem Arzt vorgenommenen Handlungen an. Die Wiedergabe von medizinischen Selbstverständlichkeiten ist nicht geboten, da sich in der Regel schon aus dem Schweigen der Dokumentation zu den üblichen, jedoch medizinisch unwesentlichen Zwischenschritten, ergibt, dass diese unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt worden sind (OLG Koblenz NJW-RR 2007, 405; OLG Naumburg NJW-RR 2009, 32).
(b)
Für den hier zur Entscheidung stehenden Fall bedeutet dies, dass ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht nicht gegeben ist. Der Sachverständige stellt im Rahmen der mündlichen Erörterung am 06.06.2014 (AS 451, 453) glaubhaft klar, dass ihm trotz intensiver Recherchen keine Unterlagen bekannt seien, aus welchen sich ergibt, dass ein Probezug separat zu dokumentieren ist. Nach den vorliegenden Patientenunterlagen (Anlage B1, AS 101) habe der Beklagte eine Diagnose erstellt und anschließend die Chirotherapie durchgeführt. Der Behandlungsablauf sei für einen etwaigen Nachbehandler nachvollziehbar. Es müsse nicht jeder einzelne Handgriff explizit aufgezeichnet werden. Letzteres hätten ihm mehrere, im Vorfeld des Verhandlungstermins auf diese Problematik angesprochene, niedergelassene Kollegen bestätigt. Der Sachverständige korrigiert und ergänzt insoweit in nachvollziehbarer Weise seine Ausführungen im Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 349). Die Manipulation an der Wirbelsäule und der Probezug stünden in einem inneren Zusammenhang. Beides werde gemeinsam gemacht. Für einen Nachbehandler sei es uninteressant, ob eine Probemobilisation gemacht wurde oder nicht. Ein Erkenntnisgewinn sei damit nicht verbunden. Die Kammer schließt sich den Feststellungen des Sachverständigen an.
(3)
Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass kein Dokumentationsfehler vorliegt. Die chiropraktische Manipulation an der Wirbelsäule ist dokumentiert. Das sog. Prinzip der Probemobilisation ist nicht separat dokumentationspflichtig, da die Information hierüber für einen etwaigen Nachbehandler ohne therapeutischen Nutzen ist. Infolgedessen kommen der Klägerin weder Beweiserleichterungen noch eine Beweislastumkehr zugute. Die Nichtaufklärbarkeit der Tatsache, ob der Beklagte im Rahmen der Behandlung am 15.07.2010 einen Probezug gemacht hat oder nicht, geht daher im Ergebnis zu Lasten der dafür darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin. Der Nachweis eines Behandlungsfehlers ist nicht erbracht.
2.
Davon abgesehen scheidet eine Haftung des Beklagten wegen eines Behandlungsfehlers im vorliegenden Fall deshalb aus, weil der auch in dieser Hinsicht vollumfänglich darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin der Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen den behaupteten Behandlungsfehlern und der geltend gemachten Gesundheitsschädigung (haftungsbegründende Kausalität) nicht gelungen ist.
Denn der Sachverständige kommt sowohl in seinem Ergänzungsgutachten vom 24.09.2013 (AS 337, 349), als auch bei seinen Ausführungen im Anhörungstermin am 06.06.2014 (AS 451, 461) zu dem nachvollziehbaren Schluss, dass sich der neuen CT-Aufnahme vom 18.08.2010 keine frischen Verletzungen in Form von Einblutungen oder Ödembildungen entnehmen lassen. Ein traumatischer, durch die Manipulation hervorgerufener, Bandscheibenvorfall sei nicht nachweisbar. Letzterer hätte sich vielmehr auch

ohne die streitgegenständliche Behandlung aufgrund einer beliebigen Gelegenheitsursache (z. B. bloßes Husten) entwickeln können. Die Auslösung eines Bandscheibenvorfalls durch eine chiropraktische Behandlung sei bislang in keinem einzigen Fall nachgewiesen worden. Es handle sich insgesamt um einen schicksalshaften Geschehensablauf. Die Behandlung des Beklagten sei nicht ursächlich für den Bandscheibenvorfall, da man ansonsten in der Kernspinaufnahme vom 18.08.2010 frische Verletzungen hätte erkennen können.
Die Erläuterungen des Sachverständigen sind auch in diesem Zusammenhang glaubhaft und nachvollziehbar. Der Sachverständige setzt sich detailliert mit dem Befund des Klinikums Mittelbaden vom 18.08.2010 (Anlage K2, AS 31) auseinander. Das Gericht schließt sich den überzeugenden und widerspruchsfreien Ausführungen des Sachverständigen an. Ein Zusammenhang zwischen der streitgegenständlichen Behandlung und den Beschwerden der Klägerin (Bandscheibenvorfall) ist nicht festzustellen.
3.
Darüber hinaus kann die Klägerin ihre Ansprüche auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes sowie Ersatz der materiellen Schäden auch nicht auf eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht stützen. Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, (253) BGB besteht nicht. Eine Aufklärungspflichtverletzung ist nicht gegeben. Ferner fehlt es an der Kausalität zwischen behaupteter Aufklärungspflichtverletzung und der eingetretenen Gesundheitsschädigung.
a)
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit des Patienten der Grundsatz, dass ärztliche Heileingriffe grds. nur dann rechtmäßig sind, wenn der Patient in die Heilbehandlung eingewilligt hat. Eine solche Einwilligung kann nur dann wirksam erteilt werden, 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 (BGH NJW 1959, 811; NJW 1989, 1533; NJW 2006, 2108). Art und Umfang der Aufklärung sind am Empfängerhorizont des Patienten und nicht an demjenigen eines Mediziners auszurichten. Es kommt darauf an, dem Patienten einen zutreffenden allgemeinen Eindruck von der Schwere des Eingriffs und der Art der Belastungen zu vermitteln, die sich für seine Gesundheit und Lebensführung aus dem Eingriff ergeben können. Nicht erforderlich ist die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken. Dem Patienten muss aber eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt werden (BGH NJW 1984, 1397; NJW 2006, 2108 m.w.N.). Die Darlegungs- und Beweislast für die Durchführung der erforderlichen Aufklärung obliegt dabei, auch im Rahmen der vertraglichen Haftung nach § 280 BGB, dem behandelnden Arzt. An den Nachweis der Aufklärung dürfen dabei keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (BGH NJW 1985, 1399).
b)
Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme und unter Zugrundelegung der vorstehenden Erwägungen steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Klägerin im Vorfeld hinreichend über die Risiken der streitgegenständlichen Behandlung aufgeklärt wurde.
(1)
Der Beklagte schilderte in seiner informatorischen Anhörung am 11.11.2011 (AS 117, 125) glaubhaft, dass über Risiken gesprochen worden sei. Am 29.06.2010 habe ein 40-minütiges Anamnesegespräch stattgefunden, in dessen Verlauf er über die Art, die Vorgehensweise und die Intention der Behandlung aufgeklärt habe. Er habe mit der Klägerin insbesondere über die reflektorischen Folgen, z. B. eine länger anhaltende Übelkeit, gesprochen. Das Anamnesegespräch sei in der Behandlungsdokumentation (Anlage B1, AS 103) mit der Ziffer 34 vermerkt worden. Auch habe der Beklagte die Klägerin darüber aufgeklärt, dass die Halsschlagader infolge einer Anomalie einen Schaden erleiden kann. Über die Gefahr eines Bandscheibenvorfalls sei nicht gesprochen worden, da keine Manipulationen an der mittleren Halswirbelsäule geplant gewesen seien.
(2)
Die Klägerin erklärte in ihrer informatorischen Anhörung am 11.11.2011 (AS 117, 121) ebenfalls, dass im Vorfeld der ersten Behandlung ein ausführliches Anamnesegespräch stattgefunden hat. Dabei sei nicht über Risiken gesprochen worden. Über das Risiko eines Bandscheibenvorfalls sei nicht gesprochen worden. Nicht ausschließen könne sie, dass über Kopfschmerzen und Übelkeit gesprochen wurde. Weitere Risiken, etwa die Gefahr eine Schlaganfalls, seien nicht thematisiert worden. Über die Anzahl der geplanten Behandlungen sei nicht gesprochen worden.
(3)
Unter Würdigung der wechselseitigen Schilderungen der Parteien kommt die Kammer zu der Überzeugung, dass eine hinreichende Aufklärung über die Risiken der Behandlung stattgefunden hat. Die Angaben des Beklagten sind glaubhaft und nachvollziehbar. Der Beklagte räumt insbesondere unumwunden ein, dass über die Gefahr eines Bandscheibenvorfalls nicht aufgeklärt wurde. Auch decken sich die Äußerungen des Beklagten in wesentlichen Punkten (Stichwort Anamnesegespräch, Aufklärung über Übelkeit etc.) mit denjenigen der Klägerin. Schon anhand der übereinstimmenden Angaben der Parteien steht

damit fest, dass es jedenfalls ein Anamnesegespräch gegeben hat, bei welchem über mögliche Risiken gesprochen worden ist.
Die weiteren, von den Schilderungen des Beklagten abweichenden, Angaben der Klägerin sind dagegen wenig glaubhaft und damit der Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Die Angaben der Klägerin zum Ablauf des Aufklärungsgesprächs sind lückenhaft und widersprüchlich. Zunächst gab die Klägerin an, dass überhaupt nicht über Risiken gesprochen worden sei. Anschließend korrigiert sie ihre Darlegungen dahingehend, dass jedenfalls nicht über einen Bandscheibenvorfall und die Gefahr eines Schlaganfalls gesprochen worden sei. Im Übrigen habe sie an das Gespräch keine genaue Erinnerung mehr.
(4)
Zusammenfassend bleibt es daher dabei, dass während des Anamnesegesprächs am 29.06.2010 über mögliche Behandlungsrisiken gesprochen wurde. Einer expliziten Aufklärung über die Gefahr eines Bandscheibenvorfalls bedurfte es dabei nicht. Denn der Sachverständige hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass noch nie ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einer chiropraktischen Manipulation an der Halswirbelsäule und einem Bandscheibenvorfall nachgewiesen werden konnte. Es wird auf obige Ausführungen unter I. 1. d verwiesen. Infolgedessen handelt es sich bei der behaupteten Gefahr eines Bandscheibenvorfalls auch nicht um ein aufklärungspflichtiges Risiko, sodass es einer Aufklärung darüber nicht bedurfte.
c)
Unabhängig von den bisherigen Feststellungen scheitern Schadensersatzansprüche der Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht jedoch in jedem Fall an der fehlenden Kausalität zwischen behaupteter Pflichtverletzung - das Vorhandensein einer solchen einmal unterstellt - und der eingetretenen Gesundheitsschädigung. Der Bandscheibenvorfall ist nicht ursächlich auf die streitgegenständliche Behandlung zurückzuführen. Es wird auf die Ausführungen unter I. 1. d Bezug genommen.
II.
Aus den dargelegten Gründen bestehen auch keine Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus §§ 823 Abs. 1, 253 BGB. Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.
Mangels einer bestehenden Haftung dem Grunde nach sind schließlich auch die Voraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin gem. §§ 280 Abs. 1, 249 BGB auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.696,54 € nicht erfüllt.
Der Feststellungsantrag (Klageantrag Ziffer 3) ist ebenfalls unbegründet.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 2 ZPO.

101. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.07.2014 – 5 U 89/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungsversäumnis vor alternativlosem Legen eines zentralen Venenkatheters; Thrombosetherapie bei einem Patienten bei dessen Ablehnungshaltung gegen Bluttransfusionen aus religiösen Gründen

Leitsatz

1. Muss wegen einer nekrotisierenden Pankreatitis in erheblichem Maße Flüssigkeit zugeführt werden und stellt das Legen eines peripheren Zugangs keine echte Behandlungsalternative dar, ist die unterbliebene Aufklärung über das Risiko einer Thrombose bei Legen eines zentralen Venenkatheters nicht haftungsrelevant, wenn angesichts der Alternativlosigkeit dieser Maßnahme von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen ist.
2. Bei Thromboseverdacht ist die Verabreichung von niedrig dosiertem Heparin alternativlos, wenn sich eine Vollantikoagulation mit Marcumar® oder Xarelto® im Hinblick auf das bei einer Pankreatitis bestehende lebensbedrohliche Blutungsrisiko verbietet, dem im konkreten Behandlungsfall nicht mit der Gabe von Fremdblut hätte begegnet werden können, weil der Patient eine solche Maßnahme aus religiösen Gründen ablehnte.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 17.12.2013 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die gegen sie 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

1. 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 30. 04. 2014. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Die Klägerin wurde am 14.12.2007 mit Unterleibsschmerzen im Krankenhaus der Beklagten aufgenommen. Sie wurde zunächst sonografisch und dann auch magnetresonanztomografisch untersucht. Man stellte die Diagnose, dass es zum spontanen Abgang eines Gallengang-Konkrements gekommen sei. Eine Entzündung der Gallenblase und die Existenz von Gallensteinen wurden verneint. Daraufhin wurde die Klägerin am 18.12.2007 aus der stationären Behandlung entlassen.
Am 6.01.2008 erfolgte die erneute Aufnahme bei starken Schmerzen. Nach dem Befund einer nekrotisierenden Pankreatitis biliärer Genese wurde eine Papillotomie vorgenommen, um den Abfluss aus der Galle zu verbessern. Außerdem führte man über einen auf der rechten Halsseite gesetzten zentralen Venenkatheter Flüssigkeit zu.
Nachdem dort Entzündungsanzeichen aufgetreten waren, kam es am 18.01.2008 zu einem Katheterwechsel auf die linke Seite des Halses, ehe am 27.01.2008 wegen einer am linken Arm bemerkbaren Schwellung eine Rückverlegung nach rechts erfolgte. Eine sonografische Befunderhebung vom 31.01.2008 erbrachte keine Aufschlüsse. Am 15.02.2008 wurde die Klägerin aus dem Krankenhaus entlassen. Ihrer Darstellung nach war der linke Arm zu diesem Zeitpunkt unverändert geschwollen. Dagegen hatte sich nach dem Vortrag der Beklagten mittlerweile eine Besserung ergeben.
Nachfolgend kam es vom 28.02. bis zum 9.04.2008 zu einem dritten stationären Aufenthalt bei der Beklagten. Grund dafür waren erneute abdominelle Schmerzen. Man diagnostizierte einen Abszess und drainierte ihn.
Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin unter Hinweis sowohl auf von ihrer Bauchspeicheldrüse ausgehende Beschwerden als auch auf Schmerzen, Taubheiten, Schwellungen und Funktionseinschränkungen im linken Arm, die sie psychisch belasteten, immaterielle Ersatzansprüche von 45.000 € gegenüber der Beklagten erhoben und die Feststellung deren weitergehender Haftung begehrt; außerdem hat sie die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten beantragt. Ursachen der geltend gemachten Beeinträchtigungen sind aus ihrer Sicht einerseits die bei ihr diagnostizierte Pankreatitis und andererseits eine Thrombose. Für beides hat sie die Beklagte verantwortlich gemacht. Die Pankreatitis sei durch Gallenkonkremente ausgelöst worden, die während ihres ersten Krankenhausaufenthalts wegen Nachlässigkeiten in der Befunderhebung übersehen und deshalb nicht entfernt worden seien. Die Thrombose habe sich gebildet, weil der während des zweiten Krankenhausaufenthalts eingeführte Venenkatheter linksseitig falsch gesetzt worden sei. Dies sei vorwerfbar nicht erkannt und demgemäß auch nicht schadenspräventiv therapiert worden. Zudem müsse der Beklagten angelastet werden, nicht über die mit der Katheterisierung verbundenen Risiken und über Behandlungsalternativen aufgeklärt zu haben.
Das Landgericht hat zum Geschehenshergang Zeugen gehört und Sachverständigenbeweis über die Schadensverantwortlichkeit der Beklagten erhoben. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Aus seiner Sicht wurden die während des ersten Krankenhausaufenthalts der Klägerin vorhandenen Abdominalbeschwerden hinlänglich befundet und plausibel interpretiert. Die nach der stationären Wiederaufnahme entstandene Thrombose sei offenbar durch den seinerzeit gesetzten Venenkatheter ausgelöst worden. Handwerkliche Fehler ließen sich in diesem Zusammenhang aber nicht feststellen. Genauso wenig sei ersichtlich, dass man die Thrombose zu spät erkannt habe. Die therapeutische Reaktion sei angemessen gewesen. Die Aufklärungsrüge der Klägerin scheitere jedenfalls an einer hypothetischen Einwilligung, da es zu dem Katheter keine Alternative gegeben habe.
Dagegen wendet sich die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung. Sie wiederholt den Vorwurf, dass man die Ursache ihrer abdominellen Beschwerden nicht hinlänglich erforscht und in der Konsequenz eine effektive Therapie unterlassen habe. Ebenso wenig sei dann der - ihr zudem nicht vorab vermittelten - Gefahrenlage, die der linksseitig eingeführte zentrale Venenkatheter begründet habe, hinreichend nachgegangen worden. Vor diesem Hintergrund bedürfe es ergänzender sachverständiger Feststellungen.
2. Mit diesen Angriffen vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Der Beklagten ist kein schadensträchtiges Versäumnis anzulasten.
a) Die Unterleibsschmerzen, die am 14.12.2007 die erste stationäre Aufnahme der Klägerin veranlassten, wurden seinerzeit plausibel mit dem spontanen Abgang eines Gallensteins erklärt. Diese Diagnose wurde durch den klinischen und laborchemischen Verlauf gestützt. Relevante Entzündungswerte waren nicht vorhanden. Die bildgebenden Untersuchungen, die mit Ultraschall und danach magnetresonanztomografisch durchgeführt wurden, lieferten keinen Hinweis auf eine Obstruktion des Gallen- oder Bauchspeicheldrüsengangs.
Mangels entsprechender Verdachtsmomente war eine invasive Befunderhebung in Form einer Endosonografie oder der von der Berufung angemahnten und für den - hier indessen gerade nicht gegebenen - Fall einer "unklaren Cholestase als Goldstandard" bezeichneten ERCP nicht geboten. Das hat der vom Landgericht befragte Sachverständige Prof. Dr. J. unter Hinweis auf die Leitlinien dargelegt.

Angesichts der Indikationslage war die Beklagte auch nicht gehalten, derartige invasive Untersuchungen ergänzend anzubieten und damit zur Disposition der Klägerin zu stellen. Deren Rüge, sie sei "massiv in ihrem Selbstbestimmungsrecht verletzt" worden und es sei zu einem "rechtswidrigen Eingriff" gekommen, geht fehl. Denn die körperliche Integrität der Klägerin wurde nicht tangiert. Das wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Untersuchungen erfolgt wären.
b) Mit Blick auf den zweiten, vom 6.01. bis zum 15.02.2008 dauernden Krankenhausaufenthalt, in dessen Zuge den abdominellen Beschwerden zielführend durch eine Papillotomie begegnet wurde, bemängelt die Klägern das linksseitige Einbringen des zentralen Venenkatheters und Versäumnisse in der Kontrolle einer nachfolgend aufgetretenen thrombotischen Entwicklung. Auch darauf lässt sich eine Inanspruchnahme der Beklagten nicht gründen.
Die Anlage des Katheters war indiziert. Da bei der Klägerin eine nekrotisierende Pankreatitis festgestellt worden war, musste in erheblichem Maße Flüssigkeit zugeführt werden. Das bloße Legen eines peripheren Zugangs etwa über eine Braunüle, in dem die Berufung eine gangbare Alternative sieht, war, wie Prof. Dr. J. mitgeteilt hat, nicht angezeigt, weil sich dabei nicht hätte messen lassen, ob in den Gefäßen ein ausreichendes Volumen vorhanden war, und deshalb ein angemessener Flüssigkeitshaushalt nicht gewährleistet gewesen wäre.
Im Hinblick darauf war die Vorgehensweise der Beklagten vom Ansatz her nicht zu beanstanden. Der Vorwurf der Klägerin, sie sei vorab über die von dem Katheter ausgehenden Gefahren nicht unterrichtet worden, so dass es an der erforderlichen Einverständniserklärung auf ihrer Seite gefehlt habe, greift nicht. Das Landgericht ist insoweit unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Maßnahme zutreffend von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen. Dem hat die Klägerin nichts Substantielles entgegen gesetzt. Um die Würdigung des Landgerichts zu entkräften, hätte sie plausibel dartun müssen, dass sie in Kenntnis der vorhandenen Risiken vor einem Entscheidungskonflikt gestanden hätte, ob sie die Katheterbehandlung trotz deren Indikation ablehnen solle (BGH NJW 2005, 1364). Ein solcher Entscheidungskonflikt ist nicht ansatzweise deutlich geworden.
Für die Annahme, der Katheter sei regelwidrig gesetzt worden, gibt es keinen Anhalt. Der anfänglich komplikationslose klinische Verlauf spricht gemäß Prof. J. für eine korrekte Positionierung. Allerdings wurde nicht kontrolliert, ob die Katheterspitze richtig lag und damit keine Lungenverletzung drohte. Angesichts dessen vermisst die Berufung die Anfertigung einer Röntgenaufnahme des Thorax. Es ist jedoch nicht zu ersehen, dass sich dieses Manko ausgewirkt hätte. Eine Schädigung der Lunge steht nicht im Raum. Die Schwellungen, die sich mittelfristig im linken Arm einstellten und die sich nach Prof. Dr. J. mit Wahrscheinlichkeit aus einem thrombotischen Geschehen erklären, sind der Beklagten allenfalls insoweit zuzurechnen, als ein solches Geschehen nicht rechtzeitig erkannt und in der Folge keine angemessene Behandlung erfuhr. Tatsächlich kam es erst am 31.01.2008 zu einer Ultraschalluntersuchung des Arms, ohne dass sich zu diesem Zeitpunkt allerdings noch ein Thrombosenachweis führen ließ. Nach der Auffassung der Klägerin wurde damit erheblich zu spät reagiert; ihrer Ansicht nach waren bereits deutlich früher klare pathologische Anzeichen vorhanden, denen umgehend sonografisch und phlebographisch hätte nachgegangen werden müssen. Für derartige Anzeichen, über die es freilich keine tragfähige Dokumentation gibt und die auch von der Beklagten bestritten worden sind, lässt sich die Aussage des Zeugen K. anführen, der - anders als der in der zeitlichen Einordnung der Verhältnisse eher vage Zeuge H. - eine einschlägige Symptomatik kurz nach dem am 18.01.2008 durchgeführten Katheterwechsel von der rechten auf die linke Seite bemerkt zu haben meint. Das hat das Landgericht indessen in der Gesamtschau des Geschehenshergangs für nicht glaubhaft erachtet. Diese Würdigung ist plausibel und für die Berufungsinstanz bindend (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
Das kann aber letztlich auf sich beruhen, weil sich die Schadensursächlichkeit eines möglichen diagnostischen Versäumnisses der Beklagten nicht erschließt. Dazu hat Prof. Dr. J. eingehende Ausführungen gemacht: Hätte man schon frühzeitig einen klaren Thromboseverdacht gehegt, hätte man, statt der Klägerin wie geschehen niedrig dosiertes Heparin zu verabreichen, von vornherein eine Vollantikoagulation vornehmen können. Das hätte jedoch im Hinblick auf die vorhandene Pankreatitis ein lebensbedrohliches Blutungsrisiko impliziert, dem, da die Klägerin die Gabe von Fremdblut aus religiösen Gründen ablehnte, nicht durch eine Transfusion hätte begegnet werden können. Deshalb war das therapeutische Vorgehen der Beklagten - unabhängig von einem möglichen Diagnosefehler - im Ergebnis angemessen.
3. Nach alledem wird die Entscheidung des Landgericht zu bestätigen sein. Die Erkenntnisse des Sachverständigen Prof. Dr. J., die sie tragen, sind ohne weiteres nachvollziehbar und geben keinen Anlass zu rechtserheblichen Zweifeln. Eine ergänzende Begutachtung (§ 412 ZPO) ist nicht veranlasst. Mithin sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen. Bis zum 3.06.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.“
Mit Blick auf den Schriftsatz der Klägerin vom 27.06.2014 ist anzufügen:
a) Dass eine Aufklärung über die von der Anlage eines Katheters ausgehenden Gefahren auf Seiten der Klägerin zu einem Entscheidungskonflikt geführt hätte, erschließt sich weiterhin nicht. Zwar bedarf es zur Darlegung eines entsprechenden Konflikts keiner näheren Substantiierung. Aber es ist Sache der Klägerin, im Kern aufzuzeigen, dass sie sich in einem echten Dilemma befunden hätte (BGH NJW 2007, 2771).

Daran fehlt es. Das Vorbringen, auch über eine Braunüle hätte ein angemessener Flüssigkeitshaushalt hergestellt werden können, beschreibt die Situation unzulänglich. Es vernachlässigt, dass die Verwendung einer Braunüle insoweit keine Gewähr gab und deshalb keine reelle Alternative bei der Pankreatitis-Behandlung war. Nach den Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. J. ließ sich allein über einen zentralen Venenkatheter die notwendige kontinuierliche Flüssigkeitsversorgung des Organismus verlässlich herbeiführen.
b) Ob es im Hinblick auf die Erkennung der Thrombose diagnostische Versäumnisse gab, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls steht deren Schadensursächlichkeit nicht fest. Dazu sind im Beschluss vom 30.04.2014 Ausführungen gemacht worden, auf die Bezug genommen werden kann.
c) Darüber hinaus hat sich der Senat in dem Beschluss ebenfalls zur Indikation einer Befunderhebung mittels einer Endosonografie oder einer ERCP und den insoweit bestehenden Hinweispflichten der Beklagten geäußert. Auch darauf kann verwiesen werden.
2. Der Rechtsmittelstreitwert wird im Einklang mit der unangefochtenen Bemessung, die das Landgericht, anknüpfend an die von der Klägerin vorgelegte Berechnung, für das erstinstanzliche Verfahren vorgenommen hat, auf 112.699,68 € festgesetzt.

102. OLG Köln, Beschluss vom 03.07.2014 – I-5 U 7/14, 5 U 7/14 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit einer Kniegelenksoperation

Orientierungssatz

1. Eine Wundheilungsstörung lässt nicht den Schluss auf eine zuvor behandlungsfehlerhaft durchgeführte Wundversorgung zu.
2. Dass eine Kniegelenkstotalendoprothese gewechselt wurde, indiziert keinen Behandlungsfehler im Rahmen der Erstoperation.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 11.12.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 461/11 - 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 und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf Schmerzensgeld und Schadensersatz zu, denn Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der am 27.02.2007 durchgeführten Kniegelenksoperation sind nicht festzustellen. Das Landgericht hat es nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zu Recht als nicht erwiesen erachtet, dass dem Beklagten zu 2), der die Operation am 27.02.2007 mit Implantation einer Kniegelenkstotalendoprothese durchgeführt hat, Behandlungsfehler unterlaufen sind. Die Entscheidung des Landgerichts geht auf alle maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Fragestellungen ein und ist überzeugend begründet. Die gegen das Urteil erhobenen Berufungsrügen greifen nicht durch.
Zu Unrecht moniert die Klägerin, das Gerichtsgutachten berücksichtige nicht die Ausführungen des in der Rehabilitationseinrichtung zuständigen Arztes Dr. T, der laut Bericht vom 23.04.2007 eine Wundheilungsstörung mit einer Wunddehiszenz auf einer Strecke von 3 cm und noch am 14.05.2007 eine noch nicht ganz abgeklungene Wundheilungsstörung sowie eine 0,5 cm im Durchmesser messende Nekrose festgestellt habe. Der ärztliche Bericht des Dr. T (Zentrum für Rehabilitation und Physiotherapie T2 gGmbH) vom 23.04.2007 hat dem Sachverständigen Dr. Dr. W vorgelegen. Er ist in Kenntnis des Berichts zu der Einschätzung gelangt, dass hieraus kein Rückschluss auf ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen im Hause der Beklagten zu 1) möglich ist. Er hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor der Kammer insbesondere ausgeführt, dass kein Anhalt für eine fehlerhafte Wundklammerung bestehe. Im Gegenteil ergebe sich aus dem Röntgenbefund, dass die Klammern ordnungsgemäß zugedrückt waren. Falls dies nicht so gewesen wäre, wären - so der Sachverständige - die Klammern auch alsbald aus der Haut herausgefallen. Aus dem Auftreten der Wundheilungsstörung könne man nicht zurückschließen, dass bei der Klammerung fehlerhaft vorgegangen sei. Gegen diese nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen hat die Klägerin keine überzeugenden Einwände vorgebracht. Soweit sie vorträgt, Dr. T habe eine Revision der Wunde für voraussichtlich erforderlich gehalten, erschließt sich dem Senat die Erheblichkeit dieses Vorbringens schon aufgrund einer unstreitig unterbliebenen Wundrevision nicht. Aber auch wenn eine Revision für erforderlich gehalten und durchgeführt worden wäre, stünde damit keinesfalls ein Behandlungsfehler des Beklagten zu 2) im Zusammenhang mit der intraoperativen Wundbehandlung fest.

Denn von einer Wundheilungsstörung kann - wie bereits ausgeführt - nicht auf eine zuvor behandlungsfehlerhaft durchgeführte Wundversorgung geschlossen werden.
Das Landgericht hat es auch nicht verfahrensfehlerhaft unterlassen, die Zeugen Dr. K und Dr. T zu der Frage zu vernehmen, ob die unteren drei Wundklammern ordnungsgemäß verschlossen waren. Die für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers beweisbelastete Klägerin hat die Vernehmung der Zeugen in erster Instanz nicht beantragt, so dass schon aus diesem Grund eine Vernehmung der Zeugen nicht veranlasst war. Darüber hinaus ist aber auch nicht ersichtlich, was die Zeugen zu dem Beweisthema hätten bekunden können sollen. Den entsprechenden Behandlungsdokumentationen (Arztbriefe und Karteikarteneintragungen) lässt sich nicht entnehmen, dass die Zeugen die Wunde überhaupt in noch geklammerten Zustand gesehen haben. Feststellungen der Ärzte zu dem Zustand der Klammern finden sich in den Behandlungsunterlagen an keiner Stelle. Den Röntgenbildern lässt sich hingegen entnehmen, dass die Klammern noch vor dem 12.03.2007 und damit vor Entlassung aus der stationären Behandlung im Hause der Beklagten zu 1) entfernt wurden.
Ohne Erfolg bleibt auch der mit der Berufung wiederholte Vorwurf, der Beklagte zu 2) habe ein der Größe nach unpassendes Implantat gewählt. Die Sachverständigen Prof. Dr. N und Dr. Dr. W haben in einer auch den Senat überzeugenden Weise ausgeführt, dass weder das Inlay noch die Femurkomponente zu hoch bzw. zu groß gewählt wurden. Das Inlay habe mit 13 mm eine mittlere Höhe gehabt. Durch die Wahl der Höhe des Polyäthylen-Einsatzes würden Substanzdefekte als Folge der krankhaften Gelenkdestruktion in Zusammenhang mit korrigierenden Osteotomien zum Wiederaufbau der Bandspannung kompensiert. Beeinflusst sei die Wahl durch die Höhe der erforderlichen Knochenresektion, über deren Ausmaß der Operateur entscheide. Die Entscheidung des Beklagten sei nicht fehlerhaft gewesen. In Bezug auf die gewählte Größe der Femurkomponente haben die Sachverständigen in ihrem schriftlichen Gutachten ausgeführt, der Beklagte habe bei der Präparation des Oberschenkelknochens die hintere Referenztechnik als eine von dem Hersteller empfohlene Methode gewählt. Bei der Klägerin sei intraoperativ sehr wahrscheinlich eine Zwischengröße gemessen worden mit der Folge, dass der Beklagte entsprechend der Operationsanleitung des Implantatherstellers von den zwei in Frage kommenden Größen das größere Implantat ausgewählt habe, um eine Einkerbung zu vermeiden. Der Sachverständige Dr. Dr. W hat ferner ausgeführt, es sei kein Fehler gewesen, ein Standardimplantat zu wählen. Es entspreche nicht dem ärztlichen Standard, individuell für den Patienten angefertigte Prothesen zu verwenden. Danach war weder die Entscheidung, überhaupt ein Standardimplantat zu nehmen, noch die konkrete Wahl der Implantatsgröße als Behandlungsfehler zu beanstanden. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang offenbar behaupten möchte, der Beklagte zu 2) habe sich bei der Wahl des Implantats davon leiten lassen, was im Hause der Beklagten zu 1) "verfügbar" gewesen sei, ist dies eine ungerechtfertigte Unterstellung.
Zu Unrecht rügt die Klägerin, das Landgericht habe die Zeugen Dr. K und Dr. C zu der Frage der Instabilität des Knies vernehmen müssen. Zum einen hat die Klägerin eine Vernehmung in erster Instanz nicht beantragt. Der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Beweisantritt dürfte gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen sein. Darüber hinaus lässt sich aber auch aus dem Umstand, dass Dr. K ausweislich der Behandlungsdokumentation am 03.07.2007 eine "leichte mediale Instabilität" festgestellt hat, kein Behandlungsfehler des Beklagten herleiten. Die Sachverständigen Prof. Dr. N und Dr. Dr. W sind nach Auswertung aller Behandlungsunterlagen zu der Einschätzung gelangt, dass bis Anfang07.2007, also ab dem Operationstag gerechnet vier Monate lang, eine stabile Seitenbandführung vorgelegen haben dürfte. Sie haben jedenfalls keinen Anhalt dafür gefunden, dass die Seitenbänder unmittelbar nach der Operation bereits instabil waren. Behandlungsfehler sind demnach nicht feststellbar.
Ohne Erfolg bleibt der Einwand der Klägerin, die Prothese sei locker gewesen, denn Dr. C habe ihr vor Durchführung der Revisionsoperation mitgeteilt, die Prothese sei "lose" und würde "nicht richtig sitzen". Die Sachverständigen Prof. Dr. N und Dr. Dr. W haben nach Auswertung der postoperativen Röntgenaufnahmen einen regelrechten Sitz festgestellt. Zudem habe sie auf den Operationsbericht des N2 vom 19.05.2008 hingewiesen, aus dem sich ergibt, dass Dr. C intraoperativ einen festen Sitz aller Prothesenkomponenten festgestellt hat. Der Umstand, dass die Prothese überhaupt gewechselt wurde, indiziert entgegen der Auffassung der Klägerin keinen Behandlungsfehler. Eine Revisionsoperation kann grundsätzlich vielfältige Gründe haben, die nicht mit einem im Rahmen der Erstoperation begangenen Behandlungsfehler in Zusammenhang stehen müssen. Im vorliegenden Fall deutet nach Einschätzung des Sachverständigen Dr. Dr. W sogar einiges darauf hin, dass die Revisionsoperation unnötig war, worauf es hier im Ergebnis aber nicht ankommt.
Soweit die Klägerin vorbringt, sie habe nach der Operation eine Beinlängendifferenz von 0,8 cm erlitten, haben die Sachverständigen ebenfalls keinen Behandlungsfehler festgestellt. Das Landgericht hat im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass schon nicht feststeht, dass die behauptete Beinlängendifferenz auf die Operation am 27.02.2007 zurückzuführen sei. Die Klägerin hat selbst in ihrem mit Anlage K 15 zur Klageschrift eingereichten handschriftlichen Bericht ausgeführt, sie habe bereits vor der Operation eine Beinlängendifferenz von ca. 1 cm bemerkt.
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).

103. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 02.07.2014 – 1 W 37/13 – * Arzthaftung wegen fehlerhafter Schwangerschaftsbetreuung: Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen mehrerer Behandlungsfehler; Verjährungsbeginn infolge Kenntnis der Patientin von den einen Schadensersatzanspruch begründenden Umständen

Leitsatz

1. Zur Verjährung von Ansprüchen eines Patienten unter dem Aspekt der Arzthaftung.
2. Sucht ein Patient, der über die Ordnungsgemäßheit einer ärztlichen Behandlung zweifelt, einen Rechtsanwalt auf und ist das Ergebnis dieser Konsultation ein Anspruch anmeldendes Schreiben an den vermeintlichen Haftungsschuldner, liegt regelmäßig die erforderliche Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor.

Orientierungssatz

Die Frage der Verjährung von Arzthaftungsansprüchen ist, wenn sich der Schadensersatzanspruch auf mehrere Fehler stützen lässt, für jeden Fehler gesondert zu beurteilen (Anschluss OLG Koblenz, 14.07.2011, 5 U 223/11, MedR 2012, 400).

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Saarbrücken vom 7.06.2013 - 16 O 8/13 - wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Klage zur Geltendmachung von Schadensersatz, Schmerzensgeld und Feststellung der Haftung für künftige Schäden unter dem Aspekt der Arzthaftung.

Sie befand sich im Jahr 2006 wegen einer erneuten Schwangerschaft in gynäkologischer Behandlung in der Gemeinschaftspraxis der Antragsgegnerinnen. Nach einer Vorstellung in der St. E. Klinik in S. wurde die Antragstellerin am 29.11.2006 in der Praxis der Antragsgegnerinnen untersucht. Eine Folgeuntersuchung wurde am 1.12.2006 durchgeführt. Am 2.12.2006 begab sich die Antragstellerin, nachdem sie zuvor in der o.g. Klinik war, in das DRK-Krankenhaus in S.. Dort wurde eine Operation eingeleitet. Das Kind war verstorben.

Mit Schreiben vom 5.01.2007 (Bl.47 d.A.) machten die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin Ansprüche geltend. Am 6.01.2009 wurde Strafanzeige erstattet. Ein durch die Ermittlungsbehörde eingeholtes Gutachten lag am 14.02.2011 vor. Das Ermittlungsverfahren gegen die Antragsgegnerinnen wurde eingestellt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, etwaige Ansprüche seien nicht verjährt. Erst nach Vorlage des Gutachtens im Ermittlungsverfahren habe die Kenntnis vorgelegen, dass unzureichende CTG-Untersuchungen gefertigt wurden und damit ein (grober) Befunderhebungsfehler vorliege.

Mit Beschluss vom 7.06.2013 hat das Landgericht Saarbrücken den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen. Der Durchsetzbarkeit etwaiger Ansprüche der Antragstellerin stehe die erhobene Verjährungseinrede entgegen.

Hiergegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Saarländischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Die Akten der Staatsanwaltschaft Saarbrücken 7 Js 101/09 waren beigezogen.

II.

Die gemäß §§ 127 Abs. 2 S. 2, 567, 569 ZPO zulässige sofortige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht die beantragte Prozesskostenhilfe aufgrund fehlender Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung versagt. Mit sehr ausführlicher, die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigender, im Nichtabhilfebeschluss vom 9.09.2013 vertiefter, Begründung kommt das Landgericht Saarbrücken zutreffend zu dem Ergebnis, dass die erhobene Einrede der Verjährung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche entgegensteht, § 214 BGB.

1. Die maßgebende Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hatte die Antragstellerin bereits am 5.01.2007 als ihr Prozessbevollmächtigter erstmals Ansprüche gegenüber der Antragsgegnerin zu 2. (vgl.

zur Haftung der Ärzte einer Gemeinschaftspraxis OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.2011 - 8 U 1/08 - juris Rn. 25; OLG Dresden Urteil vom 24.07.2008 - 4 U 1857/07 - juris Rn. 13 - OLGR Dresden 2008, 818-819; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. A 15) geltend machte. Dies gilt auch, wenn man den im Anschluss an den streitgegenständlichen Vorfall die Antragstellerin erheblich belastenden Verlauf berücksichtigt. Der Senat verkennt auch nicht, dass im Rahmen der Verjährung keine höheren Anforderungen an die Kenntnis bzw. die Kenntnismöglichkeiten des Patienten gestellt werden dürfen, als ihm etwa an Vortrag im Rahmen seiner Substantiierungspflicht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03 - juris Rn. 22 - BGHZ 159, 245-254) obliegt.
a. Wie das Landgericht Saarbrücken bereits zutreffend ausgeführt hat, liegt eine Kenntnis vom Schaden im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht schon dann vor, 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 schuldlosen 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 (vgl. BGH, Urteil vom 23.04.1991 - VI ZR 161/90 - VersR 1991, 815, 816).
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. Die Verjährungsfrist beginnt 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. 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, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08 -, Rn. 6 mwN). Allein aus einer erheblichen Schadensfolge muss ein Patient dagegen nicht auf einen Behandlungsfehler schließen (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08 -, Rn. 7).
b. Die hiernach maßgebende Kenntnis lag bei der Antragstellerin im01.2007 vor. Da eigene Kenntnis gegeben war, kommt es auf die Frage, ob sich der Patient die Kenntnis seines Prozessbevollmächtigten als Wissensvertreter, § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muss (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2000 - VI ZR 198/99 - juris Rn. 12; als „bisher höchst richterlich noch nicht entschieden“ bezeichnend Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. D 9) nicht an.
aa. Im Schreiben vom 5.01.2007 erhebt die Antragstellerin den entscheidenden Vorwurf der fehlerhaften Behandlung in Form unterlassener stationärer Einweisung zur Durchführung einer Sectio. Hierin wird sogar ein grober Behandlungsfehler gesehen. Die anwaltlich beratene Antragstellerin ging somit von einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse sowie davon aus, dass die Antragsgegnerinnen einen Fehler begangen haben, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. BGHZ 159, 48, 53, st. Rspr.; BGH, Urteil vom 25.10.2011 - VI ZR 139/10 -, NJW 2012, S. 227, 228). Dies stützt sich auch auf hinreichende Tatsachen in Form der Nichteinweisung in eine Klinik. Hieraus folgt aber gerade die Kenntnis auf Seiten der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerinnen in ihrem ärztlichen Vorgehen von medizinischen Standards abgewichen sind.
Selbst wenn man eine solche Kenntnis aus Laiensicht auf Seiten der Antragstellerin zunächst nicht annimmt, liegt diese zumindest nach dem Besuch bei ihren Prozessbevollmächtigten und Kenntnis des Anspruchsschreibens vom 5.01.2007 vor.
Die Antragstellerin hat gerade deshalb einen Rechtsanwalt aufgesucht, da sie zumindest Zweifel an der ordnungsgemäßen Behandlung hegte. So gab sie auch bei ihrer polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren an, man habe „sofort“ mit einem Anwalt gesprochen, was nur dann naheliegt, wenn man aus eigener Sicht offene Rechtsfragen klären möchte. Am Ende dieses Kontakts zum Rechtsanwalt stand dann das Schreiben vom 5.01.2007. In diesem werden, wie aufgezeigt explizit Ansprüche geltend gemacht. Sucht ein Patient, der über die Ordnungsgemäßheit einer ärztlichen Behandlung in Zweifel ist, diesbezüglich einen Rechtsanwalt auf und ist das Ergebnis dieser Konsultation ein anspruchsanmeldendes Schreiben an den vermeintlichen Schuldner, liegt auf Seiten des Patienten dann aber gerade die Kenntnis vor, um den Rückschluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten der Behandlungsseite zu ziehen. Anders kann er ein solches Schreiben nicht verstehen.
bb. Dass dem so ist, wusste die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vortrag bereits am 29.11.2006. Dort wurde ihr einerseits von der E.-Klinik mitgeteilt, es werde alles für einen Kaiserschnitt am gleichen Tag vorbereitet. Ihr wurde - so ihr Vortrag - auch bereits der Aufklärungs- und Anamnesebogen mitgegeben. Dem diametral entgegenstehend verneinte die Antragsgegnerin zu 1. jedoch, nach Untersuchung, die Notwendigkeit einer Sectio. Wird das Kind, was einen verständlichen schweren Schicksalsschlag darstellt,

kurz darauf tot geboren, liegt der Rückschluss auf die Ursache in der fehlenden und von den Antragsgegnerinnen abgelehnten Sectio nicht nur nahe; die Antragstellerin hat ihn schon damals selbst gezogen, was sich aus dem Anwaltsschreiben vom 5.01.2007 und ihren eigenen Angaben in der polizeilichen Vernehmung vom 16.03.2009 ergibt.
Auf Basis und in Kenntnis dieses Sachverhaltes wäre ihr somit zu diesem Zeitpunkt die Erhebung einer (Feststellungs-)klage möglich gewesen.
cc. Zwar weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass entgegen den - im Nichtabhilfebeschluss korrigierten - Ausführungen des Landgerichts Saarbrücken im Beschluss vom 7.06.2013 (BA Seite 5; Bl. 77 d.A.) im Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 5.01.2007 zur Anspruchsbegründung nicht auf die unzureichenden CTG-Befunde abgestellt worden sei. Davon ist in diesem Schreiben nicht die Rede. Hierauf kommt es aber auch nicht an. Entscheidend ist, dass sie das Abweichen von medizinischen Standards bereits zuvor kannte. Die unzureichende CTG-Befundung kann lediglich zur Untermauerung des Behandlungsvorwurfs, die Sectio hätte früher eingeleitet werden müssen, führen. Gerade hierin hätte der reaktionspflichtige Befund bestanden.
dd. Die Antragstellerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihr erst nach Vorlage des Gutachtens im Ermittlungsverfahren ein Befunderhebungsfehler in Form unzureichender oder gänzlich unterlassener Befundung zur Kenntnis gelangte, während sie sich zuvor gleichsam allgemein nur auf einen Behandlungsfehler berufen konnte.
(1.) Zwar ist die Frage der Verjährung, wenn sich der Schadensersatzanspruch auf mehrere Fehler stützen lässt, für jeden Fehler gesondert zu beurteilen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 14.07.2011 - 5 U 223/11 -, Rn. 15; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. D 2).
(2.) Die vorgenannte Entscheidung betraf aber mehrere aufeinander folgende und nebeneinander stehende zahnärztliche Pflichtverletzungen mit jeweils unterschiedlichen Beeinträchtigungen (so der Leitsatz OLG Koblenz; s. auch Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. V 24). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Vorwurf an die Antragsgegnerinnen ist die zu späte Durchführung der Sectio. Dieser wurde von Anfang an erhoben. Der Vorwurf unzureichender CTG-Befundung zielt auf das nämliche Unterlassen. Auch unter Berücksichtigung dieses (vermeintlichen) Befunderhebungsfehlers hätten die Antragsgegnerinnen aus Sicht der Antragstellerin eine Sectio einleiten müssen. Dies wäre nach ihrer Ansicht die adäquate Reaktion gewesen. Eine selbständige Pflichtverletzung, die zu einem anderen ärztlichen Vorgehen mit anderen Beeinträchtigungen geführt hätte, liegt demnach aber gerade nicht vor.
Der Grund, die Verjährung bezüglich einzelner Pflichtverletzungen zu unterschiedlichen Zeiten beginnen zu lassen, liegt darin, dass jede Pflichtverletzung mit weiteren Nachteilen für das Vermögen des Gläubigers verbunden ist, so dass es gerechtfertigt ist, sie verjährungsrechtlich selbständig zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 09.11.2007 - V ZR 25/07 -, Rn. 17). Derartige weitere Nachteile, vorliegend für Körper und Gesundheit der Antragstellerin, liegen jedoch nicht vor. Entscheidender Vorwurf ist die Nichtdurchführung einer früheren Sektio bzw. der unterlassene Hinweis auf die Notwendigkeit einer solchen. Dass dies in Abweichung vom gebotenen ärztlichen Vorgehen nicht durchgeführt wurde, wusste die Antragstellerin aber bereits im01.2007.
2. Selbst wenn man entgegen dem Vorstehenden keine Kenntnis im01.2007 annimmt, liegt eine grob fahrlässige Unkenntnis ab der Vernehmung der Antragstellerin im Ermittlungsverfahren - 16.03.2009 - vor.
a. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08 -, Rn. 13).
Dabei bezieht sich die grob fahrlässige Unkenntnis ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf alle Merkmale der Anspruchsgrundlage und bei der Verschuldenshaftung auf das Vertretenmüssen des Schuldners, wobei es auf eine zutreffende rechtliche Würdigung nicht ankommt. Ausreichend ist, wenn dem Gläubiger aufgrund der ihm grob fahrlässig unbekannt gebliebenen Tatsachen zugemutet werden kann, zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen eine bestimmte Person aussichtsreich, wenn auch nicht risikolos Klage - sei es auch nur in Form einer Feststellungsklage - zu erheben (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.2012 - VI ZR 108/11 - Rn. 18, BGHZ 193, 67-78; BGH, Urteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08 -, Rn. 14).
In Arzthaftungssachen ist bei der Prüfung, ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, zugunsten des Patienten zu berücksichtigen, dass dieser nicht ohne Weiteres aus einer eingetretenen Gesundheitsbeeinträchtigung auf einen schuldhaften Behandlungs- oder Aufklärungsfehler zu schließen braucht. Deshalb führt allein der negative Ausgang einer Behandlung ohne weitere sich aufdrängende Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Geschehen nicht dazu, dass der Patient zur Vermeidung der Verjährung seiner Ansprüche Initiative zur Aufklärung des Behandlungsgeschehens entfalten müsste. Denn das Ausbleiben des

Erfolgs ärztlicher Maßnahmen muss nicht in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben, sondern kann schicksalhaft und auf die Eigenart der Erkrankung zurückzuführen sein (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08 -, Rn. 17).
b. Die Antragstellerin gab bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren am 16.03.2009 ebenfalls an, dass die Antragsgegnerinnen entgegen dem Rat der Klinik die Einleitung eines Kaiserschnitts nicht für erforderlich ansahen. Sie äußerte auf Frage, dass sie „beiden“, d.h. sowohl dem behandelnden Arzt der St. E.-Klinik als auch den Antragsgegnerinnen vorwerfe, sie sei „nicht richtig behandelt“ worden. Sie selbst hätte auch sterben können, „wenn weiter gewartet worden wäre.“ Obgleich nach Vorstehendem vom Patienten keine rechtlichen Schlussfolgerungen erwartet werden können und die Anforderungen an seine Kenntniserlangung nicht überspannt werden dürfen, ergibt sich aus diesen Angaben jedoch deutlich, dass die Antragstellerin ein klares Fehlverhalten der Antragsgegnerinnen annahm und dies gerade auf das Zuwarten stützte. Bei einer derartigen Annahme nicht auf ein Abweichen von ärztlichen Standards zu schließen, ist jedoch grob fahrlässig.
Auch gab die Antragstellerin auf die Frage, warum erst im Jahr 2009 Strafanzeige erstattet worden sei an, man habe „sofort“ mit einem Anwalt gesprochen. Auch dies lässt den Rückschluss darauf zu, dass man „sofort“ ein ärztliches Fehlverhalten annahm.
3. Zutreffend stellt das Landgericht Saarbrücken fest, dass keine Hemmung der Verjährung, insbesondere nach § 203 Satz 1 BGB vorliegt. Hiergegen wurde mit der Beschwerde nichts vorgebracht.
4. Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht, da außergerichtliche Kosten des Gegners nicht zu erstatten sind, § 127 Abs. 4 ZPO, und die Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten sich auch ohne gesonderten Ausspruch direkt aus dem Gesetz ergibt (vgl. Motzer, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 127 Rn. 34 f.). Da die sofortige Beschwerde in Gänze erfolglos war, konnte von der Erhebung von Gerichtskosten nach § 22 GKG i.V.m. KV Nr. 1812 (Anlage 1 zu § 3 GKG) nicht abgesehen werden.
Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben.
Gericht:
OLG Hamm 26. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:
01.07.2014
Aktenzeichen:
I-26 U 4/13, 26 U 4/13
Dokumenttyp:
Urteil
Quelle:
Normen:
§ 253 BGB, § 280 BGB, § 611 BGB, § 823 BGB
Zitiervorschlag:
OLG Hamm, Urteil vom 01.07.2014 – I-26 U 4/13, 26 U 4/13 –
Arzt- und Krankenhaushaftung: Bemessung des Schmerzensgeldes für den Funktionsverlust einer Schulter aufgrund eines groben Behandlungsfehlers

Leitsatz

Für den Funktionsverlust der linken Schulter erscheint ein Schmerzensgeld von 50.000,- EUR angemessen. Bei der Bewertung als grober Behandlungsfehler kann auch berücksichtigt werden, dass die gewählte Operationsart nicht die Methode der Wahl war und selbst fehlerhaft durchgeführt worden ist.

Tenor

Auf die Berufungen der Parteien wird das am 13.11.2012 verkündete Urteil der fünften Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert.
Die Beklagten zu 1), 2) und 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 50.000 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.12.2010 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1), 2) und 3) verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen materiellen und derzeit nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden aus Anlass der Operation vom 9.11.2005 zu ersetzen, soweit ein öffentlich-rechtlicher Forderungsübergang nicht stattfindet.
Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.
Die Gerichtskosten tragen die Klägerin zu 2/5 und die Beklagten zu 1), 2) und 3) zu 3/5. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) und 5) trägt die Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin werden den Beklagten zu 1), 2) und 3) zu 3/5 auferlegt. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.
Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers.
Die am .....1958 geborene Klägerin befand sich vom11.2005 bis02.2006 wegen einer Funktionsbeeinträchtigung des Schultergelenks in der Klinik der Beklagten zu 1). Dort wurde am 9.11.2005 ein Eingriff vorgenommen, bei dem eine Acromioplastik mit Beseitigung einer Exostose und Durchtrennung des ligamentum coracoaromiale vorgenommen wurde. Seit diesem Eingriff kann die Klägerin ihren linken Arm nicht mehr richtig heben. Während des Krankenhausaufenthaltes stürzte die Klägerin am 18.11.2005 im Krankenhaus der Beklagten zu 1) auf einer Treppe, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob sie dabei auch auf die Schulter gefallen ist. Am 17.01.2006 wurde eine Mobilisation der Klägerin in Narkose vorgenommen. Am 21.02.2006 erfolgte eine Revisionsoperation, bei der Verwachsungen gelöst wurden. Im10.2006 erfolgte ein erneuter Eingriff an der Schulter der Klägerin, bei dem im Evangelischen Krankenhaus in E eine Rotatorenmanschetten-Naht durchgeführt wurde und in dessen Verlauf es zu einer Infektion kam. In der Zeit vom 31.01.bis 2.2.2008 wurde die Klägerin erneut im Krankenhaus der Beklagten zu 1) stationär wegen einer osteoporotischen BWK-12-Fraktur behandelt. Bei einem Eingriff am 19.02.2009 erfolgte in der orthopädischen Praxisklinik in N eine Versteifung der linken Schulter. Vom 12.3.2009 bis zum 4.9.2009 befand sich die Klägerin zur Schmerztherapie und chirurgischen Nachbehandlung (Rearthrodese) abermals im evangelischen Krankenhaus in E. Im06.2009 erfolgte ein weiterer Eingriff. Vom 13.9.2010 bis zum 2.10.2010 hielt sich die Klägerin zur Metallentfernung wiederum im evangelischen Krankenhaus in E auf. Ein weiterer stationärer Aufenthalt erfolgte dort in der Zeit von05.bis08.2011.
Die Klägerin hat mit der Begründung, die operativen Eingriffe vom 9.11.2005 und 21.2.2006 seien behandlungsfehlerhaft erfolgt, weil dabei das Schulterdach vollständig entfernt worden sei, Schmerzensgeld i.H.v. 50.000 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und künftige immaterielle Schäden geltend gemacht.
Nach Einholung eines schriftlichen fachorthopädischen und unfallchirurgischen Sachverständigengutachtens und dessen mündlicher Erläuterung im Kammertermin hat das Landgericht durch das angefochtene Urteil der Klage teilweise stattgegeben und die Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 30.000 EUR verurteilt. Ferner hat es die Ersatzpflicht für sämtliche materiellen und künftigen immateriellen Schäden festgestellt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bei dem Eingriff vom 9.11.2005 fehlerhaft behandelt worden. Wie der Sachverständige ausgeführt habe, sei die im Verlauf des Eingriffs erfolgte Zerstörung des Schulterdaches grob behandlungsfehlerhaft. Dass es zu diesem Behandlungsfehler gekommen sei, ergebe sich aus den vorliegenden Röntgenbildern. Die Beschwerden der Klägerin seien auch nicht auf einen Sturz vom 18.11.2005 zurückzuführen, denn das Röntgenbild vom 18.11.2005 belege nicht eindeutig einen Sturz. Vielmehr könnten die darauf erkennbaren Knochenteile auch von dem Eingriff stammen. Auch sei ein Bruch des Schulterdaches, bei dem es sich um eine schwerwiegende Komplikation handele, im Operationsbericht nicht erwähnt. Die beiden weiteren Eingriffen vom 17.1.2006 und 21.2.2006 seien fehlerhaft, weil sie letztlich überflüssig gewesen seien. Die anhaltenden Funktionsstörungen mit erheblichen Schmerzen und die Notwendigkeit der Gelenksversteifung seien ohne Zweifel auf den Eingriff vom 9.11.2005 zurückzuführen. Aufgrund dieses Beweisergebnisses komme es auf die weitere Frage, ob die Aufklärung der Klägerin ordnungsgemäß erfolgt sei, nicht mehr an. Wegen der weiteren Feststellungen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.
Hiergegen richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien. Die Beklagten verfolgen ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Sie tragen vor, der Eingriff vom 9.11.2005 sei entgegen den Feststellungen des Landgerichts nicht fehlerhaft gewesen. Der Eingriff sei indiziert gewesen. Die Klägerin sei auf die Notwendigkeit der Vorgehensweise mittels offener Operation anstelle eines arthroskopischen Eingriffs hingewiesen worden. Bei dem Eingriff sei das Schulterdach weder zerstört noch entfernt worden. Gegen die Annahme des Sachverständigen spreche zunächst der Operationsbericht. Darüber hinaus gehe aus dem Operationsbericht hervor, dass intraoperativ die Rekonstruktion des Schulterdaches und die Verifizierung des musculus deltoideus vorgenommen worden sei, wie es vom Sachverständigen beim Auftreten einer solchen Komplikation gefordert worden sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den vom Landgericht herangezogenen Röntgenbildern, die der Sachverständige falsch ausgewertet habe. Anlässlich der Operation vom 26.10.2006 sei das Schulterdach im Operationsbericht noch beschrieben worden. Zu Unrecht habe die Klägerin bestritten, auf die Schulter gefallen zu sein. Bei dem porösen Knochenbild, das die Klägerin aufweise, könne es auch ohne einen Sturz auf die Schulter zu Destruktionen und Absplitterungen am Schulterdach gekommen sein. Falsch seien auch die Ausführungen des Sachverständigen zur eingeschränkten aktiven Beweglichkeit des Armes der Klägerin. Wenn die Beweglichkeit des Arms doch eingeschränkt sei, beruhe dies nicht auf der streitgegenständlichen Operation, sondern auf einer bei der Operation vom 26.10.2006 verursachten Verletzung des nervus axillarius oder der dort erlittenen Infektion. Bei einer stationären Behandlung der Klägerin im Jahr 2008 sei keine eingeschränkte Beweglichkeit der linken Schulter erwähnt worden. Weder aus dem Arztbrief der Nachbehandler vom 05.01.2009 noch aus dem Operationsbericht vom 19.02.2009 ergebe sich ein solcher Zusammenhang.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 27.05.2014 tragen die Beklagten ergänzend vor, aus den Röntgenaufnahmen aus den Jahren 2006 und 2009 lasse sich kein Behandlungsfehler der Beklagten herleiten. Der von ihnen vorgelegte fachradiologische Befund des Herrn Dr. G stehe im Widerspruch zu den Feststellungen des Sachverständigen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin sei es auf die Wahl der Operationsmethode nicht angekommen, da beide Alternativen fachgerecht seien. Der MRT-Befund vom 09.11.2005 habe sogar gegen einen minimalinvasiven Eingriff gesprochen. Im Anschluss an das MRT sei eine weitere Aufklärung der Klägerin nicht erforderlich gewesen. Die Klägerin sei im Übrigen auch über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden.
Die Beklagten beantragen,
abändernd die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,
abändernd, die Beklagten zu verurteilen, an sie ein weiteres Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 20.000 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.12.2010 zu zahlen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
Zur Begründung trägt die Klägerin vor, ihr stehe ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 50.000 EUR zu. Der Sachverständige habe die von ihr geschilderten Beeinträchtigungen durch den Behandlungsfehler bestätigt. Insbesondere habe der Sachverständige bestätigt, dass die zahlreichen multiplen Nachoperationen und Versuche der operativen Versteifung des linken Armes auf den Behandlungsfehler zurückzuführen gewesen seien. Die grob behandlungsfehlerhafte Zerstörung des Schultergelenkes habe zu einem vollständigen Funktionsverlust der linken Schulter geführt. Insoweit sei ein Schmerzensgeld i.H.v. 50.000 EUR angemessen. Eine aktive Beweglichkeit ihres linken Armes sei bereits seit dem Eingriff im11.2005 nicht mehr gegeben gewesen. Der geltend gemachte Anspruch sei jedenfalls wegen der Aufklärungspflichtverletzung, über die das Landgericht nicht entschieden habe, begründet.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat die Parteien mündlich gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige hat sein Gutachten gem. § 411 Abs. 3 ZPO erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die wechselseitigen Berufungen der Parteien haben in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.
1. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht eine Haftung der Beklagten zu 1), 2) und 3) wegen eines Behandlungsfehlers gem. §§ 611, 280, 823 Abs. 1, 2, 253 Abs. 2 BGB angenommen.
a) Der Senat ist nach der ergänzend durchgeführten Anhörung des Sachverständigen Dr. G2 ebenfalls davon überzeugt, dass die Klägerin bei der Operation vom 09.11.2005 im Krankenhaus der Beklagten zu 1) von den beiden Operateuren, den Beklagten zu 2) und 3), fehlerhaft behandelt worden ist. Sowohl die Wahl der offenen Schultergelenksoperation als auch die Durchführung dieses Eingriffs verstießen gegen den ärztlichen Standard. Ob darüber hinaus auch ein Aufklärungsversäumnis der Beklagten vorliegt, bedarf daher keiner Entscheidung.
aa) Den Beklagten zu 1), 2) und 3) ist vorzuwerfen, dass kein endoskopischer Eingriff durchgeführt worden ist, obwohl dies die Methode der Wahl gewesen wäre. Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass ein arthroskopischer Eingriff zur Entfernung des Schleimbeutels und zur Dekompression der Enge im Schultergelenk indiziert gewesen sei. Zwar bestehe auch die Möglichkeit eines offenen Eingriffs, der grundsätzlich gleichwertig sei. Wie der Sachverständige jedoch im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin ausdrücklich erklärt hat, hätte nach Erhebung des MRT-Befundes am Tag des Eingriffs von der offenen Operation Abstand genommen werden müssen, denn dieser Befund habe die krankhafte Veränderung im Schultergelenk gezeigt, die allein die Arthroskopie habe angezeigt sein lassen. Diese Vorgehensweise war nach dem erhobenen MRT-Befund die Methode der Wahl, auch wenn zuvor allein aufgrund der klinischen Befunde noch eine offene Operation in Betracht gekommen wäre. Insoweit ist auch entgegen der mit Schriftsatz vom 27.5.2014 geäußerten Auffassung der Beklagten kein Widerspruch zwischen dem schriftlichen Sachverständigengutachten und den Erläuterungen des Sachverständigen im Senatstermin erkennbar. Die Entfernung von Exostosen hat die Wahl der offenen Operation entgegen der Darstellung der Beklagten nicht gerechtfertigt. Wie der Sachverständige plausibel erklärt hat, handelt es sich dabei um einen rein kosmetischen Eingriff, der ebenfalls endoskopisch hätte durchgeführt werden können.
bb) Den Beklagten zu 1), 2) und 3) ist weiterhin vorzuwerfen, den vorgenommenen Eingriff fehlerhaft durchgeführt zu haben. Der Senat ist davon überzeugt, dass bei der Klägerin intraoperativ wesentliche Teile des Schulterdaches fehlerhaft abgetragen worden sind. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist es zu der eindeutig festgestellten Zerstörung des Schulterdaches nicht erst infolge des Sturzes der Klägerin vom 18.11.2005 gekommen, sondern bereits im Verlauf der Operation, bei der eine Destruktion des

Schulterdaches und eine anschließende Resektion des Acromions mit Beteiligung des Schultereckgelenks vorgenommen worden ist. Diese Feststellung beruht zunächst auf dem eigenen Vortrag der Beklagten, die selbst eingeräumt haben, dass bei der streitgegenständlichen Operation ein - wenn auch nur - kleiner Teil des Schulterdaches lateral entfernt worden sei, um den Subacrominalraum zur besseren Beweglichkeit zu weiten. Auch der Operationsbericht vom 9.11.2005 stützt die Feststellung eines Behandlungsfehlers. Dort ist von einer Teilresektion des Schulterdaches mit Meißel und Luer die Rede. Schließlich ergibt sich die Fehlerhaftigkeit der Operation, worauf der Sachverständige hingewiesen hat, bereits der eigenen Darstellung den Beklagten zu 2). Der Beklagte zu 2) hat im Kammertermin beim Landgericht erklärt, das Acromion intraoperativ weggenommen zu haben, nachdem bemerkt worden sei, dass der Humeruskopf gegen die Kante des Acromions gestoßen habe. Die Zerstörung des Schulterdaches der Klägerin beruht deshalb, worauf der Sachverständige hingewiesen hat, nicht auf einer intraoperativ eingetretenen Komplikation. Vielmehr ist die Operation fehlerhaft durchgeführt worden, denn es sei, so der Sachverständige, nicht um die Kante des Schulterdaches gegangen, sondern um die Beseitigung der Enge darunter.
Entgegen der mit Schriftsatz vom 27.5.2014 geäußerten Auffassung der Beklagten kommt es auf die Auswertung der nach der streitgegenständlichen Operation angefertigten Röntgenbilder mithin nicht entscheidend an. Auch ist die Einholung eines fachradiologischen Ergänzungsgutachtens zur Interpretation des intraoperativ angefertigten Röntgenbildes vom 9.11.2005 nicht erforderlich. Unabhängig davon, dass der Sachverständige, der als Facharzt für Orthopädie die erforderliche Sachkunde für eine zutreffende Beurteilung dieses Befundes besitzt, unzweideutig erklärt hat, dass das Röntgenbild das bei der Operation zerstörte Schulterdach zeige, folgt die Feststellung des Senats, dass der Eingriff behandlungsfehlerhaft war, wie dargelegt, bereits aus der eigenen Darstellung des Beklagten zu 2), der die fehlerhafte Resektion des Schulterdaches selbst beschrieben hat. Dass seine Darstellung im Rahmen der Anhörung im Kammertermin des Landgerichts zutreffend gewesen ist, hat der Beklagte zu 2) ausdrücklich im Senatstermin bestätigt.
b) Infolge der fehlerhaften Operation ist es nach der am 19.2.2009 in der orthopädischen Praxisklinik in N erfolgten Versteifung der linken Schulter zu einer vollständigen Funktionsaufhebung des linken Arms der Klägerin gekommen. Hiervon geht der Senat aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen aus, der in seinem schriftlichen Gutachten erläutert hat, dass durch das Fehlen des Schulterdaches eine dauerhafte regelrechte Funktion des Schultergelenkes nicht mehr möglich sei. Demgegenüber können sich die Beklagten nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Versteifung des Schultergelenks möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass die Klägerin an einer Osteoporose leidet. Den Beklagten ist ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen, der hinsichtlich seiner Kausalität für die eingetretenen Schadensfolgen zu einer Beweislastumkehr führt, so dass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass die Versteifung des Schultergelenks auf die fehlerhafte Operation durch die Beklagten zurückzuführen ist. Dass ein grober Behandlungsfehler vorliegt, entnimmt der Senat den Ausführungen des Sachverständigen, der zu der klaren Einschätzung gelangt ist, dass die Vorgehensweise bei der Operation grob fehlerhaft gewesen ist. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass die gewählte Operationsart auch nicht die Methode der Wahl war und selbst fehlerhaft durchgeführt worden ist.
c) Das fehlerhafte Vorgehen der Beklagten und die dadurch eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin rechtfertigen nach Auffassung des Senats ein Schmerzensgeld i.H.v. 50.000 EUR. Bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes waren zunächst die erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin zu berücksichtigen, die aufgrund des Funktionsverlustes der Schulter massiver Einschränkungen im täglichen Leben erfährt. Sie ist bei den täglichen Verrichtungen, insbesondere der Haus- und Gartenarbeit erheblich beeinträchtigt und kann diese, wie sie im Rahmen der mündlichen Anhörung im Senatstermin erläutert hat, nicht mehr ohne fremde Hilfe durchführen. Sie kann wegen der anhaltenden Schmerzen nicht durchschlafen und ist auf die Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen. Weiterhin war bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen, dass die Klägerin infolge der fehlerhaften Operation eine Vielzahl weiterer Eingriff über sich ergehen lassen musste. Bereits am 17.1.2006 wurde noch im Krankenhaus der Beklagten zu 1) eine Mobilisation in Narkose vorgenommen. Am 21.2.2006 erfolgte eine Revisionsoperation, um Verwachsungen zu lösen. Am 19.2.2009 musste die linke Schulter versteift werden. Nachbehandlungen erfolgten vom 12.3.2009 bis zum 4.9.2009, im06.2009, vom 13.9.2010 bis zum 2.10.2010 sowie von05.bis08.2011. Die Höhe des Schmerzensgeldes bewegt sich auch in dem Rahmen, in dem von der Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit Schmerzensgelder zugesprochen worden sind. Bereits im Jahr 1997 hatte das Landgericht München I bei einer ähnlichen Schulterverletzung ein Schmerzensgeld i.H.v. 45.000 EUR (Urt. vom 24.7.1997 - 19 O 20421/96 -). Schon der seitdem eingetretene Preisanstieg rechtfertigt danach das hier ausgesprochene Schmerzensgeld.
d) Der Zinsanspruch ist aus Verzug begründet, §§ 280, 286, 288 BGB. Die Klägerin hatte ihren Anspruch mit Schreiben vom 7.12.2010 unter Fristsetzung zum 22.12.2010 angemahnt.

e) Der geltend gemachte Feststellungsantrag ist gemäß § 256 ZPO zulässig und begründet. Der Eintritt weiterer zukünftiger Schäden ist, zumal es sich vorliegend um eine Gelenksverletzung handelt, nicht ausgeschlossen.
2. Ein Anspruch gegen die Beklagten zu 4) und 5) besteht wegen der von diesen am 10.01.2006 und 21.02.2006 durchgeführten weiteren operativen Eingriffe nicht. Zwar hat der Sachverständige ausgeführt, dass diese Eingriffe nicht indiziert gewesen seien, weil sie zu keiner Verbesserung des Zustandes der Klägerin hätten führen können. Der Sachverständige hatte sogar darauf hingewiesen, dass es vielmehr durch diese Eingriffe zum Fortschreiten des Funktionsverlustes der linken Schulter gekommen sei. Indessen scheidet nach Auffassung des Senats ein Anspruch auf Schadensersatz bzw. Schmerzensgeld deshalb aus, weil den Beklagten zu 4) und 5) nicht vorgeworfen werden kann, den groben Behandlungsfehler der Beklagten zu 2) und 3) nicht erkannt zu haben.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 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.

104. BGH, Urteil vom 01.07.2014 – VI ZR 391/13 – * Gesetzlicher Forderungsübergang von Arzt- und Krankenhaushaftungsansprüchen wegen Geburtsschäden auf die gesetzliche Krankenversicherung: Forderungserwerb durch einen nachfolgenden Sozialversicherungsträger bei Wechsel der Krankenkasse und Verjährungsbeginn; Wirkung einer Verjährungshemmung durch Verhandlungen zugunsten des Rechtsnachfolgers und einer Verjährungsverzichtserklärung des Schuldners im Verhältnis zum Rechtsvorgänger

Leitsatz

1. Bei einem Wechsel des Sozialversicherungsträgers (hier: der Krankenkasse) gehen die vom zuerst verpflichteten Sozialversicherungsträger gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X erworbenen Ersatzansprüche des Geschädigten kraft Gesetzes auf den nun zuständigen Sozialversicherungsträger über, sofern die geschuldeten Versicherungsleistungen sachlich und zeitlich kongruent sind.
2. Der nachfolgende Sozialversicherungsträger erwirbt die Ersatzforderung - auch was einen beim zuerst verpflichteten Sozialversicherungsträger eingetretenen Verjährungsbeginn anbelangt - so, wie sie sich bei dem Rechtsübergang befindet.
3. Zugunsten des Rechtsnachfolgers wirkt nur die bei seinem Rechtsvorgänger durch Verhandlungen gemäß § 203 BGB bis zum Rechtsübergang bewirkte Verjährungshemmung; ob eine Hemmung der Verjährung beim Rechtsnachfolger eintritt, hängt hingegen davon ab, ob Hemmungsgründe in seiner Person vorliegen.
4. Verjährungsverzichtserklärung, die der Schuldner nur im Verhältnis zum Rechtsvorgänger abgegeben hat, wirken grundsätzlich nicht zugunsten des Rechtsnachfolgers.

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 29.07.2013 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, ein gesetzlicher Krankenversicherer, nimmt die Beklagte zu 1, die Trägerin einer Klinik, und den Beklagten zu 2, einen dort tätigen Arzt, wegen einer Gesundheitsverletzung, die der Geschädigte bei seiner Geburt erlitten hat, aus übergegangenem Recht auf Schadensersatz in Anspruch. Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung.
Der Geschädigte war nach seiner Geburt im Jahr 2000 zunächst bei der AOK B. gesetzlich krankenversichert. Diese meldete in den Jahren 2001 und 2002 bei den Beklagten bzw. deren Haftpflichtversicherer Schadensersatzansprüche an. Der Haftpflichtversicherer verzichtete erstmals mit Schreiben vom 11.03.2003 - auch im Namen der versicherten Personen - gegenüber der AOK B. bis zum 31.12.2003 auf die Einrede der Verjährung, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass noch keine Verjährung eingetreten sei. Mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben verlängerte er seinen Verzicht jeweils um ein weiteres Jahr, zuletzt bis zum 31.12.2010.
Die Klägerin ist seit dem 17.06.2003 gesetzlicher Krankenversicherer des Geschädigten. Mit Schreiben vom 29.09.2010 machte sie erstmals Ansprüche gegenüber dem Haftpflichtversicherer der Beklagten

geltend. Ende des Jahres 2010 verzichtete dieser ihr gegenüber bis zum 31.12.2011 auf die Einrede der Verjährung, allerdings nur, soweit noch keine Verjährung eingetreten sei.
Die Klägerin verlangt von den Beklagten Ersatz für von ihr aufgewendete Behandlungskosten von 15.523,42 € und für Leistungen der Pflegekasse von 4.307,50 € sowie die Feststellung der weiteren Schadensersatzpflicht bezüglich gemäß §§ 116, 119 SGB X auf sie übergegangener bzw. übergehender Ansprüche. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

I.
Das Berufungsgericht führt aus, die gemäß § 116 SGB X auf die Klägerin übergegangenen Schadensersatzansprüche und die im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend gemachten Ansprüche der Pflegekasse seien verjährt. Die Ansprüche auf Ersatz der Heilbehandlungskosten seien mit dem Schadensereignis zunächst auf die AOK B. übergegangen. Mit dem Kassenwechsel am 17.06.2003 sei der Anspruch dem Grunde nach auf die Klägerin übergegangen. Diese habe den Anspruch allerdings so erworben, wie er dem bisherigen Inhaber zugestanden habe. Die Verjährung laufe beim Kassenwechsel weiter und die Klägerin müsse sich das Wissen ihrer Rechtsvorgängerin zurechnen lassen. Nachdem seitens der Regressabteilung der AOK B. spätestens am 14.08.2001 Kenntnis von den maßgeblichen anspruchsbegründenden Umständen bestanden habe, habe zu diesem Zeitpunkt auch die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 BGB a.F. zu laufen begonnen.
Ab dem Anspruchsübergang am 17.06.2003 könne sich die Klägerin keine verjährungsunterbrechenden Handlungen von oder gegenüber Dritten mehr zurechnen lassen. Der nach § 116 SGB X übergegangene Anspruch und der beim Geschädigten verbleibende Restanspruch entwickelten ein voneinander getrenntes "rechtliches Schicksal". Der AOK B. habe nur ein zeitlich begrenzter Anspruch auf Ersatz der bis zum 16.06.2003 entstandenen Heilbehandlungskosten zugestanden, der Klägerin ein Ersatzanspruch für die anschließend aufgewendeten Kosten. Die Hemmung der Verjährung wegen der von der AOK B. geführten Verhandlungen habe für die Klägerin am 17.06.2003 geendet. Ersatzberechtigt für die ab dem 17.06.2003 entstandenen Heilbehandlungskosten seien nur noch die Klägerin und die bei ihr angesiedelte Pflegekasse gewesen. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die AOK B. stellvertretend für die Klägerin habe verhandeln wollen bzw. hierzu ermächtigt gewesen wäre.
Die Klägerin könne sich auch nicht nach dem Gedanken des § 407 BGB auf verjährungshemmende Maßnahmen der AOK B. stützen. Sie könne sich nicht darauf berufen, dass es der AOK B. unter Umständen möglich gewesen wäre, alle Ansprüche durch einen Abgeltungsvergleich mit Wirkung für andere Sozialversicherungsträger (§ 407 BGB) zu regeln. § 203 BGB habe einen gänzlich anderen Regelungsgehalt. Auch für § 204 BGB sei anerkannt, dass einer Klage des Zedenten nach der Abtretung keine verjährungshemmende Wirkung mehr zukomme. Die Verjährungsfrist sei spätestens am 23.06.2007 abgelaufen. Der gegenüber der AOK B. erklärte Verzicht auf die Einrede der Verjährung entfalte keine Wirkung mehr zugunsten der Klägerin als Rechtsnachfolgerin. Den Beklagten sei es schließlich auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber der Klägerin auf die Einrede der Verjährung zu berufen.
II.
Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche aus übergegangenem Recht auf Ersatz von Behandlungskosten verjährt sind.
a) Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zutreffend zugrunde gelegt, dass die Schadensersatzansprüche, welche die Klägerin geltend macht, mit der Geburt des Geschädigten am 17.06.2000 zunächst dem Grunde nach vom Geschädigten auf die AOK B. übergegangen sind.
Gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X geht ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe 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. Bei einem Sozialversicherungsträger wie der AOK B. findet der Anspruchsübergang in aller Regel bereits im Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses statt, da aufgrund 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 (vgl. Senatsurteile vom 30.11.1955 - VI ZR 211/54, BGHZ 19, 177, 178; vom 8.07.2003 - VI ZR 274/02, BGHZ 155, 342, 346; vom 17.06.2008 - VI ZR 197/07, VersR 2008, 1350 Rn. 12; vom 12.04.2011 - VI ZR 158/10, BGHZ 189, 158 Rn. 8, 23; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 Rn. 9; BGH, Urteil vom 10.07.1967 - III ZR 78/66, BGHZ 48, 181, 184 ff.).
b) Die zunächst auf die AOK B. übergegangenen Ersatzansprüche des Geschädigten unterliegen einer dreijährigen Verjährungsfrist, die auf der Grundlage der unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts spätestens am 1.01.2002 begonnen hat.

aa) Die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung unterliegen der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Dies folgt aus Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB. Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1.01.2002 geltenden Fassung kürzer als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so wird nach dieser Vorschrift die kürzere Frist von dem 1.01.2002 an berechnet. Die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung unterlagen nach altem Recht der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. Nach neuem Verjährungsrecht unterliegen sie hingegen gemäß § 195 BGB n.F. der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren und damit einer kürzeren Frist.
Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB begann gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB am 1.01.2002. Nach den getroffenen Feststellungen waren bei der Regressabteilung der AOK B. zu diesem Zeitpunkt die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben. Darauf kommt es an, weil in Überleitungsfällen der Fristbeginn gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu berechnen ist, wenn sich die Verjährung nach der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB richtet (vgl. Senatsurteil vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08, VersR 2010, 214 Rn. 10; BGH, Urteile vom 23.01.2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 19 ff.; vom 24.07.2012 - II ZR 117/10, WM 2012, 1777 Rn. 25 mwN; NK-BGB/Budzikiewicz, 2. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 63).
bb) Die deliktischen Ansprüche unterliegen ebenfalls einer dreijährigen Verjährungsfrist. Diese begann am 14.08.2001. Der Verjährungsbeginn bestimmt sich insoweit gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nach § 852 Abs. 1 Fall 1 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung und nicht nach § 199 Abs. 1 BGB n.F. ("Schluss des Jahres"). Die nach § 852 Abs. 1 Fall 1 BGB a.F. erforderliche Kenntnis von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen lag nach den getroffenen Feststellungen spätestens am 14.08.2001 bei der Regressabteilung der AOK B. vor. Für die Verjährungsfrist als solche kommt gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB die Vorschrift des § 195 BGB n.F. zur Anwendung. Denn die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 Fall 1 BGB a.F. entspricht der Frist des § 195 BGB n.F., so dass Art. 229 § 6 Abs. 3 und § 6 Abs. 4 EGBGB nicht einschlägig sind (vgl. NK-BGB/ Budzikiewicz, 2. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 42; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 9; siehe auch Staudinger/Peters, BGB, Neubearb. 2003, Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 13).
cc) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats schließt die Ungewissheit über den Umfang und die Höhe des Schadens den Beginn der Verjährung nicht aus. Vielmehr genügt die allgemeine Kenntnis vom Eintritt eines Schadens; wer diese erlangt hat, dem gelten auch solche Schadensfolgen als bekannt, die im Zeitpunkt der Kenntniserlangung nur als möglich voraussehbar waren (vgl. Senatsurteile vom 15.03.2011 - VI ZR 162/10, VersR 2011, 682 Rn. 8; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 Rn. 19, jeweils mwN).
c) Das Berufungsgericht hat unbeanstandet und rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Verjährung spätestens ab dem 15.08.2001 - gegenüber der Beklagten zu 1 - bzw. ab dem 25.01.2002 - gegenüber dem Beklagten zu 2 - aufgrund von Verhandlungen zwischen der AOK B. und dem Haftpflichtversicherer der Beklagten gemäß § 852 Abs. 2 BGB a.F. bzw. § 203 BGB n.F. gehemmt war.
d) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Verjährungshemmung bezüglich der streitgegenständlichen Ansprüche bereits mit dem Übergang dieser Ansprüche von der AOK B. auf die Klägerin am 17.06.2003 geendet hat.
aa) Mit dem Krankenkassenwechsel des Geschädigten sind seine Schadensersatzansprüche dem Grunde nach von der AOK B. auf die Klägerin übergegangen, soweit sie auf Ersatz von Behandlungskosten ab dem 17.06.2013 gerichtet sind.
Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats gehen bei einem Wechsel der versicherungsrechtlichen Leistungszuständigkeit nach dem Forderungsübergang die vom zuerst verpflichteten Sozialversicherungsträger gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X erworbenen Ersatzansprüche kraft Gesetzes auf den nun zuständigen Sozialversicherungsträger über, sofern die geschuldeten Versicherungsleistungen - wie im Streitfall - gleichartig sind (vgl. Senatsurteile vom 7.12.1982 - VI ZR 9/81, VersR 1983, 262, 263; vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, VersR 1998, 124, 125; vom 8.12.1998 - VI ZR 318/97, VersR 1999, 382, 383; vom 13.03.2001 - VI ZR 290/00, VersR 2001, 1005 f.; vom 3.12.2002 - VI ZR 142/02, VersR 2003, 267, 268 f.; vom 12.04.2011 - VI ZR 158/10, BGHZ 189, 158 Rn. 26; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 Rn. 17; KassKomm/Kater, Sozialversicherungsrecht, § 116 SGB X Rn. 155 [Stand:06.2013]; Wussow/Schneider, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Aufl., Kap. 75 Rn. 2). Bezüglich des Ersatzanspruchs tritt der nächste Sozialleistungsträger die Rechtsnachfolge des bisherigen Trägers an (vgl. Senatsurteile vom 9.07.1985 - VI ZR 219/83, VersR 1985, 1083, 1084; vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, aaO; vom 8.12.1998 - VI ZR 318/97, aaO; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, aaO; KassKomm/Kater, aaO). Bei Rechtsnachfolge erfolgt der Anspruchsübergang auf den zweiten Sozialleistungsträger, wenn dieser zuständig wird (vgl. Wussow/Schneider, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Aufl., Kap. 75 Rn. 6; Senatsurteile vom 19.03.1985 - VI ZR 163/83, VersR 1985, 732, 733; vom 12.04.2011 - VI ZR 158/10, BGHZ 189, 158 Rn. 26). Der nachfolgende Sozialleistungsträger muss die Ersatzforderung in dem Zustand hinnehmen, in dem sie sich bei dem Rechtsübergang befindet (vgl. Senatsurteile vom 2.03.1982 - VI ZR 245/79, VersR

1982, 546, 547 f., insoweit in BGHZ 83, 162 nicht abgedruckt; vom 9.07.1985 - VI ZR 219/83, VersR 1985, 1083, 1084; Wussow/Schneider, aaO, Kap. 75 Rn. 2). Der Gläubigerwechsel, der sich ohne Willen des Schuldners vollzieht, darf dessen Stellung grundsätzlich nicht verschlechtern (§§ 404, 412 BGB, vgl. Senatsurteile vom 19.03.1985 - VI ZR 163/83, VersR 1985, 732, 733; vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, VersR 1998, 124, 125; Wussow/Schneider, aaO, Kap. 75 Rn. 2; KassKomm/Kater, aaO Rn. 190 a; für den erstmaligen Forderungsübergang Senatsurteile vom 30.11.1955 - VI ZR 211/54, BGHZ 19, 177, 179; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 Rn. 18 mwN). Dementsprechend erwarb die Klägerin von der AOK B. Schadensersatzansprüche des Geschädigten, für die die Verjährung an sich am 1.01.2002 (vertragliche Ansprüche) bzw. am 14.08.2001 (deliktische Ansprüche) begonnen hatte, bis zum Rechtsübergang am 17.06.2013 aber Verjährungshemmung eingetreten war.
bb) In der Person der Klägerin war der Hemmungstatbestand des § 203 BGB nicht gegeben. Sie selbst führte keine Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände mit den Beklagten oder deren Haftpflichtversicherer, die eine (weitere) Hemmung der Verjährung zu ihren Gunsten hätte bewirken können.
(1) Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gemäß § 203 Satz 1 BGB gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.
(2) Bei dem Verhandeln handelt es sich - anders als beim Verzicht auf die Einrede der Verjährung - nicht um eine Verfügung des Schuldners über die Einrede. Vielmehr tritt die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen von Gesetzes wegen ein. Die den früheren Rechtsgedanken der § 639 Abs. 2, § 651g Abs. 2 Satz 3 und § 852 Abs. 2 BGB a.F. verallgemeinernde Regelung des § 203 BGB verfolgt den Zweck, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Verhandlungen zwischen Gläubiger und Schuldner sollen nicht unter den Druck einer ablaufenden Verjährungsfrist gestellt werden. Zugleich soll dem verhandlungsbereiten Schuldner die Einrede der Verjährung vorbehalten bleiben, während der Gläubiger von der Verwirklichung anderer verjährungshemmender oder -unterbrechender Tatbestände, insbesondere von der Einleitung gerichtlicher Verfahren, abgehalten werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2009 - XI ZR 18/08, BGHZ 182, 76 Rn. 22; BT-Drucks. 14/6040, S. 111 f.; 14/7052, S. 180; MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl., § 203 Rn. 3 f.; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 203 Rn. 1, 4). Eine sofortige Rechtsverfolgung würde die schwebenden Verhandlungen gefährden (vgl. Peters/Jacoby, aaO, § 209 Rn. 1).
(3) In persönlicher Hinsicht beschränkt sich auch die Hemmung gemäß § 203 BGB auf die Personen, in deren Verhältnis der Hemmungsgrund besteht. Sie wirkt insbesondere nicht zulasten anderer Gesamtschuldner oder zugunsten anderer Gesamtgläubiger, § 425 Abs. 2, § 429 Abs. 3 Satz 1 BGB. Zugunsten oder zulasten des Rechtsnachfolgers wirkt nur die bei seinem Rechtsvorgänger schon verstrichene Hemmung; ob die Hemmung bei ihm andauert, hängt hingegen davon ab, ob der Hemmungsgrund in seiner Person fortbesteht (vgl. Senatsurteil vom 17.06.2008 - VI ZR 197/07, VersR 2008, 1350 Rn. 23; NK-BGB/Mansel/Budzikiewicz, 2. Aufl., § 209 Rn. 5; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 209 Rn. 4; siehe zur verstrichenen Hemmung Senatsurteil vom 2.03.1982 - VI ZR 245/79, VersR 1982, 546, 547, insoweit in BGHZ 83, 162 nicht abgedruckt). Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 203 Satz 1 BGB, wonach Verhandlungen "zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger" schweben müssen.
cc) Die Verhandlungen zwischen der AOK B. und dem Haftpflichtversicherer der Beklagten sind der Klägerin für die Zeit ab dem Forderungsübergang vom 17.06.2003 nicht mehr verjährungshemmend zuzurechnen.
Verhandlungen im Sinne des § 203 Satz 1 BGB können im Ausgangspunkt nur der Gläubiger und der Schuldner selbst führen. Verhandlungen durch Dritte setzen voraus, dass diese Verhandlungsvollmacht für Gläubiger bzw. Schuldner haben (vgl. LG Nürnberg-Fürth, MedR 2008, 744, 745; NK-BGB/Mansel/Budzikiewicz, 2. Aufl., § 203 Rn. 20 mwN; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 203 Rn. 9; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 203 Rn. 8; BeckOK BGB/Spindler, § 203 Rn. 6 [Stand: 1.11.2013]; siehe auch Senatsurteil vom 18.01.1994 - VI ZR 190/93, VersR 1994, 491, 492; BGH, Urteil vom 13.03.2008 - I ZR 116/06, VersR 2008, 1669 Rn. 23 f.). Die Verhandlungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht können auch nicht mit verjährungsrechtlicher Rückwirkung genehmigt werden (vgl. Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 203 Rn. 9; siehe zur Genehmigung einer Klageerhebung BGH, Urteil vom 11.12.2003 - IX ZR 109/00, WM 2004, 1792, 1794 mwN).
Die Revision vertritt den Standpunkt, dass bei der AOK B. nach dem Forderungsübergang auf die Klägerin am 17.06.2003 die Ermächtigung verblieben sei, Schadensersatz für die Leistungen der Klägerin zu fordern. Daher hätten die Verhandlungen der AOK B. mit dem Haftpflichtversicherer auch nach dem Forderungsübergang die Verjährung der Ansprüche der Klägerin gehemmt. Dies trifft jedoch nicht zu.
Die Revision stützt die vermeintliche Ermächtigung der AOK B. zur Geltendmachung des Schadensersatzes für die Klägerin auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach welcher der Geschädigte trotz des Übergangs seines Anspruchs auf den Sozialhilfeträger gegenüber dem Schädiger auch weiterhin zur Einforderung der Schadensersatzleistung befugt bleibt (vgl. Senatsurteile vom 12.12.1995 - VI ZR 271/94, BGHZ 131, 274, 283 ff.; vom 25.06.1996 - VI ZR 117/95, BGHZ 133, 129, 135; vom 5.03.2002 - VI ZR 442/00, BGHZ 150, 94, 99; vom 2.12.2003 - VI ZR 243/02, VersR 2004, 492, 493; vom 27.06.2006 - VI

ZR 337/04, VersR 2006, 1383 Rn. 14; BGH, Urteile vom 8.11.2001 - IX ZR 64/01, WM 2001, 2455, 2457; vom 10.10.2002 - III ZR 205/01, NJW 2002, 3769, 3770; Geigel/Plagemann, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 30 Rn. 38, 43; KassKomm/Kater, Sozialversicherungsrecht, § 116 SGB X Rn. 191 [Stand:06.2013]).

Der Streitfall ist aber anders gelagert als die Fälle, auf die sich die genannte Rechtsprechung bezieht. Diese Rechtsprechung beruht auf dem Zusammenspiel der Vorschriften des § 116 SGB X und des § 2 SGB XII (Nachrang der Sozialhilfe; bis zum 31.12.2004: § 2 BSHG). Der Normzweck des § 116 Abs. 1 SGB X, durch den Regress beim Schädiger eine Entlastung der öffentlichen Kassen zu erzielen, und das an den Geschädigten gerichtete Anliegen des § 2 SGB XII, durch eigene Realisierung von Ansprüchen gegen Dritte eine Inanspruchnahme der öffentlichen Haushalte möglichst zu vermeiden, münden nach ihrer insoweit übereinstimmenden Zielsetzung in die Ermächtigung des Geschädigten, die Schadensersatzleistung vom Schädiger selbst einzufordern. Zu dem Zweck, Leistungen des Sozialhilfeträgers von vornherein unnötig zu machen, kommt dem Geschädigten somit ähnlich einem als Inkassoberechtigter des Neugläubigers handelnden Altgläubiger bei der Sicherungszession die Befugnis zu, den Schädiger in eigenem Namen auf die Ersatzleistung in Anspruch zu nehmen (vgl. Senatsurteile vom 12.12.1995 - VI ZR 271/94, BGHZ 131, 274, 283 f.; vom 27.06.2006 - VI ZR 337/04, VersR 2006, 1383 Rn. 14 mwN).

Diese Erwägungen sind nicht auf den Streitfall übertragbar. Eine Einziehungsermächtigung der AOK B. für die Klägerin kann damit nicht begründet werden. Denn die genannte Rechtsprechung bezieht sich ausschließlich auf den Forderungsübergang auf einen Träger der Sozialhilfe, für dessen Leistungen der Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII) gilt. An dem Forderungsübergang im Streitfall war jedoch kein Träger der Sozialhilfe beteiligt. Der Forderungsübergang erfolgte am 17.06.2003 zwischen der AOK B. und der Klägerin und damit zwischen zwei Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 4 SGB V). Die Leistungspflichten der Klägerin stehen auch nicht in einem Nachrangverhältnis zu den Leistungspflichten der AOK B., das eine Einziehungsermächtigung der AOK B. rechtfertigen könnte. Vielmehr sind die Leistungspflichten der AOK B. und die der Klägerin nach dem Krankenkassenwechsel des Geschädigten am 17.06.2003 zeitlich voneinander abzugrenzen (vgl. BSGE 99, 102 Rn. 11 ff. mwN; BSGE 108, 206 Rn. 9 ff.; Mack in jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 19 SGB V Rn. 87 ff. mwN; Fahlbusch in jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 27 SGB V Rn. 23 ff.).

Die Auffassung der Revision, ebenso wie die Ermächtigung des Geschädigten die öffentlichen Kassen entlaste, bewirke auch eine Ermächtigung des "ersten" Sozialversicherungsträgers eine Entlastung des späteren Sozialversicherungsträgers, trifft nicht zu. Da die Leistungspflichten der AOK B. und der Klägerin zeitlich voneinander abzugrenzen sind, gibt es grundsätzlich keine Überschneidungen, bei denen Leistungen der AOK B. die Klägerin entlasten. Allenfalls bei Leistungen, welche die AOK B. irrtümlich als nicht mehr zuständiger Krankenversicherungsträger erbracht hat, könnte eine Einziehungsermächtigung der AOK B. eine Entlastung der Klägerin gegenüber einem etwaigen Erstattungsanspruch der AOK B. nach § 105 SGB X bewirken (vgl. dazu KassKomm/Kater, Sozialversicherungsrecht, § 105 SGB X Rn. 49 [Stand:12.2013]; siehe aber auch Senatsurteil vom 8.07.2003 - VI ZR 274/02, BGHZ 155, 342, 347 ff.; Waltermann in Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., § 116 SGB X Rn. 28). Eine solche Fallgestaltung ist jedoch nicht gegeben.

dd) Das Berufungsgericht ist auch mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin sich nicht nach dem Rechtsgedanken des § 407 BGB auf die Verhandlungen der AOK B. mit dem Haftpflichtversicherer der Beklagten als verjährungshemmende Maßnahme berufen kann. Zwar ist § 407 BGB gemäß § 412 BGB auf den Forderungsübergang von der AOK B. auf die Klägerin anwendbar (vgl. Staudinger/Busche, BGB, Neubearb. 2012, § 407 Rn. 3). Es handelt sich jedoch um eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners (vgl. BGH, Urteile vom 28.05.1969 - V ZR 46/66, BGHZ 52, 150, 152 ff.; vom 17.03.1975 - VIII ZR 245/73, BGHZ 64, 122, 127; vom 19.10.1987 - II ZR 9/87, BGHZ 102, 68, 71; vom 3.05.2005 - XI ZR 287/04, BGHZ 163, 59, 63; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 407 Rn. 1, 11; Staudinger/Busche, aaO, § 407 Rn. 1 f., 20). Da es bei der Hemmung der Verjährung um Wirkungen zugunsten des Gläubigers und nicht um den von § 407 BGB intendierten Schuldnerschutz geht (siehe auch Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 204 Rn. 10), ist auch der Rechtsgedanke des § 407 BGB im Streitfall nicht einschlägig.

e) Die Revision wendet sich außerdem erfolglos gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Verjährungsverzichtserklärungen, die der Haftpflichtversicherer der Beklagten in der Zeit nach dem Forderungsübergang vom 17.06.2003 gegenüber der AOK B. abgegeben hat, nicht zugunsten der Klägerin gewirkt haben.

Allerdings kann der Schuldner nach neuem Verjährungsrecht durch einseitige Erklärung auf die Einrede der Verjährung unabhängig von deren Eintritt verzichten (vgl. BGH, Urteile vom 18.09.2007 - XI ZR 447/06, WM 2007, 2230 Rn. 15 mwN; vom 16.03.2009 - II ZR 32/08, WM 2009, 955 Rn. 22; vom 15.04.2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 17; vom 6.12.2012 - VII ZR 15/12, VersR 2013, 911 Rn. 13; KG, KGR Berlin 2008, 809, 810; Wenzel/Jahnke, Der Arzthaftungsprozess, 2012, Kap. 2 Rn. 3366 f.; siehe auch § 202 Abs. 2 BGB; zum früheren Verjährungsrecht vgl. Senatsurteile vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, VersR 1998, 124, 125 mwN; vom 17.06.2008 - VI ZR 197/07, VersR 2008, 1350 Rn. 28; NK-BGB/Mansel/Stürner, 2. Aufl., § 202 Rn. 45). Im Streitfall ist gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB

neues Verjährungsrecht anwendbar, weil die streitgegenständlichen Ansprüche am 1.01.2002 bestanden, aber noch nicht verjährt waren (siehe auch Wenzel/Jahnke, aaO).
Die nach dem Forderungsübergang vom 17.06.2003 gegenüber der AOK B. abgegebenen Verjährungsverzichtserklärungen wirkten jedoch schon ihrem Inhalt nach nicht zugunsten der Klägerin als der neuen Gläubigerin. Die bei der AOK B. verbliebenen und die auf die Klägerin übergegangenen Anspruchsteile standen sich trotz Gleichheit des Ursprungs und der Rechtsnatur als selbständige Forderungen - weil durch die Person der Gläubiger geschieden - gegenüber, die selbständig verjährten (vgl. Senatsurteile vom 15.01.1957 - VI ZR 317/55, VersR 1957, 231, 232; vom 18.01.1966 - VI ZR 147/64, BGHZ 44, 382, 388 f.; vom 2.12.2008 - VI ZR 312/07, VersR 2009, 230 Rn. 17, für den Forderungsübergang vom Geschädigten auf den Sozialversicherungsträger). Ein Verjährungsverzicht kann, sofern darin nicht die Absicht zum Ausdruck kommt, den Verzicht weiteren Personen gegenüber auszusprechen, grundsätzlich nur auf den Adressaten - hier die AOK B. - bezogen werden (vgl. Senatsurteil vom 7.05.1957 - VI ZR 16/56, VersR 1957, 452, 453; Wussow/Schmitt, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Aufl., Kap. 58 Rn. 14).
Außerdem hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Haftpflichtversicherer die nach dem 17.06.2003 erklärten Verjährungsverzichte ausschließlich gegenüber der AOK B. abgegeben hat, die dabei nicht stellvertretend für die Klägerin aufgetreten ist.
f) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Verjährungsfristen spätestens Mitte des Jahres 2007 abgelaufen sind. Nach dem Forderungsübergang auf die Klägerin am 17.06.2003 war kein Hemmungstatbestand mehr gegeben. Die dreijährigen Verjährungsfristen, denen die streitgegenständlichen Ansprüche unterlagen, liefen von diesem Zeitpunkt an weiter und waren daher im Jahr 2007 bereits abgelaufen.
Die Klägerin muss sich den bei der AOK B. eingetretenen Verjährungsbeginn zurechnen lassen. Geht der Ersatzanspruch von einem Sozialleistungsträger auf einen anderen über, gilt in dieser Hinsicht nichts anderes als bei dem Forderungsübergang vom Geschädigten auf den Sozialleistungsträger gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X (vgl. KassKomm/Kater, Sozialversicherungsrecht, § 116 SGB X Rn. 190a; BGB-RGRK/Kreft, 12. Aufl., § 852 Rn. 38; siehe auch Senatsurteile vom 2.03.1982 - VI ZR 245/79, VersR 1982, 546, 547 f., insoweit in BGHZ 83, 162 nicht abgedruckt; vom 24.02.1983 - VI ZR 243/80, VersR 1983, 536, 537). Für den Beginn der Verjährungsfrist ist ausreichend, dass der ursprüngliche Gläubiger die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB bzw. des § 852 Abs. 1 Fall 1 BGB a.F. erfüllt hat. Dann geht der Anspruch mit in Gang gesetzter Verjährung über, auch wenn die Kenntnis vielleicht gerade durch den Rechtsübergang verloren geht (vgl. Senatsurteile vom 30.01.1973 - VI ZR 4/72, VersR 1973, 371 f.; vom 4.10.1983 - VI ZR 194/81, VersR 1984, 136, 137; vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, VersR 1998, 124, 125; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 199 Rn. 26; Palandt/Grüneberg, aaO, § 404 Rn. 5; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 199 Rn. 56; MünchKommBGB/Roth, 6. Aufl., § 404 Rn. 10; siehe auch BGH, Urteil vom 10.07.1967 - III ZR 78/66, BGHZ 48, 181, 183).
g) Die Beklagten sind auch durch ihren mit Schreiben vom 16.12.2010 gegenüber der Klägerin erklärten Verjährungsverzicht bis zum 31.12.2011 nicht gehindert, sich gegenüber der Klägerin auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Der Verzicht ist nur insoweit erfolgt, als noch keine Verjährung eingetreten war.
h) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass den Beklagten nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt ist, sich gegenüber der Klägerin auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann zwar treuwidrig sein, wenn der Schuldner bei dem Gläubiger den Eindruck erweckt oder aufrechterhalten hat, dessen Ansprüche befriedigen oder doch nur mit sachlichen Einwendungen bekämpfen zu wollen, und den Gläubiger dadurch von der rechtzeitigen Erhebung einer Klage abgehalten hat (vgl. Senatsurteile vom 12.12.1978 - VI ZR 159/77, VersR 1979, 284 f.; vom 4.11.1997 - VI ZR 375/96, VersR 1998, 124, 125; vom 17.06.2008 - VI ZR 197/07, VersR 2008, 1350 Rn. 28, 31; BGH, Urteile vom 3.02.1953 - I ZR 61/52, BGHZ 9, 1, 5 f.; vom 14.11.2013 - IX ZR 215/12, DB 2014, 479 Rn. 15 jeweils mwN; Looschelders/Olzen in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 242 Rn. 533 ff., 549 ff.; MünchKommBGB/Roth/Schubert, 6. Aufl., § 242 Rn. 286, jeweils mwN). Eine solche Fallgestaltung ist jedoch nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Klägerin von den Verzichtserklärungen des Haftpflichtversicherers gegenüber der AOK B. erfahren hat und dadurch in ihrem Verhalten beeinflusst wurde. Die Revision macht dies auch nicht geltend.
Der Umstand, dass der Haftpflichtversicherer der Beklagten gegenüber der AOK B. - jeweils befristet - auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat, die Beklagten sich jedoch gegenüber der Klägerin auf die in dieser Zeit eingetretene Verjährung berufen, stellt auch keinen Rechtsmissbrauch durch widersprüchliches Verhalten dar. Selbst wenn ein widersprüchliches Verhalten vorläge, wäre es nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand entstanden wäre oder besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen ließen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 242 Rn. 55 ff.; siehe auch Looschelders/Olzen in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 242 Rn. 286 ff.). Da nicht festgestellt ist, dass die Klägerin von den Verzichtserklärungen des Haftpflichtversicherers gegenüber der AOK B. erfahren hat, ist kein Vertrauenstatbestand anzunehmen. In dem Verhalten der Beklagten liegt auch kein "unlösbarer Widerspruch", der ihr Verhalten ausnahmsweise unabhängig von einem Vertrauenstatbestand als rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe (vgl. BGH, Urteile vom 20.03.1986

- III ZR 236/84, NJW 1986, 2104, 2107; vom 20.09.1995 - VIII ZR 52/94, BGHZ 130, 371, 375 mwN; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 242 Rn. 59; Looschelders/Olzen, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 242 Rn. 298 ff.; MünchKommBGB/Roth/Schubert, 6. Aufl., § 242 Rn. 319 ff.). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Beklagten oder ihr Haftpflichtversicherer von dem Forderungsübergang auf die Klägerin wussten, als sie die Verzichtserklärungen gegenüber der AOK B. abgaben. Die Beklagten waren daher durch die Verzichtserklärungen nicht gehindert, sich gegenüber der Klägerin auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Dass die Beklagten die Verzichtserklärungen möglicherweise bei Kenntnis von dem Forderungsübergang auf Anforderung auch gegenüber der Klägerin abgegeben hätten, vermag eine Treuwidrigkeit allein nicht zu begründen.
Zwar führt die Revision zutreffend aus, dass die Klägerin schlechter steht, als sie gestanden hätte, wenn sie schon zum Zeitpunkt des Schadensereignisses gesetzliche Krankenversicherung des Geschädigten gewesen wäre, weil die Verjährung dann erst mit Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der Mitarbeiter der Regressabteilung der Klägerin begonnen hätte (siehe dazu Senatsurteil vom 17.04.2012 - VI ZR 108/11, BGHZ 193, 67 Rn. 10 mwN). Auch der gebotene Schutz der Sozialversicherungsträger und deren anerkanntes Interesse an effektiven Rückgriffsmöglichkeiten rechtfertigen jedoch keine andere Beurteilung. Der Gesetzgeber hat - ausgehend von dem Grundgedanken, dass die Rechtsposition des Schuldners durch einen Forderungsübergang nicht verschlechtert werden darf - in §§ 404, 412 BGB bestimmt, dass dem Schuldner die bestehenden Gegenrechte gegenüber dem Zessionar erhalten bleiben. Davon hat der Gesetzgeber für den Forderungsübergang nach § 116 SGB X keine Ausnahme vorgesehen. Den Gerichten ist es daher verwehrt, die Gesetzesanwendung nach dem Schutzbedürfnis der Sozialversicherungsträger auszurichten, selbst wenn sie dieses Schutzbedürfnis höher bewerten wollten als den Schutz des Schuldners (vgl. Senatsurteile vom 4.10.1983 - VI ZR 194/81, VersR 1984, 136, 137 zu § 1542 RVO; vom 24.04.2012 - VI ZR 329/10, VersR 2012, 924 Rn. 21).
2. Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, dass die von der Klägerin in gewillkürter Prozessstandschaft für die Pflegekasse geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz für erbrachte Pflegeleistungen verjährt sind. Die Revision bringt insoweit die gleichen Angriffe vor wie bezüglich der Verjährung der Ansprüche der Klägerin aus übergegangenem Recht betreffend den Ersatz von Behandlungskosten. Aus den dargelegten Gründen haben diese Angriffe keinen Erfolg.
3. Da die Beklagten gemäß § 214 BGB berechtigt sind, die Leistung zu verweigern, und sich auch auf die Einrede der Verjährung berufen, ist der Feststellungsantrag der Klägerin ebenfalls unbegründet.
Galke Wellner Pauge
Stöhr v. Pentz

105. BGH, Urteil vom 01.07.2014 – VI ZR 546/13 –, BGHZ 202, 1-7 * Schadensersatz nach Kfz-Unfall: Gesetzlicher Übergang der Ansprüche auf Rentenversicherungsbeiträge

Leitsatz

Ersatzansprüche gehen nach § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI erst in dem Zeitpunkt über, in dem die Erstattungsleistungen nach § 179 Abs. 1 SGB VI erbracht werden.

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15.11.2013 wird auf Kosten des klagenden Landes zurückgewiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Das klagende Land nimmt den Beklagten in Prozessstandschaft für die Bundesrepublik Deutschland auf Ersatz von Rentenversicherungsbeiträgen in Anspruch, die es dem Träger einer anerkannten Werkstätte für behinderte Menschen gemäß § 179 Abs. 1 Satz 1 SGB VI i.V.m. § 1 der Verordnung über die Erstattung von Aufwendungen für die gesetzliche Rentenversicherung der in Werkstätten beschäftigten Behinderten (Aufwendungserstattungs-Verordnung) vom 11.07.1975 (BGBl. I, 1896) erstattet hat.
Im02.1999 verunglückte der damals 17-jährige Schüler D. B. bei einem Verkehrsunfall. Er erlitt schwere Kopfverletzungen und ist seitdem behindert. Der Beklagte ist der Kfz-Haftpflichtversicherer des Unfallgegners, den unstreitig eine Haftungsquote von 30% trifft. Am 1.01.2001 unterzeichnete D. B. eine sogenannte "Vergleichs- und Abfindungserklärung", in der er sich gegenüber dem Beklagten nach - dann erfolgter - Zahlung von noch 80.000 DM mit allen Ansprüchen "für jetzt und für die Zukunft" für "endgültig abgefunden" erklärte.
Seit11.2005 arbeitet D. B. in den B.-Werkstätten in S., einer anerkannten Werkstätte für behinderte Menschen. Das klagende Land hat dem Träger der Einrichtung gemäß § 179 Abs. 1 Satz 1 SGB VI i.V.m. § 1 Aufwendungserstattungs-Verordnung Rentenversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 14.298,44 € erstattet, die der Träger der Einrichtung im Zeitraum vom 1.01.2007 bis 31.12.2010 für D. B. entrichtet hatte. Mit der vorliegenden Klage macht das klagende Land die erstatteten Beträge als Prozessstandschafter der Bundesrepublik Deutschland in Höhe der Haftungsquote von 30% geltend. Darüber hinaus

begehrt das klagende Land - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - die Feststellung, dass der Beklagte auch zum Ersatz der für die Zeit ab dem 1.01.2011 zu erstattenden Rentenversicherungsbeiträge verpflichtet ist.
Das Landgericht hat der Klage, soweit sie Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt das klagende Land die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.
Entscheidungsgründe
I.
Das Berufungsgericht, dessen Urteil in r+s 2014, 49 veröffentlicht ist, hat im Wesentlichen ausgeführt, dem klagenden Land stehe gegen den Beklagten kein Anspruch auf Ersatz der an den Träger der B.-Werkstätten für D. B. erstatteten und noch zu erstattenden Rentenversicherungsbeiträge zu. Im Zeitpunkt des möglichen Forderungsübergangs seien entsprechende Schadensersatzansprüche auf Grund der Vergleichs- und Abfindungsvereinbarung vom 1.01.2001 bereits erloschen gewesen. Anders als im Falle des § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X vollziehe sich - was sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergebe - der Anspruchsübergang nach § 179 Abs. 1a SGB VI nämlich erst dann, wenn die Erstattungsleistungen nach § 179 Abs. 1 SGB VI auch tatsächlich erbracht worden seien. Eine Vorverlegung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs bzw. des Inkrafttretens des § 179 Abs. 1a SGB VI sei abzulehnen.
II.
Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
1. Im Ergebnis zutreffend hält das Berufungsgericht die Klage für zulässig. Zwar macht das klagende Land - anders als das Berufungsgericht zu meinen scheint - keine eigenen, auf das Land "als Träger der örtlichen Sozialhilfe gemäß § 179 Abs. 1a, Satz 4 SGB VI übergegangen[en]" Schadensersatzansprüche geltend, sondern vielmehr fremde, (angeblich) gemäß § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI auf den Bund übergegangene Schadensersatzansprüche. Doch bestehen hiergegen keine Bedenken, da das klagende Land gemäß § 179 Abs. 1a Satz 2 SGB VI prozessführungsbefugt ist. Es handelt sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft (vgl. auch Senatsurteil vom 10.07.2007 - VI ZR 192/06, BGHZ 173, 169 Rn. 1).
2. Mit Recht hält das Berufungsgericht die Klage für unbegründet. Im Zeitpunkt eines möglichen Anspruchsübergangs gemäß § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI stand D. B. gegen den Beklagten kein übergangsfähiger Anspruch mehr zu.
a) Der in § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI geregelte Übergang von Schadensersatzforderungen auf den Bund setzt voraus, dass beim Verletzten ein Schadensersatzanspruch entstanden ist, der mit den Erstattungsleistungen des Bundes sachlich und zeitlich kongruent ist (Senatsurteil vom 10.07.2007 - VI ZR 192/06, BGHZ 173, 169 Rn. 10 ff.). Dieser Anspruch muss fortbestehen, damit der Forderungsübergang greifen kann. Andernfalls geht der Forderungsübergang ins Leere (vgl. schon RGZ 60, 200, 202 f.).
Im Streitfall ging ein etwaiger dem Verletzten D. B. gegen den Beklagten zustehender Anspruch auf Ersatz entgangener Beitragsleistungen zur gesetzlichen Rentenversicherung jedenfalls mit Abschluss und Erfüllung der "Vergleichs- und Abfindungsvereinbarung" im Jahr 2001 unter, sollte der Anspruch nicht bereits zuvor auf den Bund übergegangen sein. Da die den streitgegenständlichen Ansprüchen zugrundeliegenden Erstattungsleistungen nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erst ab08.2007 erfolgten, kommt ein Anspruchsübergang auf den Bund mithin nur dann in Betracht, wenn für den Übergangszeitpunkt nicht die Vornahme der Erstattungsleistungen maßgebend ist, sondern der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bzw. des - im Streitfall nachfolgenden - Inkrafttretens der Vorschrift des § 179 Abs. 1a SGB VI zum 1.01.2001.
b) Die damit streitentscheidende Frage nach dem Zeitpunkt des Anspruchsübergangs bei Anwendung des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt. Soweit sie im Schrifttum erörtert wird, überwiegt die auch vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, es sei bei § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI - anders als im Falle des § 116 SGB X - auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Erstattungsleistungen erbracht werden. Begründet wird dies insbesondere mit dem Gesetzeswortlaut (vgl. Jahnke in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 23. Aufl., § 843 Rn. 43; ders., Der Verdienstausfall im Schadensersatzrecht, 3. Aufl., Kap. 3 Rn. 1116; ders., VersR 2005, 1203, 1206 f.; Küppersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 11. Aufl., Rn. 758; LangPR-VerkR 8/2014 Anm. 1; ders.PR-VerkR 9/2013 Anm. 1; Langenick/Vatter, NZV 2005, 609, 614; Wenzel/Stahl, Der Arzthaftungsprozess, Kap. 5 Rn. 322; aA Geigel/Plagemann, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 30 Rn. 152; lediglich zweifelnd ders., FD-SozVR 2014, 354729). Der erkennende Senat teilt diese Einschätzung.
aa) Ausgangspunkt der Auslegung ist der eindeutige Wortlaut des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI. Danach "geht" ein Schadensersatzanspruch auf den Bund über, "soweit dieser aufgrund des Schadensereignisses Erstattungsleistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 3 erbracht hat". Die Verwendung des Perfekts in dem mit dem Wort "soweit" beginnenden Nebensatz gegenüber der Verwendung des Präsens im Haupt-

satz lässt jedenfalls bei isolierter Betrachtung des Gesetzeswortlauts nur den Schluss zu, dass die Erbringung der Erstattungsleistungen dem Anspruchsübergang vorausgeht. Darin liegt die - von der Revision zu Unrecht vermisste - Aussage des Gesetzeswortlauts zum Zeitpunkt des Forderungsübergangs und genau in diesem Punkt unterscheidet sich die Vorschrift des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI ("erbracht hat") von derjenigen des § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X ("zu erbringen hat"). Die von Plagemann (FD-SozVR 2014, 354729) angenommene "ähnlich[e]" Formulierung besteht insoweit also gerade nicht.
Ähnlich ist der vom Gesetzgeber in § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI gewählten Formulierung indes etwa der Wortlaut des § 6 Abs. 1 EFZG, nach dem ein dem Arbeitnehmer gegen einen Dritten zustehender Schadensersatzanspruch "insoweit auf den Arbeitgeber über[geht], als dieser dem Arbeitnehmer […] Arbeitsentgelt fortgezahlt und […] Beiträge […] abgeführt hat". Hier ist anerkannt, dass der Arbeitgeber den Anspruch erst im Zeitpunkt seiner Leistung erwirbt, so dass er Forderungen nur insoweit erwerben kann, als diese nicht bereits auf andere übergegangen sind (Senatsurteil vom 2.12.2008 - VI ZR 312/07, VersR 2009, 230 Rn. 12, 14 mwN). Entsprechendes gilt für § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG (vgl. Langheid in Römer/Langheid/Rixecker, VVG, 4. Aufl., § 86 Rn. 13; ferner - zu § 67 VVG aF einerseits, § 1542 RVO aF andererseits -: BGH, Urteile vom 13.06.1966 - III ZR 258/64, VersR 1966, 875, 876 und vom 10.07.1967 - III ZR 78/66, BGHZ 48, 181, 184).
bb) Durchgreifende Gründe für die Annahme, der insoweit klare Wortlaut der Vorschrift stehe im Widerspruch zu dem für das Verständnis einer Norm maßgebenden (z.B. BVerfGE 10, 234, 244; 1, 299, 312; BGH, Urteile vom 8.11.1967 - Ib ZR 135/65, BGHZ 49, 221, 223; vom 30.06.1966 - KZR 5/65, BGHZ 46, 74, 76) objektivierten Willen des Gesetzgebers, sind nicht ersichtlich.
Zunächst lässt sich den - bei der Auslegung ohnehin nur mit Vorsicht heranzuziehenden (vgl. BVerfGE 62, 1, 45) - Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, dass der historische Gesetzgeber von einer vom Gesetzeswortlaut abweichenden Bedeutung des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI ausgegangen ist, der gewählten Formulierung also lediglich ein Versehen des historischen Gesetzgebers zugrunde liegt. Insbesondere lässt sich dem Hinweis in der Begründung des § 179 Abs. 1a SGB VI zugrundeliegenden Gesetzentwurfs (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Euro im Sozial- und Arbeitsrecht sowie zur Änderung anderer Vorschriften - 4. Euro-Einführungsgesetz, BT-Drucks. 14/4375), die Neuregelung sei die Reaktion darauf, dass §§ 116 ff. SGB X Erstattungen des Bundes nicht erfassten (vgl. BT-Drucks. 14/4375, 54 f.), für die Frage des Zeitpunkts des Forderungsübergangs nichts entnehmen. Denn daraus ergibt sich nicht, dass der historische Gesetzgeber § 179 Abs. 1a SGB VI in jeder Hinsicht den Regelungen des §§ 116 ff. SGB X nachbilden wollte.
Auch mit systematischen Erwägungen lässt sich ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI nicht begründen. Zwar mag es Gründe geben, die den Gesetzgeber hätten veranlassen können, die Regelung des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI auch hinsichtlich des Zeitpunkts des Forderungsübergangs der Regelung des § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X anzupassen. Zu nennen ist etwa die ohne Vorverlegung des Übergangszeitpunkts bestehende Gefahr einer Überkompensation des Schadens. Zu einer solchen kann es kommen, wenn der Schädiger dem Geschädigten im Rahmen des Schadensausgleichs auch die Vermögenseinbuße ersetzt, die infolge der dem Geschädigten in Zukunft voraussichtlich entgehenden Rentenanwartschaften entsteht, der Geschädigte dann aber später aufgrund der sozialpolitisch motivierten Vorschriften der § 1 Satz 1 Nr. 2a, § 162 Nr. 2, § 168 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI doch noch Rentenanwartschaften erwirbt, die das nach den von ihm selbst geleisteten Beiträgen gerechtfertigte Maß übersteigen, ohne dass er gegenüber dem insoweit nach § 179 Abs. 1 Satz 1 SGB VI belasteten Bund wiederum zum Ausgleich verpflichtet ist (vgl. die entsprechenden Überlegungen zu § 151 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft vom 5.07.1900, RGBl. 403, in RGZ 60, 200, 202). Aus diesen Erwägungen lässt sich aber nicht schließen, der Gesetzeswortlaut gebe den objektivierten Willen des Gesetzgebers unzutreffend wieder. Denn es lassen sich durchaus auch nachvollziehbare Gründe dafür finden, von einer der Regelung des § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X entsprechenden Vorverlegung des Anspruchsübergangs abzusehen, wie etwa die ohne Vorverlegung einfachere Möglichkeit für Schädiger und Geschädigten, zu einer frühzeitigen abschließenden Regelung des Schadensausgleichs zu gelangen.
Schließlich ist eine Vorverlegung des Anspruchsübergangs auch nicht nach Sinn und Zweck des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI geboten. Zwar mag aus Sicht der betroffenen öffentlichen Kassen, deren Interessen § 179 Abs. 1a SGB VI in erster Linie dienen soll (vgl. BT-Drucks. 14/4375, 54 f.), ein möglichst frühzeitiger Anspruchsübergang wünschenswert sein. Denn der Übergang entzieht dem Verletzten die Dispositionsbefugnis über die Forderung. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, ein möglichst frühzeitiger Übergang entspreche auch dem objektivierten Willen des Gesetzgebers. Die Absicht, öffentliche Kassen zulasten des Verletzten besser zu stellen, sagt nichts darüber aus, in welchem Umfang dies geschehen soll.
Damit hat es bei Berücksichtigung historischer, systematischer und teleologischer Gesichtspunkte dabei zu bleiben, dass eine - dem Gesetzeswortlaut widersprechende - Vorverlagerung des Forderungsübergangs im Rahmen des § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI nicht in Betracht kommt.
c) Die von der Revision gegen diese Einschätzung weiter erhobenen Einwendungen greifen nicht.

aa) Fehl geht zunächst die Erwägung der Revision, die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung lasse unberücksichtigt, "dass für die Auslegung des § 179 Abs. 1a SGB VI nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats die zu § 116 und § 119 SGB X entwickelte Rechtsprechung heranzuziehen ist". Die von der Revision insoweit in Bezug genommene Aussage des erkennenden Senats im Urteil vom 10.07.2007 (VI ZR 192/06, BGHZ 173, 169 Rn. 11) bezieht sich erkennbar auf die Frage nach der Erforderlichkeit eines eigenen Schadens des Verletzten und der sachlichen und zeitlichen Kongruenz auch im Rahmen des § 179 Abs. 1a SGB VI (vgl. Senat, aaO Rn. 18). Der Annahme dieser Erfordernisse steht der Gesetzeswortlaut des § 179 Abs. 1a SGB VI nicht entgegen. Insoweit liegt es auf der Hand, die zur Auslegung ähnlicher Vorschriften getroffenen Aussagen heranzuziehen. Bezüglich der vorliegend zu beurteilenden Frage nach der zeitlichen Vorverlagerung des Forderungsübergangs auch im Rahmen des § 179 Abs. 1a SGB VI liegt die Sache anders. Denn hier steht der Übernahme der zu den genannten Normen ergangenen Rechtsprechung - wie gezeigt - bereits der Gesetzeswortlaut entgegen, ohne dass historische, systematische oder teleologische Gesichtspunkte für ein bloßes gesetzgeberisches Versehen sprächen.
bb) Darüber hinaus nimmt die Revision auf die weitere Aussage des Senats im Urteil vom 10.07.2007 (aaO Rn. 22) Bezug, ein auf den Bund übergehender Schadensersatzanspruch des Geschädigten sei ungeachtet der Leistungen des Bundes zu bejahen, wenn das schädigende Ereignis beim Geschädigten zu einem Ausfall oder einer Verkürzung von Rentenversicherungsbeiträgen führt. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich aber auch hieraus nichts für die Beantwortung der Frage herleiten, zu welchem Zeitpunkt der Forderungsübergang nach § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI erfolgt. Mit der von der Revision wiedergegebenen Aussage hat der erkennende Senat lediglich die sich auf der Grundlage der ständigen Senatsrechtsprechung ergebende Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass das Einspringen des Bundes nicht dazu führt, dass im Verhältnis des Verletzten zum ersatzpflichtigen Schädiger vom Wegfall des Rentenschadens auszugehen ist.
cc) Auf die von der Revision für erheblich gehaltene Frage, ob bereits im Zeitpunkt des Unfalls nach den konkreten Umständen des Streitfalls eine Leistungspflicht eines Sozialversicherungsträgers oder des Bundes ernsthaft in Betracht zu ziehen war, kommt es nicht an, wenn sich der Forderungsübergang nach § 179 Abs. 1a Satz 1 SGB VI unabhängig davon in jedem Falle erst mit dem Erbringen der Erstattungsleistungen vollzieht. Ausgehend von der - zutreffenden - Rechtsauffassung des Berufungsgerichts waren die von der Revision insoweit im Berufungsurteil vermissten Ausführungen deshalb nicht veranlasst. Die von der Revision insoweit angenommene Gehörsverletzung ist damit bereits im Ansatz nicht gegeben.
dd) Die von der Revision im Übrigen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).
Galke Wellner Diederichsen
von Pentz Offenloch

106. OLG Koblenz, Beschluss vom 30.06.2014 – 5 U 483/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungspflicht über ein mögliches Paravasat bei Chemotherapie nach Entfernung eines Mammakarzinoms

Leitsatz

1. Kann sich nach brusterhaltender Entfernung eines Mammakarzinoms das Erfordernis einer Chemotherapie ergeben, muss der Arzt nicht bereits vor dem Ersteingriff darüber aufklären, dass es unter der Chemotherapie zu einem Paravasat kommen kann.
2. Die Aufklärung eines mit der ärztlichen Terminologie nicht vertrauten Patienten ist von medizinischen Fachausdrücken freizuhalten und in für den Laien verständlicher Sprache zu führen. Daher ist es unschädlich, dass der Arzt den Fachbegriff „Paravasat“ bei der Aufklärung nicht benutzt hat.

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 Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:

Gründe

I. Die seinerzeit 75-jährige Klägerin wurde am 8.07.2010 als Privatpatientin im Krankenhaus der Beklagten zu 1. aufgenommen, nachdem man dort zuvor ein Mammakarzinom diagnostiziert hatte. Man wollte eine brusterhaltene Operation durchführen. Zur Erleichterung einer nachfolgenden Chemo-Therapie sollte gleichzeitig ein Port-Katheter gesetzt werden.

Der entsprechende Eingriff erfolgte am 9.07.2010 unter der operativen Verantwortung des Beklagten zu 3. und der Assistenz der Beklagten zu 2. Beide hatten die Klägerin am Vortag in Gesprächen über dessen Durchführung informiert.
In Auswertung des Operationsbefundes stellte man im Haus der Beklagten zu 1. die Indikation zur Chemo-Therapie. Mit Blick darauf nahm die Beklagte zu 2. am 26.07.2010 eine Aufklärung vor. Die erste Behandlung fand am 5.08.2010 ambulant ohne besondere Vorkommnisse statt. Auch nach der zweiten, wiederum ambulanten Behandlung am 25.08.2010 war die Klägerin zunächst ohne Beschwerden. Sie stellte sich dann jedoch zwei Tage später mit Rötungen an der gesamten Brustwand wieder vor. Es war zu einem Paravasat im Bereich des unterhalb des Schlüsselbeins implantierten Ports gekommen. In der Folge entwickelten sich großflächig schmerzhafte Nekrosen. Das nekrotische Gewebe wurde am 3.02.2011 anderweit entfernt. Dabei entsorgte man auch den Port. Knapp zwei Wochen später wurde der Klägerin eine Lappenplastik eingesetzt.
Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin die Beklagten gesamtschuldnerisch auf Zahlung eines mit mindestens 20.000 € zu bezifferndes Schmerzensgelds, auf Kostenersatz für die prozessvorbereitende Beschaffung von Unterlagen und auf den Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch genommen. Sie hat den Vorwurf erhoben, weder vor der Operation vom 9.07.2010 noch vor Beginn der Chemo-Therapie über das damit verbundene Risiko eines Paravasats hingewiesen worden zu sein und von Behandlungsalternativen erfahren zu haben. Außerdem sei den Beklagten anzulasten, den Port zwischen den beiden Chemo-therapeutischen Behandlungen nicht in der gebotenen Weise gespült zu haben, so dass die dort befindliche Infusion druckbedingt in das benachbarte Gewebe eingedrungen sei.
Dem sind die Beklagten entgegengetreten. Zudem haben sie die Passivlegitimation der Beklagten zu 1. in Abrede gestellt, weil die Chemo-Therapie nicht von dieser übernommen worden, sondern in den Verantwortungsbereich des insoweit persönlich liquidationsberechtigten Beklagten zu 3. gefallen sei.
Das Landgericht hat die Klage nach einer Parteianhörung und einer Zeugenbefragung zur Aufklärung der Klägerin sowie der Erhebung von Sachverständigenbeweis abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, dass die Klägerin rechtswirksam sowohl in die Operation vom 9.07.2010 als auch in die nachfolgende Chemo-Therapie eingewilligt habe. Die Rüge der Klägerin, der Port sei pflichtwidrig nicht gespült worden, sei gutachterlich entkräftet.
Das greift die Klägerin in Erneuerung ihres Begehrens mit der Berufung an. Sie wiederholt den Vorwurf einer unzulänglichen Aufklärung über die Risiken der Chemo-Therapie und bemängelt, dass die insoweit verantwortliche Beklagte zu 2. die Paravasation zu spät erkannt habe.
II. Damit vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Das angefochtene Urteil hat Bestand.
1. Ein Behandlungsfehler auf Seiten der Beklagten, der in der Folge Ersatzansprüche der Klägerin begründen könnte, erschließt sich nicht. Es gibt keinen Anhalt dafür, dass der Eingriff vom 9.07.2010 technisch mangelhaft durchgeführt worden wäre. Die Klägerin beanstandet lediglich den Hergang der Chemo-Therapie, in deren Zuge es zu Pflichtverstößen gekommen sei. Auch das ist jedoch nicht zu ersehen.
a) Der Vorwurf, der Port sei nach der ersten chemo-therapeutischen Behandlung nicht gesäubert worden, so dass es zu einer Verstopfung gekommen sei, die der Paravasation Vorschub geleistet habe, ist ohne Durchschlagskraft und deshalb auch in der Berufungsinstanz nicht wiederholt worden. Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat, bezogen auf den damaligen Zeitpunkt, kein Reinigungserfordernis gesehen und außerdem mitgeteilt, eine Verstopfung hätte nicht zu einem Flüssigkeitsaustritt in das umliegende Gewebe geführt.
b) Ebenfalls unbehelflich ist die nunmehr vorgebrachte Kritik, die Paravasation sei zu spät von der Beklagten zu 2. erkannt worden. Die Klägerin stützt sich insoweit auf deren Anhörung. Dabei wurde Folgendes geäußert:
"Wenn ich ein Aufklärungsgespräch hier führen soll, würde ich darauf hinweisen, dass Chemo-Medikamente gewebsschädigend sind und auch außerhalb des Ports möglicherweise auftreten können, dass das Risiko jedenfalls nicht gleich null ist. Es kann dann zu Rötungen und entzündlichen Reaktionen kommen. Dann möge man sich bitte umgehend vorstellen. Üblicherweise wird ein Austritt der Medikamente auch schon nach wenigen Tropfen bemerkt, noch während die Therapie bei uns läuft, wobei auch eine Schwellung auftreten kann. Sie bemerken das dann sofort und geben uns Bescheid, dass wir sofort danach schauen können."
Die vorstehenden Angaben enthalten zu Beginn die Darstellung eines fiktiven Aufklärungsgesprächs, das mit der Bitte an den Patienten verbunden wird, bei bestimmten Auffälligkeiten sogleich Meldung zu machen. Anschließend wurde - für das Gericht erläuternd - gesagt, etwaige Auffälligkeiten würden üblicherweise schon ganz kurzfristig von dem Patienten bemerkt. Dagegen war nicht die Rede davon, dass sie von dem behandelnden Arzt in gleicher Weise wahrgenommen würden. Vielmehr sei es die Aufgabe des Patienten, "Bescheid zu geben, dass wir sofort danach schauen können". Dass die Klägerin im vorliegenden Fall entsprechend Bescheid gegeben und die Beklagte zu 2. deshalb Anlass zu Untersuchungen gehabt hätte, ist indessen weder behauptet noch sonst ersichtlich. Tatsächlich wurde die Klägerin erst am 27.08.2010 mit einem bereits fortgeschrittenen Schadensbild im Krankenhaus der Beklagten zu 1. vorstellig.

2. Aufklärungsdefizite, die die Einwilligung der Klägerin in die Operation vom 9.07.2010 und in die spätere Chemo-Therapie in Frage stellen und von daher haftungsträchtig sein könnten, hat das Landgericht zutreffend verneint. Die Klägerin moniert zu Unrecht, nicht hinlänglich über das Risiko eines Paravasats, das sich nach der Behandlung vom 25.08.2010 verwirklichte, unterrichtet worden zu sein.
a) Vor der Implantation des Ports bedurfte es dieserhalb keiner Information. Es ging seinerzeit um eine bloße Vorsorgemaßnahme, die die Klägerin schonte, indem sie einen ansonsten drohenden zusätzlichen Eingriff entbehrlich machte. Die Auffassung der Klägerin, sie sei bereits damals determiniert worden, sich nachfolgend einer Chemo-Therapie zu unterziehen, so dass sie von vornherein auch in Bezug auf deren Gefahren hätte aufgeklärt werden müssen, geht fehl. Über das therapeutische Konzept war noch nicht definitiv entschieden, und die Klägerin gab ihre Wahlmöglichkeiten nicht preis. Durch die Implantation als solche geriet sie in keine wie auch immer geartete Zwangslage.
b) Der spätere Entschluss zur Chemo-Therapie lag in der Konsequenz des dann diagnostizierten Krankheitsbilds bestimmt, das eine klare Indikationslage begründete. Der Sachverständige Prof. T. hat aufgezeigt, dass es aufgrund der prognostischen Aggressivität des Tumors keine gleichwertige Behandlungsalternative gab. Damit ist die Rüge der Klägerin entkräftet, ihr hätten andere therapeutische Angebote unterbreitet werden müssen, um Aufklärungsversäumnisse zu vermeiden (vgl. BGH MDR 2011, 914).
c) Die Risiken der Chemo-Therapie und dabei namentlich das Risiko eines Paravasats wurden der Klägerin hinreichend vor Augen geführt. Die dazu vom Landgericht getroffenen Feststellungen geben keinen Anlass zu rechtserheblichen Zweifeln und binden daher für das Berufungsverfahren (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO):
Der von der Klägerin unterzeichnete Aufklärungsbogen erwähnt die Möglichkeit von Rötungen, Schwellungen und sogar Blutungen sowie Wunden im tieferliegenden Gewebe. Daneben wies die Beklagte zu 2. im Rahmen des etwa einstündigen Gesprächs, das sie mit der Klägerin führte, darauf hin, dass es durch den planwidrigen Austritt von Infusionsflüssigkeit zu Gewebeschäden und entzündlichen Reaktionen kommen könne. Das ist das Ergebnis deren Anhörung vor dem Landgericht, in deren Zuge sie aus einer - anders als bei der Klägerin und deren Ehemann unscharfen und im entscheidenden Punkt lückenhaften - klaren Erinnerung heraus eine verlässliche Situationsbeschreibung gegeben hat.
Dass die Beklagte zu 2. bei der Unterrichtung der Klägerin den Begriff des Paravasats nicht erwähnte, war nicht fehlerhaft. Das Aufklärungsgespräch ist nach Möglichkeit von medizinischen Fachausdrücken freizuhalten und in für den Laien fassbarer Sprache zu führen. Dem wurde die Beklagte zu 2. mit ihrer Wortwahl gerecht, indem sie die Dinge allgemein verständlich darstellte. Es gibt keinen Anhalt dafür, dass die Klägerin der Beklagten zu 2. nahe gebracht hätte, auf medizinischem Gebiet bewandert und mit der einschlägigen Terminologie vertraut zu sein und dass das Aufklärungsgespräch entsprechend gestaltet werden solle.
d) Die Beklagte zu 2. war auch nicht gehalten, Ausführungen dazu zu machen, welche Einzelfaktoren ein Paravasat würden auslösen können. Hypothetische Kausalitäten brauchten nicht erörtert zu werden. Es reichte hin, die Risikosituation aufzuzeigen. Diese Situation wurde nicht verharmlost. Entgegen der Auffassung der Klägerin gibt es keinen Grund zu der Annahme, dass ihr gesagt worden wäre, ein etwaiger Austritt der Infusionsflüssigkeit in das Gewebe werde normalerweise sogleich bemerkt. Die Anhörung der Beklagten zu 2., auf die sich die Klägerin insoweit bezieht, verhält sich nicht über das mit der Klägerin geführte Gespräch, sondern beinhaltet eine abstrakte Schilderung der Begleitumstände einer Chemo-Therapie. Dass das auch der Klägerin gegenüber zur Sprache gebracht worden wäre, ist nicht zu ersehen. Erst recht lässt sich nicht erkennen, dass die Beklagte zu 2. geäußert hätte, schwere Gewebeschäden seien auszuschließen.
III. Nach alledem sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen. Bis zum 24.07.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.

107. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 30.06.2014 – 16 W 81/14 – * Befangenheit des als Oberarzt im Universitätsklinikum tätigen medizinischen Sachverständigen: Kooperation zwischen Universitätsklinikum und beklagtem akademischen Lehrkrankenhaus

Leitsatz

Gegen einen Sachverständigen, der an einer Universitätsklinik als Oberarzt tätig ist, ist die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt, wenn sich die zu begutachtenden Vorgänge in einem - nunmehr beklagten - Akademischen Lehrkrankenhaus desselben Universitätsklinikums ereignet haben.

Tenor

Auf die Beschwerde des Klägers wird der angefochtene Beschluss abgeändert.
Das Ablehnungsgesuch des Klägers vom 8.05.2014 gegen den Sachverständigen Dr. B. wird für begründet erklärt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg.
Der Kläger ist berechtigt, den vom Landgericht bestellten Sachverständigen Dr. B. wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen.
Gemäß § 406 Abs. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit findet danach entsprechend § 42 Abs. 2 ZPO statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige tatsächlich befangen ist. Entscheidend ist allein, ob aus der Sicht des Ablehnenden genügend objektive Gründe vorliegen, die einer ruhig und vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu zweifeln und von ihrem Standpunkt aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Sachverständige stehe ihr nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber (BGH NJW 2005, 1869; BGH, NJW-RR 1987, 893, std. Rspr. des Senats, zuletzt etwa Beschluss vom 18.03.2014, 16 W 34/14).
Die Eltern des Klägers machen geltend, dass die streitgegenständliche – nach ihrer Auffassung geburtsfehlerhafte - Behandlung in dem – von der Beklagten zu 1. getragenen - Städtischen Krankenhaus stattgefunden hat; dieses ist ein Akademisches Lehrkrankenhaus des U., an welch letzterem der Sachverständige als Oberarzt tätig ist; daraus ergebe sich der Anschein einer ständigen und engen Kooperation und damit die Besorgnis einer Nähe des Gutachters zu dem behandelnden Krankenhaus, die durch die Zusammenarbeit beider Häuser im Rahmen eines von der D. geförderten Integrierten Versorgungsmodells "Prävention von Frühgeburten" noch verstärkt werde. Das trägt das Ablehnungsgesuch.
Für die sachverständige Begutachtung im Zivilprozess ist es von eminenter Bedeutung, dass der Sachverständige zu den Parteien den gleichen Abstand hat und hält. Das gilt in besonderem Maße für die nicht selten prozessentscheidende medizinische Beurteilung. Gerade im Arzthaftungsprozess, wo es bei der gutachterlichen Bewertung ärztlichen Verhaltens oftmals auf Nuancen ankommen kann, bei denen eine ungerechtfertigte Zurückhaltung oder eine verdeckte Rücksichtnahme seitens des Gutachters von den Prozessbeteiligten nur sehr schwer zu erkennen ist (so zu Recht OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.11.2010, 5 W 1771/10, Rn. 11 bei juris), ist das Gericht auf die Verlässlichkeit der sachverständigen Beurteilung angewiesen. Entsprechend hängt auch die Akzeptanz eines darauf gegründeten Urteils und die Befriedung der Parteien maßgeblich davon ab, dass das Gutachtenergebnis allein auf fachlicher Kenntnis und klinischer Erfahrung beruht und ihm nicht der Anschein anhaften kann, womöglich von anderen Faktoren beeinflusst gewesen zu sein.
Die Besorgnis mangelnder sog. Äquidistanz kann sich aus einem fehlerhaften Verhalten des Sachverständigen ergeben; daran ist es hier, da der Sachverständige seine Tätigkeit noch gar nicht aufgenommen hat, nicht. Die nämliche Besorgnis kann sich aber auch allein aus dem Status des Sachverständigen ergeben, und so liegt es hier: Auch wenn keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen und noch nicht einmal nahe liegt, dass Herrn Dr. B. sich bei der ihm aufgegebenen Begutachtung tatsächlich von der Nähe des Hauses, in dem und für das er tätig ist, zu dem Haus, in dem sich der streitgegenständliche Fall zugetragen hat, wird beeinflussen, geschweige denn leiten lassen, so haftet doch der praktischen Verbindung der beiden Krankenhäuser der ungute Beigeschmack einer größeren Nähe des ausgewählten Gutachters zu einer Seite des Prozesses an. Die zwischen beiden Häusern bestehende Kooperationen geht über eine – mehr oder weniger - unvermeidliche professionsbedingte Kollegialität und über die damit etwa verbundene – gleichermaßen hinzunehmende – Personenkenntnis hinaus. Sie lässt allemal den Gedanken als nicht ganz unvernünftig erscheinen, das Verhältnis des Sachverständigen zu dem im sachlichen Kern beklagten Krankenhaus könne womöglich – und dies etwa auch ohne dass es ihm selbst bewusst würde – auf die ihm aufgegebene Beurteilung "durchschlagen", und die bloße Besorgnis allein einer solchen Möglichkeit vermag die Ablehnung schon zu tragen.
Eine Kostenentscheidung ist, da die Beschwerde Erfolg hat, nicht veranlasst.
Den nur für die Rechtsanwaltsgebühren maßgeblichen - Beschwerdewert bemisst der Senat in ständiger Rechtsprechung auf rund ein Drittel des Hauptsachewerts, hier mithin auf 13.500,- €.

108. OLG Köln, Beschluss vom 30.06.2014 – 5 U 150/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Beweis schadensursächlicher Befunderhebungs-, Diagnose- und anderer Behandlungsfehler

Orientierungssatz

1. Die Beobachtungen medizinischer Laien zu dem konkreten Zustand eines verletzten Körperteils sind stets auf ihre medizinische Plausibilität zu überprüfen.
2. Handelt es sich bei den dauerhaft bestehenden Beschwerden eines Patienten um ein neuropathisches Syndrom, dessen genaue Ursache nicht aufklärbar ist, kommt eine Arzt- bzw. Krankenhaushaftung diesbezüglich nicht in Betracht.

3. Eine Kompressionssonografie ist bei Hämatomen und Schmerzen im Bereich der Unterschenkelvenen nur begrenzt aussagekräftig, weil sich aus ihr Erkenntnisse nur in Bezug auf die konkret gemessene Stelle ergeben, von der im vorhinein nicht absehbar ist, ob es die richtige Stelle ist.
4. Bei einem Muskelfaserriss ist ein zunächst konservatives Vorgehen üblich; gravierende Schmerzen und erhebliche sonstige Beeinträchtigungen rechtfertigen für sich genommen ein operatives Vorgehen nicht.
5. Kann über die Frage, wodurch es zu einem Venenriss gekommen ist, letztlich nur spekuliert werden, ist eine Haftung im Hinblick auf den Venenriss nicht begründet.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 23.10.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn (9 O 362/12) 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 legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).
Das Landgericht hat vielmehr zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz immaterieller und materieller Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihm der ihm obliegende Beweis für schadensursächliche Befunderhebungs-, Diagnose- und sonstige Behandlungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. und/oder des Beklagten zu 2. nicht gelungen 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 abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L [Gutachten vom 17.05.2013 (Bl. 127 - 166 i. V. m. 167 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 7.10.2013 (S. 2 - 5 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 7.10.2013, Bl. 209 ff., 210 - 213 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzu kommt, dass Prof. Dr. L dem Senat aus einer Reihe anderer Arzthaftungsprozesse, in denen orthopädische Fragen zur Begutachtung anstanden, als hervorragend qualifizierter und in der Praxis sehr erfahrener Sachverständiger bekannt ist, der stets mit großer Sorgfalt und Umsicht jeweils sämtliche für die Entscheidung relevanten medizinischen Streitfragen umfassend und überzeugend beantwortet.
Der Verwertung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. L als Entscheidungsgrundlage steht entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung auch nicht entgegen, dass es keine Verweise auf wissenschaftliche Fachliteratur enthält, dass der Hinweis darauf fehlt, dass das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstattet worden sei, und dass eine Angabe zu der Frage fehlt, ob der Sachverständige sich zur Gutachtenerstattung der Hilfe Dritter bedient hat. Denn es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass Prof. Dr. L sein Gutachten nicht zumindest im Wesentlichen selbst erstellt hat mit der Folge, dass ein Hinweis auf Hilfspersonen, die möglicherweise untergeordnete Tätigkeiten für ihn übernommen haben, nicht erforderlich ist; vielmehr hat Prof. Dr. L das Gutachten mit dem Zusatz "Aufgrund eigener Urteilsfindung" unterschrieben, die Untersuchung des Klägers persönlich vorgenommen, auch persönlich mit ihm das Anamnesegespräch im Rahmen der Gutachtenerstattung geführt und im Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 7.10.2013 persönlich sein Gutachten mündlich erläutert. Zweifel daran, dass Prof. Dr. L sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstellt hat, bestehen trotz des Fehlens eines entsprechenden Zusatzes, der im Übrigen auch nicht zwingend geboten ist, nicht und werden auch - zu Recht - vom Kläger nicht vorgetragen. Und der Umstand schließlich, dass der Sachverständige seine medizinischen Erkenntnisse nicht mit Zitaten aus der medizinisch-wissenschaftlichen Literatur belegt hat, mag seine Ursache darin haben, dass die hier zur Begutachtung anstehenden medizinischen Fragen zu dem Basiswissen bzw. der Basiserfahrung eines Sachverständigen mit der Qualifikation und Erfahrung des Prof. Dr. L gehören und zudem keine zwischen Medizinern bestehenden wissenschaftlichen Meinungsstreitigkeiten betreffen, und vermag nicht zuletzt deshalb für sich genommen keine Zweifel an der wissenschaftlichen Substanz und Überzeugungskraft seiner Feststellungen zu begründen.
Der Verwertung des Gutachtens des Prof. Dr. L steht entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung auch nicht entgegen, dass das Landgericht von einer Vernehmung der vom Kläger als Zeugen

benannten Herren T und D zu dem Zustand seines linken Unterschenkels am 25. bzw. 26.10.2009 abgesehen hat. Denn für eine entsprechende Zeugenvernehmung bestand bzw. besteht weder für das Landgericht noch für den Senat Veranlassung. Dies gilt schon deshalb, weil der Vortrag des Klägers zu diesen Beweisantritten nicht hinreichend substanziiert ist. So ist nicht hinreichend nachvollziehbar, was der Kläger mit seinem Vorbringen meint, dass sein Unterschenkel so geschwollen gewesen sei, dass er ebenso dick gewesen sei wie sein Oberschenkel. Denn der Unter- und der Oberschenkel eines Menschen sind jeweils auf ihrer gesamten Länge keineswegs gleichermaßen umfangreich; vielmehr weist der Beinumfang sowohl im Bereich des Unter- als auch im Bereich des Oberschenkels jeweils Partien von unterschiedlicher Stärke auf; und es gibt auch bei unverletzten Menschen - insbesondere bei solchen, die gut durchtrainiert sind, wie dies möglicherweise beim Kläger als Polizist vor seinem Unfall der Fall gewesen ist - Bereiche im Unterschenkel, die genau so dick, wenn nicht dicker sind als Bereiche des Oberschenkels. Dies gilt erst recht bei einer starken Schwellung im Bereich des Unterschenkels, wie sie bei einem Muskelfaserriss normal ist und insbesondere in dem Notarztprotokoll vom 25.10.2009 und in den Behandlungsunterlagen des X-krankenhauses dokumentiert ist. Die Aussage, dass der Unterschenkel so geschwollen gewesen sei, dass er ebenso dick gewesen sei wie der Oberschenkel, besagt dementsprechend nichts Belastbares über den tatsächlichen Zustand des verletzten Unterschenkels des Klägers. Wie der Kläger zu der von ihm vorgetragenen Einschätzung gelangt ist, dass die Schwellung einen Umfang gehabt habe, der durch einen Muskelfaserriss alleine nicht erklärt werden könne, erschließt sich nicht zuletzt auch vor diesem Hintergrund nicht. Hinreichende Substanz lässt auch der Zeugenbeweisantritt des Klägers zu seinem Vorbringen vermissen, dass seine Haut im Bereich der Schwellung "knallhart" gespannt gewesen sei; dies gilt schon deshalb, weil der Kläger nicht vorträgt, inwiefern die Zeugen aus eigener Wahrnehmung hierzu aussagen können sollten; insbesondere hat der Kläger nicht vorgetragen, dass die Zeugen die fraglichen Bereich persönlich abgetastet hätten, was für eine belastbare Aussage insoweit erforderlich sein dürfte. Auch das vom Kläger unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen zu der Farbe der Haut in dem Bereich seines Unterschenkels lässt hinreichende Substanz vermissen. So stellt sich die Farbe seiner Behauptung nach mal als "dunkelblau", mal als "blau", mal als "blau glänzend" und mal als "bläulich" dar, und fehlt eine konkrete Angabe dazu, in welchen Bereichen des Unterschenkels eine Verfärbung der Haut wahrnehmbar gewesen sein soll. Hinzu kommt, dass es sich bei der Farbe der Haut - ebenso wie bei dem Umfang einer Schwellung und dem Gespanntsein der Haut in den geschwollenen Bereichen - nicht um solche Tatsachen handelt, die von jedem Zeugen gleichermaßen belastbar beschrieben werden könnten. Vielmehr werden Beschreibungen insoweit zwangsläufig durch erfahrungsbedingte Wertungen mit bestimmt. Ein medizinisch geschulter Beobachter wird Schwellungen, Hautfarbe und Härtegrad der Haut im Regelfalle anders beschreiben als ein medizinischer Laie. Deshalb sind die Beobachtungen medizinischer Laien zu dem konkreten Zustand eines verletzten Körperteils stets und auch dann, wenn sich der laienhafte Beobachter um Wahrheit bemüht und keinerlei prozesstaktische Motivation erkennen lässt, auf ihre medizinische Plausibilität zu überprüfen. Und genau dies ist in Bezug auf die unter Zeugenbeweis gestellten Behauptungen des Klägers, die in dem für den Kläger besten und zu seinen Gunsten hier unterstellten Falle von den benannten Zeugen vollumfänglich bestätigt worden wären, im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme erfolgt und hat zu dem Ergebnis geführt, dass der Sachverständige Prof. Dr. L die Behauptungen des Klägers zu der am 25. bzw. 26.10.2009 vorhanden gewesenen Blaufärbung überzeugend als medizinisch nicht verifizierbar bewertet und darauf hingewiesen hat, dass auch die übrigen Behauptungen des Klägers zu dem Zustand seines Unterschenkels aus ärztlicher Sicht im Hinblick auf die objektiven medizinischen Befunde zu relativieren seien.
Auch die sonstigen inhaltlichen Kritikpunkte des Klägers gegen die Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L verfangen sämtlich nicht und vermögen die Überzeugungskraft seines Gutachtens nicht zu schmälern [wobei hierauf teils sogleich, teil im weiteren Verlauf des Beschlusses eingegangen wird]. So rügt der Kläger etwa ohne Erfolg, dass die Annahme des Sachverständigen, dass das Hämatom am 25. und 26.10.2009 einen Umfang von lediglich 1 cm x 1 cm gehabt habe, durch nichts zu rechtfertigen sei. Denn diese Feststellung des Sachverständigen ergibt sich aus den sonographischen Aufnahmen, die in den Behandlungsunterlagen der Beklagten zu 1. im Original abgeheftet sind. Soweit der Kläger eine Zuordnungsfähigkeit dieser Aufnahmen vermisst, hat er offenbar übersehen, dass auf der Rückseite der Aufnahmen jeweils am Anfang und am Ende des Aufnahmestreifens ein Aufkleber mit seinem Namen, seinem Geburtsdatum und mit weiteren, ihn betreffenden Patientenangaben angebracht ist. Auch die auf den Aufnahmen ersichtlich Uhrzeiten ihrer Vornahme lassen sich der unstreitigen Zeit des Aufenthaltes des Klägers im Hause der Beklagten zu 1. stimmig zuordnen. Die Angabe "Abdomen" auf den jeweiligen Aufnahmen hat die Beklagte zu 1. ebenso plausibel wie vom Kläger unwidersprochen damit erklärt, dass bei den Aufnahmen ein Abdomenschallkopf benutzt worden ist. Soweit der Kläger bei den fraglichen Aufnahmen eine Angabe zum Maßstab vermisst, hat er offenbar die - zugestandenermaßen recht wenig auffälligen - Maßstabmarkierungen am rechten Rand der Aufnahmen übersehen. Und soweit der Kläger schließlich nicht zu erkennen vermag, was die fraglichen Aufnahmen zeigen, mag dies für einen medizinischen Laien gut verständlich sein, begründet dies indes keine Zweifel an der Zuverlässigkeit der medi-

zinisch-sachverständigen Auswertung der Aufnahmen durch den Gerichtssachverständigen. Auch hinsichtlich der Bewertung der Erkenntnisse aus der CT-Aufnahme vom 28.10.2009 und des dort erkennbaren Flüssigkeitsverhaltes erschöpft sich das Vorbringen des Klägers darin, dass er seine laienhafte Sicht ohne tragfähige Begründung gegen die Bewertung des hochqualifizierten und erfahrenen medizinischen Gerichtssachverständigen stellt.
2. Nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L geht auch der Senat ebenso wie das Landgericht davon aus, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. und auch dem Beklagten zu 2. haftungsbegründende Befunderhebungs-, Diagnose- und/oder sonstige Behandlungsfehler nicht unterlaufen sind. Bevor hierauf unten zu 3. und 4. näher einzugehen sein wird, sei allerdings auf den folgenden Umstand vorab hingewiesen:
Der Kläger scheint bei seiner Berufungsbegründung auszublenden, dass nach den Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. L eine Haftung der Beklagten schon deshalb ausscheidet, weil weder von ihm vorgetragen worden noch sonst ersichtlich ist, inwiefern er durch das Verhalten der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. und/oder durch das Verhalten des Beklagten zu 2. einen haftungsbegründenden Schaden erlitten haben könnte.
Denn nach den überzeugend begründeten und vom Kläger nicht - zumindest nicht mit hinreichender Substanz - angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L handelt es sich bei seinen - zumindest bis heute - dauerhaft bestehenden Beschwerden um ein neuropathisches Syndrom, dessen Entstehen zwar vermutlich mit dem Unfallgeschehen am 25.10.2009 zusammenhängt, dessen genaue Ursache hingegen nicht aufklärbar ist. Eine diesbezügliche Haftung der Beklagten zu 1. und/oder des Beklagten 2. kommt dementsprechend nicht in Betracht. Ein Kompartementsyndrom hat der Kläger - was er in zweiter Instanz auch selbst zu Recht nicht mehr behauptet - nicht erlitten und scheidet dementsprechend als möglicher haftungsbegründender Schaden ebenfalls aus. Gleiches gilt für mögliche Folgen eines nicht folgenlos beherrschten Kompartementsyndroms, die sich beim Kläger unstreitig nicht eingestellt haben. Insbesondere sind bei ihm weder muskuläre Gewebeschäden noch neurologische Ausfälle zu beklagen. Auch die Kompartementspaltung mit Hämatomausräumung, die im Rahmen der Operation am 28.10.2009 im X-krankenhaus C mit den zugehörigen Folgeoperationen am 2. und 9.11.2009 vorgenommen worden ist, sowie sämtliche damit zusammenhängenden Beeinträchtigungen können nicht als haftungsbegründende Schäden bewertet werden, weil es sich hierbei um nicht ersatzpflichtige Ohnehinschäden handelt. Denn einer der Hauptvorwürfe des Klägers gegen die Beklagten geht dahin, dass bei den Konsultationen am 25. und 26.10.2009 ein nach der Behauptung des Klägers bereits zu dieser Zeit vorhanden gewesener Venenriss mit entsprechender innerer Blutung nicht erkannt und deshalb sowie auch unabhängig davon nichts zur Vermeidung eines schon zu dieser Zeit nach seiner Behauptung drohenden Kompartementsyndroms unternommen worden ist. Als Maßnahme wäre insoweit aber - aus der Sicht des Klägers - genau die Operation einschließlich zugehöriger Folgeoperationen in Betracht gekommen, die im X-krankenhaus am 28.10.bzw. 2. und 9.11.2009 vorgenommen worden ist. Schließlich kann auch ein Schaden, der dem Kläger durch die - seiner Ansicht nach pflichtwidrigen - Verzögerung dieses Eingriffes vom 26.10.2009 bis zum 28.10.2009 entstanden sein könnte, nicht festgestellt werden. Das Vorbringen des Klägers in diesem Zusammenhang ist zudem in sich widersprüchlich. Denn er behauptet insoweit einerseits, dass es durch - seiner Behauptung nach pflichtwidrig - unterlassene Maßnahmen der Beklagten dazu gekommen sei, dass das Entstehen eines Kompartementsyndroms gedroht habe, und andererseits, dass ein Kompartementsyndrom bereits am 25. bzw. 26.10.2009 in einer Weise gedroht habe, dass zur Vermeidung des diesbezüglichen Risikos eine Notfallfasziotomie hätte durchgeführt werden müssen. Dass die Gefahr des Entstehens eines Kompartementsyndroms in der Zeit zwischen der Notfallversorgung im Hause der Beklagten zu 1. in der Nacht vom 25. auf den 26.10.2009 bis zum Operationstag 28.10.2009 in einer Weise zugenommen hätte, dass allein dies für sich genommen zu einem haftungsbegründenden Schaden hätte führen können, ist weder von dem Kläger vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.
3. Auch wenn es hierauf im Hinblick auf das soeben zu 2. Ausgeführte letztlich nicht entscheidend ankommt, sei hier darauf hingewiesen, dass haftungsbegründende Befunderhebungs-, Diagnose- und/oder sonstige Behandlungsfehler von Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. und auch des Beklagten zu 2. nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt werden können. Dabei bestreitet der Kläger selbst - zu Recht - nicht, dass die im Hause der Beklagten zu 1. gestellte und von dem Beklagten zu 2. bestätige Diagnose eines Muskelfaserrisses zutreffend war.
Es kann aber nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme auch nicht festgestellt werden, dass die Behandler am 25. bzw. am 26.10.2009 geboten gewesene Befunderhebungen mit Haftungsfolge unterlassen hätten. Gegen diese Beurteilung wehrt der Kläger sich ohne Erfolg:
So ist die Forderung des Klägers, dass die Diagnose eines Muskelfaserriss näher hätte abgeklärt werden müssen, unverständlich. Denn unstreitig war die Diagnose richtig und auch bereits am 25.10.2009 aufgrund klinischer und sonographischer Untersuchung gestellt worden; es ist nicht ersichtlich inwiefern eine weitere Abklärung insoweit weitere Erkenntnisse hätte erbringen und Veranlassung für ein anderes Behandlungsregime hätte bieten können.

Ohne Erfolg rügt der Kläger auch, dass im Hause der Beklagten zu 1. bzw. durch den Beklagten zu 2. keine Untersuchungen zur Abklärung der Frage, ob bei ihm eine Thrombose vorliegen könnte, durchgeführt worden sind. Denn im X-krankenhaus ist eine Thrombose sicher ausgeschlossen worden mit der Folge, dass sich bei einer entsprechenden Untersuchung im Hause der Beklagten zu 1. bzw. durch den Beklagten zu 2. ein reaktionspflichtiger Befund sicher nicht ergeben hätte.
Unverständlich ist auch die Forderung des Klägers, dass die Frage näher hätte abgeklärt werden müssen, ob bei ihm ein Kompartementsyndrom vorliegt. Denn er betont in seiner Berufungsbegründung selbst, dass ein solches bei ihm in der umstrittenen Behandlungszeit im Hause der Beklagten zu 1. bzw. bei dem Beklagten zu 2. nicht vorgelegen habe. Auch eine dahingehende Untersuchung hätte dementsprechend sicher keinen reaktionspflichtigen Befund ergeben.
Die Forderung nach einer CT-Untersuchung ist ebenfalls unverständlich. Denn diese Forderung könnte aus der Sicht des Klägers, der die Auffassung vertritt, dass bereits am 25. und 26.10.2009 bei ihm ein Venenriss und daraus resultierend eine innere Blutung vorgelegen habe, allenfalls dann Sinn machen, wenn angenommen werden könnte, dass man am 25. und/oder 26.10.2009 durch diese Untersuchung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Venenriss bzw. eine darauf beruhende innere Blutung hätte feststellen können. Dies kann indes nicht angenommen werden, weil auch bei der CT-Untersuchung im X-krankenhaus und selbst bei der dort ebenfalls durchgeführten Phlebographie entsprechende Befunde nicht erhoben und ein Venenriss erstmals im Rahmen der Revisionsoperation am 2.11.2009 festgestellt worden ist.
Entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung hat bei ihm in der umstrittenen Behandlungszeit auch weder Veranlassung noch Rechtfertigung für eine Kompressionssonographie bestanden. Denn zum einen ist eine solche Untersuchung insbesondere bei Hämatomen und Schmerzen im Bereich der Unterschenkelvenen nur begrenzt aussagekräftig, weil sich aus ihr Erkenntnisse nur in Bezug auf die konkret gemessene Stelle ergeben, von der im vorhinein nicht absehbar ist, ob es die richtige Stelle ist; die Untersuchungsmethode der Wahl wäre dementsprechend die Phlebographie, die indes kurze Zeit später im X-krankenhaus ohne reaktionspflichtigen Befund durchgeführt worden ist; und zum anderen bringt die Kompressionssonographie die Gefahr weiterer Blutungen mit sich, für die es angesichts des klinischen Bildes des Klägers am 25. bzw. 26.10.2009 sowie der zu dieser Zeit erhobenen Befunde keine Rechtfertigung gab.
Auch über die konkret angesprochenen Untersuchungsmaßnahmen hinaus sind weitere Maßnahmen, die geboten gewesen sein könnten und die Behandler am 25. bzw. am 26.10.2009 mit Haftungsfolge unterlassen haben könnten, weder vom Kläger mit hinreichender Substanz vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.
Schließlich können auch Behandlungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten zu 1. und/oder des Beklagten zu 2. nicht festgestellt werden. So kann es ihnen nicht mit Haftungsfolge vorgeworfen werden, dass sie nicht bereits in der Nacht vom 25. auf den 26.10.2009 bzw. am 26.10.2009 ein operatives Vorgehen veranlasst haben. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L war es im Hinblick auf die erhobenen Befunde und das klinische Bild aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht zu beanstanden, dass die Behandler zumindest zunächst einmal - wie dies bei Muskelfaserrissen einem üblichen Vorgehen entspricht - konservativ vorgegangen sind und abgewartet haben, wie sich das klinische Bild entwickelt. Bei seiner Kritik insoweit scheint der Kläger auszublenden, dass es sich bei einem Muskelfaserriss, den er erwiesenermaßen und unstreitig erlitten hat, um eine durchaus erhebliche Verletzung handelt, die für den betroffenen Patienten insbesondere in der Angangszeit unmittelbar nach Eintreten der Verletzung regelmäßig mit gravierenden Schmerzen und sonstigen erheblichen Beeinträchtigungen verbunden ist, die im Übrigen auch bei normalem Heilungsverlauf zwar fortlaufend geringer werden, aber gleichwohl relativ lange andauern können, und dass deshalb bei einem Muskelfaserriss gravierende Schmerzen und erhebliche sonstige Beeinträchtigungen für sich genommen ein operatives Vorgehen nicht rechtfertigen können.
Ohne Erfolg behauptet der Kläger auch, dass weder die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. noch der Beklagte zu 2. ihn in angemessener Weise darüber aufgeklärt hätten, dass er sein linkes Bein schonen, hochlegen und kühlen müsse, und dass er bei einer Verschlimmerung der Symptomatik umgehend ein Krankenhaus aufsuchen müsse. Denn nach seinem eigenen Vorbringen in dem Anamnesegespräch mit dem Sachverständigen Prof. Dr. L hat der Kläger in der Nacht des Unfalles sein Bein gekühlt, wobei er hierzu ausweislich der Wiedergabe des Anamnesegespräches mit dem Sachverständigen in dessen schriftlichen Gutachten sehr anschaulich beschrieben hat, dass er hierfür das gesamte ihm zugängliche Gefriergut verwandt habe. Damit steht zugleich fest, dass er sein Bein auch geschont und hochgelegt hat, weil anderweitig das Kühlen mit Gefriergut kaum vorstellbar ist. Und unstreitig hat der Kläger jeweils zeitnah nach den umstrittenen Behandlungen erneut einen Arzt aufgesucht, nämlich den Beklagten zu 2. ca. 12 Stunden nach der Behandlung im Hause der Beklagten zu 1. und ca. einen Tag nach der Konsultation des Beklagten zu 2. das X-krankenhaus. Im Hinblick darauf kann der Tatsachenstreit zu der Frage, ob dem Kläger die erforderlichen Verhaltensmaßregeln erteilt worden sind, letztlich dahinstehen, weil etwaige pflichtwidrige Versäumnisse auf Beklagtenseite sich für den Kläger nicht nachteilig ausgewirkt haben.

Angemerkt sei insoweit indes, dass die Behauptung des Klägers insoweit, dass ihm keinerlei Verhaltensmaßregeln erteilt worden seien und dass er aus dem Aushändigen der Unterarmgehstützen im Hause der Beklagten zu 1. den Eindruck gewonnen habe, dass er laufen dürfe, nicht als plausibel erscheint. Denn er hat von den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. noch in der Nacht des Unfalls unstreitig zum einen eine Krankschreibung vom 25.10.2009 bis zum 5.11.2009 ausgehändigt und zum anderen ein Mittel zur Thromboseprophylaxe verordnet bekommen. Allein im Hinblick darauf muss für den Kläger auch aus seiner Sicht als medizinischer Laie klar gewesen sein, dass er sich mindestens bis zum 5.11.2009 schonen muss und so wenig bewegen darf, dass einer Thrombosegefahr wegen mangelnder Bewegung durch entsprechende Medikation vorgebeugt werden muss.
4. Eine für den Kläger günstigere Beurteilung ist auch nicht im Hinblick auf sein Vorbringen veranlasst, dass der am 2.11.2009 im X-krankenhaus festgestellte Venenriss bereits am 25.10.2009 vorgelegen und zu einer erheblichen inneren Blutung geführt habe, die die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. bzw. der Beklagte zu 2. fehlerhaft übersehen hätten und fehlerhaft nicht zum Anlass für weitere Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen genommen hätten. Denn auch unter Berücksichtigung dieses Vorbringens des Klägers können weder Diagnose-, noch Befunderhebungs- und/oder sonstige Behandlungsfehler festgestellt werden. Dies gilt schon deshalb, weil der Sachverständige mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt ist, dass der Venenriss am 25. und auch am 26.10.2009 noch nicht vorgelegen haben kann. Zur Begründung hat er insbesondere ausgeführt, dass der Hämoglobinwert bei dem Eingangslabor im X-krankenhaus lediglich geringfügig unterhalb des Referenzwertes gelegen habe, wodurch eine bis zu diesem Zeitpunkt erfolgte erhebliche innere Blutung in dem Unterschenkel des Klägers ausgeschlossen werden könne, weil eine solche zu einem deutlich höheren Abfall des Hämoglobinwertes hätte führen müssen. Zudem sei der Venenriss im X-krankenhaus erst anlässlich der planmäßig durchgeführten Revisionsoperation am 2.11.2009 festgestellt worden, wobei nicht vorstellbar sei, dass bei der zuvor durchgeführten Operation am 28.10.2009 im X-krankenhaus ein angeblich schon ab dem 25.10.2009 und damit auch am 28.10.2009 in dem operierten Bereich bereits vorhanden gewesener Venenriss übersehen worden sein könnte. Diese Feststellungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Und sie werden von dem Kläger auch nicht mit Erfolg angegriffen. Vielmehr erschöpft sich sein Vorbringen insoweit letztlich in vagen Vermutungen und Unterstellungen sowie darin, dass er seine laienhaften Vorstellungen ohne plausible medizinische Argumente gegen die fundiert begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen setzt, der als Direktor der Klinik für Orthopädie, Unfall- und Handchirurgie des Heliosklinikums Krefeld in besonderem Maße qualifiziert und erfahren ist, die hier umstrittenen medizinischen Fragen zu begutachten. So ist es etwa - worauf oben zu 1. bereits hingewiesen worden ist - nicht nachvollziehbar, wie der Kläger zu der Einschätzung gelangen kann, dass sein linker Unterschenkel am 25. bzw. 26.10.2009 in einem Ausmaß geschwollen gewesen sei, das mit einem Muskelfaserriss allein nicht zu erklären sei. Auch das Vorbringen des Klägers, dass es zu dem Venenriss ausschließlich durch das Unfalltrauma gekommen sein könne, weil es in der Folgezeit bis zum 2.11.2009 kein weiteres Trauma gegeben habe, ist keineswegs zwingend, blendet zudem aus, dass auch die Operationen am 28.10.und 2.11.2009 Traumata dargestellt haben, bei denen es als Komplikation zu dem Venenriss gekommen sein könnte bzw. bei denen sich eine durch das Unfalltrauma bereits angelegt gewesene Beeinträchtigung der fraglichen Vene als Venenriss manifestiert haben könnte, und stellt lediglich eine nicht verifizierbare Mutmaßung dar. Entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung kann über die Frage, wann und wodurch es zu dem am 2.11.2009 festgestellten Venenriss gekommen ist, letztlich nur spekuliert werden. Belastbare Feststellungen insoweit sind demgegenüber nicht möglich mit der Folge, dass eine Haftung der Beklagten im Hinblick auf den Venenriss nicht zu begründen ist.
5. Auch wenn es vor dem Hintergrund des bisher Ausgeführten hierauf nicht ankommt, sei gleichwohl in der gebotenen Kürze angemerkt, dass die Forderungen des Klägers auch der Höhe nach nicht nachvollziehbar sind. Dies gilt insbesondere für das geforderte Schmerzensgeld, das sich mit 90.000 Euro in einer Größenordnung bewegt, die selbst bei Amputationen nicht in jedem Falle als angemessen angesehen werden kann. Ernsthaft in Betracht kommen dürfte im Hinblick auf die vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen und die sonst zu berücksichtigenden Umstände auch im Falle einer vollen Haftung der Beklagten dem Grunde nach allenfalls ein Schmerzensgeldbetrag in einer Größenordnung von 5 % bis maximal 20 % des geforderten Betrages. Und hinsichtlich des geltend gemachten materiellen Schadens fehlt es aus den von den Beklagten in erster Instanz vorgetragenen Gründen nach wie vor an hinreichend substanziiertem Vortrag des Klägers.
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].

109. OLG Rostock, Urteil vom 27.06.2014 – 5 U 97/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Aufklärungspflichten des Krankenhausarztes über Behandlungsalternativen bei einem Zielauftrag des Hausarztes hinsichtlich einer Schilddrüsenoperation; Schmerzensgeld bei dauerhaften Schluckbeschwerden und Beeinträchtigung von Stimme und Belastbarkeit nach operativer Entfernung eines sog. "kalten Knotens"

Leitsatz

1. Den Arzt treffen vor Durchführung einer Resektionsoperation bei bestehendem Malignomverdacht umfangreiche Aufklärungspflichten, wenn auch eine Punktion zur Abklärung der Diagnostik oder ein schlichtes beobachtendes Abwarten ernsthaft in Betracht kommen.
2. Wurde der Patient vom Hausarzt zur Behandlung überwiesen, ist der Arzt gehalten, sich über eine ggf. bereits erfolgte Aufklärung zu informieren.

Orientierungssatz

1. Zitierung zu Leitsatz 2: Anschluss OLG Koblenz, 14.04.2005, 5 U 1610/04, NJW-RR 2005, 1111.
2. Wurde bei einem Patienten bei einer Schilddrüsenoperation ein 1,5 cm breiter sog. kalter Knoten im mittleren Drittel des linken Schilddrüsenlappens entfernt und leidet er nach der Operation (weiter) an Schluckbeschwerden und nach Abklingen einer Stimmbandlähmung an einer heiseren und leisen Stimme, sowie an Atembeschwerden, was seine Tätigkeit als Betriebsmeister, bei der er eine kräftige Stimme und ausreichende Belastbarkeit benötigt, dauerhaft beeinträchtigt, so ist in Ansehung einer nicht ordnungsgemäßen Aufklärung über die Operationsrisiken und Behandlungsalternativen ein Schmerzensgeld in Höhe von 5.000 Euro angemessen.

Tenor

Auf die Berufungen der Parteien und unter Zurückweisung der Berufungen im übrigen wird das Urteil des Landgerichts Stralsund vom 08.07.2013 - Az. 6 O 220/08 - teilweise geändert und zur Klarstellung neu gefasst:
Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 5.000,-- € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2007.
Die Beklagten werden weiter verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 489,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2007 zu zahlen. als Gesamtschuldner
Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens vor dem Oberlandesgericht Rostock - Az.: 5 U 31/12 - tragen die Beklagten als Gesamtschuldner zu 1/3 und der Kläger zu 2/3. Hiervon ausgenommen sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens 5 U 31/12, die nicht erhoben werden.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
Der Streitwert wird für die Berufungsinstanz auf 15.000,-- € festgesetzt.

Gründe

I.
Der Kläger begehrt von den Beklagten Schmerzensgeld im Zusammenhang mit einer ärztlichen Behandlung.
Der Kläger wurde durch den Beklagten zu 2.) in der Klinik der Beklagten zu 1.) am 23.02.2007 an der Schilddrüse operiert, an der ein 1,5 cm breiter sogenannter kalter Knoten im mittleren Drittel des linken Schilddrüsenlappens aufgetreten war. Der Kläger litt bereits seit fünf bis sechs Jahren unter Schluckbeschwerden und einem Druckgefühl im Hals. Der Inhalt des zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2.) geführten Aufklärungsgespräches ist zwischen den Parteien streitig; unstreitig unterschrieb der Kläger den Aufklärungsbogen.
Am Tag nach der Operation wurde die Drainage entfernt, der Kläger konnte danach nur mit einer ungewohnt hohen, heiseren und leisen Stimme sprechen; zudem hatte er Atembeschwerden.
Der Kläger hat behauptet, dass er nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei. Die Alternative einer Punktion sei ihm nicht vorgestellt worden, obwohl die Operation nur relativ indiziert gewesen sei. Bei entsprechender Aufklärung hätte er nicht in die Operation eingewilligt, da er die Schluckbeschwerden schon längere Zeit gehabt und mit diesen "gelebt" habe und bei seiner Tätigkeit auf eine kräftige Stimme und körperliche Belastbarkeit angewiesen sei.
Er habe auch heute noch Schluckbeschwerden und ein Druckgefühl in höherer Intensität. Längere Gespräche könne er nicht führen, sondern werde nach kurzer Zeit heiser. Lautes Sprechen und Rufen sei nicht möglich, was seine Arbeit als Betriebsmeister erschwere; bei körperlicher Anstrengung bekomme er Atemprobleme.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils.
Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 5.000,- Euro nebst Zinsen sowie anteilige außergerichtliche Anwaltskosten zu zahlen. Eine Haftung der Beklagten wegen eines Behandlungsfehlers greife nicht ein, die Einwilligung des Klägers in die Operation sei indes wegen einer unzulänglichen Aufklärung unwirksam gewesen, da der Kläger nicht über die Möglichkeit einer Punktion aufgeklärt worden war. Aus der Anhörung des Klägers habe sich ergeben, dass er in einem wirklichen Entscheidungskonflikt gestanden habe.
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes seien die andauernden Beschwerden nicht zu berücksichtigen, da der Kläger nicht bewiesen habe, dass sie auf dem operativen Eingriff beruhten. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils.
Gegen dieses Urteil haben beide Parteien form- und fristgerecht Berufung eingelegt.
Die Beklagten meinen, die Würdigung des Landgerichts, es sei zu einer Aufklärung über die Punktion des Schilddrüsengewebes nicht gekommen, sei mit dem Ergebnis der Anhörung der Parteien nicht vereinbar. Der Kläger habe sich in der mündlichen Verhandlung vom 06.12.2011 an brauchbare Details des Aufklärungsgespräches nicht erinnern können. Er habe nicht einmal gewusst, ob es der Beklagte zu 2.) gewesen sei, der das Aufklärungsgespräch geführt habe. Einzelheiten des Gespräches habe er nicht wiedergeben können und sei sich auch nicht sicher gewesen, ob er Fragen gestellt habe. Demgegenüber habe er in der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2013 sicher sein wollen, dass über Behandlungsalternativen nicht gesprochen worden sei. Die Aussagen des Klägers widersprächen sich auch im Hinblick auf den Zweck der Behandlung. So habe er zunächst vorgetragen, es sei ihm um die Behandlung der Schluck- und Stimmbeschwerden gegangen, in der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2013 habe er dann behauptet, es sei in erster Linie um die Abklärung der Krebsgefahr gegangen.
Auch habe der Beklagte zu 2.) erläutert, dass bei kalten Knoten immer ein Malignomverdacht bestehe, man deshalb eine Probe nehmen könne, die aber keine hundertprozentige Sicherheit gebe; der Kläger habe die hundertprozentige Sicherheit haben wollen.
Die Beklagten vertreten zudem die Auffassung, dass eine solche Aufklärung nicht hätte erfolgen müssen. Denn der Kläger sei, nachdem er wegen Schluckbeschwerden bei seiner Hausärztin und nachfolgend bei einer Radiologin in Behandlung gewesen sei, mit dem Auftrag einer Strumektomie an die Beklagte zu 1.) überwiesen worden. Der Beklagte zu 2.) habe sich darauf verlassen dürfen, dass alternative Behandlungsmöglichkeiten mit dem Hausarzt bereits erörtert worden seien. Er sei lediglich verpflichtet gewesen, die Kontraindikation der Behandlung zu überprüfen.
Die Beklagten vertreten darüber hinaus die Auffassung, dass sich alternative Behandlungsmethoden vorliegend nicht stellten, da die Entfernung des Knotens zur Beseitigung der Schluckbeschwerden erforderlich gewesen sei. Der endgültige Ausschluss des Krebsrisikos ließe sich nur durch die Resektion erzielen. Schließlich sei von einer hypothetischen Einwilligung des Klägers auszugehen. Die Erklärung des Klägers, er hätte abgewartet und regelmäßig Gewebeanalysen durchführen lassen, sei nicht plausibel, da er sich aufgrund seiner Stimm- und Schluckbeschwerden in die Behandlung begeben habe. Im Hinblick auf das Krebsrisiko sei es unglaubwürdig, schlicht weiter abzuwarten.
Die Beklagten beantragen,
das Urteil des Landgerichts Stralsund vom 08.07.2013 - Az.: 6 O 220/08 - aufzuheben und die Klage abzuweisen,
sowie
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.
Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landgerichts Stralsund vom 08.07.2013 -Az: 6 O 220/08- zu ändern und
1.)
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger ein Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, 15.000,- Euro jedoch nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.02.2007,
2.)
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 899,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2007 zu zahlen,
sowie
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
Er meint, das Landgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass die andauernden Beschwerden nicht auf den operativen Eingriff zurückzuführen seien. Die hierzu unterbreiteten Beweisangebote habe das Landgericht übergangen.
Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen sei zudem weder durch die Hausärztin noch durch die Radiologin, bei der sich der Kläger zur Diagnostik vorgestellt hatte, durchgeführt worden. Die Radiologin habe zunächst die Aufnahme einer Substitutionsmedikation empfohlen und die operative Sanierung nur für den Fall des Wachstums des Knotens empfohlen.

Darüber hinaus seien die Schluckbeschwerden nach Aussage des Gutachters auch nicht eindeutig auf den Knoten zurückzuführen. Nach dessen Ausführungen hätte im Hinblick auf die Frage der Operationsindikation ein abwartend kontrollierendes Zuwarten mit regelmäßigen Ultraschallkontrollen des Befundes und unter Umständen wiederholenden Punktionen durchgeführt werden können. Auch der Beklagte zu 2.) habe eingestanden, dass bei fehlendem Nachweis von Krebszellen mittels Punktion das Malignomrisiko sehr gering gewesen wäre.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten, bei der Akte befindlichen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
II.
Die Berufung der Beklagten hat nur bezüglich des Zinsanspruches Erfolg, die Berufung des Klägers hat nur hinsichtlich der in der Berufungsinstanz vorgenommenen Klageerweiterung zu den außergerichtlichen Kosten Erfolg; im übrigen sind die Berufungen beider Parteien unbegründet. Zur Klarstellung hat der Senat den Tenor der landgerichtlichen Entscheidung neu gefasst.
Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Beklagten verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 5.000,-- € nebst Zinsen zu zahlen. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1.) aus §§ 280, 278, 611 BGB bzw. aus § 831 BGB, gegen den Beklagten zu 2.) ergibt sich der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Das ausgeurteilte Schmerzensgeld ist nach Auffassung des Senats der Höhe nach angemessen, aber auch ausreichend. Im Einzelnen:
1.)
Bei dem zwischen dem Patienten und dem Klinikum geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag, wobei der Beklagte zu 2.) Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 1.) ist. Der Arzt schuldet dem Patienten eine fachgerechte, dem wissenschaftlichen Stand entsprechende Behandlung als Dienstleistung, keinen Behandlungs- oder Heilerfolg. Behandlungsfehler sind nicht Gegenstand der Berufung gewesen.
Der Arzt ist darüber hinaus gehalten, den Patienten umfassend über die Risiken des Eingriffs zu belehren. Als Ausfluss des grundgesetzlich garantierten Rechts auf Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit nach Artikel 1, 2 GG ist der Patient über die mit einem medizinischen Eingriff verbundenen Risiken ordnungsgemäß aufzuklären, um unter Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit wirksam in den Eingriff einwilligen zu können. Auch der gebotene, fachgerecht ausgeführte ärztliche Heileingriff erfüllt nach gefestigter Rechtsprechung den Tatbestand der Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB. Das Fehlen einer Einwilligung bzw. deren Unwirksamkeit stellt zugleich eine Verletzung des Behandlungsvertrages dar.
a)
Der Patient ist über den ärztlichen Befund, die Art, Tragweite und Schwere, den voraussichtlichen Verlauf und mögliche Folgen des geplanten Eingriffs sowie über die Art und die konkrete Wahrscheinlichkeit der verschiedenen Risiken im Verhältnis zu den entsprechenden Heilungschancen, über mögliche andere Behandlungsweisen und über die ohne den Eingriff zu erwartenden Risiken einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu unterrichten (OLG Düsseldorf, VersR 1987, 161, zitiert nach juris). Dabei genügt es im Allgemeinen, wenn er über die mit der ordnungsgemäßen Durchführung des Eingriffs verbundenen spezifischen Risiken "im Großen und Ganzen" aufgeklärt wird und ein zutreffendes allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des konkreten Risikospektrums erhält (BGH, VersR 1993, 102, zitiert nach juris).
Ihn trifft eine Informationspflicht, wenn gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten begründen und die Behandlungsalternativen zu jeweils wesentlich unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Aufl., C II 2., Rdn. 21 ff. m.w.N.). Dies betrifft insbesondere die Möglichkeiten einer Bestrahlung statt einer Operation, der konservativen Behandlung und des Zuwartens statt einer Operation, aber auch verschiedene Operationsmöglichkeiten (Geiß/Greiner, a.a.O.).
b)
Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine derartige Aufklärung im Hinblick auf alternative Behandlungsmöglichkeiten nicht festzustellen ist, auch wenn die Punktion keine "Behandlungs-", sondern eine Diagnostikmaßnahme ist; die Behandlung ist das nachfolgende beobachtende "Abwarten". Die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Aufklärung tragen die Beklagten.
aa)
Auch wenn die Schluckbeschwerden des Klägers mit einer Punktion nicht behoben werden konnten, so war doch auch bei Durchführung der Resektion nicht sicher, dass die Schluckbeschwerden danach behoben werden konnten, da nach den Ausführungen des Sachverständigen viele Patienten ein derartiges Globusgefühl äußern würden, ohne nachweisbare morphologische Veränderungen zu haben. Nach den Ausführungen des Sachverständigen wäre zur Abklärung des Malignomverdachts auch eine Punktion ausreichend gewesen, die die Möglichkeit des unerkannten Malignoms auf unter 0,5 % reduziert hätte, weshalb ein Abwarten unter regelmäßiger Kontrolle ebenfalls ausreichend gewesen wäre. Angesichts

dessen war der Beklagte zu 2.) gehalten, beide Behandlungsmöglichkeiten darzustellen und abzuklären, wieweit der Kläger durch die Schluckbeschwerden einen Leidensdrang verspürte.
bb)
Dass der Beklagte zu 2.) den Kläger über die Möglichkeit einer Punktion aufgeklärt hat, kann seiner Aussage nicht sicher entnommen werden. Der Beklagte zu 2.) hatte diesbezüglich keine konkrete Erinnerung mehr. Die Ausführungen hierzu in seiner ersten Vernehmung (Bd. I, Bl. 80 d.A.) waren unklar, weil nicht festgestellt werden konnte, ob er nur vor der Kammer die denkbaren Alternativbehandlungen schilderte oder auch eine konkrete Erörterung dieser alternativen Behandlungsmöglichkeit mit dem Patienten erfolgt ist. In der zweiten Vernehmung durch das Landgericht bekundete er, er wisse nicht, ob er mit dem Kläger über eine Punktion gesprochen habe (Bd. III, Bl. 14 d.A.). Da auch nach der Aussage des Klägers jedenfalls nicht positiv festgestellt werden kann, dass der Beklagte zu 2.) die Frage der Punktion mit ihm erörtert hat, kann dahinstehen, ob das Landgericht die Aussage des Klägers diesbezüglich zutreffend gewürdigt hat.
cc)
Soweit im Aufklärungsformular auch die Punktion des Knotens angesprochen wird, genügt dies den Anforderungen an eine Aufklärung des Patienten nicht; der Arzt persönlich ist gehalten, den Patienten über Alternativen aufzuklären. Im Aufklärungsbogen wird zudem nur darauf hingewiesen, dass eine Abklärung "häufig durch Punktion möglich sei". Dass sich diese ggf. als echte Alternative darstellt, kann dem Bogen nicht entnommen werden. Ausführungen zu den konkreten Risiken, Konsequenzen oder Wahrscheinlichkeiten sowie zu Vor- und Nachteilen der Behandlungen fehlen.
c)
Die Aufklärung war auch nicht entbehrlich, weil der Patient bereits anderweitig sichere Kenntnis von einer alternativen Behandlungsmöglichkeit hatte. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür tragen ebenfalls die Beklagten.
Es kann nicht erkannt werden, dass der Kläger durch seine behandelnde Hausärztin oder die Radiologin über die Möglichkeit der Punktion umfassend aufgeklärt worden ist, entsprechender Vortrag nebst Beweisantritten der Beklagten fehlt. Dass der Hausarzt einen bestimmten Eingriff für indiziert hält und den Patienten daher in ein Krankenhaus einweist, enthebt den dort weiterbehandelnden Arzt zumindest nicht der Pflicht zu umfassender Risikoaufklärung (OLG Koblenz, Beschluss vom 14.04.2005, 5 U 1610/04, zitiert nach juris). Dies hat ebenfalls für die Frage nach Behandlungsalternativen zu gelten, zumindest muss sich der Arzt versichern, ob durch den Hausarzt diese Fragen bereits geklärt worden sind.
Die von den Beklagten zitierte Entscheidung des OLG Karlsruhe (VersR 2002, 717, zitiert nach juris) greift für den vorliegenden Fall nicht ein. Dort ging es um die Überweisung zur Erhebung eines Befundes, wobei die Methode vorgegeben wurde (Ganzkörperknochenszintigramm); vorliegend war nicht lediglich ein Befund zu erheben, sondern eine konkrete Behandlung vorzunehmen, bei der sich der Arzt über den Informationsstand des Patienten zumindest kundig machen muss. Auch die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 23.02.1994 (4 U 2088/93, zitiert nach juris) ist nicht vergleichbar, weil die Resektion nach den obigen Ausführungen nicht Mittel der ersten Wahl war, als der Erfolg der Beseitigung der Beschwerden durch die Resektion nicht sicher prognostiziert werden konnte.
2.)
Der Senat teilt die Einschätzung des Landgerichts, wonach der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung über diese Alternativen zumindest in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre.
a)
Für die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung tragen die Beklagten die Darlegungs- und Beweislast, allerdings erst dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er - wären ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte (vgl. BGH, NJW 1994, 2414; OLG Bamberg, GesR 2004, 135 m.w.N., zitiert nach juris).
Wenn die Inkaufnahme des Risikos, über das der Patient nicht aufgeklärt worden ist, vernünftigerweise sehr nahe liegt, ist der Patient gehalten, regelmäßig in persönlicher Anhörung plausibel darzulegen, dass die gebotene Information ihn ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, der Operation zuzustimmen oder nicht (BGH, a.a.O.; Laufs u.a., Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., § 63 Rn. 3 m.w.N.). Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, wie sich ein "vernünftiger" Patient verhalten hätte, ausschlaggebend ist die Situation des konkreten Patienten.
Eine derartige persönliche Anhörung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann entbehrlich, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben (BGH, MDR 1990, 996, zitiert nach juris). Dies kann vorliegend nicht angenommen werden, da der Kläger bereits über einen längeren Zeitraum von fünf bis sechs Jahren mit den Schluckbeschwerden "gelebt" hat und auf seine Stimme für seine berufliche Tätigkeit angewiesen ist.
b)
Dass die Schluckbeschwerden des Klägers derartig schwer waren, dass er in jedem Fall die Operation hätte durchführen lassen - noch dazu mit ungewisser Heilungschance (s.o.) -, kann nach der Anhörung

des Klägers durch das Landgericht nicht festgestellt werden. Vielmehr ist anzunehmen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung über ein denkbares abwartendes Beobachten zumindest in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre. Zwar hat der Kläger bekundet, dass man ihm nicht habe sagen können, ob eine Beseitigung der Beschwerden möglich sei; zugleich hat er aber bekundet, dass an erster Stelle die Abklärung des Krebsrisikos für ihn im Vordergrund stand. Wäre bei einer Punktion das Krebsrisiko ausgeschlossen gewesen, hätte er sich laufend untersuchen lassen, mit den Schluckbeschwerden hätte er dann gelebt (Bd. III, Bl. 13/ 14 d.A.). Zwar verkennt der Senat nicht, dass die Aussage erkennen lässt, dass der Kläger die Situation auch unter Beachtung der Folgen und damit aus einer insoweit unzulässigen ex post- Warte betrachtet ("weil ich ja jetzt diese Probleme bekommen habe"), gleichwohl sieht er einen Entscheidungskonflikt als plausibel dargelegt an.
3.)
Das vom Landgericht ausgeurteilte Schmerzensgeld ist der Höhe nach nicht zu beanstanden.
a)
Einer weiteren Beweiserhebung bedarf es insoweit nicht, da nach den Ausführungen der Frau xxx (Anlage K 8, Bd. I, Bl. 189 d.A.), auf die der Kläger Bezug genommen hat, eine Stimmbandlähmung nach der Operation durch sie festgestellt worden ist, bei einer Kontrolle am 05.06.2007 aber dann ein regelrechter Larynxbefund diagnostiziert wurde und die Stimmbandlähmung nicht mehr vorhanden war. Soweit der Kläger behauptet, dass er nach wie vor unter Schluckbeschwerden - nunmehr in höherem Ausmaß - leide und ständig ein Druckgefühl habe und das Gefühl, einen Kloß im Hals sowie Atemprobleme zu haben, kann nicht erkannt werden, dass dies auf die durchgeführte Operation zurückzuführen ist, nachdem die Stimmbandlähmung abgeklungen ist. Auf welche körperliche Schädigung die Beschwerden zurückgeführt werden sollten, ist nicht ersichtlich.
b)
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger die Operation als solche hat durchführen lassen und ihm nunmehr ein Schilddrüsenlappen fehlt, wenngleich nicht ersichtlich ist, dass der Kläger hierdurch z.Z. konkrete Beeinträchtigungen hat. Bei einem vergleichbaren Sachverhalt hat das OLG Köln im Jahr 1998 ein Schmerzensgeld von 4.000,-- DM zugesprochen (indiziert ca. 2.500,-- €, OLG Köln, NJW-RR 1999, 674, zitiert nach juris). Hinzukommt, dass der Kläger über einen Zeitraum von fünf Wochen arbeitsunfähig war (nachgewiesen durch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, Bd. I, Bl. 190, Anlage K 9) und über dreieinhalb Monate Beschwerden hatte, die ihn zudem in starke psychische Bedrängnis brachten, als er befürchten musste, seinen Beruf nicht weiter ausüben zu können. Angesichts dessen erscheint das Schmerzensgeld insgesamt angemessen.
3.)
Die Berufung der Beklagten ist nur im Hinblick auf die begehrte Verzinsung begründet. Die Beklagten befanden sich mit Ablauf der im Schriftsatz vom 16.07.2007 gesetzten Frist seit dem 07.08.2007 im Verzug (§ 286 BGB). Ein früherer Verzugsbeginn wurde durch den Kläger nicht dargelegt, insbesondere ist das Schmerzensgeld nicht per se seit dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung zu verzinsen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 253 Rn. 22).
4.)
Die Berufung des Klägers ist nur im Hinblick auf die zulässige Klageerweiterung hinsichtlich der Geschäftsgebühr begründet. Der Kläger kann Erstattung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus § 249 BGB verlangen. Diese berechnen sich unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 5.000,-- € auf 489,44 € (301 € x 1,3 + 20,-- x 1,19). Der Kläger klagt insoweit als Prozessstandschafter für die Rechtsschutzversicherung, die bereits höhere Zahlungen vorgenommen hat.
III.
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Anlass, die Revision zuzulassen, bestand nicht.

110. LG Arnsberg, Urteil vom 26.06.2014 – 5 O 21/06 – * Klage bzw. Widerklage eines Zahnarztes bzw. eines Patienten: Anspruch auf Zahlung einer Restvergütung; Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch des Patienten wegen Behandlungsfehlern

Orientierungssatz

1. Auch bei zahnprothetischer Behandlung durch Anfertigen und Einsetzen eines festen Zahnersatzes handelt es sich um einen Dienstvertrag,
2. Ist ein von einem Zahnarzt gefertigter Zahnersatz derart mit Mängeln behaftet, dass er für den Patienten gänzlich unbrauchbar ist, da der Zahnersatz entfernt werden und sodann über ein Langzeitprovisorium eine Biss-Einstellung erfolgen muss, bevor ein neuer endgültiger Zahnersatz eingegliedert werden kann, kann der Zahnarzt keine Vergütung verlangen.

3. Ist von einer grob fehlerhaften Behandlung und hierdurch hervorgerufene Schmerzen auszugehen und ist daher eine Folgebehandlung erforderlich, kann ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.000 EUR angemessen, aber auch ausreichend sein, wobei berücksichtigt ist, dass sich der Patient aus nicht nachvollziehbaren Gründen über mehrere Jahre keiner Nachbehandlung unterzogen hat.
Diese Entscheidung wird zitiert
Kommentare
Herberger/Martinek/Rüßmann u.a.PK-BGB
? Lafontaine, 7. Auflage 2014, § 630b BGB
Sonstiges

Tenor

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an den Beklagten ein Schmerzensgeld von 7.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.07.2006 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass der Kläger - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs - verpflichtet ist, dem Beklagten sämtliche materiellen und den nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden aus der zahnärztlichen Behandlung vom 14.10.2002 bis zum 19.08.2003 zu ersetzen.
Die Klage und die weitergehende Widerklage werden abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 79 %, der Beklagte zu 21 %.
Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der jeweils beizutreibenden Beträge vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger, der früher als selbständiger Zahnarzt in O1 tätig war, macht gegen den Beklagten Restvergütungsansprüche für erbrachte zahnmedizinische Leistungen geltend.
Im Wesentlichen liegen dabei den Forderungen folgende Rechnungen zugrunde:
- Rechnung vom 11.09.2003 (Bl. 26 d.A.) über 628,73 EUR
- Rechnung vom 11.09.2003 (Bl. 28 -30 d.A.) über 6.410,03 EUR
- Rechnung vom 29.12.2004 (Bl. 32,33 d.A.) über 284,33 EUR.

Berechnet wurden dabei hauptsächlich Kosten im Zusammenhang mit einer Brückenversorgung im Oberkiefer des Beklagten im Bereich der Zähne 14-17 und 24-27.
Der Kläger behauptet, seine zahnärztlichen Leistungen gemäß den vorstehend genannten Rechnungen vollständig und mangelfrei erbracht zu haben. Die Mangelfreiheit der prothetischen Versorgung und die fehlerfreie zahnärztliche Behandlung ergäben sich aus dem im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens (LG Arnsberg 5 OH 1/05) eingeholten Gutachtens des Sachverständigen P1.
Unter Berücksichtigung der vom Beklagten erbrachten Zahlungen und zweier Stornierungen errechnet der Kläger entsprechend seiner Forderungsaufstellung vom 12.04.2006 (Bl. 34 d.A.) einen Restvergütungsanspruch von 3.375,97 EUR.
Der Kläger beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 3.375,97 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.05.2005 zu zahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Widerklagend beantragt er,
1. den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB ab Rechtshängigkeit und
2. festzustellen, dass der Kläger - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs - verpflichtet ist, dem Beklagten allen materiellen und nicht vorhersehbaren künftigen immateriellen Schaden aus der ärztlichen Behandlung vom 14.10.2002 bis 19.08.2003 zu ersetzen.
Der Kläger beantragt,
die Widerklage abzuweisen.
Der Beklagte behauptet, die vom Kläger erbrachten zahnmedizinischen Leistungen seien derart mangelhaft, dass er zur Zahlung der geltend gemachten Restvergütung nicht verpflichtet sei. Der gesamte angefertigte Zahnersatz müsse erneuert werden. Nach Entfernung des vom Kläger eingegliederten Zahnersatzes sei zunächst eine Regulierung der Kiefergelenke erforderlich. Er (der Beklagte) leide entsprechend dem Befundbericht seines nachbehandelnden Zahnarztes P2 vom 19.05.2006 (Bl. 53 f.) unter einer craniomandibulären Dysfunktion myogenen Ursprungs der Schmerzen bei condylärer Asymetrie RPM (R), abused protrusion (Bruxismus), unstabiler Okklusion und Infraposition bilateral. Die gravierenden Kiefergelenks-, Nacken- und Ohrenschmerzen, unter denen er seit Eingliederung des festen Zahnersatzes durch den Kläger im06.2003 leide, seien zurückzuführen auf diese Kiefergelenkserkrankung, die vom Kläger bei seiner Behandlung nicht erkannt worden sei.
Um die Schmerzen, die noch heute vorhanden seien, zu behandeln, sei eine Regulierung der Kiefergelenke durch eine Stabilisierungsschiene erforderlich nach Entfernung des Zahnersatzes. Es sei dann zu-

nächst eine definitive bilaterale orale Stabilität der Kiefergelenke zu schaffen, wobei gleichzeitig die Entfernung eines Wurzelrestes oben links erforderlich sei. Erst dann könne er (der Beklagte) mit einem neuen Zahnersatz versorgt werden.
Die im selbständigen Beweisverfahren behaupteten Mängel der zahnärztlichen Versorgung bestünden. Das im Beweisverfahren eingeholte Gutachten des Sachverständigen P1 hält der Beklagte für insgesamt unbrauchbar, da der Gutachter mit der Grunderkrankung einer craniomandibulären Dysfunktion nicht vertraut sei und diese bei der Begutachtung unberücksichtigt gelassen habe. Insoweit beruft sich der Beklagte auf die Feststellungen seines nachbehandelnden Zahnarztes P2.
Der Beklagte behauptet im Einzelnen, der eingegliederte Zahnersatz sei oben rechts und oben links nicht korrekt und habe die bei ihm vorhandenen Funktionsstörungen erstmals richtig provoziert. Diese Funktionsstörungen habe der Kläger vor der festen Eingliederung des Zahnersatzes durch eine Kiefergelenkschiene behandeln müssen.
Der vom Kläger im06.2003 fest eingegliederte Zahnersatz habe in retrudierter Position der Mandibula keine Kontakte mit den Antagonisten, so dass beide Kiefergelenkcondylen nicht abgestützt seien. Aus diesem Grunde passten die Kauflächen der Zähne nicht zueinander. Um Kontakte zu bekommen, müsse er (der Beklagte) den Oberkiefer immer vorschieben, was wiederum den Frontzahnbruxismus und die muskuläre Hyperaktivität verstärke.
Ferner habe der Kläger aufgrund mehrmaliger Nachbesserungsversuche die Zähne des Beklagten behandlungsfehlerhaft zu stark beschliffen.
Der Beklagte behauptet ferner, die Abrechnung des Klägers sei nicht korrekt. Mit der Abrechnung habe der Kläger den ursprünglichen Kostenvoranschlag, der mit 4.477,83 EUR geendet habe, um 40% überschritten. Hierüber sei er (der Beklagte) nicht informiert worden. Es liege hinsichtlich dieser Leistungen keine wirksame Vereinbarung vor. Darüber hinaus habe der Kläger Nachbesserungsarbeiten in Rechnung gestellt, die nicht abrechnungsfähig gewesen seien. Bei den abgerechneten Zahnreinigungsarbeiten seien die bar gezahlten 150,- EUR nicht in Abzug gebracht worden.
Außerdem entstünden durch die erforderliche umfangreiche Nachbehandlung und Neuversorgung Kosten, die weit über die Klageforderung hinausgingen. Allein die umfangreiche Befunderhebung bei P2 habe zu Kosten von 1.563,76 EUR (Rechnung Bl. 56 f.) geführt, mit denen er gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung erkläre. Die weiteren Kosten für die Kiefergelenksregulierung und den neuen Zahnersatz, die derzeit noch nicht beziffert werden könnten, seien Gegenstand des Feststellungsantrages der Widerklage.
Schließlich hält der Beklagte die Zahlung eines Schmerzensgeldes für die seit Eingliederung des Zahnersatzes erlittenen Schmerzen in einer Größenordnung von 10.000,- EUR für angemessen.
Der Kläger bestreitet jeglichen Behandlungsfehler, insbesondere auch die Behauptung, er habe die bei dem Beklagten bestehende Kiefergelenkserkrankung verkannt. So habe er ausweislich der Behandlungsunterlagen beim Beklagten eine Schienentherapie begonnen, wobei die Knirscherschiene am 02.12.2002 eingegliedert und in der Folgezeit mehrfach kontrolliert worden sei. Am 05.05.2003 sei die Schlussbissnahme erfolgt. Die streitgegenständliche Brücke sei am 27.05.2003 provisorisch und erst am 17.06.2003 definitiv eingegliedert worden, also gut ein halbes Jahr nach Beginn der Schienentherapie. Nach Zerbeißen der Schiene durch den Beklagten sei eine neue Schiene angefertigt und am 19.11.2003 eingegliedert worden. Die beim Beklagten aufgetretenen Schmerzen im Kieferbereich seien auf seine Grunderkrankung einer CMD in Gestalt des Bruxismus (Zähneknirschen) zurückzuführen, nicht jedoch auf die durchgeführte Schienentherapie. Die Therapie mit der Bissschiene habe der Gutachter im selbständigen Beweisverfahren als lege artis bewertet. Eine abschließende Behandlung der Grunderkrankung vor Eingliederung des Zahnersatzes sei medizinisch nicht möglich, da die Erkrankung psychosomatischen Ursprungs und von Faktoren wie Stress, genetischer Veranlagung und psychischen Belastungen abhängig sei.
Der Kläger bestreitet ferner, dass der eingegliederte Zahnersatz die behaupteten Funktionsstörungen beim Beklagten erstmals richtig provoziert habe.
Eine Nachbesserung bzw. Neuanfertigung des Zahnersatzes hält der Kläger nicht für notwendig und verweist insoweit auf das Gutachten P1, wo als Schmerzursache eine chronische Pulpitis festgestellt worden sei. Es wird bestritten, dass der Zahnersatz nicht funktionsfähig sei und nicht nachgebessert werden könne. Zudem seien die geklagten Beschwerden durchaus auch auf ein Nichttragen der Schiene durch den Beklagten zurückzuführen.
Der Schmerzensgeldanspruch wird auch der Höhe nach bestritten.
Der Kläger bestreitet eine Überschreitung des Heil-und Kostenplanes um 40% und behauptet dazu, der HKP habe sich ausschließlich auf die prothetische Leistung bezogen, wohingegen in den streitgegenständlichen Rechnungen weitere Leistungen (z.B. Füllungen, konservierende Maßnahmen) und auch die Schienentherapie berechnet worden seien. Von Mehrkosten der prothetischen Versorgung könne daher keine Rede sein.
Die streitgegenständlichen Rechnungen bezögen sich auch nicht auf Nachbesserungsarbeiten. Bereits aus der Datierung ergebe sich, dass es sich bei den abgerechneten Leistungen nicht um Nachbesserungsarbeiten des im Jahr 2003 eingegliederten Zahnersatzes handeln könne.

Die für die Zahnreinigungen vom Beklagten bereits erbrachten Leistungen seien in den Stornierungen enthalten und somit bereits berücksichtigt worden.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.
Die Kammer hat die Akte 5 OH 1/05 LG Arnsberg zu Beweiszwecken beigezogen und weiter Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen P3. Insoweit wird auf das schriftliche Gutachten vom 06.02.2008 (Bl. 195 ff.d.A.) Bezug genommen. Der Sachverständige hat der Kammer sein Gutachten mündlich erläutert. Diesbezüglich wird auf die Sitzungsniederschrift vom 26.06.2013 (Bl. 345 ff .d.A.) verwiesen.
Der Rechtstreit war zwischenzeitlich gem. § 240 ZPO wegen eines Insolvenzverfahrens des Klägers unterbrochen. Das Insolvenzverfahren wurde mit Beschluss des Amtsgerichts O2 vom 25.05.2011 aufgehoben und der hiesige Rechtstreit auf Antrag des Beklagten fortgesetzt.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet, der Widerklage war in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfange stattzugeben.
A.
Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Restvergütung in Höhe von 3.375,97 EUR aus dem zahnärztlichen Behandlungsvertrag in Verbindung mit § 611 BGB.
Die Parteien haben einen Behandlungsvertrag geschlossen, dessen Gegenstand unter anderem eine Versorgung mit Zahnersatz war. Insofern ist anerkannt, dass es sich bei der zahnärztlichen Behandlung auch bei zahnprothetischer Behandlung durch Anfertigen und Einsetzen eines festen Zahnersatzes, um einen Dienstvertrag handelt (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 71. Auflage, Einführung vor § 631 Randziffer 32).
Es kann dahin stehen, ob sämtliche Positionen der Rechnungen des Klägers berechtigt sind, was nach dem Gutachten des Sachverständigen P3 nicht der Fall sein dürfte. Denn der Beklagte kann dem Honoraranspruch des Klägers eigene Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Leistung aus § 281 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen halten, wegen derer der Kläger zur alsbaldigen Rückgewähr verpflichtet wäre.
Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen P3 steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der vom Kläger gefertigte Zahnersatz derart mit Mängeln behaftet ist, dass er für den Kläger gänzlich unbrauchbar ist. Denn der Sachverständige hat bei seiner Bewertung der zahnärztlichen Leistung des Klägers Fehler in der Planung des Zahnersatzes sowie der Vorbehandlung und Umsetzung festgestellt, die zu einer völligen Unbrauchbarkeit des Zahnersatzes führen. Als aus gutachterlicher Sicht nicht mehr verständlich hat es der Sachverständige angesehen, dass der Kläger dem Beklagten den definitiven Zahnersatz eingegliedert hat, ohne zuvor eine zeitlich ausreichend dimensionierte und klinisch dokumentierte, am Ende beschwerdefreie funktionelle Vorbehandlung durchgeführt zu haben. Dabei könne dahinstehen, ob bei dem Beklagten tatsächlich bereits zu Behandlungsbeginn eine craniomandibuläre Dysfunktion (CMD) oder lediglich ein Zähneknirschen (Bruxismus) vorgelegen habe. Denn der Sachverständige P3 hat in der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ausgeführt, dass er der Behandlungsdokumentation des Klägers zum Einen das Bestehen dysfunktioneller Kaugewohnheiten und zum Anderen die damit korrespondierende Absicht einer Biss-Anhebung ausdrücklich entnehmen könne. Aus der Behandlungsdokumentation gehe hervor, dass der Kläger eine Veränderung der Kausituation durch eine funktionelle Vorbehandlung für notwendig erachtet und beabsichtigt habe, unabhängig von der Frage, ob diese Planung auf einer CMD oder auf einem vorhandenen Bruxismus beruhte. Eine solche Veränderung des Bisses könne jedoch nur durch ein Langzeitprovisorium erfolgen. Es müsse über eine längere Zeit (über mehrere Monate) die Veränderung mittels stetig anzupassendem Langzeitprovisorium vorgenommen und auch getestet werden, ob eine Beschwerdefreiheit eintrete. Für eine solche Vorbehandlung sei der Zeitraum zwischen der unter dem 16.04.2003 dokumentierten Absicht zur Biss-Anhebung bis zur definitiven Eingliederung des endgültigen Zahnersatzes im06.2003 deutlich zu kurz gewesen, um eine angemessene, in Therapieschritten zu vollziehende funktionelle Vorbehandlung ermöglichen zu können. Dieses Vorgehen hat der Sachverständige als nicht mehr verständlich und damit als grob behandlungsfehlerhaft angesehen. Auch der Zeitraum zwischen der provisorischen Eingliederung des Zahnersatzes und dem definitiven Einzementieren von rund einer Woche zwischen dem 11. und dem 17.06.2003 hat der Sachverständige als deutlich zu kurz angesehen. Der Erfolg einer Biss-Anhebung und die Beurteilung, ob der Zahnersatz passe, sei in einem derart kurzen Zeitintervall nicht möglich. Im Übrigen lasse das häufige Einschleifen des neu hergestellten Zahnersatzes ab06.2003 erkennen, dass im Verlauf der Erstellung des neuen Zahnersatzes im Oberkiefer-Seitenzahnbereich eine adäquate Berücksichtigung der Kieferrelation nicht erfolgt sei.
Der vom Kläger angefertigte Zahnersatz ist für den Beklagten wertlos. Denn der Sachverständige P3 hat ausgeführt, zur Behandlung des Beklagten müsse der seinerzeit erstellte Zahnersatz zunächst entfernt werden. Es müsse dann über ein Langzeitprovisorium eine entsprechende Biss-Einstellung erfolgen, bevor schließlich ein neuer endgültiger Zahnersatz eingegliedert werden könne. Der vom Kläger seinerzeit gefertigte Zahnersatz sei in der jetzigen Form dann nicht mehr brauchbar.

Die Feststellungen des Sachverständigen P3 werden auch nicht entkräftet durch die anderslautende Bewertung des Sachverständigen P1, der sein Gutachten vom 03.03.2006 im beigezogenen selbständigen Beweisverfahren erstattet hat. Denn ersichtlich hat der Sachverständige P1 die bereits durch den Kläger selbst dokumentierten Funktionsstörungen des Beklagten und die beabsichtigte Bissanhebung bei der Beurteilung der zahnärztlichen Versorgung nicht hinreichend berücksichtigt und den vom Kläger hergestellten Zahnersatz weitgehend isoliert von den bestehenden Funktionsstörungen des Beklagten beurteilt. Seine schriftlichen Ausführungen vermochten daher die Kammer nicht zu überzeugen. Im Übrigen steht das Gutachten des Sachverständigen P3 auch im Einklang mit den Feststellungen des vom Beklagten konsultierten Zahnarztes P2.
Soweit der in der mündlichen Verhandlung persönlich gehörte Kläger erklärt hat, es seien lediglich leichte funktionelle Störungen beim Beklagten vorhanden gewesen, die eine Biss-Anhebung gar nicht erforderlich gemacht hätten, folgt die Kammer diesen Ausführungen nicht. Denn ihnen steht die eigene Behandlungsdokumentation des Klägers entgegen, nach der dysfunktionelle Kaugewohnheiten und eine Absicht zur Biss-Anhebung ausdrücklich dokumentiert sind.
Die Kammer schließt sich aus den vorstehenden Gründen den Ausführungen des Sachverständigen P3 an. An der fachlichen Qualifikation des Sachverständigen bestehen keine Zweifel. Er ist als Oberarzt der F1 des Universitätsklinikums O3 ausgewiesener Experte für Zahnersatz unter Berücksichtigung besonderer Kiefergelenksituationen.
Nach dem Gutachten des Sachverständigen P3 ist der angefertigte Zahnersatz für den Beklagten vollkommen wertlos. Dementsprechend kann der Kläger unter dem Aspekt "dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est" keine Vergütung fordern. Für die Kammer ist anhand der vom Kläger vorgelegten Rechnungen nicht ersichtlich, dass in ihnen auch Behandlungskosten enthalten sind, die sich nicht unmittelbar auf den Zahnersatz erstreckten. Auch die berechnete Schienentherapie war nicht zielführend, so dass hierauf entfallende Kosten ebenfalls nicht beansprucht werden können.
B.
Die Widerklage ist teilweise begründet.
Der Beklagte hat gegen den Kläger aus dem zahnärztlichen Behandlungsvertrag in Verbindung mit §§ 630 a, 611, 253 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB und auf deliktischer Grundlage nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 253 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB Anspruch auf Schmerzensgeld und Schadenersatz.
I.
Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen P3 steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass dem Kläger bei der zahnärztlichen Behandlung des Beklagten grobe Behandlungsfehler unterlaufen sind.
So hat der Kläger beim Beklagten einen definitiven Zahnersatz eingegliedert, ohne eine angemessene funktionelle Vorbehandlung vorgenommen und deren Erfolg abgewartet zu haben. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. Dieses Vorgehen hat der Sachverständige aus zahnmedizinischer Sicht als nicht mehr nachvollziehbar bezeichnet. Die Kammer schließt sich dieser Bewertung als grob behandlungsfehlerhaft aus juristischer Sicht an.
Die Frage, ob der Kläger außerdem behandlungsfehlerhaft gehandelt hat, indem er entweder durch insuffiziente röntgenologische Befunderhebung in der Planungsphase des Zahnersatzes den im Kiefer vorhandenen Wurzelrest vom Zahn 26 nicht erkannt oder bei Kenntnis vom Vorhandensein des Wurzelrestes dem Beklagten nicht zu dessen Entfernung vor der definitiven Eingliederung des Zahnersatzes geraten hat, kann letztlich dahinstehen, weil ein etwaiger Behandlungs- oder Aufklärungsfehler keine Folgen nach sich gezogen hat. Denn der Wurzelrest ist auch derzeit im Kieferknochen des Beklagten noch vorhanden, ohne dass es zu Beschwerden gekommen wäre. Zudem ist der definitiv eingegliederte Zahnersatz bereits aus anderen Gründen zu entfernen und nicht mehr verwertbar.
Aufgrund des nachvollziehbaren Gutachtens des Sachverständigen P3 ist die Kammer zudem davon überzeugt, dass in Folge der Behandlungsfehler des Klägers, insbesondere der unzulänglichen Vorbehandlung, eine verstärkte Funktionsstörung beim Beklagten im Bereich einer craniomandibulären Dysfunktion verursacht worden ist. Die Beschwerdebekundungen des Beklagten, wonach es seit06.2003 zu Kiefergelenks-, Nacken- und Ohrenschmerzen gekommen ist, sind auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen nachvollziehbar. So hat der Sachverständige in diesem Zusammenhang auf die Bemerkungen in der Behandlungskarte nach der Eingliederung des Zahnersatzes ab dem 17.06.2003 hingewiesen, wonach mehrfach "Bruxismus" sowie das Durchbeißen der Schiene und Schmerzen beim Zubeißen und ""extrem erschwerende Umstände aufgrund äußerst starkem Bruxismus" dokumentiert sind. Darüber hinaus ist aufgrund der fehlerhaften Behandlung des Klägers die vollständige Entfernung des eingegliederten Zahnersatzes mit einer sich anschließenden länger andauernden Schienenbehandlung sowie die Anfertigung und Eingliederung eines neuen Zahnersatzes beim Beklagten notwendig.
Angesichts der grob fehlerhaften Behandlung sowie der hierdurch hervorgerufenen Schmerzen und der künftig erforderlichen Folgebehandlung hält die Kammer ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.000 EUR für angemessen, aber auch ausreichend. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes hat die Kammer auch berücksichtigt, dass die Beschwerdedauer bis zum heutigen Tag nicht dem Kläger in Gänze zuzurechnen ist. Denn der Beklagte hat sich bis jetzt keiner Nachbehandlung unterzogen, obwohl seine Kiefer- und

Gebisssituation bereits einer Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren und im Jahre 2006 einer Privatbegutachtung durch P2 unterzogen worden ist. Für die Kammer ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb der Beklagte trotz mehrfacher Dokumentation seiner Bisssituation und dem zwischenzeitlichen mehrjährigen Ruhen des Verfahrens keine Nachbehandlung hat vornehmen lassen. Zudem lässt dieses Zuwarten des Beklagten nur den Rückschluss auf eine eher mäßige Schmerzbelastung zu, da starke Schmerzen nicht über einen derart langen Zeitraum zu tolerieren gewesen wären. Im Hinblick auf diese eher geringgradige Schmerzintensität für einen anzuerkennenden Zeitraum von ca. 3 Jahren sowie die eingetretene Vertiefung der Grunderkrankung und die künftig notwendig werdende langandauernde Schienenbehandlung zur Behebung der CMD hält die Kammer ein Schmerzensgeld von 7.000 EUR für angemessen.
II.
Der zulässige Feststellungsantrag des Beklagten ist im Hinblick auf den eingetretenen Gesundheitsschaden und die notwendige künftig anstehende Zahnbehandlung im Hinblick auf die damit verbundenen materiellen und nicht die nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden begründet.
C.
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB; die Widerklage wurde dem Kläger am 18.07.2006 zugestellt.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

111. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2014 – I-14 U 94/13, 14 U 94/13 – * Bankenhaftung bei Anlageberatung: Umfang der Aufklärungspflicht bei einem Swap-Geschäft

Orientierungssatz

1. Eine Bank muss ihren Kunden hinreichend darüber aufklären, dass Swap-Geschäfte - vorliegend ein CHF-Plus-Swap-Geschäft - unter Zugrundelegung eines anfänglichen negativen Marktwerts abgewickelt werden.
2. Die beratende Bank befindet sich bei der Empfehlung eines Swap-Vertrages, bei dem der Gewinn der einen Seite der spiegelbildliche Verlust der anderen Seite ist, in einem schweren Interessenkonflikt, da sie auf einen möglichst hohen Gewinn des Kunden bedacht sein muss, was einen entsprechenden Verlust für sie selbst bedeutet (Vergleiche: BGH, Urteil vom 22.03.2011, XI ZR 33/10).
3. Dieser Interessenkonflikt löst sich nicht dadurch auf, dass die Bank ihre Rolle als "Wettgegnerin" nicht für die vertraglich vereinbarte Laufzeit beibehält, sondern ihre Risiken und Chancen des Geschäfts sofort durch "Hedge-Geschäfte" an andere Marktteilnehmer weitergibt.
4. Allein maßgeblich ist, dass die Integrität der Beratungsleistung dadurch in Zweifel gezogen wird, dass sie sich ein zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach den Berechnungsmodellen überwiegendes Verlustrisiko des Kunden "abkaufen" lässt, das dieser aufgrund der Anlageempfehlung übernommen hat (Vergleiche: BGH, Urteil vom 22.03.2011, XI ZR 33/10).
5. Der anfänglich negative Marktwert eines Swap-Geschäftes kann nicht mit einer nicht aufklärungsbedürftigen Marge der Bank gleichgesetzt werden.
6. Die hier verletzte Aufklärungspflicht knüpft an die dem Swap-Geschäft eigene Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwertes an. Nicht weniger schutzbedürftig als etwa ein mittelständisches Unternehmen ist eine kommunale Gebietskörperschaft.
7. Die Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf die Höhe des anfänglich negativen Marktwerts.
8. Verschulden ist schon dann anzunehmen, wenn die Partei ihre Pflichten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen.
9. Für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters gilt die sogenannte "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens".
10. Eine schadensrechtliche Verklammerung kann sich aus einem Rahmenvertrag und daraus ergeben, dass mit der Bank in relativer zeitlicher Nähe zueinander geschlossene Swap-Geschäfte auf demselben Beratungsfehler beruhen.
Diese Entscheidung zitiert
Rechtsprechung
Vergleiche BGH, 22.03.2011, Az: XI ZR 33/10

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28.03.2013 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (8 O 31/12) teilweise dahingehend abgeändert, dass festgestellt wird, dass die Klägerin nicht dazu verpflichtet ist, auf den CHF-plus-Swap vom 19.02.2009 (Ref.-Nr.) weitere Zahlungen zu leisten, soweit diese über den Betrag in Höhe von 68.750,00 EUR hinausgehen.
Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckenden Parteien vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Gründe

I.

Hinsichtlich des Sachverhalts und der im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit dem durch die Beklagte angefochtenen Urteil hat das Landgericht - unter Abweisung der weitergehenden Klage - festgestellt, dass die Beklagte dazu verpflichtet ist, die Klägerin von der Verpflichtung zu weiteren Zahlungen aus dem streitgegenständlichen Swap-Geschäft (CHF-plus-Swap mit der Ref.-Nr.) freizustellen soweit diesen nicht anzurechnende Vorteile gegenüberstehen. Auf die Widerklage der Beklagten hat es die Klägerin dazu verurteilt, an die Beklagte 57.094,16 EUR nebst Zinsen zu zahlen.

Gegen das Urteil des Landgerichts, auf das auch wegen aller weiteren Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 454-495 d.A.), haben die Klägerin und die Beklagte Berufung eingelegt.

Zur Berufungsbegründung macht die Beklagte im Wesentlichen geltend, eine unzureichende Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert sei ihr nicht anzulasten. Gegenstand von Aufklärungspflichten sei nach dem Swap-Urteil des BGH vom 22.03.2011 (- XI ZR 33/10 - = BGHZ 189, 13-32 = NJW 2011, 1949 ff.) ausschließlich das wirtschaftliche Eigeninteresse der beratenden Bank, nicht dagegen die von der Klägerin angeführten unfairen Startchancen oder etwaige Verlustrisiken, die durch den anfänglichen negativen Marktwert ohnehin nicht begründet würden. Der anfängliche negative Marktwert stelle sich auch nicht als eine Besonderheit von Swap-Geschäften dar, sondern sei eine verkehrsübliche Vergütung für die beratende Bank.

Der Klägerin sei der anfängliche negative Marktwert nicht verschleiert worden. Die W habe der Klägerin zutreffend erläutert, dass sie den durch ihre Doppelrolle ergebenden Interessekonflikt (bei den wechselseitigen Gewinn- und Verlustrisiken) durch den Abschluss von Hedginggeschäften vermeide und durch diese Geschäfte eine Marge erziele. Die genaue Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts habe nicht offen gelegt werden müssen.

Das Swap-Urteil des Bundesgerichtshofs sei hier schon deshalb nicht anwendbar, weil es um einfacher strukturierte Swaps gehe.

Eine etwaige Pflichtverletzung habe sie jedenfalls nicht zu vertreten, weil die W sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe. Bis zum Abschluss der Swap-Geschäfte habe es keine Rechtsprechung gegeben, die eine Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert von Swaps verlangt habe.

Eine etwaige Pflichtverletzung sei auch nicht kausal für den Abschluss der Swap-Geschäfte geworden, weil die Klägerin die Einstrukturierung einer Gewinnmarge in die Swaps ausdrücklich gewollt habe, damit sie die Beratungsleistung der Beklagten nicht gesondert habe vergüten müssen. Die Klägerin hätte die Geschäfte auch dann getätigt, wenn sie über die Höhe der einstrukturierten Marge aufgeklärt worden wäre.

Die Beklagte hält an ihrer Verjährungseinrede fest und meint, dem Rahmenvertrag lasse sich keine verjährungsrelevante Bedeutung entnehmen. Abzustellen sei allein auf den jeweiligen Beratungsvertrag.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

die Klage unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Insoweit verteidigt sie die angefochtene Entscheidung. Im Übrigen beantragt die Klägerin,

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 28.03.2013 (8 O 31/12) festzustellen, dass sie nicht dazu verpflichtet sei, auf den CHF-plus-Swap vom 19.02.2009 (Ref.-Nr.) weitere Zahlungen zu leisten, soweit diese über den Betrag in Höhe von 68.750,00 EUR hinausgingen.

Zu dem Zeitpunkt, nachdem sie Kenntnis von den Beratungspflichtverletzung der W erlangt habe, habe sie aus dem streitgegenständlichen Geschäft noch über eine positive Zwischenbilanz in Höhe von 68.750,00 EUR verfügt. Im Hinblick auf alle Swap-Geschäfte verfügen sie ebenfalls noch über eine positiven Gesamtsaldo. Dieser betrage allerdings nicht mehr - wie noch in der ersten Instanz angenommen - 727.696,04 EUR, sondern nur noch 353.120,15 EUR (Anlage BK 1, Bl. 544 d.A.). Abzüglich der positiven Zwischenbilanz aus dem CHF-Plus Swap in Höhe von 68.750,00 EUR, betrage ihre Zinsersparnis insgesamt 284.670,15 EUR (Bl. 539 d.A.).

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, dass ihr ersatzfähiger Schaden nicht in der Summe der Nachteile bestehe, die sie durch den von ihr zum Gegenstand ihrer Klage gemachten CHF-Plus-Swap erlitten habe, sondern in der Verschlechterung ihrer Vermögenslage, so wie sie sich bei einer Gesamtbetrachtung ergebe. Dies treffe nicht zu. Die maßgebliche Pflichtverletzung betreffe allein die fehlerhafte Anlageberatung vor Abschluss des konkret angeschlossenen Geschäfts. Die Berücksichtigung anderer

Geschäfte scheide aus, weil diese nicht streitgegenständlich seien (Bl. 540 d.A.). Auch der Rahmenvertrag und die Grundsätze der "Vorteilsausgleichung" erlaubten demgegenüber keine abweichende Beurteilung (Bl. 541 d.A.).
Die Beklagte beantragt,
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
Insoweit verteidigt die Beklagte die angefochtene Entscheidung und macht geltend, die Klägerin müsse sich sämtliche erzielten Vorteile - auch aus den nicht streitgegenständlichen Swap-Geschäften - schadensmindernd anrechnen lassen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und die Sitzungsniederschriften beider Rechtszüge Bezug genommen.
II. Von den zulässigen Berufungen hat nur die Berufung der Klägerin Erfolg.
Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die Bezug genommen wird, stattgegeben. Die Beklagte ist der Klägerin danach gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Freistellung verpflichtet, weil sie die Klägerin vor Abschluss des streitgegenständlichen Swap-Geschäfts (CHF-Plus-Swap mit der Ref.-Nr.) nicht objektgerecht beraten hat. Die Beklagte war vor Abschluss des Rahmenvertrages vom 16.12.2003/29.12.2003 (Anlage K 1) aus einem selbständigen Beratungsvertrag, aber auch vor Abschluss der jeweiligen Swap-Geschäfte im Rahmen einer Nebenpflicht aus dem Rahmenvertrag (§ 241 Abs. 2 BGB) zu einer anlagegerechten Beratung der Klägerin verpflichtet. Die Beklagte es jedoch unterlassen, die Klägerin hinreichend darüber aufzuklären, dass die Swap-Geschäfte unter Zugrundelegung eines anfänglichen negativen Marktwert abgewickelt wurden.
1. Die W, in deren Rechtsnachfolge die Beklagte prozessbeteiligt ist, hätte die Klägerin über den anfänglichen negativen Marktwert des streitgegenständlichen Swaps aufklären müssen.
a) Bei der Empfehlung eines Swap-Vertrages, bei dem der Gewinn der einen Seite der spiegelbildliche Verlust der anderen Seite ist, befand sich die W als beratende Bank in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt. Als Partnerin der Zinswette übernahm sie eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt war. Für sie erwies sich der "Tausch" (engl. Swap) nur dann als günstig, wenn ihre Prognose zur Entwicklung des Basiswertes gerade nicht eintrat und die Klägerin damit einen Verlust erlitt. Als Beraterin der Klägerin hingegen war sie verpflichtet, die Interessen der Klägerin zu wahren. Sie musste daher auf einen möglichst hohen Gewinn der Klägerin bedacht sein, was einen entsprechenden Verlust für sie selbst bedeutete (BGH, Urteil vom 22.03.2011 - XI ZR 33/10 -, BGHZ 189, 13-32).
Dieser Interessenkonflikt hat sich nicht dadurch aufgelöst, dass die W ihre Rolle als "Wettgegnerin" der Klägerin nicht für die vertraglich vereinbarte Laufzeit beibehielt, sondern ihre Risiken und Chancen des Geschäfts sofort durch "Hedge-Geschäfte" an andere Marktteilnehmer weiter gab. Nach Abschluss der "Hedge-Geschäfte" konnte der Beklagten die weitere Entwicklung des Swap-Vertrages nur deshalb gleichgültig sein, weil sie durch diese Gegengeschäfte bereits ihre Kosten gedeckt und ihren Gewinn erzielt hatte. Dies hat die Beklagte dadurch ermöglicht, dass sie die Konditionen des Swap-Vertrages bewusst so strukturiert hat, dass dieser zu Vertragsbeginn einen für die Klägerin negativen Marktwert aufwies. Entsprechend der Fallgestaltung in dem vom BGH im sog. Swap-Urteil entschiedenen Fall hat die Beklagte auch hier darlegt, dass der jeweils gültige Marktwert des Vertrages anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt wird, dass die künftigen Zahlungspflichten des Kunden mittels eines Simulationsmodells errechnet werden ("Entsprechend ... wird die Bank nun zunächst auf Grundlage eines geeigneten Modells berechnen, zu welchen Parametern für Festzinssatz und Schwellenwert sie die Risiken aus dem Swap an den Markt weitergeben könnte"). Bewertet der "Markt" - nach den zur Verfügung stehenden Simulationsmodellen - zum Abschlusszeitpunkt das Risiko, das die Klägerin übernimmt, in Höhe eines prozentualen Anteils vom Bezugsbetrag negativ, bedeutet dies für die Beklagte, dass ihre Chancen in dieser Höhe positiv bewertet werden. Diesen Vorteil konnte sie sich durch die "Hedge-Geschäfte" abkaufen lassen (BGH a.a.O.). Der bestehende Interessengegensatz wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, sondern nur auf die Gegengeschäfte konzentriert, denn je höher der einstrukturierte negative Marktwert ausfällt, desto leichter und ertragreicher lassen sich Gegengeschäfte am Markt platzieren.
Der von der Beklagten einstrukturierte anfängliche negative Marktwert ist damit Ausdruck eines schwerwiegenden Interessenkonflikts und geeignet, die Interessen der Klägerin zu gefährden. Wenn die beratende Bank daraus Vorteile zieht, dass der Markt das Risiko, das der Kunde mit dem von ihr empfohlenen Produkt übernimmt, in Höhe eines bestimmten Betrages negativ sieht, so besteht die konkrete Gefahr, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt. Selbst wenn Verluste aus dem Swap-Geschäft nicht vorhersehbar waren, so erscheint die Anlageempfehlung aus Sicht des Kunden in einem anderen Licht, wenn er weiß, dass die überaus komplexe Zinsberechnungsformel für seine Zahlungen so strukturiert wurde, dass der Markt seine Risiken derzeit negativer sieht als die gegenläufigen Risiken seiner - ihn beratenden - Vertragspartnerin. Dabei spielt es entgegen der Ansicht der Beklagten keine Rolle, ob die einstrukturierte Gewinnmarge der Beklagten marktüblich ist und die Erfolgschancen des Kunden nicht wesentlich beeinträchtigt. Maßgeblich ist allein, dass die Integrität der Beratungsleis-

tung der Beklagten dadurch in Zweifel gezogen wird, dass sie sich ein zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach den Berechnungsmodellen überwiegendes Verlustrisiko des Kunden "abkaufen" lässt, das dieser aufgrund ihrer Anlageempfehlung übernommen hat (BGH, Urteil vom 22.03.2011 - XI ZR 33/10 -, BGHZ 189, 13-32).
An den aufgezeigten Grundsätzen ändert auch der Umstand nichts, dass eine Bank, die eigene Anlageprodukte empfiehlt, grundsätzlich nicht verpflichtet ist, darüber aufzuklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt. Dies ist in einem solchen Fall für den Kunden offensichtlich (vgl. BGH a.a.O.). Der hier aufklärungspflichtige Interessenkonflikt besteht weder in der generellen Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten noch in der konkreten Höhe der von ihr einkalkulierten Gewinnmarge. Zu einer Aufklärungspflicht führt allein die Besonderheit des von ihr konkret empfohlenen Produkts, dessen Risikostruktur sie bewusst zu Lasten des Kunden gestaltet hat, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss das Risiko "verkaufen" zu können, das der Kunde aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommen hat. Dies kann der Kunde - anders als die generelle Gewinnerzielungsabsicht der Bank - gerade nicht erkennen. Dass die Chancenverschiebung in den Konditionen des Swap-Vertrages offen lag, ändert hieran nichts, denn die Festlegung der einzelnen Strukturelemente eines Swaps setzt mehr oder weniger komplizierte finanzmathematische Berechnungen voraus, zu der normalerweise nur die Bank und nicht auch der Kunde in der Lage ist (BGH a.a.O.)
b) Entgegen der Darstellung der Beklagten kann der anfängliche negative Marktwert eines Swap-Geschäftes daher nicht mit einer nicht aufklärungsbedürftigen Marge der Bank gleichgesetzt werden.
Die Annahme der Beklagten, jede Eigenmarge (Verdienstspanne) bewirke wirtschaftlich einen anfänglichen negativen Marktwert, etwa auch bei Darlehen, ist nur im ersten Ansatz zutreffend. Hier besteht aber die Besonderheit, dass die Risikostruktur aufgrund von nicht offen zu Tage liegenden Berechnungen bewusst zu Lasten des Kunden ausgestaltet wurde, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss das Risiko "verkaufen" zu können, das der Kunde aufgrund der Beratungsleistung übernommen hat. Nach ständiger Rechtsprechung bedarf es der Differenzierung, ob ein solches Eigeninteresse offenkundig ist oder ob die Bank "hinter dem Rücken" des Kunden/Anlegers eigene Vergütungsinteressen verfolgt. Beim Darlehen, auf das die Beklagte zu Vergleichszwecken verweist, ist das - wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - durchaus der Fall, denn der Kunde kann den effektiven Darlehenszins ohne Weiteres mit dem anderer Banken vergleichen. Das Zinsgefälle erschließt sich ohne Weiteres auch ohne finanzmathematische Durchdringung. Demgegenüber entbehren die hier zur Wertermittlung eingesetzten finanzmathematischen Simulationsmodelle, mit denen das Swap-Geschäft jeweils ausgestaltet wird, einer entsprechenden Transparenz, weshalb die mit dem Geschäft verfolgten Interessen ohne entsprechende Aufklärung letztlich im Dunkeln bleiben.
Ob diese Simulationsmodelle die Aussagekraft volkswirtschaftlicher Prognosen besitzen, ist entgegen der Auffassung der Beklagten ohne Belang. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, folgt daraus nicht, dass sie für den Kunden ohne Bedeutung wären. Die Bewertung von Swap-Geschäften erfolgt gerade nicht rein willkürlich ohne jeden Bezug zu Marktdaten allein zu dem Zweck, solche Geschäfte handelbar zu machen, sondern anhand finanzmathematischer Modellrechnungen, die die Grundlage für eine vom Markt akzeptierte Einordnung und Bewertung der Chancen und Risiken bilden und Voraussetzung für den Abschluss kalkulierbarer Gegengeschäfte sind. Damit trägt die Bewertung durchaus prognostische Züge, weil sie die Erwartungen der Marktteilnehmer aufgrund bestimmter Simulationsmodelle abbildet. Darauf kommt es indes nicht nur für den Fall einer vorzeitigen Veräußerung, sondern auch zur Einschätzung der vom Markt erwarteten zukünftigen Zahlungspflichten und somit des eigenen Interesses des Kunden an einem solchen Geschäft an.
Es kann also nicht die Rede davon sein, der sog. rechnerisch faire Wert habe für die Klägerin keinerlei praktische Bedeutung gehabt. Im Rahmen des auch von der Beklagten - als einvernehmlich erstrebt - unterstellten Äquivalenzverhältnisses mit einem für die Klägerin insgesamt positiven Verlauf wirkte sich der dargestellte Interessenkonflikt auch praktisch aus. Mit der Veranschlagung des anfänglichen negativen Marktwerts verfolgte die Bank allein ihr eigenes (Absicherungs-) Interesse, aus dem auf klägerischer Seite kein Vorteil resultierte. Die Höhe des einstrukturierten negativen Marktwerts erleichterte allein die Platzierung von Gegengeschäften am Markt, mit denen die W ihre Kosten deckte und ihren Gewinn erzielte. Insoweit verfolgte sie ihr eigenes Vergütungsinteresse.
Demgegenüber vermittelt das von der Beklagten vorgelegte J-Gutachten eine verkürzte Sicht der Dinge, soweit es darin heißt:
"Das Hedging (Absicherung) bewirkt, dass Gewinne der Bank aus dem Swap zu Verlusten aus dem Hedgegeschäft führen (und vice versa). Damit neutralisieren sich die tatsächlichen Kursbewegungen für die Bank. Da die Bank also keine spiegelbildliche Position zum Kunden hält und aufgrund des Hedging nicht von Verlusten der Kunden profitiert, kann sie ihre Vermittlerposition unvoreingenommen ausfüllen..."
Eine deckungsgleiche Neutralisierung von Gewinnen und Verlusten wäre aus Kundensicht allenfalls denkbar, wenn die W die Konditionen des Swap-Vertrages nicht so strukturiert hätte, dass dieser zu Vertragsbeginn einen für die Klägerin negativen Marktwert aufwies. Das hätte allerdings strukturell der Erzielung einer "Marge" entgegen gewirkt, welche die W zugestandenermaßen erzielen wollte. Die Argumentation

der Beklagten lässt außer Betracht, dass dem Kunden gerade kein Swap-Abschluss zu absolut marktkonformen Bedingungen angeboten wurde, sondern nur ein solcher, bei dem der Marktwert in Korrelation zu der von der W erstrebten Marge eine negative Bewertung erfuhr, während die Bank das Gegengeschäft zu Marktbedingungen abschließen konnte. In dem Umfang, in dem die Bank die negative Bewertung verstärkte, konnte sie die ihr zufließende Marge steigern. Entgegen dem OLG Celle (Urt. v. 27.02.2013 - 3 U 66/12 -) kommt es dabei nicht darauf an, ob das in Gang gesetzte Geschäft sodann im Weiteren "negativ verlaufen" konnte oder musste. Für den Kunden stellten sich vielmehr die Startchancen im Umfang des negativen Marktabschlags schon anfänglich als schlechter dar.
Diese auch vom Bundesgerichtshof seiner Entscheidung vom 22.03.2011 zugrunde gelegten Zusammenhänge erschließen sich ohne Weiteres aus der Natur der streitgegenständlichen Geschäfte, so dass es hierzu der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedarf.
c) Vorstehenden Erwägungen kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, der Klägerin seien stets nur solche Swap-Geschäfte vorgeschlagen worden, deren volkswirtschaftliche Prognose aus ihrer Sicht besser als die den Swaps zugrunde liegenden finanzmathematischen Bewertungen ausgefallen sei und bei denen beide Parteien prognostisch übereinstimmend mit einem für die Klägerin positiven Verlauf gerechnet hätten. Damit setzt sich die Beklagte schon in Widerspruch zu ihrer eigenen Verteidigungslinie, wonach solche langfristigen Prognosen nicht seriös möglich sind und gerade deshalb auf finanzmathematische Simulationsmodelle zurückgegriffen wird. Die Rechtsverteidigung der Beklagten leidet zudem an dem Widerspruch, dass sie den anfänglichen negativen Marktwert einerseits als diejenige Größe beschreibt, die ihr ein absicherndes Gegengeschäft kalkulatorisch überhaupt erst ermöglichte, andererseits aber geltend macht, Vorschläge nur von Erwägungen abhängig gemacht zu haben, die - davon losgelöst und ggf. allein - dem Ertragsinteresse der Klägerin verhaftet gewesen sein sollen. Jedenfalls ändert das Vorbringen der Beklagten nichts daran, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung auch den deutlichen Hinweis hätte umfassen müssen, ob und in welcher Höhe der Markt den Swap-Geschäften abweichend von den volkswirtschaftlichen Prognosen der W einen negativen Marktwert zuordnete, so dass die Klägerin hätte entscheiden können, ob sie sich das Risiko solcher Prognosen zu Eigen machen wollte.
d) Die vom BGH in der "Swap-Entscheidung" vom 22.03.2011 (a.a.O.) entwickelten Grundsätze gelten uneingeschränkt auch für den vorliegenden Fall von Swap-Geschäften mit Kommunen und unabhängig von der Struktur der abgeschlossenen Swaps.
Es kommt nicht darauf an, ob der vom BGH behandelte Fall eines CMS Spread Ladder Swap-Vertrages sich funktional von Swap-Geschäften der hier in Rede stehenden Art unterscheidet. Soweit der BGH (a.a.O.) davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Swap um ein besonders komplexes und risikoreiches Geschäft, einer "Art spekulativen Wette", handelte und dass sich hieraus besondere Anforderungen an die anlegergerechte Beratung ergaben, umschreibt dies nur einen Aspekt haftungsbegründenden Verhaltens. Hiervon ist - auch und gerade nach Maßgabe des BGH (a.a.O.) - die Frage zu unterscheiden, ob die unterbliebene Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert nicht "eine weitere Beratungspflichtverletzung" (so wörtlich: BGH, a.a.O.) umschreibt, soweit Interessenkollisionen, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden, offen zu legen sind (BGH, a.a.O.; Urteil vom 19.12.2006 - XI ZR 56/05; Beschlüsse vom 20.01.2009 - XI ZR 510/07; vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09).
Die hier verletzte Aufklärungspflicht knüpft danach nicht an die mehr oder weniger komplexe Konstruktion des jeweiligen Swaps, aus der sich weitere Beratungspflichten ergeben können, sondern an die auch dem streitgegenständlichen Swap-Geschäft eigene Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwertes an. Eine kommunale Gebietskörperschaft ist dabei nicht weniger aufklärungs- und schutzbedürftig als etwa ein mittelständisches Unternehmen (wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, vgl. a.a.O.), denn auch bei den mit kommunalen Haushaltsfragen befassten Personen und Gremien können keine vertieften Kenntnisse der Funktionsweise und Bewertung von Swap-Geschäften vorausgesetzt werden.
Soweit in der Rechtsprechung gleichwohl vertreten worden ist, dass die Aufklärungspflicht nur bei komplexen Swaps mit Hebelwirkung gilt, und zwar nur dann, wenn der Swap mit einem theoretisch unbegrenzten Risiko verbunden ist (OLG München, Beschl. v. 09.08.2012, 17 U 1392/12; OLG Köln, Urt. v. 18.01.2012, 13 U 37/11; OLG Frankfurt, Urt. v. 18.07.2013, 16 U 191/12), findet dies in der Rechtsprechung des BGH keine Stütze. Eine Beschränkung der Aufklärungspflichten betreffend den anfänglichen negativen Marktwert würde voraussetzen, dass sich dessen Bedeutung bei weniger komplexen Swap-Geschäften als geringer darstellt. Für eine solche bedingungsmäßige Verknüpfung finden sich im Swap-Urteil des BGH keine tauglichen Anhaltspunkte. Namentlich wird der vom BGH herausgearbeitete Interessenkonflikt nicht maßgeblich davon tangiert, ob sich das betreffende Geschäft als mehr oder weniger komplex und risikoreich darstellt. Er ergibt sich vielmehr schon bei einer isolierten Betrachtung des anfänglichen negativen Marktwerts.
e) Entgegen der Auffassung der Beklagten erstreckten sich die Aufklärungspflichten auch auf die Höhe des anfänglich negativen Marktwerts.
Die im Swap-Urteil des BGH enthaltene Formulierung, dass der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt weder in der generellen Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten noch in der konkreten Höhe der von ihr

einkalkulierten Gewinnmargen bestehe (BGH, Urteil vom 22.03.2011 - XI ZR 33/10), stellt dies nicht in Frage. Hiermit hat der BGH lediglich klargestellt, dass die Gewinnerzielungsabsicht als solche weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht wesentlicher Anknüpfungspunkt für die angenommene Haftung ist, sondern dass die Aufklärungspflicht allein auf der Besonderheit des empfohlenen Produkts beruht, dessen Risikostruktur bewusst zu Lasten des Kunden gestaltet wurde.
Mit dieser Vorgabe hat der BGH (a.a.O.) jedoch uneingeschränkt gefordert, dass über den bewusst strukturierten negativen Anfangswert des Swap-Vertrages aufzuklären ist. Mit seiner Entscheidung hat er erkennbar eine argumentative Parallele zur Rückvergütungsproblematik hergestellt, bei der sich die Aufklärungspflicht stets auch auf die Vergütungshöhe erstreckt (vgl. BGH, Urteile vom 24.09.2013 - XI ZR 204/12; vom 23.10.1980 - IV ZR 28/80; vom 19.06.1985 - IV ZR 196/83; vom 14.03.1991 - VII ZR 342/89). Dass auch bei Swap-Geschäften ohne Weiteres die Pflicht zu der Angabe besteht, wie sich die Marktwertveranschlagung quantitativ gestaltete, liegt auf der Hand, denn ohne eine entsprechende Kenntnis lässt sich hierüber überhaupt keine sinnvolle und wirtschaftlich fundierte Aussage treffen. Eine den anfänglichen negativen Marktwert einbeziehende Anlageentscheidung setzt die Kenntnis voraus, wie sich die Marktwertveranschlagung quantitativ auswirkt.
2. Die W hat die Klägerin nicht über die maßgeblichen Zusammenhänge unterrichtet.
a) Die Beklagte hat in beiden Rechtszügen keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich im Sinne eines konkret nachvollziehbaren, einlassungsfähigen und beweiszugänglichen Sachverhalts ergäbe, dass und auf welche Weise und mit welchem Informationsgehalt die Klägerin entsprechende Kenntnis erlangt haben könnte.
Die Beklagte hat zwar behauptet, stets erläutert zu haben, dass es eine bankübliche "Geld-Brief-Spanne" mit besseren Konditionen zu ihren Gunsten gegeben habe und dass zur Kostenabdeckung und Vergütung eine Marge "einstrukturiert" worden sei. Die Klägerin hat dies in beiden Rechtszügen bestritten.
Dieser floskelhaft wiederholte Vortrag der Beklagten stellt jedoch die Tatsache erfolgter Aufklärung nur pauschal "in den Raum", ohne diese in zeitlicher, inhaltlicher und persönlicher Hinsicht auch nur ansatzweise zu erläutern. Ihr Vorbringen lässt nicht greifbar werden, welche Hinweise der Klägerin zur "Banküblichkeit", zur funktionalen Erzielung einer "Marge" und insbesondere zu den Modalitäten einer "Einstrukturierung" erteilt worden sein sollen. Die Beklagte behauptet auch nicht, schriftliche Informationen erteilt zu haben, die den vorstehend aufgezeigten Aufklärungspflichten in Bezug auf den zu Grunde liegenden Interessenkonflikt genügen.
b) Das Vorbringen der Beklagten beinhaltet mit vorstehender Maßgabe keinen rechtserheblichen Sachvortrag, denn er geht nicht auf die wesentlichen Elemente der geschuldeten Aufklärung ein. Insbesondere reichte es nicht aus, zu erklären, dass Swap-Geschäfte überhaupt einen sich ändernden (positiven oder negativen) Marktwert haben, dass die W in die Swaps jeweils eine Gewinnmarge eingepreist hatte und dass sie an der Geld-Brief-Spanne durch Hedging-Geschäfte verdiente. Alle diese Informationen sagen nichts darüber aus, wie der Markt bei Abschluss eines Swaps dessen künftige Entwicklung prognostiziert, dass diese Prognose im anfänglichen negativen Marktwert Ausdruck findet und dieser Marktwert nicht nur die Gewinnspanne der Bank abbildet, sondern anzeigt, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes der Klägerin - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätzt. Ebenso wenig wurde durch die behaupteten Hinweise deutlich, dass die W ihre Gewinnspanne gerade dadurch realisierte, dass sie das Chancen-Risiko-Profil der Swaps bewusst zu Lasten der Klägerin ausbildete. Dies verkennt die Beklagte auch mit ihrer zuletzt abgegebenen Stellungnahme vom 15.05.2014.
Letztlich kommt es auf dieses Vorbringen auch deswegen nicht an, weil die Beklagte sich nach den Umständen des Falls nicht darauf hätte beschränken dürfen, die Klägerin darüber zu informieren, dass sie in den Preis eine Marge eingerechnet hat und dass dieser zu einer negativem Anfangswert führen konnte. Sie hätte die Klägerin auch über die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts unterrichten müssen, da dessen genaue Kenntnis maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung der in Rede stehenden Geschäfte "Zinswetten" durch die Klägerin hatte (vgl. BGH, Urteil vom 22.03.2011, XI ZR 33/10). Dass sie die Klägerin über die genaue Höhe des anfänglich negativen Marktwerts jeweils konkret aufgeklärt hat, behauptet die Beklagte nicht. Dessen Höhe erschloss sich der Klägerin auch nicht aus den zur Akte gereichten Unterlagen.
Unerheblich ist für die zu beachtenden Beratungspflichten auch, ob die Klägerin wusste, dass die W ihren Gewinn nicht allein aus den Gegengeschäften erzielte, und ob ihr bekannt und aus haushaltsrechtlichen Gründen sogar daran gelegen war, dass die Beklagte keine gesondert ausgewiesene Beratungsvergütung erhob, sondern ihre Unkosten und ihren Gewinn in die Swaps selbst einstrukturierte. Entscheidend ist vielmehr, dass der Klägerin nicht die Erkenntnis vermittelt wurde, dass und in welchem Umfang sie gegen die im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Erwartungen des Marktes agierte. Dass diese Erwartungen nicht auf konkreten Zinsentwicklungsprognosen, sondern auf finanzmathematischen Simulationsmodellen beruhten, hat dabei keine Bedeutung. Ebenso ist unerheblich, dass der anfängliche negative Marktwert der einzelnen Swap-Geschäfte zugleich die Marge der Bank repräsentierte. Auch wenn der Vertragspartner einer Bank in der Regel damit rechnen muss, dass diese aus dem Geschäft

Gewinn erzielen will, unterscheidet sich die vorliegende Konstellation doch dadurch vom Fall einer nicht aufklärungspflichtigen bloßen Gewinnspanne, dass die Bank gegenläufige Interessen vertrat und sich als Beraterin der Klägerin in dem aufgezeigten Interessenkonflikt befand, dessen Auswirkungen die Klägerin nur bei Offenlegung der im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Markterwartung erfassen und ihrer Abschlussentscheidung zugrunde legen konnte.
3. Die W hat auch schuldhaft gehandelt. Sie hat ihre Aufklärungspflicht zumindest fahrlässig verletzt.
Die Vermutung aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht widerlegt. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass die Bank sich in einem (unvermeidbaren) Verbotsirrtum befunden hätte. Ob sie regelmäßig die Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten bei Anlagegeschäften beobachtete und auswertete und es bis zum Abschluss der Swaps keine Rechtsprechung gab, nach der über den anfänglichen negativen Marktwert aufgeklärt werden musste, ist dabei unerheblich. Ein Verschulden ist nicht erst dann anzunehmen, wenn die Rechtsprechung die Pflichten einer Partei in einer bestimmten Konstellation bereits zuvor konkretisiert und ausdrücklich festgestellt hat, sondern schon dann, wenn die Partei ihre Pflichten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen. Das war hier aber der Fall.
Der Bank war die Bedeutung des anhand finanzmathematischer Simulationsmodelle ermittelten Marktwertes als Maßstab für die Einschätzung des Chancen-Risiko-Profils eines Swaps bekannt. Dies war geradezu Voraussetzung für die Einstrukturierung einer Marge und die erfolgreiche Platzierung von Gegengeschäften im Markt. Sie hätte damit auch die Bedeutung dieses Marktwertes für die Abschlussentscheidung der Klägerin erkennen können und müssen. Ebenso musste ihr der aus den wechselseitigen Zahlungsverpflichtungen und ihrer Rolle als Beraterin der Klägerin resultierende Interessenkonflikt bewusst sein. Die Bank hätte deshalb damit rechnen und ihr Handeln danach ausrichten müssen, dass die Rechtsprechung eine umfassende Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert und dessen Bedeutung verlangen würde, um dem Vertragspartner der Bank eineigenständiges Urteil zu ermöglichen, ob deren Empfehlung in seinem Interesse liegt und er die mit der Abweichung von der Markteinschätzung verbundenen Risiken eingehen will. Tragfähige Gründe, warum die Bank an diesen Schlussfolgerungen hätte gehindert sein sollen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere gab es im fraglichen Zeitraum keine gesicherte höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung, die eine solche Verpflichtung verneint hätte.
Der BGH hat vielmehr eine Pflicht zur Aufdeckung möglicher Interessenkonflikte, die den Vertragszweck gefährden können, schon weit vor seinem Swap-Urteil angenommen (z.B. BGH 19.12.2000, Urt. v. 17.12.1991 - XI ZR 349/99; IX ZR 236/89 = NJW-RR 1990, 876 ff.). Überdies hat der BGH etwa im Hinblick auf Rückvergütungen bei Kapitalanlagen gefordert, dass die Bank den Kunden über den auch insofern bestehenden Interessenkonflikt aufzuklären hat (vgl. nur BGH Urt. v. 19.12.2006, XI ZR 56/05.). Angesichts dieser Rechtsprechung war auch hier ohne Weiteres ersichtlich, dass die Bank über den Interessenkonflikt aufklären musste. Die tatsächlichen Umstände, die den schweren Interessenkonflikt begründeten, waren der Bank sämtlich bekannt.
4. Die Pflichtverletzung war für den Abschluss der Swap-Geschäfte durch die Klägerin auch ursächlich. Die insoweit beweisbelastete Beklagte hat nicht in rechtserheblicher und beweiszugänglicher Weise dargelegt, dass die Klägerin sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert des hier streitgegenständlichen Swap-Geschäfts nicht aufklärungsrichtig verhalten hätte.
a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH, Urteil vom 24.09.2013 - XI ZR 204/12 -; Urteil vom 8.05.2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 28 f. m.w.N.) ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese sogenannte "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" gilt für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung. Diese Beweislastumkehr greift bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung ein. Es kommt nicht darauf an, ob ein Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte, er sich also nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts ist mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren (BGH 11. Zivilsenat, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10, unter Aufgabe von BGH, Urt. v. 16.11.1993 - XI ZR 214/92 - BGHZ 124, 151, 161).
b) Wie der BGH wiederholt entschieden hat, können sich Indizien für die fehlende Kausalität sowohl aus dem vorangegangenen als auch aus dem nachfolgenden Anlageverhalten des Anlegers ergeben. Insbesondere die Kenntnis des Anlegers von Umständen, die für den Anlageentschluss relevant sein können und die er bereits bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften erlangt hat, kann ein Indiz dafür sein, dass der Anleger die empfohlene Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte (BGH, Urteil vom 24.09.2013 - XI ZR 204/12 -; Urteil vom 8.05.2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 49 f. m.w.N.). Ein weiteres Indiz für fehlende Kausalität kann es darstellen, wenn ein vom Anleger gewünschter Effekt (z.B. eine Steuerersparnis) nur mit dem empfohlenen Produkt oder anderen Kapitalanlagen mit vergleichbaren Bedingungen erzielt werden kann (BGH, Urteil vom 28.05.2013 - XI ZR 113/11

-; Urteil vom 8.05.2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 53 m.w.N.). Ein Indiz für die fehlende Kausalität unterlassener Mitteilungen kann sich auch daraus ergeben, dass der Anleger an vergleichbaren - möglicherweise gewinnbringenden - Kapitalanlagen festhält und insoweit nicht unverzüglich Rückabwicklung wegen eines Beratungsfehlers begehrt (BGH, Urteil vom 26.02.2013 - XI ZR 183/11 -; Urteil vom 8.05.2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 50).
c) Für einen verfahrensrechtlich erheblichen (Indizien-) Beweisantrag sind die äußeren Umstände darzulegen, die unmittelbarer Gegenstand der Beweisaufnahme sein sollen (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10 -, BGHZ 193, 159-183; BGH, Urteile vom 13.07.1988 - IVa ZR 67/87, NJW-RR 1988, 1529 f. und vom 4.05.1983 - VIII ZR 94/82, NJW 1983, 2034, 2035). Das Gericht muss und darf bei einem Indizienbeweis vor der Beweiserhebung prüfen, ob die vorgetragenen Indizien - ihre Richtigkeit unterstellt - ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würden, ob der Indizienbeweis also schlüssig ist (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10 -, BGHZ 193, 159-183; BGH, Urteil vom 25.11.1992 - XII ZR 179/91, NJW-RR 1993, 443, 444).
d) Mit diesen Vorgaben ist eine Sachaufklärung zur Frage fehlender Kausalität vorliegend nicht veranlasst. Das entsprechende Vorbringen der Beklagten ist offensichtlich ins Blaue hinein erfolgt. Einen solchen Vortrag müssen die Gerichte nicht aufklären. Zwar haben die Gerichte grundsätzlich allen Beweisantritten in Bezug auf beweiserhebliche Tatsachen nachzugehen, dies gilt jedoch dann nicht, wenn eine bestimmte Tatsache behauptet wird, der Vortrag aber ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts aufs Geratewohl hinaus erfolgt, das unter Beweis gestellte Vorbringen also gleichsam "ins Blaue" aufgestellt wurde und sich der Beweisantritt deshalb als rechtsmissbräuchlich darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 28.05.2013, XI ZR 113/11; BGH, Urteil vom 08.11.2012 VII ZR 199/11; BGH, Urteil vom 08.052012, XI ZR 262/10; BGH, Urteil vom 23.04.1991, X ZR 77/89).
An hinreichenden Indiztatsachen, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit den Schluss rechtfertigen könnten, dass die Klägerin sich bei ordnungsgemäßer Belehrung auch über die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts auf den Rahmenvertrag und die sich anschließenden Swap-Geschäfte mit der Beklagten eingelassen hätte, fehlt es zur Überzeugung des Senats.
Im Einzelnen gilt folgendes:
aa) Die Rechtsverteidigung der Beklagten lässt zur Kausalitätsfrage bereits offen, auf wessen Einschätzung und Willensbildung es bei der Prüfung der für den Geschäftsentschluss relevanten Umstände ankommen soll. Es wird schon nicht greifbar, wer den pflichtgemäß zu erteilenden Rat im Rahmen der Anlageentscheidung unbeachtet gelassen hätte.
Vorliegend ergibt sich die Besonderheit, dass es sich beim Geschäftspartner der Beklagten nicht um eine natürliche Person sondern um eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts (Kommune) handelt, bei deren Entscheidungsbildung nicht allein und isoliert auf diejenigen Personen abgestellt werden kann, die jeweils im unmittelbaren Benehmen mit der Beklagten (als Vertreter der Klägerin) auftraten und handelten. Die Klägerin entscheidet und handelt im Rahmen kommunaler Selbstverwaltung durch ihre Gremien sowie durch hierarchisch strukturierte Entscheidungsträger und Weisungsempfänger in der Verwaltung. Deshalb kann auch der Anlageentschluss nicht schlechthin auf die Willensbetätigung einzelner Personen und deren subjektive Kenntnisse, Erfahrungen und Wertungen zurückgeführt werden. Auch für die W war dies von Vorneherein offenkundig.
Die W schuldete nach allgemeinen Grundsätzen eine "anlegergerechte" Beratung, die auf die Verhältnisse und Anlageziele des Kunden zugeschnitten war (vgl. nur BGH, Urteil vom 08.07.2010 - III ZR 249/09 -). Sowohl die von der Beklagten zu beachtenden Aufklärungspflichten gegenüber einem solchermaßen strukturierten Kunden als auch die Rezeption der tatsächlich erteilten Beratung auf Seiten der Klägerin waren - für die Beklagte von Vorneherein erkennbar - dadurch geprägt, dass es nicht auf die eigenverantwortliche und individuelle Entscheidung einer bestimmten Person ankam. Es ging vielmehr um eine Aufklärung, die es den Vertretern und Entscheidungsträgern der Klägerin in ihrer Einbindung in die kommunalen Verwaltungsstrukturen ermöglichte, die Anlageentscheidung in Kenntnis der dafür maßgeblichen Umstände zu erwägen, zu beraten und letztlich zu treffen.
bb) Das Vorbringen der Beklagten vermittelt demgegenüber jedoch keine schlüssige Indizienlage, der zufolge die Entscheidung zum Abschluss von Swap-Geschäften auch bei gehöriger Aufklärung gefasst worden wäre. Ein solcher Entschluss stellt auch bei Swap-Geschäften einen durch vielfältige Faktoren beeinflussten, sinnlich nicht wahrnehmbaren Willensentschluss dar, und zwar selbst dann, wenn es sich um den individuellen Entschluss einer bestimmten natürlichen Person handelt (zum Erwerb von Aktien vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 218/03 -, BGHZ 160, 134-149, m.w.N.). Die von der Beklagten geschuldete Aufklärung hätte angesichts dessen sicherstellen müssen, dass eine adressatengerechte (anlegergerechte) Aufklärung erfolgte, die den Strukturen, Bedürfnissen und Belangen der Klägerin Rechnung trug.
Ob eine solche Aufklärung bei Swap-Geschäften generell und zwingend in schriftlicher Form erfolgen muss, was allerdings bei komplexen Geschäften der hier in Rede stehenden Art naheliegen dürfte, kann offen bleiben. Die Beklagte hat sich jedenfalls selbst veranlasst gesehen, die Funktion von Swap-Geschäften schriftlich zu dokumentieren und zu erläutern, ohne jedoch über negativen Anfangswert des

Swap-Vertrages hinreichend aufzuklären. Noch mit ihrer Stellungnahme vom 15.05.2014 hat die Beklagte darauf abgestellt, dass die W diverse Präsentationsunterlagen verwendete, die indessen - selbst nach der Rechtsverteidigung der Beklagten - keine im aufgezeigten Sinne hinreichende Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert und seine quantitative Ausgestaltung beinhalten. Entsprechendes gilt für die (rahmen-)vertraglichen Erläuterungen und Belehrungen. Soweit die Beklagte aber von sich aus Dokumentationen benutzte, mit welcher der Geschäftsentschluss für die auf Seiten der Klägerin beteiligten Gremien und Entscheidungsträger vorbereitet und deren Willensbildung beeinflusst werden sollte, musste diese auch in den Punkten, welche den Interessenkonflikt auf Seiten der Beklagten umschreiben, vollständig und richtig sein. Dass die W die sich insoweit darbietende Aufklärungslücke durch ausdrückliche mündliche Hinweise und Ergänzungen geschlossen und den fehlerhaft dokumentierten Anschein klar beseitigt hätte, ist von der Beklagten schon nicht konkret und beweiszugänglich dargetan worden.
Dass die Gremien und Entscheidungsträger auf klägerischer Seite ohne eine solche Grundlage sowohl die Funktionsweise als auch die sich ergebenden Risiken und Nachteile vollauf erfasst oder diese als für den Geschäftsentschluss irrelevant angesehen hätten, wird von der Beklagten allenfalls in den Raum gestellt, in Bezug auf die Entscheidungsfindung auf Seiten der Klägerin jedoch nicht indiziell untermauert.
cc) Das Argument der Klägerin, das Fehlen einer gesondert ausgewiesenen Vergütung bzw. Marge habe aus haushaltstechnischen Gründen gleichsam im klägerischen Interesse gelegen, geht im gegebenen Zusammenhang schon deshalb fehl, weil eine solche - allein im Eigeninteresse der Beklagten liegende - Marge in Gestalt des anfänglichen negativen Marktwerts tatsächlich angefallen ist und nur wegen der unterbliebenen Aufklärung und mangels gesonderter Ausweisung nicht als eigenständiger Kostenpunkt in Erscheinung trat. Ein stillschweigendes Übereinkommen oder ein kollusives Zusammenwirken zwischen der Beklagten und bestimmten - geschweige denn allen - Personen, die auf klägerischer Seite mit den Belangen der hier in Rede stehenden Haushaltsfinanzierung befasst waren, das auf eine einvernehmliche Verdeckung einer Margenerzielung durch die Marktwertveranschlagung abgezielt hätte, lässt sich aus dem Vorbringen der Beklagten - auch dem Zusammenhang nach - nicht ableiten. Dies hätte vorausgesetzt, dass auf Seiten der Klägerin beim Anlageentschluss Klarheit über alle aufklärungsbedürftigen Punkte geherrscht hätte und dies gegenüber anderen kommunalen Gremien oder (Mit-) Entscheidungsträgern oder gegenüber der Öffentlichkeit verschwiegen werden sollte. Ein solches Szenario wird jedoch selbst nach dem Beklagtenvortrag nicht greifbar.
Die Beklagte hat auch nicht rechts- und beweiserheblich dargetan und insbesondere nicht indiziell erhärtet, dass die maßgeblichen Entscheidungsträger der Klägerin etwa in Unkenntnis der aufklärungspflichtigen Umstände jedenfalls und unbedingt entschlossen waren, das Swap-Geschäftei in der Weise abzuschließen, wie dies vorliegend geschah. Selbst für den Fall, dass Vertreter der Klägerin - für die W erkennbar - es billigten, dass beim Swap-Geschäft keine besondere Vergütung als eigenständiger Kostenpunkt ausgewiesen wurde, könnte ein solches Einverständnis keinen unbedingten Anlageentschluss indizieren, denn nach der erteilten Beratung umfasste eine solche Billigung gerade nicht die Kenntnis aller aufklärungspflichtigen Umstände und spiegelte deshalb eine um wesentliche Punkte verkürzte Sicht der Dinge wieder. Für den Fall, dass solche Intentionen für die W nicht einmal erkennbar wurden, wäre die Behauptung einer solchen Billigung erst recht ins Blaue hinein aufgestellt und könnte ohnehin keinen erheblichen Sachvortrag beinhalten.
dd) Dass die Praxis der Marktwertveranschlagung auf klägerischer Seite selbst bei vollständiger Aufklärung als irrelevant angesehen worden wäre, entbehrt auch im Weiteren tauglicher Anknüpfungsindizien. Das Vorbringen der Beklagten steht, soweit es um die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen geht, unter der nachdrücklich vertretenen Prämisse, dass dieser Marktwert lediglich die - der Klägerin angeblich dem Grunde nach bekannte und von ihr akzeptierte - Marge abbildete und im Übrigen ohne jede Bedeutung für den Abschluss der Geschäfte war. Dies ist jedoch nicht der Fall.
Dass die Klägerin - zumal vor dem Hintergrund der insoweit maßgeblichen Entscheidungsfindung (vgl. vorstehend zu lit. aa) - die Geschäfte auch dann abgeschlossen hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätzte und sie somit gegen die Markterwartung agierte, trägt die Beklagte, die diese Zusammenhänge gerade in Abrede stellt, dagegen selbst nicht vor. Davon kann nach den Umständen auch nicht ausgegangen werden. Selbst wenn der Klägerin daran gelegen gewesen sein sollte, ihre künftige Zinsbelastung von kurzfristigen Marktentwicklungen abzukoppeln und damit längerfristig kalkulierbar zu halten, und sie bereit war, der Bank für diese Sicherheit eine gewisse Marge zuzugestehen, bedeutet das nicht, dass sie die Geschäfte um dieser Sicherheit willen auch dann abgeschlossen hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass der Markt zum jeweiligen Abschlusszeitpunkt eher von der Klägerin nachteiligen Geschäften ausging. Besondere Anhaltspunkte für eine so hohe Gewichtung des Sicherheitsaspektes legt die Beklagte nicht dar; sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Dass die Klägerin wiederholt Swap-Geschäfte einging, lässt einen solchen Schluss nicht zu, denn dies erfolgte nach dem gegebenen Sachstand auf demselben Wissens- und Erfahrungsstand.
ee) Außerdem unterstellt die Beklagte in sachwidriger und widersprüchlicher Weise, dass die praktizierte Geschäftsabwicklung gleichsam alternativlos gewesen sei und dass sich somit praktisch kein anderes

Geschäftsmodell als gangbar angeboten habe. Diese Annahme steht schon deshalb in Frage, weil über die Konditionen von Bankgeschäften verhandelt werden kann. So ist es gerichtsbekannt, dass Kunden bei sog. Rückvergütungen nicht selten günstigere Konditionen bei Kapitalanlagen aushandeln und sich gelegentlich erfolgreich einen - teilweisen - Rückfluss solcher Vergütungen ausbedingen können. Zu solchen Verhandlungen ist ein Kunde aber nur in der Lage, wenn er die maßgeblichen Konditionen kennt und auch der Höhe nach überschaut. Konkrete Gründe dafür, dass die Abwicklung von Swap-Geschäften bei der W unabänderlich festgeschrieben gewesen sein könnte, legt die Beklagte nicht dar. Sie geht selbst davon aus, dass die Klägerin Preisvergleiche habe anstellen können. Befähigung und Veranlassung dazu bestehen für einen Kunden aber erst dann, wenn er überhaupt Kenntnis davon hat, ob und in welcher Bandbreite insoweit bestimmte Konditionen und Margen zum Vergleich stehen.
Die Beklagte blendet außerdem aus, dass die W auch ihrerseits andere Vergütungsmodelle praktizierte. So war die W, was dem Senat unter anderem aus dem zeitgleich verhandelten Verfahren I-14 U 93/13 bekannt ist, im Rahmen eines sog. SPM-Vertrages eines tätig, dessen Gegenstand im erstinstanzlichen Verhandlungstermin näher erörtert worden ist. Dieser Vertrag sah feste und variable Vergütungsbestandteile vor und wurde von der W zusätzlich unter Veranschlagung eines - allerdings geringeren - negativen Marktwerts abgewickelt, ohne dass Letzteres feststellbar mit Wissen und Wollen der Klägerin geschah. Ob diese Geschäftspraxis sich als beratungs- und vertragsgerecht darstellte, bedarf hier keiner abschließenden Festlegung. Es kann aber schon nach dem eigenen Vortrag der Beklagten weder die Rede davon sein, dass die hier praktizierte Abwicklung alternativlos war, noch dass unverhandelbare Konditionen vorgelegen hätten. Selbst nach dem Vorbringen der Beklagten spricht jedenfalls nichts dafür, dass die Durchführung solcher Geschäfte - bei rechtmäßigem Alternativverhalten - etwa nicht möglich gewesen wäre.
ff) Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe auch andere Swap-Geschäfte getätigt und nicht alle zur Rückabwicklung gebracht, stellt die Kausalität ebenfalls nicht in Frage. Dies gilt unabhängig davon, dass die Klägerin inzwischen mit ihrer Stellungnahme vom 09.05.2014 vorgetragen hat, nunmehr alle laufenden Swap-Geschäfte zum Gegenstand von Klagen gemacht zu haben, was die Beklagte zuletzt nicht mehr bestritten hat, sondern nur noch beanstandet hat, dass dies nicht "unverzüglich" geschehen sei.
Die Beklagte hat jedenfalls nicht aufgezeigt, dass die Klägerin aus früheren Geschäften Kenntnis von den aufklärungspflichtigen Umständen bei der Behandlung des Marktwerts erlangt hat. Auch insoweit verbleibt es bei der bereits aufgezeigten Darlegungsfälligkeit der Beklagten. Damit handelt es sich vorliegend nicht um eine Fallgestaltung, bei der ein Anleger ihm bereits aus anderen Geschäften bekannte Umstände wissentlich in Kauf nimmt oder als für sich irrelevant ansieht. Wie bereits auszuführen war, wird der etwaige Wille, solche Geschäfte unbedingt und ungeachtet der dafür maßgeblichen Konditionen durchführen zu wollen, selbst nach dem Beklagtenvorbringen nicht ersichtlich. Die Beklagte lässt vielmehr auch in diesem Zusammenhang unberücksichtigt, dass sich die Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwerts nicht in einer gleichsam geschäftsneutralen Marge erschöpft, sondern dass der Klägerin nicht hinreichend deutlich gemacht wurde, dass und in welchem Umfang sie gegen die im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Erwartungen des Marktes agierte. Dass dem so war, steht selbst nach dem Beklagtenvortrag fest und bedarf keiner gutachterlichen Untersuchung.
Bei der gegebenen Sachlage stellt auch der Umstand, dass die Klägerin nicht (sofort) alle Swap-Geschäfte zum Gegenstand ihrer prozessualen Rechtsverfolgung gemacht hat, die Kausalität des Aufklärungsfehlers nicht durchgreifend in Frage. Die vom Landgericht insoweit erörterten prozesstaktischen und prozessökonomischen Gründe für das Unterbleiben einer alle Swap-Geschäfte umfassenden Rechtsverfolgung überzeugen.
Die hierzu von der Klägerin angeführten Erwägungen, sie habe reine Zinssicherungsgeschäfte zunächst nicht aufgreifen und außerdem prüfen wollen, bei welchen Geschäften ein ersatzfähiger Schaden entstanden und wie dieser vor dem Hintergrund der rahmenvertraglichen Vorgaben zu veranschlagen sei, sind verständlich und nachvollziehbar. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ist bei diesen Beweggründen jedoch nicht erschüttert. Sie indizieren auch in ihrer Gesamtheit nicht die Feststellung, dass die Klägerin bei Kenntnis der maßgeblichen Umstände in gleicher Weise gehandelt hätte. Es ist vielmehr lebensnah nachvollziehbar, dass die Klägerin in einer Situation, in der prozessuales Neuland zu betreten war, zunächst nur bestimmte Geschäfte zum Gegenstand ihrer Rechtsverfolgung machte. Die Tatsache, dass die Klägerin sich bei ihrer Rechtsverfolgung von den genannten Beweggründen leiten ließ, greift die Beklagte auch mit ihrer Stellungnahme vom 15.05.2014 nicht beweistauglich an. Greifbare Indizien dafür, dass die Klägerin sich von anderen Beweggründen leiten ließ, zeigt die Berufung weder in Bezug auf bestimmte Entscheidungsträger noch hinsichtlich der von klägerischer Seite betriebenen Sachwaltung auf. Sie erschöpft sich lediglich in der Unterstellung fehlender Kausalität.
gg) Unerheblich ist auch der Einwand der Beklagten, das Unterbleiben gezielter Erkundigungen nach der Höhe der Marge bzw. der Konditionenverschiebung bringe zum Ausdruck, dass die Klägerin hieran offensichtlich nicht interessiert gewesen sei. Es ist bereits im rechtlichen Ansatz verfehlt, einen Verstoß gegen bestehende Aufklärungspflichten damit in Frage stellen zu wollen, dass der nicht vollständig aufgeklärte Kunde nicht fragend insistiert habe. Konkrete vertragliche Beratungsleistungen kann ein beratungsbedürftiger Kunde in Bezug auf nicht offenbarte Umstände überhaupt nicht einfordern. Er muss dies auch unter

keinem rechtlichen Gesichtspunkt tun, denn der Beratungspflichtige kann die ihm obliegenden Pflichten nicht gleichsam auf den Kunden abwälzen.
5. Schaden
Das Landgericht ist im Grundsatz zu Recht und aus zutreffenden Gründen davon ausgegangen, dass die Klägerin infolge des Beratungsfehlers die Freistellung von weiteren Zahlungspflichten aus den streitgegenständlichen Swap-Geschäften verlangen kann.
Im Einzelnen gilt folgendes:
Da der Schädiger den Geschädigten grundsätzlich so zu stellen hat, wie er stehen würde, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten (§ 249 Abs. 1 BGB), kann der Geschädigte, wenn das schädigende Ereignis in einer für den Ablauf eines Geschäfts fehlerhaften Beratung liegt, die Freistellung von weiteren Zahlungsverpflichtungen aus dem Geschäft verlangen, auf das sich die Beratung bezog.
Darüber hinaus kann der Geschädigte von dem fehlerhaft Beratenden zugleich Ersatz der weiteren auf den Beratungsfehler zurückzuführenden Schäden verlangen, er muss sich jedoch, weil er durch die Schadensersatzleistungen des Geschädigten auch nicht besser gestellt werden darf, die ihm adäquat-kausal durch den Beratungsfehler entstandenen Vorteile anrechnen lassen. Dies führt in Fällen, in denen auf Grundlage desselben Beratungsfehlers in einem gewissen zeitlichen Abstand eine Vielzahl vergleichbarer Geschäfte abgeschlossen worden ist, durch den Beratungsfehler "verklammert" werden. Der Ersatz des über die Begründung noch fortbestehender Leistungsverpflichtungen hinausgehenden Schadens erfordert jedoch eine Gesamtsaldierung aller Vor- und Nachteile die dem Berater durch die "verklammerten" Geschäfte entstanden sind. Der Geschädigte kann in einer solchen Fallkonstellation den Schädiger nur dann mit Erfolg auf Rückzahlung der bereits erbrachten Zahlungen und Ausgleich weiterer Schäden in Anspruch nehmen, wenn ihm auch nach Anrechnung der ihm aus den anderen auf denselben Beratungsfehler beruhenden Geschäften ein Schaden verbleibt.
Hier folgt die schadensrechtliche Verklammerung daraus, dass die mit der W in relativer zeitlicher Nähe zueinander Swap-Geschäfte auf demselben Beratungsfehler beruhen. Unabhängig davon ergibt sich eine schadensrechtliche Verklammerung der zwischen der Klägerin und der W geschlossenen Swap-Geschäfte zugleich aus dem Rahmenvertrag. Dieser lautet - soweit hier von Interesse - wie folgt (Nr. 1 (2) Satz 2):
"Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag ... ; sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobetrachtung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt."
Da eine "einheitliche Risikobetrachtung" angestellt werden soll, ist stets die gesamte Vermögenslage des Kunden in den Blick zu nehmen. Allein dies entspricht auch dem vertraglichen Gesamtkonzept, wonach die einzelnen Swap-Geschäfte nur "Bausteine" im Rahmen eines übergreifenden "aktiven Schuldenmanagements" bilden sollten. Aufgrund der "Verklammerung" aller Einzelabschlüsse mit dem Rahmenvertrag können über die Freistellung von weiteren Zahlungsverpflichtungen aus den jeweiligen Swap-Geschäften hinausgehenden Ansprüche nur mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Klägerin im Rahmen einer Gesamtabrechnung nach Anrechnung der aus den verknüpften Geschäften entstandenen Vorteile ein Schaden verbleibt.
6. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht gemäß § 37 a WpHG a. F. verjährt. Nach dieser Vorschrift verjähren die dort bezeichneten Ansprüche in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem sie entstanden sind. Die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche sind erst mit dem Abschluss (Unterzeichnung) des streitgegenständlichen Swap-Geschäfts am 24.02.2009 entstanden (Anlage K 2). Damit wären die Forderungen der Klägerin mit Ablauf des 24.02.2012 verjährt. Die Verjährungsfrist wäre demnach am 24.02.2012 abgelaufen. Die Klage, die Klägern am 17.02.2012 bei Gericht eingereicht hat (Bl. 1 d.A.), ist der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 29.02.2012 zugestellt worden (Bl. 28 R d.A.), also "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO, wodurch die Verjährung der streitgegenständlichen Forderung gehemmt wurde (§§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO).
6.a) Der Schriftsatz vom 23.06.2014 lag dem Senat vor.
7. Aus Vorstehendem folgt zugleich, dass die klägerische Berufung in vollem Umfang Erfolg hat.
Allerdings besteht der Freistellungsanspruch grundsätzlich uneingeschränkt, well der Kunde im Falle einer Falschberatung grundsätzlich so zu stellen ist, als habe er das betreffende Geschäft nicht abgeschlossen, was - daran ändert auch der Rahmenvertrag nichts - dazu führt, dass grundsätzlich alle weiteren Zahlungspflichten des Kunden entfallen.
Lediglich die Geltendmachung etwaiger weitergehender Schadensersatzansprüche der Klägerin bzw. etwaiger Bereicherungsansprüche der Beklagten, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind, erfordern eine Gesamtsaldierung.
Im zur Entscheidung stehenden Fall ist auf das Rechtsmittel der Klägerin jedoch lediglich auszusprechen, dass die Klägerin nicht dazu verpflichtet ist, auf den CHF-plus-Swap vom 19.02.2009 (Ref.-Nr. 2340832 D) weitere Zahlungen zu leisten, soweit diese über eine Betrag in Höhe von 68.750,00 EUR hinausgehen. Im Übrigen hat die Klägerin das Urteil nicht mit der Berufung angegriffen hat (§§ 528 Abs. 1 S. 2, 308 Abs. 1 ZPO)."

8. Die Kostenentscheidung beruht auf § § 97, 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Der Streitwert wird durch den Senat gesondert festgesetzt
Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Insbesondere kommt eine Revisionszulassung unter dem Gesichtspunkt der Divergenz (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 2. Alternative ZPO) nicht in Betracht. Der Senat folgt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2011 (NJW 2011, 1949 ff.), die aus den dargelegten Gründen auch auf den vorliegenden Fall übertragbar ist. Soweit die Beklagte auf abweichende Entscheidungen anderer Gerichte verwiesen hat, sind die entsprechenden Punkte zur Überzeugung des Senats durch das Urteil des Bundesgerichtshofs bereits hinreichend geklärt, so dass es einer erneuten Entscheidung des Revisionsgerichts nicht bedarf.

112. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.06.2014 – 1 U 120/13 – * (Berufshaftpflichtversicherung der Zahnärzte: Kein Versicherungsschutz für Erfüllungsschäden)

Orientierungssatz

1. Dienen die Ansprüche des Patienten gegen seinen Zahnarzt lediglich seinem Erfüllungsinteresse, wie die Kosten für die Nachbehandlung als Erfüllungssurrogat, so sind sie gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b Abs. 3 vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Bei dieser Schadensposition handelt es sich nicht um Verlangen nach Schadensersatz neben, sondern statt der Leistung des Zahnarztes, die dieser nicht wie geschuldet erbracht haben soll. Dass dem Zahnarzt kein ärztlicher Behandlungsfehler vorgeworfen wird, sondern eine Verletzung der ihn treffenden Aufklärungspflicht, ist dabei unerheblich.
2. Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Berufung ist nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden.

Gründe

I.
Der Senat weist darauf hin, dass er nach vorläufiger Beratung beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Kaiserslautern vom 21.06.2013 gem. § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Das Rechtsmittel hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Auch hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ZPO). Überdies ist eine mündliche Verhandlung nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO).
Das Landgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen abgewiesen. Auch nach Auffassung des Senates bleibt die Beklagte infolge der Erfüllungsschadensklausel des § 4 Abs. 1 Nr. 6 lit.b Abs. 3 AHB 1986 leistungsfrei. Danach sind die Erfüllung von Verträgen und die an ihre Stelle tretenden Erfüllungssurrogate nicht Gegenstand der Berufshaftpflichtversicherung. Neben den primären Vertragserfüllungsansprüchen, sowohl in Bezug auf Haupt- und Nebenleistungspflichten, sind auch die Erfüllungsersatzansprüche wegen Nicht- oder Schlechterfüllung der Vertragsleistungen von der Haftpflichtversicherung ausgeschlossen (BGH in ständiger Rechtsprechung, beispielhaft NJW-RR 04, 1675 m.w.N.; NJW 86, 1346; NJW-RR 2012, 103 ff.). Der BGH hat bereits im Urteil vom 19.11.2008 (NJW-RR 09, 381) dargelegt, dass es sich bei der Voraussetzung "an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistung" im Sinne der Ausschlussklausel um einen eigenständigen versicherungsrechtlichen Begriff handelt, der losgelöst davon ist, wie die vom Geschädigten erhobenen Ansprüche vertraglich einzuordnen sind. Auch für die Voraussetzung "Erfüllung von Verträgen" gilt nichts anderes (vgl. BGH NJW-RR 2012, 103, 104). Entscheidend ist, ob die Ersatzansprüche auf das Vertragserfüllungsinteresse gerichtet sind. Ausgeschlossen vom Versicherungsschutz sind danach alle Ansprüche, durch die ein unmittelbares Interesse am eigentlichen Leistungsgegenstand geltend gemacht wird. Demgegenüber ist jeder weitere Schaden, der über das Erfüllungsinteresse hinausgeht, also insbesondere der Schaden an weiteren Rechtsgütern des Gläubigers, nicht als Erfüllungsersatzleistung einzuordnen. In diesen Fällen ist nicht das Erfüllungsinteresse des Geschädigten tangiert, sondern sein Interesse an der Nichtverletzung seiner Rechtsgüter und damit das sogenanntes Integritäts- oder Erhaltungsinteresse (vgl. Beckmann/Matusche-Beckmann Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl. § 26 Rdnr. 36 m.w.N.). Diese Unterscheidung zwischen den nicht gedeckten Ansprüchen auf Ersatz des Erfüllungsinteresses und den deckungspflichtigen Ansprüchen auf Ersatz eines darüber hinausgehenden Schadens gilt ohne Rücksicht darauf, aufgrund welcher Rechtsgrundlage im Einzelfall der Anspruch geltend gemacht wird (Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch aaO, § 26 Rdnr. 38).
Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall gilt folgendes:
Geht man mit dem hiesigen Kläger davon aus, dass die Rückerstattung seines Honorars und der von ihm verauslagten Fremdaufwendungen nicht Gegenstand des Vergleichs im Vorverfahren gewesen sind, son-

dern der Vergleichsbetrag sich ausschließlich auf die Erstattung der dem Geschädigten tatsächlich entstandenen Kosten für die Beseitigung und die anderweitige Neuherstellung des Zahnersatzes beschränkte, so handelte es sich gleichwohl um eine an die Stelle der Erfüllungsleistung getretene Ersatzleistung, die vom Versicherungsschutz ausgenommen ist. Denn damit begehrte der Krankenversicherer, den Geschädigten wirtschaftlich so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der hiesige Kläger den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Es handelte sich bei diesen Schadenspositionen nicht um Verlangen nach Schadensersatz neben, sondern statt der Leistung des hiesigen Klägers, die dieser nicht wie geschuldet erbracht haben soll. Dass ihm zuletzt kein ärztlicher Behandlungsfehler mehr vorgeworfen werden konnte, sondern eine Verletzung der ihn treffenden Aufklärungspflicht, ist dabei unerheblich. Obwohl aus der Sicht des Patienten zahnprothetische Leistungen durchaus erfolgsbezogen erscheinen, ist der auf eine zahnprothetische Behandlung gerichtete Vertrag des Patienten und des Zahnarztes doch ein Dienstvertrag, wobei Hauptpflichten eines solchen Dienstvertrages neben der zahnärztlichen Behandlung in Diagnose und Therapie nach dem gesicherten Stand der zahnmedizinischen Wissenschaft auch die Behandlungs- und Risikoaufklärung des Patienten sowie die sachgerechte Organisation des Behandlungsablaufs sind (vergleiche OLG Frankfurt, Urteil vom 22.04.2010 - 22 U 153/08, BeckRS 2010, 21935-Beck-Online mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Danach ist es gleichgültig, auf der Verletzung welcher dieser genannten Hauptpflichten der Schadensersatzanspruch beruht. Dass daneben unter Umständen auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegeben ist, ändert ebenfalls nichts an der Sachlage. Entscheidend ist, dass der Versicherer des Geschädigten mit den oben dargestellten Schadenspositionen verlangte, seinen Versicherten wirtschaftlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stehen würde. Diese Ansprüche des Krankenversicherers betrafen daher - wie das Landgericht zutreffend feststellt - das unmittelbare Interesse des Patienten des hiesigen Klägers an dem vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand.
II.
Die Parteien haben Gelegenheit zur Stellungnahme - falls beabsichtigt - bis spätestens 20.07.2014.
Gericht:
OLG Hamm 19. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:
20.06.2014
Aktenzeichen:
I-19 U 169/13, 19 U 169/13
Dokumenttyp:
Urteil
Quelle:
Normen:
§ 13 BGB, § 133 BGB, § 157 BGB, § 307 Abs 2 BGB, § 323 Abs 1 BGB, § 323 Abs 2 BGB, § 346 Abs 1 BGB, § 347 Abs 2 S 1 BGB, § 433 BGB, §§ 433ff BGB, § 434 Abs 1 S 1 BGB, § 437 Nr 2 BGB, § 440 BGB, § 474 BGB, § 475 Abs 1 BGB
Zitiervorschlag:
OLG Hamm, Urteil vom 20.06.2014 – I-19 U 169/13, 19 U 169/13 –
Pferdekaufvertrag: Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen; Rückabwicklung wegen Fehlens der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit; Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung; Versicherungskosten als notwendige Verwendung

Leitsatz

1. Zur Auslegung einer Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die bei der tierärztlichen Ankaufsuntersuchung getroffenen Feststellungen zum Gesundheitszustand eines Pferdes dessen Beschaffenheit darstellen sollen.
2. Zur Unwirksamkeit einer Vereinbarung im Verbrauchsgüterkauf, wonach die Befunde der Röntgenaufnahmen mit Abholung des Pferdes vom Käufer anerkannt werden.

Orientierungssatz

1: Eine Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für einen Pferdekaufvertrag, wonach die bei der tierärztlichen Ankaufsuntersuchung getroffenen Feststellungen zum Gesundheitszustand des Pferdes eine Vereinbarung über dessen Beschaffenheit darstellen sollen und weiter, dass die Befunde der Röntgenaufnahmen vom Käufer bei Abholung des Pferdes "anerkannt" werden, ist unwirksam, soweit die Regelungen zum Nachteil des Käufers von den §§ 433 ff. BGB abweichen. Da der Käufer hier Verbraucher nach § 13 BGB ist, handelt es sich bei dem Pferdekaufvertrag um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.v. §§ 474 ff. BGB. Nach § 475 Abs. 1 BGB kann sich der Verkäufer als Unternehmer nicht auf eine Regelung berufen, die von den gesetzlichen Regelungen abweicht. Hierzu gehören auch Rügeobliegenheiten, die wie hier über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen.
2. Der Käufer ist nicht verpflichtet, eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages zu setzen, wenn der Verkäufer auf Emails, in denen der Käufer den Verkäufer zu einer Stellungnahme zu den behaupteten Mängeln auffordert, nicht reagiert und die Annahme eines anwaltlichen Schreibens verweigert.

3. Zu den notwendigen Verwendungen, die der Verkäufer bei der Rückabwicklung des Kaufvertrages über ein Pferd zu erstatten hat, gehören auch die Versicherungskosten für die Tierhalterhaftpflichtversicherung.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 1.10.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3.7.2010 Zug-um-Zug gegen Herausgabe des am 7.3.2002 geborenen Hengstes "K", Farbe Braun, Chipnummer: ...,

sowie weitere 5.057,13 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 940,77 EUR seit dem 3.9.2010, aus weiteren 124,64 EUR seit dem 21.12.2010, aus weiteren 1.940,16 EUR seit dem 2.12.2011 und aus weiteren 2.051,56 EUR seit dem 28.11.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin 825,27 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3.7.2010 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche weiteren notwendigen Verwendungen zu ersetzen, welche ihr zukünftig für den Hengst "K" entstehen.

Es wird ferner festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des am 7.3.2002 geborenen Hengstes "K", Farbe Braun, Chipnummer: ... in Verzug befindet.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten der 1. Instanz haben die Klägerin zu 10 % und die Beklagte zu 90 % zu tragen.

Die Kosten der 2. Instanz fallen der Beklagten zu 100 % zur Last.

Das Urteil ist wie das vorgenannte Urteil des Landgerichts Arnsberg vorläufig vollstreckbar.

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

Gründe

I.

Gemäß § 540 Abs. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.

Durch die erstinstanzliche Entscheidung ist die Beklagte verurteilt worden, an die Klägerin 9.520,72 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 8.000,00 EUR seit dem 3.7.2010 sowie aus 1.520,72 EUR seit dem 3.9.2010

sowie weitere 124,64 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.12.2010

sowie weitere 2.070,16 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 2.12.2011

sowie weitere 2.051,56 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2012 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe des am 7.3.2002 geborenen Hengstes "K", Farbe Braun, Chipnummer: ....

Die Beklagte ist ferner verurteilt worden, an die Klägerin 825,27 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3.7.2010 zu zahlen.

Es ist festgestellt worden, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche weiteren notwendigen Aufwendungen zu ersetzen, welche ihr zukünftig für den Hengst "K" entstehen.

Es ist ferner festgestellt worden, dass sich die Beklagte mit der Annahme des am 7.3.2002 geborenen Hengstes "K", Farbe Braun, Chipnummer: ... in Verzug befindet.

Die Klägerin, so das Landgericht, sei wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Der streitgegenständliche Hengst sei zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft gewesen, da er nicht über die gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbarte Beschaffenheit verfügt habe. Im Kaufvertrag vom 21.10.2009 sei ausdrücklich der Gesundheitszustand vereinbart worden, der sich aus der tierärztlichen Untersuchung ergebe. Die dortige Einordnung des Tieres in die Röntgenklasse II sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unvertretbar gewesen. Dass die Klägerin keinen eigenen Tierarzt mit einer weiteren Begutachtung der Röntgenbilder beauftragt habe, könne ihr nicht angelastet werden.

Der Bestimmung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung habe es nach § 323 Abs. 2 Z. 1 BGB nicht bedurft, da die Klägerin das Verhalten der Beklagten als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung habe verstehen müssen. Insbesondere die Verweigerung der Annahme des Schreibens vom 15.6.2010 habe für die Klägerin dokumentiert, dass die Verkäuferin sich offenbar nicht mit ihrem Anliegen auseinanderzusetzen gedachte.

Die von der Klägerin geltend gemachten Aufwendungen seien nur teilweise zu erstatten. Insbesondere die Kosten für die tierärztliche Versorgung des Pferdes seien nicht substantiiert dargelegt. Ein Verstoß der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB lasse sich allerdings nicht bejahen. Jeder Vertragspartner vermöge den aus dem Rückgewährschuldverhältnis wechselseitig erwachsenden Pflichten ein Zurückbehaltungsrecht entgegenzuhalten. Es wäre der Klägerin nicht zumutbar

gewesen, dieses Zurückbehaltungsrecht aufzugeben, indem sie das Tier bei der Beklagten untergestellt hätte.
Einen Anspruch auf Nutzungsersatz nach § 347 Abs. 1 BGB müsse sich die Klägerin nicht entgegenhalten lassen. Aufgrund des festgestellten mangelhaften Zustandes des Hengstes sei sie nicht verpflichtet gewesen, Nutzungen jedweder Art aus dem Pferd zu ziehen.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.
In ihrer Berufungsbegründung rügt sie die Verletzung materiellen Rechts.
Das streitgegenständliche Tier sei zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht mangelbehaftet gewesen. Es sei vereinbart worden, dass sich der Gesundheitszustand des Pferdes nicht nur nach der Beurteilung des die Ankaufsuntersuchung durchführenden Tierarztes sondern darüber hinaus auch nach den Röntgenbefunden richten solle, welche auf den anlässlich der Ankaufsuntersuchung erstellten Röntgenbildern erkennbar seien.
Überdies stehe § 442 Abs. 1 S. 2 BGB der Geltendmachung von Sachmängelgewährleistungsansprüchen durch die Klägerin entgegen. Erhalte der Käufer eines Pferdes vor Abschluss des Kaufvertrages Röntgenaufnahmen von dem Tier und verzichte er auf eine Auswertung dieser Aufnahmen, so akzeptiere er jedenfalls solche Krankheiten, die sich bei einer im Zeitpunkt der Übergabe des Pferdes durchgeführten röntgenologischen Befunderhebung gezeigt hätten.
Die Klägerin habe der Beklagten keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Umstände, die eine Nachfristsetzung wegen einer endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung entbehrlich gemacht hätten, würden nicht vorliegen.
Schließlich habe das Landgericht der Klage hinsichtlich der geltend gemachten Unterhaltungsaufwendungen zu Unrecht überwiegend stattgegeben. Insbesondere handele es sich weder bei den Beiträgen für eine Tierhalterhaftpflichtversicherung noch bei den Unterstellungskosten um notwendige Verwendungen im Sinne von § 347 Abs. 2 S. 1 BGB.
Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Landgerichts Arnsberg vom 1.10.2013 unter dem Az: 4 O 309/10 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
In ihrer Berufungserwiderung verteidigt sie das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.
Als Beschaffenheit des Pferdes sei der Gesundheitszustand vereinbart gewesen, wie er sich aus der tierärztlichen Untersuchung vom 22.10.2009 ergeben habe. Im Übrigen seien anlässlich dieser Ankaufsuntersuchung überhaupt keine Röntgenaufnahmen erstellt worden. Die Mängelgewährleistungsrechte der Klägerin seien nicht wegen grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels ausgeschlossen. Vielmehr sei der Beklagten vorzuhalten, sie habe die Klägerin vor Abschluss des Kaufvertrages nicht darüber aufgeklärt, dass der streitgegenständliche Hengst im08.2009 wegen einer großen Verschattung am Hufgelenk behandelt worden sei.
Insbesondere aufgrund der Nichtreaktion der Beklagten auf ihre Schreiben vom05.und06.2010 habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass weitere Aufforderungen zur Nacherfüllung mit Fristsetzung fruchtlos sein würden. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen von § 323 Abs. 2 Z. 3 BGB vor. Die Kaufsache "PRE-Hengst" sei für die Klägerin nicht austauschbar gewesen. Das Pferd sei von ihr besichtigt und probegeritten worden. Es habe sich um eine konkret auf diesen Hengst bezogene Kaufentscheidung gehandelt, die nicht ohne wesentliche Beeinträchtigung ihrer Interessen bei Nachlieferung hätte wiederholt werden können.
Das Bestreiten der Beklagten bezüglich der geltend gemachten Aufwendungen der Klägerin sei auch in der zweiten Instanz unsubstantiiert. Insbesondere seien die Beiträge zur Tierhalterhaftpflichtversicherung konkret bezogen auf die Haltung des streitgegenständlichen Hengstes angefallen. Hätte die Klägerin den Hengst bei der Beklagten untergestellt, hätte sie keine Möglichkeit mehr zur Betreuung und Versorgung des Tieres gehabt.
Die Klägerin habe keine Nutzungen aus dem Hengst gezogen. Aufgrund des gesundheitlichen Zustandes des Pferdes sei das Tier nicht von ihr geritten worden.
Schließlich habe Prof. Dr. I festgestellt, dass der Hengst an einem allergischen Sommerekzem leide. Auch diese Disposition bzw. Sensibilisierung stelle bereits ohne klinische Krankheitszeichen einen Sachmangel dar.
Die Behauptung der Klägerin, dass das Pferd nach individuellen Faktoren ausgewählt worden sei, wird von der Beklagten als verspätet gerügt.
Der Senat hat die Klägerin im Termin am 27.5.2014 persönlich angehört. Bezüglich des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichterstattervermerk vom selben Tag verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung hat in der Sache lediglich in geringem Umfang Erfolg.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises für das streitgegenständliche Pferd "K" in Höhe von 8.000,00 EUR aus §§ 433, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Ziff. 2, 440, 323, 346 Abs. 1 BGB.
Unstreitig haben die Parteien am 21.10.2009 einen Kaufvertrag über den Hengst "K" geschlossen. Gemäß § 1 des Vertrages belief sich der Kaufpreis auf 8.000,00 EUR. Durch Erklärung spätestens mit Schreiben vom 24.6.2010 ist die Klägerin wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten.
a) Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass das streitgegenständliche Pferd zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht über die vereinbarte Beschaffenheit verfügte. Denn sein Gesundheitszustand entsprach nicht dem Ergebnis der Ankaufuntersuchung durch den Streitverkündeten L vom 22.10.2009.
aa) Im Kaufvertrag heißt es in § 2 unter der Überschrift "Beschaffenheitsmerkmale" wörtlich:
"4. Tierärztliche Untersuchung
Gesundheitliche Beschaffenheit auf Grund tierärztlicher Untersuchung.
Vereinbart wird der Gesundheitszustand, der sich aus der tierärztlichen Untersuchung ergibt. Eine Untersuchung findet nur vor Ort statt und wird als solche vom Käufer anerkannt. Der Inhalt des aufgrund der tierärztlichen Untersuchung/Gutachtens wird zum Bestandteil des Vertrages gemacht. Die dort getroffenen Feststellungen zum Gesundheitszustand des Pferdes bestimmen die Beschaffenheit. (...) Die Röntgenaufnahmen wurden dem Käufer am Tag der Vertragsschließung, zur Einsicht und Vorlage und abschließenden Beurteilung, an den eigenen Tierarzt übergeben. Die Befunde der Röntgenaufnahmen werden mit Abholung des Pferdes vom Käufer anerkannt. (...) Die Untersuchung soll am 22.10.2009 stattfinden, das Ergebnis wurde dem Käufer mitgeteilt und somit von ihm anerkannt. Auftraggeber der Untersuchung ist der Käufer, welcher somit die Kosten und Aufwendungen trägt (...)".
bb) Die Beklagte ist der Auffassung, die im oben zitierten Vertragsabschnitt unstreitig getroffene Beschaffenheitsvereinbarung zum Gesundheitszustand des Hengstes nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB habe sich nicht nur auf das Ergebnis der tierärztlichen Ankaufsuntersuchung sondern auch auf die Röntgenbilder bezogen, welche in § 2 Z. 4 des Kaufvertrages erwähnt seien. Würde allein auf das Ergebnis der tierärztlichen Untersuchung abgestellt, komme es zu einer unzulässigen Aufspaltung zwischen beiden Elementen. Mit dieser Auffassung dringt die Beklagte indes nicht durch. Denn der Vertragstext in § 2 Z. 4 des Kaufvertrags lässt sich gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont und unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien nur in der Weise auslegen, dass die vereinbarte gesundheitliche Beschaffenheit des Pferdes ausschließlich auf der tierärztlichen Ankaufsuntersuchung beruhen sollte, welche am 22.10.2009 durchgeführt worden ist.
cc) Einerseits ist inzwischen unstreitig, dass anlässlich der Ankaufsuntersuchung im 10.2009 keine weiteren Röntgenbilder gefertigt worden sind. Vielmehr datierten ausweislich der Angaben des Sachverständigen Prof. Dr. I in seinem Gutachten vom 25.8.2011 die jüngsten Röntgenbilder vom 4.8.2009. Andererseits nimmt der Vertragstext in § 2 Z. 4 grammatikalisch im Zusammenhang mit der gesundheitlichen Beschaffenheit des Pferdes ausschließlich auf die "tierärztliche Untersuchung" Bezug, nicht jedoch auf etwaige Röntgenaufnahmen. Bereits der erste Satz nach der Überschrift "Tierärztliche Untersuchung" spricht von der gesundheitlichen Beschaffenheit auf Grund "tierärztlicher Untersuchung". Im Folgesatz ist ebenfalls die Rede davon, dass derjenige Gesundheitszustand vereinbart werde, der sich aus der "tierärztlichen Untersuchung" ergebe. In einem späteren Satz wird dieser Gedanke aufgegriffen und erneut formuliert, der Inhalt des aufgrund der "tierärztlichen Untersuchung / Gutachtens" werde zum Bestandteil des Vertrages gemacht. Die dort getroffenen Feststellungen zum Gesundheitszustand des Pferdes würden die Beschaffenheit bestimmen.
Die Textpassagen in § 2 Z. 4 des Kaufvertrages zu den Röntgenaufnahmen nehmen demgegenüber grammatikalisch keinen Bezug auf die gesundheitliche Beschaffenheit des Tieres.
dd) Es wird nicht übersehen, dass die Parteien unter § 2 Z. 4 des Kaufvertrages ebenfalls vereinbart haben, die Befunde der Röntgenaufnahmen würden vom Käufer bei Abholung des Pferdes "anerkannt". Zuvor sollten die Röntgenaufnahmen dem Käufer am Tag der Vertragsschließung zur Einsicht und Vorlage an den eigenen Tierarzt zum Zweck einer abschließenden Beurteilung übergeben werden.
Entgegen der Auffassung des Bevollmächtigten der Beklagten im Senatstermin deutet diese Passage aber nicht etwa auf den Abschluss eines Kaufvertrags auf Probe nach § 454 BGB hin. Vielmehr wäre dieser Abschnitt nach der Rechtsprechung des Senats in der systematischen Zusammenschau mit der zunächst getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB als eine Art vertraglich verabredete Rügeobliegenheit spätestens bei Abholung des Pferdes zu qualifizieren. In Anlehnung an die Interessenlage von Kaufvertragsparteien im Rahmen von § 377 HGB würde der Käufer ohne die Erhebung einer derartigen Rüge grundsätzlich seine Gewährleistungsrechte bezüglich derjenigen Mängel verlieren, die als Befund aus den ihm zuvor zur Einsicht überlassenen Röntgenaufnahmen ersichtlich wären (vgl. Senat, Urteil vom 9.3.2010, Az: 19 U 140/09, NJW-RR 2011, 66, Rn. 15).
Es wird nicht verkannt, dass die Klägerin bei Abholung des streitgegenständlichen Pferdes im 12.2009 eine entsprechende Rüge nicht erhoben hat. Hieraus erwachsen ihr allerdings keine rechtlichen Nach-

teile. Denn die Vereinbarung in § 2 Z. 4 des Kaufvertrages bezüglich der Anerkennung der aus den Röntgenaufnahmen ablesbaren Befunde ist gemäß § 475 Abs. 1 BGB unwirksam. Da die Klägerin unstreitig Verbraucherin nach § 13 BGB ist, handelt es sich bei dem Kaufvertrag vom 21.10.2009 um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von §§ 474 ff. BGB. Nach § 475 Abs. 1 BGB kann sich die Beklagte als Unternehmerin zum Nachteil der Klägerin aber nicht auf eine Regelung berufen, die von den §§ 433 bis 435 und 437 BGB abweicht. Hierzu gehören auch Rügeobliegenheiten, die wie hier über die gesetzlichen Vorgaben in den §§ 434 ff. BGB hinausgehen (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 5.9.2003, Az: 324 O 224/03, ZGS 2004, 76, 77 f.; MüKoBGB, 6. Auflage / S. Lorenz, § 475, Rn. 7).
ee) Bereits das Landgericht hat darauf hingewiesen, dass der Sachverhalt ferner in der von der Beklagten zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf (vgl. Urteil vom 25.9.2008, Az: 12 U 168/07, RdL 2008, 319) in wesentlichen Punkten abweicht. Dort waren Röntgenbilder unmittelbar vom Käufer an die untersuchende Tierärztin weitergereicht worden, ohne dass der Verkäufer hiervon Kenntnis erlangt hatte (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 30). Überdies konnten die Röntgenbilder aus technischen Gründen nicht befundet werden, was dem Käufer auch bekannt gewesen ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 32). Gleichwohl verzichtete der Käufer auf eine erneute röntgenologische Untersuchung. Im Anschluss an eine Klausel im Vertrag, durch die derjenige Gesundheitszustand vereinbart worden war, welcher sich aus der tierärztlichen Untersuchung ergebe, war schließlich handschriftlich eingetragen worden, dass die Röntgenbilder vom 3.2.2004 dem genannten Tierarzt per E-Mail zur Besichtigung übermittelt worden seien (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 28).
Allein vor diesem Hintergrund hat das OLG Düsseldorf eine Beschaffenheitsvereinbarung in dem Sinne angenommen, dass der Käufer solche Krankheiten akzeptiert habe, welche sich bei einer im Zeitpunkt der Übergabe des Pferdes durchgeführten röntgenologischen Befunderhebung gezeigt hätten (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 31). Dieser Sachverhalt lässt sich jedoch mit der Situation zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits am 21.10.2009, als Röntgenaufnahmen überhaupt erst bei Vertragsschluss an die Käuferin ausgehändigt werden sollten, nicht vergleichen.
b) Aus dem Untersuchungsprotokoll des Streitverkündeten L vom 22.10.2009 ergibt sich als zusammenfassende Bewertung, dass das Pferd "klinisch ohne Besonderen Befund" und "Röntgenologisch in die Klasse II" einzuordnen sei. Dieser Beschaffenheit entspricht der streitgegenständliche Hengst "K" indes nicht.
Das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. I vom 25.8.2011 ist bezüglich der Zuordnung des Pferdes in Röntgenklassen noch mehrdeutig gewesen. Im Zusammenhang mit den Zehen des Pferdes, insbesondere der Zehe 90° vorne rechts, spricht der Sachverständige abwechselnd von Röntgenklasse III, Röntgenklasse II-III und sogar von Röntgenklasse I (Bl. 13 des Gutachtens). Da Prof. I während des erstinstanzlichen Verfahrens verstorben ist und sein Gutachten nicht mehr erläutern konnte, ist das weitere Gutachten von Dr. T vom 25.7.2013 eingeholt worden. Dieser ist unmissverständlich und überzeugend zu dem Ergebnis gekommen, dass es aus veterinärmedizinischer Sicht nicht vertretbar gewesen sei, den streitgegenständlichen Hengst unter Berücksichtigung der Röntgenaufnahmen der Tierklinik E in die Röntgenklasse II des Röntgenleitfadens einzuordnen (Bl. 10 des Gutachtens). Vielmehr unterfalle das Tier wegen des zurückgebliebenen Befundes im Bereich des unteren vorderen Kronbeinrandes der Röntgenklasse II-III.
c) War der streitgegenständliche Hengst demnach einer schlechteren als der vom Streitverkündeten L angegebenen Röntgenklasse II zuzuordnen, war aber in § 2 Z. 4 des Kaufvertrages unter Bezugnahme auf das Ergebnis der tierärztlichen Ankaufsuntersuchung die Röntgenklasse II vereinbart, wich die Istbeschaffenheit des Tieres negativ von der Beschaffenheitsvereinbarung ab (vgl. LG Dortmund, Urteil vom 27.2.2008, Az: 8 O 417/06, Rn. 34 f.). Eine Mangelhaftigkeit des Pferdes nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor. Auf die weitergehende Frage, ob der Hengst u.a. an einem "allergischen Sommerekzem" leidet, kommt es unter diesen Umständen nicht an.
d) Die nachteilige Abweichung der Röntgenklasse hat auch bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen. Es wird nicht übersehen, dass die Klägerin den Hengst nicht unmittelbar bei Vertragsschluss am 21.10.2009 mitgenommen hat. Er verblieb zunächst bei der Beklagten zum Zweck einer weiteren Ausbildung. Erst am 13.12.2009 wechselte er in den Stall der Klägerin. Insoweit hatten die Parteien in § 1 des Kaufvertrages vereinbart, dass das Pferd noch bis Mitte12.(2009) bei der Beklagten in Pension verbleiben solle. Allerdings war der Zeitpunkt des Gefahrübergangs angesichts dieser Umstände in § 3 Abs. 1 des Vertrages ebenfalls modifiziert worden. Er fand nunmehr anlässlich der "mittelbaren Besitzübergabe" statt, welche die Parteien in einer erfolgreichen Ankaufsuntersuchung nach § 2 Z. 4 sahen. Demnach ist die Gefahr am 22.10.2009 auf die Klägerin übergegangen. Bereits zu diesem Zeitpunkt befand sich der Hengst jedoch in einer schlechteren Röntgenklasse als der Röntgenklasse II. Denn seine diesbezügliche Einstufung beruhte auf Röntgenaufnahmen, die spätestens am 4.8.2009 gefertigt worden waren.
e) Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Rechte der Klägerin wegen der Mangelhaftigkeit des Hengstes nicht nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Dass die Klägerin positive Kenntnis von der wahren Röntgenklasse Pferdes gehabt hätte, wird von der Beklagten selbst nicht behauptet. Von einer grob fahrlässigen Unkenntnis auf ihrer Seite gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Denn zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 21.10.2009 konnte sie den Mangel noch gar nicht kennen. Die vorhandenen Röntgenaufnahmen sollten ihr nämlich nach § 2 Z. 4 des Vertrages an jenem Tag überhaupt erst ausgehändigt werden; ein früherer Zeitpunkt ist nicht nachvollziehbar.
f) Es ist zweifelhaft, ob die Klägerin der Beklagten eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 323 Abs. 1 BGB gesetzt hat. Ihre beiden E-Mails vom 26.5.2010 und 29.5.2010 lassen weder eine konkrete Aufforderung an die Beklagte zur Wiederherstellung der Gesundheit des Tieres noch eine diesbezügliche Fristsetzung erkennen. Hierauf kommt es jedoch nicht an, da die Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung vorliegend entbehrlich gewesen ist.
Zwar kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Nacherfüllung aufgrund der abweichenden Röntgenklasse schlechthin unmöglich gewesen wäre und insoweit besondere Umstände gemäß § 323 Abs. 2 Z. 3 BGB vorgelegen hätten. Denn in einem solchen Fall wäre nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich auch eine Ersatzlieferung eines anderen - gesunden - Pferdes in Betracht gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 22.6.2005, Az: VIII ZR 281/04, NJW 2005, 2852, Rn. 20), welche von der Klägerin in ihren E-Mails vom 26.5.2010 und 29.5.2010 allerdings unstreitig zu keinem Zeitpunkt begehrt worden ist. Ihre Behauptung, das Tier sei für sie nicht austauschbar gewesen, weil sich ihre Kaufentscheidung speziell auf den streitgegenständlichen Hengst bezogen habe, ist von der Beklagten als verspätet gerügt worden. Einer diesbezüglichen Aufklärung bedarf es allerdings nicht. Denn die Beklagte hat die Nacherfüllung gemäß § 323 Abs. 2 Z. 1 BGB jedenfalls ernsthaft und endgültig verweigert.
aa) Es wird nicht übersehen, dass an das Vorliegen dieser Voraussetzungen strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 29.6.2011, Az: VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872, Rn. 14; Palandt-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, § 323, Rn. 18). Sie liegen nur dann vor, wenn der Schuldner "unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen". Es muss ausgeschlossen erscheinen, "dass er sich von einer Fristsetzung umstimmen lassen werde" (vgl. BGH, Urteil vom 29.6.2011, Az: VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872, Rn. 14). Diese Voraussetzungen sind vorliegend indes zu bejahen.
bb) Die Beklagte hat auf die beiden E-Mails der Klägerin vom 26.5.2010 und 29.5.2010 in keiner Weise reagiert. Insbesondere hat sie die Stellungnahmefrist in der E-Mail vom 29.5.2010 bis zum 7.6.2010 ungenutzt verstreichen lassen. Das anwaltliche Schreiben vom 15.6.2010, mit dem die Klägerin erstmals ihren Rücktritt erklärt hat, ist sodann mit dem Vermerk einer Annahmeverweigerung des Empfängers an die Absender zurückgeschickt worden. Durch dieses Verhalten hat die Beklagte nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont in drei Fällen nacheinander zumindest den Eindruck erweckt, als sei sie nicht bereit, mit der Klägerin in Kontakt zu treten, um sich mit dieser über das verkaufte Pferd auseinanderzusetzen. Selbst auf die höflich abgefasste erste E-Mail vom 26.5.2010 hat sie nicht reagiert.
cc) Die Beklagte behauptet, einer ihrer Stallmitarbeiter habe die Annahme des anwaltlichen Schreibens vom 15.6.2010 verweigert. Einerseits ist dieser Vortrag jedoch von der Klägerin bestritten worden, woraufhin die Beklagte einen Beweis nicht angeboten hat. Andererseits kommt es hierauf nicht an. Denn vom objektiven Empfängerhorizont ließ sich für die Klägerin nicht erkennen, aufgrund welcher Umstände die Verweigerung der Annahme ihres anwaltlichen Schreibens erfolgt war. Sie konnte die Rücksendung des Schreibens in Verbindung mit ihren eigenen unbeantwortet gebliebenen E-Mails so verstehen, dass sich die Beklagte jedweder Verpflichtung aus dem Kaufvertrag entziehen wollte. Hierfür spricht ferner der Umstand, dass die Beklagte auch zu einem späteren Zeitpunkt, als sie von der Rücktrittserklärung vom 15.6.2010 bzw. 24.6.2010 erfahren hatte, in keiner Weise versucht hat, die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses etwa noch durch das Angebot einer Nacherfüllung abzuwenden. Noch im Senatstermin ist ihr Bevollmächtigter der Auffassung gewesen, sie sei rechtlich aufgrund der Vertragsregelungen mangels eines berücksichtigungsfähigen Sachmangels des streitgegenständlichen Pferdes zu einer Nacherfüllung nicht verpflichtet.Es ist nicht ersichtlich, dass sie diesen Standpunkt nicht auch schon früher, im Falle einer Fristsetzung, eingenommen hätte.
2. Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz notwendiger Verwendungen für das Pferd beruht auf §§ 434 Abs. 1 S. 1, 437 Ziff. 2, 440, 323, 347 Abs. 2 S. 1 BGB.
a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist allerdings davon auszugehen, dass die Klägerin den Hengst zumindest zwischen12.2009 und02.2010 entsprechend ihren Vorstellungen als Freizeit- und Reitpferd genutzt hat. Ausweislich des Gutachtens dem Sachverständigen Prof. Dr. I vom 25.8.2011 hat sie diesem gegenüber angegeben, das Tier sei (erst) seit08.2010 nicht mehr "bewegt" worden (vgl. Bl. 7 des Gutachtens vom 25.8.2011). Im Senatstermin hat sie auf Nachfrage unwiderlegt konkretisiert, sie habe das Pferd zwischen12.2009 und02.2010 geritten. Im02.2010 sei es erstmals lahm gewesen. Es sei zunächst in eine Pferdeklinik eingewiesen worden und danach allenfalls langsam im Schritt bewegt worden. Im04.2010 habe der Hengst erneut gelahmt. Seit dem Klinikaufenthalt habe sie ihn niemals wieder richtig reiten können.

Dementsprechend sind zwischen12.2009 und02.2010 die gezogenen Nutzungen den regelmäßigen Unterhaltungskosten wertmäßig unstreitig entgegenzusetzen. Dies betrifft insbesondere die Kosten für die Boxenmiete und die Futterkosten, aber auch die übrigen Aufwendungen, die in diesen Zeitraum fallen.Eine weitergehende reiterliche Nutzung ist von der insoweit vertragsbelasteten Beklagten weder konkret vorgebracht noch unter Beweis gestellt worden.
b) Die geltend gemachten Versicherungskosten für die Tierhalterhaftpflichtversicherung gehören in Übereinstimmung mit der Auffassung des Landgerichts zu den notwendigen Verwendungen im Sinne von § 347 Abs. 2 S. 1 BGB. Hierunter sind diejenigen Verwendungen zu verstehen, die zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung einer Sache nach objektivem Maßstab zur Zeit der Vornahme erforderlich waren (vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1995, Az: V ZR 88/95, NJW 1996, 921, Rn. 7; Palandt-Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, § 994, Rn. 5). Diese Voraussetzungen sind vorliegend zu bejahen. Denn angesichts der Ausgestaltung der gesetzlichen Tierhalterhaftung nach § 833 BGB als grundsätzlich verschuldensunabhängige Haftung ist davon auszugehen, dass jeder Halter des streitgegenständlichen Freizeitpferdes eine derartige Tierhalterhaftpflichtversicherung abgeschlossen hätte. Mit ihrem Argument, die Versicherung würde ausschließlich dem Vermögen der Klägerin zugutekommen und daher deren Sonderzwecken dienen (vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1995, Az: V ZR 88/95, NJW 1996, 921, Rn. 7), dringt die Beklagte unter diesen Umständen nicht durch.
c) Eine Stalldecke ist zwar erforderlich, um ein Pferd im Winter gegen Kälte zu schützen. Ihr Erwerb am 19.12.2009 fiel allerdings in die Phase der gezogenen Nutzungen, weswegen die angefallenen Kosten nicht zu erstatten sind. Die Anschaffung einer zweiten Ekzemdecke im07.2012 für 74,49 EUR ist unangegriffen bereits vom Landgericht nicht für notwendig erachtet worden.
d) Schließlich hat die Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen ihre Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen, indem sie den Hengst in einem Pensionsstall versorgen ließ. Denn es war ihr nicht zumutbar, das Tier auf das Angebot der Beklagten in deren Stall unterzustellen. Zu Recht wendet die Klägerin ein, es wäre ihr unter derartigen Umständen nicht möglich gewesen, den Hengst regelmäßig zu versorgen und zu pflegen. Des Weiteren wäre ungewiss geblieben, in welchem Zustand sie das Pferd zurückerhalten hätte, wenn ihr Rücktrittsbegehren erfolglos verlaufen wäre. Auf jeden Fall hätte sie sich für den Fall eines wirksamen Rücktritts ihres Zurückbehaltungsrechtes nach §§ 348, 322 Abs. 1 BGB begeben und sich auf diese Weise eines entsprechenden Druckmittels zur Durchsetzung der Rückgewähr des Kaufpreises beraubt.
e) Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen entfallen im Vergleich zur erstinstanzlichen Titulierung von den geltend gemachten notwendigen Verwendungen aus der Klageschrift vom 10.8.2010 die Hufbeschlagskosten vom 15.2.2010 in Höhe von 92,00 EUR, die Boxenmieten zwischen12.2009 und02.2010 in Höhe von insgesamt 418,00 EUR sowie der Erwerb einer Horses Stalldecke im12.2009 zu einem Preis von 69,95 EUR. Soweit das Landgericht darüber hinaus notwendige Verwendungen aus der zweiten Klageerweiterung vom 18.10.2011 anerkannt hat, sind die Einzelpositionen mangels konkreten Angriffs zwar nicht zu beanstanden. Ihre Summe ergibt indes einen Betrag in Höhe von lediglich 1.940,16 EUR anstelle der erstinstanzlich tenorierten 2.070,16 EUR.
3. Spätestens mit anwaltlichem Schreiben vom 24.6.2010 hat die Klägerin der Beklagten gegenüber den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und ihr zur Rücknahme des Hengstes eine letzte Frist bis zum 2.7.2010 gesetzt. Die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug der Beklagten nach §§ 293, 295 S. 2 BGB liegen daher seit dem 3.7.2010 vor.
4. Zu Recht hat das Landgericht ein Feststellungsinteresse auf Seiten der Klägerin für einen Antrag auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz künftiger notwendiger Verwendungen im Sinne von § 347 Abs. 2 S. 1 BGB bejaht. Derartige Aufwendungen wie etwa Futterkosten liegen bei einem Lebewesen auf der Hand.
5. Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 825,27 EUR folgt aus §§ 434 Abs. 1 S. 1, 437 Ziff. 3, 440, 281 Abs. 1, 325 BGB, wobei das Verschulden der Beklagten in der unterbliebenen Reaktion auf die beiden E-Mails der Klägerin vom 26.5.2010 und 29.5.2010 liegt.
III.
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, Abs. 2 Z. 1, 708 Z 10, 711, 713 ZPO.
Der Anteil des Unterliegens der Klägerin in der Berufungsinstanz beläuft sich auf lediglich etwa 4 % und hat einen Gebührensprung nicht zur Folge.
Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.
IV.
Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird endgültig auf 18.592,35 EUR festgesetzt, wovon auf den Feststellungsantrag bezüglich künftiger notwendiger Verwendungen 3.000,00 EUR und auf den weiteren Feststellungsantrag bezüglich eines Annahmeverzuges der Beklagten 1.000,00 EUR entfallen.

113. OLG Hamm, Beschluss vom 18.06.2014 – I-3 U 66/14, 3 U 66/14 – * Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess: Abweichung des Gutachters von Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften; Auswechslung des Sachverständigen und Pflicht des Gerichts zur Ladung des früheren Sachverständigen

Leitsatz

1. Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften stellen einen Wegweiser für den medizinischen Standard dar. Weicht die Beurteilung des Sachverständigen von einer solchen Leitlinie ab, so bedarf dies einer nachvollziehbaren Begründung. Hierfür genügt die Berufung auf die eigene Expertenmeinung alleine nicht.
2. Hat das Gericht gem. § 412 Abs. 1 ZPO einen neuen Sachverständigen beauftragt, weil es das Gutachten des ersten Sachverständigen für ungenügend erachtet hat, so ist es im Regelfall nicht verpflichtet, den früheren Sachverständigen zum Zwecke der Gegenüberstellung mit dem neuen Sachverständigen zu einem weiteren Termin zu laden, wenn der frühere Sachverständige bereits in einem ersten Termin mündlich angehört worden ist und dabei die berechtigten Zweifel an seinem Gutachten nicht hat ausräumen können.
Anschluss BGH, 4.11.2010, Az: III ZR 45/10

Tenor

Der Senat weist nach Vorberatung darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung des Klägers 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.
Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche aus einem am 12.6.2009 im St. K-Krankenhaus F-L erfolgten Eingriff am linken Ellenbogen geltend. Die Beklagte ist Trägerin des Krankenhauses.
Beim Kläger bestand ein Kubitaltunnelsyndrom (auch Sulcus ulnaris Syndrom genannt) links, das seit Anfang 2008 zunehmend Beschwerden - Parästhesien und Sensibilitätsstörungen der Finger 4 und 5 der linken Hand - verursachte. Am 28.4.2009 stellte er sich in der Handsprechstunde der handchirurgischen Abteilung des Krankenhauses der Beklagten beim Zeugen Dr. X vor. Nach Untersuchung wurde ein Operationstermin zur Dekompression und Neurolyse des Nervus ulnaris am linken Ellenbogen vereinbart. Am 10.6.2009 unterzeichnete der Kläger eine Einverständniserklärung, in welcher handschriftlich u.a. eingetragen ist:
"OP: Dekompression des Nervus ulnaris im Sulcus ulnaris endoskopisch gegebenenfalls offen Risiken: Blutung, Wundinfekt, Narbenbildung, Verletzung von Gefäßen und Nerven, Taubheitsgefühl Sudeck Dystrophie Bewegungseinschränkung"
Die Operation selbst fand am 12.6.2009 statt. Sie erfolgte zunächst endoskopisch. Nach vollständiger Dekompression und Neurolyse des N. ulnaris wurde beim Zurückziehen des Endoskops eine Teilverletzung des N. ulnaris mit Durchtrennung von zwei Faszikeln festgestellt, woraufhin in ein offenes Vorgehen übergewechselt und die Verletzung mit einer mikrochirurgischen Naht versorgt wurde. Eine Verlagerung des N. ulnaris wurde nicht vorgenommen.
Der Kläger hat vorgetragen, infolge der Verletzung des Nervs leide er nach wie vor fortlaufend unter Schmerzen in Arm und Hand und könne daher die linke Hand nicht mehr belasten. Er müsse starke Schmerzmittel nehmen, könne deswegen nicht mehr Autofahren und habe seine Arbeit als Kraftfahrer verloren. Die Verletzung des Nervs sei auf ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen zurückzuführen. Zudem sei er über mögliche Komplikationen nicht aufgeklärt worden.
Wegen des weitergehenden erstinstanzlichen Sachvortrags sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen.
Das Landgericht hat zunächst ein schriftliches Gutachten von Prof. Dr. U, Chefarzt der Abteilung für Handchirurgie, Mikrochirurgie und plast. Wiederherstellungschirurgie der St. C-Klinik I-I, eingeholt. Nachdem der Sachverständige sein Gutachten im Kammertermin am 20.2.2013 mündlich erläutert hatte, hat das Landgericht ein weiteres Gutachten des Sachverständigen Dr. y, Chefarzt der Abteilung für Handchirurgie des N- Krankenhauses C eingeholt, welches der Sachverständige zudem im Kammertermin am 10.3.2014 mündlich erläutert hat. Weiterhin hat das Landgericht den Kläger persönlich angehört und die Zeugen Dr. X, N1i und B vernommen.
Mit dem am 10.3.2014 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:
Der Kläger habe einen Behandlungsfehler nicht nachweisen können.
Zwar komme der Sachverständige Prof. Dr. U wohl zu dem Ergebnis, die Wahl der Operationsmethode sei fehlerhaft gewesen. Statt der gewählten rein endoskopischen Dekompression ohne Verlagerung des

Nervs sei nach Auffassung von Prof. Dr. U eine Dekompression in offener Vorgehensweise und eine Verlagerung der Nerven notwendig gewesen. Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. U seien aber nicht überzeugend: Sie stünden im Widerspruch zu der einschlägigen Leitlinie. Diese sehe auch für Fälle mit Ulnarisluxation grundsätzlich die einfache in situ-Dekompression des N. ulnaris vor. Eine Verlagerung des Nervs werde nur bei bestimmten Fallgruppen empfohlen. Prof. Dr. U habe zunächst nicht erkannt, dass seine Ausführungen von denen der Leitlinie abweichen würden. Auf Vorhalt der Leitlinie habe er dann die Auffassung vertreten, auch nach der Leitlinie müsse im Falle einer Luxation der Nerv verlagert werden, sonst sei die Operation unzureichend. Dies stehe aber im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut der Leitlinie. Da die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. U somit nicht überzeugend gewesen seien, sei die Einholung eines neuen Gutachtens geboten gewesen.
Nach den überzeugenden Ausführungen des neuen Sachverständigen, Dr. y, die auch im Einklang mit der Leitlinie stünden, liege kein Behandlungsfehler vor. Eine besondere Konstellation, die eine Verlagerung des N. ulnaris erforderlich gemacht habe, habe nicht vorgelegen: Weder habe es Voroperationen mit zu erwartenden Verwachsungen bzw. ausgeprägten narbigen Veränderungen, noch Deformierungen noch eine vordergründige Schmerzsymptomatik gegeben. Eine persönliche Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen Dr. y sei nicht notwendig gewesen. Der Sachverständige habe nachvollziehbar dargelegt, dass aus dem aktuellen Gesundheitszustand keine Erkenntnisse für die Frage, welche Operationsmethode und Durchführung 2009 zu wählen gewesen sei, zu gewinnen seien. Auch eine persönliche Gegenüberstellung der Sachverständigen im Kammertermin sei nicht erforderlich gewesen, da das Gutachten des ersten Sachverständigen bereits für sich gesehen nicht überzeugend gewesen sei.
Schließlich lasse die unstreitige Verletzung während der Operation nicht den Schluss auf ein fehlerhaftes Vorgehen zu. Gleiches gelte für die Operationsdauer, die sich infolge der Verletzung und deren intraoperative Versorgung verlängert habe, so dass hinsichtlich der Dauer der Operation auch keine Beweisaufnahme erforderlich sei.
Die Beklagte hafte auch nicht wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht. Aufgrund der Anhörung des Klägers und der Zeugenvernehmung sei von einer sachgerechten Aufklärung auszugehen. Nach den glaubhaften Angaben der Zeugin B, die durch die handschriftlichen Eintragungen in dem vom Kläger unterschriebenen Einwilligungsformular gestützt würden, habe diese im Aufklärungsgespräch auch auf das Risiko einer Verletzung des Nervs hingewiesen, was bei der in Rede stehenden Operation, die gerade der Dekompression des Nervs diene, auch naheliegend sei. Die Zeugin habe weiter bekundet, auch auf Schmerzen als mögliche Folge der Nervenverletzung aufgeklärt zu haben. In den handschriftlichen Eintragungen sei der Begriff "Schmerzen" zwar nicht ausdrücklich erwähnt, sondern lediglich "Taubheitsgefühl" und "Bewegungseinschränkungen". Die Angaben der Zeugin halte die Kammer aber für glaubwürdig. Zudem sei nach den handschriftlichen Eintragungen jedenfalls auf die Möglichkeit einer Sudeck-Dystrophie, eines chronisch regionalen Schmerzsyndroms, eingegangen worden, so dass nachvollziehbar sei, dass die Zeugin das Risiko langwieriger Schmerzen und einer langfristigen Schmerztherapie angesprochen und dem Kläger so ein hinreichendes Bild von der Schwere und der Richtung des konkreten Risikos vermittelt habe.
Die Angaben des Klägers selbst und die Aussage der Zeugin N, der Tochter des Klägers, seien nicht geeignet, die Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin B zu erschüttern. Die Zeugin N habe zwar bekundet, eine Nervenverletzung sei bei dem Gespräch nicht angesprochen worden. Die Zeugin habe aber auch andere angesprochene Risiken nicht erinnern können. Die Angaben des Klägers und seiner Tochter hätten den Eindruck erweckt, dass sie dem Aufklärungsgespräch und den Risiken keine große Bedeutung beigemessen hätten. Insbesondere bei der Zeugin habe die Operation selbst und deren Folgen im Vordergrund der Erinnerung gestanden.
Gegen das ihm am 31.3.2014 zugestellte Urteil hat der Kläger am 15.4.2014 Berufung eingelegt, die er am 15.5.2014 begründet hat. Mit der Berufung verfolgt er sein erstinstanzliches Klagebegehren auf Zahlung von Schmerzensgeld - mindestens 25.000,00 EUR - sowie außergerichtlicher Anwaltskosten und Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich der materiellen und zukünftigen immateriellen Schäden in vollem Umfang weiter. Er greift die erstinstanzliche Entscheidung in folgenden Punkten an:
Das Landgericht habe sich nicht hinreichend kritisch damit auseinandergesetzt, dass der Sachverständige Prof. Dr. U hinsichtlich des Vorliegens eines Behandlungsfehlers zu einer anderen Beurteilung als der Sachverständige Dr. y gekommen sei. Die Widersprüche zwischen beiden Gutachten habe das Landgericht nicht geklärt, insbesondere habe es versäumt, die Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung einander gegenüber zustellen. Dem Gutachten von Prof. Dr. U komme eine größere Werthaltigkeit zu, da nur dieser den Kläger persönlich untersucht habe. Jedenfalls sei die Einholung eines weiteren Gutachtens geboten gewesen.
Zu Unrecht habe das Landgericht auch eine Aufklärungspflichtverletzung verneint. Ein Schmerzsyndrom als mögliche Komplikation sei nicht erwähnt worden.
II.

Die zulässige Berufung des Klägers gegen das am 10.3.2014 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Auch erscheint eine mündliche Verhandlung nicht geboten. Denn die weitere Rechtsverfolgung hat 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 zugrundezulegende Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedarf es zu den Punkten, die Gegenstand der Berufung sind, aus den nachfolgend ausgeführten Gründen 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.
1. Zu Recht hat das Landgericht einen Behandlungsfehler nicht feststellen können.
Dass die Verletzung des Nervs auf eine technisch fehlerhafte Durchführung des Eingriffs zurückzuführen wäre, wird vom Kläger nicht mehr geltend gemacht. Eine solche ist auch weder durch das Gutachten von Prof. Dr. U noch durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. y bestätigt worden. Vielmehr wird von der Berufung unter Verweis auf die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. U lediglich noch behauptet, die Wahl der endoskopischen Vorgehensweise - anstelle einer offenen Technik - sowie die unterbliebene Verlagerung des Nervs seien fehlerhaft gewesen.
a) Es ist indes nicht zu beanstanden, dass die Kammer bei der Beurteilung dieser Frage nicht den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. U gefolgt ist, sondern gem. § 412 Abs. 1 ZPO ein weiteres Sachverständigengutachten eingeholt hat. Der Senat teilt die Bewertung des Landgerichts, dass die Ausführungen von Prof. Dr. U in diesem Punkt bereits für sich gesehen nicht überzeugend sind.
aa) Prof. Dr. U hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 30.9.2012 zunächst ausgeführt, die Wahl einer offenen Technik mit Verlagerung des Nervs sei aus mehreren Gründen geboten gewesen: Zum einen wegen der intraoperativ festgestellten Verhärtungen und Verwachsungen, zum anderen wegen der bereits präoperativ bekannten Hypermobilität des Nerven (Luxation) und der Schmerzsymptomatik bei Dysästhesien und Parästhesien.
bb) An dieser ursprünglichen Beurteilung hat Prof. Dr. U allerdings bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens bereits selbst nicht in vollem Umfang festgehalten. Wie sich aus einer Gesamtschau seiner Ausführungen im Termin ergibt, hat er zuletzt lediglich noch die unterbliebene Verlagerung des Nerven als eindeutig fehlerhaft beanstandet und zur Begründung ausgeführt, bei einer Luxation des Nerven sei eine Verlagerung stets notwendig, weil sonst der Schmerz bleibe; eine Operation ohne Verlagerung sei in diesem Fall unvollständig.
Hinsichtlich der Frage, ob die Wahl einer endoskopischen Operationstechnik ex ante dem im Zeitpunkt des Eingriffs bestehenden medizinischen Standard zuwiderlief, hat der Sachverständige zwar zunächst noch ausgeführt, eine offene Vorgehensweise sei deswegen zwingend gewesen, weil eine Luxation bei einer endoskopischen Operation nicht (durch Verlagerung des Nerven) beseitigt werden könne. Hiervon ist er jedoch später ersichtlich abgerückt, da er dargelegt hat, die endoskopische und die offene Operation seien gleichwertig, auch bei einer endoskopischen Operation sei die Verlagerung des Nerven - submuskulär oder subkutan - möglich.
Ebenso hat der Sachverständige an der noch im schriftlichen Gutachten vertretenen Auffassung, aufgrund der Schmerzsymptomatik sei eine offene Operation mit Verlagerung des Nerven notwendig gewesen, ausdrücklich nicht festgehalten ("Ich möchte nicht darauf bestehen") und hierzu dargelegt, bei einer Nervkompression seien weniger Schmerzen vorhanden, als dass es zu Ausfällen der Muskulatur und der Sensibilität komme. Dass bei dem Kläger speziell die in der einschlägigen S3-Leitlinie "Diagnostik und Therapie des Kubitaltunnelsyndroms (KUTS)" als Indikation für eine Verlagerung des Nerven aufgeführte Luxation mit vordergründiger Schmerzsymptomatik vorgelegen habe, hat der Sachverständige zudem weder auf Vorhalt der Kammer noch auf Vorhalt durch der Beklagtenseite (Dr. Q) behauptet, sondern lediglich allgemein die Auffassung vertreten, eine Luxation erfordere immer eine Verlagerung des Nerven.
Schließlich hat Prof. Dr. U bei der Erörterung seines Gutachtens im Kammertermin am 20.02.2013 die Notwendigkeit einer offenen Operation und einer Verlagerung des Nervs auch nicht mehr auf die im Operationsbericht beschriebene derbe bzw. deutlich verhärtete Fascie gestützt. Insoweit hat er eingeräumt, dass dieser Befund nicht mit den in der genannten Richtlinie als Indikation für eine Verlagerung des N. Ulnaris angeführten ausgeprägten narbigen Veränderungen identisch ist und hierzu erläutert, letzteres bedeute, dass man keine zweite Operation endoskopisch machen solle, was beim Kläger unstreitig auch nicht der Fall war.
cc) Was die Beurteilung betrifft, im Falle einer Luxation sei stets eine Verlagerung des Nerven notwendig, an welcher der Sachverständige Prof. Dr. U auch bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens festgehalten hat, so verweist das Landgericht zu Recht darauf, dass diese Beurteilung offensichtlich nicht in Einklang mit der von Prof. Dr. U selbst als Beleg angeführten S3-Leitlinie "Diagnostik und Therapie des Kubitaltunnelsyndroms (KUTS)" steht. Die Leitlinie empfiehlt ihrem klaren und eindeutigen Wortlaut nach

die in situ-Dekompression des N. ulnaris ausdrücklich auch in Fällen mit Ulnarisluxation. Lediglich in Fällen von Ulnarisluxation mit (vordergründiger) Schmerzsymptomatik empfiehlt die Leitlinie eine Verlagerung des N. ulnaris. Dass ein solcher Ausnahmefall beim Kläger gegeben gewesen ist, hat Prof. Dr. U, wie bereits ausgeführt, jedoch gerade nicht als Begründung für die von ihm als zwingend notwendig erachtete Verlagerung des Nervs angeführt.
Zwar haben derartige Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände keine konstitutive Wirkung und können nicht unbesehen als Maßstab für den gebotenen medizinischen Standard übernommen werden (BGH, GesR 2008, 361; GesR 2011, 417; Urt. v. 15.4.2014 - VI ZR 382/12, zitiert nach juris Rn. 17). Gleichwohl stellen solche Leitlinien einen Wegweiser für den medizinischen Standard dar. Sie geben regelmäßig den anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft oder die Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise von der Richtigkeit einer bestimmten Behandlung im Behandlungszeitpunkt wieder. Eine Abweichung von solchen Leitlinien bedarf daher besonderer Rechtfertigung (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 178 m.w.N.).
Eine nachvollziehbare Begründung für seine von der Leitlinie abweichende Bewertung ist der Sachverständige Prof. Dr. U trotz der ausdrücklichen Vorhalte der Kammer jedoch schuldig geblieben: Weder hat er dargelegt, dass die Leitlinie nicht dem medizinischen Standard zum Eingriffszeitpunkt entsprochen habe, etwa weil sie inhaltlich veraltet gewesen wäre, was angesichts des Erstellungsdatums 10.2008 auch fernliegend erscheint, noch, dass eine Abweichung von der Leitlinie aufgrund der Besonderheiten des individuellen Falles geboten gewesen wäre. Vielmehr hat sich der Sachverständige für die Auffassung, im Falle einer Luxation sei stets eine Verlagerung notwendig, allein auf seine eigene Expertenmeinung berufen. Angesichts des Umstandes, dass es sich bei der zitierten Leitlinie um eine sog. S3-Leitlinie handelt, also um eine evidenzbasierte Konsensusleitlinie, kann der Verweis auf die persönliche Expertenmeinung des Sachverständigen jedoch nicht ausreichen um zu begründen, warum eine ärztliche Vorgehensweise, die im Einklang mit der Leitlinie steht, nicht dem medizinischen Standard entsprechen soll.
b) Dass auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen Dr. y ein Behandlungsfehler der Beklagten nicht festgestellt werden kann, wird von der Berufung nicht in Frage gestellt. Es ist aber auch nicht zu beanstanden, dass die Kammer ihrer Überzeugungsbildung in diesem Punkt auf die Ausführungen des Sachverständigen Dr. y gestützt hat. Insbesondere war die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens war nicht geboten.
aa) Der Sachverständige Dr. y hat nachvollziehbar dargelegt, dass bei dem Kläger keine Besonderheiten vorgelegen haben, die abweichend von den Empfehlungen der bereits zitierten S3-Leitlinie eine offene Operation oder eine Verlagerung des N. ulnaris zwingend erforderlich gemacht hätten. Dabei hat sich der Sachverständige nicht nur auf die Leitlinie selbst, sondern auch auf die dieser zugrunde gelegten wissenschaftlichen Studien gestützt.
Wie der Sachverständige dargelegt hat, lagen weder Deformierungen des Ellbogengelenks vor noch Voroperationen mit zu erwartenden ausgeprägten narbigen Veränderungen. Soweit der frühere Sachverständige Prof. Dr. U eine offene Operation mit Verlagerung des Nervs auch im Hinblick auf die intraoperativ festgestellte relativ derbe bzw. verhärtete Faszie für notwendig erachtet hatte, legt Dr. y dar, dass eine solche derbe Faszie nicht automatisch eine verstärkte Adhärenz mit dem Nerv bedeute. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich - wie bereits ausgeführt - auch aus den Ausführungen von Prof. Dr. U ergibt, dass mit den von der Leitlinie angesprochenen ausgeprägten narbigen Veränderungen die Folgen eines vorangegangenen Ersteingriffs gemeint sind, der beim Kläger unstreitig nicht vorlag. Prof. Dr. U hat die Notwendigkeit einer Verlagerung des Nervs denn auch bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens letztlich nicht mehr mit dem Bestehen von Verwachsungen o.ä. begründet, sondern allein noch mit der Ulnarisluxation.
Auch der Fall einer Ulnarisluxation mit (vordergründiger) Schmerzsymptomatik lag nicht vor. Wie sich den Ausführungen des Sachverständigen Dr. y im Kammertermin am 10.03.2014 entnehmen lässt, besteht eine solche vordergründige Schmerzsymptomatik dann, wenn bei Beugung des Armes der Nerv luxiert und dadurch ein plötzlicher Schmerz ausgelöst wird. Eine solches präoperatives Beschwerdebild wird vom Kläger jedoch nicht behauptet und ergibt sich auch aus den vorliegenden Krankenunterlagen nicht: Der Kläger selbst hat bei seiner persönlichen Anhörung am 20.02.2013 angegeben, er habe vor der Operation keine Schmerzen gehabt, nur ein Taubheitsgefühl. Im Bericht des St. K-Krankenhauses vom 29.4.2009 über die Untersuchung des Klägers am 28.4.2009 ist lediglich davon die Rede, dass der linke Ellennerv ausgesprochen berührungsempfindlich sei verbunden mit dem Auftreten von nach peripher ausstrahlender Dysästhesien und Parästhesien, d.h. Sensibilitätsstörungen und Missempfindungen. Auch in der Patientendatei von Dr. L sind lediglich allgemein Schmerzen, Kribbeln und Kältegefühl an drei Finger der linken Hand beschrieben, nicht jedoch die oben dargestellte spezielle Beschwerdesymptomatik.
Schließlich hat der Sachverständige Dr. y unmissverständlich klargestellt, dass die Auffassung von Prof. Dr. U, ein luxierender N. ulnaris müsse auf jeden Fall verlagert werden, weder von der zitierten S3-Leitlinie noch den dieser zugrunde liegenden Studien gestützt wird, was angesichts des klaren Wortlauts der Leitlinie ohne weiteres überzeugend ist.

bb) Anders als die Berufung meint, war eine persönliche Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen Dr. y vorliegend nicht erforderlich. Wie sich schon aus der von der Berufung angeführten Literaturstelle ergibt, ist eine körperliche Untersuchung des Patienten durch den Sachverständigen keineswegs in jedem Falle geboten. Vielmehr kann der Sachverständige dann auf eine eigene aktuelle Untersuchung des Patienten verzichten, wenn es auf diese für die Beurteilung, ob eine ärztliche Behandlung fehlerhaft erfolgt ist, nicht ankommt (vgl. Senat, AHRS 7010/109 = VersR 1997, 1533). So ist es im vorliegenden Fall: Der Sachverständige Dr. y hat im Kammertermin dargelegt, dass die Frage, ob die Operation und die gewählte Operationstechnik 2009 dem medizinischen Standard entsprochen haben, allein anhand der Krankenunterlagen zu beantworten ist und es hierfür auf den aktuellen Gesundheitszustand des Klägers nicht ankommt. Dies erscheint dem Senat ohne weiteres überzeugend. Auch die Berufung zeigt nicht auf, welche Erkenntnisse sich ihrer Ansicht nach aus einer persönlichen Untersuchung des Klägers für die Beurteilung, ob die operative Vorgehensweise 2009 fehlerhaft war, gewinnen lassen sollen.
Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Sachverständige Dr. y, was den aktuellen Gesundheitszustand des Klägers angeht, die von Prof. Dr. U erhobenen Befunde als zutreffend zugrunde gelegt hat.
cc) Die Kammer hat sich auch ausreichend mit dem Gutachten des zunächst beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. U befasst und war nicht gehalten, diesen ein zweites Mal zum Zwecke der Gegenüberstellung mit dem Sachverständigen Dr. y zu laden.
(1) Richtig ist, dass der Streit zwischen mehreren sachverständigen Gutachtern nicht dadurch entschieden werden darf, dass das Gericht ohne einleuchtende und nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt; vorhandene weitere Aufklärungsmöglichkeiten müssen genutzt werden, wenn sie sich anbieten und Erfolg versprechen (BGH, NJW 2011, 852 Rn. 33 m.w.N.).
Diesen Anforderungen hat das Landgericht aber genügt: Es hat den zunächst bestellten Sachverständigen insbesondere mündlich angehört und diesem Gelegenheit gegeben, zu den Bedenken der Kammer Stellung zu nehmen. Nachdem auf diesem Wege die gewichtigen und - wie oben bereits ausgeführt - berechtigten Zweifel am ersten Gutachten nicht auszuräumen waren, hat die Kammer einen anderen Sachverständigen beauftragt. Dieser hat sich bereits in seinem schriftlichen Gutachten auftragsgemäß mit den Ausführungen des ersten Sachverständigen auseinandergesetzt und auch bei seiner Befragung im Kammertermin am 10.03.2014 seine abweichende Bewertung noch einmal erläutert.
Auf dieser Grundlage hat das Landgericht unter eingehender und zutreffender Würdigung der Ausführungen des Gutachters Prof. Dr. U die Beurteilung des Sachverständigen Dr. y als überzeugender angesehen und seiner Entscheidung zugrunde gelegt.
(2) Eine Pflicht, Prof. Dr. U aufgrund des Antrags des Klägers erneut zu laden, bestand nicht. Zwar hat eine Partei nach §§ 397, 402 ZPO zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Klärung des Sachverhalts für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann. Die hieraus resultierende Pflicht, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, erstreckt sich jedoch nicht auf einen früheren Sachverständigen, dessen Gutachten das Gericht für ungenügend erachtet und deshalb zum Anlass genommen hat, gem. § 412 Abs. 1 ZPO einen anderen Sachverständigen zu beauftragen (BGH, NJW 2011, 852 Rn. 36).
Auch aus Gründen der weiteren Sachverhaltsaufklärung war vorliegend eine erneute Ladung des früheren Sachverständigen nicht geboten. Insoweit hat der Kläger in erster Instanz lediglich geltend gemacht, ohne eine Gegenüberstellung sei die Frage, welcher der beiden Sachverständigen die größere Reputation, Erfahrung und Kompetenz aufweise, nicht zu beantworten. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Dass beide Sachverständige grundsätzlich sowohl in theoretischer wie praktischer Hinsicht über eine ausreichende Sachkunde verfügen, steht nicht in Zweifel. Was den konkret zu beurteilenden Fall angeht, hat der frühere Sachverständige Prof. Dr. U jedoch bereits bei seiner Anhörung am 20.02.2013 seine Auffassung, eine Verlagerung des Nervs sei bei einer Ulnarisluxation stets zwingend erforderlich, nicht überzeugend begründen können. Zugleich hat der Kläger, was die Ausführungen des Sachverständigen Dr. y angeht, in keinem Punkt inhaltliche Defizite des Gutachtens aufzeigt; solche sind auch nicht ersichtlich. Eine persönliche Untersuchung des Klägers war, wie bereits ausgeführt, nicht erforderlich. Entgegen der erstinstanzlich vertretenen Auffassung des Klägers hat der Sachverständige auch nicht lediglich allgemeine Ausführungen zur Üblichkeit von Operationsmethoden gemacht, sondern ist nach Auswertung der Behandlungsunterlagen ausgehend von den beim Kläger 2009 bestehenden Gegebenheiten zu der Beurteilung gelangt, dass ein Behandlungsfehler nicht vorliegt, insbesondere die Wahl der operativen Vorgehensweise dem Facharztstandard entsprach. Lücken oder Zweifel, die die erneute Ladung von Prof. Dr. U zur Sachverhaltsaufklärung geboten hätten, sind nicht zu erkennen.
(3) Bei dieser Sachlage bestand für das Landgericht schließlich auch keine Verpflichtung, gem. § 412 Abs. 1 ZPO ein weiteres (Ober-)Gutachten einzuholen.
2. Auch die erneut erhobene Aufklärungsrüge greift nicht durch.
Dass die Kammer, gestützt insbesondere auf die glaubhafte Aussage der Zeugin B. und die von dieser und dem Kläger unterschriebene Einverständniserklärung vom 10.06.2009, zu der Überzeugung gelangt

ist, dass das von Beklagtenseite behauptete Aufklärungsgespräch stattgefunden hat, lässt Rechtsfehler nicht erkennen und ist für den Senat damit bindend. Die Berufung behauptet zwar pauschal, eine Aufklärung sei nicht erfolgt, setzt sich aber mit der Beweiswürdigung der Kammer in keiner Weise auseinander. Zudem hat der Kläger bei seiner persönlichen Anhörung selbst eingeräumt, dass ein Aufklärungsgespräch vor der Operation stattgefunden habe.
Weiter ist auch die Feststellung der Kammer nicht zu beanstanden, dass die Zeugin B. den Kläger bei diesem Aufklärungsgespräch auch über das Risiko einer Nervenverletzung in ausreichendem Umfang informiert hat. Unschädlich ist, dass die Zeugin bei ihrer Vernehmung an das konkrete Gespräch keine Erinnerungen mehr hatte. Für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist nicht unbedingt erforderlich, dass sich der Arzt an das konkrete Aufklärungsgespräch (Ort, Umstände, genauer Inhalt) erinnert. Angesichts der Vielzahl von Informations- und Aufklärungsgesprächen, die Ärzte täglich führen, kann dies nicht erwartet werden. Da an den vom Arzt zu führenden Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen zu stellen sind, darf das Gericht seine Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO auf die Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoaufklärung stützen, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und "einiger" Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt erklärt, ihm sei das strittige Aufklärungsgespräch nicht im Gedächtnis geblieben (BGH, VersR 2014, 588, Rn. 13 m.w.N.). Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Tatsache, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat, gibt dabei das von dem Arzt und dem Patienten unterzeichnete Formular, mit dem der Patient sein Einverständnis zu dem ärztlichen Eingriff gegeben hat. Dieses Formular ist - sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht - zugleich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs (BGH, a.a.O.).
Die Zeugin hat bekundet, dass sie im Falle einer Sulcus ulnaris-Operation als Risiko stets auch die Verletzung von Nerven anspreche und auch die möglichen Folgen, nämlich anhaltendes Taubheitsgefühl, Bewegungseinschränkungen und chronische Schmerzen anspreche. Diese Angaben finden ihre Bestätigung in den von der Zeugin vorgenommenen handschriftlichen Eintragungen in der Einverständniserklärung vom 10.06.2009. Dort sind nach dem Stichwort "Verletzung von Gefäßen und Nerven" die weiteren Stichworte "Taubheitsgefühl", "Suddeck Dystrophie" und "Bewegungseinschränkungen" notiert. Der Senat teilt die Auffassung der Kammer, dass aus dem notierten Stichwort "Suddeck Dystrophie" der Schluss gezogen werden kann, dass Gegenstand des Aufklärungsgesprächs auch die Gefahr war, dass es infolge einer Nervverletzung zu chronischen Schmerzen kommen kann. Denn unter einer Sudeck Dystrophie - auch Sudeck Syndrom oder, nach aktuellem Sprachgebrauch, komplexes regionales Schmerzsyndrom genannt - wird, wie dem Senat aus verschiedenen anderen Arzthaftungsprozessen bekannt ist und auch den Erläuterungen in entsprechenden Fachlexika, z.B. dem Psychrembel, zu entnehmen ist, ein Krankheitsbild verstanden, dass die Extremitäten betrifft, sich nach einem schädigenden Ereignis, etwa einer Operation, entwickelt und u.a. durch anhaltenden Schmerz gekennzeichnet ist. Darauf, dass es beim Kläger lediglich zu einem neuropathischen Schmerzsyndrom und nicht zu einer mit noch weitergehenden Beeinträchtigungen verbundenen Sudeck Dystrophie gekommen ist, kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an, da es nicht Sinn und Zweck der Aufklärung ist, dem Patienten medizinisches Detailwissen zu vermitteln, sondern ihm die Schwere und Tragweite des Eingriffs zu verdeutlichen, so dass er eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts hat (vgl. Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 377 m.w.N.). Hierfür genügte aber im vorliegenden Fall die Information, dass es infolge einer Nervenverletzung auch zu chronischen Schmerzen kommen konnte.
Der Senat teilt auch die Auffassung des Landgericht, dass die Angaben des Klägers und die Aussage der Zeugin N nicht geeignet sind, die Bekundungen der Zeugen B in Frage zu stellen. Aus den Angaben des Klägers ergibt sich, dass dieser nur noch sehr vage Erinnerungen an die Einzelheiten des Aufklärungsgesprächs hat. Gleiches gilt für die Zeugin N, bei welcher zudem der Verlauf der zwei Tage später erfolgten Operation weit deutlicher im Vordergrund der Erinnerung stand. So hatte die Zeugin auch an das Gespräch über die Anästhesie keine Erinnerung mehr, obwohl hierbei zahlreiche Informationen zu Vorerkrankungen und zum Gesundheitszustand ihres Vaters abgefragt worden sind. Auch das die Zeugin die aufklärende junge Ärztin, die Zeugin B, für eine Krankenschwester gehalten hat, spricht dafür, dass sie dem damaligen Aufklärungsgespräch nur geringe Bedeutung beigemessen und entsprechend weniger Aufmerksamkeit entgegen gebracht hat.
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.

114. OLG Koblenz, Urteil vom 18.06.2014 – 5 U 187/14 – * Zurückverweisung eines Arzthaftungsprozesses: Verfahrensfehlerhafte Verletzung der erstgerichtlichen Pflicht zur Berücksichtigung der auf Privatgutachten gestützten Kritik an den Erkenntnissen des gerichtlichen Sachverständigen; Abgrenzung der Eingriffs- von der Risikoaufklärung vor einer Proktokolektomie und Sachaufklärungspflicht des Gerichts

Leitsatz

1. Werden nach einem sehr komplexen Eingriff (hier: laparaskopische Proktokolektomie mit Anlage eines Ileostomas) substanzielle privatgutachterliche Einwendungen gegenüber der Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen erhoben, muss das Urteil in jedem entscheidungserheblichen Einzelpunkt nachvollziehbar aufzeigen, warum das Gericht die Kritik der Privatgutachter für nicht durchschlagend erachtet. Fehlt es daran, kann das die Rückgabe des Rechtsstreits in die erste Instanz erfordern.
2. Zur Unterscheidung der ärztlichen Eingriffs- von der Risikoaufklärung vor einer Proktokolektomie und zum Inhalt der medizinischen Sachaufklärungspflicht des Gerichts nach einer derartigen Operation.

Orientierungssatz

1. Die Grundsätze zur Risikoaufklärung vor einer Darmoperation können nicht auf die Eingriffsaufklärung (unter Gegenüberstellung des laparaskopischen und des offenen Operationsverfahrens) übertragen werden. Fehlt die Eingriffsaufklärung, gibt es grundsätzlich keine rechtswirksame Einwilligung des Patienten in die mit dem Eingriff verbundene Körperverletzung. Der operierende Arzt kann sich dann nur freizeichnen, indem er nachweist, dass der Schaden auch bei einer ausreichenden Unterrichtung des Patienten eingetreten wäre. Das Prozessgericht muss aufklären, ob eine hinlängliche Eingriffsaufklärung erfolgt ist.
2. Eine (ausreichende) Risikoaufklärung ist nicht substantiiert dargetan, wenn die Behandlerseite letztlich nur auf den Inhalt des von dem Patienten unterschriebenen Aufklärungsbogens verwiesen hat, ohne deutlich zu machen, diesen Inhalt hinreichend kommuniziert zu haben.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 21.01.2014 aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - in die erste Instanz zurückverwiesen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Die multimorbide Klägerin litt seit 1985 an einer ulcerösen Kolitis. Zu deren operativer Behandlung wurde sie am 8.10.2008 im Klinikum der Beklagten zu 1. aufgenommen. Dort nahm tags darauf der Beklagte zu 2. laparaskopisch eine Proktokolektomie unter Anlage eines endständigen Ileostomas vor. Im Vorfeld hatte man eine Koloskopie durchgeführt, die auf eine Fistel zwischen dem Dickdarm und dem Dünndarm hinwies. Dieser Befund war allerdings in einem nachfolgenden MRT nicht bestätigt worden.
Am 10.10.2008 wurde ein Revisionseingriff erforderlich. Es war zu Durchblutungsstörungen in dem in der Bauchwand sitzenden terminalen Ileum und dadurch bedingt zu einer Stomanekrose gekommen. Der Beklagte zu 2. entfernte den nekrotischen Teil und legte unter einer Schlingenileostomie einen neuen Ausgang. Begleitend erhielt die Klägerin eine Antibiose.
In der postoperativen Phase, während der die Klägerin durch den Beklagten zu 3. betreut wurde, wurden eine Vermehrung der Leukozyten und ein - freilich schließlich wieder rückläufiger - Anstieg des CRP festgestellt. Zudem trat am 18.10.2008 Fieber auf. Zwei Tage später zeigte sich das Stoma im Randbereich leicht dunkel. Darüber hinaus wurde dessen Abdeckung wiederholt undicht. Die Klägerin hat vorgebracht, sie habe fortlaufend über erhebliche Schmerzen geklagt und sich erschöpft gezeigt. Demgegenüber war die klinische Situation nach der Darstellung der Beklagten durchweg unauffällig. Am 22.10.2008 wurde die Klägerin aus der Klinik der Beklagten entlassen, nachdem eine Sonografie ohne Befund verlaufen war.
Noch am selben Tag kam es anderweit zu einer stationären Neuaufnahme. Dort diagnostizierte man eine Absedierung, die zu einem Ausriss des Stomas geführt hatte und nahm am 24.10.2008 eine Transposition vor. Der Krankenhausaufenthalt dauerte bis zum 7.11.2008.
Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagten gesamtschuldnerisch auf die Zahlung eines mit mindestens 30.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds, einen materiellen, überwiegend mit einem Haushaltsführungsschaden begründeten materiellen Ausgleich von 23.835 € in Anspruch genommen und die Feststellung deren weitergehender Haftung begehrt. Sie sieht sich infolge der Behandlung in der Klinik der Beklagten zu 1., die insgesamt zu beanstanden sei, körperlich geschwächt und durch Narben verunstaltet; in der Folge sei sie psychisch belastet.
Der Eingriff vom 9.10.2008 sei bereits im Ansatz verfehlt gewesen, weil er nicht offen vorgenommen worden und ihm keine Aufklärung vorangegangen sei, die die Risiken und die Operationsalternativen verdeutlicht habe. Die Ausführung sei technisch fehlerhaft erfolgt, indem der Beklagte zu 2. den Endbereich

des Ileums zu sehr skelettiert und zu eng in das Bindegewebe an der Bauchwand eingebunden habe, so dass die Durchblutung gestört worden sei. Außerdem habe der Beklagte zu 2. den jenseits des geschaffenen Ileostomas im Abdomen verbliebenen Darm nicht regelgerecht geklammert; das habe eine bakterielle Kontamination mit der Spätfolge einer Peritonitis ausgelöst. Ferner sei versäumt worden, der präoperativ festgestellten Fistel nachzugehen, die einen zusätzlichen Entzündungsherd bedeutet habe. Die so vorgegebene septische Situation sei am 10.10.2008 nicht unter Kontrolle gebracht worden. Das neue Ileostoma sei nicht korrekt implantiert worden.
Im Zuge der Nachsorge habe man den kritischen Entzündungsparametern unzureichend Rechnung getragen und sich nicht bemüht, den Infektionsherd - insbesondere mit Hilfe eines MRT - aufzuspüren. Wäre dies geschehen, hätte der Ausriss des Stomas mit großer Wahrscheinlichkeit verhindert werden können. Es sei ein grober Fehler gewesen, am 22.10.2008 die stationäre Entlassung zu verfügen.
Das Landgericht hat die Klage nach der Erhebung von Zeugenbeweis über den Zustand der Klägerin im Anschluss an die beiden streitigen Eingriffe vom 9. und 10.10.2008 und der Befragung eines Sachverständigen abgewiesen. Es hat vorwerfbare operative Fehler des Beklagten zu 2. verneint und im Vorfeld kein rechtserhebliches Aufklärungsversäumnis erkannt. Die Nachsorge von Seiten der Beklagten hat es ebenfalls nicht beanstandet. Auch die stationäre Entlassung der Klägerin am 22.10.2008 sei vertretbar gewesen. Allerdings habe es an den erforderlichen begleitenden Instruktionen gefehlt. Daraus sei der Klägerin jedoch kein Schaden entstanden, da sie kurzfristig anderweit behandelt worden sei.
Dagegen wendet sich die Klägerin in Erneuerung ihres erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung. Hilfsweise beantragt sie die Rückgabe des Rechtsstreits in die erste Instanz. Sie wiederholt namentlich die Vorwürfe eines fehlerhaften operativen Vorgehens am 9.10.2008 und eines vorangegangenen Aufklärungsversäumnisses sowie der mangelhaften Nachbehandlung, in der zudem eine gebotene Befunderhebung unterblieben sei. Dem treten die Beklagten in Verteidigung der angefochtenen Entscheidung entgegen.
II. Das Rechtsmittel führt gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Rückgabe des Rechtsstreits in die erste Instanz. Das geschieht, auch wenn die Klägerin ihren dahingehenden Antrag nur hilfsweise gestellt hat (OLGR Düsseldorf 2004, 138; OLGR Frankfurt 2003, 388). Denn eine unmittelbare Senatsentscheidung im Sinne eines Zuspruchs der Klage, wie sie die Klägerin in erster Linie erstrebt, ist nicht möglich, da es einer Beweisaufnahme bedarf. Sie ist, weil gewichtige Punkte zur Klärung anstehen, vor dem Landgericht durchzuführen. Andernfalls würde den Parteien in der Auseinandersetzung über wesentliche Streitfragen eine Instanz genommen.
A. Die Zurückverweisung erklärt sich aus Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, die im Wesentlichen in einer Verletzung des rechtlichen Gehörs liegen. Dem Vorbringen der Klägerin ist in mehrfacher Hinsicht nicht Rechnung getragen worden. Das gilt insbesondere mit Blick auf die zu den Akten gereichten Ausführungen der Privatgutachter Dr. I. und Prof. Dr. Sch., die die Behandlung der Klägerin von Seiten der Beklagten unter verschiedenen Gesichtspunkten abweichend von dem gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. K. gewürdigt haben. Das Landgericht hat deren Sicht zwar zum Anlass genommen, mit Fragen an Prof. Dr. K. heranzutreten, dann aber bei seiner Urteilsfindung vernachlässigt, indem es, ohne die Positionen von Dr. I. und Prof. Dr. Sch. zu erwähnen, ausschließlich auf den Standpunkt von Prof. Dr. K. abgehoben hat.
Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs (NJW 2008, 2846; VersR 2009, 1406) ist der Tatrichter gehalten, sich mit von einer Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen, wenn sich ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergibt. Dabei muss er, falls er - wie es das Landgericht getan hat - dem Gerichtsgutachten folgt, aufzeigen, warum er ihm den Vorzug gibt und die dagegen stehenden Einwendungen nicht für durchschlagend erachtet. Unterbleibt das, ist gegen die Grundsätze des rechtlichen Gehörs verstoßen.
Darüber hinaus hat das Landgericht unmittelbaren Parteivortrag der Klägerin übergangen und in der Konsequenz eine danach erforderliche Beweiserhebung unterlassen. Auch das stellt eine Gehörsverletzung dar, die die Zurückverweisung des Prozesses in die erste Instanz rechtfertigt (BGH NJW 1998, 2053; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 538 Rn. 17 f.; Ball in Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 538 Rn. 13; Rimmelspacher in Münchener Kommentar, ZPO, 4. Aufl., § 538 Rn. 32).
B. Wo die vorgenannten Mängel konkret zu verorten sind, ergibt sich aus den nachstehenden Darlegungen. Diese sind an den Argumenten ausgerichtet, an denen die Klägerin bei der Inanspruchnahme der Beklagten anknüpft, und nehmen jeweils eine Würdigung der Verhältnisse vor. Dabei wird nicht nur auf die Defizite der angefochtenen Entscheidung eingegangen, die zu beheben sein werden, sondern auch aufgezeigt, dass zahlreiche Berufungsangriffe fehl gehen und insoweit, ohne dass Korrekturbedarf bestünde, an der Beurteilung durch das Landgericht festgehalten werden kann. Dies geschieht unter schlagwortartiger Voranstellung der von der Klägerin im Einzelnen geäußerten Kritik an ihrer Behandlung durch die Beklagten.
1. Operation vom 9.10.2008
a) Verfehlter laparaskopischer Ansatz statt eines offenen Eingriffs

Es kann dahinstehen, welche Verbreitung die laparaskopische Proktokolektomie im Jahr 2008 gefunden hatte. Selbst wenn sie - was die Beklagten bestreiten - seinerzeit nicht allgemeiner Standard gewesen sein sollte, besagt das nicht, dass ihre Anwendung im vorliegenden Fall unangemessen gewesen wäre. Das gilt um so mehr, als der Beklagte zu 2. - im Gegensatz zu vielen anderen Operateuren - umfangreiche Erfahrungen in der laparaskopischen Versorgung von Darmerkrankungen hatte (Beklagtenschriftsatz vom 19.10.2011).
Die Multimorbidität der Klägerin sprach nicht ohne weiteres gegen eine Laparaskopie. Eine Kontraindikation konnte sich gemäß dem Sachverständigen Prof. Dr. K. nur aus bestimmten Vorerkrankungen ergeben (Gerichtsgutachten vom 29.08.2012). Das galt namentlich im Hinblick auf schwere Lungenleiden und Herzinsuffizienzen, die bei der Klägerin indessen nicht festzustellen sind. Deren kardiale Historie begründete keine Bedenken (Gerichtsgutachten Prof. Dr. K. vom 29.08.2012). Die gegenteilige Sicht von Prof. Dr. Sch. (Privatgutachten mit Eingangsdatum 10.10.2012) überzeugt nicht, weil sie zu undifferenziert ist, und wurde auch von Dr. I. und dem Schlichtungsgutachter Dr. Ko. (Gutachten vom 13.05.2009) nicht geteilt.
b) Hervorrufen einer Ischämie am Stoma durch zu starke Skelettierung und zu enge Einbindung des Ileum-Endes in das Bindegewebe
Die Behauptung einer übermäßigen Skelettierung ist bestritten und nicht belegt. Demgegenüber muss nach den Darlegungen von Prof. Dr. Sch. (Privatgutachten vom 12.02.2010 und vom 10.08.2013) von einem zu engen Einnähen ausgegangen werden. Das lässt sich jedoch nicht als Fehler einordnen. Vielmehr handelt es sich um eine eingriffsimmanente Komplikation, aus der - selbst bei der insoweit im vorliegenden Fall praktizierten offenen Vorgehensweise - kein Vorwurf hergeleitet werden kann (Gerichtsgutachten Prof. Dr. K. vom 8.07.2013).
Ungeklärt ist allerdings, ob ein Mangel darin gesehen werden muss, dass vor dem Ende des Eingriffs eine Durchblutungsprüfung unterblieb (Privatgutachten Prof. Dr. Sch. vom 10.08.2013). Dieser Rüge ist das Landgericht nicht nachgegangen; die gerichtsgutachterlichen Stellungnahmen sind insoweit unergiebig.
c) Keine regelrechte Klammerung des im Abdomen verbliebenen Darmendes
Kritik kommt in diesem Zusammenhang allein von Prof. Dr. Sch. (Privatgutachten vom 12.12.2010 vom 20.01.2011 und mit Eingangsdatum 10.10.2012). Indessen ist dabei nicht deutlich geworden, dass die nach der Klammerung vorgenommene Übernähung keinen suffizienten Verschluss gebracht hätte. Im Hinblick auf eine Kontamination finden sich nur Spekulationen. Dass die für Ende11.2008 vermutete Peritonitis der Klägerin hier ihren Ausgang genommen haben könnte, ist unwahrscheinlich (Gerichtsgutachten Prof. Dr. K. vom 8.07.2013). Eine mögliche Haftung auf Beklagtenseite scheitert jedenfalls daran, dass Prof. Dr. K. (Gerichtsgutachten vom 8.07.2013) überzeugend mitgeteilt hat, Schwächen in der Klammerung (Dehiszenzen) stellten ein allgemeines Risiko dar. Das ist durch die Ausführungen von Prof. Dr. Sch. nicht entkräftet.
d) Kein Aufspüren der präoperativ proktoskopisch wahrgenommenen Fistel
Prof. Dr. Sch. sieht in der Fistel einen möglichen Entzündungsherd, der hätte lokalisiert und dann ausgeräumt werden müssen (Privatgutachten vom 12.02.2010 und mit Eingangsdatum 10.10.2012). Insofern stellt sich, da die Beklagten nicht bestreiten, dass intraoperativ nicht nach der Fistel geschaut wurde, die Frage nach einem Befunderhebungsfehler, aus dem die Klägerin gegebenenfalls einen Beweisvorteil herleiten könnten. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Suche mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem positiven Ergebnis geführt hätte. Das lässt sich nicht annehmen. Nach Prof. Dr. K. (Gerichtsgutachten vom 8.07.2013) spricht nämlich mehr dagegen als dafür, dass die Fistel überhaupt existierte; diese Einschätzung wird durch ein negatives präoperatives MRT gestützt.
2. Aufklärung vor der Operation vom 9.10.2008
a) Keine Eingriffsaufklärung unter Gegenüberstellung des laparaskopischen und offenen Verfahrens
Das Landgericht hat gemeint, ein hier bestehendes Aufklärungsdefizit habe sich nicht ausgewirkt, da die gewählte operative Vorgehensweise keinen Bezug zu den entstandenen Komplikationen gehabt habe und dieserhalb auf Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., C Rn. 157 und Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., A 2195 ff. verwiesen. Die dortigen Fundstellen betreffen jedoch die Frage des Zurechnungszusammenhangs im Falle einer unterlassenen Risikoaufklärung. Das kann nicht auf die Eingriffsaufklärung übertragen werden. Fehlt sie, gibt es grundsätzlich keine rechtswirksame Einwilligung des Patienten in die mit dem Eingriff verbundene Körperverletzung. Der operierende Arzt kann sich dann nur freizeichnen, indem er nachweist, dass der Schaden auch bei einer ausreichenden Unterrichtung des Patienten eingetreten wäre (BGH NJW 2005, 2072).
Ob im vorliegenden Fall eine hinlängliche Eingriffsaufklärung erfolgt ist, hat das Landgericht - von seiner rechtlichen Prämisse aus zutreffend - nicht eruiert. Das wird unter Berücksichtigung der dazu gestellten Parteianträge (Klageschrift S. 37 und Beklagtenschriftsatz vom 21.09.2011 S. 4) nachzuholen sein.
d) Ungenügende Risikoaufklärung
Das Landgericht hat die Auffassung vertreten (LGU S. 21), die Klägerin habe nur unsubstantiiert vorgetragen, nicht genügend aufgeklärt worden zu sein.

Zu substantiierten Angaben der Klägerin konnte aber nur Veranlassung bestehen, wenn die insoweit vom Ansatz her darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten ihrerseits substantiiert vorgebracht hätten, die Klägerin über die Risiken des Eingriffs unterrichtet zu haben. Das ist jedoch nicht geschehen. Die Beklagten haben letztlich nur auf den Inhalt des von der Klägerin unterschriebenen Aufklärungsbogens verwiesen, ohne deutlich zu machen, diesen Inhalt hinreichend kommuniziert zu haben (Schriftsatz vom 21.09.2011 S. 3 bis 5). Unabhängig davon hat die Klägerin, wie das Landgericht in Übergehung deren rechtlichen Gehörs verkannt hat, jedenfalls konkret in Abrede gestellt, über das - eingetretene - ischämisch bedingte Narkoserisiko informiert worden zu sein (Klageschrift S. 29). In diesem Punkt besagt nicht einmal der Aufklärungsbogen etwas, obwohl es sich nach Prof. Dr. K. (Gerichtsgutachten vom 8.07.2013 S. 10) um eine "bekannte und aufklärungspflichtige Komplikation" handelt.
3. Operation vom 10.10.2008
Entzündungsträchtige Platzierung des neuen Stomas zu nah am Ort des nekrotisierten alten Stomas
Anders als in Bezug auf den nicht greifbaren Vorwurf, die septische Situation sei nicht beherrscht worden (Privatgutachten vom 20.01.2011) hat Prof. Dr. Sch. hier substantielle Kritik geäußert (Privatgutachten vom 12.02.2010). Von der Klägerin selbst wurde ergänzt, die Implantation des Stomas in die adipöse Bauchdecke sei technisch mangelhaft gewesen (Klageschrift S. 29). Dem haben sich die Beklagten entgegen gestellt (Schriftsatz vom 21.09.2011 S. 7). Diesen Parteistreit hat das Landgericht vernachlässigt. Es ist nicht zu ersehen, dass der dazu gebotene Sachverständigenbeweis eingeholt worden wäre.
4. Postoperative Versorgung
a) Verfehlte Reaktion auf das klinische Bild
Die - durch die Anhörung der Beklagten zu 2. und zu 3. in ihrem Inhalt bestätigte - Krankenhaus-Dokumentation rechtfertigt, auch wenn sie knapp gehalten ist, den Schluss auf eine durchgehende Beobachtung der Operationswunde, ohne dass dabei eine relevante Gefahrenlage erkennbar wurde; das gilt namentlich mit Blick auf die vermerkte Undichtigkeit der Stomaplatte (Gerichtsgutachten Prof. Dr. K. vom 8.07.2013). Freilich haben die vom Landgericht befragten, der Klägerin allesamt nahestehenden Zeugen bekundet, die Klägerin habe anhaltend Schmerzen gehabt. Aber es ist nicht zu erkennen, dass das der Beklagtenseite vermittelt wurde. Soweit die Zeugen darüber hinaus das dramatische Bild beschrieben haben, das sich aus dem schließlichen Ausriss des Stomas ergab, betrifft das die Zeit nach der stationären Entlassung der Klägerin und erlaubt keinen Rückschluss auf eine kritische klinische Situation bereits während des Krankenhausaufenthalts.
Gleichwohl kann nicht übersehen werden, dass am 20.10.2008 Röte, Dunkelheit und Unebenheit am Stoma festgestellt wurden. Prof. Dr. K. hat bemerkt, daraus lasse sich das Vorliegen einer Komplikation "nicht zwingend" ableiten (Gerichtsgutachten vom 8.07.2013).
Das verlangte eine Abklärung, zumal Prof. Dr. Sch. geäußert hat, es habe sich um einen auffälligen entzündlichen Befund gehandelt (Privatgutachten vom 10.08.2013). Dass die am 22.10.2008 durchgeführte Sonografie, deren Ergebnis entgegen der Auffassung der Berufung zu den Akten gelangt ist (vgl. Gerichtsgutachten Prof. Dr. K. vom 8.07.2013), ohne Befund war, machte die gebotene Abklärung nicht entbehrlich. Das haben Dr. I. (Privatgutachten vom 25.09.2009) und Prof. Dr. Sch. (Privatgutachten vom 20.07.2010) mitgeteilt, ohne dass Prof. Dr. K. einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen hätte.
Ein weiterer kritischer Punkt in der postoperativen Versorgung lag darin, dass die Stoma-Abdeckung entzündungsträchtig war und deshalb eine umfangreiche Hautpflege erforderlich wurde (gerichtliche Anhörung Prof. Dr. K. vom 26.11.2013, Protokoll S. 9 f.). Dazu hat Prof. Dr. K. eine Dokumentation vermisst. Das Landgericht hat das für unerheblich erachtet, da die Klägerin nicht behauptet habe, dass es hier zu Versäumnissen gekommen sei (LGU S. 17). Ein entsprechender Vortrag ergibt sich jedoch bereits aus der Klageschrift (dort S. 18); er ist auch später erneuert worden (Schriftsatz vom 16.08.2013 S. 3). Außerdem kann davon ausgegangen werden, dass sich die Klägerin die Kritik Prof. Dr. K`s stillschweigend zu eigen gemacht hat (vgl. BGH NJW 1991, 1541; BGH RuS 2014, 200). Von daher kam die Klägerin auch hier nicht hinreichend zu Gehör.
b) Verfehlte Reaktionen auf die Laborwerte
Am 11.10.2008 kam es zu einem längerfristigen Anstieg des CRP und zu einer dauerhaften Vermehrung der Leukozyten. Das waren Entzündungsanzeichen. Dieses Erscheinungsbild wich von einer normalen postoperativen Entwicklung ab. Gemäß Prof. Dr. K. (gerichtliche Anhörung vom 26.11.2013) hätte es postoperativ nach zwei Tagen zu einem Abfall der Entzündungsparameter kommen sollen; insofern habe es konkret Abklärungsbedarf gegeben.
Dieserhalb sind von Prof. Dr. Sch. weitergehende Untersuchungen (Privatgutachten vom 12.02.2010) namentlich mittels eines CT oder MRT (Privatgutachten mit Eingang 10.10.2012 und vom 10.08.2013) für erforderlich erachtet worden. Zudem sei eine nicht nur, wie geschehen, generelle, sondern eine gezielte Antibiose angezeigt (Privatgutachten mit Eingang 10.10.2012) und eine Drainage sinnvoll gewesen (Privatgutachten vom 12.02.2010). Nichts anderes hat letztlich auch Prof. Dr. K. gemeint, indem er geäußert hat, eine frühere Diagnose und Therapie hätte die Infektion im Stomabereich günstig beeinflusst (Gerichtsgutachten vom 29.08.2012).

Diesen Gesichtspunkten ist in der angefochtenen Entscheidung nicht Rechnung getragen worden. Das wird ergänzend zu geschehen haben.
c) Konsequenzen der verfehlten Reaktionen auf das klinische Bild und die Laborwerte
Hätte man postoperativ weiter untersucht und therapiert, als dies tatsächlich geschehen ist, hätte man eine Einheilung mit der Folge erzielen können, dass sich die Revisionsoperation vom 24.10.2008 erübrigt hätte Eine solche Perspektive ist allerdings nicht gesichert. Während Prof. Dr. Sch. hier von einer hohen Wahrscheinlichkeit (Privatgutachten vom 12.02.2010) spricht, bezeichnet Prof. Dr. K. die Dinge als spekulativ (Gerichtsgutachten vom 29.08.2012). Eine Ungewissheit im Kausalverlauf wirkt sich grundsätzlich zu Lasten der Klägerin aus. Ein grober Behandlungsfehler, der die objektive Beweislast wenden würde, dürfte mit Rücksicht auf die Ausführungen von Prof. Dr. K. generell zu verneinen sein. Daneben kommt aber eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers in Betracht. Insofern wird das Landgericht zu prüfen haben, inwieweit bei Vornahme einer ergänzenden gebotenen Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit reaktionspflichtige schadenspräventive Erkenntnisse gewonnen worden wären (vgl. dazu BGH MedR 2012, 383).
C. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens wird das Landgericht nach Maßgabe des Prozessausgangs zu treffen haben. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht im Hinblick auf §§ 775 Nr. 1, 776 S. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.
Rechtsmittelstreitwert: 83.835 €

115. OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2014 – I-26 U 112/13, 26 U 112/13 – * Arzthaftung wegen Aufklärungsmangel: Beweislast für die Verletzung der Informationspflicht über das Restrisiko einer Schwangerschaft vor einer Sterilisation

Leitsatz

Die Beweislast für eine Verletzung der Informationspflicht einer erneuten Schwangerschaft hat die Patientin. Es muss daher sicher feststehen, dass der Hinweis auf die Versagerquote unterlassen worden ist.

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 26.06.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Berufungsinstanz werden den Klägern auferlegt.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die am 02.03.1969 geborene Klägerin ließ sich anlässlich der Geburt ihres 2. Kindes im 10.2006 im Krankenhaus der Beklagten durch den Chefarzt Dr. S sterilisieren. Gleichwohl kam es im Jahr 2009 zu einer erneuten, ungewollten Schwangerschaft. Die Kläger machen deshalb in der Hauptsache Ansprüche auf Zahlung eines mit mindestens 10.000 EUR EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes, den Ersatz materiellen Schadens in Höhe von 7.893,00 EUR, monatlichen Unterhaltsschaden und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht für materielle Schäden geltend.
Sie haben sich erstinstanzlich insbesondere auf eine vermeintlich fehlerhafte Durchführung der Sterilisation sowie auf mangelnde Aufklärung über die verbleibende Versagerquote bei einer fachgerecht vorgenommenen Sterilisation berufen.
Das Landgericht hat die Klage nach Zeugenvernehmung und sachverständige Begutachtung abgewiesen. Die Sterilisation sei ausweislich der Dokumentation lege artis erfolgt. Anhaltspunkte für Behandlungsfehler bestünden nicht. Es stehe auch nicht fest, dass die erneute Schwangerschaft auf einer fehlerhaften Sterilisation beruhe, denn es bestehe auch bei der fachgerechten Durchführung eine Versagerquote. Über diese Versagerquote seien die Kläger auch ausweislich der Aussagen des Zeugen Dr. S und der Zeugin Dr. Y aufgeklärt worden.
Dagegen richtet sich die Berufung der Kläger, die das erstinstanzliche Begehren weiter verfolgen.
Sie verbleiben dabei, dass eine hinreichende Aufklärung über die Versagerquote nicht erfolgt sei. Das Landgericht habe die dazu erhobenen Beweise fehlerhaft gewürdigt. Selbst wenn man unterstelle, dass der Zeuge Dr. S von einer Quote von 4 von 1000 gesprochen hätte, so reiche dies nicht aus.
Die Kläger beantragen,
unter Abänderung des am 26.06.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Arnsberg zum Az.: I-5 O 29/11 die Beklagte zu verurteilen,
1. an die Klägerin 7893,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.844,00 EUR seit dem 16.4.2010 und aus jeweils 337,00 EUR seit dem 01.05.2010, 01.06., 01.07.,

01.08., 01.09., 01.10., 01.11., 01.12.2010 sowie 01.01.2011, 01.02., 01.03., 01.04., 01.05., 01.06. und 01.07.2011 zu zahlen;
2. an die Klägerin für das Kind K, geb. am ##.##.2009, bis zum Eintritt in die Volljährigkeit (##.##.2027) monatlich im Voraus Unterhaltsschadensersatz in Höhe von 136 % des Mindestbedarfs der jeweiligen Altersstufen der Düsseldorfer Tabelle abzüglich des jeweiligen hälftigen Kindergeldes zu bezahlen;
3. an den Kläger für das Kind K, geb. am ##.##.2009, bis zum Eintritt in die Volljährigkeit (##.##.2027) monatlich im Voraus Unterhaltsschadensersatz in Höhe von 136 % des Mindestbedarfs der jeweiligen Altersstufen der Düsseldorfer Tabelle abzüglich des jeweiligen hälftigen Kindergeldes zu bezahlen;
4. an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2010;
5. an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2010;
6. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern sämtliche zukünftigen materiellen Unterhaltsschäden zu ersetzen, welche sich anlässlich der Geburt des Kindes K, geb. am ##.##.2009, ergeben werden;
7. die Beklagte zu verurteilen, die Kläger gegenüber dem Rechtsanwalt C von 2.161,99 EUR außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.
Die landgerichtliche Beweiswürdigung sei erschöpfend, widerspruchsfrei und in der Sache zu treffen. Daran sei das Berufungsgericht gebunden.
Der Senat hat die Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen Dr. S.Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll zum Senatstermin vom 17.07.2014 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 unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche stehen ihnen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Ansprüche ergeben sich insbesondere nicht wegen des Vorliegens von ärztlichen Fehlern gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2 BGB. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass der Beklagten derartige Fehler unterlaufen sind.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen und das Ergebnis der zeugenschaftlichen Vernehmungen in beiden Instanzen.
1. Nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten war die gewählte Operationsmethode nach Kroener mit die geeignetste, so dass die Wahl dieser Methode nicht zu beanstanden ist.
2. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Sterilisation fehlerhaft durchgeführt worden ist.
a. Die Kläger berufen sich ohne Erfolg darauf, dass es fehlerhaft deshalb nicht zu einem totalen Verschluss der Eileiter gekommen sei, weil nicht zwei Umstechungsligaturen gesetzt worden seien. Denn nach den Ausführungen des Sachverständigen enthält der Bericht zur nachfolgenden Operation vom 14.08.2009 keine Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Vorgehen. Vielmehr ist Nahtmaterial an beiden Tuben festgestellt worden, so dass eine unzureichende Vernähung bei der Sterilisation nicht bewiesen ist.
Der Sachverständige hat allerdings aus der Dokumentation der Sterilisation im Jahr 2006 - Operationsbericht v. 18.09.2006 und pathologischer Befund vom 21.09.2006 - sowie aus der Dokumentation der nachfolgenden Schwangerschaft - Operationsbericht v. 14.08.2009 und pathologisch-histologischer Befund vom 14.08.2009 - geschlossen, dass auf der rechten Seite der Fimbrientrichter nur zum Teil entfernt worden ist. Gleichwohl ist daraus ein kausaler Behandlungsfehler nicht herzuleiten. Denn der Sachverständige hat ausgeführt, dass dies keinen Fehler belege, insbesondere, dass bei ausreichendem Verschluss (Vernähung) des Trichters eine Schwangerschaft auch bei dem Verbleib eines Teils des Trichters ausgeschlossen sei .
Maßgeblich ist danach der Verschluss des Trichters. Dass dieser nicht oder unzureichend erfolgt ist, steht nicht fest.
b. Darüber hinaus ließe sich auch nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen, dass ein hier nur unterstellter unzureichender Verschluss ursächlich für die erneute Schwangerschaft gewesen ist.

Der Sachverständige hat angegeben, dass für die Schwangerschaft als gleichwertige Alternativen sowohl die rechte Tube mit teilweise noch vorhandenem Trichter als auch die linke Tube kausal sein könnten.
Auf dieser Basis ließe sich die Kausalität nicht feststellen, weil sowohl ein Behandlungsfehler hinsichtlich der rechten Tube als auch die schicksalhafte Realisierung der Versagerquote der linken Tube in gleichem Maße den Grund der Schwangerschaft gebildet haben können.
3. Der Beklagten ist auch kein Behandlungsfehler in Form eines Verstoßes gegen Pflichten zur therapeutischen Aufklärung anzulasten.
Zwar ist der Arzt auch verpflichtet, den Patienten über Umstände zu informieren, die für die Sicherung des Behandlungserfolges maßgeblich sind. Die Kläger haben hier jedoch nicht den ihnen obliegenden Beweis geführt, dass gegen diese Informationspflicht - insbesondere hinsichtlich einer bestehenden Versagerquote und dem daraus resultierenden Erfordernis weiterer Verhütungsmaßnahmen bei dem Wunsch 100%igen Schutzes - verstoßen worden ist.
Die Beweislast für eine Verletzung der Informationspflichten einer erneuten Schwangerschaft hat die Patientin (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, 7. Auflage, S. 125 m.w.N.).
a. Zwar lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin schon nicht aufklärungsbedürftig gewesen ist, weil sie bereits durch die Frauenärztin über das Restrisiko aufgeklärt worden war. Denn die als Zeugin vernommene Frauenärztin Dr. M hat angegeben, dass sie die Aufklärung immer dem Operateur überlasse. Wenn sie aber über Fehlerquoten aufkläre, dann dokumentiere sie dies. Eine solche Dokumentation liegt jedoch nicht vor.
b. Der Senat kann sich aber trotz bestehender Aufklärungsbedürftigkeit nicht die Überzeugung bilden, dass die Klägerin nicht über das Versagerrisiko aufgeklärt worden ist.
aa. Dazu reicht es nicht, dass der Zeuge Dr. S am 30.08.2006 nach der Klägerbehauptung die Sterilisation als sichere Entscheidung dargestellt habe, ohne allerdings über eine 100%ige Sicherheit zu sprechen.
Denn auf dieser Basis lässt sich nicht feststellen, dass ausdrücklich oder konkludent gleichwohl eine 100%ige Restrisikofreiheit zugesagt worden ist. Sicherheit beinhaltet ohne weitergehende ausdrückliche Zusagen immer nur eine relative Einordnung im Bereich der kontrazeptiven Möglichkeiten, jedoch nicht zwingend eine 100%ige naturwissenschaftliche Sicherheit, die für jeden Mediziner ersichtlich nicht zu erreichen ist und deshalb auch nicht zugesagt werden kann.
bb. Es steht auch nicht fest, dass ein auch von dem Sachverständigen zutreffend für geboten erachteter Hinweis auf die Versagerquote unterlassen worden ist.
Zwar findet sich in der Karteikarte für 2006 keine Eintragung zu einem Hinweis auf eine Versagerquote, weil der darauf hindeutende Vermerk "4/1000" unstreitig nachträglich vorgenommen worden ist.
Der Senat geht aber davon aus, dass ein ohnehin entscheidender mündlicher Hinweis erteilt worden ist.
Die Beklagte behauptet dazu, dass Dr. S darauf hingewiesen habe, dass bei der Sterilisation keine 100%ige Sicherheit bestehe. Das hat der Zeuge Dr. S auch bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht unter Darstellung einer generellen Aufklärung über eine Versagerquote von 4 von 1000 bestätigt. Der Senat geht nach seinem persönlichen Eindruck von der Richtigkeit dieser Zeugenaussage aus. Es bestehen insbesondere keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Verfälschung der Krankenunterlagen, die gegen den Zeugen sprechen würde. Der Zeuge hat schon vor dem Landgericht angegeben, dass der entsprechende Eintrag nachträglich erfolgt ist. Insbesondere hat er dann bei seiner Vernehmung vor dem Senat plausibel erklärt, dass er den handschriftlichen und ersichtlich mit anderem Stift vorgenommenen Eintrag "4/1000" erst in Kenntnis der bereits erfolgten Versendung von Kopien der Unterlagen an die Kläger eingetragen hat, eine Veränderung also auffallen musste. Bei diesem Aussageverhalten bestehen dann aber keine durchgreifenden Anhaltspunkte, dass der Zeuge nicht die Wahrheit gesagt haben könnte.
Auf der Basis seiner Aussage reicht die bekundete therapeutische Aufklärung aus. Weiß die Patientin, dass in dem genannten Promillebereich das Risiko der Schwangerschaft fortbesteht, so ist auch deutlich und nicht weiter hinweisbedürftig, dass die Eheleute gegebenenfalls weitere Maßnahmen ergreifen müssen, wenn sie einen höheren vermeintlich einhundertprozentigen Sicherheitsstandard haben wollen.
Ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung ist damit nicht feststellbar.
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.

116. OLG Köln, Beschluss vom 16.06.2014 – I-5 U 131/13, 5 U 131/13 – * Krankenhaushaftung: Schmerzensgeldanspruch wegen unterlassener bzw. verzögerter Befunderhebung und Therapie

Orientierungssatz

1. Wurde bei einem Patienten, bei dem der linke Arm und die Hand massiv angeschwollen waren, erst relativ spät eine MR-Angiographie durchgeführt, bleibt dies ohne Auswirkungen, wenn bei dieser MR-Angiographie lediglich ein Verschluss der Vena Basilica und damit der Verschluss einer oberflächlichen Vene festgestellt worden ist, die die aufgetretene Schwellung nicht erklären kann. Dass auf eine CT-Untersuchung mit potentiell nephrotoxischem Kontrastmittel verzichtet wurde, stellt keinen haftungsbegründenden Fehler dar, wenn auf diese Untersuchungsmaßnahme nach Rücksprache mit einem Radiologen wegen einer schwer vorgeschädigten Transplantationsniere verzichtet worden ist.
2. Da eine kontinuierliche Kompression des Armes zur Funktionsunfähigkeit eines Shunts hätte führen können, kann es aus medizinisch-sachverständiger Sicht eine nachvollziehbare und gut vertretbare Entscheidung darstellen, zunächst keine Kompressionstherapie durchzuführen.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.09.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 438/10 - 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 die Beklagte mit dem Vorwurf von Befunderhebungs- und sonstigen Behandlungsfehlern wegen des massiven und nachhaltigen Anschwellens seines linken Armes im Zusammenhang mit einer Nierentransplantation auf Schadensersatz in Anspruch. Er hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, welches 30.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.01.2011 zu zahlen,
2. und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger jedweden zukünftigen materiellen Schaden aus der streitgegenständlichen Behandlung sowie solche zukünftigen immateriellen Schäden, die aus einer heute nicht absehbaren Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Klägers folgen und die auf der streitgegenständlichen Behandlung der Beklagten beruhen, zu ersetzen, soweit solche nicht auf Sozialversicherungsträger und/oder sonstige berechtigte Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.
Die 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. 336 ff., 337 - 341 d. A.) Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme schadensursächliche Befunderhebungs- und/oder sonstige Behandlungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten nicht festgestellt werden können. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung (Bl. 336 ff., 341 - 344 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 seine erstinstanzlichen Klageanträge unverändert weiter. Unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens stellt sich der Kläger mit ausführlicher Begründung insbesondere auf den Standpunkt, dass das Landgericht seine Entscheidung nicht ohne weiteres auf das Gutachten des erstinstanzlich beauftragten Gerichtssachverständigen Prof. Dr. B hätte stützen dürfen.
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 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 7.05.2014 (Bl. 407 ff. d. A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO.
Mit seiner Stellungnahme vom 30.05.2014 [Bl. 419 ff. (= 413 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 die vom Kläger vorgebrachten neuen Gesichtspunkte rechtfertigt seine

Stellungnahme auch nach nochmaliger umfassender und eingehender Prüfung des gesamten Akteninhalts und der durch den vorliegenden Rechtsstreit aufgeworfenen rechtlichen und tatsächlichen Fragen im Lichte seiner Stellungnahme eine für ihn günstigere Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht und bietet lediglich Veranlassung für die folgenden ergänzenden Anmerkungen:
Der Kläger stellt sich ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass den Behandler im Hause der Beklagten deswegen im Rechtssinne grobe Befunderhebungsmängel unterlaufen seien, weil sie die bei ihm erforderlich gewesenen Befunderhebungen in schlechterdings unvertretbarer Weise entweder gar nicht oder zu spät durchgeführt haben. Denn unstreitig (bzw. jedenfalls nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. B anzunehmen), sind von drei Ausnahmen - nämlich der MR-Angiographie, CT mit potentiell nephrotoxischem Kontrastmittel und der Lymphszintigraphie - abgesehen sämtliche medizinisch indiziert gewesenen Untersuchungen angemessen zeitnah nach Auftreten der ersten Symptome durchgeführt worden. Relativ spät, nämlich erst Mitte02.2005 durchgeführt worden ist lediglich die MR-Angiographie. Dies ist aber nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen ohne Auswirkungen für den Kläger geblieben, weil bei dieser MR-Angiographie lediglich ein Verschluss der Vena Basilica und damit der Verschluss einer oberflächlichen Vene festgestellt worden ist, die die beim Kläger aufgetretene Schwellung nicht erklären kann, während ein Verschluss im tiefen Venensystem, der die Schwellung hätte erklären können, beim Kläger nicht vorgelegen hat; das tiefe Venensystem ist beim Kläger vielmehr offen gewesen. Im Hinblick darauf kann die Frage, ob die relativ späte Durchführung der MR-Angiographie erst Mitte02.2005 als im Rechtssinne grober Befunderhebungsfehler zu bewerten ist, dahinstehen. Nicht durchgeführt worden ist im Hause der Beklagten eine CT-Untersuchung mit potentiell nephrotoxischem Kontrastmittel. Dies kann aber schon deshalb nicht als haftungsbegründender Fehler und erst nicht als grober Fehler bewertet werden, weil auf diese Untersuchungsmaßnahme nach Rücksprache mit den Radiologen wegen der schwer vorgeschädigten Transplantationsniere verzichtet worden ist. Nicht durchgeführt worden ist im Hause der Beklagten ferner eine Lymphszintigraphie. Auch dies stellt aber nach den Feststellungen des Sachverständigen keinen Befunderhebungsfehler dar, weil es sich hierbei um eine außerordentlich aufwändige Untersuchungsmaßnahme handelt, die beim Kläger zu keiner therapeutischen Konsequenz hätte führen können, weil mit einer Lymphszintigraphie lediglich eine Abflussstörung im Lymphsystem hätte festgestellt werden können, die beim Kläger sicher nicht vorgelegen hat. Dementsprechend ist auch in der Spezialklink, die der Kläger im weiteren Verlauf aufgesucht hat, eine Lymphszintigraphie nicht durchgeführt worden. Im Hinblick auf Vorstehendes besteht auch in Bezug auf die Lymphszintigraphie kein Raum für eine Bewertung der insoweit unterlassenen Befunderhebung als im Rechtssinne grober Befunderhebungsfehler.
Ohne Erfolg wehrt sich der Kläger auch gegen die Feststellung des Sachverständigen, dass es nicht als fehlerhaft bewertet werden kann, dass im Hause der Beklagten nicht früher als tatsächlich geschehen mit der Kompressionstherapie begonnen worden ist. Denn hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. B zur Überzeugung des Senates ausgeführt, dass eine kontinuierliche Kompression des Armes zur Funktionsunfähigkeit des Shunts hätte führen können, und dass es aus medizinisch-sachverständiger Sicht eine nachvollziehbare und gut vertretbare Entscheidung dargestellt habe, dieses Risiko beim Kläger zunächst nicht einzugehen. Denn ein funktionstüchtiger Shunt sei für einen betroffenen Patienten im Falle der Dialysepflichtigkeit lebenswichtig, was beim Kläger auch nach der Nierentransplantation im Jahre 2000 in besonderem Maße gegolten habe, weil es bei ihm im Vorfeld des hier fraglichen Zeitraumes bereits wiederholt zu Abstoßungsreaktionen gekommen sei. Dieser medizinisch-sachverständigen Bewertung steht entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung nicht entgegen, dass der fragliche Arm wegen der ausgeprägten Schwellung für eine Punktierung nicht benutzt werden kann, was der Sachverständige anlässlich seiner mündlichen Anhörung am 24.07.2013 auf Nachfrage des Prozessbevollmächtigten des Klägers bestätigte. Denn der Sachverständige hat bekräftigt, dass für den Behandler gleichwohl auch in einer solchen Konstellation ein - vom Ansatz her - funktionstauglicher Shunt als ein "Heiligtum" gelte und zumindest zunächst erhalten werden sollte. Dies mag aus der Sicht ex post und insbesondere vor dem Hintergrund der nunmehr bestehenden Erkenntnis, dass die Schwellung - zumindest bisher - chronifiziert fortbesteht, sicherlich nicht auf Dauer gegolten haben. Aus der für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Sicht ex ante war diese spätere Entwicklung indes nicht absehbar und konnte durchaus damit gerechnet werden, dass die Schwellung zurückgehen würde. Soweit der Kläger sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt stellt, dass das für die Kompressionstherapie erforderlich gewesene Entfernen des Shunts später durch Legen eines neuen Shunts problemlos hätte rückgängig gemacht werden können, blendet er offenbar aus, dass es durchaus nicht so einfach und auch nicht beliebig wiederholbar ist, einen funktionstüchtigen Shunt zu installieren. Dies versteht sich im Grunde von selbst, kommt aber auch in der Feststellung des Sachverständigen, ein funktionstüchtiger Shunt stelle für den Behandler eines möglichen Dialysepatienten ein "Heiligtum" dar, deutlich zum Ausdruck. Die Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. B in diesem Zusammenhang überzeugen den Senat nach wie vor. Soweit der Kläger sie in seiner Stellungnahme vom 30.05.2014 angreift, erschöpft sich sein Vorbringen letztlich darin, dass er seine - menschlich durchaus gut verständliche - Laiensicht gegen die medizinisch-sachverstän-

dige Begutachtung des Prof. Dr. B stellt, der als Facharzt für Chirurgie und Gefäßchirurgie in dem Gefäßzentrum des Klinikums L in besonderem Maße qualifiziert ist, die im vorliegenden Rechtsstreit umstrittenen medizinischen Fragen zu begutachten. Im Übrigen blendet der Kläger offenbar aus, dass er die Beklagten unter dem Gesichtspunkt einer eventuell verspätet eingeleiteten Kompressionstherapie auch dann nicht mit Erfolg in Anspruch nehmen könnte, wenn insoweit zu seinen Gunsten ein Behandlungsfehler angenommen würde. Denn in diesem Falle scheiterte eine Haftung der Beklagten daran, dass der Kläger den Nachweis für die Kausalität dieses - zu seinen Gunsten unterstellten - Fehlers für die bei ihm eingetretenen gesundheitlichen und sonstigen Schäden nicht führen könnte. Denn es kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass die Schwellung des Armes und der Hand des Klägers bei einer früher eingeleiteten Kompressionstherapie nachhaltig hätte zurückgeführt werden können. Und Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität insoweit kommen für den Kläger ersichtlich nicht in Betracht, weil ein entsprechender Fehler aus den oben angeführten Gründen keinesfalls als im Rechtssinne grober Behandlungsfehler qualifiziert werden könnte.
Schließlich stellt der Kläger sich auch nach wie vor ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass weiterer Beweis durch Einholung des Gutachtens eines Spezialisten auf dem Gebiete der Lymphologie und der Phlebographie eingeholt werden müsse. Denn hierzu besteht aus den Gründen von S. 3 des Senatsbeschlusses vom 7.05.2014 nach wie vor keine Veranlassung. Aufgabe des vorliegenden Rechtsstreits und damit auch des zu den medizinischen Streitfragen herangezogenen medizinischen Sachverständigen ist die Beurteilung der Frage, ob den Behandlern im Hause der Beklagten haftungsbegründende Fehler bei der Befunderhebung, Diagnose und/oder Behandlung unterlaufen sind. Und zur Begutachtung der Fragen in diesem Zusammenhang ist der Sachverständige Prof. Dr. B als Facharzt für Chirurgie und Gefäßchirurgie in dem Gefäßzentrum des Klinikums L hinreichend qualifiziert und erfahren, wie auch seine umfassend und überzeugend begründeten Ausführungen in seinem Gutachten nebst den mündlichen Erläuterungen hierzu zeigen. Dass auch der Sachverständige Prof. Dr. B - ebenso wie die Fachärzte in der vom Kläger aufgesuchten Spezialklinik auf dem Gebiete der Lymphologie - die Ursache für die beim Kläger aufgetretene und bis heute chronifizierte massive Schwellung im Bereich des linken Armes nicht gefunden hat, steht der Überzeugungskraft seines Gutachtens aus den Gründen von S. 2/3 des Hinweisbeschusses des Senates vom 7.05.2014 nicht entgegen und bietet auch keine Veranlassung für die Einholung eines neuen Gutachtens. Der Senat sieht dabei nach wie vor, dass es für den Kläger außerordentlich unbefriedigend ist, dass auch im Rahmen dieses Rechtsstreits eine Ursache für das erhebliche Anschwellen seines Armes und seiner Hand nicht gefunden worden ist, und der Senat versteht auch, dass der Kläger sich damit aus seiner Sicht als unmittelbar Betroffener nicht abfinden kann. Dieser Umstand allein rechtfertigt indes keine weitere Beweisaufnahme oder eine sonst abweichende und für den Kläger günstigere Beurteilung.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Berufungsstreitwert: 40.000,00 Euro

117. OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2014 – 5 U 1/14 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht bei einer nicht therapierbaren Form der Multiplen Sklerose

Orientierungssatz

Nach allgemeiner Meinung versteht man unter einer therapeutischen Aufklärung oder Sicherungsaufklärung die zur Sicherstellung des Behandlungserfolges notwendige Erteilung von Schutz- und Warnhinweisen. An diesem Begriffsverständnis ändert auch die nach ihrem zeitlichen Geltungsbereich vorliegend ohnehin nicht anwendbare Vorschrift des § 630c Abs. 2 BGB nichts. Eine Aufklärung über die Diagnose Multiple Sklerose zur Sicherstellung eines Behandlungserfolges ist nicht erforderlich, wenn es keine Möglichkeiten einer Therapie der bei einem Patienten vorhandenen Verlaufsform der Multiplen Sklerose gibt.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.12.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 502/11 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.
Die Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.
Der am 17.xx.1950 geborene Kläger begab sich im Jahr 1987 wegen u.a. plötzlich auftretender Sehstörungen in neurologische Behandlung. Nach Anfertigung eines CCT ergab sich der Verdacht auf eine demyelinisierende Erkrankung. Nach Erhebung eines Liquorstatus wurde die Diagnose einer "dissemi-

nierten Encephaloradikuloneuritis ungeklärter Ätiologie" gestellt. Zu einer weiteren diagnostischen Abklärung kam es nicht, nachdem der Kläger zu einer geplanten stationären Aufnahme in der neurologischen Abteilung der S nicht erschienen war.
Ende 1997 stellte sich der Kläger wegen Brumm- und Summgeräuschen im linken Ohr und Zuckungen im linken Augenlid erstmals beim Beklagten, einem niedergelassenen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, vor. Nach klinischer Untersuchung und Befundung von mitgebrachten MRT-Bildern des Schädels stellte der Beklagte in der Behandlungsdokumentation als Diagnose fest: "Tic nerveux linkes Auge, Tinnitus links, ..., Verdacht auf entzündlicher Prozess des ZNS". Eine weitere Abklärung des Verdachts erfolgte nicht. Im02.2001 stellte sich der Beklagte erneut beim Beklagten vor. Er berichtete über Sehstörungen im rechten Auge, die sich allerdings inzwischen wieder etwas gebessert hätten. Der Beklagte dokumentierte als Diagnose eine Sehstörung unklarer Genese. Im Jahr 2006 kam der Kläger ein weiteres Mal in die Praxis des Beklagten. Hintergrund hierfür war ein Rentenantrag des Klägers, der zunehmend nicht mehr in der Lage war, seiner Berufstätigkeit als Zahntechniker nachzugehen, und die in diesem Zusammenhang zu klärende Frage, ob Beeinträchtigungen auf neurologischem Gebiet vorlagen. Der Beklagte diagnostizierte erneut eine Sehstörung rechts unklarer Genese und einen sonst unauffälligen neurologischen Befund.
Gut ein Jahr später erstattet das Klinikum N im Auftrag der Berufsgenossenschaft ein neurologisches Gutachten zur Klärung des Zusammenhangs zwischen einer im Jahr 1976 erlittenen unfallbedingte Augenschädigung und möglichen Unfallfolgen auf neurologischen Gebiet. Im Rahmen der Anamneseerhebung berichtete der Kläger, er verspüre seit mehreren Jahren Kopfschmerzen sowie deutliche Ermüdungserscheinungen. Seit kurzem seien auch Gleichgewichtsstörungen hinzugetreten. Dr. M kam in seinem Gutachten zu der Diagnose einer wahrscheinlich seit Mitte der 80er Jahre blande verlaufenen Multiple Sklerose.
Der Kläger ist mittlerweile mit einem Grad der Behinderung von 60 als schwerbehindert anerkannt.
Der Kläger hat dem Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Er habe es unterlassen, weitere Befunde zur Abklärung der bereits im Jahr 1997 möglichen Diagnose einer Multiplen Sklerose zu erheben. Der Kläger hat behauptet, er leide an einer Vielzahl von Beeinträchtigungen, die bei rechtzeitiger Diagnosestellung hätten vermieden werden können. Dabei handele es sich um Gefühlsstörungen in Händen und Beinen, massive und schnelle Ermüdung, Unsicherheiten beim Stehen und Gehen, Kraftlosigkeit in den Armen, erhebliche Wortfindungsstörungen, massive Schmerzen im ganzen Körper, sexuelle Störungen, massive Konzentrationsschwäche, Sehstörungen, massive Stimmungsschwankungen, aggressives Verhalten, starke Schweißausbrüche und Zittern der Hände bei geringster Belastbarkeit. Unter zielgerichteter Medikation sei es möglich gewesen, diese Beeinträchtigungen vollständig zu vermeiden. Hinzu komme, dass sich eine Wesensänderung und Depressionen eingestellt hätten. Diese psychischen Beeinträchtigungen hat der Kläger darauf zurückgeführt, dass er sich die Ursache seiner Beschwerden bis zum Gutachten des Dr. M nicht habe erklären können.
Der Kläger hat beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld aus der fehlerhaften Behandlung zwischen dem 01.12.1997 und dem 17.02.2006 zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 100.000,- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.07.2010,
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn aus den o.g. fehlerhaften Behandlungen 950 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.12.2010 zu zahlen,
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche künftigen immateriellen sowie alle vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihm aus den o.g. fehlerhaften Behandlungen 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.
Er hat bestritten, dass während der Dauer seiner Behandlung Anhaltspunkte für eine Erkrankung an Multiple Sklerose vorlagen. Selbst wenn die Diagnose hätte gestellt werden müssen, wäre die Erkrankung nicht therapiebedürftig gewesen.
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. 273 ff d.A.) Bezug genommen.
Nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. G vom 07.02.2013 (Bl. 202 ff. d.A.) und Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 13.11.2013 (Bl. 257 ff. d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es könne dahinstehen, ob dem Beklagten Behandlungsfehler unterlaufen seien, denn jedenfalls seien solche Fehler nicht kausal für den Schaden des Klägers geworden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass der Kläger an einer sogenannten primär progredienten Multiplen Sklerose leide. Für diese Form der Multiplen Sklerose gebe es keine Therapie, die

die Erkrankung auch nur möglicherweise in ihrem Prozess habe beeinflussen können. Selbst bei Annahme eines schubförmigen Verlaufes der Multiplen Sklerose hätte aufgrund der nur in den Jahren 2001 und 2006 aufgetretenen Schübe keine Indikation zu einer immunmodulatorischen Therapie bestanden. Soweit der Kläger beantragt habe, ein psychiatrisches Gutachten zu der Frage einzuholen, ob er durch die im Jahr 1997 unterbliebene Mitteilung der Diagnose einer Multiplen Sklerose Nachteile erlitten habe, müsse dem auf Ausforschung gerichteten Antrag nicht weiter nachgegangen werden.
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 ist der Auffassung, dem Beklagten sei ein grober Diagnosefehler unterlaufen, weil er im Jahr 1997 die Diagnose einer Multiplen Sklerose nicht gestellt habe. Er habe medizinisch gebotene Befunde nicht erhoben und seine Pflicht zur therapeutischen Aufklärung grob verletzt. Bei entsprechender Diagnosestellung und therapeutischer Aufklärung hätte die Möglichkeit bestanden, seinen Gesundheitszustand nachhaltig zu verbessern. Soweit das Landgericht auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens von einer primär progredienten Multiplen Sklerose ausgegangen sei, habe es sich nicht mit den Ausführung des Privatgutachters Dr. N2 auseinandergesetzt, nach denen eine schubförmig verlaufende Multiple Sklerose vorgelegen habe. Schließlich rügt der Kläger, das Landgericht habe der Frage des Vorliegens psychischer Beeinträchtigungen nachgehen müssen.
Der Kläger beantragt,
den Beklagten nach den in erster Instanz zuletzt gestellten Anträgen zu verurteilen.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
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 19.05.2014 (Bl. 340 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO. Die Einwände, die der Kläger mit seiner Stellungnahme vom 26.05.2014 gegen die Ausführungen des Senates erhebt, führen auch nach nochmaliger Überprüfung nicht zu einer anderen Beurteilung. Der Senat hält daran fest, dass sich eine Haftung des Beklagten aufgrund einer Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung nicht begründen lässt. Zu Unrecht meint der Kläger, der Senat habe die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung zu eng gefasst. Unter einer therapeutischen Aufklärung oder Sicherungsaufklärung versteht man nach allgemeiner Meinung die zur Sicherstellung des Behandlungserfolges notwendige Erteilung von Schutz- und Warnhinweisen (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage, B I. 95; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Auflage, B II. 370; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, B 102 - jeweils mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). An diesem Begriffsverständnis ändert auch die vom Kläger genannte Vorschrift des § 630c Abs. 2 BGB nichts, die zum einen sprachlich sehr weit gefasst ist und nicht nur die therapeutische Aufklärung, sondern auch Hinweispflichten auf Erläuterung der Diagnose und Therapie als Bestandteil der Eingriffs- und Risikoaufklärung umfassen dürfte (vgl. Martis/Winkhart, P 19) und die zum anderen nach ihrem zeitlichen Geltungsbereich auf den vorliegenden Fall ohnehin nicht anwendbar ist. Zur Sicherstellung eines Behandlungserfolges war eine Aufklärung über die Diagnose Multiple Sklerose aber nicht erforderlich, denn es gab - wie der Senat bereits ausführlich begründet hat - keine Möglichkeiten einer Therapie der beim Kläger vorhandenen Verlaufsform der Multiplen Sklerose. Selbst wenn man annähme, es sei zwar nicht zur Sicherstellung eines Behandlungserfolges, zumindest aber zur Verhinderung etwaiger psychischer Beeinträchtigungen des Klägers, die dieser möglicherweise durch Unkenntnis seiner Diagnose hätte erleiden können, geboten gewesen, über die Erkrankung Multiple Sklerose aufzuklären, würde ein Anspruch mangels Kausalität ausscheiden. Der Kläger kann - wie der Senat bereits ausgeführt hat - nicht beweisen, dass die von ihm geschilderten Wesensveränderung und Depressionen darauf zurückzuführen sind, dass er die von ihm erlebten Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht zuordnen konnte. Eine Beweislastumkehr aufgrund eines groben Behandlungsfehlers kommt entgegen der erstmals in der Stellungnahme des Klägers auf den Hinweis des Senates vertretenen Auffassung nicht in Betracht. Schon im Hinblick auf das Fehlen jeglicher Therapiemöglichkeiten und der nicht fernliegenden Möglichkeit, dass die Offenbarung der Diagnose einer nicht behandelbaren, schweren Erkrankung auch negative psychische Folgen für den Kläger hätte haben können, ist es keinesfalls als grober Fehler zu bewerten, dass der Beklagte den Kläger nicht über die Diagnose Multiple Sklerose aufgeklärt hat.

Im Übrigen darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beklagte offenbar selbst nicht erkannt hatte, dass der Kläger an Multiple Sklerose erkrankt war. Von einem bewussten Verschweigen der Diagnose kann keine Rede sein. Dem Beklagten mag in diesem Zusammenhang vorgeworfen werden, dass er verdächtige Befunde nicht zielgerichteter diagnostisch abgeklärt hat. Die Pflicht zur weiteren Diagnostik hätte aber lediglich dazu dienen können, eine Erkrankung festzustellen oder auszuschließen, die therapeutisch grundsätzlich behandelbar war, was vorliegend allerdings - wie ausgeführt - nicht der Fall war. Sinn und Zweck der Pflicht zu weiteren diagnostischen Abklärung war es jedenfalls nicht, den Patienten unabhängig von jeglicher therapeutischer Konsequenz über die Diagnose zu informieren.
Eine Haftung des Beklagten kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Pflicht zur sog. Diagnoseaufklärung in Betracht (vgl. hierzu Geiß/Greiner, C. II. 82; Martis/Winkhart, A 569ff) in Betracht. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Arzt verpflichtet ist, den Patienten über eine bestimmte Diagnose zu unterrichten, wenn die Kenntnis des Patienten für die Selbstbestimmung- oder Sicherungsaufklärung nicht von Bedeutung ist, kann offen bleiben. Denn ein auf diesen Aufklärungsfehler gestützter Schadensersatzanspruch scheitert jedenfalls an dem Nachweis der Kausalität.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

118. LG Dortmund, Urteil vom 06.06.2014 – 3 O 394/13 – * Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.
II. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz wegen Prospektfehlern und der Verletzung von Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Beitritt zu vier Schiffsfonds. Der Kläger begehrt Rückzahlung seiner geleisteten Einzahlung nebst Agio abzüglich der erhaltenen, in der Höhe streitigen Ausschüttungen, teilweise zuzüglich entgangener streitiger Anlagezinsen.
Der Kläger ist ein privater Anleger, bei den Beklagten handelt es sich um die Gründungsgesellschafterin, Beklagte zu 1), die uneigennützige Treuhänderin, Beklagte zu 2); die Beklagte zu 3) vermittelte die Beteiligungen. Die streitgegenständlichen Emissionsprospekte wurden am 30.10.2004 (Fonds Nr. 109), am 10.11.2004 (Fonds Nr. 110) und am 03.06.2005 (Fonds Nr. 112, 113) herausgegeben.
I. E-Fonds Nr. 110
Mit formularmäßiger Beitrittserklärung vom 11.01.2005 beteiligte sich der Kläger an der E-Fonds Nr. 110 W (folgend: Fonds Nr. 110) mittelbar durch die Beklagte zu 2) (Bd. III, Anl. S&J 1). Die Beteiligungssumme belief sich auf 50.000,00 EUR zuzüglich 5 % Agio.
II. E-Fonds Nr. 109
Unter dem 09.03.2005 unterschrieb der Kläger ferner eine formularmäßige Beitrittserklärung, die seinen mittelbaren Beitritt zur E-Fonds Nr. 109 T (folgend: Fonds Nr. 109) mittelbar durch die Beklagte zu 2) zum Gegenstand hatte (Bd. I, Anl. S&J 1). Die Beteiligungssumme belief sich auf 35.000,00 EUR zuzüglich 5 % Agio. Die Höhe der Ausschüttungen ist bei den beiden Beteiligungen streitig.
III. E-Fonds Nr. 112
Unter dem 13.06.2005 unterschrieb der Kläger darüber hinaus eine formularmäßige Beitrittserklärung, die seinen Beitritt zur E-Fonds Nr. 112 N (folgend: Fonds Nr. 112) mittelbar durch die Beklagte zu 2) zum Gegenstand hatte (Bd. IV, Anl. S&J 1). Die Beteiligungssumme belief sich auf 50.000,00 EUR zuzüglich 5 % Agio. Der Kläger erhielt Ausschüttungen in Höhe von 11.200,00 EUR.
IV. E-Fonds Nr. 113
Schließlich beteiligte sich der Kläger mit formularmäßiger Beitrittserklärung vom 19.07.2005 an der E-Fonds Nr. 113 Q (folgend: Fonds Nr. 113) mittelbar durch die Beklagte zu 2) (Bd. V, Anl. S&J 1). Die Beteiligungssumme belief sich auf 50.000,00 EUR zuzüglich 5 % Agio. Die Ausschüttungen beliefen sich unstreitig auf einen Betrag in Höhe von 11.200,00 EUR.
Mit der Beitrittserklärung unterzeichnete der Kläger u.a. jeweils folgende bzw. gleichlautende Erklärungen: "(...) die Prospektunterlagen sind mir bekannt und ich erkenne sie hiermit sämtlich als für mich verbindlich an. Mir ist ferner bekannt, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung mit Chancen und Risiken handelt. (...) Der Vertriebsbeauftragte ist nicht berechtigt, Erklärungen oder Zusicherungen zu geben, die im Prospekt nicht enthalten sind oder im Widerspruch dazu stehen. Ich bestätige, dass mein Beitritt (...) ausschließlich aufgrund der Prospektdarstellung und der o.g. Verträge erfolgt und keine hiervon abweichenden oder darüber hinausgehenden Erklärungen oder Zusicherungen abgegeben worden sind."
Vor den streitgegenständlichen Zeichnungen hatte sich der Kläger schon mehrfach an Schiffsfonds beteiligt.

Der Kläger behauptet, die Emissionsprospekte zu den vier Beteiligungen seien ihm nicht - nach seiner Ansicht jedenfalls nicht rechtzeitig - übergeben worden. In den - teilweise fernmündlichen - Beratungsgesprächen sei er nicht über bestehende Beteiligungsrisiken aufgeklärt worden. Er sei bei keiner Beteiligung darüber informiert worden, dass es sich um unternehmerische Beteiligungen handele, ein Zweitmarkt für die Beteiligungen nicht bestehe, wie sich offene und geschlossene Fonds voneinander unterscheiden, welche Risiken sich aus der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB ergeben würden. Die Anlagen seien ihm als sicher und zur Altersvorsorge geeignet angepriesen worden. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre er den streitgegenständlichen Fondsgesellschaften nicht beigetreten, er habe auf die Richtigkeit der Mitteilungen vertraut.
Der Kläger ist außerdem der Ansicht, die Emissionsprospekte der vier Beteiligungen seien fehlerhaft. Der Kläger beanstandet eine mangelnde Aufklärung bezüglich folgender Umstände:
(1) Totalverlustrisiko/Leverage-Risiko
(2) Haftungsaufleben nach § 172 Abs. 4 HGB
(3) Mangelnde Fungibilität
(4) Mögliche Insolvenz der persönlich haftenden Gesellschafterin, Beteiligungstreuhänderin
(5) Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten zum Direktkommanditisten
(6) Erlaubnispflichtige Garantie- und Dienstleistungsverträge
(7) Mögliche Insolvenz des Gründungskommanditisten
(8) Abgrenzung Ausschüttungsbegriff im Sinne des Prospekts und des HGB
(9) Vertragspartner
(10) Weichkosten/Mittelverwendung
(11) Chartereinnahmen
(12) Fremdwährungsrisiko
(13) Steuerliche Risiken/steuerliche Belastung des Fonds, insb. volle Steuerpflichtigkeit des Unterschiedsbetrags
(14) Kosten von Schiffbetrieb und Verwaltung
(15) Versicherungen bei Schiffsbetrieb im Ausland
(16) Schiffsverkauf
(17) Mögliche Änderungen bezüglich Genehmigungen, § 7 Flaggenrechtsgesetz
(18) Schiffsmarktbedingte Risiken
(19) Faktische Geschäftsführung durch fremdfinanzierende Banken
(20) Risiken bezüglich des ausländischen Rechts
Der Kläger beantragt,
(bzgl. Fonds Nr. 109)
1. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. werden samtverbindlich verpflichtet, an die Klagepartei einen Betrag von 30.800,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 % p.a. vom 09.03.2005 bis 02.01.2013 und 5 Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 03.01.2013 Zug um Zug gegen Abtretung aller Vermögensrechte der Klagepartei aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 109 über 35.000,00 EUR vom 09.03.2005 zu bezahlen,
2. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. haben die Klagepartei samtverbindlich von allen Verpflichtungen, die sie aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 109 über 35.000,00 EUR vom 09.03.2005 treffen, freizustellen,
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. der Klagepartei samtverbindlich sämtliche weitere Schäden zu ersetzen haben, die ihr aus der Beteiligung an der E-Fonds Nr. 109 entstehen,
4. festzustellen, dass sich die Beklagtenparteien seit 03.01.2013 mit den Leistungen der Klageanträge Ziffer I - III in Annahmeverzug befinden.
(bzgl. Fonds Nr. 110)
1. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. werden samtverbindlich verpflichtet, an die Klagepartei einen Betrag von 44.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 % p.a. vom 11.01.2005 bis 02.01.2013 und 5 Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 03.01.2013 Zug um Zug gegen Abtretung aller Vermögensrechte der Klagepartei aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 110 über 50.000,00 EUR vom 11.01.2005/24.01.2005 zu bezahlen,
2. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. haben die Klagepartei samtverbindlich von allen Verpflichtungen, die sie aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 110 über 50.000,00 EUR vom 11.01.2005/24.01.2005 treffen, freizustellen,
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. der Klagepartei samtverbindlich sämtliche weitere Schäden zu ersetzen haben, die ihr aus der Beteiligung an der E-Fonds Nr. 110 entstehen,
4. festzustellen, dass sich die Beklagtenparteien seit 03.01.2013 mit den Leistungen der Klageanträge Ziffer I - III in Annahmeverzug befinden.
(bzgl. Fonds Nr. 112)

1. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. werden samtverbindlich verpflichtet, an die Klagepartei einen Betrag von 41.300,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 % p.a. vom 13.06.2005 bis 02.01.2013 und 5 Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 03.01.2013 Zug um Zug gegen Abtretung aller Vermögensrechte der Klagepartei aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 112 über 50.000,00 EUR vom 13.06.2005/21.06.2005 zu bezahlen,
2. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. haben die Klagepartei samtverbindlich von allen Verpflichtungen, die sie aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 112 über 50.000,00 EUR vom 13.06.2005/21.06.2005 treffen, freizustellen,
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. der Klagepartei samtverbindlich sämtliche weitere Schäden zu ersetzen haben, die ihr aus der Beteiligung an der E-Fonds Nr. 112 entstehen,
4. festzustellen, dass sich die Beklagtenparteien seit 03.01.2013 mit den Leistungen der Klageanträge Ziffer I - III in Annahmeverzug befinden.
(bzgl. Fonds Nr. 113)
1. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. werden samtverbindlich verpflichtet, an die Klagepartei einen Betrag von 41.300,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 % p.a. vom 19.07.2005 bis 02.01.2013 und 5 Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 03.01.2013 Zug um Zug gegen Abtretung aller Vermögensrechte der Klagepartei aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 113 über 50.000,00 EUR vom 19.07.2005/25.07.2005 zu bezahlen,
2. die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. haben die Klagepartei samtverbindlich von allen Verpflichtungen, die sie aus ihrer Beteiligung an der E-Fonds Nr. 113 über 50.000,00 EUR vom 19.07.2005/25.07.2005 treffen, freizustellen,
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 1. bis 3. der Klagepartei samtverbindlich sämtliche weitere Schäden zu ersetzen haben, die ihr aus der Beteiligung an der E-Fonds Nr. 113 entstehen,
4. festzustellen, dass sich die Beklagtenparteien seit 03.01.2013 mit den Leistungen der Klageanträge Ziffer I - III in Annahmeverzug befinden.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten behaupten, die Emissionsprospekte seien dem Kläger durch die Beklagte zu 3) vor Beitrittserklärung übergeben worden. Der in Anlagegeschäften erfahrene Kläger habe die Beteiligung gezeichnet, um Steuern zu sparen.
Sie sind der Ansicht, dass dem Kläger keine Zinszahlungen ab Zeichnung zustünden; er habe vielmehr erhaltene Steuervorteile in Abzug zu bringen. Die Beklagten berufen sich schließlich auf die Einrede der Verjährung.
Das Gericht hat durch Beschluss vom 21.03.2014 die Verfahren 3 O 394/13, 3 O 396/13, 3 O 413/13, und 3 O 475/13 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter dem Aktenzeichen 3 O 394/13 verbunden.
Das Gericht hat ferner Beweis erhoben durch Vernehmung der Beklagten zu 3) als Partei. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 21.03.2014 verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist unbegründet. Rückzahlungsansprüche hinsichtlich Einlage und Agio sowie Ersatzansprüche bezüglich entgangener Anlagezinsen des Klägers gegen die Beklagten folgen insbesondere weder aus § 280 Abs. 1 BGB noch aus §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB.
Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 3), gegen die allein ein vertraglicher Anspruch in Betracht kommt, keinen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB. Eine Aufklärungspflichtverletzung kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden.
Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger mit der Beklagten zu 3) einen Beratungs- oder Anlagevermittlungsvertrag geschlossen hat. Das Gericht hat nach Vernehmung der Beklagten zu 3) und Anhörung des Klägers in keinem der vier Beteiligungen feststellen können, dass die Beklagte zu 3) den nach Überzeugung der Kammer richtigen und unvollständigen Prospekt nicht übergeben oder von dem Prospekt abweichende und irreführende Angaben gegenüber dem Kläger gemacht hat (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.1993 - XI ZR 12/93 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 22.03.2011 - XI ZR 33/10 Rn. 22 ff.).
Die Beratung durch die Beklagte zu 3) war sowohl anleger- als auch objektgerecht (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.1993 - XI ZR 12/93 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 22.03.2011 - XI ZR 33/10 Rn. 22 ff.).
Die Beratung erfolgte anlegergerecht. Voraussetzung ist, dass der Berater Wissensstand, Ziel und Risikobereitschaft des Anlegers erfragt und zugleich das vorhandene Fachwissen abklärt. Eine Aufklärungspflicht besteht dann, wenn der Auftrag vom Anlageziel oder dem bisherigen Risikoprofil abweicht oder unbekannte Anlageformen empfohlen werden (Palandt, § 280 Rn. 48).
Nach dem Vortrag des beweispflichtigen Klägers habe er nach einer sicheren Anlage für seine Altersvorsorge gefragt. Die Beklagten stellen hingegen auf das klägerische Interesse an Steuerersparnis und dessen langjährige Anlegererfahrung ab. Wenn die Anlage auf eine Sicherung der Altersvorsorge angelegt

ist, so darf dem Interessenten nach ständiger Rechtsprechung keine risikoreiche Anlage empfohlen werden (BGH, Urt. v. 09.05.2000 - XI ZR 159/99 Rn. 11 ff.; BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09 Rn. 17). Schiffsfonds als geschlossener Fonds werden als hochspekulative Anlage eingeordnet. Die Anforderungen für eine ordnungsgemäße Beratung reduzieren sich in Abhängigkeit von den Vorstellungen, die der Anleger schon vor der Beteiligung von der Anlage hat (Palandt, § 280 Rn. 48). Vor dem Hintergrund der langjährigen Erfahrung im Anlegergeschäft kann eine Geschäftsunerfahrenheit des Klägers nicht angenommen werden.
Nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Beklagten zu 3) steht nicht zur Überzeugung der erkennenden Kammer fest, dass die vier Fondsbeteiligungen dem Kläger als zur Altersvorsorge geeignet empfohlen wurden. Der Kläger hat den Beweis nicht führen können. Die als Partei vernommene Beklagte zu 3) hat den Vortrag des Klägers, sie habe dem Kläger die Anlage als sicher und für die Altersvorsorge geeignet dargestellt, nicht bestätigt. Bereits aufgrund dieser widersprechenden Aussagen waren für die Kammer keine sicheren Feststellungen zu dem streitigen Sachvortrag des Klägers möglich. Zudem gab es auch keine objektiven Anhaltspunkte, die für den streitigen Vortrag des Klägers sprechen könnten. Überdies vermag die Kammer ohnehin über den genauen Ablauf und Gesprächsinhalt von Gesprächen, die über neun Jahre zurückliegen, insgesamt keine sicheren Feststellungen zu treffen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass bei einem solch lange zurückliegenden Geschehen, etwaige Erinnerungslücken lediglich mit Gedankenverbindungen ausgefüllt werden, die dem Kläger bzw. der Beklagten zu 3 heute als plausibel erscheinen. Die letztlich für das erkennende Gericht verbleibenden Zweifel gehen aber zu Lasten des beweisbelasteten Klägers.
Der Kläger ist beweispflichtig geblieben.
Die Beratung erfolgte zudem objektgerecht. Voraussetzung für eine objektgerechte Beratung ist, dass der Anlegerberater den Interessenten richtig und vollständig informiert, ihn bezüglich aller Umstände und Risiken aufklärt, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sein können (BGH, Urt. v. 22.03.2011 - XI ZR 33/10 Rn. 20; BGH, Urt. v. 01.12.2011 - III ZR 56/11 Rn. 9 f.; Palandt, § 280 Rn. 48 ff., 54).
Er erfüllt seine Verpflichtung - als eines von mehreren Mitteln (BGH, Urt. v. 11.05.2006 - III ZR 205/05 Rn. 9) -, durch die rechtzeitige Übergabe eines richtigen und vollständigen Prospekts (OLG Köln, Urt. v. 04.09.2012 - 24 U 65/11 Rn. 25; Palandt, § 311 Rn. 70). Nach der Rechtsprechung hat die Prospektübergabe grundsätzlich so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss zu erfolgen, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (vgl. BGH WM 2007, 1608; BGH WM 2005, 833, BGH NJW 2012, 2427). Dabei ist die Übergabe des Prospekts aber bereits dann rechtzeitig erfolgt, wenn der Anlageinteressent nur hinreichend Zeit zur Lektüre des Prospekts hatte und er den Zeitpunkt der Zeichnung - ohne zwingenden Grund - selbst kurzfristig bestimmt (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2011, 1549). Die Zeichnungszeitpunkte hat der Kläger im vorliegenden Fall immer selbst (kurzfristig) bestimmt, obgleich er die Möglichkeit zur eingehenden Lektüre des Prospekts hatte. Eine besondere Eilbedürftigkeit der Zeichnung der Anlagen ist vom Kläger konkret nicht vorgetragen worden .Insoweit war es aber allein die Entscheidung des Klägers, die Zeichnungsscheine zu unterzeichnen, ohne die Verkaufsprospekte aufmerksam durchzulesen. Wer eine Urkunde ungelesen unterschreibt, kann aus seiner Unkenntnis keinerlei Rechte herleiten (BGH NJW 1968, 2102, Palandt § 199 Rn. 9).
Ferner darf er in dem mündlichen Beratungsgespräch nicht von den Angaben des Prospekts in verharmlosender oder irreführender Weise abweichen (Palandt, § 280 Rn. 49).
Der Kläger trägt vorliegend die Beweislast für Nichtübergabe des Prospekts und irreführende Angaben in der Beratung (vgl. BGH, Urt. v. 11.05.2006 - III ZR 205/05 Rn. 6 f.; Palandt, § 280 Rn. 36, 50).
1. Der Kläger hat den Beweis nicht führen können, dass der Prospekt ihm nicht vor Zeichnung übergeben oder übersandt worden ist. Die Aussage der Beklagten zu 3) hat seinen Vortrag nicht bestätigt. Bereits aufgrund dieser widersprechenden Aussagen waren für die Kammer keine sicheren Feststellungen zu dem streitigen Sachvortrag des Klägers möglich. Zudem gab es auch keine objektiven Anhaltspunkte, die für den streitigen Vortrag des Klägers sprechen könnten. Überdies vermag die Kammer ohnehin über den genauen Ablauf und Gesprächsinhalt von Gesprächen, die über neun Jahre zurückliegen, insgesamt keine sicheren Feststellungen zu treffen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass bei einem solch lange zurückliegenden Geschehen, etwaige Erinnerungslücken lediglich mit Gedankenverbindungen ausgefüllt werden, die dem Kläger bzw. der Beklagten zu 3 heute als plausibel erscheinen. Die letztlich für das erkennende Gericht verbleibenden Zweifel gehen aber zu Lasten des beweisbelasteten Klägers.
Der Kläger ist bezüglich der Nichtübergabe beweisfällig geblieben.
2. Bei dem vorliegenden Prospekt handelt es sich ferner nach Ansicht der Kammer auch um einen richtigen und vollständigen Prospekt. Die folgenden, von dem Kläger geltend gemachten Prospektfehler sind nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht feststellbar.
(1) Totalverlustrisiko/Leverage-Risiko
Durch die Prospekte wird der Anleger hinreichend über das Totalverlustrisiko/Leverage-Risiko informiert. Bei den hier vorliegenden Schiffsfonds ist in Bezug auf das Totalverlustrisiko grundsätzlich zu berücksichtigen, dass den Verbindlichkeiten der Beteiligungsgesellschaft der Sachwert des Schiffs gegenübersteht

(BGH, WM 2007, 1503; BGH, WM 2007, 1507). Eine ausnahmslose Pflicht, über das Verlustrisiko - unabhängig von konkreter Ausgestaltung von Beteiligungsangebot und Risikostruktur - zu informieren, besteht nicht (BGH, NJW-RR 2010, 115).
Ferner ist für Fonds Nr. 109 auf das Kapitel "Chancen und Risiken", insbesondere auf S. 52 des Emissionsprospekts (Bd. I, Anl. S&J 2), zu verweisen. Dort heißt es: "Abweichungen einzelner wirtschaftlicher Eckdaten oder die Kumulierung von Abweichungen mehrerer Eckdaten können dazu führen, dass sich das kalkulierte Gesamtergebnis für den Anleger deutlich verschlechtert oder sogar zu einem Totalverlust der Beteiligung führt. (...) Wer dennoch nach sorgfältigem Studium dieses Prospekts das unternehmerische Risiko als zu hoch einschätzt, sollte sich nicht beteiligen." Damit wurde über das Totalverlustrisiko in ausreichendem Maße aufgeklärt. Nichts anderes kann für das "Leverage"-Risiko gelten, das durch die Warnungen vor vollständigem Verlust hinreichend deutlich vor Augen geführt wurde. Neben diesem denkbar deutlichen Hinweis in dem Kapitel zu bestehenden Risiken wird mehrfach im Prospekt über die Unbeständigkeit der Aussichtslage informiert. Gleich zu Beginn wird nach vertriebstypischen Anpreisungen auf S. 6 erklärt: "Doch der Schiffsmarkt war, ist und bleibt ein volatiler Markt. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass mit kurzfristigen Charterverträgen oftmals keine auskömmlichen Ergebnisse erreicht werden (...)." Auf S. 11 unter der Überschrift "Risikohinweis" wird erörtert: "Schiffsbeteiligungen, wie jede andere Anlageform auch, haben ihre eigenen Chancen und Risiken. Unterschiedliche Faktoren wirken sich direkt auf die wirtschaftliche Entwicklung einer jeden Schiffsbeteiligung aus. (...) Das Beteiligungsangebot ist für Anleger geeignet, die ggf. bei einem unerwartet negativen wirtschaftlichen Verlauf, den eintretenden Totalverlust der Beteiligung in Kauf nehmen können."
Gleichwertige, mitunter wortlautidentische Angaben finden sich in den weiteren Prospekten, so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 6, 52; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) jeweils auf S. 6 u. 31.
(2) Haftungsaufleben nach § 172 Abs. 4 HGB
Hinsichtlich des Wiederauflebens der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB ist ein bloßer Hinweis auf die Kommanditistenhaftung ausreichend. Nicht notwendig ist hingegen eine darüberhinausgehende Erklärung der Regelung des § 172 Abs. 4 HGB in abstrakter Hinsicht (BGH, WM 2009, 2387).
Bei dem Emissionsprospekt des Fonds Nr. 109 (Bd. I, Anl. S&J 1) stellt es sich so dar, dass neben dem Abschnitt "Allgemeines. Haftung" im Rahmen von "Chancen und Risiken" auf S. 56 auf S. 62 im Kapitel "Rechtliche und steuerrechtliche Grundlagen" das Wiederaufleben der Haftung ausdrücklich beschrieben wird. Dort heißt es: "Solange und soweit das Eigenkapital durch Entnahmen (z.B. in Form von Ausschüttungen) einen Nominalwert unter der im Handelsregister eingetragenen Hafteinlage aufweist, lebt die Haftung jedoch gemäß § 172 Abs. 4 HGB bis zur Höhe der Entnahme wieder auf. Im Ergebnis gilt dies auch für die sich an der Gesellschaft mittelbar als Treugeber über den Treuhandkommanditisten beteiligenden Zeichner." Auch die Ausführungen im Gesellschaftsvertrag unter § 4 Ziff. 5, § 11 Ziff. 5 stellen einen integralen Bestandteil des Prospekts dar und dürfen bei der Einschätzung nicht vernachlässigt werden (OLG Hamm, Urt. v. 09.03.2011 - 8 U 132/10; OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2012 - 8 U 256/11; OLG Hamm, Urt. v. 18.04.2012 - 8 U 233/11).
Der Kläger verweist indes auf das Urteil des Landgerichts Münster vom 04.02.2005 - 16 O 104/04. Der dort gelagerte Fall entspricht allerdings nicht dem vorliegenden, da dort von den Prospektverantwortlichen im Zusammenhang mit den Ausschüttungen das Wiederaufleben der Haftung explizit - und damit unrichtig - verneint wurde. In dem streitgegenständlichen Prospekt zum Fonds Nr. 109 wurde hingegen eine Rückzahlung des Haftungskapitals nicht ausgeschlossen. In dem vom OLG Hamm bestätigten Prospektfehler, Urteil vom 28.08.2006 - 8 U 60/05, wurde bemängelt, dass der Hinweis versteckt unter dem Stichwort "steuerliches Konzept" gegeben wurde. Vorliegend wird über die Problematik des Auflebens der Haftung in einem eigens betitelten Kapitel "Chancen und Risiken" unter der Überschrift "Haftung" informiert, also durchaus transparent und an der Stelle, an der ein unbefangener Anlageinteressent eine entsprechende Aufklärung vermuten würde.
Bei den weiteren Prospekten finden sich vergleichbare Angaben zum Wiederaufleben der Haftung, so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 56, 91 und § 4 Ziff. 5, § 11 Ziff. 5 Gesellschaftsvertrag; zu den Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 34 f., 79, 90, § 4 Ziff. 5, § 11 Ziff. 5 Gesellschaftsvertrag.
(3) Mangelnde Fungibilität
Die Emissionsprospekte weisen deutlich auf die nur eingeschränkte Fungibilität der Beteiligungen hin. Bei einer nur eingeschränkten Fungibilität handelt es sich um einen grundsätzlich aufklärungsbedürftigen Umstand (BGH, WM 2007, 542; BGH, WM 2007, 1608).
Der Prospekt zum Fonds Nr. 109 weist auf S. 35 f. hinreichend deutlich auf die nur eingeschränkte Fungibilität und das damit verbundene Risiko hin. Das Fungibilitätsrisiko wird transparent an markanter Stelle, in dem Kapitel "Chancen und Risiken" unter "Fungibilität und Kündigung der Beteiligung" erörtert: "Ein Engagement im Seeschiffsbereich sollte immer unter langfristigen Aspekten erfolgen. Gleichwohl ist eine Übertragung oder der Verkauf einer Beteiligung mit Zustimmung der Komplementärin (...) grundsätzlich jederzeit möglich. Die Fungibilität von Fondsanteilen steigt mit dem Erfolg der Beteiligung. Jedoch sollten

die Anleger berücksichtigen, dass ein vorzeitiger Verkauf der Beteiligung bei nicht planmäßiger Entwicklung und unter Berücksichtigung der bisherigen steuerlichen Ergebnisse nur mit Preisabschlägen auf den Nominalwert der Beteiligung oder unter Umständen überhaupt nicht zu realisieren ist. Wirtschaftlich sinnvoller und profitabler dürfte grundsätzlich das Warten auf den späteren Verkauf des Fondsobjektes sein."
Bezüglich des klägerseits vorgetragenen unzumutbaren Risikos aufgrund der Zustimmungsbedürftigkeit durch die Gesellschaft ist auf § 3 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrags zu verweisen: "Die Abtretung - auch zur Sicherheit - bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der E-Fonds Nr. 109 T, die nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf." Da die Zustimmung der Gesellschafterin nur aus wichtigem Grund nicht erteilt werden darf - der im Prospekt auch konkretisiert wird -, besteht keine unzumutbare Beschränkung des Klägers.
Gleichwertige Erklärungen finden sich auch in den drei weiteren Fondsprospekten; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 57; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) sowie Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 35 f. Die Aufklärung in den drei Prospekten wird jeweils durch § 3 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrags ergänzt.
(4) Mögliche Insolvenz der persönlich haftenden Gesellschafterin, Beteiligungstreuhänderin
Bei dem Insolvenzrisiko handelt es sich schon nicht um einen aufklärungspflichtigen Umstand. Der Kläger ist der Ansicht, die Prospekte müssten über eine mögliche Insolvenz sowohl der persönlich haftenden Gesellschafterin als auch der Beteiligungstreuhänderin informieren. Denn die Insolvenz sei regemäßig mit dem Verlust der Steuervorteile verbunden. Hinsichtlich der Insolvenz der Treuhänderin sieht der Kläger die Gefahr, dass unüberschaubare Abfindungssummen in diesem Fall entstehen würden, die die Beteiligungsgesellschaft nicht bedienen könnten. Zudem würden die Treugeber bis zur Höhe der ausstehenden Einlagen aller Treugeber bzw. bis zur Höhe der nicht geleisteten Haftsumme haften.
Bei dem allgemeinen Insolvenzrisiko handelt es sich nach Auffassung der erkennenden Kammer um ein jedem Anleger zugängliches und verfügbares Allgemeinwissen. Schon aus dem mitgeteilten unternehmerischen Charakter der Beteiligung ergibt sich ein immanentes Insolvenzrisiko. Ein konkretes Risiko war aus Sicht der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar. Eine Pflicht zur Aufklärung in einem Emissionsprospekt besteht allein dann, wenn zu dem allgemeinen Risiko weitere, risikoerhöhende spezielle Risiken treten. Anhaltspunkte für eine derartige Risikoerhöhung sind nicht ersichtlich (vgl. hierzu auch BGH, NJW 2006, 2041; BGH, NJW-RR 2010, 115; BGH, NJW 2012, 62; LG Frankfurt, Urt. v. 28.11.2008 - 2-19 O 62/08, BeckRS 2008, 25103; LG München I, Teilurteil vom 16.03.2010 - 28 O 1377/09, BeckRS 2011, 00704).
(5) Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten zum Direktkommanditisten
Eine Aufklärungspflicht bezüglich einer vermeintlichen Schlechterstellung von Treuhandkommanditist gegenüber Direktkommanditist besteht nicht.
Es ist nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht erkennbar, worauf die Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten gegenüber dem Direktkommanditisten tatsächlich gründen sollte. Der Kläger verweist auf die Stellung als "Als-ob-Kommanditist". Letztlich macht er damit aber lediglich auf ein rechtliches Konstrukt aufmerksam, dass häufig bei Publikums-KG in zulässiger, rechtlich üblicher Form zum Tragen kommt (BGH II ZR 134/11, II ZR 242/11, II ZR 304/00). Es bedarf keiner besonderen, da risikoerhöhenden Aufklärung. Die Treuhänderin hält das Recht für Rechnung des Treugebers, als wäre dieser selbst Rechtsinhaber. Wirtschaftlich wäre der Treugebertisch die Treuhänderin Rechtsinhaber. Der Treuhänderin kommt ihre Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB zu, solange sie die Haftsumme nicht durch Einlage gedeckt hat, und nach § 172 Abs. 4 HGB hinsichtlich einlagemindernder Ausschüttungen. Es handelt sich also um eine anerkannte rechtliche Gestaltung (vgl. K. Schmidt, JuS 2010, 1022 ff.).
Auf S. 46, 56, 61 f. des Prospekts zum Fonds Nr. 109 und im Treuhandvertrag wird die Haftung ausführlich dargestellt. Wenn man diese Beteiligungsform nicht wünscht, so wird auf S. 61 zudem die Möglichkeit eines unmittelbaren Beitritts als Kommanditist vorgestellt. Die weiteren Prospekte beinhalten ähnliche Ausführungen, so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 94 ff. im Treuhandvertrag; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 116 ff. im Treuhand- und Verwaltungsvertrag.
(6) Erlaubnispflichtige Garantie- und Dienstleistungsverträge
Eine Aufklärungspflichtverletzung bezüglich erlaubnispflichtiger Garantie- und Dienstleistungsverträge besteht nicht. Nach dem klägerischen Vortrag fehle eine Erläuterung der erlaubnispflichtigen Garantie- und Dienstleistungsverträge in den Prospekten. Durch die Fondsgesellschaft abgeschlossene Garantieverträge würden möglicherweise als Bankgeschäfte im Sinne von § 1 KWG und sodann als erlaubnispflichtig im Sinne des KWG qualifiziert. Zwar ist der Anleger grundsätzlich umfassend über das Geschäftsmodell zu informieren hinsichtlich seiner Chancen und Risiken. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird § 1 Abs. 1 KWG allerdings im Zusammenhang mit Fondsgeschäften tendenziell eher nicht weit ausgelegt (BGH, NJW-RR 2010, 1187, 1188). Es wird nach Auffassung der erkennenden Kammer nicht deutlich, inwieweit Grund zu der geäußerten Befürchtung bestehe und inwieweit eine solche Qualifizierung für die Beklagten vorhersehbar gewesen sei. Sie stellt sich daher aus derzeitiger Sicht als eher fernliegend dar (vgl. LG München I, Urteil vom 19.10.2009 - 28 O 879/09, BeckRS 2011, 01309).

(7) Mögliche Insolvenz der Gründungskommanditisten
Auch bezüglich einer möglichen Insolvenz der Gründungskommanditisten besteht keine Aufklärungspflicht. Auf die Ausführungen zu dem Insolvenzrisiko der persönlich haftenden Gesellschafterin, Beteiligungstreuhänderin wird Bezug genommen.
(8) Abgrenzung Ausschüttungsbegriff im Sinne des Prospekts und des HGB
Der im Prospekt verwendete Ausschüttungsbegriff deckt sich auch mit der Verwendung im Sinne des HGB. Die Begriffsverwendung ist nicht irreführend. Auf die Ausführungen zu dem Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wird Bezug genommen. Dass die Haftung auch bei Auszahlung des Agios wiederaufleben kann, ist von den erörternden Hinweisen erfasst und bedarf keiner gesonderten Aufklärung. Die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB erfasst auch das Agio (BGH Urt. v. 5.5.2008 - II ZR 105/07).
Unter Ausschüttungen versteht das HGB eine Form der Ergebnisverwendung, die an die Gesellschafter aufgrund ihrer Gesellschafterstellung ausgezahlt wird (Wiedmann, in: Ebenroth et al., HGB, § 268 Rn. 1). Der Kläger trägt nicht vor, an welcher konkreten Stelle der Prospekte von diesem Verständnis in irreführender Weise abgewichen wird. Hinsichtlich des Vorwurfs, bei Verweis auf § 172 Abs. 4 HGB erfolge keine Klarstellung bezüglich der relevanten Haftsumme wird auf die ausdrückliche Formulierung auf S. 56 des Prospekts zu Fonds Nr. 109 verwiesen: "Sollte jedoch infolge von Ausschüttungen (= Entnahmen) das Eigenkapitalkonto herabgesetzt werden, lebt gemäß § 172 HGB die Haftung in Höhe der Ausschüttungen wieder auf."
Dem Vortrag, es würde nicht über die Risiken gesellschaftsrechtlicher Regelungen aufgeklärt, seien allein die Ausführungen auf den S. 35, 74 ff., 112 gegenübergestellt. Insbesondere wird auf S. 56 im Anschluss an das § 172 Abs. 4 HGB-Risiko erörtert: "Die Auszahlungen werden nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag als Darlehen gegenüber dem Kommanditisten/Treugeber behandelt und können ggf. von der Gesellschaft im Bedarfsfall einer Liquiditätsenge zurückgefordert werden." Dieses in der Tat erhöhte Risiko wird also - auch unter Verweis auf den Gesellschaftsvertrag als integraler Bestandteil des Prospekts mit weiteren Ausführungen - dargelegt.
Bei den weiteren Emissionsprospekten finden sich vergleichbare Angaben; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 54, 62 u. 91; Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) jeweils auf S. 34 f., 76, 79 u. 112.
(9) Vertragspartner
Die Vertragspartner werden in den Emissionsprospekten hinreichend transparent vorgestellt. Dabei handelt es sich - auch in Hinblick auf die Vertriebsstruktur - um einen aufklärungspflichtigen Umstand (BGH, NJW 2010, 1077, 1079). Allerdings werden auf S. 42 ff. des Emissionsprospekts zu Fonds Nr. 109 in einem eigenen Kapitel "Beteiligte und Partner" die Beteiligten benannt und in Aufgaben und Funktion vorgestellt. Wenn diese personellen Verflechtungen - wie hier - offengelegt werden, bedarf es nicht mehr einer expliziten Erörterung - damit auf der Hand liegender - Interessenlagen und möglicher -konflikte.
Auch in den drei weiteren Prospekten werden die Vertragspartner beschrieben; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 42 ff. "Beteiligte und Partner"; für die Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) in dem eigenen Kapitel "Verträge und Vertragspartner" auf S. 60 ff.
(10) Weichkosten/Mittelverwendung
Die Emissionsprospekte enthalten umfassende Informationen hinsichtlich der Weichkosten und Mittelverwendung. Über Weichkosten, die in nicht unerheblicher Höhe anfallen, muss ein Prospekt aufklären. Dem Anleger ist zu verdeutlichen, in welchem Umfang seine Leistungen nicht in das Anlageobjekt, sondern in Anschaffungs- und Herstellungskosten investiert werden (BGH, NJW 2006, 2042, 2043). Fehlerhaft ist es daher, wenn dem Anleger nicht vor Augen geführt wird, in welchem Umfang seine Beteiligung nicht in das Objekt eingeht, wenn beispielsweise Werbungskosten mit einem unrichtigen Anteil am Gesamtaufwand ausgewiesen werden. Dem Anlageinteressenten ist es nicht zumutbar, zunächst durch eine Reihe von Rechengängen zu einer korrekten Feststellung zu kommen (BGH, NJW 2006, 2042, 2043).
Auch die von dem Kläger angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen sind nicht einschlägig, da sie zum einen die Problematik von nicht vollständig offen gelegten Innenprovisionen - Verschleierung hoher Provisionen durch den schlichten Hinweis auf "weitere Vergütung" - (BGH, Urt. v. 09.02.2006 - III ZR 20/05, Rn. 4 ff.), zum anderen die Frage von unstrukturierter und unübersichtlicher Darstellung der Kosten betrafen (BGH, Urt. v. 01.03.2004 - II ZR 88/02 Rn. 24 ff.).
Vorliegend wurde die Höhe der Weichkosten korrekt angegeben. Sie werden mehrfach, so in dem Emissionsprospekt zu Fonds Nr. 109 auf S. 27, 30 f., 54 ff. und in der Anlage zum Gesellschaftsvertrag (S. 93) mitgeteilt. So wird beispielsweise in der Übersicht auf S. 27 "Mittelherkunft und Mittelverwendung" verdeutlicht, dass von dem Investitionsvolumen in Höhe von 79.699 T EUR ein Betrag von 5.595 T EUR für "Vertrieb und Einwerbung des Beteiligungskapitals" eingesetzt wird. Für den sorgfältigen Anlageinteressenten sind die Angaben nach einer Gesamtschau des Prospekts ausreichend aufschlussreich und erfordern keinen beachtlichen Rechenaufwand.
Die weiteren Prospekte sind vergleichbar aufschlussreich; zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 27 ff., 54; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 32 f., 41 ff.

(11) Chartereinnahmen
Der Kläger wurde durch die Prospekte ausreichend in Bezug auf Chartereinnahmen informiert.
Auf S. 28, 30, 53 des Prospekts zum Emissionsprospekt des Fonds Nr. 109 wird auf das Risiko hingewiesen, dass die Chartereinnahmen schwanken und unter dem Eindruck eines weltweiten Verfalls der Chartereinnahmen stehen. So heißt es dort auf S. 53 in dem Kapitel "Chancen und Risiken" unter "Chartereinnahmen": "Die Nachfrage nach Transporten zur See wird entscheidend von der weltweiten Nachfrage bestimmt. Eine langfristige Marktschwäche oder nachhaltige Änderungen der Verbrauchsgewohnheiten - vor allem in den Industrienationen - können zu einem Rückgang des Transportaufkommens führen. Dies kann wiederum die Ertragslage des Charterers/Chartergaranten derart beeinflussen, dass ihm die Erfüllung seiner Verpflichtungen teilweise oder gänzlich unmöglich wird (...). Im Extremfall kann dies zur Aufgabe des Geschäftsbetriebes führen oder den Verlust des Beteiligungskapitals bedeuten." Auf S. 28, 30 werden die Chartereinnahmen zudem in Tabellenform von 2004 bis 2015 nochmals präzisiert. Damit wird deutlich, dass die Chartereinnahmen durchaus geringer als prospektiert ausfallen können. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die angestellte Prognose sich aus damaliger Sicht ex-ante als unvertretbar dargestellt hätte (vgl. auch LG Dortmund, Urt. v. 08.11.2013 - 3 O 125/13, BeckRS 2013, 21095).
Ähnliche Hinweise finden sich auch in den drei weiteren Prospekten; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 30, 53; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 31 f. u. 44.
(12) Fremdwährungsrisiko
Die Prospekte klären ausreichend umfänglich über das Fremdwährungsrisiko auf.
Das Fremdwährungsrisiko wird mit einer illustrierenden Analyse auf S. 36 des Prospekts zu Fonds Nr. 109 erläutert, so dass es auf S. 52 heißt: "Abweichungen von der Höhe des kalkulierten Wechselkurses können sich negativ auf die Höhe der Ausschüttungen auswirken." Der Kläger trägt nicht vor, dass die zugrunde gelegten Kalkulationen unrichtig wären.
Das Fremdwährungsrisiko wird auch in den anderen Prospekten erörtert; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 30, 52; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 32 u. 51.
(13) Steuerliche Risiken/steuerliche Belastung des Fonds, insb. volle Steuerpflichtigkeit des Unterschiedsbetrags
Die Prospekte klären auch ausreichend über steuerliche Risiken und Belastungen der Fonds auf. Die steuerliche Behandlung des Anlageobjekts gehört regelmäßig zu den aufklärungspflichtigen Umständen in einem Prospekt (vgl. BGH, BKR 2003, 759, 761 f.). Allerdings wird auf S. 55 ff. des Prospekts zu Fonds Nr. 109 auch eingehend auf die risikobehafteten Umstände eingegangen. So heißt es auf S. 55 beispielsweise ausdrücklich: "Grundlage für die steuerlichen Aussagen und die Berechnungen ist die derzeit gültige Rechtslage. Grundsätzlich besteht das Risiko veränderter steuerlicher Ergebnisse aufgrund von zukünftigen Änderungen der steuerlichen Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber, die Finanzverwaltung oder die Rechtsprechung. Im Zeitpunkt der Prospektherausgabe bereits bekannte Gesetzesänderungen wurden jedoch berücksichtigt. Weiterhin besteht die Möglichkeit veränderter steuerlicher Ergebnisse aufgrund einer vom Prospekt abweichenden Beurteilung eines oder mehrerer Sachverhalte durch die Finanzverwaltung. Dies gilt insbesondere bezüglich der zugrunde zu legenden steuerlichen Nutzungsdauer des Schiffes, auf der die Höhe der jährlichen Abschreibungen basiert." Es wird hiermit hinreichend deutlich, dass die steuerliche Beurteilung von der geltenden Gesetzeslage und der behördlichen Bewertung abhängt. Es ist durchaus vertretbar, von der damals aktuellen auszugehen und zugleich auf die Unsicherheiten hinsichtlich Änderungen zu verweisen. Dabei kann dahinstehen, ob die tatsächliche Entwicklung hinsichtlich der Gewerbesteuer der im Prospekt angegebenen entsprach und ob Gewerbesteuern zu zahlen waren. Denn in den Emissionsprospekten handelt es sich allein um Prognosewerte, die aus der ex-ante-Sicht allein vertretbar sein müssen. Das war mangels gegenteiliger Anhaltspunkte bei den vier Beteiligungen der Fall. Das Prognoserisiko trägt der Anleger (BGH, Urt. v. 23.04.2012 - II ZR 75/10).
Ähnliche Angaben zu Prognosecharakter und Risiko steuerlicher Veränderbarkeit finden sich auch in den Prospekten zu den drei weiteren Fonds; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 62 ff.; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 33 ff.
Entgegen der Ansicht des Klägers waren die Änderungen in der Entwicklung zum Zeitpunkt der Prospektherausgabe und der Zeichnungen nicht absehbar. Sie waren entgegen dem Vortrag des Klägers nicht seit dem Jahr 2000 bekannt. Ferner ist nicht ausschlaggebend, ob entsprechende Verfahren bei dem Bundesfinanzhof im Jahr 2005 anhängig waren. Der Vortrag, dass seit Anfang der 2000er Jahre zahlreiche einschlägige Entscheidungen ergangen sind, wurde nicht substantiiert vorgetragen. Maßgeblich ist, dass die Frage zum Zeitpunkt der Herausgabe der Prospekte und der Zeichnungen nicht höchstrichterlich entschieden war.
Die maßgebliche Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 06.07.2005 (Az. VIII R 72/02), die wie alle Entscheidungen des Bundesfinanzhofs gemäß § 110 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung zunächst nur die am Rechtsstreit beteiligten Personen bindet, war zu diesem Zeitpunkt bis zur Prospektherausgabe nur in

der nicht veröffentlichten Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs zu finden, in einem weiteren (veröffentlichten) Urteil des BFH (VIII R 74/02) zitiert sowie in einem Aufsatz in der FR 2007, S. 205 bis 209 besprochen worden. Die Finanzverwaltung, auf deren Umsetzung es für die Steuerpflicht des Fonds ankommt, ist aber nur an Urteile gebunden, die das Bundesfinanzministerium im Bundessteuerblatt II veröffentlicht hat. Erst durch eine Veröffentlichung der Urteile des Bundesfinanzhofs bzw. Beschlüsse im Bundessteuerblatt Teil II (BStBl II) werden die Finanzämter angewiesen, diese Urteile des Bundesfinanzhofs auch in anderen Fällen anzuwenden.
Auf die Möglichkeit, von der Entscheidung "online" Kenntnis zu nehmen, kommt es - außerhalb der offiziellen Seite des BMF - damit nicht an. Im Bundessteuerblatt ist die Entscheidung erst nach Prospektherausgabe und Zeichnung der Beteiligung durch die Kläger veröffentlicht worden. Gleiches gilt für die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom gleichen Tag (Az. VIII R 74/02). Das Bundesfinanzministerium hat die Verwaltungspraxis aufgrund dieser Entscheidung durch entsprechende Anweisung an die Finanzämter erst am 31.10.2008, und damit ebenfalls nach Herausgabe des Prospekts und nach Zeichnung der Anlage durch den Kläger geändert (OLG Hamm 31 U 193/13 Urteil vom 31.03.2014). Diese Entwicklung war für die Beklagten nicht vorhersehbar und damit auch nicht aufklärungspflichtig. Auf die grundsätzliche Änderbarkeit und den temporären Charakter wurde wie gezeigt in den Prospekten deutlich hingewiesen.
(14) Kosten von Schiffbetrieb und Verwaltung
Die Kosten von Schiffbetrieb und Management wurden in den Emissionsprospekten offen gelegt. Der Kläger trägt schon nicht vor, welche Kosten für Schiffbetrieb und Verwaltung dem Kläger tatsächlich unbekannt geblieben sind.
Auf S. 30 f., 44 f. des Emissionsprospekts zu Fonds Nr. 109 findet sich eine hinreichende Aufklärung bezüglich Schiffsbetriebskosten, Schiffsmanagement und Broker-Kommission. So werden Beträge bezüglich der täglichen Schiffsbetriebskosten und der täglichen Rücklage auf S. 44 ausgewiesen. Der Anleger wird entgegen dem Vortrag des Klägers nicht im Unklaren gelassen, auf welchen Grundlagen die Berechnungen beruhen. Es wird darauf hingewiesen, dass die Höhe von der täglichen Rücklage für die Dockung des Schiffs abhängt. Die Budgetierung wird für den Zeitraum 2004 bis 2015 zwischen Schiffsbetriebskosten, Dockungsrücklage und Managementkosten aufgeschlüsselt. Eine weitere Differenzierung, in welcher Höhe beispielsweise Zahlungen an einzelne Versicherungen und für den Personalaufwand geleistet werden, ist nicht geboten. Ein Hinweis, dass die zur Durchführung eines ordentlichen Reedereibetriebes notwendigen Versicherungen für Terror- und Kriegsrisiken, Verdienstausfall, Kaskoschäden und Haftpflicht, Havarie und Untergang im marküblichen Umfang abgeschlossen wurden, ist ausreichend (S. 31).
Es kann dahinstehen, ob die Betriebskosten tatsächlich höher als angegeben ausgefallen sind. Denn bei den prospektierten Angaben handelt es sich lediglich um Prognosewerte, die der Vertretbarkeitskontrolle unterliegen. Der Kläger trägt schon nicht vor, dass die Angaben aus ex-ante-Sicht in den Jahren 2004/2005 unvertretbar gewesen seien. Allein der Hinweis auf einzelne Betriebskostenstudien aus den Jahren 2009 und 2012 kann ersichtlich nicht genügen (vgl. BGH, Urt. v. 24.02.1002 - II ZR 89/91; OLG Hamm, Urt. v. 09.03.2011 - 8 U 133/10, I-8 Z 133/10; 8 U 132/10, I-8 U 132/10).
Die Kosten werden auch in den weiteren Prospekten dargestellt; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 30 f.; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 44 f.
(15) Versicherungen bei Schiffsbetrieb im Ausland
Die Beklagten trifft keine Aufklärungspflicht bezüglich möglicher notwendiger Versicherungen beim Schiffsbetrieb im Ausland. Aufklärungspflichten bestehen bezüglich die Anlegerentscheidung beeinflussenden Faktoren. Es wird schon nicht deutlich, inwiefern Versicherungen beim Schiffsbetrieb im Ausland die Anlegerentscheidung hätten beeinflussen können.
(16) Schiffsverkauf
Der Kläger wurde auch über steuerliche und liquiditätsmäßige Folgen eines Schiffsverkaufs ausreichend bei allen vier Beteiligungen in den Emissionsprospekten aufgeklärt.
So finden sich auf S. 34 ff. des Prospekts zu Fonds Nr. 109 hinreichende Erörterungen. Es werden unterschiedliche Gestaltungen bei variierendem Veräußerungspreis zwischen "konservativ kalkuliert" und "alternativ; Markt entwickelt sich positiver als im Basisszenario unterstellt" vorgestellt. Auf den S. 48 ff. wird beispielhaft ein Szenario für die Veräußerung der T und die Auflösung der Beteiligungsgesellschaft zum Ende von 2015 durchkalkuliert. Da hier sowohl ein Basisszenario als auch in Abwandlung Alternativszenarien durchgespielt werden, kann nicht von einem Verschweigen eines möglichen Schiffsverkaufs oder einer mangelnden Information ausgegangen werden. Der Kläger trägt gegen die genannten Angaben keine Einwendungen vor, die diese als unvertretbar belegen würden.
Auch die drei weiteren Emissionsprospekte erörtern Folgen eines Schiffsverkaufs; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 34 ff.; zu den Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) ebenfalls auf S. 48 ff. unter "Fondsrechnungen. Veräußerung".
(17) Mögliche Änderungen bezüglich Genehmigungen, § 7 Flaggenrechtsgesetz

Mangels Informationspflicht ist auch ein diesbezüglicher Aufklärungsfehler ausgeschlossen. Der Kläger vermisst einen Hinweis auf mögliche Änderungen in Hinsicht auf Genehmigungen nach § 7 Flaggenrechtsgesetz. Der Regelungsgegenstand von § 7 Flaggenrechtsgesetz in der maßgeblichen Fassung vom 07.11.2011 bis 07.11.2006 betrifft den Umstand, ein Schiff unter anderer Nationalflagge als der Bundesflagge zu führen (Ausflaggungsgenehmigung). Ein aufklärungsbedürftiger Umstand geht hieraus nicht hervor.
(18) Schiffsmarktbedingte Risiken
Die Emissionsprospekte klären in hinreichender Deutlichkeit über die Risiken des Schiffsmarkts auf. Die dort angestellten Prognosen erscheinen nach Auffassung des erkennenden Gerichts aus der maßgeblichen ex-ante-Perspektive jedenfalls nicht unvertretbar. Wenn der Kläger sich auf die Mitteilung einer - wenn auch durch Expertise ausgezeichneten - Einzelmeinung beruft, so ist dieser Hinweis nicht ausreichend, um die Unvertretbarkeit der Prognose zu belegen. Vielmehr legen die Emissionsprospekte offen, dass es sich bei dem Schiffsmarkt um einen volatilen handelt, die Prognosen nur über zeitlich begrenzte Aussagekraft verfügen, so zu Fonds Nr. 109 (Bd. I, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 52 ff. sowie zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 31 ff.
(19) Faktische Geschäftsführung durch fremdfinanzierende Banken
Die Emissionsprospekte klären ferner in ausreichender Weise über die Rolle der finanzierenden Banken auf.
Für die vorgetragene risikobehaftete faktische Geschäftsführung der Banken sind schon keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich. Es wird nicht deutlich, inwiefern bei den Fonds eine Fondsleitung durch Banken erfolgen würde. Wenn der Kläger vorträgt, dass die Banken im Fall des Fonds Nr. 110 einen Verkauf des Schiffs und nicht die Kündigung des Chartervertrags forderten, kann ihnen nicht verwehrt werden, ein solches Begehren zu äußern. Sie können der Fondsgesellschaft jederzeit strategische Überlegungen mitteilen. Inwieweit die Geschäftsführung der Fondsgesellschaft diesen folgt, bleibt ihr überlassen und ist als geschäftsinterner Vorgang des Managements nicht in jedem Detail gegenüber den Anlegern aufklärungspflichtig.
Auch der Hinweis, dass die fremdfinanzierenden Banken die Darlehen durch Schiffshypotheken sichern, reicht ersichtlich nicht aus. Eine Bank, die ein Projekt finanziert und sich zugleich eine Sicherung einräumen lässt, unterstützt dieses Projekt finanziell, wird aber nicht Leiter der Projektführung. Die finanzielle Unterstützung wird in den Emissionsprospekten offengelegt, so unter "Darlehensgeber und Darlehensverträge" für Fonds Nr. 109 (Bd. I, Anl. S&J 2) auf S. 42; für Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 43; zu Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Fonds Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) unter "Darlehensverträge" auf S. 62 f.
(20) Risiken bezüglich des ausländischen Rechts
Die Emissionsprospekte weisen hinreichend deutlich auf die Risiken hin, die durch die mögliche Anwendung von ausländischem Recht in Fall von Rechtsstreitigkeiten entstehen können. In dem Kapitel "Chancen und Risiken" des Emissionsprospekts zu Fonds Nr. 109 heißt es hierzu auf S. 56 f.: "Wie jeder Gewerbebetrieb ist auch eine Reederei der Haftung ausgesetzt. Die Haftung bestimmt sich nach den nationalen Rechten jener Länder, in deren Hoheitsgewässern sich das Schiff zum Zeitpunkt der Schadensverursachung aufhält. Diese Gesetze sind teilweise durch internationale Übereinkommen bestimmt. Grundlage der Haftung kann Verschulden eines Besatzungsmitgliedes oder eines Reedereiangestellten sein. In zunehmendem Maße wird jedoch auch schon von einer Gefährdungshaftung ausgegangen. (...). Gegebenenfalls muss sich also die Gesellschaft bei einem Prozess - unabhängig von seiner Berechtigung gegenüber der Beteiligungsgesellschaft und der Versicherungssumme - verteidigen. Insbesondere das U.S.-Prozessrecht sieht vor, dass der Gesellschaft, auch bei Ansprüchen, die sich als unberechtigt erweisen, in einer erfolgreichen Verteidigung die ihr entstehenden Prozesskosten nicht vom Kläger erstattet werden. Die Prozesskosten könnten möglicherweise so hoch sein, dass das Gesellschaftsvermögen nicht ausreichen würde."
Auch in den weiteren Fonds werden die Problematiken um die Anwendung ausländischen Rechts ausführlich dargestellt; so zu Fonds Nr. 110 (Bd. III, Anl. S&J 2) auf S. 56 f.; Fonds Nr. 112 (Bd. IV, Anl. S&J 2) und Nr. 113 (Bd. V, Anl. S&J 2) auf S. 35.
3. Schließlich war nach Beweiserhebung durch Vernehmung der Beklagten zu 3) nicht festzustellen, dass diese im Beratungsgespräch irreführende Angaben zur streitgegenständlichen Beteiligung gemacht hat. Bereits aufgrund dieser widersprechenden Aussagen waren für die Kammer keine sicheren Feststellungen zu dem streitigen Sachvortrag des Klägers möglich. Zudem gab es auch keine objektiven Anhaltspunkte, die für den streitigen Vortrag des Klägers sprechen könnten. Überdies vermag die Kammer ohnehin über den genauen Ablauf und Gesprächsinhalt von Gesprächen, die über neun Jahre zurückliegen, insgesamt keine sicheren Feststellungen zu treffen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass bei einem solch lange zurückliegenden Geschehen, etwaige Erinnerungslücken lediglich mit Gedankenverbindun-

gen ausgefüllt werden, die dem Kläger bzw. der Beklagten zu 3 heute als plausibel erscheinen. Die letztlich für das erkennende Gericht verbleibenden Zweifel gehen aber zu Lasten des beweisbelasteten Klägers Der Kläger ist beweispflichtig geblieben.
Fragen zu Kausalität, Verschulden und Schaden können mangels Aufklärungspflichtverletzung dahinstehen.
Gegen die Beklagten zu 1) und 2) scheiden - die allein in Betracht kommenden - Schadensersatzansprüche gemäß §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) aus uneigentlicher Prospekthaftung aus. Eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1) und 2) ist ebenfalls nicht festzustellen.
Die Beklagten zu 1) und 2) gehören als Gründungs- und Treuhandgesellschafter zu dem Personenkreis, die nach den Grundsätzen der uneigentlichen Prospekthaftung bei einem Aufklärungsmangel haften. Die aus dem Aspekt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) abgeleitete Prospekthaftung im weiteren Sinne zielt auf eine Haftung der Gründungsgesellschafter - namentlich der Gründungskommanditisten und der Treuhandkommanditisten - einer Publikumskommanditgesellschaft (BGH, Urt. v. 06.10.1980 - II ZR 60/80 Rn. 15 ff.; BGH, Urt. v. 29.05.2008 - III ZR 59/07 Rn. 7 ff.; BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2012 - I-8 U 256/11 Rn. 36 ff.). Grundlage ist, dass die Gründungsgesellschafter wegen eines regelmäßigen Wissensvorsprungs gegenüber den Anlegern eine Aufklärungspflicht trifft (OLG Hamm, Urt. v. 08.09.2008 - 8 U 161/07 Rn. 198). Neben einer vollständigen Aufklärung in Bezug auf alle anlagerelevanten Umstände müssen insbesondere unrichtige Prospektangaben richtiggestellt werden (BGH, Urt. v. 29.05.2008 - III ZR 59/07 Rn. 8; BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8 ff.). Demnach ist für eine Haftungsbegründung nicht erforderlich, dass die Gründungsgesellschafter in persönlichen Kontakt zum Anleger getreten sind oder anderweitig besonderes persönliches Vertrauen beansprucht haben (BGH, Urt. v. 12.02.2009 - III ZR 90/08 Rn. 8; OLG Hamm, Urt. v. 08.09.2008 - 8 U 161/07 Rn. 63).
Nach diesen Grundsätzen sind die Beklagten zu 1) und 2) im Sinne der uneigentlichen Prospekthaftung verpflichtet, über alle wesentlichen Gesichtspunkte aufzuklären, die für die Entscheidung des Interessenten von Bedeutung sind.
Ein Verstoß gegen die Aufklärungsverpflichtung ist nicht festzustellen. Die Beklagten zu 1) und 2) haben ihre Aufklärungspflicht erfüllt. Sie kommen ihr regelmäßig dadurch nach, dass dem Interessenten rechtzeitig ein vollständiges und richtiges Prospekt übergeben wird und in der Beratung keine von dem Prospektinhalt abweichende Erklärungen abgegeben werden (vgl. BGH, Urt. v. 11.05.2006 - III ZR 205/05 Rn. 9; OLG Köln, Urt. v. 04.09.2012 - 24 U 65/11 Rn. 25; Palandt, § 311 Rn. 70). Auf die Ausführungen zu anleger- und objektgerechter Beratung in Bezug auf die Beklagte zu 3) wird Bezug genommen.
Deliktische Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB, § 826 BGB scheiden gegen die Beklagten zu 1) bis 3) offensichtlich aus.
Eine gesetzliche Prospekthaftung nach dem zum Zeitpunkt der Zeichnungen maßgeblichen § 13 Abs. 1 VerkProspG in der Fassung vom 10.12.2004 bis 27.06.2005 bzw. §§ 13 Abs. 1, 13a Abs. 1, 5 VerkProspG in der Fassung vom 01.07.2005 bis 31.10.2005 entfällt, da es sich um einen - wie bereits erörtert - richtigen und vollständigen Prospekt handelt. Darüber hinaus sind die Ansprüche gemäß §§ 44, 45 BörsG mittlerweile verjährt. Denn seit Veröffentlichung des Prospekts sind mehr als drei Jahre vergangen.
Der zulässige Feststellungsantrag (jeweils Klageantrag Ziff. 2) ist unbegründet (zur Zulässigkeit vgl. BGH, Urt. v. 22.03.2010 - II ZR 66/08 Rn. 33; Zöller, § 256 Rn. 7a). Eine Aufklärungspflichtverletzung konnte wie erörtert nicht festgestellt werden. Eine Kapitalnutzungsentschädigung kann daher nicht mit Erfolg geltend gemacht werden.
Auch der weitere Feststellungsantrag (jeweils Klageantrag Ziff. 3) in Bezug auf eine Schadensersatzpflicht ist unbegründet, da eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht festgestellt werden konnte (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 02.01.2013 - 19 U 50/12 Rn. 25; KG Berlin, Urt. v. 16.05.2013 - 8 U 258/11).
Vor diesem Hintergrund besteht auch keine Verpflichtung der Beklagten zur Rücknahme der Beteiligung. Ein Annahmeverzug (jeweils Klageantrag Ziff. 4) ist damit nicht festzustellen (vgl. Palandt, § 280 Rn. 50).
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 u. 2 ZPO.
Der Streitwert wird auf 165.400,00 (32.800,00 + 46.000,00 + 43.300,00 + 43.300,00) EUR festgesetzt.

119. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 06.06.2014 – 4 U 103/12 – * Fehlerhafte Behandlung eines Soldaten im Rahmen der truppenärztlichen Versorgung: Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland; Abgrenzung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis

Leitsatz

1. Die ärztliche Behandlung von Soldaten durch Truppenärzte oder in einem Bundeswehrkrankenhaus stellt im Rahmen der gesetzlichen Heilfürsorge die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe dar und erfolgt in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Der etwaige Amtshaftungsanspruch des Soldaten gegen die Bundesrepublik Deutschland unterliegt den Beschränkungen des § 91a Abs. 1 Satz 1 SVG, da die Besonderheiten der truppenärztlichen Behandlung zu den dem Wehrdienst eigentümlichen Verhältnissen im Sinne des § 81 Abs. 1 SVG gehören.
2. Stellt sich der Soldat selbst in den Krankenhäusern vor bzw. wird mit dem Krankenwagen dorthin gefahren und geht dem keine Einweisung oder eine Überweisung durch den Truppenarzt voraus, so liegen jeweils privatrechtliche Behandlungsverträge und kein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis vor.
Die Berufung des Klägers gegen das am 26.06.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Flensburg wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts Flensburg vom 26.06.2012 sind vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung aus den Urteilen mittels Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 60.000 € festgesetzt.

Gründe

I.
Der Kläger verlangt von den vier Beklagten wegen behaupteter ärztlicher Behandlungsfehler in den Jahren 2007 bis 2009 Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und immaterielle Schäden. Der Kläger nimmt die Beklagte zu 1), die Bundesrepublik Deutschland, aufgrund deren Verantwortlichkeit für die truppenärztliche Betreuung der Soldaten und die Beklagten zu 2) bis 4) als Träger von Krankenhäusern, in denen er in den Jahren 2007 bis 2009 untersucht und behandelt wurde, in Anspruch.
Der Kläger war von10.2003 bis06.2008 Soldat. Mit Wirkung zum 30.06.2008 wurde er aus der Bundeswehr entlassen.
Zum weiteren Sachverhalt wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn ein der Höhe nach in das Ermessen des Gerichtes gestelltes Schmerzensgeld, jedoch mindestens 50.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 16.04.2009 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger auch sämtlichen weiteren materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihm aufgrund der im Zeitraum von 2007 bis01.2009 durchgeführten fehlerhaften Behandlung einer chronischen Blinddarmentzündung entstanden ist und noch entstehen wird.
3. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger weitere 1.761,08 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 16.04.2009 zu zahlen.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Mit Urteil vom 26.06.2012 hat das Landgericht Flensburg die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass Amtshaftungsansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß § 91a SVG ausgeschlossen seien. Dies gelte auch für sämtliche Behandlungsmaßnahmen durch die Beklagten 2) bis 4) während der Dienstzeit des Klägers als Soldat (bis zum 30.06.2008), weil diese in die truppenärztliche Versorgung zur Untersuchung und Behandlung des Klägers einbezogen worden seien. Es liege ein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis vor, so dass der Kläger die Beklagten 2) bis 4) im Hinblick auf Art. 34 Satz 1 GG nicht persönlich auf Haftung für Behandlungsfehler in Anspruch nehmen könne. Für die Behandlungen im Zeitraum nach der Entlassung des Klägers aus der Bundeswehr ließen sich nach dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens keine ärztlichen Behandlungsfehler feststellen. Auf die weitere Begründung in dem erstinstanzlichen Urteil wird verwiesen.
Mit der Berufung wendet sich der Kläger gegen das landgerichtliche Urteil. Zur Begründung der Berufung trägt der Kläger im Wesentlichen Folgendes vor:
Der Haftungsausschluss nach § 91a SVG greife nicht ein. Es bestehe keine „innere Beziehung“ zum soldatischen Sozialbereich. Die chronische Appendizitis sei nicht durch, sondern völlig unabhängig vom Wehrdienst entstanden. Auch hinsichtlich der Beklagten zu 2) bis 4) greife die Haftungsbeschränkung des § 91a SVG nicht ein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sei für die Annahme einer Wehrdienstbeschädigung von vornherein nur dann Raum, wenn die Heilbehandlung eines Soldaten entweder durch Truppenärzte oder in Krankenanstalten der Bundeswehr erfolge oder in zivilen Krankenhäusern, wenn diese aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zwischen der Bundeswehr und dem Krankenhaus durchgeführt worden sei, die öffentliche Hand also zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben das private Krankenhaus als Dritten aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages herangezogen habe. Eine sol-

che Überweisung an die Beklagten zu 2) bis 4) habe es im vorliegenden Fall bei keiner der streitgegenständlichen Behandlungen gegeben. Eine „nachträgliche Abstimmung“ zwischen der Dienststelle und dem behandelnden Krankenhaus hinsichtlich der Behandlungskosten genüge nicht, um zu einer Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung der §§ 81, 91 a SVG zu gelangen. Jedenfalls habe es durch den Kläger eine „nachträgliche Abstimmung“ nicht gegeben. Andere „nachträgliche Abstimmungen“, zwischen wem auch immer, seien und blieben bestritten.
Den Beklagten seien Befunderhebungs-, Diagnose- und Behandlungsfehler vorzuwerfen. Das Landgericht zitiere seitenlang lediglich den Sachverständigen, ohne deutlich zu machen, welche Passagen es denn nun im Ergebnis letztlich für entscheidungserheblich gehalten habe. Der Vorwurf des Klägers richtet sich dagegen, dass ihm nicht als mögliche Ursache seitens der behandelnden Ärzte und Krankenhäuser ein entzündeter Blinddarm genannt worden sei. Er hätte auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit der im vorliegenden Fall gebotenen Laparoskopie und auf die Folgen des Unterbleibens dieser hingewiesen werden müssen. Diese sei ihm nur erstmalig ausweislich der Anlage K 14 von der …Klinik, der Beklagten zu 4), mitgeteilt worden und dann auch nur als Empfehlung/Vorschlag. Ihm hätte eine solche Laparoskopie schon wesentlich früher mitgeteilt werden müssen und dann auch nicht nur in Form eines Vorschlags oder eine Empfehlung, sondern ihm hätte zu der Durchführung einer Laparoskopie dringend geraten werden müssen. Der Sachverständige Dr. L. habe selbst ausgeführt, dass bei unklaren, teils für eine Blinddarmentzündung typischen, teils untypischen Beschwerden eine Differenzialdiagnostik durchgeführt werden müsse. Dazu gehöre dann auch eine laparoskopische Diagnostik. Auch wenn der Kläger verschiedene Ärzte aufgesucht habe, sei der jeweilige behandelnde Arzt verpflichtet, sich die Erkenntnisse vorher tätiger Kollegen zu beschaffen, jedenfalls aber zu erfragen. Dennoch habe keiner der behandelnden Ärzte dem Kläger auch nur ein einziges Mal die Möglichkeit einer chronischen Blinddarmentzündung genannt. Dann hätte sich zwingend auch der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Laparoskopie zum sicheren Ausschluss eines entzündeten Blinddarms als Krankheitsursache anschließen müssen. Soweit der Sachverständige ausgeführt habe, dass typischerweise in Fällen der vorliegenden Art eine Stufendiagnostik, durchgeführt von demselben Arzt, stattfinde, sei festzuhalten, dass auch diese Möglichkeit dem Kläger von niemandem mitgeteilt, geschweige denn empfohlen oder dringend angeraten worden sei.
Der Kläger beantragt,
das angefochtene Urteil zu ändern und die Beklagten nach Maßgabe seiner aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ersichtlichen erstinstanzlichen Anträge zu verurteilen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten zu 1), 2) und 4) verteidigen das erstinstanzliche Urteil wie folgt:
Die Frage, wie die Appendizitis entstanden sei, sei für die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 91a SVG unbeachtlich. Für das Vorliegen einer Wehrdienstbeschädigung komme es nicht darauf an, ob die Behandlungsbedürftigkeit durch einen Vorfall innerhalb oder außerhalb des Dienstverhältnisses herbeigeführt worden sei. Entscheidend sei vielmehr ausschließlich, ob auch die Behandlung im Rahmen des soldatischen Dienstverhältnisses erfolgt sei. Die truppenärztliche Tätigkeit auch im Auftrag der Bundeswehr begründe die notwendige innere Beziehung zwischen dem behaupteten Behandlungsfehler und dem soldatischen Sozialbereich.
Die Beklagten zu 2) bis 4) seien als verlängerter Arm des Truppenarztes im Auftrage der Bundeswehr tätig gewesen. Der Behandlung eines Soldaten liege immer die Pflicht des Soldaten zu Grunde, sich durch hoheitlich handelnde Ärzte untersuchen und behandeln zu lassen. Damit korrespondiere die Pflicht der Bundeswehr auf Bereitstellung einer unentgeltlichen ärztlichen Versorgung des Soldaten. Dieses öffentlich-rechtliche Behandlungsverhältnis bewirke, dass die ärztlichen Untersuchungen bis zum 30.06.2008 auf hoheitlicher Grundlage erfolgt seien. Wie das Landgericht in seinem Beschluss vom 24.06.2010 zutreffend ausgeführt habe, habe der Kläger selbst sich als Soldat im Krankenhaus aufnehmen und behandeln lassen und er habe die Rechnungen später die Bundeswehr übernehmen lassen. Dass die Bundeswehr die Kosten übernehmen würde, sei dem Kläger die ganze Zeit bewusst gewesen. Die Bundeswehr habe die Kosten auch tatsächlich übernommen. Jedenfalls darin sei die vom Kläger bestrittene nachträgliche (konkludente) Abstimmung zu sehen. Ein privatrechtlicher Vertrag zwischen zivilem Krankenhaus und Kläger oder eine sonstige Angabe des Klägers über eine anderweitige Kostendeckung existiere nicht. Dies zeige, dass auch der Kläger von einem Einverständnis der Bundeswehr mit der zivilärztlichen Behandlung ausgegangen sei, denn aufgrund der Soldateneigenschaft sei der Kläger in den Genuss der Deckung der Kosten durch die Bundeswehr im Rahmen des hoheitlichen Behandlungsverhältnisses gekommen. Damit sei das Verhältnis des Klägers zum Arzt von Anfang an hoheitlich geprägt gewesen. Diesen Zusammenhang zwischen Bundeswehr und zivilärztlicher Behandlung jetzt leugnen zu wollen, da es dem Kläger unvermeidlich zum Vorteil gereiche, sei höchst widersprüchlich und grenze an das Verbot des venire contra factum proprium aus § 242 BGB.
Dass im Falle eine Notfallbehandlung keine zweckvereitelnd zeitaufwändige Überweisung stattfinden könne, liege schon in der Natur der Sache. Einem Überweisungsbeleg komme nur Indizwirkung für ein hoheitliches Behandlungsverhältnis zu.

Gemäß den Ausführungen des Sachverständigen lasse sich kein konkreter Zeitpunkt ausmachen, an dem die chronische Appendizitis sicher aufgetreten sei. Die durch die Beklagten zu 2) und 4) nach dem Ausscheiden aus dem Soldatenverhältnis durchgeführten Behandlungen am 13.10.2008 und 28.10. 2008 seien situationsangemessen und nicht fehlerhaft gewesen. Laut Aussage des Sachverständigen habe es bei der Untersuchung am 13.10.2008 durch die Beklagte zu 4) keine Anhaltspunkte gegeben, die bei der klinischen Untersuchung für eine Blinddarmentzündung gesprochen hätten. Vielmehr habe der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt, dass der Kläger aufgrund seiner schlanken Statur leicht zu betasten sei, dass Entzündungsprozesse im Bauchraum daher leichter tastbar seien und dass trotzdem keine Abwehrspannung oder Verhärtung hätten festgestellt werden können. Laut Aussage des Sachverständigen hätten die durchgeführten Untersuchungen eine solche Erkrankung auch mit einbezogen. Es habe jedoch kein Fieber bestanden, die typischen klinischen Anzeichen einer Appendizitis hätten nicht vorgelegen. Es habe eine leicht erhöhte Leukozytenzahl vorgelegen, die aber auch völlig andere Ursachen hätte haben können. Der Entzündung anzeigende CRP-Wert sei im Normbereich gewesen. Die erhobenen Befunde hätten keine Bestätigung der Möglichkeit einer Blinddarmentzündung hergegeben. Dann aber könne es auch nicht geboten sein, den Kläger auf eine solche Möglichkeit hinzuweisen. Dies habe der Sachverständige noch durch die Anmerkung bekräftigt, dass sich die an diesem Tag getätigte Empfehlung zur weiteren Abklärung durch Laparoskopie nur durch Einbeziehung der Vorgeschichte erklären ließe. Auch dies zeige, dass ein Hinweis auf eine chronische Appendizitis an diesem Tag nicht geboten gewesen sei. Am 28.10.2008 sei ohnehin mit der Beklagten zu 2) die vom Kläger begehrte Vereinbarung eines Termins zur Laparoskopie erfolgt.
Gegen das dringende Erfordernis eines laparoskopischen Eingriffs habe nach den Ausführungen des Sachverständigen gesprochen, dass die Beschwerden aufgrund der entsprechende Behandlung auch jeweils abgeklungen seien, so dass eine Bestätigung der jeweils gestellten Diagnosen bestanden habe, die dazu führen durfte, nichts Weiteres zu unternehmen. Auch wäre eine frühere Laparoskopie nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht sicher erfolgversprechend gewesen, da bei einer rezidivierenden Appendizitis diese nur in Entzündungsphasen nachgewiesen werden könne, welche ja gerade nicht immer vorliegen würden.
Der Sachverständige spreche jedem Arzt das Recht zu, selbst das diagnostische Spektrum auszuschöpfen, bevor er zu einem operativen Eingriff rate. Dies müsse aber umso mehr gelten, wenn die Diagnose, die eine Operation rechtfertigen würde, nicht gesichert gestellt werden könne. Im Übrigen seien bei der Behandlung am 13.10.2008 in der …Klinik die bisherigen Befunde in die Beurteilung eingeflossen. Bei der nachfolgenden Vorstellung in dem …klinikum … der Beklagten zu 2), am 28.10.2008 seien laut dem Sachverständigen auch vorherige Befunde in eine Gesamtbetrachtung einbezogen, so dass in der Folge ein Termin zur Laparoskopie ausgemacht worden sei. Die Durchführung der Kapselvideoendoskopie sei vom Sachverständigen als vertretbare Maßnahme gewertet worden, zumal ein unklarer Befund vorgelegen habe. Das Ausbleiben der Laparoskopie sei der Beklagten zu 2) nicht vorzuwerfen, weil der Hausarzt sich deswegen noch einmal habe melden wollen, dies aber nicht getan habe.
Die Beklagte zu 3) verteidigt sich wie folgt:
Alle bis zum 30.06.2008 stattgefundenen Untersuchungen und Behandlungen seien im Rahmen der truppenärztlichen Versorgung erfolgt. Insoweit verweise sie auf den Hinweisbeschluss des Landgerichtes vom 24.06.2012.
Bei der Beklagten zu 3) liege auch kein haftungsauslösender Fehler vor. Inhaltlich nicht zutreffend sei es, dass keiner der behandelnden Ärzte dem Kläger auch nur ein einziges Mal die Möglichkeit einer chronischen Blinddarmentzündung genannt habe und dies dann zwingend auch den Hinweis auf die Notwendigkeit einer Laparoskopie zum sicheren Ausschluss eines entzündeten Blinddarms als Krankheitsursache erfordert habe. Jedenfalls soweit die Beklagte zu 3) betroffen sei, könne der Kläger nicht damit argumentieren, dass er einem derartigen Hinweis gefolgt wäre. Der Kläger habe sich jedenfalls bei der Beklagten zu 3) an ärztliche Ratschläge nicht gehalten. Er habe die Klinik gegen ärztlichen Rat verlassen.
Zum weiteren Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze verwiesen.
Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beschluss vom 20.09.2013 durch Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens durch PD Dr. med. L. Zum Inhalt des Hinweis- und Beweisbeschlusses wird auf Blatt 529 bis Blatt 534 der Gerichtsakten verwiesen. Der Sachverständige hat sein Gutachten schriftlich erstattet und im Termin vor dem Senat am 14.05.2014 sein erstinstanzliches Gutachten sowie das schriftliche Gutachten vom 14.11.2013 mündlich erläutert und ergänzt. Zum Inhalt des schriftlichen Sachverständigengutachtens vom 14.11.2013 wird auf Blatt 543 bis 549 der Gerichtsakten verwiesen. Zu den mündlichen Erläuterungen und Ergänzungen durch den Sachverständigen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.05.2014 vor dem Senat verwiesen (Blatt 576 bis Blatt 585 der Gerichtsakten).
II.
Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.
A. Ansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1), die Bundesrepublik Deutschland, keinen Schadensersatzanspruch wegen der während der Dienstzeit erfolgten truppenärztlichen Behandlung. Ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG wegen eventueller Fehler bei der ärztlichen Behandlung des Klägers als Soldat durch die Truppenärzte ist nach § 91a Abs. 1 Satz 1 SVG ausgeschlossen.
Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt die ärztliche Behandlung von Soldaten durch Truppenärzte oder in einem Bundeswehrkrankenhaus im Rahmen der gesetzlichen Heilfürsorge die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe dar und erfolgt in Ausübung eines öffentlichen Amtes (BGH, Urteil vom 06.07.1989 - III ZR 79/88, BGHZ 108, 230; BGH, Urteil vom 24.04.1991 - III ZR 175/90, VersR 1991, 811; BGH, Urteil vom 12.11.1992 - III ZR 19/92, BGHZ 120, 176; BGH, Urteil vom 26.10.2010 - VI ZR 307/09, BGHZ 187, 194). Wenn jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht (Art. 34 Satz 1 GG). Folglich kommt wegen Fehlern bei der ärztlichen Behandlung des Klägers als Soldat durch die Truppenärzte ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG in Betracht.
Der etwaige Amtshaftungsanspruch des Klägers gegen die Bundesrepublik unterliegt jedoch den Beschränkungen des § 91a Abs. 1 Satz 1 SVG. Nach § 91a SVG (hier in der maßgeblichen Fassung vom 01.12.2002 bis 11.02.2009) sind Ansprüche eines Soldaten gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen einer gesundheitlichen Schädigung auf solche nach dem SVG beschränkt, wenn eine Wehrdienstbeschädigung im Sinne von § 81 Abs. 1 SVG vorliegt. Nach § 81 Abs. 1 SVG ist eine Wehrdienstbeschädigung eine gesundheitliche Schädigung, die durch eine Wehrdienstverrichtung (Alternative 1), durch einen während der Ausübung des Wehrdienstes erlittenen Unfall (Alternative 2) oder durch die dem Wehrdienst eigentümlichen Verhältnisse herbeigeführt worden ist (Alternative 3). Die ersten beiden Alternativen des § 81 Abs. 1 SVG liegen hier nicht vor. Die Voraussetzungen der dritten Alternative sind jedoch erfüllt. Die von dem Kläger geltend gemachte gesundheitliche Schädigung ist durch die dem Wehrdienst eigentümlichen Verhältnisse herbeigeführt worden, da die geltend gemachte gesundheitliche Schädigung im Rahmen der truppenärztlichen Versorgung erfolgt sein soll.
(1) Wehrdiensteigentümlich im Sinne des § 81 Abs. 1 Alternative 3 SVG sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die besonderen Gegebenheiten des soldatischen Sozialbereichs der Bundeswehr, die sich deutlich von vergleichbaren des Zivillebens unterscheiden (vgl. BSG, Urteil vom 04.10.1984 - 9a/9 KLV 1/81, BSGE 57, 171 = SozR 3200 § 81 Nr. 20). Dabei gehören die Besonderheiten der truppenärztlichen Behandlung zu den Wehrdienst eigentümlichen Verhältnissen im Sinne des § 81 Abs. 1 SVG (BSG, Urteil vom 25.03.2004, B 9 VS 1/02 R, SozR 4-3200 SVG § 81 Nr. 1; BSG, Urteil vom 30.01.1991 - 9a/9 RV 26/8, veröffentlich in juris; BSG, Urteil vom 04.10.1984 - 9a/9 KLV 1/81, BSGE 57, 171 = SozR 3200 § 81 Nr. 20m.w.N.). Denn ein deutlicher Unterschied zum Zivilleben besteht insbesondere darin, dass der Soldat bei der Inanspruchnahme der truppenärztlichen Versorgung keine freie Arztwahl hat.
Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung des Senats nicht zusätzlich zu prüfen, ob eine „innere Beziehung“ zwischen der Behandlungsmaßnahme und dem soldatischen Sozialbereich bestanden haben muss. Der Bundesgerichtshof formuliert zwar unter Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes, dass eine „innere Beziehung“ zwischen der Behandlungsmaßnahme und dem soldatischen Sozialbereich bestanden haben muss (BGH, Urteil vom 25.04.1991 - III ZR 175/90, VersR 1991, 811; BGH, Urteil vom 12.11.1992 - III ZR 19/92, BGHZ 120, 176 = VersR 1993, 435; BGH, Beschluss vom 29.02.1996 - III ZR 238/94, VersR 1996, 976). Diese „enge innere Beziehung“ wird aber nach der Entscheidung des Bundessozialgerichtes (BSG, Urteil vom 24.03.1987, 4b RV 13/86, SozR 3200 SVG § 81 Nr. 2), auf die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bezug nimmt, nur bei der Prüfung verlangt, ob ein während der Ausübung des Wehrdienstes erlittener Unfall (§ 81 Abs. 1 Alternative 2 SVG) vorliegt. In diesem Fall ist es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erforderlich, dass eine enge innere Beziehung zwischen Wehrdienst und der unfallbringenden Verrichtung besteht. Hier greift jedoch nicht die Alternative 2 des § 81 Abs. 1 SVG ein.
Im Übrigen wäre auch eine „innere Beziehung“ zwischen der Behandlungsmaßnahme und dem soldatischen Sozialbereich zu bejahen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird eine Zuordnung der Heilbehandlungsmaßnahme zum Bereich des Wehrdiensteigentümlichen nicht dadurch ausgeschlossen, dass das zu behandelnde Leiden unabhängig vom Wehrdienst entstanden war. Eine „innere Beziehung" zwischen der Behandlungsmaßnahme und dem soldatischen Sozialbereich ist lediglich - ausnahmsweise - verneint worden bei den nicht voraussehbaren Folgen einer Operation, die aus vitaler Indikation wegen eines vor Beginn des Wehrdienstes entstandenen („eingebrachten") Leidens nach den Regeln der ärztlichen Kunst in einem allgemeinen Krankenhaus vorgenommen worden ist (BGH, Urteil vom 25.04.1991 - III ZR 175/90, VersR 1991, 811). Anhaltspunkte für einen solchen oder einen vergleichbaren Ausnahmefall bestehen vorliegend nicht.
(2) Auch eine truppenärztliche Handlung oder Unterlassung kann als schädigender Vorgang zu werten sein, insbesondere wenn eine unsachgemäße ärztliche Behandlung vorliegt oder eine unzureichende

Aufklärung über alle Behandlungsrisiken (BSG, Urteil vom 30.01.1991 - 9a/9 RV 26/8, veröffentlich in juris; BSG, Urteil vom 04.10.1984 - 9a/9 KLV 1/81, BSGE 57, 171). Einen solchen ärztlichen Behandlungsfehler macht der Kläger vorliegend geltend.
B. Ansprüche gegen die Beklagten zu 2) bis 4)
Der Kläger hat gegen die Beklagten zu 2) bis 4) weder einen vertraglichen noch einen deliktischen Schadensersatzanspruch wegen der in den Jahren 2007 bis 2009 durchgeführten ärztlichen Behandlungsmaßnahmen, die während und nach seiner Dienstzeit als Soldat erfolgt sind.
Mit Ausnahme der Behandlung vom 11.03. bis 13.03.2007 durch die Beklagte zu 2) liegen privatrechtliche Behandlungsverträge vor (hierzu unter 1.).
Der Kläger hat jedoch den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, dass den Beklagten zu 2) bis 4) bei den Behandlungen am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007, 10.03.2008, 24.08./25.08.2008, 13.10.2008 und am 28.10./3.11.2008 ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist (hierzu unter 2.).
1. Privatrechtliche Behandlungsverträge
Hinsichtlich der Behandlungen durch die Beklagten zu 2) bis 4) am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007, 10.03.2008, 24.08./25.08.2008, 13.10.2008 und am 28.10./3.11.2008 liegen jeweils privatrechtliche Behandlungsverträge vor und kein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis. Dies gilt auch für die während der Dienstzeit des Klägers als Soldat im Zeitraum bis 30.06.2008 erfolgten Behandlungen, denn die Beklagten zu 2) bis 4) haben die Notfallbehandlungen des Klägers am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007 und 10.03.2008 nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes durchgeführt.
Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 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, d.h. auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (BGH, Urteil vom 26.10.2010 - VI ZR 307/09, BGHZ 187, 194). Dabei kann die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben auch Dritte heranziehen. So stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 29.02.1996 - III ZR 238/94, VersR 1996, 976) die Behandlung eines Soldaten, die im Auftrag der Bundeswehr durch Ärzte eines zivilen Krankenhauses aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages auf Weisung des Bundeswehrarztes durchgeführt wird, die Ausübung eines öffentlichen Amtes dar. Der Kläger hat sich bei den Behandlungen am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007 und 10.03.2008 jedoch selbst in den Krankenhäusern vorgestellt bzw. ist mit dem Krankenwagen dorthin gefahren worden. Eine Einweisung oder eine Überweisung durch den Truppenarzt ist dem nicht vorangegangen. Es erfolgte lediglich eine Erstattung der Behandlungskosten durch die Beklagte zu 1), der Bundesrepublik Deutschland, im Rahmen der Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger als Soldat. In dieser Konstellation sind die Beklagten zu 2) bis 4) nicht in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes tätig geworden.
Im Zeitpunkt der Behandlungen am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007, 10.03.2008 war der Kläger Soldat bei der Bundeswehr und hatte als Soldat gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Soldatengesetz in Verbindung mit § 69 Abs. 2 Satz 1 Bundesbesoldungsgesetz Anspruch auf unentgeltliche truppenärztliche Versorgung. Dieser Anspruch gehört zu den Sachbezügen der Soldaten. Dies bedeutet, dass die gesundheitsvorbeugenden, gesundheitserhaltenden und gesundheitswiederherstellenden Maßnahmen vorrangig von der Bundeswehr mit eigenem Personal, in eigenen Einrichtungen und mit eigenem Material durchgeführt werden. Seit jeher besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass die Kosten für eine Behandlung außerhalb der Bundeswehr übernommen werden, wenn eine Behandlung durch Truppenärzte oder in Bundeswehr eigenen Einrichtungen nicht in Betracht kommt (BVerwG, Urteil vom 27.11.2003 – 2 C 38/02, BVerwGE 119, 265). Die unentgeltliche truppenärztliche Versorgung ist ebenso wie die nach ihrer Zweckrichtung verwandte Beihilfe eine Ausprägung der Fürsorgepflicht, aufgrund derer die Beklagte zu 1) als Dienstherrin Vorkehrungen zu treffen hat, dass der angemessene Lebensunterhalt der Soldaten und Soldatinnen auch bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheitsfälle nicht gefährdet wird (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 2.08.2012 - 2 S 786/ 12, DÖV 2012, 859). Die zu § 69 Abs. 2 Bundesbesoldungsgesetz erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift stellt eine zulässige und bindende Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn auf dem Gebiet des Soldatenrechts dar (VGH Baden-Württemberg, a.a.O.). Nach § 1 Abs. 3 dieser Allgemeinen Verwaltungsvorschrift (in der hier maßgeblichen Fassung vom 14.02.2007) können Soldatinnen und Soldaten, wenn sie die unentgeltliche truppenärztliche Versorgung nicht in Anspruch nehmen, die Kosten, die Ihnen durch die Heilbehandlung entstehen, mit Ausnahme von Notfällen nicht erstattet werden. Nach § 9 Abs. 1 Abs. 1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift (VwV) können Soldatinnen und Soldaten bei plötzlichen schweren Erkrankungen und Unglücksfällen - sofern Sanitätsoffiziere oder Vertragsärztinnen/-ärzte der Bundeswehr nicht oder nicht rechtzeitig zu erreichen sind - andere ärztliche oder zahnärztliche Hilfe in Anspruch nehmen, bis Sanitätsoffiziere oder Vertragsärztinnen/-ärzte der Bundeswehr die ärztliche Versorgung übernehmen. Dabei rechnen zur ärzt-

lichen Hilfe auch die notwendige Einweisung in ein Krankenhaus, die Verordnung sofort benötigter Arzneimittel und die zur Diagnose sofort notwendigen Maßnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 VwV). Der Erkrankte ist in diesen Fällen verpflichtet, unter Vorlage des Truppenausweises darauf hinzuweisen, dass er Soldat ist und sich die Behandlung und Abrechnung nach dem für die Bundeswehr geltenden Bestimmungen richtet und die erforderlichen Überweisungs- und Abrechnungsscheine von dem zuständigen Truppenarzt nachträglich vorgelegt werden (§ 9 Abs. 2 VwV). Verstößt der Erkrankte schuldhaft gegen diese Verpflichtung, so sieht § 9 Abs. 4 VwV als Sanktion vor, dass ärztliche Honorarforderungen und Krankenhauskosten, soweit sie die für die Bundeswehr festgesetzten Gebührensätze übersteigen, zulasten des erkrankten Soldaten gehen.
Nach diesen Regelungen liegt in einem Notfall gerade nicht eine Inanspruchnahme der truppenärztlichen Versorgung vor. Der Soldat hat vielmehr, wenn er sich an die in der Verwaltungsvorschrift normierten Verhaltensregeln hält, einen Anspruch auf Kostenübernahme bzw. Erstattung. Die Krankenhäuser erfüllen lediglich Ihren Behandlungsauftrag, ohne in die truppenärztliche Versorgung eingebunden zu sein.
Nach den vorgenannten Maßstäben ist jedoch eine andere Beurteilung hinsichtlich der vom 11.03. bis 13.03.2007 erfolgten Behandlung des Klägers durch die Beklagte zu 2) geboten. Nach dem in den Behandlungsunterlagen befindlichen Protokoll des Rettungsdienstes der Stadt Kiel vom 11.03.2007 hat sich der Kläger nicht selbst in dem Krankenhaus der Beklagten zu 2) vorgestellt bzw. ist mit dem Krankenwagen dorthin gefahren worden. Denn in dem Rettungsdienstprotokoll heißt es, dass der verantwortliche Standortarzt einen Transport in ein hiesiges Krankenhaus angeordnet habe. Damit ist die Behandlung des Klägers bei der Beklagten 2) im Auftrag der Bundeswehr auf Weisung des Truppenarztes durchgeführt worden. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt die Ausübung eines öffentlichen Amtes durch die Beklagte zu 2) vor (vgl. Urteil vom 29.02.1996 - III ZR 238/94, VersR 1996, 976). Ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG wegen eventueller Fehler bei der ärztlichen Behandlung des Klägers vom 11.03. bis 13.03.2007 ist nach § 91a Abs. 1 Satz 1 SVG ausgeschlossen.
2. Kein Nachweis eines Behandlungsfehlers
Der Kläger hat den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, dass den Beklagten zu 2) bis 4) bei den Behandlungen am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007, 10.03.2008, 24.08./25.08.2008, 13.10.2008 und am 28.10./3.11.2008 ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist. Nach den allgemeinen prozessualen Regeln über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast trifft den Kläger die Beweislast für seine Behauptung, dass den Beklagten zu 2) bis 4) ein ärztlicher Fehler unterlaufen sei. Denn er leitet hieraus eine für ihn günstige Folge ab, nämlich die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz. Eine Beweiserleichterung kommt dem Kläger nicht zu gute.
Grundlegende Voraussetzung für eine Haftung der Beklagten zu 2) bis 4) ist das Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers, insbesondere eines Diagnose- oder Befunderhebungsfehlers, der ursächlich gewesen sein könnte für das Nichterkennen einer chronischen Appendizitis.
Ein Diagnosefehler setzt voraus, dass der behandelnde Arzt die Symptome und tatsächlichen erhobenen Befunde fehlinterpretiert hat und er bei medizinisch richtiger Interpretation der Befunde die Diagnose einer Appendizitis gestellt hätte. Ein vorwerfbarer Diagnosefehler liegt vor, wenn sich die fehlerhafte Diagnose als in der gegebenen Situation als nicht vertretbare Deutung der Symptome und Befunde darstellt (Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Auflage, Rn. 111).
Ein Befunderhebungsfehler liegt vor, wenn erforderliche Untersuchungen, die dann möglicherweise zu einer anderen Diagnose geführt hätten, unterlassen worden sind.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist nicht nachgewiesen, dass den Beklagten zu 2) bis 4) bei den Behandlungen am 13.08./14.08.2007, 16.09.2007, 10.03.2008, 24.08./25.08.2008, 13.10.2008 und am 28.10./3.11.2008 ein Diagnosefehler, ein Befunderhebungsfehler oder ein sonstiger Behandlungsfehler vorzuwerfen ist. Für den01.2009 ist ein Fehler der Beklagten zu 3) ohnehin nicht ersichtlich.
Der Senat folgt damit den gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen PD Dr. L. Dieser kommt sowohl in seinen schriftlichen Gutachten vom 04.11.2011 und 14.11.2013 als auch in der mündlichen Gutachtenerstattung vor dem Landgericht am 23.05.2012 und vor dem Senat am 14.05.2014 durchgängig zu dem Ergebnis, dass keine Behandlungsfehler vorliegen.
Hierzu im Einzelnen:
(1) Behandlung am 13.08./14.08.2007 durch die Beklagte zu 3)
Nach den Ausführungen des Sachverständigen lässt die durchgeführte Behandlung keine Diagnose-, Befunderhebungsfehler oder sonstige Behandlungsfehler erkennen. Grundlage der sachverständigen Einschätzung sind die sich aus den Krankenunterlagen ergebenden Beschwerden mit rezidivierenden epigastrischen Krämpfen mit Übelkeit und Erbrechen. Der Sachverständige sieht die durchgeführte klinische Untersuchung, die Abklärung durch Blutentnahme, Abdomensonographie, Gastroskopie sowie Koloskopie als umfangreich an. Diese habe der notwendigen Sorgfaltspflicht bei den genannten Symptomen entsprochen. Hinweise für eine akute Appendizitis oder einen operationsbedürftigen Befund habe es nicht

gegeben. Es sei eine leichte Magenschleimhautentzündung festgestellt worden. Demnach sei es gut erklärlich, dass die Diagnose Gastritis gestellt worden sei. Hinzu komme, dass der Kläger beschwerdefrei entlassen worden sei.
(2) Behandlung am 16.09.2007 durch die Beklagte zu 3)
Auch hier wiederum sieht der Sachverständige keine Behandlungsfehler in Form von Befunderhebungs- oder Diagnosefehlern. Den vorliegenden Symptomen der kolikartigen Schmerzen verbunden mit blutigem Erbrechen sei durch ausreichende Befunde in Form der klinischen Untersuchung, der Ultraschalluntersuchung und der Blutuntersuchung nachgegangen worden. Es habe keinen Hinweis auf eine akute Appendizitis gegeben. Nach der Gabe eines Schmerzmittels sei der Kläger beschwerdefrei gewesen und habe die Klinik gegen ärztlichen Rat verlassen. Diese Entscheidung des Klägers könne der Klinik nicht angelastet werden.
(3) Behandlung am 10.03.2008 durch die Beklagte zu 4)
Nach den Ausführungen des Sachverständigen liegen auch keine Behandlungsfehler durch die Ärzte der Beklagten zu 4) vor. Auf die epigastrischen starken kolikartigen Oberbauchbeschwerden sei durch die gebotenen klinische, Ultraschall- und Blutuntersuchungen reagiert worden. Ein Hinweis für eine akute Appendizitis habe nicht bestanden. Nach Gabe von Schmerzmitteln sei der Kläger schmerzfrei gewesen. Zudem sei in dem Arztbrief erstmalig ein Hinweis auf die mehrfach auftretenden gleichen Symptome erfolgt und die weitere Abklärung empfohlen worden.
(4) Behandlung am 24.08.2008 durch die Beklagte zu 3)
Diagnose- und Befunderhebungsfehler liegen nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht vor. Es erfolgte eine klinische Untersuchung, eine Erhebung der Blutwerte und eine Computertomographie. Hinweise auf eine akute Appendizitis habe es nicht gegeben. Auf dem Röntgenbild sei eine Verstopfung zu sehen gewesen. Nach Schmerztherapie und der Gabe eines krampflösenden Medikaments sei der Kläger beschwerdefrei gewesen und habe das Krankenhaus gegen ärztlichen Rat verlassen. Ein Fehler sei den Ärzten nicht vorzuwerfen in dem Sinne, dass diese den Kläger eindringlicher auf die Gefahren hätten hinweisen müssen. Eine Diagnose habe durch die Ärzte bisher noch nicht gestellt werden können, sondern diese hätten den Kläger zur weiteren Abklärung da behalten wollen. Es habe weder eine Lebensgefahr für den Patienten bestanden noch die Gefahr einer schweren Erkrankung mit Folgen.
(5) Behandlung am 13.10.2008 durch die Beklagte zu 4)
Auch hier sieht der Sachverständige keine Behandlungsfehler. Die bei der ambulanten Vorstellung erfolgten Untersuchungen seien ausreichend gewesen, da sich unter der medikamentösen Therapie die Beschwerden gebessert hätten. Die Empfehlung zu einer Kontrolle beim Hausarzt sowie gegebenenfalls eine Laparoskopie durchzuführen, sei korrekt gewesen. Es habe ärztlichen Standard entsprochen, eine Empfehlung zur Laparoskopie zu geben. Die Indikation für eine Notfalloperation habe nicht bestanden.
(6) Behandlung am 28.10.2008/3.11.2008 durch die Beklagte zu 2)
Der Sachverständige sieht es nicht als einen der Beklagten zu 2) anzulastenden Fehler an, dass die von der Beklagten zu 2) als solche gesehene Indikation für eine diagnostische Laparoskopie nicht zeitnah umgesetzt wurde. Es sei nicht fehlerhaft gewesen, zu diagnostischen Zwecken zunächst eine Kapselvideoendoskopie zu empfehlen. Im Rahmen der differenzialdiagnostischen Abklärung der unklaren Befundlage/Symptome sei auch diese Maßnahme gerechtfertigt gewesen. Nachdem die Kostentragung von der Krankenkasse abgelehnt worden sei, wäre es dann Aufgabe des Hausarztes und nicht der Beklagten zu 2) gewesen, sich darum zu kümmern, dass die Laparoskopie durchgeführt werde.
In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 14.05.2014 hat der Sachverständige dann weiter erläutert, dass die Symptome einer chronisch-rezidivierenden Blinddarmentzündung sich per se nicht von der akuten Appendizitis unterscheiden würden. Es sei allerdings so, dass bei der chronisch-rezidivierenden Blinddarmentzündung die Symptomatik oft nicht so voll ausgeprägt sei wie bei einer akuten Blinddarmentzündung. Wenn ein Arzt den Patienten drei bis vier Mal in einer akuten Episode gesehen habe, dann müsse er schon an eine chronisch-rezidivierende Blinddarmentzündung denken. Hier sei es aber so gewesen, dass der Kläger immer wieder im Notfallbereitschaftsdienst in unterschiedlichen Kliniken gewesen sei. Für den jeweiligen Arzt sei es immer eine Erstdiagnose gewesen. Der jeweilige Arzt mache eine Ausschlussdiagnose und wenn er dann zu dem Ergebnis komme, dass es keinen Hinweis auf eine Appendizitis gebe, sei die Diagnose nicht behandlungsfehlerhaft, wenn nach Behandlung und Untersuchungen der Patient beschwerdefrei entlassen werde. Aus Sicht des Sachverständigen wäre es vorrangig Aufgabe eines Hausarztes gewesen, die Befunde zu sammeln und irgendwann einmal die wiederkehrenden Beschwerden dadurch abklären zu lassen, dass er den Patienten in die Klinik zur Durchführung einer Laparoskopie oder Blinddarmentfernung schicke. Bei der Laparoskopie handele sich um eine Ausschlussdiagnose, die durchgeführt werde, obwohl klinisch keine Indikation für eine Operation bestehe.
Gründe im Sinne des § 412 ZPO für die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens liegen nicht vor. Gutachten und Ergänzungsgutachten des Sachverständigen PD Dr. L. stellen eine ausreichende Grundlage für die Beweiswürdigung dar. Das Gutachten ist vollständig, nachvollziehbar, in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Der Sachverständige bringt als Arzt für Chirurgie und Viszeralchirurgie ausreichende Fachkunde mit, um - fachgleich - die Behandlungsmaßnahmen durch die bei den Beklagten

zu 2) bis 4) angestellten Ärzte begutachten zu können. Als geschäftsführender Oberarzt der Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie der Medizinischen Hochschule X hat der Sachverständige langjährige medizinische Erfahrung auf dem Fachgebiet.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG, 3 ZPO wie folgt: Schmerzensgeldantrag 50.000 €, Feststellungsantrag 10.000 €.
Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs.2 ZPO liegen nicht vor.

120. OLG Hamm, Urteil vom 06.06.2014 – I-26 U 14/13, 26 U 14/13 – * Haftung eines Zahnarztes: Grober zahnärztlicher Behandlungsfehler und Schmerzensgeldanspruch bei der prothetischer Versorgung mit Langzeitprovisorien

Leitsatz

1. Es ist als grober zahnärztlicher Behandlungsfehler zu werten, wenn eine Versorgung mit Langzeitprovisorien begonnen wird, ohne die Position der eingeleiteten Schienentherapie hinreichend zu sichern.
2. Ein solches Vorgehen ist nicht verständlich, weil es gegen bewährte zahnmedizinische Erkenntnisse verstößt. Wegen des groben Behandlungsfehlers ist eine Weiterbehandlung für den Patienten unzumutbar.

Orientierungssatz

Führt der behandelnde Zahnarzt eine provisorische prothetische Versorgung des Patienten durch, ohne dass die Position des Unterkiefers durch die Schienentherapie hinreichend gesichert ist und entstehen hierdurch erhebliche Beschwerden des Patienten, so besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe von 5.000 Euro.

Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das am 4.12.2012 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass statt 7.651,08 EUR ein Betrag von 7.567,33 EUR nebst titulierter Zinsen (aus 6.000 EUR und aus 1.567,33 EUR) zu zahlen ist.
Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Beklagten auferlegt.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die am 02.07.1966 geborene Klägerin hat von dem Beklagten wegen vermeintlicher - im Jahr 2003 - stattgefundener zahnärztlicher Behandlungsfehler in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 5.000 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes, den Ersatz materiellen Schadens in Höhe von insgesamt 6.124,45 EUR sowie die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht für materielle Schäden begehrt.
Der Beklagte hat sein zahnärztliches Vorgehen für fehlerfrei gehalten und sich auf Verjährung berufen.
Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme teilweise - Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 5.000 EUR, Ersatz materieller Schäden in Höhe von 1.651,08 EUR und Feststellung weitergehender Ersatzpflicht - stattgegeben. Es hat sich im Wesentlichen darauf gestützt, dass dem Beklagten als Behandlungsfehler anzulasten sei, dass er verfrüht von der Protrusionsschienentherapie auf die Eingliederung von provisorischem Zahnersatz übergegangen sei. Überdies seien die eingebrachten provisorischen Kronen und Brücken wegen extremer Nonokklusion fehlerhaft gewesen.
Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der das erstinstanzliche Begehren auf Klageabweisung weiter verfolgt. Die sachverständigen Auffassungen zu einer unzureichenden Adaptionsphase seien falsch. Die Behandlung sei lege artis erfolgte, ihm sei im Übrigen nicht die Gelegenheit zur Nacharbeit der Interimsversorgung gegeben worden.
Der Beklagte hält weiterhin an der Einrede der Verjährung fest.
Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die Behandlung sei fehlerhaft gewesen. Nachbesserungsversuche nicht mehr zumutbar gewesen.
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr.R sowie durch Einholung eines weiteren schriftlichen Gutachtens der Sachverständigen Dr. Q, das diese zudem mündlich erläutert hat. Wegen des Ergebnisses wird auf die Berichterstattervermerke zu den Senatsterminen vom 24.09.2013 und 06.06.2014 verwiesen.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
II.

Die Berufung ist im Wesentlichen unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht der Klage weitgehend stattgegeben.
1. Wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2 BGB steht der Klägerin ein Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe von 5.000 EUR zu.
a. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Feststellungen bei der Sachverständiger fest, dass dem Beklagten als grober Behandlungsfehler anzulasten ist, dass er die provisorische prothetische Versorgung in Angriff genommen hat, obwohl die Position des Unterkiefers durch die Schienentherapie noch nicht hinreichend gesichert war. Insbesondere nach den Ausführungen der Sachverständigen Dr. Q erscheint überzeugend, dass die Verschiebung der Kieferposition auch aufgrund der muskulären Beteiligung ein dynamischer Prozess ist, bei dem auch entsprechend den Leitlinien eine gesicherte und so verbleibende Endposition erst erreicht ist, wenn der Patient ein halbes Jahr beschwerdefrei mit dieser durch die Schienentherapie erreichten Position gelebt hat. Das war vorliegend eindeutig nicht der Fall. Ausweislich des Befundes der Frau Dr. L hat die Klägerin noch am 03.09.2003 über Beschwerden geklagt, die diese Ärztin als Kieferklemme diagnostiziert hat. Gleichwohl hat der Beklagte bereits zu Beginn des Monats10.mit der Versorgung mit Langzeitprovisorien begonnen. Eine gesicherte Kieferposition und über eine hinreichende lange Zeit gegebene Beschwerdefreiheit haben damit eindeutig nicht vorgelegen.
Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine Schienentherapie wegen fehlender Zahnmulden nicht möglich gewesen sei und die vorrangigen sonstigen Beschwerden der Klägerin zu einer zunächst durchzuführenden prothetischen Interimsversorgung berechtigt hätten. Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass der Beklagte im Widerspruch zu seiner eigenen nunmehr vertretenen Meinung über Monate zunächst die Schienentherapie durchgeführt hat. Zum anderen hat die Sachverständige Dr. Q eine solche Vorgehensweise unter Verweis auf die bereits erörterte Problematik plausibel für fehlerhaft gehalten.
b. Der Senat bewertet das Vorgehen des Beklagten bei juristischer Bewertung als groben Behandlungsfehler, also um einen eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. etwa BGH NJW 2001, S.2795 [2796]). Dabei hat der Senat insbesondere berücksichtigt, dass die zu fordernde Zeit der Beschwerdefreiheit so deutlich unterschritten worden ist, dass sich das Scheitern der Bemühungen aus Sicht des Senates geradezu aufdrängte. Auch die medizinische Sachverständige Dr. Q hat das Vorgehen in Ihrem schriftlichen Gutachten als medizinisch unverständlich und Verstoß gegen bewährte medizinische Erkenntnisse bezeichnet und bei der mündlichen Anhörung bildlich als Verstoß gegen das "Dickgedruckte" angesehen.
Der Beklagte haftet deshalb für die bei der Klägerin eingetretenen Primärschäden einschließlich der Folgeerscheinungen, die Ausdruck dieser Primärschäden sind. Den Gegenbeweis mangelnder Kausalität hat er nicht geführt.
c. Abweichend vom Landgericht lässt sich zur Überzeugung des Senates hinsichtlich der Provisorien kein Behandlungsfehler feststellen. Der Senat folgt der Sachverständigen Dr. Q dahin, dass die festgestellten Nonokklusionen nicht zwingend ein Ausdruck eines Behandlungsfehlers, sondern Folge der Schienentherapie sind.
d. Gleichwohl erscheint für den festgestellten Behandlungsfehler die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in der vom Landgericht erkannten Höhe angemessen. Der Senat legt dabei die von der Klägerin gegebenen Beschwerdeschilderungen zu Grunde, die auch von der Sachverständigen Dr. Q für plausibel gehalten worden sind.
e. Der Anspruch scheitert auch nicht daran, dass ein dem Beklagten zustehendes Nachbehandlungsrecht missachtet worden sein könnte.
Mit Ablauf des 11.11.2003 ist das Vertragsverhältnis durch konkludente Kündigung seitens der Klägerin gem. § 627 BGB beendet worden sein. Ein Nachbehandlungsrecht hat dann dem Beklagten nicht mehr zugestanden (vgl. etwa Urteil des OLG Oldenburg v. 27.02.08 - 5 U 22/07 - unter Rz. 23, 24). Es käme allenfalls ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht in Betracht, wenn ein zumutbares Nachbesserungsangebot abgelehnt worden wäre. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagten ein solchen Angebot überhaupt abgegeben hat. Wegen grober Fehlerhaftigkeit der Behandlung wäre eine Weiterbehandlung aber hier jedenfalls für die Klägerin unzumutbar gewesen.
2. Daneben hat die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz der ihr entstandenen materiellen Schäden in Höhe von 1.567,33 EUR.
Soweit der Senat bei der Schadenshöhe von der Berechnung des Landgerichts abgewichen ist, beruht das darauf, dass ein Betrag von 78,75 EUR als Abzugsposition benannt, aber nicht berücksichtigt worden ist, sowie darauf, dass ein Betrag von 5 EUR nicht schlüssig dargelegt ist.
3. Die Ansprüche sind auch nicht verjährt.
Für den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist im Sinne des § 199 BGB ist unter anderem die Kenntnis von dem Abweichen des Behandlers vom medizinischen Standard erforderlich. Diese Kenntnis ist frühestens mit dem Zugang des ersten Gutachtens des Dr. S im H-Verfahren am 13.1.2005 gegeben sein. Die

dreijährige Verjährungsfrist hat dann am 1.1.2006 laufen begonnen und endete am 31.12.2008. Die Schmerzensgeldklage ist schon vorher am 10.01.2008 bei dem zuständigen LG Bielefeld eingegangen. Die Klageerweiterung auf materiellen Schadensersatz ist am 30.12.2008 eingegangen und am 21.1.2009 nach Kostenzahlung vom 12.01.2009 auf vorherige Anforderung "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO zugestellt worden.
4. Der Feststellungsausspruch resultiert daraus, dass hinreichend wahrscheinlich ist, das zukünftig weitere behandlungsfehlerbedingte Behandlungen anfallen, die zu materiellen Schäden der Klägerin führen werden.
Eine Haftung der Beklagten ist damit im erkannten Umfang gegeben. Die Entscheidung des Landgerichts ist nur hinsichtlich der materiellen Schäden in geringem Umfang zu korrigieren. Die weitergehende Berufung hat keinen Erfolg.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs.2 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 713, 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.

121. OLG Koblenz, Urteil vom 28.05.2014 – 5 U 1244/13 – * Arzthaftung: Beweislastumkehr bei verspäteter Operation infolge unzureichender ärztlicher Befunderhebung; Schmerzensgeldbemessung bei um 6 Tage verzögerter Operation einer floriden Bursitis

Leitsatz

1. Der Arzt (hier: Chirurg) hat die Anamnese umfassend und sorgfältig zu erheben. Dabei ist er auch verpflichtet, bei einem vorbehandelnden Arzt die dort veranlassten Laborbefunde telefonisch zu erfragen. Einfache, aber aussagekräftige Untersuchungen wie Messung der Körpertemperatur und Bestimmung der Blutsenkungsgeschwindigkeit hat er selbst auch dann durchzuführen, wenn er Derartiges für „veraltet“ hält.
2. Bleiben einem Arzt infolge seiner Befunderhebungsversäumnisse die Leitsymptome einer floriden Bursitis mit sofortiger operativer Interventionspflicht verborgen, führt das zu einer Beweislastumkehr. Daher muss der Arzt beweisen, dass die gravierenden Folgen des um 6 Tage verzögerten Eingriffs bei sofortiger Operation gleichermaßen eingetreten wären.
3. Zur Schmerzensgeldbemessung bei verzögerter Bursitisoperation (hier: 10.000 €).

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 3.09.2013 unter Zurückweisung des weiter greifenden Rechtsmittels teilweise aufgehoben, teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:
a. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld von 10.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.03.2007 zu zahlen.
b. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit der Kläger materiellen Schadensersatz von 24.397,80 € sowie Erstattung von 1.307,81 € Anwaltskosten der vorgerichtlichen Vertretung, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.12.2009, beansprucht.
c. Im Übrigen (Feststellungsantrag) bleibt die Klage abgewiesen.
2. Hinsichtlich des materiellen Schadensersatzanspruchs (vorstehend b.) ist das genannte Urteil mit dem zugrunde liegenden Verfahren aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs an das Landgericht Mainz zurückverwiesen, das auch über die Kosten des Rechtsstreits zu befinden hat.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, sofern der Kläger nicht vor der Vollstreckung eine entsprechende Sicherheit leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Der 1952 geborene Kläger nimmt den beklagten Chirurg wegen Fehlbehandlung auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie Erstattung von Anwaltskosten für die vorgerichtliche Vertretung in Anspruch. Daneben möchte er die Ersatzpflicht des Beklagten für materielle und immaterielle Zukunftsschäden festgestellt haben.
Wegen Beschwerden im Bereich des rechten Ellenbogens, die ohne äußere Ursache und erstmals aufgetreten waren, suchte der Kläger am 6.07.2005 den Rat seiner Hausärztin. Sie verordnete ein Antibiotikum und ein Antiseptikum (Rivanol®), ohne dass diese Medikation bei täglicher Kontrolle durch die Hausärztin zu einer Besserung führte.

Dem Rat der Hausärztin folgend, die eine Operation für erforderlich hielt, suchte der Kläger erstmals am 15.07.2005 die Praxis des Beklagten auf. Welche konkreten Befunde dabei erhoben und welche Beschwerden im Einzelnen geklagt wurden, ist zwischen den Parteien streitig.
Der Beklagte diagnostizierte eine operationspflichtige, indes lediglich chronische Schleimbeutelentzündung im rechten Ellenbogengelenk. Für den Eingriff sah er zeitnahen, aber keinen unverzüglichen Handlungsbedarf; man vereinbarte einen Operationstermin für den 21.07.2005.
Das von der Hausärztin bereits am 8.07.2005 veranlasste Blutbild, dessen Ergebnis dem Beklagten verborgen blieb, wurde durch eine entsprechende Diagnostik erst am 19.07.2005 wiederholt. Eine Messung der Körpertemperatur und die Bestimmung der Blutsenkungsgeschwindigkeit unterblieben im Rahmen der Untersuchung am 15.07.2005.
Die am 21.07.2005 durchgeführte Bursitisoperation führte zu mannigfachen Komplikationen; der Kläger musste sich einer langdauernden ambulanten, vorübergehend aber auch stationären Nachbehandlung unterziehen. Zeitweise konnte er seinen Beruf als Vertriebsleiter nicht ausüben.
Diesen frustranen postoperativen Verlauf lastet er dem Beklagten an, der nicht steril gearbeitet und zudem verzögert operiert habe.
Der Beklagte hat erwidert, unverzüglicher Handlungsbedarf habe am 15.07.2005 bei der damaligen Befundlage (Bl. 374 GA) nicht bestanden, da er eine floride Schleimbeutelentzündung, bei der sofort habe operiert werden müssen, sicher habe ausschließen können.
Das Landgericht hat mehrfach ergänzten Sachverständigenbeweis erhoben, den Gutachter Dr. Z. wiederholt mündlich angehört und daneben die Parteien befragt (§ 141 ZPO). Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 98 - 132 GA, 161 - 182 GA, 240 - 250 GA, 307 - 340 GA, 381 - 389 GA, 465 - 471 GA und 500 - 507 GA verwiesen.
Hiernach hat das Landgericht, auf dessen Urteil zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, die Klage mit der Begründung abgewiesen, für eine Infektion durch unzureichend sterile Operationsbedingungen bestehe kein Anhalt. Mit einer zur Verurteilung ausreichenden Sicherheit sei auch nicht bewiesen, dass der Beklagte den unausweichlichen Eingriff vorwerfbar verzögert habe. Zwar habe eine sofort interventionspflichtige floride Entzündung vorgelegen; dies nicht erkannt zu haben, sei dem Beklagten aber nicht vorzuwerfen. Soweit der Kläger bei seiner Anhörung behauptet habe, dem Beklagten am 15. 07. 2005 Leitsymptome für eine floride Bursitis geschildert zu haben, seien seine Angaben nicht hinreichend verlässlich. Trotz der Lückenhaftigkeit der Aufzeichnungen des Beklagten seien diese zuverlässiger und belegten nach den damals für ihn bestehenden Erkenntnissen keine sofortige Operationspflicht. Die Blutsenkungsgeschwindigkeit nicht bestimmt zu haben, sei kein Befunderhebungsversäumnis, da es sich um eine „etwas veraltete“ diagnostische Maßnahme handele. Auch die versäumte Fiebermessung sei nicht haftungsrelevant.
Mit seiner Berufung hält der Kläger an den erstinstanzlichen Anträgen fest (Bl. 525 GA). Er wiederholt, vertieft und ergänzt sein dortiges Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 17. 10. 2013 (Bl. 570 - 579 GA) auf die wegen der Einzelheiten ebenso verwiesen wird wie auf die Berufungserwiderung vom 11.11.2013 (Bl. 584 - 589 GA) und den Schriftsatz vom 11.12.2013 (Bl. 598 - 609 GA), mit denen der Beklagte die Entscheidung des Landgerichts verteidigt.
Der Senat hat den Sachverständigen Dr. Z. befragt und die Parteien angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf die Sitzungsniederschrift vom 21.05.2014 (Bl. 620 - 629 GA) verwiesen.
II. Die zulässige Berufung hat einen Teilerfolg. Sie führt zum Zuspruch eines Schmerzensgeldes. Soweit der Kläger materiellen Schadensersatz und Erstattung von Anwaltskosten begehrt, ist sein Verlangen dem Grunde nach gerechtfertigt. Insoweit musste die angefochtene Entscheidung mit dem zugrunde liegenden Verfahren aufgehoben werden; über den Betrag dieser Ansprüche muss das Landgericht entscheiden (§ 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO), da der Streit über den Umfang nicht zur Entscheidung reif ist. Hinsichtlich der Abweisung des Feststellungsantrages hat das angefochtene Urteil Bestand, insoweit musste die Berufung zurückgewiesen werden.
Im Einzelnen:
Der Beklagte schuldet dem Kläger Schadensersatz wegen Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages (§§ 249, 253, 276, 280, 611 BGB), aber auch wegen unerlaubter Handlung (Unterlassung) nach § 823 Abs. 1 BGB.
Das steht zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) fest aufgrund der schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. Z. sowie dem Ergebnis der vom Senat wiederholten und ergänzten mündlichen Befragung des Gutachters auf der Grundlage des Tatsachenstoffs, den die Anhörung der Parteien offenbart hat.
Danach hatte sich die Beschwerdesymptomatik im Bereich des rechten Ellenbogens erstmals und ohne jede äußere Ursache (Anstoß etc.) eingestellt. Schon das sprach gegen eine chronische Schleimbeutelentzündung. Trotz der konservativen Behandlung mit Antibiose unter engmaschiger Verlaufskontrolle über 9 Tage hatte sich der Zustand nicht gebessert. Dabei war der Kläger wiederholt derart stark nachtschweißig gewesen, dass er nach vorzeitigem Erwachen aus dem Schlaf die Nachtwäsche wechseln

musste. Er fühlte sich müde und schlapp. Die Funktionsbeeinträchtigung des Ellenbogengelenks persistierte; der Kläger konnte zwar das Lenkrad noch greifen, aber mit dem rechten Arm den Schalthebel des Fahrzeugs nicht mehr erreichen und führen. Außerdem war das Gelenk leicht gerötet.
Von dieser Befundlage ist der Senat aufgrund der Anhörung des Klägers überzeugt, der ohne jedweden Belastungseifer, wiederholt Erinnerungslücken eingestehend, von seiner damaligen Befindlichkeit berichtete. Dabei hat der Senat anders als das Landgericht keinerlei Umstände feststellen können, die darauf deuten, dass der Kläger den Sachverhalt mit Blick auf das von ihm gewünschte Prozessergebnis aufbauscht, ausschmückt, oder etwas verschweigt. Insbesondere hat der Kläger - vordergründig scheinbar zu seinem Nachteil - zugestanden, dass er dem Beklagten unter anderem von der Nachtschweißigkeit nichts gesagt habe.
Dazu war der Kläger von sich aus aber auch nicht verpflichtet. Es war vielmehr Sache des beklagten Arztes, durch ein eingehendes und sorgfältiges Patientengespräch all jene Auffälligkeiten und Besonderheiten zu erfragen, die die Befindlichkeit des Klägers am 15.07.2005 seit immerhin 9 Tagen und trotz der Therapiemaßnahmen der Hausärztin hartnäckig persistierend prägten. Auf entsprechende Fragen hätte der Beklagte, ebenso wie der Senat in seiner Berufungsverhandlung, von der Nachtschweißigkeit, Müdigkeit, Abgeschlagenheit und der erheblichen Funktionseinschränkung des Ellenbogengelenks erfahren. Bei alledem handelte es sich um deutliche Leitsymptome für eine floride Bursitis, die unverzüglich hätte operiert werden müssen.
Der Senat ist daher überzeugt, dass dem Beklagten ein Befunderhebungsversäumnis unterlaufen ist, das auch darin gesehen werden muss, dass er davon absah, Fieber zu messen und die Blutsenkungsgeschwindigkeit zu bestimmen. Soweit das Landgericht zu Letzterem gemeint hat, es handele sich um eine etwas veraltete Untersuchungsmethode, entlastet das den Beklagten nicht. Treffend hat der gerichtliche Sachverständige Dr. Z., der dem Senat außerordentlich kompetent und sorgfältig abwägend erschien, bemerkt, dass diese Untersuchung einfach ist und sehr schnell zu einem aussagekräftigen Ergebnis führt. Nur auf diese Verlässlichkeit kommt es an und nicht darauf, ob die Untersuchungsmethode „veraltet“ ist. Der Senat ist überzeugt (§ 286 ZPO), dass auch die Blutsenkung einen pathologischen Befund offenbart hätte.
Daneben kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, dass der Beklagte auch versäumte, den Patienten nach bereits durchgeführten Blutuntersuchungen zu fragen. Eine solche Untersuchung war von der Hausärztin veranlasst worden und hatte für den 8.07.2005 einen deutlich erhöhten CRP-Wert ergeben, ein signifikantes Leitsymptom für eine floride Infektion im Bereich des Ellenbogengelenks (Gutachten Dr. Z. vom 18. 11. 2011 Seite 31 - Bl. 337 GA). Dabei sieht der Senat durchaus, dass der Beklagte seinerzeit dieses Untersuchungsergebnis nicht vom Kläger hätte erfragen können, der auf den Senat den Eindruck gemacht hat, die Dinge „locker zu nehmen“. Auf entsprechende Frage hätte der Kläger dem Beklagten aber mitgeteilt, dass eine Blutabnahme stattgefunden hatte. Das Untersuchungsergebnis mit dem erhöhten CRP-Wert hätte der Beklagte durch einen Anruf in der Praxis der Hausärztin binnen weniger Minuten erfragen können.
Das Versäumte (u.a. unzureichende und unvollständige Anamnese sowie unterlassene Fiebermessung und Bestimmung der Blutsenkungsgeschwindigkeit) hätte bei pflichtgemäßem Handeln dem Beklagten zwingend offenbart, dass eine floride Bursitis vorlag, der durch sofortige Operation begegnet werden musste. Dem Beklagten, der auf den Senat einen durchaus glaubwürdigen Eindruck gemacht hat, ist vorzuwerfen, dass er die Anamnese nicht mit der gebotenen Sorgfalt und Tiefe erhoben hat, wodurch ihm verborgen blieb, dass er nicht unter Beachtung der erforderlichen ärztlichen Sorgfalt alles unternommen hatte, um eine floride Bursitis zweifelsfrei auszuschließen. Anders als das Landgericht gemeint hat, kommt es insoweit auch nicht darauf an, welche Erkenntnisse der Beklagte gewonnen hatte. Maßgeblich ist allein, ob er die für ihn bestehenden ärztlichen Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfte, was nicht der Fall war.
Das Befunderhebungsversäumnis führt zu Gunsten des Klägers zu einer Beweislastumkehr dahin, dass der Beklagte beweisen musste, dass der weitere Verlauf gleichermaßen komplikationsbehaftet und frustran gewesen wäre, wenn man sofort am 15.07.2005, spätestens aber am nächsten Tag, operiert hätte. Dieser Nachweis ist nicht geführt.
Der vom Sachverständigen Z. in seinen Gutachten dargestellte Verlauf nach dem Eingriff vom 21.07.2005 ist dem Beklagten - abgesehen von den Beeinträchtigungen, die auch der rechtzeitige Eingriff mit sich gebracht hätte - insgesamt zuzurechnen. Falls den nachbehandelnden Ärzten ihrerseits Fehler unterlaufen sein sollten, worauf einige kritische Bemerkungen des Sachverständigen Dr. Z. deuten, entlastet das gegebenenfalls den Beklagten als Erstschädiger grundsätzlich nicht. Diese Rechtsfrage hat der Senat in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits wiederholt entschieden (vgl. Senat in NJW 2008, 3006 - 3008 m.w.N.). Darauf wird verwiesen. Für einen Ausnahmefall ist hier nichts dargetan oder ersichtlich.
Der protrahierte Heilungs- und Genesungsprozess, der sich aus den beigezogenen, von Dr. Z. ausgewerteten Nachbehandlungsunterlagen ergibt, war von erheblichen Belastungen und Einschränkungen geprägt, zu denen es nicht gekommen wäre, wenn der Beklagte am 15.07.2005 unverzüglich operiert hätte.

Das erfordert ein Schmerzensgeld von 10.000 € (§ 253 BGB). Es ist ab Rechtshängigkeit gesetzlich zu verzinsen (§§ 291, 288 BGB).
Aus denselben Erwägungen schuldet der Beklagte dem Kläger materiellen Schadensersatz und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Welchen konkreten Umfang diese Ansprüche (Bl. 195 - 198, 219 - 238 GA) haben, wird das Landgericht unter Berücksichtigung der Einwände des Beklagten (u. a. Bl. 207 - 209 GA) klären müssen. Der Senat weist für das Betragsverfahren darauf hin, dass bei einigen Schadenspositionen zweifelhaft erscheint, ob sie dem Sachverständigenbeweis zugänglich sind, den der Kläger insoweit allein angeboten hat.
Erfolglos bleibt die Berufung, soweit der Kläger festgestellt haben möchte, dass der Beklagte materielle und immaterielle Zukunftsschäden ersetzen muss. Dr. Z. hat bereits in seinem Erstgutachten vom 20.03.2009, das auf einer am 12.08.2008 durchgeführten Untersuchung des Klägers beruht, festgestellt, dass beim Anspruchsteller keinerlei Folgen bzw. Residualzustände erhoben werden konnten (Seite 31 des Gutachtens - Bl. 128 GA). Das zwischenzeitlich, nach annähernd 6 Jahren, eine andere Befundlage eingetreten ist, zeigt die Berufung nicht auf. Vor diesem Hintergrund besteht keinerlei Anhalt, dass künftig noch irgendwelche, dem Beklagten zurechenbare Folgen eintreten könnten.
Da noch nicht abzusehen ist, in welchem Umfang die Parteien letztlich obsiegen und unterliegen, musste auch die Kostenentscheidung dem Landgericht übertragen werden.
Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.
Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 38.397,80 € (10.000 € Schmerzensgeld, 24.397,80 € materieller Schaden, 4000 € Feststellung).
Bei den Anwaltskosten handelt es sich um eine Nebenforderung. Derartige Forderungen erhöhen den Streitwert nicht (§ 4 Abs. 1 ZPO).

122. OLG Köln, Urteil vom 28.05.2014 – I-5 U 143/10, 5 U 143/10 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Tod eines Patienten aufgrund eines septischen Schocks; Anzeichen für eine Entzündung; Unterlassen einer Laborkontrolle als Behandlungs- bzw. Befunderhebungsfehler

Orientierungssatz

1. Ist davon auszugehen, dass ein Patient während seines stationären Krankenhausaufenthalts keine reaktionspflichtigen Zeichen einer Infektion bzw. einer sich anbahnenden Sepsis aufgewiesen hat, da im Labor festgestellte Abweichungen von den Referenzbereichen als sehr geringfügig anzusehen waren, der Patient kein Fieber hatte und sonstige Zeichen für eine Entzündung gefehlt haben, ist nicht zu beanstanden, dass die Behandler von der Verdachtsdiagnose eines zervikalen Bandscheibenvorfalls ausgegangen sind, mit der der Patient auch in das Krankenhaus eingewiesen worden war, wenn sich die ambulant nicht beherrschbaren Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule mit Ausstrahlung in die rechte Schulter dieser Verdachtsdiagnose ohne Weiteres zuordnen ließen.
2. Kann eine Kausalität des Versäumnisses einer weiteren Ermittlung von Laborwerten während des Krankenhausaufenthaltes für die bei dem Patienten eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und insbesondere für dessen Tod nicht festgestellt werden, kommen der Seite des Patienten keine Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugute. Zudem kann das Unterlassen der Laborkontrolle nicht als grober Fehler gewertet werden, wenn es keine Veranlassung gegeben hat, die ermittelten Laborwerte zeitnah zu kontrollieren und es zudem keinerlei Richtlinien oder Leitlinien bezüglich der Laborabnahme in bestimmten Situationen gibt.

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 29.09.2010 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 233/08 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Kläger machen mit dem Vorwurf ärztlicher Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der Behandlung des Ehemannes der Klägerin zu 1. und Vaters der Kläger zu 2., 3. und 4., des Herrn L [geb.: xx.xx.1950; verstorben: 30.06.2004; im Folgenden: der Patient], im06.2004 Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für immaterielle und materielle Schäden geltend.
Am 21.06.2004 stellte sich der Patient wegen Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule und der rechten Schulter bei seinem Hausarzt vor. Dieser verabreichte Diclofenac und infiltrierte ein Betäubungsmittel als Depot über der Halswirbelsäule und der Schulter. Abends erfolgte eine weitere Konsultation, weil die

Schmerzen nicht nachließen. Wegen einer Bewegungsverminderung bei zunehmenden Schmerzen und einer erhöhten Temperatur wies der Hausarzt den Patienten unter der Diagnose therapieresistenter Schmerzen der Halswirbelsäule und der rechten Schulter mit Bewegungseinschränkung und Kraftlosigkeit im rechten Arm in das Krankenhaus der Beklagten zu 1) ein.
Das Eingangslabor stellte neben anderen Werten Leukozyten von 9.000 (Norm bis 10.000), einen Kreatininwert von 1,2 mg/dl (Norm bis 1,1 mg/dl), einen Blutzuckerwert von 122 (Norm bis 115) und Thrombozyten von 141.000 (Norm 150.000 - 450.000) fest. Eine durchgeführte Röntgenaufnahme der Halswirbelsäule in zwei Ebenen zeigte fortgeschrittene degenerative Veränderungen. Der Patient wurde stationär aufgenommen und mit analgetischer Therapie, Krankengymnastik und Akupunktur behandelt und erhielt eine Bedarfsschmerzmedikation. Am 22.06.2004 wurde eine cervicale CT durchgeführt, die multisegmentäre Bandscheibenvorfälle in C3/C4, C5/C6 und C6/C7 zeigte. Am 23.06.2004 gab der Patient Schluckbeschwerden an. Am 25.06.2004 sollte wegen des hohen Analgetikaverbrauchs eine neurochirurgische Konsiliaruntersuchung in X stattfinden, die der Patient wegen der starken Schmerzen bei der Wartezeit nicht wahrnahm, sondern sich ins Haus der Beklagten zu 1) zurückfahren ließ. Am 26.06.2004, einem Samstag, verließ der Patient mit ärztlicher Genehmigung das Krankenhaus, um den Nachmittag zu Hause zu verbringen. Er kehrte nicht zurück. Die Klägerin zu 1. holte seine persönlichen Sachen. An diesem Tag sollte laut Eintragung in der Kurve ein weiteres Blutbild gemacht werden.
Am 28.06.2004 stellte sich der Patient abends im T Klinikum in S vor. Im Aufnahmebefund wurde vermerkt, dass er seit 24 Stunden Arme und Beinen nicht mehr bewegen könne, und dass eine Dyspnoe, Temperatur von 38,5 °C und eine Schwellung im Bereich der rechten Clavicula-Region bestehe und die Bauchdecke mit einer Abwehrspannung im Oberbauch, Mittelbauch und Unterbauch gebläht sei. Der Patient wurde zunächst unter Verdacht auf Tetraparese und paralytischen Ileus unklarer Genese in der neurologischen Klinik aufgenommen. Am Morgen des 29.06.2004 wurde der Patient instabil und auf die Intensivstation verlegt. Innerhalb der nächsten Stunde wurde er intubations- und beatmungspflichtig. Es zeigte sich das Vollbild einer Sepsis mit einer Leukozytose von 12.400, einem CRP-Wert von 41,7 mg/dl einem Blutdruck von 110/60, Puls 120/min. Eine MRT-Aufnahme des Halses zeigte eine Raumforderung im vorderen Mediastinum. Am 30.06.2004 schloss sich eine chirurgische Untersuchung an, bei der aufgrund der Schwellung im Bereich der Clavicula eine CT-Untersuchung durchgeführt wurde, die einen Abszess bestätigte. Daraufhin wurde eine notfallmäßige Entlastungsoperation durchgeführt, bei der sich ein Liter Eiter entleerte. Das Abdomen wurde explorativ eröffnet. Nach dreimaliger Reanimation verstarb der Patient an septischem Schock.
Die Kläger haben den Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten von Dr. med. habil. J haben sie behauptet, dass wegen der Blutwerte bei der Aufnahme eine laborchemische Kontrolle der Nieren- und Thrombozytenwerte früher erforderlich gewesen sei, weil diese auf ein sich anbahnendes septisches Geschehen hingewiesen hätten. Bei der Aufnahme habe eine Temperatur von 38 °C bestanden. Am 22.06.2004 sei ein Blaseninfekt mit blutigem Urin aufgetreten. Sie haben behaupten, die Schwiegertochter des Patienten habe am 24.06.2004 einen Pfleger gefragt, ob ein Verdacht auf eine Claviculafraktur bestünde, weil eine Vorwölbung am Schlüsselbein bestanden habe. Ihr sei geantwortet worden, dass eine Entzündung vorliege. Die Beklagten hätten diese Schwellung berücksichtigen und abklären müssen. Dann wäre das schwere Krankheitsbild eher entdeckt worden. Die Akupunkturbehandlung sei abwegig gewesen. Am 26.06.2004 habe der Patient die Klägerin zu 1. gebeten, ihn nach Hause zu holen, da man im Krankenhaus nichts mache. Diese habe nachmittags das Krankenhaus aufgesucht, wo ihr eine Ärztin gesagt habe, dass der Patient schon als entlassen gelte, weil der 28.06.2006 der vorgesehene Entlassungstermin sei. Am 27.06.2004 habe sich der Patient nur noch im Rollstuhl fortbewegen können. Am 28.Juni 2004 sei er an Armen und Beinen gelähmt gewesen und habe an Luftnot gelitten.
Die Kläger haben die Zahlung eines ererbten Schmerzensgeldes in einer Größenordnung von 50.000,00 Euro [Antrag zu 1.], die Klägerin zu 1. darüber hinaus einen Unterhaltsschaden in Höhe von 133.875,00 Euro [Antrag zu 2.], sowie die Feststellung der Ersatzpflicht im Übrigen [Antrag zu 3.] begehrt.
Die Kläger haben beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger aus der fehlerhaften Behandlung des Ehemannes bzw. Vaters, L, geboren am xx..xx1950, verstorben am 30.06.2004, vom06.2004 vererbtes angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Betrag in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 50.000,00 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz - mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen - seit dem 16.10.2004,
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin zu 1. 163.875,00 Euro zu zahlen, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz mindestens verzinslich mit 8 % Zinsen seit dem 16.10.2004,
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin zu 1. sämtliche weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung vom06.2004 des Ehemannes L, geboren am xx.xx.1950, verstorben am 30.6.2004, entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden,

4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger die ihnen entstandenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 7.066,02 Euro zu zahlen.
Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen, und sind den Vorwürfen der Kläger entgegengetreten.
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L2, das dieser in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. T2 erstellt und das Prof. Dr. T2 mündlich erläutert hat [Gutachten vom 26.10.2009 (Bl. 90 - 113 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 8.09.2010 (S. 1, 2 - 5 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 8.09.2010, Bl. 197 ff., 197, 197R - 199 d. A.)]. In dieser Weise sachverständig beraten hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass nach der durchgeführten Beweisaufnahme schadensursächliche Befunderhebungs- oder sonstige Behandlungsfehler nicht festgestellt werden könnten.
Dagegen wenden sich die Kläger mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klaganträge gegen die Beklagte zu 1. in reduziertem Umfange weiterverfolgen.
Ihre zunächst auch gegen die Beklagten zu 2. und 3. gerichtete Berufung haben sie mit der Berufungsbegründungsschrift vom 21.02.2011 zurückgenommen.
Die Kläger beantragen,
1. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger ein angemessenes ererbtes Schmerzensgeld aus der fehlerhaften Behandlung des Ehemannes und Vaters, L, geboren am xx.xx.1950, verstorben am 30.06.2004, zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 10.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.10.2004,
2. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an die Klägerin zu 1. weitere 150.875,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.02.2005 zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagte zu 1. verpflichtet ist, der Klägerin zu 1. sämtliche weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung ihres Ehemannes L im06.2004 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,
4. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an die Klägerin zu 1. außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 5.188,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit der Zustellung der Klage zu zahlen.
Zur Begründung ihrer Berufung tragen die Kläger insbesondere vor, dass die Beklagte wegen grober Dokumentationsmängel und wegen unterlassener Befunderhebung hafte. Zwischen dem 26. und 28.06.2004 habe sich eine richtungsweisende Klinik ergeben, die Veranlassung für weitere Diagnostik geboten habe. So hätte eine CT- oder MRT-Aufnahme vom Brustkorb gefertigt werden müssen. In dem genannten Zeitfenster wären diese Untersuchungen am aussagekräftigsten gewesen. Ferner hätte am 26.06.2004 möglichst schon am Morgen, jedenfalls aber im Verlaufe des Tages eine CRP-Messung vorgenommen werden müssen. Dies wäre auch möglich gewesen, weil der Patient sich zu dieser Zeit noch im Krankenhaus der Beklagten aufgehalten habe. Im Hause der Beklagten sei aber die Notwendigkeit dieser Untersuchung gar nicht erkannt worden. Dies zeige sich auch darin, dass nicht einmal am 28.06.2004 der Hausarzt über die Notwendigkeit dieser Untersuchung informiert worden sei. Die Beklagte zu 1. könne sich auch nicht darauf berufen, dass der Patient sich selber aus dem Krankenhaus entlassen habe, weil die behandelnden Ärzte den Patienten nicht auf die Notwendigkeit zwingender weiterer Befunderhebungen und Behandlungen hingewiesen und ihm nicht drastisch die Folgen eines entsprechenden Unterlassens vor Augen geführt hätten. Die Ärzte im Hause der Beklagten seien vielmehr mit der Selbstentlassung am Samstag, 26.06.2004, ausdrücklich einverstanden gewesen, wobei die reguläre Entlassung ohnehin für Montag, 28.Juni 2004 vorgesehen gewesen sei. Es treffe auch nicht zu, dass der Patient die vorgesehene konsiliarische Untersuchung in der Neurochirurgie in X verweigert hätte. Vielmehr habe der Patient die Untersuchung ausschließlich deshalb nicht durchführen lassen, weil er die dortige Wartezeit wegen der Schmerzen nicht habe aushalten können. Im Übrigen sei auch in Bezug auf diese Untersuchung der hinreichend deutliche Hinweis auf die zwingende Notwendigkeit unterblieben ebenso wie eine erneute Anordnung der Untersuchung. Diese wäre aber zwingend notwendig gewesen. Die neurochirurgische Untersuchung hätte auch das septische Geschehen offenbart. Den Klägern komme eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugute. Denn wären die geboten gewesenen Befunde erhoben worden, wäre das septische Geschehen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erkannt worden und hätte es einen groben Fehler bedeutet, auf diesen Befund nicht zu reagieren. Im Übrigen sei die Dokumentation der Beklagten so unzureichend, dass sich daraus die Diagnostik und der Krankheitsverlauf nicht hinreichend nachvollziehen ließen. Mit den entsprechenden Feststellungen des Prof. Dr. C habe das Landgericht sich nicht hinreichend auseinandergesetzt.

Die Beklagte zu 1. beantragt die Zurückweisung der Berufung und tritt dem Berufungsvorbringen der Kläger im Einzelnen entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Schriftsätze der Kläger vom 10.04.2014 [Bl. 560 d. A.] und der Beklagten zu 1. vom 7.05.2014 [Bl. 565 = 564 d. A.] sowie auf das Vorbringen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen am 25.02.2013 und am 9.04.2014 [Protokolle, Bl. 445 ff. und 550 ff. d. A.] Bezug genommen.
Der Senat hat weiteren Beweis durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L3 [Facharzt für Chirurgie, Viszeralchirurgie und Gefäßchirurgie] nebst mündlicher Erläuterungen am 25.02.2013 [schriftliches Gutachten vom 22.03.2012 (Bl. 306 - 344 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 29.10.2012 (Bl. 406 - 418 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.02.2013 (S. 1 - 7 des Protokolls vom 25.02.2013, Bl. 445 ff., 445 - 451 d. A.)] sowie durch Einholung eines weiteren schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L4 [Facharzt für Chirurgie] erhoben, das der Sachverständige Prof. Dr. L4 in dem Termin zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 9.04.2014 mündlich erläutert hat [schriftliches Gutachten vom 18.11.2013 (Bl. 505 - 515 i. V. m. 516 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 9.04.2014 (S. 1 - 5 des Protokolls vom 9.04.2014, Bl. 550 ff., 550 - 554 d. A.)]. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Gutachten und die Protokolle der mündlichen Erläuterungen Bezug genommen.
II.
Die Berufung der Kläger ist zulässig, aber nicht begründet.
Den Klägern stehen gegen die Beklagte zu 1. die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle und immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn den Klägern ist der ihnen obliegende Beweis dafür nicht gelungen, dass den Behandlern im Hause der Beklagten zu 1. bei der umstrittenen Behandlung des Patienten schadensursächliche Befunderhebungs- und/oder sonstige Behandlungsfehler unterlaufen sind. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass bei dem Patienten während seines umstrittenen stationären Aufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. reaktionspflichtige Zeichen einer Infektion bzw. einer sich anbahnenden Sepsis erkennbar gewesen wären, auf die die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. in einer haftungsbegründenden Weise nicht reagiert hätten. Bei dieser Beurteilung folgt der Senat den Gutachten der Gerichtssachverständigen Prof. Dr. L3 [Direktor der Klinik und Poliklinik für Allgemein-, Viszeral-, Thorax- und Gefäßchirurgie des Universitätsklinikums C2; schriftliches Gutachten vom 22.03.2012 (Bl. 306 - 344 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 29.10.2012 (Bl. 406 - 418 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 25.02.2013 (S. 1 - 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme des Senates am 25.02.2013, Bl. 445 ff., 445 - 451 d. A.)] und Prof. Dr. L4 [Direktor der Klinik für Allgemein-, Viszeral-, und Transplantationschirurgie der Medizinischen Hochschule I; schriftliches Gutachten vom 18.11.2013 (Bl. 505 - 515 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 9.04.2014 (S. 1 - 5 des Protokoll der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme des Senates am 9.04.2014 (Bl. 550 ff., 550 - 554 d. A.)]. Das Gutachten des Prof. Dr. L3 vermag mit Ausnahmen seiner Feststellungen zu dem Komplex der Laborkontrolle zu überzeugen, weil es zu sämtlichen übrigen Fragestellungen auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich des erstinstanzlich eingeholten Gerichtsgutachtens der Sachverständigen Prof. Dr. L2 [im Beweisbeschluss des Landgerichts förmlich bestellt] und Prof. Dr. T2 [an dem schriftlichen Gutachten beteiligt/mündliche Erläuterungen] [schriftliches Gutachten des Prof. Dr. L2 vom 26.10.2009 (Bl. 90 - 113 d. A.) nebst mündlicher Ergänzung des Prof. Dr. T2 am 8.09.2010 (S.1 - 5 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme vom 8.09.2010, Bl. 197 ff., 197 - 199 d. A.)], der Gutachten der Gerichtssachverständigen Dr. L5 und Priv.-Doz. Dr. T3, die die Staatsanwaltschaft Wuppertal eingeholt hat [schriftliches Gutachten des Dr. L5 vom 25.04.2005 (Bl. 93 - 108 d. Beiakte 80 Js 136/04 StA Wuppertal = SH I, Anlage B 1) und schriftliches Gutachten des Dr. T3 vom 1.06.2007 (Bl. 224 - 230 d. Beiakte 80 Js 136/04 StA Wuppertal], und der Gutachten der Parteisachverständigen der Kläger Dr. med. habil. J [schriftliches Gutachten vom 12.07.2006 (Bl. 187 - 212 d. Beiakte 80 Js 136/04 StA Wuppertal SH I, Anlage K 2) nebst schriftlicher Ergänzung vom 1.04.2008 (SH I, Anlage K 24) nebst schriftlicher Ergänzung vom 21.01.2010 (SH II 2)] und Prof. Dr. C [schriftliches Gutachten vom 14.02.2010 (SH II, a. E.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 29.06.2012 (Bl. 387 - 394 d. A.)] sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist. Lediglich zu den Fragen im Zusammenhang mit der im Hause der Beklagten zu 1. nicht erfolgten Kontrolle der Laborbefunde vom 21.06.2004 vermag das Gutachten des Prof. Dr. L3 nicht zu überzeugen. Mit der Einordnung seiner medizinisch-sachverständigen Überlegungen zu der Frage, wie es zu bewerten ist, dass die am 21.06.2004 ermittelten Laborwerte während des umstrittenen stationären Aufenthaltes nicht kontrolliert worden sind, in die rechtlichen Kategorien eines haftungsbegründenden Fehlers bzw. eines im Rechtssinne groben Fehlers tat Prof. Dr. L3 sich erkennbar schwer. Insbesondere seine insoweit im Rahmen der mündlichen Erläuterungen am 25.01.2013 vorgenommene Einordnung der nicht erfolgten Laborkontrolle als grober Fehler war vor dem

Hintergrund seiner schriftlichen Ausführungen überraschend und vermochte insgesamt nicht überzeugend. Im Hinblick darauf sah sich der Senat veranlasst, insbesondere zu diesem Komplex ein neues Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L4 einzuholen. Prof. Dr. L4 gelangt zu dem Komplex der nicht erfolgten Laborkontrolle zu Feststellungen, die von denen des Prof. Dr. L3 abweichen, und bestätigte im Übrigen sämtliche weiteren Feststellungen des Prof. Dr. L3. Das Gutachten des Prof. Dr. L4 überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es insgesamt und insbesondere zu dem Komplex der nicht erfolgten Laborkontrolle sämtliche medizinischen Fragen in diesem Zusammenhang auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich der zuvor erst- und zweitinstanzlich eingeholten Gerichtsgutachten und der von den Klägern vorgelegten Parteigutachten sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar beantwortet.
Soweit die Kläger die Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 - soweit der Senat diesen folgt - und die Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L4 angegriffen haben, beruhte dies weniger auf einer konkreten inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Argumenten der Sachverständigen, sondern schien dies eher zum einen auf einer von der Sicht ex post getragenen, menschlich durchaus gut nachvollziehbaren, aber medizinisch keineswegs zwingenden Vorstellung zu beruhen, dass sich die dramatische Entwicklung des Zustandes des Patienten bereits während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes in erkennbarer Weise angebahnt haben müsse, und zum anderen darauf, dass die Kläger es offenbar - was ebenfalls menschlich durchaus gut nachvollziehbar ist - nicht hinnehmen können und/oder wollen, dass die konkrete Ursache für den Tod ihres Ehemannes und Vaters letztlich nicht vollständig geklärt werden kann. Die von den Klägern vorgelegten Gutachten der Parteisachverständigen Dr. med. habil. J und Prof. Dr. C scheinen in erster Linie diesen Vorstellungen der Kläger geschuldet zu sein, beruhen in wesentlichen Umständen - wie etwa in Bezug auf die bei dem Patienten gemessenen Temperaturen [hierauf wird im Folgenden noch einzugehen sein] - auf unzutreffenden Anknüpfungstatsachen und vermögen insgesamt die Überzeugungskraft der Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 - soweit der Senat diesem Sachverständigen folgt - und des Sachverständigen Prof. Dr. L4 nicht zu schmälern.
Nach den überzeugend begründeten Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 ist davon auszugehen, dass der Patient während seines stationären Aufenthaltes im Hause der Beklagten zu 1. keine reaktionspflichtigen Zeichen einer Infektion bzw. einer sich anbahnenden Sepsis aufgewiesen hat:
Zur Begründung haben die Sachverständigen insbesondere ausgeführt, dass bei der am 21.06.2004 durchgeführten Laboruntersuchung lediglich drei Werte geringfügig oberhalb bzw. unterhalb des Referenzbereiches gelegen hätten, nämlich der Kreatininwert bei 1,2 mg/dl bei einem Referenzbereich bis 1,1 mg/dl, die Thrombozyten bei 141.000 bei einem Referenzbereich ab 150.000 und der Serum-Blutzuckerwert bei 122 mg/dl bei einem Referenzbereich bis 115 mg/dl; die im Labor festgestellten Abweichungen von den Referenzbereichen seien jedoch als sehr geringfügig anzusehen, kämen - was den Kreatininwert und die Thrombozyten angehe - in diesem geringfügigen Ausmaß auch bei einem nicht unerheblichen Teil der gesunden Bevölkerung vor und seien insgesamt nicht richtungsweisend für eine Entzündung; richtungsweisend für eine Entzündung könnten vielmehr insbesondere Veränderungen der Leukozyten bzw. der CRP-Werte sein; mittelbar könne zwar durch eine Entzündung auch die Nierenfunktion beeinträchtigt werden, was sich dann wiederum in signifikanten Kreatininwerten niederschlage; dies gelte ganz prinzipiell auch für die Thrombozyten, insbesondere im Falle einer schweren Sepsis, bei der dann auch ein signifikanter Abfall der Thrombozyten beobachtet werden könne; ggf. seien dann aber signifikante Abweichungen vom Referenzbereich feststellbar, die das Labor vom 21.06.2004 nicht ergeben habe. Nicht zuletzt im Hinblick darauf sei es auch aus der Sicht ex post sehr unwahrscheinlich, dass die am 21.06.2004 bei dem Patienten festgestellten Werte hinsichtlich Thrombozyten und Kreatinin in einem Zusammenhang mit der später diagnostizierten Sepsis gestanden hätten. Auch andere klinische Zeichen für eine Infektion bzw. eine sich anbahnende Sepsis hätten sich während des umstrittenen stationären Aufenthaltes des Patienten im Hause der Beklagten zu 1. nicht ergeben.
Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Patient Fieber gehabt hätte, das einen Hinweis auf eine Infektion bzw. eine sich anbahnende Sepsis hätte geben können. Soweit die Klägerseite behauptet, der Patient habe am Einweisungstag 21.06.2004 Temperatur in Höhe von 38,2° bis 38,5° gehabt, ist dies in den Krankenunterlagen des Hausarztes oder des Krankenhauses der Beklagten an keiner Stelle dokumentiert. Und auch die Überweisung des Hausarztes H erwähnt entgegen der Annahme des Parteisachverständigen Dr. J [S. 2 seines schriftlichen Ergänzungsgutachtens vom 21.01.2010 (SH II 2)] das Fieber weder in der genannten Höhe noch sonst in irgendeiner Weise. Die genannten Fieberwerte sind ausschließlich in der Beiakte 80 Js 136/04 StA Wuppertal in dem Protokoll zu der telefonischen Befragung des Hausarztes H [Bl. 19/20 der genannten Beiakte] erwähnt, anlässlich derer der Hausarzt angegeben hat, dass der Patient bzw. seine Angehörigen ihm bei dem zweiten Hausbesuch am 21.06.2004 berichtet hätten, dass der Patient Fieber in Höhe von 38,2° bis 38,5° habe. Nachgeprüft durch eigene Messung hat der Hausarzt diese Werte indes nicht. Und auch im Hause der Beklagten zu 1. ist am 21.06.2004 kein

Fieber gemessen worden. Jedenfalls ist ein entsprechendes Ergebnis nicht - zumindest nicht in der notwendigen Klarheit - dokumentiert. Der erste zweifelsfrei dokumentierte Fieberwert ist der vom 22.06.2004. Nach den Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 ist ausweislich der Dokumentation der Beklagten zu 1. ist davon auszugehen, dass der Patient ab dem 22.06.2004 Temperatur zwischen 36° und 35,4° hatte. Soweit vor der Erstattung der Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 insbesondere von Klägerseite und auch von den Parteisachverständigen Prof. Dr. J und Prof. Dr. C von Temperaturen um 38° herum bis 37,2° am 26.06.2004 ausgegangen worden ist, trifft dies nach den überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 nicht zu und beruht dies offenbar auf einer Verwechselung der Pulskurve und der Fieberkurve in der Dokumentation der Beklagten zu 1., in der entsprechend der üblichen Handhabung die Pulskurve als rote Linie und die Fieberkurve als blaue Linie eingetragen ist.
Der Feststellung, dass der Patient ausweislich der gemessenen Temperaturen kein Fieber hatte, das einen Hinweis auf eine Infektion bzw. sich anbahnende Sepsis hätte darstellen können, steht entgegen der bei den Klägern offenbar bestehenden Vorstellung nicht entgegen, dass dem Patienten mit dem Präparat Novalgin ein Schmerzmittel mit fiebersenkender Wirkung verabreicht worden ist. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. L3 zur Überzeugung des Senates ausgeführt, dass die Wirkzeit von Novalgin bei intravenöser Verabreichung drei bis vier Stunden und bei oraler Verabreichung vier bis sechs Stunden betrage, dass der Zeitraum der fiebersenkenden Wirkung von Novalgin in denselben Zeiträumen liege, dass dem Patienten Novalgin während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes jeweils in der Zeit zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr verabreicht worden sei, dass die Temperatur jeweils morgens zwischen 6.15 Uhr und 7.30 Uhr gemessen worden sei, und dass deshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Verabreichung von Novalgin wesentlichen Einfluss auf die gemessene Temperatur gehabt habe. Im Übrigen kann auch entgegen der bei den Klägern offenbar bestehenden Vorstellung nicht - gewissermaßen automatisch - unterstellt werden, dass bei gleichzeitiger Verabreichung von Schmerzmitteln mit fiebersenkender Wirkung und gemessenen Temperaturen im Normbereich der betroffene Patient ohne Verabreichung des fraglichen Schmerzmittels Fieber gehabt hätte.
Veranlassung für einen reaktionspflichtigen Verdacht auf Bestehen einer Infektion bzw. einer sich anbahnenden Sepsis ergab sich für die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. im Verlauf des umstrittenen Klinikaufenthaltes nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L4 auch nicht aus der Schwellung im Bereich des rechten Sternoclavikulargelenkes, auf die die Klägerseite hingewiesen hat. Zur Begründung hat Prof. Dr. L4 insbesondere darauf hingewiesen, dass diese Schwellung in der Behandlungsdokumentation erstmals am 23.06.2004 erwähnt sei, wobei insoweit eine schmerzhafte Schwellung dokumentiert und ausdrücklich festgehalten worden sei, dass eine Überwärmung, eine Rötung und eine Fluktuation nicht vorhanden gewesen seien. Zu der Frage, worauf diese Schwellung beruht hat, könne nur spekuliert werden, wobei als eine von mehreren denkbaren Ursachen eine an diesem Tag eingetretene Subluxation des Sternoclavikulargelenkes nicht ausgeschlossen werden könne. Theoretisch denkbar sei als Ursache zwar auch eine Entzündung, weil eine Schwellung durchaus ein typisches Zeichen einer Entzündung darstellen könne, und weil auch Schwellungen ohne Überwärmung auf einer Entzündung beruhen könnten. Entschieden gegen das Vorliegen einer Entzündung habe allerdings gesprochen, dass mit einer Rötung und Fluktuation weitere typische Entzündungszeichen gefehlt hätten, dass die Laborwerte vom 21.06.2004 keinerlei Anzeichen für eine Entzündung ergeben hätten, dass der Patient kein Fieber gehabt habe, dass auch sonstige klinische Zeichen für eine Entzündung gefehlt hätten, und dass sich zudem bei der am Vortage durchgeführten Röntgenuntersuchung die Sternoclavikulargelenke beidseits als unauffällig dargestellt hätten.
Vor dem Hintergrund des Vorstehenden ist es nach den Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 nicht zu beanstanden, dass die Behandler im Hause der Beklagten zu 1. von der Verdachtsdiagnose eines zervikalen Bandscheibenvorfalls ausgegangen sind, mit der der Patient auch in das Krankenhaus eingewiesen worden war. Dieser Verdachtsdiagnose ließen sich die ambulant nicht beherrschbaren Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule mit Ausstrahlung in die rechte Schulter ohne Weiteres zuordnen. Und hierzu fügten sich auch die Erkenntnisse aus der Anamnese, wonach der Patient in der Vergangenheit bereits wiederholt Bandscheibenvorfälle im Lumbalbereich erlitten hatte, die auch bereits operiert worden waren, und wonach die akuten Beschwerden des Patienten nach seinen eigenen Angaben aufgetreten waren, nachdem er mit seinen Enkeln gespielt und diese gehoben habe. Die bildgebende Diagnostik und Verabreichung schmerzlindernder und entzündungshemmender Medikamente entsprachen dieser Verdachtsdiagnose. Und auch die Anwendung von Akupunktur war nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L3 aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht zu beanstanden, weil sie als komplementäres Verfahren in der Schmerztherapie ergänzend zu den schulmedizinischen Ansätzen mit oraler und intravenöser Schmerzmedikation angeboten werden kann und darf. Nach Persistenz der Beschwerden entsprach es auch ordnungsgemäßem Vorgehen, dass ein neurologisches Konsil eingeholt werden sollte, wobei nach Scheitern des diesbezüglichen Versuches am Freitag,

25.06.2004, nach den Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 keine Veranlassung bestanden hat, dies notfallmäßig erneut zu versuchen, vielmehr der Hinweis in dem Arztbrief an den Hausarzt H vom 29.06.2004 darauf, dass ein neurologisches Konsil empfohlen werde, ausreichte.
Es kann der Beklagten zu 1. auch nicht mit Haftungsfolge vorgeworfen werden, dass die am 21.06.2004 ermittelten Laborwerte während des Aufenthaltes des Patienten in ihrem Hause nicht kontrolliert worden sind.
Eine Inanspruchnahme der Beklagten zu 1. unter diesem Gesichtspunkt scheitert bereits daran, dass die Kausalität eines Versäumnisses insoweit für die bei dem Patienten eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und insbesondere für dessen Tod nicht festgestellt werden kann. Denn nach den überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 kann zu der Frage, ob sich bei einer Laborkontrolle während des umstrittenen stationären Aufenthaltes, d. h. in der Zeit bis einschließlich 26.06.2004, ein reaktionspflichtiger Befund und insbesondere ein reaktionspflichtiger Hinweis auf eine Infektion bzw. sich anbahnende Sepsis ergeben hätte, nur spekuliert werden, wobei die Wahrscheinlichkeit unter 50 % liegt. Prof. Dr. L3 hat hierzu - bestätigt durch Prof. Dr. L4 - überzeugend ausgeführt, dass sich im Hinblick auf die Leukozyten und den Kreatininwert bei der andernorts durchgeführten Laborkontrolle am 28.06.2004 ein progredienter Zustand ergeben habe, der aber nicht besonders auffällig gewesen sei, dass bei der Frage, ob sich bei einer Laborkontrolle im Hause der Beklagten zu 1. spätestens am 26.06.2004 ein auffälliger Befund ergeben hätte, sicher zu berücksichtigen sei, dass auch der Hausarzt, der den Patienten gut gekannt habe, am 26.06.2004 und sogar noch am 27.06.2004 keine klinischen Anzeichen für ein infektiöses Geschehen bzw. eine sich anbahnende Sepsis wahrgenommen habe, und dass deshalb eine Laborkontrolle am 26.06.2004 eher nicht zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt und insbesondere eher nicht den Verdacht auf ein reaktionspflichtiges infektiöses Geschehen erbracht hätte; der Verlauf der Kreatininwerte bis zum 28.06.2004 lasse eher darauf schließen, dass man am 26.06.2004 noch keine Dynamik festgestellt hätte. Nach den ergänzenden Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. L4 kann auch zu der Frage, welchen Befund eine Laboruntersuchung am 26.06.2004 zu dem CRP-Wert erbracht hätte, letztlich nur spekuliert werden. Hierzu führte Prof. Dr. L4 näher aus, dass er zwar insgesamt bei Betrachtung aller Umstände dazu neige, die Wahrscheinlichkeit für überwiegend anzusehen, dass sich am 26.06.2004 bereits ein erhöhter CRP-Wert gezeigt hätte. Aber auch aus einem erhöhter CRP-Wert könne sich eine sinnvolle Aussage nur unter Einbeziehung des gesamten klinischen Erscheinungsbildes ergeben. Im Hinblick darauf wäre bei Feststellen eines erhöhten CRP-Wertes zwar die Tatsache einer ablaufenden Infektion in das weitere Planungsgeschehen einbezogen worden. Dies hätte möglicherweise Veranlassung zu weiteren diesbezüglichen diagnostische Maßnahmen und insoweit insbesondere für eine MRT-Untersuchung geboten. Die Entscheidung, ob und wann eine MRT-Untersuchung durchgeführt wird, wäre aber nur unter Berücksichtigung des weiteren klinischen Bildes getroffen worden. Ein möglicherweise festgestellter erhöhter CRP-Wert allein hätte nicht zu einer weiteren MRT-Untersuchung geführt. Nach diesen Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. L3 und Prof. Dr. L4 kann dementsprechend nicht davon ausgegangen werden, dass sich allein aufgrund einer Laborkontrolle in der Zeit bis spätestens 26.06.2004 die Veranlassung für ein anderes Behandlungsregime und damit unter Umständen ein für den Patienten günstigeren Verlauf ergeben hätte.
Hinsichtlich der Kausalität kommen den Klägern Beweiserleichterungen weder unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels noch unter dem Gesichtspunkt des groben Fehlers zugute. Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels scheitern bereits daran, dass nicht festgestellt werden kann, dass eine Laborkontrolle mit mehr als 50 %-iger Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte. Und auch von einem groben Fehler kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausgegangen werden:
Der Senat folgt insoweit dem Gutachten des Prof. Dr. L4, das den Senat auch in diesem Punkt einleuchtet, während das Gutachten des Prof. Dr. L3 zu diesem Punkt nicht zu überzeugen vermag.
Nach den Feststellungen des Prof. Dr. L4 ist bereits fraglich, ob das Unterlassen der Laborkontrolle während des umstrittenen Krankenhausaufenthaltes des Patienten im Hause der Beklagten zu 1. und damit in der Zeit bis zum 26.06.2004 überhaupt als Fehler gewertet werden kann. Denn Prof. L4 hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Behandlung des Patienten insgesamt nicht fehlerhaft erfolgt sei und dass dies auch im Hinblick auf die nicht mehr durchgeführte Kontrolle der Laborergebnisse gelte. Zur Begründung hat er insbesondere ausgeführt, dass es keinerlei Richtlinien oder Leitlinien bezüglich der Laborabnahme in bestimmten Situationen gebe, dass diese sich vielmehr stets nach dem individuellen Verlauf und insoweit insbesondere nach dem klinischen Bild des jeweils betroffenen Patienten richte. Die bei der Laboruntersuchung am 21.06.2004 im Hause der Beklagten zu 1. ermittelten Werte betreffend Thrombozyten und Kreatinin seien beide nicht richtungsweisend für eine Entzündung und letztlich für kein Krankheitsbild richtungsweisend mit der Folge, dass aus beiden Werten allein keine unmittelbare Handlungsoption abgeleitet werden könne. Zum Zeitpunkt der Aufnahme des Patienten im Hause der Beklagten zu 1. und auch in der Folgezeit bis einschließlich 26.06.2004 habe es kein klinisches Bild gegeben, das zu einer Infektion bzw. Sepsis gepasst und Veranlassung gegeben hätte, die am 21.06.2004 ermittelten Laborwerte zeitnah zu kontrollieren. Dementsprechend hätte eine Laborkontrolle in dieser Zeit eine sich selbst

genügende prinzipielle Kontrolle von auffälligen Laborwerten ohne weitere zielgerichtete klinische Zeichen bedeutet; dies sei aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht richtig. Denn Laborwerte könnten nicht für sich genommen, sondern stets nur im Kontext mit anderen klinischen Zeichen eine sinnvolle Aussage ergeben. Dies gelte auch vor dem Hintergrund des Umstandes, dass der Patient unter permanenten Schmerzen gelitten habe, die medikamentös nicht erfolgreich hätten behandelt werden können, und dass insgesamt insoweit eine letztlich unklare Situation bestanden habe. Gleichwohl könne hier an den fehlenden Laborwerten ein Fehler nicht festgemacht werden, weil klinisch bei dem Patienten nichts für eine Infektion bzw. eine sich anbahnende Sepsis gesprochen habe und der Patient insbesondere kein Fieber gehabt habe. Eine andere Bewertung ergebe sich auch nicht im Hinblick auf die bei dem Patienten im Rahmen der Akupunkturbehandlung festgestellte Schwellung im Bereich von Hals- und Schlüsselbein. Insoweit könne zu der Frage, worauf diese beruht habe, nur spekuliert werden. Unter Berücksichtigung der zuvor erhobenen Befunde sowie der insgesamt unklaren Situation des Patienten sei eher als eine Kontrolle der Laborwerte eine Kontrolle der Schwellung veranlasst gewesen; ausweislich der Dokumentation vom 25.06.2004 sei eine solche Kontrolle aber erfolgt.
Die Frage, ob abweichend von der Bewertung des Prof. Dr. L4 das Unterlassen der Laborkontrolle in der Zeit bis zum 26.06.2004 als Fehler zu bewerten ist, kann indes letztlich dahinstehen. Denn jedenfalls kann das Unterlassen der Laborkontrolle im Hinblick auf die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Prof. Dr. L4 und entgegen der Bewertung des Prof. Dr. L3 nicht als im Rechtssinne grober Fehler gewertet werden. Der Bewertung als im Rechtssinne grober Fehler steht bereits entgegen, dass es an einem Verstoß gegen bewährte elementare Behandlungsregeln bzw. gesicherte grundlegende Erkenntnisse der Medizin fehlt, weil es nach den Feststellungen des Prof. Dr. L4 keinerlei Richtlinien oder Leitlinien bezüglich der Laborabnahme in bestimmten Situationen gibt, und weil diese sich vielmehr stets nach dem individuellen Verlauf und insoweit insbesondere nach dem klinischen Bild des jeweils betroffenen Patienten richtet. Auch Prof. Dr. L3 vermochte entsprechende Richtlinien oder Leitlinien nicht aufzuzeigen. Vielmehr erschöpften sich seine Ausführungen zu der Einordnung des Unterlassens der Laborkontrolle als im Rechtssinne grober Fehler letztlich darin, dass er sich ohne konkrete Bezugnahme auf den vorliegenden Streitfall abstrakt auf den Standpunkt gestellt hat, dass einmal erhobene Laborbefunde außerhalb des Referenzbereiches unabhängig von der Frage, wie erheblich diese Abweichungen sind, und auch unabhängig von der klinischen Situation des betroffenen Patienten routinemäßig stets zu kontrollieren seien. Diese Auffassung des Prof. Dr. L3 mag als Begründung dafür ausreichen, das Unterlassen der Laborkontrolle als einfachen Fehler einzuordnen, rechtfertigt indes keineswegs die Qualifizierung des Fehlers als im Rechtssinne grob. Denn im Falle des hier betroffenen Patienten ist das Unterlassen der Laborkontrolle aus den von Prof. Dr. L4 ausgeführten Gründen insbesondere deshalb aus objektiver medizinischer Sicht durchaus verständlich, weil es sich bei den nicht normwertigen Parametern um nicht spezifische Parameter gehandelt hat, weil die Abweichungen lediglich geringfügig gewesen sind, und weil es kein klinisches Bild gab, dass eine eindeutige Veranlassung zu einer Laborkontrolle gegeben hätte. Die Feststellungen des Prof. Dr. L4 bedeuten dabei nicht zwingend, dass die am 21.06.2004 ermittelten Laborwerte zu keiner Zeit hätten kontrolliert werden müssen; das Zeitfenster für diese Kontrolle war indes aus den oben ausgeführten Gründen so vage und offen, dass es während des Aufenthaltes des Patienten im Hause der Beklagten zu 1. keinen konkreten Zeitpunkt gab, ab dem ein Unterlassen der Laborkontrolle als aus objektiver medizinischer Sicht nicht mehr verständlich gewesen wäre.
Aus den vorstehenden Gründen können die Kläger ihre Forderungen gegen die Beklagten zu 1. auch nicht auf den Umstand stützen, dass der Klägerin zu 1. am 26.06.2004, als sie die persönlichen Sachen des Patienten abgeholt hat, nachdem dieser das Krankenhauses der Beklagten zu 1. verlassen hatte, kein eindringlicher Hinweis auf die Notwendigkeit einer Laborkontrolle erteilt worden ist. Denn auch insoweit kann aus den oben ausgeführten Gründen die Kausalität für die eingetretenen Schäden nicht festgestellt werden und kommen den Klägern Beweiserleichterungen nicht zugute, weil das Unterlassen des fraglichen Hinweises aus den oben ausgeführten Gründen allenfalls als einfacher, nicht aber als im Rechtssinne grober Fehler bewertet werden kann.
Prozessuale Nebenentscheidungen:
Die Schriftsätze der Kläger vom 10.04.2014 [Bl. 560 d. A.] und der Beklagten zu 1. vom 7.05.2014 [Bl. 565 = 564 d. A.] bieten keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Es geht im vorliegenden Verfahren im wesentlichen um Tatsachenfragen und im übrigen um die Anwendung geltenden Rechts sowie der hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätze und damit um eine Einzelfallentscheidung.
Berufungsstreitwert: 285.875,00 Euro
[10.000,00 EUR ererbtes Schmerzensgeld
+ 150.875,00 EUR materieller Schadensersatz
+ 125.000,00 EUR Feststellung [wie LGU 11]

285.875,00 EUR]

123. LG Regensburg, Urteil vom 27.05.2014 – 4 O 910/11 (1), 4 O 910/11 – * Arztvertrag: Medizinische Notwendigkeit einer Galvano-Therapie zur Behandlung einer Brustkrebspatientin; Honorarhöhe bei Privatliquidation; Anspruch auf Honorarrückzahlung wegen schuldhafter Pflichtverletzung

Orientierungssatz

1. Für die Beurteilung dessen, was im Sinne von § 1 Abs. 2 GOÄ als medizinisch notwendig anzusehen ist, kann auf die gleichlautenden Bestimmungen der §§ 192 VVG und 4 Abs. 6 der Musterbedingungen für die Krankenkassen (MBB/KK) und die zu diesen Vorschriften ergangenen Entscheidungen (vergleiche BGH, 10.07.1996, IV ZR 133/95, BGHZ 133, 208) zurückgegriffen werden.
2. Kommt das sachverständig beratene Tatgericht zu dem Ergebnis, dass eine Galvano-Therapie im Jahre 2009 zur Behandlung einer Brustkrebspatientin medizinisch notwendig war, so war der behandelnde Arzt berechtigt, seine ärztlichen Leistungen nach den Vorschriften der GOÄ abzurechnen; bei Fehlen einer eigenen Gebührenziffer waren die Leistungen gem. § 6 Abs. 2 GOÄ analog einer Gebührenziffer abzurechnen, die mit der Galvano-Therapie nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertig war.
3. Schuldhafte Pflichtverletzungen des behandelnden Arztes führen grundsätzlich nicht zu einer Minderung oder einem Wegfall des Vergütungsanspruchs. Ausnahmsweise entfällt der Vergütungsanspruch dann, wenn seine Pflichtverletzung als besonders schwerwiegend anzusehen ist und/oder sich seine ärztliche Leistung für den Patienten als völlig unbrauchbar, einer Nichtleistung vergleichbar, darstellt.
Vergleiche BGH, 10.07.1996, Az: IV ZR 133/95

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.
II. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
Beschluss
Der Streitwert wird auf 29.297,45 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von an den Beklagten, einem in Regensburg niedergelassenen Frauenarzt bezahlten Vergütungen für ärztliche Leistungen für die verstorbene Ehefrau des Klägers (in folgenden Patientin genannt); der Kläger ist deren Erbe.
Der Beklagte schloss mit der Patientin am 26.01.2009 eine teilweise vorformulierte Behandlungsvereinbarung mit auszugsweise folgendem Inhalt:
"... Die Galvano-Plus-Therapie ist eine Behandlungsform von bösartigen Tumoren. Da es sich um ein nicht anerkanntes Verfahren im Sinne der Schulmedizin handelt, werden die Behandlungskosten deshalb regelmäßig nicht von den Krankenkassen übernommen. ...Da zur Zeit in der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) keine entsprechende Abrechnungsziffer existiert, ist die hier durchzuführende Behandlung gemäß § 6 Abs. 2, 2 Abs., 2 GOÄ entsprechend einer nach Art, Kosten und Zeitaufwand vergleichbaren Ziffer der GOÄ abzurechnen. Als vergleichbar anzusehen ist die Ziffer 58, 54 der GOÄ; die Kosten laut GOÄ betragen insoweit € 145,14 pro Fraktion (= 20 Minuten)."
Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Behandlungskostenvereinbarung vom 26.01.2009 (B 1) Bezug genommen.
Die Patientin litt zum Zeitpunkt der Behandlung durch den Beklagten im Jahre 2009 schon seit dem Jahre 1993 unter einem Tumor der rechten Brust, wobei im weiteren Verlauf der Erkrankung es zu mehrfachen Rezidivtumoren sowie einer auxilären LK-Methasthasierung gekommen war; darüber hinaus lag bei der Patientin eine Knochenmetastase in der linken Beckenschaufel mit Progression und Metastase im linken Schenkelhals vor. Von02.bis11.2009 führte der Beklagte bei der Patientin die Galvano-Therapie durch, bei der mit Hilfe elektrischer Ladung Tumorgewebe beeinflusst werden soll. Die Abrechnungen des Beklagten erfolgten unter analoger Anwendung der Gebührenziffer 5854 GOÄ mit € 145,14 pro Fraktion. Auf die vom Kläger vorgelegten Rechnungen des Beklagten (K 2) wird Bezug genommen. Insgesamt hat die Patientin an den Beklagten für die Galvano-Therapie € 29.297,45 bezahlt; die Rückforderung dieses Betrages ist Gegenstand der Klage.
Der Kläger trägt vor, die Galvano-Therapie sei nicht medizinisch notwendig gewesen. Eine medizinische Indikation habe nicht vorgelegen. Der Beklagte habe die Patientin behandlungsfehlerhaft durch Anwendung der Galvano-Therapie geschädigt. Eine Aufklärung über die Konsequenzen der Therapie sei nicht erfolgt.
Der Kläger ist der Auffassung, die Vereinbarung eines 1,3 fachen Gebührensatzes verstoße gegen § 2 Abs. 3 GOÄ und § 307 BGB.

Mit Schriftsatz vom 02.10.2013 erklärt er hilfsweise die Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen der Patientin wegen vorvertraglichen Aufklärungsverschuldens des Beklagten (Bl. 254 d. A.).
Der Kläger beantragt zuletzt,
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 29.297,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 27.079,17 seit dem 01.01.2011 und auf weitere € 2.218,28 ab Rechtshängigkeit sowie 1.196,43 € vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.11.2011 zu zahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte bestreitet Behandlungsfehler; die Patientin sei ausreichend über die Wirkungen der Galvano-Therapie aufgeklärt worden. Wenn auch nicht schulmedizinisch anerkannt, so sei die Galvano-Therapie dennoch medizinisch notwendig und deshalb nach den Vorschriften der GOÄ abzurechnen. Zu Recht habe der Beklagte seine ärztlichen Leistungen in analoger Anwendung der Gebührenziffer 5854 GOÄ abgerechnet. Die zwischen ihm und der Patientin geschlossene Vereinbarung sei unter jedem Gesichtspunkt wirksam.
Das Gericht hat die Parteien informatorisch gehört. Die Sachverständige ... erstattete ein schriftliches Gutachten vom 07.08.2012 ergänzt durch die im Verfahren 4 O 1249/11 abgegebene Stellungnahme vom 14.08.2012 und das Gutachten vom 26.03.2013. In den Terminen vom 12.09.2013 und 01.04.2014 wurde die Sachverständige ergänzend angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze, die schriftlichen Gutachten sowie die Protokolle der öffentlichen Sitzungen vom 12.09.2013 und 01.04.2014 Bezug genommen.
Zum Zwecke der gemeinsamen Beweisaufnahme wurden die Verfahren 4 O 1249/11 (2) und 4 O 910/11 (1) verbunden.

Entscheidungsgründe

Die zulässige (§ 12, 13 ZPO 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG) Klage erweist sich als unbegründet.
Der geltend gemachte Anspruch steht dem Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu:
1.1. Ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative, 1922 BGB scheidet aus. Die Leistungen an den Beklagten erfolgten mit Rechtsgrund.
Dem Beklagten steht für die Durchführung der Galvano-Therapie bei der Patientin eine Vergütung zu, die nach den Vorschriften der GOÄ zu berechnen ist. Der Anwendungsbereich der GOÄ ist gemäß § 1 Abs. 1 GOÄ eröffnet.
Bei der Tätigkeit des Beklagten handelte es sich um berufliche Leistungen eines Arztes; sie sind nach den Vorschriften der GOÄ zu vergüten, weil insoweit bundesgesetzlich nichts anderes bestimmt ist.
1.2. Auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GOÄ liegen vor. Die Anwendung der Galvano-Therapie durch den Beklagten war nach den Regeln der ärztlichen Kunst für die ärztliche Versorgung der Patientin medizinisch notwendig. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
Für die Beurteilung dessen, was im Sinne von § 1 Abs. 2 GOÄ als medizinisch notwendig anzusehen ist, kann auf die gleichlautenden Bestimmungen der §§ 192 VVG und 4 Abs. 6 der Musterbedingungen für die Krankenkassen (MBB/KK) und die zu diesen Vorschriften ergangenen Entscheidungen zurückgegriffen werden. Dies gift deshalb, weil typischerweise die Erstattungspflicht der privaten Krankenversicherung diejenigen Kosten deckt, die der Patient dem Arzt für seine ärztliche Tätigkeit schuldet. Deshalb besteht grundsätzlich Deckungsgleichheit zwischen den medizinisch notwendigen Aufwendungen im Sinne der §§ 192 VVG und 4 Abs. 6 MB/KK und der Notwendigkeit im gebührenrechtlichen Sinn. In Ausnahmefällen kann der Arzt vom Patienten auch für medizinisch nicht notwendige Leistungen eine Vergütung verlangen, wenn diese Leistungen gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 GOÄ auf ausdrückliches Verlangen des Patienten erfolgten.
Eine medizinisch notwendige Heilbehandlung ist dann anzunehmen, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung vertretbar war, sie als notwendig anzusehen (BGH Z 133, 208; Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage 2010, § 192 VVG Rdnr. 61).
Dass auch schulmedizinisch nicht etablierte Methoden, da medizinisch notwendig, grundsätzlich erstattungspflichtig sind, zeigt § 4 Abs. 6 Satz 2 MB-KK. Der Notwendigkeit steht auch nicht entgegen, dass die Erkrankung der Patientin zum Zeitpunkt der Behandlung durch den Beklagten schon so weit fortgeschritten war, dass eine Heilung - möglicherweise - nicht mehr in Betracht kam. In solchen Fällen genügt es zur Bejahung der medizinischen Notwendigkeit, dass die angewandte Behandlungsmethode geeignet ist, Schmerzen zu lindern und / oder die Lebensqualität der Patientin zu verbessern (Prölls/Martin, a. a. O. § 192 VVG Rdnr. 49).
Das Gericht, sachverständig durch ... beraten, hat keinen Zweifel, dass nach den genannten Maßstäben die Galvano-Therapie zur Behandlung der Patientin medizinisch notwendig war:

Die Sachverständige hat für das Gericht nachvollziehbar ausgeführt, dass elektrischer Strom grundsätzlich geeignet ist, Tumoren zu bekämpfen und ihr Wachstum zu hindern. Sie gab ferner an, dass die Galvano-Therapie - obgleich nicht evidenzbasiert - dazu in der Lage ist, auch fortgeschrittene Tumoren am Wachstum zu hindern, was zu einer Linderung der Schmerzen des Patienten führt.
Mit dem von der Klagepartei vorgelegten Gutachten des ... vom 28.08.2012 und 02.07.2013 (K 10, K 11) hat sich die Sachverständige ausführlich und nachvollziehbar auseinander gesetzt. Sie kam zu dem Ergebnis, dass vorliegend - abweichend von den Gutachten des ... - die medizinische Notwendigkeit deshalb zu bejahen ist, weil die Patientin unter einer weit fortgeschrittenen Erkrankung litt, weshalb kein heilender, sondern lediglich ein schmerzlindernder Therapieerfolg zu erwarten war.
Auch für die - wesentlich schwierigere - Behandlung des Tumors im Beckenknochen hielt die Sachverständige die Galvano-Therapie für grundsätzlich geeignet, jedenfalls um das Tumorwachstum zu hindern und damit eine Schmerzlinderung herbeizuführen.
1.3. War die Galvano-Therapie im Jahre 2009 medizinisch notwendig im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 GOÄ, so war der Beklagte jedenfalls grundsätzlich berechtigt, seine ärztlichen Leistungen nach den Vorschriften der GOÄ abzurechnen (§ 1 I GOÄ).
Da die GOÄ aber für die Galvano-Therapie keine eigene Gebührenziffer vorsieht, waren die ärztlichen Leistungen des Beklagten gem. § 6 Abs. 2 GOÄ analog einer Gebührenziffer abzurechnen, die mit der Galvano-Therapie nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertig ist.
Die Abrechnungen des Beklagten in analoger Anwendung der Gebührenziffer 5854 (Tiefen-Hyperthermie) ist jedenfalls vertretbar. Die Tiefen-Hyperthermie ist nach Auskunft der Sachverständigen wie die Galvano-Therapie mit einer Zufuhr von Energie ins Körperinnere verbunden, wobei bei der Tiefen-Hyperthermie die Energiezufuhr durch Wärme, bei der Galvano-Therapie durch elektrischen Strom erfolgt. Hinsichtlich des Behandlungsaufwandes sind Tiefen-Hyperthermie und Galvano-Therapie jedenfalls in etwa vergleichbar, da, wie die Sachverständige beschrieb, in beiden Fällen mindestens die Rufbereitschaft des Arztes für mögliche Komplikationen bestehen muss. Die Sachverständige hielt die vom Beklagten analog herangezogene Gebührenziffer für sachgerecht; das Gericht schließt sich dieser Beurteilung an.
1.4. Die zwischen der Patientin und dem Beklagten getroffene Vereinbarung eines 1,3 fachen Gebührensatzes pro Fraktion für die aufwendige Behandlungen zum Beispiel von Knochentumoren ist wirksam. Sie verstößt nicht gegen § 2 Abs. 3 Satz 1 GOÄ, obwohl die Gebührenziffer 5854 sich im Abschnitt O der Anlage A zur GOÄ befindet. § 2 Abs. 3 Satz 1 GOÄ nimmt Bezug auf § 2 Abs. 1 Satz 1 GOÄ, wonach grundsätzlich eine von der GOÄ abweichende Gebührenhöhe durch Vereinbarung festgelegt werden kann. § 5 Abs.3 GOÄ lässt für Gebühren nach Abschnitt O des Gebührenverzeichnisses eine Gebühr zu, die zwischen dem einfachen- und dem zweieinhalbfachen des Gebührensatzes liegt. Liegt der vereinbarte Gebührensatz (hier 1,3fache Gebühr) in diesem Rahmen, so verstößt eine entsprechende Vereinbarung nicht gegen § 2 Abs. 3 Satz 1 GOÄ (Uleer/Miebach/Patt Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Auflage, 2006, § 2 GOÄ Rdnr. 38).
Die Vereinbarung verstößt auch nicht - obwohl vorformuliert - gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB; die Regelung ist transparent, die Patientin wusste, welche Kosten auf sie für jede "Fraktion" zukommen.
1.5. Schließlich konnte der Beklagte - wie geschehen - für die an einem Tag durchgeführte Behandlung mehrere Fraktionen (zu je 20 Minuten) abrechnen. Dies ergibt sich aus der Behandlungsvereinbarung vom 26.01.2009, in der festgelegt wurde, dass eine Fraktion eine Behandlungsdauer von 20 Minuten umfasst. Obwohl der Beklagte durch diese vorformulierte Vereinbarung vom gebührenrechtlichen Begriff der Fraktion in Abschnitt O IV 2 GOÄ des Anhangs A der GOÄ abwich, ist die durch Vertrag vereinbarte Bestimmung der "Fraktion" wirksam. Die Definition in Abschnitt O IV 2 des Anhangs A zur GOÄ betrifft den Begriff der Fraktion bei Bestrahlungen und kann deshalb nicht ohne Einschränkung auf die nur analoge Anwendung der Gebührenziffer 58, 54 auf die Galvano-Therapie übertragen werden.
1.6. Die weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 GOÄ liegen vor. Die Vereinbarung wurde schriftlich getroffen. Nummer und Bezeichnung der Leistung, der Steigerungssatz und der vereinbarte Betrag sind in ihr enthalten; die Patientin wurde darauf hingewiesen, dass die Erstattung der Vergütung durch Erstattungsstellen möglicherweise nicht in vollem Umfang gewährleistet ist. Weitere Erklärungen enthielt die Vereinbarung nicht.
2. Dem Vergütungsanspruch des Beklagten steht nicht entgegen, dass er den Behandlungsvertrag mit der Patientin möglicherweise schuldhaft schlecht erfüllt hat (§§ 280 I 630 a BGB).
2.1. Auf den Behandlungsvertrag zwischen der Patientin und dem Beklagten ist Dienstvertragsrecht anzuwenden (§ 630 b BGB). Schuldhafte Pflichtverletzungen des Behandlers führen - anders als bei Werkverträgen - grundsätzlich nicht zu einer Minderung oder einem Wegfall des Vergütungsanspruchs. Ausnahmsweise entfällt der Vergütungsanspruch des Arztes dann, wenn seine Pflichtverletzung als besonders schwerwiegend anzusehen ist und / oder sich seine ärztliche Leistung für den Patienten als völlig unbrauchbar, einer Nichtleistung vergleichbar, darstellt (Martis/Winkart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage R 14 und passim; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, § 75 Rdnr. 18); einfache Behandlungsfehler führen nicht zum Wegfall der Vergütungspflicht (Martis/Winkart, a. a. O.; aus jüngster Zeit: Oberlandesgericht Koblenz MedR 2014, 247; 250).

Jedenfalls schwerwiegende Pflichtverletzungen durch den Beklagten liegen nicht vor. Die Sachverständige gab vielmehr an, dass angesichts der fortgeschrittenen schweren Erkrankung der Patientin die Galvano-Therapie als medizinisch indiziert anzusehen ist. Behandlungsfehler schwerwiegender Art haben sich in der Beweisaufnahme nicht herausgestellt.
2.2. Der Vergütungsanspruch des Beklagten entfällt auch nicht deshalb, weil er - möglicherweise - die Patientin nicht ausreichend über Risiken, Chancen und Nebenwirkungen der Galvano-Therapie aufgeklärt hat.
Bei Aufklärungsmängeln entfällt der Vergütungsanspruch nach ganz herrschender Meinung nur dann, wenn die Leistung des Arztes für den Patienten völlig unbrauchbar ist (OLG Nürnberg, MDR 08, 554; Martis/Winkart, a. a. O. R 28 ff.). Diese Voraussetzungen sind nach dem oben gesagten nicht gegeben.
3. Die vom Kläger hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen der Patientin geht ins Leere und ist deshalb unwirksam.
Einen denkbaren Schadensersatzanspruch (wegen unzureichender Aufklärung der Patientin) steht zum Zeitpunkt der Erklärung der Aufrechnung kein - gleichartiger - Gegenanspruch des Beklagten gegenüber, weil der Vergütungsanspruch des Beklagten durch die Zahlungen der Patientin bereits erloschen ist. Damit liegen die Voraussetzungen für eine wirksame Aufrechnung nach den §§ 387, 389 BGB nicht vor (Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Auflage, 2014 § 389 BGB Rdnr. 2; BGH NJW 2012, 445).
Die Klage war deshalb mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO als unbegründet abzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1, Satz 2 ZPO.

124. OLG Köln, Beschluss vom 26.05.2014 – 5 U 148/13 – * Arzthaftung: Umfang der Pflicht zur Aufklärung über eine Behandlungsalternative

Orientierungssatz

1. Stellte eine Laparoskopie im Jahr 2008 bei Teilresektion einer Niere wegen Tumors keine aufklärungspflichtige echte Behandlungsalternative dar, hätte der Patient sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in seinen Entscheidungsprozess einbeziehen können.
2. Dass ein Patient gegenüber dem nachbehandelnden Urologen mit hohem Leidensdruck von dem Eintritt einer retrograden Ejakulation gesprochen hat, erlaubt keinen Schluss auf das Unterbleiben einer entsprechenden Aufklärung hierüber.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 23.10.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 345/11 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

Die Berufung des Klägers war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.
Die Berufung, mit der der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung weiter verfolgt, hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Hierzu wird auf den Senatsbeschluss vom 17.4.2014 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 des Klägers vom 21.5.2014 rechtfertigt keine andere Beurteilung.
1. Auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens greift in Bezug auf die am 24.6.2008 durchgeführte offene lumbale Teilresektion der Niere rechts jedenfalls der von der Beklagten erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung durch. Dass eine Aufklärung über das Risiko einer Nervenverletzung mit der Folge einer möglicherweise auch persistierenden Sensibilitätsstörung oder Muskelschwäche, von deren Unterlassen mangels gegenteiliger Feststellungen auszugehen ist, aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 17.4.2014 für sich allein keinen echten Entscheidungskonflikt begründet hätte, nimmt der Kläger in seiner Stellungnahme hin.
Aus der nunmehr angeführten Möglichkeit eines offenen Vorgehens einerseits und eines minimal-invasiven Vorgehens mittels Laparoskopie andererseits sowie der Gegenüberstellung und Erläuterung der insoweit unterschiedlichen Risiken einer Nervenverletzung vermag der Kläger keinen Entscheidungskonflikt vor dem Eingriff herzuleiten. Die Durchführung einer Laparoskopie hätte der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in seinen Entscheidungsprozess einbeziehen können. Denn nach den zutreffenden und vom Kläger in der Berufungsbegründung zunächst nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts stellte eine Laparoskopie keine aufklärungspflichtige echte Behandlungsalternative dar. Wie sich aus den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. S ergibt, wäre eine Laparoskopie im Jahr 2008 bei Teilresektion einer Niere wegen eines Tumors, insbesondere wenn sich dieser - wie hier - am oberen Pol befand, insgesamt mit deutlich höheren Risiken verbunden gewesen (Bl. 83, 154 d.A.). Die gesteigerten

Risiken ergaben sich vor allem aus der längeren Dauer der Unterbrechung der Blutzufuhr und betrafen unter anderem den Verlust der gesamten Niere (Bl. 154 d.A.).
2. Soweit der Senat die Feststellung des Landgerichts als bindend angesehen hat, dass der Zeuge Dr. B den Kläger vor der am 7.2.2011 vorgenommenen transurethralen Elektroresektion der Prostata (TURP) mit endoskopischer Steinentfernung über die Folge einer retrograden Ejakulation aufgeklärt hat, wiederholt der Kläger im Schriftsatz vom 21.5.2014 lediglich die bereits in der Berufungsbegründung enthaltenen Angriffe gegen die erstinstanzliche Beweiswürdigung, was keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung gibt.
Der Schluss von der bekundeten üblichen Aufklärungspraxis auf eine gleichartige Vorgehensweise im Streitfall ist überzeugend. Da der Zeuge Dr. B unstreitig zumindest einige Risiken des Eingriffs angesprochen hat, spricht alles dafür, dass von ihm auch und gerade die wichtigen Komplikationen und Folgen wie die regelhaft eintretende retrograde Ejakulation erläutert worden sind.
Dass die Auswirkungen des Eingriffs auf die Sexualität im vorgedruckten Aufklärungsbogen anders als die möglichen Komplikationen nicht individuell abgehakt sind, streitet dagegen schon deshalb nicht für einen anderen Hergang, weil insoweit unterschiedliche und räumlich voneinander getrennte Gliederungspunkte des Aufklärungsbogens betroffen sind. Nach den Erfahrungen des Senats, der ständig mit Arzthaftungssachen befasst ist, ist es auch keineswegs selten, dass Patienten Risiken nicht oder nicht ausreichend zur Kenntnis nehmen, diese später wieder vergessen oder ihre Erläuterung nach nicht vollständig erfolgreicher Operation verdrängen, so dass der nachgewiesene Umstand, dass der Kläger gegenüber dem nachbehandelnden Urologen mit hohem Leidensdruck von dem Eintritt der retrograden Ejakulation gesprochen hat, keinen Schluss auf das Unterbleiben einer entsprechenden Aufklärung erlaubt.
3. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

125. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 21.05.2014 – 5 U 216/11 – * Krankenhaushaftung: Ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Befunderhebung und Behandlung eines etwaigen Zwergenwuchses eines Kindes; entlastende Berufung auf dessen Asylbewerberstatus; Schmerzensgeldbemessung wegen Kleinwuchses einer 17jährigen Patientin

Leitsatz

1. Übernimmt der Arzt ohne ausdrückliche Einschränkung die Behandlung einer nicht akuten Erkrankung des Patienten, kann er sich im Nachhinein vom Vorwurf des Behandlungsfehlers nicht mit dem Einwand exkulpieren, die Behandlung sei gleichsam überobligatorisch gewesen, weil der Patient Asylantragsteller gewesen sei und nach dem Asylbewerberleistungsgesetz nur die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände geschuldet werde.
2. Zu den Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers im Zusammenhang mit der Befunderhebung bei Verdacht auf Zwergenwuchs infolge vorzeitiger Pubertät.
3. Erreicht die 17-jährige Patientin infolge eines groben Behandlungsfehlers des Arztes statt 156 cm eine um 12 cm geringere Körperendgröße von nur 144 cm, ist ein Schmerzensgeld von 40.000 € zum Ausgleich des immateriellen Schadens angemessen.

Tenor

Der Klägerin wird auf ihren Antrag vom 11.01.2012 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gewährt.
Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25.10.2011 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.06.2010 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der fehlerhaften Behandlung am 22.03.2005 im Haus der Beklagten noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 20% und die Beklagte zu 80%. Die Kosten der Streithilfe werden der Klägerin zu 20% und dem Streithelfer zu 80% auferlegt.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die im09.1996 geborene Klägerin nimmt die Beklagte wegen einer angeblich fehlerhaften Behandlung in deren pädriatrisch-endokrinologischer Ambulanz auf Schadensersatz in Anspruch.

Am 27.12.2004 stellte die Klägerin sich auf Veranlassung ihres Hausarztes Dr. N … wegen des Verdachts auf Pubertas praecox und Minderwuchs bei dem Kinderarzt B … in P …. vor. In diesem Zeitpunkt war sie 123 cm groß und wog 29,5 kg. Der Kinderarzt B … überwies die Klägerin in die radiologische Praxis V... / Dr. M …. in P …. . Dort wurde am 30.12.2004 die linke Hand der Klägerin geröntgt. Als Ergebnis der Untersuchung hielt der Facharzt für diagnostische Radiologie V …. in seinem an den Kinderarzt B …. gerichteten Brief vom selben Tag fest, das Skelettalter betrage etwa 10 Jahre, eine akzelerierte Skelettentwicklung sei wahrscheinlich; eine sichere Aussage sei aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit der Klägerin - sie ist das Kind syrischer Eltern - nicht möglich.

Am 13.01.2005 stellte die Klägerin sich erstmals bei dem Kinderarzt S …. , dem Nachfolger des Kinderarztes B …. , vor. Der Vater der Klägerin war nach wie vor beunruhigt, insbesondere weil er der Ansicht war, bei seiner Tochter habe bereits die Brustentwicklung begonnen. Der Kinderarzt S …. veranlasste daraufhin eine Blutuntersuchung. Konkret ließ er einen Gonadotropin-Releasing-Hormon-Test (GnRH-Test) durchführen. Dem anschließenden Bericht des beauftragten Labors in Nordhorn vermochte er keine auffälligen Messwerte zu entnehmen.

Gleichwohl bekräftigte der Vater der Klägerin in weiteren Terminen seine Befürchtung, dass seine Tochter klein bleiben werde. Vorsorglich überwies der Kinderarzt S …. die Klägerin deshalb an die pädiatrisch-endokrinologische Ambulanz im Haus der Beklagten. Dort sollte den Fragen nachgegangen werden, ob die Klägerin an einem Minderwuchs leide und mit welcher Endgröße zu rechnen sei. Am 22.03.2005 fand die Klägerin sich, begleitet von ihrem Vater, in der Ambulanz ein. Ihre Körperlänge betrug damals 124,5 cm, ihr Gewicht 31 kg. Für die Abrechnung der avisierten Behandlung legten sie einen Krankenschein für Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz vor. Die Ergebnisse des besagten GnRH-Tests und den Bericht des Radiologen V …. vom 30.12.2004 hatte der Kinderarzt S …. der endokrinologischen Ambulanz per Telefax übermittelt. Nachdem die Klägerin untersucht worden war, erläuterte der Kinderendokrinologe S …. dem Vater der Klägerin seine medizinische Beurteilung. Über den Inhalt des Gesprächs herrscht zwischen den Parteien Streit. In dem Arztbrief, mit dem Herr S …. dem Kinderarzt S …. unter dem 23.03.2005 das Ergebnis des Termins übermittelte, heißt es:

„[…] Da über das bisherige Wachstum keine Daten vorliegen ist die Beurteilung erschwert. Auch der vorliegende Röntgenbefund der linken Hand des Radiologen ergibt keine wirklich verwertbare Aussage. Falls wirklich erforderlich, würde ich das Handskelettradiogramm gern selber zusammen mit Dr. G …. noch mal ansehen. Zur Zeit sehe ich keinen weiteren Handlungsbedarf (s. a. Rückseite). Zumindest ist ein Wachstum auf der 10er Perzentile keine Indikation zum tieferen Einstieg in die Diagnostik. Ich rate daher zunächst zu einer abwartenden Haltung […].“

Auf der Rückseite des Arztbriefes findet sich folgender Vermerk:

„Vertraulich

Der mitgebrachte Versicherungsschein ist nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ausgestellt. Er untersagt mir, weitere Untersuchungen oder gar eine - fragliche - Therapie mit STH.

Auch Du solltest weitere Untersuchungen - z. B. Ultraschall der inneren Genitalorgane oder der Nebenniere - Dir gut überlegen.

Inwieweit diese ärztliche Inanspruchnahme - ebenso wie vor kurzem beim älteren Bruder wegen einer Nihilitis acuta - ein Bleiberecht erleichtern soll, entzieht sich meiner Kenntnis - es wäre aber möglich.“

Als die Klägerin sich am 4.03.2009 bei dem Kinderarzt S …. vorstellte, war sie 144 cm groß. Der Kinderarzt wertete unter anderem eine am 10.02.2009 in der radiologischen Praxis V …. / Dr. M …. gefertigte Röntgenaufnahme der linken Hand der Klägerin aus. In seiner elektronischen Patientenkartei hielt er fest, das Bild zeige einen vollständigen Schluss der Epiphysenfugen; es sei kein Wachstum mehr zu erwarten.

Am 4.05.2009 ließ die Klägerin sich in der Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des Klinikums B ….-N …. untersuchen. Zusammenfassend führten die behandelnden Ärzte aus, die Klägerin sei kleinwüchsig und entwicklungsbeschleunigt. Sie zeige sowohl klinisch als auch laborchemisch Zeichen einer Hyperandrogenämie. Man empfahl ihr einen Adrenocorticotropin-Test (ACTH-Test).

Der ACTH-Test wurde am 1.10.2009 im Klinikum B ….-N …. durchgeführt. In dem anschließenden Arztbrief wird dazu ausgeführt, der Befund spreche für einen funktionellen 3-Beta-HSD-Mangel mit milder gemischter adrenal / ovarieller Hyperandrogenämie; man empfehle eine Hydrocortisontherapie.

Zwischenzeitlich, am 27.05.2009, hatte die Klägerin auf Veranlassung des Kinderarztes S …. die P …. für Allgemeine Kinderheilkunde des U ... M …. aufgesucht. Hier diagnostizierten die behandelnden Ärzte ebenfalls einen Kleinwuchs und legten in ihrem Bericht dar, dass eine medikamentöse Therapie nach dem Schluss der Wachstumsfugen nicht mehr möglich sei.

Entsprechendes erläuterte Dr. B …., der Chefarzt der pädiatrischen Abteilung des L... M …. , in seinem Bericht über eine von ihm am 29.05.2009 durchgeführten Untersuchung. Bei einer gemessenen Körperlänge von 144 cm sei, so Dr. B … , kein wesentliches Wachstum mehr zu erwarten; eine medikamentöse Therapie scheide jetzt aus.
Aus dem Z …. für Kinderheilkunde des U.....B …. erhielt der Vater der Klägerin im12.2009 ebenfalls die Nachricht, dass nach Durchsicht der eingereichten Befunde eine Wachstumshormonbehandlung bei seiner Tochter V …. keinen Erfolg mehr verspreche, weil sie bereits ausgewachsen sei.
Vor dem Landgericht hat die Klägerin behauptet, man habe sie am 22.03.2005 in der endokrinologischen Ambulanz der Beklagten nicht hinreichend untersucht und ihre damalige gesundheitliche Situation falsch beurteilt. Es sei insbesondere versäumt worden, ihren Hormonhaushalt im Wege einer Blutuntersuchung zu kontrollieren. Zudem habe der Endokrinologe S …. den klinischen Befund (beginnende Brustentwicklung und Schambehaarung) und das Ergebnis der Röntgenuntersuchung (akzelerierte Skelettentwicklung) nicht ausreichend gewürdigt. Ferner habe er das Ergebnis des GnRH-Tests falsch bewertet.
Am Ende des Termins habe er geäußert, sie, die Klägerin, und ihr Vater bräuchten sich keine Sorgen machen, alles sei in Ordnung, es sei nichts weiter zu veranlassen. Über die in der Ambulanzkarte festgehaltene Notwendigkeit einer halbjährlichen Kontrolle der Körperlänge seien sie und ihr Vater nicht informiert worden. Der Inhalt der Ambulanzkarte sei offenbar, soweit es um den 22.03.2005 gehe, nachträglich verändert worden. Darauf deuteten nicht zuletzt die unterschiedlichen Handschriften hin.
Entgegen der Aussage des Endokrinologen S …. wäre es in ihrem Fall angezeigt gewesen, weitere Befunde zu erheben beziehungsweise sofort mit einer Behandlung zu beginnen. In den Jahren 2005 bis einschließlich 2007 wäre es noch möglich gewesen, ihrem Kleinwuchs, der inzwischen nicht mehr therapierbar sei, mittels einer Hormongabe erfolgreich entgegenzuwirken und damit ihre heutige Endgröße von 144 cm deutlich zu übertreffen.
Ihr Kleinwuchs beeinträchtige sie nicht nur in körperlicher Hinsicht, sondern habe auch ihre psychosoziale Entwicklung negativ beeinflusst. Sie leide täglich unter ihrer geringen Körpergröße. Bevor sie im Jahr 2009 erfahren habe, dass sie nicht mehr wachse, habe sie das Gymnasium besucht und gute Schulnoten erhalten; sie sei lebensfroh gewesen, habe gern Sport getrieben und ihre Freizeit mit Freundinnen verbracht. Seit ihr Kleinwuchs zur Gewissheit geworden sei, leide sie unter Antriebslosigkeit. Der Sport bereite ihr keine Freude mehr, sie ziehe sich generell zurück und bleibe lieber zu Hause. Die schulischen Leistungen hätten derart nachgelassen, dass sie auf die Realschule habe wechseln müssen; sogar dort seien die Noten noch hinter ihrem Potenzial zurückgeblieben. Sie müsse täglich 1½ Tabletten Hydrocortison einnehmen, was ihr sehr widerstrebe.
Vermutlich werde sie sich einer operativen Beinverlängerung unterziehen müssen. Auf diesem Weg sei eine Erhöhung der Körperlänge um 10 bis 14 cm zu erreichen. Allerdings seien weitreichende Nachbehandlungen erforderlich; eine endgültige Heilung sei erst nach einem Jahr zu erwarten. Die Kosten für eine Beinverlängerung beliefen sich auf über 100.000,00 €. Sie würden grundsächlich nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen.
Bislang habe sie in materieller Hinsicht einen Schaden in Höhe von 2.595,00 € erlitten. Dieser setze sich im Wesentlichen aus den Fahrkosten zusammen, die ihr seit 2006 infolge des - im Haus der Beklagten unbehandelt gebliebenen - Kleinwuchses entstanden seien. Zudem stehe ihr eine, in dem genannten Betrag ebenfalls enthaltene Schadenpauschale in Höhe von 25,00 € zu.
In der ersten Instanz hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in einer Größenordnung von 50.000,00 € und eines Betrages in Höhe von 2.595,00 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, zu verurteilen.
Daneben hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen weiteren materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr aus dem Behandlungsvertrag mit der Beklagten noch entstehen wird, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen ist. Ferner hat die Klägerin beantragt festzustellen, dass ihre Haftung, soweit sie die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, auf ihr bei Eintritt der Volljährigkeit am 27.09.2014 vorhandenes Vermögen beschränkt ist.
Darüber hinaus hat die Klägerin ursprünglich den Antrag angekündigt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Ablichtungen der kompletten Ambulanzaufzeichnungen Zug um Zug gegen Kostenerstattung herauszugeben. Die Beklagte hat diesen Anspruch in ihrer Klageerwiderung anerkannt. Nachfolgend - in der Sitzung des Landgerichts am 13.09.2011 - haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt.
Hinsichtlich der übrigen Anträge der Klägerin hat die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.
Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben. Darüber hinaus hat sie Behandlungsfehler in Abrede gestellt. Die am 22.03.2005 zur Verfügung stehenden Befunde hätten, so die Beklagte, keine weitere Untersuchung oder Therapie erfordert. Die Röntgenaufnahme der Hand habe aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit der Klägerin keine sichere Beurteilung gestattet. Die damalige Körperlänge der Klägerin habe - gemäß dem Somatogramm für türkische Mädchen - einem Wachstum auf der 10er Perzentile entspro-

chen, was keinen Hinweis auf einen Wachstumshormonmangel liefere. Wachstumsdaten für den vorhergehenden Zeitraum seien nicht greifbar gewesen, insbesondere hätten die Eltern der Klägerin dazu keine Angaben machen können. Folglich sei im Zeitpunkt der Untersuchung keine Wachstumsbeschleunigung oder -verlangsamung festzustellen gewesen.
Vor diesem Hintergrund habe der Endokrinologe S …. den Eltern der Klägerin zu einer abwartenden Haltung geraten, verbunden mit der Empfehlung, das Wachstum der Klägerin regelmäßig - alle 6 beziehungsweise 12 Monate - zu kontrollieren, um genauere Erkenntnisse über dessen Verlauf zu gewinnen. Im Falle von Auffälligkeiten hätten zusätzliche Untersuchungen veranlasst werden können.
In demselben Sinne, so die Beklagte, habe Herr S …. sich in seinem Arztbrief vom 23.03.2005 gegenüber dem Kinderarzt S …. geäußert.
Zusätzlich habe der Oberarzt S …. die Klägerin und ihre Eltern gebeten, sich in einem halben bis einem Jahr wieder in der endokrinologischen Ambulanz vorzustellen. Offensichtlich sei jedoch keiner seiner Ratschläge befolgt worden.
Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen. Zur Begründung hat die Kammer angeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lasse sich nicht feststellen, dass die Befunde, welche am 22.03.2005 in der pädiatrisch-endokrinologischen Ambulanz der Beklagten vorgelegen hätten, falsch interpretiert worden seien oder Anlass zu weiteren diagnostischen oder therapeutischen Maßnahmen hätten geben müssen. Geboten gewesen sei lediglich eine Kontrolle des Wachstumsverlaufs der Klägerin. Dass man es im Haus der Beklagten versäumt habe, die Klägerin beziehungsweise ihre Eltern auf die Notwendigkeit einer solchen Verlaufskontrolle hinzuweisen, habe die Klägerin nicht beweisen können. Eine Vernehmung ihres Vater, den sie zu diesem Beweisthema als Zeugen benannt habe, sei verfahrensrechtlich nicht zulässig. Da die Klägerin im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch keine 16 Jahre alt gewesen sei, hätte ihr Vater als ihr gesetzlicher Vertreter höchstens als Partei vernommen werden können. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine Parteivernehmung hätten jedoch nicht vorgelegen.
Soweit die Klägerin sich für ihre Behauptung, dass sie über die Notwendigkeit von Verlaufskontrollen nicht aufgeklärt worden sei, in der Sitzung am 13.09.2011 auf das Zeugnis der Ärzte S …. und S …. berufen habe, sei ihr Beweisantritt verspätet. Wegen der Begründung im Einzelnen und der vom Landgericht getroffenen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.
Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat die Klägerin Berufung eingelegt. Zunächst hat sie mit einem am 30.11.2011 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz - ohne Ausführungen zur Sache - beantragt, ihr für die beabsichtigte Berufung gegen das am 31.10.2011 zugestellte erstinstanzliche Urteil Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Dem hat der Senat durch Beschluss vom 28.12.2011 entsprochen. Der Beschluss ist den Bevollmächtigten der Klägerin am 3.01.2012 zugestellt worden. Ihre Berufungsschrift ist am 11.01.2012 bei Gericht eingegangen, verbunden mit den Anträgen, ihr „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren“ und die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 31.01.2012 zu verlängern. Dem Fristverlängerungsantrag wurde stattgegeben. Ferner wurde der Klägerin durch Beschluss vom 25.01.2012 gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Anschließend ist die Frist zur Begründung der Berufung auf Antrag der Klägerin mit Zustimmung der Beklagten noch zweimal verlängert worden, zuletzt bis zum 14.03.2012. Die Berufungsbegründung ist am letzten Tag der Frist eingegangen.
In der Sache nimmt die Klägerin nach wie vor den Standpunkt ein, dass der Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen sei. Insbesondere, so die Klägerin, hätte der am 22.03.2005 in der endokrinologischen Ambulanz tätige Oberarzt S …. erkennen können und müssen, dass ihre damalige Wachstumsprognose bereits deutlich unterhalb der genetischen Zielgröße gelegen habe. Ferner habe der Oberarzt S …. es sorgfaltswidrig unterlassen, sich mit ihrer beginnenden Pubertätsentwicklung auseinanderzusetzen. Insgesamt hätten die am 22.03.2005 vorliegenden Befunde den Oberarzt S …. veranlassen müssen, in eine weitergehende Diagnostik einzusteigen und therapeutisch zu intervenieren. Jedenfalls hätte er sowohl sie, die Klägerin, beziehungsweise ihren Vater als auch den Kinderarzt S …. unmissverständlich über die bedenklichen Befunde und die Möglichkeiten einer Therapie, namentlich mit einem GnRH-Agonisten, informieren müssen. Tatsächlich habe er ihnen jedoch den Eindruck vermittelt, dass ein Kleinwuchs ausgeschlossen werden könne. Er habe sie noch nicht einmal darauf hingewiesen, dass es geboten sei, den Verlauf des Wachstums zu kontrollieren. Bei zusammenfassender Betrachtung stelle sich das Vorgehen des Oberarztes S …. als grob fehlerhaft dar.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts spreche, so die Klägerin, eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihrer Darstellung, so dass eine Vernehmung ihrer Eltern als Parteien gemäß § 448 ZPO statthaft gewesen wäre. Zwar sei in der Ambulanzkarteikarte unter dem 22.03.2005 eine halbjährliche Kontrolle der Körperlänge vermerkt. Doch sei diese Eintragung mit einer anderen Handschrift vorgenommen worden als die übrigen in der Ambulanzkarte mit Datum vom 22.03.2005 niedergelegten Aufzeichnungen. Das spreche für eine nachträgliche Manipulation der Dokumentation. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass sie, die Klägerin, als Patientin keinen Einfluss darauf habe, was der behandelnde Arzt in der Ambulanzkarte festhalte.

Wäre sie im03.2005 fachgerecht untersucht worden und hätte man in der Folge mit der gebotenen Therapie begonnen, hätte sie eine Körperlänge von 153 bis 156 cm erreichen können.
Die notwendige Behandlung, insbesondere eine Medikation mit einem GnRH-Agonisten, zu finanzieren, wäre ihr in jedem Fall gelungen. Zwar sei sie im Jahr 2005 - unstreitig - noch nicht krankenversichert gewesen, sondern habe nur einen - sehr eingeschränkten - Anspruch auf eine Übernahme von Behandlungskosten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz besessen. Hätte man sie im Haus der Beklagten zutreffend über ihre gesundheitliche Situation unterrichtet, wäre es ihrem Vater jedoch gelungen, bereits 2005 ein Versicherungsverhältnis in der gesetzlichen Krankenversicherung zu begründen. Immerhin habe ihr Vater, als man ihren Bruder 2007 am Finger habe operieren müssen, anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen und auf diese Weise erreicht, dass ihm kurzfristig die bis dahin zu Unrecht verweigerte Arbeitserlaubnis erteilt worden sei. In der Folge habe er seinen bereits seit Längerem gehegten Wunsch, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, umsetzen können. Dadurch sei sie seit 2007 bis heute als Familienmitglied gesetzlich krankenversichert. Hätte ihr Vater 2005 von ihrem drohenden Kleinwuchs erfahren, wäre er schon damals so vorgegangen wie 2007 anlässlich der Erkrankung ihres Bruders.
Im Übrigen wären, wenn man ihre Erkrankung 2005 aufgedeckt hätte, zahlreiche Freunde und Verwandte bereit gewesen, ihr beziehungsweise ihrer Familie die für eine Behandlung notwendigen finanziellen Mittel zumindest als Darlehen zur Verfügung zu stellen. Das werde nicht zuletzt dadurch untermauert, dass ihre Familie aus dem Verwandten- und Freundeskreis Darlehen erhalten habe, um eine im Jahr 2010 erworbene Immobilie in A. zu finanzieren.
Die Klägerin beantragt,
das angefochtene Urteil abzuändern und
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.06.2010 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.595,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.06.2010 zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen weiteren materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr aus dem Behandlungsvertrag mit der Beklagten noch entstehen wird, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen ist.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte hat dem Kinderarzt S …. und dem Hausarzt Dr. N …. mit Schriftsatz vom 18.05.2012 den Streit verkündet. Unter dem 11.07.2012 ist der Kinderarzt S …. dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten.
Der Streithelfer beantragt ebenfalls,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie behauptet nach wie vor, der in ihrer endokrinologischen Ambulanz tätige Oberarzt S …. habe den Eltern der Klägerin ausdrücklich eine regelmäßige Messung der Körperlänge in halbjährlichen Abständen angeraten, um im weiteren Verlauf eine eventuelle Wachstumsbeschleunigung oder -verlangsamung feststellen oder ausschließen zu können. Eine solche Empfehlung werde durch den entsprechenden handschriftlichen Vermerk in der Ambulanzkarte belegt. Diesen habe der Oberarzt S …. am 22.03.2005 im Anschluss an die Untersuchung der Klägerin verfasst. Abgesehen davon seien bei der Klägerin am 22.03.2005 keinerlei Hinweise auf einen Minderwuchs zu erkennen gewesen. Deshalb habe damals aus medizinischer Sicht noch nicht einmal ein zwingender Grund bestanden, Verlaufskontrollen zu empfehlen. Erst recht habe es keiner wachstumsfördernden Therapie bedurft.
Im Übrigen sei sie, die Beklagte, nicht verpflichtet gewesen, den Gesundheitszustand der Klägerin in einem größeren Umfang abzuklären, als es tatsächlich geschehen sei. Denn nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sei - unstreitig - nur die Behandlung akuter Krankheitsbilder oder Schmerzzustände abrechnungsfähig.
Aber selbst wenn die Klägerin im03.2005 erkennbar einer medikamentösen Therapie bedurft hätte und darüber unterrichtet worden wäre, hätte sie daraus keinen Nutzen ziehen können. Entsprechende Medikamente zu bezahlen, wäre ihr beziehungsweise ihrer Familie nicht möglich gewesen. Ebenso wenig hätten die Kosten auf der Grundlage des Asylbewerberleistungsgesetzes übernommen werden können.
Schließlich fehle es auch an einem spürbaren Schaden. Selbst im Fall einer pubertätsbremsenden Hormonbehandlung wäre die Klägerin maximal 4 cm größer geworden.
Der Streithelfer der Beklagten hat die Einrede der Verjährung erhoben. Er behauptet ebenfalls, dass es im03.2005 nicht indiziert gewesen sei, die Klägerin mit Hormonen zu behandeln, oder eine Wiedervorstellung in der endokrinologischen Ambulanz der Beklagten zu vereinbaren. Ein Wachstumshormonmangel liege, so der Streithelfer, bei der Klägerin nicht vor. Ebenso wenig seien bei ihr hinreichend deutliche Anzeichen für eine Pubertas praecox sichtbar gewesen. Eine Knospenbrust oder andere Pubertätsmerkmale bildeten nur dann einen Anlass für eine weitere Beobachtung, wenn sie vor Vollendung des 8. Lebensjahrs zu beobachten seien. Die Klägerin sei jedoch im03.2005 bereits 8½ Jahre alt gewesen.

Hätte man die Klägerin gleichwohl wegen einer Pubertas praecox mit einem GnRH-Agonisten behandeln wollen, hätte dies so hohe Kosten verursacht, dass die Klägerin oder ihre Eltern die Therapie nicht hätten bezahlen können. Überdies hätte eine solche Medikation keinen Erfolg gehabt. Das Wachstumsschicksal der Klägerin sei bereits festgelegt und therapeutisch nicht mehr beeinflussbar gewesen, als sie sich bei ihm, dem Streithelfer, erstmals vorgestellt habe.
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M …. S ... , J …. J …. , M …. H ….. und F …. R …. . Die Klägerin hat der Senat am 13.06.2012, also vor Vollendung ihres 16. Lebensjahres, ebenfalls als Zeugin vernommen. Ferner hat er den Vater der Klägerin angehört.
Überdies hat er den bereits in der ersten Instanz herangezogenen Sachverständigen P …. D …. H …. gemäß Beweisbeschluss vom 25.07.2012 (Bd. II Bl. 369 ff. d. A.) mit einer ergänzenden Begutachtung beauftragt. Weiter hat er gemäß Beweisbeschluss vom 17.01.2013 (Bd. II Bl. 410 ff. d. A.) ein Gutachten des Sachverständigen Dr. A …. eingeholt und diesen anschließend mündlich zu seinem Gutachten angehört.
Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf die Sitzungsprotokolle vom 13.06.2012 (Bd. II Bl. 320 ff. d. A.), vom 19.02.2014 (Bd. III Bl. 18 ff. d. A.) und vom 23.04.2014 (Bd. III Bl. 103 ff. d. A.) sowie auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen P …. D …. . H …. vom 28.11.2012 (Bd. II Bl. 384 ff. d. A.) und des Sachverständigen Dr. A …. vom 7.05.2013 (Bd. II Bl. 424 ff. d. A.).
II.
Die Berufung der Klägerin ist zulässig, auch wenn die Berufung und die Berufungsbegründung außerhalb der dafür vorgesehenen Fristen (§§ 517 und 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO) eingegangen sind.
1.
Gegen die Versäumung der Berufungsfrist hat der Senat der Klägerin bereits durch Beschluss vom 25.01.2012 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Hinsichtlich der versäumten Berufungsbegründungsfrist war ebenso zu verfahren.
a) Ein entsprechender Antrag der Klägerin liegt vor. Nachdem der Senat der Klägerin durch Beschluss vom 28.12.2011 – zugestellt am 3.01.2012 - Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren bewilligt hat, hat sie in ihrer am 11.01.2012 eingegangenen Berufungsschrift einen allgemein gehaltenen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt. Der Senat legt den Antrag dahin aus, dass er sich nicht nur auf die Berufungsfrist, sondern auch auf die Berufungsbegründungsfrist bezieht. Ein solches Verständnis liegt insbesondere deshalb nahe, weil im Zeitpunkt des Antrags bereits beide Fristen abgelaufen waren.
b) Ein hinreichender Grund für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt vor. Die Klägerin war ohne ihr Verschulden verhindert, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten (§ 233 ZPO). Ist - wie hier - zunächst nur Prozesskostenhilfe beantragt worden und soll mit der Berufungsbegründung zugewartet werden, bis über das Prozesskostenhilfegesuch entschieden ist, ist nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe in der Regel Wiedereinsetzung in die verstrichene Begründungsfrist zu gewähren, wenn die Mittellosigkeit kausal für die Fristversäumung war (vgl. Heßler, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 520, Rn. 39 m .w. N.). Letzteres ist in der vorliegenden Gestaltung zu bejahen. Dass die Klägerin vorgetragen hat, Verwandte und Freunde wären bereit gewesen, ihr ab 2005 Geld für eine Hormontherapie in Form von Darlehen zur Verfügung zu stellen, steht einer Ursächlichkeit zwischen Mittellosigkeit und Fristversäumung nicht entgegen. Wer kein für die Prozesskosten einzusetzendes Vermögen hat, darf nicht darauf verwiesen werden, einen Kredit aufzunehmen, statt auf Prozesskostenhilfe zurückzugreifen.
2.
Die Klägerin hat die Beschwerdebegründung innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist eingereicht (§ 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO).
a) Gemäß § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO beträgt die Wiedereinsetzungsfrist einen Monat, wenn die Partei verhindert ist, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist (§ 234 Abs. 2 ZPO). Liegt das Hindernis in der Mittellosigkeit der Partei, entfällt es für die Berufungseinlegung grundsätzlich mit der Bekanntgabe des Beschlusses über die Bewilligung der Prozesskostenhilfe. Ist in derartigen Konstellationen die Berufungsbegründungsfrist ebenfalls versäumt worden, ist § 234 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO dahin zu interpretieren, dass die Frist zur Nachholung der Berufungsbegründung erst mit der Mitteilung der Entscheidung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist läuft (vgl. BGH, NJW 2007, S. 3354, 3355 f. mit w. N.).
b) Der Beschluss vom 25.01.2012, mit dem der Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt worden ist, ist den Bevollmächtigten am 9.02.2012 zugestellt worden. Die Berufungsbegründung der Klägerin ist zwar erst am 14.03.2012 und damit außerhalb der am 9.02.2012 in Lauf gesetzten Monatsfrist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO eingegangen. Das ist jedoch deshalb unschädlich, weil die Klägerin erstmals am 11.01.2012 und sodann noch zwei weitere Male rechtzeitig Verlängerungen der Berufungsbegründungsfrist beantragt hat, die ihr jeweils durch den Senatsvorsit-

zenden – teilweise mit ausdrücklicher Zustimmung der Gegenseite – bewilligt worden sind. Die verlängerte Frist lief am 14.03.2012 ab. An diesem Tag ist die Berufungsbegründung bei Gericht eingegangen. Auf die Wirksamkeit der Fristverlängerungen durfte die Klägerin vertrauen.
aa) Der Senat verkennt nicht, dass gesetzliche Fristen gemäß § 224 Abs. 2 ZPO prinzipiell nur in den besonders bestimmten Fällen verlängert werden können und § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO eine Verlängerung der Wiedereinsetzungsfrist bei Versäumung der Berufungsbegründungsfrist nicht vorsieht. In besonders gelagerten Gestaltungen kommt jedoch eine teleologisch erweiternde Auslegung der genannten Vorschriften in Betracht mit der Folge, dass die Frist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO angemessen verlängert werden kann (vgl. BGH, NJW-RR 2008, S. 146 f.). Für einen solchen Weg spricht insbesondere der Umstand, dass die §§ 234 Abs. 1 Satz 2, 224 Abs. 2 ZPO eine bedürftige Partei deutlich schlechter stellen als eine nicht bedürftige Partei, weil eine nicht bedürftige Partei in den gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen eine Verlängerung der Begründungsfrist erhält, während der bedürftigen Partei dieses Recht dem Gesetzeswortlaut zufolge nicht zusteht, wenn nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe eine Begründung des Rechtsmittels innerhalb der regulären Frist nicht mehr möglich ist (vgl. BGH, a. a. O., S. 146).
bb) Diese Ungleichbehandlung wird anhand der vorliegenden Konstellation augenfällig. Hätte die Klägerin keine Prozesskostenhilfe beantragen müssen, wäre eine Fristverlängerung in dem tatsächlich gewährten Umfang ohne weiteres gemäß § 520 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO zulässig gewesen. Daraus rechtfertigt sich ein Vertrauensschutz zugunsten der Klägerin. Ein solcher kann zwar entfallen, wenn eine Fristverlängerung gewährt wird, die „schlechthin und offensichtlich ausgeschlossen“ ist (vgl. BGH, NJW-RR 2008, S. 146). Das ist hier nach dem Gesagten aber nicht der Fall.
III.
Die Berufung der Klägerin ist überwiegend – in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang – begründet. Ihr steht wegen einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung ein Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten zu. Diese haftet gemäß §§ 280, 278, 249, 253 Abs. 2 BGB und §§ 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 Satz 1, 249, 253 Abs. 2 BGB. Im Einzelnen gilt Folgendes:
1.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass der Oberarzt S …. , welcher am 22.03.2005 in der endokrinologischen Ambulanz für die Beklagte tätig gewesen ist, bereits damals den Kleinwuchs der Klägerin hätte prognostizieren können und müssen. Bei einem fachgerechten Vorgehen hätte er der Klägerin beziehungsweise ihrem Vater, der sie zu der betreffenden Untersuchung begleitet hat, eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten empfehlen und eine weitere diagnostische Abklärung oder zumindest regelmäßige Verlaufskontrollen nahelegen müssen. In demselben Sinne wäre der Streithelfer der Beklagten zu unterrichten gewesen.
a) Der Sachverständige Dr. A …. ist in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Arzt mit pädiatrisch-endokrinologischen Fachkenntnissen den bevorstehenden Kleinwuchs der Klägerin bei einem sorgfältigen Vorgehen bereits im Rahmen der Untersuchung am 22.03.2005 hätte erkennen müssen. Zwar habe, so Dr. A …. , eine Bewertung der damaligen Körpergröße der Klägerin in Relation zu der Körpergröße ihrer Eltern und der sich daraus ergebenden genetischen Zielgröße bei isolierter Betrachtung die Diagnose eines familiären Kleinwuchses gerechtfertigt; ein solcher hätte weder zusätzliche Untersuchungen noch eine Verlaufskontrolle oder eine Therapie erfordert. Doch habe der Endokrinologe S …. es versäumt, auf der Grundlage des Knochenalters und der damaligen Körpergröße der Klägerin die prospektive Erwachsenengröße zu berechnen. Anlass dazu hätten insbesondere die von ihm festgestellte beginnende Pubertätsentwicklung (Knospenbrust, beginnende Schambehaarung) und die von dem Radiologen V …. diagnostizierte beschleunigte Skelettreifung geboten. Wie die in der Ambulanzkarte befindlichen Telefaxe belegten, seien die Befunde aller einschlägigen Voruntersuchungen im Haus der Beklagten bekannt gewesen.
Der Radiologe V …. habe dem Handskelettradiogramm der Klägerin entnommen, dass das Skelettalter bei Aufnahme des Röntgenbildes etwa 10 Jahre betragen und damit rund 21 Monate über dem biologischen Alter der Klägerin gelegen habe. An einen solchen Befund hätte sich im Rahmen einer kinderendokrinologischen Untersuchung eine auf die Körpergröße und das Knochenalter gestützte Wachstumsprognose anschließen müssen, auch wenn die Aussagekraft der Röntgenaufnahme wegen der ethnischen Zugehörigkeit der Klägerin und der fehlenden Normwerte für die entsprechende Population eingeschränkt gewesen sei. Die vorzunehmende Berechnung hätte nach der in der Kinderendokrinologie am häufigsten eingesetzten Methode nach B …. und P …. eine prospektive Endgröße von 148,6 cm ergeben. Dieser Wert sei nicht nur deutlich unterdurchschnittlich, sondern liege auch erheblich unterhalb der genetischen Zielgröße. Letztere habe nach den am 22.03.2005 gemessenen Körpergrößen der Eltern der Klägerin 163 cm betragen. Insofern sei bereits am 22.03.2005 ein Kleinwuchs im Erwachsenenalter absehbar gewesen.
b) Weiter hat Dr. A …. reklamiert, dass die Ergebnisse des von dem Kinderarzt S …. initiierten Gonadotropin-Releasing-Hormon-Tests (GnRH-Test) im Haus der Beklagten nicht beachtet worden seien, obwohl sie dort am 22.03.2005 vorgelegen hätten. Zwar lasse, so Dr. A …. , der in dem Laborbericht mit

0,18 ausgewiesene Quotient der Messwerte für das Luteinisierende Hormon (LH) und das Follikel-stimulierende Hormon (FSH) nicht auf eine frühnormale oder vorzeitige Pubertät mit der Gefahr eines Kleinwuchses schließen, weil erst ein Quotient >1 als eindeutiges Zeichen der Pubertät gelte. Doch sei der Laborarzt offenbar nicht mit den in der Kinderendokrinologie relevanten Parametern vertraut gewesen. Das hätte dem Endokrinologen S …. am 22.03.2005 auffallen müssen. Ein genauer Blick auf die Messwerte zeige, dass der besagte Quotient sich auf die basalen LH- und FSH-Werte der 0-Minuten-Probe beziehe. Entscheidend seien jedoch die Werte nach der GnRH-Stimulation in der 30-Minuten-Probe. Der korrekte, daran anknüpfende LH/FSH-Quotient dokumentiere eine laufende, seinerzeit nicht altersentsprechende Pubertätsentwicklung. Er betrage, so Dr. A …. in seiner Anhörung vor dem Senat, 2,15 und weise daher noch deutlicher auf eine Pubertät hin als der Wert der 60-Minuten-Probe (1,35), den er in seinem schriftlichen Gutachten versehentlich herangezogen habe. Ein solcher Befund hätte ebenfalls eine Berechnung der prospektiven Erwachsenengröße nach sich ziehen müssen, die auf eine über den familiären Kleinwuchs hinausgehende spätere Wachstumseinschränkung hingedeutet hätte.
c) Wenn der Oberarzt S …. am 22.03.2005 den maßgebenden LH/FSH-Quotienten auf der Grundlage der Ergebnisse des vorliegenden GnRH-Tests errechnet und die prospektive Erwachsenengröße nach der Methode Bayley / Pinneau bestimmt hätte, hätte er dem Gutachten des Sachverständigen Dr. A …. zufolge sichere Hinweise auf eine frühnormale Pubertätsentwicklung mit signifikanter Beschleunigung der Skelettalterung und erheblicher Einschränkung der Wachstumsprognose erlangt. Darauf hätte, so Dr. A …. , nach fachärztlichem Standard mit monatlichen Injektionen eines - pubertätsbremsenden - GnRH-Agonisten reagiert werden müssen.
Außerdem sei eine weitere diagnostische Abklärung der Befunde oder zumindest eine Verlaufskontrolle geboten gewesen. Zwar bestehe nach den Leitlinien nur dann ein zwingender Anlass für eine tiefergehende Diagnostik, wenn eine vorzeitige Pubertät vorliege, wenn also Zeichen einer Pubertät bei einem Kind unter 8 Jahren festzustellen seien; demgegenüber habe die Klägerin sich im Zeitpunkt der maßgebenden Untersuchungen bereits im 9. Lebensjahr befunden. Indes seien die in ihrem Fall zu berücksichtigenden Faktoren von einer solchen Qualität gewesen, dass sie Eigenschaften einer vorzeitigen Pubertät besessen hätten. Das habe entscheidend für eine diagnostische Abklärung oder zumindest für eine Verlaufskontrolle gesprochen. Immerhin hätte nach den erhobenen Befunden durchaus an einen Tumor in den Eierstöcken, in den Nebennieren oder in der Hirnanhangdrüse gedacht werden können, wenn auch nur mit einer Wahrscheinlichkeit von unter 2%.
d) Der Senat hält das Gutachten des Sachverständigen Dr. A …. für überzeugend.
aa) Zweifel an seiner Sachkunde bestehen nicht. Er ist als Oberarzt in der Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des A….. Kinderkrankenhauses tätig und Spezialist auf dem Gebiet der pädiatrischen Endokrinologie. Schon seine schriftlichen Ausführungen lassen erkennen, dass er sich intensiv mit dem Fall der Klägerin auseinandergesetzt hat. Seine Anhörung vor dem Senat, in der er einzelne Punkte noch vertieft und erläutert hat, hat diesen Eindruck untermauert. Insgesamt ist das Gutachten ohne weiteres nachvollziehbar und plausibel. Soweit einige in dem schriftlichen Gutachten enthaltenen Daten – überwiegend Jahreszahlen – unzutreffend sind (vgl. die Übersicht in der Verfügung des Senatsvorsitzenden vom 16.01.2014, Bd. III Bl. 1 d. A.), handelt es sich um offensichtliche Schreibfehler, die die wesentlichen Aussagen des Sachverständigen nicht in Frage stellen.
bb) Den Darlegungen des Sachverständigen Dr. A …. wird auch durch das Gutachten des Sachverständigen P .. D ... H …. nicht der Boden entzogen. Zwar vermochte P ... D ... H …. keinen Behandlungsfehler auf Seiten der Beklagten zu erkennen. Doch hält der Senat seine Erwägungen nicht für geeignet, um als Entscheidungsgrundlage zu dienen.
(1) Das Gutachten vom 10.05.2011, welches P... D ... H …. für das Landgericht verfasst hat, beruht seinem Wortlaut nach auf der Prämisse, dass der Klägerin am 22.03.2005 - der Eintragung in der Ambulanzkarte entsprechend - Verlaufskontrollen empfohlen worden sind („[…] Verlaufsbeobachtung notwendig […]. In einer Karteikarte […] wird die Notwendigkeit halbjährlicher Kontrollen dokumentiert. […] Wie handschriftlich vermerkt, wären Verlaufskontrollen der Schlüssel zur Notwendigkeit eventuell weitere diagnostische und therapeutische Maßnahmen gewesen.“ - S. 6 f. des Gutachtens, Bd. I Bl. 182 f. d. A.).
(2) Nachdem die Beweisaufnahme vor dem Senat ergeben hatte, dass der Oberarzt S …. der Klägerin beziehungsweise ihrem Vater noch nicht einmal eine Verlaufskontrolle nahegelegt hat (dazu näher unten), hat der Senat P... D ... H …. beauftragt, den Fall der Klägerin unter Berücksichtigung dieser Feststellung ergänzend zu begutachten.
In seiner daraufhin verfassten Stellungnahme vermengt P... D.. H…. - wie bereits in seinem ersten Gutachten - zwei voneinander zu trennende Punkte, nämlich auf der einen Seite die Frage, ob aus medizinischer Sicht Kontrollen des Wachstums oder andere Maßnahme geboten gewesen sind, und auf der anderen Seite das Problem, ob und gegebenenfalls welche der durch die medizinische Versorgung entstehenden Kosten die zuständige Gebietskörperschaft nach dem Asylbewerberleistungsgesetz hätte tragen müssen. So heißt es in dem ergänzenden Gutachten unter anderem, es bestehe für einen Arzt „keinerlei Behandlungsauftrag, die Körpergrößenentwicklung von Patienten, die sich im Asylbeantragungsverfahren befinden, prospektiv zu überwachen“ (S. 3 des Gutachtens, Bd. II Bl. 386 d. A.).

Noch deutlicher tritt die unzureichende Differenzierung zwischen medizinischer Indikation und Kostenübernahme in folgender Formulierung zu Tage: „Da es sich nicht um ein akutes Krankheitsbild oder um einen Schmerzzustand handelte, kann in diesem Zusammenhang nicht von der Notwendigkeit von Verlaufskontrollen gesprochen werden. Hierzu bestand nach dem Versicherungsschein kein Behandlungsauftrag“ (S. 3 des Gutachtens, Bd. II Bl. 386 d. A.). Mit dieser Erklärung hat P... D.. H….sich von der eigentlichen Beweisfrage, ob am 22.03.2005 aus medizinischer Sicht weitere Schritte geboten gewesen sind und gegebenenfalls welche, deutlich entfernt.
Das beschriebene Vorgehen des Sachverständigen relativiert auch die an anderer Stelle zu findende Aussage, eine „dezidierte Verlaufsbeobachtung“ sei in der Regel nicht indiziert, wenn sich die Körpergröße - wie im Fall der Klägerin - auf der 10er Perzentile bewege. Entsprechendes gilt für seine Erklärung, die Aussage in dem ursprünglichen Gutachten, wonach Verlaufskontrollen der Schlüssel zur Notwendigkeit eventueller weiterer diagnostischer oder therapeutischer Maßnahmen gewesen wären, sei eine nur ex post zu gewinnende Erkenntnis. Der sich unmittelbar anschließende Rekurs auf den Asylbewerberstatus der Klägerin („Auch hätten die Asylbewerber […] von sich aus erkennen können, dass kein realer Anspruch auf die Leistung bestand“ - S. 5 des Gutachtens, Bd. II Bl. 388 d. A.) nährt wiederum den Verdacht, dass P .. D... H ….sich entscheidend von dem Aufenthaltsstatus hat leiten lassen.
2.
Von denjenigen Maßnahmen, die aufgrund der Untersuchung am 22.03.2005 hätten veranlasst werden müssen (monatliche Injektionen eines GnRH-Agonisten, weitergehende Diagnostik oder Verlaufskontrolle), hat man im Haus der Beklagten nicht eine initiiert. Ebenso wenig hat der mit der Untersuchung befasste Endokrinologe S …. die Klägerin oder ihren Vater über die medizinische Notwendigkeit dieser Schritte unterrichtet. Auch in seinem an den Streithelfer der Beklagten gerichteten Arztbrief fehlen eindeutige Hinweise auf eine Indikation für eine Behandlung mit einem GnRH-Agonisten und auf das Erfordernis einer weiteren diagnostischen Abklärung oder regelmäßiger Verlaufskontrollen. Durch diese Versäumnisse hat der für die Beklagte tätig gewordene Oberarzt S …. seine ärztlichen Sorgfaltspflichten verletzt.
a) Dass der Klägerin eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten oder eine weitergehende Diagnostik nahegelegt worden ist, trägt die Beklagte selbst nicht vor. Ihre Behauptung, der Oberarzt S … habe der Klägerin beziehungsweise deren Vater zumindest eine Kontrolle des Wachstumsverlaufs empfohlen, ist durch das Ergebnis der Beweisaufnahme widerlegt. Insoweit hält der Senat an der Beweiswürdigung fest, die er - seinerzeit noch in anderer Besetzung - nach Anhörung des Vaters der Klägerin sowie Vernehmung der Klägerin, des Zeugen M …. S …. und der Zeugin J …. J …. in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 25.07.2012 (Bd. II Bl. 369 ff.) niedergelegt hat (zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens vgl. BGH, NJW 1997, S. 1586, 1587 m. w. N.). Nach wie vor ist der Senat davon überzeugt, dass der Oberarzt S …. der Klägerin und ihrem Vater im Anschluss an die Untersuchung vom 22.03.2005 lediglich sinngemäß erläutert hat, dass das Wachstum der Klägerin sich im Normbereich bewege und keinen Anlass zur Sorge biete. Dafür sind folgende Erwägungen maßgebend:
aa) Der Senat hält die Schilderungen des Vaters der Klägerin zu den Geschehnissen am 22.03.2005 für glaubhaft. Der Vater der Klägerin hat anschaulich und plausibel berichtet, dass ihn 2004/2005 die Sorge umgetrieben habe, seine Tochter V …. könne an „Kleinwuchs“ leiden. Ebenso plastisch hat er beschrieben, dass und weshalb er mit der Behandlung im Haus der Beklagten nicht zufrieden gewesen sei und der damaligen Erklärung des Zeugen S …. , das Wachstum seiner Tochter sei normal, keinen Glauben habe schenken können.
bb) Untermauert wird seine Darstellung durch die Angaben der Klägerin. Danach hat der behandelnde Arzt im Haus der Beklagten sinngemäß geäußert, mit ihr sei alles in Ordnung; ihre Körpergröße sei nicht zu beanstanden. Das wiederum, so die Klägerin, habe ihren Vater sehr aufgeregt, weil er den Eindruck gehabt habe, der untersuchende Arzt habe „sich nicht so den Kopf gemacht“.
cc) Der Senat hat keineswegs den Eindruck gewonnen, dass die Klägerin und ihr Vater ihre Aussagen aufeinander abgestimmt haben. Ebenso wenig war eine Intention der Klägerin oder ihres Vaters erkennbar, die fraglichen Vorgänge notfalls auch der Wahrheit zuwider in einem für sie günstigen Licht darzustellen. Die Klägerin hat freimütig eingeräumt, sich an viele Einzelheiten aus dieser Zeit nicht mehr erinnern zu können, was ohne weiteres nachvollziehbar ist, wenn man sich vor Augen hält, dass sie im03.2005 erst knapp 8½ Jahre alt gewesen ist.
dd) Das von dem Streithelfer der Beklagten vorgelegte Gutachten des Kinder- und Jugendpsychiaters Dr. S …. ist nicht geeignet, Zweifel daran zu begründen, dass die Klägerin wahrheitsgemäß ausgesagt hat. Abgesehen davon, dass Dr. S …. sein Gutachten nur nach Aktenlage erstattet hat, stellt er sogar fest, es seien „keine eindeutigen Hinweise auffindbar […], die darauf hindeuten, daß V …. eine wesentlich verzerrte oder verfälschte Erinnerung“ wiedergegeben habe. Ihre „spezifische“, das heißt auf die länger zurückliegende Untersuchungssituation bezogene, „Glaubwürdigkeit“ könne nicht in Zweifel gezogen werden. Sie habe „in einer typischen Jugendlichensprache die damalige Befindlichkeit ihres Vaters recht plastisch und durchaus nachvollziehbar“ geschildert. Sie habe nicht behauptet, sich an alles erinnern zu können, sondern Gedächtnislücken eingeräumt.

Soweit der Streithelfer der Beklagten einwendet, die Klägerin habe nicht mehr zwischen dem differenzieren können, was sie selbst erlebt habe, und dem, was ihr durch Erzählungen und Kommentare vermittelt worden sei, wird damit zwar eine reale - und vom Senat auch in Betracht gezogene - Möglichkeit beschrieben. Doch zieht selbst der Gutachter Dr. S …. aus dieser Möglichkeit nicht den Schluss, dass die Aussagen von Kindern und Jugendlichen über ein länger zurückliegendes Geschehen per se unglaubhaft seien. Vielmehr schreibt er: „Dieser Umstand [scil. die „Kontamination“ mit den Erinnerungen an nachträgliche Bewertungen, Ergänzungen oder Modifikationen] muß als Normalfall betrachtet werden; bei der psychologischen Beurteilung von Glaubwürdigkeit von Kindern und Jugendlichen kommt es daher darauf an, sich ein differenziertes Bild von der Gesamtheit der Aussage zu machen“. Letzteres hat der Senat getan. Im Übrigen führt eine differenzierende Betrachtung selbst den Gutachter Dr. S …. nicht zu der Aussage, dass die Schilderungen der Klägerin unglaubhaft seien.
ee) Der Zeuge S …. hat zwar zunächst – abweichend von dem Vater der Klägerin – bekundet, er rate in Gestaltungen der vorliegenden Art gewöhnlich zu einer Kontrolle in einem halben oder in einem Jahr, wobei er angesichts der Eintragung in der Ambulanzkarte davon ausgehe, dass er in dem konkreten Fall eine Kontrolle in einem halben Jahr empfohlen habe. Im Ergebnis ist die Aussage des Zeugen S …. aber nicht geeignet, der Darstellung des Vaters der Klägerin den Boden zu entziehen. Bei zusammenfassender Betrachtung stellt die Aussage des Zeugen S …. sich keineswegs als stringent dar. Im Verlauf seiner Vernehmung ist unter anderem die Frage erörtert worden, ob er dem Streithelfer der Beklagten, der die Klägerin an die Beklagte überwiesen hatte, konkrete Vorgaben für eine Verlaufskontrolle übermittelt habe, gegebenenfalls welche. Ein scharfes und plausibles Bild haben die betreffenden Antworten des Zeugen S …. nicht ergeben, insbesondere nicht in Zusammenschau mit dessen Arztbrief vom 23.03.2005. Vielmehr haben seine teilweise eher ausweichend anmutenden Äußerungen nur neue Ungereimtheiten sichtbar werden lassen. Schließlich hat der Zeuge S ….. die Geschehnisse nach der Untersuchung vom 22.03.2005 auf eine entsprechende Nachfrage des Senats wie folgt zusammengefasst: Den Eltern der Klägerin habe er sinngemäß zu verstehen geben wollen, dass sie sich um das Wachstum ihrer Tochter keine Sorgen zu machen bräuchten, und wenn doch, dass man dann eine Kontrolle durchführen könne. Dem Streithelfer der Beklagten habe er verdeutlichen wollen, dass kein Kleinwuchs vorliege und kein akuter Handlungsbedarf bestehe und er deshalb abwarten könne.
Eine klare und unbedingte Empfehlung dahin, das Wachstum der Klägerin in bestimmten zeitlichen Abständen zu kontrollieren, kann dem nicht entnommen werden.
ff) Ebenso wenig vermag der Senat der Aussage der Zeugin J …. zu folgen, wonach der Zeuge S …. dem Vater der Klägerin geraten hat, sich in einem halben oder in einem Jahr wieder in der dortigen Ambulanz vorzustellen. Angesichts der Vielzahl an Patienten, mit denen die Zeugin J …. nach eigenem Bekunden Kontakt hat, erscheint es dem Senat schon nicht glaubhaft, dass sie sich mehr als 7 Jahre nach dem fraglichen Gespräch noch konkret an eine derartige Empfehlung erinnert. Dies umso weniger, als ihr weitere Einzelheiten nicht im Gedächtnis geblieben sind. Allein der Umstand, dass die Klägerin sich seinerzeit mit einem Krankenschein für Asylbewerber in der Ambulanz vorgestellt hat, vermag die isolierte Erinnerung an ein einzelnes, möglicherweise entscheidungserhebliches Detail selbst dann nicht zu erklären, wenn dies eher selten vorkommt. Ein innerer Zusammenhang zwischen dem Krankenschein für Asylbewerber und etwaigen Empfehlungen, die der Arzt dem betreffenden Patienten nach einer Untersuchung mit auf den Weg gibt, ist nicht erkennbar.
gg) Hinzu kommt, dass die Aussagen der Zeugen S …. und J …. ihrerseits in Teilen voneinander abweichen. Unter anderem hat der Zeuge S …. bekundet, er sei sich sehr sicher, dass er – entgegen der angeblichen Erinnerung der Zeugin J …. - nicht gesagt habe, der Vater der Klägerin möge sich gerade in der dortigen Ambulanz wieder vorstellen.
Außerdem hat der Zeuge S …. hervorgehoben, er besitze eine genaue Erinnerung daran, dass er in dem Anmelderaum, in dem die Zeugin J …. sich seinerzeit befunden habe, mit dem Vater der Klägerin ein längeres Gespräch über die Untersuchungsergebnisse geführt habe. Demgegenüber hat die Zeugin J …. erklärt, sie habe ein derartiges Gespräch nicht mitbekommen; dies müsse zuvor im Nebenraum geführt worden sein.
Die genannten Widersprüche vermochten die Zeugen S …. und J …. selbst auf Vorhalt der jeweils anderen Aussage nicht plausibel aufzulösen.
hh) Der Eintrag in der Ambulanzkarte „½ jährl. Kontrolle d. Körperl.“ ist ebenfalls nicht geeignet, die Überzeugung des Senats zu erschüttern, wonach die Klägerin am 22.03.2005 ohne weitere ärztliche Empfehlungen nach Hause entlassen worden ist. Der Senat verkennt nicht, dass einer ordnungsgemäßen Dokumentation grundsätzlich Indizwirkung zugunsten der Behandlungsseite zukommt. Diese Indizwirkung ist jedoch durch die oben wiedergegebenen Schilderungen der Klägerin und ihres Vaters entkräftet worden. Hinzu kommt, dass auch in dem Arztbrief, den der Endokrinologe S …. nach der Untersuchung an den Streithelfer der Beklagten gerichtet hat, keine regelmäßige Verlaufskontrolle des Wachstums empfohlen wird. Vielmehr wird sogar dazu geraten, wegen der eingeschränkten Kostenerstattung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz von weiteren Untersuchungen abzusehen. Im Übrigen erscheint es nach der Art

der Eintragungen, die sich in der Ambulanzkarte unter dem 22.03.2005 finden (unterschiedliches Schriftbild, unterschiedliche Schreibgeräte), keineswegs ausgeschlossen, dass der zitierte Vermerk über die halbjährliche Kontrolle erst nach dem 22.03.2005 aufgenommen worden ist.
b) Dem Vorwurf einer fehlerhaften Behandlung und unzureichenden therapeutischen Aufklärung kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Klägerin lediglich einen Krankenschein für eine ärztliche Behandlung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz vorgelegt habe und dieser nur die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände notwendigen Kosten abdecke. Die Beklagte ist gerade mit der Frage nach der prospektiven Endgröße und einem möglichen Minderwuchs in der endokrinologischen Ambulanz der Beklagten vorgestellt worden. Nachdem die Beklagte diese spezielle Behandlung übernommen hatte, schuldete sie zunächst die Einhaltung des fachärztlichen Standards. Zumindest durfte sie in der Untersuchung, Beratung und Therapie nicht aus Kostengründen auf halber Strecke stehenbleiben, ohne die Klägerin oder ihre Eltern zuvor über diesen Umstand in Kenntnis zu setzen. Eine schlichte Aufklärung darüber, dass aus medizinischer Sicht eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten und eine weitergehende Diagnostik oder Verlaufskontrolle angezeigt sei, hätte keinen erheblichen Zusatzaufwand bedeutet. Wäre der Klägerin beziehungsweise ihren Eltern ein entsprechender Hinweis erteilt worden, verbunden mit einer Information über die begrenzten Ansprüche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, hätten sie eigenverantwortlich darüber entscheiden können und müssen, wie weiter verfahren werden solle.
3.
Die aufgezeigten Versäumnisse auf Seiten der Beklagten sind für den heutigen Kleinwuchs der Klägerin mit ursächlich geworden. Wie oben dargelegt, hätte der Endokrinologe S …. sichere Hinweise auf eine frühnormale Pubertätsentwicklung mit signifikanter Beschleunigung der Skelettalterung und erheblicher Einschränkung der Wachstumsprognose erlangt, wenn er die maßgebenden Befunde erhoben, also den LH/FSH-Quotienten anhand der 30-Minuten-Probe errechnet und die prospektive Erwachsenengröße nach der Methode Bayley / Pinneau bestimmt hätte. Bei einem solchen Resultat wären umgehende monatliche Injektionen eines GnRH-Agonisten veranlasst gewesen.
a) Die Klägerin hat bewiesen, dass sie mit einer solchen Behandlung mindestens 5 cm größer geworden wäre, als sie heute - nach Beendigung ihres Wachstums - ist.
aa) Dabei geht der Senat davon aus, dass die tatsächliche Endgröße der Klägerin 144 cm beträgt. Zwar hat sie selbst ihre Größe auf Nachfrage mit 143 cm angegeben. Doch ist in allen neueren Behandlungsunterlagen von rund 144 cm die Rede, jeweils verbunden mit dem Hinweis, dass mit einem signifikanten Wachstum nicht mehr zu rechnen sei - so etwa in dem Schreiben des P .. D ... B …. vom 30.04.2010 (Bd. I Bl. 161 f. d. A.), in dem Arztbrief des Chefarztes der Abteilung für Pädiatrie des L... M …. vom 29.05.2009 (Bd. I Bl. 39 d. A.), in dem Arztbrief der P …. für Allgemeine Kinderheilkunde des U ...M ... vom 19.06.2009 (Bd. I Bl. 37 f. d. A.) oder in dem Arztbrief der Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des Klinikums B ... -N ... vom 29.09.2009 (Bd. I Bl. 40 f. d. A.).
bb) Zu der wachstumsverstärkenden Wirkung der GnRH-Agonisten-Therapie hat der Sachverständige Dr. A …. ausgeführt, dass der Erfolg davon abhänge, in welchem Alter die Pubertät beginne und wann mit der Behandlung begonnen werde. Liege dieser Zeitpunkt vor dem 6. Lebensjahr, sei mit einer Verbesserung der Endlänge um 9 bis 10 cm zu rechnen; zwischen dem 6. und dem 8. Lebensjahr sei eine Verbesserung um 4 bis 7 cm zu erwarten, und zwar jeweils bezogen auf die Wachstumsprognose bei Therapiebeginn. Mädchen, bei denen die Pubertätsmerkmale nach dem achten, aber vor dem zehnten Lebensjahr sichtbar werden (frühnormale Pubertät), profitierten von der Therapie in der Regel nicht oder nicht wesentlich. Bei der Klägerin, die im03.2005 Hinweise auf einen frühnormalen Pubertätsbeginn gezeigt habe, seien indes Besonderheiten zu beachten. Während die frühnormale Pubertät grundsätzlich zu keiner Einschränkung in der Endlänge führe, sei die Wachstumsprognose der Klägerin im03.2005, also im Alter von 8 Jahren und 6 Monaten, mit 149 cm bereits um 14 cm gegenüber der genetischen Zielgröße vermindert gewesen. Insofern sei die Ausgangssituation der Klägerin vergleichbar gewesen mit der Prognose einer Patientin, bei der die Pubertät vorzeitig, das heißt vor Vollendung des 8. Lebensjahres, begonnen habe. Deshalb sei auch im Fall der Klägerin mit einer Verbesserung des Wachstums um 4 bis 7 cm zu rechnen gewesen.
Bei der genannten Spannbreite handele es sich naturgemäß um eine Schätzung. Allerdings lasse sich die bei Therapiebeginn angestellte Wachstumsprognose prinzipiell halten. Denn mit dem Einsetzen der Behandlung werde die hormonelle Beschleunigung der Pubertät beendet. Anschließend könne die prospektiv berechnete Größenentwicklung ungestört ihren Fortgang nehmen. Insofern sei die bei Therapiebeginn angestellte Prognose verlässlich, während ein darüber hinausgehendes Wachstum nicht sicher vorhergesagt werden könne.
cc) Nach diesen überzeugenden Erläuterungen des Sachverständigen Dr. A … steht fest, dass die Klägerin wenigstens 149 cm groß geworden wäre, wenn man nach der Untersuchung im Haus der Beklagten umgehend eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten begonnen hätte. Wie dargelegt, war dies die Wachstumsprognose im03.2005.

dd) Dass der Klägerin tatsächlich zeitnah nach der Untersuchung eine Behandlung mit einem GnRH-Agonisten zuteil geworden wäre, wenn man ihr beziehungsweise ihrem Vater eine solche Therapie empfohlen hätte, steht für den Senat außer Zweifel.
(1) Regelmäßig spricht bereits eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein Patient sich entsprechend einer ihm erteilten therapeutischen Aufklärung verhalten hätte (vgl. BGH, NJW 1989, S. 2318, 2320). Im Übrigen belegen die glaubhaften Schilderungen der Klägerin und ihres Vaters vor dem Senat und nicht zuletzt die Behandlungsdokumentation des Streithelfers der Beklagten, dass der Vater der Klägerin sich bereits 2004/2005 wegen eines befürchteten Kleinwuchses seiner Tochter sehr in Sorge befunden und dringend nach einer Behandlungsmöglichkeit gesucht hat.
(2) Ferner ist der Senat davon überzeugt, dass es dem Vater der Klägerin gelungen wäre, eine Behandlung mit einem GnRH-Agonisten privat zu finanzieren.
(a) Den Darlegungen des Sachverständigen Dr. A …. zufolge hätte eine solche Therapie 2 bis 3 Jahre gedauert. Der Hormonwirkstoff hätte, so Dr. A …., ungefähr 250,00 € pro Monat gekostet. Ferner müsse ein Patient sich im Zuge einer Behandlung mit einem GnRH-Agonisten alle 3 Monate zu einer Kontrolluntersuchung einfinden, wofür rund 30,00 € pro Quartal zu veranschlagen seien.
Legt man den zuletzt Betrag auf die einzelnen Monate um, ergeben sich laufende monatliche Kosten in Höhe von 260,00 €, mithin 3.120,00 € pro Jahr.
Wie Dr. A …. weiter ausgeführt hat, kommen noch mindestens ein GnRH-Test zur Kontrolle des Therapieerfolges (Kosten: circa 100,00 €) und eine Knochenalterungsbestimmung (Kosten: circa 20,00 €) hinzu.
(b) Die Tante der Klägerin, die Zeugin F …. R …. , hat vor dem Senat bekundet, dass sie 2005 Goldschmuck im Wert von rund 6.000,00 € besessen habe und diesen verkauft hätte, wenn sie damit ihrer Nichte hätte helfen können. Sie habe seinerzeit noch in Syrien gewohnt und von dem Einkommen ihres Ehemannes gelebt, der Beamter gewesen sei.
Der Senat hält die Zeugin F …. R …. für glaubwürdig und ihre Aussage für glaubhaft. Sie war während ihrer Vernehmung erkennbar bemüht, alle ihr gestellten Fragen genau zu beantworten. Insbesondere ist deutlich geworden, dass sie keineswegs ihre Aussage an vermeintliche Erwartungen oder Interessen ihres Bruders angepasst hat. Vorhalte des Vaters der Klägerin, die offensichtlich darauf abzielten, die Zeugin sollte Grundstücke, die ihm Erbgang ihr zugefallen sein sollten, als ihr Eigentum gegenüber dem Senat benennen, wies die Zeugin sachlich, aber entschieden zurück. Nicht zuletzt aufgrund des persönlichen Eindrucks, den sie während ihrer Vernehmung hinterlassen hat, hegt der Senat keinerlei Zweifel, dass ihre Angaben der Wahrheit entsprechen.
(c) Gleiches gilt für den Zeugen M …. H …. . Er hat ausgesagt, dass er dem Vater der Klägerin ab 2005 Geld für die Behandlung seiner Tochter zur Verfügung gestellt hätte, wenn er darum gebeten worden wäre. Zwar hat der Zeuge H …. seinerzeit neben seinem Studium nur ein bescheidenes Einkommen von rund 750,00 € erzielt. Doch hat er bekundet, dass er davon einen Betrag in einer Größenordnung von 100,00 bis 150,00 hätte beisteuern können. Außerdem hat er darauf verwiesen, dass er jedenfalls seinen in Syrien lebenden Vater gebeten hätte, Geld zu schicken. Dieser betreibe in A …. einen Kiosk und hätte ebenfalls finanzielle Mittel aufbringen können.
Dass er und sein Vater bereit gewesen wären, der Klägerin zu helfen, hat der Zeuge H …. damit begründet, dass seine Familie mit der Familie der Klägerin verwandt sei. Zwei bis dreimal im Jahr besuchten sie sich gegenseitig.
(d) Der Senat bezweifelt nicht, dass die von dem Zeugen H …. beschriebene familiäre Hilfsbereitschaft tatsächlich besteht und dass es ihm, notfalls mit der Unterstützung seines Vaters, gelungen wäre, einen nicht unerheblichen Betrag zu den Kosten der Hormonbehandlung beizusteuern. Zusammen mit den rund 6.000,00 € der Zeugin F …. R …. wäre es damit nach Überzeugung des Senats gelungen, die Therapie mit einem GnRH-Agonisten jedenfalls bis10.2007 zu finanzieren.
(e) Ab dem 8.10.2007 ist der Vater der Klägerin ausweislich der von ihm vorgelegten Bescheinigung der AOK Niedersachsen vom 19.02.2014 (Bd. III Bl. 50 ff. d. A.) Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung und seine Tochter dementsprechend über die Familienversicherung abgesichert gewesen. Dass sich das Schreiben der AOK tatsächlich auf den Vater der Klägerin bezieht, steht aus Sicht des Senats fest. Wie der Vater der Klägerin in der Sitzung am 23.04.2014 plausibel erläutert hat, wohnt er seit 2012 unter der in dem Schreiben aufgeführten Adresse ...in A ...
(f) Im Übrigen ist der Senat davon überzeugt, dass es dem Vater der Klägerin bereits im Laufe des Jahres 2005 gelungen wäre, Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung zu werden, wenn er seinerzeit um die Behandlungsbedürftigkeit seiner Tochter gewusst hätte. Er hat nachvollziehbar vorgetragen, dass er in diesem Fall nicht erst 2007, sondern schon 2005 anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen hätte, um in den Genuss der ihm bis dahin verweigerten Arbeitserlaubnis zu gelangen, und dass er sodann durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit einen Krankenversicherungsschutz für sich und seine Familie erreicht hätte. Weshalb ihm dies, angetrieben durch die Sorge um seine Tochter, nicht bereits 2005 hätte gelingen sollen, ist nicht ersichtlich.
b) Ob die Klägerin bei einer rechtzeitigen Therapie mit einem GnRH-Agonisten die für03.2005 geltende Wachstumsprognose von 149 cm nicht nur erreicht, sondern sogar noch um bis zu 7 cm überschritten

hätte, lässt sich nach dem oben Gesagten weder positiv feststellen noch ausschließen. Diese Unsicherheit geht zu Lasten der Beklagten, weil sich unter den konkreten Gegebenheiten die Beweislast im Bereich der haftungsbegründenden Kausalität umkehrt.
aa) Einen groben Behandlungsfehler, der regelmäßig zu einer Umkehr der Beweislast führt, vermochte der Sachverständige Dr. A … allerdings nicht festzustellen. Vielmehr hat er mehrere Aspekte genannt, welche nach seinem Dafürhalten die unterlassene Auseinandersetzung mit der frühen Pubertätsentwicklung der Klägerin zwar nicht sorgfaltsgerecht, jedoch teilweise nachvollziehbar erscheinen lassen.
Einmal, so Dr. A …. , sei zu berücksichtigen, dass eine Pubertätsentwicklung nach den Leitlinien der Kinderendokrinologie in der Regel keiner weiteren Abklärung bedürfe, wenn die Patientin bei ihrem Einsetzen - wie hier - älter als acht Jahre sei. Weiter falle ins Gewicht, dass der Radiologe V …. die von ihm konstatierte beschleunigte Knochenalterung unter Hinweis auf die ethnische Herkunft der Klägerin relativiert habe. Es sei zu vermuten, dass der Endokrinologe S …. deshalb auf die Berechnung der prospektiven Erwachsenengröße verzichtet habe.
Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass die Klägerin im03.2005 übergewichtig gewesen sei; eine frühnormale Pubertät und eine leichte Skelettreifungsbeschleunigung bildeten nicht selten Begleiterscheinungen des Übergewichts. Auch dies könne den Blick des Untersuchers auf die wahre Problematik verstellt haben.
bb) Nach der höchstrichterlichen Judikatur kann eine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der haftungsbegründenden Kausalität auch bei einer einfach-fehlerhaften Unterlassung der medizinisch gebotenen Befunderhebung eingreifen.
(1) Voraussetzung dafür ist, dass sich bei Durchführung der fehlerhaft versäumten Untersuchung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, das heißt grundsätzlich mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%, ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental und die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müsste (vgl. BGH, NJW-RR 2007, S. 744, 746; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. U 9, U 53, U 56 f., jeweils m. w. N.). Das ist hier der Fall:
(a) Wie oben ausgeführt, hat der Endokrinologe S …. es am 22.03.2005 versäumt, den maßgebenden LH/FSH-Quotienten auf der Grundlage der Ergebnisse des GnRH-Tests zu errechnen und die prospektive Erwachsenengröße nach der Methode Bayley / Pinneau zu bestimmen. Er hat es damit unterlassen, zwei - nach Ansicht des Sachverständigen Dr. A …. richtungsweisende - Befunde anhand der ihm zur Verfügung Daten zu ermitteln.
(b) Bei Durchführung der gebotenen Maßnahmen hätten sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit so deutliche und gravierende Befunde gezeigt, dass sich deren Verkennung als fundamental und eine Nichtreaktion auf sie als grob fehlerhaft darstellt.
(aa) Zum einen hätte sich, so der Sachverständige Dr. A …. , nach der Methode von Bailey und Pinneau eine um 14 cm hinter der genetischen Zielgröße zurückbleibende, deutlich unterdurchschnittliche prospektive Erwachsenengröße (149 cm) ergeben. Zum anderen hätte die korrekte Auswertung des GnRH-Tests eindeutig auf eine schon eingetretene Pubertätsentwicklung hingewiesen.
(bb) Die erhebliche Relevanz der prospektiven Endgrößenbestimmung und des LH/FSH-Quotienten der 30-Minuten-Probe hat Dr. A …. in seiner Anhörung vor dem Senat nochmals explizit hervorgehoben. Wende sich, so Dr. A …. , eine Patientin mit dem Ansinnen an einen Endokrinologen, die Frage nach einer Wachstumseinschränkung abklären zu lassen, so stelle das Verkennen der Bedeutung dieser Befunde einen unverständlichen Fehler dar, der einem Endokrinologen schlechterdings nicht unterlaufen dürfe.
Damit ist ein grober Behandlungsfehler umschrieben. Ein solcher 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, NJW 2007, S. 2767, 2769, Tz. 25 m. w. N.).
(2) Weitere Voraussetzung für eine Beweislastumkehr in der Fallgruppe der unterlassenen Befunderhebung ist, dass das Unterbleiben der gebotenen Maßnahme generell geeignet ist, den eingetretenen Primärschaden zu verursachen. Hierfür genügt es, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Arztfehler als - nicht unbedingt nahe liegende oder gar typische - Ursache für den Gesundheitsschaden in Frage kommt (vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. G 214, G 522 m. w. N.).
Das ist in der vorliegenden Gestaltung zu bejahen. Die Erkenntnis, dass eine frühnormale Pubertät in Kombination mit einer beschleunigten Skelettalterung gegeben und eine deutlich unterdurchschnittliche Erwachsenengröße zu erwarten ist, hätte eine Behandlung mit einem GnRH-Agonisten geboten. Eine solche Therapie ist nach dem oben Gesagten generell geeignet, einen Kleinwuchs zu verhindern oder wenigstens abzumildern.
(3) Trotz eines Vorliegens der genannten Voraussetzungen, ist eine Beweislastumkehr ausgeschlossen, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der unterlassenen Befunderhebung und dem beim Patienten

eingetretenen Körper- oder Gesundheitsschaden (Primärschaden) äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. G 255, U 87 m. w. N.).
Diese Einschränkung greift hier nicht ein. Den Ausführungen des Sachverständigen Dr. A …. zufolge ist es durchaus möglich, dass eine rechtzeitige pubertätshemmende Hormonbehandlung ihre volle wachstumsfördernde Wirkung entfaltet und einen Größengewinn von bis zu 7 cm - bezogen auf die Wachstumsprognose bei Therapiebeginn (149 cm) - bewirkt hätte. Auch lässt sich nicht dahin argumentieren, dass es der Klägerin gar nicht möglich gewesen wäre, eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten zu finanzieren. Wie oben ausgeführt, hat die Klägerin das Gegenteil bewiesen.
cc) Nach alledem ist für die hier zu treffende Entscheidung davon auszugehen, dass die Klägerin heute 156 cm groß wäre, wenn sie in der endokrinologischen Ambulanz der Beklagten fachgerecht behandelt worden wäre.
4.
Aus den genannten Gründen hat die Beklagte dafür einzustehen, dass die Klägerin nunmehr damit leben muss, dass sich ihre Endgröße nicht auf 156 cm, sondern nur auf 144 cm beläuft. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der daraus abzuleitende Schadensersatzanspruch nicht verjährt.
a) Nachdem die Beklagte vor dem Landgericht die Einrede der Verjährung erhoben hatte, hat die Klägerin vorgetragen, sie beziehungsweise ihre Eltern hätten erst 2009 Kenntnis davon erlangt, dass sie unter einem Minderwuchs leide und dass sie im Haus der Beklagten falsch beraten worden sei. Dieser Vortrag ist erheblich. Gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist frühestens mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne große Fahrlässigkeit erlangen müsste. Der erstinstanzliche Prozesskostenhilfeantrag der Klägerin ist bereits im04.2010 bei dem Landgericht eingegangen und der Beklagten bekannt gemacht worden. Er hat damit gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB die Verjährung gehemmt.
Die Beklagte hat den Darlegungen des Klägers nichts Konkretes entgegengesetzt. Insbesondere hat sie nicht substantiiert vorgetragen, dass die Klägerin bereits bis Ende 2006 von dem haftungsbegründenden Geschehen und der angeblichen Beteiligung der Beklagten Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können. Deshalb dringt die Beklagte mit der Einrede der Verjährung nicht durch.
b) Der Streithelfer der Beklagten hat sich ebenfalls auf Verjährung berufen. Indes haben seine Prozessbevollmächtigten die Einrede der Verjährung ausdrücklich „für den Streithelfer“ erhoben. Das ist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits unbeachtlich, weil es hier nicht um Schadensersatzansprüche gegenüber dem Streithelfer geht. Im Übrigen ist auch der Streithelfer der Darstellung der Klägerin, sie habe erst 2009 von den haftungsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt, nicht mit Substanz entgegengetreten.
5.
Wegen der fehlerhaften Behandlung im Haus der Beklagten steht der Klägerin gemäß §§ 280, 278, 253 Abs. 2 BGB und §§ 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 Satz 1, 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld zu. Das auf den Behandlungsfehler zurückzuführende Minderwachstum der Klägerin in einer Größenordnung von 12 cm rechtfertigt nach Ansicht des Senats ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 €.
a) Die Schmerzensgeldhöhe muss unter umfassender Berücksichtigung aller für die Bemessung maßgebenden Umstände festgesetzt werden. Bemessungsfaktoren sind nicht nur Ausmaß und Schwere der Verletzungen, sondern etwa auch das Verbleiben von dauernden Behinderungen und das Alter des Verletzten (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., § 253, Rn. 15 ff.).
b) Dass die Klägerin durch ihren Kleinwuchs in dem heutigen Ausmaß - im Vergleich zu Menschen mit einer Körperlänge von 156 cm - erheblich in ihrer Lebensführung und Lebensqualität beeinträchtigt ist, liegt auf der Hand. Die negativen Auswirkungen können in nahezu allen Lebensbereichen zum Tragen kommen, etwa bei alltäglichen Verrichtungen (Einkaufen, Tätigkeiten im Haushalt etc.), in der Ausbildung, bei der Berufswahl und der Berufsausübung, bei der Pflege sozialer Kontakte, bei der Auswahl von Bekleidung oder bei der Freizeitgestaltung. Schon im Hinblick darauf ist es ohne weiteres nachvollziehbar, wenn die Klägerin vorträgt, dass ihr Kleinwuchs für sie eine spürbare psychische Belastung darstellt.
Sie ist erst 17 Jahre alt und wird sich den Rest ihres Lebens mit den Erschwernissen, die eine Körperlänge von nur 144 cm mit sich bringt, arrangieren müssen, es sei denn, sie entschließt sich zu der von ihr avisierten operativen Beinverlängerung. Ein solcher Eingriff ist jedoch seinerseits - zumindest vorübergehend - mit massiven körperlichen Beeinträchtigungen verbunden und birgt nicht unerhebliche Risiken in sich. Deshalb wirkt sich eine solche Option auch nicht etwa schmerzensgeldmindernd aus (vgl. BGH, NJW 1994, S. 1592, 1593; NJW 1989, S. 2332, jeweils m. w. N.).
c) Weiter war bei der Bemessung des Schmerzensgeldes der Grundsatz zu beachten, dass für vergleichbare Verletzungen ein annähernd gleiches Schmerzensgeld zu gewähren ist. Zwar ist keine Gerichtsentscheidung ersichtlich, die auf eine den Einzelheiten des vorliegenden Falls entsprechende Konstellation abzielt. Doch zeigt ein Blick auf Gestaltungen, in denen bislang Schmerzensgelder von 40.000,00 € zugesprochen worden sind, dass eine solche Größenordnung auch unter den konkreten Umständen angemessen ist.

d) Das Schmerzensgeld ist - wie beantragt - gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage zu verzinsen.
6.
Darüber hinaus hat die Klägerin einen Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der fehlerhaften Behandlung am 22.03.2005 im Haus der Beklagten noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden. In diesem Sinne hat der Senat die von der Klägerin beantragte Feststellung präzisiert.
Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist zu bejahen. Geht es - wie hier - um die Verletzung eines absoluten Rechtsguts, so reicht es aus, wenn künftige Schadensfolgen möglich, ihre Art und ihr Umfang, sogar ihr Eintritt aber noch ungewiss sind (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 256, Rn. 9 m. w. N.). Das ist hier der Fall. Gedacht werden kann etwa an finanzielle Aufwendungen, die erforderlich sind, um den sorgfaltswidrig nicht verhinderten Minderwuchs zu kompensieren, oder an psychische oder physische Beeinträchtigungen, die auf den Behandlungsfehler zurückgehen und nach ihrer Art oder ihrem Ausmaß heute noch nicht vorhersehbar sind.
7.
Soweit die Klägerin einen materiellen Schaden in Höhe von 2.595,00 € geltend macht, war die Klage abzuweisen. Der genannte Betrag setzt sich aus angeblichen Fahrtkosten und einer „allgemeinen Schadenspauschale“ in Höhe von 25,00 € zusammen. Indes lässt die Klägerin einen substanziierten Vortrag dazu vermissen, inwieweit die Fahrtkosten jeweils auf der behaupteten Fehlbehandlung beruhen. Ein derartiger Vortrag wäre umso mehr geboten gewesen, als eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten ebenfalls in einem gewissen Umfang Fahrtkosten verursacht hätte. Auf diese Aspekte hat der Senat die Klägerin mit Beschluss vom 26.03.2014 ausdrücklich hingewiesen. Konkretisiert hat die Klägerin ihren Vortrag darauf nicht. Ebenso wenig lassen ihre Darlegungen auch nur ansatzweise erkennen, worauf sich die „allgemeine Schadenspauschale“ gründet.
IV.
Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache besitzt keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

126. BGH, Urteil vom 20.05.2014 – VI ZR 187/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschäden: Bindungswirkung eines Grund- und Teilurteils; Bejahung eines abgrenzbaren Teils des Gesundheitsschadens bei Mitverursachung der Gesundheitsverletzung

Leitsatz

1. Zur Bindungswirkung eines Grund- und Teilurteils.
2. Zur Bejahung eines abgrenzbaren Teils des Gesundheitsschadens bei Mitverursachung der Gesundheitsverletzung.

Orientierungssatz

1. Die Bindungswirkung eines Grund- und Teilurteils ergibt sich aus § 318 ZPO. Ihr Umfang richtet sich danach, worüber das Gericht wirklich entschieden hat. Dies ist durch Auslegung von Urteilsformel und Entscheidungsgründen zu ermitteln. Eine Bindung an Tatbestand und Entscheidungsgründe tritt insoweit ein, als sie den festgestellten Anspruch kennzeichnen, mithin dessen Inhalt bestimmen.
2. Die Auslegung eines dem angefochtenen Urteil des Berufungsgerichts zugrundeliegenden Grund- und Teilurteils ist vom Revisionsgericht selbstständig vorzunehmen.
3. Ist in einem Haftungsprozess gegen Belegarzt, Krankenhausträger, Hebamme und Kinderschwester wegen schwerster körperlicher und geistiger Schäden eines neugeborenen Kindes wegen eines Postasphyxie-Syndroms mit Subarachnoidalblutung und ZNS-Anfällen ein Berufungsurteil zur "Klarstellung" eines Grund- und Teilurteils ergangen, dem nicht zu entnehmen ist, dass die Beklagten als Gesamtschuldner für die Gesundheitsverletzung in vollem Umfang haften, sondern nur mit Bindungswirkung zu entnehmen ist, dass die Beklagten für die Gesundheitsschäden haften, welche auf postpartalen Pflichtversäumnissen der Beklagten beruhen, die für die Gesundheitsverletzung des Kindes mitursächlich geworden sind, wird dadurch der festgestellte Anspruch gekennzeichnet und mithin dessen Inhalt bestimmt. Infolgedessen ist auch nur insoweit eine Bindungswirkung eingetreten.
4. Hinsichtlich des Umfanges der sich aus der Mitverursachung der Gesundheitsverletzung ergebenden Haftung liegt eine Bindungswirkung nicht vor. Denn bei vernünftigem Verständnis des Grundurteils ist ihm

mit Rücksicht auf den bisherigen Prozessverlauf zu entnehmen, dass der Prüfung im Betragsverfahren vorbehalten bleiben sollte, in welchem Umfang die Beklagten wegen ihrer Versäumnisse haften.
5. Das Berufungsgericht konnte die Haftung der Beklagten rechtsfehlerfrei auf einen Haftungsanteil von 20% begrenzen, denn der Behandlungsfehler hat nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt. Es liegt also eine sogenannte abgrenzbare Teilkausalität vor. Die Beklagten haben nämlich den Nachweis erbracht, dass der größte Teil des Gesundheitsschadens nicht in dem Zeitraum entstanden ist, für den sie schadensersatzpflichtig sind, sondern zu diesem Zeitpunkt bereits vorhanden war. Nach den bindenden Feststellungen des Grund- und Teilurteils ist beim Kläger in den Minuten vor der Geburt am 14.10.1984 ohne eine Pflichtwidrigkeit der Beklagten eine Hirnblutung und damit eine Gesundheitsverletzung eingetreten, die sich bis zur Verlegung am 16.10.1984 in die Kinderklinik weiter ausgebreitet hat. Der - durch das nicht pflichtwidrige Kristellern - verursachte traumatische Schaden ist bereits intra partum irreparabel eingetreten, so dass es auch bei seiner frühzeitigen Feststellung bei der nachgeburtlichen Betreuung und Behandlung nur noch um die postpartale Stabilisierung des Zustands des Klägers ging.

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28.03.2013 wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelfer der Beklagten zu 3 und 4.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit seiner Geburt im Krankenhaus I. Die Mutter des Klägers wurde während der Schwangerschaft vom Beklagten zu 1, der Belegarzt in dem Krankenhaus war, frauenärztlich und geburtshilflich bis zur Entbindung betreut. Der Beklagte zu 3 ist der Träger des Krankenhauses. Die Beklagte zu 2 begleitete als freie Hebamme die Geburt. Die Beklagte zu 4 versorgte den Kläger als Krankenschwester nach der Geburt in der Kinderstation des Krankenhauses.
Bei der Mutter des Klägers setzten am 13.10.1984 gegen 20 Uhr Geburtswehen ein. Sie wurde danach in das Krankenhaus I. aufgenommen. Der Kläger kam am 14.10.1984 um 10.16 Uhr zur Welt. Zwei Stunden später brachte ihn die Beklagte zu 2 auf die Kinderstation und übergab ihn der Beklagten zu 4. Am 16.10.1984 veranlasste ein zu Rate gezogener Kinderarzt die Verlegung des Klägers in die Kinderklinik des Krankenhauses K. Dort lautete die Gesamtdiagnose auf ein Postasphyxie-Syndrom mit Subarachnoidalblutung und ZNS-Anfällen. Bei der Entwicklung des Klägers wurden in den folgenden Jahren schwerste körperliche und geistige Behinderungen sichtbar.
Der Kläger nimmt die Beklagten auf materiellen und immateriellen Schadensersatz und Feststellung der Ersatzpflicht bezüglich weiterer materieller und immaterieller Schäden in Anspruch. Zunächst hat das Landgericht durch Urteil vom 20.11.1995 den Anspruch des Klägers "auf Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens aus der Geburt am 14.10.1984" gegen die Beklagten zu 1 bis 4 als Gesamtschuldner dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 18.03.2004 die Berufungen der Beklagten gegen das "als Grundurteil bezeichnete Grund- und Teilendurteil" des Landgerichts "mit folgender Klarstellung" zurückgewiesen:
"1. Die Klageanträge Ziffern 1 bis 3 sind dem Grunde nach gerechtfertigt.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger anlässlich und aufgrund der Behandlung durch die Beklagten nach seiner Geburt am 14.10.1984 bis zum 16.10.1984 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden."
Der erkennende Senat hat die Beschwerden der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in diesem Urteil zurückgewiesen.
Im nachfolgenden Betragsverfahren hat das Landgericht den Anträgen des Klägers weitgehend stattgegeben. Es hat die Beklagten verurteilt, über die bereits bezahlten Beträge von insgesamt 220.000 € hinaus ein weiteres Schmerzensgeld von 100.000 €, materiellen Schadensersatz von 666.156,34 €, eine Mehrbedarfsrente von monatlich 2.193,19 € und eine Erwerbsschadensrente von monatlich 1.032,73 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufungen der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagten als Gesamtschuldner nur verurteilt, an den Kläger über den bereits bezahlten Betrag hinaus weitere 52.603,13 € sowie eine Rente von vierteljährlich 2.127,54 € nebst Zinsen zu zahlen. In Bezug auf die Beklagten zu 3 und 4 hat es festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe von 220.000 € erledigt ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehenden Berufungen der Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht - beschränkt auf die Frage der Abgrenzung der Schadensanteile - zugelassenen Revision verlangt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

A.

Die Revision ist uneingeschränkt zulässig (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
Zwar hat das Berufungsgericht die Revision sowohl im Tenor als auch in den Gründen des angefochtenen Urteils nur beschränkt hinsichtlich der Frage der Abgrenzbarkeit der Schadensanteile zugelassen. Damit hat es die Zulassung aber in unzulässiger Weise auf eine bestimmte Rechtsfrage beschränkt (vgl. Senatsurteile vom 13.07.2004 - VI ZR 273/03, VersR 2004, 1267, 1268; vom 28.03.2006 - VI ZR 50/05, VersR 2006, 944 Rn. 9, jeweils mwN; BGH, Urteil vom 19.04.2013 - V ZR 113/12, NJW 2013, 1948 Rn. 9). Die Zulassung kann auch nicht in eine Beschränkung der Revision auf den Anspruchsgrund als einen selbständig anfechtbaren Teil des Streitgegenstandes umgedeutet werden (vgl. dazu Senatsurteil vom 13.07.2004 - VI ZR 273/03, aaO). Denn das angefochtene Urteil ist im Betragsverfahren ergangen; ihm ist bereits ein Grundurteil gemäß § 304 ZPO vorausgegangen. Die Frage der Abgrenzbarkeit der Schadensanteile kann im Betragsverfahren nicht von der Schadenshöhe getrennt werden.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Einwand des Mitverschuldens, auf die sich die Revisionserwiderungen der Beklagten zu 2 bis 4 berufen. Danach kann die Revisionszulassung zwar wirksam auf den Mitverschuldenseinwand beschränkt werden. Voraussetzung dafür ist aber, dass das Berufungsgericht befugt gewesen wäre, zunächst ein Grundurteil zu erlassen und die Frage des Mitverschuldens dem Betragsverfahren vorzubehalten (vgl. BGH, Urteile vom 18.04.1997 - V ZR 28/96, BGHZ 135, 235, 237; vom 19.04.2013 - V ZR 113/12, aaO Rn. 11, jeweils mwN). Innerhalb des Betragsverfahrens ist eine entsprechende Beschränkung der Revisionszulassung nicht zulässig.
Da die Revision mithin unbeschränkt zugelassen ist, ist die von dem Kläger vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde gegenstandslos (vgl. BGH, Urteil vom 19.04.2013 - V ZR 113/12, aaO Rn. 12 mwN).
B.
Die Revision ist nicht begründet.
I.
Das Berufungsgericht hat ausgeführt, entgegen der Auffassung des Landgerichts führe die Bindungswirkung des Berufungsurteils vom 18.03.2004 zu einer Schadensersatzpflicht der Beklagten nur für einen Teil der geltend gemachten Schäden. In diesem Urteil sei mit Bindungswirkung für alle denkbaren Ansprüche des Klägers festgestellt, dass die Beklagten nur für diejenigen Gesundheitsschäden schadensersatzpflichtig seien, die nach der Geburt des Klägers am 14.10.1984 bis zum 16.10.1984 entstanden seien, und die im Urteil als "fortschreitender Schaden" bzw. als "postpartal verschlimmerter Verletzungserfolg" bezeichnet seien. Das Gericht habe die Möglichkeit einer hypoxischen Schädigung des Klägers vor der Geburt und damit im Zusammenhang stehende Versäumnisse der Beklagten zu 1 und 2 sowie Behandlungsfehler im Zusammenhang mit dem Kristellern ausgeschlossen. Es habe nur Behandlungs- bzw. Organisationsfehler im Zeitraum nach der Geburt bezüglich aller vier Beklagten bejaht, durch die eine Stabilisierung des intra partum verursachten Gesundheitsschadens versäumt worden sei.
Nach den bindenden Feststellungen des Urteils vom 18.03.2004 sei bei dem Kläger in den Minuten vor der Geburt ohne eine Pflichtwidrigkeit der Beklagten eine Hirnblutung und damit ein Gesundheitsschaden eingetreten, der sich bis zur Verlegung am 16.10.1984 in die Kinderklinik des Krankenhauses K. weiter habe ausbreiten können. Es habe sich um einen einheitlichen, kontinuierlichen biologischen Vorgang gehandelt, der sich auf eine immer größer werdende Zahl von Gehirnzellen oder Gehirnarealen ausgedehnt habe. Der entstandene Gesundheitsschaden bestehe somit aus einem schicksalhaft eingetretenen Anteil und einem weiteren, von den Beklagten gemeinsam zu verantwortenden Anteil.
Aufgrund der Angaben der Sachverständigen Prof. Dr. Ro. und Prof. Dr. B. hätten die Beklagten nachgewiesen, dass der größte Teil des Schadens nicht in dem Zeitraum entstanden sei, für den diese schadensersatzpflichtig seien. Zwar sei eine exakte Festlegung auf eine bestimmte Prozentzahl nicht möglich, wohl aber die Festlegung auf einen maximalen Anteil der Schädigung durch die Beklagten. Diese hätten jedenfalls den Nachweis erbracht, dass der Gesundheitsschaden zu mindestens 80 % bereits vorhanden gewesen sei, bevor sich die haftungsbegründenden Fehler der Beklagten ausgewirkt hätten. Die geltend gemachten Ansprüche des Klägers seien somit, soweit sie nicht gänzlich ausschieden, nur mit einer Quote von 20 % begründet.
Unter Berücksichtigung aller Umstände und des eingeschränkten Haftungsanteils der Beklagten sei ein Schmerzensgeld von insgesamt 70.000 € angemessen, weil der Kläger auch ohne den Haftungsanteil der Beklagten an schwersten Behinderungen gelitten hätte. Der Schadensberechnung hinsichtlich des personellen und sachlichen Mehraufwands sei die Quote von 20 % zugrunde zu legen. Hinsichtlich des Erwerbsausfallschadens und der Kosten der Pflichtpflegeeinsätze stehe dem Kläger allerdings kein Schadensersatzanspruch zu, weil er auch ohne die Vertiefung des Schadens ein Pflegefall geworden und nicht für den Arbeitsprozess in Betracht gekommen wäre.
II.
Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.
1. Das Berufungsgericht hat den Umfang der Bindungswirkung des Urteils des Oberlandesgerichts München vom 18.03.2004 zutreffend erfasst.

a) Die Bindungswirkung dieses Urteils (künftig: Grund- und Teilurteil) ergibt sich aus § 318 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 5.10.1965 - VI ZR 90/64, VersR 1965, 1173, 1174; BGH, Urteil vom 14.07.2011 - VII ZR 142/09, NJW 2011, 3242 Rn. 16 mwN). Ihr Umfang richtet sich danach, worüber das Gericht wirklich entschieden hat. Dies ist durch Auslegung von Urteilsformel und Entscheidungsgründen zu ermitteln (vgl. Senatsurteil vom 18.12.2012 - VI ZR 55/12, NJW 2013, 1163 Rn. 9; BGH, Urteile vom 13.10.2000 - V ZR 356/99, NJW 2001, 78, 79; vom 14.06.2002 - V ZR 79/01, NJW 2002, 3478, 3479; vom 14.07.2011 - VII ZR 142/09, aaO Rn. 17, jeweils mwN; Beschluss vom 21.02.1994 - II ZB 13/93, NJW 1994, 1222 f.). Eine Bindung an Tatbestand und Entscheidungsgründe tritt insoweit ein, als sie den festgestellten Anspruch kennzeichnen, mithin dessen Inhalt bestimmen (BGH, Urteil vom 14.06.2002 - V ZR 79/01, aaO; Musielak/Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 304 Rn. 11; Rensen in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 304 Rn. 69). Das Zwischenurteil über den Grund (§ 304 ZPO) hat für das Betragsverfahren Bindungswirkung, soweit es den Klageanspruch bejaht hat und dessen Höhe durch den anerkannten Klagegrund gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.09.2009 - IX ZR 87/08, FamRZ 2009, 2075 Rn. 19; Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl., § 304 Rn. 15). Es legt fest, auf welcher Grundlage das Betragsverfahren aufzubauen hat und welche Umstände bereits - für die Parteien bindend - abschließend im Grundverfahren geklärt sind (vgl. BGH, Urteile vom 17.10.1985 - III ZR 105/84, ZIP 1986, 319, 320; vom 20.12.2005 - XI ZR 66/05, NJW-RR 2007, 138 Rn. 17; vom 30.10.2009 - V ZR 17/09, VersR 2010, 1320 Rn. 9 mwN).
b) Die Auslegung des dem angefochtenen Urteil des Berufungsgerichts zugrundeliegenden Grund- und Teilurteils (vgl. § 301 Abs. 1 Satz 2 ZPO), welches im Tenor keinen ausdrücklichen Vorbehalt enthält, ist vom Revisionsgericht selbständig vorzunehmen (vgl. BGH, Urteile vom 30.09.1968 - III ZR 28/68, WM 1968, 1380, 1382; vom 14.04.1987 - IX ZR 149/86, NJW-RR 1987, 1196, 1197; vom 11.07.2001 - XII ZR 270/99, NJW-RR 2002, 136). Sie führt zu dem Ergebnis, dass dem Urteil nicht eine Bindungswirkung dahingehend zu entnehmen ist, dass die Beklagten als Gesamtschuldner für die Gesundheitsverletzung des Klägers in vollem Umfang haften. In dem Urteil ist mit Bindungswirkung nur festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner für die Gesundheitsschäden haften, welche auf postpartalen Pflichtversäumnissen der Beklagten beruhen, die für die Gesundheitsverletzung des Klägers mitursächlich geworden sind.
aa) Entgegen der Auffassung der Revision steht einer solchen Auslegung der einleitende Satz im Tenor des Grund- und Teilurteils nicht entgegen. Danach hat das Oberlandesgericht die Berufungen der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 20.11.1995, das den Anspruch des Klägers "auf Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens aus der Geburt am 14.10.1984" gegen die Beklagten zu 1 bis 4 als Gesamtschuldner dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, "mit folgender Klarstellung" zurückgewiesen. Nachfolgend hat es den Tenor des landgerichtlichen Urteils neu gefasst. Dies war erforderlich, weil das Landgericht auch den Feststellungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hatte, obgleich dies bei einem unbezifferten Feststellungsantrag nicht zulässig ist, und es sich in Wirklichkeit um ein Grund- und Teilurteil handelte (vgl. BGH, Urteile vom 27.01.2000 - IX ZR 45/98, NJW 2000, 1572; vom 4.10.2000 - VII ZR 109/99, NJW 2001, 155 mwN). Mehr ergibt sich aus dem einleitenden Satz nicht.
bb) In Nr. I. 1 des Tenors des Grund- und Teilurteils hat das Oberlandesgericht die damaligen Zahlungsanträge des Klägers - wie zuvor das Landgericht - zwar ohne Einschränkung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und damit zugleich die Kausalität der Versäumnisse der Beklagten für die Gesundheitsverletzung des Klägers festgestellt, weil die haftungsbegründende Kausalität zum Anspruchsgrund gehört. Daraus ergibt sich aber nicht zwangsläufig, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten für die Gesundheitsverletzung in vollem Umfang angenommen hat. Nach allgemeinem Schadensrecht steht nämlich eine Mitursächlichkeit, und sei es auch nur im Sinne eines Auslösers neben erheblichen anderen Umständen, der Alleinursächlichkeit grundsätzlich haftungsrechtlich in vollem Umfang gleich (vgl. Senatsurteile vom 27.06.2000 - VI ZR 201/99, VersR 2000, 1282, 1283; vom 20.11.2001 - VI ZR 77/00, VersR 2002, 200, 201; vom 5.04.2005 - VI ZR 216/03, VersR 2005, 942; vom 19.04.2005 - VI ZR 175/04, VersR 2005, 945, 946; vom 16.03.2010 - VI ZR 64/09, VersR 2010, 627 Rn. 12; Senatsbeschluss vom 13.11.2007 - VI ZR 155/07). Mithin lässt sich aus Nr. I. 1 des Tenors keine Bindungswirkung hinsichtlich des gesamten Gesundheitsschadens ableiten.
cc) Aus Nr. I. 2 des Tenors, auf die sich das Berufungsgericht bei seiner Auslegung des Grund- und Teilurteils maßgeblich gestützt hat, ergibt sich vielmehr, dass diesem nur eine eingeschränkte Bindungswirkung zukommt. Das Oberlandesgericht hat nämlich festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner "verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger anlässlich und aufgrund der Behandlung durch die Beklagten nach seiner Geburt am 14.10.1984 bis zum 16.10.1984 entstanden sind und noch entstehen werden". Es ist damit bezüglich der Beklagten zu 1 und 2 hinter dem Feststellungsantrag des Klägers zurückgeblieben, der hinsichtlich dieser Beklagten beantragt hatte festzustellen, dass sie verpflichtet sind, sämtliche Schäden zu ersetzen, "die dem Kläger anlässlich und aufgrund der Behandlung …. vor, während und nach seiner Geburt" entstanden sind und noch entstehen werden. Der Feststellungsantrag hinsichtlich der Beklagten zu 3 und 4 hatte sich ohnehin

nur auf die Behandlung "im Zeitraum vom 14. bis zum 16.10.1984 nach seiner Geburt am 14.10.1984" bezogen.
Auch die Aufnahme der Wörter "anlässlich und" spricht nicht dafür, dass der Feststellungsausspruch nicht nur die nach der Geburt entstandenen Gesundheitsschäden erfassen sollte. Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger hinsichtlich aller Beklagten schon in seinem Feststellungsantrag die Wörter "anlässlich und aufgrund der [bzw. seiner] Behandlung" aufgenommen hat, also auch in den Antrag hinsichtlich der Beklagten zu 3 und 4, der sich nur auf den Zeitraum nach der Geburt bezog. Im Grund- und Teilurteil ist mithin nur die vom Kläger vorgegebene Fassung übernommen worden. Im Hinblick darauf ist von maßgeblicher Bedeutung, dass das Oberlandesgericht dem Feststellungsantrag abweichend vom Antrag des Klägers bezüglich der Beklagten zu 1 und 2 nur hinsichtlich der Behandlung nach seiner Geburt entsprochen hat. Dies entspricht den Entscheidungsgründen des Grund- und Teilurteils, in denen das Oberlandesgericht die Haftung der Beklagten nur auf Versäumnisse gestützt hat, die sich erst nach der Geburt ereignet oder - im Fall des Beklagten zu 3 - ausgewirkt haben und die die Gesundheitsverletzung nicht allein verursacht, sondern nur vertieft haben. Eine Beschränkung des Haftungsgrunds auf den "Vertiefungsschaden" kommt auch darin zum Ausdruck, dass in den Entscheidungsgründen des Grund- und Teilurteils wiederholt von den Beklagten als Urhebern des "gesamten nachgeburtlich vertieften Schadens" oder des "postpartal verschlimmerten Verletzungserfolgs" die Rede ist. Auch dies zeigt, dass als Haftungsgrund nur Versäumnisse der Beklagten in der Zeit nach der Geburt angenommen wurden, die für die Gesundheitsverletzung des Klägers mitursächlich geworden sind. Dadurch wird der festgestellte Anspruch gekennzeichnet und mithin dessen Inhalt bestimmt. Infolgedessen ist auch nur insoweit eine Bindungswirkung eingetreten.
Hinsichtlich des Umfangs einer sich aus der Mitverursachung der Gesundheitsverletzung ergebenden Haftung liegt eine Bindungswirkung nicht vor. Denn bei vernünftigem Verständnis des Grundurteils ist ihm mit Rücksicht auf den bisherigen Prozessverlauf zu entnehmen, dass der Prüfung im Betragsverfahren vorbehalten bleiben sollte, in welchem Umfang die Beklagten wegen ihrer Versäumnisse haften (vgl. BGH, Urteil vom 31.01.1990 - VIII ZR 314/88, BGHZ 110, 196, 204). Im Grund- und Teilurteil finden sich dazu keine Ausführungen. Das Oberlandesgericht hat vielmehr zum Feststellungsanspruch eine Teilabweisung nicht als veranlasst gesehen, weil für Fehler im nachgeburtlichen Zeitabschnitt eine Mitverursachung ausreiche und über die Höhe des materiellen und immateriellen Schadens "nicht zu befinden" war.
2. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Umfang der Haftung halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten rechtsfehlerfrei auf einen Haftungsanteil von 20 % begrenzt.
a) Auch wenn eine Mitursächlichkeit der Alleinursächlichkeit haftungsrechtlich grundsätzlich in vollem Umfang gleichsteht (vgl. oben unter II 1 b bb), ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, wenn feststeht, dass der Behandlungsfehler nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt hat, also eine sogenannte abgrenzbare Teilkausalität vorliegt (vgl. Senatsurteile vom 1.10.1996 - VI ZR 10/96, VersR 1997, 362, 363; vom 8.02.2000 - VI ZR 325/98, VersR 2000, 1107, 1108; vom 5.04.2005 - VI ZR 216/03, VersR 2005, 942; Senatsbeschluss vom 13.11.2007 - VI ZR 155/07). Erforderlich ist, dass sich der Schadensbeitrag des Behandlungsfehlers einwandfrei von dem anderen Schadensbeitrag - etwa einer Vorschädigung des Patienten - abgrenzen und damit der Haftungsanteil des Arztes bestimmen lässt (G. Müller, VersR 2006, 1289, 1296). Andernfalls verbleibt es bei der Einstandspflicht für den gesamten Schaden, auch wenn dieser durch andere, schicksalhafte Umstände wesentlich mitverursacht worden ist (vgl. OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2005, 273, 275; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., B Rn. 217).
b) Einen solchen abgrenzbaren Teil des Schadens hat das Berufungsgericht im Streitfall nach dem dafür erforderlichen Beweismaß des § 286 ZPO (vgl. G. Müller, aaO) festgestellt.
Nach Überzeugung des Berufungsgerichts haben die Beklagten den Nachweis erbracht, dass der größte Teil des Gesundheitsschadens nicht in dem Zeitraum entstanden ist, für den sie nach dem Urteil vom 18.03.2004 schadensersatzpflichtig sind, sondern zu diesem Zeitpunkt bereits vorhanden war. Nach den bindenden Feststellungen des Grund- und Teilurteils ist beim Kläger in den Minuten vor der Geburt ohne eine Pflichtwidrigkeit der Beklagten eine Hirnblutung und damit eine Gesundheitsverletzung eingetreten, die sich bis zur Verlegung am 16.10.1984 in die Kinderklinik des Krankenhauses K. weiter ausgebreitet hat. Der - durch das nicht pflichtwidrige Kristellern - verursachte traumatische Schaden ist bereits intra partum irreparabel eingetreten, so dass es auch bei seiner frühzeitigen Feststellung bei der nachgeburtlichen Betreuung und Behandlung nur noch um die postpartale Stabilisierung des Zustands des Klägers ging. Den durch das Ereignis in den Minuten vor der Geburt verursachten schicksalhaft eingetretenen Schadensanteil hat das Berufungsgericht aufgrund der Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. Ro. und Prof. Dr. B. mit mindestens 80 % angenommen und demgemäß den Haftungsanteil der Beklagten auf maximal 20 % beschränkt.
Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. An dessen Feststellungen ist das Revisionsgericht nach § 559 ZPO gebunden. Revisionsrechtlich ist lediglich zu überprüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat,

die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. Senatsurteile vom 20.12.2011 - VI ZR 309/10, VersR 2012, 454 Rn. 13; vom 10.07.2012 - VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 Rn. 28; vom 11.12.2012 - VI ZR 314/10, VersR 2013, 321 Rn. 16, jeweils mwN).
c) Nach diesen Grundsätzen ist die Feststellung eines bereits vor den nachgeburtlichen Pflichtversäumnissen der Beklagten eingetretenen abgrenzbaren Teils des Gesundheitsschadens revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
Keinen Erfolg hat die Revision zunächst, soweit ihr Vortrag auf etwaige Behandlungsfehler während der Geburt abstellt, weil dem Berufungsgericht aufgrund der Bindungswirkung des Grund- und Teilurteils neue Feststellungen zu Behandlungsfehlern der Beklagten verwehrt sind.
Auch soweit die Revision auf Vorbehalte der medizinischen Sachverständigen gegen die Festlegung prozentualer Schädigungsanteile verweist, steht das der Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Die Würdigung des Berufungsgerichts hat in der auf den Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. Ro. und Prof. Dr. B. beruhenden Feststellung, dass der Schädigungsprozess zum Zeitpunkt der Abnabelung im Wesentlichen abgeschlossen war, eine hinreichende Grundlage. Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der sachverständigen Ausführungen zu Lasten der Beklagten für diese eine Verursachungsquote von maximal 20 % angenommen. Es hat dabei berücksichtigt, dass der Sachverständige Prof. Dr. B. erklärt hat, die von ihm genannten Zahlen, wonach der Schädigungsprozess zum Zeitpunkt der Abnabelung bereits zu 80 bis 90 % abgeschlossen gewesen sei, seien medizinisch nicht fundiert. Das Berufungsgericht konnte sich auf weitere vom Sachverständigen genannte konkrete Anhaltspunkte zur "medizinischen Unterscheidung der Schadensanteile" stützen. Dieser hat ausgeführt, der Kläger wäre auch bei Annahme einer unverzüglichen Verlegung nach der Geburt in die Kinderklinik auf jeden Fall ein Pflegefall gewesen und für den Arbeitsprozess nicht in Frage gekommen. Der Kläger wäre nicht in der Lage gewesen, ein selbständiges Leben zu führen, vielleicht wären die Lähmungserscheinungen geringfügiger ausgeprägt gewesen und auch die Fähigkeit zur Artikulation. Die mentale Behinderung hätte in jedem Fall auch bestanden. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen in tatrichterlicher Würdigung zur Überzeugung gelangt ist, der Schädigungsprozess sei zum Zeitpunkt der Abnabelung bereits zu 80 % abgeschlossen gewesen, ist dies nicht zu beanstanden und reicht für die Annahme eines abgrenzbaren Teils des Gesundheitsschadens aus.
Die Revision rügt erfolglos, das Berufungsgericht habe einen Widerspruch in den Angaben des Sachverständigen Prof. Dr. B. außer Betracht gelassen. Zwar hat der Sachverständige ausgeführt, während Kinder mit Krampfanfällen im Rahmen einer hypoxisch-ischämischen Enzephalopathie sich in etwa 50 % der Fälle normal entwickelten, liege der Wert bei Neugeborenen mit Krampfanfällen im Rahmen einer primären Subarachnoidalblutung bei mindestens 90 %. Diese statistischen Prozentsätze stehen jedoch nicht in Widerspruch zu der Annahme des Sachverständigen, dass unter den konkreten Umständen des Streitfalls, in dem der Eintritt schwerster körperlicher und geistiger Behinderungen feststeht, der Schädigungsprozess zum Zeitpunkt der Abnabelung bereits zu 80 bis 90 % abgeschlossen gewesen sei.
Die weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.
3. Konkrete Einwände gegen die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes im Übrigen hat die Revision nicht vorgebracht.
Galke Wellner Pauge
Stöhr von Pentz

127. BGH, Urteil vom 20.05.2014 – VI ZR 381/13 –, BGHZ 201, 263-271 * Haftung eines Arztes für psychische Folgen der unerwünschten Mitteilung einer Erbkrankheit des anderen Elternteils

Leitsatz

1. § 823 Abs. 1 BGB bezweckt nicht den Schutz eines sorgeberechtigten Elternteils vor den psychischen Belastungen, die damit verbunden sind, dass er von einer genetisch bedingten Erkrankung des anderen Elternteils und dem damit einhergehenden Risiko Kenntnis erlangt, dass die gemeinsamen Kinder auch Träger der Krankheit sein könnten.
2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst ein "Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung", das den Einzelnen davor schützt, Kenntnis über ihn betreffende genetische Informationen mit Aussagekraft für seine persönliche Zukunft zu erlangen, ohne dies zu wollen.

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Grund- und Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 31.07.2013 aufgehoben.
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bad Kreuznach vom 2.11.2012 wird zurückgewiesen.
Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelinstanzen zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den beklagten Oberarzt der Fachabteilung für Psychiatrie und Psychotherapie der H.-Klinik in S. auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen der Information über eine bei ihrem geschiedenen Ehemann festgestellte Erbkrankheit in Anspruch.

Die Klägerin wurde im02.2011 von Herrn W. geschieden. Aus der Ehe sind ein im Jahr 1994 geborener Sohn und eine im Jahr 1999 geborene Tochter hervorgegangen. Das Sorgerecht steht der Klägerin und Herrn W. gemeinsam zu. Hiervon ausgenommen sind das Aufenthaltsbestimmungs- und das Gesundheitsfürsorgerecht, die die Klägerin seit 2009 alleine ausübt. Anfang des Jahres 2011 wurde festgestellt, dass Herr W. an Chorea Huntington, einer unheilbaren, vererblichen und zum Tode führenden Erkrankung des Gehirns, leidet. Wegen dieser Erkrankung befand sich Herr W. in ärztlicher Behandlung bei dem Beklagten. Mit schriftlicher Erklärung vom 31.03.2011 entband Herr W. den Beklagten von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Klägerin und ermächtigte ihn zur Auskunft über seine Krankheit. Am selben Tag bat der Beklagte die Klägerin zu einem Gespräch, um sie über die Erkrankung ihres geschiedenen Ehemannes zu informieren. Nach der Behauptung des Beklagten entsprach dies dem Wunsch des Herrn W. Der Beklagte teilte der Klägerin die Erkrankung mit und wies darauf hin, dass die - zu diesem Zeitpunkt 12 und 16 Jahre alten - gemeinsamen Kinder die genetische Anlage der Erkrankung mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% geerbt hätten. Die Klägerin fand zunächst keine Einrichtung, die zu einer gentechnischen Untersuchung ihrer Kinder bereit war. Die Diplombiologin und Fachärztin für Humangenetik Dr. S. teilte ihr mit, dass es nach dem Gendiagnostikgesetz nicht gestattet sei, eine prädiktive Diagnostik bei noch nicht symptomatischen Minderjährigen oder bei Personen, die nicht selbst nach entsprechender humangenetischer Beratung und ausreichender Bedenkzeit in die Untersuchung eingewilligt hätten, durchzuführen. Die Klägerin ist seit dem 1.04.2011 wegen reaktiver Depression dauerhaft krankgeschrieben und nicht in der Lage, einer Erwerbsfähigkeit nachzugehen.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 15.000 € sowie die Feststellung der Ersatzverpflichtung des Beklagten hinsichtlich der ihr entstandenen materiellen und immateriellen Schäden. Sie macht geltend, der Beklagte habe sie über die Erkrankung ihres geschiedenen Mannes nicht, jedenfalls aber so lange nicht unterrichten dürfen, wie ihr keine Möglichkeit zur Klärung der Übertragung der Erbkrankheit auf ihre Kinder zur Verfügung gestanden habe. Er habe zunächst klären müssen, ob sie überhaupt Kenntnis von der Erkrankung ihres geschiedenen Mannes habe erlangen wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht durch Grund- und Teilurteil den Leistungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag hinsichtlich des materiellen und des über den Leistungsantrag hinausgehenden künftigen immateriellen Schadens entsprochen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin vom Beklagten Ersatz des ihr entstandenen Schadens aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen. Der Beklagte habe ihre Gesundheit verletzt, indem er ihr mitgeteilt habe, dass ihr geschiedener Ehemann an Chorea Huntington leide und eine 50%-ige Wahrscheinlichkeit bestehe, dass auch die gemeinsamen Kinder von der Erbkrankheit betroffen seien. Die Gesundheitsbeeinträchtigung der Klägerin in Form der reaktiven Depression sei durch ärztliche Bescheinigungen belegt. Es komme deshalb nicht darauf an, ob der Beklagte zugleich auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin in der Ausprägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts verletzt habe. Der Eingriff des Beklagten in die absoluten Rechte der Klägerin sei nicht gerechtfertigt. Der Beklagte habe insbesondere nicht bewiesen, dass er die Klägerin im Auftrag ihres geschiedenen Mannes informiert habe. Weder aus der ärztlichen Dokumentation, nach der Herr W. "mit der Kontaktaufnahme zu seinen Angehörigen einverstanden" sei, noch aus der Schweigepflichtentbindungserklärung des Herrn W. ergebe sich, dass der Beklagte beauftragt gewesen sei, mit der Klägerin zu sprechen. Auch der Umstand, dass Herr W. offen mit der Erkrankung habe umgehen und seinen Bekanntenkreis habe unterrichten wollen, begründe keinen derartigen Auftrag. Sowohl die schriftliche Erklärung des Herrn W. vom 13.01.2012 als auch die Angaben der Klägerin widersprächen der Darstellung des Beklagten. Allein das Einverständnis des Herrn W. mit der Information der Klägerin könne die Rechtsverletzung im Verhältnis zu ihr nicht rechtfertigen. Das Einverständnis des Herrn W. betreffe nur den Wegfall seines eigenen Schutzes vor einer unerwünschten Information Dritter. Dagegen könne es die schützenswerten Positionen der Klägerin und der von ihr vertretenen Kinder nicht außer Kraft setzen. Der Beklagte habe vielmehr das zu führende Gespräch "an sich gezogen". Er habe unwidersprochen ausgeführt, dass Herr W. zunächst seine Kinder habe informieren wollen und erst die Intervention des Beklagten zu einem "Einverständnis" mit der Information der Klägerin geführt habe. Das Handeln des Beklagten sei weder nach den Bestimmungen des Gendiagnostikgesetzes noch gemäß § 34 StGB gerechtfertigt. Der Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt. Aufgrund seiner fachlichen Kompetenz habe er erkennen müssen, dass die Gefahr bestanden

habe, dass seine Mitteilung die Klägerin psychisch und physisch in ihrer Gesundheit verletze. Es habe sich ihm aufdrängen müssen, dass die Information geeignet gewesen sei, erhebliche Ängste auszulösen, ohne Chance, diese Ängste zu entkräften.

II.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Klägerin stehen gegen den Beklagten keine Ansprüche auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen der Mitteilung zu, dass ihr geschiedener Ehemann an Chorea Huntington erkrankt sei und ihre Kinder die genetische Anlage der Erkrankung mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% geerbt hätten.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts haftet der Beklagte nicht deshalb aus § 823 Abs. 1 BGB, weil er die Gesundheit der Klägerin rechtswidrig und schuldhaft verletzt hätte. Die Erkrankung der Klägerin ist dem Beklagten haftungsrechtlich nicht zuzurechnen.

a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass durch die Mitteilung belastender Informationen ausgelöste psychische Störungen von Krankheitswert eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellen können (vgl. Senatsurteile vom 22.05.2007 - VI ZR 17/06, BGHZ 172, 263 Rn. 12; vom 30.04.1996 - VI ZR 55/95, BGHZ 132, 341, 344; MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl., § 823 Rn. 135 ff.; Staudinger/Hager, BGB, Bearb. 1999, § 823 Rn. B 26 ff.; Taupitz in Festschrift Wiese, 1998, S. 583, 590).

b) Die Revision rügt aber zu Recht, dass es an dem für eine Haftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen der Mitteilung des Beklagten und der von der Klägerin geltend gemachten Gesundheitsverletzung fehlt.

aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Bestimmung die Haftung gestützt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist (vgl. Senatsurteile vom 22.04.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137, 140 f.; vom 22.05.2012 - VI ZR 157/11, VersR 2012, 905 Rn. 14; BGH, Urteile vom 11.06.2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 24; vom 14.03.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rn. 9; vom 11.01.2005 - X ZR 163/02, NJW 2005, 1420, 1421 f.; MünchKommBGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn. 122, 124; MünchKommBGB/Wagner, aaO Rn. 366 ff.; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 27 f.; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., vor § 249 Rn. 29 f.). Die Schadensersatzpflicht hängt zum einen davon ab, ob die verletzte Bestimmung überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt und der Verletzte gegebenenfalls zu dem geschützten Personenkreis gehört. Zum anderen muss geprüft werden, ob die Bestimmung das verletzte Rechtsgut schützen soll. Darüber hinaus muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung bzw. der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen (BGH, Urteil vom 14.03.2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rn. 9; MünchKommBGB/Oetker, aaO, § 249 Rn. 122, 124; Palandt/Grüneberg, aaO). Daran fehlt es in der Regel, wenn sich eine Gefahr realisiert hat, die dem allgemeinen Lebensrisiko und damit dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist. Der Schädiger kann nicht für solche Verletzungen oder Schäden haftbar gemacht werden, die der Betroffene in seinem Leben auch sonst üblicherweise zu gewärtigen hat (vgl. Senatsurteile vom 22.04.1958 - VI ZR 65/57, BGHZ 27, 137, 141; vom 7.06.1968 - VI ZR 1/67, VersR 1968, 800, 802 f.; vom 13.07.1971 - VI ZR 165/69, NJW 1971, 1982 f.; vom 16.02.1972 - VI ZR 128/70, BGHZ 58, 162, 169 f.; vom 4.05.1993 - VI ZR 283/92, VersR 1993, 843, 844; vom 22.05.2007 - VI ZR 17/06, BGHZ 172, 263, Rn. 17; MünchKomm/Oetker, aaO, § 249 Rn. 194; Staudinger/Schiemann, aaO Rn. 89; H. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 X 4; Rüßmann in jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 BGB Rn. 35 f.; J. Lange/Schmidbauer in jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 823 BGB Rn. 57; Palandt/Grüneberg, aaO, vor § 249 Rn. 54; Coester-Waltjen, Jura 2001, 412, 413). Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten (vgl. Senatsurteile vom 20.09.1988 - VI ZR 37/88, VersR 1988, 1273, 1274; vom 6.05.2003 - VI ZR 259/02, VersR 2003, 1128, 1130; BGH, Urteil vom 14.03.1985 - IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329, 1332, jeweils mwN).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist die Erkrankung der Klägerin dem Beklagten haftungsrechtlich nicht zuzurechnen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die von der Klägerin geltend gemachte reaktive Depression darauf zurückzuführen, dass sie am 31.03.2011 von der Krankheit ihres geschiedenen Mannes und der damit verbundenen Möglichkeit Kenntnis erlangt hat, dass die gemeinsamen, damals 12 und 16 Jahre alten Kinder die genetische Anlage der Krankheit geerbt haben könnten. Insoweit haben sich aber keine Gefahren verwirklicht, die durch § 823 Abs. 1 BGB verhütet werden sollen. Da der geschiedene Mann der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit seiner - bereits seit einiger Zeit ausgebrochenen und mit deutlichen Symptomen einhergehenden - Erkrankung offen umgehen und sowohl die gemeinsamen Kinder als auch seinen Bekanntenkreis informieren wollte, hätte die Klägerin diese Kenntnis jederzeit anderweitig erlangen können (vgl. MünchKomm/Oetker, aaO, § 249 Rn. 196). Dass eine schwerwiegende - möglicherweise auch für die Gesundheit der gemeinsamen Kinder relevante - Krankheit eines Elternteils erkannt und dem anderen Elternteil

bekannt wird, ist ein Schicksal, das Eltern jederzeit widerfahren kann. Es gehört zu den allgemeinen Lebensrisiken, fällt aber nicht in den Bereich der Gefahren, vor denen § 823 Abs. 1 BGB schützen will. Die Bestimmung bezweckt nicht den Schutz eines sorgeberechtigten Elternteils vor den psychischen Belastungen, die damit verbunden sind, dass er von einer genetisch bedingten Erkrankung des anderen Elternteils und dem damit einhergehenden Risiko Kenntnis erlangt, dass die gemeinsamen Kinder auch Träger der Krankheit sein könnten (vgl. Senatsurteile vom 7.06.1968 - VI ZR 1/67, VersR 1968, 800, 802 f.; vom 6.06.1989 - VI ZR 241/88, BGHZ 107, 359, 363 ff.; MünchKommBGB/Wagner, aaO Rn. 139; Strücker-Pitz, GuP 2014, 38; Jaeger, VersR 2012, 862, 863). Derartige Belastungen haben die Personensorgeberechtigten vielmehr grundsätzlich hinzunehmen, ohne den Überbringer der Nachricht dafür verantwortlich machen zu können.

2. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

a) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung steht der Klägerin insbesondere kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung eines "Rechts auf Nichtwissen" zu.

aa) Zwar schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das Interesse des Einzelnen, nicht mehr über seine genetischen Eigenschaften wissen zu müssen, als er selbst will. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt als "unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissens- oder die Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen Freiheitsgarantien nicht vollständig erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit (BVerfGE 79, 256, 268). Die genetische Konstitution prägt die Persönlichkeit des Einzelnen und bestimmt wesentliche Rahmenbedingungen seiner Existenz. Die Kenntnis von Erbanlagen, insbesondere genetisch bedingten Krankheitsanlagen, kann maßgeblichen Einfluss auf die Lebensplanung und Lebensführung einer Person haben und berührt deshalb unmittelbar ihr in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistetes Selbstbestimmungsrecht (vgl. BVerfGE 79, 256, 268; Katzenmeier, Deutsches Ärzteblatt 2006, 103 (16): A 1054-8; Hirschl, Rechtliche Aspekte des Neugeborenenscreenings, 2013, S. 61 mwN). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst deshalb ein "Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung", das den Einzelnen davor schützt, Kenntnis über ihn betreffende genetische Informationen mit Aussagekraft für seine persönliche Zukunft zu erlangen, ohne dies zu wollen (vgl. §§ 1, 9 Abs. 2 Nr. 5 GenDG; Katzenmeier, Deutsches Ärzteblatt 2006, 103 (16): A 1054-8; Hirschl, aaO, S. 60 ff.; Maunz/Dürig/di Fabio, GG, Art. 2 Rn. 192, 204 [Stand:07.2001]; Damm, MedR 2012, 705, 707, 709; derselbe MedR 2014, 139, 140 ff.; Duttge, DuD 2010, 34, 35 ff.; Taupitz in Festschrift Wiese, 1998, S. 583, 592 ff.; Kern/Hahn, GenDG, § 1 Rn. 15, jeweils mwN; Bericht der Enquete-Kommission "Chancen und Risiken der Gentechnologie" des 10. Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 10/6775, S. 168; BT-Drucks. 16/3233, S. 34; BT-Drucks. 16/10532, S. 16 f., 28 f.).

bb) Es kann dahinstehen, ob das "Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung" bereits dadurch beeinträchtigt wird, dass einer Person der Hinweis gegeben wird, sie sei möglicherweise Trägerin einer Erbkrankheit. Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, weil eine freie Entscheidung, bestimmte Informationen nicht erhalten zu wollen, voraussetzt, dass der Betroffenen weiß, dass es Informationen gibt, die er zur Kenntnis nehmen könnte (vgl. Taupitz, aaO S. 597). Auf diese Frage kommt es indes nicht an. Denn die Klägerin ist in ihrem "Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung" nicht betroffen. Sie stützt die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht auf eine Mitteilung ihrer eigenen genetischen Konstitution, sondern darauf dass der Beklagte sie über eine bei ihrem geschiedenen Mann bestehende Erkrankung informiert hat, deren genetische Anlage ihre Kinder möglicherweise geerbt haben. Aus einer etwaigen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ihrer Kinder kann die Klägerin aber keine Schadensersatzansprüche ableiten.

b) Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Gendiagnostikgesetz scheiden ebenfalls aus. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach das Ergebnis einer diagnostischen genetischen Untersuchung trotz ausdrücklicher schriftlicher Einwilligung des von der Untersuchung Betroffenen solchen Personen nicht bekanntgegeben werden dürfte, die - wie die Klägerin - mit dem Betroffenen genetisch nicht verwandt sind (vgl. BT-Drucks. 16/10532, S. 28 rechte Spalte 5. Abs., S. 29 linke Spalte 2. Abs.).

c) Feststellungen, die die Annahme einer vertraglichen oder vorvertraglichen Haftung des Beklagten rechtfertigen würden, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Revisionserwiderung macht eine solche Haftung des Beklagten auch weder geltend noch zeigt sie Vortrag in den Tatsacheninstanzen auf, dem zu entnehmen wäre, dass zwischen der Klägerin und dem als Oberarzt bei der H.-Klinik in S. beschäftigten Beklagten ein Vertrag zustande gekommen ist oder jedenfalls ein Vertragsanbahnungsverhältnis bestand (vgl. Senatsurteile vom 20.09.1988 - VI ZR 296/87, BGHZ 105, 189, 192 ff.; vom 31.01.2006 - VI ZR 66/05, VersR 2006, 791 Rn. 8 ff.).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Galke Wellner Diederichsen
Stöhr von Pentz

128. OLG Koblenz, Beschluss vom 19.05.2014 – 5 U 1584/13 – * Haftung einer Klinik für eine Sturzverletzung nach Wannenbad: Voraussetzungen einer mündliche Anhörung des Sachverständigen und deren Nachholung in der Berufungsinstanz; Sorgfaltspflichten einer Klinik bei Balneotherapie

Leitsatz

1. Dass im Arzthaftungsprozess einem Parteiantrag auf mündliche Anhörung des Gerichtssachverständigen stattzugeben ist, bedeutet nicht, dass in jeder schriftsätzlichen Kritik am Gutachten ein konkludenter Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen zu sehen ist. Einem erstmals im Berufungsverfahren nachgeholten Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen zu seinem schriftlichen Gutachten erster Instanz ist nur nachzugehen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen der Sachverständige von Amts wegen zu laden ist.
2. Eine 66-jährige Patientin ohne erkennbare gesundheitliche Probleme bedarf während und nach einem Wannenbad keiner lückenlosen Überwachung und Betreuung, falls sichergestellt ist, dass sie durch Betätigen einer Klingel in Griffnähe das Personal für Hilfestellung herbeirufen kann.

Tenor

1. Die Berufung gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 27.11.2013 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
2. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar.
3. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 19.830 €.

Gründe

I. Die Berufung ist aus den Erwägungen des Senatsbeschlusses vom 23.04.2014 unbegründet. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„1. Die zum Unfallzeitpunkt (4.03.2011) 66-jährige Klägerin nimmt die beklagte Klinik wegen der Folgen eines Sturzes nach einem Wannenbad auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch. Daneben möchte sie festgestellt haben, dass die Beklagte auch zum Ersatz von Zukunftsschäden verpflichtet ist.
Wegen persistierender Funktionsbeeinträchtigungen und Schmerzen nach einer 2010 erlittenen Schenkelhalsfraktur links wurde die Klägerin vom 28.02.bis zum 12.03.2011 in der beklagten Klinik konservativ - orthopädisch, unter anderem balneophysikalisch behandelt. Am 4.03.2011 begab sie sich nach einem Wannenvollbad in die wenige Schritte entfernte Umkleidekabine, wo sie bewusstlos wurde und auf das rechte Knie stürzte, das dauerhaft ebenso schmerzte wie die Lendenwirbelsäule.
Die Klägerin hat vorgetragen, ihr körperlicher Zustand am 4.03.2011 hätte eine pflegerische Hilfestellung nach Beendigung des für sie ungewohnten Vollbades jedenfalls beim Verlassen der Wanne erfordert, wodurch der Sturz sicher vermieden worden wäre.
Dem ist die Beklagte mit der Behauptung entgegengetreten, das klinische Bild am Aufnahmetag und die an den ersten Behandlungstagen gewonnenen weiteren Erkenntnisse hätten keinerlei Anhalt geboten, dass die Klägerin sturzgefährdet sei.
2. Das sachverständig beratene Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat die auf eine Schmerzensgeldzahlung von 10.000 € und einen materiellen Schadensersatz von 4.830 € gerichtete Klage abgewiesen. Nach den Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen habe aus medizinischer Sicht am 4.03.2011 kein Grund für die Annahme bestanden, die Klägerin sei dadurch überfordert gewesen, dass man ihr zugetraut habe, nach dem Wannenbad ohne Hilfestellung die Umkleidekabine zu erreichen und sich dort wieder anzukleiden.
3. Mit ihrer Berufung hält die Klägerin an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr dortiges Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 28.02.2014, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Insoweit wird wegen der Einzelheiten auf die Berufungserwiderung vom 17.04.2014 Bezug genommen.
4. Das Rechtsmittel ist zulässig. Die von der Berufungserwiderung hieran geäußerten Bedenken teilt der Senat nicht.
In der Sache ist die Berufung aber aussichtslos. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
a. Die Klägerin sieht grundlegende Verfahrensgrundsätze dadurch verletzt, dass das Landgericht davon abgesehen hat, ein ergänzendes schriftliches Sachverständigengutachten einzuholen. Zumindest sei die mündliche Anhörung des Sachverständigen geboten gewesen.
Beidem kann der Senat nicht beipflichten.

aa. Das Gutachten H. beruht auf einer persönlichen Untersuchung der Patientin durch den Sachverständigen. Im Vorfeld dieser Untersuchung hatte der Gutachter die Klägerin auch zur Vorgeschichte und zum Unfallhergang befragt. Die Erklärungen der Anspruchstellerin hat der Sachverständige berücksichtigt und gewürdigt.
Vor diesem Hintergrund ist für den Senat die Berufungsrüge nicht nachvollziehbar, Dr. H. sei von einem falschen Sachverhalt ausgegangen.
bb. Auch die Rüge, das Landgericht habe versäumt, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, ist unbegründet.
Einen derartigen Antrag auf Anhörung (§ 411 Abs. 3 ZPO) hat die anwaltlich vertretene Klägerin nicht gestellt. Was sich ihrem Anwalt nicht aufdrängte, musste sich auch dem Landgericht nicht aufdrängen.
Anders wäre es nur, wenn die anwaltliche Stellungnahme zu dem schriftlichen Sachverständigengutachten das Landgericht von Amts wegen hätte veranlassen müssen, den Gutachter zu einer mündlichen Anhörung zu laden.
Das war jedoch nicht erforderlich. Die Stellungnahme zog nicht in Zweifel, dass es sich bei der Klägerin „um eine durchaus vitale Person“ handelt. Sie war - mit Badeanzug bekleidet - über den Wannenrand in die bereits mit warmem Wasser gefüllte Wanne hineingestiegen und hatte sodann eigenständig die Wanne wieder verlassen, um der Aufforderung Folge zu leisten, den Badeanzug auszuziehen. All das erforderte eine gewisse Geschicklichkeit. Anschließend stieg die entkleidete Klägerin wieder in die Wanne hinein. Dass es bei alledem zu Auffälligkeiten oder Besonderheiten kam, die daran denken lassen mussten, die Klägerin könne beim zweiten Hinaussteigen aus der Wanne Hilfe oder Stützung benötigten, war und ist nicht zu ersehen und wird von der Berufungsführerin auch nicht aufgezeigt.
Die Erwägung der Klägerin, ein Verharren in der vom warmen Wasser entleerten Wanne hätte wegen der damit verbundenen allmählichen Anpassung des Körpers an die kältere Raumluft die Kreislaufbeschwerden und damit auch den Sturz vermieden, war greifbar spekulativ und damit einer weiteren sachverständigen Begutachtung nicht zugänglich, so dass es auch zur Aufklärung dieses Punktes nicht der mündlichen Sachverständigenanhörung bedurfte.
Nach alledem liegen die von der Berufung behaupteten Verfahrensfehler nicht vor, so dass der Hilfsantrag auf Zurückverweisung in die erste Instanz scheitert.
b. Dem erstmals in zweiter Instanz gestellten Anhörungsantrag muss der Senat nicht nachgehen.
Das Berufungsgericht darf einen erstmals im zweiten Rechtszug gestellten Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen zu seinem in erster Instanz erstatteten schriftlichen Gutachten nur dann nicht ablehnen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen der Sachverständige bei pflichtgemäßer Ermessensausübung von Amts wegen zu laden ist (BGH, Urteil vom 10.01.1989 - VI ZR 25/88).
Dass diese Voraussetzung hier nicht erfüllt ist, wurde bereits dargelegt. Der erstmals in zweiter Instanz formulierte Anhörungsantrag ist demnach verspätet.
c. In der Sache kann der Senat der Klägerin auch nicht darin beipflichten, die Beklagte habe ihre Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt.
Nach den Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen bestand kein Anhalt für eine Sturzgefährdung der Klägerin. Eine erhöhte Gefahrenlage aufgrund konkreter Anzeichen ergab sich auch am Unfalltag nicht. Zu alledem hat das Landgericht alles Erforderliche gesagt. Darauf wird statt Wiederholung verwiesen.
Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass keineswegs gesichert war, dass die Klägerin die gesamte ursprünglich vorgesehene Verweildauer in dem warmen Badewasser verharren würde. Für die Patientin konnte sich vielmehr das Erfordernis ergeben, die Wanne vorzeitig zu verlassen, sei es, dass die von der Berufung wiederholt in den Blick gerückten Kreislaufprobleme alsbald bereits im warmen Badewasser auftraten, sei es, dass sich aus sonstigen Gründen das Erfordernis ergab, die Wanne vorzeitig zu verlassen, beispielsweise für einen Gang zur Toilette.
Sähe man die Sorgfaltspflichten der Beklagten derart streng wie von der Berufung gefordert, müssten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beklagten während der Gesamtdauer des Bades neben der Wanne Sitzwache halten, um eventuellen beim Verlassen der Wanne überraschend auftretenden Kreislaufproblemen durch pflegerische Hilfestellung zu begegnen.
Das hält der Senat für überzogen. Eine derart ausgeprägte Fürsorge, kann gerade von Patienten, die sich zuvor rüstig und vital präsentiert haben, als unangemessen empfunden werden, zumal eine stützende Hilfestellung von einem Nackten auch nicht zwingend akzeptiert wird.
Nach Auffassung des Senats handelte es sich bei dem Sturz der Klägerin um einen außerordentlich bedauerlichen, von der Beklagten nicht vorhersehbaren Unfall.“
II. Was die Klägerin dagegen mit Schriftsatz vom 16.05.2014 vorbringt, ist nicht stichhaltig.
1. Die von der Klägerin geforderte Auslegung einer eindeutig gegenständlich beschränkten Prozesserklärung dahin, dass für den Fall der Antragsablehnung stets inzidenter ein nicht gestellter, aber theoretisch in Betracht kommender Hilfsantrag formuliert sei, widerspricht grundlegenden prozessualen Regeln, wonach die Parteien eigenverantwortlich bestimmen, worüber im Zivilprozess entschieden werden soll.

Sähe man es anders, müsste in sämtlichen Arzthaftungsprozessen, die nahezu ausnahmslos von Gutachten geprägt sind, die einer Partei missfallen, von Amts wegen aufgrund eines theoretisch denkbaren und damit stets virulenten „konkludenten Antrags“ auf mündliche Anhörung die Ladung des Sachverständigen angeordnet werden. Das widerspricht dem Gesetzeswortlaut des § 411 Abs. 3 ZPO.
Soweit die Rechtsprechung in erweiternder Auslegung dieses Wortlauts eine Verpflichtung der Gerichte sieht, einem Parteiantrag auf mündliche Sachverständigenanhörung immer zu entsprechen, löst das keine schematische Zuladungspflicht auch ohne einen derartigen Antrag aus.
Sähe man es anders und hätten anschließend weder das Gericht noch die Verfahrensbeteiligten eine Frage an den zugeladenen Sachverständigen, könnte die letztlich kostenpflichtige Partei den durchaus berechtigten Einwand erheben, in der völlig überflüssigen, aber kostspieligen Zuladung liege eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 GKG.
2. Da dem Landgericht demnach kein Verfahrensfehler unterlaufen ist, stellt sich auch die Frage der Fehlerkorrektur in zweiter Instanz nicht.
Die Berufung versäumt bei ihren breiten Ausführungen zu den vermeintlichen Verfahrensfehlern des Landgerichts die Antwort auf die entscheidende Frage, aus welchen entschuldbaren Gründen die Klägerin in erster Instanz von einem Antrag auf Anhörung des Sachverständigen abgesehen hat (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).
Die gerichtliche Hinweispflicht hat nicht zum Inhalt, einer Prozesspartei nicht gestellte Anträge nahezulegen. Das könnte beim Prozessgegner den Verdacht wecken, der Richter sei befangen, weil er vermeintliche Parteiversäumnisse einseitig zu korrigieren versucht.
3. Zu den vom Senat mitgeteilten Sacherwägungen führt die Gegenvorstellung keinen Angriff, so dass die Berufung mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1 708 Nr. 10, 713 ZPO zurückzuweisen war. Der Feststellungsantrag erscheint dem Senat mit 5000 € großzügig bewertet. Der Gesamtstreitwert war daher wie aus dem Tenor ersichtlich festzusetzen.

129. OLG Köln, Beschluss vom 19.05.2014 – I-5 U 1/14, 5 U 1/14 – * Arzthaftung: Diagnose- bzw. Befunderhebungsfehler im Zusammenhang mit einer sog. primär progredienten Multiplen Sklerose

Leitsatz

1. Steht fest, dass es für eine Erkrankung keine geeignete Behandlungsmöglichkeit gibt (hier: primär progrediente multiple Sklerose), scheidet eine Haftung des Arztes wegen unzureichender diagnostischer Abklärung und wegen unzureichender Information über die wahre Diagnose aus. Die bloße Unkenntnis über die richtige Diagnose begründet regelmäßig keinen Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch.
2. Die weite Fassung von § 630c Abs. 2 BGB ändert nichts an dem durch die Rechtsprechung geprägten Verständnis von therapeutischer Aufklärung als die zur Sicherstellung des Behandlungserfolgs notwendige Erteilung von Schutz- und Warnhinweisen. Auch nach neuem Recht begründet eine unzureichende Aufklärung über die richtige Diagnose keine Ansprüche des Patienten.

Orientierungssatz

1. Da es für die sog. primär progrediente Multiple Sklerose keine Basistherapie gibt, die den Krankheitsprozess beeinflussen kann, greift eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Frage der haftungsbegründenden Kausalität unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsfehler zu Gunsten des Patienten nicht ein.
2. Vor dem Hintergrund des Fehlens eindeutiger, neurologischer Auffälligkeiten im Zeitpunkt der Behandlung kann die Nichterhebung eines Liquorstatus nicht grob fehlerhaft sein.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 11.12.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 502/11 - 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, denn dem Kläger stehen keine Ansprüche auf Zahlung Schmerzensgeld und auf Erstattung vorgerichtlicher Gutachterkosten gegen den Beklagten zu. Es kann nicht festgestellt werden, dass die durch den Kläger vorgetragenen Gesundheitsbeeinträchtigungen auf einem Behandlungsfehler des Beklagten beruhen.
Eine Haftung kommt insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt des Diagnosefehlers oder der Nichterhebung von Diagnosebefunden in Betracht. Nach dem Ergebnis des erstinstanzlich eingeholten Gutach-

tens des Sachverständigen Dr. G kann zwar davon ausgegangen werden kann, dass die Diagnose Multiple Sklerose schon im Jahr 1997 hätte gestellt werden können, weil der dem Beklagten bekannte MRT-Befund den Verdacht eines entzündlichen Prozesses begründete und auch die den MRT-Bildern zu entnehmende Atrophie des Gehirns typisch für die sog. primär progrediente Multiple Sklerose ist. Der Beklagte hätte demnach die Diagnose einer Multiplen Sklerose aufgrund der erhobenen Befunde stellen oder eine weitere Abklärung des Verdachts beispielsweise durch Erhebung eines Liquorstatus vornehmen können. Dass die vom Kläger geklagten Gesundheitsbeeinträchtigungen wie Gefühlsstörungen in Händen und Beinen, massive und schnelle Ermüdung, Unsicherheiten beim Stehen und Gehen, Kraftlosigkeit in den Armen, erhebliche Wortfindungsstörungen, massive Schmerzen im ganzen Körper, sexuelle Störungen, massive Konzentrationsschwäche, Sehstörungen, massive Stimmungsschwankungen, aggressives Verhalten, starke Schweißausbrüche und Zittern der Hände bei geringster Belastbarkeit, aber auch eine Wesensveränderung und Depressionen nicht eingetreten wären, wenn die Diagnose Multiple Sklerose gestellt worden wäre, kann der Kläger, der den Nachweis schuldet, dass ihm durch ein behandlungsfehlerhaftes Handeln oder Unterlassen ein Schaden entstanden ist, nicht beweisen.
Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Frage der haftungsbegründenden Kausalität unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsfehlers greift zugunsten des Klägers nicht ein. Selbst wenn man davon ausgeht, dass im Falle der Erhebung weiterer Befunde zur Abklärung des aufgrund der MRT-Befundes begründeten Verdachts einer Multiplen Sklerose ein Liquorstatus erhoben worden wäre und dieser zu der gesicherten Diagnose einer Multiplen Sklerose geführt hätte, wäre keine therapeutische Reaktion veranlasst gewesen. Nach den nachvollziehbaren und auch den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. G. leidet der Kläger an einer sog. primär progredienten Multiplen Sklerose. Für diese Form der Multiplen Sklerose gibt es keine Basistherapie, die den Krankheitsprozess beeinflussen kann. Der Sachverständige hat die verschiedenen Verlaufsformen der Multiplen Sklerose ausführlich dargestellt und überzeugend begründet, dass aufgrund des MRT-Befundes, der eine ventrikelbetonte Gehirnatrophie bei nur gering entzündlichen ZNS-Veränderungen zeigte, von einer primär progredienten Multiplen Sklerose auszugehen war. Gegen die Annahme einer schubförmigen Multiplen Sklerose ("RR-MS") spreche hingegen, dass bis zum Jahr 2007 kein schubförmiger Verlauf stattgefunden habe.
Zu Unrecht rügt der Kläger mit der Berufung, das Landgericht habe sich nicht hinreichend mit den Ausführungen des Privatgutachters Dr. N auseinandergesetzt, der von einer schubförmigen Multiplen Sklerose ausgegangen sei. Die Ausführungen des Privatgutachters in seinem Gutachten vom 28.09.2010 überzeugen schon deswegen nicht, weil er sich- worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat - nicht mit den verschiedenen Verlaufsformen der Erkrankungen auseinandergesetzt und diese voneinander abgegrenzt hat. In seiner Stellungnahme vom 18.04.2013 auf das Gerichtsgutachten von Dr. G führt der Privatgutachter Dr. N ebenfalls keine überzeugenden Gründe auf, die gegen die Einordnung der Erkrankung als primär progredient verlaufend sprechen. Soweit er meint, der Gerichtssachverständige habe unkritisch die Dokumentation des Beklagten übernommen, nach denen keine wesentlichen neurologischen Ausfälle vorgelegen hätten, zeigt er selbst keine stichhaltigen Anhaltspunkte auf, die schon früher aufgetretene Ausfälle belegen. Solche wurden vom Kläger auch nicht konkret behauptet. Dass der Kläger bei seiner Untersuchung im Rahmen der Begutachtung durch Dr. M/Klinikum N2 im04.2007 über bestehenden Kopfschmerzen, leichte Ermüdbarkeit und Gleichgewichtsstörungen klagte, belegt nicht, dass diese neurologischen Auffälligkeiten schon bis zur letztmaligen Vorstellung beim Beklagten im02.2006 vorgelegen haben müssen. Auch dies wird vom Kläger nicht behauptet. Die im Rahmen der Begutachtung durch Dr. M/Klinikum N2 zutage getretenen neurologischen, vom Sachverständigen Dr. G als "diskret" bezeichneten Auffälligkeiten mögen auf einen im Zeitraum von02.2006 bis04.2007 stattgehabten Schub hindeuten, ohne indes - wie.der Sachverständige Dr. G klargestellt hat - , das Vorliegen einer primär progredienten Multiplen Sklerose zu belegen. Denn auch bei dieser Erkrankungsform sind, so der Sachverständige, Schübe nicht ausgeschlossen.
Der Sachverständige Dr. G hat ferner überzeugend ausgeführt, dass auch die Gabe von Kortison in der Behandlungszeit des Beklagten nicht veranlasst gewesen sei. Denn dieses hätte, so der Sachverständige, mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht geholfen. Soweit durch Dr. M im08.2007, als der Kläger erstmals weitere Beschwerden wie etwa Schmerzen im gesamten Körper beklagte, Kortison empfohlen habe, könne man das zwar machen, um zu sehen, ob es dem Patienten helfe. Dies entspreche jedoch nicht den Leitlinien. Dr. G. hat in diesem Zusammenhang bemerkt, bei Abwägung der mit der Kortisongabe verbundenen Risiken mit einem möglichen Nutzen, hätte er dem Kläger kein Kortison gegeben.
Davon, dass die Nichterhebung eines Liquorstatuts durch den Beklagten grob fehlerhaft war, kann vor dem Hintergrund des Fehlens eindeutiger, neurologischer Auffälligkeiten im Zeitpunkt der Behandlung durch den Beklagten nicht die Rede sein. Der Senat schließt sich insoweit der Bewertung des Sachverständigen Dr. G an, der einen groben Behandlungsfehler nicht hat feststellen können.
Der Kläger macht ferner ohne Erfolg geltend, der Beklagte habe seine Pflicht zur therapeutischen Aufklärung verletzt. Eine Pflicht zur therapeutischen Aufklärung besteht dann, dass eine Aufklärung zur Sicherstellung des Behandlungserfolges notwendig ist. Dies war vorliegend mangels zur Verfügung stehender

Therapiemöglichkeiten nicht der Fall. Zudem fehlt es an dem Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität, denn es steht nicht fest, dass sich im Falle einer Aufklärung ein anderer Verlauf gezeigt hätte.
Soweit der Kläger behauptet, er habe infolge der unterlassenen Aufklärung über die Diagnose einer Multiplen Sklerose eine Wesensveränderung und Depressionen erlitten, da er sich die Ursache seiner Beschwerden nicht habe erklären können und zum Beweis der Kausalität die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens beantragt hat, musste das Landgericht dem Beweisantritt nicht nachgehen. Zum einen hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt, welche Beschwerden im Zeitraum der Behandlung durch den Beklagten vorlagen, die dem Krankheitsbild einer Multiplen Sklerose zuzuordnen waren und die sich der Kläger mangels Kenntnis der Diagnose nicht erklären konnte. Ausweislich der Behandlungsdokumentation hatte der Kläger dem Beklagten in den Jahren 1997, 2001 und 2006 über Brumm- und Summgeräusche im linken Ohr berichtet, was zu der Diagnose Tinnitus führte. Darüber hinaus klagte er über Zuckungen im linken Augenlid und Sehstörungen im rechten Auge. Die Visusminderung rechts stand dabei mit einer im Jahr 1976 durch einen Berufsunfall erlittenen Augenverletzung im Zusammenhang. Zum anderen kann der Kläger aber auch den Beweis der Kausalität nicht zu führen. Es ist zwar grundsätzlich möglich, dass die psychischen Beeinträchtigungen auf der Unkenntnis der Diagnose und dem Nichteinordnen von Beschwerden beruhen können. Dass die Beeinträchtigungen aber auf das Erleben von Gesundheitsbeeinträchtigungen oder auf die Erkrankung selbst zurückzuführen sind, kann auch durch einen Sachverständigen nicht sicher ausgeschlossen werden. Verbleibende Zweifel hinsichtlich der Ursache der psychischen Beeinträchtigungen müssen sich zulasten des Klägers auswirken, denn er muss die Kausalität nachweisen.
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).

130. OLG Hamm, Urteil vom 16.05.2014 – I-26 U 178/12, 26 U 178/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Regressanspruch des Sozialleistungsträgers für erbrachte Leistungen nach grobem Behandlungsfehler im Rahmen der Geburtshilfe

Leitsatz

Mehrere einfache Behandlungsfehler können in ihrer Gesamtheit als grob fehlerhaft erscheinen. Wird auf eine gebotene Mikroblutuntersuchung des Kindes verzichtet, ist die Entbindung des Kindes schnellstmöglichst zu veranlassen. Wird bei pathologischen CTG-Werten die Geburt verzögert, kann dies als grober Behandlungsfehler zu bewerten sein.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26.09.2012 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger diejenigen leistungsrechtlichen Aufwendungen zu ersetzen, die ihm dadurch entstanden sind oder noch entstehen werden, dass in der Klinik der Beklagten zu 1) das Kind M X am ##.##.#### später als 18:20 Uhr geboren wurde. Die weitergehende Klage gegen die Beklagten zu 1) und 3) wird abgewiesen.
Die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Klage wird vollständig abgewiesen.
Im Übrigen werden die Berufungen zurückgewesen.
Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) in beiden Instanzen.
Im Übrigen werden die Kosten des Rechtsstreits wie folgt verteilt:
Die Gerichtskosten beider Instanzen werden dem Kläger zu 2/3 und den Beklagten zu 1) und 3) zu 1/3 auferlegt.
Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 3) trägt der Kläger zu 1/2; die außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen die Beklagten zu 1/3. Im Übrigen tragen der Kläger und Beklagten zu 1) und 3) ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Parteien dürfen die Vollstreckung seitens des Gegners durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger hat als überörtlicher Träger der Sozialhilfe und Kostenträger aus übergegangenem Recht wegen vermeintlicher geburtshilflicher Behandlungsfehler die umfassende Feststellung begehrt, dass die Beklagten ihm sämtliche leistungsrechtlichen Aufwendungen zu ersetzen haben, die ihm als Folge der Geburt des Kindes M X am ... entstanden sind oder entstehen werden.
Das Kind wurde im Krankenhaus der Beklagten zu 1) geboren. Der Beklagte zu 2) war Chefarzt der geburtshilflichen Abteilung. Im Rahmen des von der Beklagten zu 3) betreuten Geburtsvorganges kam es ab 17:40 Uhr zu kardiotokografischen Auffälligkeiten in Form eines Absinkens der vitalen Herzfrequenz mit regelmäßig auftretenden Dezellerationen. Die Durchführung einer Mikroblutuntersuchung wurde in Betracht gezogen, jedoch abgelehnt. Gegen 18:05 Uhr normalisierten sich die CTG-Werte zeitweilig. Zur Anregung des Geburtsvorgangs wurde die Mutter des Klägers auf einen Geburtshocker gesetzt, was jedoch den Geburtsvorgang nicht beschleunigte. Nachdem es ab 18:20 Uhr wiederum zu einem Absinken der Herzfrequenz kam, wurde versucht, die Geburt im Kreißbett unter Kristellerhilfe herbeizuführen. Letztlich wurde das Kind gegen 18:43 Uhr nach einer Episiotomie spontan geboren.
Bei dem Kind liegt eine hypoxisch-ischämische Enzephalopathie mit gravierenden Beeinträchtigungen vor, die der Kläger auf geburtshilfliche Fehler, insbesondere unzureichende Überwachung und das Unterlassen einer früheren Geburtsbeendigung, zurückgeführt hat.
Das Landgericht hat nur auf eine eingeschränkte Feststellung dahingehend erkannt, dass diejenigen Aufwendungen zu ersetzen seien, die aus der fehlerhaft um 17:50 Uhr unterlassenen Entscheidung zu einer alsbaldigen Geburtsbeendigung und der daraus resultierenden um ca. 23 Minuten verspäteten Geburt herrührten. Insoweit sei eine Haftung gegeben, weil sich feststellen lasse, dass der Zustand des Klägers bei frühzeitiger Geburt deutlich besser gewesen wäre.
Dagegen richten sich die Rechtsmittel aller Parteien.
Die Beklagten begehren mit ihrer Berufung die vollständige Klageabweisung.
Behandlungsfehler seien ausweislich des erstinstanzlich vorgelegten Privatgutachten des Prof. Dr. L und des nunmehr vorgelegten Privatgutachtens der Dr. I2 nicht unterlaufen. Während der pathologischen Phase des CTG hätte eine Entscheidung zur Sektio nicht gefällt werden müssen; die tatsächlich durchgeführte Umlagerung und Beendigung des aktiven Pressversuchs sei ausreichend gewesen. Tatsächlich habe sich das CTG dann auch soweit verbessert , dass eine Indikation zur Sektio aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht zu dem vom Landgericht angenommenen Zeitpunkt nicht gegeben gewesen sei. Die Verzögerung um ca. 23 Minuten sei zumindest vertretbar.
Die Beklagten bestreiten weiterhin die Kausalität. Es bleibe auch bei der Annahme eines allenfalls einfachen Behandlungsfehlers bei der Beweislast des Klägers; der Beweis der Ursächlichkeit der vermeintlichen Verzögerung für die eingetretenen Beeinträchtigungen sei aber nicht geführt. Das Landgericht habe sich fehlerhaft entscheidend auf die Angaben des gynäkologischen Sachverständigen verlassen, obwohl hierzu der kinderärztliche Sachverständige berufen gewesen wäre. Die Feststellungen des Letztgenannten zu einer schweren hypoxisch-ischämischen Enzephalopathie seien dagegen unpräzise und spekulativ. Es habe keine Asphyxie, sondern eine schicksalhafte perinatale Azidose vorgelegen. Maßgebliche Umstände zur Beurteilung des Krankheitsbildes einer Enzephalopathie seien nicht ermittelt worden, insbesondere, wann erstmals neurologische Auffälligkeiten bemerkt worden seien. Auch die Annahme einer zerebralen dystonen Bewegungsstörung sei nicht gesichert.
Mögliche Ansprüche seien jedenfalls verjährt. Ausweislich eines Schreibens vom 17.11.2008 habe sich der Kläger bereits seit05.2005 um die Aufklärung eines möglichen Behandlungsfehlers bemüht und somit Kenntnis von Schaden und Schädiger gehabt. Mangelnde aktenmäßige Erfassung und unzureichender Informationsaustausch zwischen den Abteilungen des Klägers sei als Fall grob fahrlässige ... Unkenntnis zu bewerten.
Die Beklagten beantragen,
1. das Urteil des Landgerichts Bochum vom 26.09.2012 abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen;
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.
Der Kläger beantragt,
1. abzuändern festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche leistungsrechtlichen Aufwendungen zu ersetzen, die ihm als Folge der in der Klinik der Beklagten zu 1) durchgeführten Geburt des am ... geborenen M X, I-Str. in ... C entstanden sind oder entstehen werden;
2. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
Er verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit es seinem Begehren entsprochen hat. Im Übrigen verfolgt er mit seiner Berufung sein weitergehendes erstinstanzliches Begehren auf umfassende Feststellung weiter.
Es sei davon auszugehen, dass das Kind bereits zwischen 17:50 Uhr und 18:00 Uhr durch Zangen- oder Saugglockenentbindung hätte geboren werden können. Das ergebe sich bereits daraus, dass diese Möglichkeit nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X wahrscheinlich gewesen sei. Verbleibende Zweifel gingen sodann zulasten der Beklagten, weil diese es behandlungsfehlerhaft unterlassen

hätten, die Entscheidung für eine sofortige Entwicklung des Kindes zu treffen und sie dadurch die Dokumentation unterlassen hätten, die nunmehr verbleibende Zweifel ausgeräumt hätte.
Selbst wenn man den Zeitraum bis zur Durchführung einer Notsektio zugrundelegen würde, wäre eine volle Haftung gegeben. Denn auch dann wäre den Beklagten als Primärschaden eine schwere zerebrale Schädigung mit postpartalen Anpassungsstörungen, dsystonen ataktischen zerebralen Bewegungsstörungen und eine schwere Spracheentwicklungsstörung anzulasten, die sämtliche Aufwendungen veranlassten. Im übrigen sei es Sache der Beklagten, nachzuweisen, welche Schäden nicht auf ihrem Behandlungsfehler beruhten.
Im Übrigen verteidigt er die landgerichtliche Entscheidung gegen die Berufungsangriffe der Beklagten. Tatsächlich habe eine behandlungsfehlerhaft verursachte Asphyxie bestanden, die jedenfalls zu einer Haftung im erkannten Umfang führe.
Die Ansprüche seien auch noch nicht verjährt. Vor 2006 hätte weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis vorgelegen. Im übrigen sei eine Hemmung durch den Verzicht auf die Einrede der Verjährung gegeben.
Der Senat hat den Vater des Klägers und den Beklagten zu 2) persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung mündlicher Gutachten des geburtshilflichen Sachverständigen Prof. Dr. X und des neonatologischen Sachverständigen PD Dr. I. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin 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 im erkannten Umfang unbegründet.
1.
Die Berufung des Beklagten zu 2) hat Erfolg. Die Klage gegen ihn war abzuweisen, weil haftungsbegründende Tatbestände zu seinen Lasten nicht feststellbar sind.
Der Beklagte zu 2) war nach seinem nicht angegriffenen Vorbringen in die fraglichen geburtshilfliche Behandlung persönlich nicht eingebunden. Vertragliche Beziehungen zwischen dem Beklagten zu 2) und dem Kläger werden nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich. Für eine Haftung aus Organisationsmängeln sind ebenfalls Anhaltspunkte weder vorgetragen noch ersichtlich.
2.
Zu Recht hat das Landgericht dagegen der Klage gegen die Beklagten zu 1) und 3) im erkannten Umfang stattgegeben.
Gegen die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens bestehen aus den Gründen der landgerichtlichen Entscheidung keine Bedenken.
Der Feststellungsantrag ist auch im erkannten Umfang begründet. Die Beklagten zu 1) und 3) haften wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern gemäß den §§ 823, 611, 280, 249 ff. BGB für die daraus dem Kind M X entstandenen Schäden, soweit die Ansprüche gem. § 116 SGB X auf den Kläger übergegangen sind.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch die gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. X - Geburtshelfer - und PD DR. I - Neonatologe - und ihre überzeugenden Ausführungen bei der Anhörung vor dem Senat.
Auf dieser Basis sind im Krankenhaus der Beklagten zu 1) seitens der Beklagten zu 3) zumindest einfache Behandlungsfehler unterlaufen (a) , die die Behandlung in ihrer Gesamtheit als grob fehlerhaft erscheinen lassen (b), so dass diese Beklagten mangels Entlastung haften (c). Diese Ansprüche sind auch nicht verjährt (d).
a.
Es erscheint fehlerhaft, dass es unterlassen worden ist, gegen 17:50 Uhr die Entscheidung zur sofortigen Beendigung der Geburt zu treffen.
aa.
Der Senat folgt dem geburtshilflichen Sachverständigen darin, dass das Kardiotokogramm ab 17:40 Uhr pathologische Auffälligkeiten auswies. Angesichts des vorangegangenen Geburtsverlaufs erscheint es auch überzeugend, dass gegen 17:50 Uhr die Entscheidung über das weitere Vorgehen hätte getroffen werden müssen.
Dass die von der Hebamme zutreffend in Betracht gezogene Mikroblutuntersuchung unterlassen worden ist, lässt sich auf der Basis der Erläuterungen des Sachverständigen bei der mündlichen Anhörung vor dem Senat allerdings nicht schon für sich allein gesehen als Behandlungsfehler bewerten, weil es insoweit an dem notwendigen medizinischen Standard fehlt, der die Durchführung in der konkret gegebenen Situation forderte. Denn die Mutter des Klägers befand sich bereits in der Pressphase; außerdem lag ein pathologisches CTG vor. Die Mikroblutuntersuchung bietet sich dagegen auch wegen des Zeitaufwandes von 10-15 Minuten nur in früheren Phasen der Geburt an, primär in der Eröffnungsphase. Ungeachtet des

Umstandes, dass eine solche Mikroblutuntersuchung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit sichere Erkenntnisse zu dem für die Frage der Geburtsbeendigung wichtigen pH-Wert ergeben hätte, ist ihr Unterlassen deshalb nicht als fehlerhaft anzusehen.
Den Beklagten zu 1) und 2) ist es jedoch anzulasten, dass sie in dem Zeitraum von 17:50 Uhr bis 18:00 Uhr bei zulässigem Verzicht auf die Mikroblutuntersuchung nicht die dann notwendige Entscheidung zur sofortigen Geburtsbeendigung durch Schnittentbindung getroffen haben. Denn ohne Erkenntnis über den pH-Wert war ein weiteres Zuwarten wegen der Gefahr der Schädigung des Kindes nicht mehr gerechtfertigt.
Der vergebliche Versuch der Förderung der Geburt durch die Anwendung des Geburtshockers war dagegen über den hier gegebenen Zeitraum von 18:05 Uhr bis 18:30 Uhr fehlerhaft. Nach den Ausführungen des geburtshilflichen Sachverständigen wäre allenfalls ein einziger kurzfristiger Versuch akzeptabel gewesen.
Die Beklagten können sich auch nicht mit Erfolg unter Berufung auf das Privatgutachten Prof. Dr. L darauf berufen, dass die Herztöne ab 18:05 Uhr zeitweilig wieder im Normbereich gelegen haben und das CTG in der Schlussphase der Geburt zwischen 18:20 Uhr und 18:43 Uhr zwar auffällig, aber nicht hochpathologisch gewesen ist. Denn der geburtshilfliche Sachverständige hat plausibel darauf verwiesen, dass das Kind schon aufgrund der pathologischen Werte in der Zeit von 17:30 Uhr bis 18:00 Uhr geschädigt sein konnte. Deshalb hätte die von ihm geforderte Entscheidung zur Entbindung bereits gegen 17:50 Uhr getroffen werden müssen.
Auch das im Berufungsverfahren vorgelegte Privatgutachten Dr. I2 hat für den Sachverständigen auf Vorhalt entsprechend seiner Erläuterung bei der mündlichen Anhörung durch den Senat zu Recht keine Veranlassung gegeben, von seiner Meinung abzuweichen. Die Privatsachverständige kommt ohne weitergehende Begründung lediglich zu einem anderen Ergebnis als der gerichtliche Sachverständige. Der Senat hält deshalb die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen mangels Anhaltspunkten für eine mögliche Unrichtigkeit für überzeugend.
bb.
Entgegen der Ansicht des Klägers hätte die notwendige Geburtsbeendigung allerdings nicht schon bis gegen 18:05 Uhr durch eine Sauglocken- oder Zangengeburt herbeigeführt werden müssen.
Der Senat folgt auch insoweit dem geburtshilflichen Sachverständigen darin, dass sich die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise nach den Zustand des Kindes richtet. Hinreichende Anhaltspunkte für diese Art der Geburtsbeendigung ergeben sich jedoch aus den Krankenunterlagen nicht. Der Kläger hat insoweit den ihm obliegenden Beweis der Fehlerhaftigkeit des Unterlassens einer Saugglocken- oder Zangengeburt nicht geführt.
Es verbleibt deshalb dabei, dass als Behandlungsfehler das Unterlassen der Entscheidung zur Geburtsbeendigung gegen 17:50 Uhr und die daraus resultierende Verzögerung der Beendigung der Geburt um ca. 23 Minuten zwischen 18:20 Uhr (Ende bei Schnittentbindung) und 18:43 Uhr (tatsächliche Geburt) zu bewerten ist.
b.
Die Vorgehensweise ist als grob fehlerhaft zu bewerten, also als eindeutiger Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse, wobei diese Vorgehensweise aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil sie einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. dazu etwa BGH NJW 2001, S.2795 [2796]).
Es kann dahingestellt bleiben, ob hier schon einzelne der Behandlungsschritte als grobe Fehler zu werden sind. Jedenfalls aber ist bei der notwendigen Gesamtbetrachtung aller Umstände (dazu etwa BGH-Urteil vom 27.01.1998 - VI ZR 339/96 - Juris unter Rz.11) eine grobe Fehlerhaftigkeit anzunehmen.
Bei dem Kind hat eine durch das pathologische CTG vor 17:50 Uhr ausgewiesene Gefährdung vorgelegen. Ohne diese Gefährdung bei weiterem Unterlassen einer Schnittentbindung auszuschließen, ist noch nach 18:00 Uhr über ca. 25 Minuten erfolglos der Versuch des Vorantreibens der vaginalen Geburt auf einem Geburtshocker betrieben worden. Sodann ist ab 18:30 Uhr die Entwicklung des Kindes weiter unter Kristellerhilfe im Kreißbett unternommen worden, so dass erst um 18:43 Uhr entbunden worden ist. Auch wenn der Sachverständige die Dramatik der Entwicklung als ex ante nicht erkennbar, das Ergebnis als überraschend und das Abstellen auf die zeitweilig ab 18:05 Uhr verbesserten CTG-Werte jedenfalls für einen Anfänger als nur einfach fehlerhaft angesehen hat, verbleibt es doch andererseits dabei, dass der geburtshilfliche Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat das Unterlassen der Entbindung und die Durchführung völlig anderer Maßnahmen über einen Zeitraum von 18:00 Uhr bis 18:43 Uhr als nicht mehr nachvollziehbar bezeichnet hat.
Der Senat bewertet auf dieser Basis das Gesamtgeschehen als grob fehlerhaft. Nachdem ausweislich des Vorschlags der Hebamme zur Blutgasuntersuchung gerade auch für die Beklagte zu 3) ab 17:50 Uhr ohne die Durchführung einer solchen Untersuchung die Notwendigkeit der Entscheidung zu einer sofortigen Entbindung ersichtlich gewesen ist, hat sich die Dringlichkeit mit jeder weiteren Minute und jedem weiteren vergeblichen Versuch der Förderung der Entbindung gesteigert. Es erscheint dann aber über-

zeugend, dass das Nichtangehen der Schnittentbindung über einen so langen Zeitraum den Bereich fachgerechten Verhaltens soweit eindeutig verlassen hat, dass das Verhalten aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist.
c.
Es steht auch fest, dass die Verzögerung zu Schäden geführt hat. Zugunsten des Klägers greift hinsichtlich des Primärschadens eine Beweislastumkehr, die nicht allein die unmittelbar herbeigeführte Erstschädigung erfasst, sondern auch die dadurch herbeigeführte gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung (vgl. etwa BGH-Urteil vom v. 02.07.2013 - VI ZR 554/12 - unter Rz.16). Das führt mangels Beweises mangelnder Kausalität dazu, dass die Beklagten zu 1) und 3) für die Aufwendungen des Klägers haften.
Nach den Ausführungen des neonatologischen Sachverständigen hat sich bei dem Kind sicher eine intrauterine Asphyxie ereignet, die zu einer mäßigen hypoxisch-ischämischen Enzephalopathie mit Ausprägungen in Form von Entwicklungsstörungen und dauerhaften dyston-ataktischen Bewegungsstörungen geführt hat.
Zwar lässt sich unter Zugrundelegung seiner Bewertung nicht feststellen, ob die Asphyxie durch eine schon 17:50 Uhr und damit erst recht vor 18:20 Uhr - Geburtsbeendigung bei Schnittentbindung - eingetretene und damit den Beklagten nicht zuzurechnende Noxe eingetreten ist, oder ob sich diese zu einem Zeitpunkt ereignet hat, in dem bei rechtzeitiger Schnittentbindung das Kind schon geboren gewesen wäre, das Unterlassen der Schnittentbindung also kausal gewesen ist.
Eine Beweislastumkehr ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. BGH-Urteil v. - VI ZR 328/03 --Veröffentlichung unter Rz.12). Das ist hier nicht der Fall, weil der Zusammenhang nach den Ausführungen des neonatologischen Sachverständigen völlig offen ist.
d.
Die Ansprüche sind auch nicht verjährt.
Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ist unter anderem die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Abweichen vom medizinische Standard. Diese Voraussetzung war frühestens mit dem Zugang des Privatgutachtens Professor Dr. K gegeben, der laut Eingangsstempel am 21.12.2006 erfolgt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist lief dann bis zum 31.12.2009. Die Klageschrift ist am 08.10.2009 bei Gericht eingegangen und "demnächst" am 15.10.2009 vor dem Eintritt der Verjährung zugestellt worden.
Eine Haftung der Beklagten ist damit im erkannten Umfang gegeben.
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.

131. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 15.05.2014 – 12 U 56/13 – * Arzthaftpflichtprozess: Pflicht des Tatgerichts zur Aufklärung von Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger

Orientierungssatz

Gerade in Arzthaftungsprozessen sind Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen, wobei dies auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger gilt, selbst wenn es sich dabei um Privatgutachter handelt. Ausreichend ist insoweit, dass neue und ernst zu nehmende Bedenken gegen Teile des Gutachtens erhoben werden. Das Gericht hat dann dem entsprechenden Vortrag nachzugehen und Widersprüche und Unklarheiten in den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen zumindest durch dessen nochmalige Anhörung oder auch durch Beauftragung eines weiteren Gutachters aufzuklären.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 21.02.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam, Az.: 14 O 96/09, aufgehoben.
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens - an das Landgericht zurückverwiesen.
Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden nicht erhoben.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin begehrt von den Beklagten die Zahlung von Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz und einer Schadensersatzrente sowie die Feststellung einer Haftung der Beklagten als Gesamtschuldner

für sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden - soweit diese nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden - aus einer aus Sicht der Klägerin fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 19. bis 25.02.2007 im Hause der Beklagten zu 1., insbesondere aus einer nach Auffassung der Klägerin fehlerhaften Operation vom 20.02.2007, die die Beseitigung eines Hallux valgus (Abknickung der Großzehe im Grundgelenk zur Kleinzehseite hin) am linken Fuß durch Korrekturosteotomie der Großzehe sowie durch eine distale Verkürzungsosteotomie der Metatarsale II (des 2. Mittelfußknochens) nach Weil zum Gegenstand hatte. Die Parteien streiten darüber, ob die Operation fehlerhaft durchgeführt worden ist, ob die Ärzte der Beklagten zu 1. bereits vor Entlassen der Klägerin das Erfordernis einer Revisionsoperation hätten erkennen und darauf hinwirken müssen sowie ob ihnen weitere Fehler in der Nachversorgung der Klägerin vorzuwerfen sind. Daneben besteht Streit über die Höhe eines gegebenenfalls zu zahlenden Schmerzensgeldes, die Erstattungsfähigkeit der von der Klägerin weiter geltend gemachten materiellen Schäden und die Berechtigung eines Haushaltsführungsschadens. In diesem Zusammenhang streiten die Parteien auch darüber, ob ein von der Klägerin am 27.05.2007 erlittener Hörsturz, aus dem sich ein Tinnitus entwickelt hat, durch den fehlerhaften Eingriff seitens der Beklagten verursacht worden ist. Wegen der weiteren Einzelheiten zum erstinstanzlichen Sachverhalt wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.
Mit am 21.02.2013 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe gegenüber den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld weder aus § 823 Abs. 1 BGB noch aufgrund einer Verletzung des Behandlungsvertrages zu. Im Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme könne ein Behandlungsfehler nicht festgestellt werden. Auf Grundlage der Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein nicht ausreichender Eingriff in die Weichteile zur Ergänzung der knöchernen Korrektur der Großzehe vorgenommen worden sei. Den Beklagten sei in diesem Zusammenhang auch ein Dokumentationsmangel nicht vorzuwerfen. Nach der Darstellung der Beklagten würde im Hause der Beklagten zu 1. standardisiert an die Operation eines Hallux valgus herangegangen, eine besondere Dokumentation sei deshalb nur erforderlich, wenn von dieser standardisierten Herangehensweise abgewichen werde. Hiernach werde in einem ersten Schritt die laterale Gelenkkapsel inzidiert und das laterale Sesambein liberiert. Wenn sich nach diesem Vorgehen intraoperativ der erste Zehenstrahl aktiv aufrichte und passiv problemlos in eine Abduktion von 20° - 30° im Grundgelenk gebracht werden könne, werde auf eine zusätzliche Ablösung des Muskels adductor hallucis verzichtet. Das sei hier der Fall gewesen, wie der Sachverständige festgestellt habe, nachdem der Beklagte zu 2. intraoperativ die Redressierbarkeit ausreichend festgestellt habe. Die Korrekturstellung nach der Operation sei nicht zu beanstanden gewesen. Auch die Wahl der Operationstechnik und die Durchführung der Operation seien ordnungsgemäß erfolgt. Allein daraus, dass bei der Revisionsoperation eine Ablösung des Muskels adductor hallucis durchgeführt worden sei, könne nicht geschlussfolgert werden, dass dieser immer durchtrennt werden müsse und vorliegend fehlerhaft nicht durchtrennt worden sei. Gegenteiliges könne auch den Feststellungen des Privatsachverständigen Dr. med. M... nicht entnommen werden. Auch dieser habe angegeben, dass ein Rezidiv verschiedene Ursachen haben könne. So hänge der Eintritt eines Rezidivs auch vom Tragen der Halluxschiene ab. Zutreffend habe der Beklagte zu 2. die Redressierbarkeit, d. h. die korrekte Lagerung mittels einer Korrekturschiene, intraoperativ nach dem Release als ausreichend möglich befundet und wegen der Schwellung nach der Operation bei der Klägerin einen redressierenden Verband verordnet, der ein leichtes Abspreizen der Großzehe unterstützt habe. Erforderlich sei es gewesen, dass die Klägerin die Schiene nachts auch angelegt habe. Dass diese die Schiene einige Tage nach der Entlassung aus dem Hause der Beklagten zu 1. nicht mehr habe tragen können und der nachbehandelnde Arzt dies toleriert habe, sei so schon nicht vorgetragen. Es stehe daher nicht fest, inwieweit das konsequente Tragen der Schiene - auch wenn dies mit Schmerzen verbunden gewesen sein sollte - nicht doch zum Behandlungserfolg hätte beitragen können. Auch habe die Möglichkeit bestanden, die Schiene neu anzupassen oder andere Möglichkeiten zu finden, das Tragen gegebenenfalls erträglicher zu machen. Hieran ändere sich nichts dadurch, dass das Anlegen der Schiene ab dem 10.04.2007 überhaupt nicht mehr möglich gewesen sei. Ein Behandlungsfehler der Beklagten sei insoweit nicht nachgewiesen, da sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in Behandlung bei den Beklagten befunden habe. Der Sachverständige habe auch nicht festgestellt, dass die bestehende Verkürzung der Metatarsale II einen Kunstfehler darstelle. Wichtig sei, dass bei bestehenden Metatarsalgien das Metatarsale II-Köpfchen nicht die Metatarsale I oder III überrage. Dies sei hier der Fall. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den Feststellungen des von der Klägerin vorgelegten Privatgutachtens. Wegen der weitergehenden Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.
Die Klägerin hat gegen das ihr nach ihren Angaben am 01.03.2013 zugestellte Urteil – urkundlich belegt ist eine Zustellung erst für den 19.04.2013 - mit am 26.03.2013 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel innerhalb verlängerter Frist mit am 31.05.2013 eingegangenen Schriftsatz begründet.
Die Klägerin bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag nebst Beweisangeboten und vertieft diesen. Sie hält zum einen das Vorgehen der Beklagten bei der Operation vom 20.02.2007 für grob fehlerhaft und

rügt dabei, dass der Beklagte zu 2. routinemäßig immer die gleiche Operationsmethode anwende, statt aus der Vielzahl von Operationsmöglichkeiten des Hallux valgus die für den Einzelfall bestmögliche Variante auszuwählen. Ebenso habe der Beklagte zu 2. bei dem Eingriff grob fehlerhaft eine Ablösung des Musculus adductor hallucis nicht vorgenommen sowie eine Schräginzision des Seitenbandes und die erforderlichen zusätzlichen Weichteilkorrekturen unterlassen. Auch habe der Beklagte zu 2. den Metatarsale II zu weit gekürzt, wodurch ein vollständiges Abrollen des Fußes beim Laufen nicht mehr möglich sei. Insoweit habe der Beklagte zu 2. nicht berücksichtigt, dass durch die zu starke Kürzung der Metatarsale II eine deutliche Störung der Fußgeometrie eingetreten sei. Fehlerhaft sei auch die postoperative Behandlung im Hause der Beklagten zu 1. gewesen. Ihr, der Klägerin, sei keine passende Halluxschiene ausgehändigt und angelegt worden. Auch sei sie ohne passende und angelegte Halluxschiene entlassen worden. Sie sei zudem zu früh entlassen worden. Vorliegend hätte aufgrund der muskulären Imbalance, der irregulären, starken Schwellung des Fußes und den von ihr geäußerten ungewöhnlich starken Schmerzen ein Revisionseingriff noch vor ihrer Entlassung - notfalls verbunden mit einer Verlängerung des stationären Aufenthaltes - erfolgen müssen. Fehlerhaft und entgegen ihrem Vorbringen sei das Landgericht davon ausgegangen, sie habe nicht vorgetragen, dass die Halluxschiene vor ihrer Entlassung aus dem Hause der Beklagten zu 1. nicht habe angelegt werden können. Weiterhin wäre es erforderlich gewesen, die nachbehandelnden Ärzte als Zeugen zu vernehmen. Auch habe das Landgericht trotz der widersprechenden Ergebnisse des gerichtlich bestellten Sachverständigen und des Privatsachverständigen verfahrensfehlerhaft kein Obergutachten eingeholt. Ein Behandlungsfehler bei der Operation am 20.02.2007 ergebe sich auch daraus, dass eine irreguläre massive Vernarbung des zweiten Strahls bei der Revisionsoperation festgestellt worden sei. Eine ordnungsgemäße Redression nach der ersten Operation sei daher nicht erfolgt, denn diese werde zur Verhinderung einer Vernarbung vorgenommen. Auch seien die Sesambeine während der ersten Operation nicht komplett zentriert worden. Dies sei erst bei der Revisionsoperation erfolgt. Durch das fehlerhafte Vorgehen unter der Operation sei ein Frührezidiv vorprogrammiert gewesen. Weiterhin wendet sich die Klägerin gegen die Feststellung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, die sie für widersprüchlich hält. Der Sachverständige spekuliere im Hinblick auf die aus dem Operationsbericht inhaltlich nicht nachzuvollziehende Art und Weise des lateralen Release lediglich über die vom Beklagten zu 2. durchgeführten Maßnahmen. Auch sonst sei der Sachverständige voreingenommen, parteiisch und arbeite oberflächlich sowie fülle Lücken mit eigenen Spekulationen. So habe er sein Erstgutachten ohne den Operationsbericht erstellt. Das Gutachten sei daher unverwertbar. Nicht berücksichtigt habe der Sachverständige darüber hinaus die Behandlungsunterlagen und Feststellungen der nachbehandelnden Ärzte. Ferner wäre das Landgericht verpflichtet gewesen, neben den nachbehandelnden Ärzten auch den Privatsachverständigen persönlich zu vernehmen. Das entsprechende Unterlassen verletze ihren - der Klägerin - Anspruch auf rechtliches Gehör. Weiterhin hätte das Landgericht durch Einholung eines Obergutachtens klären müssen, welchen konkreten Inhalt die Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und orthopädische Chirurgie sowie des Bundesverbandes der Ärzte für Orthopädie haben, da die vorliegend befragten Sachverständigen unterschiedliche Vorstellungen vom Inhalt dieser Leitlinien und dem damaligen medizinischen Erkenntnisstand kundgetan hätten. Fehlerhaft sei es ferner gewesen, dass das Landgericht die Problematik einer Kausalität des Behandlungsfehlers der Beklagten für den Hörsturz nicht von einem Facharzt für HNO-Heilkunde und einem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, der zugleich auch auf dem Gebiet der Psychosomatik schwerpunktmäßig tätig sei, habe abklären lassen. Auch habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft dem gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht aufgegeben, die Röntgenaufnahmen auszuwerten. Schließlich hat die Klägerin die Ansicht vertreten, das Landgericht habe den Sachverständigen im Hinblick auf die Unklarheiten in seinem Gutachten zur Erläuterung des Gutachtens von Amts wegen laden müssen.
Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 21.02.2013, Az.: 14 O 96/09, wie folgt abzuändern:
1. die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 12.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2008 zu zahlen,
2. die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an sie weitere 2.367,13 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2008 zu zahlen,
3. die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an sie außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren und -Kosten in Höhe von 899,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihr aus der fehlerhaften Operation am 20.02.2007 bzw. der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 19.02.2007 bis 25.02.2007 in der Krankenhaus … GmbH, Betriebsteil …, entstanden sind und/oder noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige anspruchsberechtigte Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,

5. die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an sie weitere 16.679,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
6. die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an sie ab 01.01.2011 eine vierteljährlich im Voraus zu zahlende monatliche Rente in Höhe von 1.388,62 € jeweils zum 01.01., 01.04., 01.07. und 01.10. eines jeden Jahres zu zahlen, und zwar (zunächst) bis zum 31.12.2024.
sowie hilfsweise – sinngemäß - das Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagten verteidigen das landgerichtliche Urteil. Sie sind der Ansicht, Anhaltspunkte für einen groben Behandlungsfehler seien weder vom gerichtlich bestellten Sachverständigen noch vom Privatgutachter aufgezeigt worden. Auch ein einfacher Behandlungsfehler liege nicht vor. Selbst wenn ein einfacher Behandlungsfehler unterstellt werde, sei nicht nachgewiesen, dass das Rezidiv auf den vermeintlichen Fehler zurückzuführen sei. Unzutreffend sei der Vorwurf, der Musculus adductor hallucis sei zwingend abzulösen. Selbst in den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und orthopädischen Chirurgie sowie des Berufsverbandes für Orthopädie werde eine solche Forderung nicht aufgestellt. Auch die Position des Sesambeines sei im Verlauf der Operation so verändert worden, dass es der physiologischen Position entsprochen habe. Eine zu große Verkürzung der Metatarsale II sei ebenfalls nicht festgestellt worden und liege auch nicht vor. Unzutreffend sei auch der Vorwurf einer unzureichenden Nachbehandlung. Im Krankenhaus sei der Klägerin am zweiten postoperativen Tag ein Entlastungsschuh und eine Korrekturbandage verordnet und angepasst worden. Bei der Klägerin sei es zu einer schicksalhaften Komplikation gekommen, die einen Behandlungsfehler nicht darstelle. Nicht veranlasst sei eine Anhörung des Sachverständigen, nachdem ein solcher Antrag im erstinstanzlichen Verfahren zu keinen Zeitpunkt gestellt worden sei.
II.
1. Die Berufung des Klägerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO. Die Berufungsbegründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Die Klägerin stützt ihr Rechtsmittel unter anderem darauf, das Landgericht habe zu Unrecht einen Behandlungsfehler verneint und insoweit nicht berücksichtigt, dass das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht hinreichend gewesen sei, da es den Ergebnissen des Privatsachverständigen Dr. med. M… widerspreche; insoweit habe ein Obergutachten eingeholt werden müssen. Die Klägerin zeigt damit einen Rechtsfehler auf, auf dem das Urteil beruhen kann, §§ 513, 546 ZPO.
2. In der Sache hat das Rechtsmittel der Klägerin insoweit Erfolg, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen ist, § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.
Das landgerichtliche Urteil ist verfahrensfehlerhaft ergangen. Die angefochtene Entscheidung verletzt den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG. Gerade in Arzthaftungsprozessen sind Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen, wobei dies sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen als auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger gilt, selbst wenn es sich dabei um Privatgutachter handelt (BGH VersR 2009, S. 499; VersR 2008, S. 1265; VersR 1996, S. 647; VersR 1994, S. 480). Ausreichend ist insoweit, dass neue und ernst zu nehmende Bedenken gegen Teile des Gutachtens erhoben werden. Dem entspricht die Pflicht des Gerichtes, von sich aus verbleibende Zweifel zu klären. Das Gericht hat dann dem entsprechenden Vortrag nachzugehen und Widersprüche und Unklarheiten in den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen zumindest durch dessen nochmalige Anhörung oder auch durch Beauftragung eines weiteren Gutachters gem. § 412 ZPO aufzuklären (BGH VersR 2009, a. a. O.; VersR 2004, S. 790). Diesen Anforderungen genügt das landgerichtliche Verfahren nicht. Das Landgericht hat die von der Klägerin erhobenen Vorwürfe, die sich in wesentlichen Teilen auf die Ausführung des Privatsachverständigen Dr. med. M… stützen, nicht ausreichend geklärt. Das gerichtlich eingeholte Gutachten des Privatdozenten Dr. med. B… vom 18.02.2010 sowie dessen ergänzende Stellungnahmen vom 21.04., 25.11.2010 und 16.03.2012 waren insoweit nicht hinreichend, wobei gerade bei der Einholung der Ergänzungsgutachten eine prozessleitende Tätigkeit des Landgerichts nicht erkennbar ist. Dieses hat sich weitgehend darauf beschränkt, dem Sachverständigen die Stellungnahmen der Parteien vorzulegen, ohne das dem Sachverständigen Vorgaben zum tatsächlichen Geschehensablauf gemacht worden sind, was gerade im Hinblick auf die wenig aussagekräftige Dokumentation der Behandlung durch die Beklagten geboten gewesen wäre. In keiner Weise aufgeklärt sind etwa die widersprüchlichen Angaben der Sachverständigen hinsichtlich des Vorwurfs der Klägerin, es liege eine zu starke Kürzung der Metatarsale II vor. Zwar hat der gerichtlich bestellte Sachverständige in seinem Gutachten vom 16.03.2012 insoweit einen Behandlungsfehler verneint. Der Sachverständige hat sich dabei jedoch darauf beschränkt festzustellen, maßgeblich sei allein, dass das Metatarsale II-Köpfchen nicht das Metatarsale I- oder III.-Köpfchen überrage, was im vorliegen-

den Fall tatsächlich nicht gegeben ist. Die Klägerin hat hierzu unter Verweis auf die gutachterliche Stellungnahme des Privatgutachters Dr. med. M… vom 08.06.2012 ausgeführt, vorliegend sei die Fußgeometrie gestört, da der zweite Zeh sowohl kürzer als der große Zeh und auch kürzer als der dritte Zeh sei, was als Unterbrechung des physiologischen Alignementbogen nicht hinnehmbar sei. Die erforderliche Aufklärung dieses Punktes hat das Landgericht nicht weiter unternommen. Auch im Urteil findet sich eine sachliche Auseinandersetzung mit diesem Einwand nicht. Wegen weiterer vom Landgericht unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht hinreichend aufgeklärter Widersprüche zwischen den Ergebnissen der beiden Sachverständigen sowie fortbestehender Unklarheiten wird zudem auf die Ausführungen unter 3. Bezug genommen.
Im weiteren Verfahren ist schließlich eine aufwändige und umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich (vgl. auch dazu die Darstellung unter 3.), sodass der Rechtsstreit auf den von der Klägerin gestellten Hilfsantrag an das Landgericht zurückzuverweisen war.
3. In der Sache weist der Senat auf folgendes hin:
Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1. aus §§ 280, 253 BGB in Verbindung mit dem Behandlungsvertrag vom 13.02.2007 bzw. aus §§ 831, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB, 229 StGB sowie gegen den Beklagten zu 2. aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB, 229 StGB setzen zunächst den Nachweis eines Behandlungsfehlers voraus.
Nicht im Streit ist dabei zwischen den Parteien, dass die Durchführung einer Korrekturoperation an der linken Großzehe zur Beseitigung des Hallux valgus bei der Klägerin medizinisch indiziert gewesen ist. Weiterer Aufklärungsbedarf besteht indes hinsichtlich der Durchführung der Operation und der Nachbehandlung der Klägerin im Hause der Beklagten zu 1. sowie – gegebenenfalls – zu der Problematik, ob ein Behandlungsfehler zu dem bei der Klägerin aufgetretenen Rezidiv geführt hat und auch die weiteren von der Klägerin vorgetragenen Beeinträchtigungen (insbesondere auch den Hörsturz und anschließenden Tinnitus) zur Folge gehabt hat. Das Landgericht wird dabei zu erwägen haben, ob es insoweit die Gutachtenerstellung gem. § 412 ZPO einem anderen Sachverständigen überträgt, wozu der Senat neigt, auch nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ihren Befangenheitsantrag gegen den Sachverständigen fallen gelassen hat. Auch sind die Behandlungsunterlagen der nachbehandelnden Ärzte vollständig dem Sachverständigen zuzuleiten.
Im Hinblick auf den von der Klägerin erhobenen Vorwurf, ein Behandlungsfehler liege darin, dass seitens der Beklagten zu 1. bzw. des Beklagten zu 2. immer nach der gleichen Operationsmethode vorgegangen werde, obwohl es eine Vielzahl von Operationsmethoden beim Hallux valgus gebe und jeweils nach dem Einzelfall die zutreffende Methode ausgewählt werden müsse, verweist der Senat darauf, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige Privatdozent Dr. med. B… in seinem Gutachten vom 18.02.2010 zwar festgestellt hat, dass es eine Vielzahl von verschiedenen Techniken gibt und hieraus zu folgern ist, dass es nicht eine perfekte Operationstechnik für sämtliche Korrekturfälle gibt. Auch der Privatsachverständige Dr. med. M… bestätigt in seiner fachorthopädischen Stellungnahme vom 21.02.2011, dass es zahlreiche Operationstechniken gibt, von denen die Methode auszuwählen ist, die Erfolg versprechend erscheint. Beide Sachverständige haben indes hinsichtlich der vom Beklagten zu 2. angewendeten Methode - Chevron-Osteotomie – ein fehlerhaftes Vorgehen nicht angenommen. Der Senat sieht insoweit einen Behandlungsfehler daher als nicht nachgewiesen an. Selbst wenn der Vortrag der Beklagten dahingehend zu verstehen sein sollte, das standardisierte Vorgehen im Hause der Beklagten zu 1. umfasse nur die Verwendung einer einzigen Operationsmethode, folgt hieraus noch nicht, dass im vorliegenden Fall der Einsatz dieser Methode fehlerhaft gewesen ist.
Im Hinblick auf die von der Klägerin gerügte unzureichende Weichteilbehandlung unter der Operation weist der Senat zunächst darauf hin, dass die Dokumentation der Beklagten nicht hinreichend ist. Die Angabe im Operationsbericht, es sei das „typische laterale Weichteilrelease“ durchgeführt worden, ermöglicht eine Feststellung der vorgenommenen einzelnen Maßnahmen augenscheinlich nicht. So spekulieren letztlich beide Sachverständigen, welche Maßnahmen seitens des Beklagten zu 2. ergriffen worden sind. Auch können sich die Beklagten entgegen der Ausführungen im landgerichtlichen Urteil nicht darauf berufen, es liege eine sich von selbst verstehende, standardisierte Herangehensweise vor, die keiner ergänzenden und ausführlichen Dokumentation bedürfe. Eine solche Situation ist vorliegend nicht gegeben. So hat der gerichtlich bestellte Sachverständige festgestellt, dass im Rahmen des lateralen Weichteilrelease durchaus verschiedene Maßnahmen in Betracht kommen, insbesondere die Durchtrennung des Musculus adductor hallucis, die hier nicht erfolgt ist. Auch die Beklagten selbst tragen vor, dass im Rahmen des lateralen Release in mehreren Schritten vorgegangen werde. Es werde zunächst die laterale Gelenkkapsel inzidiert und das laterale Sesambein liberiert. Soweit sich nach diesem Vorgehen intraoperativ der erste Zehenstrahl aktiv aufrichte und passiv problemlos in eine Abduktion von 20° bis 30° im Grundgelenk gebracht werden könne, werde auf eine zusätzliche Ablösung des Musculus adductor hallucis verzichtet. Daraus folgt, dass im Rahmen der standardisierten Vorgehensweise im Haus der Beklagten zu 1. unterschiedliche Maßnahmen ergriffen werden, deren Dokumentation gerade im Hinblick auf die weitere Behandlung des Patienten von nicht unerheblicher Bedeutung sein dürfte. Letztlich bleibt die unzureichende Dokumentation der Beklagten allerdings zunächst folgenlos, da die Beklagten sich nunmehr

unbestritten darauf berufen, eine Durchtrennung des Muskels unter der Operation sei nicht erfolgt und auch nicht notwendig gewesen. Insoweit wird nunmehr Beweis zu erheben sein, ob die von den Beklagten beschriebene Vorgehensweise entgegen ihrer Ansicht behandlungsfehlerhaft erfolgt ist. Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat zwar in seinem Gutachten vom 18.02.2010 ausgeführt, die zusätzlichen Adduktorentenotomie des Musculus adductor hallucis sei nicht unbedingt erforderlich, gleiches gelte für die Durchtrennung des Ligamentus transversum. Diese abstrakten Ausführungen des Sachverständigen sind indes nicht ohne weitere Erläuterungen auf den vorliegenden Fall anwendbar, wobei es gegebenenfalls erforderlich werden kann, Einzelheiten zu einer ordnungsgemäßen Dokumentation aus medizinischer Sicht zu klären, soweit nämlich dem Sachverständigen auch auf der Grundlage der Ausführungen der Beklagten eine eindeutige Beurteilung des fehlerfreien medizinischen Vorgehens weiterhin nicht möglich ist. Ebenfalls zu klären ist in diesem Zusammenhang auch, ob es - wie die Klägerin meint - erforderlich war, die laterale Gelenkkapsel vom proximalen Ansatz abzulösen. Im Übrigen weist der Senat darauf hin, dass bislang auch die Feststellungen des Privatsachverständigen Dr. med. M… nicht im Widerspruch zu den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen stehen. Zwar hat der Privatsachverständige in seinem Gutachten vom 24.04.2008 festgestellt, dass der Musculus adductor hallucis an der Grundgliedbasis bzw. am fibularen Sesambein abzulösen ist. In der gutachterlichen Stellungnahme vom 18.03.2010 hat der Sachverständige diese Ansicht dann jedoch teilweise aufgegeben und dem Operateur gestalterische Möglichkeiten und eine individuelle Entscheidungsfreiheit zugestanden. Ebenso dürfte es vor diesem Hintergrund auf die Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Fußchirurgie nicht ankommen, die genauere inhaltliche Angaben zum lateralen Release ebenfalls nicht enthalten. Zu berücksichtigen wird indes die zeitlich rasche Entwicklung des Rezidivs sein, die nach Ansicht des Privatsachverständigen für ein unzureichendes Vorgehen bei der Operation spricht.
Weiter zu klären ist ein Behandlungsfehler des Beklagten zu 2. im Hinblick darauf, dass eine Ausrichtung der Sesambeine bei der ersten Operation nicht komplett zentriert erfolgt ist. Hier hat der gerichtlich bestellte Sachverständige zunächst in der gutachterlichen Stellungnahme vom 21.04.2010 ausgeführt, die Sesambeine seien gegenüber dem präoperativen Befund deutlich besser zentriert. Im Gutachten vom 25.11.2010 hat er dann eine fortbestehende Medialisierung der Sesambeine festgestellt, wobei eine leichte Korrektur erfolgt sei. Unklar bleibt, ob der Sachverständige insoweit das Vorliegen eines (einfachen) Behandlungsfehlers verneinen will, obwohl er im Gutachten vom 25.11.2010 letztlich von einer nicht vollständigen Zentrierung der Sesambeine ausgeht, die auch der Privatsachverständige beanstandet hat. Bei der weiteren Aufklärung wird auch zu berücksichtigen sein, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige beanstandet hat, aus den vorliegenden Röntgenbildern könnten eindeutige Befunde nicht getroffen werden, es bestehe die Möglichkeit einer Fehlinterpretation der Position der Sesambeine aufgrund der Zweidimensionalität der Röntgenbilder, wobei sich aus dem Operationsbericht der Folgeoperation ebenfalls eine Dislokation der Sesambeine ergibt. Hier wird zu klären sein, ob seitens der Beklagten nicht weitere Röntgenbilder hätten gefertigt werden müssen oder ob eine weitere Dokumentation hätte erfolgen müssen, um eine korrekte Lage der Sesambeine beurteilen zu können.
Wie bereits ausgeführt ist ferner die gegenteilige Beurteilung der Sachverständigen hinsichtlich des Vorwurfs einer zu starken Kürzung der Metatarsale II weiter aufzuklären. Gegebenenfalls wird auch die Behauptung der Klägerin zu klären sein, durch diese Kürzung sei es ihr dauerhaft nicht möglich, den Fuß abzurollen. Hierauf beruhten die von ihr vorgetragenen Dauerbeeinträchtigungen und die angegebenen Einschränkungen im Rahmen der Haushaltsführung.
Ebenfalls zu klären ist, ob es fehlerhaft zu einer nicht hinreichende Redressierung – Fehlen einer hinreichenden Fixation der korrigierten Zehstellung durch Verbände – gekommen ist. Zwar beanstanden sowohl der gerichtlich bestellte Sachverständige als auch der Privatsachverständige eine nicht hinreichende Redressierung. Die Sachverständigen stützen sich allerdings dabei allein auf die Angaben der Klägerin sowie den Operationsbericht der Folgeoperation, der mediale Narbenstränge am Großzehengrundgelenk dokumentiert. Eine sachverständige Auswertung der von den Beklagten erstellten Dokumentation der Operation sowie der Folgebehandlung – einschließlich der Problematik der Korrekturschiene – ist indes bislang zu diesem Punkt nicht ersichtlich.
Aufzuklären ist ebenso, ob bei der Nachbehandlung der Klägerin im Hause der Beklagten zu 1. Behandlungsfehler aufgetreten sind. Auch insoweit ist eine Auswertung der von den Beklagten eingereichten Dokumentation erforderlich, wobei zugleich zu klären sein wird, wie eine ordnungsgemäße Nachbehandlung hätte erfolgen müssen und inwieweit einzelne Maßnahmen in den Behandlungsunterlagen zu dokumentieren waren, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass die Beklagten nunmehr vortragen, der Klägerin sei neben dem Vorfußentlastungsschuh eine Halluxkorrekturbandage verordnet worden, bei einer solchen sei ein Anlegen auch beim geschwollenen ersten Fußstrahl möglich. Soweit die Klägerin nunmehr vorträgt, ihr sei keine passende Hallux valgus-Schiene ausgehändigt und angelegt worden bzw. ihr sei beim Anlegen keine Hilfe geleistet worden, zudem habe man sie ohne passende, angelegte Hallux valgus-Schiene und aus diesem Grunde auch zu früh entlassen, tatsächlich hätte aufgrund der muskulären Imbalance, der irregulären starken Schwellung des Fußes und den von ihr geäußerten ungewöhnlich starken Schmerzen ein Revisionseingriff noch vor ihrer Entlassung erfolgen müssen, notfalls hätte hierzu eine

Verlängerung des stationären Aufenthaltes erfolgen müssen, ist darauf zu verweisen, dass die Klägerin ihrerseits für ihren Vortrag zur fehlenden Anpassung einer Hallux valgus-Schiene vor ihrer Entlassung aus dem Hause der Beklagten zu 1. keinen Beweis angetreten hat.
Soweit sich im Rahmen der weiteren Beweiserhebung das Vorliegen eines oder mehrerer Behandlungsfehler ergibt, wird weiter zu klären sein, ob aus medizinischer und schließlich auch aus rechtlicher Sicht ein grober Behandlungsfehler gegeben ist bzw. ob bei einer Mehrzahl von Behandlungsfehlern diese zusammen als grob unverständlich zu bewerten sind (vgl. hierzu Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Teil B, Rn. 251 ff).
Entgegen der Ansicht der Klägerin erscheint zurzeit weder eine Vernehmung der nachbehandelnden Ärzte als sachverständige Zeugen noch eine Vernehmung oder Anhörung des Privatsachverständigen erforderlich. Die Feststellung eines Behandlungsfehlers bzw. die Klärung der Kausalität eines Behandlungsfehlers für die von der Klägerin beklagten Beeinträchtigungen ist Aufgabe eines Sachverständigen. Dass vorliegend die nachbehandelnden Ärzte Feststellungen gemacht haben könnten, die sich nicht aus den Behandlungsunterlagen ergeben oder sonst zwischen den Parteien streitig sind und daher eines Zeugenbeweises bedürften, ist nicht ersichtlich.
Hinsichtlich der Auswirkungen eines Behandlungsfehlers ist gegebenenfalls durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens der Vortrag der Klägerin zu klären, sie habe ohne Vorfußentlastungsschuh nur unter unerträglichen starken Schmerzen an der Großzehe und der Mitte des Fußes kurzzeitig laufen können, das Auftreten mit dem gesamten Fuß sei überhaupt nicht möglich gewesen, weshalb sie auf die Hacke als Auftrittsfläche habe ausweichen müssen und zwar ab dem 10.04.2007 bis zur Operation am 06.06.2007. Dabei wird die Klägerin klarzustellen haben, ob ihr ein (weitgehend) unbehindertes Gehen bei Tragen des Vorfußentlastungsschuhs möglich gewesen ist, da sie insoweit Beeinträchtigungen nicht angibt. Ferner ist zu prüfen, inwieweit diese Beeinträchtigungen wie auch die erforderliche Folgeoperation auf einen oder mehreren Behandlungsfehler der Beklagten zurückzuführen sind. Ebenfalls ist das Vorbringen der Klägerin zu klären, sie müsse Zeit ihres Lebens orthopädisches Schuhwerk, Einlagen bzw. umgearbeitete Schuhe tragen und sei insoweit auf das Tragen von zwei Nummern zu großen Schuhen angewiesen, um Schmerzen zu vermeiden sowie wegen der nach oben gebogen Großzehe. Nicht hinreichend substantiiert ist hingegen der Vortrag der Klägerin, sie habe zwischen erster und zweiter Operation unter Sensibilitätsstörungen, Lähmungserscheinungen und motorischen Ausfällen des Fußes gelitten. Hier müsste die Klägerin genauer vortragen, unter welchen Beeinträchtigungen sie im Einzelnen gelitten hat. Auch erscheint zweifelhaft, dass es einem Sachverständigen möglich ist, nachträglich hierzu noch Feststellungen zu treffen. Weiter sachverständig zu klären ist die Behauptung der Klägerin, ihre spezifische Behinderung durch die ihrer Ansicht nach missglückte Fußoperation betrage 20 % ihrer Hausarbeitsfähigkeit. Sie sei durch die Unmöglichkeit eines Abrollens des Fußes beeinträchtigt beim Gehen, Stehen, Bücken, Kriechen, beim Heben und Tragen von Lasten, beim Steigen auf Leitern sowie beim Treppensteigen und benötige daher Hilfe zur Erledigung sämtlicher Hausarbeiten. Auch sei es bei ihr durch die fehlerhafte Operation und das nicht mehr mögliche Abrollen des linken Vorfußes zu Schäden im Haltungs- und Bewegungsapparat gekommen, nämlich zu Wirbelsäulenbeschwerden aufgrund der Fehlbelastung und –haltung, zu einem Zervikalsyndrom und muskulären Dysbalancen. Weiter zu klären ist die Behauptung der Klägerin, ihr sei es infolge einer fehlerhaften Behandlung durch die Beklagten nicht mehr möglich, sich ausdauersportlich zu betätigen, z. B. Rad zu fahren oder Wanderungen vorzunehmen. Auch leide sie täglich noch unter leichten bis stärkeren Schmerzen, je nach Intensität des Laufens, wobei die Schmerzen auch in Ruhestellung des Fußes nachts aufträten.
Schließlich ist gegebenenfalls durch ein weiteres Gutachten eines anderen Sachverständigen aus dem Bereich der HNO-Fachrichtung zu klären, ob der von der Klägerin erlittene Hörsturz am 27.05.2007, der wiederum zu einer stationären Behandlung der Klägerin geführt hat, auf deren Belastungen durch die Folgen der Operation im Hause der Beklagten zu 1. zurückzuführen ist und ein Tinnitus durch diesen Hörsturz entstanden ist, sowie ob durch diesen Tinnitus eine weitere Verminderung der Hausarbeitsfähigkeit der Klägerin um 10 % auf insgesamt 30 % erfolgt ist.
4. Die Niederschlagung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren beruht auf § 21 Abs. 1 GKG (vgl. auch OLG München, Urteil vom 24.07.2009, Az. 10 U 3790, zitiert nach juris).
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 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 die Berufungsinstanz wird auf 117.363,73 € festgesetzt, §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG a. F., 3 ZPO (Schmerzensgeldforderung: 12.000,00 €; Forderung materieller Schadensersatz: 19.046,53 €; Feststellungsantrag: 3.000,00 €; Rentenforderung: 83.317,20 €).
Wert der Beschwer für beide Parteien: 117.363,73 €.

132. LG Bochum, Urteil vom 14.05.2014 – 6 O 432/09 – * Tierarzthaftung: Anforderungen an die Aufklärung vor Durchführung einer chiropraktischen Therapie mit Vollnarkose bei einem ataktischen Pferd

Orientierungssatz

Ein Tierarzt ist verpflichtet, vor Durchführung einer chiropraktischen Therapie eines Pferdes in Vollnarkose über die besonderen Risiken der Behandlung zu unterrichten, die aufgrund der Diagnose Ataxie bestehen und über alternative, weniger risikoreiche Therapiemöglichkeiten, aufzuklären.

Tenor

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.
Die Kostenentscheidung und die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bleiben dem Schlussurteil vorbehalten.

Tatbestand

Die Kläger begehren von dem Beklagten materiellen Schadensersatz wegen einer vermeintlich nicht indizierten und fehlerhaft durchgeführten Behandlung ihres Pferdes E in der Zeit vom 19.05. bis zum 21.05.2008.
Die Kläger behaupten, Eigentümer des Pferdes E, geboren am 25.04.1999 gewesen zu sein. Sie hätten das Pferd am 05.08.2006 zu einem Kaufpreis von 294.866,00 Euro erworben.
Am 17.05.2008 wurde das Pferd von der Tochter der Kläger, der Zeugin F auf dem Youth Dressage Festival in Weert in den Niederlanden im Grand Prix St. Georg gestartet. Da die Tochter der Klägerin bemerkte, dass das Pferd in der Dressur nicht so elastisch und schwungvoll lief wie gewohnt, stellten die Kläger es am 18.05.2008 gegen 12.00 Uhr in der Klinik des Beklagten vor.
Im englischsprachigen Aufnahmeprotokoll wird als Vorbericht angegeben:
"Rücken oder HWS-Problem".
Die Untersuchung des Pferdes erfolgte am 19.05.2008 im Beisein der Zeugin F. Der Beklagte führte eine klinische Untersuchung und eine kurze neurologische Untersuchung durch. Die klinische Untersuchung beinhaltete das Vortraben des Pferdes, die neurologische Untersuchung ein Rückwärtsrichten des Pferdes, einen Möhrchentest und die Prüfung der Stellreflexe des Pferdes.
Im Anschluss fertigte der Beklagten Röntgenbilder der Hals- und Brustwirbelsäule.
Als radiologischer Befund zeigte sich zwischen dem 6. und 7. Halswirbelknochen eine Brechung der Achse. Ein Vorspringen des Wirbelkopfes des 7. Halswirbels in den Wirbelkanal war sichtbar. Außerdem war eine Lockerung zwischen C 2 und C 3 zu sehen.
Aufgrund der klinischen und neurologischen Untersuchung sowie der Ergebnisse der Röntgendiagnostik kam der Beklagte zu dem Ergebnis, dass das Pferd an einer erworbenen Ataxie litt. Er empfahl der Tochter der Kläger die Durchführung einer chiropraktischen Behandlung des Pferdes.
Die Einzelheiten des Gespräches über die vorgesehene Behandlungsmaßnahme und insbesondere über eine erfolgte Risikoaufklärung sind zwischen den Parteien streitig.
Nach einem Telefongespräch mit ihren Eltern willigte jedenfalls die Tochter der Kläger in die vorgesehene Behandlungsmaßnahme ein, die dann einen Tag später am 20.05.2008 durchgeführt wurde. Dazu wurde das Pferd in Kurznarkose gelegt und eine Traktion durchgeführt. In dem Schreiben des Beklagten an den Pathologen beschreibt der Beklagte eine Manipulation am Kopf des Pferdes als Dehnen und Strecken.
Anschließend wurde das Pferd in die Aufwachbox gelegt, konnte aber selbständig nicht mehr aufstehen. Es verstarb einen Tag später am 21.05.2008.
Die Sektion des Pferdes am 22.05.2008 erbrachte als Todesursache ein akutes Herzmuskelversagen. Im Bereich der vorderen Brustwirbelsäule und der dorsalen Rippenansätze zeigten sich akute frische Blutungsherde. Der Rückenmarkskanal und auch das Rückenmark wiesen in diesem Bereich eine deutliche sulzige blutige Ödematisierung mit herdförmigen Blutungen auf, die auch auf die abgehenden Nervenbahnen übergegriffen haben. Die Veränderungen seien auf akute traumatische Insulte zurückzuführen. Der Prozess sei sehr akut gewesen, da noch keine reaktive entzündliche Reaktion erkennbar gewesen sei.
Die Kläger behaupten, ihre Tochter hätte bei dem Turnier in den Niederlanden lediglich leichte Rittigkeitsdefizite in Gestalt von Steifheit im Bereich des Halses festgestellt. Diese Defizite seien nicht dramatisch gewesen, aber ausreichend, um der sehr sensiblen Reiterin Sorgen zu bereiten. Ihnen sei dann die Information erteilt worden, dass der Beklagte derartige Probleme kurzfristig mittels chiropraktischer Behandlung beseitigen könne.
Die Diagnose einer Ataxie, welche im Übrigen falsch sei, habe der Beklagte aufgrund unzureichender Diagnostik erstellt. Wichtige klinische und neurologische Untersuchungen seien schlichtweg nicht durchgeführt worden. Beispielhaft seien hier zu nennen die Untersuchung der Maulhöhle auf Zahnprobleme, die eingehende Untersuchung auf eventuelle Gangunregelmäßigkeiten des Pferdes auf der Geraden, und zwar sowohl auf harten als auch auf weichen Böden, die eingehende Untersuchung auf eventuelle Gangunregelmäßigkeiten des Pferdes durch Longieren des Pferdes auf dem Zirkel auf beiden Händen, die eingehende Untersuchung auf eventuelle Gangunregelmäßigkeiten des Pferdes durch Beugeproben

aller vier Extremitäten, die Verabreichung von diagnostischen Injektionen im Verdachtsfall, die eingehende Untersuchung des Pferdes unter dem Sattel durch Vorreiten, das Vorreiten des Pferdes nach Gabe von nicht sterodialen Schmerzmitteln sowie die Fertigung von dorso-ventralen Röntgenbildern.
Schwerwiegende Beschwerden hätten bei dem Pferd nicht vorliegen können, da es noch wenige Tage vor dem Eingriff auf einem internationalen Turnier vorgestellt worden und dort nicht ausgefallen sei. Mithin sei es vorschnell und auch falsch gewesen, aufgrund einer einfachen neurologischen Untersuchung und anhand von unvollständigen und von daher nicht aussagekräftigen Röntgenuntersuchungen eine chiropraktische Therapie in Vollnarkose vorzunehmen.
Desweiteren sei die Tochter der Kläger vor dem Eingriff auch nicht ausreichend über Risiken und Alternativen der Behandlung aufgeklärt worden. Über die praktizierte Behandlungsmethode, alternativen Behandlungsmöglichkeiten sowie die Risiken der Behandlungsmethode als auch über die Risiken der Vollnarkose und auch über die Risiken in der Aufwach- und Aufstehphase des Pferdes sei die Tochter der Kläger nicht unterrichtet worden. Im Gegenteil sei ihr suggeriert worden, dass die Behandlung maximal 20 Minuten dauern würden, eine Manipulation unter Vollnarkose unumgänglich sei und sie das Pferd am nächsten Tage wieder reiten könne. Allein aufgrund dieses Hinweises sei die Tochter der Kläger beruhigt gewesen und habe schließlich nach Rücksprache mit ihren Eltern in die Behandlung eingewilligt.
Behandlungsalternativen seien nicht benannt worden.
Bei ordnungsgemäßer Aufklärung in Kenntnis aller Risiken der Behandlung hätten die Kläger dieser nicht zugestimmt. Dann wäre es auch nicht zu den schweren Verletzungen infolge der Behandlung gekommen, die schließlich zum Tode des Pferdes geführt hätten.
Die Kläger berechnen einen Marktwert für das Pferd zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlung in Höhe von 495.587,40 Euro. Unter Abzug einer Schadensersatzleistung der Lebensversicherung des Pferdes in Höhe von 93.839,30 Euro begehren sie jetzt noch Schadensersatz in Höhe von 401.648,10 Euro. Wegen der Einzelheiten der Schadensberechnung wird auf Bl. 4 und 5 der Klageschrift verwiesen.
Die Kläger beantragen,
den Beklagten zu verurteilen, an die Kläger 401.648,10 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 13.09.2008 zu bezahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er bestreitet zunächst die Aktivlegitimation der Kläger.
Er behauptet, das Pferd der Kläger sei mit einer Diskoordination des Bewegungsablaufs und der daraus folgenden Ungeeignetheit als Reitpferd ihm vorgestellt worden. Die klinische und neurologische Untersuchung habe ergeben, dass das Pferd an einer erworbenen Ataxie gelitten habe, Anzeichen einer Lahmheit seien nicht vorhanden gewesen.
Bei der klinischen Untersuchung hätten sich deutliche Hinterhandprobleme gezeigt (Schwimmen der Hinterhand).
Die neurologische Untersuchung in Form eines Möhrchentestes, der Prüfung der Stellreflexe und des Rückwärtsrichten des Pferdes habe die Unkoordiniertheit der Bewegungen bestätigt.
Die bildgebenden Untersuchungen hätten den klinischen und neurologischen Befund in vollem Umfang bestätigt. Der Verkehrs- und Turnierwert des Pferdes sei zum Zeitpunkt der Behandlung gleich null gewesen.
Er habe dann der Tochter der Kläger in englischer Sprache eine chiropraktische Traktionsmaßnahme empfohlen. Er habe ihr desweiteren erklärt, dass die Maßnahme in Vollnarkose erfolgen müsse.
Die angewandte chiropraktische Traktionsmethode nach Ahern sei seit vielen Jahren anerkannt und in der veterinärmedizinischen Literatur publiziert.
Schließlich sei die Tochter der Kläger auch ausreichend über die Risiken der Behandlung unterrichtet worden. So sei über das Risiko einer Fraktur in der Aufstehphase und das Versagen des Herzkreislaufes nach stressbedingter Colitis X Erkrankung gesprochen worden.
Der in den Akten befindliche Aufklärungsbogen sei nicht von der Zeugin unterzeichnet worden, da die Zeugin der deutschen Sprache nicht mächtig sei und das Aufklärungsgespräch im Übrigen in englischer Sprache erfolgt sei. Alle in dem Bogen erwähnten Risiken seien aber mit der Tochter der Kläger besprochen worden.
Das Pferd müsse dann in der Aufwachphase gestürzt sein und sich dabei die im Sektionsbericht beschriebenen Verletzungen zugezogen haben.
Dieser Verlauf sei letztendlich schicksalhaft gewesen und beruhe nicht auf einem fehlerhaften Vorgehen bzw. auf einer unzureichenden Aufklärung.
Die Kammer hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens.
Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Gutachten des Sachverständigen T1 vom 15.08.2012 (Bl. 338 ff. d.A.) und vom 13.06.2013 (Bl. 438 ff. d.A.) verwiesen.
Die Beauftragung des Sachverständigen T1 war notwendig geworden, nachdem der ursprüngliche Sachverständige I durch einen Reitunfall ums Leben gekommen war. In der mündlichen Verhandlung vom 14.05.2014 hat der Sachverständige sein Gutachten erläutert und zu den Einwendungen der Parteien

Stellung genommen. Insofern wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.05.2014 Bezug genommen.
Die Kammer hat darüber hinaus Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen D und F. Auch diesbezüglich wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.05.2014 verwiesen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist dem Grunde nach begründet.
Die Kläger haben gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages gem. §§ 280, 253, 823 BGB, weil die Behandlungsmaßnahme vom 20.05.2008 als rechtswidrige Körperverletzung zu bewerten ist, da sie vorab nicht ordnungsgemäß über den medizinischen Eingriff aufgeklärt worden sind und somit ihre Einwilligung in die Behandlung unwirksam war.
An der Aktivlegitimation der Kläger bestehen keine Zweifel. Sie haben durch Vorlage des Kaufvertrages vom 05.08.2006 nachgewiesen, dass sie Eigentümer des Pferdes E gewesen sind. Vor diesem Hintergrund ist das pauschale Bestreiten der Aktivlegitimation der Kläger seitens des Beklagten nicht ausreichend.
Eine fehlerhafte Behandlung konnte die Kammer nicht feststellen. Nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen T1 ist es für die Diagnosestellung einer Ataxie nicht zwingend erforderlich, alle die von der Klägerseite geschilderten Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen. Die klinische Diagnose "Ataxie" kann der erfahrene Tierarzt unter Umständen auch schon nach wenigen Untersuchungsschritten stellen. Der klinische Befund der Bewegungsstörung sei für den Beklagten eindeutig gewesen. Eine Bewegungsstörung im Sinne einer Ataxie könne sehr wohl beim Vortraben des Pferdes, beim Übergang vom Trab in den Schritt und beim Führen in der engen Wendung erkannt werden. Zudem zeigten sich in der Röntgenaufnahme der Halswirbelsäule röntgenologische Veränderungen im Bereich C 6 / C 7, die der Beklagte als ursächlich für die klinisch diagnostizierte Ataxie ansehen konnte.
Die vom Beklagten gewählte Therapiemethode nach Ahern sei in der internationalen Literatur publiziert. Wenn der Beklagte mit dieser Methode nach seinen eigenen Angaben in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht habe, spreche nichts dagegen, diese Methode auch vorliegend zu empfehlen. Es gebe jedenfalls keine Studien die belegten, dass die vom Beklagten angewandte Traktionsmaßnahme schädlich sei. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass sie nicht als wirklich etablierte Methode gelte und heute nur noch sehr selten durchgeführt werde.
Zusammengefasst stellte der Sachverständige fest, dass die vom Beklagten durchgeführte chiropraktische Maßnahme an der Halswirbelsäule (Strecken des Halses und Beugen nach rechts und links) zwar eine umstrittene aber mögliche Therapie der festgestellten röntgenologischen Veränderungen sei.
Eine Haftung des Beklagten ist aber dennoch gegeben, da er die Kläger vor der Behandlung nicht ausreichend über deren Risiken und über alternative Therapiemöglichkeiten unterrichtet hat.
Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Eingriffsaufklärung in der Humanmedizin sind in der Tiermedizin nicht anwendbar. Dies gilt auch für die Beweislasterteilung.
Der Tierarzt, der eine Operation durchführt, schuldet in erster Linie den Einsatz der von einem gewissenhaften Veterinärmediziner zu erwartenden tiermedizinischen Kenntnisse und Erfahrungen. Außerdem ist es seine Aufgabe, seinen Auftraggeber über die Behandlungsmethode und ihre Gefahren zu beraten. Dazu gehört die Erörterung der Art und Weise eines geplanten Eingriffs in groben Zügen, seiner Erfolgsaussichten und seiner Risiken. Zwar geht es bei der Tätigkeit des Tierarztes auch um die Behandlung eines lebenden Organismus, aber eben doch um Sachen, deren Erhaltung sich weithin nach wirtschaftlichen Erwägungen zu richten hat.
Deshalb können die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über Art und Umfang der humanärztlichen Aufklärungspflicht nicht ohne weiteres auf die Tiermedizin übertragen werden. Steht in der Humanmedizin das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Vordergrund, so spielt dieses Moment in der Tiermedizin keine Rolle. Dort geht es um wirtschaftliche Interessen. Art und Umfang der tierärztlichen Aufklärungspflicht richten sich nach den dem Tierarzt erkennbaren Interessen seines Auftraggebers oder nach dessen besonderen Wünschen. Dabei kann auch der materielle oder ideelle Wert des Tieres für den Auftraggeber eine Rolle spielen.
Die Darlegungs- und Beweislast für eine objektive Pflichtverletzung und deren Kausalität für den eingetretenen Schaden trifft den Tierhalter. Hierfür im Bereich des tierärztlichen Handelns etwa in Anlehnung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht im Bereich der Humanmedizin eine Ausnahme zu machen, besteht kein Anlass, weil das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in der Tiermedizin keine Rolle spielt (vgl. insoweit OLG München, Urteil vom 09.10.2003 1 U 2308/03).
Der Sachverständige T1 hat nachvollziehbar dargelegt, dass das Pferd der Kläger aufgrund der vom Beklagten diagnostizierten Ataxie ein postnarkotischer Risikopatient gewesen ist. Der Beklagte hätte deshalb zwingend über die besonderen Risiken sprechen müssen, die aufgrund der Diagnose Ataxie bestanden. Er hätte insbesondere erwähnen müssen, dass das Pferd möglicherweise aufgrund der Ataxie in der Aufstehphase weniger in der Lage sein könnte, seine Gliedmaßen korrekt zu koordinieren.

Über dieses besondere Risiko, das über das Risiko einer Vollnarkose hinausgeht, haben der Beklagte bzw. sein Vater unstreitig mit den Klägern bzw. der Tochter der Kläger nicht gesprochen.
Der Beklagte hätte die Kläger bzw. deren Tochter zudem über die alternative Therapiemöglichkeit einer chiropraktischen Justierung unter Sedierung am stehenden Pferd aufklären müssen. Dies deshalb, weil diese Behandlungsmethode weniger risikoreich gewesen wäre, da zu ihrer Durchführung keine Vollnarkose notwendig gewesen wäre. Zudem hätte sie nach den Ausführungen des Sachverständigen in etwa die gleichen Erfolgschancen gehabt, sie hätte lediglich etwas länger gedauert. Bei dieser Behandlung des Pferdes im Stehen wäre es nach den Ausführungen des Sachverständigen wahrscheinlich heute noch am Leben.
Es ist deshalb plausibel und einleuchtend, dass sich die Kläger in Kenntnis aller Risiken der empfohlenen Behandlung und in Kenntnis der in Frage kommenden Alternativen für eine chiropraktische Maßnahme am stehenden sedierten Pferd entschieden hätten. Zumindest ist es nachvollziehbar, dass sie bei umfassender Aufklärung noch einmal in eine eingehende Güteabwägung eingetreten wären, sprich sich die ganze Sache noch einmal überlegt hätten.
Da noch eine weitere umfangreiche Beweiserhebung hinsichtlich des Wertes des verstorbenen Pferdes notwendig ist, hat die Kammer im vorliegenden Fall zunächst ein Grundurteil erlassen.
Dabei ist erforderlich, aber auch genügend, dass der geltend gemachte Anspruch auch unter Berücksichtigung der Einwendungen gegen ihn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht. Bei Schadensersatzklagen muss für ein Grundurteil die erforderliche Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass irgendein Schaden entstanden ist. Auch hier gilt die Erleichterung des § 287 ZPO. Auch unter Berücksichtigung der Leistungen der Tierlebensversicherung ist es überwiegend wahrscheinlich, dass die weitere Beweisaufnahme ergeben wird, dass der Beklagte einen über die Leistung der Tierlebensversicherung hinausgehenden Schaden zu ersetzen haben wird.

133. OLG München, Urteil vom 08.05.2014 – 1 U 4249/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschaden: Medizinische Indikation für eine Notsectio; Darlegungs- und Beweislast für eine Kausalität von ärztlichem Behandlungsfehler und Hirnschädigung eines neu geborenen Kindes

Orientierungssatz

1. Kann eine akute Gefährdung der Sauerstoffversorgung des Kindes infolge auftretender Dezelerationen ausgeschlossen werden, so besteht (noch) keine medizinische Indikation für eine Notsectio.
2. Eine Haftung für mögliche ärztliche Behandlungsfehler ist abzulehnen, sofern der Nachweis eines Zurechnungszusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und einer geistigen und körperlichen Behinderung des Kindes nicht geführt werden kann.

Tenor

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 14.05.2013, Az. 1M O 3100/08, wird zurückgewiesen.
II. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
III. Das Urteil und das in Ziffer I genannte Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagten vor Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger macht gegenüber den noch am Rechtsstreit beteiligten Beklagten 2 - 5 Ansprüche in Zusammenhang mit der ärztlichen und pflegerischen Behandlung bei seiner Geburt geltend.
Die Mutter des Klägers wurde im Jahr 2002 im Alter von 36 Jahre erstmals schwanger, als voraussichtlicher Geburtstermin wurde der 9.1.2003 in den Mutterpass eingetragen.
Die Eltern des Klägers suchten am 7.1.2003 die behandelnde Gynäkologin (ehemals Beklagte zu 1) auf, die u.a. eine CT-Untersuchung durchführte.
Am 9.1.2003 begaben sich die Eltern des Klägers gegen 10:00 Uhr in die Klinik der Beklagten zu 4 und wurden von der Beklagten zu 2, die als Beleghebamme in der Klinik der Beklagten zu 4 tätig war, aufgenommen und betreut. Ein in der Zeit von ca. 10:08 Uhr bis 10:57 Uhr abgeleitetes CTG zeigte überwiegend eine eingeengte undulatorische Bandbreite bei fehlender Wehentätigkeit. Die Mutter des Klägers wurde daraufhin wieder nach Hause geschickt.
Um 18:00 Uhr kam die Mutter des Klägers erneut auf die gynäkologische Belegabteilung der Beklagten zu 4. Die vaginale Untersuchung ergab: "Portio verbraucht, MM weich, 3-4 cm geöffnet, Kopf in BE, Abgang von dickem grünen FW".
Das ab 18:00 Uhr abgeleitete CTG wies von Anfang an tiefe Dezelerationen (Verlangsamung des kindlichen Pulses) auf. Die Herztonfrequenz ging bis auf 60 Schläge pro Minute herunter. Akzelerationen wies

das CTG nicht auf. Als gegen 18:52 Uhr eine tiefe, lang anhaltende Bradykardie ("Langsamherzigkeit“) abgeleitet wurde, verständigte die Beklagte zu 2 telefonisch den Beklagten zu 3, der die Indikation zur Sectio stellte. 28 Minuten später wurde der Kläger um 19:20 Uhr geboren.
Der Kläger war altersgerecht gewachsen, aber schlaff. Die Apgar-Bewertung lautete 7/9/10, der Nabelschnur-pH-Wert betrug 7,27; der Kläger wog 3.030 g und war 52 cm groß. Es wurden drei Nabelschnur-Umschlingungen sowie ein echter Nabelschnurknoten diagnostiziert, der bereits am Zuziehen war. Der Kläger musste mehrfach tief abgesaugt werden. Nach dem Absaugen fiel ein leichtes Röcheln auf. In der Säuglingskurve findet sich weiterhin der Eintrag, dass der Kläger auch nach dem Baden noch sehr unruhig gewesen ist und leicht geröchelt hat.
Um 00:30 Uhr (10.01.2003) wurde vom Pflegepersonal vermerkt, dass der Säugling schreit und röchelt, woraufhin er umgehend und nochmals um 02:00 Uhr abgesaugt wurde. Aus den Eintragungen der Krankenakte um 05:30 Uhr geht hervor, dass der Kläger noch geröchelt hat, dasselbe gilt für 09:00 Uhr morgens.
Die Beklagte zu 2 saugte um 12:30 Uhr den Kläger nochmals ab und versuchte den Kinderarzt, den Beklagten zu 5 zu erreichen.
Der Beklagte zu 5 erschien um 14.00 in Klinik, untersuchte den Kläger und ordnete die sofortige Verlegung des Klägers in eine Kinderklinik an.
Der verständigte Kindernotarzt traf um 14:30 Uhr auf der Station der Beklagten zu 4 ein und führte die Verlegung auf die Intensivstation der Kinderabteilung des Krankenhauses M.-H. durch. Der Kläger wurde dort um 16:15 Uhr aufgenommen. Als Verlegungsgrund wurde angegeben: transitorische Tachypnoe, und Amnioninfektionssyndrom. Im städtischen Krankenhaus M.-H. wurde sofort mit einer Antibiotika-Therapie über insgesamt 3 Tage begonnen.
In der der Nacht vom 10. auf den 11.01.03 beobachte das Pflegepersonal, dass der Kläger berührungsempfindlich war, sich steif machte, schmatzte, fast die ganze Nacht wach war und öfter kurz aufschrie.
In ärztlichen Dokumentation wurde vermerkt, dass das "Kind neurologisch sehr auffällig: Zittrig, Verdacht auf Krampfanfälle wiederholt mit Blickdeviation nach oben, Überstreckungen, Opisthotonus; wirkt wie Entzugskind"
Am Nachmittag des 11.01.2003 wurden Neugeborenenkrämpfe und neuromotorische Ausnahmezustände festgestellt. Krampfanfälle traten in der Nacht zum 12.01.2003 auf. Daraufhin folgte eine insgesamt 9-tägige Phenobabital-Therapie, nach der zwar keine Krampfanfälle mehr vorlagen, jedoch ein pathologisches EEG.
Am 31.01.2003 wurde der Kläger aus dem Städtischen Krankenhaus M.-H. entlassen.
Am 08.07.2004 wurde ein MRT vom Schädel des Klägers in der Radiologie der Klinikums G. angefertigt und wie folgt befundet:
"Bei Rudi liegt ein kombiniertes Schädigungsmuster vor. Einerseits sind die Perizentralregion beidseits, der laterale Thalamus und das Putamen beidseits geschädigt, was einem typischen Schädigungsmuster bei einer schweren Hypoxie bei einem reif geborenen Kind entspricht. Andererseits liegen auch die typischen Schädigungen einer periventrikulären Leukomalazie vor. Hierbei muss also von einer hypoxischen Schädigung, bei einem Kind am Übergang von der Frühgeburtlichkeit zur termingerechten Geburt, ausgegangen werden. Mit letzter Sicherheit lässt sich der Schädigungszeitpunkt nicht eingrenzen. Es ist jedoch am ehesten ein Schädigungszeitpunkt zwischen etwa der 33. und etwa der 37. Woche anzunehmen."
Bei dem Kläger ist eine schwere geistig-körperliche Behinderung verblieben, die dazu führt, dass der Kläger dauerhaft auf die Hilfe und Pflege angewiesen ist.
Der Kläger hat vorgetragen:
Er sei von den Beklagten behandlungsfehlerhaft vor, während und nach seiner Geburt versorgt worden.
Der Beklagten zu 3 hätte nach seinem Eintreffen sofort in Kenntnis des bereits 1 Stunde-pathologischen-CTG's eine Notsectio innerhalb kürzester Zeit durchführen müssen. Die in den Richtlinien vorgegebene E-E-Zeit sei mit 28 Minuten weit überschritten worden. Darüber hinaus habe er nach der Geburt nicht für eine engmaschige fachärztliche Betreuung gesorgt, insbesondere habe der Beklagte zu 3 nicht auf frühere fachärztliche Behandlung durch einen Kinderarzt gedrängt. Er hätte bereits vor der Durchführung der Sectio die Kinderärztin benachrichtigen müssen, da das pathologische CTG vor Durchführung der Sectio ein Kind mit Atemproblemen habe erwarten lassen.
Der Beklagten zu 5 sei zum einen nicht rechtzeitig vor Ort gewesen und zum anderen habe er das Kind nach Benachrichtigung der Kinderklinik allein gelassen. Er hätte das röchelnde Kind nicht allein lassen dürfen um ggf. auch einzugreifen, falls sich die Situation bis zum Eintreffen der Notärzte verschlechtere.
Die Beklagte zu 4 habe die Versäumnisse des Pflegepersonals zu vertreten, zusammen mit dem insofern auch weisungsberechtigten Beklagten zu 3. Darüber hinaus seien der Beklagten zu 3 erhebliche organisatorische Versäumnisse anzulasten, da sie nicht dafür gesorgt habe, dass per Weisung oder Vereinbarung eine sachgerechte Nachsorge eines Kindes erfolge.
Der Kläger hat beantragt,

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger wegen fehlerhafter Geburtshilfe und postpartaler Nachsorge in der Zeit vom 09.01. - 10.01.2003 ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird zzgl. Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkte über dem Basissatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger den in Folge der behandlungsfehlerhaften Geburtshilfe und postpartaler Nachsorge im01.2003 entstandenen und zukünftig noch entstehenden materiellen Schaden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht aufgrund sachlicher und zeitlicher Kongruenz auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergangen sind bzw. noch übergehen werden.
Die Beklagten haben übereinstimmen beantragt:
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten haben übereinstimmend vorgetragen:
Sie bzw. ihre Mitarbeiter hätten sämtlich lege artis vor, bei und nach der Geburt des Klägers gehandelt.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Hinzuziehung des gynäkologischen Sachverständigen Prof. Dr. M. und des neonatologischen Sachverständigen Prof. Dr. B.
Das Landgericht wies mit Endurteil vom 14.5.2013 die Klage ab und führte zur Begründung aus: Der Kläger habe die von ihm behaupteten ärztlichen Behandlungsfehler der Beklagten bei und nach seiner Geburt am 09.01.2003 auf Grundlage der eingeholten Sachverständigengutachten nicht beweisen können. Der gute Zustand des Kindes nach der Geburt und bei der Ankunft in H. würde zudem nach den Ausführungen des neonatologischen Sachverständigen daraufhin hindeuten, dass es sowohl in den letzten Stunden vor der Geburt wie auch in der Zeit zwischen Geburt und Ankunft in Harlaching keine Ereignisse gegeben habe, die geeignet gewesen wären, die als Narben zu begreifenden Veränderungen im Gehirn zu verursachen, die sich bei der MRT-Untersuchung am 08.07.2004 gezeigt hätten und die das Krankheitsbild des Kindes erklären würden. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die zerebrale Schädigung des Kindes mit Sicherheit nicht ihren Ursprung in Ereignissen der ersten 24 Lebensstunden des Kindes habe und dass keine Versäumnisse in der Überwachung und Behandlung des Kindes in dieser Zeit zu erkennen seien.
Der Kläger legte mit Schriftsatz vom 28.10.2013, eingegangen bei Gericht am 30.10.2013, gegen das ihm am 7.10.2013 zugestellte Urteil Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 7.1.2014.
Der Kläger trägt vor:
Das Landgericht habe die Klage zu Unrecht abgewiesen. Sämtlichen Beklagten sei ein grober Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der geburtsärztlichen Betreuung des Klägers vorzuwerfen.
Das Landgericht sei auf Grundlage der Gutachten des Geburtshelfers Professor Dr. M. und des Neonatologen Professor Dr. B. zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Schädigung des Klägers während oder nach der Geburt ausgeschlossen sei.
Der Sachverständige Professor Dr. B. fokussiere sich auf eine periventrikuläre Leukomalazie und berücksichtige nicht hinreichend, dass in der MRT Befundung des Instituts für Radiologie der L.-M.-Universität vom 8.7.2004 nur „des Weiteren“ eine periventrikuläre Leukomalazie erwähnt sei und die beschriebenen ausgedehnten Läsionen sich in einem Bereich befänden, dessen Schädigung typisch für die Schädigung aufgrund von Asphyxie eines Reifgeborenen sei. Es sei auch nach dieser Befundung nicht ausgeschlossen sondern eher wahrscheinlich, dass eine hypoxische Schädigung um die Geburt herum stattgefunden habe.
Auch wenn man eine Erweiterung im Rahmen periventrikulären Leukomalazie unterstelle, sei offensichtlich, dass eine zusätzliche Hirnschädigung aufgrund einer um die Geburt herum stattgefundenen Hypoxie des reifgeborenen Kindes (entsprechend den Läsionen im Marklager) erfolgt sei und die tatsächlich und konkret vorhandenen Schäden doch überwiegend auf die um die Geburt herum sich ausgebildete Marklagerschädigung zurückzuführen seien.
Die Nachbefundung des MRT’s durch einen dem Prozessbevollmächtigten und den Eltern des Klägers bekannten Neuroradiologen weise zudem aus, dass tatsächlich eine periventrikuläre Leukomalazie gar nicht vorgelegen habe. Weiter sei zu berücksichtigen, dass das Landgericht selbst ausgeführt habe, dass Veränderungen in dem zentralen Marklager beider Großhirnhemisphären dem typischen Muster einer Schädigung des reifgeborenen Gehirns entspräche, welches häufig infolge eines hypoxischen Ereignisses im Rahmen einer fetalen Asphyxie vorkommen könne und zwar als Reifgeborenes unter der Geburt. Gerade diese Veränderungen schlössen aber eine Schädigung in der 34. - 37. SSW aus.
Auch der angeblich gute pH-Wert und der Apgar-Wert sprächen nicht gegen eine Schädigung um die Geburt. Es sei keineswegs so, dass die Apgar-Werte sowie der pH-Wert sicher eine um die Geburt und kurz danach entstandene schädigungswirksame Sauerstoffmangelsituation ausschlössen. Der klinische Verlauf spreche dagegen.
Da sowohl der geburtshilfliche als auch der neonatologische Gutachter und ihnen folgend das Landgericht sich zu Unrecht darauf fokussiert hätten, dass eine Schädigung während der Geburt und kurz danach ausgeschlossen sei, seien auch die Vorwürfe hinsichtlich der Behandlung (CTG-Bewertung, unzureichende zeitliche Sequenz bis zur Kaiserschnittentbindung etc.) in diesem Lichte begutachtet worden

und völlig beeindruckt von der fixierten Annahme einer Vorschädigung unzureichend bis falsch bewertet worden.
Der Beklagte zu 3 hätte sofort die Indikation zur Notsectio stellen müssen. Im Übrigen hätte hier der Entschluss wesentlich früher fallen müssen. Die Hebamme hätte den Arzt wesentlich früher unterrichten müssen, auch mit Blick auf die vorangegangenen CTG's. Gerade das ab 18:00 Uhr nach stationärer Aufnahme geschrieben CTG's sei von Anfang an pathologisch gewesen, so dass die Beklagte zu 2 hier grob behandlungsfehlerhaft nicht rechtszeitig für Facharztpräsenz gesorgt habe.
Bei richtiger CTG-Bewertung hätte der Beklagte zu 3 alles daran setzen müssen um möglichst rasch das Kind durch Kaiserschnitt zu gebären. Durch das nicht behandlungsgerechte Vorgehen der Beklagten zu 2 und durch die verzögerte Sectio bezüglich des Beklagten zu 3 sei es insgesamt zu einer zeitlichen Verzögerung gekommen, die zumindest für den konkreten Hirnschaden mitursächlich geworden sei.
Wenn man das Verhalten der Beklagten zu 2 in der Gesamtschau betrachte, könne dieses Verhalten der Hebamme nur als grob behandlungsfehlerhaft festgestellt werden.
Aber auch der Beklagte zu 3 habe grob behandlungsfehlerhaft die Geburt des Klägers aufgrund offenbarer Verkennung der Notlage verzögert. Die Behandlungsverzögerung von mindestens 8 Minuten habe zumindest mitursächlich zum tragischen Verlauf bei-getragen.
Der Beklagte zu 5 hätte das Kind nicht nach erster Kontrolle und Benachrichtigung der Kinderklinik verlassen dürfen. Es sei grob behandlungsfehlerhaft, einen Patienten, der offensichtlich mit erheblichen klinischen Auffälligkeiten zu kämpfen habe, alleine zu lassen und keine weiteren Befunde zu erheben. Es dürfe einem Kinderarzt schlechterdings nicht unterlaufen, einen Patienten in einer solchen Situation allein zu lassen und darauf zu hoffen, dass bald der Kindernotarzt komme.
Die Beklagte zu 4 habe dieses organisatorische Chaos zu vertreten.
Der Kläger beantragt:
1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger wegen fehlerhafter Geburtshilfe und postpartaler Nachsorge in der Zeit vom 09.01. - 10.01.2003 ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird zzgl. Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkte über dem Basissatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger den in Folge der behandlungsfehlerhaften Geburtshilfe und postpartaler Nachsorge im01.2003 entstandenen und zukünftig noch entstehenden materiellen Schaden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht aufgrund sachlicher und zeitlicher Kongruenz auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergangen sind bzw. noch übergehen werden.
Die Beklagten beantragen übereinstimmend
die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.
Die Beklagte zu 2 trägt vor:
Sie habe lege artis gehandelt. Es sei weder um 10:00 Uhr notwendig gewesen, die Mutter des Klägers dazubehalten, noch sie um 15:30 Uhr einzubestellen, noch den Arzt früher zu benachrichtigen. Es sei auch keine Zeit verloren gegangen, wie sich aus den Ergebnissen der unmittelbar nach der Geburt durchgeführten Untersuchungen ergebe.
Der Beklagte zu 3 trägt vor:
Das Landgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Obgleich nach der vorgeburtlichen CTG keine frühere Sektio notwendig gewesen sei, habe er entschlossen und zielführend gehandelt. Der Zustand des Kindes sei nach der Entbindung unauffällig gewesen. Merkmale für eine geburtsassoziierte hypoxische Hirnschädigung hätten nicht vorgelegen. Seine Zuständigkeit und Behandlung habe mit Abschluss der U1 geendet.
Die Beklagte zu 4 trägt vor:
Das Landgericht habe rechtsfehlerfrei und auf vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage die Klage abgewiesen. Der Einholung eines neuroradiologischen Sachverständigengutachtens habe es mangels Entscheidungserheblichkeit bei eindeutig sorgfaltspflichtgerechtem Vorgehen der Beklagten nicht bedurft. Es sei weder ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen der Pflegekräfte noch ein Organisationsversäumnis nur ansatzweise erkennbar, geschweige denn nachgewiesen.
Der Beklagte zu 5 trägt vor:
Der Kläger zeige weder einen Behandlungsfehler geschweige denn einen groben Behandlungsfehler schlüssig auf. Dass er um 14.00 Uhr in der Klinik erschienen sei, habe am Zeitpunkt der Benachrichtigung gelegen. Er habe die schnelle Verlegung des Klägers in eine Kinderklinik veranlasst. Der Zustand des Klägers habe sich zwischen seinem Eintreffen und der Verlegung bzw. Eintreffen des Kindernotarztes nicht verschlechtert.
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren nimmt der Senat Bezug auf die zwischen den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung erwies sich als unbegründet.
A. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Der Kläger konnte den Nachweis, dass einer der Beklagten bei seiner Geburt behandlungsfehlerhaft vorgegangen ist, nicht führen, selbst einen einfachen Behandlungsfehler unterstellt, vermochte der Kläger eine Kausalität zwischen den jeweils behaupteten Behandlungsfehlern und seiner tragischen Hirnschädigung nicht zu belegen. Da bereits ein Behandlungsfehler nicht festgestellt werden kann, stellte sich die Frage einer Beweislasterleichterung nach den Grundsätzen des groben Behandlungsfehlers nicht. Die Einholung eines Obergutachtens oder weiterer Gutachten ist nicht geboten
I. Der gynäkologische und der neonatologische Sachverständigen haben mit überzeugender und nachvollziehbarer Begründung einen Behandlungsfehler der Beklagten zu 2 (Hebamme), des Beklagten zu 3 (Belegarzt), des Pflegepersonals der Beklagten zu 4 und des hinzugezogenen Kinderarztes (Beklagter zu 5) verneint.
Die Feststellung eines Behandlungsfehlers hat unabhängig von der Frage zu erfolgen, ob der Nachweis der Kausalität zwischen dem behaupteten Fehler und der gesundheitlichen Beeinträchtigung gelingen kann. Ebenso beansprucht der Grundsatz Geltung, dass von einer schwerwiegenden Schädigung nicht auf einen Behandlungsfehler zurückgeschlossen werden darf. Sofern ein Sachverständiger diese Grundsätze nicht beachtet, liegt ein Mangel der Begutachtung vor. Der Senat vermag aber den schriftlichen und mündlichen Ausführungen beider Sachverständiger keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass diese Grundsätze nicht beachtet wurden, so dass der Kernvorwurf der Berufung, die Vorwürfe des Klägers seien beeindruckt von der fixierten Annahme einer Vorschädigung unzureichend bis falsch bewertet worden, nicht durchgreift.
1. Der Kläger vermochte keinen Behandlungsfehler der Beklagten zu 2 zu beweisen.
a) Der Beklagten zu 2 kann nicht vorgeworfen werden, die Mutter des Klägers am 9.1.2000 nach Vorstellung in der Klinik gegen 11:00 Uhr wieder nachhause entlassen zu haben.
Die Beklagte zu 2 hat in der Zeit zwischen 10:08 Uhr und 10:57 Uhr ein CTG abgeleitet und das CTG als unauffällig befundet, sowie eine Kontrolle in zwei Tagen oder bei Wehen oder Blasensprung angeraten. Der gynäkologische Sachverständige Professor Dr. M. kam nach Vorlage des CTG´s zu dem Ergebnis, dass der Befund nicht zu beanstanden ist und erklärte, dass sich aus diesen Aufzeichnungen keine Hinweise auf eine Gefährdung des Kindes durch Sauerstoffmangel ergeben haben. Er hat ausgeführt, dass im CTG eine Herzfrequenz von 140 Schlägen pro Minute erkennbar ist, wobei die Bandbreite in Intervallen von 10 Minuten meist über 6 Schlägen gelegen hat, sowie vereinzelt Akzelerationen aufgetreten sind, jedoch an keiner Stelle Dezeleration kindlicher Herztöne zu finden sind.
Zusammenfassend kommt der Sachverständige Professor Dr. M. zu dem Ergebnis, dass die Entlassung der Klägerin aus dem Krankenhaus am Vormittag des 9.1.2003 gegen keinerlei fachärztlichen bzw. Fachstandards von Hebammen verstoßen hat.
Zu den Ausführungen des Klägers in der Berufung ist anzumerken, dass der Senat nicht die geringsten Zweifel hat, dass Professor Dr. M. für Auswertung von CTG´s fachlich bestens geeignet ist. In der Berufungsbegründung wird die Auswertung in Zweifel gezogen ohne jedoch aufzuzeigen, an welcher Stelle und welche handwerklichen Fehler den Sachverständigen bei der Auswertung unterlaufen sein sollen und inwieweit ein anderer Sachverständiger über überlegenes Fachwissen oder eine weitergehende Kompetenz bei der Auswertung dieser Aufzeichnung verfügen soll. Alleine die Behauptung der Sachverständige habe das CTG falsch ausgewertet, reicht nicht aus, um die Voraussetzung für die Einholung eines weiteren Gutachtens zu erfüllen.
b) Sofern die Darstellung des Vaters des Klägers zutreffen sollte, dass er der Beklagten zu 2 in dem unstrittigen Telefonat gegen 15:30 Uhr berichtet habe, dass bei seiner Frau Wehen aufgetreten seien, bezeichnete es der Sachverständige als Fehler, die Mutter des Klägers nicht sofort in die Klinik eingestellt zu haben. Sofern hingegen der Darstellung der Beklagten zu 2 folgen sei, dass sie ein warmes Bad lediglich für den Fall, dass nur ein Ziehen vorliegt, empfohlen habe, konnte der Sachverständige einen Behandlungsfehler nicht feststellen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Einträge in den vorgelegten Krankenunterlagen gegen die Darstellung des Klägers sprechen. Zum einen ergibt sich aus den Unterlagen der Beklagten zu 2, dass sie am Vormittag bei Eintritt von Wehen eine Kontrolle angeraten hat und zum anderen ist ein derartiger eher abwegiger Rat in den Unterlagen auch nicht dokumentiert. Es kann jedoch, wie unten auszuführen ist, dahingestellt bleiben, ob die Sachdarstellung der Beklagten oder des Klägers zutreffend ist, da ein Zurechnungszusammenhang zwischen einer dann verspäteten Aufnahme in die Klinik und den schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung des Klägers nicht besteht.
c) Nach den Ausführungen des Sachverständigen Professor Dr. M. erfolgte Benachrichtigung des Beklagten zu 3 durch die Beklagte zu 2 rechtzeitig bzw. nicht verspätet.
Diese Bewertung gründet sich auf die sorgfältige Interpretation der ab 18:00 Uhr abgeleiteten CTG´s. Der Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass im Zeitraum bis 18:50 Uhr (und auch darüber hinaus) keine Indikation für eine Notsektio bestanden hat und die verantwortlichen Geburtshelfer von einer ausreichenden Sauerstoffversorgung des Klägers ausgehen konnten. Der Sachverständige legt dar, dass den CTG Aufzeichnungen zwischen 18:00 Uhr und 18:50 Uhr zu entnehmen ist, dass eine Basalfrequenz

zwischen 150 und 160 Schlägen pro Minute bestanden hat, variable kurzfristige Dezelerationen der kindlichen Herzschläge bis auf 90 Schläge pro Minute aufgetreten sind und zwischen den Dezelerationen ausreichende Oszillationsfrequenzen und Amplitude vorhanden waren. Aus der, so der Sachverständige weiter, gebotenen ex ante Sicht bedeuteten die aufgetretenen Dezelerationen aufgrund ihrer Ausbildung und ihres zeitlichen Verlaufes mit hoher Sicherheit keine akute Gefährdung der Sauerstoffversorgung des Kindes. Dabei ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die kindlichen Herztöne nach den Dezelerationen jeweils wieder zu den Normwerten zurückgekehrt sind. Weiter erklärte der Sachverständige, dass auch der Austritt von grünen Fruchtwasser für sich alleine genommen keinen Hinweis auf eine Mangelversorgung von Sauerstoff geliefert hat, da bei 12 % aller Geburten grünes Fruchtwasser beobachtet wird und daher kein verwertbarer Zusammenhang zwischen grünen Fruchtwasser und behandlungsbedürftigen Sauerstoffmangel hergestellt werden kann.
Aus den nachvollziehbar begründeten Darlegungen des Sachverständigen ergibt sich, dass der Zustand des Klägers und seiner Mutter für die Beklagte zu 2 keine Veranlassung gegeben hat, den Beklagten zu 3 unverzüglich bzw. vor 18:50 Uhr zu verständigen.
Ein Behandlungsfehler der Beklagte zu 2 kann daher nicht festgestellt werden. Die abweichende Beurteilung des Klägers beruht darauf, dass er im Gegensatz zu den ausführlichen Darlegungen des Sachverständigen Professor Dr. M. das CTG als pathologisch bewertet. Die abweichende Auffassung des Klägers ist nicht durch Parteigutachten, wissenschaftliche Abhandlungen, Leitlinien oder sonstige nachvollziehbare und überprüfbare Vorhalte belegt und begründet, so dass kein Anlass besteht, ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen.
2. Einen Verstoß des Beklagten zu 3 gegen geburtsfachärztliche Standards konnte der Kläger nicht belegen.
a) Dem Beklagten zu 3 kann nicht vorgeworfen werden, die sogenannte EE-Zeit von 20 Minuten zwischen Indikationsstellung einer Notsektio und der Geburt des Kindes nicht eingehalten zu haben.
Die Überschreitung dieser Zeit kann nur dann einen Vorwurf begründen, wenn objektiv die Indikation zu einer Notsektion vorgelegen hat. Wie oben ausgeführt, hat der Sachverständige bis zur Verständigung des Beklagten zu 3 durch die Beklagte zu 2 eine Indikation für eine Notsektion nicht bestätigen können. Der Sachverständige fährt fort, dass zwischen 18:50 Uhr und 19:00 Uhr lediglich einzelne Dezelerationen bis auf 70 Schläge pro Minute, die über 3-4 Minuten angehalten haben, aufgetreten sind, sich aber anschließend die kindliche Herzfrequenz bis zum Ende der Aufzeichnungen wieder bei 160 Schlägen pro Minute gelegen hat und verweist weiter darauf, dass die Herztöne des Kindes unmittelbar vor dem Schnitt nochmals akustisch geprüft worden sind und bei 130 Schlägen pro Minute im Normbereich gelegen haben. Aus diesen Befunden und Feststellungen ergibt sich nach den Ausführungen des Sachverständigen keine Indikation für eine Notsektion.
Zusammenfassend betont der Sachverständige, dass unter Berücksichtigung aller geburtshilflichen Befunde, insbesondere der CTG Aufzeichnungen, die zu keinem Zeitpunkt mit einer akuten Sauerstoffmangelversorgung vereinbar sind, eine Indikation zu einer Notsektion bestanden hat.
b) Dem Beklagten zu 3 kann nicht als Behandlungsfehler zur Last gelegt werden, dass er zur Geburt nicht vorsorglich einen Kinderarzt beigezogen hat. Der Sachverständige Prof. Dr. M. hat dargelegt, dass die von ihm ausgewerteten Befunde und auch das Absaugen von grünem Fruchtwasser keinen Hinweis auf einen Sauerstoffmangelversorgung geliefert haben und bei dieser Sachlage die vorsorgliche Hinzuziehung eines Kinderarztes nicht geboten und erforderlich war. Die Ausführungen des Sachverständigen sind folgerichtig und beruhen auf der von ihm oben dargelegten Auswertung der geburtshilflichen Befunde.
3. Der Beklagten zu 4 kann ein Behandlungsfehler weder in Form von organisatorischer Fehlern noch in Form eines zurechenbaren Fehlers des von ihr gestellten Pflegepersonals vorgeworfen werden.
Das Pflegepersonal bzw. die das Kind betreuenden Ärzte kann nicht vorgeworfen werden zu spät d.h. erst am Mittag des 10.1.2003 einen Kinderarzt verständigt zu haben.
a) Der neonatologische Sachverständige Professor Dr. B. konnte nach Auswertung der Behandlungsunterlagen keine Fehler bei der Betreuung und Behandlung des Klägers bis zu seiner Verlegung in das Krankenhaus H. feststellen.
Der Sachverständige führte aus, dass ein Röcheln der Atemgeräusche nach einer Kaiserschnittentbindung, bei der es nicht im gleichen Maße zu der Entfernung von Flüssigkeit aus der Lunge komme wie bei einer vaginalen Geburt, nichts ungewöhnliches ist. Weiter nimmt er Bezug auf die Apgar Beurteilung sowie dem ermittelten pH-Wert der Nabelschnurarterie.
Der Sachverständige Prof. Dr. B. hat auch ausführlich zu den Blutgaswerten die am 10.1.2003 um 12:59 Uhr und 14:22 Uhr erhoben worden sind, Stellung bezogen. Er erklärte, dass diese beiden Werten nicht plausibel sind, weil der Sauerstoffwert jeweils gut ist und der pCO2-Wert jedenfalls zu hoch angegeben ist und verweist darauf, dass das Gerät vor dem Blutgaswert um 14:22 ein Fragezeichen gesetzt hat. Er ergänzte, dass wenn tatsächlich eine starke metabolische Azidose vorgelegen hätte, diese über mehrere Stunden angedauert hätte und dann der Wert von 14:22 Uhr um 14:53 Uhr nicht auf normal zurückge-

gangen wäre. Letzterer Wert stimmt nach der Bewertung des Sachverständigen mit dem klinischen Zustand des Kindes überein und entspricht auch dem bei der Aufnahmeuntersuchung in der Kinderklinik festgestellten Wert.
Zu dem Absaugen von grünem Fruchtwasser führte der neonatologische Sachverständige aus, dass es bei 8 % aller Kinder vor der Geburt zum Abgang von Mekonium komme, der zu einer grünlichen Verfärbung des Fruchtwassers führt und harmlos ist. Weiter erklärt er, dass, nur wenn sich große Mengen dieses Mekoniums sich zum Zeitpunkt des ersten Atemzug im Fruchtwasser befinden, es beim ersten Atemzug des Kindes dazu kommen kann, dass das Mekonium in die Lunge eingeatmet wird und die Atemwege verlegt oder verklebt werden und dies zu akuten Atemnot des Kindes unmittelbar nach der Geburt und zwar in der ersten Minute führt. Der Sachverständige schließt jedoch ein Atemproblem des Kindes aufgrund des dritten Apgar Wert von zehn aus.
Den Berufungsangriffen des Klägers ist zu entgegnen, dass es eine reine Spekulation darstellt, dass die Blutwerte nicht aus der Nabelschnurarterie, sondern der Nabelschnurvene entnommen worden sind. Insoweit der Kläger auf den Blutwert um 12:59 Uhr verweist, ist nach den gut begründeten Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. B. dieser Wert nicht plausibel. Die Behauptung des Klägers, dass um 12:59 Uhr eine metabolische Azidose vorgelegen hat, ist daher unzutreffend und würde im Widerspruch zu den weiter erhobenen Blutgaswerten um 14:56 Uhr und den in der Klinik H. erhobenen Werten stehen.
b) Der Sachverständige Professor Dr. B. bewertete die Pflege als völlig ausreichend und verweist darauf, dass in der Pflegedokumentation acht Einträge in einem Zeitraum von 19 Stunden vorhanden sind und dies über die Empfehlungen der maßgeblichen Richtlinien der gynäkologischen Gesellschaft hinausgeht.
4. Dem Beklagten zu 5 kann kein Verstoß gegen fachärztlichen Standard vorgeworfen werden. Der Beklagte zu 5 ist nach seiner Verständigung gegen 14:00 Uhr in der Klinik der Beklagten zu 4 erschienen und hat unverzüglich die Verlegung des Klägers in eine Kinderklinik und die Verständigung des Kindernotarztes angeordnet. Insoweit ist ein fehlerhaftes Verhalten nicht erkennbar. Der Vorwurf, dass der Beklagte zu 5 das Eintreffen des verständigten Kindernotarztes nicht mehr abgewartet hat, greift nicht durch. Der Beklagte zu 5 hat das Kind nicht alleine gelassen, sondern in der Betreuung der Klinik der Beklagten zu 4; im übrigen war das Eintreffen des Kindernotarztes wenige Minuten später auch zu erwarten. Vor dem Hintergrund, dass die Befunde, wie der neonatologische Sachverständige ausgeführt hat, keinerlei Hinweis auf eine Sauerstoffmangelversorgung gegeben haben, keine Akutbehandlung erforderlich war und das Eintreffen des Kindernotarztes in wenigen Minuten zu erwarten war, ist der Vorwurf, der Beklagte zu 5 habe das Kind alleine gelassen, nicht gerechtfertigt.
Im übrigen bestehen nicht die geringsten Anhaltspunkte, dass in den wenigen Minuten zwischen der Veranlassung der Verlegung und dem Eintreffen des Kindernotarztes, sich der Zustand des Kindes verschlechtert hat oder eine kinderärztliche Betreuung erforderlich gewesen wäre. Dagegen sprechen sämtliche Befunde, insbesondere die in der aufnehmenden Kinderklinik vorgenommenen Untersuchungen.
II. Der Kläger konnte nicht den Nachweis führen, dass ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem möglichen Behandlungsfehler der Beklagten zu 2 und der Hirnschädigung besteht. Desweiteren vermochte er auch nicht zu belegen, dass die Hirnschädigung in dem Zeitraum zwischen Aufnahme in die Klinik der Beklagten zu 4 und Verlegung in Kinderklinik eingetreten ist, so dass, selbst wenn ein (einfacher) Behandlungsfehler der Beklagten bewiesen worden wäre, die Klage abzuweisen gewesen wäre.
1. Insoweit der Beklagten zu 2 vorgeworfen werden könnte, dass sie die Mutter des Klägers am 9.1.2003 um 15.30 Uhr behandlungsfehlerhaft nicht sofort in die Klinik einbestellt hat, ist ein Zurechnungszusammenhang nicht gegeben. Eine frühere Aufnahme der Mutter des Klägers in die Klinik hätte nicht zur Folge gehabt, dass eine Indikation zu einer Notsektion bestanden hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich keine andere Situation ergeben hätte, wie bei Aufnahme der Mutter des Klägers um 18:00 Uhr.
2. Sowohl der neonatologische als auch der gynäkologische Sachverständige sind zu dem Ergebnis gekommen, dass aufgrund des guten Zustandes des Klägers nach der Geburt es wenig wahrscheinlich bzw. ausgeschlossen ist, dass es unmittelbar vor der Geburt oder während der Geburt zu der festgestellten Schädigung gekommen ist. Der neonatologische Sachverständige Prof. Dr. B. ist weiter der Auffassung, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Schädigung des Gehirnes innerhalb der ersten 24 Stunden nach der Geburt ausgeschlossen ist und verweist insbesondere auf die Ergebnisse der Blutgasanalysen.
Beide Sachverständigen sehen ihre Auffassung durch die MRT-Befundung vom 8.7.2004 bestätigt. Die Befundung vom 8.7.2004 kommt zu dem Ergebnis, dass bei dem Kläger ein kombiniertes Schädigungsmuster vorliegt, sich mit letzter Sicherheit der Schädigungszeitpunkt nicht eingrenzen lässt und als Zeitpunkt am ehesten die 33. bis 37. Woche anzunehmen ist.
Der Vorwurf des Klägers, die beiden Sachverständigen hätten den Befundbericht vom 9.7.2004 fehlinterpretiert, trifft nicht zu. Der Befund geht von einem kombinierten Schädigungsmuster aus und auf dieser Prämisse beruht die Aussage über den möglichen Schädigungszeitpunkt.
Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der beiden Sachverständigen, dass während und unmittelbar nach der Geburt es zu keiner Sauerstoffmangelversorgung gekommen ist, nicht auf

Grundlage des radiologischen Gutachtens sondern der Auswertung der erhobenen Befunde im Krankenhaus der Beklagten zu 3 erfolgte und sie sich durch den radiologischen Befund vom 8.7.2004 in ihrer Annahme bestätigt sahen.
Die Einschätzung des von dem Kläger namentlich nicht benannten Radiologen betrifft die Auswertung des radiologischen Befundes durch das Institut für klinische Radiologie der L. M. Universität. Die Aussage des Radiologen wird dadurch entwertet, dass sie nicht in Form eines Parteigutachtens eingereicht worden ist und noch nicht einmal der Name des Radiologen benannt worden ist.
Der Einholung eines radiologischen Sachverständigengutachtens bedarf es unabhängig von der Werthaltigkeit der Einschätzung des von dem Kläger zitierten Radiologen nicht, da selbst wenn der Befund anders interpretiert worden werden würde und möglicherweise ein Zusammenhang zwischen der Geburt und der Hirnschädigung hergestellt bzw. nicht ausgeschlossen werden kann, der Anspruch des Klägers daran scheitert, dass ein einfacher Behandlungsfehler geschweige denn ein grober Behandlungsfehler nicht bewiesen werden konnte.
B. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
C. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben. Dem Rechtsstreit kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu.

134. LG Dortmund, Urteil vom 07.05.2014 – 4 O 154/12 – * Anspruch auf Schmerzensgeld gegenüber dem Zahnarzt wegen fehlerhafter Implantatversorgung

Orientierungssatz

1. Die Einbringung des Zahnimplantats ist fehlerhaft, wenn das Implantat in die Kieferhöhle hineinragt. Insofern ist auch bei einer Verbohrung nicht ausgeschlossen, dass das Implantat in die Kieferhöhle gelangt, da mit der Prüfung der Bohrtiefe mittels einer Sonde nicht die Tiefe der Verbohrung geprüft werden kann. Durch die fehlerhafte Einbringung des Implantats ist der Zweck der Interimsversorgung, nämlich die Überbrückung der Einheilphase, nicht erreicht worden.
2. Auch die Hauptimplantatversorgung ist fehlerhaft, wenn der Implantatversorgung keinerlei Vorplanung vorausgegangen ist und es insoweit an Planungsmodellen und einer Schleimhautdickenmessung fehlt, die darauf hindeutet, dass sich der Zahnarzt im Vorhinein mit der Breite des Kieferkamms beschäftigt hat. Zudem ergibt sich die Fehlerhaftigkeit der Behandlung daraus, dass auch ein Hauptimplantat in die Kieferhöhle hineinragt, ein anderes nicht fachgerecht fest im Knochen eingebracht worden und bzgl. weiterer Implantate der Abstand von 3 mm nicht eingehalten worden ist.
3. Im Hinblick darauf, dass aufgrund der fehlerhaften Einbringung der Implantate eine langwierige mehrmonatige Behandlung im Klinikum erforderlich gewesen ist und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Behandlung durch den Zahnarzt nutzlos war, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.000,00 € angemessen.

Tenor

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin (8.767,35 EUR (in Worten: achttausendsiebenhundertsiebenundsechzig 35/100 Euro) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.05.2012 zu zahlen sowie weitere außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 740,18 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.12.2012.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 29 % und der Beklagte zu 71 %.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Tatbestand
Die am 27.04.1952 geborene Klägerin nimmt den Beklagten aufgrund einer zahnärztlichen Behandlung auf Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz in Anspruch.
Die Klägerin war bereits bei dem Praxisvorgänger des Beklagten in Behandlung. Am 04.05.2009 begann die Behandlung durch den Beklagten. Die Klägerin wurde zunächst wegen einer Zyste in regio 23 behandelt. Aus diesem Grunde wurde ein Zahnfilm gefertigt. Im Rahmen der weiteren Behandlung wurde am 06.05.2009 ein OPG gefertigt. Der Beklagte schlug der Klägerin vor, sämtliche Zähne im Oberkiefer zu extrahieren und sie mit einer festsitzenden Prothetik auf einzubringenden Implantaten zu versorgen. Die Klägerin erklärte sich mit der Vorgehensweise einverstanden. Es kam ihr darauf an, eine festsitzende Prothetik zu erlangen.
Am 18.06.2009 wurden sämtliche Zähne im Oberkiefer extrahiert. Ferner wurden provisorische Implantate in regio 14, 12 und 23 eingebracht. Diese sollten interimsweise dazu dienen, die Prothese zu halten. Im

Nachgang zu der Behandlung wurde am 20.08.2009 ein OPG gefertigt. Zu diesem Zeitpunkt war das provisorisch eingebrachte Implantat in regio 23 bereits herausgefallen.
Am 18.09.2009 begann die Hauptbehandlung in Form der Einbringung von Implantaten auf der rechten Oberkieferseite. Nachdem zunächst angeraten worden war 5 Implantate einzubringen, war die Klägerin auf Anraten des Beklagten damit einverstanden, dass nunmehr insgesamt 8 Implantate eingegliedert werden sollten, nämlich 4 auf der linken und 4 auf der rechten Oberkieferseite. Zunächst erfolgte die Einbringung auf der rechten Seite in regio 13, 14, 15 und 16 einschließlich einer Sinusbodenelevation mit Knochenersatzmaterial. Soweit noch provisorisch eingebrachte Implantate verblieben waren, wurden diese entfernt. An dem Behandlungstag wurde ein OPG gefertigt.
In der Folgezeit stellte sich die Klägerin am 01.10.2009 vor. Es wurde eine Schwellung im Oberkieferbereich rechts notiert. Es wurde ein Antibiotikum verordnet. Bei der Folgebehandlung am 05.10.2009 wurde der Verdacht auf ein Infraorbitalabszess in regio 14 geäußert. Es erfolgte eine Inzision und die Anlage von Drainagestreifen. In der Folgezeit schien der Zustand gebessert zu sein.
Am 11.12.2009 begann der Beklagte mit der Implantation im linken Oberkieferbereich einschließlich einer Sinusbodenelevation. Implantiert wurde in dem Bereich 23, 24, 25 und 26. Am gleichen Tag, am 21.12.2009 und am 21.01.2010 wurden OPGs gefertigt.
Ein weiteres OPG wurde am 22.02.2010 gefertigt. Zu diesem Zeitpunkt mussten die Implantate 13, 23, 24 und 25 wieder entfernt werden. Das weitere Implantat im linken Oberkiefer 26 wurde am 03.03.2010 entfernt. Außerdem wurden an diesem Tag drei neue Interimsimplantate eingebracht, um die Prothese zu halten, nämlich in regio 12, 22 und 23. In den Krankenunterlagen ist vermerkt, dass am 31.03.2010 zwei Implantate verloren gegangen seien.
Am 16.04.2010 ist darüber hinaus in den Krankenunterlagen vermerkt, dass die Klägerin beklagte, vier Implantate verloren zu haben. Um welche es sich handelte, ist in der Datei nicht vermerkt. Ferner beklagte die Klägerin, dass sich in regio des Zahnes 26 Flüssigkeit entleere. Der Beklagte stellte fest, dass die Kieferhöhle eröffnet war. An dem Tage wurde ein OPG gefertigt. Außerdem spülte er die Kieferhöhle und brachte eine Membran ein. In welchem Umfang in der Folgezeit Spülungen stattfanden ist streitig. Die Klägerin war ein weiteres Mal am 19.04.2010 in Behandlung sowie am 22.04.2010. An diesem Tage wurde ihr ein Rezept für ein Antibiotikum ausgehändigt. Eine weitere Spülung ist für den 23.04.2010 in den Krankenunterlagen vermerkt. An diesem Tag stellte sich die Klägerin auch bei dem Zahnarzt Q vor, da sie mit der Behandlung nicht zufrieden war.
Am 27.04.2010 begab sich die Klägerin in Behandlung des Klinikums E. Ausweislich des Arztberichtes vom 02.09.2010 erfolgte eine dreiwöchige Antibiotikabehandlung. Am 01.06.2010 konnte in Lokalanästhesie die von dem Beklagten eingebrachte Membran entfernt werden und eine Defektabdeckung in regio 26 bis 27 mittels breitem Rehrmannlappen aus dem Vestibulum durchgeführt werden. Eine weitere Behandlung war erforderlich, weil es in regio 26 zu einer Perforation der Schleimhaut durch eine scharfe Knochenkante kam. Die von dem Beklagten eingebrachten Implantate in regio 14 und 15 (vom Klinikum bezeichnet als 15 und 16) schienen zunächst reizlos eingeheilt. Am 25.09.2010 wurden der Klägerin vier neue Implantate in regio 13, 11, 21 und 22 eingebracht. Das vom Beklagten eingebrachte Implantat in regio 15 wurde freigelegt, aber belassen. Am 09.03.2011 konnte ein Implantat in regio 15 mit einer Klemme herausgezogen werden. Das Implantat in regio 16 schien zu fehlen. Die röntgenologische Befundung ergab, dass dieses Implantat in die Kieferhöhle gewandert war. Zu ergänzen ist hier, dass es sich nach dem Sprachgebrauch in den Krankenunterlagen des Beklagten um die Implantate 14 und 15 handelt. Letzteres Implantat wurde schließlich aus der Kieferhöhle entfernt. Die Behandlung der Klägerin im Klinikum konnte am 18.03.2011 beendet werden.
Danach erhielt sie eine prothetische Versorgung durch C.
Am 19.03.2011 ließ die Klägerin eine Begutachtung ihres Falles durch den Privatsachverständigen G durchführen. Auf dessen Gutachten vom 29.03.2012 (Bl. 31 d. A.) wird verwiesen.
Die Klägerin behauptet, die Behandlung durch den Beklagten sei fehlerhaft erfolgt. Zunächst sei die Indikation für die Einbringung von Implantaten im rechten und linken Oberkiefer falsch gewesen, da kein ausreichendes Knochenangebot vorhanden gewesen sei. Es sei auch in unzureichender Weise augmentiert worden. Der Kieferkamm sei zu schmal gewesen. Bei der Einbringung der Implantate sei auch zu tief gebohrt worden, dadurch sei es zur Perforation gekommen. Es sei insgesamt zu erheblichen Beschwerden mit Schmerzen, Entzündungen und Schwellungen gekommen. Die Nasenhöhle sei perforiert gewesen und sie sei vier Monate lang im Klinikum ambulant behandelt worden. Sie selbst habe das Rauchen während der Behandlung eingestellt. Dies habe nicht zu einem Verlust der Implantate beigetragen. Insgesamt sei ihre Sprach- und Kaufunktion in der Zeit erheblich eingeschränkt gewesen.
Die Klägerin erachtet ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 4.000,00 EUR für angemessen. Ferner verlangt sie die Erstattung von materiellen Schäden, nämlich
für die Behandlung durch I gemäß Rechnung vom 05.10.2011
3.405,89 EUR
für die Behandlung durch C gemäß Rechnung vom 11.10.2010
110,78 EUR

für die Behandlungsunterlagen von Q
19,43 EUR
für die Behandlungsunterlagen des Klinikums E
36,53 EUR
für 25 Fahren zur Behandlung im Klinikum für die Zeit vom 05.05.2010 bis zum 18.03.2011
172,50 EUR
für das Gutachten G
1.500,00 EUR
5.245,22 EUR.

Mit Schreiben vom 27.04.2011 unter Fristsetzung bis zum 25.05.2012 forderte sie den Beklagten zur Zahlung auf.

Darüber hinaus verlangt die Klägerin die Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe einer zweifachen Gebühr nach einem Streitwert von 9.245,22 EUR.

Die Klägerin beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 26.05.2012 zu zahlen,
2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 5.245,22 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.05.2012 zu zahlen,
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie 1.180,48 EUR an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (07.12.2012) zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte behauptet, die Klägerin sei vor der Versorgung ausführlich aufgeklärt worden. Im Übrigen sei die Einbringung der Implantate und der jeweilige Sinuslift ordnungsgemäß erfolgt. Es seien keine Implantate in die Kieferhöhle inseriert worden. Soweit es zu Entzündungen gekommen sei, beruhten diese nicht auf einer fehlerhaften Behandlung. Die Klägerin habe auch das Rauchen nicht eingestellt, was zum Verlust der Implantate beigetragen habe. Im Übrigen sei die Perforation im Bereich des Implantats 26 schicksalhaft. Hinsichtlich des materiellen Schaden sei das Gutachten des Sachverständigen G ungeeignet. Im Übrigen sei die eigene Rechnung des Beklagten über 4.896,79 EUR bis heute nicht bezahlt. Die Klägerin könne nicht beide Implantatversorgungen kostenfrei erhalten. Hilfsweise erklärt der Beklagte die Aufrechnung mit den eigenen Behandlungskosten.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Einholung eines zahnärztlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen E2, das dieser in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Ferner hat die Kammer die Parteien angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin T. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten vom 08.08.2013 (Bl. 114 f. d. A.) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2014 (Bl. 180 f. d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage der Klägerin ist zum größten Teil begründet. Die Klägerin hat gegen den Beklagten gemäß §§ 611, 280, 253, 249 BGB sowie nach Deliktsrecht gemäß § 823, 249, 253 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz in der zugesprochenen Höhe.

Die Kammer ist nach Durchführung der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Behandlung durch den Beklagten fehlerhaft erfolgt ist.

Zunächst ist die grundsätzliche Planung der Behandlung seitens des Beklagten nicht zu beanstanden. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass er nachvollziehbar die Entfernung sämtlicher Zähne im Oberkiefer vorgeschlagen hat. Dies ist von der Klägerin auch nicht beanstandet worden. Ferner zeigten die bereits zu Beginn der Behandlung gefertigten Aufnahmen in Form eines Zahnfilmes und eines OPGs, dass hinsichtlich des Knochens in vertikaler Höhe eine gravierende Einschränkung vorlag, so dass eine Implantation nur mit Hilfe eines Knochenaufbaus möglich sein würde. Aufgrund der schwierigen Ausgangslage war es auch richtig, der Klägerin 8 Implantate vorzuschlagen und nicht nur, wie zunächst besprochen, 5 Implantate einzubringen. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass ein festsitzender Zahnersatz 6 bis 8 Implantate erfordert. 8 Implantate sind bei einer schwierigen Ausgangssituation richtig.

Aufklärungsmängel sieht die Kammer nicht. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass sie eine andere Versorgung gewählt hätte. Im Gegenteil war und ist ihr an einer festsitzenden Prothetik gelegen. Sie war immer bereit, eine Implantatversorgung und auch einen Knochenaufbau - soweit erforderlich - vornehmen zu lassen.

Die Behandlung begann am 18.06.2009 zunächst mit der Extraktion der Zähne und mit der Einbringung von 3 provisorischen Implantaten in regio 14, 12 und 23. Die Versorgung mit Interimsimplantaten war nach Ausführung des Sachverständigen richtig und geeignet. Es sollte nicht nur der Sitz der losen Prothese verbessert werden. Es sollte auch ein Vertikaldruck auf die einzubringenden Implantate verhindert werden. Vor Einbringung dieser Implantate war nicht so eine umfangreiche Planung erforderlich wie vor der Hauptbehandlung. Zwar war es interessant die Breite des Knochens zu kennen. Man hat hier aber die Implantate gleichzeitig mit der Extraktion in den Zwischenräumen zwischen den gezogenen Zähnen

eingebracht, so dass man hier den Knochen während der Einbringung beurteilen konnte. Vorbereitende Maßnahmen fehlen dem Sachverständigen nach seinen Ausführungen deshalb nicht.
Die Kammer folgt den Angaben des Sachverständigen, dass die Einbringung des Implantats in regio 14 fehlerhaft erfolgt ist, weil dieses Implantat in die Kieferhöhle hineinragte. Zwar stellt der Beklagte dieses in Abrede und hat darauf verwiesen, dass er mit einer Sonde die Bohrtiefe geprüft habe. Der Sachverständige hat aber erläutert, dass damit nur die Tiefe der Vorbohrung überprüft werden kann. Die provisorischen Implantate sind dünne Stifte, die selbstschneidend sind. Auch bei einer Prüfung der Vorbohrung ist nicht ausgeschlossen, dass das Implantat in die Kieferhöhle gelangt. Bei der Einbringung selbst mag man dieses nicht feststellen können. Die Kammer hat mit dem Sachverständigen insbesondere das OPG vom 20.08.2009 in Augenschein genommen. Der Sachverständige hat erläutert, dass man auf diesem Bild die Kieferhöhlenbegrenzung genau sehen kann. Selbst wenn die Beurteilung von Röntgenbildern aufgrund ihrer Zweidimensionalität zuweilen schwierig ist und täuschen kann, hat der Sachverständige keine Zweifel daran gelassen, dass das Bild zeigt, dass das Implantat in die Kieferhöhle gelangt ist. Ergänzend hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass er dieses nicht nur aus der Stellung des Implantats schlussfolgert, sondern auch aus der lokalen Entzündungsreaktion, die auf dem Bild zu sehen ist und sich gerade aus der Perforation erklärt. Da dem Beklagten vor Beginn der Behandlung Röntgenaufnahmen vorlagen, hätte er die Länge des Implantates kürzer wählen müssen. Eine andere Möglichkeit wäre gewesen, das Implantat gekippt einzubringen, so dass es nicht in die Kieferhöhle gelangt wäre. Die Einbringung des Implantats war falsch. Es hätte entfernt und ersetzt werden müssen. Das Herausdrehen des Implantats hätte nicht geholfen, da es dann zu weit in den Mundraum hineingestanden hätte.
Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist die Kammer auch davon überzeugt, dass es auf der gegenüberliegenden Seite in regio 23 zu dem gleichen Fehler gekommen ist. Der Beklagte hat ein Implantat der gleichen Länge genutzt. Auch hier zeigt das Röntgenbild, dass eine Einbringung in dem Bereich mit den gleichen Höhenproblemen verbunden war. Da dieses Implantat am 20.08.2009 bereits verloren war, spricht auch nichts dafür, dass dieses gekippt und damit stabilisiert eingebracht worden sein könnte. Vielmehr spricht gerade der Verlust sogar vor dem Implantat 14 zur Überzeugung des Gerichts dafür, dass die Einbringung im Kieferhöhlenbereich unzureichend war.
Die noch verbliebenen Implantate sind dann von dem Beklagten anlässlich der Einbringung der Implantate vom 18.09.2009 entfernt worden. Die lokale Entzündung, die in regio 14 aufgetreten war, hat sich in der Folgezeit zurückgebildet. Ein Zusammenhang mit den späteren Entzündungen ist nicht festzustellen. Festzustellen ist aber, dass der gewünschte Effekt der Interimsversorgung nicht erreicht werden konnte. Die Implantate sollten nämlich eigentlich die Einheilphase überbrücken und der Klägerin eine zumindest teilweise gefestigte Prothetik ermöglichen. Dass die Klägerin durch die lose Prothetik beim Essen und Sprechen behindert war, liegt auf der Hand. Der Vorschlag des Beklagten, die Prothese während der mehrmonatigen Einheilzeit der Hauptimplantate nicht zu tragen, empfindet die Kammer nicht nur im Hinblick auf die Berufstätigkeit der Klägerin als Zumutung. Folge der fehlerhaften Interimsversorgung ist zudem, dass bei der Klägerin am 03.03.2010 eine neue Interimsversorgung mittels dreier provisorischer Implantate erfolgen musste. Wenn diese auch, wie später zu erörtern sein wird, als solche nicht fehlerhaft erfolgt ist, wäre diese bei ursprünglich fehlerloser Behandlung nicht erforderlich gewesen.
Auch bei der Hauptimplantatversorgung hat die Kammer zahlreiche Fehler festgestellt. Zunächst einmal ist mit dem Sachverständigen festzustellen, dass der Implantatversorgung keinerlei Vorplanung vorausgegangen ist. Es fehlen Planungsmodelle und es fehlt eine Schleimhautdickenmessung, die darauf hindeutet, dass sich der Beklagte im Vorhinein mit der Breite des Kieferkamms beschäftigt hat. Soweit er vorgetragen hat, dieses mit der Spitze der Spritze während der Behandlung überprüft zu haben, hat der Sachverständige keinen Zweifel daran gelassen, dass dieses unzureichend ist. Zwar ist es nicht zwingend notwendig mit einer Bohrschablone zu arbeiten. Festzuhalten ist aber, dass keinerlei Vorplanungen seitens des Beklagten festzustellen sind. Auch die Benutzung der Prothese, um den Einbringungsort der Implantate festzulegen, ist sicherlich nicht als ausreichende Planung zu verstehen. Dadurch können allenfalls auf dem Kieferkamm die Insertionsorte festgelegt werden. Eine Führung bei der Bohrung durch die alte Prothese besteht nicht. Der Sachverständige bejaht somit einen Fehler, allerdings keinen groben Fehler bei der Vorplanung. Es gibt zahlreiche Behandler, die erst aufgrund der Situation während der Operation die notwendigen Maßnahmen treffen. Die Kammer kann nicht feststellen, dass sich die fehlende Vorplanung ausgewirkt hat. Zwar fehlt jegliche Dokumentation des Beklagten zur Breite des Kieferkamms. Er selbst hat aber angegeben, dass er die Breite für ausreichend empfunden hat. Obwohl es wünschenswert wäre, ist es immer noch nicht Standard, dass über die Einbringung von Implantaten Berichte geschrieben werden. Die Kammer kann also nicht feststellen, dass die Angaben des Beklagten nicht zutreffend sind.
Die Kammer geht allerdings von handwerklichen Fehlern bei der Einbringung der Implantate im rechten Oberkieferbereich aus. Das Implantat im Bereich 13 ist zu lang gewählt worden. Es ragt in die Kieferhöhle hinein. Zwar hat der Beklagte eine Augmentation in dieser Region behauptet. Die Kammer hat sich aber mit dem Sachverständigen umfangreich mit den vorliegenden Bildern auseinandergesetzt. Insbesondere Bild Nr. 4 aus dem Gutachten mit dem OPG vom 18.09.2009 zeigt, dass die Augmentation (sichtbar als

weißer Ballon oder Wolke) nicht den Bereich in regio 13 abdeckt. Hier ist eine unzureichende Augmentation erfolgt und nur in den vorhandenen Knochen inseriert worden. Dies war fehlerhaft. Es hätte entweder eine umfangreichere Augmentation erfolgen müssen oder ein kürzeres Implantat gewählt werden müssen. Dies war aufgrund der vorliegenden Röntgenaufnahmen auch im Vorhinein zu planen.
Dadurch, dass das Implantat in die Kieferhöhle reichte, ist es nach den Ausführungen des Sachverständigen überwiegend wahrscheinlich zu einer Entzündung gekommen und das Implantat dadurch verloren gegangen.
Hinsichtlich des Implantats in regio 16 hat der Beklagte angegeben, keinen Sinuslift durchgeführt zu haben und das Implantat im eigenen Knochen inseriert zu haben. Dem glaubt die Kammer nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht. Das OPG vom 18.09.2009 zeigt, dass die Augmentation bis in regio 16 stattgefunden hat. Wenn nicht in diesem Bereich inseriert worden wäre, dann wäre ohnehin nur eine schmale Knochenleiste vorhanden gewesen. Das Implantat ist nicht fachgerecht fest im Knochen eingebracht worden. Es steht nicht in der eingebrachten Augmentation. Insbesondere war es nicht so fest eingesetzt, dass es bereits am 03.03.2010, wie geschehen, mit einer Interimsversorgung belastet werden durfte. Auch der Verlust dieses Implantates steht daher mit der fehlerhaften Einbringung und nachfolgenden fehlerhaften Belastung überwiegend wahrscheinlich im Zusammenhang.
Schließlich ist hinsichtlich der mittleren Implantate 14 und 15 festzustellen, dass diese zu nah nebeneinander stehen. Es ist ein Abstand von 3 mm notwendig. Dieser ist nicht eingehalten worden. Wenn der Beklagte nicht über eine entsprechende Erfahrung und Geschicklichkeit verfügte, hätte er eine Bohrschablone verwenden müssen. Die Kammer geht davon aus, dass die Bilder auch aufgrund ihrer Zweidimensionalität nicht täuschen. Auf zahlreichen Röntgenaufnahmen ist zu erkennen, dass die Implantate zu eng stehen. Insbesondere ist auszuschließen, dass sie hintereinander stehen. Da sie selbst 4 mm breit sind, müsste der Kieferkamm dann schon eine Dicke von 10 mm gehabt haben. Dieses ist nach den Ausführungen des Sachverständigen gänzlich unwahrscheinlich. Die Implantate standen so eng, dass sie in eine Versorgung nicht einzubeziehen waren. Theoretisch war es möglich, nur ein Implantat zu entfernen. Letztlich war dies aber nicht möglich. Eines der Implantate ging während der Behandlungszeit im Klinikum verloren. Ein weiteres rutschte in die Kieferhöhle. Ursächlich war dafür nicht die Einbringung der neuen Implantate im Frontbereich. Es handelt sich um eine andere Lokalisation. Auch die Freilegung zur Sichtung hat sicherlich nicht dazu beigetragen. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass sich bereits auf dem OPG vom 25.09.2010 zeigt, dass die Implantate in Bewegung geraten waren. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass die durch die Tangierung der Kieferhöhle gesetzte Entzündung in regio 13 dazu geführt hatte, dass auch die weiteren Implantate nicht einwachsen konnten. Auch die zu enge Einbringung kann dazu beigetragen haben. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Einbringung der Implantate im rechten Oberkieferbereich für die Klägerin aufgrund des Behandlungsfehlers des Beklagten nutzlos war.
Nichts anderes gilt für die Einbringung der Implantate im Oberkieferbereich links. Auch hier fehlt es an jeglicher Vorplanung vor der Einbringung. Wiederum ist festzustellen, dass das Implantat in regio 23 separat neben dem Augmentat eingebracht worden ist und in die Kieferhöhle reicht. Die Kammer schließt dies mit dem Sachverständigen aus dem OPG vom 11.12.2009 und dem Zahnfilmbild Nr. 12 ohne Datum. Es ist auch hier kein Grund zu erkennen, dass vorhandenes Augmentat verloren gegangen sein könnte. Das Implantat 23 steht vielmehr abseits von den anderen.
Hinsichtlich der Implantate 24 und 25 ist nach den Ausführungen des Sachverständigen die Primärstabilität höchst fraglich. Letztlich konnten diese Implantate nicht einheilen. Auch hierfür ist die von Implantat 23 ausgehende Entzündung überwiegend wahrscheinlich. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Implantats Nr. 26, dessen Einbringung als solches nicht zu beanstanden ist. Die Implantatversorgung im linken Oberkiefer war daher für die Klägerin ebenfalls ohne Nutzen.
Im Rahmen der vorgenommenen zweiten Interimsversorgung vom 03.03.2010 kann die Kammer keinen Fehler feststellen. Grundsätzlich war die Einbringung von provisorischen Implantaten geeignet. Der Sachverständige hat lediglich bemängelt, dass keine gleichzeitige Augmentation stattfinden darf. Dass diese tatsächlich durchgeführt worden ist, kann die Kammer aber nicht feststellen.
Schließlich hat sich die Klägerin am 16.04.2010 mit einer Kieferperforation vorgestellt. Hierauf hat der Beklagte ebenfalls fehlerhaft reagiert. Es waren sofortige tägliche Spülungen und eine Antibiotikagabe notwendig. Die Klägerin hat die Praxis des Beklagten mehrfach aufgesucht. Es mag deshalb richtig sein, dass, wie es auch die Zeugin angegeben hat, vielfache Spülungen erfolgt sind. Ein Antibiotikum ist aber erst am 22.04.2010 erfolgt. Insbesondere das Einbringen einer Membran war ungeeignet. Es ist vielmehr fachgerecht die Öffnung gerade groß zu lassen, um einen Abfluss zu ermöglichen. Zur Deckung des Gewebeschadens war die Membran ohnehin nicht geeignet. Die Kammer kann zwar nicht feststellen, dass sich die Entzündung durch die Fehlbehandlung vergrößert hat. Die ordnungsgemäße Behandlungseinleitung hat sich aber um einige Tage bis zur Behandlung durch das Klinikum ab dem 27.04.2010 verzögert.

Insgesamt schloss sich eine langwierige mehrmonatige Behandlung durch das Klinikum an, die auf der fehlerhaften Einbringung des Implantats in regio 23 beruhte und letztlich zu der starken Entzündung und der Perforation im linken Oberkieferbereich geführt hat.
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, das die Kammer mit 7.000,00 EUR veranschlagt hat, hat die Kammer berücksichtigt, dass die gesamte Behandlung durch den Beklagten nutzlos war. Die Klägerin hat zahlreiche Behandlungstermine bei dem Beklagten wahrgenommen. Es sind ihr zweimal Interimsimplantate eingebracht worden und an zwei Terminen jeweils 4 Hauptimplantate im linken und rechten Oberkiefer. Es hat sich nicht nur ein Abszess in regio 13, 14 gebildet, sondern schließlich auch weitere Entzündungen bis hin zur Perforation der Kieferhöhle. Diese zog eine mehrwöchige Antibiotika und mehrmonatige Behandlung im Klinikum nach sich. Das Implantat musste geborgen werden. Während der gesamten Zeit war die Klägerin durch eine lose sitzende Prothetik eingeschränkt. Dass Einschränkungen beim Essen und beim Sprechen vorlagen liegt auf der Hand. Soweit schließlich im Klinikum eine neue Implantateinbringung erfolgt ist, ist dies nicht als Schmerzensgeld erschwerend zu berücksichtigen. Zwar hätte im Bereich der Implantation im Hinterkieferbereich eine Knochenverpflanzung stattfinden müssen. Davon hat die Klägerin aber abgesehen. Wenn man die Behandlung beim Beklagten als schmerzensgeldfähig ansieht, so war die Einbringung der Implantate im Klinikum die ohnehin notwendige Behandlung. Dass die Einbringung von Knochenmaterial im Frontzahnbereich einem Behandlungsfehler geschuldet war, glaubt die Kammer mit dem Sachverständigen nicht. Vielmehr spricht alles dafür, dass das Knochenangebot der Klägerin im vertikalen wie auch im horizontalen Bereich nicht ausreichend war. Die Kammer kann auch keinen groben Fehler im Rahmen der Behandlung feststellen, die hier zugunsten der Klägerin zu einer Beweislastumkehr führen würde.
Im Rahmen der geltend gemachten materiellen Schäden hat die Kammer berücksichtigt, dass die Behandlung seitens des Beklagten für die Klägerin gänzlich nutzlos und ohne Wert war, so dass sie eine Bezahlung der geltend gemachten Rechnung nicht schuldet. Dementsprechend muss sie aber die von ihr gewünschte Implantatversorgung bei I selbst bezahlen. Aus der Rechnung vom 05.10.2011 ist lediglich eine Position erstattungsfähig, die der Freilegung und Sichtung des Implantats 15 gebührt ist, und zwar in einer Höhe von 41,39 EUR.
Die geltend gemachte Rechnung von C in Höhe von 110,78 EUR ist nicht erstattungsfähig. Es ist hier lediglich die Prothese unterfüttert worden. Dass dies aber im Rahmen einer Implantatversorgung notwendig werden kann, ist möglich. Die Kammer kann nicht feststellen, dass dies durch die verzögerte bzw. sich in die Länge ziehende Behandlung notwendig geworden ist.
Erstattungsfähig sind die Kosten für die Anforderung der Krankenunterlagen von Q in Höhe von 19,43 EUR und des Klinikums E von 36,53 EUR.
An Fahrtkosten hat die Kammer insgesamt 170,00 EUR geschätzt. Dabei hat die Kammer die Krankenunterlagen des Klinikums überprüft. Es waren zahlreiche Fahrten zur Behandlung notwendig, wenn auch nicht immer an den in der Klageschrift bezeichneten Daten. Dabei hat die Kammer gesehen, dass die Behandlungstermine teilweise auch der Implantatneuversorgung geschuldet waren. Gleichwohl hat die Kammer die Fahrten zugesprochen, da die Klägerin für die Fahrten zum Beklagten selbst keinen Schadensersatz begehrt hat. Für mindestens 23 gefundene Behandlungstermine, ohne dass dies vollständig sein muss, hat die Kammer für den Zeitraum vom 05.05.2010 bis zum 18.03.2011 einen Schadensersatzbetrag von 170,00 EUR geschätzt.
Die Kammer erachtet auch die Kosten für die Einholung des Privatgutachtens von G in Höhe von 1.500,00 EUR für erstattungsfähig. Zwar sind die Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten im Arzthaftungsprozess gering, so dass nicht jeweils die Einholung eines vorprozessualen Sachverständigengutachtens gerechtfertigt ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Verlust von Implantaten ein typisches Behandlungsrisiko darstellt und oftmals keinen Behandlungsfehler. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Klägerin sich zunächst vorprozessual Sachverständigenrat eingeholt hat, zumal sie nach Angaben ihres Prozessvertreters nicht rechtschutzversichert ist.
Die Kammer hat daher insgesamt an materiellen Schaden einen Betrag von 1.767,35 EUR zugesprochen. Über die seitens des Beklagten geltend gemachte hilfsweise Aufrechnung hat die Kammer nicht entschieden. Nach den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung geht die Kammer davon aus, dass die Aufrechnung ohnehin nur hilfsweise unter der Prämisse geltend gemacht werden sollte, dass der Honoraranspruch nicht entfallen ist.
Der Zinsanspruch hinsichtlich Schmerzensgeld und Schadensersatz folgt aus § 286 BGB. Der Beklagte ist mit Schreiben vom 27.04.2012 unter Fristsetzung bis zum 25.05.2012 gemahnt worden.
Gemäß § 249 BGB hat die Klägerin darüber hinaus einen Anspruch auf Erstattung der vorprozessualen außergerichtlichen Kosten. Der Anspruch konnte allerdings nicht in der geltend gemachten Höhe zugesprochen werden. Der Klägervertreter selbst hat der Klägerin Kosten in Höhe einer 2-fachen Gebühr nur nach einem Streitwert von 5.000,00 EUR in Rechnung gestellt. Nur in dieser Höhe ist daher der Anspruch zugesprochen worden nebst Rechtshängigkeitszinsen gemäß § 291 BGB. Wegen der weiteren Beträge hatte die Klage damit keinen Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.
Dokument 100 von 100

135. LG München I, Urteil vom 07.05.2014 – 15 O 17872/09 – * Amtshaftung: Fehler des Rettungsassistenten bei der Untersuchung und Behandlung eines gestürzten und zwei Tage immobilisierten Notfallpatienten * Orientierungssatz

1. Fordert der Rettungsassistent den Notfallpatienten, der nach einem Sturz 2 Tage auf dem Boden gelegen hat, auf, aufzustehen und einige Schritte zu gehen, stellt dies keinen Behandlungsfehler dar. Eine Immobilisierung ohne akute Erkrankung ist nach heutigem Stand keine Indikation für eine Thromboembolie-Prophylaxe.
2. Ebenso wenig stellt es einen schwer wiegenden Behandlungsfehler dar, dass der Rettungsassistenten den Patienten nicht liegend transportiert hat, um nach zweitägiger Liegedauer ein lungenembolisches Geschehen zu vermeiden.
3. Zur Notfalluntersuchung eines internistischen Patienten gehören die Vitalfunktionen, eine Anamnese und der körperliche Befund. Bei einem Trauma (hier: durch einen Sturz) kommt die schnelle Trauma-Untersuchung (so genannter „Bodycheck“) hinzu.
4. Für die Entscheidung, ob die Alarmierung bzw. Nachalarmierung eines Notarztes erforderlich ist, wird in Deutschland weit überwiegend der Notarzt-Indikationskatalog der Bundesärztekammer angewendet. Dieser entscheidet nach Patientenzustand und Einsatzsituation, ob eine Situation zu vermuten ist, die den Einsatz des Notarztes rechtfertigt.
5. Ein Rettungsassistent hat am Notfallort bis zur Übernahme der Behandlung durch den Arzt lebensrettende Maßnahmen bei Notfallpatienten durchzuführen, die Transportfähigkeit solcher Patienten herzustellen, die lebenswichtigen Körperfunktionen während des Transports zum Krankenhaus zu beobachten und aufrechtzuerhalten sowie kranke, verletzte und sonstige hilfsbedürftige Personen, auch soweit sie nicht Notfallpatienten sind, unter sachgerechter Betreuung zu befördern. Dazu muss er sicher die Kardinalsymptome der tiefen Venenthrombose kennen (Schmerz, Ödem, Zyanose), um zu erkennen, wann er zur Therapie den Notarzt nachfordern muss. Er sollte wissen, dass Immobilisierung, speziell nach Operationen, eine tiefen Venenthrombose begünstigt. Um auch ohne Notarzt die Zuweisung korrekt zu handhaben, muss er auch wissen, dass eine tiefen Venenthrombose das Risiko der Lungenembolie hat und klinisch abgeklärt werden muss, da der Patient, wenn sich der Verdacht bestätigt, heparinisiert werden muss.
6. Die Immobilisierung des Patienten mit einer Venenthrombose jedweder Lokalisation und Morphologie ist nicht indiziert, es sei denn zur Linderung der Beschwerden bei stark schmerzhafter Beinschwellung.

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin zu 1) trägt 75 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Beklagten und der Nebenintervenientin, die Klägerin zu 2) trägt 25 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Beklagten und der Nebenintervenientin.
3. Das Urteil ist für den Beklagten und die Nebenintervenientin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss
Der Streitwert wird auf 209.529,19 EUR festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerinnen machen als Rechtsnachfolgerinnen der Betriebskrankenkasse ... nach § 116 SGB X übergegangene Amtshaftungsansprüche geltend.
Die am ... geborene ... war bei der Betriebskrankenkasse ... versichert. Zu einem nicht mehr näher feststellbaren Zeitpunkt am ... stürzte sie in ihrer Wohnung in der ... in ..., in welcher sie allein lebte. Nach dem Sturz war ... nicht mehr in der Lage aufzustehen.
Am ... nach ... Uhr wurde ... von ihrer Freundin, ... aufgefunden. Diese holte eine Bewohnerin des Hauses, ... herbei, die in Begleitung einer weiteren Nachbarin, ... war.
... war zu diesem Zeitpunkt voll ansprechbar und machte keinen verwirrten Eindruck. Auf Sessel und Kissen bzw. dem Fußboden im Wohnzimmer fanden sich eingetrocknete Blutspuren. Vorerkrankungen von ... waren eine schwere Kniegelenksarthrose und die Folgen einer Hirnblutung vor einigen Jahren.
Kurze Zeit später erschienen die beiden Rettungsassistenten ... und ... der Ambulanz ... Diese konnten sich mit der orientierten ... unterhalten und von ihr Auskünfte über ihr Befinden und zu ihren Vorerkrankungen einholen. ... schilderte den Rettungsassistenten zudem die näheren Umstände des Auffindens.
Die Rettungsassistenten ... und ... halfen ... zunächst, sich auf einen Hocker zu setzen, wobei ... dabei kurz aufschrie. Anschließend wuschen die Rettungsassistenten dort ... und kleideten sie neu ein. Darüber hinaus erhielt ... ein Glas Wasser. ... war zu diesem Zeitpunkt noch bei klarem Bewusstsein. ... wies auf

das getrocknete Blut hin, woraufhin die Rettungsassistenten antworteten, dass "Nasenbluten immer so schlimm aussehen würde". Die Rettungsassistenten wollten ... zur genaueren Untersuchung in das Krankenhaus mitnehmen, was diese zunächst ablehnte. Schließlich war ... aber doch bereit, sich mit dem Rettungswagen ins Krankenhaus fahren zu lassen. Die Rettungsassistenten ... und ... legten zu diesem Zeitpunkt noch keinen venösen Zugang, ebenso legten sie zu diesem Zeitpunkt weder EKG-Elektroden zur Messung der Herzströme an noch verabreichten sie ... Sauerstoff über eine Nasensonde/Maske.
Anschließend ging ... 3 bis 5 Meter zum Treppenaufgang, wo ein Tragesitz bereit stand. ... äußerte die Bitte, langsam gehen zu dürfen, da sie Schmerzen in den Beinen verspüre. Von den Rettungsassistenten erfolgte in diesem Zusammenhang die Äußerung, dass Bewegung bei Arthrose gut sei. Beim Hinuntergehen klagte ... zunächst über Schwindelgefühl.
Auf dem Weg zum Rettungswagen verschlechterte sich der Zustand von ... akut. Sie wurde bewusstlos und es kam zu einer kardiopulmonalen Krise, woraufhin die Rettungsassistenten einen Notarzt nachforderten.
Die Rettungsassistenten sicherten bis zum Eintreffen der Notärztin ... die Atemwege der Patientin, führten eine initiale Maskenbeatmung mit Sauerstoff durch, eine endotracheale Intubation und anschließende Tubusbeatmung, eine kardiale Diagnostik mittels EKG, eine parenterale Flüssigkeitssubstitution und eine medikamentöse Therapie mittels intravenöser Infusion, Adrenalin- und Atropingabe sowie eine intermittierende geschlossene Herzdruckmassage. ... wurde zunächst von den Rettungsassistenten, dann von der Notärztin reanimiert.
Die Notärztin ... kam hinzu, als bei ... bereits eine akute kardiopulmonale Dekompensation eingetreten war. Es erfolgte eine Informationsübergabe von den Rettungsassistenten an die Notärztin, wobei ein Sturzereignis verneint wurde. Die Notärztin überprüfte die durchgeführten Maßnahmen und führte diese weiter.
Nachdem die Reanimation vorläufig geglückt war, wurde ... in das Krankenhaus ... verbracht, wo sie stationär behandelt wurde. Während des Transports waren die weitere medikamentöse Therapie mittels Katecholamingabe sowie die künstliche Beatmung mittels maschineller Ventilation zur Aufrechterhaltung der Kreislauffunktion notwendig.
Am 5.7.2008 verstarb ...
Die Klägerinnen tragen vor, dass sie die Rechtsnachfolgerinnen der Betriebskrankenkasse ... als Krankenkasse und Pflegekasse seien.
... habe den Damen ... und ... in ihrer Wohnung mitgeteilt, dass sie seit zwei Tagen liege und man ihr helfen möge, aufzustehen. ... habe gesagt, sie solle liegen bleiben, es würde Hilfe geholt, und habe den Notruf alarmiert. ... habe trotz heftiger Verneinung, gehen zu können und trotz heftiger Schmerzen zu dem Transportsitz am Treppenaufgang laufen müssen, dabei sei sie immer blasser geworden, habe im Transportsitz nicht mehr reagiert und sei beim Heruntertragen "weggesackt". ... habe selbständig für den bevorstehenden Krankenhausaufenthalt die dafür benötigten Utensilien zusammengesucht. Aufgrund der eingetrockneten Blutspuren sei bereits in der Wohnung von ... ein nicht unerhebliches Blutungsausmaß festzustellen gewesen.
Der Beklagte bzw. die Rettungsassistenten ... und ... hätten vorliegend schwerwiegende Behandlungsfehler begangen, wobei hier der medizinische Sorgfaltsmaßstab anzuwenden sei – unabhängig von der Frage, ob ärztliches oder nichtärztliches Personal im medizinischen Bereich tätig geworden sei. Es sei behandlungsfehlerhaft gewesen, dass die Rettungssanitäter ... nach zweitägiger Liegedauer und trotz Vorliegens einiger Risikofaktoren veranlasst hätten, aufzustehen und einige Schritte zu gehen. Ebenso sei es behandlungsfehlerhaft gewesen, ... nicht liegend, sondern sitzend zu transportieren. Das Aufsetzen von ... sei als Verstoß gegen elementare Regeln der Medizin zu betrachten. Der Beklagte habe es zudem unterlassen, die für die Einschätzung des Krankheitsbildes von ... wesentlichen Befunde zu erheben (Feststellung der Bewusstseinslage und der Atmung, Überprüfung der Kreislauffunktion und anschließende Sicherung der Kreislauffunktion). Die Rettungsassistenten hätten dann nämlich erkennen können, dass die Mobilisierung mit gravierenden Komplikationen verbunden sein könnte. Es sei weiter fehlerhaft gewesen, dass der Verstorbenen nach Befundung der Situation nicht Sauerstoff über eine Nasensonde/Maske verabreicht worden sei. Die Rettungsassistenten hätten vorliegend zudem das Eintreffen des Notarztes abwarten müssen oder den Notarzt selbst herbeirufen müssen, v. a. vor dem Hintergrund, dass keine akute Eile geboten gewesen sei (Übernahmeverschulden). Die schweren Behandlungsfehler seien auch kausal für die Gesundheitsschäden von ... gewesen. ... habe rechtsseitig eine Beinvenenthrombose erlitten. Infolge der Mobilisierung durch die Rettungsassistenten habe sich ein Thrombus gelöst, der zu einer Lungenembolie und diese wiederum zu einem Herzstillstand mit einem anschließenden hypoxischen Hirnschaden sowie mit einem schweren neurologischen Defektsyndrom geführt habe. Infolgedessen habe ... bis zu ihrem Ableben in der maximalen Pflegestufe betreut werden müssen. Ihnen seien dadurch Aufwendungen nach dem SGB V (stationärer Klinikaufenthalt, stationäre und vorstationäre Behandlungseinheiten, Hilfsmittelkosten und Heilmittelkosten) in Höhe von insgesamt 209.529,19 EUR entstanden.

Mit Schreiben vom 17.12.2009 hat der Beklagte der Nebenintervenientin den Streit verkündet. Die Nebenintervenientin ist mit Schreiben vom 10.2.2010 dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetreten.
Mit Schreiben vom 18.3.2010 haben die Klägerinnen der Nebenintervenientin den Streit verkündet.
Mit Schriftsatz vom 22.6.2010 (Bl. 89/91 d. A.) haben die Klägerinnen die Klage erweitert.
Die Klägerinnen beantragen zuletzt:
I. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu 1) den kongruenten Regressschaden in Höhe von 158.719,23 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 128.451,14 EUR seit dem 31.8.2008 sowie aus weiteren 30.268,09 EUR seit dem 23.6.2010 zu zahlen.
II. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu 2) den bezifferbaren kongruenten Regressschaden in Höhe von 50.809,96 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 16.548,86 EUR seit dem 31.8.2008, aus weiteren 24.979,14 EUR seit dem 3.4.2009 sowie aus weiteren 9.281,96 EUR seit dem 23.6.2010 zu zahlen.
Der Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen,
Klageabweisung.
Der Beklagte trägt vor, der Gesundheitszustand von ... habe sich erst nach der Umlagerung auf die Trage des Rettungswagens akut verschlechtert und erst dann sei ... bewusstlos geworden ... habe zudem noch am Unfallort keine weitergehende Untersuchung durch die Rettungsassistenten gewünscht. Die Rettungsassistenten hätten initial die Kreislaufparameter RR 140 mmHg, Puls 115/min, AF 14, SpO2 89 % gemessen. Die von den Rettungsassistenten durchgeführte Untersuchung habe neben einer Druckstelle am Steißbein und im Bereich der rechten Hüfte keine Anhaltspunkte für weitere Verletzungen ergeben. Neurologische Defizite oder Durchblutungsstörungen an den Beinen seien nicht festzustellen gewesen. Die Rettungsassistenten hätten vorliegend sämtliche Anforderungen erfüllt, die von einem besonnenen und gewissenhaften Rettungsassistenten in der maßgeblichen ex ante Situation zu fordern gewesen seien.
Darüber hinaus seien die Ansprüche der Klägerinnen ohnehin verjährt, da die Betriebskrankenkasse ... bereits im Jahr 2005 von einer angeblichen Fehlbehandlung bei ... Kenntnis erlangt habe.
Mit Beschluss vom 27.9.2010 (Bl. 114/117 d. A.) hat das Gericht Hinweise erteilt.
Das Gericht hat aufgrund Beweisbeschlusses vom 27.9.2010 (Bl. 114/117 d. A.) Beweis erhoben über die Auffindesituation und Erstversorgung von ... am ... durch die Einvernahme der Zeugen ... und ... in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2011. Weiter hat das Gericht aufgrund Beweisbeschlusses vom 4.5.2011 (Bl. 168/169 d. A.) und 25.3.2013 (Bl. 237/239 d. A.) Beweis durch die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und eines Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen ... (Facharzt für Anästhesiologie, Zusatzbezeichnung Notfallmedizin) und durch die mündliche Anhörung des Sachverständigen ... in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013.
Hinsichtlich der Ergebnisse der Beweisaufnahmen wird auf das Sitzungsprotokoll vom 2.2.2011, das schriftliche Gutachten von ... (Bl. 196/210 d. A.), auf die Stellungnahmen von ... vom 19.10.2012 (Bl. 211 d. A.), 6.5.2013 (Bl. 247 d. A.), auf das Ergänzungsgutachten von ... (Bl. 243/246 d. A.) sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 18.12.2013 Bezug genommen.
Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 23.6.2010, 2.2.2011 und 18.12.2013 verwiesen.
Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Klage ist unbegründet.
I. Die Klägerinnen sind Rechtsnachfolgerinnen der Betriebskrankenkasse ... und mithin aktivlegitimiert. Zum 1.1.2007 fusionierte die ehemalige ... mit der ... Die ... beinhaltet eine Krankenkasse (... und eine Pflegekasse ..., vgl. Newsletter ... vom 16.2.2009/Nr. 02, Auszug aus dem Geschäftsbericht, siehe Anlagen zum Schriftsatz der Klageseite vom 16.2.2010.
II. Die Klägerinnen haben gegen den Beklagten als Träger des Rettungsdienstes "... keinen Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG i. V. m. § 116 SGB V. Eine (kausale) Amtspflichtverletzung in Form von Behandlungsfehlern der Rettungsassistenten ... und ... konnte durch die Klägerinnen nicht nachgewiesen.
1. Das Gericht hat Beweis erhoben zur Auffindesituation am 4.7.2005 durch die Einvernahme der Zeugen ... und ... Die Zeugin ... war zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme bereits verstorben. Auf die Einvernahme der Zeugin ... haben die Parteien übereinstimmend verzichtet. Die ladungsfähige Anschrift der behandelnden Notärztin ... war laut Nebenintervenientin nicht zu ermitteln (vgl. Bl. 114 d. A.). In der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 haben sämtliche Parteivertreter zudem auf die Wiederholung der bisherigen Beweisaufnahme verzichtet.
Die ... gab in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2011 an, dass ... bei ihrem Eintreffen in ihrer Wohnung leicht bekleidet auf dem Boden auf dem Rücken gelegen und um Mund und Nase blutverschmiert gewesen sei. ... sei aber voll ansprechbar und orientiert gewesen und habe ihr gesagt, dass sie bereits seit zwei Tagen liege. ... habe zu ihr gesagt, dass sie sie hochheben solle. Dies habe sie abgelehnt. Sie habe dann aus der Wohnung von ... deren Hausarzt angerufen und mit der Sprechstundenhilfe gesprochen,

was sie machen solle. Diese habe Rücksprache mit dem Arzt genommen und ihr gesagt, sie solle den Notarzt verständigen. Diesen habe sie dann angerufen. Über spezifische Schmerzen habe ... nicht geklagt. Auf einem Sofakissen sei ein ungefähr handgroßer Blutfleck gewesen und an dem Sofa, neben dem ... gelegen sei, habe sich ein ca. 30 x 30 cm großer Blutfleck befunden. Sie habe den Personen vom Rettungsdienst gesagt, dass ... seit zwei Tagen dort liege. Die Personen vom Rettungsdienst hätten dann übernommen, sie habe sich zurückgezogen. Die Sanitäter hätten ... aufgehoben und auf einen Hocker gesetzt. Dabei habe ... aufgeschrien und sinngemäß gesagt: "Aua, mein Knie". Ihrer Erinnerung nach habe die Untersuchung durch die Sanitäter ca. 5 min. gedauert. Später sei ... angezogen gewesen und habe eine Jacke angezogen. Wer die Bekleidung für sie zusammengesucht habe oder ob sie das noch selbst gemacht habe, wisse sie heute nicht mehr. Die Sanitäter hätten ... mitnehmen wollen, zunächst habe ... sich geweigert. Die Sanitäter hätten dann gesagt: "Wir nehmen sie zur Beobachtung mit." ... sei dann mit Hilfe der Sanitäter aufgestanden, dabei sei sie von den Sanitätern gehalten worden. Sie habe ein schmerzverzerrtes Gesicht gemacht und über Schmerzen im Knie gejammert. Sie habe dabei ihre Gesichtsfarbe verloren und sei blass geworden. Zu diesem Zeitpunkt sei noch keine Tragehilfe vor Ort gewesen. Die Sanitäterin habe sinngemäß gesagt, "Bewegung sei gut bei Arthrose". Einer der Sanitäter sei dann nach unten gegangen und habe einen Stuhl geholt, in den ... gesetzt worden sei. Sie sei dann hinunter getragen worden. Nach dem ersten Absatz, ca. 8 Stufen, sei sie in sich zusammengesackt. Ihr Kopf sei nach vorne gesackt und ihre Hände habe sie nicht mehr halten können. Hier sei sie von den Sanitätern barsch angefahren worden: "... halten Sie ihre Hände bei sich". Sie habe daraufhin sinngemäß gesagt: "Ich schwimme".
Die Sanitäter hätten ... dann weiter nach unten getragen. Sie sei oben an der Wohnung von ... geblieben und habe nochmals kurz vom Balkon aus nach unten gesehen, ihr Eindruck sei gewesen, dass ... "weg" gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei ... aber bereits auf einer Trage gelegen.
Die ... sagte in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2011 aus, dass ihrer Erinnerung nach die Patientin am Boden gelegen sei und nicht mehr aufstehen habe können. Als Vorerkrankung sei eine Arthrose im Knie genannt worden. Die Patientin habe geäußert, dass sie zwei Tage zuvor Nasenbluten gehabt habe und seit zwei Tagen liege. Auf dem Teppich, nahe beim Kopf der Patientin, hätte sich ein getrockneter Blutfleck von ca. 30 cm Durchmesser befunden. Im Gesicht unterhalb der Nase habe sie getrocknetes Blut festgestellt, sonst sei ihr kein Blut aufgefallen. Sie hätten die Patientin dann körperlich untersucht, einen Bodycheck durchgeführt, Blutdruck und Puls gemessen, das Knie untersucht – es sei steif gewesen –, die Patientin auf die Seite gedreht, wobei ihnen Druckstellen am Steißbein aufgefallen seien. Sie hätten den gesamten Körper nach Schmerzstellen abgetastet. Die Patientin habe über Schmerzen in dem Bein wegen ihrer Arthrose geklagt. Die Patientin habe ihr gesagt, dass dies für sie bekannte Schmerzen seien. Sie habe dann eine Anamnese durchgeführt, Fragen nach anderen Beschwerden habe die Patientin verneint. Sie habe Vorerkrankungen und die aktuelle Medikation abgefragt. An Vorerkrankungen sei eine überstandene Hirnblutung relevant gewesen. Hinsichtlich der Medikation sei sie auf eine Medikamentenschachtel verwiesen worden, die sie sich dann geholt habe. Sie habe folgende Messwerte bei der Patientin in der Wohnung festgestellt: RR 140, Puls 115/min, AF 14, SpO2 89 %.
Sie hätten die Patientin dann auf einen Stuhl gesetzt, ihr Kollege habe dann ein Tuch befeuchtet und ihr das Blut vom Gesicht gewischt. Sie hätten zu ihr gesagt, dass sie sie ins Krankenhaus bringen würden. Dies habe sie zunächst nicht gewollt, nach einer kurzen Diskussion habe sie schließlich eingewilligt. Die Patientin habe selbst die Wäsche für den Krankenhausaufenthalt zusammengepackt.
Ihre Kollegen hätten dann einen Tragestuhl geholt und die Patientin sei umgelagert worden. Die Patientin sei am Treppenabsatz in den Tragestuhl gesetzt worden. Bis dahin habe sie selbst laufen wollen. Nach ca. einem Stockwerk auf dem Weg nach unten habe die Patientin gesagt: "Mir ist schwindelig" und sei zur Seite gekippt. Sie sei jedoch noch ansprechbar gewesen. Sie hätten die Patientin dann auf die Trage umgebettet, auch dort sei sie noch ansprechbar gewesen. Nach dem Verladen in den Transporter sei sie bewusstlos geworden. Sie habe die Patientin daraufhin intubiert, ihr Kollege habe Atropin aufgezogen und gegeben. Sie hätten sie dann auch an die Beatmungsmaschine angeschlossen. Für ca. 10 Sekunden hätten sie eine Herzdruckmassage durchführen müssen. Es sei dann auch verdünnt Adrenalin gegeben worden. Als die Patientin bewusstlos geworden und sobald sie einigermaßen versorgt gewesen sei, hätten sie den Notarzt nachgefordert.
Der ... gab in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2011 an, dass die Patientin im Wohnzimmer auf dem Boden auf dem Rücken gelegen sei und ihnen gegenüber erklärt habe, dass sie seit 2 Tagen liege. Sie sei wegen ihrer Arthrose im Knie gestürzt und habe sich nicht mehr aufrichten können. Sie hätten ihr aufgeholfen. Vorher hätten sie einen Bodycheck durchgeführt und die Patientin kurz befragt. Sie hätten sie dann auf einen Hocker gesetzt, Blutdruck und Puls gemessen. Die Patientin habe getrocknetes Blut an der Nase gehabt. An weiteres Blut in der Wohnung habe er heute keine Erinnerung mehr. Sie hätten die Patientin dann gesäubert. Die Patientin habe keine äußeren Verletzungen aufgewiesen, aber über Schmerzen im Knie geklagt. An den Beinen seien ihnen nur Verdickungen und Vergrößerungen am Kniegelenk aufgefallen, das sei auch zu erwarten gewesen, nachdem die Patientin eine Arthroseerkrankung im Knie angegeben habe. Ansonsten sei ihnen an den Beinen nichts aufgefallen, insbesondere seien

diese nicht unterschiedlich temperiert, unterschiedlich dick oder dünn gewesen. Äußere Verletzungen oder Druckstellen an den Beinen habe er ebenfalls nicht feststellen können.
Sie hätten die Patientin ins Krankenhaus bringen wollen, was die Patientin zunächst nicht gewollt habe. Sie hätten die Patientin dann jedoch überzeugt. Die Patientin habe zusammen mit ... ihre Sachen zusammengesucht. Er habe dann einen Tragestuhl geholt. Sie hätten ... auf den Tragestuhl gesetzt und nach unten gebracht, kurz vor dem Ausgang sei der Patientin im Treppenhaus schwindlig geworden. Sie hätten sie dann auf die Trage umgebettet. Dann sei die Patientin in den Rettungswagen eingeladen worden. Dabei sei eine Zustandsverschlechterung eingetreten, die eine Notfallbehandlung erfordert habe. Sie hätten dann sämtliche Vitalfunktionen überprüft und intubiert, Sauerstoff gegeben, einen venösen Zugang gelegt, kurzfristig reanimiert (zwischengedrückt), Medikamente verabreicht und den Notarzt alarmiert. Dieser sei nach ca. 5 Minuten eingetroffen.
Die Kammer hat keine Zweifel den Angaben der Zeugen ... und ... Glauben zu schenken. Die Zeugen machten detaillierte und nachvollziehbare Angaben. Die Zeugen waren auch bemüht die Angaben so zu machen, wie sie ihnen noch erinnerlich waren und gaben an, wenn sie sich an manche Vorfälle nicht mehr erinnern konnten. Belastungs- oder Entlastungeifer legten die Zeugen nicht an den Tag. Bei der Zeugin ... handelt es sich um die frühere Nachbarin der verstorbenen ... welche erkennbar kein Interesse am Ausgang des Verfahrens hatte. Auch bei den Zeugen ... und ... war kein Interesse am Ausgang des Verfahrens zu erkennen. Die Zeugin ... war zudem zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme am 2.2.2011 nicht mehr für den Beklagten tätig ist. Darüber hinaus stimmen die Angaben der Zeugen ... und ... in den entscheidungsrelevanten Punkten überein, was wiederum für deren Glaubhaftigkeit spricht, nachdem es sich um Zeugen der Klage- und der Beklagtenseite handelt.
Die Kammer legt aufgrund der glaubhaften und im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben der Zeugen ... und ... und dem unstreitigen Parteivorbringen ihrer Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde: ... wurde am ... nach ... Uhr von ihrer Freundin ... und ihren Nachbarinnen ... und ... aufgefunden. ... teilte den drei Frauen mit, dass sie seit zwei Tagen liege und man ihr helfen möge, aufzustehen. ... sagte, sie solle liegen bleiben, es würde Hilfe geholt, und alarmierte den Notarzt. ... war voll ansprechbar und machte keinen verwirrten Eindruck. In unmittelbarer Nähe zu ... befand sich ein ca. 30 cm großer Blutfleck. Vorerkrankungen waren bei ... eine schwere Kniegelenksarthrose und die Folgen einer Hirnblutung vor einigen Jahren.
Kurze Zeit später erschienen die beiden Rettungsassistenten ... (nunmehr ... und ... der .... Diese konnten sich mit der orientierten ... unterhalten und von ihr Auskünfte über ihr Befinden und zu ihren Vorerkrankungen einholen. Die Medikation entnahm die Rettungsassistentin ... der Medikamentenschachtel: Simvastatin, Calcium, Ibuprofen, Activelle, Mylepsinum.
... teilte den Rettungsassistenten auch mit, dass sie gestürzt ist, bereits seit zwei Tagen liegt und vor zwei Tagen Nasenbluten hatte. Die Rettungsassistenten maßen sodann initial die Kreislaufparameter: RR 140 mmHg, Puls 115/min, AF 14, SpO2 89 %.
Die von den Rettungsassistenten durchgeführte Untersuchung (Bodycheck) erbrachte neben einer Druckstelle am Steißbein und im Bereich der rechten Hüfte sowie ein steifes Knie keinen Anhaltspunkt für weitere Verletzungen, neurologische Defizite oder Durchblutungsstörungen an den Beinen. ... klagte gegenüber der Rettungsassistentin ... über Schmerzen im Knie, die ihr jedoch wegen ihrer Kniearthrose bekannt waren. Als Vorerkrankung gab sie eine überstandene Hirnblutung an. Neurologische Defizite oder Durchblutungsstörungen an den Beinen waren nicht festzustellen. Ein venöser Zugang wurde zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelegt, ebenso wenig wurden zu diesem Zeitpunkt EKG-Elektroden zur Messung der Herzströme angelegt oder Sauerstoff über eine Nasensonde/Maske verabreicht.
Die Rettungsassistenten halfen ... auf und setzten sie auf einen Hocker. Dabei schrie ... auf und sagte: "Aua, mein Knie." ... wurde dann gewaschen und neu eingekleidet. Zu diesem Zeitpunkt war ... noch bei klarem Bewusstsein. Die Rettungsassistenten wollten ... zur genaueren Untersuchung in ein Krankenhaus mitnehmen, was diese zunächst nicht wollte. Allerdings war ... schließlich doch bereit, sich mit dem Rettungswagen ins Krankenhaus fahren zu lassen. ... suchte zusammen mit der Rettungsassistentin ... die für den bevorstehenden Krankenhausaufenthalt erforderlichen Utensilien zusammen. Anschließend ging ... unter Schmerzen einige Meter zum Treppenaufgang, wo ein Tragesitz bereit stand. Beim Hinuntergehen klagte ... zunächst über Schwindelgefühl und sackte dann in sich zusammen. Während des Hinuntertragens, spätestens aber beim Verladen in den Transporter wurde sie bewusstlos. Es kam zu einer kardiopulmonalen Krise, woraufhin die Rettungsassistenten ... und ... einen Notarzt nachforderten. Die Notärztin ... kam hinzu, als bei ... bereits eine akute kardiopulmonale Dekompensation eingetreten war. ... wurde zunächst von den Rettungsassistenten, dann von der Notärztin reanimiert. Hierbei sicherten die Rettungsassistenten bis zum Eintreffen der Notärztin die Atemwege der Patientin, führten eine initiale Maskenbeatmung mit Sauerstoff durch, eine endotracheale Intubation und anschließende Tubusbeatmung, eine kardiale Diagnostik mittels EKG, eine parenterale Flüssigkeitssubstitution und eine medikamentöse Therapie mittels intravenöser Infusion, Adrenalin- und Atropingabe sowie eine intermittierende geschlossene Herzdruckmassage. Beim Eintreffen der Notärztin hatte sich die Patientin auf niedrigem Niveau kardial stabilisiert. Es erfolgte eine Informationsübergabe von den Rettungsassistenten an die

Notärztin, wobei ein Sturzereignis verneint wurde. Die durchgeführten Maßnahmen wurden von der Notärztin überprüft und weitergeführt.
Nachdem die Reanimation vorläufig geglückt war, wurde ... in das Krankenhaus ... verbracht, wo sie stationär behandelt wurde. Während des Transports waren die weitere medikamentöse Therapie mittels Katecholamingabe sowie die künstliche Beatmung mittels maschineller Ventilation zur Aufrechterhaltung der Kreislauffunktion notwendig.
2. Die Klägerinnen werfen den Rettungsassistenten ... und ... eine Vielzahl von Behandlungsfehlern vor. Daher ist als Haftungsmaßstab das ordnungsgemäße Verhalten eines Rettungsassistenten der Entscheidung zugrunde zu legen und nicht eines Rettungsarztes. Zudem wurde bei der Leitstelle keine notärztliche Behandlung angefordert, vielmehr gab die Mitteilerin ... bei der Leitstelle an, dass ... bei klarem Bewusstsein ist.
Die Kammer hat zu den einzelnen, von den Klägerinnen vorgetragenen Behandlungsfehlern Beweis erhoben durch die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens (Bl. 196/210 d. A.), eines medizinischen Ergänzungsgutachtens (Bl. 243/246 d. A.) und die Anhörung des Sachverständigen ... in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013.
a) Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ... war es nicht behandlungsfehlerhaft, dass die Rettungsassistenten ... nach stattgehabtem Sturzereignis und 2-tägiger Liegedauer veranlassten, aufzustehen und einige Schritte zu gehen.
Der Sachverständige erläutert in seinem Gutachten, dass nach heutigem Wissensstand die Mobilisierung eines Patienten mit gesicherter Beinvenenthrombose mit Ausnahme der Beckenvenen oder V. Cava inferior (untere große Hohlvene) Beteiligung nicht mit einer geringeren Inzidenz von thromboembolischen Komplikationen verbunden ist. Lungenembolien treten bei 50 – 80 % der Patienten mit symptomatischen (mit Beschwerden) tiefen Venenthrombosen (im Folgenden: TVT) auf. Immobilisierung ohne akute Erkrankung ist nach heutigem Stand keine Indikation für eine Thromboembolie Prophylaxe. Nur bei Vorliegen zusätzlicher Risiken (bekannte Erkrankungen des Gerinnungssystems) kann eine Prophylaxe erfolgen. In Anbetracht der anamnestischen Hirnblutung kann angenommen werden, dass Gerinnungsanomalien ausgeschlossen waren. Auch in Notfallaufnahmen der Kliniken werden diese Patienten heute nicht mehr immobilisiert. Diese Sicht der Mobilisierung begann Anfang 2000. Sie war bereits 2005 Bestandteil der Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Angiologie (zusammen mit den anderen auf diesem Gebiet tätigen Fachgesellschaften). Die Behauptung der Klägerinnen gibt somit eine überholte (auch im Jahr 2005) Sicht der Dinge wieder.
b) Nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen stellt es keinen schwerwiegenden Behandlungsfehler dar, dass die Rettungsassistenten ... nicht in einem Liegendtransport zur Vermeidung eines lungenembolischen Geschehens nach zweitägiger Liegedauer mobilisiert haben. Das Aufsetzen von ... auf einen Hocker ist kein Verstoß gegen elementare Regeln der Medizin.
Die Bewertung ergibt sich nach der Erläuterung des Sachverständigen aus den Ausführungen unter A. II. 2. a). Darüber hinaus sind die Unterschiede zwischen dem Aufsetzen eines Patienten (das ist bis auf extreme Ausnahmen auch bei immobilisierten Patienten erlaubt) und Liegendtransport gering. Für die zur Diskussion stehende Lungenembolie in Folge einer tiefen Beinvenenthrombose kommt es auf die Scherkräfte und Kompression an den thrombolisierten Beinvenen an. Diese sind Folge der Muskelbetätigung (Muskelpumpe) und nicht der Lage des Patienten. Auch in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 stellte der Sachverständige ... nochmals klar, dass der Transport zum Rettungswagen mittels eines Tragestuhls anstelle einer Liege aus medizinischer Sicht nicht zu beanstanden war.
c) Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung am 18.12.2013 schlüssig und nachvollziehbar erläutert, dass die Rettungsassistenten aufgrund der von ... geäußerten Schmerzen nicht auf eine TVT schließen mussten. Wenn die Patientin den Rettungsassistenten gegenüber nicht angegeben hat, dass sich die Schmerzen seit dem Sturz verändert haben, so konnten die Rettungsassistenten davon ausgehen, dass die Schmerzen auf die Arthrose zurückzuführen sind. Nur wenn von der Patientin eine andere Schmerzcharakteristik dargestellt wird, hätte vorliegend ein Verdacht auf eine TVT bestanden.
d) Die Rettungsassistenten ... und ... haben nach den Ausführungen des Sachverständigen ... die wesentlichen Befunde erhoben, die für die Einschätzung des Krankheitsbildes von ... und die zu treffenden weiteren Maßnahmen von Relevanz waren. Der Notarzt war nicht nach zu alarmieren.
Es war darüber hinaus nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen nicht fehlerhaft, dass der verstorbenen ... nach Befundung der Situation kein Sauerstoff über eine Nasensonde/Maske verabreicht wurde.
Der Sachverständige ... erläuterte hierzu in seinem Gutachten, dass zur Notfalluntersuchung internistischer Patienten die Vitalfunktionen, eine Anamnese und der körperliche Befund gehören. Beim Trauma (Sturz) kommt die schnelle Trauma-Untersuchung (Bodycheck) hinzu.
Die Symptomatik der TVT umfasst: Ödem, Schmerz, Zyanose, Spannungsgefühl, Venenzeichnung (klassische Trias).

Die Rettungsassistenten haben bei der Patientin dokumentiert: wach, ansprechbar mit einer O2-Sättigung von 89, einem RR (Blutdruck) von 140 syst. und einem Puls von 115/min. Die Patientin machte vollständige anamnestische Angaben zu ihren Vorerkrankungen und zeigt den Rettungsassistenten ihre Medikation. Der Bodycheck ergab die zu erwartenden Druckstellen, weitere Befunde insbesondere auch neurologische Ausfälle oder auffällige Befunde am Bein waren nicht zu erheben, obgleich der Unterschenkel (Schmerzen durch Arthrose des Knies) im Fokus der Aufmerksamkeit stand.
Damit sind Anamnese und körperliche Untersuchung durch die Rettungsassistenten ... und ... als vollständig zu bewerten. Die präklinische Anamnese und der Befund bei Notfallpatienten werden symptom- bzw. situationsadaptiert durchgeführt. Insofern bestand ungeachtet der geübten Praxis vieler Rettungsdienstmitarbeiter bei der wachen, voll orientierten Patientin keine dringende Notwendigkeit für eine Blutzuckermessung. Der Blutzucker bei Aufnahme erklärt sich aus der Reanimation. Die Messung der Körpertemperatur ist notwendig, wenn ein Anfangsverdacht auf eine Unterkühlung oder infektiöse Erkrankung vorliegt. Sie wäre im vorliegenden Fall bei der nur leicht bekleideten Patientin indiziert gewesen, ihre Unterlassung hat aber für den weiteren Verlauf keine Rolle gespielt.
Darüber hinaus hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 erläutert, dass von einem Rettungsassistenten die Überprüfung der Verhärtung der tiefen Beinvenen nicht gefordert werden kann.
Auffällig ist beim Anfangsbefund vorliegend die Herzfrequenz von 115. Sie ist durch Aufregung und Schmerzen jedoch ausreichend erklärt. Die Sauerstoffsättigung von 89 % ist durch die Immobilisierung/ lange Liegedauer hinreichend erklärt. Vergleichbar dem Fall, dass jemand aus dem Schlaf geweckt und dann die Sauerstoffsättigung gemessen wird, und sie dann auch in diesem niedrigen Bereich liegt. Hintergrund ist, dass die unteren Lungenbereiche nur bei tiefen Atemzügen ausreichend mit Luft gefüllt werden. Da jedoch auch Blut durch diese Bereiche strömt, dort aber dann kein Sauerstoff aufgenommen wird, ergibt sich die geringere Sauerstoffsättigung. Man nennt dies Recruitment.
Im Hinblick auf die geringe Sauerstoffsättigung wäre eine Sauerstoffgabe durch die Rettungsassistenten veranlasst gewesen wäre. Dies hat jedoch keinerlei Kausalzusammenhang mit der später eingetretenen Lungenembolie.
Weiter erläuterte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013, dass es bei ... drei Risikofaktoren gab, die auf eine TVT hindeuten könnten. Es war aber kein Umstand gegeben, der einen sicheren Schluss auf eine TVT zuließ. Zudem wäre die Stellung einer Diagnose auf TVT zum damaligen Zeitpunkt einem Arzt vorbehalten gewesen.
e) Der Sachverständige stellte in der mündlichen Verhandlung zudem plausibel dar, dass die von den Rettungsassistenten erhobenen Befunde hinsichtlich der Herzfrequenz und der Sauerstoffsättigung keine Anhaltspunkte für eine kardiopulmonale Insuffizienz gaben. Der erhöhte Puls hat sich hier zwanglos durch den Schmerz erklärt (s. o.). Bei einer Insuffizienz wäre ein niedriger Blutdruck zu erwarten gewesen, der Blutdruck war bei der Patientin hoch. Bei Schmerz ist – wie hier festgestellt – deshalb ein hoher Puls bei hohem Blutdruck zu erwarten gewesen.
Auch bei einer kardiopulmonalen oder respiratorischen Insuffizienz wäre nicht die Nachforderung eines Notarztes erforderlich gewesen, da in diesem Fall die Gabe von zwei Litern Sauerstoff ausgereicht hätte, um eine Sauerstoffsättigung von ca. 93 % zu erreichen und die Patientin transportfähig zu machen. Der Sachverständige führte hierzu in der mündlichen Verhandlung am 18.12.2013 weiter aus, dass man hierbei berücksichtigen muss, dass es auch nicht Aufgabe des Notarztes ist, die Patientin im Wohnzimmer zu heilen, sondern nur die Transportfähigkeit zum nächsten Krankenhaus sicherzustellen.
f) Ebenso gab nach den überzeugenden Schilderungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 die von der Patientin angegebene, früher erlittene Hirnblutung keine Anhaltspunkte für eine Gerinnungsstörung. Eine Hirnblutung kann mehrere Ursachen haben. Insbesondere bei älteren Menschen ist sie oft arteriosklerotisch bedingt, sie kann aber auch auf angeborenen Gefäßanomalien beruhen. Eine sonstige Gerinnungsstörung ist darüber hinaus auch noch denkbar. Vorliegend hat die Patientin von einer Blutung berichtet, dies spricht für eine geringe Thrombosierungsrate. Im Rahmen einer Gehirnblutung wird ein Patient üblicherweise immer in das Krankenhaus verbracht, die Gerinnung überprüft, der Patient bekommt normalerweise auch einen entsprechenden Pass mit. Dass die Patientin dies im Rahmen der Befragung nicht angegeben hätte, ist zwar fast nicht vorstellbar. Darüber hinaus gilt jedoch, dass ein Rettungsassistent, der diese Faktoren erkennt, nur feststellen kann, dass der Patient ins Krankenhaus gehört. Die Frage einer Heparinisierung lässt sich im Regelfall erst nach einer Überprüfung im Krankenhaus aufgrund des klinischen Befundes durch einen Arzt klären.
g) Weiter erläuterte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass die Schilderung des Zeugen ... wonach das Knie der Patientin geschwollen gewesen sei, nicht auf eine TVT hindeute, da bei einer TVT nicht das Knie dicker wird, sondern die Wade anschwillt. Ein dickes Knie ist vielmehr eine typische Folge einer Arthrose.
h) Nach den Ausführungen des Sachverständigen konnten die Rettungsassistenten den Behandlungsstandard gewährleisten. Die Unterlassung der Hinzuziehung eines Notarztes stellt im vorliegenden Fall keinen Behandlungsfehler dar.

Hierzu hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass nach Anamnese, Befund und Bodycheck bei ... keine alarmierende Symptomatik gefunden wurde.
Zur Frage der Alarmierung bzw. Nachalarmierung eines Notarztes wird in Deutschland weit überwiegend der Notarzt-Indikationskatalog der Bundesärztekammer angewendet. Dieser entscheidet nach Patientenzustand und Einsatzsituation, ob eine Situation zu vermuten ist, die den Einsatz des Notarztes rechtfertigt. Keine der im Notarzt-Indikationskatalog enthaltenen Definitionen zu Patientenzustand oder Notfallsituation traf hier zu. Dies ist für die TVT typisch, da gerade in der Frühphase einer TVT die Symptomatik geringfügig oder fehlend ist. Leider ist zu dieser Zeit das Embolierisiko größer als zu einem späteren Zeitpunkt, an dem einerseits die Symptomatik ausgeprägt, andererseits aber der Thrombus schon partiell organisiert ist. Das Zusammentreffen von fehlender Symptomatik und hohem Embolierisiko muss deshalb vorliegend als schicksalhaft betrachtet werden. Die Patientin war von den Rettungsassistenten als kardiopulmonal stabil einzuschätzen. Ein Grund zur primären Alarmierung oder Nachalarmierung des Notarztes bestand nicht.
Im Gegensatz zur vorliegenden Situation wird im Rettungsdienst der Notarzt primär mitalarmiert, wenn es sich um eine sogenannte Wohnungsöffnung handelt, d. h. ein bewusstloser oder toter Patient in einer dem Alarmierenden nicht zugängigen Wohnung vermutet wird. Im vorliegenden Fall konnte aber bereits von der alarmierenden Nachbarin, ... berichtet werden, dass ... bei klarem Bewusstsein war.
Der Notarzt wäre nach zu alarmieren gewesen, wenn die Rettungsassistenten Symptome einer Beinvenenthrombose festgestellt hätten, da in diesem Fall möglicherweise die sofortige Heparinisierung der Patientin indiziert gewesen wäre. Eine präklinische Heparintherapie ist aber nur bei nachgewiesener TVT, nicht aber bei bloßem Verdacht präklinisch einzuleiten. Dies gilt speziell im vorliegenden Fall bei bestehender Hirnblutungsanamnese ohne den Grund für die Hirnblutung zu kennen.
i) Der Sachverständige hat in seinem Gutachten zwar erläutert, dass sich bei ... in klassischer Form ein typisches Risiko verwirklicht hat: Die bei ihr eingetretene Beinvenenthrombose war eine typische, fast schon zu erwartende Folge des Unfalls. Es lag eine Vielzahl von Faktoren vor, die den Eintritt einer tiefen Beinvenenthrombose begünstigten. Die sodann bei ... eingetretene Lungenembolie ist weiterhin als Folge der Beinvenenthrombose anzusehen. Dies war jedoch keine Folge der Mobilisierung der Patientin nach dem Unfall.
Um das Risiko für die TVT besser einschätzen zu können, wendete der Sachverständige den in Kliniknotaufnahmen üblichen "Score nach Wells” auf die Situation an. Die Berechnung des Wells Scores stellt eine Risikobeurteilung dar. Die für die Errechnung erhobenen Risikofaktoren beruhen auf Anamnese und Befund und erfordern dazu die orientierende körperliche Untersuchung des Patienten. Dabei ging der Sachverständige vorliegend von den Aussagen und der Dokumentation der Rettungsassistenten ... und ... aus, die vom Aufnahmebefund des Krankenhaus ... bestätigt wurden:
Klinische Charakteristik
Einzusetzender Scorewert
...
Aktive Krebserkrankung
1,0
0
Lähmung oder kürzlich Immobilisation der Beine
1,0
1,0
Bettruhe (>3 Tage); große Chirurgie (<12 Wochen)
1,0
0
Schmerz / Verhärtung entlang der tiefen Venen
1,0
0
Schwellung ganzes Bein
1,0
0
US-Schwellung >3 cm gegenüber Gegenseite
1,0
0
Eindrückbares Ödem am symptomatischen Bein
1,0
0
Kollateralvenen
1,0
0
Frühere, dokumentierte TVT

1,0
0
Alternative Diagnose mindestens ebenso wahrscheinlich wie tiefe Venenthrombose
-2,0
-2,0
max. 9,0
1.0
Die Scoring-Grenze wurde von Wells mit <>2 validiert. Der Wells Score für ... liegt bei 1,0. Damit ist die klinische Wahrscheinlichkeit für eine TVT gering.
Soweit die Klägerinnen die Frage aufwerfen, ob die Rettungsassistenten aufgrund der erhobenen Befunde und in Kenntnis der anamnestischen Hirnblutung bei ... das Vorliegen von Kollateralvenen, eine akute infektiöse Erkrankung, eine Gerinnungsstörung, ein schweres Weichteil- bzw. knöchernes Trauma ausschließen durften und ob nicht bereits die Tatsache einer mindestens 24-, denkbar aber auch 48-stündigen Immobilisierung bei Druck durch Eigengewicht auf die Unterschenkel die Verdachtsdiagnose einer tiefen Beinvenenthrombose begründete und ob dieser Verdacht durch die von ... angegebene Schmerzsymptomatik in den Unterschenkeln zusätzlich erhärtet worden sei, ob das Alter der Patientin insbesondere auch im Zusammenhang mit einer möglichen Liegedauer von bis zu 48 Stunden ein weiterer anamnestisch relevanter Faktor für die Annahme einer Thrombose bzw. für die Inzidenz einer venösen Thrombose sei, ob aufgrund der Befundkonstellation – längere Immobilisierung (48 Stunden), mögliche Gerinnungsstörung, äußerliches Trauma – zumindest die Möglichkeit einer tiefen Beinvenenthrombose in Betracht zu ziehen gewesen sei, wobei der Sachverständige insbesondere auch zu berücksichtigen habe, dass nach dessen eigenen Angaben die Gefahr eines thrombo-embolischen Geschehens in der Frühphase mit dem höchsten Risiko einhergehe und insbesondere ohne klinische Vorzeichen auftreten könne, führt der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten überzeugend und nachvollziehbar aus, dass die Klageseite hier nach mehreren Ausschlussdiagnosen fragt. Ausschlussdiagnosen können präklinisch nicht abgearbeitet werden. Sie sind Gegenstand der klinischen und apparativen Untersuchung nach Krankenhausaufnahme. Darüber hinaus überfordern die gefragten Ausschlussdiagnosen das Berufsbild eines Rettungsassistenten.
Die 24-stündige, relative (... war wach und hat sich sicherlich am Boden liegend bewegt) Immobilisierung der Patientin begünstigte sicher das Entstehen von Thromben. Der Sachverständige hat dies deshalb bei der Errechnung des Wells Scores als Risikofaktor angesetzt. Das Alter der Patientin spielt im Score keine Rolle.
Ein äußeres Trauma wurde in den Untersuchungen der Rettungsassistenten verneint. Dass in der Klinik später ein Weichteildefekt mit Phlegmone vorlag, kann unterschiedliche Ursachen haben. Der festgestellte Weichteildefekt und die Phlegmone hatten nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 jedoch keine Auswirkung auf die Prognose einer TVT, da sich bei älteren Leuten am Steißbein schnell ein entsprechender Weichteildefekt bildet, da an dieser Stelle nur noch Haut und Knochen vorhanden ist. Darüber hinaus war eine Infektion mit Pseudomonas, einem Krankenhauskeim festgestellt worden, der im Wohnzimmer nicht vorkommt.
Die Schmerzsymptomatik wurde von Frau ... als bekannt (bei bestehenden Arthrosebeschwerden) angegeben. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die vorbestehende Arthroseschmerzsymptomatik von Thrombose bedingten Schmerzen überlagert war. Die Rettungsassistenten haben aber von der Patientin darauf bei der Schmerzanamnese keinen Hinweis erfragen können.
Aufgrund der Befundkonstellation (Immobilisation) bestand die Möglichkeit einer tiefen Beinvenenthrombose. Anamnestische Hinweise auf eine Gerinnungsstörung bestanden nicht. Nach der stattgehabten Hirnblutung war davon auszugehen, dass bei dieser Gelegenheit eine diagnostische Abklärung erfolgt war. Ein wesentliches Trauma ergab die körperliche Untersuchung nicht.
Weiter hat der Sachverständige ... in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013 der Kammer erläutert, dass Kollateralvenen diagnostisch nur mit einer Ultraschalluntersuchung feststellbar sind und im Rahmen der Notfalluntersuchung wegen der eingeschränkten Untersuchungsmöglichkeiten gar keine Diagnose ausgeschlossen werden kann.
k) Soweit die Klägerinnen behaupten, dass "es den Rettungssanitätern oblegen hätte, relevante Vitalparameter zu erheben, die weiteren Aufschluss über das bei ... vorliegende Krankheitsbild und die daraus abzuleitende Therapie erbracht hätten. Nach Feststellung der Bewusstseinslage und der Atmung wären eine Überprüfung der Kreislauffunktion und eine anschließende Sicherung der Kreislauffunktion erforderlich gewesen. Dies hätte das Legen eines venösen Zugangs sowie die Anlage von EKG-Elektroden mit Messung der Herzströme enthalten. Die Indikation für ein EKG-Monitoring sei eindeutig gegeben gewesen. Hätten die Rettungssanitäter den Verdacht auf einen kardiogenen Schock gehabt, wäre unbedingt der Notarzt primär anzufordern gewesen", führt der Sachverständige hierzu anschaulich in seinem Gutachten aus, dass – wie bereits zum Vorwurf unter Ziffer A. II. 2 d) dargestellt – die Rettungsassistenten die Vitalfunktion Kreislauf durch Bestimmung von Herzfrequenz und Blutdruck überprüft und keine Werte erhoben haben, die grob pathologisch bzw. nicht durch die Situation erklärt waren. Speziell lag zu diesem

Zeitpunkt kein Anhaltspunkt für einen "kardiogenen Schock" vor. Unter einem kardiogenen Schock versteht man eine Kreislaufinsuffizienz (Kreislaufschwäche; Messwerte: RR niedrig, HF > ca. 120 oder < ca. 50). Der kardiogene Schock kann
durch ein Pumpversagen (z. B. Herzinfarkt, Myokarditis, etc.)
durch Rhythmusstörungen (z. B. extreme Tachy- oder Bradykardie)
durch Kreislaufstörungen (z. B: Klappenvitien, Volumenprobleme, Lungenembolie)
durch extrakardiale Ursachen (z. B. Hyperthyreose, Sauerstoffmangel, Drogen)
bedingt sein. Ein kardiogener Schock ist an grob pathologischem Blutdruck, Bewusstseinsstörungen, Atemnebengeräuschen (Lungenödem), Kaltschweißigkeit, Verlust peripherer Pulse etc. zu erkennen. Bei ... gab es in der Auffindesituation keinen Anhalt für einen kardiogenen Schock, nach der Verschlechterung während des Transportes lag das Vollbild eines reanimationspflichtigen kardiogenen Schockes vor.
Die Kreislaufüberwachung während eines Treppentransportes durch das Pulsoximeter ist bei stabilen Verhältnissen ausreichend. Veränderungen der Kreislaufverhältnisse wie auch der Atmung werden unmittelbar sichtbar. Bei Verschlechterung von Kreislauf und/oder Oxigenierung ist das EKG-Monitoring zwingend.
Es ist der Klägerseite zuzustimmen, dass ein kardiogener Schock die sofortige Notarzt Nachalarmierung erfordert. Zu diesem Zeitpunkt haben die Rettungsassistenten pflichtgemäß den Notarzt nachalarmiert.
l) Nach den Ausführungen des Sachverständigen stellte es keinen Behandlungsfehler dar, dass die Rettungsassistenten aufgrund der Auffindesituation, Anamnese und Befund eine Thrombose bei der Patientin nicht in ihre Überlegungen einbezogen. Die Rettungsassistenten haben die Patientin auch ausreichend untersucht, um eine solche Gefährdung zu erkennen. Der Sachverständige hat hierzu in seinem Gutachten erläutert, dass ... zum Zeitpunkt des Einsatzes mindestens 24 Stunden immobilisiert war. Überdies ist damit zu rechnen, dass ihre Mobilität ohnehin durch die Kniearthrose eingeschränkt war. Dies stellt einen Risikofaktor dar (s. Wells Score). Eine Traumatisierung war nicht zu erkennen. Dies überrascht nicht, da der Grund dafür, dass sie nicht wieder "auf die Beine gekommen" war, in ihren Knieschmerzen lag. Nach einer Zeit von mehr als 24 Stunden, in denen sie nichts getrunken hatte, ist mit einem Flüssigkeitsverlust von ein bis zwei Liter zu rechnen. Da dieser über einen entsprechend langen Zeitraum eingetreten war, wurde der vasale (Gefäße) Flüssigkeitsverlust durch die interstitielle und zelluläre Flüssigkeit ausgeglichen. Da diese weit überwiegen (Gefäße ca. 8 % des Körpergewichtes, Gesamtkörperwasser insgesamt ca. 70 %), ist dadurch noch keine "Exsikkose" mit entsprechender Hämokonzentration zu erwarten.
Nach den dokumentierten Befunden und ihren glaubhaften Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2011 haben die Rettungsassistenten ... und ... die Patientin detailliert inspiziert (genaue Beschreibung der Druckstellen) und grob neurologisch untersucht. Dabei wären den Rettungsassistenten die Kardinalsymptome der TVT (Ödem, Schmerz, Zyanose) aufgefallen. Weitere Risiken wären anamnestisch (Vorerkrankungen wurden abgefragt) bzw. beim Bodycheck (Traumen) aufgefallen.
Die Rettungsassistenten haben ... mithin ausreichend detailliert untersucht.
m) Nach den schlüssigen und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen hat der Rettungsassistent (nach dem Rettungsassistentengesetz) am Notfallort bis zur Übernahme der Behandlung durch den Arzt lebensrettende Maßnahmen bei Notfallpatienten durchzuführen, die Transportfähigkeit solcher Patienten herzustellen, die lebenswichtigen Körperfunktionen während des Transports zum Krankenhaus zu beobachten und aufrechtzuerhalten sowie kranke, verletzte und sonstige hilfsbedürftige Personen, auch soweit sie nicht Notfallpatienten sind, unter sachgerechter Betreuung zu befördern:
Dazu muss er sicher die Kardinalsymptome der TVT kennen (Schmerz, Ödem, Zyanose), um zu erkennen, wann er zur Therapie den Notarzt nachfordern muss (Analgesie, bei hoher Diagnosewahrscheinlichkeit Heparinisierung). Er sollte wissen, dass Immobilisierung, speziell nach Operationen, eine TVT begünstigt. Um auch ohne Notarzt die Zuweisung korrekt handzuhaben, muss er auch wissen, dass eine TVT das Risiko der Lungenembolie hat und klinisch abgeklärt werden muss, da der Patient, wenn sich der Verdacht bestätigt, heparinisiert werden muss.
Er schadet dem Patienten nicht, wenn er ihn beim Transport ins Krankenhaus immobilisiert. Ein Transport mag schmerzbedingt auch gar nicht anders vertretbar sein. Ob die Hochlagerung der Extremität bei einem Liegendtransport allerdings die Analgesie durch den Notarzt ersetzen kann, ist zu bezweifeln. In der Regel wird der Patient die Leitstelle und nicht seinen Hausarzt/kassenärztlichen Bereitschaftsdienst anrufen, weil er sehr starke Schmerzen hat.
Weiter hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass der Standard für den Notarzt deutlich höher liegt als der Standard für den Rettungsassistenten.
n) Das Aufsetzen der Patientin und die Bewegung beim Zusammensuchen der persönlichen Gegenstände war nach den Erläuterungen des Sachverständigen nicht ursächlich für die die Reanimation auslösende Lungenembolie und damit nicht behandlungsfehlerhaft.
So hat der Sachverständige in seinem Gutachten erläutert, dass das passive Aufsetzen der Patientin sicher kein zusätzliches Risiko für die Verschleppung des Thrombus in die Lunge ist. Die Patientin hatte sich sicherlich während der Stunden zuvor am Boden liegend bewegt. Die Muskelbewegung und nicht die

Lage kann einen Thrombus abscheren. Dass das aktive Bewegen beim Zusammensuchen der persönlichen Gegenstände die Lungenembolie ausgelöst hat, ist nicht ausgeschlossen; jedoch war eine TVT weder klinisch besonders wahrscheinlich noch lässt sich durch Immobilisierung die Frequenz oder der Schweregrad von Lungenembolien gegenüber einer symptomadaptierten Mobilität vermindern (Schmerz, Schwäche).
Somit standen dem Willen der Patientin, aufgesetzt zu werden, und ihre Sachen zusammenzusuchen, keine medizinischen Gründe entgegen.
In der mündlichen Verhandlung verdeutlichte der Sachverständige, dass auch ein Rettungsarzt für den Fall, dass er eine TVT nicht sicher ausschließen kann, die Patientin nicht daran hindern würde herumzulaufen.
o) Soweit die Klägerinnen weiter behaupten, dass gemäß den an die Situation zu stellenden Erfordernissen nach Feststellung der Bewusstseinslage und der Atmung eine Überprüfung der Kreislauffunktion und eine anschließende Sicherung der Kreislauffunktion durch die Rettungsassistenten erforderlich gewesen wären (Problemkreis Volumenverlust – Blutfleck); diese Prüfung hätte das Legen eines venösen Zugangs sowie die Anlage von EKG Elektroden mit Messung von Herzströmen beinhaltet, das Unterlassen dieser Maßnahme sei grob fehlerhaft gewesen, führt der Sachverständige hierzu in seinem Gutachten aus, dass der von den Rettungsassistenten ... und ... sowie der Zeugin ... übereinstimmend angegebene Blutfleck von 30 x 30 cm in der Wohnung von ... für die Kreislauffunktion belanglos ist. Blut färbt stark, der Blutverlust lag im Bereich von ca. 100 ml, das zirkulierende Blutvolumen von ... dürfte etwa fünf Liter gewesen sein.
Die Kreislaufunktion wurde von den Rettungsassistenten anhand von RR und HF ausreichend überprüft. Die Messung des diastolischen. Druckes ist in der Notfallmedizin selten aussagekräftig, er wird deshalb in der Routine nicht bestimmt. Das Puls-oximeter lässt über die Bestimmung von Sauerstoffsättigung und Pulsfrequenz hinaus zu, den Rhythmus als regelmäßig zu beurteilen. Sofern sich dabei pathologische Werte ergeben hätten, wäre ein EKG-Monitoring verpflichtend gewesen.
Das Legen eines venösen Zugangs ist Rettungsassistenten nur im Rahmen der sogenannten "Notkompetenz”, einer Empfehlung der Bundesärztekammer, die auf dem "rechtfertigendem Notstand” (§ 34 StGB) fußt, zuzumuten. Voraussetzung ist, dass die Maßnahme dringend erforderlich und zumutbar ist, um Gefahren für das Leben oder die Gesundheit des Patienten abzuwenden. Diese Situation lag bei einer kreislaufstabilen Patientin, die einen minimalen Blutverlust im Rahmen von Nasenbluten erlitten hatte, nicht vor. Unter anderem um dieses Problem zu lösen, hat das Bundeskabinett einen Gesetzesentwurf zum Notfallsanitätergesetz (NotSanG) verabschiedet. Das Unterlassen der Maßnahmen war nicht grob fehlerhaft.
p) Der Sachverständige hat weiter in seinem Ergänzungsgutachten nachvollziehbar zur ... der Klägerinnen "Begründet die Kumulation der bei ... vorliegenden Risiken und insbesondere auch der nicht ausgeschlossenen, aber möglichen und aus Gründen der therapeutischen Sicherheit zu unterstellenden Risiken, dass die Frage einer frühzeitigen Heparinisierung abzuklären war? Entspricht es dem therapeutisch sichersten Weg, in einer Konstellation wie der vorliegenden vorsichtshalber vom Vorliegen einer tiefen Venenthrombose (sei es auch in ihrem Frühstadium und ohne klinische Vorzeichen) auszugehen und demgemäß auch die Konsequenz für die Frage einer frühzeitigen Heparinisierung abzuklären?" ausgeführt, dass eine präklinische Heparinisierung nur bei klarer Diagnose in Frage kommt, wie sie z. B. bei einer Phlegmasia caerulea dolens vorliegt. Eine präklinische Heparinisierung aufgrund des Vorliegens eines Risikofaktors ist nicht indiziert. Die Frage einer therapeutischen Heparinisierung lässt sich im Regelfall erst nach einer Überprüfung im Krankenhaus aufgrund des klinischen Befundes durch einen Arzt klären.
q) Auf die Frage der Klageseite, ob die Mobilisierung einer seit möglicherweise 48 Stunden immobilisierten älteren Patientin mit dem anamnestischen Hinweis auf eine mögliche Gerinnungsstörung sowie einem äußerlichen Trauma eine therapeutische Maßnahme bzw. Entscheidung darstellt, erläuterte der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten, dass nach seiner Einschätzung bereits kein Hinweis auf eine Gerinnungsstörung bestand. Jede Klinik würde im Zusammenhang mit der anamnestisch erfragten Hirnblutung dieser Frage nachgegangen sein und hätte die Patientin darüber informiert. ... war im Stande, detailliert über ihre Vorerkrankungen Auskunft zu geben. Auch ein relevantes Trauma wurde nicht gefunden.
Der Sachverständige ... hat in seinem Gutachten abschließend und zusammenfassend ausgeführt, dass zwar die Kausalität der Lungenembolien aus tiefen Beinvenenthrombosen außer Zweifel steht. Die Frage ist aber vielmehr die Wahrscheinlichkeit der Lungenembolie und die Möglichkeit, die Lungenembolie durch Therapiemaßnahmen zu verhindern. ... wurde von den Rettungsassistenten ausreichend untersucht und befragt, um eine symptomatische tiefe Beinvenenthrombose zu erkennen. Die Symptomatik war in diesem frühen Stadium noch nicht erkennbar. Patienten mit einer Venenthrombose jedweder Lokalisation und Morphologie sollen nicht immobilisiert werden, es sei denn zur Linderung starker Schmerzen. Die Deutsche Gesellschaft für Angiologie spricht sich deshalb schon 2005 gegen die Immobilisierung

aus: Die Immobilisierung des Patienten mit einer Venenthrombose jedweder Lokalisation ist nicht indiziert, es sei denn zur Linderung der Beschwerden bei stark schmerzhafter Beinschwellung.
Die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen ... zeugten sämtlich von großer Fachkompetenz und Erfahrung, waren nachvollziehbar, plausibel und überzeugend. Sie werden daher zur Grundlage des Urteils gemacht.
Auf der Grundlage dieser von Fachkunde getragenen und überzeugenden Erläuterungen des Sachverständigen ... lassen sich keine kausalen Behandlungsfehler seitens der Rettungsassistenten feststellen.
Soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erläuterte, dass nach dem Stand der Literatur für Rettungsassistenten im Jahr 2005 eine Immobilisierung empfohlen wurde, stellt die Mobilisierung durch die Rettungsassistenten – entgegen der Ansicht der Klägerinnen – keinen Behandlungsfehler dar.
Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen gingen die angiologischen Leitlinien im Jahr 2005 davon aus, dass eine Immobilisierung nicht mehr angezeigt ist, da eine Ursache für eine Lungenembolie nicht häufiger durch Mobilisierung eintritt als durch Immobilisierung. Das bedeutet aber, dass ein Notarzt im vorliegenden Fall entsprechend den angiologischen Leitlinien ... mobilisiert hätte. Demzufolge kann aber auch den Rettungsassistenten nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die Patientin mobilisiert und mithin wie ein Notarzt in der vorliegenden Situation agiert haben.
Es liegt daher keine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG vor.
III. Mangels Amtspflichtverletzung kann offen bleiben, ob die Ansprüche der Klageseite zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 17.9.2009 bereits verjährt waren.
B. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 100 Abs. 1, Abs. 2, 101 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 Satz 1, Satz 2 ZPO.
C. Der Streitwert war durch Beschluss festzusetzen. Maßgebend war hierbei die klägerische Hauptforderung in Höhe von 209.529,19 EUR, § 3 ZPO.

1. LG Magdeburg, Urteil vom 07.05.2014 – 9 O 1162/12 (291) – * Im Arzthaftungsprozess trägt der Patient grundsätzlich die Beweislast für den behaupteten Behandlungsfehler als eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom medizinischen Standard und einen hierdurch zumindest mitursächlich entstandenen Schaden

Orientierungssatz

1. Ein Patient hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadenersatz und Schmerzensgeld wegen einer fehlerhaften zahnärztlichen Behandlung, wenn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch ein Sachverständigengutachten feststeht, dass dem behandelnden Zahnarzt kein Planungs- oder Behandlungsfehler anzulasten ist und aufgrund der Zeugenaussagen feststeht, dass der Patient hinreichend über den Umfang und das Risiko der geplanten Wurzelbehandlungen aufgeklärt wurde bzw. dem Patienten die Risiken bekannt waren.
2. Im Arzthaftungsprozess trägt der Patient grundsätzlich die Beweislast für den behaupteten Behandlungsfehler als eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom medizinischen Standard und einen hierdurch zumindest mitursächlich entstandenen Schaden.

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Beschluss
Der Streitwert wird auf 11.724,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin verfolgt einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld, Schadensersatz und Feststellung und beruft sich hierfür auf einen Behandlungsfehler des Beklagten.
Die Klägerin begab sich am 9.12.2007 erstmals in zahnärztliche Behandlung des Beklagten. Anlass war eine akute Schmerzbehandlung an Zähnen des hinteren rechten Unterkiefers.
Im Zeitraum 11.06.2008 bis Ende11.2008 folgten mehrere Wurzelbehandlungen an den Zähnen 12 und 47. Während dieses Behandlungszeitraums litt die Klägerin unter Schmerzen und Schwellungen im Mundbereich.
Ende11.2008 wurde der Zahn 47 extrahiert. Wegen weiterer Schmerzen und Schwellungen im Gesicht begab sich die Klägerin auch im12.2008 mehrfach in Behandlung des Beklagten. Eine weitere Nachkontrolle fand am 14.01.2009 statt. Noch am selben Tag suchte die Klägerin einen weiteren Zahnarzt, Dr. L aus H, auf. Dort erfolgte eine Weiterbehandlung, in deren Verlauf u.a. die Wunde geöffnet und eine vermeintliche Zyste entfernt wurde. Nach dem Untersuchungsbericht des Pathologen Dr. S wurde der Verdacht auf das Vorliegen einer Zyste nicht bestätigt.

Im05.2009 erfolgte ein weiterer Arztwechsel und die Klägerin begab sich in Behandlung der Zahnärztin H aus B. Im Jahr 2010 erfolgte ein weiterer Arztwechsel. Die Klägerin begab sich nunmehr in die Behandlung des Zahnarztes Dr. A aus S und des Kieferchirurgen Dr. H aus K. Im04.2010 wurden ihr die Zähne 12, 13, 14 und 15 entfernt. Die weitere Behandlung erfolgte bis04.2012 u.a. durch Tragen eines Provisoriums.
Die Klägerin leidet unter den in den Allergiepässen vom 30.11.2000 (Anlage K 5, Bl. 67 d.A.) und vom 5.11.2009 (Anlage K 6, Bl. 68 d.A.) dokumentierten Allergien. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen K5 und K6 Bezug genommen.
Die Klägerin behauptet, dass die Behandlung des Beklagten ab12.2007 fehlerhaft erfolgt sei. Insbesondere seien die Wurzelbehandlungen im Zeitraum06.2008 bis11.2008 entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt. Zu beanstanden sei die Häufigkeit der Behandlungen. Auch habe der Beklagte die bei der Klägerin vorliegenden und bekannten Allergien nicht hinreichend berücksichtigt. Die Behandlung sei nicht erfolgreich durch den Beklagten abgeschlossen worden, weil er bei den Zahnoperationen Präparate verwendet habe, die bei der Klägerin allergische Reaktionen auslösten, weshalb ein Verheilen der Wunden nicht erfolgt sei.
Die Klägerin behauptet zudem, sie sei nicht hinreichend über die Behandlung aufgeklärt worden. Hätte man sie über die Wurzelbehandlung hinreichend aufgeklärt, hätte sie sich sofort für eine Extraktion der Zähne entschieden.
Sie meint, ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.500,00 € sei angemessen und ihr seien die entstandenen Fahrtkosten für 580 km je 0,30 €/km in Höhe von insgesamt 174,00 € zu ersetzen.
Die Klägerin beantragt:
1. Den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 8.08.2012 für die Verletzungsfolgen zu zahlen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die infolge der Zahnbehandlung 9.12.2007 bis zum 29.01.2009 zukünftig entstehenden immateriellen und materiellen Schäden für alle zukünftigen vorhersehbaren oder nicht vorhersehbaren Verletzungsfolgen zu ersetzen.
3. Den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 174,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
4. Den Beklagte zu verurteilen, an die R + V Rechtsschutz-Schadensregulierungs GmbH, Raiffeisenplatz 1, 65189 Wiesbaden, 430,66 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte behauptet, die Behandlung sei insgesamt lege artis erfolgt. Die Erforderlichkeit der im10.2010 erfolgten Extraktion der Zähne 12, 13, 14 und 15 bestreitet der Beklagte ebenso wie die Erforderlichkeit der sich daran anschließenden weiteren Behandlung.
Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 15.11.2012 durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.
Wegen der Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf das Sachverständigengutachten des Dr. L vom 21.08.2013 (Bl. 132 ff. d.A.) sowie die mündliche Anhörung des Sachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 9.04.2014 Bezug genommen.
Das Gericht hat weiter Beweis erhoben gemäß Beschluss vom 3.02.2014 und 9.04.2014 durch Vernehmung der Zeugen G und W. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 9.04.2014 Bezug genommen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist unbegründet.
Der Klägerin steht gegenüber dem Beklagten weder ein vertraglicher Anspruch gemäß §§ 611, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 1 BGB noch ein deliktischer Anspruch aus §§ 823, 249, 253 BGB zu. Die Klägerin hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld sowie materiellen Schadensersatzes.
Im Arzthaftungsprozess trägt der Patient und damit hiermit die Klägerin die Beweislast für den behaupteten Behandlungsfehler als eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom medizinischen Standard und einen hierdurch zumindest mitursächlich entstandenen Schaden (BGH NJW 2011, 1672). Diesen Beweis hat die Klägerin vorliegend nicht erbracht.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Dr. L sowie dessen Anhörung im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin nach Überzeugung des Gerichts nicht bewiesen, dass ein Behandlungsfehler des Beklagten vorliegt.

Der Sachverständige hat nachvollziehbar und überzeugend sowie anhand der Behandlungsunterlagen unterlegt bekundet, dass dem Beklagten kein Planungs- oder Behandlungsfehler anzulasten ist. Der Sachverständige hat keinen Kausalzusammenhang zwischen der Behandlung des Beklagten und dem eingeschränkten Allgemeinzustand der Klägerin aus zahnmedizinischer Sicht feststellen können. Der Sachverständige hat überzeugend geschildert, dass sowohl die Anzahl als auch die Art der Behandlungen nicht zu beanstanden ist. Er hat ebenso nachvollziehbar dargelegt, dass die bei der Klägerin festgestellten Allergien hinreichend berücksichtigt wurden. Die ihr durch den Beklagten verabreichten Medikamente haben nach Angaben des Sachverständigen die allergenen Stoffe nicht enthalten. Überzeugend hat der Sachverständige auch geschildert, dass die von der Klägerin monierte unterbliebene unverzügliche Extraktion der Zähne nicht den anerkannten Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprochen hätte. Für den gesamten Behandlungszeitraum ab12.2007 und insbesondere den Zeitraum, in dem die Wurzelbehandlungen durchgeführt wurden, d.h. den Zeitraum06.2008 bis11.2008, hat der Sachverständige festgestellt, dass die Behandlung durch den Beklagte lege artis erfolgt ist.
Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme konnte auch kein Aufklärungsfehler der Klägerin festgestellt werden.
Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 9.04.2014, informatorisch befragt, mitgeteilt, dass sie bereits im Vorfeld zahlreiche Wurzelbehandlungen erhalten habe. Im Rahmen dieser vorherigen Behandlungen habe sie viele Papiere erhalten, die sie über die Behandlung aufgeklärt hätten. Dies sei bei dem Beklagten nicht der Fall gewesen. Sie habe auch bei den vorherigen Behandlungen zum Thema Wurzelbehandlung und Wurzelspitzenresektion einen Bogen erhalten, der sie umfassend aufgeklärt habe und den sie habe unterschreiben müssen. Auch diese Vorgehensweise habe der Beklagte nicht gewählt.
Die Klägerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung angegeben, dass sie deshalb der Meinung sei, dass eine hinreichende Aufklärung nicht stattgefunden habe.
Dies ist nicht der Fall. Nach den Angaben der Klägerin waren ihr Umfang und Risiko der Wurzelbehandlung bekannt. Eine ausführliche schriftliche Aufklärung der Klägerin durch den Beklagten war nicht erforderlich.
Eine Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht ist aber auch durch den Beklagten erfolgt. Dies ergibt sich aus den nachvollziehbaren glaubhaften Angaben der Zeugen G und W. An der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen gerichtsseits keine Bedenken.
Die Zeugin W hat angegeben, dass generell im Falle einer Wurzelbehandlung über das Risiko einer solchen aufgeklärt werde. Aufklärungen führe der Beklagte selbst durch. Da die Zeugin keine konkrete Erinnerung mehr an die Behandlungstermine hatte, konnte sie auch keine konkreten Angaben zu einzelnen Gesprächen tätigen. Die Zeugin hat allgemein angegeben, dass eine Aufklärung immer gemacht werde, auch wenn wiederholt eine Wurzelbehandlung durchgeführt werde. Das Gericht hat keine Anhaltspunkte an der Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugin zu zweifeln. Erinnerungslücken hat die Zeugin angegeben. Eine Begünstigungstendenz war im Rahmen ihrer Aussage nicht festzustellen.
Auch die Zeugin G konnte sich nicht mehr konkret an die Behandlung der Klägerin erinnern. Sie hat allgemein angegeben, dass der Patient stets aufgeklärt werde. Die Aufklärung finde durch den Beklagten statt. Das Gericht hat auch keine Anhaltspunkte an der Glaubhaftigkeit der Angaben dieser Zeugin zu zweifeln. Auch sie hat nachvollziehbar Erinnerungslücken angegeben und war erkennbar bemüht, die grundsätzliche Vorgehensweise in der Praxis des Beklagten zu schildern.
Die Zeuginnen haben auch nachvollziehbar geschildert, wer die Dokumentation in den Behandlungsunterlagen vornimmt, und dass diese Vorgehensweise in der Vergangenheit geändert wurde.
Im Ergebnis der Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung hat das Gericht keinen Anlass an der Durchführung eines Aufklärungsgespräches vor Behandlungsbeginn zu zweifeln. Die eher allgemeinen Angaben der Zeuginnen sind zur Überzeugungsbildung des Gerichts hinreichend, zumal keine Begünstigungstendenz festgestellt werden konnte. Hinzu kommt, dass die informatorische Anhörung der Klägerin ergeben hat, dass sie allein aufgrund fehlender schriftlicher Aufklärungsunterlagen auf eine unterbliebene Aufklärung geschlussfolgert hat.
Aus der Nichtberechtigung der Hauptforderung folgt die Nichtberechtigung der geltend gemacht Nebenforderung sowie des Feststellungsantrages.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.
Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 39, 48 GKG, 3 ZPO.

136. OLG Köln, Beschluss vom 07.05.2014 – I-5 U 131/13, 5 U 131/13 – * Krankenhaushaftung: Sachverständigengutachten als Entscheidungsgrundlage bei nicht geklärter Ursache für ein unzweifelhaft vorhandenes gesundheitliches Problem

Leitsatz

Hat ein Sachverständiger sich umfassend und sorgfältig mit sämtlichen theoretisch in Betracht kommenden Ursachen einer Erkrankung bzw. Schädigung (hier: sogenannter Elefantenarm) auseinandergesetzt und für jede dieser denkbaren Ursachen eine überzeugende Begründung gegeben, warum sie hier nicht festgestellt werden könne, so begründen allein die verbleibenden Unklarheiten keine Notwendigkeit zur Einholung eines neuen Gutachtens.

Orientierungssatz

1. In dem Fall, dass die Ursache für ein unzweifelhaft vorhandenes gesundheitliches Problem - vorliegend ein erhebliches Anschwellen des Armes und der Hand - nicht gefunden wird, kommt es für die Entscheidung, ob einem Sachverständigengutachten gefolgt werden kann, maßgeblich darauf an, ob sich der Sachverständige umfassend mit sämtlichen theoretisch in Betracht kommenden Ursachen befasst und für jede dieser Ursachen eine überzeugende Begründung dafür gegeben hat, dass er sie in dem jeweils zur Begutachtung anstehenden Streitfall nicht für erwiesen hält.
2. Hat der Sachverständige festgestellt, dass sämtliche üblichen, medizinisch indiziert gewesenen Untersuchungsmaßnahmen tatsächlich durchgeführt wurden, kann nicht festgestellt werden, dass medizinisch indiziert gewesene Untersuchungsmaßnahmen haftungsbegründend unterlassen und/oder verzögert durchgeführt worden sind.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 11.09.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen (11 O 438/10) 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 legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).
Das Landgericht hat vielmehr zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen die Beklagte die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz immaterieller und materieller Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihm der ihm obliegende Beweis für schadensursächliche Diagnose-, Befunderhebungs- und sonstige Behandlungsfehler der Behandler im Hause der Beklagten nicht gelungen 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 abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgenden ergänzenden Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B [Gutachten vom 1.02.2012 (Bl. 209 - 217 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung vom 13.12.2012 (Bl. 294 - 300 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 24.07.2013 (S. 2 - 6 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 24.07.2013 , Bl. 322 ff., 323 - 327 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es von dem als Leiter der Sektion Gefäßchirurgie des Gefäßzentrums L in dem Klinikum L tätigen Facharzt für Chirurgie und Gefäßchirurgie und damit von einem für die hier anstehenden medizinischen Streitfragen besonders qualifizierten Fachmann erstattet und auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.
Der Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. B steht nicht entgegen, dass auch er eine Ursache für das erhebliche Anschwellen des Armes und der Hand des Klägers nicht gefunden hat. Dabei steht dem Senat durchaus vor Augen, dass es für den Kläger - natürlich in erster Linie in seiner Eigenschaft als betroffener Patient, dem insoweit bisher nicht geholfen werden konnte und der derzeit auch keine konkrete Aussicht auf Hilfe insoweit hat, aber auch in seiner Eigenschaft als Kläger des vorliegenden Arzthaftungsprozesses - außerordentlich unbefriedigend ist, dass auch im Rahmen dieses Rechtsstreits eine Ursache für das erhebliche Anschwellen seines Armes und seiner Hand nicht gefunden worden ist. Dieser Umstand allein rechtfertigt indes keine Zweifel an der Zuverlässigkeit und Überzeugungskraft des erstinstanzlich eingeholten Gerichtsgutachtens und bietet für sich genommen entgegen der offenbar beim Kläger bestehenden Vorstellung auch keine Veranlassung für das Einholen eines neuen Gutachtens eines Spezialisten auf dem Gebiete der Lymphologie und der Phlebographie. Denn es kommt - wie dem auf Arzthaftungssachen spezialisierten Senat aus einer Reihe von anderen Arzthaftungsprozessen bekannt ist - nicht selten vor, dass die Ursache für ein unzweifelhaft vorhandenes gesundheitliches Problem nicht gefunden wird. Maßgeblich für die Entscheidung, ob dem Gutachten in einem solchen Fall gefolgt werden kann, ist die Frage, ob der Sachverständige sich umfassend mit sämtlichen theoretisch in Betracht kommenden Ursachen befasst und für jede dieser Ursachen eine überzeugende Begründung dafür gegeben hat, dass er sie in dem jeweils zur Begutachtung anstehenden Streitfall nicht für

erwiesen hält. Genau das hat der Sachverständige Prof. Dr. B getan. Er hat sämtliche aus seiner medizinisch-sachverständigen Sicht theoretisch denkbaren Ursachen für das erhebliche Anschwellen des Armes und der Hand des Klägers angesprochen und auf die Fragen hin untersucht, ob sie beim Kläger als Ursache für sein gesundheitliches Problem festgestellt werden können, und ob insoweit ein ärztliches Fehlverhalten welcher Art auch immer vorliegt. Und er ist unter Berücksichtigung aller aus seiner Sicht theoretisch denkbaren Ursachen mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt, dass die Ursache für das Anschwellen des Armes und der Hand und auch ein haftungsbegründendes Fehlverhalten der Behandler im Hause der Beklagten bei den Versuchen, die Ursache zu finden und zu behandeln, nicht festgestellt werden können:
2. So hat Prof. Dr. B etwa mit jeweils überzeugender und vom Kläger nicht angegriffener Begründung eine tiefe Armvenenthrombose als Ursache für das Anschwellen des Armes ebenso ausgeschlossen wie eine Embolie. Mit ebenfalls überzeugender und vom Kläger nicht angegriffener Begründung hat der Sachverständige auch eine relative venöse Abflussstörung sowie eine arterio-venöse Malformation bzw. persistierende arterio-venöse Fistel als mögliche Ursachen für das Anschwellen des Armes ausgeschlossen. Nach den ebenso ausführlich wie überzeugend begründeten Feststellungen das Sachverständigen kann ferner nicht davon ausgegangen werden, dass die Schwellung durch einen im Körper des Klägers verbliebenen Fremdkörper verursacht worden ist, was der Kläger selbst auch - zu Recht - in der Berufungsinstanz nicht mehr vermutet. Zu der von der Beklagten geäußerten Vermutung, dass die Schwellung auf eine vom Kläger selbst mutwillig durchgeführte Einschnürung im Bereich des Armes zurückgeführt werden könne, hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass dies zwar nicht ausgeschlossen werden könne, aber unwahrscheinlich sei mit der Folge, dass auch dies als Ursache nicht positiv festgestellt werden kann. Auch die Medikamentenumstellung im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld des Auftretens der Schwellung hält der Sachverständige als Ursache für die Schwellung überzeugend für unwahrscheinlich, weil bei einer Ursächlichkeit insoweit zu erwarten gewesen wäre, dass auch an anderen Stellen des Lymphsystems eine nämliche Schwellung aufgetreten wäre, was unstreitig nicht der Fall gewesen ist. Im Übrigen scheiterte eine Haftung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Umstellung der Medikation auch schon an dem Umstand, dass die in der fraglichen Zeit vorgenommene Immunsuppression nach den Feststellungen des Sachverständigen unverzichtbar war.
Im Rahmen seiner Begutachtung ist der Sachverständige Prof. Dr. B auch der Frage nachgegangen, ob eine Thrombophlebitis und/oder ein Erysipel als Ursache für die Schwellung in Betracht kommen könnten. Beides hat er indes mit überzeugender Begründung letztlich ausgeschlossen. Hierzu hat der Sachverständige zur Überzeugung des Senates insbesondere ausgeführt, dass für das Vorliegen einer bakteriellen Entzündung in Form eines sog. Erysipels weder aus den Behandlungsunterlagen noch aus den anamnestischen Angaben des Klägers persönlich irgendwelche Hinweise ersichtlich seien, und dass eine Thrombophlebitis zwar im Hinblick auf die anamnestischen Angaben des Klägers ihm gegenüber zu einer bis dahin nicht aktenkundig gewordenen Rötung am linken Arm aus der Sicht ex post als Ursache denkbar, aber insbesondere deshalb gänzlich unwahrscheinlich sei, weil eine solche nicht nur zu einer Schwellung, sondern zusätzlich zu anderen Symptomen hätte führen müssen, die sicher nicht vorgelegen hätten - etwa zu einer Abszedierung und letztlich auch zu einem spontanen Verschluss des Shunts. Im Hinblick auf diese Feststellungen des Sachverständigen kann der Kläger seine Forderungen gegen die Beklagte entgegen seiner offenbar bestehenden Vorstellung auch nicht mit Erfolg auf die Begründung stützen, dass die Behandler im Hause der Beklagten der Verdachtsdiagnose einer Thrombophlebitis oder eines Erysipels mit entsprechenden weiteren Untersuchungen hätten nachgehen müssen. Denn ein haftungsbegründender Befunderhebungsmangel insoweit scheiterte jedenfalls daran, dass nicht festgestellt werden kann, dass sich aus entsprechenden Untersuchungsmaßnahmen mit hinreichender Sicherheit ein reaktionspflichtiger Befund ergeben hätte.
Letzteres gilt auch für die Verdachtsdiagnose eines primären Lymphödems mit Spätmanifestation. Denn insoweit hat der Sachverständige festgestellt, dass ein solches zwar eine Schwellung der hier in Rede stehenden Art erklären könne, aber sehr unwahrscheinlich sei, weil diejenigen Umstände, die zu einem primären Lymphödem führen könnten, beim Kläger nicht vorgelegen hätten - etwa ein chirurgischer Eingriff im zeitlichen Vorfeld des Auftretens der Schwellung, eine Strahlentherapie in der Achselhöhle oder ein Trauma - und weil auch eine maligne Erkrankung mit primärer oder sekundärer Lymphknotenvergrößerung im Bereich der zentralen abführenden Lymphgefäße durch die erfolgte MR-Diagnostik ebenso wie eine relevante Thrombose des tiefen Venensystems habe ausgeschlossen werden können.
Im Rahmen seiner Begutachtung hat der Sachverständige schließlich darauf hingewiesen, dass bei einem Shuntarm auch minimale Verletzungen heftige Reaktionen hervorrufen könnten, woraus sich aber allein schon mangels Hinweises im Parteivortrag oder in den Behandlungsunterlagen auf eine entsprechende Verletzung keine Erklärung für die Schwellung des Armes und der Hand des Klägers ergeben hat.
Dass über die von dem Sachverständigen angesprochenen Umstände hinaus weitere Umstände vorstellbar wären, die eine Erklärung für die Schwellung des Armes und der Hand des Klägers bieten könnten und von dem Sachverständigen im Rahmen seiner Begutachtung hätten berücksichtigt werden müssen, hat der Kläger nicht hinreichend konkret vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich.

3. Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme kann auch nicht festgestellt werden, dass im Hause der Beklagten medizinisch indiziert gewesene Untersuchungsmaßnahmen haftungsbegründend unterlassen und/oder verzögert durchgeführt worden wären. Vielmehr ist der Sachverständige zu der Feststellung gelangt, dass sämtliche üblichen, medizinisch indiziert gewesenen Untersuchungsmaßnahmen tatsächlich durchgeführt worden seien. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist lediglich eine Lymphszintigraphie nicht durchgeführt worden, was indes nicht als fehlerhaft bewertet werden kann. Zur Begründung hat der Sachverständige zur Überzeugung des Senates insbesondere ausgeführt, dass es sich hierbei um eine außerordentlich aufwändige Untersuchungsmaßnahme handele, die beim Kläger zu keiner therapeutischen Konsequenz hätte führen können, weil mit einer Lymphszintigraphie lediglich eine Abflussstörung im Lymphsystem hätte festgestellt werden können, die beim Kläger sicher nicht vorgelegen habe. Auch in der Spezialklink, die der Kläger im weiteren Verlauf aufgesucht habe, sei eine Lymphszintigraphie nicht durchgeführt worden. Relativ spät durchgeführt worden ist nach der Einschätzung des Sachverständigen die MR-Angiographie, was aber aufgrund seiner Feststellungen nicht zu einer Haftung der Beklagten führen kann. Denn der Sachverständige hat hierzu überzeugend ausgeführt, dass die MR-Angiographie zwar relativ spät durchgeführt worden sei, nämlich erst Mitte02.2005, obwohl die Schwellung erstmals bereits Mitte12.2004 aufgetreten sei, dass aber bei dieser MR-Angiographie lediglich ein Verschluss der Vena Basilica und damit der Verschluss einer oberflächlichen Vene festgestellt worden sei, die die beim Kläger aufgetretene Schwellung nicht erklären könne, während ein Verschluss im tiefen Venensystem, der die Schwellung hätte erklären können, beim Kläger nicht vorgelegen habe; das tiefe Venensystem sei beim Kläger vielmehr offen gewesen. Im Hinblick darauf scheitert eine Inanspruchnahme der Beklagten wegen der späten Durchführung der MR-Angiographie unter dem insoweit allein in Betracht kommenden Gesichtspunkt eines Befunderhebungsmangels jedenfalls deshalb, weil nicht festgestellt werden kann, dass eine früher durchgeführte MR-Angiographie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte.
4. Der Kläger kann seine Forderungen gegen die Beklagte auch nicht mit Erfolg auf den Vorwurf stützen, dass die Kompressionstherapie zu spät eingeleitet worden wäre. Denn der Sachverständige Prof. Dr. B ist mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt, dass eine fehlerhafte Verzögerung der Kompressionstherapie nicht angenommen werden könne. Zur Begründung hat er insbesondere ausgeführt, dass eine kontinuierliche Kompression des Armes zur Funktionsunfähigkeit des Shunts hätte führen können, und dass es aus medizinisch-sachverständiger Sicht eine nachvollziehbare und gut vertretbare Entscheidung dargestellt habe, dieses Risiko beim Kläger zunächst nicht einzugehen. Denn ein funktionstüchtiger Shunt sei für einen betroffenen Patienten im Falle der Dialysepflichtigkeit lebenswichtig, was beim Kläger auch nach der Nierentransplantation im Jahre 2000 in besonderem Maße gegolten habe, weil es bei ihm im Vorfeld des hier fraglichen Zeitraumes bereits wiederholt zu Abstoßungsreaktionen gekommen sei. Dieser medizinisch-sachverständigen Bewertung steht entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung nicht entgegen, dass der fragliche Arm wegen der ausgeprägten Schwellung für eine Punktierung nicht benutzt werden kann, was der Sachverständige anlässlich seiner mündlichen Anhörung am 24.07.2013 auf Nachfrage des Prozessbevollmächtigten des Klägers bestätigte. Denn der Sachverständige hat bekräftigt, dass für den Behandler gleichwohl auch in einer solchen Konstellation ein - vom Ansatz her - funktionstauglicher Shunt als ein "Heiligtum" gelte und zumindest zunächst erhalten werden sollte. Dies mag aus der Sicht ex post und insbesondere vor dem Hintergrund der nunmehr bestehenden Erkenntnis, dass die Schwellung - zumindest bisher - chronifiziert fortbesteht, sicherlich nicht auf Dauer gegolten haben. Aus der für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Sicht ex ante war diese spätere Entwicklung indes nicht absehbar und es konnte durchaus damit gerechnet werden, dass die Schwellung zurückgehen würde. Soweit der Kläger sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt stellt, dass das für die Kompressionstherapie erforderlich gewesene Entfernen des Shunts später durch Legen eines neuen Shunts problemlos hätte rückgängig gemacht werden können, blendet er offenbar aus, dass es durchaus nicht so einfach und auch nicht beliebig wiederholbar ist, einen funktionstüchtigen Shunt zu installieren. Dies versteht sich im Grunde von selbst, kommt aber auch in der Feststellung des Sachverständigen, ein funktionstüchtiger Shunt stelle für den Behandler eines möglichen Dialysepatienten ein "Heiligtum" dar, deutlich zum Ausdruck.
Ergänzend sei angemerkt, dass der Kläger seine Forderungen gegen die Beklagten auch dann nicht mit Erfolg auf den Umstand stützen könnte, dass nicht unmittelbar nach Auftreten der Schwellung eine Kompressionstherapie eingeleitet worden ist, wenn dies zu seinen Gunsten als behandlungsfehlerhaft bewertet werden würde. Denn in diesem Falle scheiterte eine Haftung der Beklagten daran, dass der Kläger den Nachweis für die Kausalität dieses - zu seinen Gunsten unterstellten - Fehlers für die bei ihm eingetretenen gesundheitlichen und sonstigen Schäden nicht führen könnte. Denn es kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass die Schwellung des Armes und der Hand des Klägers bei einer früher eingeleiteten Kompressionstherapie nachhaltig hätte zurückgeführt werden können. Und Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität insoweit kommen für den Kläger ersichtlich weder unter dem Gesichtspunkt des groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels in Betracht.

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].

137. LG Kaiserslautern, Beschluss vom 06.05.2014 – 3 O 74/13 – * Sachverständigenentschädigung: Entschädigung eines veterinärmedizinischen Sachverständigen

Leitsatz

Die Vergütung veterinärmedizinischer Sachverständiger bestimmt sich auch nach Einführung des Sachgebiets "Tiere" in Nr. 36 der Anlage zu § 9 Abs. 1 S. 2 JVEG nicht nach diesem Sachgebiet, sondern nach dem Sachgebiet M "Medizinische Gutachten".
Diese Entscheidung wird zitiert
Rechtsprechung
Vergleiche OLG Köln, 23.03.2015, Az: 17 W 207/14

Tenor

1.
Die dem Sachverständigen für die Erstellung des Gutachtens gemäß Beschluss der Kammer vom auf seinen Antrag vom zu erstattende Sachverständigenvergütung wird auf 1.968,32 € festgesetzt.
2.
Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Gründe

Der zulässige (§ 4 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1, Abs. 6 JVEG) Antrag des Sachverständigen auf gerichtliche Festsetzung seiner Vergütung führt zur Festsetzung des Vergütungsbetrages auf die vom Sachverständigen beantragten 1.968,32 €.
1.
Der Sachverständige ist für das von ihm erstattete veterinärmedizinische Gutachten nach dem Sachgebiet "M" der Tabelle zu § 9 Abs. 1 S. 1 JVEG (medizinische Gutachten) zu entschädigen. Das erstattete veterinärmedizinische Gutachten unterfällt nicht dem Sachgebiet "Tiere" nach Nr. 36 der genannten Anlage 1 zu § 9 Abs. 1 S. 2 JVEG.
1.1.
Fehlt es – wie hier – an einem vorab vereinbarten oder zugebilligten gesonderten Stundensatz für den Sachverständigen nach § 13 JVEG, bestimmt sich die dem Sachverständigen zu zahlende Vergütung nach den Stundensätzen des § 9 JVEG.
Danach erhalten Sachverständige, deren Tätigkeit im konkreten Fall sich einer der Honorargruppen der Anlage 1 zu § 9 Abs. 1 S. 2 JVEG zuordnen lässt, die diesen Honorargruppen in der Tabelle zu § 9 Abs. 1 S.1 JVEG zugeordneten Nettostundensätze. Die Anlage 1 trennt dabei zwischen nichtmedizinischen Gutachten (Honorargruppen 1-13) und medizinischen Gutachten (Honorargruppen M1 – M3, vgl. dazu Hartmann, KostG, 43. Auflage, § 9 JVEG Rdnr. 34).
Lässt sich das Sachgebiet, in dem der Sachverständige tätig war, hingegen keinem der in der Anlage 1 genannten Sachgebiete zuordnen, findet keine Zuordnung zu einer vergleichbaren Honorargruppe der Anlage 1 statt; vielmehr ist in diesem Fall die dem Sachverständigen zu zahlende Vergütung nach § 9 Abs. 1 S. 3 JVEG primär unter Berücksichtigung der für Leistungen der erbrachten Art außergerichtlich gezahlten Vergütungen zu bestimmen (Binz/Dorndörfer/Petzold/Zimmermann, GKG + JVEG, 3. Auflage, § 9 JVEG Rdnr. 13 m.w.N.).
1.2.
Veterinärmedizinische Gutachten sind nach Auffassung der Kammer auch nach Neufassung der Anlage 1 nicht unter das Sachgebiet "Tiere" nach Nr. 36 der Anlage 1 (Honorargruppe 2 der Tabelle zu § 9 Abs. 1 S. 1 JVEG) zu fassen, sondern sind nach wie vor "medizinische Gutachten" gemäß der Honorargruppe M und damit auch nach dieser zu vergüten.
a.)
Unerheblich ist in diesem Zusammenhang allerdings der vom Sachverständigen angeführte Umstand, dass er Universitätsprofessor ist. Dieser Umstand könnte allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn sich seine Tätigkeit keiner der Honorargruppen zuordnen ließe und für die dann maßgebliche, außergerichtlich für vergleichbare Gutachten gezahlte Vergütung (§ 9 Abs. 1 S. 3 JVEG) bei veterinärmedizinischen Gutachten für Gutachten eines Universitätsprofessors höhere Vergütungen gezahlt würden als bei anderen Gutachtern gleicher Fachrichtung. Fällt jedoch – wie hier – die Tätigkeit des Sachverständigen in eines der Sachgebiete nach Anlage 1 zu § 9 JVEG, kommt es, soweit vorab kein besonderer Stundensatz nach

§ 13 JVEG zugebilligt wurde, allein auf die Zuordnung zur Honorargruppe an. Innerhalb dieser sind weitere Unterscheidungskriterien in der Person des Sachverständigen nicht vorgesehen und daher unerheblich (OLG Schleswig FamRZ 2009, 652; Hartmann, a.a.O., § 9 JVEG Rdnr. 6).
b.)
Veterinärmedizinische Gutachten unterfallen jedoch nicht dem Sachgebiet "Tiere" nach Nr. 36 der Anlage 1 (Honorargruppe 2 der Tabelle zu § 9 Abs. 1 JVEG), sondern sind "medizinische Gutachten" gemäß der Honorargruppe M.
Das neu eingefügte Sachgebiet "Tiere" nach Nr. 36 der Anlage 1 ist pauschal gefasst und ohne weitere Differenzierung der Honorargruppe 2 (Stundensatz: 70,- €) zugeordnet. Es liegt damit im untersten Bereich der erfassten Honorargruppen (1 – 13 mit 65,- € bis 125,- € Stundensatz).
Schon aus dieser Einordnung wird ersichtlich, dass damit veterinärmedizinische Gutachten nicht gemeint sind. Veterinärmedizinische Gutachten erfordern ausnahmslos ein abgeschlossenes Hochschulstudium, das dem humanmedizinischen Studium von Struktur und Anforderungen her entspricht. Der Honorargruppe 2 sind aber ansonsten in der Anlage 1 zu § 9 JVEG lediglich Sachgebiete zugeordnet, bei denen ein abgeschlossenes Hochschulstudium des Sachverständigen entweder gar nicht vorliegen kann oder aber zumindest nicht Voraussetzung ist (z.B. "Möbel", "Textilien", "Musikinstrumente", "Gesundheitshandwerk" u.a.). Sachgebiete mit notwendigerweise erforderlichem Hochschulabschluss des Sachverständigen sind in der Anlage 1 durchweg höheren Honorargruppen zugeordnet.
Zudem erfasst das Sachgebiet "Tiere" ein weit gestreutes Feld verschiedener Tätigkeiten von Sachverständigen, die sich etwa auf die übliche Verhaltensweise von Tieren, ihre Einordnung in einzelnen Familien und Stämme, ihre Verbreitung, ihre artgerechte Haltung und vieles andere mehr beziehen können. Diese Begutachtungen sind im Vergleich zur veterinärmedizinischen Begutachtung regelmäßig einfacher gelagert und erfordern kein abgeschlossenes Hochschulstudium. Gutachten auf veterinärmedizinischem Gebiet betreffen hingegen primär medizinische Fragestellungen, bei denen der einzige Zusammenhang zum "Tier" im Gegenstand der medizinischen Fachrichtung liegt. Dass es auch einfach gelagerte veterinärmedizinische Gutachten gibt, steht dem nicht entgegen; denn die Honorargruppe M ist aus eben diesem Grund in die Untergruppen M1 – M3 aufgegliedert.
Veterinärmedizinische Gutachten gehören daher unverändert zur Honorargruppe M. Vor der Einführung des Sachgebietes "Tiere" in die Anlage 1 zu § 9 JVEG sind veterinärmedizinische Gutachten in diese Honorargruppe gefasst worden. Dass der Gesetzgeber das mit der Einführung des Sachgebietes "Tiere" ändern wollte, ist nicht ersichtlich und aus den bereits dargestellten Gründen nach Auffassung der Kammer fernliegend. Veterinärmedizinische Gutachten entsprechen von Methodik, Ausbildungserfordernis und fachlichem Niveau humanmedizinischen Gutachten, da sie nach denselben wissenschaftlichen Grundsätzen und Anforderungen bearbeitet werden müssen.
Es tritt hinzu, dass die Honorargruppe M mit "medizinische Gutachten" und nicht etwa mit "humanmedizinische Gutachten" betitelt ist. Zwar sind die zur Unterscheidung der Untergruppen M1 – M3 aufgeführten Beispiele sämtlich der Humanmedizin entnommen. Das liegt aber daran, dass humanmedizinische Gutachten in der Gerichtspraxis (Arzthaftung, Versicherungsrecht, Unfälle, Strafverfahren, evident im sozialgerichtlichen Verfahren) weitaus häufiger vorkommen als veterinärmedizinische Gutachten. Es ändert demgegenüber nichts daran, dass auch veterinärmedizinische Gutachten unter den Begriff des "medizinischen Gutachtens" fallen. Denn entscheidend dafür ist das "medizinische" Gebiet des Gutachtens und die daraus folgenden Anforderungen an den Sachverständigen und das Gutachten, nicht hingegen, ob es sich um ein human- oder veterinärmedizinisches Gutachten handelt. Immerhin fallen auch zahnmedizinische Gutachten unter die Honorargruppe M, obwohl auch die Zahnmedizin ein gesonderter, von der sonstigen Humanmedizin weitgehend getrennter Studiengang ist.
Es erscheint aus den dargestellten Gründen letztlich – worauf es aber nach Vorgesagtem nicht ankommt – auch zumindest fraglich, ob eine pauschale Einordnung der Veterinärmedizin in die Honorargruppe 2 nicht gegenüber den humanmedizinischen Gutachten eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Vorgänge ohne sachlichen Grund und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellen würde.
2.
Innerhalb der Honorargruppe M unterfällt das hier erstellte Gutachten der Untergruppe M3. Es ging nicht um die Begutachtung von Ist-Zuständen, sondern um ein schwieriges Kausalzusammenhangsgutachten, das zudem anhand von bloßen Zeugenaussagen und Röntgenbildern eine Beantwortung veterinärmedizinischer Zusammenhangsfragen auf in der Vergangenheit liegende Zeitpunkte vorzunehmen hatte.
3.
Hieraus ergibt sich - die übrigen Positionen der Abrechnung des Sachverständigen sind in der Ansetzung der zu zahlenden Vergütung unbeanstandet geblieben -ein Vergütungsbetrag von 1.968,32 €, nämlich:
- 16 Stunden Zeitaufwand zu je 100,- € =
1.600,00 €
- Schreibaufwendungen =
50,10 €
- Umsatzsteuer 19 % auf 1.650,10 € =

313,52 €
- Porto pp. =
4,70 €
Summe:
1.968,32 €
4.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 4 Abs. 8 JVEG.

138. LG Köln, Urteil vom 06.05.2014 – 3 O 18/12 – * Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor einer Operation

Orientierungssatz

Über das jeweilige Operationsrisiko hinaus sind die mit dem Eintreten desselben verbundenen weiteren Komplikationen, die sich in kausaler Folge unüberschaubar an das Ursprungsrisiko anschließen können, nicht mehr aufklärungspflichtig.

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger macht gegen die Beklagten, zwei niedergelassene Chirurgen in Gemeinschaftspraxis, Ansprüche auf Schmerzensgeld, Schadensersatz und Feststellung wegen einer nach seiner Behauptung fehlerhaften ärztlichen Behandlung geltend.
Der Kläger befand sich vom 21.09.2010 bis zum 25.11.2010 bei den Beklagten in Behandlung.
Am 21.09.2010 stellte die Beklagte zu 1. bei dem Kläger die Diagnose Mukoidzyste am linken Mittelfinger und riet diesem zu einer Entfernung der Zyste. Der Kläger unterschrieb noch am selben Tag die Einverständniserklärung zu dieser Operation
Am 15.11.2010 erfolgte die Entfernung der Zyste im Wege einer ambulanten Operation, die der Beklagte zu 2. vornahm.
Im Zeitraum vom 16.11.2010 bis zum 23.11.2010 fanden täglich bei den Beklagten Wundversorgungen statt. Handschuhe und Mundschutz wurden von den Beklagten im Rahmen der Wundversorgung nicht angelegt.
Ab dem 17.11.2010 kam es zu einer Infektion der Wunde. Die Beklagten verordneten dem Kläger daraufhin ein Antibiotikum (Cephalex).
Am 18.11.2010 wurden die Fäden gezogen. Nach Vornahme und Untersuchung eines mikrobiellen Abstriches erfolgte eine Umstellung der Antibiose auf Ciprobay.
Am 25.11.2010 fand bei den Beklagten eine letzte Wundversorgung statt.
Am 26.11.2010 suchte der Kläger die Praxis von Dr. L auf. Dieser nahm eine Wundreinigung vor und überwies den Kläger in das B - Krankenhaus. Dort wurde der Kläger am selben Tag operiert und blieb dort stationär bis zum 03.12.2010.
An dem Finger ist dauerhaft eine Endgelenksarthrose verblieben.
Der Kläger behauptet, dass den Beklagten im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Behandlung Fehler unterlaufen seien.
Die Beklagten hätten während der Operation und der Wundversorgung die einschlägigen Hygienestandards nicht beachtet.
Die Beklagte zu 1) hätte im Rahmen der präoperativen Aufklärung die Risiken der Operation verniedlicht und insbesondere nicht über die Möglichkeit der Versteifung des Fingerendgelenkes aufgeklärt.
Die Beklagten hätten eine Wundreinigung und operative Revision nach Auftreten der Entzündung behandlungsfehlerhaft unterlassen.
Der Kläger behauptet weiter, dass er infolge der den Beklagten unterlaufenen Behandlungsfehler während des gesamten Behandlungsverlaufs unter erheblichen Schmerzen gelitten habe. Er leide nunmehr an den Funktionsbeeinträchtigungen aufgrund der Fingerendgelenksversteifung. Sein Fingernagel sei zudem deformiert.
Hierfür sei ein Schmerzensgeld in Höhe von 10.000,00 Euro angemessen.
Die private Krankenversicherung habe die Kosten der notwendigen Krankengymnastik aufgrund vereinbarter Selbstbeteiligung in Höhe von 117,00 Euro nicht erstattet.
Der Kläger beantragt,
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.08.2011 zu zahlen;

festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, künftige immaterielle Schäden, die ihm durch den Eingriff vom 15.11.2010 und die anschließende Wundbehandlung entstanden sind, zu ersetzen;
die Beklagten als Gesamtschuldner weiter zu verurteilen, an ihn 117,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.08.2011 zu zahlen;
die Beklagten als Gesamtschuldner weiter zu verurteilen, an ihn für die außergerichtliche Tätigkeit seiner Anwälte entstandenen Gebühren in Höhe von 962,71 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten behaupten, der Kläger habe eine Operation ausdrücklich erst im11.gewünscht. Zwischenzeitlich sei die Zyste sodann spontan perforiert. Bereits hierdurch könne es zu einer Infektion gekommen sein.
Die Aufklärung sei ordnungsgemäß erfolgt und dokumentiert worden. Sowohl die Operation als auch die Nachbehandlung seien unter Beachtung der einschlägigen Hygienestandards erfolgt. Bereits der Zeitpunkt des Infektes am 18.11./19.11. schließe eine Verursachung durch unsachgemäße Wundbehandlung aus.
Die Kammer hat gemäß Beweisbeschluss vom 24.10.2012 Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Dr. med. T. Auf den Inhalt des schriftlichen Gutachtens vom 01.03.2013 sowie des Ergänzungsgutachten vom 05.07.2013 und die mündliche Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 01.04.2014 wird verwiesen.
Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist unbegründet.
Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens und Zahlung eines Schmerzensgeldes gemäß §§ 280, 249, 253 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrag.
I.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nicht zur notwendigen Überzeugung der Kammer fest, dass die Behandlung des Klägers im Zeitraum vom 21.09.2010 bis zum 25.11.2010 durch die Beklagten fehlerhaft erfolgte.
1. Keinen Behandlungsfehler stellt die Infektion der Operationswunde an sich dar. Zunächst ist hier davon auszugehen, dass eine absolute Keimfreiheit aller Beteiligten bei einer Operation tatsächlich nicht erreichbar ist. Die Wege, auf denen sich die den Operationsbeteiligten anhaftenden Keime verbreiten können, sind im Einzelfall nicht kontrollierbar. Keimübertragungen, die sich aus solchen nicht beherrschbaren Gründen und trotz Einhaltung der gebotenen hygienischen Vorbereitung ereignen, gehören zum entschädigungslos bleibenden Krankheitsrisiko (BGH VersR 1991, 467). Ansätze für einen Behandlungsfehler können daher allein konkrete Verstöße gegen Hygienestandards bei der Operation und der anschließenden Wundbehandlung sein.
Der Sachverständige hat hierzu in seinem Gutachten nachvollziehbar dargelegt, dass ausweislich des Operationsberichtes des Beklagten zu 2. Ansatzpunkte für Hygienemängel während der Operation nicht vorhanden sind. Die dort dargelegten Hygienemaßnahmen ("sorgfältige alkoholische Hautdesinfektion" und "sterile Abdeckung", "steriler Verband") entsprechen dem Standard für derartige Operationen. Auch im Rahmen der postoperativen Nachsorge lassen sich keine Anhaltspunkte für Hygienemängel finden. Soweit der Kläger einwendet, die Beklagten hätten keine Handschuhe und keinen Mundschutz getragen, begründet dies keinen Anhalt für Hygienemängel, da eine solches aseptisches Vorgehen im Rahmen der Nachbehandlung auch nicht erforderlich ist.
Eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers greift hier auch nicht unter dem Gesichtspunkt des vollbeherrschbaren Risikobereichs. Dies hätte zwar zur Folge, dass sich die Beklagten dahin gehend entlasten müssten, dass sie an der Nichtbeachtung der Hygieneerfordernisse keine Verschulden trifft, greift hier aber schon vom Ansatz her nicht. Denn es können letztlich keine Feststellungen dazu getroffen werden, ob die Keimübertragungen durch hygienische Vorsorge überhaupt hätten verhindert werden können. Daher kann hier gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Infektion überhaupt aus einem vollbeherrschbaren Bereich der behandelnden Beklagten herrührt. Hierbei gilt es auch zu bedenken, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Infektion bereits präoperativ aufgrund der spontanen Perforation der Zysten stattgefunden haben kann.
Letztlich muss der insoweit beweisbelastete Kläger hier beweisfällig bleiben.
2. Ein Behandlungsfehler ist auch nicht im Unterlassen einer operativen Revision nach Feststellung der Infektion und dem Fortsetzen der konservativen Behandlung durch die Beklagten feststellbar.

Der Sachverständige führt widerspruchsfrei und überzeugend aus, dass es sich bei dem betroffenen Operationsgebiet um empfindliche Weichteile handelt, die streckseitig über dem Fingerendgelenk liegen. Aufgrund dieser Lage des Eingriffes und der Empfindlichkeit der betroffenen Partie kann es postoperativ auch ohne eine Infektion zu einer deutlichen Schwellung kommen. Ein Zuwarten aufgrund der in den Behandlungsunterlagen vermerkten Schwellung am 17.11.2011 ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.
Auch die Wahl der konservativen Therapie durch eine Antibiotikagabe ab dem 18.11.2010 ist nicht zu beanstanden.
In der Rechtsprechung ist es anerkannt, dass die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes ist, dem bei seiner Entscheidung ein weites Ermessen einzuräumen ist (statt vieler: BGH VersR 2007, 1273). Dabei hat der Arzt stets das Verhältnis von Eingriffsintensität, Risiken und Nutzen sowie die Erfolgsaussichten im Auge zu behalten. Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung, zunächst einen antibiotischen - konservativen - Behandlungsweg einzuschlagen, nicht behandlungsfehlerhaft. Der Sachverständige gab hierzu nachvollziehbar an, dass der dokumentierte Befund eine erysipelartige bis phlegmonöse Infektion nahegelegt hat, deren medikamentöse Therapie mittels Antibiotika durchaus Erfolgsaussichten hat. Der Sachverständige führte darüber hinaus an, dass die Fortsetzung der konservativen Therapie auch vor dem Hintergrund der dokumentierten Befundbesserung nachvollziehbar erschien.
Erst mit der Entstehung von Nekrosen ist eine operative Revision der Wunde nach Auskunft des Sachverständigen zwingend angezeigt. Nekrosen sind aber in der Dokumentation der Beklagten nicht vermerkt. Der fotografisch dokumentierte Zustand der Wunde am 26.11.2010 lässt zudem nach den Ausführungen des Sachverständigen keine Rückschlüsse auf den Zustand derselben am Vortag zu.
Nach alledem ist ein behandlungsfehlerhaftes Verhalten der Beklagten in der Wahl und Fortsetzung der konservativen Therapie bis zum 25.11.2010 nicht zu erkennen. Jedenfalls ist dem insoweit beweisbelasteten Kläger ein solcher Nachweis nicht gelungen.
II.
Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass der Kläger vor der Operation über die maßgeblichen Risiken des Eingriffes ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist. Die Aufklärung durch die Beklagte zu 1.) ist in dem Aufklärungsbogen vom 21.09.2010 dokumentiert. Handschriftlich fügte sie zu den allgemeinen Operationsrisiken u.a. "Wundheilungsstörungen" hinzu.
Eine solche Belehrung ist nach Auffassung des Sachverständigen, der sich die Kammer aus folgenden Gründen anschließt, ausreichend:
Zum einen bedürfen allgemeine Risiken, die mit einer Operation regelmäßig verbunden sind, schon keine gesonderte Aufklärung, oder jedenfalls nur dann wenn besondere einzelfallbezogene Umstände hinzutreten (vgl. BGH VersR 1979, 1012). Das Risiko einer Wundinfektion wäre mithin für sich genommen schon nicht ohne weiteres aufklärungspflichtig gewesen. Eine entsprechend Aufklärung durch die Beklagte zu 1. ist aber jedenfalls erfolgt.
Eine sich aufgrund der hier eingetretenen Wundinfektion ergebende weitere Folge, nämlich die Gelenkversteifung, stellt nach Auffassung des Sachverständigen angesichts der Vielzahl der täglich vorgenommen Eingriffe ein Minimalrisiko dar. Sie ist insoweit auch keine direkte Folge der operativen Entfernung einer Mukoidzyste. Die Kammer vertritt hiernach die Auffassung, dass über das jeweilige Operationsrisiko hinaus, die mit dem Eintreten desselben verbundenen weiteren Komplikationen, die sich in kausaler Folge unüberschaubar an das Ursprungsrisiko anschließen können, nicht mehr aufklärungspflichtig sind. Dabei gibt die Kammer insbesondere zu bedenken, dass letztlich sogar das Versterben eines Patienten infolge einer Wundinfektion ein Minimalrisiko derselben darstellt, ohne dass dies - hier wohl unstreitig - gesondert aufklärungspflichtig gewesen wäre.
Der Kläger hat zudem allein behauptet, er hätte eine Operation nicht durchführen lassen, wenn die Beklagte zu 1) ihm nicht dringend dazu geraten hätte. Dies erscheint auch nachvollziehbar. Er hat demgegenüber - soweit ersichtlich - jedoch nicht behauptet, dass er bei ordnungsmäßiger Aufklärung auch über die minimale Möglichkeit einer Gelenkversteifung den Eingriff abgelehnt haben würde, und hätte damit aber jedenfalls seitens der Kammer auch kaum Glauben verdient. Daher erscheint hier ausnahmsweise darüber hinaus auch die Feststellung möglich, dass auch eine Aufklärung des Klägers über die minimale Möglichkeit einer Gelenksversteifung ihn nicht von seiner Einwilligung in den Eingriff abgehalten haben würde.
III.
Die Kammer hatte auch keine Veranlassung zu den Ausführungen des Sachverständigen ein Obergutachten einzuholen. Ein solches ist nämlich nur dann veranlasst, wenn das bereits eingeholte Gutachten ungenügend wäre. Dies ist indes nicht der Fall. Der Sachverständige hat in deutlicher, nachvollziehbarer und in sich widerspruchsfreier Begründung dargelegt, dass und warum - ausgehend von den Behandlungsunterlagen als seiner maßgeblichen Erkenntnisquelle - ein Behandlungsfehler der Beklagten nicht ersichtlich ist. Soweit der Kläger lediglich behauptet, er sei insoweit anderer Auffassung, lässt das nicht den Schluss darauf zu, dass das Gutachten des Sachverständigen mangelhaft ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei widerstreitenden Auffassungen in einem Rechtsstreit der Sachverständige eine An-

sicht vertritt, die zumindest von einer Partei nicht geteilt wird, ohne dass dies den Schluss auf die Mangelhaftigkeit des Gutachtens nahelegt. Der Kläger zeigt auch keine Widersprüche des Sachverständigen auf. Solche sind auch sonst nicht erkennbar. Es ist für die Kammer auch nicht ersichtlich, ob und inwieweit ein neues Gutachten ein Erkenntnisgewinn mit sich bringen könnte. Dies wäre hier nur dann der Fall, wenn der Gutachter entscheidungserhebliche Gesichtspunkte übersehen und nicht angesprochen hätte. Dies ist hier nicht der Fall und wird vom Kläger auch nicht behauptet.
IV.
Da ein Behandlungsfehler schon nicht feststeht, kann hier dahinstehen, ob eine frühere operative Revision und/oder Wundreinigung eine Gelenksteife des Fingerendgliedes überhaupt verhindert hätte.
V.
Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 ZPO; diejenige zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.
Streitwert: bis zu 13.000,00 EUR

139. OLG Köln, Beschluss vom 06.05.2014 – 5 U 124/13 – * Arzthaftung: Erforderlichkeit einer neuen Begutachtung

Orientierungssatz

Es bedarf in einem einen Schmerzensgeldanspruch betreffenden Berufungsverfahren keiner erneuten Begutachtung durch einen Sachverständigen, wenn seitens des Klägers keine konkreten Anhaltspunkte vorgebracht werden, die gegen die Richtigkeit der bereits vorhandenen sachverständigen Ausführungen sprechen.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 14.08.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts - 25 O 67/12 - 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 Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe

I.
Der am 00.00.1950 geborene Kläger begab sich Ende 2006 wegen Beschwerden im Bereich der rechten Hüfte in die medizinische Behandlung des Beklagten zu 1), welcher eine orthopädische Praxis betreibt. Der Beklagte zu 1) diagnostizierte eine Coxarthrose und riet zur Implantation einer Totalendoprothese (TEP). Bereits im Jahr 2004 hatte sich der Kläger einer TEP-Operation der linken Hüfte unterzogen.
Die Operation führte der Beklagte zu 1) am 20.06.2007 im N-Krankenhaus in C, in dem er als Belegarzt tätig ist, aus. Die Operation und der postoperative stationäre Verlauf verliefen ohne Komplikationen, so dass der Kläger am 29.06.2007 aus dem Krankenhaus entlassen werden konnte. Am 05.07.2007 stürzte er zuhause über eine Teppichkante und zog sich eine periprothetische Femurfraktur mit Abriss des Calcar Femurs und Trochanter minors zu. Infolgedessen musste er sich am 06.07.2007 einer weiteren Operation unterziehen, die der Beklagte zu 2), Leiter der orthopädischen Abteilung im N-Krankenhaus, durchführte. Die implantierte Prothese wurde entfernt, und durch eine Keramed-Prothese mit Knochenzement ersetzt. Die Knochenfraktur wurde mittels Drahtcerclagen versorgt. Nach Entlassung aus dem Krankenhaus durchlief der Kläger in der Zeit vom 24.07. bis zum 20.08.2007 eine stationäre Rehabilitation in C2. Anschließend stellte sich der Kläger mehrfach in der Praxis des Beklagten zu 1) zur Kontrolle vor.
Am 26.02.2008 begab sich der Kläger in die Ambulanz des Evangelischen K-Krankenhauses in T. Er gab dort an, seit mehreren Wochen an zunehmenden Schmerzen im Bereich der rechten Hüfte zu leiden. Aufgrund des Röntgenbefunds wurde eine Revision für dringend notwendig erachtet. Der Kläger wünschte dort keinen stationären Aufenthalt. Noch am gleichen Tag stellte er sich im Krankenhaus T2 in B vor. Auch dort lehnte er eine stationäre Aufnahme ab. Am 03.03.2008 erschien der Kläger im Berufungsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C3. Die mitgebrachten Röntgenbilder zeigten nach Einschätzung des behandelnden Arztes Prof. Dr. N2 eine Lockerung der Prothese, einen Bruch des Zementköchers und eine leicht angulierte Dislokation der Prothese. Am 13.03.2008 wurde die Hüftprothese explantiert und eine Girdlestone-Situation mit Vancomycin-Spacer angepasst. Es wurde der Erreger staphylococcus capitits nachgewiesen. Am 23.04.2008 wurde eine Hüftgelenksendoprothese reimplantiert. 10 Tage später erfolgte wegen einer Luxation des Hüftgelenks eine Reposition mit Anlage eines Knüppelunterschenkelgipses zur Rotationsstabilisierung im Krankenhaus T2 in B.
Der Kläger hat behauptet, die am 20.06.2007 und am 06.07.2007 durchgeführten Operationen seien nicht lege artis erfolgt. Der Beklagte zu 2) habe die Prothese zu steil eingesetzt und sie sei auch zu kurz gewesen. Die ambulante Nachbehandlung durch den Beklagten zu 1) sei nicht ausreichend gewesen. Der

Kläger hat von den Beklagten die Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, das jedoch einen Betrag in Höhe von 65.000, EUR nicht unterschreiten sollte sowie den Ersatz von durch Anschlussheilbehandlungen verursachte Fahrtkosten verlangt.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe er in das Ermessen des Gerichts stellt, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2010 zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 1.907,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2010 zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm alle materiellen und immateriellen Schäden, die ihm aus der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 20.06.2007 bis 24.01.2008 erwachsen werden, zu ersetzen, soweit sie nicht auf Dritte übergegangen sind.
Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie haben Behandlungsfehler bestritten und behauptet, der Kläger sei durch den Beklagten zu 1) wiederholt aufgefordert worden, sich bei ihm oder beim Beklagten zu 2) zur Verlaufskontrolle vorzustellen. Dem sei der Kläger jedoch nicht nachgekommen.
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. 202 ff d.A.) Bezug genommen.
Nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L vom 11.12.2012 (Bl. 145 ff. d.A.) und Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 19.07.2013 (Bl. 191 ff. d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien Behandlungsfehler nicht zur Überzeugung der Kammer erwiesen. Der Sachverständige habe überzeugend ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Durchführung der Operation vom 20.06.2007 bestünden. Auch die am 06.07.2007 erfolgte Operation sei lege artis erfolgt. Die Prothesenspitze habe deutlich über die Fraktur hinausgeragt und die Röntgenaufnahme habe einen korrekten Sitz der Prothese gezeigt. Auch sei die Nachbehandlung durch den Beklagten zu 1) nicht zu beanstanden. Die vom Kläger beklagten Schmerzen seien ohne weiteres mit der Operation und den nach einer solchen üblicherweise auftretenden Schmerzen zusammenzubringen gewesen. Es habe keine Situation vorgelegen, bei der man an eine Infektion habe denken müssen. Das Eintreten der Infektion sei schicksalhaft und der Gang der Infektion im Nachhinein nicht mehr festzustellen. Erst aufgrund des später im Evangelischen K-Krankenhaus angefertigten Röntgenbildes habe man erkennen können, dass etwas nicht in Ordnung gewesen sei. Soweit der Kläger die Nachbehandlung durch den Beklagten zu 1) als unzureichend beanstandet habe, sei er der umfangreichen Behandlungsdokumentation nicht substantiiert entgegen getreten. Er habe zwar behauptet, zu den vorgeschlagenen Terminen und empfohlenen Untersuchungen regelmäßig gekommen zu sein und seine Schmerzen immer wieder geäußert zu haben. Die allgemein gehaltenen Äußerungen ohne nähere Zeitangaben seien aber nicht geeignet, die exakte Dokumentation des Beklagten zu 1) und dessen schlüssige Darlegungen in Frage zu stellen. Eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers sei daher nicht veranlasst gewesen. Nach der Dokumentation habe der Beklagte zu 1) den Kläger erfolglos zu weiteren diagnostischen Untersuchungen aufgefordert. Zudem hätten die Schmerzen im Knie im Vordergrund gestanden und selbst zum Zeitpunkt der letzten Kontrolle habe der Kläger eine leichte Verbesserung der Schmerzen angegeben. Die Einschätzung des Sachverständigen, eine Infektion sei nicht erkennbar gewesen, könne daher mühelos nachvollzogen werden. Eine deutliche Verschlechterung sei erst im02.2008 dokumentiert. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger den Beklagten zu 1) nur telefonisch konsultiert und es sei zu Untersuchungen in anderen Krankenhäusern gekommen.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.
Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Begehren unter Wiederholung der erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Er wirft dem Beklagten zu 2) vor, die Operation am 06.07.2007 fehlerhaft durchgeführt zu haben. Er ist der Auffassung, das Gutachten von Prof. Dr. L könne nicht Urteilsgrundlage sein. Der Sachverständige sei nicht unvoreingenommen gewesen, was sich darin gezeigt habe, dass er sich zur Arzt-/Patientenbeziehung zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) geäußert habe. Dies gehöre nicht zu den Aufgaben eines Sachverständigen. Der Sachverständige habe ihn hierzu im Begutachtungstermin anhören müssen. Schließlich habe der Sachverständige den Beklagten zu 1) ständig als "Kollegen" bezeichnet, was auf eine gewisse Solidarität schließen lasse. Der Sachverständige Prof. Dr. L habe unzutreffend angenommen, die durch den Beklagten zu 2) durchgeführte Operation sei aufgrund einer gelockerten Prothese erfolgt. Prof. Dr. N2 habe nach Sichtung der Röntgenbilder mitgeteilt, die Prothese sei zu steil eingesetzt worden. Die Operationstechnik sei nicht mehr standardgemäß. Desweiteren sei der Sachverständige Prof. Dr. L nicht auf die weitere Fraktur nach der Operation vom 06.07.2007

eingegangen, obwohl sich aus dem Bericht des Ev. K-Krankenhaus vom 26.02.2008 und den dort angefertigten Röntgenbildern ergebe, dass eine periprothetische Fraktur am Schaftende vorgelegen habe. Der zu steile Einbau der Prothese als Ursache für diese weitere Fraktur sei nicht erörtert worden. Dem Beklagten zu 1) wirft er vor, die von ihm geäußerten Beschwerden nicht ernst genommen zu haben. Er sei nach der Operation vom 06.07.2007 zu keinem Zeitpunkt beschwerdefrei gewesen und habe sich immer wieder bei dem Beklagten zu 1) vorgestellt. Der Vermerk in den Krankenunterlagen über eine deutliche Besserung der Beschwerden sei falsch. Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, den Kläger zur Weiterbehandlung zu überweisen. Dies sei nur auf Veranlassung des Physiotherapeuten geschehen. Dem Beklagten zu 1) hätte sich der Verdacht einer Infektion aufdrängen müssen. Er habe es unterlassen, Ursachen für die Beschwerden des Klägers herauszufinden.
Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landgerichts Köln (25 O 67/12) vom 14.08.2013 abzuändern und
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe er in das Ermessen des Gerichts stellt, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2010 zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 1.907,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2010 zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm alle materiellen und immateriellen Schäden, die ihm aus der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 20.06.2007 bis 24.01.2008 erwachsen werden, zu ersetzen, soweit sie nicht auf Dritte übergegangen sind.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Der Beklagte zu 1) bestreitet Behandlungsfehler und tritt dem Vorwurf unrichtiger Eintragungen in den Krankenunterlagen entgegen. Die Unterlagen seien nicht gefälscht. Entsprechender Sachvortrag sei unsubstantiiert und verspätet. Hinsichtlich des Vorwurfes fehlerhafter Nachbehandlung habe der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt, dass sich für den Beklagten zu 1) zu keiner Zeit ein Verdacht auf eine Infektion ergeben habe. Wann die Infektion aufgetreten sei, könne im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden. Im Übrigen wäre in jedem Fall eine Revisionsoperation notwendig gewesen. Auch der Beklagte zu 2) bestreitet Behandlungsfehler. Der Sachverständige Prof. Dr. L habe anhand der Röntgenbilder vom 26.11.2007 den Sitz der am 06.07.2007 implantierten Hüftprothese als korrekt bezeichnet. Die Prothese habe achsgerecht gesessen und der Zementköcher sei nicht gebrochen gewesen. Er bestreitet, dass es nach der Operation zu einer weiteren periprothetischen Fraktur gekommen sei. Jedenfalls sei die durch den Beklagten zu 2) eingesetzte Prothese hierfür nicht ursächlich gewesen. Der Beklagte wiederholt in diesem Zusammenhang seine in erster Instanz aufgestellte Behauptung, nach der Entlassung aus der zweiten stationären Behandlung im N-Krankenhaus sei der Kläger ein weiteres Mal gestürzt.
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. Die zulässige Berufung 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 auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist. Zur Begründung wird zunächst auf den Beschluss des Senats vom 17.03.2014 (Bl. 336 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO.
Die Einwände des Klägers in der Stellungnahme seiner Prozessbevollmächtigten vom 23.04.2014 zu den Hinweisen des Senats führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Frage, ob es zu einer weiteren Fraktur gekommen ist und ob diese auf einen Sturz des Klägers zurückzuführen ist, bedarf keiner weiteren Klärung, denn es steht jedenfalls nicht fest, dass die Fraktur auf einem Behandlungsfehler der Beklagten beruht. Es steht insbesondere nicht fest, dass die Prothese im Rahmen der am 06.07.20007 durch den Beklagten zu 2) durchgeführten Operation zu steil eingesetzt worden ist. Vielmehr ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L davon auszugehen, dass die am 06.07.2007 eingesetzte Prothese korrekt saß. Konkrete Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit der sachverständigen Ausführungen sprechen, werden auch mit der Stellungnahme des Klägers auf den Hinweisbeschluss des Senates nicht vorgebracht. Einer erneuten Begutachtung bedarf es daher nicht.
Soweit der Kläger erneut geltend macht, er habe gegenüber dem Beklagten zu 1) immer wieder über Schmerzen geklagt, er sei zu keiner Zeit beschwerdefrei gewesen und nur auf massiven Druck sei ihm eine Überweisung in die chirurgische Klinik zur Beinlängevermessung ausgestellt worden, kommt es hierauf aus den Gründen des Hinweisbeschlusses des Senates vom 17.03.2014, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, nicht an. Dass der Kläger in der Zeit vom 06.07.2007 bis zur letzten ambulanten Vorstellung beim Beklagten zu 1) am 24.01.2008 über massive Schmerzen geklagt hat, die Anlass für eine weitere Diagnostik hätten sein müssen, steht nicht fest.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Streitwert: 69.907,12 EUR

140. OLG Koblenz, Beschluss vom 05.05.2014 – 5 U 44/14 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Diagnose- und Befunderhebungsfehler bei Missdeutung eines Bone bruise als Distorsionsschmerz des Kniegelenks; Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers bei identischem Kausalverlauf im Falle alsbaldiger Intervention

Leitsatz

1. Werden knöcherne Mikrofrakturen (Bone bruise) als Distorsionsschmerz des Kniegelenks fehlinterpretiert und eine zielführende Bildgebung (MRT) verzögert, kann darin kein grober Behandlungsfehler gesehen werden, wenn der gerichtliche Sachverständige ein Versäumnis verneint und der vom Patient konsultierte Privatgutachter die ergänzende Bildgebung lediglich als „wünschenswert“ bezeichnet.
2. Auch eine Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers scheidet aus, wenn nach sachverständiger Einschätzung die sofortige Reaktion auf die richtige Diagnose den weiteren Verlauf nicht zum Vorteil des Patienten verändert hätte.

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 04.12.2013 wird im Verhältnis zu den Beklagten zu 1. und zu 2. zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzlichen Kosten fallen dem Kläger insgesamt zur Last (Ergänzung der Kostenentscheidung vom 01.04.2014 = Bl. 344 GA).
3. 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 Betrages abwenden, wenn nicht von der Gegenseite Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages gestellt wird.

Gründe

I. 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 01.04.2014. Dort hat der Senat mitgeteilt:
„Es ist beabsichtigt, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil der Senat davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:
1. Der Kläger befand sich vom 5.03. bis zum 16.04.2009 in einer Rehabilitationseinrichtung, die die Beklagte zu 1. als Rentenversicherungsträger unterhält. Dort sollten somatoforme Störungen therapiert werden. Die Behandlungsdokumentation weist aus, dass sich der Kläger nach seiner Aufnahme wiederholt mit Kopfschmerzen und orthopädischen Beschwerden meldete.
Vom 26.03.2009 an standen Schmerzen im linken Knie im Vordergrund, von denen der Kläger auch dem Beklagten zu 2. als für ihn zuständigem Arzt Mitteilung machte. Ein dieserhalb am 02.04.2009 eingeholtes Konsil brachte die Erscheinungen damit in Zusammenhang, dass der Kläger am 24.03.2009 in der Dusche ausgerutscht war. Man veranlasste eine Röntgenuntersuchung in der Praxis der Beklagten zu 3.. Diese diagnostizierte dabei am 03.04.2009 im Anschluss an eine Röntgenaufnahme eine Kniegelenksdistorsion, verordnete einen Verband sowie Kühlungen und stellte eine Überweisung für eine kernspintomografische Untersuchung aus.
Nachdem der Kläger nach Hause entlassen worden war, ergab sich auf der Grundlage eines am 21.04.2009 erstellten MRT die Diagnose einer Infraktion und eines Bone bruise. In der Folge kam es zu ausgedehnten therapeutischen Maßnahmen; dabei war der Kläger bis zum 05.07.2009 krankgeschrieben. Die Verantwortung dafür sieht er bei den Beklagten, weil vorwerfbar versäumt worden sei, die durch den Sturz vom 24.03.2009 hervorgerufenen Verletzungen zu befunden und adäquate Heilmaßnahmen einzuleiten. So leide er, statt umgehend genesen zu sein, unter anhaltenden Bewegungseinschränkungen und Schmerzen im linken Bein. Das habe Auswirkungen auf sein Gangverhalten. Deshalb hätten sich Wirbelsäulenschäden eingestellt und im Weiteren seien auch psychische Beschwerden aufgetreten. Vor diesem Hintergrund hat der Kläger die Beklagten gesamtschuldnerisch auf ein mit 30.000 € zu bezifferndes Schmerzensgeld und eine materielle Ersatzleistung von insgesamt 2.955,06 € in Anspruch genommen sowie die Feststellung deren weitergehender Haftung begehrt.
2. Das Landgericht hat im Hinblick auf mögliche Fehler der Beklagten in der Befunderhebung, Diagnostik und Therapie sowie auf deren Schadenskausalität Sachverständigenbeweis erhoben. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Dabei hat es zunächst darauf abgestellt, dass die Beklagte zu 3. die Verhältnisse im

Hinblick auf das vorhandene klinische Bild durch eine Röntgenaufnahme hinlänglich abgeklärt und dann adäquat konservativ behandelt habe. Die Infraktion und der Bone bruise seien für sie nicht zu ersehen gewesen. Selbst wenn sie von vornherein erkannt worden wären, hätte keine Indikation für eine Operation oder eine Eingipsung des Knies bestanden; man hätte lediglich ergänzend die Benutzung von Gehstützen verordnet, ohne dass das jedoch gesichert positive Auswirkungen auf den Heilungsverlauf gehabt hätte. Daran anknüpfend hat das Landgericht auch eine Haftung der Beklagten zu 1. und 2. verneint. Relevante therapeutische Maßnahmen seien von deren Seite nicht unterlassen worden, und die zeitliche Vorverlagerung der am 03.04.2009 durchgeführten Untersuchung hätte keine greifbaren Nutzen gebracht.
3. Diese Entscheidung greift der Kläger im Verhältnis zu dem Beklagten zu 1. und zu 2. mit der Berufung an und erneuert insoweit seine erstinstanzlichen Anträge. Er wiederholt den Vorwurf, dass die Versorgung seiner Verletzung durch eine zu späte Befunderhebung verschleppt worden sei.
4. Damit vermag der Kläger nicht durchzudringen. Die Klage ist zu Recht abgewiesen worden. Den Beklagten zu 1. und zu 2. ist kein haftungsbegründendes Verhalten anzulasten.
a) Es ist bereits zweifelhaft, ob es angezeigt war, die am 03.04.2009 durchgeführte Röntgenuntersuchung früher zu veranlassen. Der zweitinstanzlich vom Kläger herangezogene Privatgutachter Dr. F. hat das für "wünschenswert" erachtet. Demgegenüber hat der vom Landgericht befragte Sachverständige Dr. Z. gemeint, im Hinblick auf die Mobilität des Klägers und mangels einer Fehlstellung sei es vertretbar gewesen, wie geschehen zuzuwarten und zunächst symptombezogen mit Schmerzmitteln zu behandeln.
b) Diese Meinungsverschiedenheit kann indessen auf sich beruhen. Wäre die Röntgenuntersuchung, wie es Dr. F. in den Raum gestellt hat, eher erfolgt, hätte das nämlich keine veränderte Befundlage geschaffen, da auf diese Weise weder die Infraktion noch der Bone bruise hätten erkannt werden können. Freilich wäre nach einer entsprechenden Auswertung der Röntgenbilder umgehend - und damit früher als erst am 03.04.2009 - die Fertigung eines MRT ins Auge gefasst worden. Das heißt jedoch nicht, dass das MRT auch schneller erstellt und ausgewertet worden wäre. Dr. Z. hat dazu bemerkt, es habe keine Notfallsituation bestanden und ein Abbruch der Reha sei nicht veranlasst gewesen. Im Hinblick darauf lässt sich die Schadensursächlichkeit eines möglichen Versäumnisses der Beklagten zu 1. und zu 2. nicht feststellen.
c) Im Übrigen ist zu sehen:
Selbst wenn das MRT schnell vorgelegen hätte und damit sogleich eine zielführende Diagnose möglich gewesen wäre, könnte die für eine Ersatzhaftung erforderliche Kausalität nicht bejaht werden. Wie Dr. Z. mitgeteilt hat, wären dann zwar wohl zeitiger Gehstützen und eine Schonung verordnet worden, aber die Behandlung wäre grundsätzlich nicht anders als geschehen verlaufen, und es sei fraglich, ob es überhaupt einen therapeutischen Zeitgewinn gegeben hätte. Ähnlich hatte sich bereits der Schlichtungsgutachter Prof. Dr. H. geäußert.
Etwa verbleibende Ungewissheiten hinsichtlich der Schadensursächlichkeit des Verhaltens der Beklagten zu 1. und zu 2. müssen sich zu Lasten des Klägers als Anspruchsteller auswirken. Eine Umkehr der Beweislast scheidet aus. Das gilt zunächst unter dem Aspekt eines groben Behandlungsfehlers (vgl. dazu BGH GesR 2012, 81), der eindeutig zu verneinen ist, da nicht nur Dr. Z., sondern auch Prof. Dr. H. ein ordnungsgemäßes Vorgehen attestiert hat. Selbst Dr. F. hat es lediglich als "wünschenswert" bezeichnet, den Dingen einen anderen, nämlich beschleunigten Gang zu geben. Würde man den Beklagten zu 1. und zu 2. im Hinblick auf diese Äußerung einen - von Prof. H. und Dr. Z. verneinten - Befunderhebungsfehler zum Vorwurf machen, könnte auch das die Beweislast nicht wenden, denn eine raschere röntgenologische Untersuchung hätte keine - von den Beklagten zu 1. und zu 2. unterlassene - Maßnahme herausgefordert, deren Versäumnis im Hinblick auf den zu erwartenden Röntgenbefund als schwerwiegender Fehler einzustufen gewesen wäre (vgl. dazu BGH MedR 2012, 383).
5. Nach alledem kommt auf der Grundlage sämtlicher vorhandenen gutachterlichen Erkenntnisse eine Haftung der Beklagten zu 1. und zu 2. nicht in Betracht. Zu der Erhebung von weiterem Sachverständigenbeweis besteht kein Anlass. Deshalb sollte der Kläger erwägen, sein Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen. Bis zum 30.04.2013 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.“
II. Im Hinblick auf den Schriftsatz des Klägers vom 29.04.2014 ist ergänzend zu bemerken:
1. a) Der Senat hat nicht relativierend geäußert, eine frühzeitigere Therapie hätte keinen greifbaren Nutzen gebracht, und damit eingeräumt, dass sie gleichwohl in einem gewissen Maße hilfreich gewesen wäre. Der Ausdruck eines fehlenden greifbaren Nutzens ist lediglich bei der Wiedergabe des landgerichtlichen Urteils verwendet worden. Unmittelbar durch den Senat wurden die Verhältnisse dahin gewürdigt, es sei fraglich, ob eine beschleunigte Behandlung vorteilhafter verlaufen wäre und es einen Zeitgewinn für die Heilung gegeben hätte; insofern konnte die Schadenskausalität nicht bejaht werden.
b) Dass die Knieschmerzen des Klägers an die Beklagten herangetragen wurden, erschließt sich ohne Beweisaufnahme. Sie wurden vom 26.03.2009 an kontinuierlich dokumentiert. Der Kläger erhielt auch fortlaufend Salbe, Coolpacks und Schmerzmittel. Ob das primär auf seine Initiative zurückging, ist ohne Belang, weil sich dadurch am Ergebnis nichts ändert.
c) Die Ungewissheiten im Kausalitätsverlauf haben sich nicht ausräumen lassen. Die Anhörung des Sachverständigen, die der Kläger in diesem Punkt vermisst, hat stattgefunden und keinen Aufschluss zu vermitteln vermocht.

2. Der Rechtsmittelstreitwert beträgt, wie am 01.04.2014 festgesetzt, 42.485,60 €.

141. LG Bielefeld, Urteil vom 02.05.2014 – 4 O 449/08 – * Anspruch auf Schadensersatz wegen zahnärztlicher Fehlbehandlung im Rahmen einer Implantatversorgung

Orientierungssatz

1. Es liegt eine zahnärztliche Fehlbehandlung im Rahmen der Implantatversorgung vor, wenn die Abutments und die Schraubenköpfe vom zahntechnischen Laboratorium entweder aufgrund einer falschen Bissnahme vom Patienten oder aufgrund einer falschen Einartikulierung vom Dentallabor so weit abgeschliffen worden sind, dass letztendlich die Schraubenköpfe angeschliffen und derart beschädigt wurden, dass sie sich nur noch sehr schwer entfernen lassen.
2. Bei der Einbeziehung von Zähnen in eine Verbundbrückenkonstruktion mit Implantaten ist darauf zu achten, dass die betreffenden Zähne keine parodontale Vorschädigung haben, da anderenfalls die Auslenkung bei diesen Zähnen größer ist, so dass die im Verbund mit einbezogenen Implantate eine noch größere Stützfunktion und damit höhere Beanspruchung für diese Zähne hat. Sofern bei einem Zahn mesial ein Knocheneinbruch und bei einem anderen Zahn ein deutlich erweiterter Paradontonspalt vorgelegen hat, ist der Patient über die möglichen Behandlungsalternativen aufzuklären. Insbesondere dann, wenn möglicherweise aus Kostenersparnisgründen nach entsprechender Aufklärung eine risikoreiche Planung gewählt wird, ist der Patient auch über möglicherweise kurz- und mittelfristig anfallende Reparaturen an derartigen Verbundbrückenkonstruktionen aufzuklären. Denn eine solch risikoreiche Lösung ist nur dann medizinisch vertretbar, wenn der Patient vorher über die zeitliche Limitierung dieser Lösung aufgeklärt worden ist.
3. Der Zahnarzt hat für die fehlerhaften Abutments auch dann einzustehen, wenn sie Folge einer fehlerhaften Einartikulierung durch das Dentallabor sind. Denn auch im Falle mangelhafter zahntechnischer Leistungen haftet allein der Zahnarzt dem Patienten auf Schadensersatz.

Tenor

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin aufgrund der Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR zu zahlen, das mit 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem 16.09.2009 verzinst wird. Die Beklagte zu 1) wird darüber hinaus verurteilt, der Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank auf das ausgeurteilte Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR bereits seit dem 12.12.2008 zu zahlen.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin aufgrund der Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 einen Betrag in Höhe von 3.987,32 EUR zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem 16.09.2009. Die Beklagte zu 1) wird darüber hinaus verurteilt, der Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank auf den ausgeurteilten Betrag in Höhe von 3.987,22 EUR bereits seit dem 12.12.2008 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen weiteren materiellen und zukünftigen, derzeit aber nicht voraussehbaren immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 entstanden ist oder entstehen wird, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen ist oder noch übergeht.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.275,68 EUR zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem 16.09.2009. Die Beklagte zu 1) wird darüber hinaus verurteilt, der Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank auf den ausgeurteilten Betrag in Höhe von 1.275,68 EUR bereits seit dem 12.12.2008 zu zahlen.
Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Gerichtskosten tragen die Klägerin zu 62% und die Beklagten zu 38%. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und des Streithelfers tragen die Beklagten zu 38%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten trägt die Klägerin zu 62%. Im übrigen tragen die Parteien und der Streithelfer ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Die Beklagten dürfen die Vollstreckung des Streithelfers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Schadensersatz aufgrund einer vermeintlichen zahnärztlichen Fehlbehandlung in der Praxis des Beklagten zu 2), in der die Beklagte zu 1) vom 30.11.2002 bis zum 31.12.2004 tätig war.
Der Klägerin wurden am 09.12.2002 von ihrem Streithelfer - einem Zahnarzt und Facharzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie - sechs Implantate im Bereich der Zähne 14, 11, 21, 22, 24 und 26 inseriert. Die Beklagte zu 1) assistierte bei diesem Eingriff.
Der Implantation vorausgegangen war ein am 14.10.2002 mit der Klägerin geführtes (Planungs-) Gespräch, nach dem der Oberkiefer mit einer teleskopierenden Modellgussprothese auf sechs Implantaten versorgt werden sollte. Von den Beklagten waren die Zähne 12, 11, 21, 22 und 23 für extraktionswürdig befunden worden, die daraufhin am 29.10.2002 von dem Streithelfer der Klägerin gezogen worden waren.
Die Implantate selbst wurden danach am 13.03.2003 wiederum von dem Streithelfer der Klägerin freigelegt, der auch noch ihre eigenen Zähne 13 und 17 überkronte. Die Behandlung der Klägerin durch ihren Streithelfer war damit abgeschlossen, so dass deren weitere zahnärztliche Betreuung nunmehr durch die Beklagten erfolgte.
Die Beklagte zu 1) setzte der Klägerin anschließend am 22.05.2003 die prothetische Versorgung ein, bei der es sich um einen festsitzenden Zahnersatz im Oberkiefer unter Einbindung der beiden eigenen Zähne 13 und 17 sowie der sechs Implantate handelte. Der Beklagte zu 2) berechnete der Klägerin für diese Arbeiten insgesamt 9.205,02 EUR.
Bei einem Kontrolltermin am 15.10.2003 behandelte die Beklagte zu 1) anschließend eine an diesem Tag festgestellte Überempfindlichkeit an Zahn 17, die am 12.11.2003 noch eine weitere Behandlung erforderlich machte. Weitere Kontrolluntersuchungen erfolgten danach am 19.04. und 29.04.2004.
Im weiteren Verlauf stellte sich die Klägerin zu weiteren Kontrollterminen und Zahnsteinentfernungen am 28.10.2004, am 28.02.2005, am 02.08.2005 sowie am 14.02.2006 in der Praxis des Beklagten zu 2) vor.
Am 04.06.2006 musste die Klägerin schließlich mit akuten Beschwerden im Notdienst die Zahnärztin Dr. I. in C. aufsuchen. Die Untersuchung einschließlich einer Röntgenaufnahme sowie eines OPG ergab eine apikale Ostitis an Zahn 13, die daraufhin behandelt wurde.
Etwa sieben Monate später - am 26.01.2007 - stellte sich die Klägerin nunmehr bei dem Zahnarzt Dr. V. in H. vor. Der - anschließend entfernte - Zahn 13 zeigte sich jetzt bei einer Sondierungstiefe von 7 mm tief zerstört mit einem deutlichen apikalen Entzündungsbefund und die Konstruktion auf den Implantaten der Zähne 14, 11, 21, 22, 24 und 26 imponierte durch eine fast vollständige Freilegung der Mesostruktur hauptsächlich im vestibulären Bereich, wobei die Gingiva um die Implantate hoch entzündet war. Dr. V. nahm bei der Klägerin deshalb die Kronenrekonstruktion ab und fertigte für die Kronen neue Langzeitprovisorien an. Im07.und11.2007 erhielt die Klägerin schließlich die Provisorien.
Die Klägerin wirft den Beklagten Behandlungs- und Aufklärungsfehler vor.
Sie behauptet, sie habe nach der prothetischen Versorgung im03.2003 unter erheblichen Beschwerden und Schmerzen auch an den beiden überkronten Zähnen gelitten. Die Beklagte zu 1) habe ihr jedoch immer wieder versichert, dass alles in Ordnung sei. Selbst bei dem (Kontroll-) Termin am 29.04.2004 habe sie - die Klägerin - allerdings noch unter einer Überempfindlichkeit an Zahn 13 gelitten, woraus sich anschließend erhebliche Beschwerden und Schmerzen entwickelt hätten, die bis Pfingsten 2006 sehr stark geworden seien.
Als Dr. V. die Kronenkonstruktion schließlich wieder abgenommen habe, seien die Schraubenköpfe, die die Mesostruktur auf den Implantaten befestigt hätten, teilweise bis zur Hälfte abgeschnitten bzw. abgeschliffen gewesen. Ein Austausch der Verbindungselemente sei deshalb nur sehr schwer möglich gewesen, was deren Neuanfertigung sowie ein Langzeitprovisorium für die Kronen erforderlich gemacht habe. Ihre Behandlung in der Praxis des Beklagten zu 2) sei vor diesem Hintergrund insgesamt fehlerhaft gewesen.
Die Beklagte zu 1) habe nicht fachgerechte Änderungen und nicht gerechtfertigte Manipulationen an den Implantaten vorgenommen, was sich insbesondere daran zeige, dass die Schraubenköpfe der Implantate teilweise bis zur Hälfte abgeschliffen worden seien.
Der unpassende Zahnersatz hätte zudem niemals in der gewählten Form auf die Implantate gesetzt werden dürfen. Die Beklagte zu 1) hätte für die Verbindung zwischen Implantaten und Suprakonstruktion vielmehr abgeknickte Abutments verwenden müssen und erst darauf den Zahnersatz bzw. die Prothetik eingliedern dürfen. Da die Abutments bei ihr - der Klägerin - jedoch auch nicht richtig gesessen hätten, habe die Prothese nicht hoch genug eingesetzt werden können, woraufhin die Beklagte zu 1) die deshalb bestehende Lücke zum Oberkiefer mit zahnfleischfarbigem Material ausgefüllt habe, was ebenfalls fehlerhaft gewesen sei.
Der implantatgetragene Zahnersatz sei darüber hinaus viel zu starr gewesen und habe keine physiologische Bewegung zugelassen. Vor diesem Hintergrund habe der - eigene - Zahn 13 überhaupt nicht in die starre prothetische Versorgung einbezogen werden dürfen.
Die Beklagte zu 1) habe daneben aber auch die gebotenen Röntgenuntersuchungen nicht durchgeführt und deshalb einen - anschließend erst von Dr. V. festgestellten - Fremdkörper an der Wurzel des Zahnes 14 nicht gesehen, der indes sofort hätte entfernt werden müssen.

Vor der prothetischen Versorgung sei sie schließlich nicht ausreichend aufgeklärt worden. Die Beklagte zu 1) habe ihr zwar festsitzenden Zahnersatz mittels Implantaten vorgeschlagen und dabei dessen Vorteile, nicht aber die damit verbundenen Nachteile geschildert. Tatsächlich aber hätte sie von der Beklagten zu 1) (auch) darüber aufgeklärt werden müssen, dass sich der Zahnersatz auf einem Implantat nicht bewegen dürfe. Im Falle der demnach gebotenen Aufklärung über Nachteile und Risiken des implantatgetragenen Zahnersatzes hätte sie einem festsitzenden Zahnersatz mit Implantaten jedoch nicht zugestimmt. Sie hätte dann vielmehr die von ihrem Streithelfer vorgeschlagene Versorgung durchführen lassen, der von Anfang an keinen festsitzenden Zahnersatz habe durchführen wollen.
Unter den Folgen der damit insgesamt fehlerhaften Behandlung in der Praxis des Beklagten zu 2) habe sie schließlich erheblich zu leiden. Die Implantate seien unbrauchbar und hätten erhebliche Veränderungen am Zahnhalteapparat sowie an den Zähnen 13 und 17 verursacht. Insgesamt sei deshalb nunmehr eine komplette Neuversorgung erforderlich geworden.
Die Beklagten seien ihr demnach insgesamt zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 20.000,00 EUR sowie zum Ersatz ihres materiellen Schadens in Höhe von insgesamt 4.000,26 EUR verpflichtet, der sich aus Fahrtkosten (216,60 EUR) und den bei Dr. V. angefallenen Behandlungskosten (3.783,66 EUR) zusammensetze.
Der Streithelfer der Klägerin behauptet, sie - die Klägerin - habe das der Implantation vorausgegangene Planungsgespräch am 14.10.2002 mit den Beklagten geführt. Er selbst habe ein solches Gespräch schon deshalb gar nicht führen können, weil die Übernahme und Ausführung einer (späteren) Behandlung nur auf der Grundlage einer eigenen adäquaten Behandlung fachgerecht vorgenommen werden könne. (Auch) die folgende Extraktion der Zähne habe er demnach nur im Auftrag der Beklagten vorgenommen. Am 01.04.2003 habe die Klägerin dann abweichend von der vorherigen Planung mit den Beklagten ein Gespräch über die Möglichkeit einer Versorgung mit festsitzendem Zahnersatz auf sechs Implantaten und zwei eigenen Zähnen geführt, von denen er - der Streithelfer jedoch nichts erfahren habe.
Die Klägerin und ihr Streithelfer beantragen,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin aufgrund der Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, und das mit 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem 21.12.2007 verzinst wird;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin aufgrund der Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 einen Betrag in Höhe von 4.000,26 EUR zu zahlen nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab Klagezustellung;
3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen weiteren materiellen und zukünftigen immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Ereignisse der zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen ab dem 22.05.2003 bis 2004 entstanden ist oder entstehen wird, soweit der Anspruch nicht auf einen anderen Sozialversicherungsträger übergegangen ist oder noch übergeht;
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.278,85 EUR zu zahlen nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab Klagezustellung.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte zu 1) behauptet, die Implantatversorgung bei der Klägerin habe deren Streithelfer selbständig und in eigener Verantwortung durchgeführt. Sie selbst habe anschließend (nur) die Versorgung des Lückengebisses übernommen, nachdem der Streithelfer der Klägerin zunächst noch die vom Zahntechniker angefertigten bzw. angepassten Abutments aufgeschraubt und festgezogen habe. Veränderungen und Arbeiten an den Implantaten oder Abutments habe sie - die Beklagte zu 1) - demnach nicht vorgenommen.
Den Zahnersatz selbst habe sie im03.2003 anschließend passend und fachgerecht eingegliedert. Die Klägerin habe sich (daher) auch bis zu ihrem - der Beklagten zu 1) - Ausscheiden aus der Praxis des Beklagten zu 2) am 31.12.2004 nicht mehr mit Schmerzen oder nennenswerten Beschwerden vorgestellt, die demnach frühestens Ende 2005 erstmals überhaupt aufgetreten sein könnten. Die Ursache der im Jahr 2006 diagnostizierten Ostitis an Zahn 13 könne dabei der schon im10.2002 vorhandene, örtlich unmittelbar im Wurzelbereich des Zahnes 13 gelegene Fremdkörper gewesen sein. Die daneben festgestellte entzündliche Gingiva könne dann ihrerseits ohne weiteres auch auf einen Keimbefall oder schlechte Zahnpflege zurückzuführen sein.
(Auch) bei dem Kontrolltermin nach der prothetischen Versorgung am 29.04.2004 sei die Klägerin demnach beschwerdefrei gewesen. Der bereits im Zeitpunkt der Implantatversorgung an der Wurzel des Zahnes 14 befindliche Fremdkörper sei damals ebenfalls unauffällig gewesen.

Daneben sei aber auch der Vorwurf abgeschnittener bzw. abgeschliffener Schraubenköpfe nicht nachvollziehbar. Die Schraubenköpfe seien nach der Bissnahme durch den Zahntechniker angefertigt bzw. angepasst worden. Ein Beschleifen durch den Zahntechniker sei aber nicht zu beanstanden und völlig üblich, wobei diese Maßnahmen auch noch einzig und allein die Implantatversorgung beträfen, die sie - die Beklagte zu 1) - nicht vorgenommen habe.
Vor der prothetischen Versorgung sei die Klägerin schließlich im03.2003 über die bestehenden Möglichkeiten der Versorgung mit Zahnersatz und insbesondere darüber aufgeklärt worden, dass für eine festsitzende Versorgung im Oberkiefer 8 Pfeiler erforderlich seien. Die Klägerin habe sich daraufhin für festsitzenden Zahnersatz unter Einbindung der beiden eigenen Zähne 13 und 17 sowie der 6 Implantate entschieden.
Der Beklagte zu 2), der die Klägerin selbst nie behandelt hat, behauptet weiter, die Klägerin habe das Planungsgespräch vom 14.10.2002 mit ihrem Streithelfer geführt.
Die Klägerin sei zudem während der gesamten Behandlung in seiner Praxis insgesamt beschwerdefrei gewesen und fachgerecht betreut worden. So sei etwa die Entfernung des Fremdkörpers an der Wurzel des Zahnes 14 ohne Befund nicht indiziert gewesen. Die Schraubenköpfe könnten ferner - wenn überhaupt - nur bei der Entfernung des festsitzenden Zahnersatzes durch Dr. V. zerstört bzw. beschädigt worden sein.
Vor ihrer Versorgung sei die Klägerin schließlich über die Risiken, Vor- und Nachteile der durchgeführten Behandlungen sowie über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. Q. sowie durch dessen mündliche Anhörung. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten vom 30.08.2011 (Bl. 125ff d.A.) sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 28.02.2014 (Bl. 255ff d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist (nur) zum Teil begründet, wobei es für die Entscheidung nicht auf den Schriftsatz der Klägerin vom 27.02.2014 ankommt.
I.
Die Klägerin hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 4.000,00 EUR aus den §§ 280 I, 278, 421, 253 II BGB und den §§ 823 I, 831, 840, 253 II BGB.
Die Beklagte zu 1) hat in der Zeit vom 22.05.2003 bis zum 31.12.2004 die zahnärztliche Behandlung der Klägerin übernommen. Die Beklagten haben deshalb für die Schäden einzustehen, die ihr - der Klägerin - in diesem Zeitraum widerrechtlich durch einen Verstoß gegen die Regeln der zahnärztlichen Heilkunde zugefügt worden sind.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist die Klägerin von der Beklagten zu 1) nicht fachgerecht behandelt worden.
Der Sachverständige hat festgestellt, dass an den Implantaten 11, 21, 22, 24 und 25 die Schraubenköpfe beim Präparieren der Abutments angeschliffen worden seien. Diese Maßnahme sei möglicherweise jedoch vom zuständigen Dentallabor beim Präparieren der Abutments vorgenommen worden, da nach entsprechender Erstellung der Zahnfleischmaske vom zuständigen Zahntechniker nach vorliegender Bissnahme entschieden werde, welche Kronenabutments (gerade, abgeknickt) genommen werden müssten, um eine entsprechende prothetische Versorgung unter funktionellen und ästhetischen Gesichtspunkten herstellen zu können.
Bei der Klägerin liege eine progrene Verzahnungstendenz vor. Das heiße, die Unterkieferfrontzähne lägen mit ihrer Schneidekante vor den Oberkieferfrontzähnen. Somit kämen die vom zahntechnischen Labor der Beklagten zu 1) gewählten Abutments hinter den Unterkieferfront- und Seitenzähnen zu liegen, was nicht einer physiologischen Verzahnung entspreche.
Aus den vorliegenden Unterlagen sei nicht ersichtlich, ob abgeknickte Abutments vom Zahntechniker gewählt worden seien oder nicht. Wenn rein hypothetisch doch abgeknickte Abutments gewählt worden wären, wären diese Abutments eindeutig vom Zahntechniker von der Lippenseite her (vestibulär) zu weit beschliffen und damit die Schraubenköpfe gleichzeitig angeschliffen worden. Auch wenn damals vom zahntechnischen Labor der Beklagten zu 1) gerade Abutments gewählt worden seien, seien diese zu weit vestibulär angeschliffen, so dass die Schraubenköpfe angeschliffen worden seien. Es entspreche nicht dem zahnmedizinischen Standard, dass ein Schraubenkopf so stark angeschliffen worden sei, dass die Schraube selbst unter Einsatz verschiedener Schraubenzieher nicht mehr zu entfernen sei.
Insgesamt seien daher mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit (über ca. 98 Prozent) die Abutments und die Schraubenköpfe vom zahntechnischen Laboratorium entweder aufgrund einer falschen Bissnahme von den Beklagten oder aufgrund einer falschen Einartikulierung vom Dentallabor so weit abgeschliffen worden, dass letztendlich die Schraubenköpfe angeschliffen und insbesondere der Schraubenkopf an 21 derart beschädigt worden sei, dass er sich nur noch sehr schwer entfernen lasse.
Die Abutments hätten (deshalb) entfernt werden müsse, was zwangsläufig dazu geführt habe, dass schon unter diesem Gesichtspunkt eine Neuanfertigung erforderlich gewesen sei. Die vorhandene Konstruktion hätte nicht weiter verwandt werden können.

Zum Zeitpunkt der klinischen gutachterlichen Untersuchung sei die streitgegenständliche Brücke im Oberkiefer nicht mehr eingegliedert gewesen. Die in Folie eingeschweißte streitgegenständliche Brücke sei von Dr. V. im Jahre 2007 an sechs Stellen aufgetrennt und in drei Segmente unterteilt worden und in keinster Weise mehr verwendbar. Soweit eine Beurteilung nur von einer reinen Fotodokumentation möglich sei, könne festgehalten werden, dass die streitgegenständliche Oberkieferbrücke zumindest nach funktionellen Gesichtspunkten weitestgehend funktionsgerecht auf den Implantaten von der Beklagten zu 1) eingegliedert worden zu sein scheine. Allerdings zeige die Fotodokumentation auch deutlich, dass die Brücke ästhetischen Ansprüchen nicht gerecht werde.
Ob der Zahnersatz insbesondere ausschließlich nur auf abgeknickten Abutments auf den Implantaten hätte eingliedert werden dürfen, sei aufgrund der fehlenden klinischen Untersuchungsmöglichkeit nicht zu beantworten.
Ob die Prothese zu hoch eingesetzt worden sei, könne aufgrund der fehlenden klinischen Untersuchungsmöglichkeiten und den obigen Ausführungen ebenfalls in keinster Weise mehr gutachterlicherseits beurteilt werden. Auf einem Foto erkenne man allerdings leicht eingefärbte rosafarbene Keramik. Diese zahntechnischen Maßnahmen seien jedoch durchaus üblich, um zum Beispiel bei entsprechend hoher Lachlinie den Zahnfleischverlauf zu simulieren. Diese Vorgehensweise sei auf keinen Fall fehlerhaft und werde von vielen Zahntechnikern, insbesondere bei fortgeschrittener dreidimensionaler Alveolarfortsatzatrophie und gleichzeitig hoher Lachlinie angewendet, um das ästhetische Erscheinungsbild der Restaurationen zu verbessern.
Der Beklagte zu 2) habe hier entsprechend seinem Rechnungsbeleg vom 22.05.2003 über 9.205,02 EUR entsprechend den Vorgaben der inserierten Implantate von Dr. D. in regio 14, 11, 21, 22, 24 und 25 im rechten Seitenzahnsegment (14 - 17) und Frontzahnsegment (13 - 23) eine Verbundbrückenkonstruktion gewählt. Dass heißt, hier seien eigene Zähne 17 und 13 mit Implantaten in einer Konstruktion verbunden worden.
Bei diesem sog. implantologischen Konzept der strategischen Pfeilervermehrung von Zähnen mittels Implantaten sei es von Bedeutung, dass strategisch gleichwertige Pfeiler miteinander verbunden würden. Implantatkörper seien, wenn sie osseointegriert seien, ankylotisch eingeheilt, dass heiße, sie hätten keinen - auch nicht im Millimeterbereich - Auslenkungswinkel und seien starr im Knochen verankert. Dagegen seien generell Zähne immer mit elastischen Fasern im Knochen aufgehängt, so dass selbst bei parodontal absolut gesunden Zähnen eine elastische Dämpfung und Auslenkung des Zahnes bei Einwirkung von Kaudruck passiere. Ankylotisch/osseointegrierte Implantate hätten diese Erscheinung jedoch nicht. Wenn also Zähne in eine Verbundbrückenkonstruktion mit Implantaten einbezogen werden sollten, sei darauf zu achten, dass die betreffenden Zähne keine parodontale Vorschädigung hätten, ansonsten wäre die Auslenkung bei diesen Zähnen entsprechend noch größer, so dass die im Verbund mit einbezogenen Implantate eine noch größere Stützungsfunktion und damit höhere Beanspruchung für diese Zähne hätten.
Bei Betrachtung des OPGs vom 09.12.2002 erkenne man hier bereits am Zahn 17 mesial einen vertikalen Knocheneinbruch mit ca. 5 mm und distal von ca. 3 mm. Auch der Zahn 13 habe einen deutlich erweiterten Parodontalspalt. Insofern wäre es von der chirurgisch/prothetischen Planung besser gewesen, wenn der parodontal geschwächte Zahn 17 mit dem pathologisch veränderten PA-Spalt Zahn 13 in eine zusammenhängende Brückenkonstruktion gebracht worden wäre. Das Implantat 14 wäre dann in regio 12 gekommen und es hätte auf 6 Implantaten von regio 12 bis regio 25 eine auf gleichwertigen Implantatpfeilern verbundene Brückenkonstruktion angefertigt werden können. Dazu hätte vom Behandlerteam Dr. Dr. D. und den Beklagten eine entsprechende Aufklärung erfolgen müssen, dass diese auf einem parodontal geschädigten und mit einem PA-Spalt erweiterten Zahn versorgte Brücke nicht die gleichen Langzeiterfolge haben würde wie eine reine Implantatbrücke auf osseointegrierten Implantaten.
Alternativ wäre bei der Planung vom Behandlerteam auch zu überlegen gewesen, ob vor Implantation die beiden mit pathologisch unterschiedlichem Ausmaß veränderten Zähne 13 und 17 extrahiert worden wären und gleichzeitig bei der Implantation durch Implantate ersetzt worden wären. Somit wäre eine rein implantatgetragene Brücke auf acht Implantaten und damit gleichwertigen Pfeilern möglich gewesen. Allerdings hätte diese Konstruktion aufgrund zweier zusätzlich zu inserierender und prothetisch zu versorgender Implantate deutlich mehr Kosten verursacht, worüber der Patient mit Hilfe von Kostenplänen natürlich hätte aufgeklärt werden müssen.
Hier sei vom Behandlerteam Dr. Dr. D. und den Beklagten ein "alternativer Plan C" gewählt worden. Dass heiße, es sei hier in regio 14 von Dr. Dr. D. ein Ankylos-Implantat gesetzt worden, um den parodontal geschwächten Zahn 17 mithilfe einer Verbundbrückenkonstruktion zu stützen. Das gleiche gelte für die Implantate in regio 22, 21, 11, diese Implantate sollten den PA-Spalt erweiterten Eckzahn 13 stützen und stabilisieren. Wenn möglicherweise auf Kostenersparnisgründen nach entsprechender Aufklärung so eine risikoreichere Planung gewählt werde, sei natürlich der Patient entsprechend aufzuklären, insbesondere über möglicherweise kurz- und mittelfristig anfallende Reparaturen an derartigen Verbundbrückenkonstruktionen.

Laut Rechnung vom 22.05.2003 über 9.205,02 EUR sei am 22.05.2003 die streitgegenständliche Brücke eingesetzt worden.
Am 06.12.2007 sei aus der Praxis Dres. M., V.. L. und I. zu erkennen, dass am 04.06.2006, also drei Jahre nach Eingliederung, der Zahn 13 aufgrund einer apikalen Ostitis im Notdienst bei Frau Dr. I. habe behandelt werden müssen. Das entsprechende am 13.04.2006 gemachte Röntgenbild zeige eine Sekundärkaries unter der Krone mit einer apikalen Ostitis. Daraufhin sei korrekterweise von Frau Dr. I. eine Wurzelbehandlung angefangen worden. Auf dem Kleinröntgenbild vom 16.05.2007 sei sogar zu erkennen, dass die klinische Zahnkrone von 13 nicht mehr vorhanden sei, so dass hier die Indikation für eine Extraktion mit weiter bestehender apikaler Ostitis eindeutig gegeben sei.
Desweiteren sei von Dr. V. mit Schriftsatz vom 15.01.2008 an die Prozessbevollmächtigte der Klägerin festgehalten worden, dass an dem Zahn 17 zum Zeitpunkt der Erstuntersuchung am 26.01.2007 in der Praxis Dr. V. bereits ein Sondierungsbefund von ca. 7 mm nachweisbar gewesen sei. Korrekterweise sei von Dr. V. der Zahn 13 entfernt worden. Auch bezüglich des Zahnes 17 sei die Prognose zum Erhalt desselben mehr als fragwürdig.
Abschließend müsse zur Beantwortung des Fragenkomplexes festgehalten werden, dass unter dem Aspekt einer langfristig optimalen Versorgung die geschwächten Pfeilerzähne 17 und 13 nicht in die Implantatversorgung hätten einbezogen werden dürfen. Die hier gewählte Lösung sei daher nur dann medizinisch vertretbar, wenn der Patient vorher über die zeitliche Limitierung dieser Lösung vom Arzt aufgeklärt worden sei. Die Zähne 13 und 17 als strategische Pfeiler seien eben nicht gleichwertig mit den eingebrachten Implantaten gewesen. Angesichts des Umstandes, dass die Zähne 13 und 17 parodontal vorgeschädigt gewesen seien, seien sie in keinster Weise vergleichbar gewesen mit Implantaten als Pfeiler. Es sei dabei auch Aufgabe des Hauszahnarztes gewesen, die Behandlungsalternativen mitzuteilen und die Lösung zu entwickeln.
Bei der hier gewählten prothetischen Versorgung sei zudem erforderlich gewesen, dass die parodontale Schädigung der Zähne 13 und 17 (weiter) behandelt werde. Es sei nicht zu erkennen, dass diese Behandlung in dem erforderlichen und notwendigen Umfang durchgeführt worden sei. Eine bloße Zahnsteinentfernung reiche dafür jedenfalls nicht aus.
Die Erhebung von Röntgenbefunden mit OPG vom 14.10.2002, 09.12.2002, 13.12.2002 und 19.04.2004 sei suffizient und ausreichend für eine präimplantologische/prothetische Neuversorgung.
Die Beklagten hätten mit dem Eintrag vom 19.04.2004 "OPG-Kontrolle der Implantate 1 Jahr nach Eingliederung des ZE, Fremdkörper distal der Wurzel des Implantates regio 14 unverändert vorhanden, ohne Befund, kein Behandlungsbedarf, Patient beschwerdefrei" zu erkennen gegeben, dass sie den Fremdkörper (möglicherweise Amalgamrest) auch in den vorherigen Bildern erkannt hätten. Röntgenologisch sei auf allen vier oben erwähnten OPGs kein pathologischer Befund um diesen Fremdkörper herum zu erkennen.
Natürlich hätte bei Implantatinsertion in der entsprechenden regio der Fremdkörper mit entfernt werden können. Jedoch wäre dann weiteres Knochenersatzmaterial und eine entsprechende Membran notwendig gewesen, um den entstandenen Knochendefekt nach Entfernung des Fremdkörpers wiederum aufzufüllen. Wenn ein Fremdkörper unter ständiger röntgenologischer Beobachtung keinerlei Veränderungen zeige, wie im vorliegenden Fall, sei es nicht unbedingt behandlungsfehlerhaft, denselbigen nicht zu entfernen. Trotzdem wäre es aufgrund der unmittelbaren Nähe zu Implantat 14 medizinisch sinnvoll gewesen, diesen während der Implantatinsertion auszufräsen und zeitgleich aufzufüllen. Somit wäre dann auch die mögliche zukünftige Gefahr einer späteren Infektion des Fremdkörpers mit Überschreiten auf das Implantat nicht mehr vorhanden gewesen.
Das behandlungsfehlerhafte Verhalten der Beklagten sei hier demnach darin zu sehen, dass die Beklagten das höhere Risiko durch die damit verbundene Reparatur- und Wiederherstellungskosten bei Einbeziehung der parodontal schlechten Zähne 13 und 17 für die Klägerin nicht genügend herausgearbeitet hätten.
Die Implantate seien bei der gutachterlichen Befundung am 29.03.2011 laut OPG-Röntgenbefund im Knochen gut verankert gewesen. Sie könnten weiter verwendet werden. Der Zahn 13 sei korrekterweise von Dr. V. entfernt worden. Der Zahn 17 müsse bei weiter bestehender Knochentasche von ca. 7 mm kurz- bis mittelfristig entfernt werden.
Bezüglich der Neuversorgung sei auszuführen, dass das von Dr. V. gewählte Langzeitprovisorium von 21 - 26 und 11 - 17 mit Trennung in der Mitte medizinisch notwendig geworden sei nach korrekter Extraktion des Zahnes 13. Die voraussichtlichen Gesamtkosten von ca. 3.770,72 EUR seien für den nunmehr dreijährigen Sitz des Langzeitprovisoriums angemessen und gerechtfertigt. Bei der definitiven Neuversorgung müssten zwei weitere Implantate in regio 13 und 15/16 bei gleichzeitiger Entfernung des Fremdkörpers inseriert werden.
Naturgemäß träten schließlich nach einer chirurgischen Operation Schmerzen auf, die hier aber nicht in einem außergewöhnlichen Umfang aufgetreten seien.

Die Kammer folgt den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen, an dessen Sachkunde nicht zu zweifeln ist. Dr. Q. hat seinem Gutachten alle vorhandenen Krankenunterlagen einschließlich der Ergebnisse bildgebender Untersuchungsverfahren sowie die Befunde einer eigenen Untersuchung der Klägerin zugrunde gelegt, die er am 29.03.2011 durchgeführt hat. Aus den damit vollständig ermittelten Befund- und Anknüpfungstatsachen hat unter verständiger Darlegung der zahnmedizinischen Vorgaben in jeder Hinsicht nachvollziehbare und widerspruchsfreie Schlussfolgerungen gezogen.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann die Klägerin ihren Schmerzensgeldanspruch demnach auf Behandlungsfehler der Beklagten zu 1) stützen.
Die Abutments sind - unabhängig davon, ob es sich um gerade oder ungerade Abutments handelt - zu stark angeschliffen worden. Der Grund dafür liegt entweder in einer falschen Bissnahme durch die Beklagte zu 1) oder in einer nachfolgend falschen Einartikulierung durch das Dentallabor. Folge dieses Fehlers ist, dass nunmehr eine Neuanfertigung der Prothetik erforderlich ist.
Die Beklagte zu 1) hat hier für die fehlerhaften Abutments auch dann einzustehen, wenn sie Folge einer fehlerhaften Einartikulierung durch das Dentallabor sind. Auch im Falle mangelhafter zahntechnischer Leistungen haftet allein der Zahnarzt dem Patienten auf Schadensersatz (vgl. Heidemann, Haftpflichtrecht für Zahnärzte, S. 109/110), so dass sich Schadensersatzansprüche der Klägerin unabhängig davon gegen die Beklagten richten, ob die Ursache für die zu stark angeschliffenen Abutments von ihnen oder später vom Dentallabor gesetzt worden ist.
Weiter fehlerhaft war die Einbeziehung der vorgeschädigten Zähne 13 und 17 in die Brückenkonstruktion. Das damit verbundene erhöhte Risiko für kurz- und mittelfristig anfallende Reparaturen (an der Brücke) hat sich anschließend verwirklicht, als der Zahn 13 wegen einer apikalen Ostitis extrahiert werden musste.
Die von den Beklagten gewählte Versorgung hat daher nicht dem fachzahnärztlichen Standard für eine langfristige Versorgung entsprochen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war sie allenfalls dann eine medizinisch noch vertretbare Lösung, wenn der Patient vorher über die zeitliche Limitierung dieser Lösung aufgeklärt worden ist. Ein solche Aufklärung aber haben die Beklagten nicht dargelegt.
Die Beklagten haben sich zunächst auf die bloße und ohne jede Substanz vorgetragene Behauptung beschränkt, die Klägerin sei "umfassend aufgeklärt" worden, soweit diese Aufklärung nicht ohnehin durch den Streitverkündeten zu leisten gewesen sei bzw. geleistet worden ist. In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte zu 1) dann dargestellt, dass sie davon ausgehe, mit der Klägerin besprochen zu haben, dass in die Behandlung einkalkuliert worden sei, dass die eigenen Zähne eher gehen als die Implantate. Selbst eine solche Erläuterung genügt den bestehenden Anforderungen indes nicht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war es vielmehr schon aus medizinischen Gründen erforderlich, der Klägerin eindrücklich vor Augen zu führen, dass die eigenen Zähne als strategische Pfeiler in keinster Weise mit Implantaten zu vergleichen seien und deshalb eine Prothese möglicherweise nur zwei Jahre halten werde. Eine solche Aufklärung aber ergibt sich weder aus der Dokumentation der Beklagten noch aus der Erklärung der Beklagten zu 1), man habe pauschal kalkuliert, dass die eigenen Zähne eher gehen würden.
Es entlastet die Beklagten dabei auch nicht, dass sie von einer Aufklärung durch den Streithelfer Dr. Dr. D. ausgegangen sein mögen. Auch hilft es der Beklagten zu 1) nicht, dass sie erst ab dem 30.11.2002 in der Praxis des Beklagten zu 2) beschäftigt war.
Die Übernahme der Aufklärungspflicht durch einen anderen Arzt entlastet den behandelnden Arzt (noch) nicht von der auf einem Aufklärungsversäumnis beruhenden Haftung. Zwar kann die Haftung des Behandlers mangels Verschulden entfallen, wenn er - ohne, dass dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht - eine Einwilligung des Patienten angenommen hat. Das aber ist nur der Fall, wenn der nicht selbst aufklärende Arzt durch geeignete organisatorische Maßnahmen und Kontrollen sichergestellt hat, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den damit betrauten Arzt gewährleistet ist. An die Kontrollpflicht des behandelnden Arztes, der einem anderen Arzt die Aufklärung überlässt, sind dabei strenge Anforderungen zu stellen. In einem Arzthaftungsprozess muss er deshalb darlegen, ob er sich etwa in einem Gespräch mit dem Patienten über dessen ordnungsgemäße Aufklärung und/oder durch einen Blick in die Krankenakte vom Vorhandensein einer von Patient und aufklärendem Arzt unterzeichneten Einverständniserklärung vergewissert hat, dass eine für einen medizinischen Laien verständliche Aufklärung erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 07.11.2006, VI ZR 206/05). Diese Voraussetzungen aber haben die Beklagten mit ihrem bloßen Verweis auf eine etwaig durch den Streithelfer erfolgte Aufklärung ebenfalls nicht dargelegt.
Folge der dargestellten Behandlungsfehler ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zunächst die Notwendigkeit einer Versorgung mit einem Langzeitprovisorium sowie anschließend eine definitive Neuversorgung.
Bei dieser Sachlage kann die Klägerin von den Beklagten ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.000,00 EUR beanspruchen.
Der Bemessung dieses Betrages hat die Kammer zugrunde gelegt, dass die Klägerin im Jahr 2007 mit einem Langzeitprovisorium versorgt werden musste, wobei sie indes nach den Feststellungen des Sachverständigen keine außergewöhnlichen Schmerzen erlitten hat. Weiter abzugelten sind zudem die mit der Neuversorgung verbundenen Beeinträchtigungen (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 17.02.2010 - 5 U

156/09: 4.000,00 EUR für Behandlungsfehler beim Einsatz von Zahnimplantaten mit der Folge von Kieferknochenrückbildung und späterer Implantatentfernung mit allen damit verbundenen erneuten Beeinträchtigungen).
II.
Aufgrund der festgestellten Behandlungsfehler kommt es nicht mehr darauf an, ob und inwieweit die Beklagten der Klägerin auch aufgrund eines (weitergehenden) Aufklärungsversäumnisses zum Schadensersatz verpflichtet sind. Etwaig daraus resultierende Ansprüche der Klägerin gehen jedenfalls nicht über die Ansprüche hinaus, die ihr bereits wegen der fehlerhaft durchgeführten Behandlung zustehen.
III.
Neben einem Schmerzensgeld kann die Klägerin weiter den Ersatz ihres materiellen Schadens in Höhe von insgesamt 3.987,32 EUR verlangen.
Die Beklagten sind der Klägerin - wie ausgeführt - dem Grunde nach zum Ersatz aller aus den Fehlbehandlung entstandenen Schäden verpflichtet. Dazu zählen zunächst die für die Nachbehandlung bisher allein bezifferten und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme angemessenen Kosten für das Langzeitprovisorium in Höhe von 3.770,72 EUR (vgl. den von Dr. V. erstellten Heil- und Kostenplan vom 21.06.2007).
Die Klägerin kann weiter den Ersatz der Fahrtkosten verlangen, die ihr aufgrund der notwendigen Nachbehandlung entstanden sind. Der Höhe nach bemisst die Kammer diese Kosten auf Grundlage der Aufstellung der Klägerin nach § 287 ZPO auf die geltend gemachten 216,60 EUR.
IV.
Die Klägerin kann weiter die Feststellung verlangen, dass ihr die Beklagten als Gesamtschuldner zum Ersatz sämtlicher materiellen und derzeit nicht voraussehbaren immateriellen Schäden verpflichtet sind, die ihr aus der fehlerhaften Behandlung zukünftig noch entstehen werden.
Es steht zu erwarten, dass der Klägerin etwa aufgrund der zusätzlich erforderlichen Behandlungen noch weitere materielle Schäden entstehen oder bereits entstanden sind. Auch ist ohne weiteres denkbar, dass ihr in Zukunft noch immaterielle Schäden entstehen, die - weil sie derzeit noch nicht voraussehbar sind - bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht berücksichtigt werden konnten. Aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes waren zukünftige voraussehbare immaterielle Schäden der Klägerin demgegenüber schon in die Bemessung des ausgeurteilten Schmerzensgeldes einzustellen, so dass sie nun nicht mehr zusätzlich in den Feststellungstenor aufgenommen werden können.
V.
Die Klägerin kann aus den §§ 280 I, 278, 421 BGB und den §§ 823 I, 831, 840 BGB schließlich noch den Ersatz ihrer nicht anrechenbaren außergerichtlichen Anwaltskosten verlangen, die Teil ihres materiellen Schadens sind. Bei einem Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 4.000,00 EUR, einem Anspruch auf materiellen Schadensersatz in Höhe von 3.987,32 EUR sowie einem überwiegend begründeten Feststellungsantrag belaufen sie sich bei einem dann anzunehmenden Gesamtwert von 10.500,00 EUR der Höhe nach auf insgesamt 1.275,68 EUR, wobei allein eine 2,0 Geschäftsgebühr (noch) billigem Ermessen nach § 14 I 4 RVG entspricht:
2,0 Geschäftsgebühr, §§ 2, 13, 14, VV Nr. 2300 RVG
1.052,00 EUR
Auslagenpauschale, VV Nr. 7002 RVG
20,00 EUR
1.072,00 EUR
19% MwSt., VV Nr. 7008 RVG
203,68 EUR
1.275,68 EUR
Die Klägerin kann dabei die Zahlung ihrer außergerichtlichen Anwaltskosten auch dann verlangen, wenn sie selbst ihre Prozessbevollmächtigte noch nicht bezahlt hat. Da die Beklagten jedes Schadensersatzverlangen zurückgewiesen haben, ist die Klägerin selbst in diesem Fall nicht auf einen (bloßen) Freistellungsanspruch zu verweisen (vgl. OLG Hamm, MMR 2013, 171).
VI.
Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 291, 288 BGB, da die Klägerin einen weitergehenden Anlageschaden nicht schlüssig dargelegt hat.
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 I, 101, 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

142. OLG Koblenz, Urteil vom 30.04.2014 – 5 U 1504/13 – * Schadensersatzprozess gegen Ärzte und Krankenhausträger wegen Geburtsschäden: Rechtsfolgen eines Richterwechsels zwischen Beweisaufnahme und Urteilserlass; Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Beweiswürdigung bei mehreren beklagten Ärzten mit unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

Leitsatz

1. Tritt ein Richterwechsel zwischen der Beweisaufnahme und dem Urteil ein, leidet das Verfahren an einem zur Aufhebung und Zurückverweisung führenden Mangel, falls wegen des fehlenden persönlichen Eindrucks auszuschließen ist, dass die neu hinzugetretenen Richter das Beweisergebnis sachgemäß gewürdigt haben. Eine Heilung des Verfahrensmangels nach § 295 ZPO scheidet im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO aus, wenn erst das schriftliche Urteil den Richterwechsel offenbart.
2. Im Arzthaftungsprozess ist ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gegeben, wenn besondere Umstände deutlich machen, dass das Vorbringen der Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist. Bei einem komplexen Behandlungsgeschehen (hier: Geburtsleitung und postnatale Betreuung) mit mehreren beteiligten Ärzten ist es insbesondere erforderlich, die unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und Verursachungsbeiträge differenziert zu prüfen und zu würdigen.

Tenor

1. Das Urteil des Landgerichtes Trier vom 18.11.2013 wird aufgehoben und der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden gerichtliche Kosten und Auslagen nicht erhoben. Im Übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten der Schlussentscheidung vorbehalten.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.
4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 750.000 € festgesetzt.

Gründe

I. Der Kläger begehrt von den gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Beklagten immateriellen Schadensersatz von zumindest 500.000 € sowie die Feststellung der materiellen Schadensersatzpflicht für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft wegen einer behaupteten unzureichenden Schwangerschaftsbetreuung, einer fehlerhaften Geburtshilfe und postnatalen Versorgung in der Zeit von11.2003 bis07.2004.
Die Beklagte zu 1) ist Rechtsträgerin des Krankenhauses in dem der Kläger entbunden wurde. Die Beklagten zu 2) und 3) betreiben eine gynäkologische Praxis und sind Belegärzte am Krankenhaus der Beklagten zu 1), das nicht über ein Perinatalzentrum verfügt.
Der Beklagte zu 2) betreute die Mutter des Klägers in der Schwangerschaft. Ihm wirft der Kläger vor, seine Mutter trotz erkennbarer Geburtsrisiken nicht in ein Krankenhaus mit Perinatalzentrum überwiesen und weitere Untersuchungen unterlassen zu haben. Aufgrund der erhobenen Befunde habe der Beklagte zu 2) nicht davon ausgehen können, dass bei dem Kläger keine Mangelversorgung vorliege.
Der Beklagte zu 3) habe die Geburt grob fehlerhafter geleitet. Erforderliche Befunde seien nicht erhoben, engmaschige Kontrollen und diverse konservative Behandlungen seien unterlassen worden. Die Entscheidung zur Schnittentbindung sei verspätet getroffen und die zulässige Entwicklungszeit sei überschritten worden. Sofort nach der Geburt habe ein Pädiater hinzugezogen werden müssen.
Der Beklagten zu 1) sei vorzuwerfen, dass auf der Entbindungsstation kein Pädiater erreichbar gewesen sei. Die bei ihr angestellte Hebamme hätte den Geburtshelfer früher über die pathologischen Befunde unterrichten müssen. Sie hätte intravenös eine Glykose verabreichen oder eine Verlegung in die Kinderklinik veranlassen müssen.
Der Kläger behauptet, seine schwere Behinderung sei Folge der groben Behandlungsfehler, die vor, während und nach der Geburt vorgekommen seien. Die Dauerschäden bestimmten sein Leben in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.
Die Beklagten sind dem umfassend entgegengetreten. Sie bestreiten Organisations-, Befunderhebungs- und Behandlungsfehler, hilfsweise deren Einstufung als grob fehlerhaft sowie die Kausalität der behaupteten Fehler für den beklagten Gesundheitszustand. Letztlich sei auch der Kausalitätsgegenbeweis geführt.
Das Landgericht hat nach der Einholung von gynäkologischen, neonatologischen und genetischen Sachverständigengutachten am 28.11.2012 die beauftragten Gutachter angehört und eine Zeugin vernommen. Die Beweisaufnahme wurde von den Richtern K., H. und R. durchgeführt.
Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht durch die Richter K., S. und Sch. die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger verzinsten immateriellen Schadensersatz von 500.000 € zu leisten und die materielle Schadensersatzpflicht festgestellt. Es sieht die Behandlung des Klägers durch die Beklagten als grob fehlerhaft an. Aufgrund dessen sei der Kausalitätsbeweis geführt.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihren Berufungen, mit denen sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Abweisung der Klage, hilfsweise die Zurückverweisung des Verfahrens, begehren. Sie rügen die Besetzung des Landgerichtes sowie die Begründung der Haftung dem Grunde nach.
Die Beklagten beantragen (jeweils),
unter Änderung des Urteils des Landgerichtes Trier vom 18.11.2013 die Klage abzuweisen;
hilfsweise
das vorgenannte Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.
Der Kläger beantragt,
die Berufungen der Beklagten zu 1) bis 3) zurückzuverweisen.
Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung, die Darstellung des Streitstandes im angefochtenen Urteil und die zwischen den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.
Der Senat hat darauf hingewiesen, dass auch er davon ausgeht, dass das Urteil nicht in gesetzmäßiger Weise ergangen ist und ein Vorgehen nach § 128 Abs. 2 ZPO angeregt. Dem haben die Parteien zugestimmt. Der Senat hat darauf am 04.04.2014 beschlossen, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden soll und den Zeitpunkt bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können, auf den 15.04.2014 bestimmt.
II. Die zulässigen Berufungen haben einen vorläufigen Erfolg. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und - auf die Hilfsanträge - zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht. Das angefochtene Urteil verstößt gegen § 355 ZPO, wonach die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattfinden muss.
Wie sich aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012 ergibt, haben an der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme die Richter K., H. und R. teilgenommen. Demgegenüber wurde das angefochtene Urteil von den Richtern K., dem S. und Sch. erlassen. Ein Richterwechsel - hier in doppelter Hinsicht - erfordert zwar nicht grundsätzlich eine Wiederholung der Beweisaufnahme. Anderes gilt aber, wenn es - wie hier vom Landgericht angenommen - auf die Glaubwürdigkeit des vernommenen Zeugen ankommt und sich bei den Akten kein den Parteien vor Erlass des Urteils zugänglicher Glaubwürdigkeitsvermerk befindet (BGH NJW 1997, 1586; BGH WM 1991, 566; BGH NJW 1995, 1292). Eine Heilung durch rügelose Einlassung (hierzu Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 355 Rn 8) kam aufgrund der Entscheidung im schriftlichen Verfahren nicht in Betracht. Den Parteien ist erst mit der Zustellung der Entscheidung der Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bekannt geworden.
Das Urteil war danach aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Im weiteren Verfahren bedarf es einer erneuten umfassenden Beweisaufnahme, denn das angefochtene Urteil trägt den klagezusprechenden Ausspruch nicht. Für dieses Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:
Das Landgericht wird als Ausgangspunkt den für die unterschiedlichen Beklagten maßgeblichen Facharztstandard zu bestimmen haben. Dabei wird es sich hinsichtlich der Beklagten zu 1) auch damit auseinanderzusetzen haben, dass das Belegarztsystem grundsätzlich zulässig ist und ihre Einstandspflicht nur im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit in Betracht zu ziehen ist. Für die jeweils gesondert zu beurteilenden Phasen der Schwangerschaft, der Geburtshilfe und der postnatalen Versorgung ist dann festzustellen, welche Anforderungen aufgrund des jeweiligen Facharztstandards an die Beklagten zu 2 und 3) und die bei der Beklagten zu 1) Beschäftigten zu stellen waren. Die Wertungen der Sachverständigen sind hierzu gesondert und konkret zu hinterfragen.
Das Landgericht wird sich auch mit den erstinstanzlichen Argumenten gegen eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach, die in den Berufungsbegründungen fokussiert wiederholt wurden, auseinanderzusetzen haben. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen und Anträge der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfG NJW 87, 485; BVerfG 97, 2310). Es muss sich nicht mit jedem Vorbringen der Prozessbeteiligten in den Entscheidungsgründen ausdrücklich befassen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist aber dann gegeben, wenn im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass das Vorbringen der Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist (BGH NJW-RR 2014, 381). Die Gründe des angefochtenen Urteils behaupten weitgehend eine Haftung der Beklagten, ohne sie unter Berücksichtigung der wechselseitigen Argumente zu begründen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den jeweiligen Argumenten der Beklagten ist zu vermissen.
Kommt das Landgericht nach erneuter Anhörung der Sachverständigen und der Vernehmung der Zeugin zu dem Ergebnis, dass eine Haftung aller oder einzelner Beklagten gegeben ist, ist die Kausalitätsprüfung ebenfalls für jeden Beklagten gesondert durchzuführen. Die von den Sachverständigen bisher getroffenen Feststellungen tragen die Auffassung des Landgerichtes, allen Beklagten seien grobe Behandlungsfehler

vorzuwerfen, derzeit nicht. Den Sachverständigen wird die Frage, ob die Beklagten in einer schlechterdings unverständlichen Art und Weise reagiert haben, erneut vorzulegen sein.
Wird hiernach der Kausalitätsbeweis originär oder kraft Beweislastumkehr als geführt angesehen, wird sich das Landgericht auch mit der Frage des Kausalitätsgegenbeweises auseinanderzusetzen haben. Dies gilt in besonderer Weise für den Beklagten zu 2).
Die Beweisaufnahme wird sich also erneut auf alle streitigen Fragen erstrecken müssen.
III. Gerichtliche Kosten und Auslagen sind für das Berufungsverfahren nicht zu erheben (§ 21 GKG); im Übrigen ist die Kostenentscheidung der Schlussentscheidung vorzubehalten.
Gründe die Revision zuzulassen sind nicht ersichtlich und von den Parteien auch nicht vorgetragen.
Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 3 ZPO.

143. OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2014 – 5 U 1427/13 – * Arzthaftungsprozess: Abgrenzung eines Diagnosefehlers zum Befunderhebungsversäumnis bei Vaginalfistel mit Verbindung zum Rektum

Leitsatz

Hat der Chirurg vor Entfernung einer Vaginalfistel von einer sinnvollen, aber nicht hinreichend verlässlichen Untersuchung abgesehen (hier: Proktoskopie) und stattdessen eine aussagekräftige Bildgebung (hier: MRT) veranlasst und außerdem unter der Operation durch Blaufüllung eine Fistelverbindung zum Enddarm ausgeschlossen, lässt sich der Vorwurf eines zur Beweislastumkehr führenden Befunderhebungsversäumnisses nicht auf die unterbliebene Proktoskopie stützen.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mainz vom 08.11.2013 wird zurückgewiesen.
Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Wegen einer "Fistelbildung nach zweimaliger Bartholinischer Zystenentfernung" wurde die Klägerin vom 27.07.2009 bis zum03.2010 im Krankenhaus der Beklagten, dort überwiegend von Prof. Dr. X, operativ (am 06.08.2009 und am 05.11.2009), stationär und ambulant behandelt.
Nach einem anderenorts im08.2010 durchgeführten plastischen Fistelverschluss gelang die Ausheilung des entzündlichen Geschehens im Laufe des Jahres 2011.
Die Klägerin hat in erster Instanz den für die Beklagte handelnden Personen, insbesondere Prof. Dr. X, vorgeworfen, keine dem medizinischen Standard genügende Fisteldiagnostik betrieben zu haben. Wären die notwendigen Untersuchungen, ein Becken-MRT, eine Endosonographie und eine Proktoskopie durchgeführt worden, wäre die innere Öffnung der Fistel zum Rektum hin erkannt worden. Infolge dieser Versäumnisse habe sie bis ins Jahr 2011 hin unter lang andauernden physischen und psychischen Beeinträchtigungen gelitten. Sie hat deshalb, jeweils zu verzinsende, immaterielle (15.000 €) und materielle Schäden (26.552,11 €), die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten und die Feststellung einer weiteren Ersatzpflicht der Beklagten begehrt (Anträge 09, 172, 306, 325 GA).
Das Landgericht hat, zweifach sachverständig beraten, die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass weder den Mitarbeitern der Beklagten noch Prof. Dr. X Behandlungsfehler vorzuwerfen seien. Prof. Dr. X habe sich zu Recht auf die andernorts durchgeführte MRT-Untersuchung sowie seine eigenen Befunderhebungen verlassen. Dementsprechend habe er nicht davon ausgehen müssen, dass eine durchgängige Verbindung zwischen der Vagina und dem Rektum vorhanden gewesen sei.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt, ihr Vorbringen vertieft und ergänzt (Antrag vom 31.01.2014, 350 GA).
Das Landgericht habe sich nicht genügend mit dem von ihr privat eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dr. Kr. auseinandergesetzt. Vor der ersten Operation am 06.08.2009 sei die Durchführung einer Proktoskopie erforderlich gewesen, die der Privatsachverständige als "Goldstandard" bezeichnet habe. Bei einer solchen Untersuchung durch einen erfahrenen Proktologen wäre festgestellt worden, dass der Fistelgang das Rektum erreicht habe. Ebenso fehlerhaft sei die am 01.10.2009 zunächst angeordnete MRT-Untersuchung unterlassen worden. Diese wäre trotz ihrer Klaustrophobie möglich gewesen, wenn man sie genügend sediert hätte. In der Klinik der Beklagten habe man auch nicht genügend auf die von ihr bis zum03.2010 geäußerten Schmerzen und Beschwerden reagiert. Insgesamt sei die Einholung eines weiteren Gutachtens geboten.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe ihrer Berufungserwiderung vom 17.03.2014.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, die in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachten, die Sitzungsniederschrift vom 27.09.2013 sowie die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze.
II. Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht festgestellt, dass der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, weder aus Vertrag noch aus unerlaubter Handlung, Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen. Auf die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen sowie die zutreffende Würdigung der Beweisergebnisse im angefochtenen Urteil, die sich auch hinreichend mit dem Privatgutachten Dr. Kr. auseinandersetzen, sowie die Ausführungen in der Berufungserwiderung nimmt der Senat umfassend Bezug (§ 540 ZPO).
Zu den Rechtsmittelangriffen der Klägerin ist auszuführen:
1. Grundsätzlich muss der Patient die Voraussetzungen eines Behandlungsfehlers und dessen Ursächlichkeit für den geklagten Gesundheitsschaden darlegen und beweisen. Dies gilt sowohl für den Vorwurf eines Diagnosefehlers als auch den eines Fehlers in der Befunderhebung (BGH, MedR 2004, 107 mit zahlreichen Nachweisen). Sieht ein Arzt von einer unzutreffenden Diagnose ausgehend von weiteren Befunderhebungen ab, so kommt es für die Abgrenzung zwischen Befunderhebungs- und Diagnosefehler darauf an, ob der Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens in der fehlerhaften Diagnose oder in der unterlassenen Erhebung weiterer Befunde zur Absicherung der Diagnose liegt (OLGR Schleswig 2009, 296; OLG München, AHRS 1876/326, Urteil vom 12.4.2007, 1 U 2267/04, zitiert nach juris).
Ausgehend vom unstreitigen Sachverhalt und dem Vorbringen der Klägerin sieht der Senat den Schwerpunkt des Vorwurfs in einer nicht genügenden Befunderhebung, die den Blick auf eine möglicherweise gegebene Öffnung der Fistel zum Rektum hin verstellt haben könnte. Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweiserhebung, dem sich der Senat anschließt, ist dieser Vorwurf aber nicht gerechtfertigt.
Als die Klägerin am 27.07.2009 erstmals die Universitäts-Frauenklinik der Beklagten aufsuchte, diagnostizierte Prof. Dr. X eine Fistelbildung mit Eiterentleerung. Klinisch palpatorisch konnte er eine eindeutige Verbindung zwischen Fistelkanal und Rektum nicht ertasten. Zur Sicherheit wurden vor der Durchführung des geplanten operativen Eingriffs die MRT-Untersuchung des Beckens, die Blaufüllung zu Beginn der Fistelentfernung sowie eine Rektoskopie empfohlen.
Zu Beginn der am 06.08.2009 durchgeführten Operation lagen Prof. Dr. X das am 04.08.2009 angefertigte MRT und der Befundbericht des Radiologen Dr. Ke. vor, in dem ausgeführt ist:
"Befund: 3 x 5 mm messende Zyste am Introitus vaginae links. Hiervon deutlich entfernt an der hinteren Zirkumferenz des Introitus paramedian links zeigt sich eine längliche KM-aufnehmende Struktur, die zur Rektumwand zieht. Hier keine Flüssigkeitsansammlung. Bis 5 mm messende Zysten an der Portio (Ovula Nabothi). Etwas freie Flüssigkeit im Douglasschen Raum. Übrige Beckenorgane ohne Besonderheiten. Kein Nachweis vergrößerter Lymphknoten.
Beurteilung: Es ist der mutmaßliche Fistelgang noch zu sehen, gegenwärtig nicht gefüllt, ev. (teilweise) zugranuliert. Eine Narbe würde ähnlich aussehen. Ein Verhalt oder verästelte Fistelgänge sind nicht nachzuweisen."
Diesen Befund deutete Prof. Dr. X nach Auffassung des gerichtlich beauftragten, gynäkologischen Sachverständigen Prof. Dr. K. vertretbar als eine längliche, Kontrastmittel aufnehmende Struktur, die zur Rektumwand zieht, und dass eine Verbindung zum Rektum nicht dargestellt wird. Darauf, dass der radiologische Sachverständige Prof. Dr. M. in seinem Gutachten ausführt, bei dieser MRT-Untersuchung sei die Fistel nicht übersehen worden, der dahingehende Vorwurf sei unbegründet, kommt es nicht an. Entscheidend ist für den Senat, dass der Befund des Radiologen Dr. Ke., worauf Prof. Dr. K. zu Recht hinweist, eine Information dahin, dass die Fistel in das Rektum hineinreicht, nicht enthält. Dies räumt letztlich der radiologische Sachverständige Prof. Dr. M. ein, wenn er ausführt, die Fistel sei eindeutig gesehen worden in ihrer Ausdehnung bis zum Rektum, der tatsächliche Beweis ihrer Offenheit sei letztlich nur in einer dynamischen Untersuchung mit Fistelfüllung zu erbringen.
Prof. Dr. K. hat daher anlässlich seiner Anhörung beim Landgericht zu Recht darauf beharrt, dass der Operateur Prof. Dr. X am 06.08.2009 davon ausgehen durfte, dass der Fistelgang nur bis zur Rektumwand und nicht in diese hinein reiche. Auf die Richtigkeit des anderenorts erhobenen MRT-Befundes durfte Prof. Dr. X vertrauen (vgl. Senat in MedR 2014, 166), zumal er intraoperativ eine Farbstofffüllung des Rektums vornahm, die eine mögliche Fistelverbindung zum Enddarm ausschloss und sowohl nach Auffassung des gynäkologischen als auch das radiologischen Gutachters geeignet gewesen wäre, einen Offenheit der Fistel zum Rektum hin zu erweisen.
Der Senat ist daher mit dem Landgericht und dem gynäkologischen Sachverständigen Prof. Dr. K. der Auffassung, dass Prof. Dr. X eine ausreichend Befunderhebung vor der Operation am 06.08.2009 vornahm. Sollte tatsächlich eine Verbindung der Fistel zum Rektum damals bereits bestanden haben (was für den Senat nicht geklärt ist), so beruhte diese als unzutreffend unterstellte, nicht vorwerfbare Diagnose nicht auf einem Befunderhebungsfehler.

Die Klägerin rügt, das Landgericht habe sich nicht mit der Auffassung des (Privat-) Sachverständigen Dr. Kr. auseinandergesetzt, wonach es "Goldstandard" sei, durch eine Rektoskopie (Proktoskopie) zu überprüfen, ob eine innere Öffnung der Fistel zum Rektum bestehe. Der Sachverständige Prof. Dr. K. hat hierzu ausgeführt, dass genitale Fisteln in ihrer Ausdehnung schwierig zu diagnostizieren seien und in der Proktoskopie häufig nicht zur Darstellung gelangten. Insbesondere kleine Fisteln könne man in der Proktoskopie nicht erkennen, hier sei das MRT dem Proktoskop eindeutig überlegen. Schließlich habe Prof. Dr. X durch die Blaufüllung eine Fistelverbindung zum Enddarm ausgeschlossen.
Die Berufungserwiderung weist ergänzend darauf hin, dass bei nämlichem radiologischem Befund gleichwohl bei der später am 18.03.2010 durchgeführten Rektoskopie eine Verbindung ins Rektum nicht dargestellt wurde. Von daher ist überhaupt nicht wahrscheinlich, dass eine vor der Operation am 06.08.2009 durchgeführte Rektoskopie einen Anhalt für eine solche Fistelöffnung ergeben hätte, es steht noch nicht einmal fest, dass eine solche tatsächlich bestand.
2. Auch das Unterlassen einer MRT-Untersuchung am 01.10.2009 begründet nicht den Vorwurf eines Befunderhebungsfehlers.
Hierzu haben die gerichtlich bestellten Sachverständigen Prof. Dr. M. (Radiologe) und Prof. Dr. K. (Gynäkologe) übereinstimmend festgestellt, dass am 02.10.2009 eine Fistelfüllung durchgeführt wurde, die eine entzündliche Weichteilhöhle darstellte und einen Fistelgang vermuten ließ. Ein eindeutiger Anschluss an das Rektum sei nicht dokumentiert. Das spätere Ergebnis der Rektoskopie vom 18.03.2010 spreche dafür, dass die Fistelfüllung am 02.10.2009 technisch korrekt durchgeführt worden sei und sich lediglich eine Verbindung ins Rektum nicht habe darstellen lassen. Zwar habe man die zusätzliche Durchführung einer Proktoskopie diskutieren können, ihr Verzicht hierauf sei jedoch medizinisch vertretbar gewesen.
Letztlich muss offen bleiben, ob überhaupt zu diesem Zeitpunkt eine Öffnung der Fistel zum Rektum bestand. Denn die viel später, am 18.03.2010, durchgeführte Rektoskopie ergab dafür keinen Anhalt und auch der (Privat-) Sachverständige Dr. Kr. musste letztlich einräumen: "Natürlich steht nicht fest, dass zum Zeitpunkt der Operation eine innere Fistelöffnung bestanden hat".
Gelang aber weder bei der Operation am 06.08.2009 durch Blaufüllung der Fistel noch durch Gabe eines Kontrastmittels am 02.10.2009 noch durch die Rektoskopie am 18.03.2010 der Nachweis einer Öffnung der Fistel zum Rektum hin, so ist jedenfalls nicht wahrscheinlich, dass auch unter Anwendung einer maximalen Diagnostik bei den Eingriffen am 06.08.2009 bzw. am 05.11.2009 bzw. während der Behandlungsdauer bei der Beklagten eine Verbindung zum Rektum hin bestand, die nachweisbar gewesen wäre.
3. Auch während der weiteren Behandlung bei der Beklagten bis zum03.2010 sind Behandlungsfehler nicht vorgekommen. Den Nachweis solcher Versäumnisse hat das Landgericht auf Seiten 9 bis 11 seines Urteils zutreffend als nicht erwiesen erachtet. Hierauf nimmt der Senat statt Wiederholung Bezug. Dabei hat das Landgericht auch die Aufzeichnungen der Klägerin ausführlich gewürdigt. Die Berufungsbegründung zeigt nicht auf, aufgrund welcher konkreten Sachverhalte, Beschwerdenangaben der Klägerin, Befunderhebungen und Behandlungen durchzuführen gewesen wären, die einen günstigeren Heilungsverlauf zur Folge gehabt hätten. Derartige, entzündliche Geschehen (Fisteln mit Eiteraustritt) nehmen sehr häufig einen tragischen, schwer beherrschbaren, für den Erkrankten schmerzlichen und schwerwiegenden Verlauf. Allein daraus lassen sich jedoch Befunderhebungs- und Behandlungsversäumnisse nicht begründen.
4. Das Landgericht hat nach alledem die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückzuweisen.
Gründe die Revision zuzulassen, sind weder dargetan noch sonst erkennbar.

144. OLG Köln, Beschluss vom 17.04.2014 – I-5 U 148/13, 5 U 148/13 – * Arzthaftung: Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit einer dringenden Operation; Schluss von der üblichen Aufklärungspraxis eines Arztes auf die Aufklärung im Streitfall

Orientierungssatz

1. War eine mit dem unvermeidbaren Risiko einer Nervenverletzung verbundene Operation dringend geboten, greift jedenfalls der Einwand einer hypothetischen Einwilligung durch.
2. Auch wenn ein Arzt keine konkrete Erinnerung an das mit einem Patienten geführte Aufklärungsgespräch hat, kann von der von ihm geschilderten üblichen Aufklärungspraxis auf eine gleichartige Vorgehensweise im Streitfall geschlossen werden.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 23.10.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 345/11 - 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.

Gründe

I. Die Berufung, mit der der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge allein unter dem rechtlichen Gesichtspunkt mangelhafter Aufklärung weiter verfolgt, hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 I ZPO). Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann von der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung für die Folgen der Operation vom 24.6.2008 oder des Eingriffs vom 7.2.2011 haftet.

1. Auch wenn das Landgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Kläger vor der am 24.6.2008 durchgeführten offenen lumbalen Teilresektion der Niere rechts über das Risiko einer Nervenverletzung mit der Folge einer möglicherweise auch persistierenden Sensibilitätsstörung oder Muskelschwäche aufgeklärt worden ist, greift insoweit jedenfalls der Einwand einer hypothetischen Einwilligung durch.

Beruft sich der Arzt - wie hier die Beklagte - 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. Dafür reicht es aus, wenn der Patient einsichtig macht, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.

So liegt es hier nicht. Wie der Sachverständige Prof. Dr. S dargelegt hat, war es im06.2008 im Hinblick auf die etwa 5 cm große Raumforderung des rechten Nierenoberpols dringend geboten, zu operieren und den Tumor zu entfernen. Die Maßnahme diente dem Schutz der Niere und dem Schutz des Klägers vor einem mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % bösartigen Tumor (Bl. 80, 153 d.A.). Der Kläger hat demgegenüber in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht im Wesentlichen allein darauf verweisen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Zweitmeinung eingeholt hätte. Im Fall eines Eingriffs, der in einer für den Patienten nachvollziehbaren Weise einerseits dringend und andererseits mit dem unvermeidbaren Risiko einer Nervenverletzung verbunden ist, spricht sehr wenig für die Einholung einer zweiten Meinung. Weder kann der Patient von einem anderen Arzt zusätzliche Informationen noch eine inhaltlich andere Empfehlung erwarten. Dass es sich in seinem Behandlungsfall anders verhielt oder anders verhalten hätte, hat der Kläger nicht aufzuzeigen vermocht. Soweit der Kläger bei seiner Anhörung noch erklärt hat, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung auf eine mögliche Nervenverletzung hätte einstellen und vorbereiten können, handelt es sich nicht um einen Gesichtspunkt, der vor der Operation einen Entscheidungskonflikt begründet.

2. Das Landgericht hat in nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise festgestellt, dass der Zeuge Dr. B den Kläger vor der am 7.2.2011 vorgenommenen transurethralen Elektroresektion der Prostata (TURP) mit endoskopischer Steinentfernung über die Folge einer retrograden Ejakulation aufgeklärt hat.

Der Zeuge Dr. B, der an den Kläger und das mit ihm geführte Aufklärungsgespräch keine konkrete Erinnerung hatte, hat bekundet, dass er vor einem entsprechenden Eingriff stets über die Auswirkungen auf die Sexualität und über die Folge der retrograden Ejakulation aufkläre, das heißt darüber, dass das Sperma nicht "normal raus komme", sondern in die Blase gehe und mit dem Urin ausgeschieden werde.

Das Landgericht hat in überzeugender Weise von der üblichen Aufklärungspraxis des Zeugen auf eine gleichartige Vorgehensweise im Streitfall geschlossen, zumal an den Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbillig hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Zwischen den Parteien ist es unstreitig, dass der Zeuge Dr. B vor dem Eingriff mit dem Kläger über Risiken der Operation gesprochen hat. Sind allgemeine Risiken wie die vom Kläger erinnerte Blutung angesprochen worden, liegt es nahe, dass auch die für den Patienten wichtigeren speziellen Komplikationen und Folgen wie die regelhaft eintretende retrograde Ejakulation erläutert worden sind. Dass der Zeuge Dr. B auf Nachfrage des Landgerichts von einer entsprechenden Aufklärung des Klägers selbst nicht völlig sicher überzeugt war, beruhte allein auf seiner mangelnden konkreten Erinnerung. Er hat demgegenüber bekundet, dass er sich an keinen Fall erinnere, in dem er nicht über die Auswirkungen der transurethralen Elektroresektion der Prostata (TURP) auf die Sexualität aufgeklärt habe. Ferner muss der Umstand, dass der Zeuge Dr. B die Folge der retrograden Ejakulation anders als die möglichen Komplikationen des Eingriffs im Aufklärungsbogen (Anlage K 7, im Anlagenheft) nicht abhakte, nicht darauf beruhen, dass dieser Gesichtspunkt seinerzeit unerörtert geblieben ist. Die unterschiedliche Vorgehensweise des Zeugen lässt sich schon dadurch erklären und verstehen, dass die retrograde Ejakulation im Aufklärungsbogen nicht unter dem Gliederungspunkt "Ist mit Komplikationen zu rechnen?", sondern unter einem eigenständigen Punkt "Wird die Sexualität beeinträchtigt" erläutert worden ist.

Soweit der Kläger eine Aufklärung über die Auswirkungen des Eingriffs auf die Sexualität und über die regelhaft eintretende Folge einer transurethralen Ejakulation in der Anhörung in Abrede gestellt hat, hat

das Landgericht schlüssig darauf verwiesen, dass der Kläger auch im Übrigen eine unvollständige Erinnerung an die aufgeklärten Risiken hatte, die er bis auf dasjenige einer Blutung nicht mehr kannte. Dies lässt ohne weiteres die Möglichkeit offen, dass dem Kläger weitere Risiken einschließlich desjenigen einer retrograden Ejakulation erläutert worden sind, er diese aber nicht oder nicht ausreichend zur Kenntnis genommen, sie wieder vergessen oder nach nicht vollständig erfolgreicher Operation verdrängt hat. Auch der Umstand, dass der Kläger nach der Operation gegenüber dem Zeugen Dr. U, wie dieser bekundet hat, mit hohem Leidensdruck von der nunmehr vorliegenden retrograden Ejakulation sprach, muss deshalb nicht darauf beruhen, dass die Folge im Aufklärungsgespräch unerwähnt blieb und sie deshalb dem Kläger unbekannt war. Hinzu kommt, dass auch der ordnungsgemäß aufgeklärte Patient nach dem Eintritt einer regelhaften Operationsfolge oder einer Komplikation einem hohen Leidensdruck ausgesetzt sein kann.
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.

145. OLG Koblenz, Beschluss vom 16.04.2014 – 5 U 1392/13 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Gynäkologen vor Entfernung der Gebärmutter einer 48-Jährigen nach jahrelanger erfolgloser konservativer Therapie

Leitsatz

Durch Statistiken, Leitlinien und sonstige medizinische Fachliteratur, die zu Einzelaspekten eines sehr komplexen und jahrelang persistierenden Beschwerdebildes eine konservative Therapie favorisieren, lässt sich der auf einer wertenden Gesamtschau der konkreten Krankengeschichte einschließlich der aktuellen Befunde beruhende Rat eines Gynäkologen zur Gebärmutterentfernung nicht falsifizieren, wenn der Eingriff nach sachverständiger Einschätzung zwar nicht unausweichlich, aber naheliegend und daher empfehlenswert war.

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 30.10.2013 wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der durch Leistung einer Sicherheit von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, es sei denn die Beklagten leisten entsprechende Sicherheit.
4. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 81.927,41 €.

Gründe

I.
Seine Absicht, die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, hat der Senat im Beschluss vom 14.03.2014 wie folgt erläutert:
„1. Die 1959 geborene Klägerin nimmt die beklagten Ärzte wegen einer am 15.02.2007 vom Erstbeklagten vorgenommenen Gebärmutterentfernung auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch. Daneben möchte sie festgestellt haben, dass die Beklagten verpflichtet sind, auch entsprechende Zukunftsschäden zu ersetzen.
Die Zweitbeklagte (Assistenzärztin) soll wegen vermeintlicher Versäumnisse bei dem am 14.02.2007 geführten Aufklärungsgespräch haften.
Die Klägerin trägt vor, der Eingriff sei nach unzureichender Aufklärung über Behandlungsalternativen ohne hinreichende Indikation und zudem behandlungsfehlerhaft durchgeführt worden. Sie sieht sich eingriffsbedingt dauerhaft geschädigt, insbesondere durch eine Harninkontinenz.
Die Beklagten sind dem entgegengetreten.
2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes ebenso Bezug genommen wird wie auf die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze, hat die Klägerin und die Zweitbeklagte nach § 141 ZPO angehört und Sachverständigenbeweis erhoben. Sein schriftliches Gutachten hat der Gynäkologe Prof. Dr. R. in der Schlussverhandlung des Landgerichts mündlich erläutert. Hiernach hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Eingriff sei indiziert gewesen und sachgemäß durchgeführt worden. Auch die Aufklärung sei nicht zu beanstanden.
3. Mit der Berufung hält die Klägerin an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 29.01.2014, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 429 - 452 GA).
Die Beklagten verteidigen die Entscheidung des Landgerichts. Auf die Berufungserwiderung vom 11.03.2014 wird wegen der Details Bezug genommen (Bl. 459 - 487 GA).

4. Das Rechtsmittel ist ohne Aussicht auf Erfolg. Zu Recht und mit einer außerordentlich sorgfältigen und eingehenden Begründung, auf die statt Wiederholung verwiesen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Was die Berufung dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Im Einzelnen:
a. Nach dem bindenden Tatbestand des angefochtenen Urteils war die Zweitbeklagte (Assistenzärztin) in das Behandlungsgeschehen lediglich am 14. 2. 2007 insofern eingebunden, als sie die Eingangsanamnese erhob und später - nach der vom Erstbeklagten vorgenommenen Untersuchung - die Klägerin über die Operationsrisiken aufklärte.
Was die Klägerin der Zweitbeklagten insoweit als haftungsrelevant anlastet, erschließt sich dem Senat nicht. Ein Behandlungsvertrag bestand nur mit dem Erstbeklagten. Erwägt man Versäumnisse oder Fehler bei der Erstanamnese, ist deren Einfluss auf das weitere Behandlungsgeschehen nicht zu ersehen; entscheidend war die nachfolgend vom Erstbeklagten selbst vorgenommene Befunderhebung und Beratung.
Die Risikoaufklärung der Klägerin, die der Erstbeklagte sodann der Zweitbeklagten als seiner Erfüllungsgehilfin überließ (§ 278 BGB) überließ, war nicht zu beanstanden.
Mithin ist die gegen die Zweitbeklagte gerichtete Klage schon mangels vertraglicher oder deliktischer Anspruchsgrundlage zu Recht abgewiesen worden.
b. Im Übrigen tragen die vom Landgericht angestellten Erwägungen die Klageabweisung hinsichtlich beider Beklagten.
aa. Anknüpfend an die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen ist das Landgericht zu Recht dessen Einschätzung gefolgt, dass einzelne, nicht zwingend einen operativen Eingriff indizierende Vorbefunde in ihrer Gesamtschau sehr wohl eine Operationsindikation ergeben können.
Indem die Berufung einzelne dieser Vorbefunde herausgreift und darzulegen versucht, sie hätten nicht bzw. nicht aktuell vorgelegen oder indizierten isoliert betrachtet keine Entfernung der Gebärmutter, geht sie an der vom Sachverständigen in den Blick gerückten und allein maßgeblichen Gesamtschau der gesichert vorliegenden Vorbefunde vorbei.
Soweit die Berufung darauf hinweist, eine Endometriose habe Anfang 2007 nicht vorgelegen und sei im Übrigen keine Operationsindikation, geht das einerseits am Streitstoff vorbei und stützt sich andererseits auf Erkenntnisse, die nicht zu berücksichtigen sind.
aaa. Denn der gerichtliche Sachverständige hat sehr wohl gesehen und gewürdigt, dass die Cytoskopie am 15.02.2007 keinen Anhalt für eine Endometriose ergeben hatte. Dementsprechend hat er einen Leitparameter für die operative Intervention darin gesehen, dass es bei der Klägerin 1999 bereits einmal zu einer Endometriose gekommen war (Anhörungsprotokoll Seite 2 - Bl. 321 GA).
bbb. Soweit die Klägerin beanstandet, nach den AWMF-Richtlinien sei eine Endometriose keine Operationsindikation, ist das schon deshalb nicht tragfähig, weil die vorgelegten Richtlinien erst im Jahr 2010 veröffentlicht wurden und demzufolge den Beklagten 2007 nicht bekannt sein konnten.
Daneben kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, welche rechtliche Bedeutung derartigen Richtlinien zukommt, die sich im Übrigen auch in der von der Klägerin vorgelegten Fassung 2010 nicht über die vom gerichtlichen Sachverständigen zu Recht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellte Gesamtschau aller Befunde verhalten.
bb. Soweit die Berufung in diesem Zusammenhang beanstandet, das Landgericht habe den schriftlichen Ausführungen des von ihr konsultierten Privatsachverständigen nicht die gebotene Beachtung geschenkt und diesen verfahrensfehlerhaft nicht als sachverständigen Zeugen befragt, liegen die behaupteten Verfahrensfehler nicht vor.
Die schriftlichen Ausführungen des Privatsachverständigen waren Prof. Dr. R. bekannt. Sie sind von ihm geprüft und bei der mündlichen Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen erörtert worden. Dabei hat die anwaltlich vertretene Klägerin ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 11. 9. 2013, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 320 - 335 GA), von ihrem auf die abweichende Fachmeinung des Privatsachverständigen gestützten Fragerecht eingehend Gebrauch gemacht.
Dass gleichwohl keine durchgreifenden Zweifel an der Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen verblieben sind, begründet keinen Verfahrensfehler.
Anders als die Berufung meint, ist der ZPO eine Zeugenbefragung eines Privatsachverständigen fremd. Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass sich eine vermeintlich überlegene Fachkompetenz schwerlich aus dem vom Privatsachverständigen selbst verfassten Lebenslauf erschließt.
cc. Die Berufung wiederholt, der Einsatz eines Uterusmanipulators sei zwingender Operationsstandard, von dem der Erstbeklagte abgewichen sei.
Auch das ist nicht stichhaltig. Welche der zahlreichen Operationsinstrumente ein Arzt bei einem bestimmten Eingriff benötigt, hängt ganz entscheidend von der persönlichen Erfahrung und dem Geschick des Operateurs ab. Dass vor diesem Hintergrund der Erstbeklagte hier gehalten war, einen Uterusmanipulator zu benutzen, erschließt sich angesichts der vom gerichtlichen Sachverständigen vermittelten Erkenntnisse nicht. Außerdem ist nicht zu ersehen, dass das konkrete Operationsergebnis bei Einsatz eines Manipulators ein anderes gewesen wäre.

dd. Auch der Rüge, die gewählte Operationsmethode sei falsch gewesen, ist das Landgericht nachgegangen. Der gerichtliche Sachverständige hat dazu alles Erforderliche gesagt; darauf wird verwiesen.
Seine Einschätzung steht in Einklang mit den Erkenntnissen, die der Senat in anderen Verfahren gewonnen hat. Danach ist die vaginale Gebärmutterentfernung deutlich risikobehafteter, wenn bei der Patientin in der Vergangenheit ein „Kaiserschnitt“ vorgenommen werde. Vor diesem Hintergrund liegt die Bemerkung des Privatsachverständigen, der Erstbeklagte sei derart vorgegangen, weil er die vaginale Hysterektomie nicht beherrsche, neben der Sache. Dass die Stellungnahme des Chefarztes der Universitätsfrauenklinik G. den Stand der medizinischen Wissenschaft Anfang 2007 widerspiegelt und die allein maßgebliche damalige Befundlage der Klägerin berücksichtigt, ist nicht zu ersehen.
Die Berufung geht daran vorbei, dass die vermeintlich abweichende medizinische Fachliteratur sich zu dem konkreten, sehr komplexen Befundbild der Klägerin zu Beginn des Jahres 2007 nicht geäußert hat und es nicht angängig ist, statt der gebotenen wertenden Gesamtschau der konkreten Vorgeschichte und der aktuellen Befunde die Behandlung einer Patientin an vermeintlich einschlägigen Fachpublikationen und Statistiken auszurichten, die nicht selten durch Statistiken mit gegenläufigen Erkenntnissen widerlegbar sind. Vieles ist nämlich auch in der Gynäkologie nach wie vor umstritten, so dass sich nahezu jede Fachmeinung scheinbar dadurch falsifizieren lässt, dass man auf eine gegenläufige Publikation verweist. Dass der Erstbeklagte hier eine gut vertretbare Operationsmethode gewählt hat und andere Methoden keine signifikant besseren Chancen oder geringere Risiken boten, steht auch für den Senat außer Zweifel.
ee. Die Beklagten haften auch nicht wegen Aufklärungsversäumnissen. Dass bei der Klägerin Anfang12.2006 Unterleibsbeschwerden bestanden, die sie veranlassten, den Rat ihrer Gynäkologin zu suchen, ergibt sich aus dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils, der für den Senat bindend ist. Ebenso ist unstreitig, dass erhebliche, beim weiteren Behandlungskonzept zu beachtende Vorbefunde bestanden. Die von der Berufung wiederholte Behauptung, der Klägerin sei die Operation unzutreffend als unausweichlich dargestellt worden, überzeugt den Senat nicht. Im schriftlichen Aufklärungsbogen, der von der Klägerin unterzeichnet wurde, heißt es unter anderem:
„Auf die bei Ihnen speziell vorliegende Erkrankung, die Notwendigkeit der Operation oder gegebenenfalls auf die Behandlungsalternativen (z.B. spezielle Medikamente beispielsweise Hormone) und ihre Vor - und Nachteile wird ihr Arzt im Aufklärungsgespräch näher eingehen“
Angesichts des in Fettdruck hervorgehobenen Wortes „Behandlungsalternativen“, versehen mit dem Hinweis auf eine Hormonbehandlung, hält der Senat das Vorbringen der beweisbelasteten Behandlungsseite für plausibel, dass der Eingriff der Klägerin nicht als unausweichlich dargestellt wurde.“
II.
Dem tritt die Klägerin durch Schriftsatz vom 14.04.2014, auf den wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 498 - 504 GA), mit der Behauptung entgegen, der Senat unterstelle zu Gunsten der beweisbelasteten Ärzte eine Aufklärung über die Alternative einer konservativen Behandlung, die von der Beklagtenseite gar nicht dargelegt, geschweige denn bewiesen sei. Auch setze sich der Senat mit der angekündigten Entscheidung in Widerspruch zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.01.1997 - VI ZR 30/96.
Beides trifft nicht zu:
1. Die Klägerin befand sich im Jahr 2006 und Anfang 2007 am Ende eines langen und dauerhaft frustranen Versuchs, die Beschwerden durch eine konservative Behandlung zu beheben, zumindest aber auf ein erträgliches Maß zu lindern. Das entnimmt der Senat den Behandlungsunterlagen der Gynäkologin Dr. Wagner. Unter dem 1. 12. 2006 notierte sie, dass die Klägerin über Schmerzen klagte. Weiter ist in den Krankenunterlagen unter demselben Datum festgehalten:
„Gesp. über Procedere, möchte bei persist. auff Pap evtl HE - Operationsmöglichkeiten besp - erstmal abwarten“ (Hervorhebung durch den Senat)
Das verdeutlicht, dass die Gynäkologin eine abwartende Haltung unter Weiterführung der seinerzeit zur Verfügung stehenden konservativen Therapie riet.
Bereits unter dem 12. 12. 2006 ist dann aber notiert:
„Info VS Abstrich, Pat. wünscht Hysterektomie“
Schon das indiziert, dass die Klägerin seinerzeit die Möglichkeiten der konservativen Therapie für ausgeschöpft hielt.
All das mündete bei dem Untersuchungstermin vom 6.02.2007 in ein „ausführliches Gespräch über HE“ (= Gebärmutterentfernung).
Der Senat hat bedacht, dass die anschließende Überweisung zur Operation sich an den Ehemann der Gynäkologin, den Erstbeklagten, richtete. Dieser Umstand bedarf einer besonders kritischen Würdigung angesichts der Erkenntnis, dass ärztliches Handeln sich heute gelegentlich nicht am Patienteninteresse und den medizinischen Notwendigkeiten, sondern an wirtschaftlichen Überlegungen orientiert.
Gleichwohl hegt der Senat angesichts der Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen jedoch keinen Zweifel, dass der Eingriff indiziert war.
Der Berufung ist allerdings zuzugeben, dass der Erstbeklagte die primär von seiner Ehefrau gestellte und auch von der Patientin gesehene Operationsindikation eigenverantwortlich prüfen und die Klägerin bei

entsprechender Indikationslage über die Möglichkeit der Weiterführung der konservativen Therapie aufklären musste.
Das haben das Landgericht und der erkennendes Senat bei seinem Hinweis vom 14.03.2014 aber nicht übersehen. Die Berufungserwiderung (Seite 26 - Bl. 484 GA) weist zutreffend darauf hin, dass das Landgericht dazu alles Erforderliche gesagt hat und sich dafür in sachgemäßer Würdigung des Beweisergebnisses auf die Erkenntnisse stützen konnte, die der gerichtliche Sachverständige vermittelt hat.
Richtig ist allerdings der Hinweis der Berufung, dass nach dem Prozessvortrag der Beklagten nicht davon ausgegangen werden kann, dass bei dem mündlichen Aufklärungsgespräch die Chancen einer Weiterführung der konservativen Behandlung angesprochen wurden.
Mit dem insoweit missverständlichen Hinweis vom 14.03.2014 sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass der Klägerin nicht darin gefolgt werden kann, die Möglichkeit einer Weiterführung der konservativen Behandlung sei ihr völlig verborgen geblieben.
Das ändert aber nichts daran, dass es sich nach den langjährig persistierenden gynäkologischen Beschwerden nicht mehr um eine ernsthaft in Betracht kommende Behandlungsalternative handelte.
2. Damit unterscheidet sich der Streitstoff des vorliegenden Falls in entscheidungserheblicher Weise von dem Sachverhalt, der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.01.1997 - VI ZR 30/96 zugrunde lag. Das hat bereits das Landgericht zutreffend aufgezeigt (Seiten 14/15 UA). Darauf wird verwiesen.
Dass die Klägerin sich heute durch die Operationsfolgen, insbesondere die Harninkontinenz, gravierender beeinträchtigt sieht, ist nachvollziehbar.
Auch der Senat hält diesen Befund für außerordentlich bedauerlich. Indes ist ärztliches Handeln nie mit einer Erfolgsgarantie versehen und im Fall der Klägerin hat sich leider ein eingriffsspezifisches Risiko verwirklicht.
3. Das Rechtsmittel musste nach alledem mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO durch Beschluss zurückgewiesen werden, weil auch die ergänzende Stellungnahme nicht aufzeigt, dass eine mündliche Verhandlung zu einem Erkenntnisgewinn führen könnte.

146. BGH, Urteil vom 15.04.2014 – VI ZR 382/12 – * Krankenhaushaftung wegen Geburtsschäden: Beweiswert von Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände für die Bestimmung des medizinischen Standards bei der Versorgung einer Frau mit Hochrisikoschwangerschaft

Leitsatz

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. 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.
Anschluss OLG Koblenz, 4.11.2014, Az: 5 U 869/14

Tenor

Die Revision der Beklagten zu 2 als Streithelferin der Klägerin gegen das Teilurteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 12.07.2012 wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Revisionsverfahrens und der Nebenintervention trägt die Beklagte zu 2.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.
Die Mutter der Klägerin wurde am 22.06.1995 in der 27. Schwangerschaftswoche wegen vorzeitiger Wehen und einer Cervixinsuffizienz in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus aufgenommen. Ihr wurden Bettruhe und wehenhemmende Medikamente (Partusisten) verordnet. Nachdem am 27.06.1995 der Muttermund bereits 3 cm geöffnet und die Fruchtblase prolabiert war, unternahmen die Ärzte der Beklagten zu 1 am 28.06.1995 den Versuch, den Muttermund operativ zu verschließen. Hierbei kam es zu einer erheblichen Blutung bei der Mutter und zum vorzeitigen Blasensprung, weshalb beschlossen wurde, eine Notsectio durchzuführen. Da es sich um eine Zwillingsschwangerschaft handelte, wurden zwei Neonatologen aus dem von der Beklagten zu 2 betriebenen Klinikum angefordert, die um 12.50 Uhr eintrafen. Die Klägerin wurde um 12.59 Uhr als zweites Zwillingsmädchen mit einem Gewicht von 920 Gramm und einer Größe von 38 cm geboren. Als sie vom Operationstisch zum Reanimationsplatz getragen wurde, tropfte aus dem sie umhüllenden Tuch Blut. Bei der weiteren Behandlung und Untersuchung wurde ein Einriss der Nabelschnur zwischen dem Körper der Klägerin und der Nabelklemme festgestellt. Es wurden eine zweite Nabelklemme zwischen dem Nabel und dem Einriss gesetzt und 17 ml Erythrozyten-Konzentrat verabreicht. Um 13.45 Uhr wurde die Klägerin in das von der Beklagten zu 2 getragene

Klinikum transportiert, wo sie insgesamt weitere 25 ml Erythrozyten-Konzentrat erhielt. Die Klägerin leidet u.a. an einer spastischen Tetraparese und an einer fokalen Epilepsie.
Das Landgericht hat die auf Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung der Ersatzverpflichtung der Beklagten gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht mit Grund- und Teilurteil vom 18.12.2008 dem Feststellungsantrag gegen beide Beklagten entsprochen und den Leistungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dieses Urteil ist hinsichtlich der Beklagten zu 2 rechtskräftig. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zu 1 hat der erkennende Senat das Grund- und Teilurteil mit Beschluss vom 30.11.2010 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 1 erkannt worden ist, und hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Mit Teilurteil vom 12.07.2012 hat das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil in Bezug auf die Beklagte zu 1 zurückgewiesen. Die Beklagte zu 2 ist daraufhin dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin als Nebenintervenientin beigetreten. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision begehrt sie die Verurteilung der Beklagten zu 1.

Entscheidungsgründe

A.
Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 keine Schadensersatzansprüche zu. Es sei insbesondere nicht behandlungsfehlerhaft gewesen, die Mutter der Klägerin in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus der Grundversorgung aufzunehmen und zu behandeln. Es sei nicht festzustellen, dass es im Behandlungszeitpunkt bereits einen medizinischen Standard gegeben habe, der die Verlegung von Risikoschwangeren in ein Perinatalzentrum gefordert habe. Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. sei es im06.1995 noch nicht medizinischer Konsens gewesen, dass eine Frau, bei der eine Hochrisikoschwangerschaft festgestellt worden sei, vor der Geburt möglichst in ein Perinatalzentrum verlegt werden müsse. Es habe seinerzeit noch keine widerspruchsfreien Aussagen und Empfehlungen gegeben. Aus der Präambel der kurz nach der Behandlung der Mutter der Klägerin im11.1995 veröffentlichten Leitlinien der einschlägigen geburtsmedizinischen Fachgesellschaft, der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (nachfolgend: DGGG), gehe klar hervor, dass die Konsensbildung noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Vielmehr sei der Diskussionsprozess in der medizinischen Fachwelt jedenfalls im Jahr 1995 noch so in Gang gewesen, dass von der DGGG eine Leitlinie veröffentlicht worden sei, die es dem betroffenen Krankenhaus in eigener Sachprüfung erlaubt habe, zu beurteilen, ob eine Empfehlung zur Aufnahme in ein Perinatalzentrum ausgesprochen werden müsse oder nicht. Die Beklagte zu 1 habe auch über die nötigen personellen und apparativen Möglichkeiten verfügt, um die Mutter der Klägerin sachgerecht zu behandeln. Das Krankenhaus der Beklagten zu 1 sei personell hinreichend besetzt gewesen, da bei der Geburt ein geburtshilflicher Facharzt, zwei Neonatologen und ein Anästhesist zugegen gewesen seien. Darüber hinaus seien alle dem damaligen ärztlichen und organisatorischen Standard entsprechenden Maßnahmen ergriffen worden, die auch in einer Einrichtung der Maximalversorgung ergriffen worden wären, um den speziellen Risiken des vorliegenden Geburtsfalles Rechnung zu tragen.
Soweit der Sachverständige Prof. Dr. F. im Gegensatz zu dem Sachverständigen Prof. Dr. T. eine Verlegung von Hochrisiko-Schwangeren in Perinatalzentren bereits für das Jahr 1995 gefordert habe, fehle es an einer hinreichend nachvollziehbaren Grundlage. Der Beschluss des Vorstandes DGGG vom06.1991 enthalte bloße Empfehlungen, die sich noch nicht zum Standard herausgebildet hätten. Die erstmals am 1.09.1996 erstellte Leitlinie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin "Antepartaler Transport von Risiko-Schwangeren" könne den medizinischen Standard für die mehr als ein Jahr zurückliegende Behandlung nicht indizieren. Soweit die Leitlinie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin "Aufgaben des Neugeborenen-Notarztdienstes" vom 8.12.1993 eine obligate Aufklärung der Risiko-Schwangeren über die Notwendigkeit einer pränatalen Verlegung formuliere, stehe die Leitlinie jedenfalls im Widerspruch zu der 1995 veröffentlichten Leitlinie der DGGG. Schließlich belege der Umstand, dass die Sachverständigen Prof. Dr. F., Prof. Dr. V. (Schlichtungsgutachter) und Prof. Dr. P. (Privatgutachter) einerseits und die Sachverständigen Prof. Dr. T., Prof. Dr. W. (Schlichtungsgutachter) und Prof. Dr. J. andererseits unterschiedliche Auffassungen vertreten hätten, dass sich im Jahre 1995 noch kein entsprechender Standard etabliert habe.
Jedenfalls gebe es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein etwaiger Behandlungsfehler als schlechterdings unverständlich und damit grob qualifiziert werden könne. Da nicht feststellbar sei, worauf die Schädigung der Klägerin letztlich zurückzuführen sei - ihre Schädigung könne auch allein auf ihre Frühgeburtlichkeit als solche zurückzuführen sein -, scheide eine Haftung der Beklagten zu 1 unter dem Gesichtspunkt des Übernahmeverschuldens aus.
Gleiches gelte für den Vorwurf eines fehlerhaften Umgangs mit der Nabelklemme. Zwar habe bei der Klägerin an der Nabelschnur eine durch eine Nabelklemme verursachte Verletzung vorgelegen. Die Nabelklemme sei auch durch einen Mitarbeiter der Beklagten zu 1 gesetzt worden. Es könne aber nicht festgestellt werden, dass die Verletzung durch einen groben Behandlungsfehler verursacht worden sei. Es sei nicht ausgeschlossen, dass die Nabelklemme zunächst ordnungsgemäß gesetzt worden und erst anschließend - z.B. durch das Einschlagen des Kindes in Tücher, seine Übergabe oder das insgesamt

damit verbundene Hantieren mit ihm - aus ihrer Grundstellung gebracht worden oder unter Zug geraten sei. Ein solcher Ablauf sei nicht als grob fehlerhaft zu bewerten. Angesichts der besonderen Verletzlichkeit der Nabelschnur eines geringgewichtigen Frühgeborenen und der Eilbedürftigkeit der Versorgung handle es sich um ein Szenario im Grenzbereich zwischen Verwirklichung behandlungsspezifischer Risiken und einem Behandlungsfehler.

B.

I.

Die von der Beklagten zu 2 als Streithelferin der Klägerin eingelegte Revision ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte zu 2 dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin in den Vorinstanzen nicht beigetreten war und die Klägerin selbst keine Revision eingelegt hat. Denn nach § 66 Abs. 2 ZPO kann die Nebenintervention in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels, erfolgen. Die Beklagte zu 2 hat mit - innerhalb der für die Klägerin laufenden Revisionsfrist eingegangenen - Schriftsätzen vom 27. und 30.08.2012 den Beitritt auf Seiten der Klägerin erklärt und Revision eingelegt. Die Revision ist auch nicht deshalb unzulässig, weil die Beklagte zu 2 durch die Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage nicht selbst beschwert ist. Das Rechtsmittel eines Streithelfers ist nämlich stets ein Rechtsmittel für die Hauptpartei; für die Beurteilung, ob die zu erreichende Rechtsmittelsumme und die erforderliche Beschwer gegeben sind, kommt es allein auf sie an (vgl. Senatsurteil vom 9.03.1993 - VI ZR 249/92, VersR 1993, 625, 626; BGH, Urteile vom 15.06.1989 - VII ZR 227/88, VersR 1989, 932; vom 16.01.1997 - I ZR 208/94, VersR 1997, 1020 Rn. 19 f.).

II.

Die Revision ist aber nicht begründet. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 keine Schadensersatzansprüche aus §§ 611, 278, 823 Abs. 1, § 831 Abs. 1 Satz 1, § 847 BGB a.F. wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung zustehen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, den Ärzten der Beklagten zu 1 sei nicht deshalb ein Behandlungsfehler vorzuwerfen, weil sie die Mutter der Klägerin in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus der Grundversorgung aufgenommen und behandelt haben, statt ihr die Aufnahme in einem Perinatalzentrum nahezulegen.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Übernahme der Behandlung der Mutter der Klägerin nur dann als Behandlungsfehler qualifiziert werden kann, wenn sie dem im Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standard zuwiderlief (vgl. Senatsurteile vom 8.07.2003 - VI ZR 304/02, VersR 2003, 1256; vom 21.12.2010 - VI ZR 284/09, BGHZ 188, 29 Rn. 9, 12). 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 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 22.09.1987 - VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24 f.; vom 29.11.1994 - VI ZR 189/93, VersR 1995, 659, 660 mwN; vom 16.03.1999 - VI ZR 34/98, VersR 1999, 716, 718; vom 16.05.2000 - VI ZR 321/98, BGHZ 144, 296, 305 f.; Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Auflage, Kap. X Rn. 6; Wenzel/Müller, Der Arzthaftungsprozess, Rn. 1426 ff.; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 157 ff., 174; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, B Rn. 2 ff.; Dressler, FS Geiß, S. 379 f., jeweils mwN).

b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, nach dem im Zeitpunkt der Behandlung im06.1995 bestehenden medizinischen Standard sei es geboten gewesen, der Mutter der Klägerin die Aufnahme in einem Perinatalzentrum nahezulegen bzw. sie in ein solches Zentrum zu verlegen.

aa) Die Ermittlung des Standards ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der sich dabei auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch einen Sachverständigen aus dem betroffenen medizinischen Fachgebiet stützen muss. Das Ergebnis dieser 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, Urteil vom 27.03.2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 17 ff.; Beschlüsse vom 16.10.2007 - VI ZR 229/06, VersR 2008, 221 Rn. 13; vom 28.03.2008 - VI ZR 57/07, GesR 2008, 361). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor.

bb) Das Berufungsgericht ist nach Einholung von Gutachten der geburtsmedizinischen Sachverständigen Prof. Dr. F. und Prof. Dr. T. und - teils mehrfacher - Anhörung dieser Sachverständigen sowie der pädiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. J., Prof. Dr. V. (Schlichtungsgutachter) und Prof. Dr. P. (Privatgutachter) auf der Grundlage einer umfassenden Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis gekommen, es könne nicht festgestellt werden, dass es im Behandlungszeitpunkt bereits einen medizinischen Standard gegeben habe, der die Verlegung von Risikoschwangeren in ein Perinatalzentrum gefordert habe. Es konnte

sich bei dieser Beurteilung in vollem Umfang auf die Angaben des geburtsmedizinischen Sachverständigen Prof. Dr. T. stützen. Dieser hat im Rahmen seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 7.06.2012 ausgeführt, es habe in der Zeit von 1989 bis 1995 einen Diskussionsprozess über die Zentralisierung von Risikogeburten gegeben, der noch nicht zu einem festen Ergebnis geführt habe. Es habe zwar - vor allem von Seiten der Neonatologen - vernünftige Argumente für die Zentralisierung von Risikogeburten gegeben, nicht hingegen eine Evidenz durch Zahlen. Die Fachwelt im hier maßgeblichen Fachbereich der Gynäkologen und geburtshilflichen Ärzte sei im Zeitraum bis 1995 einschließlich noch nicht einheitlich überzeugt gewesen. Dies werde u.a. durch die seitens der DGGG als der maßgeblichen Vertreterin für die Leitlinienbildung im11.1995 veröffentlichten "Mindestanforderungen an prozessuale, strukturelle und organisatorische Voraussetzungen für geburtshilfliche Abteilungen" belegt. Darin sei eine Empfehlung, Risiko-Schwangerschaften auf keinen Fall in Kliniken der Grundversorgung aufzunehmen, gerade nicht ausgesprochen worden. Ziffer 3.4.2 empfehle die Regionalisierung von Hochrisikofällen vielmehr nur für solche, deren Bewältigung offenbar und voraussehbar die personellen und organisatorischen Möglichkeiten des Krankenhauses übersteige. Auch der Einleitung der "Mindestanforderungen" - Stand12.2011 - sei zu entnehmen, dass erst viel später das zum Standard geworden sei, was 1995 gefordert worden sei. Denn danach hätten die "Mindestanforderungen" von 1995 dazu beigetragen, das Niveau der klinischen geburtshilflichen Versorgung zu verbessern, und definierten den heute gebotenen Standard der Versorgung. Die Forderungen im Beschluss des Vorstandes der DGGG von06.1991 seien als Vorstufe zu den Leitlinien zu sehen, die sich noch nicht als Standard durchgesetzt hätten, sondern zur Verbesserung des Standards für die Zukunft erhoben worden seien. Die Umsetzung dieser Forderungen sei zum damaligen Zeitpunkt in Deutschland gar nicht möglich gewesen, weil die dafür erforderlichen Strukturen noch nicht vorhanden gewesen seien. Was die Fachgesellschaften anderer Fachbereiche gefordert hätten, könne nicht standardbildend für die hier zu entscheidende Frage sein.

cc) Die gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

(1) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe den Charakter von Leitlinien verkannt und deshalb Handlungsanweisungen in Quellen aus der Zeit nach der Behandlung rechtsfehlerhaft keine Bedeutung beigemessen.

(a) Entgegen der Auffassung der Revision fassen Leitlinien nicht nur das zusammen, was bereits zuvor medizinischer Standard war. 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. 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 (vgl. zum Ganzen: Senat, Urteil vom 15.02.2000 - VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1, 9; Beschlüsse vom 28.03.2008 - VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; vom 7.02.2011 - VI ZR 269/09, VersR 2011, 1202; Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, aaO Rn. 9 f.; ders., LMK 2012, 327738; Hart in Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper, HK-AKM, KZA 530, Rn. 5, 16 ff. [Stand:02.2011]; Wenzel/Müller, aaO Rn. 1483 ff.; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 157 ff., 174; Geiß/Greiner, aaO, B Rn. 2 ff.; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 89; Glanzmann in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, § 287 ZPO Rn. 25; Dressler, FS Geiß, S. 379, 380 f.; Stöhr, FS Hirsch, S. 431 ff.; Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., B 41 ff., 72, jeweils mwN).

Entsprechendes gilt für Handlungsanweisungen in klinischen Leitfäden oder Lehrbüchern. Entgegen der Auffassung der Revision geben auch sie nicht stets einen bereits zuvor bestehenden medizinischen Standard wieder.

(b) Vor diesem Hintergrund ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht weder die am 1.09.1996 erstellte Leitlinie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin "Antepartaler Transport von Risiko-Schwangeren" noch die vom Sachverständigen Prof. Dr. F. vorgelegten Lehrbuchauszüge aus dem Jahr 1997 als geeignet angesehen hat, um dessen Angaben zum Bestehen eines entsprechenden Standards bereits im06.1995 maßgeblich zu stützen.

(2) Ohne Erfolg rügt die Revision als willkürlich, dass das Berufungsgericht den Angaben des Sachverständigen Professor Dr. F. nicht im Hinblick auf die Leitlinie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin "Aufgaben des Neugeborenen-Notarztdienstes" vom 8.12.1993 den Vorzug gegenüber den Angaben des Prof. Dr. T gegeben hat. Zwar bestimmt Ziffer 3 dieser Leitlinie, dass Schwangere mit hohen Risiken über die Möglichkeit und Notwendigkeit einer präpartalen Verlegung aufzuklären sind; dabei sind als Beispiel für eine Hochrisikoschwangerschaft insbesondere Wehen vor der 33. Woche aufgeführt. Die Frage, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann, bestimmt sich indes aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachgebiets und nicht derjenigen anderer Fachbereiche (vgl. Senatsurteile vom 22.09.1987 - VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24 f.; vom 29.11.1994 - VI ZR 189/93, VersR 1995, 659, 660 mwN; vom 16.03.1999 - VI ZR 34/98, VersR 1999, 716, 718; vom 16.05.2000 - VI ZR 321/98,

BGHZ 144, 296, 305 f.). Die Ärzte der Beklagten zu 1 waren nicht als Neonatologen, sondern im Fachbereich Gynäkologie und Geburtshilfe tätig. Die in diesem Fachgebiet zuständige Fachgesellschaft, die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe, hatte aber im11.1995 und damit kurz nach der Geburt der Klägerin mit der Leitlinie "Mindestanforderungen an prozessuale, strukturelle und organisatorische Voraussetzungen für geburtshilfliche Abteilungen" Handlungsanweisungen herausgegeben, die inhaltlich hinter den Forderungen der Leitlinie "Aufgaben des Neugeborenen-Notarztdienstes" zurückblieben und die dem betroffenen Krankenhaus die Beurteilung überließen, ob eine Verlegung der Schwangeren in ein Perinatalzentrum erfolgen musste. Gemäß Ziffer 3.4.2 war die geburtshilfliche Abteilung zur Regionalisierung nur solcher Hochrisikofälle verpflichtet, deren Bewältigung offenbar und voraussehbar die personellen und organisatorischen Möglichkeiten des Krankenhauses überstieg. Unter anderem aus dieser Leitlinie 1995 sowie aus der Einleitung ihrer Neufassung, Stand 2011, hat der Sachverständige Professor Dr. T. abgeleitet, dass im Zeitpunkt der Behandlung im06.1995 im maßgeblichen Fachbereich der Gynäkologie und Geburtshilfe noch nicht der erforderliche Konsens bestanden habe, dass Hochrisiko-Schwangeren vor der Geburt die Aufnahme in einem Perinatalzentrum nahezulegen war bzw. sie in ein solches Zentrum zu verlegen waren. Dabei hat der Sachverständige ausdrücklich auch den Beschluss des Vorstands der DGGG von06.1991 in seine Erwägungen miteinbezogen, in dem empfohlen wird, innerhalb der drei Ebenen der Krankenhausversorgung - Grundversorgung, Schwerpunktkrankenhaus und Krankenhaus in der Maximalversorgung - stärker als bisher eine graduelle und dem Bedarf angepasste Verschiebung von Risikofällen in die nächst höhere Versorgungsstufe vorzunehmen und entsprechend den Mutterschaftsrichtlinien auch in Verdachtsfällen ein Perinatalzentrum zu konsultieren. Er hat den Beschluss als fordernde Vorstufe zu den Leitlinien mit Empfehlungscharakter qualifiziert; die darin ausgesprochenen Empfehlungen hätten sich noch nicht als Standard durchgesetzt, sondern der Verbesserung des Standards für die Zukunft gedient. Bei dieser Sachlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass sich das Berufungsgericht von der Existenz eines entsprechenden medizinischen Standards im Jahr 1995 nicht überzeugt hat. Soweit die Revision geltend macht, es habe von Seiten der Fachgesellschaften und Mediziner bei Vorliegen einer Risikoschwangerschaft schon 1995 offensichtlich kein Zweifel an dem Erfordernis der Aufnahme in einem Krankenhaus der Maximalversorgung bzw. in einem Perinatalzentrum bestanden, versucht sie lediglich in unzulässiger Weise, die tatrichterliche Würdigung durch ihre eigene zu ersetzen.

(3) Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Mutter der Klägerin habe nicht deshalb in ein Perinatalzentrum verlegt werden müssen, weil die Beklagte zu 1 nicht über die personellen und apparativen Möglichkeiten zur Betreuung von Risikogeburten verfügt habe. Ihre Rüge, die personellen Voraussetzungen seien nicht gegeben gewesen, weil die Neonatologen nicht "bereitgestanden", sondern erst hätten herbeigerufen werden müssen, ist nicht begründet. Entscheidend ist, dass die Möglichkeit bestand, das Geburtshelferteam rechtzeitig durch das Hinzuziehen von Neonatologen zu verstärken. Dies war der Fall. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts waren bei der Geburt der Klägerin zwei Neonatologen zugegen.

Soweit die Revision geltend macht, in einer Einrichtung der Maximalversorgung sei von einer anderen Arbeits- und Vorgehensweise als in einem Krankenhaus der Grundversorgung auszugehen, übersieht sie, dass der Sachverständige Prof. Dr. T. in seinem schriftlichen Gutachten die bei der Mutter der Klägerin ergriffenen Behandlungsmaßnahmen im Einzelnen untersucht, mit der hypothetischen Behandlung in einer Einrichtung der Maximalversorgung verglichen hat und zu dem Schluss gekommen ist, dass alle dem damaligen ärztlichen und organisatorischen Standard entsprechenden Maßnahmen ergriffen worden sind, die auch in einer Einrichtung der Maximalversorgung durchgeführt worden wären, um den speziellen Risiken des vorliegenden Geburtsfalles Rechnung zu tragen. Insoweit erhebt die Revision keine Beanstandungen.

Auch der Umstand, dass im Krankenhaus der Beklagten zu 1 ein Blutdruckmessgerät für die nichtinvasive Blutdruckmessung bei Säuglingen nicht zur Verfügung stand, stellt die tatrichterliche Würdigung nicht in Frage. Sie wird von den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. im Rahmen seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 7.06.2012 getragen, wonach im Streitfall in Bezug auf die technische Ausstattung und die räumliche Situation keine wesentlich andere Situation bestanden habe, als wenn die Mutter der Klägerin in der von der Beklagten zu 2 betriebenen Geburtsklinik der Maximalversorgung aufgenommen worden wäre. Dass eine präpartale Verlegung der Mutter der Klägerin in ein Perinatalzentrum nur wegen des Nichtvorhandenseins eines Blutdruckmessgeräts für die nichtinvasive Blutdruckmessung medizinisch nicht geboten war, wird auch durch die - von der Revision herangezogenen und der (rechtskräftigen) Verurteilung der Beklagten zu 2 zugrunde liegenden - Angaben des pädiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. B. bestätigt. Dieser gab nämlich nicht nur an, dass ein entsprechendes Blutdruckmessgerät nicht zur Verfügung stand. Vielmehr führte er auch aus, dass die Höhe des Blutverlustes der Klägerin durch andere Maßnahmen im Krankenhaus der Beklagten zu 1 hätte festgestellt werden können. Insbesondere habe die Hämoglobinkonzentration durch einen zentralen Zugang bestimmt oder der Blutdruck durch Dekonnektion des Nabelvenenkatheters geschätzt werden können. Darüber hinaus habe der Volu-

menmangel auch durch eine Femoralispulsmessung und die Beobachtung der Kapillarfüllungszeit festgestellt werden können. Gestützt auf diese Beurteilung hat das Berufungsgericht das Unterlassen dieser Maßnahmen durch die hinzugezogenen Neonatologen als - teilweise grob - behandlungsfehlerhaft angesehen und die Haftung der Beklagten zu 2 bejaht.
(4) Die Tatsache, dass in den dem Senatsurteil vom 14.12.1993 (VI ZR 67/93, VersR 1994, 480) und dem Urteil des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 16.05.1994 (7 U 211/91) zugrunde liegenden Fällen die Nichtverlegung einer Risiko-Schwangeren in ein Perinatalzentrum von den Sachverständigen als behandlungsfehlerhaft angesehen worden ist, musste das Berufungsgericht nicht zu einer anderen Beurteilung veranlassen. Denn diesen Fällen lagen jeweils anders gelagerte Sachverhalte zugrunde. Insbesondere waren - anders als im Streitfall - bei der Geburt jeweils keine Neonatologen zugegen.
(5) Die weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.
2. Die Revision rügt auch ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe die Verletzung der Nabelschnur der Klägerin, - soweit sie darauf zurückgeführt werden könne, dass die ordnungsgemäß gesetzte Nabelklemme durch die Ärzte der Beklagten zu 1 nachträglich aus ihrer Grundstellung gebracht worden sei, - zu Unrecht als nicht grob fehlerhaft bewertet. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht nicht verkannt, dass die Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler als grob oder nicht grob einzustufen ist, eine juristische Wertung ist, die dem Tatrichter und nicht dem Sachverständigen obliegt (vgl. Senatsurteil vom 25.10.2011 - VI ZR 139/10, VersR 2012, 362 Rn. 9 mwN). Es hat den Ausführungen des Sachverständigen lediglich nicht die erforderliche tatsächliche Grundlage entnommen, um das Behandlungsgeschehen als grob fehlerhaft zu qualifizieren. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nachdem das Berufungsgericht den Sachverständigen Prof. Dr. T. zur Schwere des Behandlungsfehlers in der mündlichen Verhandlung vom 7.06.2012 ausführlich angehört und dieser das nach dem Setzen der Nabelklemme liegende Behandlungsgeschehen im Grenzbereich zwischen Verwirklichung behandlungsspezifischer Risiken und einem Behandlungsfehler angesiedelt hatte, bestand entgegen der Auffassung der Revision auch kein Anlass, den Sachverständigen nochmals zu befragen.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.
Galke Wellner Diederichsen
Pauge von Pentz

147. OLG Köln, Beschluss vom 14.04.2014 – 5 U 117/13 – * Arzthaftung: Beweislast hinsichtlich der Unrichtigkeit einer Dokumentation

Orientierungssatz

1. Die Beweislast für eine unrichtige Dokumentation liegt beim Patienten.
2. Gibt es konkrete Zweifel, die es rechtfertigen, einem Zeugen keinen größeren Glauben zu schenken als der Dokumentation, hat der Patient den ihm obliegenden Beweis der Unrichtigkeit der Dokumentation nicht geführt.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 31.7.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 217/11 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Gründe

I.
Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil nach den gemäß § 529 Abs. 1 ZPO maßgeblichen Feststellungen dem Kläger keine Ansprüche aus der streitigen Behandlung gegen die Beklagten zustehen. Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 und 2 ZPO). Zu Recht und mit überzeugender Begründung, die der Senat sich zu Eigen macht, ist die Kammer davon ausgegangen, dass der Kläger seine von der Dokumentation des Beklagten abweichende Darstellung des Geschehens nicht hat beweisen können. Die Darstellung des Klägers widerspricht eindeutig der Dokumentation des Beklagten. Dieser hat unter dem 11.6.2010 festgehalten, dass "seit gestern" der Kläger den linken Fuß nicht hochheben könne. Es handelt sich um eine äußerlich unverdächtige Dokumentation. Der Inhalt ist plausibel und in sich stimmig sowie zu anderen Eintragungen passend. Der Angabe, seit gestern den Fuß nicht mehr heben zu können, folgt der Befund einer fraglichen Fußhebeschwäche ("allenfalls 4/5") und die Maßnahme, von einem neurologischen Facharzt eine neurologische Differenzialdiagnose zu erbitten. Die Eintragung fügt sich äußerlich wie inhaltlich bruchlos in die sonstigen vorherigen und nachfolgenden Eintragungen.

Einer solchen Dokumentation ist zunächst grundsätzlich Glauben zu schenken. Dem Patienten bleibt zwar die Möglichkeit, die Unrichtigkeit der Dokumentation geltend zu machen. Die Beweislast für eine unrichtige Dokumentation liegt dann allerdings bei ihm, er muss das Gericht von der Richtigkeit voll überzeugen, Zweifel gehen zu seinen Lasten. Die Kammer hat sich hier für den Senat in jeder Hinsicht nachvollziehbar und in den Entscheidungsgründen schlüssig begründet gehindert gesehen, allein aufgrund der Aussage der Zeugin E, die die Behauptung des Klägers bestätigt hat, wonach der Kläger am 31.5.2010 und an den beiden folgenden Behandlungsterminen über die von ihm behauptete Fußhebeschwäche informiert haben soll, von einer falschen Dokumentation des Beklagten auszugehen. Daran ist der Senat gebunden, denn Fehler in der Beweiswürdigung oder im zugrunde liegenden Verfahren sind nicht erkennbar. Vielmehr teilt der Senat in vollem Umfang die seitens der Kammer geäußerten Zweifel.
Schon die Darstellung des Klägers ist nicht widerspruchsfrei und wenig plausibel. Danach soll der Beklagte auf die mehrfach wiederholte Angabe (bei insgesamt fünf Behandlungsterminen!) nicht reagiert haben, er soll - wie der Kläger mutmaßt - ihm nicht richtig zugehört haben und erst am 21.6.2010 die Fußhebeschwäche zur Kenntnis genommen und dies ihn dann zur sofortigen Einweisung in das W Krankenhaus veranlasst haben (so seine Darstellung in der Klageschrift und ausdrücklich erneut im Rahmen seiner persönlichen Befragung durch die Kammer). Wieso der Beklagte allerdings dann schon unter dem 11.6.2010 die Fußhebeschwäche dokumentiert und eine - als solche nicht streitige - Überweisung zum Neurologen Dr. B veranlasst hat, wird vom Kläger nicht erklärt. Dies ist mit seiner Darstellung auch schlechthin unvereinbar. Der Kläger vermag auch keinen wirklich einleuchtenden Grund anzugeben, warum der Beklagte die Angabe einer Symptomatik schlicht ignoriert haben soll, die jedem orthopädischen Facharzt aus dem täglichen Praxisbetrieb gut vertraut und die in Verbindung mit starken Rückenschmerzen geradezu alarmierend ist - und dies nicht nur einmal, sondern bei jedem neuen Besuch.
Die Darstellung des Klägers (und die Aussage der Zeugin E) widerspricht ferner entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung des Klägers dem Inhalt der Dokumentation des MDK-Gutachters Dr. K vom 10.6.2010. Dieser hat im Zusammenhang mit einer eingehenden Untersuchung, die sich umfassend auf alle arbeitsunfähigkeitsbegründenden medizinischen Umstände bezog, als Diagnose festgehalten lediglich ein akutes LWS-Syndrom, nicht hingegen eine Fußheberparese. Er hat unter "AU-relevante Befunderhebungen" festgehalten: "flüssiges Gangbild, regelrechte Gegenpendelbewegung", nicht hingegen eine Fußhebeschwäche oder einen Steppergang. Er hat ferner festgehalten: "ein Zehenstand und ein Hackengang werden demonstriert", ferner: "seit dem 31.5. sind Rückenschmerzen mit arbeitsunfähigkeitsbegründend", nicht hingegen, dass es neurologische Auswirkungen mit Gehschwierigkeiten als arbeitsunfähigkeitsbegründenden Umstand gebe. Er hat schließlich insgesamt eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 20.6.2010 verneint.
Diese Feststellungen des MDK-Gutachters Dr. K sind nicht vereinbar mit einer seit dem 31.5.2010 beklagten Fußheberparese, und zwar in ihrer Gesamtheit, nicht nur im Hinblick auf die Frage, ob ein Hackengang bei einer tatsächlich bestehenden Parese schlechthin nicht demonstrierbar sei, wie der Beklagte behauptet und der Sachverständige Prof. Dr. N im Kern bestätigt hat. Ohne Bedeutung ist dabei, ob tatsächlich bei einer noch geringfügig erhaltenen Fähigkeit, den Fuß zu heben, die der Kläger zuletzt behauptet hat, anlässlich der Untersuchung bei Dr. K doch noch besessen zu haben, der Hackengang gleichwohl noch demonstrierbar ist. Maßgeblich ist, dass der Gutachter die Möglichkeit des Hackengangs einschränkungslos dokumentierte. Wäre dieser nur eingeschränkt und mit minimaler Fähigkeit, den Fuß zu heben, demonstrierbar gewesen, wäre zu erwarten, dass dies als der eigentliche Befund erhoben und festgehalten worden wäre. In diesem Sinne ist auch der Sachverständige Prof. Dr. N im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vor der Kammer zu verstehen. Maßgeblich ist für den Senat - ebenso wie für die Kammer - danach, dass der MDK-Gutachter ganz offensichtlich und eindeutig keine Fußheberparese festgestellt hat, obwohl er den Kläger umfassend zu untersuchen hatte und dabei ausdrücklich auch auf Besonderheiten des Gangbildes geachtet hat. Gänzlich unverständlich erscheint es dem Senat zudem, dass der Kläger, der in regelmäßiger, fast täglicher Behandlung beim Beklagten war und dort angeblich bei jedem Besuch auf seine Fußhebeschwäche hingewiesen haben will, dies ausgerechnet beim MDK-Gutachter nicht getan hat, wie er selbst einräumt. Seine diesbezügliche Erklärung, es sei dort vornehmlich um seine Schulterprobleme gegangen, ist unzutreffend und unplausibel. Dr. K hat sich keineswegs nur (auch nicht hauptsächlich) mit der Schulter befasst hat, wie eindeutig aus seiner Dokumentation hervorgeht. Zudem forderte die für die Zukunft des Klägers und seine wirtschaftliche Absicherung beträchtliche Bedeutung dieser Untersuchung einen Hinweis des Klägers auf die Fußhebeschwäche geradezu heraus. Ihn ausgerechnet hier zu "vergessen" oder nicht für relevant zu halten, ist nicht glaubhaft.
Die Darstellung des Klägers und die Aussage der Zeugin E werden auch nicht gestützt durch die Dokumentation des Dr. B und der radiologischen Praxis Dr. L pp. Wenn beide am 21.6.2010 auf eine "seit drei Wochen bestehende" Fußheberparese abstellen, so beruht dies allein auf den anamnestischen Angaben des Klägers, nicht aber auf objektiven Befunderhebungen. Einen zuverlässigen Rückschluss lässt dies schon nicht auf die Frage zu, ob der Kläger tatsächlich schon seit dem 31.5.2010 unter einer solchen Parese litt, schon gar nicht auf die rechtlich allein entscheidende Frage, ob der Kläger dies auch gegenüber dem Beklagten ab dem 31.5.2010 tatsächlich ausdrücklich angesprochen hat. Es ist ohne weiteres

denkbar, dass der Kläger, der nach der Dokumentation des Beklagten die Parese erstmals am 10.6.2010 beobachtet haben will, in der Zwischenzeit (immerhin elf Tage) zu dem Schluss gekommen ist, dass die Parese eigentlich schon früher aufgetreten sei, und dass er diese korrigierten Angaben dann erstmals gegenüber dem Neurologen und dem Radiologen machte. Es ist ferner denkbar (und nach den Erfahrungen des Senates auch ohne weiteres plausibel), dass sich die zeitliche Rückbesinnung des Klägers als nicht zuverlässig darstellt, was auch für die Zeugin gilt, weil erfahrungsgemäß die Erinnerung an Einzelheiten von mehreren aufeinanderfolgenden Gesprächen bei einem Arzt verschwimmt.
Im Hinblick auf die Angaben im Arztbrief der LVR-Klinik vom 24.6.2010 gelten diese Erwägungen entsprechend. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Angaben, ab wann die Parese beobachtet worden sei, auf den anamnestischen Angaben des Klägers beruhen und daher keine ausreichende Indizwirkung entfalten. Hier kommt aber hinzu, dass sich die Angaben der LVR-Klinik mindestens ebenso gut mit der Darstellung des Beklagten in Einklang bringen lassen wie mit der des Klägers. Die Rede ist dort von einer seit drei Wochen aufgetretenen Linksischialgie bei Z.n. BS-Operation 2003. Weiter heißt es: "Zusätzlich sei nach Nachlassen der Beinschmerzen eine Fußheberschwäche links aufgetreten". Das deutet darauf, dass der Kläger im Rahmen seiner anamnestischen Angaben selbst von einem zeitlich getrennten Auftreten von Ischialgie und Fußheberschwäche ausgegangen ist, nicht von einem zeitgleichen. Vor diesem Hintergrund kommt auch der Formulierung, dass "angesichts des dreiwöchigen Pareseverlaufs mit abnehmender Schmerzsymptomatik eine Erholung des Nerven nicht garantiert werden" könne, keine maßgebliche Bedeutung zu. Sie dient nur der Erläuterung, dass wegen des Zeitablaufs eine vollständige Remission nicht sicher sei, soll aber ersichtlich nicht den Beginn der Parese exakt datieren.
Zusammengefasst bedeutet all dies, dass es konkrete Zweifel gibt, die es rechtfertigen, der Zeugin E keinen größeren Glauben zu schenken als der Dokumentation des Beklagten. Damit aber ist der dem Kläger obliegende Beweis nicht geführt.
Zu Recht und mit überzeugender Begründung hat die Kammer das Vorliegen eines Behandlungsfehlers auf der Grundlage des Behandlungsgeschehens, wie es sich aus der Dokumentation des Beklagten ergibt, unter Rückgriff auf das Gutachten von Prof. Dr. N verneint. Dies greift der Kläger auch im Rahmen der Berufung nicht - oder jedenfalls nicht mit Substanz - an. Ins Leere geht insbesondere der Vorwurf, dass der Beklagte im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit die Überweisung in die Klinik zu spät veranlasst habe. Ausgehend vom 10.6.2010 als erstem Zeitpunkt des Auftretens der Parese und einem Zeitfenster von ein bis zwei Wochen (so der Sachverständige) war es am 11.6.2010 sachgerecht und ausreichend, zunächst eine weitere Abklärung durch einen Neurologen zu veranlassen. Der Beklagte durfte sich im Rahmen horizontaler Arbeitsteilung darauf verlassen, dass dieser eine etwa notwendige Einweisung in krankenhausärztliche Behandlung seinerseits veranlassen würde. Dass der Kläger den Neurologen erst elf Tage später konsultieren würde, war - auch vor dem Hintergrund der regelmäßigen Behandlungen bei dem Beklagten - nicht zu erwarten. Sachgerecht und beanstandungsfrei wiederum war die Reaktion sofortiger Einweisung als der Kläger sich am 21.6.29010 erstmals wieder bei dem Beklagten vorstellte.
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).

148. OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014 – I-26 U 6/13, 26 U 6/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung bei Geburtsschäden: Aufklärung der Kindesmutter über das erhöhte Wiederholungsrisiko einer Schulterdystokie; Schmerzensgeld für eine Armplexuslähmung

Leitsatz

Bei einer stattgehabten Schulterdystokie ist die Kindesmutter auf das erhöhte Wiederholungsrisiko einer Schulterdystokie hinzuweisen. Ist wegen des Wiederholungsrisikos vom Arzt zu einer Sectio zu raten und entscheidet sich die Schwangere gleichwohl gegen die Schnittentbindung, so muss die Beratung der Kindesmutter ausführlich sein. Der Inhalt dieses Aufklärungsgespräches ist zu dokumentieren. Für die Aufklärung ist allein das ärztliche Personal verantwortlich und nicht die Hebamme.

Orientierungssatz

Wurde durch das Unterlassen einer Schnittentbindung bei der vaginalen Geburt eine Plexuslähmung des Kindes verursacht, die zwar durch eine Operation verbessert werden konnte, blieb aber in gewissem Umfang ein Handikap zurück, weil das Kind seinen Arm nicht vollständig frei bewegen kann, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000 € angemessen, aber auch ausreichend, um sowohl die bereits erlittene Beeinträchtigung der Lebensqualität als auch zukünftige Beeinträchtigungen abzugelten.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 5.12.2012 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.
Die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 40.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich seit dem 30.05.2010 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) - 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen materiellen und, soweit nicht vorhersehbar, immateriellen Zukunftsschaden aus Anlass der am 2.04.2009 unter der Geburt erlittenen oberen Plexusparese rechts zu erstatten, soweit ein öffentlich-rechtlicher Forderungsübergang nicht stattfindet.
Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) trägt die Klägerin. Die weiteren Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 1/3 und die Beklagten zu 1) - 3) zu 2/3.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin macht Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche aufgrund vermeintlicher ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit ihrer Geburt geltend.
Die Klägerin ist das 2. Kind der am ..... geborenen Kindesmutter, wobei das erste Kind ebenfalls in der Klinik der Beklagten zu 1 geboren wurde. Insoweit ergab sich aus den Behandlungsunterlagen, dass zu Beginn der Geburt eine Schulterdystokie vorgelegen hat.
Die Kindesmutter war am 26.01.2009 im Zusammenhang mit der Schwangerschaft der Klägerin im beklagten Krankenhaus. Dort fand ein Gespräch mit dem Oberarzt sowie der Hebamme statt, dem Zeugen Dr. D und der Zeugin G, dessen Inhalt umstritten ist.
Am 02.04.2009 begab sich die Kindesmutter in die stationäre Behandlung der beklagten Klinik. Die Klägerin wurde am selben Tag um 21.28 Uhr mit Hilfe der Beklagten zu 3, die als Oberärztin in der Klinik tätig ist, und der Beklagten zu 4, die als Hebamme tätig war, geboren, nachdem ein Wehentropf angelegt, ein Dammschnitt und ein dreimaliges McRoberts-Manöver sowie anschließend ein Rubin-Manöver durchgeführt worden waren. Der Bericht über die Entbindung enthält den Vermerk über eine Schonhaltung des rechten Arms. Im Rahmen der U2-Vorsorgeuntersuchung wurde am 05.04.2009 eine obere Plexuslähmung rechts festgestellt.
Die Klägerin hat mit der Begründung, dass ihre Mutter nicht ordnungsgemäß über das Risiko einer Schulterdystokie aufgeklärt worden sei, so dass sie sich nicht zu einer Sectio entschieden habe, die Beklagten für die Plexuslähmung verantwortlich gemacht. Zudem seien falsche Manualhilfen angewandt worden. Aus diesem Grund hat sie ein Schmerzensgeld von mindestens 50.000 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht bezüglich materieller und immaterieller Schäden begehrt.
Das Landgericht hat ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. U eingeholt und diesen zum Termin am 05.12.2012 geladen. Mit Schriftsatz vom 27.11.2012, eingegangen bei Gericht am 28.11.2012, hat die Klägerin die Klage auf den niedergelassenen Frauenarzt sowie den früheren Geburtshelfer der Schwester der Klägerin erweitert, weil der niedergelassene Frauenarzt sich nicht den früheren Mutterpass habe zeigen lassen, aus dem sich das Risiko einer Schulterdystokie habe entnehmen lassen, und der frühere Geburtshelfer in seinem Bericht an den damaligen niedergelassenen Gynäkologen die erschwerte Schulterentwicklung nicht erwähnt habe.
Das Landgericht hat den Rechtsstreit hinsichtlich der Klageerweiterung nach § 145 Abs. 1 ZPO abgetrennt, weil es sich um zeitlich frühere und andere Fehlervorwürfe handle und der restliche Rechtsstreit entscheidungsreif sei. Im Übrigen sei ein Anspruch nicht gegeben, weil Behandlungsfehler im Rahmen der Geburt nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht vorlägen und die Klägerin auch nicht nachweisen könne, dass ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf die von ihr behauptete fehlende Aufklärung zurückzuführen sei.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin.
Sie wendet sich in erster Linie gegen die erfolgte Abtrennung des Verfahrens. Diese hält sie für ermessensfehlerhaft, weil hier auch nach den Ausführungen des Landgerichts nur eine geringe Verzögerung des Rechtsstreits vorgelegen hätte und nicht in ausreichender Weise bedacht worden sei, dass nunmehr nochmals erhebliche Verfahrenskosten anfallen würden. Durch die Abtrennung würde auch nicht für eine besondere Ordnung des Prozessstoffes gesorgt, weil sich die erforderlichen Behandlungsunterlagen bereits in der Akte befinden würden. Auch der rechtliche Zusammenhang wegen des horizontalen arbeitsteiligen Verhältnisses zwischen Krankenhaus und niedergelassenem Gynäkologen sowie der Umstand, dass letztlich nur einmal der Schaden entstanden sei und geltend gemacht würde, spräche gegen eine Prozesstrennung.

Soweit das Landgericht auf den fehlenden Kausalitätsnachweis abgestellt habe, überspanne es die Anforderungen an die Beweisführung und setze sich zudem in Widerspruch zur obergerichtlichen Rechtsprechung. Insoweit habe das Landgericht auch nicht ausreichend berücksichtigt, dass ein Aufklärungsmangel vorgelegen habe. Es komme hinzu, dass die Beklagten auch die Beweisführung vereitelt hätten, weil sie nach der Geburt nicht sofort die Ursache der Plexuslähmung ermittelt hätten. Insoweit ergäbe sich aus den Ausführungen des Sachverständigen, dass man dies in den ersten Lebensstunden hätte feststellen können. Die Unterlassung stelle einen Befunderhebungsfehler dar.
Die Klägerin beantragt,
1. in erster Linie
das am 05.12.2012 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg zu I-5 O 17/10 aufzuheben und die Sache einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens an das Landgericht Arnsberg zurückzuverweisen;
2. hilfsweise
das am 05.12.2012 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg zu I-5 O 17/10 abzuändern und die Beklagten nach den Schlussanträgen der Klägerin in der ersten Instanz (Bl. 340 R d. A.) zu verurteilen;
3. äußerst hilfsweise
wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache die Revision zum Bundesgerichtshof zuzulassen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen das angefochtene Urteil und behaupten, dass die Kindesmutter trotz entsprechender Aufklärung über die Risiken einer Schulterdystokie anlässlich des Gesprächs am 26.01.2009 eine Sectio ausdrücklich verweigert habe.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz eingegangenen Schriftsätze verwiesen.
Der Senat hat die Eltern der Klägerin und den Sachverständigen nochmals angehört und den Oberarzt Dr. D sowie die Hebamme G zum Inhalt des Gesprächs vom 26.01.2009 vernommen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattervermerke vom 10.12.2013 und 11.04.2014 verwiesen.
II.
Die Berufung ist teilweise begründet.
Der Klägerin steht im zugesprochenen Umfang ein Anspruch gegenüber den Beklagten zu 1, 2 und 3 gemäß §§ 280 Abs. 1, 278, 823, 831, 31 BGB zu.
1. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Abtrennung des Verfahrens nicht ermessensfehlerhaft erfolgt. Zum einen ist die Klageerweiterung trotz Kenntnis der Problematik unverständlicherweise erst wenige Tage vor dem Verhandlungstermin eingereicht worden, zum anderen durfte das Landgericht dabei auch berücksichtigen, dass die Sache für die bisherigen Beklagten aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen, die vom Landgericht nachvollziehbar falsch aufgefasst worden waren, bereits entscheidungsreif war, so dass sie einen Anspruch darauf hatten, dass die Angelegenheit in ihrem Sinne entschieden wird. Gerade weil die Klageerweiterung erst so spät kam, durfte das Landgericht das Interesse der Beklagten an einer kurzfristigen Entscheidung höher einschätzen, als das Interesse der Klägerin Kosten zu sparen, zumal solche Kosten im Regelfall von einem Rechtsschutzversicherer und nicht von den Parteien selbst getragen werden.
Schon die Ausführungen des Sachverständigen im ersten Gutachten waren ein Hinweis darauf, dass möglicherweise der Mutterpass, den die Kindesmutter ja in den Händen hielt, keine ausreichenden Hinweise auf die Problematik bei der ersten Geburt enthielt. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte daher eine Klageerweiterung in Betracht gezogen werden müssen, wenn die Klägerin meinte, daraus berechtigterweise Ansprüche erheben zu können. Es hätte sich zumindest angeboten, im Rahmen der Stellungnahmefrist zum Ergänzungsgutachten auf eine mögliche Klageerweiterung hinzuweisen und eine entsprechende Fristverlängerung zu beantragen, um auch noch den erforderlichen Deckungsschutz einzuholen. Es ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, dass die Erweiterung erst wenige Tage vor dem Hauptverhandlungstermin eingereicht wurde.
2. Die Beklagten zu 1, 2 und 3 haften, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen ein Aufklärungsmangel vorliegt, der die Plexuslähmung verursacht hat. Dafür haben die behandelnde Ärzte einzustehen, für die die Beklagte zu 1 nach §§ 278, 31 BGB haftet.
Der Sachverständige hat angesichts der unstreitig den Beklagten vorliegenden Informationen über das Vorhandensein einer Schulterdystokie bei der älteren Schwester der Klägerin eine Aufklärungspflicht über die Möglichkeit einer Sectio gesehen. Dazu hat er ausgeführt, dass bei einer einmal vorhandenen Schulterdystokie das Risiko einer Wiederholung um 20% erhöht ist. In rund 15% der Fälle kommt es dann zu einer Schädigung. Aus diesem Grund hat er es für erforderlich gehalten, die Kindesmutter schon im Vorfeld über das vorhandene Risiko einer erneuten Schulterdystokie und die daraus resultierenden Folgen aufzuklären, die schlimmstenfalls bis zum Tod des Kindes gehen können, und das weitere Vorgehen zu

besprechen. Der Sachverständige selber hätte sehr ausführlich beraten und dies auch dokumentiert. Insbesondere hätte er in solch einem Fall zu einer Schnittentbindung geraten, zumal es hier auch noch die Problematik der Nabelschnurumschlingung gab, so dass die Sectio die einfachste Lösung gewesen wäre. Eine solche Aufklärung ist nicht erfolgt. Sie ergibt sich weder aus der Dokumentation über das Gespräch vom 26.01.2009, weil sie nach Angaben des Sachverständigen diesbezüglich unzureichend ist und nicht ergibt, dass überhaupt über das Risiko der Schulterdystokie gesprochen und deswegen zu einer Schnittentbindung geraten wurde, noch aus den Angaben der beiden Zeugen. Die Zeugin G konnte sich an das Gespräch mit der Kindesmutter gar nicht mehr erinnern und hat auch angegeben, dass sie bei dem ärztlichen Aufklärungsgespräch gar nicht zugegen war. Auch die Angaben des Zeugen Dr. D genügt den Anforderungen des Sachverständigen an den Umfang der Aufklärung nicht; denn der Zeuge hat angegeben, dass er die Risiken angesichts der doch unproblematischen ersten Geburt als nicht sehr hoch eingeschätzt habe und daher der Kindesmutter nicht zu einer Schnittentbindung geraten habe. Vor diesem Hintergrund kann auch keine Rede davon sein, dass die Kindesmutter trotz ordnungsgemäßer Aufklärung eine Schnittentbindung abgelehnt hat. Nach ihren Angaben ist vielmehr davon auszugehen, dass sie sich bei entsprechenden Hinweisen aufklärungskonform verhalten hätte. Dagegen spricht auch nicht, dass sie als Physiotherapeutin möglicherweise den Begriff einer "Schulterdystokie" kennt; denn dies bedeutet nicht, dass sie auch um die Wiederholungsgefahr und die bestehenden Risiken für das Kind wissen musste, die selbst der Zeuge Dr. D als Oberarzt als viel zu gering eingeschätzt hat.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat auch die fehlende Schnittentbindung hier die Plexuslähmung verursacht, was allerdings auf die missverständlichen Äußerungen des Sachverständigen in erster Instanz zurückzuführen ist. Insoweit hat er nämlich anlässlich seiner erneuten Anhörung ausgeführt, dass er lediglich hat deutlich machen wollen, dass es keinen Automatismus mehr dahingehend gibt, dass allein durch eine Schulterdystokie eine solche Lähmung herbeigeführt werden kann. Seiner Meinung nach gibt es hier aber keinen Anhaltspunkt dafür, dass die vorhandene Lähmung nicht auf die Schulterdystokie und den Lösungsvorgang zurückzuführen ist, zumal die Schonhaltung unmittelbar nach der Geburt vorlag.
Vor diesem Hintergrund hält der Senat ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000 EUR für angemessen, aber auch ausreichend, um die Beeinträchtigungen der Klägerin, die durch die schon erfolgte Operation verbessert werden konnten, entsprechend abzugelten. Dabei hat der Senat zudem berücksichtigt, dass die Klägerin nochmals operiert wird zum Zwecke einer Muskelverlagerung, und dass sie in einem gewissen Umfang gehandikapt ist, weil sie ihren Arm nicht vollständig frei bewegen kann, was bei einem Kind und später auch bei einer jungen Frau zu einer Beeinträchtigung der Lebensqualität führt.
Dieser Zahlungsanspruch ist gemäß §§ 288, 291 BGB zu verzinsen, weil eine frühere Inverzugsetzung nicht vorgetragen worden ist.
Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Feststellungsantrag begründet ist.
3. Hinsichtlich der Beklagten zu 4, die lediglich als Hebamme tätig war, ist ein Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet.
Insoweit hatte der Sachverständige bereits erstinstanzlich ausgeführt, dass die Geburt regelkonform verlaufen ist. Insoweit hatte er keine Anhaltspunkte dafür, dass die durchgeführten Manöver nicht korrekt verlaufen sind.
Soweit es um die fehlende Aufklärung über das Risiko einer Schulterdystokie und die daraus resultierenden Folgen geht, ist die Beklagte zu 4 nicht der richtige Ansprechpartner. Für die Aufklärung ist allein das ärztliche Personal verantwortlich und nicht die Hebamme.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 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.

149. OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014 – 26 U 166/13 – * Auftreten einer Infektion nach durchgeführter Punktion des Knies, Beweis bzgl. des Vorliegens eines Behandlungsfehlers

Orientierungssatz

Der Beweis eines Behandlungsfehlers wegen der nach Durchführung einer Punktion aufgetretenen Infektion ist nicht geführt, wenn sich die Notwendigkeit zur stationären Einweisung erst sieben Tage nach der Punktion ergeben hat und die entstandene Entzündung auch auf einer Bakteriämie oder darauf beruhen kann, dass sich bereits vorhandene Bakterien durch den vorherigen Sturz des Klägers auf das Knie durch eine Hautirritation in tiefere Schichten bewegt haben.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 12.09.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten der Berufungsinstanz.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).Ergänzend wird auf das Vorbringen der Parteien in den zweitinstanzlichen Schriftsätzen verwiesen.
Der Senat hat die Parteien sowie den Sachverständigen Dr. X nochmals angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 11.04.2014 verwiesen. Einzelheiten ergeben sich aus den nachfolgenden Ausführungen.
II.
Die Berufung ist nicht begründet.
Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht Ansprüche des Klägers gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 BGB verneint.
Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Beklagte einen Behandlungsfehler bei der Durchführung der Punktion gemacht hat, wofür der Sachverständige aber keinerlei Anhaltspunkte hatte, oder ob zumindest eine fehlerhafte Aufklärung wegen des unterlassenen Hinweises auf eine mögliche konservative Behandlung vorlag, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht in ausreichender Weise festgestellt werden kann, dass die aufgetretene Infektion auf die durchgeführte Punktion zurückzuführen ist. Er hat nämlich angegeben, dass es aufgrund des Umstandes, dass sich die Notwendigkeit zur stationären Einweisung erst sieben Tage nach der durchgeführten Punktion ergab, rein spekulativen Charakter hat, die entstandene Entzündung darauf zurückzuführen. Nach seiner Auffassung kann dies auch auf einer Bakteriämie beruhen, da schon eine entzündete Bursitis vorlag, oder auch auf den Umstand, dass sich vorhandene Bakterien durch den vorherigen Sturz des Klägers auf das Knie durch eine entstandene Hautirritation in tiefere Schichten bewegt haben. Insoweit wollte der Sachverständige keiner der denkbaren Varianten den Vorzug geben, so dass der Kläger den Kausalitätsnachweis nicht führen kann.
Der Kläger bleibt aber auch bei einer Aufklärungspflichtverletzung für die Kausalitätsfrage beweispflichtig (BGH VersR 1986, 183, 184; 1992, 238, 240).
Auch eine Beweiserleichterung infolge eines groben Behandlungsfehlers kommt nicht in Betracht. Wie ausgeführt, hatte der Sachverständige schon keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Denkbar wäre dies nur für den Fall gewesen, dass die Beklagte tatsächlich mehrfach mit derselben Nadel zugestochen hätte. Dafür liegen aber keinerlei Nachweise vor, zumal die Beklagte angegeben hat, lediglich einmal mit einer Kanüle zugestochen und darüber auch die weiteren Medikamente zugeführt zu haben, was nach Angaben des Sachverständigen korrekt war. Er selber hat die Darstellung des Klägers, wonach insgesamt viermal von zwei Seiten aus gespritzt worden sein soll, zudem für nicht nachvollziehbar gehalten. Es kommt hinzu, dass die Darstellung des Klägers auch gewechselt wurde. Zudem ist nicht verständlich, warum sich zwei angeblich vorhandene Heftpflaster durch ein Hosenbein teilweise abgelöst haben sollen, wenn die Beklagte das Knie zusätzlich noch mit einem Verband versorgt hatte.
Das Setzen der Spritze selbst, was im Fall einer Aufklärungspflichtverletzung dann als Folge allein übrig bleibt, hält der Senat im Hinblick auf ein Schmerzensgeld nicht für relevant.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.
Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 11, 713 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.

150. OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2014 – I-6 U 129/13, 6 U 129/13 – * Bankenhaftung bei Kapitalanlageberatung: Aufklärungsbedürftigkeit eines Anlegers vor einem Zertifikatserwerb trotz Aushändigung einer Informationsbroschüre; Entlastungsbeweis der Bank hinsichtlich der Ursächlichkeit eines Beratungsfehlers für die Kapitalanlageentscheidung; Reichweite der Informationspflichten der Bank

Leitsatz

1. Die Aufklärungsbedürftigkeit eines Anlegers wegen des mit einem Zertifikat verbundenen allgemeinen Emittentenrisikos entfällt nicht durch eine ihm zuvor ausgehändigte Broschüre „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“, wenn der Anlass für die Aushändigung der Broschüre allein der Umstand war, dass der Anleger ein Wertpapierdepot eröffnen wollte, da es dann für ihn keinen Grund gab, diese Broschüre gezielt auf rechtliche Hinweise für den Erwerb von Zertifikaten durchzulesen.

2. Wurde der Anleger bei dem Erwerb eines Zertifikats durch die anlageberatende Bank pflichtwidrig nicht über das mit dem Zertifikat einhergehende allgemeine Emittentenrisiko aufgeklärt, trägt aufgrund der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens die anlageberatende Bank die Beweislast dafür, dass dieser Beratungsfehler für die Anlageentscheidung nicht ursächlich geworden ist. Ein Indiz für die Widerlegung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens kann sein, dass sich der Anleger von einem anderen, ebenfalls dem allgemeinen Emittentenrisiko unterworfenen, jedoch gewinnbringenden Zertifikat nicht getrennt hat, nachdem er durch die Insolvenz der Emittentin des streitgegenständlichen Zertifikats leidvoll erfahren hatte, dass das mit Zertifikaten verbundene allgemeine Emittentenrisiko zum weitgehenden Verlust seines eingesetzten Kapitals führen kann.
3. Die anlageberatende Bank ist nur dazu verpflichtet, den Anleger über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände richtig und vollständig zu informieren. Wesentlich für die Anlageentscheidung sind jedoch nur die Chancen und Risiken derjenigen Anlageprodukte, auf die sich die Beratung bezieht. Demnach ist die anlageberatende Bank nicht verpflichtet, den Anleger über möglicherweise bessere Gewinnchancen zu unterrichten, die das empfohlene Zertifikat haben würde, wenn ihm ein anderer Basiswert zugrunde läge.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 27.08.2013 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
Das landgerichtliche Urteil und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagte als anlageberatende Bank wegen des Erwerbs von Zertifikaten verschiedener Emittenten auf Schadensersatz in Anspruch.
Der Kläger, ein Rentner und ehemaliger Müllwerker, eröffnete am 13.02.2006 ein Wertpapierdepot mit der Nr. ... bei der Beklagten. Hinsichtlich des von ihm an diesem Tage unterzeichneten Risikoprofils wird auf den Inhalt der Anlage B9 verwiesen. Im Rahmen der Depoteröffnung transferierte er verschiedene Wertpapiere auf das vorgenannte Depot, u.a. auch 10 Stücke des von der A. Bank PLC emittierten Zertifikats „A. Zertifikat“ (im Folgenden: „A. Zertifikat“) mit der WKN ... zu einem Kurswert pro Stück per 15.02.2006 von € 950,83 sowie 167 Stück des offenen Immobilienfonds B-Fonds zu einem Kurswert pro Stück per 15.02.2006 von € 56,61. Bei diesem am 02.09.2011 fälligen Zertifikat war eine Rückzahlung des Nominalwerts garantiert, während die Höhe der Verzinsung von der Wertentwicklung eines bestimmten Aktienkorbes abhing. Der Kläger überließ es seiner Ehefrau und Zeugin C., die Beratungsgespräche mit der Beklagten zu führen und die jeweilige Anlageentscheidung zu treffen. Er beschränkte sich darauf, die aufgrund dieser Gespräche auf seinen Namen vorbereiteten Unterlagen zu unterzeichnen. So führten die Zeugin C. und die seinerzeitige Mitarbeiterin der Beklagten und Zeugin D. am 09.07.2007 ein Gespräch, in dem ein Risikoprofil sowie diverse Order zu Umschichtung seiner Kapitalanlagen vorbereitet wurden, die der Kläger im Anschluss an das Gespräch zu Hause von seiner Ehefrau präsentiert bekam und unterschrieb. Nach dem von ihm am 09.07.2007 unterzeichneten Risikoprofil betrug an diesem Tag sein bei der Beklagten befindliches Vermögen insgesamt € 73.063,-. Wegen des übrigen Inhalts des Risikoprofils wird auf die Anlage B10 verwiesen. Mit gleichfalls von ihm am 09.07.2007 unterzeichneten Ordern verkaufte der Kläger die bis dahin in seinem Wertpapierdepot befindlichen 433,978 Stück H. - (WKN ...) und 343, 601 Stück I. (WKN ...). Den Verkaufserlös von € 37.400,- legte er bis zur Fälligkeit der Kaufpreise am 05.08.2007 für die nachfolgend genannten beiden Wertpapiere als Festgeld bei der Beklagten an. Des Weiteren unterzeichnete er die Order zum Kauf von 20 Stück des von der F-plc. emittierten „J. Zertifikats“ mit der WKN ..., das die Beklagte in die Risikoklasse „3“ einstufte und mit dem die Emittentin dem Anleger versprach, die Zeichnungssumme mit einer Verzinsung von 7,5 % p.a. zurückzuzahlen, sobald und sofern der Wert des Indexes Dow Jones EURO STOXX 50 an einem der fünf Feststellungstage während der gesamten fünfjährigen Laufzeit auf oder über von 90 % des Werts des Indexes Dow Jones EURO STOXX 50 am 31.07.2007 lag. Trat diese Bedingung nicht ein, schuldete die Emittentin die unverzinste Rückzahlung des vollen Nominalbetrags nur, wenn während der gesamten Laufzeit des Zertifikats der Indexes Dow Jones EURO STOXX 50 nur einen Verlust von weniger als 50 % erlitt. Andernfalls schuldete die Emittentin eine anteilige Rückzahlung des Nominalbetrags, die dem Verhältnis des Wertes des Indexes Dow Jones EURO STOXX 50 am Schlusstag, dem 31.07.2012, zu dem Wert am Anfangstag, dem 31.07.2007, entsprach. Unter dem 03.08.2007 stellte die Beklagte dem Kläger hierfür einen Gesamtkurswert von € 20.400,- in Rechnung. Ferner unterzeichnete der Kläger die Order zum Kauf von 10 Stück des von K-Bank emittierten und von der Garantin garantierten „G. Zertifikat“ mit der Wertpapierkennnummer ... Nach dem Zertifikat, das die Beklagte in die „Risikoklasse 3“ einstufte, war K-Bank verpflichtet, den Nominalbetrag zuzüglich jeweils € 130,- pro Jahr der Haltedauer zurückzuzahlen, wenn

an einem der fünf Beobachtungstage während der maximal fünfjährigen Laufzeit des Zertifikats die relative Wertentwicklung des Indexes DivDAX gegenüber der Wertentwicklung des Indexes DAX über einer Grenze lag, die für das erste Jahr auf - 3 % und für die folgenden Jahre auf - 6 %, - 9 %, - 12 % und - 15 % festgelegt war. Entsprach die relative Wertentwicklung des Indexes DivDAX gegenüber dem Index DAX an allen 5 Beobachtungstagen - 15 % oder war sie noch schlechter, schuldete K-Bank die Rückzahlung des Nominalbetrags nur abzüglich der Underperformance des Indexes DivDAX gegenüber dem Index DAX. Am 03.08.2007 rechnete die Beklagte dem Kläger diesen Wertpapiererwerb zu einem Gesamtkurswert von € 15.300,- ab.
Die Garantin beantragte am 15.09.2008 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Infolgedessen wurde auch über das Vermögen der K-Bank das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger erhielt aus den Insolvenzverfahren der K-Bank-Bankengruppe wegen des „G. Zertifikats“ am 14.05.2012 € 674,13, am 17.10.2012 € 465,91, am 22.04.2013 € 580,25, am 10.05.2013 € 2.190,45, am 17.10.2013 € 663,91 und am 30.10.2013 € 858,15 ausgezahlt. Das „J. Zertifikat“ wurde dem Kläger am 07.08.2012 entsprechend den Bedingungen des Zertifikats aufgrund der für ihn ungünstigen Entwicklung des Dow Jones EURO STOXX 50 nur mit einem Betrag von € 10.778,- zurückgezahlt.
Der Kläger hat behauptet, die Risikoprofile seien ohne Rücksprache mit ihm erstellt worden. Diese und die Order habe er in dem Glauben, es handele sich nur um einen formalen Akt, ungelesen unterschrieben. Die Produktinformationen (Anlage B4 und B5) seien nicht Gegenstand des Beratungsgesprächs am 09.07.2007 gewesen. Davon abgesehen sei die Produktinformation zu dem G. Zertifikat auch fehlerhaft (auf Bl. 148 ff GA wird verwiesen). Die Zeugin C. habe gegenüber der Zeugin D. erklärt, er suche eine substanzsichere Kapitalanlage und wolle in Festgeld oder etwas Vergleichbares investieren. Die Zeugin D. habe der Zeugin C. die streitgegenständlichen Zertifikate mit der Bemerkung empfohlen, das Kapital würde in jedem Fall erhalten bleiben, nur die Zinsen würden hoch oder runter gehen. Hätte die Zeugin D. die Funktionsweise und die Risiken der streitgegenständlichen Zertifikate und die damit einhergehenden Provisionen zutreffend erklärt, hätte er beide Zertifikate nie gezeichnet. Da das A. Zertifikat über einen Kapitalschutz verfüge, sei es mit den streitgegenständlichen Zertifikaten nicht vergleichbar.
Die Beklagte hat behauptet, dem Kläger bei der Eröffnung des Wertpapierdepots am 13.02.2006 die „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“ (im Folgenden: „Basisinformationen“ - Anlage B20) ausgehändigt zu haben.
Die Klage ist der Beklagten am 12.08.2010 zugestellt worden. Ergänzend wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils insoweit Bezug genommen, als diese den vorgenannten Feststellungen nicht widersprechen.
Das Landgericht hat die Klage, die ursprünglich auf die Zahlung von insgesamt € 35.700,- nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der streitgegenständlichen 15 Stücke des „G. Zertifikats“ und 20 Stücke des „J. Zertifikats“ gerichtet gewesen ist, abgewiesen und dem Kläger auch hinsichtlich des Teils des Rechtsstreits, den die Parteien wegen der von K-Bank bis zum 04.06.2013 geleisteten Zahlungen übereinstimmend für erledigt erklärt haben, die Kosten auferlegt. Der Kläger habe gegen die Beklagte wegen der streitgegenständlichen Beratung keinen Schadensersatzanspruch. Es sei nicht festzustellen, dass die Empfehlungen des „G. Zertifikats“ und des „J. Zertifikats“ nicht anlegergerecht gewesen seien. Die von ihm am 13.02.2006 und am 09.07.2007 unterzeichneten Risikoprofile, deren Inhalt er sich nach § 416 ZPO zurechnen lassen müsse, zeigten ihn als einen Anleger, der nicht gänzlich auf Sicherheit bedacht sei, sondern die Investition in Wertpapieren bis zur Risikoklasse „4“ ebenso für zulässig erachte, wie einen Risikoanteil in seinem Wertpapierdepot von zuletzt bis zu 55 %. Die von der Beklagten empfohlenen Wertpapiere gehörten nur der Risikoklasse „3“ an. Wäre er außerdem ausschließlich an einer sicheren Anlage interessiert gewesen, hätte er nicht nur einen Teilbetrag in Festgeld investieren können. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Kläger nicht objektgerecht beraten habe. Ausweislich des von ihm unterzeichneten Depoteröffnungsantrags vom 13.02.2006 habe er die „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“ ausgehändigt erhalten, in denen die Risiken und die Funktionsweisen von Zertifikaten erklärt seien. Zudem müsse der Kläger gegen sich gelten lassen, dass er in den von ihm unterzeichneten streitgegenständlichen Ordern vom 09.07.2007 jeweils bestätigt habe, über die Risiken und Funktionsweise der Zertifikate aufgeklärt worden zu sein. Schon aufgrund dieser Unterlagen sei davon auszugehen, dass die konkreten Produktinformationen [Anlagen B4 und B5] Gegenstand des Beratungsgesprächs gewesen seien und dem Kläger, vertreten durch die Zeugin C., die wesentlichen Aspekte der Zertifikate durch die Zeugin D. mündlich erläutert worden seien. Der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis, dass dem nicht so gewesen sei, nicht erbracht. Die Aussage der Tochter des Klägers, der Zeugin E. sei unergiebig gewesen, weil sie sich an das Gespräch vom 09.07.2007 nicht mehr habe erinnern können. Die Zeugin C. habe zwar bekundet, die Zeugin D. habe ihr den Substanzerhalt als sicher dargestellt und sie auf keinerlei Risiken hingewiesen. Es gebe aber keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussage der Aussage der Zeugin D. vorzugswürdig sei. Die Zeugin D. habe sich zwar wegen der Vielzahl der von ihr geführten Beratungsgespräche nicht mehr in allen Einzelheiten an das Gespräch vom 09.07.2007 erinnern können. Dies stehe aber der Annahme, dass sie die Zeugin C. so beraten habe wie üblich nicht entgegen. Nach der von der Zeugin D. detailliert

geschilderten üblichen Beratungspraxis wäre aber die Zeugin C. über die wesentlichen Aspekte der Funktionsweise und der Risiken aufgeklärt worden. Unerheblich sei, dass danach allerdings eine Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko unterblieben sei. Über dieses Risiko sei der Kläger bereits durch die „Basisinformationen“ hinlänglich aufgeklärt worden. Darüber hinaus habe der Kläger durch das „A. Zertifikat“ Kenntnis von dem mit einem Zertifikat verbundenen allgemeinen Emittentenrisiko gehabt, da die Aussage der Zeugin C., sie könne sich insoweit an keine Beratung erinnern, zu vage gewesen sei. Im Übrigen habe der Kläger auch nicht hinreichend dargetan, dass er im Falle einer Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko von dem Erwerb der Zertifikate Abstand genommen hätte, da im Sommer 2007 das Insolvenzrisiko von K-Bank gering gewesen sei. Dasselbe gelte für die F-plc., die laut Prospekt ein Rating von AAA zu erwarten gehabt habe. Zudem habe der Kläger bis heute das A. Zertifikat in seinem Depot gehalten, obwohl es auch ein Emittentenrisiko aufweise. Entgegen der Meinung des Klägers sei die Produktinformation des G. Zertifikats nicht zu beanstanden, wie u.a. der Senat durch Urteil vom 18.07.2013 - I-6 U 146/12 entschieden habe. Die Beklagte habe den Kläger auch nicht über den Empfang von Rückvergütungen aufklären müssen. Wie sich aus den Ordern vom 09.07.2007 und den Rechnungen vom 03.08.2007 ergebe, habe der Kläger mit der Beklagten Festpreisgeschäfte geschlossen, bei denen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Aufklärung über die Rückvergütung geschuldet sei. Letztlich könne es auch auf sich beruhen, ob die Parteien ein Kommissionsgeschäft geschlossen hätten, da sich die Abwicklung des Geschäfts für den Kläger wie ein Eigengeschäft der Beklagten dargestellt habe, weil diese von ihm weder eine Kommissionsgebühr noch sonstige Aufschläge verlangt habe. Da die Klage von Anfang an unbegründet gewesen sei, müsse der Kläger auch die Kosten tragen, soweit sie den erledigten Rechtsstreit beträfen.
Gegen diese rechtliche Würdigung richtet sich der Kläger mit dem Rechtsmittel der Berufung. Das Landgericht habe seinen erstinstanzlichen Vortrag zu weiten Teilen übergangen und auch die Beweisaufnahme falsch gewürdigt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Beratung der Beklagten nicht objektgerecht gewesen, weil die Zeugin D. nur über ein einziges und zudem unwesentliches Risiko aufgeklärt habe. Schon durch die Aussage der Zeugin D. sei der Vortrag der Beklagten widerlegt worden, da die Zeugin D. eingeräumt habe, weder bei dem „J. Zertifikat“ noch bei dem „G. Zertifikat“ mit Ausnahme des Totalverlusts auf deren Risiken noch auf die von der Beklagten vereinnahmten Zuwendungen hingewiesen zu haben. Zu Unrecht habe das Landgericht die danach fehlende Aufklärung der Zeugin D. über das Emittentenrisiko wegen der angeblichen Aushändigung der „Basisinformationen“ als unschädlich angesehen. Zum einen sei ein Anleger nicht verpflichtet, Broschüren auf Vorrat zu lesen. Zum anderen sei von ihm unter Beweis gestellt worden, dass ihm die „Basisinformationen“ nicht ausgehändigt worden seien. Es widerspreche auch der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, dass das Landgericht angenommen habe, er hätte sich durch einen Hinweis auf das Emittentenrisiko nicht abschrecken lassen. Da die Beklagte trotz ihrer Beweislast für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens keinen Beweis angeboten habe, sei entgegen der Feststellung des Landgerichts von einem kausalen Aufklärungsdefizit auszugehen. Auch habe sich das Landgericht mit keinem Wort mit den von ihm gerügten Fehlern der Produktinformation des „G. Zertifikats“ auseinandergesetzt. Zudem sei diese Produktinformation aus den von dem OLG Celle in seinem Urteil vom 15.05.2013 angeführten Gründen fehlerhaft. Abgesehen davon habe die Zeugin D. die Produktinformationen erst nach dem Beratungsgespräch und damit zu spät ausgehändigt. Des Weiteren habe das Landgericht seine Beweisangebote zum Nachweis dafür, dass es sich bei den streitgegenständlichen Ordern um Kommissionsgeschäfte gehandelt habe, übergangen. Die vom Landgericht getroffene Feststellung eines Festpreisgeschäfts sei daher nicht haltbar. Schließlich sei die Beratung der Beklagten auch unter Berücksichtigung des Risikoprofils vom 09.07.2007 nicht anlegergerecht gewesen, weil allein die auf S. 2 angegebene zukünftige Anlagestrategie maßgeblich sei und diese zeige mit + 0,70 % bis 15,45 % gerade keine Verlustrisiken auf.
Der Kläger hat den Rechtsstreit auch wegen der Zahlungen vom 17.10.2013 und vom 30.10.2013 teilweise für erledigt erklärt. Im Übrigen beantragt er abändernd die Beklagte zur verurteilen,
1. an ihn € 19.489,20,- zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.05.2009 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von folgenden Zertifikaten aus dem Depot-Nummer ... des Klägers an die Beklagte: 15 Stück L., WKN: ..., ... und
2. es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme der folgenden Zertifikate aus dem Depot-Nummer ... des Klägers in Verzug befindet: 15 Stück L., WKN: ..., ...
Die Beklagte hat sich der teilweisen Erledigungserklärung des Klägers angeschlossen. Im Übrigen beantragt sie,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, indem sie ihren erstinstanzlichen Vortrag weiter vertieft. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die der Zeugin C. am Ende des Beratungsgesprächs ausgehändigten Produktinformationen dem Kläger noch rechtzeitig übergeben worden seien, weil er nach seinem eigenen Vortrag die Order erst danach zu Hause unterzeichnet habe. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass sich die angebliche Nichtaufklärung über das Emittentenrisiko jedenfalls nicht kausal auf die streitgegenständlichen Anlageentscheidungen ausgewirkt habe, weil der Kläger durch das Halten

des „A. Zertifikat“ gezeigt habe, dass das Bestehen eines allgemeinen Emittentenrisikos mit seiner Anlagestrategie durchaus vereinbar sei. Die Produktinformation des „G. Zertifikats“ sei entgegen der Meinung des Klägers nicht fehlerhaft, weil der Anleger nur über die für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände aufgeklärt werden müsse. Entgegen der Meinung des OLG Celle sei es für die Anlageentscheidung irrelevant, ob sich ein von dem Zertifikat gar nicht in Bezug genommener Index besser oder schlechter entwickeln würde als der tatsächliche Basiswert. Schließlich interpretiere der Kläger das Risikoprofil fehl. Die auf S. 2 angegebene „historische 10-Jahres-Performance“ lasse gerade keine Rückschlüsse auf die Zukunft zu.
Ergänzend wird auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat den Parteien mit Beschluss vom 05.03.2014 ausführliche Hinweise zur Sach- und Rechtslage erteilt.
II.
Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht eine Schadensersatzhaftung der Beklagten ausgeschlossen. Ohne Erfolg greift die Berufung die rechtliche Würdigung des Landgerichts an, dass nicht festgestellt werden könne, dass die Beklagte ihre Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung durch die Empfehlung der streitgegenständlichen Zertifikate G. Zertifikat und J. Zertifikat verletzt hat (s. I.1.). Auch wenn die Berufung die Hauptbegründung des landgerichtlichen Urteils insoweit zu Recht angreift, als die Beklagte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ihre Verpflichtung zur objektgerechten Beratung hinsichtlich des allgemeinen Emittentenrisikos nicht erfüllt hat, führt dies letztlich nicht zu einem Erfolg der Berufung, weil für den Senat trotz seiner anderen Meinung zu der Beweislast wie für das Landgericht feststeht, dass diese Pflichtverletzung der Beklagten für die Anlageentscheidungen des Klägers nicht kausal geworden ist (s. I.2). Andere Verstöße der Beklagten gegen ihre Verpflichtung zur objektgerechten Beratung können entgegen der Meinung der Berufung nicht festgestellt werden (s. I.3.). Auch soweit das Landgericht die Beklagte nicht als verpflichtet angesehen hat, den Kläger ungefragt über etwaige Rückvergütungen aufzuklären, bleibt die Berufung ohne Erfolg (s. I.4.).
1. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Kläger nicht anlegergerecht beraten hat. Der Anlageberater ist dazu verpflichtet, das Anlageziel seines Kunden zu erforschen und unter Berücksichtigung dieses Anlageziels eine den persönlichen Verhältnissen entsprechende Anlageempfehlung abzugeben (z.B. BGH, Urteil vom 06.07.1993 - XI ZR 12/93, Rz. 17; Urteil vom 08.07.2010 - III ZR 249/09, Rz. 18). Die Beweislast für die angeblich nicht pflichtgemäße Anlageberatung des Klägers trägt dieser selbst. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden nur dadurch ausgeglichen, dass der Anspruchsgegner die vom Anspruchsteller zunächst nur pauschal behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll (s. hierzu a). Dem Anspruchsteller obliegt es dann jedoch gemäß §§ 138 Abs. 2 und 3 ZPO, sich zu dieser Gegendarstellung qualifiziert zu erklären und nachzuweisen, dass diese Gegendarstellung nicht zutrifft (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2006 - XI ZR 320/04, Rz. 15 - s. hierzu b).
a) Die Beklagte hat eine anlegergerechte Beratung des Klägers dargelegt.
aa) Der Senat hat bereits in anderer Sache entschieden, dass die von der Beklagten praktizierte Befragungstechnik, mit der sie das Risikoprofil des Anlegers ermittelt, nicht zu beanstanden ist (Urteil des Senats vom 16.12.2010 - I- 6 U 200/09). Anders als der Kläger meint, ist dieses Befragungsmuster nicht als irreführend anzusehen. Während die in dem Risikoprofil auf der ersten Seite und in der ersten Tabelle auf der zweiten Seite gestellten Fragen der Anleger selbst beantwortet, also auch die Frage nach der von ihm bevorzugten Rendite, wird in dem Risikoprofil auf der zweiten Seite unter der Überschrift „Ihre zukünftige Anlagestrategie“ das Beratungsergebnis der Beklagten dargestellt. Soweit dort die Beklagte eine Einschätzung unternimmt, die von der Renditeerwartung des Anlegers abweicht, ist das für den Anleger nicht irreführend, weil es in der Natur einer Beratung liegt, dass der Berater aufgrund seiner fachlichen Kenntnisse auch zu einem Ergebnis gelangen kann, dass von den nur laienhaft geäußerten Erwartungen des Kunden abweicht. Entgegen der Meinung des Klägers wird auch der Anleger nicht künstlich in Sicherheit gewogen, wenn die Beklagte zu einer Performanceeinschätzung kommt, die keinen Verlust ausweist. Wie sich schon aus der Überschrift ergibt, handelt es sich dabei um eine aufgrund von Daten aus der Vergangenheit ermittelte „historische“ 10-Jahres-Performance“. Es liegt daher auf der Hand, dass damit die Beklagte nicht die zuvor im Rahmen der Befragung gegebenen Hinweise auf Verlustszenarien relativieren will.
bb) Nach dem Vortrag der Beklagten hat die Zeugin D. die in dem Risikoprofil aufgelisteten Fragen an die den Kläger in dem Beratungsgespräch insoweit vertretende Zeugin C. gestellt und so die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die Risikoeinstellung, die Renditeerwartungen und die Vorerfahrungen des Klägers ermittelt und in dem dann von dem Kläger am 09.07.2007 unterschriebenen Risikoprofil dokumentiert. Ausgehend hiervon sei sie, so die Beklagte, zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger eine „ausgewogene“ Portfoliostrategie zu empfehlen sei, die einen maximalen Risikoanteil von 55 % und eine

maximale Risikoklasse von „4“ erlaube. Dieses Beratungsergebnis ist, wenn man die Richtigkeit des Beklagtenvortrags unterstellt, nicht zu beanstanden, weil dann die Zeugin C. durch die Antworten, die sie in Vertretung des Klägers der Beklagten auf die Fragen insbesondere nach seiner Risikoeinstellung gegeben haben soll, der Beklagten gezeigt hätte, dass der Kläger nur in der Tendenz ein sicherheitsorientierter Anleger ist, der zur Erzielung höherer Rendite jedoch auch bereit ist, höhere Risiken in Kauf zu nehmen.
cc) Die von der Beklagten ausgesprochenen Anlageempfehlungen haben sich auch an der von ihr empfohlenen Anlagestrategie orientiert. Es ist unstreitig, dass die beiden streitgegenständlichen Wertpapiere nur der Risikoklasse „3“ angehören und damit unterhalb der maximal zulässigen Risikoklasse „4“ geblieben sind. Ferner hat die Beklagte mit ihren Empfehlungen vom 09.07.2007 auch den Risikoanteil von 55 % beachtet, da mit den streitgegenständlichen Zertifikaten nur € 35.700,- des insgesamt € 73.063,- betragenden Vermögens, das der Kläger bei der Beklagten hielt, in entsprechenden Wertpapieren investiert gewesen sind. Die außerdem noch in seinem Wertpapierdepot befindlichen Wertpapiere, das „A. Zertifikat“ und die Anteile an dem Fonds „B-Fonds“, gehörten unstreitig nur der Risikoklasse „1“ an.
b) Der Kläger hat nicht bewiesen, dass der Vortrag der Beklagten zu der anlegergerechten Beratung nicht zutrifft.
aa) Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten insoweit in erheblicher Weise bestritten, als er behauptet hat, das Risikoprofil sei der Zeugin C. und damit auch ihm von der Zeugin D. „untergeschoben“ worden. Den entsprechend den obigen Ausführungen ohnehin beweisbelasteten Kläger trifft für dieses Bestreiten auch deshalb die Beweislast, weil er damit gemäß § 440 Abs. 2 ZPO zugleich nachweisen würde, dass die von ihm in dem Risikoprofil vom 09.07.2007 festgehaltenen und unterschriebenen Antworten zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, seiner Risikoeinstellung und zu seinen Renditeerwartungen unecht wären. Zwar haben sowohl seine Ehefrau und Zeugin C. als auch seine Tochter und Zeugin E. bekundet, die seinerzeitige Mitarbeiterin der Beklagten und Zeugin D. habe das schon vorformulierte Risikoprofil nur zur Unterschrift ausgehändigt, ohne es mit ihnen im Einzelnen zu besprechen. Dem steht jedoch die Aussage der Zeugin D. entgegen, dass sie die den Kläger vertretende Zeugin C. wie üblich beraten habe und dass sie üblicherweise zunächst die Antworten des Kunden zu den Fragen des Risikoprofils im Computer festhalte und danach anhand des Ausdrucks die festgehaltenen Antworten noch einmal im Einzelnen mit dem Kunden durchgehe. Der Senat ist nicht gemäß § 286 ZPO zu der Überzeugung gelangt, dass die Bekundungen der Zeuginnen C. und E. zutreffend und die diesbezügliche Aussage der Zeugin D. falsch ist. Einer entsprechenden Überzeugungskraft der Aussagen der Zeuginnen C. und E. steht schon entgegen, dass ihr Erinnerungsvermögen deutliche Schwächen gezeigt hat. So hat die Zeugin E. erklärt, an das Gespräch der Zeugin C. mit der Zeugin D. vom 09.07.2007 keine konkrete Erinnerung mehr zu haben. Die Zeugin C. hat zwar erklärt, sich noch an das Gespräch vom 09.07.2007 erinnern zu können. Der Senat kann jedoch nicht ausschließen, dass sie bei ihrer Schilderung des Gesprächs vom 09.07.2007 unbewusst Erinnerungsfehlern unterliegt. So hat sie erklärt, sich an das, vom Zeitpunkt ihrer Vernehmung im06.2013 aus betrachtet nicht wesentlich länger zurückliegende, Gespräch vom 13.02.2006 nicht mehr erinnern zu können. Ferner schließt sich der Senat der Beweiswürdigung des Landgerichts an, dass die Bekundungen der Zeugin C. deutlich interessengeleitet sind. Auf die entsprechenden Ausführungen des Landgerichts wird zunächst verwiesen (LGU, S. 15). Sie beziehen sich zwar auf andere Inhalte ihrer Aussage, gelten aber für ihre hier in Rede stehende Bekundung entsprechend. Ferner wird angemerkt, dass sich die Richtigkeit dieser Beweiswürdigung auch daran zeigt, dass die Zeugin C. hinsichtlich des Depotwechsels im Jahr 2006 bekundet hat, den Grund hierfür nicht mehr zu erinnern. Da sie jedoch nach ihrer eigenen Bekundung und der Bekundung der Zeugin E. schon immer die Geldgeschäfte ihres Ehemannes erledigt hat oder sich nach der Bekundung der Zeugin D. das Kapitalvermögen sogar vorher auf ihrem eigenen Konto befunden hat, ist es für den Senat schlicht nicht nachvollziehbar, dass sie die Details des Beratungsgesprächs vom 09.07.2007 noch in Erinnerung haben will, die grundlegende Entscheidung, das von ihr verwaltete Kapitalvermögen auf ein Depot des Klägers bei der Beklagten zu transferieren, jedoch nicht. Schließlich folgt der Senat auch der Beweiswürdigung des Landgerichts darin, dass die Aussage der Zeugin D. nachhaltig der Überzeugung entgegensteht, dass die Aussagen der Zeuginnen E. und C. richtig gewesen sind. Schon wegen der von der Zeugin D. offen eingeräumten Erinnerungslücken ist zwar der Senat genauso wie Landgericht auch nicht davon überzeugt, dass die Aussage der Zeugin D. in allen Punkten zwingend richtig ist. Dennoch kommt ihrer Aussage solches Gewicht zu, dass die ohnehin gegenüber den Aussagen der Zeugin C. und Zeugin E. bestehenden Zweifel weiter verstärkt werden. Der Senat hält es daher nicht für ausgeschlossen, dass die Zeugin D. die Zeugin C. so beraten hat, wie sie üblicherweise Kunden beraten hat. Ihre übliche Beratung hat sie so geschildert, dass sie dem Kunden die Fragen aus dem Risikoprofil vorgelesen, deren Antworten in dem Computer festgehalten und abschließend das so erstellte Risikoprofil noch einmal anhand eines Ausdrucks mit dem Kunden durchgesprochen hat. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugin D. bei der Darstellung ihres üblichen Beratungsvorgangs Erinnerungsfehlern erlegen ist oder diesen interessengefärbt beschönigt hätte. Gegen ersteres spricht schon die Detailgenauigkeit, mit der sie den üblichen Beratungsvorgang geschildert hat. Gegen letzteres spricht, dass sie unumwunden trotz ihres

Wissens um die Erheblichkeit dieser Frage für die Entscheidung des Rechtsstreits eingeräumt hat, die Zeugin C. nicht über das Emittentenrisiko aufgeklärt zu haben.
bb) Ferner hat der Kläger gegen den Vortrag der Beklagten zu der anlegergerechten Beratung eingewandt, die Zeugin C. habe der Zeugin D. erklärt, sie suche für den Kläger eine Kapitalanlage, bei der er nichts „an Substanz verlieren“ könne. Diese Bekundung wird durch die Aussage der Zeugin E. gestützt, indem sie bekundet hat, dass die Sicherheit der Kapitalanlage ihren Eltern wichtig gewesen sei. Auch die Zeugin D. hat dies zwar insoweit bestätigt, als sie erklärt hat, die Zeugin C. habe „eher konservativ“ anlegen wollen. Die Zeugin D. hat diese Bekundung aber entscheidend eingeschränkt, indem sie darauf hingewiesen hat, dass der Zeugin C. auch eine gewisse Rendite wichtig gewesen sei und sie deshalb gerade nicht erklärt habe, an einer „Sicherheit von 100% interessiert zu sein. Auch in diesem Punkt vermag sich der Senat nicht davon zu überzeugen, dass die Aussagen der Zeuginnen C. und E. vor der Aussage der Zeugin D. vorzugswürdig sind. Die obigen Ausführungen zu dem Beweiswert der drei Aussagen gelten hier entsprechend. Hinzu kommt, dass gegen die von der Zeugin C. bekundete Erklärung, sie suche für den Kläger eine Kapitalanlage, bei der er nichts „an Substanz verlieren“ könne, indiziell spricht, dass mit den in dem Risikoprofil dokumentierten Antworten zu der Risikoeinstellung und den Renditeerwartungen Erklärungen gegenüber der Beklagten abgegeben worden sind, die sich der Kläger gemäß § 416 ZPO zurechnen lassen muss, weil er nicht, wie oben ausgeführt worden ist, den ihm gemäß § 440 Abs. 2 ZPO obliegenden Beweis von deren Unechtheit erbracht hat, nach denen der Substanzerhalt gerade nicht das alleinige Anlagemotiv gewesen ist.
2. Zu Recht greift die Berufung die Hauptbegründung des Landgerichts insoweit an, als nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststeht, dass die Beklagte den Kläger hinsichtlich des allgemeinen Emittentenrisikos nicht objektgerecht beraten hat (s. a - d). Allerdings erweist sich die Hilfsbegründung des Landgerichts als zutreffend, dass sich dieser Beratungsfehler auf die Anlageentscheidung des Klägers nicht ursächlich ausgewirkt hat (s. e).
a) Der Anlageberater ist dazu verpflichtet, den Anleger über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände richtig und vollständig zu informieren (z.B. BGH, Urteil vom 25.09.2007 - XI ZR 320/06, Rz. 14). Dabei ist zwischen den allgemeinen Risiken (z.B. Konjunkturlage, Entwicklung des Börsenmarktes) und den speziellen Risiken zu unterscheiden, die sich aus den individuellen Gegebenheiten des Anlageobjekts (z.B. Kurs-, Zins- und Währungsrisiko) ergeben (BGH, Urteil vom 06.07.1993 - XI ZR 12/93, Rz. 18). Im Hinblick auf Indexzertifikate, die strukturierte Finanzprodukte in der Form einer Inhaberschuldverschreibung sind, die den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines Geldbetrags verbriefen, dessen Höhe vom Stand der zugrunde gelegten Basiswerte (sog. Underlyings) abhängt, gehört es zur vollständigen Risikodarstellung dazu, dem Anleger zu erklären, dass er nicht nur das Marktrisiko in Bezug auf den zugrunde gelegten Basiswert, sondern darüber hinaus auch das Bonitätsrisiko des Emittenten trägt (BGH, Urteil vom 27.09.2011 - XI ZR 182/10, Rz. 26). Das streitgegenständliche „G. Zertifikat“ gehört zu dieser Anlageform, da sich die Emittentin K-Bank gegenüber dem jeweiligen Inhaber des Zertifikats verpflichtet hat, den Nennbetrag in einer Höhe zurückzuzahlen, der von der relativen Kursentwicklung des Indexes DivDAX zu dem Index DAX abhing. Auch das „J. Zertifikat“ ist ein solches Indexzertifikat, weil sich die Emittentin F-plc. damit gegenüber dem Inhaber verpflichtet hat, den Nennbetrag in einer Höhe zurückzuzahlen, der von der Kursentwicklung des Indexes Dow Jones EURO STOXX 50 abhing.
b) Die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe ihn anlässlich der streitgegenständlichen Anlagegeschäfte nicht mündlich auf das mit Zertifikaten verbundene allgemeine Emittentenrisiko hingewiesen, steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als zutreffend fest. Während die Zeuginnen E. und C. erklärt haben, die Zeugin D. habe keine Risikohinweise gegeben, hat die Zeugin D. eingeräumt, üblicherweise weder hinsichtlich des „G. Zertifikat“ noch hinsichtlich des „J. Zertifikats“ auf das damit jeweils verbundene allgemeine Emittentenrisiko hingewiesen zu haben.
c) Entgegen der Meinung der Beklagten hat sie schon nicht schlüssig dargelegt, dass der Kläger schriftlich über das mit den streitgegenständlichen Anlagen verbundene allgemeine Emittentenrisiko aufgeklärt worden ist. Die anlageberatende Bank kann zwar ihre Aufklärungspflichten auch durch schriftliches Informationsmaterial erfüllen, dies setzt jedoch voraus, dass sie es dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung überreicht, dass dieser sich mit seinem Inhalt vertraut machen konnte (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10, Rz. 20 ff). Daher reicht eine Übergabe ausführlichen Informationsmaterials in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zeichnung nicht aus (BGH, a.a.O., Rz. 21). Nach dem Vortrag der Beklagten sind dem Kläger am 09.07.2007, d.h. erst am Tag seiner Zeichnung der streitgegenständlichen Order, durch die Zeugin C. als Botin die 14-seitige Produktinformation (Anlage B4) zu dem „G. Zertifikat“ (Anlage B5) und die 17-seitige Produktinformation zu dem „J. Zertifikat“ zusammen mit dem Risikoprofil, zwei Verkaufsordern und den beiden streitgegenständlichen Ordern vorgelegt worden. Nach der von der Beklagten unwidersprochen gebliebenen Bekundung der Zeugin C. musste die Rückgabe der Order wegen des Endes der Öffnungszeit der Filiale der Beklagten in großer Eile geschehen. Letztlich kann die Frage aber auch dahinstehen, weil schon aus rechtlichen Gründen dem Kläger ein längerer Zeitraum als ein Tag für die Befassung mit dem Informationsmaterial hätte eingeräumt werden müssen. Dies gilt umso

mehr, als von dem Kläger nach seinem Bildungsstand nicht mehr als eine normale Geschicklichkeit im Umgang mit den vorgenannten Unterlagen erwartet werden durfte.
d) Entgegen der Meinung des Landgerichts ist der Kläger am 09.07.2007 hinsichtlich des allgemeinen Emittentenrisikos auch noch aufklärungsbedürftig gewesen. Wendet der Aufklärungspflichtige ein, es habe abweichend von dem vertraglichen Pflichtenprogramm ausnahmsweise von vornherein gar keine Aufklärungspflicht bestanden, weil sein Vertragspartner aufgrund von Vorkenntnissen nicht mehr aufklärungsbedürftig gewesen sei, so trägt er dafür die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, Urteil vom 24.09.1996 - XI ZR 244/95, Rz. 17f). Die Aufklärungsbedürftigkeit des Anlegers für künftige vergleichbare Anlagegeschäfte entfällt dann, wenn die anlageberatende Bank dem Anleger zumindest während des vorhergehenden Beratungsgesprächs eine Broschüre ausgehändigt hat, die eine hinreichende Aufklärung enthält (BGH, Urteil vom 27.09.2011 - XI ZR 178/10, Rz. 32). Solche Umstände hat die Beklagte schon nicht dargelegt. Sie hat zwar behauptet, der Kläger habe von ihr bei der Eröffnung des Wertpapierdepots am 13.02.2006 die „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“ (im Folgenden: „Basisinformationen“) erhalten. Ausweislich des in der Anlage B3 überreichten Depotauszugs hat der Kläger jedoch am 13.02.2006 kein Zertifikat erworben. Zu diesem Zeitpunkt befand sich das „A. Zertifikat“ bereits in dem Bestand seines Wertpapierdepots.
e) Die nach alldem von der Beklagten pflichtwidrig unterlassene Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko ist jedoch für die Anlageentscheidung des Klägers nicht kausal geworden. Der Berufung ist zwar zuzugestehen, dass die Beweislast hierfür die Beklagte trägt. Nach der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ist nämlich der Anlageberater dafür beweispflichtig, dass der Anleger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10, Rz. 28 f). Dies hat jedoch nicht notwendigerweise zur Folge, dass der Nachweis schon nicht als erbracht gilt, weil die beweisbelastete Partei keinen förmlichen Beweisantrag gestellt hat. Gegenstand der richterlichen Überzeugungsbildung sind nicht nur die förmlich unter Beweis gestellten, sondern auch die sich aus dem gesamten Akteninhalt ergebenden unstreitigen Tatsachen. Nach der Gesamtwürdigung dieser Tatsachen steht für den Senat fest, dass die Nichtaufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko für die Anlageentscheidung des Klägers nicht ursächlich geworden ist. Relevante Indizien für die fehlende Kausalität können sich aus vorhergehendem und dem nachfolgenden Anlageverhalten ergeben (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10, Rz. 50.) Hier ist von entscheidender Bedeutung, dass sich der Kläger von dem in seinem Depot befindlichen „A. Zertifikat“, das wie die streitgegenständlichen Zertifikate mit einem allgemeinen Emittentenrisiko belastet ist, nicht getrennt hat, nachdem ihm spätestens durch den Zusammenbruch der K-Bank-Bankengruppe nicht nur bekannt geworden war, sondern er durch den entsprechenden Wertverlust seines „G. Zertifikats“ auch leidvoll erfahren hatte, dass Zertifikate dem Insolvenzrisiko ihrer Emittenten unterworfen sind. Wenn man ferner berücksichtigt, dass das von ihm trotzdem weiter gehaltene „A. Zertifikat“ anders als die streitgegenständlichen Zertifikate mit einem Kapitalschutz ausgestattet gewesen ist, wird deutlich, dass sich der Kläger zur Rückgängigmachung der streitgegenständlichen Zertifikate vornehmlich wegen deren wirtschaftlichen Misserfolg veranlasst gesehen hat.
3. Abgesehen von der fehlenden Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte ihre Verpflichtung zur objektgerechten Beratung verletzt hat.
a) Die Beweislast für die angeblich nicht vollständige Risikoaufklärung des Klägers trägt dieser selbst. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden nur dadurch ausgeglichen, dass der Anspruchsgegner die vom Anspruchsteller zunächst nur pauschal behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll (s. hierzu aa). Dem Anspruchsteller obliegt es dann jedoch gemäß §§ 138 Abs. 2 und 3 ZPO, sich zu dieser Gegendarstellung qualifiziert zu erklären und nachzuweisen, dass diese Gegendarstellung nicht zutrifft (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2006 - XI ZR 320/04, Rz. 15 - s. hierzu bb).
aa) Die Beklagte hat ihrer sekundären Darlegungslast hinsichtlich der bei der Empfehlung von Indexzertifikaten neben der Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko auch noch notwendigen Aufklärung über das Marktrisiko genügt. Sie hat vorgetragen, dass die Zeugin D. die den Kläger in dem Beratungsgespräch vertretende Zeugin C. anhand der Produktinformationen über die Funktionsweise und den Basiswert der streitgegenständlichen Zertifikate aufgeklärt habe. Die Produktinformationen sind inhaltlich nicht zu beanstanden. Dem Anleger wird das Marktrisiko, dem der dem „J. Zertifikat“ zugrundeliegende Basiswert unterliegt, hinlänglich erläutert, indem auf Seite 4 der Produktinformation (Anlage B5) die Funktionsweise in einem anschaulichen Fließdiagramm und auf Seite 8 zudem in Tabellenform erklärt, auf Seite 6 die Marktabhängigkeit des Indexes Dow Jones STOXX 50 anhand eines Charts visualisiert und zusätzlich auf Seite 15 auch noch förmlich darauf hingewiesen wird, dass der Kurs des „J. Zertifikats“ wegen seiner Abhängigkeit von dem Index Dow Jones STOXX 50 auch unterhalb des Ausgangsniveaus liegen kann. Die Produktinformation des „G. Zertifikats“ (Anlage B4) klärt ebenfalls hinreichend über das damit verbundene Marktrisiko auf. So wird dem Anleger mit dem Chart auf Seite 3 vor Augen geführt, dass die Wertentwicklung des Preisindexes DivDAX auch langjährig schlechter verlaufen kann als die des

Indexes DAX. Ferner wird dem Anleger auf Seiten 8f und 10f die Funktionsweise sowohl mit einem Fließdiagramm als auch mit einer tabellarischen Darstellung hinreichend erklärt. Schließlich wird der Leser in dem Abschnitt „Risiken“ unter der Überschrift „Marktrisiko“ auf Seite 7 der Produktinformation auch förmlich darüber aufgeklärt, dass er mit der Zeichnung der Anleihe wegen der Marktabhängigkeit des Basiswerts ein Marktrisiko übernimmt.
Ohne Erfolg wendet die Berufung in diesem Zusammenhang ein, die Produktinformation des „G. Zertifikats“ erkläre dem Anleger nicht den strukturellen Unterschied bei der Berechnung der Indices DivDAX als Preisindex und DAX als Performanceindex. Wie bereits ausgeführt worden ist, ist der Anlageberater nur dazu verpflichtet, den Anleger über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände richtig und vollständig zu informieren (z.B. BGH, Urteil vom 25.09.2007 - XI ZR 320/06, Rz. 14). Wesentlich für die Anlageentscheidung sind jedoch nur die Chancen und Risiken derjenigen Anlageprodukte, auf die sich die Beratung bezieht. Die Beratung des Klägers durch die Beklagte hat sich am 09.07.2007 auf das von K-Bank emittierte „G. Zertifikat“ bezogen. Die damit verbundenen Gewinn- und Verlustchancen werden dem Leser der Produktinformation durch das Fließdiagram auf Seiten 8 f und durch den Chart auf Seite 3 hinreichend deutlich vor Augen geführt, indem dort die theoretischen Einzelszenarien und hier die bisherige relative Wertentwicklung des Preisindexes DivDAX und des Performanceindexes DAX grafisch dargestellt werden. Zugleich wird dem Leser der Produktinformation durch das Fließdiagramm und den Chart der spekulative Charakter und das erhebliche Marktpreisrisiko, das er mit der Zeichnung des G. Express Zertifikates eingeht, veranschaulicht, weil nach jenem ein Verlustszenario ausdrücklich als möglich dargestellt wird und nach diesem ein solches Verlustszenario in der Vergangenheit während eines mehrjährigen Zeitraums auch tatsächlich eingetreten ist, weil damals die Wertentwicklung des Performanceindexes DAX stärker als die Wertentwicklung des Preisindexes DivDAX gewesen ist. Für eine darüber hinausgehende Information über möglicherweise bessere Gewinnchancen des Anlegers, wenn auf einen Vergleich zwischen dem Preisindex DivDAX und dem Preisindex DAX abgestellt werden würde, hat kein Anlass bestanden, da ein solches Anlageprodukt unstreitig nicht Gegenstand der Beratung vom 09.07.2007 gewesen ist.
Keinen Erfolg hat die Berufung auch mit ihren in erster Instanz erhobenen weiteren inhaltlichen Rügen gegenüber der Produktinformation für das „G. Zertifikat“:
• Keineswegs kann der Leser aus der Produktinformation den Schluss ziehen, das „G. Zertifikat“ gewähre ihm im „Normalfall“ einen Kapitalschutz. Anders als der Kläger behauptet, findet sich in der Produktinformation des streitgegenständlichen „G. Zertifikats“ schon nicht das Wort „Normalfall“. Ferner ist bereits dargelegt worden, dass dem Leser der Produktinformation die mit dem „G. Zertifikat“ verbundenen Verlustrisiken deutlich vor Augen geführt werden.
• Anders als der Kläger meint, ist es auch nicht erforderlich gewesen, ihn darauf hinzuweisen, dass er nach Möglichkeit Erfahrungen mit Optionen und Investments im internationalen Kapitalmarkt haben sollte. Es ist bereits ausgeführt worden, dass der Anleger bei Indexzertifikaten im Allgemeinen nur auf das damit verbundene Emittenten- und Marktrisiko hingewiesen werden muss. Der Kläger hat nicht dargetan, wieso für seine streitgegenständlichen Anlageentscheidungen darüber hinaus auch seine fehlende Erfahrung mit Optionsgeschäften und Investments im internationalen Kapitalmarkt von wesentlicher Bedeutung gewesen sein sollte.
• Der Kläger ist hinsichtlich des „G. Zertifikats“ auch nicht auf potentielle Interessenkonflikte hinzuweisen gewesen, die sich daraus ergeben könnten, dass die Emittentin oder die Garantin versuchen könnten durch Spekulationsgeschäfte auf den Basiswert Einfluss zu nehmen. Es wird von dem Kläger auch nicht ansatzweise dargelegt, dass eine solche Gefahr bei den streitgegenständlichen Basiswerten ernstlich in Betracht zu ziehen gewesen ist. Im Gegenteil erscheint eine solche Situation wegen des für die Manipulation der Indizes Dax, DivDAX und Dow Jones STOXX 50 erforderlichen Kapitaleinsatzes oder Wettrisikos sehr fernliegend.
• Auch hinsichtlich der auf S. 34, 77 und S. 90 der „Endgültigen Bedingungen“ des „G. Zertifikats“ dargestellten Risiken (S. 10 f des Schriftsatzes des Klägers vom 15.02.2012) bleibt der Kläger jegliche Darlegung dazu schuldig, wieso diese Risiken für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung gewesen sein sollten.
• Entsprechendes gilt für die von dem Kläger auf S. 11 f des vorgenannten Schriftsatzes aufgelisteten weiteren Risiken, die auf S. 29 - 34 des Basisprospekts dargestellt sein sollen.
bb) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Kläger nicht den Beweis erbracht, dass die vorgenannte Gegendarstellung in ihren wesentlichen Punkten nicht zutrifft. Die Zeugin E. hat zwar bekundet, die Zeugin D. habe bekundet, dass mit den streitgegenständlichen Zertifikaten das eingesetzte Kapital sicher sei. Dies wäre eine Falschberatung, da beide Zertifikate keinen Kapitalschutz aufweisen und demnach, je nach Entwicklung des zugrundeliegenden Basiswerts, eine vollständige Rückzahlung des eingesetzten Kapitals von den Emittenten gerade nicht garantiert gewesen ist. Die Bekundung der Zeugin E. begegnet aber schon aus sich selbst heraus insoweit Bedenken, als sie zugleich eingeräumt hat, an das zwischen der Zeugin C. und der Zeugin D. am 09.07.2007 geführte Gespräch gar keine konkrete Erinne-

rung mehr zu haben. Die Zeugin C. hat ähnlich wie die Zeugin E. bekundet, die Zeugin D. habe ihr versichert, bei einer langfristigen Investition in die streitgegenständlichen Zertifikate bliebe es bei einem „Substanzerhalt“. Der Senat sieht wie das Landgericht die Beweiskraft dieser Aussage dadurch eingeschränkt, dass die Zeugin C. ersichtlich bemüht gewesen ist, Widersprüche, auf die sie hingewiesen worden war, durch die Korrektur ihrer Aussage auszuräumen. Auf das landgerichtliche Urteil, S. 15, wird verwiesen. Ferner hat die Zeugin C. erhebliche Erinnerungslücken gezeigt. Die fehlende Erinnerung an den Grund für den Depotwechsel wurde bereits erwähnt. Auch der Grund, wieso am 09.07.2007 entschieden wurde, zwei Anlagen zu verkaufen, ist ihr nicht mehr erinnerlich gewesen. Auch an die Umstände, unter denen es zu dem Erwerb des „A. Zertifikat“ kam, hat sie sich gar nicht mehr erinnern können. Angesichts dieser Erinnerungsschwächen kann der Senat nicht auszuschließen, dass sie eine durch die Zeugin D. möglicherweise doch vorgenommene Risikoaufklärung schlichtweg nicht mehr erinnert und diese Gedächtnislücke irrtümlich mit der Annahme erklärt, es habe eine solche Risikoaufklärung gar nicht stattgefunden. Schließlich bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Aussage der Zeugin C. auch deshalb, weil die Zeugin D. glaubhaft bekundet hat, ihre Kunden üblicherweise über die Funktionsweisen des „J. Zertifikats“ und des „G. Zertifikats“ anhand der Seiten 4, 6 und 8 der Produktinformation für das „J. Zertifikat“ und anhand der Seiten 3, 8, 9 und 10 der Produktinformation für das „G. Zertifikat“ aufgeklärt zu haben. Das diese Darstellung zutreffen könnte, erscheint dem Senat gerade deshalb nicht ausgeschlossen, weil sie zugleich unumwunden eingeräumt hat, dass sie die Zeugin C. über das allgemeine Emittentenrisiko nicht aufgeklärt hat, obwohl ihr wegen der Insolvenz der K-Bank-Bankengruppe klar gewesen sein muss, dass die Entscheidung des Rechtsstreits möglicherweise von diesem Aufklärungsfehler abhängt. Entgegen der Meinung der Berufung steht mit der vorgenannten Aussage der Zeugin D. zu ihrem üblichen Beratungsverhalten nicht fest, dass sie die Zeugin C. über die mit den streitgegenständlichen Anlagen verbundene Marktrisiken nicht hinreichend aufgeklärt hat. Richtig ist zwar, dass die Zeugin D. nach ihrer Aussage üblicherweise davon abgesehen hat, ihre Kunden darüber unter ausdrücklicher Nennung des Wortes „Marktrisiko“ aufzuklären, da sie selbst eingeräumt hat, mit ihren Kunden die entsprechenden Passagen auf Seite 7 der Produktinformation des „G. Zertifikats“ und auf Seite 15 der Produktinformation des „J. Zertifikats“ nicht besprochen zu haben. Da sie jedoch ihren Kunden nach ihrer Schilderung die Funktionsweise der beiden Zertifikate mit deren verschiedenen Gewinn- und Verlustszenarien anhand der auf den Seiten 8 und 9 der Produktinformation des „G. Zertifikats und auf Seite 4 der Produktinformation des „J. Zertifikats“ dargestellten Fließdiagramme schematisch und den spekulativen Charakter beider Zertifikate anhand der auf Seite 3 der Produktinformation des „G. Zertifikats und auf Seite 6 der Produktinformation des „J. Zertifikats“ dargestellten historischen Kursentwicklung der Basiswerte vor Augen geführt hat, hat sie ihren Kunden hinreichend verständlich erklärt, was es der Sache nach bedeutet, dass beide Zertifikate einem Marktrisiko unterworfen sind.

4. Ohne Erfolg bleibt ferner der Berufungsangriff, die Beklagte hätte den Kläger bei den streitgegenständlichen Anlagegeschäften ungefragt über etwaige ihr zuteilwerdende Rückvergütungen aufklären müssen. Bereits mit Urteil vom 27.09.2011 - XI ZR 178/10, Rz. 40 ff, hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die anlageberatende Bank nicht verpflichtet ist, den Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit einem Anlageprodukt Gewinn erzielt, wenn sie dieses im Wege des Eigengeschäfts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 WPHG) zu einem über dem Einkaufspreis liegenden Preis veräußert. Wertungsmäßig nichts anderes gilt, wenn sich das mit dem Anleger vereinbarte Kommissionsgeschäft für ihn wie ein Eigengeschäft darstellt. Allein die Verletzung einer kommissionsrechtliche Herausgabe- und Rechenschaftspflicht der Bank wegen einer unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltenen Vertriebsprovision bedeutet noch nicht zugleich die Verletzung des Anlageberatungsvertrages durch das Kreditinstitut, wenn ein Anleger abweichend von der gesetzlichen Wertung des § 354 HGB neben dem Preis der Wertpapiere für deren Beschaffung weder eine Kommissionsgebühr noch sonstige Aufschläge an die Bank zu entrichten hat und sich daher die Abwicklung des Effektengeschäfts aus seiner Sicht in wirtschaftlicher Hinsicht nicht anders als bei einem Eigengeschäft der Bank darstellt, so dass es bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise in Bezug auf den Beratungsvertrag ebenso wie dieses zu behandeln ist (BGH, Urteil vom 26.06.2012 - XI ZR 316/11, Rz. 37 ff). Es kann daher dahinstehen, ob die von der Berufung angegriffene Feststellung des Landgerichts, die Parteien hätten ein Festpreisgeschäft geschlossen, zutreffend ist. Ferner kann deshalb auch dahinstehen, ob die Beklagte tatsächlich, wie der Kläger behauptet, mit ihm wegen der streitgegenständlichen Zertifikate Kommissionsgeschäfte abgeschlossen hat. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, wäre die Beklagte gegenüber dem Kläger nicht zur ungefragten Aufklärung über den etwaigen Erhalt von Rückvergütungen verpflichtet gewesen, weil sich ihm gegenüber die beiden streitgegenständlichen Wertpapiergeschäfte so dargestellt haben, als ob es sich um Eigengeschäfte der Beklagten gehandelt hat. Ausweislich der beiden Rechnungen vom 03.08.2007 hat der Kläger der Beklagten nicht mehr als den jeweiligen Kurswert für die 20 Stück des „J. Zertifikats“ und 15 Stück des „G. Zertifikats“ bezahlt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 97 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Das Urteil hat keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Für Letzteres reicht es nicht schon aus, dass ein Gericht bei gleichem Sachverhalt zu einem anderen Ergebnis gelangt, erforderlich ist vielmehr, dass eine Divergenz in Rechtsfragen oder ein Rechtsfehler mit symptomatischer Bedeutung vorliegt (BGH, Beschluss vom 16.09.2003 - XI ZR 238/02). Daher stellt es keinen Zulassungsgrund dar, dass in einem Parallelverfahren das OLG Celle (Urteil vom 15.05.2013 - I-3 U 11/13) im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung zu abweichenden Ergebnissen gelangt ist.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO auf € 19.489,20,- festgesetzt, weil bei einer übereinstimmenden teilweisen Erledigungserklärung die Prozesskosten bei der Streitwertfestsetzung nicht berücksichtigt werden. Deshalb und weil eine erst im Termin ausgesprochene Erledigungserklärung gemäß § 220 Abs. 1 ZPO keinen Einfluss mehr auf die bereits aus dem höheren Streitwert angefallene Terminsgebühr hat (BGH, Beschluss vom 31.08.2010 - X ZB 3/09), wird gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG die erstinstanzliche Streitwertfestsetzung wie folgt berichtigt: bis zum 04.06.2013 € 35.700,- und ab dem 05.06.2013 € 21.011,26.

151. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 10.04.2014 – 1 U 77/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung im Rahmen einer Geburtshilfe: Entbehrliche Risikoaufklärung betreffend vaginale Entbindung und Möglichkeit eines Kaiserschnitts; Sorgfaltspflichten bei Schulterdystokie infolge Problementbindung; Abgrenzung eines Befunderhebungsfehlers von einem Diagnoseirrtum; Vorwerfbarkeit

Leitsatz

1. Kann eine Geburt vaginal erfolgen, bedarf es keiner Einwilligung der Mutter und dementsprechend keiner speziellen Risikoaufklärung, sofern die vaginale Entbindung nicht mit besonderen Risiken verbunden ist.
2. Schwere Adipositas der Mutter steht in aller Regel der Indikation einer Schnittentbindung wegen des hohen Operationsrisikos entgegen.
3. Kann infolge unterbliebener Dokumentation nicht mehr festgestellt werden, wie eine Schulterdystokie gelöst wurde, lässt sich bei typischen gesundheitlichen Folgen zugunsten des klagenden Kindes mit Wahrscheinlichkeit auf den dann von der Behandlungsseite zu widerlegenden Behandlungsfehler schließen.
4. Wird das Eintreten einer Schulterdystokie verkannt und nur als verzögertes Heraustreten der Schulter gewertet, kann dies wie jeder andere Diagnoseirrtum nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden, wenn er nämlich aus medizinischer Sicht eines gewissenhaften Geburtshelfers nicht vertretbar erscheint. Wird dies verneint, können auch die darauf beruhenden objektiven Fehler bei der Geburtshilfe den handelnden Personen nicht vorgeworfen werden.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 17.05.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten seines Rechtsmittels.
Dieses, wie auch das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger 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.
Beschluss:
Der Streitwert für den Berufungsrechtsrechtszug wird auf 81.982,32 EUR festgesetzt.

Gründe

I.
Der am 8.3.1998 mit einer Länge von 53 cm, einem Kopfumfang von 38 cm und einem Gewicht von 4.420 g geborene Kläger nimmt die Beklagte zu 1. als die Geburtsklinik und die Beklagte zu 2. als die geburtsbegleitende Chefärztin wegen unzureichender Aufklärung der Mutter über die Möglichkeit einer Kaiserschnittentbindung und wegen fehlerhafter Geburtshilfe auf Schadensersatz in Anspruch.
Der Entbindungstermin der damals knapp 18 Jahre alten Zeugin S. M. (geb. A.) war für den 16.3.1998 ermittelt. Die adipöse Frau stammte aus schwierigen sozialen Verhältnissen. Die Schwangerschaftsvorsorge wies wesentliche Lücken auf. Es hatte nur zwei Konsultationen gegeben (4.11. u. 2.12.1997) und Ultraschalluntersuchungen vom 16.10. und 4.11.1997. Am Abend des 7.3.1998 wurde die Zeugin an den Wehenschreiber angeschlossen und es fand eine Ultraschalluntersuchung statt.

Die Geburt selbst erfolgte am 8.3.1998. Dabei erhielt die Zeugin mehrere Wehentröpfe. Die Eröffnungsperiode dauerte 10 Stunden und 30 Minuten. Es folgte eine Austreibungsperiode von 45 Minuten, wovon die Pressperiode 10 Minuten in Anspruch nahm. Der Kläger kam um 20.15 Uhr zur Welt.
Nach der Geburt des Klägers sprach die Beklagte zu 1. im Schreiben vom 31.3.1998 gegenüber der Mutter von einer vorübergehenden Beeinträchtigung des rechten Armnerven.
Mit Beschluss vom 12.9.2006 übertrug das Amtsgericht Wittenberg die elterliche Sorge den Pflegepersonen des Klägers, P. Hl. und D. R.. Danach gab die Beklagte zu 1. erstmals mit Schreiben vom 9.10.2006 die medizinischen Unterlagen über die Geburt des Klägers heraus. Nachdem ein Schlichtungsantrag vom09.2007 an der Zustimmung der Beklagtenseite scheiterte, wurde im08.2008 Klage erhoben.
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Geburtshilfe der Beklagten sei bereits rechtswidrig gewesen, weil die Mutter nicht über die zumindest relativ indizierte Alternative der Schnittentbindung aufgeklärt worden sei. Hierzu hat der Kläger behauptet, die vaginale Geburt sei mit erheblichen Risiken behaftet gewesen. Dazu gehörten:
- die Adipositas per magna der Mutter,
- die damit verbundene Gefahr, ein makrosomes Kind zur Welt zu bringen,
- die Minderjährigkeit und soziale Herkunft der Mutter,
- die Unsicherheiten bei der Bestimmung der potentiellen Kindsgröße,
- die starke Gewichtszunahme der Mutter während der Schwangerschaft (von ca. 120 bis 125 kg auf ca. 140 kg),
- der vorzeitige Blasensprung,
- eine protrahierte Eröffnungsperiode,
- eine sekundäre Wehenschwäche,
- die Unmöglichkeit, die Pfeilnaht zu ertasten sowie
- die unbekannten Beckenmaße der Mutter.

Die Beklagten hätten nicht die medizinisch notwendigen Befunde erhoben. Es habe auf Grund der Lücken des Mutterpasses eine gesteigerte Pflicht zur Untersuchung der Mutter bestanden. Es seien unterlassen worden:
- das durchgängiges Schreiben eines CTG's,
- wegen des vorzeitigen Blasensprungs regelmäßige Laboruntersuchungen, insbesondere Ermittlung der Entzündungswerte,
- Gewichtsermittlung der Mutter zum Zeitpunkt der Aufnahme,
- Ermittlung des Kindsgewichts,
- Fetometrie,
- Ermittlung der Beckenmaße der Mutter,
- neben den BPD- und THQ-Werten im Ultraschall auch den dritten Wert zu bestimmen und
- die vaginale Ultraschalluntersuchung als Folge der sehr großen Geburtsgeschwulst.

Schon die durchgeführte Ultraschalluntersuchung habe zur Annahme eines makrosomen Kindes führen müssen, zumindest habe ein großes Kind nicht ausgeschlossen werden können. Gerade weil es mehrere Faktoren gegeben habe, die diese Untersuchung mit Ungenauigkeiten belasteten, wäre eine Art Sicherheitszuschlag veranlasst gewesen.
Die Geburt selbst habe man grob fehlerhaft begleitet. Die Schulter des Klägers habe sich während des Geburtsvorganges verkeilt. Für Geburtskomplikationen spreche das Anlegen einer Kopfschwartenelektrode gegen 19.10 Uhr. Danach sei es zu keiner natürlichen Geburt mehr gekommen. Dem hätten
- die Anzahl der Wehen,
- die Qualität der Wehen,
- die Lage des Kindes bis kurz vor der Geburt,
- die für 19.30 Uhr dokumentierte Richtungskorrektur und
- die vorhandene Geburtsgeschwulst als Indiz eines Missverhältnisses zwischen Kopfumfang und Beckendurchmesser

entgegen gestanden. Vielmehr habe die Beklagte zu 2. mit Hilfe des sog. Kristellerhandgriffs massiven physischen Druck auf den Oberbauch der Mutter ausgeübt und damit eine Richtungsänderung des Klägers im Sinne eines Herauspressens hervorgerufen. Gleichzeitig sei die Hebamme angewiesen worden, am Kopf des Kindes zu ziehen, und man habe die Mutter zum weiteren Pressen veranlasst. Ein standardisiertes Manöver zur Überwindung der Schulterdystokie sei nicht zur Anwendung gelangt. Man habe sogar den Wehentropf nicht abgestellt und keine Wehenhemmung betrieben und damit die Geburt überbeschleunigt.
Es sei nicht ersichtlich, dass der Mutter ein Facharzt zur Seite gestanden habe, was nach geltendem medizinischem Standard notwendig gewesen wäre.
Durch das fehlerhafte Vorgehen bei der Bewältigung der Schulterdystokie, welches schon auf Grund der unzureichenden Dokumentation der „erschwerten Schulterentwicklung" zu unterstellen sei, habe der Kläger eine Klavikulafraktur und eine Armplexusparese mit der Folge einer Innenrotationskontraktur davon getragen.

Dies rechtfertige nach Auffassung des Klägers ein angemessenes Schmerzensgeld, Ersatz seiner bisherigen Fahrtkosten, eine monatliche Rente zum Ausgleich des behinderungsbedingten Mehraufwandes und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten.
Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben und weiter behauptet, die Sectio sei keine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative gewesen. Die Geburtshilfe sei fehlerfrei erfolgt. Man könne nicht von der Armplexusparese auf einen Behandlungsfehler schließen. Zu dieser Verletzung komme es auch ohne Schulterdystokie. Es habe tatsächlich nur eine erschwerte Schulterentwicklung vorgelegen, die sich ohne zusätzliche Handgriffe während der Spontangeburt erledigt habe. Die Dokumentation treffe also zu und sei keineswegs lückenhaft. Die Kopfschwartenelektrode habe allein der Ableitung der fetalen Herzfrequenz gedient und nichts mit irgendeiner Komplikation zu tun.
Das sachverständig beratene Landgericht Dessau-Roßlau hat die Klage mit Urteil vom 17.5.2013 - auf das wegen der dort im Übrigen getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, soweit diese nicht den Feststellungen des Senats widersprechen - abgewiesen. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, eine Haftung der Beklagten zu 2. scheide schon deshalb aus, weil diese Ärztin nicht an der Geburtshilfe des Klägers beteiligt gewesen sei. Aber auch die Beklagte zu 1. habe für keine fehlerhafte Behandlung einzustehen. Es habe zunächst keine Pflicht zur Aufklärung über die Alternative der Kaiserschnittentbindung bestanden. Nach den Feststellungen der Sachverständigen gebe es keine gewichtigen Gründe, die gegen eine vaginale Geburt sprächen. Anhaltspunkte für ein überdurchschnittliches Geburtsgewicht hätten nicht bestanden. Soweit die Gewichtskalkulation der Ärzte nicht gestimmt habe, beruhe dies auf keinem Fehler. Das erhebliche Übergewicht der Mutter führe für sich nicht zur Notwendigkeit einer Schnittentbindung. Weitere Risikofaktoren hätten nach den Feststellungen der Sachverständigen nicht vorgelegen, selbst wenn es zu einer erheblichen Gewichtszunahme während der Schwangerschaft gekommen sei. Insoweit habe nur Anlass zur durchgeführten Ultraschalluntersuchung bestanden. Die Sectio sei mit einem erheblichen Operationsrisiko für die adipöse Mutter verbunden gewesen, sodass sie sich schon deshalb nicht als Alternative zur Verhinderung einer Schulterdystokie geeignet habe. Befunderhebungsfehler habe es nicht gegeben. Den Beklagten hätten nach den Feststellungen des Sachverständigen keine weiteren bildgebenden oder anderen diagnostischen Maßnahmen zur Verfügung gestanden, um eine bessere Risikoeinschätzung vornehmen zu können. Ein Behandlungsfehler während der Geburt sei dem Personal der Beklagten zu 1. nicht unterlaufen. Zwar sei es zu einer leichten Schulterdystokie gekommen. Diese habe sich aber schnell und ohne Geburtsstillstand gelöst. Dem entnehme die Kammer das fehlerfreie Vorgehen der Hebamme und der Zeugin Dr. H. als anwesende Oberärztin, was auch der Wertung des Sachverständigen Prof. Dr. St. entspreche. Das behauptete Unterlassen des Abstellens des Wehentropfes sei reine Spekulation des Klägers. Die Kammer könne sich nicht davon überzeugen, dass die Beklagte zu 2. den Kristellerhandgriff angewendet habe. Die Aussage der Zeugin M. liefere keine Anhaltspunkte für die Anwendung dieses Manövers. Den Bekundungen der Zeugin stehe die Äußerung der Beklagten zu 2. entgegen, bei der Geburt nicht anwesend gewesen zu sein. Das Kristellern sei zudem nicht in jeder Phase der Geburt fehlerhaft. Auf Beweiserleichterungen, insbesondere infolge einer lückenhaften Dokumentation, könne sich der Kläger nicht stützen. Die mangelhafte Dokumentation der Behandlung habe zunächst nur zur Folge, dass vermutet werde, die nicht dokumentierte Maßnahme sei nicht getroffen worden. Einfluss auf die Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und dem Primärschaden habe der Dokumentationsmangel nur dann, wenn die fehlende Dokumentation für einen groben Behandlungsfehler oder für eine unterlassene Befunderhebung spreche. Dafür gebe es keine Anhaltspunkte. Für einen Anscheinsbeweis fehle es am typischen Geschehensablauf. Letztlich sei dem Kläger aber schon der Beweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und der Armplexusparese nicht gelungen. Die Hälfte der Plexusschäden ginge nach den Feststellungen des Sachverständigen auf vorgeburtliche, nicht beeinflussbare Faktoren, wie Dehnungskräfte oder Druck in der Gebärmutter zurück. Es lasse sich deshalb keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den vom Kläger behaupteten Ursachenzusammenhang erkennen. Vom Schlüsselbeinbruch des Klägers könne sich die Kammer sowieso nicht überzeugen.
Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er beanstandet zunächst die Beweiswürdigung des Landgerichts. Die Verneinung der Beteiligung der Beklagten zu 2. an der Geburt lasse die hinreichende Auseinandersetzung mit den Bekundungen der Zeugin M. und der Zeugin Dr. H. vermissen. Die Zeugin M. habe sich an die Geburt genau erinnern können, während die Aussage der Zeugin Dr. H. eher für deren Abwesenheit spreche. Außerdem übergehe das Landgericht den Zeugenbeweisantritt De. .
Widersprüchen zwischen den Gutachten der Sachverständigen sei das Landgericht nicht nachgegangen und es habe die unvollständige Beantwortung der Beweisfragen durch den Sachverständigen St. und dessen Nichteingehen auf das Gutachten des MDK unberücksichtigt gelassen.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe die Zeugin M. über die Alternative der Schnittentbindung aufgeklärt werden müssen. Man habe die Makrosomie des Kindes vor der Geburt nicht ausgeschlossen. Das große Kind sei auf Grund der Adipositas per magna und der exzessiven Gewichtszunahme der Mutter während der Schwangerschaft zu erwarten gewesen. Die Ultraschalluntersuchung habe sich nicht zur

Größenbestimmung geeignet. Dies ergebe sich zum einen aus der naturgemäßen Ungenauigkeit, zum anderen aber auch daraus, dass der notwendige dritte Wert nicht bestimmt worden sei. Deshalb habe man das Gewicht des Kindes schätzen und zum Gegenstand einer Risikobetrachtung machen müssen, was nicht erfolgt sei. Insgesamt habe eine zwingende Indikation zur Schnittentbindung bestanden.
Mit den vom Kläger gerügten Befunderhebungsmängeln setze sich das Landgericht nicht auseinander. Dazu gehörten die fehlende Gewichtskontrolle bei der Mutter und der ausgebliebene Tastbefund zur Ermittlung des Verhältnisses zwischen dem Kopf des Klägers und dem Becken der Mutter. Eine Fetometrie habe ebenso wenig stattgefunden, wie die eingehende klinische Untersuchung.
Soweit das Landgericht von einer Spontangeburt ausgehe, vernachlässige es den grob fehlerhaften Weg, auf dem es dazu gekommen sei (wehenfördernde Mittel höchster Dosierung, Kristellerhandgriff). Das Kristellern durch die Beklagte zu 2. habe die Zeugin M. eindeutig bekundet. Hinzu kämen die durch die unzureichende Dokumentation begründeten Beweiserleichterungen für den Kläger. Im Grunde seien 15 Minuten überhaupt nicht dokumentiert und die Sachverständigen zögen aus dem Dokumentierten unterschiedliche Schlüsse auf das Geschehen.
Auch in Bezug auf den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang kämen dem Kläger Beweiserleichterungen zugute. Die Dokumentation offenbare zumindest ein geburtstraumatisches Geschehen. Das Verletzungsbild spreche daneben eindeutig für den Versuch, mit starkem Kraftaufwand (Ziehen und Schieben) das Kind gegen den durch die Schulterdystokie verursachten Widerstand zu entwickeln. Einen anderen plausiblen Schädigungsmechanismus gebe es nicht. Die Schlüsselbeinfraktur sei in erster Instanz unstreitig gewesen und einen Tag nach der Geburt diagnostiziert worden.
Die Geburt habe ohne Facharzt stattgefunden. Die Zeugin Dr. H. habe ihr nicht beigewohnt. Die Dokumentation schweige zur Anwesenheit eines Arztes und die Zeugin habe sich nicht erinnern können.
Dass der Wehentropf grob fehlerhaft nicht unterbrochen worden sei, folge aus der Dokumentation, aus der sich dessen An- und Abstellen nicht ergebe.
Der Kläger beantragt,
unter Abänderung des am 17. 5. 2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Dessau-Roßlau
1.
die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner ein angemessenes Schmerzensgeld von mindestens 40.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9.1.2008 zu zahlen,
2.
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger alle künftigen immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihm durch die bei seiner Geburt am 8.3.1998 verursachte Plexusparese entstehen werden,
3.
die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner eine monatliche Rente von 457,06 EUR beginnend ab dem 1.5.2008 zu zahlen,
4.
die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner 1.644,60 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und
5.
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger alle künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, welche ihm durch die bei seiner Geburt am 8.3.1998 verursachte Plexusparese entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht bereits auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,
hilfsweise,
das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurück zu verweisen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Es habe kein Anlass bestanden, auf die Möglichkeit der Schnittentbindung hinzuweisen. Genauso wenig sei es zu einem Behandlungsfehler gekommen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Geburtshilfe fehlerfrei geleistet worden und man habe nicht kristellert. Zutreffend habe das Landgericht einen Ursachenzusammenhang verneint. Plexusschäden könnten auch vorgeburtlich eintreten.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen Bezug genommen. Der Senat hat die Beklagte zu 2. angehört und die Zeuginnen M., Mr. und Dr. H. vernommen. Darüberhinaus hat der Sachverständige Prof. Dr. St. sein Gutachten mündlich erläutert. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf Sitzungsniederschrift vom 20. 3. 2014 verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine vom Landgericht abweichende Entscheidung, womit das angefochtene Urteil auf

keiner Rechtsverletzung beruht (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Klage wurde im Ergebnis zutreffend abgewiesen. Die Beklagten schulden dem Kläger mit der Vollendung der Geburt keinen Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 1, 847 Abs. 1 BGB a.F. oder aus einer pVV des auch den Kläger schützenden Behandlungsvertrages zwischen der Beklagten zu 1. und der Mutter in Verbindung mit Art. 229 §§ 5 Satz 1, 8 Abs. 1 EGBGB. Der Kläger erlitt seine Verletzungen nicht als Folge einer rechtswidrig vaginal durchgeführten Geburt oder einer fehlerhaften Geburtshilfe der Ärzte oder Hebammen der Beklagten zu 1. Der Senat vermag sich im Ergebnis der von ihm erneut durchgeführten Beweisaufnahme auch unter Berücksichtigung des nicht nachgelassenen Schriftsatzes des Klägers vom 26. 3. 2014 nicht davon zu überzeugen, dass sich die Geburt des Klägers aus Sicht der handelnden Geburtshelfer anders als dokumentiert zugetragen hat. Das damit belegte Verkennen der tatsächlich eingetretenen Schulterdystokie stellt sich mit all den daraus möglicherweise folgenden Unterlassungen als nicht vorwerfbarer Diagnosefehler dar, der zu keiner Haftung führt. Die Beklagte zu 2. war nicht einmal an der schadensursächlichen Geburt des Klägers beteiligt.
1. Zu Recht beanstandet die Berufung die Beweiswürdigung des Landgerichts als fehlerhaft, wonach der Kläger eine Mitwirkung der Beklagten zu 2. an seiner Geburt nicht bewiesen habe.
Es wurde bereits gegen den Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit (§ 355 Abs. 1 ZPO) verstoßen. Die Kammer hat ersichtlich der Zeugin M. nicht geglaubt, denn nach deren Aussage vom 24.3.2009 hatte die Beklagte zu 2. die Geburtsleitung übernommen. Da keine der entscheidenden Richterinnen an der Vernehmung der Zeugin beteiligt war, musste die Beweisaufnahme gemäß § 398 Abs. 1 ZPO wiederholt werden. Die erneute Vernehmung eines Zeugen ist aus Gründen der Beweisunmittelbarkeit geboten, wenn es für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines auf Grund Besetzungswechsels nicht vom erkennenden Gericht vernommenen Zeugen auf den persönlichen Eindruck ankommt (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 398 Rdn. 5 m.w.N.; § 355 Rdn. 6).
Dieser Verfahrensfehler bot dem Senat konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen und damit Anlass zur erneuten Beweiserhebung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Im Ergebnis seiner Beweisaufnahme kann sich der Senat nicht von der Beteiligung der Beklagten zu 2. an der Geburt des Klägers überzeugen.
Im Geburtsprotokoll, das nach den Aussagen der Zeuginnen Dr. H. und Mr. im Wesentlichen die Hebamme verfasste, wird die Beklagte zu 2. nicht erwähnt. Es finden sich dort auch keine handschriftlichen Vermerke der Beklagten zu 2., wie sie beispielsweise für die Zeugin Dr. H. im Verlaufe der Beweisaufnahme für 11.30 Uhr, 18.00 Uhr und 19.00 Uhr herausgearbeitet werden konnten. Zumindest in Bezug auf die handelnden Personen offenbart die unversehrte und zeitnah (dazu unten) erstellte Dokumentation des Geburtsvorganges keine Hinweise auf mögliche Unrichtigkeiten, zumal die Zeugin Mr., deren Bekundungen sich die Beklagten konkludent zu Eigen machten, ausgesagt hat, die beteiligten Personen regelmäßig im Protokoll vermerkt zu haben (so im Ergebnis auch die Zeugin Dr. H.). Der Dokumentation ist deshalb bis zum Beweis des Gegenteils Glauben zu schenken (Wenzel, Der Arzthaftungsprozess, Kap. 2 Rdn. 3630).
Der Senat glaubt auch der hierauf basierenden Erklärung der Beklagten zu 2., an besagtem Tag nicht im Krankenhaus gewesen zu sein, da ersichtlich Frau Dr. H. Dienst gehabt habe, deren Anwesenheit handschriftlich belegt sei. Damit übereinstimmend hat die Zeugin Dr. H. bekundet, keine Erklärung dafür zu haben, dass nach der Behauptung des Klägers die Beklagte zu 2. der Geburt beigewohnt haben sein soll. Die Bekundungen der Zeugin M. (vgl. zur Zeugenstellung §§ 1630 Abs. 1, Abs. 3, 1915 Abs. 1 Satz 1, 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB) überzeugen den Senat dagegen nicht von der Unrichtigkeit der Dokumentation. Insoweit ist zunächst der zeitliche Zusammenhang von Bedeutung. Das Geburtsprotokoll wurde seinem äußeren Erscheinungsbild nach unmittelbar während und nach der Geburt gefertigt. Dies bestätigen die Aussagen der Zeuginnen Mr. und Dr. H., aus denen sich zumindest die zeitlich bestimmbaren Eintragungen der untersuchenden Ärzte sowie die Praxis der Hebamme, das Protokoll im Zusammenhang mit der Geburt aufzunehmen, ergeben. Auch die Beklagte zu 2. hat sich während ihre Anhörung glaubhaft zur Protokollierungsweise ihrer Klinik geäußert, wonach das Protokoll von der Hebamme während der Geburt geführt worden sei. Nur die Austreibungsphase habe man, was dem Senat einleuchtet, anschließend dokumentiert. Die Zeugin M. bekundet dagegen Vorgänge, die für sie weit in der Vergangenheit liegen, auch wenn sie sich angesichts ihrer Bedeutung und Einmaligkeit eingeprägt haben mögen. Es ist trotzdem nicht auszuschließen, dass sich mehr als elf Jahre bis zur Vernehmung durch das Landgericht und fast genau sechzehn Jahre bis zur Beweisaufnahme des Senats Unschärfen und Lücken in der Erinnerung der Zeugin herausgebildet haben (geradezu herausgebildet haben müssen), die Frau M. auch vor dem Hintergrund des Wunsches, für ihr Kind eine Ersatzleistung zu erreichen, interpretatorisch oder schöpferisch aufgefüllt hat. Bedenken des Senats erzeugt insbesondere die ruhige und gleichmäßige, nahezu emotionslose Schilderung des Geschehens durch die Zeugin, die unter Einfügen glaubhaftigkeitsverstärkender Umstände (Gespräch über die Tätowierung, jetzt in zweiter Instanz Brille der Beklagten zu 2. an einer Kette um den Hals getragen und von der Beklagten zu 2. zugefügter Schmerz) just das zusammenhängend wiedergibt, was die Rechtsprechung als groben Behandlungsfehler begreift. Dabei kommt es nicht auf die Frisur der Beklagten zu 2. und das Wiedererkennen an, denn der Senat glaubt der Zeugin

M. nicht, der Beklagten zu 2. ausschließlich im Kreißsaal begegnet zu sein. Nach den Angaben der Beklagte zu 2. hat sie den Fundus (uteri) der Zeugin nach der Entbindung zweimal kontrolliert. Solche Kontrollen sind in den Behandlungsunterlagen (Wochenbettkurve) für den 12. und 13.3.1998 vermerkt. Außerdem erscheint es dem Senat sehr unwahrscheinlich, dass die Beklagte zu 2. als angeblich bei einer komplikationsbelasteten Geburt des hierdurch geschädigten Klägers anwesende Chefärztin der Zeugin nicht einmal bei einer der nachfolgenden Visiten gegenüber getreten sein soll. Nur das verliehe der Aussage der Zeugin M. aus laienhafter Sicht aber das notwendige Gewicht.
Alles in allem bleiben nicht überwindbare Zweifel an der Beteiligung der Beklagten zu 2., die zur Abweisung der gegen sie gerichteten Klage führen müssen.
Der vom Kläger als übergangen gerügte Beweisantritt (Zeugin De. - Bd. IV Bl. 104 d.A.) ist gänzlich ungeeignet, eine Mitwirkung der Beklagten zu 2. an der Geburt des Klägers zu beweisen. Die Zeugin soll nur einen blauen Fleck gesehen haben. Dieser ergibt keinen Hinweis auf seinen Verursacher, sodass der Senat das Hämatom der Zeugin M. als wahr unterstellen kann.
2. Die Beklagte zu 1. haftet dem Kläger ebenso wenig auf Schadensersatz.
a) Das Landgericht hat zutreffend die Rechtswidrigkeit der vaginal durchgeführten Geburt verneint, weil die auf Seiten der Beklagten zu 1. handelnden Geburtshelfer die Zeugin M. nicht auf die Alternative der Schnittentbindung hinweisen mussten.
Kann eine Geburt vaginal erfolgen, bedarf es keiner Einwilligung der Mutter und dementsprechend keiner speziellen Risikoaufklärung (BGH NJW 1989, 1538, 1539; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 534, 535 m.w.N.). Die Geburt kann die Mutter nicht umgehen. Deshalb kommt es nicht auf die vom Kläger aufgegriffene Äußerung des Sachverständigen an, er hätte sich schon gewünscht, dass man mit der Zeugin M. über die sich aus die Fettleibigkeit ergebenden Risiken gesprochen hätte. Damit war außerdem nicht die Schulterdystokie gemeint, sondern der Sachverständige stellte auf andere Komplikationen ab, die die Geburt zum Risiko machten, sich aber auf den Geburtsvorgang und die Schädigung des Klägers nicht auswirkten.
Nur wenn die vaginale Geburt mit besonderen Risiken für den Kläger verbunden gewesen wäre, hätte die Zeugin M. im Interesse des Kindes unter Umständen über die unterschiedlichen Verläufe und Risiken der vaginalen und der Schnittentbindung aufgeklärt werden müssen (BGH, Urteil vom 12.11.1991, VI ZR 369/90 - zitiert in juris Rdn. 14; NJW 1992, 741, 742). Das Landgericht hat die hierzu in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze richtig dargestellt und kommt unter Berücksichtigung der eingeholten Sachverständigengutachten zum zutreffenden Ergebnis.
Weder der Sachverständige Prof. Dr. Re. noch der Sachverständige Prof. Dr. St. haben im Falle der Zeugin M. eine Schnittentbindung für indiziert gehalten. Auch das Fachgutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung Sachsen-Anhalt vom 23. 7. 2010 (K15), das der Kläger als übergangen rügt, nimmt die Position des Sachverständigen Prof. Dr. Re. ein, wonach weder primär noch sekundär eine Sectioindikation bestand.
Das hat auch der Sachverständige Prof. Dr. St. nochmals vor dem Senat betont. Es handelte sich auf Grund der offensichtlichen Fettleibigkeit der Mutter zweifelsohne um eine Risikoschwangerschaft. Nur wirkte das Risiko nach den Feststellungen des Sachverständigen St. in der mündlichen Verhandlung des Senats in eine andere Richtung, als sie der Kläger für sich in Anspruch nimmt. Es bestand die Gefahr anderer Erkrankungen, nicht aber vordringlich einer Schulterdystokie. Keinesfalls war hieraus die Konsequenz eines Kaiserschnitts zu ziehen.
Selbst wenn es, wie die Berufung (zu Unrecht - vgl. OLG Köln, Urteil vom 17.4.2002, 5 U 131/01- zitiert in juris Rdn. 17, 19 f.; OLG München NJOZ 2006, 3059, 3061 ff.) meint, gewichtige Gründe für eine Kaiserschnittentbindung gegeben hätte, stellte sich diese Operation im Vergleich zur vaginalen Geburt nur dann als verantwortbare Alternative dar, wenn Konstitution und Befindlichkeit der Mutter dies medizinisch erlaubten (BGH NJW 1989, 1538, 1539; 1993, 1524, 1525; 2004, 1452, 1454; 3703, 3704; NJW-RR 2011, 1173; VersR 2004, 645). Zum Fehlen dieser Voraussetzung haben sich die Sachverständigen Prof. Dr. Re. und Prof. Dr. St. mehrfach eindeutig geäußert. Gerade weil die Patientin, so der Sachverständige Prof. Dr. St., adipös war, musste die Sectio zurückgestellt werden und unterbleiben. Die Adipositas der Mutter bedeutete für diese ein extremes, an die Indikation der Schnittentbindung strengste Anforderungen stellendes und hier zur eher geringen Wahrscheinlichkeit einer Schulterdystokie des Klägers außer Verhältnis stehendes Operationsrisiko (so auch OLG München, Urteil vom 11.1.2007, 1 U 3974/99 - BeckRS 2007, 00705).
Auch unter isolierter Betrachtung der von der Berufung als Schnittentbindungsindikation gesehenen Makrosomie des Klägers hätten die Geburtshelfer der Beklagten zu 1. mit dem Außerachtlassen des Kaiserschnitts als Entbindungsalternative ex post betrachtet nichts falsch gemacht. Der Kläger wies ein Geburtsgewicht von 4.420 g auf. Die Aufklärung über die Möglichkeit der Sectio wird zumeist aber erst ab einem zu erwarteten Gewicht von mehr als 4.500 g verlangt (OLG Koblenz NJW-RR 2002, 310, 312; OLG Köln, Urteil vom 17.4.2002, 5 U 131/01 - zitiert in juris Rdn. 17; OLG Düsseldorf VersR 2003, 114; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.5.2007, 1 U 28/07 - BeckRS 2007, 18851; OLG Bamberg VersR 2009, 259, 260).

b) Das Landgericht konnte sich im Ergebnis seiner Beweisaufnahme nicht von der behaupteten fehlerhaften Geburtshilfe überzeugen.
Hierzu stellt die Kammer die im Verlaufe der Geburt des Klägers eingetretene Komplikation der Schulterdystokie (wenn auch nur eine leichte - nur kurzes Aufsetzen der Schulter auf der Symphyse) fest. Aus den Bekundungen der bei der Geburt anwesenden Zeugin Dr. H. lasse sich jedoch die Überzeugung gewinnen, dass der Komplikation ordnungsgemäß begegnet worden sei. Die Zeugin habe ausgesagt, sie hätte beim Vorliegen einer Schulterdystokie selbst Maßnahmen eingeleitet und dokumentiert. Da nach den Feststellungen des Sachverständigen die Komplikation sehr schnell beseitigt worden sein müsse, sei von einem schnellen Lösen der Schulter auszugehen. Den Bekundungen der Zeugin M. folge die Kammer eher nicht. Selbst wenn der sog. Kristellerhandgriff angewandt worden sein sollte, sei das nach den Feststellungen des Sachverständigen St. nicht zu jedem Zeitpunkt falsch gewesen. Die unzureichende Dokumentation verhelfe dem Kläger nicht zu Beweiserleichterungen. Denn es werde bestenfalls vermutet, dass die nicht dokumentierte Maßnahme auch nicht durchgeführt worden sei. Ein Beweis durch den ersten Anschein komme nicht zum Tragen. Ein nicht ausgeschalteter Wehentropf sei Spekulation.
Auch daraus ergeben sich konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.
Richtig ist, man kann nicht vom Scheitern der Behandlung und dem erlittenen Gesundheitsschaden auf den vom Kläger behaupteten Behandlungsfehler schließen. Die Unterschiedlichkeit der Abläufe im menschlichen Organismus und dessen oft nicht vorhersehbaren Reaktionen sind einem typischen Geschehen fern, sodass der Anscheinsbeweis nicht greift. Das gilt insbesondere für Nervenschädigungen. So hat sich auch der Sachverständige Prof. Dr. St. bereits in erster Instanz geäußert. Die Schädigung des Klägers lasse nicht auf einen Behandlungsfehler schließen; auch bei völlig sachgerechtem Vorgehen könne eine Schädigung des Kindes eintreten (schriftliche Ergänzungen des Gutachtens vom 2. 7. 2012 u. 13. 12. 2012, mündliche Erläuterung des Gutachtens vom 19. 2. 2013).
Die Entscheidung des Landgerichts leidet allerdings auch an dieser Stelle an dem bereits oben angesprochenen Verfahrensfehler bei der Verwertung der erstinstanzlichen Aussage der Zeugin M. . Eine erneute Vernehmung der Zeugin war schon angesichts des Abstellens der Kammer auf den Zeitpunkt des Kristellerhandgriffs geboten. Die Zeugin war hierzu nicht befragt worden. Erst nach ihrer Vernehmung stellte sich im Verlauf des weiteren Verfahrens die Zulässigkeit des Kristellerns bis zur Entwicklung des Kopfes heraus.
Die als fehlerhaft beanstandete ununterbrochene Gabe des Wehentropfes durfte das Landgericht nicht als Spekulation abtun. Wenn das Abstellen des Tropfes aus medizinischer Sicht zu dokumentieren war, wozu keine Feststellungen getroffen wurden, dann griffe die Vermutung, wonach eine nicht dokumentierte Handlung nicht vorgenommen wurde.
Unvollständig hat das Landgericht auch die Folgen einer unzureichenden Dokumentation erfasst. Lag, wovon die Kammer ausgeht, eine Schulterdystokie vor, mussten die aufgetretenen Schwierigkeiten der Schulterentwicklung und die zu ihrer Beseitigung getroffenen Maßnahmen dokumentiert werden (Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Rdn. D216 f., D403). Unter diesem Gesichtspunkt hat das Landgericht die Dokumentation ausdrücklich als mangelhaft bezeichnet. Dieser Mangel hätte fatale Folgen für den Kläger. Denn nach der angefochtenen Entscheidung gelänge ihm der Beweis seines Vorbringens und damit des Behandlungsfehlers nicht. Ist die gebotene ärztliche Dokumentation lückenhaft bzw. unzulänglich und erschwert dies dem Patienten die Aufklärung des Sachverhalts unzumutbar, kommen zugunsten des Patienten Beweiserleichterungen in Betracht (BGH NJW 1986, 2365, 2366). Dies hat im Einzelfall nicht nur zur Folge, dass der Tatrichter auf das Unterlassen nicht dokumentierter Maßnahmen schließen darf. Genauso kommt es in Betracht, den vom Patienten schlüssig geschilderten Ablauf als richtig zu unterstellen (OLG München, Urteil vom 18.09.2008, 1 U 4837/07 - BeckRS 2008, 20405; Martis/Winkhart, Rdn. D395). Kann infolge unterbliebener Dokumentation nicht mehr festgestellt werden, wie die Schulterdystokie gelöst wurde, so lässt sich bei typischen gesundheitlichen Folgen zugunsten des klagenden Kindes mit Wahrscheinlichkeit auf den dann von der Behandlungsseite zu widerlegenden Behandlungsfehler schließen (OLG München, Urteil vom 12.11.1998, 1 U 3671/97 - BeckRS 1998, 16441; Urteil vom 16.06.1999, 1 U 3549/98 - zitiert in juris Rdn. 56 f., 60 ff.; Urteil vom 8.07.2010, 1 U 4550/08 - BeckRS 2010, 17459; OLG Koblenz, Urteil vom 17.04.2002, 7 U 893/98 - BeckRS 2002, 30253997; Martis/Winkhart, Rdn. G843). Diesen Schluss hätte das Landgericht von seinem Standpunkt aus betrachtet erwägen müssen.
Der Sachverständige St. hat festgestellt, dass die Schulterdystokie schnell gelöst worden sein muss. Dem kann nicht ohne weiteres entnommen werden, dass dies ordnungsgemäß erfolgte. Genauso gut kann im Sinne der Aussage der Zeugin M. „kurzer Prozess“ gemacht worden sein. Geht also das Landgericht davon aus, dass man etwas getan hat bzw. getan haben muss und handelt es sich bei der Armplexusparese um eine typische Folge unsachgemäßen Vorgehens, wird man mangels anderweitiger aus der Dokumentation folgender Anhaltspunkte von einem fehlerhaften Bewältigen der Komplikation auszugehen

haben, zumal die Zeugin M. gerade keines der angezeigten Manöver (McRoberts, Woods/ Rubin), sondern nur das unter Umständen kontraindizierte Kristellern (OLG Düsseldorf VersR 2005, 654 - grober Behandlungsfehler) geschildert hat.
Das musste insgesamt zu erneuten Feststellungen des Senats zum Behandlungsablauf führen, womit auch die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen entfiel (BGH NJW 2014, 550, 551 f.).
c) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme des Senats ist den Geburtshelfern der Beklagten zu 1. kein feststellbarer für die Verletzungen des Klägers ursächlich gewordener Behandlungsfehler unterlaufen. Die Zeugin Mr. hat vielmehr in nicht vorwerfbarer Weise die eingetretene Schulterdystokie verkannt und lediglich als verzögertes Heraustreten der Schulter gewertet, was sie mit dem Begriff der erschwerten Schulterentwicklung in der Dokumentation unzutreffend zu beschreiben suchte, ohne dass sich der Senat von mehr als dem Abwarten der nächsten Wehen durch die Hebamme überzeugen kann.
Der Senat geht mit dem Sachverständigen Prof. Dr. St. vom Eintreten einer Schulterdystokie während der Pressperiode aus. Hierauf deuten der Vermerk einer erschwerten Schulterentwicklung in der Dokumentation der Beklagten zu 1. und die vom Kläger erlittenen Verletzungen hin. Schadensursächlich war damit ausschließlich ein mechanisches Problem und nur die zu dessen Bewältigung veranlassten medizinischen Maßnahmen kommen überhaupt als haftungsbegründender Behandlungsfehler in Betracht. Dazu gehört mit Sicherheit nicht das Unterlassen eines Kaiserschnitts. Der Sachverständige Prof. Dr. St. hat gegenüber dem Senat nochmals betont, bei der adipösen Patientin habe diese Maßnahme weit zurückgestellt werden müssen.
Wie schon vom Landgericht festgestellt, hat der Sachverständige Prof. Dr. St. in Bezug auf den Kläger angesichts des dokumentierten Behandlungsgeschehens keine Fehler bei der Geburtshilfe erkennen können. Weder eine Schulterdystokie noch die aufgetretenen Verletzungen des Klägers ließen auf eine fehlerhafte Geburtsleitung schließen. Die Geburt habe ordnungsgemäß ohne medizinische Defizite stattgefunden.
Den Vermerk der erschwerten Schulterentwicklung deutet der Sachverständige als Hinweis auf die eingetretene Schulterdystokie. Als potentielle Fehler bei der Entwicklung des Klägers hat er hieran anschließend die fehlende Anwesenheit eines Arztes, das nicht dokumentierte Abstellen des Wehentropfes und das vom Kläger behauptete Kristellern genannt. Solche Behandlungsfehler sind den Geburtshelfern der Beklagten zu 1. aber nicht unterlaufen, dann sie sind Folge und Bestandteil eines nicht vorwerfbaren Diagnoseirrtums, womit auch die Dokumentation richtig ist, weil sie genau dies verlautbart.
Die Zeugin Mr. hat ausgesagt, nach 19.30 Uhr alle Eintragungen in die Dokumentation vorgenommen zu haben. Den Begriff der erschwerten Schulterentwicklung habe sie dann verwendet, wenn sich die Schulter nicht gleichzeitig mit der Wehe, die den Kopf hervorbringe, entwickelte, man also noch die nächste oder übernächste Wehe habe abwarten müssen. Hier könne sie auch die Umschlingung durch die Nebelschnur gemeint haben. Eine Schulterdystokie habe jedenfalls nicht vorgelegen, weil sie diese vermerkt und einen Arzt hinzugezogen hätte. Nach ihrer Dokumentation sei kein Manöver notwendig gewesen, es sei in Kürze zur Spontangeburt gekommen. Alles andere wäre von ihr vermerkt worden.
Angesichts dieser Aussage, die der Senat in Bezug auf die Dokumentationspraxis der Zeugin für glaubhaft hält, hat der Sachverständige ausgeführt, es sei sogar wahrscheinlich, dass sich die Geburt aus Sicht der Zeugin Mr. so wie dokumentiert zugetragen und die Zeugin die Dystokie übersehen bzw. nicht bemerkt habe. Schließlich sei dann auch alles sehr schnell gegangen. Es gebe leichte Fälle der Schulterdystokie, die sich mit der nächsten Wehe lösten. Genau dies will die Zeugin Mr. nach ihren Bekundungen dokumentiert haben. Die Praxis verwende, so der Sachverständige, den Begriff der erschwerten Schulterentwicklung für solche vermeintlichen Zwischenstufen hin zu Dystokie, was begrifflich falsch, aber nicht auszurotten sei. Hier habe die Zeugin Mr. in keiner Weise so reagiert, als habe sie das Problem erkannt. Danach ist der Zeugin zur Überzeugung des Senats ein Diagnoseirrtum unterlaufen, was im Ergebnis der Beweisaufnahme der Kläger ausweislich des Schriftsatzes vom 26. 3. 2014 nicht anders zu sehen scheint. Die beim Kläger eingetretenen Schäden stehen dem nicht entgegen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen müssen die hierfür ursächlichen Kräfte nicht von den Geburtshelfern stammen.
Eine solche Fehlinterpretation des Geburtsverlaufs kann, wie jeder andere Diagnoseirrtum auch, nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden, wenn er nämlich aus medizinischer Sicht eines gewissenhaften Geburtshelfers nicht vertretbar erscheint. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. St. festgestellt, das Verkennen der Situation sei nicht als Fehler zu werten. Dem schließt sich der Senat unter Berücksichtigung der zügigen Entwicklung des Klägers nach dem für 20.00 Uhr dokumentierten Einschneiden des Kopfes an.
War das Verkennen der Schulterdystokie kein vorwerfbarer Diagnosefehler, können auch die darauf beruhenden objektiven Fehler bei der Geburtshilfe dem Personal der Beklagten zu 1. nicht vorgeworfen werden (Martis/Winkhart Rdn. D17 m.w.N.). Es bleibt ein Fehler in der Diagnose, wenn auf Grund der falschen Interpretation von Befunden aus berufsfachlicher Sicht eines Facharztes gebotene therapeutische oder diagnostische Maßnahmen nicht ergriffen werden (BGH NJW 2011, 1672, 1673). Deshalb muss die Beklagte zu 1. nicht für die unterlassene Unterbrechung der Wehenförderung, das Fehlen eines Arztes

im Kreißsaal oder die Anwendung des Kristellerhandgriffs einstehen. Zu Letzterem bleibt allerdings festzuhalten, dass der Senat das Kristellern nicht als erwiesen erachtet.
Weitere zum Diagnoseirrtum führende Fehler sieht der Senat nicht. Nach dem Vorbringen des Klägers war bei der Austreibung kein Facharzt anwesend. Auch der Senat interpretiert die Aussagen der Zeuginnen Dr. H. und Mr. sowie die Dokumentation in diesem Sinne. Die Schilderung der Zeugin Mr. legt diese Sicht nahe, denn danach agierte die Zeugin ab 19.30 Uhr allein und bis dahin hatte Frau Dr. H. das eigene Eingreifen in den Geburtsverlauf stets selbst dokumentiert. Den Untersuchungen der Zeugin M. durch Frau Dr. H. mag auch die Erwähnung der Oberärztin durch die Zeugin Mr. am Ende des Protokolls geschuldet gewesen sein. Eine haftungsrechtliche Anknüpfung ergibt sich daraus nicht, insbesondere muss der Senat nicht klären, ob möglicherweise die Anwesenheit eines Facharztes die Fehlinterpretation des Geburtsverlaufs in der Austreibungsperiode durch die Hebamme verhindert hätte. Während der Austreibung musste kein Facharzt anwesend sein.
Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. St. war die Zeugin M. als Risikoschwangere zwar fachärztlich zu betreuen. Eine ununterbrochene Anwesenheit eines Facharztes im Kreißsaal war aber erst von dem nicht erkannten Moment an zu fordern, als die Geburt infolge der Dystokie aktiv hätte unterstützt werden müssen. Mit anderen Worten, die Kompetenz der Hebamme endete erst mit der Feststellung der Schulterdystokie (OLG Stuttgart VersR 1994, 1114). Bis dahin hatte die Zeugin Dr. H. die Zeugin M. nach dem dokumentierten Geschehen und ihren auf der eigenen Handschrift beruhenden Bekundungen zumindest dreimal im Kreißsaal untersucht. Es besteht danach auch kein Anlass, wie der Kläger meint, die Hebamme insgesamt für unzuständig zu halten.
Befunderhebungsfehler, die zur falschen Diagnose geführt haben, hat der Sachverständige verneint. Er hat in Auseinandersetzung mit den vom Kläger als unterlassen gerügten diagnostischen Maßnahmen festgestellt, er wisse nicht, welche Untersuchung man zur günstigeren Beeinflussung des Geburtsverlaufs noch hätte durchführen können. Möglich waren Ultraschall und CTG. Beides wurde veranlasst. Mit einem durchgängigen CTG konnte nach den Feststellungen des Sachverständigen dem aufgetretenen mechanischen Problem nicht begegnet werden. Laboruntersuchungen waren angesichts des kurzen Zeitraums zwischen Blasensprung und Geburt nicht notwendig. Weitere Möglichkeiten zur Ermittlung des Kindsgewichts bestanden nicht, zumal sowieso die Fetometrie angesichts der Adipositas der Mutter keine Aussagekraft besaß. Die Ermittlung des dritten Wertes im Ultraschall (Oberschenkelknochen) hätte keinen richtungweisenden Befund geliefert, weil es dabei maximal um 100 g gegangen wäre. Auch die Beckenmaße der Mutter sind nicht geeignet, den Geburtsverlauf im Hinblick auf eine Schulterdystokie zu prognostizieren. Eine vaginale Ultraschalluntersuchung wird unter der Geburt nicht durchgeführt.
Entgegenstehendes hat der Kläger nicht bewiesen. Die Aussage der Zeugin M. lässt sich auch in zweiter Instanz mit dem Geburtsprotokoll nicht in Übereinstimmung bringen. Sie ist für sich und im Zusammenhang mit weiteren Hilfstatsachen auch nicht geeignet, die Dokumentation zu erschüttern. Im Grunde verbleiben die bereits oben angesprochenen Zweifel, die noch dadurch verstärkt werden, dass der Kläger einerseits die Anwesenheit der Beklagten zu 2. im Kreißsaal behauptet, andererseits allerdings beanstandet, die Geburt habe ohne fachärztliche Begleitung stattgefunden, beides aber nicht in die Form von Haupt- und Hilfsvorbringen kleidet. Ersichtlich greift das Klagevorbringen im Verlaufe des Rechtsstreits mit den Behauptungen weiterer Fehlleistungen der Ärzte auch immer wieder auf durch Gerichte bereits entschiedene Fälle zurück. Selbst die in der mündlichen Verhandlung anwesende sorgeberechtigte Pflegeperson war nach dem Eindruck des Senats vertieft mit der Materie und den sich daraus ergebenden haftungsrechtlichen Möglichkeiten vertraut. Das Vorbringen des Klägers zum Geburtsvorgang lässt sich zudem nur durch eine vorprozessuale Kontaktaufnahme und Befragung der Zeugin M. erklären. Der Senat kann es daher nicht ausschließen, dass die Aussage der Zeugin M. nicht dem wirklichen Geschehen entspricht, sondern von dem Wunsch getragen ist, durch positive Beantwortung möglicherweise suggestiv an sie herangetragener Fragestellungen dem Sohn zu einem Schadensersatzanspruch zu verhelfen. Gerade das Mutter-Kind-Verhältnis darf der Senat nicht ignorieren, auch wenn Frau M. rechtlich betrachtet als Zeugin aussagen durfte.
Danach kann es bereits dahinstehen, ob sich aus vom Kläger behaupteten Lücken in der Dokumentation Beweiserleichterungen ergeben könnten. Der Senat hält die Schilderung der Geburt durch den Kläger schon nicht für glaubhaft und den Diagnoseirrtum der Hebamme für bewiesen. Das behauptete und unter Zeugenbeweis gestellte Hämatom auf dem Bauch der Zeugin M. ist als Indiz nicht geeignet, den Schluss auf die Verwendung des Kristellerhandgriffs und damit möglicherweise auf einen anderen Verlauf zu rechtfertigen. Allein das Vorhandensein eines apfelgroßen Hämatoms (vgl. Aussage der Zeugin M. vor dem Landgericht vom 24. 3. 2009) macht keine zuverlässigen Schlüsse auf dessen Ursache und Entstehungszeitpunkt möglich.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2, 709 Satz 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 (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der Streitwert für den Berufungsrechtszug ist nach §§ 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, 43 Abs. 1, 42 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 a.F., 45 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 1 GKG; § 3 ZPO festgesetzt. Von einer Abänderung der zum Antrag zu Ziff. 3 nicht ganz richtigen Streitwertentscheidung des Landgerichts (Anwendung von § 9 ZPO statt des erst durch Art. 3 Abs. 1 Nr. 16 Bst. a) 2. KostRModG aufgehobenen § 42 Abs. 1 GKG a.F.) hat der Senat abgesehen, weil dies zu keiner anderen Gebührenstufe (bis 80.000,00 EUR) führen würde.

152. BGH, Urteil vom 10.04.2014 – III ZR 335/13 – * Entschädigung für eine unangemessene Verfahrensdauer in einem Arzthaftungsprozess: Unverzüglichkeit der Verzögerungsrüge in einem Übergangsfall; Entschädigungsanspruch bei verspäteter Verzögerungsrüge; Ausschluss einer Entschädigung bei geringfügigen Verzögerungen in einzelnen Verfahrensabschnitten

Leitsatz

1. Zur Unverzüglichkeit einer Verzögerungsrüge in einem Verfahren, das bei Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜGRG) bereits verzögert war.
2. Wird die Verzögerungsrüge gemäß Art. 23 Satz 2 ÜGRG nicht unverzüglich erhoben, besteht ein Entschädigungsanspruch nach § 198 GVG erst vom Rügezeitpunkt an (Umkehrschluss aus Art. 23 Satz 3 ÜGRG).
3. Geringfügige Verzögerungen in einzelnen Verfahrensabschnitten, die gegenüber der Gesamtverfahrensdauer nicht entscheidend ins Gewicht fallen, sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen.

Orientierungssatz

Soweit Art. 23 Satz 2 ÜGRG die unverzügliche Erhebung der Verzögerungsrüge nach Inkrafttreten der Entschädigungsregelung verlangt, ist kein sofortiges Handeln geboten. Vielmehr muss dem Betroffenen eine angemessene Prüfungs- und Überlegungsfrist eingeräumt werden, um entscheiden zu können, ob er seine Rechte durch eine Verzögerungsrüge wahren muss. Eine Drei-Monats-Frist ist erforderlich, um den Anforderungen des Art. 13 EMRK zu entsprechen, aber auch ausreichend, damit Betroffene in allen Fällen prüfen können, ob eine entschädigungspflichtige Verzögerung bereits eingetreten und eine Rügeerhebung deshalb geboten ist.
Fortführung BGH, 17.07.2014, Az: III ZR 228/13
Vergleiche BFH, 17.06.2014, Az: X K 7/13

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10.07.2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.
Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger macht gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Entschädigung für immaterielle Nachteile wegen überlanger Dauer eines Arzthaftungsprozesses geltend.
In dem noch nicht abgeschlossenen Ausgangsverfahren nimmt der Kläger mit seiner am 20.12.2006 beim Landgericht eingereichten Klage einen Arzt auf Schmerzensgeldzahlung in Höhe von 15.000 € sowie Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden im Zusammenhang mit einer am 29.04.2004 durchgeführten Knieoperation in Anspruch.
Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschloss das Landgericht am 20.11.2007 die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens. Der beauftragte Sachverständige Dr. B. erstellte sein Gutachten unter dem 16.12.2008 und ergänzte es mit Stellungnahme vom 18.06.2010 im Hinblick auf Fragen und Einwände des beklagten Arztes. Widersprüche zwischen dem gerichtlichen Gutachten und einem außergerichtlich erstellten Gutachten führten dazu, dass das Landgericht mit Beweisbeschluss vom 23.12.2010 ein Obergutachten in Auftrag gab, dessen Fertigstellung der neue Sachverständige Prof. Dr. G. bis Ende03.2011 in Aussicht stellte.
Auf Sachstandsanfrage des Landgerichts vom 23.05.2011 beanstandete der Sachverständige das Fehlen der dem Erstgutachter überlassenen Röntgenbilder, obwohl sich diese - wie sich später herausstellte - in der bereits am 26.01.2011 übersandten Gerichtsakte befanden. Für die folgenden sechs Monate sind

keine prozessleitenden Anordnungen des Gerichts dokumentiert. Die Nachforschungen der Geschäftsstelle nach dem Verbleib der Röntgenbilder blieben erfolglos. Zudem ging das umfangreiche Post enthaltende Aktenretent verloren. Mit Schreiben vom 7.12.2011 teilte das Landgericht dem Sachverständigen Prof. Dr. G. mit, dass eine Nachfrage bei den Parteien und bei Dr. B. ergeben habe, dass Röntgenbilder dort nicht vorhanden seien, und bat ihn zugleich um erneute Prüfung, ob die Röntgenbilder seinerzeit mit der Gerichtsakte übersandt worden seien. Der Sachverständige reagierte nicht. Sachstandsanfragen des Klägers an das Landgericht vom 28. Februar, 25.05.und 12.07.2012 blieben unbeantwortet. Mit Anwaltsschriftsatz vom 7.08.2012 erhob der Kläger "Verzögerungsrüge gemäß § 198 GVG". Nachdem das Landgericht den Sachverständigen daraufhin unter dem 22.10.2012 um Rückgabe der Akten gebeten und diese Mitte11.2012 erhalten hatte, teilte es dem Kläger mit Schreiben vom 24.01.2013 mit, dass die vermissten Röntgenbilder in den Akten aufgefunden worden seien. Gleichzeitig übersandte es die Akten an den Sachverständigen Prof. Dr. G. mit der Bitte um bevorzugte Bearbeitung.
Noch bevor der Sachverständige sein Gutachten unter dem 27.05.2013 erstellt hatte, reichte der Kläger am 14.03.2013 die vorliegende Entschädigungsklage beim Oberlandesgericht ein.
Der Kläger hat geltend gemacht, das Verfahren sei bislang um sechs Jahre verzögert, weil der Rechtsstreit bereits seit dem Erstgutachten des Sachverständigen Dr. B. entscheidungsreif gewesen sei. Die ihm zustehende Entschädigung für immaterielle Nachteile betrage auf der Basis des gesetzlichen Regelsatzes 7.200 €.
Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung für immaterielle Nachteile von 900 € verurteilt. Außerdem hat es festgestellt, dass die Verfahrensdauer über den bei der zugesprochenen Entschädigung bereits berücksichtigen Zeitraum hinaus bisher um weitere vier Monate unangemessen war. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.
Mit seiner vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und zur Abweisung der Entschädigungsklage in vollem Umfang.
I.
Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
Nach Art. 23 Satz 1 Halbsatz 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (im Folgenden: ÜGRG) vom 24.11.2011 (BGBl. I S. 2302) sei die Entschädigungsregelung der §§ 198 ff GVG auf den noch beim Landgericht anhängigen Rechtsstreit anwendbar. Die Entschädigungsklage sei als Teilklage zulässig und teilweise begründet. Das Ausgangsverfahren weise bislang eine unangemessene und irreparable Dauer von insgesamt 13 Monaten auf.
In dem Zeitraum von Ende05.2011 bis Anfang12.2011 liege eine Verzögerung von vier Monaten vor. Für die (erfolglosen) Nachforschungen bei den Parteien und dem Sachverständigen Dr. B. nach dem Verbleib der vermeintlich fehlenden Röntgenbilder habe das Landgericht rund sechs Monate benötigt, während der hierfür noch als vertretbar anzusehende Zeitrahmen mit zwei Monaten anzusetzen sei.
Der nächste sachgerechte Verfahrensschritt sei mit der gerichtlichen Anfrage bei Prof. Dr. G. vom 7.12.2011 erfolgt. Das Landgericht habe jedoch nicht für eine umgehende Erledigung der Bitte um nochmalige Durchsicht der Akten gesorgt. Vielmehr habe der Kammervorsitzende erst mehr als zehn Monate später und zweieinhalb Monate nach Erhebung der Verzögerungsrüge die Akten am 22.10.2012 von Prof. Dr. G. zurückgefordert. Bei sachgerechtem Vorgehen hätte das Landgericht den Verbleib der Röntgenbilder bis Ende01.2012 klären können. Das Verfahren sei daher in diesem Abschnitt um weitere neun Monate verzögert worden.
Für die Folgezeit sei keine weitere Verzögerung festzustellen. Das Landgericht habe sich um eine bevorzugte Erledigung des Gutachtenauftrags bemüht. Dementsprechend habe der Sachverständige das Gutachten bereits im05.2013 fertig gestellt.
Die bisher eingetretene Verzögerung von insgesamt 13 Monaten könne bis zum Abschluss des landgerichtlichen Verfahrens nicht mehr kompensiert werden. Die voraussichtliche Gesamtdauer der ersten Instanz von fast sieben Jahren stelle sich bereits jetzt als unangemessen lang dar.
Hinsichtlich der Verzögerung von vier Monaten, die bis zum Inkrafttreten der neuen Entschädigungsregelung am 3.12.2011 erfolgt sei, sei ein Entschädigungsanspruch des Klägers jedoch ausgeschlossen, weil die Verzögerungsrüge nicht unverzüglich im Sinne von Art. 23 Satz 2 ÜGRG erhoben worden sei. Insoweit sei jedoch nach § 198 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 GVG die unangemessene Verzögerung des Verfahrens festzustellen.
Für die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erfolgte Verzögerung von neun Monaten sei die regelmäßige Entschädigung von 100 € je Monat gemäß § 198 Abs. 2 Satz 3 GVG zuzubilligen. Art. 23 Satz 3 ÜGRG stehe dem nicht entgegen. Denn diese Vorschrift sei dahin auszulegen, dass das Unterlassen einer unverzüglichen Erhebung der Verzögerungsrüge einen Entschädigungsanspruch nur wegen des Zeitraums

ausschließe, der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liege. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs wahre die unverzüglich nachgeholte Verzögerungsrüge den Anspruch aus § 198 GVG so, als ob bereits zu dem in § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG festgelegten Zeitpunkt gerügt worden wäre (BT-Drucks. 17/3802 S. 31). Dann aber dürften dem Betroffenen auch umgekehrt aus der Unterlassung der unverzüglichen Rügeerhebung keine weitergehenden Nachteile entstehen, als sie ihm entstanden wären, wenn das Institut der Verzögerungsrüge des § 198 Abs. 3 GVG bereits früher - als sich das Ausgangsverfahren vor Inkrafttreten des Gesetzes verzögert oder zu verzögern gedroht habe - bestanden hätte. Im Hinblick auf den in § 198 Abs. 3 Satz 2 genannten Zeitpunkt ("Anlass zur Besorgnis, dass das Verfahren nicht in einer angemessenen Zeit abgeschlossen wird") sei jedoch die Verspätung der Rüge grundsätzlich unschädlich, da die Geduld eines Verfahrensbeteiligten nicht "bestraft" werden solle (BT-Drucks. 17/3802 S. 21).

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Für den Zeitraum bis zur Erhebung der Verzögerungsrüge am 7.08.2012 steht dem Kläger kein Entschädigungsanspruch wegen überlanger Verfahrensdauer gemäß § 198 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GVG zu, weil es an einer unverzüglichen Rüge nach Art. 23 Satz 2 ÜGRG fehlt und in diesem Fall vor dem Rügezeitpunkt liegende Entschädigungsansprüche nach Art. 23 Satz 3 ÜGRG präkludiert sind.

a) Zutreffend ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass die Entschädigungsregelung bei überlanger Verfahrensdauer (§§ 198 ff GVG) nach der Übergangsvorschrift des Art. 23 Satz 1 Halbsatz 1 ÜGRG auf den Streitfall Anwendung findet. Danach gilt dieses Gesetz auch für Verfahren, die bei seinem Inkrafttreten am 3.12.2011 (gemäß Art. 24 ÜGRG) bereits anhängig waren. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Das am 20.12.2006 eingeleitete Ausgangsverfahren war zum maßgeblichen Stichtag weder rechtskräftig abgeschlossen noch anderweitig erledigt.

b) Die Entschädigungsklage konnte auch schon während des noch andauernden Ausgangsverfahrens erhoben werden. Aus § 198 Abs. 5 Satz 1 GVG folgt, dass lediglich die hier unproblematische Wartefrist von sechs Monaten nach Erhebung der Verzögerungsrüge gewahrt sein muss. Der Abschluss des Ausgangsverfahrens ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung. Dadurch hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass der Anspruch auf ein zügiges Verfahren schon vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens verletzt werden kann und insoweit auch ein Entschädigungsanspruch in Betracht kommt (BT-Drucks. 17/3802 S. 22). Verfahrensrechtlich handelt es sich bei der Klage während des noch andauernden Ausgangsverfahrens regelmäßig um eine Teilklage, weil Entschädigung nur für einen bestimmten Abschnitt des Gesamtverfahrens verlangt wird (Ott in Steinbeiß-Winkelmann/Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, § 198 GVG Rn. 52, 252). Diese setzt voraus, dass unabhängig vom weiteren Verlauf des Ausgangsverfahrens bereits eine Entscheidung über den Entschädigungsanspruch getroffen werden kann. Dementsprechend müssen die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs nach § 198 Abs. 1 Satz 1 GVG vollständig erfüllt sein. Eine unangemessene und unumkehrbare Verzögerung des Ausgangsverfahrens sowie endgültig eingetretene Nachteile müssen feststehen. Daneben ist der Betroffene gehalten (haftungsbegründende Obliegenheit), eine Verzögerungsrüge nach § 198 Abs. 3 Satz 1 und 2 GVG wirksam zu erheben (Senatsurteil vom 23.01.2014 - III ZR 37/13, NJW 2014, 939 Rn. 27 ff). Für den frühestmöglichen Rügetermin verlangt das Gesetz einen (konkreten) Anlass zu der Besorgnis, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit abgeschlossen werden kann.

c) Wird die Entschädigungsregelung - wie hier - nach Art. 23 Satz 1 Halbsatz 1 ÜGRG auf Altfälle angewandt, die am 3.12.2011 bereits anhängig, aber noch nicht abgeschlossen waren, wird das Recht der Verzögerungsrüge durch Art. 23 Satz 2 und 3 ÜGRG an die Besonderheiten dieser Verfahrenskonstellation angepasst (BT-Drucks. 17/3802 S. 31). Bei Verfahren, die beim Inkrafttreten der Regelung schon verzögert sind, muss die Verzögerungsrüge unverzüglich erhoben werden. Geschieht dies, so wahrt die Rüge den Anspruch aus § 198 GVG rückwirkend in vollem Umfang, das heißt so, als ob bereits zu dem in § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG festgelegten Zeitpunkt gerügt worden wäre (Ott aaO Art. 23 ÜGRG Rn. 4, 6). Die Verzögerungsrüge des Klägers vom 7.08.2012 ist nicht unverzüglich nach Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erhoben worden, obwohl das Verfahren zu diesem Zeitpunkt, was das Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, bereits um vier Monate verzögert war. Es wäre erforderlich gewesen, die Rüge binnen eines Zeitraums von längstens drei Monaten zu erheben.

"Unverzüglich" bedeutet nach der Gesetzesbegründung "ohne schuldhaftes Zögern" (BT-Drucks. 17/3802 S. 31). Damit wird die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB in Bezug genommen, die nach allgemeiner Auffassung auch über die Fälle des § 121 BGB hinaus gilt (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 121 Rn. 3).

Soweit Art. 23 Satz 2 ÜGRG die unverzügliche Erhebung der Verzögerungsrüge nach Inkrafttreten der Entschädigungsregelung verlangt, ist kein sofortiges Handeln geboten. Vielmehr muss dem Betroffenen eine angemessene Prüfungs- und Überlegungsfrist eingeräumt werden, um entscheiden zu können, ob er seine Rechte durch eine Verzögerungsrüge wahren muss. Die von der Rechtsprechung zu § 121 BGB herausgebildete Obergrenze von zwei Wochen (dazu Palandt/Ellenberger aaO) beziehungsweise die

zweiwöchige gesetzliche Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB stellen insoweit einen zu engen Maßstab dar (vgl. BSG, NJW 2014, 253 Rn. 29; BFH, BeckRS 2013, 96642 Rn. 33, 35, 39, 42; OLG Bremen, NJW 2013, 2209, 2210; NJW 2013, 3109, 3110; OLG Karlsruhe, BeckRS 2013, 07833). Bei der Bemessung der gemäß Art. 23 Satz 2 ÜGRG angemessenen Überlegungsfrist ist vor allem der Zweck des Gesetzes in den Blick zu nehmen, durch die Einräumung eines Entschädigungsanspruchs gegen den Staat bei überlanger Verfahrensdauer eine Rechtsschutzlücke zu schließen und eine Regelung zu schaffen, die sowohl den Anforderungen des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG) als auch denen der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 6 Abs. 1, Art. 13 EMRK) gerecht wird (BT-Drucks. 17/3802 S. 15). Es kommt hinzu, dass das Gesetz nur einen Tag vor seinem Inkrafttreten verkündet worden ist (Art. 24 ÜGRG). Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, den Begriff der "Unverzüglichkeit" in Art. 23 Satz 2 ÜGRG weit zu verstehen. Eine zu kurze, wirksamen Rechtsschutz in Frage stellende Frist wäre mit den Erfordernissen eines effektiven Menschenrechtsschutzes nur schwer vereinbar. Der erkennende Senat hält deshalb in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (aaO Rn. 46) eine Drei-Monats-Frist für erforderlich, um den Anforderungen des Art. 13 EMRK zu entsprechen, aber auch für ausreichend, damit Betroffene in allen Fällen prüfen können, ob eine entschädigungspflichtige Verzögerung bereits eingetreten und eine Rügeerhebung deshalb geboten ist.
Diese großzügig bemessene Frist hat der Kläger mit seiner am 7.08.2012 eingegangenen Verzögerungsrüge deutlich verfehlt.
d) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts führt die gemäß Art. 23 Satz 2 ÜGRG verspätete Verzögerungsrüge dazu, dass Entschädigungsansprüche wegen überlanger Verfahrensdauer nicht nur bis zum Inkrafttreten des Gesetzes, sondern bis zum tatsächlichen Rügezeitpunkt präkludiert sind. Der Kläger kann deshalb für die vom Oberlandesgericht bis zum 7.08.2012 angenommene Verzögerung von elf Monaten (vier Monate bis zum Inkrafttreten des Gesetzes am 3.12.2011 und weitere sieben Monate bis zur Erhebung der Verzögerungsrüge) keine Entschädigung verlangen.
Für dieses Ergebnis sprechen sowohl der Wortlaut und die Systematik des Art. 23 Satz 2 und 3 ÜGRG als auch die Gesetzgebungsgeschichte sowie der Zweck der Regelung.
aa) Gemäß Art. 23 Satz 2 ÜGRG muss die Verzögerungsrüge unter den dort genannten Voraussetzungen "unverzüglich nach Inkrafttreten erhoben" werden. Daran anknüpfend bestimmt Art. 23 Satz 3 ÜGRG, dass in diesem Fall die Verzögerungsrüge einen Anspruch nach § 198 GVG auch für den "vorausgehenden Zeitraum" wahrt. Damit ist ersichtlich der Zeitraum gemeint, der bis zur Erhebung der Verzögerungsrüge verstrichen ist. Die Revision macht zu Recht geltend, dass sich der Satzbestandteil des "vorausgehenden Zeitraums" nach Wortlaut und Stellung unmittelbar auf die "Erhebung der Verzögerungsrüge" bezieht. Im Umkehrschluss folgt aus Art. 23 Satz 3 ÜGRG, dass bei verspäteter Rüge Entschädigungsansprüche nach § 198 GVG erst vom Rügezeitpunkt an entstehen können und für die Zeit davor Präklusion eintritt. Dieses Verständnis der Regelung entspricht auch der wohl einhelligen Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur (vgl. nur OLG Bremen, NJW 2013, 2209, 2210 und NJW 2013, 3109, 3110 mit eindeutigen Ausführungen in den Entscheidungsgründen und lediglich missverständlich gefassten Leitsätzen; OLG Karlsruhe, BeckRS 2013, 07833; LSG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2013, 72538 und BeckRS 2013, 72539; Heine, MDR 2013, 1147; Ott aaO § 198 GVG Rn. 196 und Art. 23 ÜGRG Rn. 6).
bb) Soweit das Oberlandesgericht darauf abstellen will, dass im Falle des § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG eine Verspätung der Rüge grundsätzlich nicht relevant sei (dazu Ott aaO § 198 GVG Rn. 194 unter Hinweis auf BT-Drucks. 17/3802 S. 21, 35 u. 41) und im Anwendungsbereich des Art. 23 Satz 3 ÜGRG nichts anderes gelten könne, wird außer Acht gelassen, dass beide Vorschriften unterschiedliche Anknüpfungspunkte haben und sich nach Sinn und Zweck grundlegend unterscheiden.
§ 198 Abs. 3 Satz 2 GVG regelt den Zeitpunkt, zu dem die Verzögerungsrüge frühestens wirksam erhoben werden kann. Maßgeblich ist danach der Anlass zur Besorgnis, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit abgeschlossen wird (Ott aaO § 198 GVG Rn. 186, 188). Die Verzögerungsrüge muss lediglich im laufenden Ausgangsverfahren erhoben werden, ohne dass ein Endtermin bestimmt und damit eine Frist für die Rüge festgelegt wird. Da nach dem Willen des Gesetzgebers die Geduld eines Verfahrensbeteiligten nicht bestraft werden soll (BT-Drucks. 17/3802 S. 21, 41), ist es nach § 198 Abs. 3 Satz 1 GVG grundsätzlich unerheblich, wann die Rüge nach dem in § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG bestimmten Zeitpunkt eingelegt wird. Dadurch soll das gesetzgeberische Ziel, keinen Anreiz für verfrühte Rügen zu schaffen, verwirklicht werden (Marx in Marx/Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, § 198 GVG Rn. 135; Ott aaO § 198 GVG Rn.194).
Davon abweichend ist Anknüpfungspunkt für die Übergangsregelung des Art. 23 Satz 2 und 3 ÜGRG der spätestmögliche Zeitpunkt, zu dem eine Verzögerungsrüge erhoben werden muss (Ott aaO Art. 23 ÜGRG Rn. 4). Der für § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG maßgebliche Gesichtspunkt, dass die Geduld eines Verfahrensbeteiligten nicht bestraft werden soll, spielt hier keine Rolle. Vielmehr muss der Betroffene innerhalb einer angemessenen Prüfungsfrist entscheiden, ob er die Verzögerungsrüge zur Rechtswahrung wegen bereits eingetretener Verzögerungen erhebt. Dies rechtfertigt es, dass bei nicht rechtzeitiger Rüge Ansprüche erst vom Rügezeitpunkt an begründet werden (vgl. Ott aaO § 198 GVG Rn. 196).

cc) Dieses Verständnis der Übergangsvorschrift wird durch die Entstehungsgeschichte der Entschädigungsregelung zusätzlich gestützt. In dem Referentenentwurf vom 15.03.2010 (abgedruckt bei Steinbeiß-Winkelmann/Ott aaO Anhang 5 S. 410 ff) wurde noch davon ausgegangen, dass ein Entschädigungsanspruch nur in Betracht komme, "soweit" die Verzögerungsrüge rechtzeitig zu dem in § 198 Abs. 3 Satz 2 GVG genannten Zeitpunkt erhoben werde, und dass die Entschädigung für den davor liegenden Zeitraum ausgeschlossen sei. Eine verspätete Rüge sollte dementsprechend zu einem Anspruchsverlust führen (Ott aaO § 198 GVG Rn. 194; Steinbeiß-Winkelmann aaO Einführung Rn. 224, 316).
Die mit Art. 23 Satz 2 und 3 ÜGRG übereinstimmende Übergangsregelung in Art. 16 Satz 3 und 4 ÜGRG-RefE knüpfte daran an und sah bei einer verspäteten Rüge eine Kürzung des Entschädigungsanspruchs für den vor der Rüge liegenden Zeitraum vor (siehe auch Ott aaO § 198 GVG Rn. 196). Diese Bestimmung ist - anders als § 198 Abs. 3 Satz 1 und 2 GVG - im weiteren Gesetzgebungsverfahren inhaltlich nicht mehr verändert worden.
2. Für den Zeitraum bis zur Erhebung der Verzögerungsrüge vom 7.08.2012 scheidet auch eine Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer nach § 198 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 GVG aus. Nach dieser Vorschrift ist ein Feststellungsausspruch zur Verfahrensverzögerung trotz fehlenden Entschädigungsanspruchs nach dem Ermessen des Gerichts möglich, wenn eine oder mehrere Voraussetzungen des § 198 Abs. 3 GVG nicht erfüllt sind. Da die Präklusionswirkung des Art. 23 Satz 3 ÜGRG jedoch nicht nur den Anspruch auf Geldentschädigung, sondern ohne Einschränkung alle Formen der Wiedergutmachung nach § 198 GVG erfasst, soweit sie sich auf Verzögerungen vor Rügeerhebung beziehen, findet § 198 Abs. 4 GVG im Streitfall keine Anwendung. Die Versäumung der Rügefrist hat zur Folge, dass die Angemessenheit der Verfahrensdauer vom Entschädigungsgericht nicht mehr überprüft wird.
3. Es kann dahin stehen, ob der Zeitraum von rund zwei Monaten zwischen der Erhebung der Verzögerungsrüge und der Rückforderung der Akten von dem Sachverständigen Prof. Dr. G. am 22.10.2012 - wie das Oberlandesgericht meint - sachlich nicht mehr gerechtfertigt war. Denn eine solche Verfahrenslücke wäre entschädigungsrechtlich ohne Relevanz.
Durch die Anknüpfung des gesetzlichen Entschädigungsanspruchs nach § 198 GVG an die Verletzung konventions- und verfassungsrechtlicher Normen (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 19 Abs. 4 GG) wird deutlich gemacht, dass die durch die lange Verfahrensdauer verursachte Belastung einen gewissen Schweregrad erreichen muss. Es reicht nicht jede Abweichung von einer optimalen Verfahrensführung aus (Senatsurteil vom 5.12.2013 - III ZR 73/13, NJW 2014, 789 Rn. 42, 55). Allzu "kleinteilige" Überlegungen sind bei der Bemessung der (noch) akzeptablen Verfahrensdauer verfehlt. Für die Anwendung eines eher größeren Zeitrahmens spricht auch, dass § 198 Abs. 2 Satz 3 GVG die Entschädigungspauschale von 1.200 € für immaterielle Nachteile lediglich als Jahresbetrag ausweist und die Verzögerungsrüge gemäß § 198 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 GVG frühestens nach einem halben Jahr wiederholt werden kann (Schlick, Festschrift für Klaus Tolksdorf, S. 549, 555). Bei geringfügigen Verzögerungen in einzelnen Verfahrensabschnitten, die gegenüber der Gesamtverfahrensdauer nicht entscheidend ins Gewicht fallen, werden eine Geldentschädigung oder sonstige Wiedergutmachung daher regelmäßig nicht in Betracht kommen (Senatsurteil vom 13.02.2014 - III ZR 311/13, BeckRS 2014, 04692 Rn. 28; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 BvR 404/10 Rn. 16; Steinbeiß-Winkelmann/Sporrer, NJW 2014, 177, 182 zur Frage einer "Geringfügigkeitsschwelle"). So liegt der Fall hier. Bei einem mehrjährigen Arzthaftungsprozess, der durch eine umfangreiche und kontroverse Beweisaufnahme mit Einholung mehrerer Gutachten und Gutachtenergänzungen gekennzeichnet ist, wahrt eine Verfahrensverzögerung von zwei Monaten noch den entschädigungslos hinzunehmenden Toleranzrahmen.
4. Dem Oberlandesgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, dass eine erstinstanzliche Verfahrensdauer von nahezu sieben Jahren schon für sich genommen als unangemessen einzustufen sei. Diese Betrachtungsweise lässt außer Acht, dass selbst bei einem mehrjährigen Verfahrenszeitraum dessen Angemessenheit nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist (§ 198 Abs. 1 Satz 2 GVG). Es ist unabdingbar, die einzelfallbezogenen Gründe zu untersuchen, auf denen die Dauer des Verfahrens beruht, und diese im Rahmen einer abschließenden Gesamtabwägung umfassend zu würdigen und zu gewichten (Senatsurteil vom 5.12.2013 - III ZR 73/13, NJW 2014, 789 Rn. 40 f). Angesichts einer rechtlich relevanten Verzögerung von allenfalls zwei Monaten war deshalb die prognostizierte erstinstanzliche Gesamtverfahrensdauer von knapp sieben Jahren nicht geeignet, Entschädigungsansprüche zu begründen.
5. Den Ausführungen des Oberlandesgerichts, die eingetretenen Verzögerungen seien irreparabel, weil sie nicht mehr bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens kompensiert werden könnten, liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, die Kompensationsmöglichkeit einer etwaigen Verzögerung sei nur für die jeweilige Instanz zu untersuchen. Indes ist bei der abschließenden Gesamtwürdigung das gesamte Verfahren in den Blick zu nehmen und zu fragen, ob Verzögerungen innerhalb einer späteren Phase des Prozesses kompensiert wurden (Senatsurteile vom 14.11.2013 - III ZR 376/12, NJW 2014, 220 Rn. 30; vom 5.12.2013 - III ZR 73/13, NJW 2014, 789 Rn. 41; vom 23.01.2014 - III ZR 37/13, NJW 2014, 939 Rn.

37 und vom 13.02.2014 - III ZR 311/13, BeckRS 2014, 04692 Rn. 28). Dies kann auch dadurch geschehen, dass das zunächst verzögerte Verfahren in einer höheren Instanz besonders zügig geführt wird (Heine, MDR 2013, 1081, 1085; Ott aaO § 198 GVG Rn. 101).
III.
Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO).
Die Sache ist zur Endentscheidung reif, so dass der Senat die Klage insgesamt abweisen kann (§ 563 Abs. 3 ZPO).
Schlick Wöstmann Tombrink
Remmert Reiter

153. OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.04.2014 – 7 U 124/12 – * Arzthaftung: Reichweite und Grenzen der ärztlichen Risikoaufklärung im Falle einer Hämorrhoidalbehandlung im Hinblick auf das Risiko einer tödlichen Sepsis; Nachweis der Aufklärung über die Infektionsgefahr und den Entscheidungskonflikt bei ordnungsgemäßer Aufklärung

Orientierungssatz

1. Die ärztliche Aufklärungspflicht beschränkt sich zum einen auf eingriffstypische, spezifisch mit der Therapie verbundene Risiken; sie gilt daher nicht für außergewöhnliche und nicht vorhersehbare Folgen des Eingriffs, die so fern liegen, dass sie weder für die ärztliche Therapieentscheidung noch für die Selbstbestimmung des Patienten von Bedeutung sind. Zum anderen ist nur über bekannte Risiken aufzuklären.
2. War das Risiko 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 schuldhafter Pflichtverletzung. Wenn sich ein Risiko verwirklicht, über das der Arzt nicht aufklären musste und auch nicht aufgeklärt hat, kann sich die Haftung aber daraus ergeben, dass es an der notwendigen Grundaufklärung fehlt, weil der Patient nicht auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko hingewiesen wurde (Anschluss BGH, 30.01.2001, VI ZR 353/99, NJW 2001, 2798).
3. Im Rahmen der Grundaufklärung vor einer Hämorrhoidenbehandlung (Sklerosierung und Ligatur von Hämorrhoidalknoten) muss der Arzt den Patienten zwar auf das Risiko von Infektionen und damit verbundenen Schmerzen und Blutungen, aber nicht ausdrücklich auf die Gefahr hinweisen, dass diese in äußerst seltenen Fällen zu einer schweren und möglicherweise sogar tödlichen Sepsis führen können.
4. Zum Nachweis der schriftlichen oder mündlichen Aufklärung des Patienten über das Infektionsrisiko bei einer Hämorrhoidenbehandlung und des Entscheidungskonflikts im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung.
Anschluss BGH, 30.01.2001, Az: VI ZR 353/99

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 13.07.2012 - 8 O 154/10 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen dahin abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vollstreckbar. Die Zwangsvollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn die Gegenseite nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagten als Betreiber einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis wegen angeblicher Aufklärungs- und Behandlungsfehler bei einer von dem Beklagten Ziff. 2 durchgeführten Ligatur und Sklerosierung von Hämorrhoidalknoten auf Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung der Ersatzpflicht für künftige materielle und immaterielle Schäden in Anspruch.
Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 2 ZPO Bezug genommen wird, hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe zwar keinen Behandlungsfehler nachgewiesen. Es fehle aber an einer wirksamen Einwilligung, weil er unstreitig nicht über das Risiko septischer Komplikationen aufgeklärt worden sei. Dieses äußerst schwerwiegende Risiko sei trotz seiner Seltenheit für den Eingriff spezifisch und darum aufklärungsbedürftig, auch wenn die konkret aufgetretene Komplikation in der Literatur so nicht dokumentiert sei. Trotz einiger Ungereimtheiten in den Angaben des Klägers sei auch nicht erwiesen, dass er dem Eingriff bei vollständiger Aufklärung zugestimmt hätte. Das eingeklagte Schmerzensgeld in Höhe von 50.000 € sei angemessen, weil der Kläger infolge des Eingriffs seinen Enddarm verloren habe, längere Zeit mit einem künstlichen Darmausgang versorgt worden sei und durch die fortdauernde Einschränkung seiner Darmfunktion weiterhin erheblich beeinträchtigt werde.

Da weitere Folgen nicht auszuschließen seien, sei auch der Feststellungsantrag begründet. Die Haftung treffe alle Beklagten. Dabei könne offen bleiben, ob die Beklagten Ziff. 7 und 9 Gesellschafter der in Form einer GbR betriebenen Gemeinschaftspraxis seien. Denn ausweislich des Briefkopfs seien sie jedenfalls nach außen als solche aufgetreten.
Mit der Berufung wollen die Beklagten die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Sie machen geltend, der Kläger sei vor den gleichartigen Behandlungen in den Jahren 1998 und 2005 im Großen und Ganzen über die Risiken des einfachen und komplikationsarmen Eingriffs aufgeklärt worden. Das sei teilweise unstreitig und im Übrigen durch die vom Landgericht unterlassene Parteivernehmung oder -anhörung des Beklagten Ziff. 2 festzustellen. Über das äußerst seltene und nur kasuistisch belegte Risiko einer Sepsis habe der Kläger nach der zutreffenden Einschätzung des Sachverständigen nicht aufgeklärt werden müssen. Zudem betreffe die Kasuistik zur Sklerotherapie Komplikationen, die bei dem hier verwendeten Medikament nicht auftreten könnten, während die beim Kläger eingetretene Komplikation einer ischämischen Proktitis mit daraus resultierender Sepsis in der medizinischen Literatur nicht beschrieben sei. Das entsprechende Risiko sei deshalb auch weder spezifisch mit dem Eingriff verbunden noch habe es dem Beklagten Ziff. 2 bekannt sein müssen. Schließlich sei von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen, weil der Kläger den behaupteten Entscheidungskonflikt nicht plausibel dargelegt habe. Die gegenteilige Feststellung des Landgerichts beruhe auf einer unzureichenden Befragung des Klägers und auf einer fehlerhaften Würdigung seiner Angaben.
Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen zur Aufklärung. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 27.11.2013 und vom 17.03.2014 Bezug genommen. Auf letztere wird auch wegen der Fassung der Anträge verwiesen. Der Senat hat den Kläger und den Beklagten Ziff. 2 persönlich angehört und den Sachverständigen Prof. Dr. B. ergänzend vernommen. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und der Beweisaufnahme wird ebenfalls auf die genannten Sitzungsniederschriften Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist zulässig und begründet. Das Landgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Denn die Beklagten haften weder wegen der Verletzung vertraglicher Behandlungspflichten (§ 280 BGB) noch aus Delikt (§ 823 BGB).
1. Auf Behandlungsfehler wird die Klage im Berufungsrechtszug nicht mehr gestützt. Die darauf beruhende Haftung der Beklagten ist deshalb nicht Streitstoff der Berufung geworden (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 414, 415; NJW 2008, 1304, 1305). Der Kläger hat zwar pauschal auf seinen erstinstanzlichen Sachvortrag Bezug genommen. Das genügt jedoch nicht. Denn das Landgericht hat Behandlungsfehler ausdrücklich verneint und diese Feststellung hat der Kläger nicht angegriffen. Zudem wird die Feststellung des Landgerichts in vollem Umfang von den auch den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. B. getragen und ist damit gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend.
2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts haften die Beklagten auch nicht wegen unzureichender Risikoaufklärung.
a) Das Landgericht ist allerdings im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger mangels hinreichender Aufklärung nicht wirksam in die vom Beklagten Ziff. 2 durchgeführte Ligatur und Sklerosierung von Hämorrhoidalknoten eingewilligt hat.
Die Eingriffs- und Risikoaufklärung dient der Selbstbestimmung des Patienten. Sie soll ihm das Wissen vermitteln, das er braucht, um sich eigenverantwortlich für oder gegen den ihm angeratenen Eingriff zu entscheiden (vgl. etwa BGH, NJW 1990, 2929, 2930). Dazu muss er nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa NJW 2011, 375 m.w.N.) „im Großen und Ganzen" wissen, worin er einwilligt. Er muss also über die Art des Eingriffs und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken informiert werden, soweit diese sich für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohnehin ergeben und für seine Entschließung von Bedeutung sein können. Dem Patienten muss deshalb eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern. Dabei hängt die Notwendigkeit zur Aufklärung nicht davon ab, wie oft ein solches Risiko zu einer Komplikation führt. Entscheidend ist vielmehr die Bedeutung, die es für die Entschließung des Patienten haben kann. Bei einer möglichen besonders schweren Belastung für seine Lebensführung kann die Information über ein Risiko für die Einwilligung des Patienten deshalb auch dann von Bedeutung sein, wenn sich das Risiko sehr selten verwirklicht (vgl. BGH, NJW 1994, 793, 794 und 3012 f.; 1996, 779, 781; NJW 2000, 1784, 1785). Die Aufklärungspflicht beschränkt sich allerdings zum einen auf eingriffstypische, spezifisch mit der Therapie verbundene Risiken. Sie gilt daher nicht für außergewöhnliche und nicht vorhersehbare Folgen des Eingriffs, die so fern liegen, dass sie weder für die ärztliche Therapieentscheidung noch für die Selbstbestimmung des Patienten von Bedeutung sind (vgl. etwa BGH, NJW 1989, 1533, 1534 und 1991, 2346). Zum anderen ist nur über bekannte Risiken aufzuklären. War ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannt, besteht keine Aufklärungspflicht. War 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 schuldhafter Pflichtverletzung (vgl. nur BGH, NJW 2010, 3230, 3231; 2011, 375). Wenn sich ein Risiko verwirklicht, über das der Arzt nicht aufklären musste und auch nicht aufgeklärt hat, kann sich die Haftung aber daraus ergeben, dass es an der notwendigen Grundaufklärung fehlt, weil der Patient nicht auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko hingewiesen wurde (vgl. BGH, NJW 1991, 2346, 2347; 1996, 777, 778 f.; 2001, 2798; 2011, 1088, 1089).
Gemessen daran kann dem Beklagten Ziff. 2 zwar nicht vorgeworfen werden, dass er den Kläger nicht auf das später eingetretene Risiko einer ischämischen Proktitis mit daraus resultierender Sepsis hingewiesen hat. Es fehlt aber an der notwendigen Grundaufklärung, weil der insoweit gebotene Hinweis auf das Risiko einer Infektion nicht erteilt wurde.
aa) Die beim Kläger eingetretene Komplikation einer ischämischen Proktitis ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen B. (Gutachten S. 13 ff.; Ergänzungsgutachten S. 6 ff.) dadurch entstanden, dass die örtliche Sklerosierung und Thrombosierung infolge einer genetisch bedingten Gerinnungsstörung zu einer Venenthrombose und einer fortschreitenden Thrombosierung der unteren Rektumwand führte. Sie wurde also durch den vom Beklagten Ziff. 2 vorgenommenen Eingriff ausgelöst, konnte aber nur deshalb entstehen, weil beim Kläger eine seltene, zum Zeitpunkt der Behandlung noch nicht diagnostizierte Gerinnungsstörung vorlag, die das Risiko von Thrombosen insbesondere im Bereich der Darmvenen deutlich erhöhte. Derartige Komplikationen sind äußerst selten. Für die beim Kläger festgestellte Genmutationen sind sie noch gar nicht belegt und für andere schon länger diagnostizierbare Thrombophilien gibt es lediglich einzelne Case Reports, in denen ähnliche - allerdings weniger schwerwiegende - thrombotische Veränderungen des Enddarms beschrieben werden (Ergänzungsgutachten S. 21 f.; Protokoll vom 17.03.2014, S. 2 = II 197). In der allgemeinen Literatur werden auch diese Komplikationen nicht erwähnt, und die Case Reports sind nur zu finden, wenn man gezielt danach forscht. Sie müssen daher auch einem auf Enddarmerkrankungen spezialisierten Facharzt für Chirurgie nicht bekannt sein (Protokoll vom 17.03.2014, S. 2 f.). Der Beklagte Ziff. 2 hat diese Kenntnis erst durch den Fall des Klägers erlangt. Das steht aufgrund seiner persönlichen Anhörung zur Überzeugung des Senats fest. Damit fehlt es insoweit jedenfalls an einem haftungsbegründenden Verschulden.
bb) Im Rahmen der Grundaufklärung musste der Beklagte den Kläger zwar auf das Risiko von Infektionen, aber nicht ausdrücklich auf die Gefahr hinweisen, dass diese in äußerst seltenen Fällen zu einer schweren und möglicherweise sogar tödlichen Sepsis führen können.
Nach den auch insoweit überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen B. (Gutachten S. 9 ff.; Protokoll vom 19.03.2012 S. 2 ff. = I 222 ff.; Protokoll vom 17.03.2014, S. 3 ff.) handelt es sich sowohl bei der Sklerosierung als auch bei der Ligatur von Hämorrhoidalknoten um häufig durchgeführte Standardeingriffe, die bis heute als Therapien erster Wahl bei Hämorrhoiden ersten und zweiten Grades gelten und überwiegend als Kombinationstherapie angewendet werden. Komplikationen sind insgesamt selten. Am häufigsten sind Schmerzen und Blutungen, wobei letztere auch länger anhalten und behandlungsbedürftig sein können. Da sich im Darm eine hohe Konzentration an Bakterien befindet, können die mit den Eingriffen verbundenen Manipulationen an der Darmwand aber auch zu Infektionen führen. Diese Komplikation ist zwar seltener als in anderen Bereichen wie etwa bei einem Bauchschnitt, aber allgemein bekannt und durch statistische Untersuchungen belegt. So ist in der größten wissenschaftlich ausgewerteten Behandlungsserie, die in der Praxis der Beklagten durchgeführt wurde, bei rund 0,3 % - nämlich 5 von knapp 20.000 - Patienten ein Abszess aufgetreten. Die Infektionen können sich in äußerst seltenen Einzelfällen auch zu einer Sepsis mit teilweise schwerwiegenden und sogar tödlichen Folgen entwickeln. Derartige Fälle sind ebenfalls bekannt, aber nur durch Kasuistiken belegt, so dass ihre Häufigkeit nur geschätzt werden kann. Der Sachverständige ist dabei aufgrund allgemeiner chirurgischer Erfahrungswerte davon ausgegangen, dass jede 100. Infektion zu einem schweren Verlauf und jede 1.000 zum Tod führt. Dass eine Sepsis - wie im Fall des Klägers - auch ohne eine solche Infektion durch eine thrombosebedingte Rektumnekrose entstehen kann, ist in der medizinischen Literatur bislang nicht beschrieben (s.o.). Andere Ursachen sind nach den Ausführungen des Sachverständigen ausgeschlossen, weil das heute verwendete Verödungsmittel Polydocanol im Unterschied zu den früher gebräuchlichen Substanzen keine derartigen Folgen auslöst.
Danach musste der Kläger über das zwar seltene, aber eingriffstypische, nämlich spezifisch mit der Art des Eingriffs verbundene Risiko von Infektionen aufgeklärt werden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts musste er aber nicht ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass sich eine solche Infektion zu einer Sepsis mit schwerwiegenden und sogar tödlichen Folgen entwickeln kann. Ein solcher Verlauf wäre zwar mit einer denkbar schweren Belastung verbunden. Er ist aber so außergewöhnlich und fernliegend, dass er weder für die ärztliche Therapieentscheidung noch für die Selbstbestimmung des Patienten von Bedeutung ist. Denn zum einen kann sich jede Infektion zu einer Sepsis mit potentiell tödlichen Folgen entwickeln. Dieses allgemeine Risiko ist bei der Ligatur und Sklerosierung von Hämorrhoidalknoten nicht erhöht und insofern auch nicht eingriffsspezifisch. Zum anderen handelt es sich bei der Ligatur und Skle-

rosierung von Hämorrhoidalknoten um seit langem etablierte, häufig durchgeführte und insgesamt komplikationsarme Standardeingriffe, bei denen nur selten eine Infektion auftritt. Dass eine solche Infektion zu septischen Komplikationen führt, ist trotz der Häufigkeit dieser Eingriffe nur ganz vereinzelt belegt, und mit dem Risiko, dass diese Komplikationen auch auf andere Weise entstehen können, war bei dem vom Beklagten Ziff. 2 verwendeten Verödungsmittel nicht zu rechnen. Über eine derart fernliegende Gefahr der Ausbildung einer tödlich verlaufenden Sepsis braucht der Patient nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 1989, 1533, 1534) nicht aufgeklärt zu werden. Das gilt auch dann, wenn die Infektion als solche zu den eingriffsspezifischen und damit aufklärungsbedürftigen Risiken gehört (vgl. BGH a.a.O. zum Infektionsrisiko bei intraartikulären Injektionen). Andernfalls müsste bei allen ärztlichen Routineeingriffen, die - wie jede Blutabnahme und jede Injektion - zum Eindringen von Keimen führen können, auf dieses für die therapeutische Entscheidung des Arztes und die Selbstbestimmung des Patienten unerhebliche Risiko hingewiesen werden. Das wäre von dem Zweck der Eingriffs- und Risikoaufklärung nicht mehr gedeckt. Dass in der vom Sachverständigen geleiteten Universitätsklinik und in den vom Kläger vorgelegten Aufklärungsformularen (Anlagen K 30 und K 31) vorsorglich auf das Risiko einer Sepsis hingewiesen wird, rechtfertigt keine andere Beurteilung, zumal ein solcher Hinweis nach den Angaben des Sachverständigen im Jahr 2007 jedenfalls in seiner Klinik noch nicht üblich war.
cc) Aus den dargelegten Gründen fehlt es zwar nicht schon deshalb an der erforderlichen Grundaufklärung, weil der Kläger unstreitig nicht auf die fernliegende Gefahr einer Sepsis hingewiesen wurde. Nach dem Ergebnis der Parteianhörung ist die Einwilligung aber jedenfalls deshalb unwirksam, weil er nicht über die Infektionsgefahr als das schwerste in Betracht kommende Risiko aufgeklärt wurde.
Der Senat geht allerdings von einer zumindest konkludent erteilten Einwilligung aus. Der Kläger hat bei seiner Anhörung zwar nicht nur das vom Beklagten Ziff. 2 geschilderte Aufklärungsgespräch in Abrede gestellt, sondern auch an der schriftsätzlich vorgetragenen und bei seiner erstinstanzlichen Anhörung bekräftigten Behauptung festgehalten, ihm sei erst nach dem Eingriff gesagt worden, dass bei der Untersuchung eine Abbindung durchgeführt wurde, und von einer Spritze sei gar nicht die Rede gewesen. Nach eigener Darstellung war ihm aber aus den früheren Behandlungen bekannt, dass die bei der Untersuchung festgestellten Hämorrhoidalknoten sogleich entfernt werden. Dass er sich am 15.05.2007 erneut einer solchen Untersuchung unterzogen hat, ist deshalb als stillschweigende Einwilligung anzusehen.
Diese Einwilligung war aber nicht wirksam. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das nicht dokumentierte Aufklärungsgespräch am 15.05.2007 stattgefunden hat. Es kann auch offen bleiben, ob eine erneute Eingriffs- und Risikoaufklärung wegen der - ebenfalls bestrittenen - Aufklärungsgespräche am 27.04.1998 und am 17.02.2005 entbehrlich war und ob dem Kläger bei diesen Terminen eine schriftliche Patienteninformation über die Verödung und Abbindung von Hämorrhoidalknoten vorgelegt wurde. Denn die Beklagten haben jedenfalls nicht bewiesen, dass der Kläger vor dem Eingriff am 15.05.2007 oder bei einer der früheren Behandlungen schriftlich oder mündlich auf das Risiko einer Infektion hingewiesen wurde.
Die als Anlage B 1 vorgelegte Patienteninformation enthält zwar den Hinweis, dass es "in extrem seltenen Einzelfällen (...) zu schwerwiegenden Entzündungen im Becken kommen" kann. Sie trägt aber das Datum "10/2009", und in der früheren Version, welche die Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 22.05.2012 vorgelegt haben (I 246), findet sich der Hinweis noch nicht. Diesen Unterschied konnte der Beklagte Ziff. 2 bei seiner Anhörung nicht erklären. Auch die mit Schriftsatz vom 14.01.2014 nachgereichten Fassungen der Patienteninformation (II 167 ff.) belegen nur, dass der Hinweis auf die Entzündungen in der Version "4/2008" und einer offenbar älteren, nicht datierten Fassung bereits enthalten war. Nach der Erinnerung des Beklagten Ziff. 4 soll dieser Passus schon vor 2007 in das Merkblatt aufgenommen worden sein, nachdem es aufgrund einer deutlichen Zunahme von Ligatur- und Sklerosierungsbehandlungen in der Praxis der Beklagten erstmals zu derartigen Komplikationen gekommen war. Dass er in der am 17.02.2005 verwendeten Fassung bereits enthalten war, behaupten die Beklagten nicht. Nach diesem Zeitpunkt ist dem Kläger aber auch nach ihrem Vortrag keine Patienteninformation mehr vorgelegt worden. Der Senat geht deshalb davon aus, dass dem Kläger kein schriftlicher Hinweis auf das Risiko von Infektionen erteilt wurde. Er hält es auch nicht für ausgeschlossen, dass der Hinweis erst aufgrund der beim Kläger eingetretenen Komplikationen in das Merkblatt aufgenommen wurde.
Vor diesem Hintergrund kann sich der Senat auch nicht davon überzeugen, dass der Kläger mündlich über das Infektionsrisiko aufgeklärt wurde. Bei seiner Anhörung hat der Beklagte Ziff. 2 zwar angegeben, er habe vor jeder Behandlung nicht nur auf mögliche Nachblutungen, sondern auch darauf hingewiesen, dass es zu einer Entzündung kommen kann. Diese Aufklärungspraxis habe er in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren nicht geändert. Die verschiedenen Versionen der Patienteninformation zeigen jedoch, dass der Aufklärungsstandard in der Gemeinschaftspraxis der Beklagten während dieses Zeitraums und möglicherweise sogar erst nach der letzten Behandlung des Klägers entsprechend geändert wurde. Zudem ist das einzige in der elektronischen Patientenkartei der Beklagten erwähnte Aufklärungsgespräch am 17.02.2005 mit den Worten "Aufklärung Blutungsrisiko" dokumentiert. Dass der Kläger auch auf die Infektionsgefahr hingewiesen wurde, wird dort nicht erwähnt, obwohl der Inhalt der Aufklärung im Übrigen schlagwortartig bezeichnet wird und darum ein entsprechender Vermerk zu erwarten wäre.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist aber davon auszugehen, dass der Kläger auch bei ordnungsgemäßer und vollständiger Aufklärung in den am 17.05.2007 durchgeführten Eingriff eingewilligt hätte.
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa NJW 2005, 1718, 1719; 2007, 217, 219; 2009, 1209, 1211) ist der Einwand der hypothetischen Einwilligung grundsätzlich beachtlich. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu der tatsächlich durchgeführten Behandlung entschlossen hätte, trifft nicht den Patienten, sondern den Arzt. Wenn er sich auf eine hypothetische Einwilligung beruft, muss der Patient jedoch darlegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre. Dabei kommt es allein auf seine persönliche Entscheidungssituation aus damaliger Sicht und nicht darauf an, ob ein 'vernünftiger' Patient dem entsprechenden ärztlichen Rat gefolgt wäre. Nur wenn der Patient einen solchen Entscheidungskonflikt zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, muss der Arzt den ihm obliegenden Beweis führen.
Das Landgericht hat den vom Kläger behaupteten Entscheidungskonflikt trotz erheblicher Bedenken für plausibel erachtet, weil es ohne weiteres nachvollziehbar sei, dass der Kläger am 15.05.2007 jedenfalls zunächst vor dem bereits mehrfach durchgeführten Eingriff zurückschreckt wäre, wenn er an diesem Tag erstmals vollständig über dessen Risiken aufgeklärt worden wäre, was verständlicherweise zu einer gewissen Erschütterung und Überraschung habe führen können. Diese Einschätzung beruht auf der - unzutreffenden (s.o. unter bb) - Annahme, dass der Kläger über die fernliegende Gefahr einer Sepsis mit schwerwiegenden und möglicherweise tödlichen Folgen hätte aufgeklärt werden müssen. Hiervon ist das Landgericht auch bei der Anhörung des Klägers ausgegangen.
Der Senat hat die Anhörung deshalb wiederholt und den Kläger dazu befragt, wie er sich verhalten hätte, wenn er (nur) darüber aufgeklärt worden wäre, dass es zu Blutungen, zu Schmerzen und zu einer Infektion kommen kann. Dabei hat der Kläger nicht plausibel gemacht, dass er in diesem Fall vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre. Er hat zwar angegeben, dass er den Eingriff nicht hätte durchführen lassen, weil er bei dem Wort 'Infektion' hellhörig geworden wäre und auch keine Beschwerden gehabt habe. Das ist aber weder plausibel noch glaubhaft.
Zum einen ist es auch aus der Sicht eines medizinischen Laien keineswegs überraschend, dass die mit der Abbindung und Verödung von Hämorrhoidalknoten verbundene Manipulation an der Darmwand zu einer Entzündung führen kann. Im Unterschied zu einem ausdrücklichen Hinweis auf die Gefahr einer schwerwiegenden und möglicherweise tödlichen Sepsis wirkt die Erwähnung dieses naheliegenden Risikos auch nicht abschreckend. Sie ändert also nichts an dem durch eine ordnungsgemäße Aufklärung zu vermittelnden Eindruck, dass es sich um einen risikoarmen Standardeingriff handelt. Der Kläger hat auch keinen Grund dafür angegeben, dass sich dies aus seiner damaligen Sicht anders dargestellt hätte. Seine Anhörung vermittelte vielmehr den - auch vom Landgericht beschriebenen - Eindruck, dass er sich wegen der tatsächlich eingetretenen Komplikationen und der massiven, lebenslang fortdauernden Beeinträchtigungen, unter denen er seither zu leiden hat, nicht mehr in die damalige Entscheidungssituation zurückversetzen kann. Dass er sich kürzlich gegen einen kleinen augenärztlichen Eingriff entschieden hat, weil dieser zur Erblindung führen kann, steht dem nicht entgegen. Denn auch diese Entscheidung ist von den schlimmen Erfahrungen geprägt, die der Kläger im vorliegenden Fall gemacht hat.
Zum anderen sind die anamnestischen Angaben des Klägers in der Patientenkartei der Beklagten wie folgt dokumentiert: "seit Antibiose vor einigen Monaten festerer Stuhl alle 2 Tage, teilweise auch Nässen, Brennen am After, krampfartiger Schmerz." Hierzu hat das Landgericht bereits zutreffend festgestellt, dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Beklagten solche Beschwerden hätten erfinden sollen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei dem Termin am 15.05.2007 offenbar um die in der Dokumentation vom 16.05.2006 erwähnte "Kontrolluntersuchung in 1 Jahr" handelte. Der Eintrag zu der vom Kläger bestrittenen Antibiose ist für den hier zu beurteilenden Eingriff unerheblich und lässt ebenfalls nicht auf eine fehlerhafte oder sogar verfälschte Dokumentation schließen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass der Kläger jedenfalls unter Nässen, Brennen am After und krampfartigen Schmerzen litt. Nach den Ausführungen des Sachverständigen B. (Protokoll vom 17.03.2014 S. 5 = II 203) sind diese Beschwerden für Hämorrhoiden typisch und ihre Linderung ist auch das Ziel des Eingriffs, den der Beklagte Ziff. 2 am 15.05.2007 durchgeführt hat. Der Termin wurde zwar nicht ihretwegen vereinbart. Daraus folgt jedoch nicht, dass sich der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Denn die dokumentierten Beschwerden waren nicht unerheblich. Der empfohlene Eingriff war zwar nicht zwingend indiziert, es handelte sich aber um die Therapie erster Wahl, und er war nicht nur schmerz- und risikoarm, sondern konnte auch sofort und ohne großen Aufwand durchgeführt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht plausibel, dass der Kläger den Eingriff nicht hätte durchführen lassen. Dass er ihn verschoben, eine zweite Meinung eingeholt oder eine medikamentöse Therapie mit Salben oder Zäpfchen gewählt hätte, hat der Kläger bei seiner Anhörung nicht geltend gemacht.
III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO bestimmten Gründe vorliegt.

154. LG Mainz, Urteil vom 09.04.2014 – 2 O 266/11 – * Organisationsverschulden des Klinikbetreibers: Einsatz eines Medizinstudenten im 10. Semester als alleinige postoperative Nachtwache für einen Patienten

Orientierungssatz

1. Der Klinikbetreiber haftet dem Patienten aus Verletzung des Behandlungsvertrages nach den §§ 280 Abs. 1, 278 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, wenn er als alleinige postoperative Nachtwache für den Patienten einen Medizinstudenten im 10. Semester und damit völlig ungeeignetes Personal beschäftigt hat und es dadurch zu einer Gesundheitsbeschädigung des Patienten kommt. Denn der Klinikbetreiber hat damit gegen seine Verpflichtung verstoßen, wonach die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat.
2. Ein Medizinstudent im 10. Semester ist für die alleinige postoperative Überwachung der Patienten medizinisch nicht geeignet. Denn ein Medizinstudent im 10. Semester hat ganz überwiegend theoretische Kenntnisse erworben, es fehlt ihm aber regelmäßig an der praktischen Ausbildung für den Dienst am Patienten.
3. Einer Patientin steht dem Grunde nach ein Schadensersatz- und Schmerzengeldanspruch zu, wenn sie aufgrund einer fehlerhaften Infusion durch eine Medizinstudentin in der Folgezeit nach einer kosmetischen Operation in einer Privatklinik eine Sauerstoffunterversorgung mit Herz-Kreislauf-Stillstand erleidet und sich nach erfolgreicher Reanimation durch einen herbeigerufenen Notarzt im Wachkoma befindet.

Tenor

1. Die Klageanträge zu 1 bis 5 werden hinsichtlich der Beklagten zu 1, 2 und 4 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1, 2 und 4 gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren Schäden, die aus der fehlerhaften Behandlung entstanden sind oder noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese nicht mit den Klageanträgen zu 1 bis 5 abgegolten sind oder die Forderungen auf Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
3. Hinsichtlich des Beklagten zu 3 wird die Klage abgewiesen.
4. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
Hiervon ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3; diese hat die Klägerin zu tragen.
5. Das Urteil ist für den Beklagten zu 3 gegen Leistung einer Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin, die in H. wohnt, begab sich am 20.6.2011 in die von der Beklagten zu 1 betriebene F.-Klinik in M. F., um einen plastischen Eingriff an ihrem Gesicht (Oberlidstraffung, Unterlidstraffung, Halsstraffung, Facelift) in Vollnarkose durchführen zu lassen. Nach dem Eingriff sollte die Klägerin noch ein bis zwei Tage in der Privatklinik, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist, bleiben. Zu diesem Zweck hält die Klinik zwei Patientenzimmer vor. Die gesamten Behandlungskosten in Höhe von 11.800,-- € bezahlte die Klägerin im Voraus.
Die Operation erfolgte am 20.6.2011 zwischen etwa 10.00 Uhr und 18.30 Uhr. Operateur war der Beklagte zu 2, die Anästhesie wurde durch den Beklagten zu 3 durchgeführt.
Im Anschluss an die Operation erhielt die Klägerin von dem Beklagten zu 3 eine Infusion mit Kochsalzlösung. Die Klägerin war wach und orientiert und konnte sich selbst vom OP-Tisch auf die bereitstehende Liege bewegen. Sie wurde sodann gegen 18.45 Uhr in das Patientenzimmer verbracht. Gegen 19.00 Uhr erschien die Beklagte zu 4, zum damaligen Zeitpunkt eine Medizinstudentin im 10. Semester, die als einzige Nachtwache vorgesehen war.
Der Beklagte zu 2 führte eine Übergabe aus chirurgischer Sicht durch und erläuterte der Beklagten zu 4 insbesondere, was die Klägerin essen könne. Die Übergabe des Beklagten zu 3 an die Beklagte zu 4 ist hinsichtlich der Einzelheiten streitig. Jedenfalls aber wurde der Klägerin, die unter Diabetes leidet, Insulin verabreicht und ein Schmerzmittel gespritzt, nämlich Dipidolor. Unstreitig schrieb der Beklagte zu 3 auch eine Medikamentenliste, überwiegend mit Bedarfsmedikation. Außerdem findet sich in der Liste folgender Eintrag:
"Infusionsrest aus Op iv".
Bis 20.00 Uhr hatten sowohl der Beklagte zu 3 als auch, etwas später, der Beklagte zu 2 die Klinik verlassen. Als einziges medizinisches Personal stand noch die Beklagte zu 4 zur Verfügung. Außerdem war zeitweise eine Putzfrau anwesend.

Aufgabe der Beklagten zu 4 war außer der Betreuung der Klägerin auch, den OP aufzuräumen, eine Medikamentenliste zu erstellen und - falls möglich - ein Ikea-Regal zusammenzubauen.
Gegen 20.15 Uhr meldete sich die Klägerin und teilte der Beklagten zu 4 mit, dass ihr nicht gut sei. Sie meinte, sie müsse etwas essen. Die Beklagte zu 4 gab ihr einen Joghurt. Außerdem maß sie Blutdruck und Puls sowie den Blutzucker, der mit 219 erhöht war. Daraufhin gab sie der Klägerin auf deren Wunsch zwei Einheiten Insulin. Die Klägerin wies die Beklagte zu 4 darauf hin, dass in etwa einer Stunde erneut der Blutzucker kontrolliert werden müsse.
Zuvor bereits hatte die Beklagte zu 4 im Hinblick auf die vermeintliche Anweisung des Beklagten zu 3 die noch am Tropf im OP hängende Infusionsflasche geholt und ins Patientenzimmer verbracht, um sie ggf. der Klägerin infundieren zu können. Die Flasche war mit "NaCl" beschriftet, enthielt aber außer Kochsalzlösung auch Propofol, mit dem der Beklagte zu 3 die Narkose durchgeführt hatte. Der Inhalt der Flasche war milchig.
Gegen 21.15 Uhr schaute die Beklagte zu 4 erneut nach der Klägerin. Die Beklagte zu 4 gab der Klägerin Orangensaftschorle zu trinken, worauf sich die Klägerin mehrfach übergeben musste. Die Beklagte zu 4 schätzte anhand des anhängenden Urinbeutels, dass die Klägerin auf diese Weise ungefähr 500 ml Flüssigkeit verloren habe. Da sie sich zudem mehrfach übergeben hatte, entschloss sich die Beklagte zu 4, der Klägerin Flüssigkeit zuzuführen, indem sie ihr den Inhalt des aus dem OP mitgebrachten Tropfs infundierte. Nach einem kurzen Gespräch über die nächste Blutzuckermessung antwortete die Klägerin der Beklagten zu 4 nicht mehr. Die Beklagte zu 4 hörte lediglich noch ein brodelndes Geräusch. Die Klägerin erlitt einen Atem- und Kreislaufstillstand. Die Beklagte zu 4 benachrichtigte um 21.29 Uhr über den polizeilichen Notruf den Notarzt, der um 21.37 Uhr in der F.-Klinik eintraf. Zwischenzeitliche Notfallmaßnahmen der Beklagten zu 4 blieben erfolglos. Nachdem es zunächst Schwierigkeiten bei der Intubation gegeben hatte, gelang es dem Notarzt um 21.42 Uhr, die Klägerin zu intubieren und zu reanimieren. Um 22.34 Uhr wurde sie in das katholische Klinikum verlegt.
Die Klägerin befindet sich seitdem im Wachkoma. Ihr Gehirn ist durch die über längere Zeit unterbliebene Versorgung mit Sauerstoff irreparabel geschädigt.
Die Klägerin trägt vor:
Sämtliche Beklagten hafteten für die bei ihr eingetretenen Schäden. Die Beklagten zu 1 und 2 hafteten schon deshalb, weil sie mit der Beklagten zu 4 ungeeignetes Personal als alleinige Nachtwache eingesetzt hätten. Der Beklagte zu 3 habe es versäumt, die falsch beschriftete Infusionsflasche aus dem OP zu entsorgen. Zudem habe er der Beklagten zu 4 mit der Formulierung "Infusionsrest aus Op" eine unklare Anweisung gegeben. Die Beklagte zu 4 wiederum hätte die unklare Anordnung durch den Beklagten zu 3 hinterfragen müssen. Zudem hätte sie spätestens im Zeitpunkt der Übelkeit der Klägerin einen der beiden Ärzte anrufen müssen. Ihr hätten spätestens im OP Zweifel hinsichtlich des Verständnisses der Anordnung des Beklagten zu 2) kommen müssen, da sie eine angebrochene, offensichtlich gebrauchte Infusionsflasche mit milchig-weißem Inhalt, den sie nicht habe einordnen können, vorgefunden habe.
Die Klägerin beantragt,
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, mindestens jedoch einen Betrag in Höhe von 431.909,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie künftig eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte monatliche Schmerzensgeldrente, mindestens jedoch 250,-- €, beginnend am 1.12.2011, zahlbar im Voraus bis zum 3. eines jeden Kalendermonats, zu zahlen,
3. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie einen weiteren Betrag in Höhe von 47.120,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie eine monatliche Mehrbedarfsrente in Höhe von 5.329,47 €, beginnend zum 1.12.2011, zahlbar im Voraus bis zum 3. eines jeden Kalendermonats, zu zahlen,
5. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie einen weiteren Betrag in Höhe von 7.154,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
6. Festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtliche weiteren Schäden, die aus der fehlerhaften Behandlung entstanden sind oder noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese nicht mit den Klageanträgen zu 1 bis 5 abgegolten sind oder die Forderungen auf Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagten zu 1 und 2 tragen vor:
Die Beklagte zu 4 sei zwar bei der Beklagten zu 1 angestellt gewesen, sie habe jedoch auf Anweisung des Beklagten zu 3 gehandelt, sodass die Beklagten zu 1 und 2 für ein eventuelles Fehlverhalten der

Beklagten zu 4 nicht hafteten. Im Übrigen habe der Beklagte zu 3 dadurch, dass er eine unklare Anweisung gegeben habe und im Übrigen auch noch die falsch beschriftete Infusionsflasche mit dem Propofol im OP habe hängen lassen, die Ursache für das tragische Geschehen gesetzt, sodass er auch dafür verantwortlich sei.
Die Beklagte zu 4 sei für den Einsatz als Nachtwache geeignet gewesen. Als Medizinstudentin im 10. Semester habe sie kurz vor ihrem praktischen Jahr gestanden und daher großes Wissen gehabt.
Der Beklagte zu 3 trägt vor:
Ihm sei nicht bekannt gewesen, dass die Beklagte zu 4 keine examinierte Krankenschwester gewesen sei. Mit einem derartigen Fehlverhalten, wie es der Beklagten zu 4 zur Last falle, habe er bei einer examinierten Krankenschwester nicht rechnen müssen. Die von ihm aufgeschriebene Anordnung "Infusionsrest aus OP" sei eindeutig und meine, dass die Infusion, die der Klägerin angehängt gewesen sei, als sie aus dem Operationssaal in ihr Zimmer verbracht worden sei, noch durchlaufen solle. Dass die angebrochene Infusion aus dem OP von der Beklagten zu 4 angehängt worden sei, sei völlig unverständlich.
Die Beklagte zu 4 trägt vor:
Sie habe lediglich auf Anweisung des Beklagten zu 3 gehandelt. Die Anweisung sei eindeutig gewesen. Sie habe danach der Klägerin die Infusion aus dem Operationssaal anhängen sollen. Dies habe sie entsprechend der Anweisung getan. Sie habe die Anweisung des Beklagten zu 3 nicht zu hinterfragen brauchen. Sie habe sich zwar gewundert, dass die Infusionslösung milchig-weiß gewesen sei, sie habe jedoch gedacht, dass etwas für den Diabetes der Klägerin in der Lösung gewesen sei.
Alle Beklagten bestreiten die Ursächlichkeit der Infundierung der mit Propofol versetzten Kochsalzlösung für den Atem- und Herz-Kreislauf-Stillstand der Klägerin.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin B. und hat die Beklagten zu 2 bis 4 persönlich in der mündlichen Verhandlung vom 14.8.2012 angehört. Hinsichtlich der Einzelheiten ihrer Angaben wird auf das Protokoll (Bl. 343 bis 366 GA) verwiesen. Das Gericht hat ferner Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen fachmedizinischen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Z.. Das Gericht hat den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 11.3.2014 zudem angehört. Auch insoweit wird auf das Protokoll (Bl. 1183 bis 1192 GA) verwiesen. Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstands erfolgt Bezugnahme auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und den sonstigen Akteninhalt.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist gegenüber den Beklagten zu 1, 2 und 4 dem Grunde nach gerechtfertigt. Gegenüber dem Beklagten zu 3 ist sie unbegründet.
Die Beklagte zu 1 haftet aus Verletzung des Behandlungsvertrages nach den §§ 280 Abs. 1, 278 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB der Klägerin auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Die Haftung der Beklagten zu 2 und 4 beruht auf den §§ 823 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB bzw. auf den §§ 823 Abs. 2 BGB, 229 StGB.
I.
Die Beklagte zu 1 hat ihre vertraglichen Pflichten aus dem Behandlungsvertrag verletzt, indem sie mit der Beklagten zu 4 völlig ungeeignetes Personal als alleinige postoperative Nachtwache für die Klägerin beschäftigt hat. Sie hat damit gegen ihre Verpflichtung verstoßen, wonach die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat.
Die Beklagte zu 4 war für die alleinige postoperative Überwachung der Klägerin medizinisch nicht geeignet. Dies steht nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. Z. fest. Zu Recht hat der Sachverständige festgestellt, dass ein Medizinstudent im 10. Semester ganz überwiegend theoretische Kenntnisse erworben hat, dass es ihm aber regelmäßig an der praktischen Ausbildung für den Dienst am Patienten fehlt. Soweit die Beklagten zu 1 und 2 darauf hinweisen, jedenfalls im konkreten Fall sei die Beklagte zu 4 besonders gut geeignet gewesen, um diese Tätigkeit im Nachtdienst alleine auszuüben, spricht allein der Behandlungsablauf am Abend des 20.6.2011 eine völlig andere Sprache. Zu Recht hat der Sachverständige Prof. Dr. Z. darauf hingewiesen, dass die eingetretene Komplikation eigentlich ein nur sehr kleiner Zwischenfall gewesen sei. Der Klägerin war nach der Operation schlecht geworden. Dies ist ein Risiko, das viele Patienten, besonders Frauen, nach einer langen Operation treffen kann. Die Klägerin hatte nach den Darlegungen des Sachverständigen insoweit ein Risiko von 40 bis 60%. Bereits mit diesem kleinen Zwischenfall war die Beklagte zu 4 hoffnungslos überfordert. Statt nämlich einfach der Klägerin die von dem Beklagten zu 3 aufgeschriebene Medikation gegen Übelkeit zu verabreichen, infundierte sie der Patientin die aus dem OP geholte Lösung (hierzu später). Dabei spielt es letztlich keine Rolle, ob der Beklagte zu 3 der Beklagten zu 4 tatsächlich die von ihm in die Liste aufgenommenen Medikamente, darunter auch Medikamente gegen Übelkeit, erläutert hat, so wie er das in der mündlichen Verhandlung vom 14.8.2012 dargestellt hat (Bl. 352 GA) oder ob er das nicht getan hat. Denn entweder wusste die Beklagte zu 4 aufgrund der Erläuterungen des Beklagten zu 3, dass ihr Antiemetika zur Verfügung standen, die sie der Klägerin hätte geben können, oder aber sie wusste überhaupt nicht, um welche Medikamente es sich in der Liste handelte, wobei insoweit wiederum dahingestellt bleiben kann, ob dies darauf beruhte, dass der Beklagte zu 3 sie nicht ordnungsgemäß informiert hatte oder ob sie einfach

nicht zugehört hatte. Denn in diesem Fall wäre es erforderlich gewesen, dass sie beim Beklagten zu 3 entweder sofort oder aber später telefonisch erfragte, aus welchem Anlass die in der Liste aufgeführten Medikamente zu geben seien bzw. um was für eine Art Medikament es sich überhaupt handelte, anstatt selbständig Indikationen für Infusionsgaben zu stellen.
Insoweit hat der Sachverständige Prof. Dr. Z. in seiner mündlichen Anhörung am 11.3.2014 angegeben, er erwarte von einer medizinischen Hilfskraft, dass sie, bevor sie eingesetzt werde, über medizinische Folgen ihres Handelns Bescheid wissen müsse, sie müsse ihre Kompetenzen kennen, aber vor allen Dingen müsse sie wissen, was im Notfall zu machen sei (Bl. 1188 GA). Genau diese Qualifikation besaß die Beklagte zu 4 offensichtlich nicht. Dies zeigt sich nicht nur in ihrem Umgang mit der Übelkeit der Klägerin, sondern insbesondere auch in ihrem Verständnis der schriftlichen Anordnung des Beklagten zu 3 "Infusionsrest aus OP". Die Anordnung kann sprachlich zweifellos mehrdeutig verstanden werden, entweder als "Infusionsrest aus der OP" oder als "Infusionsrest aus dem OP". Der Sachverständige Prof. Dr. Z. hat jedoch, für die Kammer uneingeschränkt und gut nachvollziehbar dargelegt, dass im konkreten Kontext die Anordnung aus medizinischer Sicht völlig eindeutig war. Er hat dies damit begründet, dass die Infusionsflasche, die sich noch im OP befand, als der Beklagte zu 3 die Klinik verließ, bereits angebrochen war. Sie war schließlich am Ende der Operation noch zur Narkose verwendet worden. Eine zum Zeitpunkt der Infundierung bereits seit mehr als zweieinhalb Stunden offen herumhängende, angebrochene Infusion noch mal einem Patienten anzuhängen, widerspricht nach den Angaben des Sachverständigen sowohl in seinem schriftlichen Gutachten als auch in seiner mündlichen Erläuterung aber jeglichen hygienischen Vorschriften und wäre medizinisch qualifiziertem Personal nicht passiert. Dies gilt umso mehr, als die Infusionslösung milchig-weiß und nicht klar war, woraus sich für jeden Mediziner ergab, dass es sich nicht um Kochsalzlösung handeln konnte, auch wenn die Flasche so beschriftet war. Tatsächlich bemerkte auch die Beklagte zu 4, dass es sich jedenfalls nicht um reine Kochsalzlösung handeln konnte. Sie zog aber ihre eigenen - falschen - Schlüsse und beruhigte sich damit, es müsse wohl etwas für den Diabetes der Patientin darin sein. Damit beging sie einen weiteren schwerwiegenden Fehler, der medizinischem Fachpersonal nicht passiert wäre, indem sie nämlich der Klägerin ein Mittel infundierte, von dem sie überhaupt nicht wusste, worum es sich handelte.
Als sie begonnen hatte, der Klägerin die mit Propofol versetzte Infusion zu verabreichen, die Klägerin das Bewusstsein verloren hatte und die Beklagte zu 4 brodelnde Geräusche vernahm, kam sie nicht auf den Gedanken, dass dies davon herrühren könnte, dass die Zunge zurückgefallen war und die Atemwege verlegt hatte, so dass es angezeigt gewesen wäre, der Klägerin den Rachen freizumachen. Erst auf die Aufforderung des Rettungsdienstes versuchte sie, durch Drehen der Patientin zu erreichen, dass etwas herausgelaufen kam, falls diese erbrochen haben sollte. Letztlich war sie auch nicht in der Lage, eine Reanimation durchzuführen, was sich aus dem Protokoll des Notrufs hinreichend deutlich ergibt.
Der Sachverständige Prof. Dr. Z. hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten vom 19.8.2013 dargelegt, dass die Betreuung eines frisch operierten Patienten eine hoch anspruchsvolle Aufgabe sei. Insbesondere unmittelbar postoperativ in den ersten 12 bis 24 Stunden könnten Komplikationen auftreten. Typische operationsbedingte Komplikationen nach Facelift seien Nachblutungen, Gesichtsschwellungen, Störungen des Lymphabflusses sowie postoperative Schmerzen. In 10 bis 15 % aller Fälle könne eine chirurgische Intervention nötig werden (Bl. 993 GA). Diese Komplikationen könnten hervorgerufen werden durch Unruhe, Schmerz, Übelkeit, Erbrechen oder unkontrollierte Blutdruckanstiege. Es werde daher empfohlen, einen Patienten in den ersten 8 Stunden engmaschig zu beobachten und unter Monitoring zu stellen, da fast alle ausgedehnten Blutergüsse in dieser Zeit aufträten. Anästhesiologisch träten in 20 bis 30 % aller Fälle postoperativ Übelkeit und Erbrechen auf. Nach dem sogenannten Apfel-Score habe das Risiko der Klägerin bei mindestens 40 bis 60 % gelegen (Bl. 994 GA). Bei der Klägerin seien zusätzlich Risiken durch die bei ihr vorliegende Diabeteserkrankung gegeben gewesen. Daher sei eine engmaschige Kontrolle des Blutzuckers erforderlich gewesen, gegebenenfalls habe intravenös Glukose gegeben werden müssen oder Insulin. Es habe sich folglich im Fall der Klägerin um eine komplexe postoperative Betreuung und Überwachung gehandelt bei einem deutlich erhöhten postoperativen Risikoprofil. Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass 10 Semester Medizinstudium nicht als Nachweis dafür genügten, dass ausreichende praktische Erfahrung bestanden habe. Regelmäßig werde in den ersten 10 Semestern primär theoretisches Wissen vermittelt, erste systematische Kontakte zur klinischen Praxis erfolgten erst im praktischen Jahr (Bl. 995 GA). Aus diesem Grund sei der Ausbildungsstand der Beklagten zu 4 nicht mit demjenigen einer Gesundheits- oder Krankenpflegerin vergleichbar gewesen, sondern lediglich mit dem einer pflegerischen Hilfskraft. Daraus hat der Sachverständige den Schluss gezogen, dass die Beklagte zu 4 weder formell noch materiell geeignet gewesen sei, die postoperative Betreuung der Klägerin als alleinige Nachtwache zu übernehmen. Hieran hat der Sachverständige auch in seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 11.3.2014 festgehalten. Er hat eingeräumt, dass eine Medizinstudentin im 10. Semester theoretisch sicher viel mehr als eine Pflegehilfskraft wisse. Allerdings habe sie in aller Regel nur ganz minimalen Patientenkontakt bis zu diesem Zeitpunkt. Es hänge jedenfalls sehr von der Eigenmotivation ab, sich diese praktischen Tätigkeiten selbst im Wege von Famulaturen etc. anzueignen. Es

sei immer noch die Praxis, dass die praktische Tätigkeit sich in die Zeit des praktischen Jahres verschiebe und nicht unbedingt während des Studiums stattfinde.
Diese Ausführungen des Sachverständigen sind für die Kammer in jeder Hinsicht überzeugend. Wie bereits dargelegt, handelte es sich im Fall der Klägerin um eine komplexe Betreuungssituation nach einer umfangreichen, mehr als 8-stündigen Operation. Dass die im Wesentlichen theoretisch geschulte Beklagte zu 4 zur Bewältigung auftretender Komplikationen alleine nicht in der Lage sein würde, lag auf der Hand. Der Verlauf des Abends des 20.6.2011 belegt dies mehr als deutlich. Die Beklagte zu 4 war nicht einmal in der Lage, mit der eigentlich geringfügigen Komplikation einer Übelkeit der Klägerin fertig zu werden. Statt die von dem Beklagten zu 3 aufgeschriebenen Medikamente gegen Übelkeit zu verabreichen, traf sie gravierende Fehlentscheidungen.
Auch die Anhörung des Beklagten zu 2 ergab keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 4 ausnahmsweise doch besonders geeignet gewesen wäre, die ihr übertragene Tätigkeit auszuüben. Der Beklagte zu 2 erklärte, dass die Beklagte zu 4 besonders sorgfältig gewesen sei und auch besonders geeignet für die Praxis der Nachtwachen. Dies habe er daraus entnehmen können, dass sie zuvor auch schon im Tagdienst eingesetzt gewesen sei. Dabei habe er festgestellt, dass sie ein besonders gutes Wissen im Bereich der Medizin gehabt habe. Außerdem habe sie sich auch dort als sorgfältig erwiesen. Allerdings vermochte der Beklagte zu 2 dies nicht weiter zu präzisieren. Er erklärte weiter, die Beklagte zu 4 habe auch ein gutes Verständnis hinsichtlich der Blutzuckerkontrolle und der Insulingabe gehabt. Auf die Frage des Gerichts, ob die Beklagte zu 4 zuvor schon Insulin in der F.-Klinik gegeben habe, musste er passen. Sie habe aber die Medikamentenschränke sortiert. Das sei zwar kein Dienst am Patienten, man habe ihre Fähigkeiten aber auch an den Diskussionen erkannt, die sie im medizinischen Bereich gehabt hätten. Daran sei festzustellen gewesen, dass die Beklagte zu 4 ein großes Wissen gehabt habe. Man habe das auch daran gesehen, wie sie bestimmte Dinge durchgeführt habe, z. B. einen Verband gewechselt habe. Da sehe man schon, dass jemand besonders sorgfältig sei. Es seien von ihr auch Rückfragen gestellt worden und es sei auch so gewesen, dass die Beklagte zu 4 mal während einer Nachtwache bei ihm zu Hause angerufen habe, um sich rückzuversichern.
Aus diesen Angaben des Beklagten zu 2 ergibt sich nicht der geringste Ansatzpunkt dafür, dass die Beklagte zu 4 medizinisch besonders geeignet gewesen sein könnte, in einer komplexen Betreuungssituation alleinige Nachtwachen durchzuführen. Wie sich im Verlauf der Behandlung herausgestellt hat, war sie es auch nicht.
An dieser Einschätzung vermag auch der Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 vom 1.4.2014 nichts zu ändern. Soweit die Beklagten zu 1 und 2 vortragen, die Beklagte zu 4 habe Erste-Hilfe-Kenntnisse gehabt, widerspricht dies bereits dem polizeilichen Telefonvermerk vom 21.6.2011, wonach die Beklagte zu 4 angab, sie habe keine Erste-Hilfe-Ausbildung. Der Beklagte zu 2 selbst hat in seiner polizeilichen Vernehmung vom 24.6.2011 auf Seite 2 angegeben, Voraussetzung für eine Mitarbeit in seiner Klinik sei, dass es sich um Medizinstudenten in höheren Semestern handele. Es gelte die persönliche Leistungsfähigkeit. Grundminimum sei das Physikum, also eine Mindeststudienzeit von zwei Jahren. Diese Angaben sprechen gerade nicht dafür, dass der Beklagte zu 2 bei der Einstellung der Beklagten zu 4 oder der Übertragung von Aufgaben an sie darauf geachtet hat, dass sie besonders qualifiziert war. Selbst wenn die Beklagte zu 4 aber Erste-Hilfe-Kenntnisse gehabt haben sollte, so war sie, was der Verlauf des Abends des 20.6.2011 nachdrücklich belegt, nicht in der Lage, sie auch in der konkreten Notfallsituation, in der es mangels Anwesenheit eines Arztes allein auf sie ankam, zur Rettung der Patientin anzuwenden. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Protokoll des von ihr getätigten Notrufs.
Soweit der Beklagte zu 2 vortragen lässt, es könne an eine Klinik der "Minimalversorgung", wie es die F.-Klinik sei, nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an eine Klinik der Maximalversorgung oder Universitätsklinik, so ist dies im Grundsatz richtig. Allerdings bedeutet dies nicht, dass sich die Klinik ihren eigenen Standard setzen kann. Eine Klinik, die nicht Klinik der Maximalversorgung ist, kann nicht alle medizinischen Leistungen anbieten und wird dies im Zweifel auch nicht tun. Wenn sie es tut, obwohl sie nicht das geeignete Personal hat, um die entsprechende medizinische Leistung zu erbringen, wird sie das Risiko eingehen, sich gegenüber dem Patienten schadensersatzpflichtig zu machen. Die Leistungen, die von der Klinik, die nicht Klinik der Maximalversorgung ist, angeboten werden, müssen aber lege artis und durch qualifiziertes Personal erfolgen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass in einer Klinik, die nicht Klinik der Maximalversorgung ist, möglicherweise ärztliches oder pflegerisches Personal tätig ist, das von seinen Fähigkeiten und Kenntnissen her nicht das Niveau einer Klinik der Maximalversorgung oder gar einer Universitätsklinik erreicht. Das bedeutet aber nicht, dass in einer kleinen Klinik für die dort anfallenden Tätigkeiten nicht ausreichend qualifiziertes Personal eingesetzt werden darf, sich die Klinik ihren Standard also letztlich selbst definiert. Vielmehr ist der allgemein anerkannte fachliche Standard einzuhalten, was sich nunmehr unmissverständlich aus der Regelung des § 630a Abs. 2 BGB ergibt, zum Zeitpunkt des Vorfalls aber auch bereits der ständigen Rechtsprechung entsprach (vgl. u.a. BGH NJW 2003, 2311 Rn 13, zitiert nach juris; ebenso Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. B 25). Der Einsatz und das Vorhalten von ärztlichem und pflegerischem Personal haben sich folglich am Wohlergehen des Patienten zu orientieren, wobei der Kammer durchaus bewusst ist, dass es medizinischem Personal nicht

möglich ist, jede Komplikation und daraus resultierende Folgen von einem Patienten fernzuhalten. Es ist aber erforderlich dafür zu sorgen, dass auf Komplikationen angemessen reagiert werden kann. Dies war im vorliegenden Fall in der F.-Klinik nicht gegeben, wie sich aus dem gesamten Ablauf des Abends des 20.6.2011, insbesondere aus den von der Beklagten zu 4 getroffenen fatalen Fehlentscheidungen, aber auch aus der Art und Weise ergibt, wie sie versucht hat, den aufgrund ihrer Entscheidungen eingetretenen Notfall zu behandeln. Gerade aus dem Notfallprotokoll ergibt sich, dass die Beklagte zu 4 mit der von ihr verursachten Situation völlig überfordert war. Wenn die Beklagtenseite nun auf Seite 8 des Schriftsatzes vom 1.4.2014 (Bl. 1228 GA) darauf verweist, es sei auf den unter den konkreten Gegebenheiten erreichbaren Standard abzustellen, so ist eine derartige Sichtweise mit großem Nachdruck zurückzuweisen. Die im Schriftsatz aus dem Zusammenhang gerissene zitierte Formulierung bedeutet lediglich, dass etwa ein Allgemeinmediziner, der mit einer besonders schwierigen Situation konfrontiert wird, nicht den gleichen Standard schuldet wie ein Arzt einer speziellen Fachrichtung. Er hat nicht das gleiche Wissen und nicht die gleichen Fähigkeiten, möglicherweise auch nicht die gleichen Gerätschaften wie der entsprechende Facharzt. Dementsprechend kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, wenn er nicht auf dem speziellen Facharztniveau behandelt. Er muss gleichwohl die medizinische Versorgung des Patienten sicherstellen, indem er ihn dem richtigen Facharzt zuweist. Im vorliegenden Fall ist aber die Klägerin von den Beklagten zu 1 und 2 in eine Situation gebracht worden, in der sie aufgrund fehlerhafter organisatorischer Entscheidungen durch nicht ausreichend qualifiziertes Personal behandelt wurde. Die am Abend des 20.6.2011 bei der Klägerin eingetretene Komplikation der Übelkeit und des Erbrechens ist keine solche, die nicht von normal ausgebildetem und qualifiziertem Personal, z. B. einer examinierten Krankenschwester, hätte beherrscht werden können.
Entsprechend diesen Ausführungen ist auch an der Kompetenz des Sachverständigen Prof. Dr. Z. nicht zu zweifeln. Dass er selbst Chefarzt der Anästhesiologie in einer Klinik der Maximalversorgung ist und früher an einer Universitätsklinik tätig war, ändert nichts daran, dass er einzuschätzen vermag, welche Qualifikation medizinisches Personal haben muss, das alleine für die Überwachung eines Patienten verantwortlich ist.
Soweit die Beklagten zu 1 und 2 auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 29.1.2014 verweisen, wonach Medizinstudenten Aufklärungsgespräche mit Patienten für Herzkatheteruntersuchungen durchführen dürfen, ohne dass der Arzt anwesend ist und ohne dass sie diese Untersuchung schon einmal selbst durchgeführt haben, führt dies nicht zu einer anderen Entscheidung. Gerade das Führen eines Aufklärungsgesprächs stellt keine praktische medizinische Tätigkeit am Patienten dar. Zwar wird das Aufklärungsgespräch mit dem Patienten persönlich geführt und ist unerlässlich für die Einwilligung des Patienten zur Durchführung der Operation. Es handelt sich dabei aber nicht selbst um eine therapeutische Maßnahme, die dem Medizinstudenten alleine anvertraut wäre.
Soweit die Beklagten zu 1 und 2 ferner einwenden, ein Arzt habe in 10 Minuten da sein können, da der Beklagte zu 3 in M.-W. gewohnt habe, erscheint dies zwar zweifelhaft, da nicht nur die reine Fahrtzeit zu berücksichtigen ist, insbesondere nicht bei einem Notruf am Abend oder gar in der Nacht, es kann dies aber letztlich dahingestellt bleiben, weil auch eine Fahrtzeit von 10 Minuten zu lang ist, wie der vorliegende Fall nachdrücklich zeigt. Der von der Beklagten zu 4 herbeigerufene Notarzt benötigte sogar nur 8 Minuten, um zur F.-Klinik zu gelangen. Gleichwohl war es zu spät, um die schweren Schäden von der Klägerin abzuwenden. Eine direkte ärztliche Aufsicht über das Handeln der Beklagten zu 4 war eben gerade nicht gegeben. Wenn die Beklagten zu 1 und 2 auf eine Entscheidung des OLG Braunschweig vom 18.12.1997 abstellen, wonach sichergestellt werden müsse, dass eine Notsectio innerhalb von 20 bis 25 Minuten erfolgen könne, so hat das mit dem vorliegenden Fall nicht das Geringste zu tun. Erleidet nämlich ein Patient einen Atem- und Kreislaufstillstand, so kann unter keinen Umständen 20 bis 25 Minuten zugewartet werden. Aus anderen Fällen ist der Kammer, die langjährig mit Arzthaftungssachen befasst ist, bekannt, dass im Falle einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns bei den meisten Patienten ab einem Zeitraum von 8 Minuten Hirnschädigungen eintreten, bei einem Zeitraum von 10 Minuten bei fast jedem Patienten. Daher ist die zitierte Entscheidung für den vorliegenden Fall völlig unbrauchbar.
Die Beklagte zu 4 vermag sich auch nicht darauf zu berufen, dass ihr keine andere Möglichkeit geblieben sei, als den im OP verbliebenen Tropf anzuhängen, weil ihr der Beklagte zu 3 insoweit eine klare Anweisung gegeben habe. Die Anweisung "Infusionsrest aus OP" ist nicht in dem Sinne klar, wie sie die Beklagte zu 4 verstanden haben möchte. Vielmehr ist die Formulierung sprachlich mehrdeutig, weil sie sowohl als "aus dem OP" als auch "aus der OP" verstanden werden könnte. Der Sachverständige Prof. Dr. Z. hat jedoch bereits in seinem schriftlichen Gutachten und auch in seiner mündlichen Anhörung vom 11.3.2014 ausgeführt, dass die Anordnung aus medizinischer Sicht absolut eindeutig sei und nur die Infusion meinen könne, die der Patientin angehängt gewesen sei, als sie aus dem OP in ihr Zimmer verbracht wurde. Er hat dies damit begründet, dass das Handeln der Beklagten zu 4 gegen jegliche Grundregeln im Umgang mit Infusionslösungen verstoßen habe. Eine im OP zurückgelassene Infusionsflasche mit offenem, also unsterilem Infusionssystem und einem Rest milchig-trüber Verfärbung, mithin unklaren Inhalts, wäre durch eine ausgebildete und qualifizierte Pflegekraft mit an Sicherheit grenzender Wahr-

scheinlichkeit nicht noch einmal zur Anwendung am Patienten gekommen (Bl. 1001 GA). Dieser Einschätzung des Sachverständigen schließt sich die Kammer uneingeschränkt an. Sie wird letztlich auch von dem von den Beklagten zu 1 und 2 herangezogenen und zitierten Privatsachverständigen Prof. Dr. B. geteilt. Dieser hat ausgeführt, mit "Infusionsrest aus OP" sei im allgemeinen, aber nicht zwingend, die letzte, am Patienten angeschlossene Infusion gemeint, die mit aus dem OP in den Aufwachraum transportiert werde. In der Regel, aber auch dies nicht immer, werde diese Infusion während der noch laufenden Narkose angeschlossen und postoperativ langsam weiter infundiert. Alle nachfolgenden Infusionen würden dann in der Regel unbenutzt bzw. neu angehängt. In der klinischen Routine würden, soweit keine speziellen abweichenden Anordnungen gegeben würden, normalerweise keine gebrauchten Infusionslösungen aus dem OP geholt und dann im Aufwachraum angehängt. Dieses deshalb nicht, weil man bei im OP bereits benutzten Infusionslösungen nicht sicher wisse, was in ihnen enthalten sei. Er habe es in den letzten 20 Berufsjahren nie erlebt, dass irgendjemand eine "angestochene" - wie auch immer gebrauchte - Lösung im OP liegen gelassen habe und/oder Dritte eine solche aus dem OP geholt hätten, um diese dann weiter zu infundieren. Dieses widerspreche auch allen Hygienevorschriften. Diese klaren Aussagen des von den Beklagten zu 1 und 2 selbst herangezogenen Privatsachverständigen erachtet die Kammer als genauso schlüssig und nachvollziehbar wie die Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Prof. Dr. Z..
Soweit sich die Beklagten zu 1 und 2 auf die Beantwortung weiterer Fragen beziehen, die sie dem Privatsachverständigen Prof. Dr. B. gestellt haben, bedurfte es einer Anhörung des Privatsachverständigen in einer mündlichen Verhandlung nicht. Die Feststellung, dass dann, wenn nur noch eine Infusionsflasche vorhanden gewesen sein sollte, die hätte infundiert werden können, weil die andere bereits durchgelaufen gewesen wäre, sich die Anordnung eben auf diese Flasche hätte beziehen müssen, ist eine Frage der Beweiswürdigung und keine medizinische Frage, die sachverständigerseits zu beantworten wäre. Im Übrigen sind die der Fragestellung zugrunde liegenden Prämissen aus Sicht der Kammer andere. Die Anordnung des Beklagten zu 3 "Infusionsrest aus OP" konnte sich angesichts der Ungewöhnlichkeit, eine angebrochene Flasche aus dem OP zu holen, nur dann auf diese Flasche beziehen, wenn zum Zeitpunkt der Anordnung die der Patientin angehängte Flasche bereits durchgelaufen gewesen wäre. Davon geht die Kammer aber schon deshalb nicht aus, weil es feststeht, dass der Beklagte zu 3, der schließlich wusste, was sich in der im OP zurückgelassenen Flasche befand, ganz sicher nicht wollte, dass deren Inhalt infundiert würde. Schon aus diesem Grund ist also davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Anordnung die der Patientin angehängte Infusion noch nicht durchgelaufen war. Es kann letztlich nicht mit Bestimmtheit gesagt werden, wann dies der Fall war. Nach dem Eintrag im Patientenblatt (Bl. 161 GA) könnte es um 19.05 Uhr gewesen sein, eher wahrscheinlich ist allerdings, dass es sich bei der dortigen Zeitangabe um 19.20 Uhr handelt. Die Beklagte zu 4 selbst hat geäußert, die Infusion sei schon ziemlich weit fortgeschritten gewesen, als sie sie zum ersten Mal gesehen habe. Eigentlich könne sie sich nur daran erinnern, dass sie sie abgestöpselt habe. Das habe sie oben vermerkt. Wann genau das gewesen sei, könne sie jetzt nicht mehr sagen. Um 19.00 Uhr könne es nicht gewesen sein, weil sie zu diesem Zeitpunkt erst gekommen sei. Es könne 19.20 Uhr gewesen sein. Es könne sein, dass Herr Dr. P. zu diesem Zeitpunkt noch da gewesen sei. Das wisse sie jetzt nicht mehr genau. Sie habe die Infusion jedenfalls abgestöpselt, als sie durchgelaufen gewesen sei (Bl. 358 GA). Damit lässt sich eine exakte zeitliche Eingrenzung, wann die Infusion abgestöpselt wurde, nicht vornehmen. Allerdings hat die Beklagte zu 4, nachdem sie in der F.-Klinik erschienen war, noch gesehen, dass die Infusion lief. Das bedeutet, dass die Anweisung "Infusionsrest aus OP" gegeben und erst recht geschrieben wurde, als die Infusion noch lief. Denn aus der Medikamentenliste ergibt sich, dass diese zwischen dem Ende der Operation um 18.45 Uhr und 19.00 Uhr geschrieben worden sein muss, da sich auf ihr bereits die Eintragungen hinsichtlich der Gabe von Dipidolor und des Basalinsulin um jeweils 19.00 Uhr befinden. Die Beklagten zu 1 und 2 können folglich nicht mit dem Argument gehört werden, auch einer examinierten Pflegekraft hätte der von der Beklagten zu 4 begangene Fehler unterlaufen können, da sich die Anweisung im Medikamentenblatt eindeutig auf die im OP verbliebene Infusion bezogen habe.
Hinzu kommt, dass die Beklagte zu 4 nach ihren eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 14.8.2012 die Infusion der Klägerin nicht in erster Linie deshalb gegeben hat, weil dies auf dem Bogen so stand, sondern weil sie gegen 21.15 Uhr der Meinung war, die Patientin habe durch Urinabgabe und mehrfaches Erbrechen bereits viel Flüssigkeit verloren, die sie ihr wieder zuführen wollte (Bl. 359 GA). Aufgrund der Aufschrift "NaCl" auf dem Etikett mag sie davon ausgegangen sein, dass es sich im Grundsatz um Kochsalzlösung handelte. Ihr war aber schon bewusst, dass Kochsalzlösung durchsichtig ist, während der Inhalt der Flasche im OP milchig-trüb war (Bl. 359 f. GA). Statt sich nun aber durch einen Rückruf bei dem Beklagten zu 3 über den Inhalt der Flasche zu vergewissern oder sie eben doch nicht zu infundieren, reimte sich die Beklagte zu 4 zusammen, dass es eine Nährlösung für oder gegen Diabetes sein könne und infundierte den Inhalt der Flasche, ohne zu wissen, worum es sich handelte (Bl. 360 GA). Dies stellt für sich genommen einen schweren Fehler dar, was auch der Sachverständige Prof. Dr. Z. aus

medizinischer Sicht so gesehen hat (Bl. 1008 GA). Selbst der Privatsachverständige Prof. Dr. B. hat ausgeführt, dass man eine im OP bereits benutzte Infusionslösung deshalb nicht mehr anhänge, weil man nicht sicher wisse, was in ihr enthalten sei.
Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. Z. bereits im schriftlichen Gutachten, aber auch in seiner mündlichen Anhörung in der Verhandlung vom 11.3.2014, hat die von der Beklagten zu 4 verursachte Propofolgabe auch den Atemstillstand bei der Klägerin hervorgerufen. Der Sachverständige hat insoweit ausgeführt, dass nach den Feststellungen der rechtsmedizinischen Untersuchung vom 24.06.2011 maximal 75 mg Propofol in der Flasche mit 500 ml NaCl hätten sein können (Bl. 1016 GA). Es sei jedoch von einer deutlich höheren Propofolkonzentration auszugehen, da Propofol flüchtig sei und sich mit der Zeit abbaue, anfangs stärker, später nachlassend. Eine genaue Konzentration vermochte er allerdings nicht zu ermitteln. Es müsse aber, da die Untersuchung des Flascheninhalts erst beinahe 4 Tage nach dem Vorfall durchgeführt worden sei, eine deutlich über den von der Rechtsmedizin ermittelten Menge von maximal 75 mg gewesen sein (Bl. 1017 GA). Mit 100 bis 120 mg Propofol könne man - per Bolus gesetzt - eine Narkose hervorrufen. Der zeitliche Zusammenhang zum Einschlafen der Klägerin spreche eindeutig dafür, dass die Narkotisierung mit der Infusion zusammenhänge. Auch das gurgelnde oder schnarchende Geräusch, das die Beklagte zu 4 beschrieb, passe dazu. Es entstehe durch muskulären Tonusverlust im Bereich des Unterkiefers und durch Zurückfallen der Zunge (Bl. 1018 GA). Da die Infusion nicht umgehend beendet worden sei, sei dieser quasi narkotische Zustand aufrechterhalten worden und es sei bedingt durch globalen Sauerstoffmangel zum Herz-Kreislauf-Stillstand gekommen. Inwieweit noch andere Mittel zur Narkotisierung der Klägerin beigetragen haben, vermochte der Sachverständige nicht zu sagen, insbesondere nicht, ob in der Mischung auch Remifentanil enthalten gewesen sein könnte, da dieses im Körper sehr schnell abgebaut werde und auch in der Flasche zum Zeitpunkt der Untersuchung am 24.6.2011 möglicherweise nicht mehr nachweisbar gewesen wäre. Jedenfalls aber sei Propofol bei der Applikation dabei gewesen. Er sehe keinen anderen Grund, weshalb es vorliegend zu dem Atemstillstand gekommen sein könnte. Schon deshalb müsse die Menge an Propofol, die hier eine Rolle gespielt habe, höher gewesen sein als das, was aufgrund der toxikologischen Untersuchung bislang angenommen worden sei (Bl. 1187 GA).
Diese Angaben des Sachverständigen sind für die Kammer in jeder Hinsicht nachvollziehbar. Die Beklagte zu 4 hat der Klägerin einen Infusionstropf angehängt, in dem unstreitig Propofol gelöst war. Kurze Zeit darauf hat die Klägerin auf ihre Fragen nicht mehr geantwortet und gurgelnde bzw. schnarchende Geräusche von sich gegeben. Dieser Geschehensablauf lässt für vernünftige Zweifel keinen Raum, dass die Narkotisierung der Klägerin mit der Gabe des Narkosemittels im Zusammenhang stand.
Der Sachverständige Prof. Dr. Z. hat darüber hinaus ausgeschlossen, dass die Klägerin durch eine operationsbedingte Komplikation, etwa die Verlegung der oberen Atemwege durch eine Schwellung, den Atemstillstand erlitt. Insoweit hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 11.3.2014 ausgeführt, dass dann, wenn die Verlegung der oberen Atemwege durch Schwellungen komplett erfolgt wäre, dies nicht so schnell gegangen wäre, sondern sich über einen längeren Zeitraum erstreckt hätte. Dies sei eine ganz furchtbare Sache für den Patienten. Es wäre verbunden gewesen mit entsprechenden Atemgeräuschen. Solche Patienten seien unruhig und versuchten Luft zu bekommen. Das sei nicht vereinbar mit einem Einschlafen. Der Sachverständige hat durchaus darauf hingewiesen, dass die auffälligen Schwellungen im Bereich der oberen Atemwege das Geschehen aggraviert haben dürften, da sie wahrscheinlich zu einem frühen Zeitpunkt zu einer totalen Verlegung der oberen Atemwege beigetragen hätten. Solche Schwellungen seien gelegentlich nach Eingriffen in der Kopf-/Halsregion zu beobachten und könnten bei wachen und klaren Patienten völlig asymptomatisch sein. Daraus ergebe sich, dass die Symptomatik damit zwar forciert worden, aber nicht ausgelöst worden sei (Bl. 1018 f. GA). Auch ein Unterdrucklungenödem konnte der Sachverständige ausschließen, weil der durch die vom Patienten durchgeführten Atembemühungen möglicherweise erzeugte Unterdruck zu Veränderungen der unteren Atemwege geführt hätte, nicht der oberen. Außerdem habe sich im Röntgenbild kein Lungenödem gezeigt.
Damit steht aus Sicht der Kammer fest, dass der Atem- und nachfolgend der Kreislaufstillstand bei der Klägerin durch die von der Beklagten zu 4 verabreichte Infusion ausgelöst wurden.
Folglich haftet die Beklagte zu 1 für die bei der Klägerin eingetretenen Schäden, weil sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten aus dem Behandlungsvertrag mit der Klägerin hinsichtlich der postoperativen Betreuung ungeeigneten Personals bediente, indem sie die Beklagte zu 4 als alleiniges medizinisches Personal für die Nacht in der Klinik zurückließ. Sie haftet daher aus eigenem Organisationsverschulden ebenso wie für das Verschulden der Beklagten zu 4 im Rahmen des Behandlungsvertrages über § 278 BGB.
Auch der Beklagte zu 2 ist als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 insoweit verantwortlich. Als Geschäftsführer ist er derjenige, der die GmbH nach außen vertritt. Dementsprechend schließt er auch die Verträge mit dem von der GmbH beschäftigten Personal. Als einziger Mediziner war er zudem der einzige, der die Qualifikation oder Nichtqualifikation der Beklagten zu 4 beurteilen konnte. Darüber hinaus war er für die Organisation der Klinik und damit auch der postoperativen Betreuung der Klägerin verantwortlich. Er haftet folglich aus unerlaubter Handlung wegen Organisationsverschuldens.

Die Klage ist auch gegen die Beklagte zu 4 begründet. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte zu 4 ein sogenanntes Übernahmeverschulden trifft. Ein Übernahmeverschulden setzt voraus, dass der Betreffende, nach den bei ihm vorauszusetzenden Kenntnissen und Erfahrungen, Bedenken gegen die Übernahme der Verantwortung für die Behandlung hätte haben und eine Gefährdung des Patienten hätte voraussehen müssen. Es kommt darauf an, ob er sich unter den besonderen Umständen des Falles darauf verlassen durfte, dass die vorgesehene Behandlung ihn nicht überforderte (BGHZ 88, 248, 258 f.; BGH NJW 1994, 3008 Rn. 12, zitiert nach juris). Die Kammer hat Zweifel daran, dass von der Beklagten zu 4 nach ihren Erfahrungen und Kenntnissen verlangt werden konnte, die Behandlung der Klägerin, mit der sie von dem Beklagten zu 2, der um ihre mangelnden medizinischen Vorkenntnisse wusste oder bei sorgfältiger Überprüfung jedenfalls hätte wissen müssen, betraut worden war, abzulehnen. Gerade im Hinblick auf die geringe Praxiserfahrung der Beklagten zu 4 erscheint dies fraglich, da ihr möglicherweise gar nicht klar war, welche Komplikationen auftreten konnten. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben. Die Beklagte zu 4 hat nämlich selbständig Behandlungsfehler begangen, für die sie haftet. Selbst wenn sie nämlich die Anweisung des Beklagten zu 3 "Infusionsrest aus OP" missverstanden haben sollte, so ist es ihr doch in jedem Fall anzulasten, dass sie, obwohl sie erkannt hat, dass der Inhalt der Infusionsflasche nicht der Beschriftung entsprechen konnte, da er milchig-trüb war, sich über diesen Inhalt nicht vergewisserte, sondern ihn unter Heranziehung einer vermeintlich plausiblen Erklärung der Klägerin infundierte; und dies, obwohl ihr die Beklagten zu 2 und 3 ihre Telefonnummern hinterlassen hatten, falls Unklarheiten bestünden oder Komplikationen aufträten. Damit hat sie, wie auch der Sachverständige Prof. Dr. Z. ausgeführt hat, gegen eine medizinische Grundregel verstoßen. Sie haftet daher ebenfalls aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz und Schmerzensgeld.
Hingegen war die Klage gegen den Beklagten zu 3 abzuweisen.
Die Kammer verkennt nicht, dass auch der Beklagte zu 3 einen pflichtwidrigen kausalen Beitrag zu dem Geschehen geleistet hat, indem er die angebrochene Infusionsflasche im Operationssaal hat hängen lassen, noch dazu mit einer falschen Beschriftung. Dabei bestand eine, wenn auch nicht schriftlich fixierte, Absprache dahingehend, dass der Anästhesist nach einer Operation in der F.-Klinik seinen Arbeitsplatz selbst aufräumte und auch für die Säuberung der Geräte verantwortlich war. Einmalgegenstände waren von dem Anästhesist zu entsorgen. Dies ist so von dem Beklagten zu 2 in der mündlichen Verhandlung vom 14.8.2012 angegeben (Bl. 346 GA) und von dem Beklagten zu 3 auch nicht bestritten worden. Auch die Zeugin B. hat das so ausgesagt. Sie hat allerdings auch erklärt, dass sie, wenn noch etwas herumgelegen habe, das dann weggeschmissen habe. Dies habe auch Gegenstände der Anästhesie (Bl. 363 GA) betroffen. Damit hat der Beklagte zu 3 gegen diese stillschweigende Absprache verstoßen, indem er die Infusionsflasche aus der Anästhesie im Operationssaal hat hängen lassen. Seine Einlassung in der mündlichen Verhandlung vom 14.8.2012, es sei ja nicht so, dass man absichtlich etwas herumliegen lasse, um einen anderen zu ärgern, es könne schon einmal sein, dass beim Aufräumen etwas aus dem Blick gerate und man es anschließend vergesse, ist nicht geeignet, sein Verschulden zu beseitigen. Dies hat auch der Sachverständige Prof. Dr. Z. in seinem schriftlichen Gutachten bereits so gesehen. Er hat ausgeführt, der Beklagte zu 3 habe das Infusionsgemisch nicht adäquat entsorgt und beschriftet und damit gegen zahlreiche aktuelle Sicherheitsvorschriften verstoßen.
Gleichwohl kann eine Verurteilung des Beklagten zu 3 auf diese Pflichtwidrigkeit nicht gestützt werden. Der Beklagte zu 3 ist davon ausgegangen, dass er es bei der Beklagten zu 4 mit einer examinierten Krankenschwester zu tun habe. Er hat sie bei ihrem Erscheinen gefragt, ob sie die Nachtschwester sei, was sie bejaht habe (Bl. 350 GA). Die Beklagte zu 4 hat dies letztlich nicht bestritten. Sie hat sich dahingehend eingelassen, dass sie sich selbst nicht als Nachtschwester bezeichnen würde, dass es aber sein könne, dass sie auf Frage des Beklagten zu 3 dies bejaht habe (Bl. 360 GA). Damit durfte der Beklagte zu 3 davon ausgehen, es mit einer examinierten Krankenschwester zu tun zu haben, zumal es auch nicht naheliegend war, dass von den Beklagten zu 1 und 2 unqualifiziertes Personal als einzige Nachtwache eingesetzt wurde, so dass damit auch nicht zu rechnen brauchte.
Aufgrund dieses Umstandes konnte der Beklagte zu 3 aber nicht damit rechnen, dass eine im OP zurückgelassene Infusionsflasche mit offenem, also unsterilem Infusionssystem und einem Rest milchig-trüber Verfärbung, mithin unklarem Inhalt, durch ausgebildete und qualifizierte Pflegekräfte nochmals zur Anwendung am Patienten kommt, da dies gegen jegliche Grundregeln im Umgang mit Infusionslösungen verstößt. In ähnlicher Weise hat sich auch der Privatsachverständige Prof. Dr. B. geäußert.
Auch die Anweisung "Infusionsrest aus OP" ändert an diesem Ergebnis nichts, da, wie bereits ausgeführt, die Anweisung aus medizinischer Sicht aus den vorerwähnten Gründen eindeutig war. Damit ist der Zurechnungszusammenhang der von dem Beklagten zu 3 in Gang gesetzten Kausalkette unterbrochen worden. Zwar muss derjenige, der ein pflichtwidriges Verhalten an den Tag legt, auch damit rechnen, dass andere ebenfalls Fehler machen und sie sich gegebenenfalls zurechnen lassen. Sofern es sich bei diesen Fehlern jedoch um besonders gravierende Fehler handelt, wird der Kausalzusammenhang unterbrochen. Dies ist dann der Fall, wenn der hinzutretende Dritte die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten und die Anforderungen an ein gewissenhaftes fachliches Verhalten in außergewöhnlich hohem Maße außer Acht lässt bzw. in völlig unsachgemäßer Weise eine weitere Schadensursache setzt (vgl. BGH NJW 2012,

2024 Rn 15 und NJW 2003, 2311 Rn 18, jeweils zitiert nach juris und Palandt / Grüneberg, BGB, 73. Aufl., Vorbem. vor § 249 Rn 47). Ein solcher gravierender Fehler lag vorliegend vor. Wie bereits ausgeführt, verstieß das Handeln der Beklagten zu 4 in mehrfacher Hinsicht gegen elementare Grundregeln medizinischen Verhaltens. Hiermit brauchte und konnte der Beklagte zu 3 nicht rechnen.
Soweit der Sachverständige Prof. Dr. Z. Kritik an der Vorgehensweise bei der Anästhesie und auch an der Dokumentation der Anästhesie geübt hat, hat er gleichzeitig ausgeführt, dass sich diese Mängel nicht ausgewirkt haben, da die Klägerin nach Abschluss der Operation zeitnah aufgewacht und wach und orientiert gewesen sei. Diese Einschätzung ist für die Kammer in jeder Hinsicht nachvollziehbar. Die für die Klägerin fatalen Fehler wurden nicht bei der Anästhesie unter der Operation gemacht, sondern im Rahmen der postoperativen Betreuung.
Problematisch erscheint auch die weitgehende Bedarfsmedikation, die nicht den formellen Anforderungen an eine solche Maßnahme entspricht. Der Sachverständige Prof. Dr. Z. hat insoweit ausgeführt, dass eine solche Verordnung den Namen des Medikaments, die exakte Dosierung, den Applikationsweg und den Zeitpunkt der Applikation nennen muss. Zudem müssten die Indikationen zur Applikation konkret genannt und schriftlich vorgegeben werden, was hier nicht der Fall war (Bl. 1004 GA). Gleichwohl haben sich diese Mängel nicht ausgewirkt. Bei dem Eintrag "Infusionsrest aus OP" handelt es sich gerade nicht um eine Bedarfsmedikation. Hiermit war gemeint, dass die angehängte Infusion durchlaufen sollte. Dies war, wie oben ausgeführt, medizinisch eindeutig.
Letztlich war die Beklagte zu 4 nicht Erfüllungsgehilfin des Beklagten zu 3. Aufgabe des Beklagten zu 3 war es, die Anästhesie durchzuführen. Üblicherweise wird ein Patient, wenn er operiert worden ist, zunächst auf eine Aufwach- oder Intensivstation verbracht, wo Anästhesisten und Intensivmediziner sie betreuen. Einen Aufwachraum gibt es in der F.-Klinik nicht, weshalb die Klägerin sofort auf ihr Zimmer verbracht wurde. Anders als im Fall eines Krankenhauses, in dem ein Patient von der Fachabteilung wieder übernommen wird, sobald er sich auf der jeweiligen Fachstation befindet, war es hier allerdings so, dass der Beklagte zu 2 und der Beklagte zu 3 jeweils nach ihren Fachgebieten die Beklagte zu 4 für den Nachtdienst instruierten. Der Beklagte zu 2 unterrichtete sie über die Wunden und Verbände sowie darüber was die Klägerin unter chirurgischen Gesichtspunkten essen durfte. Der Beklagte zu 3 erläuterte der Beklagten zu 4 die Schmerzmedikation und auch die Insulingabe. Die von ihm gemachten Vorgaben dürften folglich, so wie die Behandlung in der F.-Klinik praktiziert wurde, nicht lediglich eine Empfehlung für den Beklagten zu 2 dargestellt haben, der sie dann umsetzte. Vielmehr gab es Anweisungen direkt von dem Beklagten zu 3 an die Beklagte zu 4. Für diese Anweisungen trägt der Beklagte zu 3 auch die Verantwortung. Gleichwohl wurde damit die Beklagte zu 4, die der Beklagte zu 3 überhaupt nicht kannte, und die von dem Beklagten zu 2 für die von ihm geschuldete postoperative Betreuung angestellt worden war, nicht zur Erfüllungsgehilfin des Beklagten zu 3. Sie blieb vielmehr Angestellte der Beklagten zu 1, die im Rahmen des Behandlungsvertrages die von der Beklagten zu 1 geschuldeten Pflegeleistungen durchführte. Dass der Beklagte zu 3 für das Fehlverhalten der Beklagten zu 4 nicht haftet, folgt auch bereits daraus, dass die Anästhesie nach dem Angebot vom 16.5.2011 von der Beklagten zu 1 selbst geschuldet war, die Klägerin also mit dem Beklagten zu 3 keinen eigenen Behandlungsvertrag abgeschlossen hatte. Dementsprechend ist auch ausgeschlossen, dass der Beklagte zu 3 sich der Beklagten zu 4 zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin bediente. Als Verrichtungsgehilfin des Beklagten zu 3 im Sinne von § 831 BGB kommt die Beklagte zu 4 schon deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagte zu 3 die Beklagte zu 4 nicht zu der Verrichtung als Nachtwache bestellt hatte, sondern weil dies durch die Beklagten zu 1 und 2 geschehen war.
Eine Haftung des Beklagten zu 3 ist damit ausgeschlossen. Die Klage war gegen ihn abzuweisen.
Die Sache ist noch nicht zur Entscheidung reif, da über einzelne Schadenspositionen noch Beweis zu erheben sein wird. Sie ist daher dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Aus dem gleichen Grund war der Feststellungsantrag zuzusprechen.
Soweit die Klage abgewiesen wurde, waren die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3 der Klägerin aufzuerlegen. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Abs. 1 ZPO.

155. OLG Köln, Beschluss vom 09.04.2014 – I-5 U 154/13, 5 U 154/13 – * Arzthaftung: Behandlungsfehler im Zusammenhang mit einer erheblichen Penisschaftverkürzung

Orientierungssatz

Eine narbige Schrumpfung gehört bei einer Erkrankung an Lichen sclerosus zu den behandlungsimmanenten Risiken einer Exzision der Penisschafthaut mit anschließender plastischer Schaftdeckung, so dass ggf. ein Behandlungsfehler nicht festzustellen ist.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 27.03.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 303/12 - 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.

Gründe

I. Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung 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).
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann von der 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. Behandlungsfehler hat das Landgericht nach Einholung eines urologischen Gutachtens von Prof. Dr. I in rechtlich nicht zu beanstandender und den Senat bindender Weise (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) nicht festgestellt.
Nach den Ausführungen von Prof. Dr. I kann der am 28.4.2011 vom Urologen Dr. S sowie im05.2011 in der Ambulanz des Universitätsklinikums C festgestellte Umstand, dass der Hodensack bis an die Eichel herangezogen und damit der Penisschaft in den Hodensack eingebettet war ("burried penis"), nicht nur auf einer fehlerhaften, von vorneherein nicht funktionserhaltenden Durchführung der Operation vom 9.2.2011 beruhen, sondern auch auf einer in den Wochen nach der Operation eingetretenen narbigen Schrumpfung. Diese gehöre bei einer Erkrankung an Lichen sclerosus - so der Sachverständige weiter - zu den behandlungsimmanenten Risiken einer Exzision der Penisschafthaut mit anschließender plastischer Schaftdeckung (Bl. 108, 133 d.A.).
Die Beurteilung des Sachverständigen Prof. Dr. I, die von derjenigen von Prof. Dr. M im Verfahren vor der Gutachterkommission abweicht, überzeugt. Dafür, dass die Schadensursache in einem narbigen Schrumpfungsprozess gelegen hat, streiten der Operationsbericht und der Inhalt der Behandlungsunterlagen des nachbehandelnden Urologen Dr. S. Im Operationsbericht (Bl. 48 d.A.) heißt es ausdrücklich, dass die Verschiebelappen unter Berücksichtigung eines möglichst langen Penisschafts vereinigt worden seien. Dr. S hat eine erhebliche Penisschaftverkürzung erstmals bei der Kontrolluntersuchung vom 28.4.2011, das heißt zehn Wochen nach dem Eingriff, vermerkt, während vergleichbare Befunde bei den Vorstellungen des Klägers am 21.2.2011, 28.2.2011 und 8.3.2011 nicht dokumentiert worden sind. Vielmehr heißt es unter dem 28.2.2011 "Noch alles recht "roh" ... aber es wird ... " und sodann unter dem 8.3.2011 "langsam besser", was jeweils aus damaliger Sicht keinen Misserfolg der Operation beschreibt.
Die vom Kläger erhobenen Einwendungen greifen demgegenüber nicht durch. Die Beiziehung der Behandlungsunterlagen des Urologen Dr. S und des Universitätsklinikums C sowie deren Übermittlung an den Sachverständigen Prof. Dr. I ergeben sich aus dem Akteninhalt. Dass der Sachverständige die Behandlungsunterlagen zur Kenntnis genommen hat, wird durch die Wiedergabe ihres wesentlichen Inhalts im schriftlichen Gutachten belegt und ist von ihm in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ausdrücklich bestätigt worden. Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung erstmals behauptet hat, dass Dr. S bereits am 28.2.2011 eine Versenkung des Penisschafts im Hodensack festgestellt habe, handelt es sich angesichts des gegenteiligen Inhalts der ärztlichen Dokumentation um einen unbeachtlichen Vortrag "ins Blaue hinein", für dessen Richtigkeit es keinerlei Anhaltspunkte gibt. Darüber hinaus wäre der Vortrag, sofern beachtlich, nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen, unter denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zu berücksichtigen sind, sind weder dargetan noch ersichtlich. Dass es auf den genauen Zeitpunkt ankam, ab dem ein "burried penis" vorlag und von den nachbehandelnden Ärzten wahrgenommen wurde, ergab sich für die Parteien bereits in erster Instanz aus dem Gutachten von Prof. Dr. I.
Soweit der Kläger es als Hygienemangel ansieht, dass das seinem Zimmernachbarn abgenommene, blutige Verbandsmaterial vorübergehend in einem offenen Behälter im Patientenzimmer gelagert worden sei, setzt er allein seine Auffassung gegen die gegenteilige Beurteilung des Sachverständigen Prof. Dr. I (vgl. Bl. 109 f. d.A.), was keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gibt.
2. Einen Ersatzanspruch des Klägers wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung hat das Landgericht ebenfalls in zutreffender Weise verneint.
Es ist außer Streit, dass der Kläger entsprechend den handschriftlichen Eintragungen auf dem von ihm am 19.1.2011 unterschriebenen proCompliance-Aufklärungsbogen (Bl. 44 ff. d.A.) über das Risiko einer narbigen Verengung und Schrumpfung sowie über eine möglicherweise notwendige erneute Operation aufgeklärt worden ist. Dies entspricht der Komplikation, von deren Eintritt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auszugehen ist.
Die Möglichkeit eines von vorneherein zweizeitigen Vorgehens stellte entsprechend der Beurteilung von Prof. Dr. I (Bl. 134 d.A.) keine aufklärungspflichtige Alternative dar. Verglichen mit einem erfolgreichen einzeitigen Vorgehen wäre ein zweizeitiges Vorgehen mit höheren Belastungen verbunden gewesen,

während die Belastungen selbst im Fall einer korrekturbedürftigen einzeitigen Operation - wie aus dem Gutachten von Prof. Dr. M hervorgeht - gleichartig waren.
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.

156. KG Berlin, Urteil vom 03.04.2014 – 20 U 253/12 – * Arzthaftung: Arzt als Hersteller i.S. des Produkthaftungsgesetzes beim Austausch von Komponenten verschiedener Hersteller bei einer implantierten Hüftprothese; fehlerfreie Behandlung beim Verstoß gegen Medizinproduktevorschriften

Leitsatz

1. Durch den Austausch einzelner Komponenten einer bereits implantierten Prothese wird auch dann kein neues Produkt im Sinne des Produkthaftgesetzes hergestellt, wenn es sich um Komponenten verschiedener Hersteller handelt.
2. Der Arzt wird nicht zum Hersteller eines neuen Produktes; es handelt sich vielmehr um Reparatur der Hüftprothetik.
3. Ob ein Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz oder die Medizinprodukte-Betreiberverordnung vorliegt, kann nicht isoliert ohne Eingehen auf den ärztlichen Standard gesehen werden.
4. Eine dem ärztlichen Standard entsprechende, behandlungsfehlerfreie Behandlung, die als solche geeignet und notwendig ist, die Gesundheit des Patienten wieder herzustellen, darf nicht allein deswegen versagt werden müssen, weil sich der behandelnde Arzt anderenfalls der Haftung wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des Medizinproduktegesetzes oder die Medizinprodukte-Betreiberverordnung aussetzen würde.
Entgegen OLG Koblenz, 26.02.2013, Az: 5 U 1474/12

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 4.9.2012 - 13 O 54/10 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen

Gründe

I.
Der Kläger macht gegenüber den Beklagten als Gesamtschuldnern Schmerzensgeld
(60.000 EUR) geltend und begehrt die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung. Ferner verlangt er Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (2.362,45 EUR).
A.
Dem 1922 geborenen Kläger wurde 1993 eine Hüft-TEP rechts implantiert.
Am 13.2.04 wurde ihm in der Einrichtung der Beklagten zu 1. eine zementfreie Hüft-TEP links (Model GEHE der Firma ...) implantiert.
Nachfolgend kam es zu wiederholten Luxationen (Verrenkung/Auskugelung) die durch entsprechende Eingriffe reponiert wurden.
Schließlich erfolgte am 17.9.04 eine Revisionsoperation in der Einrichtung der Beklagten zu 1., hierbei wurden Teile der Hüftprothese ausgetauscht; und zwar wurde auf einen steckbaren Konus der Originalprothese der Firma ... ein Konusadapter der Firma ... mit einem entsprechend verlängerten Kopfstück (sog. Bioball-Adapter) der Firma ... gesetzt.
Am 19.11.07 kam es zum Prothesenbruch (Bruch des Aufsteckkonus des Hüftstiels).
Am 23.11.07 erfolgte in der Einrichtung der Beklagten zu 2. eine erneute Revisionsoperation, die Beklagte zu 2. kombinierte bei dem Austausch von Teilen der Prothese wiederum einen Konusadapter der Firma ... mit einer Halsverlängerung der Firma ... (Bioball Adapter 2XL).
Der Kläger hat in der 1. Instanz im Wesentlichen geltend gemacht:
- die Operation am 13.2.04 sei behandlungsfehlerhaft erfolgt (nicht Gegenstand der Berufung).
- bei den Revisionsoperationen am 17.9.04 und 23.11.07 seien unzulässige Produktkombinationen erfolgt, die Ursache für den Bruch gewesen seien.
- nach der letzten Revisionsoperation sei es zu einer chronischen Infektion mit Fistelbildung gekommen.
- Eine erneute prothetische Versorgung sei wegen der Vielzahl der Vor-Operationen nicht mehr möglich; er müsse sich daher „schonend“ verhalten (Gehhilfen), damit es nicht zu einem erneuten Bruch komme (dann Rollstuhl).
Die Beklagten haben im Wesentlichen geltend gemacht:

Die beanstandete Produktkombination sei aus medizinischen Gründen notwendig gewesen, anderenfalls hätte die Endoprothese vollständig ausgebaut werden müssen. Die von den Operateuren gefundene Lösung sei für den Kläger am schonensten gewesen. Die Kombination der streitgegenständlichen Produkte sei hier möglich und sachgerecht gewesen.
Das Landgericht hat ein Gutachten des Sachverständigen ... eingeholt (Gutachten vom 31.10.11, Bl. 159 bis 230 Bd. I d.A.). Dieser hat in der mündlichen Verhandlung am 14.8.12 sein Gutachten erläutert (Bl. 105 Bd. II d.A.).
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts sowie ergänzend auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
B.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.
Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.
C.
Gegen das Urteil des Landgerichts hat der Kläger in vollem Umfang Berufung eingelegt.
Der Kläger trägt vor:
1.
Das Landgericht habe von ihm gestellte Anträge nach § 142 Abs. 1 ZPO übergangen, nämlich den Antrag aus dem Schriftsatz vom 16.5.12 (Auflage an den Rechtsnachfolger der Firma ... X, die Anwenderinformationen für die Zeiträume 2004 bis 2007 an das Gericht auszuhändigen), und den Antrag aus dem Schriftsatz vom 2.7.12 (Antrag, der Beklagten aufzugeben, die Anwenderinformationen der Produkthersteller im Hinblick auf die am 23.11.07 implantierten Prothesen vorzulegen).
2.
a.
Es stelle einen Verfahrensfehler dar, dass der Kläger zu der Behauptung der Beklagten, der Kläger habe auf die Herausgabe der explantierten Prothesen verzichtet, nicht zumindest angehört worden sei.
b.
Die Entsorgung der Prothesenteile stelle eine Beweisvereitelung dar. Dem Kläger sei so die Möglichkeit genommen worden, die Fehlerhaftigkeit des Produktes oder aber einen Anwendungsfehler nachzuweisen; ein Ermüdungsbruch sei hingegen auszuschließen.
Das BfArM hätte über den gebrochenen Hüftstiel der Firma ... informiert werden müssen.
Bei den entsprechenden Vorschriften der MPBetreibV und der MPSV handele es sich um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.
3.
Es sei vom Landgericht verfahrensfehlerhaft unterlassen worden, dem Sachverständigen aufzugeben, seine Aussage, dass die Firma ... X keine entsprechenden Konusverlängerungen zum streitgegenständlichen Zeitpunkt zur Verfügung habe stellen können und daher auf ein entsprechendes Produkt der Firma ... habe ausgewichen werden müssen, zu verifizieren und zu belegen - auch vor dem Hintergrund weiterer Ungenauigkeiten in dem Sachverständigengutachten.
4.
Das Landgericht habe sich auch nicht hinreichend mit der Frage befasst, ob durch das Vorgehen der Beklagten zu 1. und 2. ein neues Medizinprodukt hergestellt worden sei.
Tatsächlich seien die Beklagten im vorliegenden Fall durch die Kombination von Produkten unterschiedlicher Firmen Hersteller im Sinne des Medizinproduktegesetzes geworden und hafteten dementsprechend auch nach dem ProdHaftG, auch wenn in der Hüftendoprothetik die Kombination von Produktteilen unterschiedlicher Hersteller durchaus üblich sei.
Zu der Frage, ob Produktkombination von Prothesenteilen unterschiedlicher Hersteller haftungsrechtlich nach dem ProdHaftG zu bewerten sei, gebe es noch keine Entscheidung des Bundesgerichtshofes; daher sei die Revision zuzulassen.
5.
Vor dem Hintergrund, dass hier eine nicht zugelassene Produktkombination erfolgt sei, hätte der Kläger über diesen „Off-Label-Use“ aufgeklärt werden müssen.
Der Kläger beantragt,
das am 4.9.12 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 13 O 54/10 - aufzuheben und
1. die Beklagten zu 1. und 2. gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 60.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen, die aus der fehlerhaften Behandlung der Beklagten

resultieren, soweit nicht diese Ansprüche auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden;
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger weitere 2.362,45 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der erstinstanzlichen Klageschrift zu zahlen;
vorsorglich,
die Revision zuzulassen;
weiterhin,
den Rechtsstreit an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen.
Die Beklagte zu 1. beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte zu 2. beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte zu 1. trägt vor:
1.
Das Urteil des Landgerichts sei zutreffend.
Die meisten Einwendungen in der Berufungsbegründung beträfen ohnehin die Beklagte zu 2.
2.
Die Ausführungen des Klägers dazu, dem Sachverständigen sei aufzugeben, seine Aussage, dass die Firma ... I... im streitgegenständlichen Zeitpunkt keine Konusverlängerung habe zur Verfügung stellen können, seien in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.8.12 erfolgt.
Die Beklagte zu 2. trägt vor:
1.
Das Urteil des Landgerichts sei zutreffend.
2.
Die vom Kläger begehrte gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 2. mit der Beklagten zu 1. komme schon deswegen nicht in Betracht, weil die Beklagte zu 2. erstmalig im11.2007 mit der Behandlung des Klägers befasst gewesen sei.
3.
Die Prothesensituation des Klägers sei nach der Operation vom 23.11.07 wegen anderer „Winkelverhältnisse“ mit der Prothesensituation beim Kläger nach der Operation vom 17.9.04 nicht vergleichbar. Die für die erforderliche Muskelspannung nötige Winkelung sei nach der Operation im11.2007 nicht mehr mit dem ... -Konus sondern mit dem ... -Adapter hergestellt worden.
4.
Soweit der Kläger angebliche Verfahrensfehler des Landgerichts rüge, sei nicht ersichtlich, was sich daraus zu Gunsten des Klägers ergebe solle.
5.
Der Kläger sei vor der Operation am 23.11.07 auch über einen möglichen Implantatswechsel aufgeklärt worden. Selbst bei unterstellter Verletzung der Aufklärungspflicht fehle es aber an einem Schaden.
6.
Hinsichtlich der behaupteten „Beweisvereitelung“ sei zunächst noch einmal klarzustellen, dass nicht der Hüftstiel der Firma ... sondern der Konusadapter der Firma ... gebrochen war.
7.
Eine Haftung der Beklagten zu 2. nach dem ProdhaftG sei nicht gegeben und ergebe sich auch nicht aus der von ihm angeführten Entscheidung des OLG Koblenz vom 26.2.13 - 5 U 1474/12 -.
Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
II.
A.
Die Berufung ist unbegründet.
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
Die Beklagten sind unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zur Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz verpflichtet.
2. Haftung nach dem ProdHaftG
Eine verschuldensunabhängige Haftung nach dem ProdHaftG scheitert daran, dass die Beklagten kein Produkt im Sinne des ProdHaftG hergestellt haben.
Darüber hinaus wäre ein etwaiges Produkt auch nicht als fehlerhaft anzusehen.
a.
Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ProdHaftG haftet der Hersteller eines Produkts - unabhängig von seinem Verschulden - dafür, dass durch einen Fehler des Produkts „jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt (wird).“

Unabhängig von der Frage, ob die Prothese oder Prothesenteile überhaupt einen Fehler i.S.v. § 3 ProdHaftG hatten und dem Kläger gerade hierdurch ein Gesundheitsschaden entstanden ist, scheitert eine Haftung nach dem ProdHaftG entsprechend den zutreffenden Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts auf den Seiten 6,7 des Urteils, auf welche Bezug genommen wird, bereits daran, dass durch den Austausch von einzelnen Komponenten einer bereits implantierten Prothese kein Produkt i.S.d. Produkthaftgesetzes hergestellt wurde, welches sich aus den knöchern eingeheilten Teilen der Firma ... und den neu eingebrachten Teilen der Firma ... zusammensetzt.
b.
Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ProdHaftG ist
Hersteller im Sinne dieses Gesetzes, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt.
Der Kläger beanstandet, das Landgericht habe sich mit der Frage der Herstellereigenschaft der Beklagten zu 1. zu 2. „nicht hinreichend befasst." Dieser Einschätzung schließt sich der Senat zwar nicht an; gleichwohl werden die wesentlichen Erwägungen des Senats zu der Frage, ob die Beklagten als Hersteller eines Produkts anzusehen sein könnten, nachfolgend kurz dargestellt:
aa.
Gegen die Annahme, dass die Beklagten als Hersteller eines Medizinprodukts anzusehen sind, spricht zum einen der Aspekt der allgemeinen Verkehrsanschauung. Wird ein Teil einer aus mehreren Teilen bestehenden Hüft-TEP ausgetauscht, wird kein neues Gesamtprodukt geschaffen, sondern es wird eine Reparatur der Hüftprothetik vorgenommen, indem ein Teil des Gesamtprodukts durch ein neues Teil ausgetauscht wird. Der Umstand, dass sich das ausgetauschte neue Teil von dem schadhaften Teil im Detail unterscheiden mag, ändert nichts daran.
Die Einordnung als bloßer Austausch im Sinne einer Reparatur ergibt sich auch aus dem Sachverständigengutachten von ... vom 31.10.11 (Seiten 46, 47, Bl. 204, 205 Bd. I d.A.): Die Hüftprothetik war instabil und infolgedessen kam es zu wiederholten Luxationen. Um die Instabilität möglichst schonend zu beseitigen, wurde nunmehr - wie in der medizinischen Literatur bei derartigen Komplikationen empfohlen wird - ein Steckkopf mit einer größeren Halslänge aufgesetzt. Damit wurde aber keine neue Prothese geschaffen bzw. „erfunden", sondern eine Reparatur der Prothese durch Austausch des schadhaften Teils vorgenommen.
bb.
Der Annahme, dass es bei einem Austausch eines - auch gegenüber dem Vorgänger modifizierten - Teils eines Gesamtprodukts um die Herstellung eines neuen Produktes im Sinne der ProdHaftG handelt, steht nicht nur - wie das Landgericht zutreffend bemerkt (Seite 6 unten des Urteils) - der Regelungszweck des ProdHaftG entgegen. Eine solche, geradezu „bürokratische" Betrachtungsweise lässt sich auch nicht mit dem ärztlichen Heilungsauftrag vereinbaren:
Der Arzt dürfte - wenn er sich nicht den für ihn unabsehbaren Haftungsrisiken nach dem ProdHaftG aussetzen will - sich nicht zum Wohle des Patienten für einen schonenderen Austausch des schadhaften Teils mit einem modifizierten Teil (die Modifikationen betrafen sowohl die Länge des verwendeten Steckkopfes, wie auch dessen Winkelung) entscheiden, sondern müsste die Prothetik insgesamt austauschen. Denn der Austausch des schadhaften Teils mit einem völlig gleichartigen Teil wäre behandlungsfehlerhaft, da hierdurch das Problem der Instabilität nicht beseitigt wird (Seiten 46, 47 des Sachverständigengutachtens vom 31.10.11, Bl. 204, 205 Bd. I d.A.).
cc.
Zutreffend ist zwar, dass das OLG Koblenz in dem vom Kläger in der Berufungsinstanz angeführten Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO vom 26.2.13 - 5 U 1474/12 - Rdnr. 21 bei Juris - in einem vergleichbaren Fall (ein Kurzschaft-Implantat wurde mit einem Gelenkkopf aus Keramik versehen) die Auffassung vertreten hat, hierdurch werde ein neues Produkt hergestellt; dieses könne man nur verneinen, wenn die zusammengefügten Teilstücke vom gleichen Hersteller stammten und die Kombination von diesem vorgesehen sei.
Diese, vom OLG Koblenz auch nicht näher begründete Sichtweise überzeugt den Senat nicht, zumal das OLG Koblenz die Frage, ob ein neues Produkt geschaffen worden ist, offensichtlich auch davon abhängig macht, ob die Teile vom gleichen Hersteller stammen, was mit der tatsächlichen Beschaffenheit der Teile nicht zwingend etwas zu tun haben muss.
Jedenfalls ist diese Sichtweise im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt, denn wie der Sachverständige auf Seite 50 des Gutachtens ausgeführt hat (Bl. 208 Bd. I d.A.), ist die ... -Halsverlängerung von der Firma ... „explizit für die sekundäre Stabilisierung von instabilen Hüftendoprothesen verschiedener Hersteller entwickelt worden" (Hervorhebung durch den Senat).
c.
Der Kläger sieht angesichts der Entscheidung des OLG Koblenz und des Umstandes, dass sich der Bundesgerichtshof zu der Frage, ob bei der Verwendung von Teilen unterschiedlicher Hersteller ein neues

Produkt entstehe, noch nicht geäußert habe, die Notwendigkeit der Zulassung der Revision als gegeben an.
Der Senat sieht hingegen keine Veranlassung dafür, die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (zur „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“) zuzulassen. Das Kriterium der „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ liegt nur dann vor, wenn wegen unterschiedlicher Rechtsprechung und der Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechtsunsicherheit zu befürchten ist. Rechtsunsicherheit kann aber nur vorhanden sein, wenn es zu einer Frage nicht nur Einzelfallentscheidungen gibt, denen unterschiedliche Rechtsauffassungen zugrunde liegen, sondern, wenn eine Rechtsfrage innerhalb der verschiedenen Oberlandesgerichte im Sinne einer festen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet wird. Dann ist es wünschenswert, dass durch den Bundesgerichtshof im Wege einer Revisionsentscheidung eine Klarstellung erfolgt. Diese Voraussetzungen liegen angesichts der nicht näher begründeten Einzelfallentscheidung des OLG Koblenz nicht vor.
d.
Letztlich ist die Frage, ob durch die Kombination eines Hüftprothesenteilstücks der Firma „... “ mit einem Hüftprothesenteilstück der Firma ... ein neues Produkt entsteht, nicht einmal entscheidungserheblich, weil dieses Produkt - wie übrigens auch in dem vom OLG Koblenz zu entscheidenden Fall - jedenfalls nicht fehlerhaft im Sinne von § 4 ProdHaftG ist und eine Haftung nach dem ProduktHaftG dann daran scheitert (vgl. Ziffer 2).
2.
Kombination von Medizinprodukten als Behandlungsfehler
Die Kombination der Produkte der Firma ... mit dem ... -Adapter ist weder bei der Operation am 13.2.04 noch bei der Operation am 23.11.07 als behandlungsfehlerhaft anzusehen, wie das Landgericht unter Berufung auf die sachverständige Begutachtung von ... zutreffend ausgeführt hat (Seiten 8, 9 des Urteils).
a.
Die Operationstechnik als solche - Austausch unter Verwendung längerer Steckköpfe mit geänderter Winkelung, um die gewünschte Stabilität zu erreichen, vgl. Einzelheiten auf den Seiten 46, 47 des Sachverständigengutachtens, Bl. 204, 205 Bd. I d.A. - wird vom Kläger nicht (mehr) als behandlungsfehlerhaft gerügt.
Dieses wäre auch nicht plausibel, denn alternativ hätte man die gesamte Prothese, also auch den bereits knöchern eingewachsenen Schaft entfernen müssen, was sehr viel problematischer gewesen wäre, vgl. die Ausführungen auf Seite 9 oben des Urteils des Landgerichts unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Sachverständigen.
Die Reaktion zur Beseitigung der Instabilität war vielmehr medizinisch fachgerecht, vgl. Sachverständigengutachten, Seiten 46, 47 (Bl. 204, 205 Bd. I d.A.).
b.
Als behandlungsfehlerhaft wird vom Kläger nach wie vor allerdings die Verwendung eines ... -Produkts gerügt, wobei der Kläger in Abrede stellt, dass in Deutschland nur die Firma ... solche Teile herstellt bzw. hier erhältlich sind.
Aus medizinischer Sicht ist die Verwendung de ... -Verlängerung aber nicht zu beanstanden, vielmehr wurde dieser sogar „explizit für die sekundäre Stabilisierung von instabilen Hüftendoprothesen verschiedener Hersteller entwickelt“ (Seite 50 des Sachverständigengutachtens, Bl. 208 Bd. I d.A.), vgl. ferner die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 8 unten, auf die Bezug genommen wird.
c.
Da die Verwendung des ... -Produkts aus medizinischer Sicht ein nicht zu beanstandendes Vorgehen war, erledigen sich folgende vom Kläger in der Berufungsinstanz erhobenen Rügen:
aa. Bruchverursachung durch ... -Hebelarm
Es ist unerheblich, ob die Verlängerung des Hebelarmes durch Verwendung des Steckkonussystems von ... möglicherweise zum Bruch beigetragen hat; die Verlängerung des Hebelarmes war (nach dem damaligen ärztlichen Standard) die geeignete Lösung, um die gewünschte Stabilisierung zu erreichen (vgl. bereits oben, Seiten 46, 47 des Sachverständigengutachtens, Bl. 204, 205 Bd. d.A.).
Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung am 14.8.12 (Seite 3 des Sitzungsprotokolls, Bl. 107 Bd. II d.A.) ausgeführt hat, ist „die Bruchgefahr bei gewinkelten Teilen und bei verlängerten Teilen erhöht“, daher habe man inzwischen „von dem System mit dem variablen Konus Abstand genommen“, aber:
„Hätte ein anderer Adapter zur Verfügung gestanden (Anmerkung: Ein von der Firma ... oder von einer anderen Firma außer der Firma ... hergestellter Adapter), wäre in gleicher Weise wie bei dem Adapter von ... die Bruchgefahr erhöht gewesen.“
bb. Beweisvereitelung
Damit kommt es auch nicht darauf an, aus welchen Gründen es dann tatsächlich zum Bruch, der die Revisionsoperation vom 23.11.07 zur Folge hatte, gekommen ist. Wie ausgeführt, war das operative Vorgehen und auch die Verwendung des ... -Produktes aus ex-ante-Sicht behandlungsfehlerfrei, es kann

auch als wahr unterstellt werden, dass der Bruch durch die Verlängerung hervorgerufen wurde, es hat sich damit nur ein dieser Behandlungsmethode immanentes Bruchrisiko verwirklicht.
Weitere/sonstige Behandlungsfehler oder Produktfehler behauptet der Kläger auch nicht im Ansatz. Er bemängelt lediglich, die Verwendung von Produkten verschiedener Herstellerfirmen.
Das unter Ziffer 2. des Berufungsvorbringens des Klägers dargestellte Vorbringen ist damit ohne Bedeutung.
Die Auffassung des Klägers, man habe ihm die explantierten Prothesen herausgeben müssen, dass man es nicht getan habe, stelle eine Beweisvereitelung dar, bedeutet in Wirklichkeit, dass der Kläger beanstandet, dass ihm die Möglichkeit genommen wurde, durch Untersuchung des Prothesenteils „auszuforschen“, ob nicht doch ein Produktfehler oder Behandlungsfehler vorliegt. Eine Beweisvereitelung liegt aber nur vor, wenn bereits schlüssige und erhebliche Behauptungen vorliegen, aber der Beweis hierfür nicht erbracht werden kann, weil das Beweismittel z.B. zerstört oder beseitigt wurde.
cc. Keine Konusverlängerungen der Firma ... auf dem Markt
Soweit der Kläger (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3. des Berufungsvorbringens) beanstandet, das Landgericht habe dem Sachverständigen aufgeben müssen, seine Aussage, dass es „für die Verlängerung kein anderes Produkt als das von ... gab“ und ... „das damals nicht bereit gestellt hat“ (Seite 60 unten, Bl. 218 Bd. I d.A.; Erläuterung auf Seite 2 unten des Sitzungsprotokolls vom 14.8.12, Bl. 106 Bd. II d.A.), „zu verifizieren und belegen“, ist ihm einerseits der Vorwurf zu machen, dass er den Sachverständigen nicht spätestens in der mündlichen Verhandlung dazu aufgefordert hat, wenn ihm die gemachten Angaben nicht ausreichen.
Dem Senat reichen die Angaben des Sachverständigen an den genannten Stellen aus und der Kläger trägt auch nicht vor, weshalb er sie in Zweifel zieht.
Darüber hinaus, wäre es auch unschädlich, ob es auch Verlängerungssysteme anderer Hersteller einschließlich der Firma ... gegeben hätte, denn das Bruchrisiko bestand gleichermaßen, das Produkt der Firma ... als solches war zugelassen und auch in Kombination mit ... Konusadaptern (in tatsächlicher Hinsicht) geeignet.
3.
Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz und die Medizinprodukte-Betreiberverordnung
Ein Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz und die Medizinprodukte-Betreiberverordnung liegt nicht vor.
Vorweg ist hierzu allgemein zu bemerken, dass die Prüfung eines Verstoßes nach diesen Vorschriften nicht losgelöst von der Beurteilung der Frage, ob die Vorgehensweise dem im Zeitpunkt der Behandlung geltenden ärztlichen Standard entsprach oder nicht, beurteilt werden kann.
Eine dem ärztlichen Standard entsprechende, behandlungsfehlerfreie Behandlung, die als solche und geeignet und notwendig ist, die Gesundheit des Patienten wieder herzustellen, darf nicht allein deswegen versagt werden müssen, weil sich der behandelnde Arzt anderenfalls der Haftung wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des Medizinproduktegesetzes oder die Medizin-Betreiberverordnung aussetzen würde.
Von diesem Ansatz ist auch das Landgericht zutreffend ausgegangen, so dass der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts auf Seite 9 unten, 10 oben des Urteils Bezug nimmt.
Wie sich den dortigen Darlegungen entnehmen lässt, ist ein Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz und die Medizinprodukte-Betreiberverordnung in Anbetracht des Umstandes, dass das streitgegenständliche Vorgehen medizinisch sachgerecht und im Vergleich zur Auswechselung der gesamten Prothese einschließlich Schaft das erheblich schonendere Vorgehen darstellte (vgl. Seite 8 unten, 9 oben des Urteils), unter Abwägung einer Nutzen-Risiko-Abwägung, zu verneinen.
Dabei hat das Landgericht es als wahr unterstellt (tatsächlich ist es ist sogar unstreitig), dass die Firma ... in ihrer Anwenderinformation eine Kombination mit Produkten anderer Hersteller „untersagt“ hat.
Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass ein Hinweis der Firma ..., das ihre Produkte nur mit von der Firma ... hergestellten Produkten kombiniert werden dürfen, haftungsrechtliche und wirtschaftliche Gründe haben dürfte und damit nicht die Aussage verbunden ist, dass eine Produktkombination behandlungsfehlerhaft ist oder aus technischen Gründen keine Kompatibilität besteht. Der Sachverständige hat bei seiner Erläuterung dementsprechend auch mitgeteilt (Seite 2 unten des Sitzungsprotokolls vom 14.8.12), dass „kein Unternehmen bei einer etwaigen Nachfrage eine schriftliche Freigabe erteilt.“
Tatsächlich ist - wie der Sachverständige ... ausgeführt hat - die streitgegenständliche Kombination von Produkten auch nicht behandlungsfehlerhaft. Durch die Verlängerung des Hebels erhöht sich zwar die Bruchgefahr, aber dieses ist ein generelles Problem und kein Problem des ... -Hebelarms, das Bruchrisiko hätte sich auch bei einem von der ... hergestellten Hebelarm (unterstellt, es hätte solche überhaupt gegeben) erhöht.
Vielmehr ist - wie bereits mehrfach erwähnt - der verlängerte Hebelarm von der Firma ... explizit für die sekundäre Stabilisierung von instabilen Hüftendoprothesen verschiedener Hersteller entwickelt, zugelassen und hier bestimmungsgemäß eingesetzt worden.

Von daher fehlt es - selbst wenn man in der Verwendung des ... -Produkts - einen Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz oder die Medizinprodukte-Betreiberverordnung sieht, jedenfalls an der Kausalität mit dem Schaden.
4.
Aufklärungsfehler
a.
Lt. Sachverständigengutachten hätte der Kläger darüber aufgeklärt werden müssen, dass die Bruchgefahr bei „gewinkelten Teilen und bei verlängerten Teilen“ erhöht ist (Seite 3 des Sitzungsprotokolls vom 14.8.12, Bl. 107 Bd. II d.A.).
Allerdings wäre das nur der Fall, wenn es eine echte, gleichwertige Alternative hierzu gegeben hätte. Das ist allerdings nicht der Fall, denn lt. Sachverständigen (Seite 2 des Sitzungsprotokolls vom 14.8.12, Bl. 106 Bd. II d.A.), wäre „das Risiko, den bereits festsitzenden gelenkfreien Stiel auszubauen, viel zu groß gewesen. Dieser Ausbau hätte beim Ausmeißeln zu einem Bruch des Oberschenkelhalsknochens geführt, der weitere Operationsschritte nach sich gezogen hätte, diese hätte zu einer Ablösung der Muskulatur geführt.“
Demzufolge ist das Landgericht auch zutreffend davon ausgegangen, dass es keine aufklärungsbedürftigen Behandlungsalternative gab (vgl. Seite 10 unter e., Seite 8 unten).
b.
Selbst wenn man in der Entfernung auch des Schafts eine Behandlungsalternative sehen würde, hat der Kläger auf den bereits erstinstanzlich gebrachten Einwand der hypothetischen Einwilligung nicht geltend gemacht, dass er bei Aufklärung über diese Möglichkeit, darüber ernsthaft nachgedacht hätte, sich dieser Prozedur zu unterziehen, so dass kein Entscheidungskonflikt vorliegt.
B.
Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären waren, sondern die Entscheidung auf einer Tatsachenwürdigung im Einzelfall beruht und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (vgl. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Auf die oben stehenden Ausführungen unter 1. c. und 1. d. wird hingewiesen.
Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

157. LG Kleve, Urteil vom 02.04.2014 – 2 O 448/11 – * Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen eines Behandlungsfehlers aufgrund der Fixierung des Patienten

Orientierungssatz

1 Die beibehaltene Fixierung des Patienten am Unfalltag stellt keinen Behandlungsfehler dar, wenn aufgrund des Verhaltens des Patienten, bei dem sich in den Tagen vor dem Unfallereignis Phasen der Ansprechbarkeit mit Phasen von Halluzinationen und Desorientiertheit abgewechselt haben, ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass dieser sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst Schaden zufügen werde. Auch wenn am Morgen des Unfalltages von ärztlicher Seite eine Besserung des Zustandes festgestellt werden konnte, war die Fixierung aufrecht zu erhalten, da mit dem Ende der Phase von Desorientiertheit nicht bereits mit einer Besserung des Zustandes insgesamt zu rechnen gewesen ist. Vielmehr spricht für die Unberechenbarkeit des Verhaltens des Patienten dessen Suizidabsicht.
2. Die richterlich genehmigte Fixierung durch Bettgitter, Beckengurt und Fußgurt sowie die auf einer Intensivstation engmaschige pflegerische und ärztliche Überwachung des Patienten sind bei dem vorliegenden Patientenverhalten bzw. dessen Zustand auch als angemessen zu erachten.
3. Zudem beruht die erlittene Brandverletzung des Patienten nicht kausal auf der Fixierung, wenn dieser sich trotz Fixierung aufrichten und die Arme frei bewegen und somit durch das Betätigen des Alarmschalters am Bett Hilfe herbeirufen konnte.
Diese Entscheidung wird zitiert
Kommentare
Herberger/Martinek/Rüßmann u.a.PK-BGB
? Lafontaine, 7. Auflage 2014, § 630a BGB
Sonstiges

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung.

Der am 09.08.1967 geborene Kläger ist alkohol- und drogenabhängig. Er befand sich im08.2009 zum Zwecke eines Entzugs freiwillig in der Ne S-klinik Ua. Er wies zu diesem Zeitpunkt einen Blutalkoholspiegel von 4,7 v.T. auf. Am 17.08.2009 wurde er stationär im Hause der Beklagten zu 1) aufgenommen. Beim Beklagten zu 2) handelt es sich um den Stationsarzt der Abteilung für Innere Medizin, in welcher der Kläger u. a. wegen einer Lungenentzündung behandelt wurde. Der Kläger war in einem Einzelzimmer der Intensivstation untergebracht. Blutdruck, Puls und Sauerstoffsättigung wurden kontinuierlich gemessen und sowohl im Behandlungszimmer als auch in der Monitorzentrale angezeigt.
Als ein Pfleger den Kläger dabei erwischte, dass er im Bett rauchte, wurde ihm der Tabak weggenommen und im Wandschrank deponiert. Da der Kläger in der Nacht vom 19. auf den 20.08.2009 versuchte, aus dem Fenster zu springen, was im Hause der Beklagten zu 1) als durch Entzugserscheinungen und Halluzinationen verursachter Fluchtversuch gewertet wurde, und weil die behandelnden Ärzte eine dringende Erforderlichkeit für die Behandlung der Lungenentzündung sahen, wurde der Kläger ab dem 20.08.2009 zum Selbstschutz fixiert. Durch Beschluss des AG Emmerich vom 21.08.2009 wurde richterlich genehmigt, den Kläger vorerst bis zum 28.08.2009 bei Tag und Nacht durch Bettgitter, Beckengurt und Fußgurt zu fixieren (Beschluss Bl. 64 f GA). Der Kläger hatte sich im Rahmen der gerichtlichen Anhörung mit diesen Maßnahmen einverstanden erklärt.
Am 21.08.2009 wurde der Kläger in der Zeit von 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr von Angehörigen besucht. Gegen 14:20 Uhr kam es zu einem Brand im Bett des Klägers. Der Kläger wurde, nachdem der Brand wegen des Brandgeruchs und des Anschlagens des Zentralmonitors aufgefallen war, durch das Pflegepersonal aus dem verqualmten Zimmer geholt und notfallmäßig versorgt. Danach wurde er per Hubschrauber in das Universitätsklinikum Li Um verbracht, wo er bis zum 19.10.2009 verblieb. Er zog sich bei dem Brand Brandverletzungen 2. und 3. Grades am rechten Unterarm, der rechten Hand, der rechten Flanke, am rechten Bein, am rechten Thorax und am linken Unterschenkel zu. Die polizeilichen Ermittlungen konnten nicht mit letzter Sicherheit klären, ob der Kläger trotz der Fixierung im Bett geraucht hatte, bzw. ob er versucht hatte, den oder die Gurte durchzubrennen. Anhaltspunkte für eine Verursachung des Brandes durch Dritte fanden sich nicht.
Der Kläger musste sich zwei Operationen unterziehen; am 25.08.2009 wurde eine epifasziale Nekrektomie der Verbrennungswunden im Bereich des rechten Ober- und Unterschenkels mit Hauttransplantationen durchgeführt; am 07.09.2009 wurden weitere Hauttransplantationen durchgeführt; nach dem stationären Aufenthalt im Li Mu nahm er an einer Rehabilitationsmaßnahme in der Klinik am Ne in Bad Ne teil, die bis11.2009 dauerte.
Der Kläger behauptet, er erinnere sich nicht mehr an den fraglichen Tag und wisse nicht, wie es zu dem Brand gekommen sei. Er macht die Beklagten für die von ihm erlittenen Verletzungen verantwortlich. Er geht davon aus, dass eine Fixierung jedenfalls am 21.08.2009 nicht mehr nötig gewesen wäre; wäre er nicht fixiert gewesen, hätte er dem Brand entkommen können. Jedenfalls hätte er wegen der Fixierung und Sedierung unter ständiger optischer Kontrolle bleiben müssen; dann wäre der Brand - sollte er ihn selbst verursacht haben - verhindert worden. Er hätte nicht auf einem separaten Zimmer bei geschlossener Türe untergebracht werden dürfen. Die mechanische Fixierung ohne ausreichende medikamentöse Beruhigung und Überwachung stelle einen groben Behandlungsfehler dar. Die Beklagten hätten zudem dafür Sorge tragen müssen, dass er keine Möglichkeit habe, im Bett zu rauchen.
Der Kläger behauptet, noch heute an den Folgen der Verbrennungen zu leiden, auch psychisch; sein Körper weise großflächige Narben auf; er leide noch immer unter Schmerzen; seine Alkohol- und Drogenproblematik, die er im08.2009 habe überwinden wollen, sei durch den Vorfall verschlimmert worden.
Der Kläger beantragt,
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihm ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.06.2011 zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagten dem Kläger sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen haben, welche diesem aus der fehlerhaften Behandlung am 21.08.2009 entstanden sind und/oder noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Die Beklagten beantragen,
die Klage abzuweisen.
Sie tragen vor: Die Fixierung des Klägers durch Becken- und Fußgurt sei wegen seiner Halluzinationen und des vorherigen Fluchtversuchs erforderlich gewesen; die Erforderlichkeit sei stets überprüft worden; eine ständige optische Überwachung des Klägers sei nicht erforderlich und in ihrem Hause auch nicht möglich gewesen; der Kläger sei durch den angeschlossenen Zentralmonitor ausreichend überwacht gewesen; da dem Kläger vor dem Vorfall der Tabak weggenommen worden sei, sei auch nicht damit zu rechnen gewesen, dass der Kläger im Bett rauchen oder sein Bett anzünden werde.Es sei wahrscheinlich, dass der Kläger von seinen Angehörigen ein Feuerzeug bzw. Zigaretten erhalten habe.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Akten 101 Js 139/10 StA Kleve lagen vor, waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens nebst mündlicher Erläuterung; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T (Bl. 177 ff GA) sowie das Protokoll der Sitzung vom 12.03.2014 (Bl. 239 ff. GA) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist unbegründet.
Der Kläger hat mangels Behandlungsfehlers gegen die Beklagten keine Schmerzensgeld- oder Feststellungsansprüche aus dem Behandlungsvertrag. Die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 630a ff, 249 Abs. 1, 253 Abs. 2, 823 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.
I.
Die Frage, ob eine fehlerhafte Behandlung durch die Beklagten vorliegt, ist auf die Erkenntnisse des Pflege- und ärztlichen Personals aus der Sicht vor dem Unfall zu stützen (vgl. OLG Naumburg, Urteil v. 17.12.2009 - 1 U 41/09; OLG Frankfurt, Urteil v. 27.10.2009 - 8 U 170/07). Zwar sind die Beklagten verpflichtet, im Rahmen der erforderlichen Heilmaßnahmen alles zu tun, um den Patienten vor einer krankheitsbedingten Selbstschädigung zu bewahren (vgl. OLG Frankfurt, a. a. O., m. w. N.). Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht jedoch keine zurechenbare Fehlbehandlung des Klägers durch die Beklagten fest.
1. Zunächst liegt in der beibehaltenen Fixierung des Klägers auch am Unfalltag, am 21.08.2009, kein Behandlungsfehler. Der Sachverständige Prof. Dr. T hat in seinem Gutachten dargelegt und im Rahmen seiner Anhörung noch einmal eindrucksvoll erläutert, dass aufgrund des Verhaltens des Klägers in der Zeit vom 17.08.2009 bis zum 21.08.2009 noch ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass dieser sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst Schaden zufügen werde. Dazu führt der Sachverständige aus, dass die Kooperationsfähigkeit, die Desorientierung und die körperlichen Symptome der Intoxikation und des Entzuges beim Kläger in den Tagen vor dem Brandereignis geschwankt hätten. Es hätten sich Phasen von ausreichender Ansprechbarkeit mit Phasen von Halluzinationen und Desorientiertheit abgewechselt, was für einen medikamentös behandelten Entzug charakteristisch sei. Da sich die Phasen der Realitätsverkennung nicht stets vorher ankündigten, sei die aufrechterhaltene Fixierung des Klägers am 21.08.2009 gut nachvollziehbar gewesen. Ohne Sicherungsmaßnahmen hätte sich der Kläger etwa durch ein Verlassen des Krankenhauses selbst Schaden zufügen können. Für halluzinative Verkennungen der Realität sei typisch, dass sich der Betroffene gefährliche Ereignisse einbilde, bei denen er meine, dringend eingreifen zu müssen. Aus diesem Grund versuchten Betroffene oft, das Krankenhaus heimlich zu verlassen, gefährdeten sich aber mangels adäquater Gefahreneinschätzung oder Straßenverkehrsfähigkeit selbst.
Die Fixierung sei auch aufrecht zu erhalten gewesen, obwohl von ärztlicher Seite am Morgen des Unfalltages eine Besserung des Zustands festgestellt worden sei, da mit einem Ende der Phasen von Desorientiertheit nicht bereits aufgrund der Besserung des Zustands habe gerechnet werden dürfen. Der Sachverständige hat dabei die Schwierigkeit der angemessenen Gefahreneinschätzung für den Betroffenen herausgestellt, die immer mit dem Risiko einer subjektiven Über- oder Unterschätzung der Folgen von patientenseitigen Verhaltensauffälligkeiten einhergehe. Dies liege daran, dass es sich bei der Einschätzung um eine klinische Synopsis von Befunden und Verhaltensbeobachtungen mit subjektiver Bewertung handele, die auf dem Boden klinischer Erfahrung und nicht aufgrund wissenschaftlich-quantitativer Daten erfolge.
Nach Ansicht der Kammer spricht für die Unberechenbarkeit des Verhaltens des Klägers auch die von Zeugen beschriebene Suizidabsicht des Klägers (Bl. 13 BA).
Die von Klägerseite zitierte Rechtsprechung des OLG Naumburg (a. a. O.), wonach eine Entzugssymptomatik keine vorsorgliche Fixierung des Patienten rechtfertigt, kann für den hiesigen Fall nicht herangezogen werden, da der Kläger allein schon mit dem Versuch, aus dem Fenster zu springen, weitergehende Entzugssymptome vorwies als diejenigen, die der dortigen Entscheidung zugrunde lagen (innere Unruhe, Bettflüchtigkeit, Schlaflosigkeit ohne Hinweis auf eine bevorstehende Gefahr der Eigen- oder Fremdgefährdung). Im Übrigen hat das OLG Naumburg festgestellt, dass dem Krankenhausträger eine lückenlose "Rund-um-die-Uhr"-Überwachung des Patienten nicht zumutbar wäre.
Dass die ärztliche Überprüfung der Notwendigkeit einer fortgesetzten Fixierung nicht im Wege eines Fixierungsprotokolls dokumentiert und objektiviert wurde, kann den Beklagten ebenfalls nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Sachverständige hat insoweit dargelegt, dass jedenfalls im Jahr 2009 derartige Protokolle auf somatischen Intensivstationen nicht üblich waren, so dass aus ihrem Fehlen keine Verletzung ärztlicher Dokumentationspflichten abgeleitet werden kann.
2. Der Sachverständige beurteilt auch die veranlassten Maßnahmen zur Fixierung im Hinblick auf die Versorgungsstufe und die baulichen sowie personellen Möglichkeiten des Krankenhauses als angemessen.

a) Die richterlich genehmigte Fixierung durch Bettgitter, Beckengurt und Fußgurt sei zur Vermeidung potenziell gefährlichen Verhaltens in unbeobachteten Momenten erforderlich, zumal Auflagen hinsichtlich der Überwachung im richterlichen Beschluss nicht getroffen wurden. Das permanente apparative Monitoring (Elektrokardiogramm, Blutdruck und Sauerstoffsättigung) und die auf einer Intensivstation realisierbare engmaschige pflegerische und ärztliche Überwachung seien ausreichend. Hierzu hat der Sachverständige erläutert, dass die Beklagte zu 1) drei Maßnahmen zur Überwachung des Klägers getroffen habe: Er sei zunächst auf die Intensivstation des Hauses verlegt worden, also in den Bereich, in dem die höchste Personaldichte an Pflegern und Ärzten gegeben ist. Daneben sei eine kontinuierliche Überwachung des Patienten durch einen Monitor durchgeführt worden. Im Behandlungszimmer und in der Monitorzentrale seien damit permanent die Ergebnisse einer Messung von EKG, Pulswelle, Sauerstoffgehalt im Blut und Blutdruck sichtbar gewesen. Die Ärzte und Pfleger seien somit auf unerwartete Reaktionen des Klägers unmittelbar durch einen Alarm über das Monitorsystem aufmerksam geworden. Als dritte Überwachungsmaßnahme sei schließlich die Fixierung des Klägers durch Bettgitter, Beckengurt und Fußgurt erfolgt.
b) Eine persönliche 1 : 1 Betreuung sei für den Kläger - wie in den meisten deutschen Krankenhäusern - auch auf einer somatischen Intensivstation nur vorübergehend, aber nicht ständig möglich. Vielmehr stellt der Sachverständige fest, dass die Ärzte und Pflegekräfte der Beklagten zu 1) im Rahmen des personell Möglichen und Zumutbaren alles getan haben, um den Kläger vor Gefahren zu schützen. Selbst auf einfachen Normalstationen in Krankenhäusern könne nicht ausgeschlossen werden, dass desorientierte Patienten unabsichtlich oder willentlich Brände entfachten. In diesen Fällen diene das Rauch- und Brandmeldesystem dazu, unmittelbare Gefahren zu beseitigen, sodass beim Kläger eine vergleichsweise intensive Kontrolle gewährleistet worden sei. Insofern deckt sich die Einschätzung des Sachverständigen mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Urteil v. 11.09.2003 - I-8 U 17/03), wonach ein Patient, dessen Zustand unauffällig ist und dessen Vitalparameter über Sensoren und Monitore überwacht werden, die ggf. ein Alarmsignal auflösen, über einen gewissen Zeitraum unbeobachtet gelassen werden kann.
c) Ein Behandlungsfehler lässt sich nach den Ausführungen des Sachverständigen, denen sich die Kammer vollumfänglich anschließt, weder aus der Fixierung an sich noch aus der Art und Weise ihrer Durchführung ableiten. Insbesondere stellten auch die vom Kläger in den Raum gestellten Maßnahmen - etwa das Abschließen von Fenstern und Türen oder eine stärkere medikamentöse Sedierung des Klägers - keine vernünftigen Alternativen zu der vorgenommenen Fixierung dar. Der Sachverständige hat insoweit keinen Zweifel daran gelassen, dass derartige Maßnahmen nicht in Betracht kamen. Ein Versperren von Türen sei schon aufgrund der stets offen zu haltenden Fluchtwege nicht zulässig; eine zusätzliche Sedierung durch weitergehende Medikation habe sich aus medizinischer Sicht aufgrund der bestehenden Lungenentzündung verboten. Auch der Einwand des Klägers, er habe mit seinem Bett am Q-Platz oder auf dem Flur untergebracht werden müssen, kann nach Ansicht des Sachverständigen einen Behandlungsfehler nicht begründen. Denn an einem T-Platz sei weder eine Bettenaufstellfläche vorhanden, noch könne eine permanente optische Sichtüberwachung sichergestellt werden. Die Aufstellung des Bettes eines fixierten Patienten auf dem öffentlichen Stationsflur verbiete sich von selbst. Auch die von Klägerseite herangezogene Rechtsprechung des OLG Köln (Urteil v. 02.12.1992 - 27 U 103/91), wonach ein fixierter Patient ständig optisch überwacht werden muss, ist auf den hiesigen Fall nicht übertragbar. Im entschiedenen Fall befand sich der Patient in einer psychiatrischen Station und nicht in einem Allgemeinkrankenhaus. Der Sachverständige hat gerade festgestellt, dass in einer psychiatrischen Einrichtung eine weitergehende Überwachung durch optische Kontrolle möglich und notwendig ist, diese aber für die hier erfolgte stationäre Versorgung in einem Allgemeinkrankenhaus verneint.
d) In diesem Zusammenhang ist auch kein Behandlungsfehler darin zu sehen, dass der Kläger nicht in eine psychiatrische Einrichtung verlegt worden ist: Der Sachverständige hat in seinem Gutachten nachvollziehbar dargelegt und im Rahmen seiner Anhörung noch einmal erläutert, dass der Kläger aufgrund der höher eingeschätzten akuten somatischen Gefahr der Intoxikation in einem Allgemeinkrankenhaus mit medizinischer Abteilung - und nicht in einer psychiatrischen Abteilung - habe behandelt werden müssen. Insbesondere die erforderliche Antibiotika-Behandlung könne durch ein psychiatrisches Krankenhaus nicht - auch nicht im Wege einer konsiliarischen Mitbetreuung durch eine somatische Abteilung - durchgeführt werden.
3. Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob die Fixierung - selbst wenn sie behandlungsfehlerhaft erfolgt wäre - kausal für Brandverletzungen des Klägers geworden wäre. Der Kläger war lediglich so fixiert, dass er sich dennoch aufrichten und die Arme frei bewegen konnte (vgl. Bl. 13 BA). Er hätte also, als der Brand ausbrach, Hilfe herbeirufen bzw. den entsprechenden Alarmschalter am Bett betätigen können. Dass er dies nicht getan hat, dürfte folglich eher auf seine Entzugserscheinungen zurückzuführen sein, jedenfalls nicht auf seine Fixierung, die den Kläger nur am Aufstehen hindern sollte.
Diese Ansicht teilt auch der Sachverständige, der keine sichere Prognose darüber abzugeben vermag, ob der Kläger im Rahmen seiner medikamentösen Therapie und Desorientiertheit ohne Fixierung die Gefahr durch einen Brand rechtzeitig erkannt und adäquat reagiert hätte.

4. Ferner waren die bei der Beklagten zu 1) beschäftigten Pflegekräfte nicht zu einer regelmäßigen Durchsuchung des Krankenzimmers auf etwaig beschaffte Rauchutensilien verpflichtet. Ein derartiges Vorgehen dürfte sich schon aufgrund der damit verbundenen Grundrechtseingriffe verbieten und wäre vom Kläger zu Recht beanstandet worden. Eine derartige Ausweitung der Überwachungspflichten würde zudem den Rahmen desjenigen, was von einer somatischen Intensivstation vernünftigerweise erwartet werden kann, weit überschreiten.
5. Schließlich kann auch daraus, dass der Kläger zweit- bis drittgradige Verbrennungen erlitten hat, kein Indiz für einen Behandlungsfehler gezogen werden. Auch schwere Brandverletzungen können, wie der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt hat, schon innerhalb sehr kurzer Zeit, nämlich eher im Sekunden- als Minutenbereich, entstehen, sodass ein verspätetes Reagieren der Mitarbeiter der Beklagten zu 1) nicht ersichtlich sei.
II.
Mangels Anspruchs in der Hauptsache steht dem Kläger auch der geltend gemachte Zinsanspruch nicht zu. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Anordnung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

158. OLG Köln, Beschluss vom 31.03.2014 – 5 U 119/13 – * Arzthaftung: Reruptur einer Sehne im Rahmen einer Nachbehandlung

Orientierungssatz

Kommt es im Rahmen einer Nachbehandlungsmaßnahme zu einer Reruptur einer Sehne, so stellt dieser Umstand für sich genommen kein Indiz für ein fehlerhaftes Vorgehen dar, wenn die Reruptur einer betroffenen Sehne bei Operationen der durchgeführten Art und bei der erforderlichen Nachsorge nach entsprechenden Operationen ein Risiko darstellt, dessen Verwirklichung auch bei einem in jeder Hinsicht sorgfältigen Vorgehen bei der Operation selbst und bei der Nachsorge nicht sicher verhindert werden kann.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 6.08.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln (3 O 238/10) 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 legenden 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 immaterieller und materiellen Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihm der ihm obliegende Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht gelungen, und weil auch seine 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 abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Dr. H [Gutachten vom 1.08.2011 (Bl. 107 - 115 i. V. m. 116 d. A.) nebst schriftlicher Ergänzung von11.2012 (Bl. 160 - 164 d. A.; das Datum auf Seite 1 des schriftlichen Ergänzungsgutachtens, 25.08.2011, kann nicht stimmen und kann auch nicht als 25.08.2012 verstanden werden; nach Aktenlage muss vielmehr von einer Gutachtenerstellung in der ersten Novemberhälfte 2012 ausgegangen werden) nebst mündlicher Erläuterungen am 18.06.2013 (S. 1 - 3 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 18.06.2013 , Bl. 207 ff., 207 - 208 d. A.)]. Trotz des Umstandes, dass der Sachverständige Dr. H sich mit dem widerstreitenden Vortrag der Parteien zu den Abläufen am 13.02.2008 offenbar ein wenig schwer getan hat, überzeugt sein Gutachten den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es trotz dieses Umstandes hinreichend klar zu erkennen gibt, wie der Sachverständige die medizinischen Streitfragen auf der Basis des Klägervortrages einerseits und auf der Basis des Beklagtenvortrages andererseits aus seiner medizinisch-sachverständigen Sicht beurteilt, und weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung des Akteninhalts einschließlich der Krankenunterlagen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, ausführlich und insgesamt mit einleuchtenden Argumenten gut nachvollziehbar begründet worden ist. Hinzukommt, dass das Gutachten des Sachverständigen Dr. H mit den ebenfalls umfassend und überzeugend begründeten Feststellungen in dem Bescheid der Gutachterkommission vom 28.01.2010 [Bl. 17 - 21 d. A.] und in dem

Gutachten des Sachverständigen Dr. T in seinem Gutachten für die Gutachterkommission vom 13.06.2009 [Bl. 8 - 16R d. A.] im wesentlichen Kern übereinstimmt.
2. Nach den ebenso überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Dr. H geht auch der Senat - ebenso wie das Landgericht - nicht davon aus, dass dem Beklagten bei der umstrittenen (Nach-)Behandlung des Klägers schadensursächliche Behandlungsfehler unterlaufen sind.
Es kann schon nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die fragliche Sehne im Rahmen der Nachbehandlung am 13.02.2008 gerissen ist. Der Sachverständige hat hierzu zwar ausgeführt, dass er hiervon ausgehe, weil der Kläger von starken Schmerzen im Rahmen der Nachbehandlungsmaßnahmen des Beklagten am 13.02.2008 berichtet, und weil in der Folgezeit eine Sehnenfunktion nicht mehr bestanden habe. Der Sachverständige hat aber auch darauf hingewiesen, dass das erforderliche Lösen von Verklebungen ebenfalls erhebliche Schmerzen verursache, wenn auch nicht so starke Schmerzen wie eine Sehnenruptur, und dass dementsprechend die vom Kläger erwähnten Schmerzen auch auf ein Lösen von Verklebungen zurückgeführt werden könnten. Da die Intensität des Schmerzes, den der Kläger in dem fraglichen Moment verspürt hat, sich - erst recht im Nachhinein - nicht hinreichend klar objektivieren und feststellen lässt, kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass dieser Schmerz durch eine Sehnenruptur ausgelöst worden und ob es - wie vom Kläger behauptet - im Rahmen der umstrittenen Nachbehandlungsmaßnahmen des Beklagten zu der Sehnenruptur gekommen ist. Diese Frage kann hier indes dahinstehen. Denn auch wenn hier zugunsten des Klägers unterstellt wird, dass es im Rahmen der umstrittenen Nachbehandlungsmaßnahmen des Beklagten zu der Sehnenruptur gekommen ist, ergibt sich daraus eine für den Kläger im Ergebnis günstigere Beurteilung nicht:
Denn der - hier im Folgenden zugunsten des Klägers als gegeben unterstellte - Umstand, dass es im Rahmen der umstrittenen Nachbehandlungsmaßnahmen des Beklagten zu der Sehnenruptur gekommen ist, stellt für sich genommen kein Indiz für ein fehlerhaftes Vorgehen des Beklagten dar. Der Sachverständige hat vielmehr zur Überzeugung des Senates festgestellt, dass die Reruptur einer betroffenen Sehne bei Operationen der beim Kläger nach seinem Arbeitsunfall am 9.01.2008 durchgeführten Art und bei der erforderlichen Nachsorge nach entsprechenden Operationen ein Risiko darstellt, dessen Verwirklichung auch bei einem in jeder Hinsicht sorgfältigen Vorgehen bei der Operation selbst und bei der Nachsorge nicht sicher verhindert werden könne. Dieses allgemein bei Operationen und Nachsorgemaßnahmen der hier in Rede stehenden Art bestehende Risiko war bei dem Kläger nach den Feststellungen des Sachverständigen zudem wegen seines Alters von mehr als 60 Jahren im Zeitpunkt des Unfalls, wegen der berufsbedingt vorhanden gewesenen degenerativen Veränderungen und nicht zuletzt wegen der Art und Schwere der erlittenen Verletzung erheblich erhöht. Vor diesem Hintergrund lässt der Umstand der Reruptur der betroffenen Sehne keinen hinreichend sicheren Schluss auf einen haftungsbegründenden Fehler des Beklagten zu. Vielmehr obliegt es dem Kläger, dem Beklagten einen solchen Fehler nachzuweisen. Und dieser ihm obliegende Beweis ist dem Kläger nicht gelungen:
Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass der Beklagte zunächst das Mittelglied des betroffenen Fingers festgehalten und dem Kläger gesagt hat, dass er das Endglied des Fingers beugen solle, wobei sich herausgestellt hat, dass der Kläger im Endglied dieses Fingers keinen Hub hat. Diese erste Maßnahme im Rahmen der Nachbehandlung am 13.02.2008 ist von den Parteien im Rahmen der förmlichen Parteivernehmung des Beklagten bzw. persönlichen Anhörung des Klägers durch das Landgericht am 19.06.2012 übereinstimmend beschrieben worden. Zu dieser Maßnahme hat der Sachverständige erläutert, dass es sich um einen den allgemeinen Vorgaben entsprechenden Test zur Feststellung der Funktion der Beugesehne handele, der aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht zu beanstanden sei.
Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme ist ferner davon auszugehen, dass der Beklagte einen weiteren Test durchgeführt hat, bei dem er seinen Finger auf das Endglied des betroffenen Fingers des Klägers gelegt und den Kläger aufgefordert hat, gegen seinen [des Beklagten] Finger zu drücken. Auch diese Maßnahme ist nach den Feststellungen des Sachverständigen vom Ansatz her ein nicht zu beanstandender Test, mit dem die Funktion der Beugesehne und insoweit insbesondere überprüft werden kann, ob es in der fraglichen Sehne eine Anspannung gebe. Ein ordnungsgemäßes Durchführen dieses Testes setzt allerdings nach den Feststellungen des Sachverständigen voraus, dass der Kläger bei diesem Test nur leicht gegenspannen sollte. Der Beklagte hat hierzu als Partei vernommen bekundet, dass er sich an den genauen Wortlaut seiner Anweisung an den Kläger nicht mehr erinnern könne, dass er aber sicher nicht gesagt habe, dass er mit maximaler Kraftanstrengung arbeiten solle, sondern dass er so weit drücken solle, bis er eine Anspannung spürt. Dies wäre nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht zu beanstanden. Demgegenüber hat der Kläger schriftsätzlich behauptet, dass der Beklagte ihn nach dem ersten Versuch, mit dem Endglied des betroffenen Fingers Widerstand zu leisten, aufgefordert habe, noch fester zu drücken. Bei seiner persönlichen Anhörung am 19.06.2012 hat der Kläger bekundet, dass der Beklagte einen Finger gegen das Endglied des betroffenen Fingers [des Klägers] gehalten und ihn, den Kläger, aufgefordert habe, zu drücken. Zu der Frage, zu welcher Intensität des Druckes er aufgefordert wurde, hat der Kläger demgegenüber nichts Konkretes bekundet. Aufgrund dieser Bekundungen der Parteien kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte den Kläger gar nicht,

unzureichend oder in unzutreffender Weise über die Frage aufgeklärt hat, mit welcher Intensität er mit dem Endglied des betroffenen Fingers Druck ausüben kann und soll. Und es kann insbesondere auch nicht festgestellt werden, dass der Beklagte den vom Ansatz her medizinisch indiziert gewesenen Test in der Weise fehlerhafter ausgeführt hat, dass er den Kläger zu einer zu starken Kraftanstrengung aufgefordert hat. Denn auch der Kläger hat dies im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch die Kammer nicht - zumindest nicht hinreichend konkret - bekundet. Selbst wenn man die Bekundungen des Klägers zu seinen Gunsten dahin auslegte, dass er hat bekunden wollen, zu einer zu starken Kraftanstrengung aufgefordert worden zu sein, ergäbe sich keine für ihn im Ergebnis günstigere Beurteilung. Denn in diesem zu seinen Gunsten unterstellten Falle stünde insoweit letztlich Aussage gegen Aussage, wobei keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass den Bekundungen des beweispflichtigen Klägers eher zu folgen wäre als den Bekundungen des Beklagten.
Gegen diese Beurteilung wehrt sich der Kläger ohne Erfolg mit dem Vorbringen, dass das Landgericht dem Beklagten in dem Verhandlungstermin, der erst nach der Gutachtenerstattung stattgefunden habe, gestattet habe, vollständig neu vorzutragen, und dass der Beklagte bei seinem mündlichen neuen Vortrag gewusst habe, dass der Sachverständige auf der Basis der Sachverhaltsdarstellung des Klägers einen groben Behandlungsfehler bejaht hatte. Dieses Vorbringen verfängt schon deshalb nicht, weil zum einen der Beklagte eine sachverständige Begutachtung der klägerischen Behauptungen zu den Geschehnissen am 13.02.2008 nicht erst dem erstinstanzlich eingeholten Gerichtsgutachten, sondern bereits dem vorprozessual erstatteten Gutachten des Dr. T für die Gutachterkommission hat entnehmen können, und weil zum anderen der Beklagte bereits wiederholt vorprozessual und - wenn auch wenig detailliert - in seiner Klageerwiderung behauptet hat, am 13.02.2008 eine regelgerechte Mobilisierung nach Kleinert vorgenommen zu haben, weil diesem Vortrag des Beklagten im inhaltlichen Kern seine - nun detaillierter ausgeführten - Bekundungen bei seiner Parteivernehmung am 19.06.2012 entsprechen, und weil deshalb von "vollständig neuem" Vortrag insoweit nicht die Rede sein kann.
Soweit der Kläger sich auf den Standpunkt stellt, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen die vom Beklagten am 13.02.2008 durchgeführten Maßnahmen nicht bereits an diesem Tag und damit fünf Wochen nach dem Eingriff, sondern frühestens sechs Wochen nach dem Eingriff hätten vorgenommen werden dürfen, ist dies aktenwidrig. Denn der Sachverständige ist auf der Basis einer umfassenden Abwägung aller Gesichtspunkte letztendlich zu der Feststellung gelangt, dass der Zeitpunkt fünf Wochen nach dem Eingriff aus medizinisch-sachverständiger Sicht nicht als fehlerhaft bewertet werden könne, vielmehr die unterste noch vertretbare zeitliche Grenze darstelle. So hat er etwa anlässlich seiner mündlichen Erläuterungen am 18.06.2013 zusammenfassend ausgeführt: "Wenn ich jetzt nochmals gefragt werde, nach welcher Zeit man mit den Übungen anfangen kann, so möchte ich für die Übungen nach Kleinert als Untergrenze die 5 Wochen als korrekt ansehen." [S. 3 des Protokolls vom 18.06.2013, Bl. 207 ff., 208 d. A.] Diese Feststellung des Sachverständigen, die im Übrigen im Ergebnis auch mit den Feststellungen der Gutachterkommission und deren Sachverständigen Dr. T übereinstimmt, und die von dem Sachverständigen Dr. H für diese Feststellung gegebene Begründung überzeugen den Senat. Und sie werden von dem Kläger auch nicht mit Substanz angegriffen.
3. Die Aufklärungsrüge des Klägers in Bezug auf die Revisionsoperation am 26.02.2008 ist aus den zutreffenden und auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens des Klägers nicht ergänzungsbedürftigen Gründen von S. 6/7 der angefochtenen Entscheidung nicht begründet.
4. Ohne Erfolg stellt sich der Kläger auch auf den Standpunkt, dass das Landgericht den Beklagten aufgrund des klägerischen Vortrages durch Versäumnisurteil hätte verurteilen müssen, weil der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren zunächst mangels Vollmacht nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen sei, und weil eine konkludent erteilte Vollmacht erst in dem Erscheinen des Beklagten persönlich zusammen mit seinem Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung am 19.06.2012 gesehen werden könne.
Denn dieses Vorbringen des Klägers könnte selbst dann, wenn es zutreffen sollte, allenfalls als wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO angesehen werden, was für den Kläger günstigstenfalls eine Ermessensentscheidung des Senates über eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur Folge haben könnte, die der Kläger aber nicht beantragt hat, und deren Voraussetzungen gemäß § 538 ZPO auch über das Fehlen des erforderlichen Antrages hinaus ersichtlich nicht vorliegen. Denn es kann zum einen nicht festgestellt werden, dass das angefochtene Urteil auf dem von dem Kläger angenommenen Verfahrensfehler beruht. Aufgrund des Verhaltens des Beklagten in erster Instanz ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beklagte ein gegen ihn ergangenes Versäumnisurteil mit einem Einspruch angegriffen hätte mit der Folge, dass der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt worden wäre, in der er sich vor dem Eintritt der Säumnis befand, mit der weiteren Folge, dass der Rechtsstreit mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung genau den Verlauf genommen hätte, den er tatsächlich genommen hat. Zum anderen kann nicht festgestellt werden, dass aufgrund des vom Kläger angenommenen Verfahrensmangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig wäre. Ergänzend sei mit Blick auf die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung insoweit angemerkt, dass eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht allein schon im Hinblick auf das Alter des Prozesses

von inzwischen knapp vier Jahren und seinen bisherigen inhaltlichen Verlauf wohl nicht angemessen sein dürfte.
5. Auch wenn es im Hinblick auf das oben zu 1. bis 4. Ausgeführte hierauf nicht ankommt, sei in der gebotenen Kürze angemerkt, dass zum einen die Voraussetzungen für die von dem Kläger geforderte Schmerzensgeldrente ersichtlich nicht vorliegen, weil Schmerzensgeldrenten Schadensfällen mit schwersten Verletzungen wie etwa Hirnschäden mit gravierenden körperlichen und/oder geistigen Behinderungen vorbehalten sind, und dass zum anderen bei Zusprechen eines Schmerzensgeldbetrages eine Feststellung ausschließlich für nicht vorhersehbare immaterielle Zukunftsschäden in Betracht kommt.
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].

159. OLG Hamm, Beschluss vom 28.03.2014 – I-9 W 4/14, 9 W 4/14 – * PKH-Prüfungsverfahren: Voraussetzungen für eine antizipierte Beweiswürdigung

Leitsatz

Zu den Voraussetzungen einer antizipierten Beweiswürdigung im Rahmen eines Prozesskostenhilfeverfahrens.

Orientierungssatz

Einem wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in einem Strafverfahren verurteilten PKH-Antragsteller ist zur Rechtsverteidigung gegen geltend gemachte Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche die beantragte Prozesskostenhilfe zu versagen, wenn die vorweggenommene Beweiswürdigung im PKH-Verfahren ergibt, dass konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkt dafür vorliegen, wonach eine Beweisaufnahme über die strittigen Folgen der Straftat mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragstellers ausgehen wird und sich eine durch die Straftat mitverursachte posttraumatische Belastungsstörung bei einer durchzuführenden Beweisaufnahme bestätigen wird. Hierfür ist ausreichend, dass kein vernünftiger Zweifel an den eingetretenen Folgeschäden besteht und die sexualisierte Gewalt zumindest mitursächlich war. Alleinursächlichkeit ist nicht erforderlich.

Tenor

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluss des Landgerichts Bielefeld vom 06.01.2014 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.
Der Beklagte ist durch Urteil der 5. Großen Strafkammer des Landgerichts Paderborn vom 01.07.2013 - 05KLs-20-Js67/13-23/13 - u.a. des schweren sexuellen Missbrauchs zum Nachteil der am 07.01.2002 und 21.06.1996 geborenen Kläger - Söhne eines Vetters des Stiefvaters des Beklagten - unter Einbeziehung der in einem weiteren Verfahren wegen schweren sexuellen Missbrauchs seiner Tochter am 06.02.2013 verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Jahren verurteilt worden.
Die Kläger nehmen den Beklagten jeweils auf Zahlung eines Schmerzensgeldes von 10.000,- EUR in Anspruch. Sie behaupten unter Bezugnahme auf einen Bericht der Dipl.-Ing Psychologin und Psychologischen Psychotherapeutin O, langfristig unter den psychischen Folgen der Tat zu leiden.
Der Beklagte räumt sein Fehlverhalten, wie es im Urteil des Landgerichts Paderborn festgestellt worden ist, ein, bestreitet aber mit Nichtwissen das Vorliegen der geschilderten Folgen, die jedenfalls nicht nur durch sein Fehlverhalten, sondern auch durch weitere negative Faktoren aus dem familiären Umfeld bedingt seien. Er ist der Ansicht, dass für die mit dem sexuellen Missbrauch verbunden gewesenen körperlichen Schmerzen jeweils ein Schmerzensgeld von 1.500,- EUR ausreichend sei, und begehrt Prozesskostenhilfe zur Abwehr der weitergehenden Klagen.
Das Landgericht hat das Prozesskostenhilfegesuch durch Beschluss vom 06.01.2014 zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, auch ohne Berücksichtigung der geschilderten psychischen Folgen, die vom Grunde her zwanglos und ohne Weiteres als Folgen der Taten zu erwarten seien, sei das Schmerzensgeldverlangen der Kläger in der geltend gemachten Höhe begründet.
Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten, mit der dieser sein Begehren in vollem Umfang weiter verfolgt. Das geltend gemachte Schmerzensgeld lasse sich mit den rein körperlichen Folgen der Tat nicht rechtfertigen. Soweit die Kläger psychische Folgeschäden behaupten, seien diese und die behauptete Kausalität zwischen Tatgeschehen und psychischer Beeinträchtigung bestritten worden und könnten daher bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht berücksichtigt werden. Ob psychische Beeinträchtigungen vom Grunde her zwanglos als Folge des Tatgeschehens zu erwarten gewesen seien, habe das Landgericht mangels sachverständiger Beratung aufgrund fehlender eigener Sachkenntnis nicht feststellen dürfen.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
II.
Die sofortige Beschwerde des Beklagten ist unbegründet.
Mit Recht hat das Landgericht dem Beklagten die begehrte Prozesskostenhilfe versagt, weil die Rechtsverteidigung des Beklagten gegenüber den geltend gemachten Ansprüchen der Kläger keine Aussicht auf Erfolg bietet, § 114 ZPO.
Der Beklagte ist den Klägern zum Ersatz des diesen anlässlich des zu ihrem Nachteil begangenen schweren sexuellen Missbrauchs entstandenen materiellen und immateriellen Schadens verpflichtet, § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 176 Abs. 1, 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB, §§ 249, 253 BGB.
Die Höhe des zuzubilligenden Schmerzensgeldes hängt nach gefestigter Rechtsprechung entscheidend von dem Maß der Lebensbeeinträchtigung ab, soweit diese bei Schluss der mündlichen Verhandlung bereits eingetreten oder als künftige Folge erkennbar und objektiv vorhersehbar ist (BGH, VersR 1995, 471). Die Schwere dieser Belastungen wird vor allem durch die Stärke, Heftigkeit und Dauer der erlittenen Schmerzen und Funktionsbeeinträchtigungen bestimmt, außerdem ist das Verschulden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Bei der Bezifferung des im Einzelfall jeweils angemessenen Schmerzensgeldes ist zur Wahrung der rechtlichen Gleichbehandlung ferner zu beachten, dass der ausgeurteilte Betrag sich in das Gesamtsystem der von den Gerichten entwickelten Schmerzensgeldjudikatur einfügt. Dies bedeutet, dass seine Größenordnung dem Betragsrahmen entsprechen muss, der in der überwiegenden Spruchpraxis für vergleichbare Verletzungsgrade zuerkannt wird.
Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist der vom Landgericht für angemessen erachtete Betrag i.H.v. 10.000,- EUR nicht zu beanstanden.
Der Beklagte hat sich sowohl in Bezug auf den Kläger zu 2) als auch in Bezug auf den Kläger zu 1) jeweils in einem Fall des schweren sexuellen Missbrauchs und in zwei weiteren Fällen des sexuellen Missbrauchs strafbar gemacht. Hierzu hat die Jugendkammer des Landgerichts Paderborn in ihrem Urteil v. 01.07.2013 ausgeführt:
a) in Bezug auf den Kläger zu 2):
"Nach einem gemeinsamen Besuch eines Schwimmbades bot sich der Angeklagte an, den an Neurodermitis leidenden Zeugen einzucremen. Dieser legte sich lediglich mit einer dünnen, kurzen Hose bekleidet auf eine Schlafcouch im Wohnraum des Campingwagens auf den Bauch und der Angeklagte begann, seinen Rücken einzucremen. Dazu kniete bzw. setzte sich der Angeklagte auf die Oberschenkel des Zeugen. Für diesen plötzlich und unerwartet zog ihm der Angeklagte die Hose herunter und hielt ihn im Schulterbereich fest. Anschließend führte der Angeklagte seinen Penis unter erheblichen Schmerzen in den After des Zeugen R ein. Die Schmerzen waren so groß, dass sich der Zeuge in den Finger biss. Nach einiger Zeit ließ der Angeklagte von dem Zeugen ab, der sich ins Bad begab, dort weiterhin Schmerzen verspürte und seinen Finger mit Wasser kühlte.
Nach einem gemeinsamen Besuch eines Schwimmbades cremte der Angeklagte erneut jeweils den Rücken ein und führte dabei auch bei zwei Gelegenheiten einen Finger in den After des Zeugen ein, was diesem Schmerzen bereitete. Bei einer Gelegenheit gelang es dem Zeugen, sich dem Angeklagten zu entwinden. Bei einer anderen Gelegenheit ließ der Angeklagte von dem Zeugen ab, weil sein Mobiltelefon klingelte."
b) in Bezug auf den Kläger zu 1):
"Während sich die übrigen Mitglieder der Familie des Angeklagten in den oberen Stockwerken aufhielten, breitete der Angeklagte auf dem Fußboden eine Decke aus, entkleidete sich und den Zeugen vollständig, cremte diesen ein und forderte ihn schließlich auf, sich auf den Bauch zu legen. Dann führte er plötzlich einen Finger in den After des Zeugen N ein, was diesem Schmerzen bereitete."
"An einem nicht näher feststellbaren Tag im Winter 2010 nahm der Angeklagte den Zeugen N und dessen Zwillingsschwester K mit in sein Feriendomizil. ...
Dort entkleidete der Angeklagte den Jungen und forderte ich auf, sich auf den Bauch zu legen. Anschließend führte er dem Kind erneut einen Finger unter Schmerzen in den After ein."
"Am Wochenende nach diesem Vorfall übernachtete der Zeuge N erneut in der Wohnung des Angeklagten in dem von diesem regelmäßig genutzten Zimmer im Keller. Erneut entkleidete er den Jungen und forderte ihn auf, sich auf den Bauch zu legen. Nachdem er ihn zunächst eingecremt hatte, führte er dem Kind zunächst einen Finger und sodann unter Schmerzen seinen Penis in den After ein."
Der Kläger zu 2) war bei Begehung der ersten Tat noch 11 Jahre alt, bei Begehung der weiteren Taten war der Kläger zu 2) 14 Jahre alt. Der Kläger zu 1) war bei Begehung der Taten 8 Jahre alt. Dem Beklagten war bekannt, dass das familiäre Umfeld der Kläger konfliktbelastet war und die Kläger sich gerne bei dem Beklagten aufhielten. Angesichts dessen wiegt der in der Begehung der von dem Beklagten begangenen Straftaten liegende Vertrauensbruch besonders schwer. Die Verfehlungen erweisen sich, wie die Urteile der Jugendkammer, aber auch weitere Hinweise im Ermittlungsverfahren zeigen, auch nicht als Einzelfall. Die wiederholte Herabwürdigung der Kläger durch den Beklagten zum bloßen Objekt zur Befriedigung

seines Sexualtriebs wiegt besonders schwer und ist grundsätzlich geeignet, psychische und psychosomatische Folgewirkungen, auch mit Dauerfolgen, hervorzurufen.
Der Beklagte muss sich daher im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität auch entgegenhalten lassen, dass sein Verhalten die psychische Entwicklung der Kläger nachteilig beeinflusst hat. Dass, und in welcher Weise die Kläger unter den Folgen des sexuellen Missbrauchs durch den Beklagten leiden, haben die Kläger durch Wiedergabe der Feststellungen der Dipl.-Psychologin und Psychologischen Psychotherapeutin O im Einzelnen dargelegt. Zwar hat der Beklagte das Vorhandensein der beschriebenen psychisch bedingten Krankheitssymptome bestritten. Dies reicht vorliegend jedoch nicht aus, der Rechtsverteidigung des Beklagten insoweit die erforderliche Erfolgsaussicht zuzubilligen. Denn vorliegend ergibt eine bereits im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren ausnahmsweise zulässige vorweggenommene Beweiswürdigung, dass die Rechtsverteidigung des Beklagten keinen Erfolg haben wird.
Dem steht nicht entgegen, dass eine Vorwegnahme der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, also eine Beweisantizipation, im Prozesskostenhilfeverfahren grundsätzlich nur in engen Grenzen zulässig ist. Zweck des Prozesskostenhilfeverfahrens ist es, Bemittelte und Unbemittelte bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes gleich zu behandeln. Maßstab für die Gewährung von Prozesskostenhilfe ist also auch im Zusammenhang der vorzunehmenden Beweiswürdigung, ob eine vernünftig denkende Partei einen Rechtsstreit noch führen würde, wenn sie diesen selbst bezahlen müsste. Prozesskostenhilfe ist deshalb zu versagen, wenn konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragstellers ausgehen wird (BVerfG, NJW-2002, 1069, 1070, OLG München MDR 2010, 1342).
Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten durch die Fachgerichte hat es das Bundesverfassungsgericht mehrfach unbeanstandet gelassen, wenn diese davon ausgehen, dass eine Beweisantizipation im Prozesskostenhilfeverfahren in eng begrenztem Rahmen zulässig ist. Die verfassungsgerichtliche Prüfung beschränkt sich in diesen Fällen darauf, ob konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Beweisaufnahme über die streitigen Tatsachen mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgehen würde (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des 1. Senats vom 3.09.2013 - 1 BvR 1419/13, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7.05.1997 - 1 BvR 296/94 -, NJW 1997, S. 2745; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 23.01.1986 - 2 BvR 25/86 -, NVwZ 1987, S. 786; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2.01.1993 - 1 BvR 1697/91 -, FamRZ 1993, S. 664).
Von diesen Grundsätzen ausgehend ist dem Beklagten die begehrte Prozesskostenhilfe zu versagen.
Die Behauptung der Kläger, sie litten in mannigfacher Hinsicht unter Beeinträchtigungen aus dem psychiatrischen Formenkreis, beruht auf einer fundierten und im Einzelnen dargelegten Tatsachengrundlage. Sie haben sich in psychotherapeutische Behandlung der Dipl.-Psychologin und Psychologischen Psychotherapeutin O begeben. Die im Rahmen dieser Behandlung durchgeführte Exploration hat ergeben, dass die Kläger infolge der erlittenen sexualisierten Gewalt vielfältige Symptome zeigen, die die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung nach ICD 10 F. 43.1 erfüllen. Angesichts dessen besteht kein vernünftiger Zweifel, dass die von den Klägern als sachverständige Zeugin benannte Frau O, das Vorliegen der von ihr beobachteten Symptome und die Diagnose Posttraumatische Belastungsstörung im Rahmen einer durchzuführenden Beweisaufnahme bestätigen wird.
Dass sein strafbares Verhalten zumindest mitursächlich für die von Frau O beschriebenen Folgen ist, hat der Beklagte nicht bestritten. Er macht nur geltend, dass auch andere Ursachen - namentlich das engere familiäre Umfeld der Kläger - zu dem in psychiatrischer Hinsicht normabweichenden Verhalten der Kläger beigetragen haben könnten. Eine Alleinursächlichkeit der vom Schädiger gesetzten Ursache ist zur Begründung des erforderlichen Kausalzusammenhangs allerdings nicht erforderlich. Ausreichend ist bereits, dass sich das Geschehen als zumindest mitursächlich erweist. Dabei entlastet den Schädiger nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst der Umstand nicht, dass die Folgeschäden nur deshalb eingetreten sind, weil der Verletzte aufgrund besonderer Konstitution für den Schaden besonders anfällig war.
Ungeachtet dessen unterliegt es auch aus anderen Gründen keinem Zweifel, dass die Kläger den Nachweis der (Mit-) Ursächlichkeit zwischen der Rechtsgutverletzung im Sinne eines erlittenen Primärschadens und den weiteren Folgen im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität werden führen können. Denn während für den Nachweis eines Primärschadens im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität der strenge Beweismaßstab des § 286 ZPO gilt, gilt für alle weiteren Schäden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität der mildere Beweismaßstab des § 287 ZPO, wonach sich das erkennende Gericht die erforderliche Überzeugung im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit verschaffen darf (vgl. zuletzt BGH B. 14.01.2014 - VI ZR 340/13 -). Dass die Kläger unter Berücksichtigung der vorliegenden psychotherapeutischen Befunderhebungen den erforderlichen Nachweis im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 287 ZPO werden führen können, steht aus Sicht des Senats außer Zweifel.
In dieser Verfahrenssituation würde eine vernünftig denkende Partei den vorliegenden Rechtsstreit, wenn sie diesen selbst bezahlen müsste, nicht eine kostenintensive Beweisaufnahme auslösen. Dies vor allem

vor dem Hintergrund, dass unter Berücksichtigung der eingetretenen und weiterhin anhaltenden, hier in die Schmerzensgeldbemessung einzubeziehenden Folgeschäden der verlangte Schmerzensgeldbetrag von 10.000,- EUR, selbst wenn das Verhalten des Beklagten nur mitursächlich gewesen und eine besondere Konstellation den Eintritt der Folgeschäden begünstigt haben sollte, nicht überzogen ist.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 127 Abs. 4 ZPO.

160. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2014 – I-8 U 79/13, 8 U 79/13 – * Arzthaftungsprozess: Anforderungen an die Darlegung eines Haushaltführungsschadens

Orientierungssatz

Eine Schätzung des Haushaltsführungsschadens setzt eine schlüssige Darlegung des Anspruchs voraus. Hierzu ist insbesondere auszuführen, welche Arbeiten der Geschädigte in dem Haushalt vor dem Eintritt der durch den Behandlungsfehler entstandenen Beeinträchtigungen tatsächlich ausgeübt hat und welche dieser Arbeiten er aufgrund seiner Beeinträchtigungen nun nicht mehr oder nur eingeschränkt ausüben kann.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird - unter jeweiliger Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Übrigen - das am 23.05.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.0000 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2008 sowie weitere 2.544,90 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 24.02.2011 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren künftigen immateriellen sowie alle weiteren vorangegangenen und künftigen materiellen Ansprüche, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung ab12.2007 noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Von den erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 56% und die Beklagten 44%. Von den Kosten des Berufungsverfahren tragen die Klägerin 58% und die Beklagten 42%.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

I.
Die am 4.7.1950 geborene Klägerin rutschte am 21.12.2007 auf ihrer vereisten Terrasse aus und stürzte auf den Rücken. Wegen anhaltender Beschwerden suchte sie am 22.12.2007 die Notfallambulanz des Kreiskrankenhauses in D ... auf; Trägerin der Klinik ist der Beklagte zu 4), Chefarzt der orthopädischen Abteilung war der Beklagte zu 1). Eine klinische Untersuchung ergab Schmerzen im Bereich der oberen Lendenwirbelsäule und einen Klopfschmerz über dem thorakolumbalen Übergang; Durchblutung, Motorik und Sensibilität der unteren Extremität waren intakt. Röntgenaufnahmen der Lendenwirbelsäule in zwei Ebenen (vgl. 111 GA) zeigten einen deutlich höhengeminderten Brustwirbelkörper 12; eine daraufhin veranlasste Computertomographie belegte eine ventrale Fraktur mit leichter Impression des vorderen Wirbelkörperdrittels ohne Einstrahlung in die Hinterkante des letzten rippentragenden Wirbelkörpers. Man empfahl der Patientin eine Stabilisierung des betroffenen Wirbelsäulenabschnitts in Form einer Kyphoplastie. Am 23.12.2007 fand ein Aufklärungsgespräch zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) statt, nach welchem die beiden Beteiligten einen standardisierten Aufklärungsbogen unterzeichneten. Am 27.12.2007 führte der Beklagte zu 1) unter Assistenz des Beklagten zu 3) den geplanten Eingriff durch. Anschließend klagte die Patientin über ein Taubheitsgefühl und Schmerzen in den Füßen; im weiteren Verlauf traten Hypästhesien in beiden Oberschenkeln und im Bereich des rechten Fußes sowie eine Minderung des Harndrangs in Erscheinung. Angesichts dessen fertigte man am 1.1.2008 Röntgenaufnahmen an (vgl. 120 GA) und veranlasste am folgenden Tag eine Computertomographie (vgl. 120 ff GA), bei welcher sich ein deutliches Wundhämatom zeigte. Der Beklagte zu 3) riet im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs am 3.1.2008 zu einer Entfernung dieser Blutansammlung; diesen Eingriff führte der Beklagte zu 1) am folgenden Tag durch; dabei saugte er das Hämatom ab und entfernte zudem ein erbsengroßes Fragment des bei der Voroperation ausgetretenen Zements. Am 10.1.2008 wurde die Klägerin aus der stationären Behandlung entlassen; in dem von der Beklagten zu 2) verfassten Abschlussbericht empfahl man zur Weiterbehandlung eine krankengymnastische Übungstherapie, die Vermeidung eines wirbelsäulenbelastenden Verhaltens für drei Monate und eine Wiedervorstellung zur klinischen und radiologischen

Kontrolle in vier Wochen. Am 29.2.2008 erschien die Patientin in der orthopädischen Ambulanz; sie berichtete bei dieser Gelegenheit über ein Nachlassen der Schmerzen, aber ein Fortbestehen des Taubheitsgefühls in beiden Beinen; man riet zu einem abwartenden Vorgehen. Der weiterbehandelnde niedergelassene Orthopäde diagnostizierte eine beidseitige Lumboischialgie und überwies die Klägerin Ende03.2008 wegen anhaltender Schmerzen im Lendenwirbelsäulenbereich mit Taubheit in beiden Beinen sowie im Genitalbereich und einer zunehmenden Blasenschwäche zu einer Kontrolluntersuchung in das Krankenhaus der Beklagten zu 4). Dort stellte sie sich am 28.3.2008 letztmals vor; man veranlasste wegen der Persistenz der Beschwerden eine Magnetresonanztomographie. Im weiteren Verlauf stellte man einen deutlichen Austritt des Zementmaterials im Bereich des 12. Brustwirbelkörpers sowohl nach ventral als auch nach dorsal fest (vgl. Bericht des Sankt K ... . Hospitals F ... . vom 10.6.08, 61 f GA); die damit verbundene Einengung des Spinalkanals führte zu einem sensiblen Querschnittsyndrom mit Miktions- und Defäkationsproblemen. Aus diesem Grund wurde in einem anderen Krankenhaus am 10.6.2008 ein operativer Eingriff durchgeführt, bei welchem intradurales Fremdmaterial entfernt wurde; anschließend nahm die Patientin an einer Rehabilitationsmaßnahme teil.
Die Klägerin macht im Anschluss an ein Verfahren bei der hiesigen Gutachterkommission (Bescheid Prof. Dr. S ... vom 20.8.10, Anlage K 3) und an mehrere Privatgutachten (Neurochirurg Prof. Dr. B ... vom 22.3.09, Anlage K 1; Orthopäde Prof. Dr. R ... . vom 26.5.09, Anlage K 2) Ersatzansprüche geltend. Sie hat behauptet, die Kyphoplastie vom 27.12.2007 sei aus medizinischer Sicht nicht indiziert gewesen; vielmehr wäre eine konservative Therapie angebracht gewesen. Zudem sei der Eingriff nicht einwandfrei durchgeführt worden, da das Führungsinstrument nicht - wie in dem Operationsbericht angegeben - transpedikulär, sondern transspinal zu dem betroffenen Wirbelkörper vorgeschoben worden sei; bei dieser Maßnahme sei der flüssige Knochenzement intradural zwischen Conus und Caudawurzeln eingedrungen und habe einen inkompletten sensiblen Querschnitt in Höhe des Brustwirbelkörpers 12 herbeigeführt. Den Beklagten sei ferner vorzuwerfen, die notwendige Revisionsoperation nicht unverzüglich veranlasst zu haben. Aus diesem Grund sei es zu einer Progredienz der Symptome gekommen; diese seien zwar durch den Eingriff vom 10.6.2008 weitgehend behoben worden; es seien aber Beeinträchtigungen geblieben, die bei einem einwandfreien ärztlichen Verhalten vermieden worden wären. Außerdem hätte der Beklagte zu 1) bei seiner Zweitoperation vom 4.1.2008 die ausgetretenen Zementanteile vollständig entfernen müssen, wodurch der weitere Eingriff vom 10.6.2008 entbehrlich geworden wäre. Die Forderungen seien schließlich auch auf ein Aufklärungsversäumnis zu stützen, da sie präoperativ nicht über die Komplikationsmöglichkeiten und die Behandlungsalternativen informiert worden sei; bei einer ordnungsgemäßen Belehrung hätte sie sich für ein konservatives Vorgehen entschieden. Infolge des ärztlichen Fehlverhaltens könne sie sich auf Dauer kaum selbständig fortbewegen; sie leide unter einem Taubheitsgefühl, welches sich vom Lendenwirbel- über den Genitalbereich bis zu den Füßen erstrecke; auch könne sie Harn und Stuhl nicht kontrollieren. Zum Ausgleich der immateriellen Beeinträchtigungen sei ihr ein Schmerzensgeld von mindestens 125.000 EUR zuzubilligen; auch seien die Beklagten verpflichtet, den in der Zeit vom 1.2.2007 bis zum 31.3.2011 entstandenen Haushaltsführungsschaden in Höhe von (50 Monate x 1.100 EUR =) 55.000 EUR (vgl. "Stundenplan" der Klägerin, 34 ff GA) sowie die entstandenen Gutachterkosten von 3.000 EUR (vgl. Rechnungen Anlagen K 26 und 27) zu erstatten; schließlich seien alle weiteren materiellen und die künftig eintretenden immateriellen Schäden zu ersetzen.
Die Beklagten haben eigene Versäumnisse bestritten. Die Kyphoplastie sei wegen der starken Schmerzen der Patientin, der man eine mehrwöchige Korsettbehandlung habe ersparen wollen, indiziert gewesen. Der Eingriff sei einwandfrei durchgeführt worden; insbesondere sei es nicht zu einer Verletzung der Dura gekommen. Es sei ferner sachgerecht gewesen, die Revisionsoperation erst am 4.1.2008 durchzuführen; postoperativ auftretende neurologische Defizite seien nämlich häufig auf vorübergehende und spontan zurückgehende Irritationen von Nerven zurückzuführen. Bei dem Zweiteingriff habe man das ausgetretene Knochenzementmaterial vollständig entfernt; die angeblich noch am 10.6.2008 vorhandenen Reste seien erst später in die intradurale Position gelangt. Vor den ärztlichen Maßnahmen sei die Patientin regelmäßig über die mit der vorgesehenen Maßnahme verbundenen Vor- und Nachteile sowie über Komplikationsmöglichkeiten informiert worden. Vorsorglich haben die Beklagten den Verlauf nach der letzten Vorstellung vom 29.3.2008 sowie die angeblich verbliebenen Dauerfolgen mit Nichtwissen bestritten und den Umfang der geltend gemachten Forderungen beanstandet. Auch haben sie darauf hingewiesen, dass die Klägerin bereits seit dem Jahre 2004 unter Beschwerden im Bereich der Lendenwirbelsäule gelitten habe (KK des Orthopäden Dr. S ... , 66 f GA).
Die 3. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf hat durch Einholung schriftlicher Gutachten des Orthopäden Dr. S ... (3.11.11, 103 ff GA; 24.4.12, 188 ff GA) Beweis erhoben und sodann durch Urteil vom 23.5.2013 (231 ff GA) unter Abweisung der weitergehenden Klage der auf Ersatz der künftigen materiellen Ansprüche gerichteten Feststellungsklage stattgegeben, der Klägerin ein Schmerzensgeld von 50.000 EUR zuerkannt sowie die Beklagten zum Ersatz eines Haushaltsführungsschadens in Höhe von 9.984 EUR sowie zur Erstattung von Gutachterkosten von 2.544,90 EUR verpflichtet.
Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher sie die vollständige Abweisung der Klage begehren. Zu Unrecht sei das Landgericht im Anschluss an den Sachverständigen Dr.

S ... davon ausgegangen, dass die Kyphoplastie nicht transpedikulär, sondern - fehlerhaft - transspinal durchgeführt worden sei; die intraoperativ angefertigten Röntgenbilder ließen nicht auf ein solch unsachgemäßes Einbringen der Kyphoplastienadel schließen. Ihnen - den Beklagten - sei ferner nicht vorzuwerfen, die nach dem Eingriff aufgetretenen neurologischen Störungen verspätet erst nach vier Tagen durch bildgebende Verfahren abgeklärt zu haben; tatsächlich sei ein solches Abwarten gerechtfertigt gewesen, da irritierte periphere Nerven häufig die Tendenz hätten, sich nach kurzer Zeit spontan zu erholen; abgesehen davon könne nicht unterstellt werden, dass eine zeitlich vorgezogene Revisionsoperation zu einem für die Patientin besseren Ergebnis geführt hätte. Schließlich sei die Annahme, es seien nicht alle Knochenzementfragmente am 4.1.2008 aus dem Spinalkanal entfernt worden, nicht berechtigt; es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bis zu dem Eingriff vom 10.6.2008 infolge von Bewegungen weitere Zementreste ausgetreten seien. Zu diesen Problemen hätte die erstinstanzliche Zivilkammer den beauftragten Sachverständigen von Amts wegen ergänzend anhören müssen. Die Erwägungen des Landgerichts zum Umfang des Schmerzensgeldes seien nicht nachvollziehbar, da jedenfalls im Zeitpunkt der Untersuchung durch den Sachverständigen keine wesentlichen Ausfallerscheinungen mehr festzustellen gewesen seien. Auch der Haushaltsführungsschaden sei fehlerhaft berechnet; es sei ungeklärt geblieben, ab wann nur noch ein Ein-Personen-Haushalt habe versorgt werden müssen.
Die Beklagten beantragen,
unter Abänderung des angefochtenen Urteils,
die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen,
Sie tritt dem Rechtsmittel entgegen. Der gerichtlich beauftragte Sachverständige habe die Versäumnisse der verantwortlichen Ärzte nachdrücklich bestätigt.
Im Wege der Anschlussberufung verfolgt sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter. Angesichts ihrer erheblichen Beeinträchtigungen mit Kontinenzproblemen, Gangstörungen und Missempfindungen im Genitalbereich sei das zuerkannte Schmerzensgeld von 50.000 EUR deutlich zu niedrig. Die Ansprüche auf Ersatz des materiellen Schadens seien zu Unrecht teilweise abgewiesen worden (vgl. zum Haushaltsführungsschaden 300 f GA).
Die Klägerin beantragt daher, unter Abänderung des angefochtenen Urteils,
die Beklagten nach den erstinstanzlichen Schlussanträgen zu verurteilen.
Die Beklagten beantragen,
die Anschlussberufung zurückzuweisen.
Sie halten eine Erhöhung des Schmerzensgeldes für unangebracht. Der Sachverständige habe im Zeitpunkt seiner Untersuchung im Jahre 2011 keine gravierenden Beeinträchtigungen mehr festgestellt. Das Vorbringen zum Haushaltsführungsschaden sei nicht nachvollziehbar, zumal die Klägerin nicht dargelegt habe, wann sie den ehelichen Haushalt verlassen habe.
Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf die in dem Berufungsverfahren vorgelegten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.
II.
Die zulässigen Rechtsmittel sind jeweils nur teilweise begründet.
Die Berufung der Beklagten führt zur Abweisung des erstinstanzlich zuerkannten Haushaltsführungsschadens von 9.984 EUR nebst Zinsen; im Übrigen hat das Landgericht die Beklagten nach Grund und Höhe zu Recht verurteilt.
Auf die Anschlussberufung der Klägerin war auszusprechen, dass die Beklagten auch für künftige immaterielle sowie bereits entstandene materielle Schäden haften, die ursächlich auf das streitgegenständliche Behandlungsgeschehen zurückzuführen sind; die weitergehend geltend gemachten Ansprüche hat das Landgericht zu Recht zurückgewiesen.
1. Zu der Berufung der Beklagten:
Das Landgericht hat sich bei seiner Feststellung, dass die Kyphoplastie am 27.12.2007 nicht - wie es regelgerecht ist - transpedikulär, sondern behandlungsfehlerhaft transspinal durchgeführt worden ist, zu Recht und mit zutreffender Begründung auf die Feststellungen des orthopädischen Sachverständigen Dr. S... gestützt.
Dr. S... hat in dem Kontroll-CT (Bilder 4 a - d, 120-122 GA) zweifelsfrei belegt gesehen, dass der Eingriff am 27.12.2007 transpinal durchgeführt worden ist. Er hat nachvollziehbar darauf verwiesen, dass auf Bild 4 d sowohl der transpinale als auch der transpedikuläre Zugangsweg gekennzeichnet ist, der betreffende Pedikel aber keinerlei Spuren zeigt, die eine Vertebroplastie/Kyphoplastienadel - bei transpedikulärem Vorgehen - hinterlassen würde (137 f GA). Der Sachverständige hat in seinem Ergänzungsgutachten (192 GA) weiter verdeutlicht, dass sich auf dem Bild 4 d - durch die dortigen Markierungen demonstriert - eindeutig die Verletzung der Bogenwurzel mit einliegendem intraspinalem Fremdmaterial bei nicht nachweisbarer Veränderung im Bereich des linken Pedikels, wie es bei einer transpedikulären Vorgehensweise darstellbar sein müsste, zeigt. Damit lässt sich mit den überzeugenden Ausführungen von Dr. S...

zweifelsfrei beweisen, dass der Eingriff am 27.12.2007 behandlungsfehlerhaft transpinal statt transpedikulär erfolgte.
Die Ausführungen von Dr. S... werden gestützt durch den neurologischen Privatgutachter der Klägerin, Prof. Dr. B.... (Anlage K 1), der bei - wie hier - fehlenden neurologischen Ausfällen, einer radiologisch bzw. neuroradiologisch nachgewiesenen, sog. stabilen Fraktur und einer angulären Kyphose im thorakolumbalen Übergangsbereich unter 20 Grad, schon keine Indikation zu dem operativen Eingriff gesehen hat. Die Patientin hätte nach seinen Ausführungen vielmehr mit der konservativen Therapie eines Korsetts suffizient therapeutisch versorgt werden können. Die schließlich durchgeführte Kyphoplastie ist auch nach Prof. Dr. B.... nicht nach den Regeln der Kunst transpedikulär, sondern transpinal links vorgenommen worden (S. 13 des Gutachtens), wobei - wie dies auch Dr. S... beschreibt (138 GA) - die Dura verletzt worden ist und so der flüssige Zement intradural eindringen konnte und so zu einer Schädigung am Conus Medullaris geführt hat.
Entgegen dem Vorbringen der Beklagten steht den Bewertungen von Dr. S... und Prof. Dr. B.... das Gutachten von Prof. Dr. S.... (Gutachterkommission, Anlage K 3) nicht entgegen. Vielmehr trifft die Bewertung von Dr. S... zu, dass die insoweit abweichenden Äußerungen der "Vorgutachter" bei Kenntnis des (oben beschriebenen) CTs nicht nachvollziehbar sind.
Soweit Prof. Dr. S.... meint, dass sich der Beweis, dass die Nadellage bei der Operation am 27.12.2007 nicht durch den Wirbelbogen, sondern durch den Wirbelkanal mit Verletzung der harten Rückenmarkshaut geführt wurde, nicht erbringen lässt, bezieht sich dies offenbar nur auf seine Auswertung der intraoperativen Durchleuchtungsbilder (S. 6 des Gutachtens). Gleichwohl sieht Prof. Dr. S.... jedenfalls "eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür" (S. 8 des Gutachtens), dass es bei der Operation am 27.12.2007 zu einer Verletzung der harten Rückenmarkshaut gekommen ist (Indiz für interspinales Vorgehen).
Ähnlich verhält es ich mit der Erkenntnis des orthopädischen Privatgutachters der Klägerin, Prof. Dr. R.... (Anlage K 2), der - wie Prof. Dr. B.... - zwar eine Kyphoplastie für nicht indiziert sieht, aber für einen transpinalen Zugang "aus den Unterlagen" keine Hinweise gefunden hat. Auch dies erklärt sich maßgeblich daraus, dass sich der Sachverständige hier lediglich auf die intraoperativen Röntgenbilder bezieht, die - nach seinen Ausführungen - eine transpinale Position des Führungsinstrumentes nicht erkennen lassen (S. 10 des Gutachtens). Eine Auseinandersetzung mit der postoperativen CT-Kontrolle vom 02.01.2008 (Bl. 122 GA), wie es Dr. S... vorgenommen hat, fehlt dagegen, ebenso wie eine Erklärung dafür, wieso es "dennoch" (S. 10 des Gutachtens) zum Austritt von Knochenzement in den Wirbelkanal gekommen ist.
Das Landgericht hat ferner zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt, dass es behandlungsfehlerhaft war, dass im Anschluss an die Operation vom 27.12.2007 nicht sofort auf die postoperativ bestehenden neurologischen Störungen reagiert worden ist, sondern erst nach 4 Tagen eine Abklärung durch bildgebende Verfahren erfolgt ist. Der Einwand der Beklagten, dass das Auftreten neurologischer Störungen nicht unmittelbar postoperativ mit vollständig bildgebender Diagnostik abzuklären ist, sondern ein Zuwarten über einen gewissen Zeitraum durchaus üblich und vertretbar ist, da operationsbedingte leichte Nervschädigungen sich innerhalb kurzer Zeit zurückbilden können, ist unbegründet. Denn sämtliche Sachverständigen haben gefordert, dass zu einem behandlungsgerechten Vorgehen eine frühzeitigere Befunderhebung bzw. sofortige Revisionsoperation unverzüglich erfolgen musste.
Dr. S... hat unmissverständlich ausgeführt, dass bei den intraoperativ dokumentierten Röntgenbildern mit Nachweis von Kyphoplastie-Zement im Spinalkanal sowie den von der Patientin angegebenen neurologischen Störungen direkt postoperativ eine CT-Bildgebung hätte durchgeführt werden müssen, aus der sich die weitere Behandlungsindikation mit Revisionsoperation ergeben hätte (139 GA). Erst, wenn sich - anders als hier - in der erneuten Schnittbildgebung, die unmittelbar postoperativ anzufertigen gewesen ist, eine lege artis durchgeführte Operation nachweisen lässt und der Ausschluss von intraspinal gelegenen Material durch die erneute Schnittbildgebung erfolgt, darf man sich auf die Ausschlussdiagnose "gestresster Nerv" berufen; erst dann ist eine weitere konservative Behandlung möglich. Wenn sich jedoch, wie bei der Patientin geschehen, Vertebroplastiezement nach der Operation im Spinalkanal darstellt, so hat eine sofortige operative Revision zu erfolgen, da sonst bei weiter als schädigend auf den Nerven wirkender Druck durch den Fremdkörper, eine Regeneration des Nerven im weiteren Verlauf als unmöglich anzusehen ist. Hierdurch wird dann der mit den weiteren Ausführungen des Sachverständigen der Dauerschaden generiert (192, 193 GA).
Übereinstimmend damit hat Prof. Dr. B.... geschildert, dass aufgrund des Umstandes, dass es unmittelbar postoperativ zu einem inkompletten sensiblen Querschnitt gekommen ist, nach den Regeln der ärztlichen Kunst sofort eine diagnostische Abklärung erfolgen musste.
Schließlich hat Prof. Dr. R.... (Anlage K 2) ausgeführt, dass schon die intraoperativ angefertigten Röntgenaufnahmen trotz eingeschränkter Bildqualität den dringenden Verdacht auf hinter der Hinterwand des Wirbelkörpers lokalisierten Knochenzement aufkommen lassen, so dass im Zusammenhang mit den unmittelbar postoperativ festgestellten neurologischen Störungen die sofortige operative Revision hätte erfolgen müssen. Insofern stimmt er der Beurteilung von Prof. Dr. B.... ausdrücklich zu (S. 10 des Gutachtens).

Insgesamt steht damit zweifelsfrei fest, dass den Beklagten jedenfalls ein Befunderhebungsfehler unterlaufen ist und die gebotene sofortige Erhebung des Befundes als ärztliche Reaktion eine sofortige Revisionsoperation erfordert hätte.
Soweit die Beklagten in Frage stellen, ob und gegebenenfalls welche schädlichen Folgen hierdurch für die Patientin entstanden sind, bedarf dies keiner weiteren Aufklärung. Es mag sein, dass es zumindest zu den sekundär aufgetretenen neurologischen Ausfällen maßgeblich durch die lange Verweildauer des Fremdkörpers im Bereich des Conus und der Wurzeln gekommen ist (vgl. das Gutachten von Prof. Dr. B...., Anlage K 1, S. 15 des Gutachtens). Zu beachten ist aber, dass die Unterlassung der gebotenen Befunderhebung grundsätzlich zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führt, weil sich bei Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellte (vgl. BGH VersR 2004, 790). Infolgedessen kommt es nur noch darauf an, ob der Fehler - Unterlassen der sofortigen Revisionsoperation - generell zur Herbeiführung der Schädigung geeignet ist. In diesem Fall hätten dann die Beklagten nachzuweisen, dass ein - zumindest mitursächlicher - Kausalzusammenhang gänzlich unwahrscheinlich ist.
Letztlich können diese Kausalitätsbetrachtungen hier aber dahinstehen, da sämtliche Beeinträchtigungen der Klägerin zumindest mitursächliche Folgen des ersten, unzweifelhaft schadensursächlichen Behandlungsfehlers in Form der nicht regelgerecht durchgeführten Kyphoplastie sind.
Insofern kommt es auch nicht auf die weitere Rüge der Beklagten an, dass es - entgegen der Feststellung des Landgerichts - nicht behandlungsfehlerhaft war, bei dem Revisionseingriff am 04.01.2008 nicht sämtlichen Knochenzement aus dem Spinalkanal zu entfernen.
Soweit die Beklagten die Schmerzensgeldbemessung des Landgerichts rügen, ist das unbegründet. Der Senat schließt sich der Bewertung des Landgerichts an, das sich hierbei zutreffend an den Feststellungen des Sachverständigen Dr. S... orientiert hat. Der Schwerpunkt der Schmerzensgeldbemessung liegt in den eingetretenen Dauerschäden. Zusätzlich zu berücksichtigen ist der Umstand, dass sich die Klägerin zwei Revisionsoperationen, am 04.01. und am 10.06.2008 hat unterziehen müssen, zwischenzeitlich Beschwerden bestanden und schließlich eine Reha-behandlung durchgeführt werden musste. Die Dauerfolgen äußern sich insbesondere über ein fortbestehendes starkes Kribbeln in beiden Beinen, das zu einem beständigen Kratzen verleitet, nachts auftretenden starken Krämpfen in den Beinen, einer Blasen- und Mastdarmstörung mit Dranginkontinenz, einem deutlich unsicheren verlangsamten Gangbild sowie einer Empfindungslosigkeit im Genitalbereich, damit auch beim Geschlechtsverkehr. Bei diesen Beeinträchtigungen ist das zuerkannte Schmerzensgeld von 50.000 EUR schon angemessen.
Soweit sich die Beklagten gegen die Zuerkennung des Haushaltführungsschadens wenden, ist das begründet. Der Anspruch ist - wie von dem Landgericht grundsätzlich zutreffend erkannt - nicht schlüssig dargelegt; die erstinstanzlich vorgenommene Schätzung ist daher nicht zulässig.
Die Klägerin hätte insbesondere auszuführen gehabt, welche Arbeiten sie in dem Haushalt vor dem Eintritt der durch den Behandlungsfehler entstandenen Beeinträchtigungen tatsächlich ausgeübt hat und welche dieser Arbeiten sie aufgrund ihrer Beeinträchtigungen nun nicht mehr oder nur eingeschränkt ausüben kann. Hieran fehlt es in jeder Weise. Der Verweis auf Tabellenwerke und eine "haushaltsspezifische MDE von 60 %" sowie die Auflistung nicht weiter erläuterter Stundenpläne genügen den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag nicht. Auch die Listen, die mit Schriftsatz vom 25.11.2013 (302 ff. GA) in der Berufungsinstanz vorgelegt worden, ersetzen den notwendigen Vortrag nicht. Es bedarf deshalb nicht des Nachgehens der von der Klägerin angebotenen Beweise. Zudem trägt sie selbst vor, dass sie seit der Schädigung weitaus mehr Zeit im Haushalt verbringe als zuvor und ihr die Arbeiten nur noch schleppend von der Hand gingen. Soweit sie dennoch ihren Haushalt nahezu vollständig selbst erledigt, ist es zweifelhaft, ob überhaupt ein ersatzpflichtiger Haushaltsführungsschaden entstanden ist, da der Ersatz von Freizeit (Grenze ist die überobligationsmäßige Aufopferung) kein ersatzpflichtiger Vermögensschaden ist.
Eine Differenzierung, welche Arbeiten die Klägerin aufgrund ihrer Beeinträchtigung nicht mehr hat ausführen können und welche durch Dritte übernommen werden mussten, hat die Klägerin auch zweitinstanzlich nicht vorgenommen. Dies war um so mehr veranlasst, als ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen Dr. S... (143 GA), die Patientin angegeben hat, ihren Haushalt allein zu versorgen und lediglich Hilfe zu benötigen, wenn sie schwere Gegenstände tragen oder Überkopfarbeiten ausüben muss. Vor diesem Hintergrund ist die Schätzung des Landgerichts, das von einer "haushaltsspezifischen MDE von 20 %" ausgeht für den Zeitraum von01.2008 bis03.2011, ohne tragfähige Grundlage.
2. Zu der Anschlussberufung der Klägerin
Ein weitergehendes Schmerzensgeld bis zu 125.000 EUR oder mehr, wie es die Klägerin fordert, ist angesichts des noch verbliebenen Dauerschadens nicht gerechtfertigt. Insoweit ist - entsprechend der vorstehenden Ausführungen - ein Schmerzensgeld von 50.000 EUR angemessen und ausreichend.
Ein (weitergehender) Ersatz des Haushaltsführungsschadens kann nicht gefordert werden; insofern fehlt es an einem schlüssigen Klagevortrag (s.o.).

Die sonstigen materiellen Schäden in Höhe von 3.000 EUR (Bl. 296 GA) werden von der Klägerin nicht hinreichend substantiiert begründet; für eine Schadenschätzung fehlt daher auch insoweit die Grundlage. Soweit sich die Klägerin gegen die teilweise Abweisung des Feststellungsantrags wendet, ist die Anschlussberufung begründet.
Die Feststellungsklage auf künftigen immateriellen Schadenersatz ist hier ohne weiteres zulässig und hinsichtlich unvorhersehbarer Schäden bzw. solcher Schäden, die mangels objektiver Vorhersehbarkeit noch nicht in die Schmerzensgeldbemessung einbezogen werden konnten auch begründet.
Ein Feststellungsantrag kann ferner auf bereits entstandene, d.h. gegenwärtige materielle Schäden gerichtet werden; es ist nicht notwendig, bei einem - wie hier - noch in der Entwicklung befindlichen Schaden die bereits entstandenen materiellen Schäden im Wege der Leistungsklage zu verfolgen. Insoweit bedarf es unter den Umständen des Falles keiner besonderen Spezifizierung.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.
Streitwert:
Für die Berufung der Beklagten: 83.000 EUR.
Für die Anschlussberufung der Klägerin: 150.000 EUR

161. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27.03.2014 – 10 W 1/14 – * Ablehnung eines medizinischen Sachverständigen: Besorgnis der Befangenheit bei Ausschluss eines ärztlichen Behandlungsfehlers trotz gerichtlichen Beweisbeschlusses unter Mitteilung des Beweiswürdigungsergebnisses

Leitsatz

Formuliert das Gericht im Beweisbeschluss eindeutig den Sachverhalt, den der Sachverständige seiner Begutachtung zugrunde legen soll (hier sogar noch unter Mitteilung des Beweiswürdigungsergebnisses), so begründet der Sachverständige die Besorgnis der Befangenheit, wenn er in seinem Gutachten die geschilderten Abläufe als "völlig unvorstellbar" ansieht, ausführt, er habe "erhebliche Zweifel, dass es sich so zugetragen haben könnte" und ein dann anzunehmender ärztlicher Behandlungsfehler "bestünde nur im Falle eines eindeutigen Beweises".

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss der 9. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg vom 22.11.2013 - Geschäftszeichen 9 O 415/11 - abgeändert:
Das Ablehnungsgesuch der Klägerin vom 30.07.2013 gegen den in dieser Sache gerichtlich bestellten Sachverständigen Herrn Prof. Dr. med. Dr. h.c. S. C. ist begründet.
Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 48.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

Die zulässige sofortige Beschwerde der Klägerin hat Erfolg.
I.
Die minderjährige Klägerin hat als Rechtsnachfolgerin das Verfahren ihrer verstorbenen Mutter aufgenommen und macht wegen deren behaupteter sorgfaltswidriger ärztlicher Behandlungen am 05.12.2005 und im Folgejahr Schadensersatzansprüche einschließlich Schmerzensgeldes gegen den Beklagten geltend. Ihre Kernbehauptung ist dabei eine nicht bzw. zu spät erkannte Brustkrebserkrankung (sog. Mammakarzinom) ihrer Mutter während ihrer Schwangerschaft.
Die zuständige Zivilkammer hat am 15.02.2012 einen Beweisbeschluss folgenden hier wesentlichen Inhalts erlassen:
Es soll durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens Beweis darüber erhoben werden, ob bei der Behandlung der verstorbenen Patientin… gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen worden ist.
Dabei soll der Sachverständige davon ausgehen, dass die Patientin dem Beklagten gegenüber am 5.12.2005 sinngemäß geäußert hat, dass in der rechten Brust eine Verhärtung da war, dass der Beklagte die Brust nicht untersucht hat und sinngemäß geäußert hat, die Brust müsse sich umbilden.
Die Kammer weist insoweit darauf hin, dass sie davon aufgrund der informatorischen Anhörung des Vaters der Klägerin und des Beklagten fest überzeugt ist. Der Vater der Klägerin war in jeder Hinsicht glaubwürdig, seine Aussage plastisch, lebensnah und stimmig. Demgegenüber vermochte die Anhörung des Beklagten diese Überzeugung nicht zu erschüttern. Dass der Beklagte im Allgemeinen so verfährt, wie er es geschildert hat, ist zwar nachvollziehbar. Letztlich hat sich aber schon bei der eher kurzen Anhörung ergeben, dass der Beklagte z. B. am 21.06.2006 keine weiterführende Diagnostik durchgeführt hat. Dies muss auch nicht zu beanstanden sein, zeigt aber, dass es eben nicht immer weiterführende Diagnostik

gibt. Zum 05.12.2005 hat der Beklagte zudem nur angegeben, eine Klage über einen Tumor oder eine Verhärtung sei ihm nicht erinnerlich.
In seinem am 15.05.2013 erstellten Gutachten hat der jetzt mit Erfolg abgelehnte Sachverständige hierzu folgendes ausgeführt:
… Wenn die Patientin in dieser Situation, also in der 31. Schwangerschaftswoche einen Frauenarzt darauf anspricht, dass sie einen Knoten in der rechten Brust ertastet habe, ist der Frauenarzt verpflichtet, dieser Aussage unverzüglich nachzugehen… Die Unterlassung einer entsprechenden beschwerdebezogenen Brustuntersuchung seitens des Beklagten mit Anmerkung eines schwangerschaftsbedingten Brustumbaus wäre ein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst. …
Der Krankheitsverlauf ist durch die verspätete Diagnosestellung nachteilig beeinflusst worden, weil ein Mammakarzinom mit Lebermetastasen als nicht mehr heilbar, während es im nicht metastasierenden Stadium als heilbar gilt. Gutachterlicherseits muss jedoch festgestellt werden, dass mehrere Aspekte des dargestellten Sachverhaltes und vor allem der vorliegenden Aussagen nur schwer vorstellbar sind. … Die Aussage einer Schwangeren, dass sie einseitig Schmerzen habe bzw. einen Knoten in einer Brust tastet, sind ungewöhnlich und gelten generell als Alarmzeichen, als Hinweise darauf, dass ein Tumor, eine Zyste oder eine Entzündung vorliegt. Es gibt für einen Gynäkologen absolut keinen ersichtlichen bzw. vorstellbaren Grund, auf den Hinweis „Knoten in einer der beiden Brüste" oder „Schmerzen in einer Brust" nicht einzugehen. Dass ein Gynäkologe solche Hinweise missachtet, sie weder notiert noch ihnen durch zumindest eine kurze Untersuchung nachgeht, ist völlig unvorstellbar. Als Gutachter habe ich erhebliche Zweifel, dass es sich so zugetragen haben könnte. … Unter der Annahme, dass die Patientin dem Arzt mitgeteilt hat, selbst einen Knoten in der rechten Brust getastet zu haben und dieser Knoten dem späteren Mammakarzinom entsprach, war es grob fehlerhaft von Seiten des Arztes, den Knoten nicht mittels Tastens bzw. Ultraschall-Untersuchung weiter abzuklären. Nach Durchsicht der medizinischen Akte und aller Einträge der ärztlichen und pflegerischen Dokumentation und unter Berücksichtigung des unauffälligen Befundes der Brust im Wochenbett bestehen jedoch gutachterlicherseits erhebliche Zweifel, ob der behandelnde Arzt es tatsächlich versäumt hat, am 05.12.2005 die Brust der Patientin zu untersuchen bzw. die Beschwerden der Patientin (Schmerzen in der rechten Brust) in die Akte einzutragen. …
Ein eindeutiger Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln bestünde nur im Falle eines eindeutigen Beweises, dass einerseits die Patientin dem Beklagten mitgeteilt hat, dass sie einen Knoten in der rechten Brust getastet habe und andererseits der Beklagte diesem Hinweis nicht nachging, die Brust nicht abtastete und keine weiterführende Diagnostik einleitete. In einem solchen Falle hätte die Unterlassung der Diagnosestellung die Wahrscheinlichkeit einer frühen Metastasierung erhöht. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die frühe Metastasierung und damit die ungünstige Gesamtprognose hätte gänzlich verhindert werden können. … Der Tumortyp neigt zu frühzeitiger, durch keinerlei medizinischen Maßnahmen zu beeinflussenden Metastasierung. Insofern muss die Erkrankung selbst als schicksalhaft bezeichnet werden. …
Innerhalb nachgelassener Frist zur Stellungnahme hat die Klägerin den Sachverständigen darauf mit Schriftsatz vom 30.07.2013 als befangen abgelehnt und sich hierbei zur Begründung im Wesentlichen auf die zitierten Textpassagen sowie die gewählte Konjunktivform bezogen.
Der abgelehnte Sachverständige selbst hat sich in seiner Stellungnahme hierzu am 11.09.2013 auszugsweise wie folgt geäußert:
… Als Gutachter steht mir frei, Zweifel an Aussagen bzw. Annahmen zu äußern, wenn diese nicht nur medizinisch völlig abwegig sind sondern auch jeder Logik entbehren. Zwar kann ich selbstverständlich nicht ausschließen, dass einem Arzt, wie jedem anderen Menschen auch, Dinge unterlaufen, die einfach nicht unterlaufen dürfen bzw. nicht denkbar sind. In diesem Falle, also wenn eine Patientin, schwanger oder nicht, die Besorgnis äußert, dass in ihrer Brust eine Verhärtung neu aufgetreten ist, würde jeder Medizinstudent, jeder Arzt und ein Facharzt für Frauenheilkunde allemal zumindest diese Verhärtung untersuchen (tasten) wollen. Eine Aussage ohne Untersuchung würde nach meiner festen Überzeugung kein Angehöriger einer der von mir genannten Gruppen treffen wollen und können. Meine Zweifel beruhen auch darauf, dass diese Untersuchung sehr kurz ist, d.h. nur einige wenige Sekunden dauert, den Arzt nichts kostet, weil er nur seine Hände dafür braucht und er im Gegenteil sogar diese Untersuchung bezahlt bekommt. Wenn ein Arzt also trotzdem die Brust in einem solchen Falle nicht untersucht und eine Aussage über „die Umbildung der Brust“ trifft, klingt das für mich aus den genannten Gründen absurd. …
Meine Zweifel darüber, dass ein Facharzt eine Untersuchung unterlässt, obwohl er von einer Patientin auf ein Symptom hingewiesen wird, das auch bei einem Laien den Verdacht auf eine ernsthafte Erkrankung lenken würde, haben mit Befangenheit nichts zu tun. Damit wollte ich nur zum Ausdruck bringen, dass ich mit so etwas in meiner 26jährigen Tätigkeit als Arzt noch nicht konfrontiert worden bin.
Die zuständige Zivilkammer hat darauf das Befangenheitsgesuch mit Beschluss vom 22.11.2013 zurückgewiesen. Im Wesentlichen habe sich der Sachverständige danach aus Sicht der Kammer lediglich verpflichtet gesehen, auf aus seiner Sicht bestehende Widersprüche hinzuweisen und diese nicht einfach zu verschweigen.

Gegen diesen ihr am 10.12.2013 zugestellten Beschluss hat die Klägerin am 18.12.2013 sofortige Beschwerde eingelegt und verweist hierzu auf die bisherige Begründung ihres Ablehnungsgesuchs.
Dieser sofortigen Beschwerde hat die zuständige Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg mit Beschluss vom 20.12.2013 nicht abgeholfen, vielmehr den Rechtsstreit dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
II.
Die sofortige Beschwerde des Beklagten ist gemäß §§ 406 Abs. 5, 567 Abs. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.
Das Rechtsmittel ist auch begründet, es hat in der Sache Erfolg. Das Ablehnungsgesuch der Klägerin vom 30.07.2013 war nach § 406 Abs. 1 - 3 ZPO zulässig. Jedoch hat es das Landgericht zu Unrecht mit dem jetzt angefochtenen Beschluss für unbegründet erklärt. Die Ablehnung des Sachverständigen Herrn Prof. Dr. med. Dr. h.c. S. C. wegen der Besorgnis der Befangenheit ist vielmehr begründet. Denn aus maßgeblicher Sicht der Klägerin ist die Besorgnis gerechtfertigt, dass der Sachverständige ihr gegenüber im Hinblick auf die ärztliche Behandlung ihrer verstorbenen Mutter als ursprünglicher Patientin voreingenommen ist.
Damit ist die Ablehnung des Sachverständigen im Streitfall als begründet anzusehen. Ein Sachverständiger kann nach §§ 406 Abs. 1 Satz 1, 41, 42 ZPO wie ein Richter auch abgelehnt werden, nämlich wenn hinreichende Gründe vorliegen, die in den Augen einer vernünftigen und besonnenen Partei geeignet sind, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Es kommt mithin gerade nicht darauf an, ob der gerichtlich bestellte Sachverständige tatsächlich voreingenommen ist oder ob das ihn beauftragende Gericht selbst Zweifel an seiner Unparteilichkeit hegt. Maßgeblich ist allein, ob für die das Ablehnungsgesuch anbringende Partei der Anschein der zumindest nicht vollständigen Unvoreingenommenheit besteht. Dieser Anschein muss sich auf Tatsachen oder Umstände gründen, in denen vom subjektiven Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtungsweise ein besonderes Wohlwollen oder umgekehrt ein unsachliches Missfallen des Sachverständigen zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, Beschluss vom 31.03.2009 - X ZR 29/07; ders., Beschluss vom 11.06.2008 - X ZR 124/06; ders., Beschluss vom 18.01.2002 - 14 W 45/01; ders., Beschluss vom 13.01.1987 - X ZR 29/86; jeweils m.w.N., zitiert nach juris.de). Für die Besorgnis der Befangenheit genügt damit jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen einer Partei in die Unabhängigkeit des Sachverständigen rechtfertigen kann (so schon BGH in NJW 1975, 1363). Dabei ist die abschließende Beurteilung einer schematischen Betrachtungsweise nicht zugänglich, sondern kann - wie sonst auch - nur aufgrund des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden (BGH, Beschluss vom 11.04.2013 - VII ZB 32/12; zitiert nach juris.de).
Im Streitfall ist unter Berücksichtigung von alledem festzuhalten, dass der Sachverständige mit seinen gutachterlichen Äußerungen gegen die Vorschrift des § 404 a Abs. 3 ZPO verstoßen hat. Danach bestimmt bei streitigen Sachverhalten allein das Gericht, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zugrunde legen soll. Unabhängig vom Streitfall und selbst wenn dies eine Frage der Auslegung sein sollte, heißt es hierzu zutreffend in den von der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) verfassten Empfehlungen zur Abfassung von Gutachten in Arzthaftungsprozessen, auf die der abgelehnte Sachverständige in dem Auftragsschreiben des Gerichts vom 01.08.2012 ausdrücklich hingewiesen worden ist (aufzufinden auch unter der Internetadresse der Ärztekammer Sachsen-Anhalt: http://www.aeksa.de/10arzt/70themen/020gutachten/), dass sich der Sachverständige bei allen Zweifeln an Inhalt und Umfang seines Auftrags zur Klärung mit dem Gericht in Verbindung setzen sollte. Gerade zu einem möglichen sog. groben Behandlungsfehler ist dort weiter ausgeführt, dass dazu ein Fehlverhalten vorliegen muss, das zwar nicht notwendig aus subjektiven, in der Person des Arztes liegenden Gründen, aber aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht „schlechterdings nicht unterlaufen darf“.
Die zuständige Zivilkammer hat die entsprechende Vorgabe in ihrem Beweisbeschluss vom 15.02.2012 nicht nur unmissverständlich und damit eindeutig formuliert, sondern auch noch in Würdigung des bisherigen Parteivorbringens in der gebotenen Kürze begründet. Danach musste der Sachverständige zwingend von dem Hinweis der Patientin vom 05.12.2005 auf eine Verhärtung in ihrer rechten Brust gegenüber dem Beklagten als ihrem damaligen Gynäkologen ausgehen, und ebenfalls davon, dass dieser darauf faktisch nichts unternommen hatte.
In seinen gutachterlichen Äußerungen hierzu hat der abgelehnte Sachverständige jedoch die Grenze zwischen nachvollziehbarer (und zulässiger) Fassungslosigkeit über ein nicht mehr verständliches und verantwortbares ärztlichen Handeln einerseits und dem unzulässigen Unglauben andererseits, dass es sich nämlich tatsächlich in der Praxis des Beklagten an jenem Tage so zugetragen habe, überschritten. Anders können die oben zitierten Formulierungen nicht verstanden werden, insbesondere wenn der Sachverständige wörtlich ausführt
-

die geschilderten Abläufe seien „völlig unvorstellbar“ - was damit dann auch für die ihm vorgegebene Beweiswürdigung des Gerichts gilt;
-
er habe „erhebliche Zweifel, dass es sich so zugetragen haben könnte“;
-
und: „Ein eindeutiger Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln bestünde nur im Falle eines eindeutigen Beweises.“
Hinzu kommt der nicht auflösbare Widerspruch zwischen den anfänglichen Äußerungen des Sachverständigen:
-
Der Krankheitsverlauf ist durch die verspätete Diagnosestellung nachteilig beeinflusst worden, weil ein Mammakarzinom mit Lebermetastasen als nicht mehr heilbar, während es im nicht metastasierenden Stadium als heilbar gilt.
und der dann zunehmend zu Gunsten des Beklagten abschließenden Feststellung:
-
Der Tumortyp neigt zu frühzeitiger, durch keinerlei medizinischen Maßnahmen zu beeinflussenden Metastasierung. Insofern muss die Erkrankung selbst als schicksalhaft bezeichnet werden.
Denn diese beiden Aussagen sind fachlich nicht vereinbar, nur eine von beiden kann zutreffen, wobei sich der Sachverständige mit seiner abschließenden Feststellung nach seinen Erwägungen zum ihm offenbar nicht vermittelbaren Handlungsablauf dann auf die Ebene der Schicksalhaftigkeit begibt, die im Zusammenhang des Gutachtens und der Vorgabe des Gerichts aber schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar ist.
Seine aus Sicht der Klägerin daraus zu ihren Lasten schließende Voreingenommenheit belegt der Sachverständige dann schließlich auch noch mit seinen ergänzenden Äußerungen vom 11.09.2013, mit denen er erneut unmissverständlich erkennen lässt, dass er die Schilderung der Patientin - und damit wiederum ebenso die an ihn gerichtete Vorgabe des Landgerichts - wortwörtlich für „nicht nur medizinisch völlig abwegig, sondern auch jeder Logik entbehrend“ hält, schlicht für „absurd“. Damit hat der Sachverständige erneut zu erkennen gegeben, dass er sich entgegen seinen verbalen Zusicherungen letztendlich innerlich nicht in der Lage sieht, das oben zitierte und ihm vom Gericht quasi vorgegebene nicht mehr verständliche und verantwortbare ärztliche Fehlverhalten („das selbst bei einem Laien den Verdacht auf eine ernsthafte Erkrankung lenken würde“) auch als ein solches zu akzeptieren. Dabei ist ein jedem Fachwissen abwegiges, jeder Logik entbehrendes und geradezu absurdes Handeln gerade auch in den Fallgruppen des sog. Augenblicksversagens keineswegs ein Privileg der Ärzteschaft, aber auch für diese Berufsgruppe eben nicht grundsätzlich auszuschließen, sondern schlicht zutiefst menschlich.
Nach alledem ist jedenfalls auch bei einer nochmaligen Gesamtschau aller Einzelumstände das subjektive Misstrauen der Klägerin in die Unabhängigkeit dieses Sachverständigen gerechtfertigt, gerade auch nach Maßgabe einer vernünftigen und besonnenen Partei.
Bei der Klägerin durften nach dem Inhalt und insbesondere den Formulierungen des Sachverständigengutachtens vom 15.05.2013 somit beachtenswerte Zweifel daran aufkommen, ob ihr dieser Sachverständige noch mit der gebotenen Unvoreingenommenheit gegenübersteht - wie ausgeführt ganz unabhängig davon, ob dies in der Person dieses Sachverständigen im Streitfall tatsächlich zutrifft oder nicht.
Die sofortige Beschwerde jedenfalls musste damit Erfolg haben.
III.
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 574 ZPO liegen nicht vor.
Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst. Aufgrund des Erfolgs der sofortigen Beschwerde ist der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 ZPO nicht eröffnet, weshalb die Kosten dieser erfolgreichen Beschwerde zu den Kosten des Rechtsstreits gehören, deren Verteilung der Hauptsache vorbehalten bleibt (Zöller-Vollkommer, 30. Auflage 2014, Rdnr. 20 zu § 46 ZPO m.w.N.; Senatsbeschluss vom 20.08.2013 - 10 W 18/13; zitiert nach juris.de).
Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1 und 2, 48 Abs. 1 Satz 1, 63 Abs. 2 Satz 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO. Dabei war der Streitwert im vorliegenden Fall der Sachverständigenablehnung mit etwa einem Drittel des Wertes des zugrunde liegenden Verfahrens zu bemessen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.12.2003 - II ZB 32/03; OLG Dresden, Beschluss vom 18.12.2009 - 4 W 1282/09; Senatsbeschluss vom 30.12.2011 - 10 W 69/11; jeweils m.w.N., sämtlichst zitiert nach juris.de).

162. LG Halle (Saale), Urteil vom 27.03.2014 – 6 O 550/12 – * Ärztlicher Behandlungsfehler nach Arbeitsunfall: Haftung der Berufsgenossenschaft und des Durchgangsarztes

Orientierungssatz

1. Durchgangsärzte sind Ärzte, die von den gesetzlichen Unfallversicherungsträgern (Berufsgenossenschaften) mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut sind. Das öffentliche Amt besteht darin, nach

einem Arbeitsunfall eine für die Berufsgenossenschaft bindende Entscheidung darüber zu treffen, ob für die dem Verletzten zu gewährende Heilbehandlung die allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder eine besondere Heilbehandlung zu erbringen ist, und von wem die Heilbehandlung durchzuführen ist. Hingegen gehört die Durchführung der Heilbehandlung nicht mehr zur Tätigkeit des Durchgangsarztes. Denn die Berufsgenossenschaft schuldet nicht die ärztliche Behandlung als solche, sondern nur, diese zu gewährleisten.
2. Eine persönliche Haftung des Durchgangsarztes ist gemäß §§ 34 GG, 839 BGB ausgeschlossen. Falls ein schadensursächlicher Fehler bei der durchgangsärztlichen Tätigkeit nämlich durch eine fehlerhafte Entscheidung darüber, ob für die dem Verletzten zu gewährende Heilbehandlung die allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder eine besondere Heilbehandlung zu erbringen ist, und von wem die Heilbehandlung durchzuführen ist, vorliegen sollte, haftet hierfür allein die Berufsgenossenschaft als Hoheitsträger.
3. Für Schadensersatzansprüche wegen einer fehlerhaften Behandlung haften weder der Durchgangsarzt noch die Berufsgenossenschaft.

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird auf einen Wert zwischen 13.000,00 € und 16.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die am 09.04.1956 geborene Klägerin ist Köchin, die Beklagte zu 2) die für sie zuständige Berufsgenossenschaft. Der Beklagte zu 1) ist bei der Klinik der Beklagten zu 0) angestellter Chefarzt, der Beklagte zu 3) ist ein bei der Klinik der Beklagten zu 0) angestellter Facharzt für Chirurgie und als Oberarzt in der Unfallambulanz der Beklagten zu 0) tätig. Er ist vom Dachverband der Berufsgenossenschaften weder zum Durchgangsarzt noch zum Vertreter des Durchgangsarztes bestellt.
Am 02.06.2010 knickte die Klägerin während der Arbeit mit dem linken Fuß auf der Treppe um. Als sie sich noch am gleichen Tag bei der Notfallambulanz der Beklagten zu 0) vorstellte, war das linke obere Sprunggelenk geschwollen. Dort behandelte sie der Beklagte zu 3) und überwies sie „zur radiologischen Untersuchung“ (vgl. Bl. 41 d.A.) an die Streithelferin der Beklagten zu 0), eine radiologische Gemeinschaftspraxis. Diese fertigte Röntgenaufnahmen des linken Sprunggelenks in zwei Ebenen und schickte unter dem 02.06.2010 an die Notfallambulanz folgenden Befund: „Kein Anhalt für eine Fraktur“ (vgl. Bl. 41 d.A.). Mit der Diagnose „fibuläre Bandläsion des linken oberen Sprunggelenkes“ wurde die Klägerin arbeitsunfähig geschrieben und mit der Verordnung einer Aircast-Schiene in die ambulante Weiterbehandlung entlassen. Mit heftigen Beschwerden und einer erheblichen Weichteilschwellung im Bereich des linken Fußes stellte sich die Klägerin am 15.06.2010 erneut in der Notfallambulanz der Beklagten zu 0) vor, diesmal bei einem von ihr nicht verklagten Arzt, dessen Namen ihr nicht bekannt ist. Dieser überwies sie wiederum „zur radiologischen Untersuchung“ (Bl. 43 d.A.) an die Streithelferin der Beklagten zu 0). Diese fertigte Aufnahmen des linken Fußes in zwei Ebenen. In ihrem Befundbericht vom 16.06.2010 an die Notfallambulanz heißt es: „Keine Hinweise auf eine knöcherne Verletzung.“ (Bl. 43 d.A.). Da es zu keiner Besserung der Beschwerden kam, stellte sich die Klägerin am 28.07.2010 ein drittes Mal in der Notfallambulanz der Beklagten zu 0) vor. Dort wurde sie einem Facharzt für Unfallchirurgie vorgestellt. Dieser veranlasst ein CT des linken Rückfußes. Die Befundauswertung zeigte eine dislozierte Mehrfragmentfraktur des linken Fersenbeines mit zusätzlicher lateraler Taluskantenfraktur. Wegen der Gefahr, dass die Fraktur sieben Wochen nach dem Unfall in Fehlstellung knöchern fixiert sei, wurde die Klägerin in einer spezialisierten Klinik für Fußchirurgie in Dresden am 10.08.2010 operativ versorgt. Zu der Frage ihrer Heilungschancen bei sofortiger Operation hat die Klägerin die gutachterliche Stellungnahme des Direktors der Poliklinik für Unfall- und Wiederherstellungschirurgie des Universitätsklinikums Dresden, Prof. Dr. med. H. Z, eingeholt und hierfür 137,45 € bezahlt.
Die Klägerin behauptet, das Nichterkennen der Fersenbeinfraktur und die damit verbundene unrichtige Versorgung stellten einen erheblichen Behandlungsfehler dar. Deshalb habe sie intensiver und länger unter Schmerzen leiden müssen. Hierzu beruft sie sich auf das Schlichtungsstellengutachten des Herrn Dr. med. H vom 11.03.2011, Bl. 8 ff. d.A., und die abschließende Stellungnahme der Schlichtungsstelle für Arzthaftungsfragen vom 12.07.2011 (Bl. 11 ff.) Darüber hinaus behauptet sie, auch Gehbehinderungen, eine schmerzhafte Arthrose und schließlich eine dauerhafte Versteifung des linken Fußgelenkes seien eine weitere Folge der falschen Erstdiagnose. Im11.2011 habe infolgedessen eine vorläufige Behinderung von 20 % bestanden. Sie behauptet weiter, der Beklagte zu 1) sei der von der Beklagten zu 2) zugelassene Durchgangsarzt der Beklagten zu 0).
Die ursprünglich gegen die Beklagte zu 0) gerichtete Klage hat die Klägerin nach deren Einwand fehlender Passivlegitimation noch vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen und erhebt die Klage nunmehr gegen die Beklagten zu 1) bis 3).
Die Klägerin beantragt,

die Beklagten zu 1) bis 3) zu verurteilen, an die Klägerin
1. ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 15.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.
2. für entstandenen materiellen Schaden 137,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.
Die Beklagten zu 1) bis 3) beantragen,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte zu 1) bestätigt, vom Dachverband der Berufsgenossenschaften im streitgegenständlichen Zeitraum als Durchgangsarzt bestellt gewesen zu sein. Dieser habe ebenfalls seine Vertreter bestellt und zugelassen. Die Beklagte zu 2) bestreitet dies.
Für die weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet.
I.
Die Klägerin hat gegen keinen der drei aktuellen Beklagten einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung aus §§ 611, 280, § 823 Abs. 1 BGB oder §§ 34 GG, 839 BGB.
A. Die Klägerin hat keinen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1).
Der Beklagte zu 1) hat die Klägerin unstreitig nicht persönlich behandelt. Die Klägerin nimmt ihn als den von der Beklagten zu 2) eingesetzten Durchgangsarzt in Anspruch.
Durchgangsärzte sind Ärzte, die von den gesetzlichen Unfallversicherungsträgern (Berufsgenossenschaften) mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut sind. Das öffentliche Amt besteht darin, nach einem Arbeitsunfall eine für die Berufsgenossenschaft bindende Entscheidung darüber zu treffen, ob für die dem Verletzten zu gewährende Heilbehandlung die allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder eine besondere Heilbehandlung zu erbringen ist, und von wem die Heilbehandlung durchzuführen ist (vgl. BGH, 28.06.1994, BGHZ 126, 297 ff., unter II.1.a); BGH, 09.12.2008, BGHZ 179, 115 ff., unter II.2.b)). Hingegen gehört die Durchführung der Heilbehandlung nicht mehr zur Tätigkeit des Durchgangsarztes. Denn die Berufsgenossenschaft schuldet nicht die ärztliche Behandlung als solche, sondern nur, diese zu gewährleisten. Bei der Abgrenzung zwischen der (hoheitlichen) Durchgangsarzttätigkeit und der (privaten) Durchführung der Heilbehandlung kommt es nicht auf eine zeitliche Zäsur (bis zur Entscheidung über das ob und wie der Heilbehandlung öffentlich-rechtliche Durchgangsarzttätigkeit und nach der Entscheidung private Behandlungstätigkeit), sondern auf eine funktionelle Betrachtungsweise an. Ein Nebeneinander der Pflichtenkreise (öffentlichrechtlich/privatrechtlich) ist bei der Erstbehandlung und der Diagnosestellung nicht ausgeschlossen (BGH, 09.12.2008, BGHZ 179, 115 ff., unter II.3.; BGH, Beschluss vom 04.03.2008 (- VI ZR 101/07 - juris)).
Eine Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) wegen eines eigenen Behandlungsfehlers des Beklagten zu 1) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagte zu 1) die Klägerin unstreitig nicht behandelt hat. Eine persönliche Haftung des Beklagten zu 1) als Durchgangsarzt ist gemäß §§ 34 GG, 839 BGB ausgeschlossen. Falls ein schadensursächlicher Fehler bei der durchgangsärztlichen Tätigkeit vorliegen sollte, haftet hierfür allein die Beklagte zu 2) als Hoheitsträger.
B. Die Klägerin hat auch keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2) als ihrer Berufsgenossenschaft.
Nach den oben unter A. aufgeführten Grundsätzen hat die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2) aus §§ 34 GG, 839 BGB, wenn der Beklagte zu 1) Durchgangsarzt ist und bei der Ausführung seiner durchgangsärztlichen Tätigkeit die von der Klägerin beklagten Gesundheitsbeeinträchtigungen schuldhaft verursacht hat. Dass der Beklagte zu 1) überhaupt Durchgangsarzt sei, hat die Beklagte zu 2) bestritten. Dies kann jedoch zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden. Jedenfalls behauptet die Klägerin schon nicht, dass eine fehlerhafte durchgangsärztliche Tätigkeit, nämlich eine fehlerhafte Entscheidung darüber, ob für die dem Verletzten zu gewährende Heilbehandlung die allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder eine besondere Heilbehandlung zu erbringen ist, und von wem die Heilbehandlung durchzuführen ist, ursächlich für ihre Gesundheitsbeeinträchtigung geworden wäre. Ausweislich Bl. 128 d.A. wurde folgende Entscheidung getroffen: „allgemeine Heilbehandlung durch einen anderen Arzt“ (nicht durch den Durchgangsarzt selbst). Ein Auswahlverschulden des Beklagten zu 1) bezüglich der anderen Ärzte, die die Heilbehandlung durchzuführen haben, hat die Klägerin ebenfalls nicht geltend gemacht. Vielmehr leitet sie die von ihr geltend gemachten Schadensersatzansprüche allein daraus her, dass ihre Behandlung fehlerhaft verlaufen sei (vgl. ähnlich BGH, 28.06.1994, BGHZ 126, 297 ff., unter II.1.b)). Die Durchführung der ärztlichen Behandlung als solcher schuldet die Beklagte zu 2) jedoch nicht, sondern nur deren Gewährleistung.
C. Schließlich hat die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 3).
1. Soweit die Klägerin den Beklagten zu 3) als Durchgangsarzt persönlich in Anspruch nimmt, ist dessen persönliche Haftung gemäß §§ 34 GG, 839 BGB ausgeschlossen. Auf die entsprechenden Ausführungen oben unter A. wird verwiesen.

2. Soweit die Klägerin den Beklagten zu 3) als behandelnden Arzt in Anspruch nimmt, kommt allein eine Haftung wegen des Vorgehens am Unfalltag selbst, nämlich am 02.06.2010 in Betracht. Zu anderen Gelegenheiten ist der Beklagte zu 3) in Bezug auf die Klägerin unstreitig nicht mehr tätig geworden.
Aus dem eigenen Vortrag der Klägerin ergibt sich jedoch bereits, dass dem Beklagten zu 3), Facharzt für Chirurgie, ein Behandlungsfehler nicht vorzuwerfen ist. Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass - wie sich aus dem Schlichtungsgutachten vom 12.07.2011, Bl. 12 d.A., ergibt - die Fersenbeinfraktur auf den Röntgenaufnahmen vom 02.06.2010 erkennbar war. Den Vorwurf der Verkennung der Röntgenaufnahmen trifft nicht den Beklagten zu 3), sondern allenfalls die Streithelferin der Beklagten zu 0), die röntgenologische Gemeinschaftspraxis. Unstreitig wurden die Röntgenaufnahmen vom 02.06.2010 von der Streithelferin, also Fachärzten auf diesem Gebiet, gefertigt und befundet. Der Befund vom 02.06.2010 (vorliegend als Anlage 2 zum Schriftsatz des Beklagten zu 3) vom 17.01.2013, Bl. 41 d.A.) sagt eindeutig aus, dass kein Anhalt für eine Fraktur besteht. Auf diesen fachärztlichen Befund durfte sich der Beklagte zu 3) im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes in der arbeitsteiligen Medizin (vgl. hierzu BGH NJW 1999, 1779) verlassen. Hierauf ist die Klägerin bereits mit gerichtlichem Beschluss vom 20.09.2013 hingewiesen worden.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin vorgelegten Schlichtungsgutachten des Herrn Dr. med. H vom 11.03.2011 (Bl. 8 ff. d.A.). Herr Dr. med. H bestätigt auf S. 4 im 2. Absatz des Gutachtens, dass die von dem Beklagten zu 3) veranlasste Röntgenaufnahme des Sprunggelenkes in zwei Ebenen standardgemäß und damit fehlerfrei war. Die weiteren von dem Gutachter für notwendig gehaltenen diagnostischen Maßnahmen begründet er ausdrücklich mit dem Verdacht auf eine Fersenbeinbruchverletzung (S. 4, 4. Absatz ff. des GA), die sich wiederum aus der richtigen Befundung der initialen Röntgenaufnahmen ergeben hätte („Die erkennbaren [Hervorhebung durch das Gericht] Frakturzeichen sind als solche nicht erkannt worden.“) Die Tatsache, dass die Frakturzeichen nicht erkannt und damit kein Verdacht auf eine Fersenbeinbruchverletzung entstanden ist, ist aber - wie bereits oben ausgeführt - aus rechtlichen Gründen nicht dem Beklagten zu 3) als Behandlungsfehler anzulasten. Dementsprechend fällt ihm auch nicht das Unterlassen der weitergehenden diagnostischen Maßnahmen zur Last. Auf S. 5 oben des GA (Bl. 10 d.A.) fasst der Sachverständige noch einmal zusammen, dass der Fehler bei sorgfältiger Betrachtung der Röntgenbilder hätte vermieden werden können. Diese oblag jedoch der Streithelferin als hierauf spezialisiertem Facharzt, auf deren Befund sich der Beklagte zu 3) im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes in der arbeitsteiligen Medizin (vgl. hierzu BGH NJW 1999, 1779) verlassen durfte. Die Klägerin ist hier zwar anderer Meinung. Diese Meinung entspricht jedoch nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.
Soweit die Klägerin meint, bereits am Unfalltag hätten Symptome für eine Fersenbeinfraktur vorgelegen, die der Arzt nicht ausreichend berücksichtigt habe, verkennt sie, dass der Beklagte zu 3) dem Verdacht auf eine Fersenbeinfraktur durch die Veranlassung der beiden Röntgenbilder nachgegangen ist. Dies entsprach fachärztlichem Standard, wie der von ihr zitierte Gutachter Dr. med. H auf S. 4 im 2. Absatz des Gutachtens ausdrücklich ausführt. Im Ergebnis dieser gebotenen und tatsächlich auch durchgeführten diagnostischen Maßnahme wurde jedoch - möglicherweise fehlerhaft - der Verdacht auf eine Fersenbeinfraktur ausgeschlossen („Kein Anhalt für eine Fraktur“).
Soweit die Klägerin meint, spätestens am 15.06.2010 sei eine weitergehende Diagnostik veranlasst gewesen, da hier weitere Symptome wie zunehmende Schmerzen und Schwellung erkennbar gewesen seien, führt dies nicht zu einer Haftung des Beklagten zu 3), denn der Beklagte zu 3) hat die Klägerin am 15.06.2010 unstreitig nicht behandelt.
II.
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus §§ 43 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO.

163. OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2014 – I-5 U 129/13, 5 U 129/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Aufklärung bei Schönheitsoperationen; Entscheidungskonflikt

Leitsatz

Zur Aufklärungsplicht des Arztes bei kosmetischen Eingriffen - hier: Straffung einer Hängebrust und Größenangeleichung der Brüste.

Orientierungssatz

1. War angesichts der präoperativen Situation nicht damit zu rechnen, dass eine Schönheitsoperation zu einer vollkommenen Symmetrie der Brüste führt, kann die Feststellung des Sachverständigen, dass sich aus dem ästhetischen Ergebnis der Operation kein Indiz für einen Behandlungsfehler ergebe, folgerichtig sein.
2. Bei postoperativen Beschwerden im Bauchbereich kann es sich um operationsimmanente Risiken handeln.

3. War eine Patientin, selbst Ärztin, ungeachtet der erheblichen Risiken, die ihr aufgrund der unstreitig bzw. erwiesenermaßen erfolgten Aufklärung bekannt waren, entschlossen, sich operieren zu lassen, ist nicht von einem Entscheidungskonflikt auszugehen.

Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 11.09.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 181/11) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.
II. Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe

I.
Die Berufung der Klägerin 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 vielmehr zu Recht entschieden, dass der Klägerin gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden sowie auf Rückzahlung gezahlten Honorars für die umstrittene Behandlung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihr der ihr obliegende Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler der Behandler in dem beklagten Krankenhaus nicht gelungen, und weil auch ihre Aufklärungsrüge nicht begründet ist. Auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat zu Eigen macht, wird hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Das Berufungsvorbringen der Klägerin rechtfertigt eine abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:
1. Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. M [Gutachten vom 21.07.2012 (Bl. 87 - 104 i. V. m. 105 - 107 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 24.04.2013 (S. 1 - 3 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 24.04.2013 , Bl. 162 ff., 162 - 163 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.
2. Nach den ebenso umfassend wie überzeugend begründeten Feststellungen der Gerichtssachverständigen Prof. Dr. M geht auch der Senat - ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass den Behandlern im Rahmen der umstrittenen Behandlung der Klägerin schadensursächliche Behandlungsfehler nicht unterlaufen sind.
Soweit die Klägerin diese Feststellungen mit dem Vorbringen angreift, dass die Sachverständige nicht auf ihre bereits in erster Instanz aufgestellte Behauptung eingegangen sei, dass die gewählte Operationstechnik für den Eingriff im Brustbereich nicht geeignet gewesen sei, ist dies ebenso aktenwidrig wie unverständlich. Denn die Sachverständige ist in ihrem Gutachten auf diese Frage eingegangen und mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt, dass die gewählte Operationstechnik nicht zu beanstanden sei. Zur Begründung hat die Sachverständige insbesondere ausgeführt, dass bei der umstrittenen Operation zur Straffung und Größenangleichung der Brust die Operationstechnik nach Lejour angewandt worden sei, dass es sich dabei um eine Technik handele, bei der auf eine Narbe in der Unterbrustfalte verzichtet werde, wodurch mit der Möglichkeit einer Verbesserung des ästhetischen Gesamtergebnisses Narben eingespart würden, dass bei dieser Methode die Durchblutung der Brustwarze über Gefäße gesichert werde, welche über einen breiten Gewebsstiel von oben an die Brustwarze heranreichten, was zu einer Minimierung des Risikos möglicher Durchblutungsstörungen im Bereich des Mamillen-Areolen-Komplexes führe, und dass diese Methode nur bei einer Straffung bzw. Gewebereduktion in begrenztem Umfang eingesetzt werden sollte, wobei die bei der Klägerin im Rahmen der umstrittenen Operation vorgenommene Reduktion mit einem Volumen von 30 Gramm auf der rechten Seite und von 150 Gramm auf der linken Seite als Reduktion im begrenzten Umfang anzusehen sei, bei der die Operationstechnik nach Lejour Anwendung finden könne. Diese Ausführungen überzeugen den Senat.
Unverständlich ist auch die Kritik der Klägerin an der Feststellung der Sachverständigen, dass bei der umstrittenen Operation die Operationsziele erreicht worden seien, und dass im Hinblick darauf die Operation als gelungen bewertet werden könne. Denn diese Bewertung der Sachverständigen ist in dem Gutachten überzeugend begründet worden und findet auch in der umfangreichen Bilddokumentation zu den Situationen vor und nach der umstrittenen Operation sichtbaren Niederschlag. Dass die Operation in der Bauchregion zu einer deutlichen ästhetischen Verbesserung geführt hat, kann der Bilddokumentation eindeutig entnommen werden, ist in dem Gutachten der Sachverständigen anschaulich erläutert und wird auch von der Klägerin - zu Recht - nicht in Zweifel gezogen. Eine ästhetische Verbesserung lässt die "vorher-nachher-Bilddokumentation" aber auch in Bezug auf die Brustregion erkennen. Und die Sachverständige hat hierzu mit ebenso umfassender wie überzeugender Begründung festgestellt, dass sich der Schweregrad der Hängebrust bei der Klägerin infolge der Operation um einen Grad, nämlich von dem präoperativ vorhanden gewesenen Grad 4 zu dem postoperativ feststellbaren Grad 3, verbessert habe,

dass der präoperativ vorhanden gewesene Größenunterschied zwischen beiden Brüsten erheblich reduziert worden sei und dass nur noch ein geringgradiger Größenunterschied verblieben sei. Die postoperativ feststellbare Asymmetrie hinsichtlich der Brustwarzen, die die Sachverständige in ihrem Gutachten im Einzelnen anhand genauer Messergebnisse beschrieben hat, bewertet die Sachverständige aus ihrer medizinisch-sachverständigen Sicht als gering ausgeprägt, was der Senat aufgrund der Erläuterungen der Sachverständigen zu dieser Bewertung und auch aufgrund seines eigenen - naturgemäß laienhaften - Eindruckes von der "vorher-nachher-Bilddokumentation" gut nachvollziehen kann. Der - für den Senat aufgrund seines laienhaften Eindruckes von der Bilddokumentation ebenfalls durchaus nachvollziehbare - Umstand, dass die Klägerin mit dem ästhetischen Ergebnis der umstrittenen Operation nicht zufrieden ist, ändert an der Bewertung der umstrittenen Operation als gelungen nichts. Denn die Erwartungshaltung der Klägerin, die sie in ihrem Berufungsvorbringen zum Ausdruck bringt, war bzw. ist offenbar unrealistisch. Nach den Feststellungen der Sachverständigen war nicht zuletzt angesichts der präoperativen Situation nicht damit zu rechnen, dass die umstrittene Operation zu einer vollkommenen Symmetrie der beiden Brüste der Klägerin führt. Folgerichtig ist die Sachverständige auch zu der überzeugend begründeten Feststellung gelangt, dass sich aus dem ästhetischen Ergebnis der umstrittenen Operation kein Indiz für einen Behandlungsfehler der Behandler in dem beklagten Krankenhaus ergebe.
Soweit die Klägerin postoperative Beschwerden im Bauchbereich beklagt, ist die Sachverständige ebenfalls und von der Klägerin nicht mit Substanz angegriffen zu dem Ergebnis gelangt, dass sich hieraus kein Indiz für einen Behandlungsfehler ergebe, weil es sich bei den geklagten Beschwerden um operationsimmanente Risiken handele, die auch bei sorgfältigem Vorgehen nicht sicher vermieden werden könnten.
3. Auch auf ihre Aufklärungsrüge kann die Klägerin ihre Forderungen gegen die Beklagten nicht mit Erfolg stützen.
Bei dieser Beurteilung steht dem Senat durchaus vor Augen, dass im Rahmen der Aufklärung vor Schönheitsoperationen der hier in Rede stehenden Art besonders eindringlich auf bestehende Risiken und auch auf das Risiko hingewiesen werden muss, dass das ästhetische Ergebnis der geplanten Operation möglicherweise nicht in der gewünschten Weise erreicht wird, und dass das ästhetische Erscheinungsbild durch die geplante Operation unter Umständen auch verschlechtert werden kann. Gleichwohl verfängt die Aufklärungsrüge der Klägerin jedenfalls im Ergebnis nicht.
Denn aufgrund des Ergebnisses der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme geht der Senat aus den Gründen von S. 4/5 der angefochtenen Entscheidung davon aus, dass die Klägerin jedenfalls über die in der Ambulanzkarte und in dem Aufklärungsbogen handschriftlich eingetragenen Risiken, nämlich über die Risiken: sichtbare Narbenbildung, unschöne Narben, Wundheilungsstörung, Missempfindungen der Brustwarzen bis Taubheitsgefühl, Folgeoperationen [soweit die handschriftlichen Eintragungen in der Ambulanzkarte] sowie Blutung, Nachblutung, Infektion, Thrombose, Embolie, Verletzung benachbarter Strukturen, unbefriedigendes kosmetisches Ergebnis, Narbenhypertrophie und Asymmetrie [soweit die handschriftlichen Eintragungen auf dem Aufklärungsbogen] ordnungsgemäß und rechtzeitig aufgeklärt worden ist. Was den Zeitpunkt der Aufklärung anhand des unstreitig von der Klägerin unterschriebenen Aufklärungsbogens angeht, ist der Senat nicht zuletzt aufgrund des Schriftstückes "Privatverträge kontrolliert" in den Behandlungs-unterlagen der Beklagten sowie aufgrund der Aussage der Zeugin Dr. T zu diesem Schriftstück davon überzeugt, dass diese Aufklärung spätestens am Vortag der Operation kurz vor 14.00 Uhr stattgefunden hat, und dass diese Aufklärung damit unter Berücksichtigung der weiteren Umstände im Vorfeld der hier umstrittenen Operation rechtzeitig erfolgt ist. Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme geht der Senat ferner davon aus, dass sich die Aufklärung anhand des von der Klägerin unterschriebenen Aufklärungsbogens nicht nur auf die Bauchdeckenstraffung, sondern auch auf die Maßnahmen im Brustbereich bezogen hat. Denn die Zeugin Dr. T hat zur Überzeugung des Senates ausgesagt, dass in dem beklagten Krankenhaus in den Fällen, in denen im Rahmen einer Operation sowohl im Bauchbereich als auch im Brustbereich Eingriffe der hier in Rede stehenden Art durchgeführt werden sollten, in aller Regel nur ein Aufklärungsbogen verwendet worden sei, anhand dessen über die Risiken der Eingriffe in den beiden Bereichen aufgeklärt worden sei. Dies leuchtet dem Senat nicht zuletzt auch deshalb ein, weil es sich bei den in dem Aufklärungsbogen handschriftlich ergänzten Risiken um solche handelt, die gleichermaßen mit dem Eingriff im Bauchbereich und mit dem Eingriff im Brustbereich einhergehen.
Darüber hinaus neigt der Senat nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme aus den Gründen von S. 4/5 der angefochtenen Entscheidung auch zu der Annahme, dass die Klägerin vor der umstrittenen Operation in angemessener Weise über das Risiko einer Asymmetrie ihrer Brüste aufgeklärt worden ist. Dafür sprechen unter Berücksichtigung der Ausführungen der Sachverständigen zu dem erforderlichen Umfang der Aufklärung insoweit nicht zuletzt der Umstand, dass die Asymmetrie in dem Aufklärungsbogen ausdrücklich handschriftlich erwähnt wird, sowie die Aussage der Zeugin Dr. B, die ausgesagt hat, dass sie bei Brustoperationen der hier in Rede stehenden Art zwar üblicherweise nicht über das Risiko einer möglichen Verschlimmerung einer vorhandenen Asymmetrie aufklärt, dass für sie aber der Hinweis auf das Risiko des Neuentstehens einer zuvor nicht vorhanden gewesenen Asymmetrie bzw. auf das Risiko des Verbleibens einer vorhandenen Asymmetrie zu dem regelmäßigen Inhalt einer

Aufklärung gehöre, und dass sie sich wegen der bei der Klägerin präoperativ in erheblichem Maße vorhanden gewesenen Asymmetrie sicher sei, dass sie auch die Klägerin darüber aufgeklärt habe, dass bei ihr eine Asymmetrie der Brüste verbleiben könne.
Die Frage, welchen Inhalt genau eine Aufklärung betreffend die Asymmetrie der Brüste vor Brustoperationen der hier in Rede stehenden Art haben muss, und ob den Beklagten der ihnen insoweit obliegende Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung gelungen ist, kann indes letztlich dahinstehen.
Denn die Klägerin hat jedenfalls einen Entscheidungskonflikt nicht hinreichend plausibel dargelegt. Im Gegenteil: Aufgrund der Bekundungen der Klägerin persönlich anlässlich ihrer Anhörung durch das Landgericht am 10.07.2013 ist der Senat davon überzeugt, dass die Klägerin ihre Einwilligung in den umstrittenen Eingriff an ihren Brüsten auch dann erteilt hätte, wenn sie - was nach ihrer Behauptung erforderlich gewesen wäre und nicht geschehen ist - angemessen eindringlich darauf hingewiesen worden wäre, dass sich infolge der geplanten Operation eine verstärkte Asymmetrie im Bereich der Brüste und insbesondere in Bezug auf die Brustwarzen ergeben könne. Denn die Klägerin war nach ihren eigenen Bekundungen ungeachtet der erheblichen Risiken, die ihr aufgrund der unstreitig bzw. erwiesenermaßen erfolgten Aufklärung bekannt gewesen waren und die ihr im Übrigen als Ärztin ohnehin als Operationsrisiken auch in ihrer möglichen Tragweite bekannt gewesen sein dürften, entschlossen, sich operieren zu lassen. Bei ihr war nach ihrem eigenen Bekunden bereits seit vielen Jahren ein entsprechender Leidensdruck vorhanden und sie hatte vor der Operation ein großes Vertrauen dahin, dass dem Beklagten zu 1. die Operation in der von ihr erhofften Weise gelingen würde. Letzteres ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Klägerin bei ihrer persönlichen Anhörung durch die Kammer ausweislich des Protokolls ausgeführt hat, dass der Beklagte zu 1. ein erfahrener Operateur gewesen sei und auf sie einen überzeugenden Eindruck gemacht habe, dass sie davon ausgegangen sei, dass er "sich schon gut um die Sache kümmern würde" [S. 4 des Protokolls vom 10.07.2013, Bl. 178 ff., 179R d. A.], dass sie sich einfach darauf verlassen habe, dass es gut gehen würde, dass ihr als Medizinerin klar gewesen sei, dass man im Bereich der Medizin nicht immer alles mit Sicherheit herbeiführen könne, und dass sie sich deshalb an den Beklagten zu 1. gewandt habe, weil sie gedacht habe, "der bekomme das schon hin" [S. 6 des Protokolls vom 10.07.2013, Bl. 178 ff., 180R d. A.]. Wie wenig Einfluss der Inhalt von Aufklärungsgesprächen auf die Entscheidung der Klägerin über ihre Operationseinwilligung hatte, ergibt sich nicht zuletzt auch aus der Bekundung der Klägerin, dass sie davon ausgegangen sei, dass nach den Gesprächen mit den Zeuginnen Dr. T und Dr. B noch ein ausführliches Gespräch mit dem Beklagten zu 1. persönlich stattfinden würde, in dem sie mit diesem "die ganzen Dinge noch würde besprechen können" [S. 4 des Protokolls vom 10.07.2013, Bl. 178 ff., 179R d. A.], und dass die Klägerin die umstrittene Operation hat durchführen lassen, obwohl es zu einem solchen Gespräch mit dem Beklagten zu 1. unstreitig nicht gekommen ist. Auch unabhängig davon nimmt es der Senat der Klägerin nicht ab, dass sie Risiken in ästhetischer Hinsicht wie etwa unschöne Narben und ein unbefriedigendes kosmetisches Ergebnis, sowie gesundheitliche Risiken wie etwa Wundheilungsstörung, Blutung, Nachblutung, Infektion, Thrombose, Embolie und Verletzung benachbarter Strukturen, deren unter Umständen gravierende Tragweite ihr als Ärztin bekannt gewesen sein dürfte, hingenommen hat, das Risiko einer verstärkten Asymmetrie im Brustbereich hinsichtlich der Brustwarzen, die im Rahmen einer Folgeoperation korrigiert werden könnte, demgegenüber nicht. Eine überzeugende Erklärung hierfür bietet auch nicht ihre für den Senat nicht nachvollziehbare Behauptung, dass es für sie einen erheblichen Unterschied bedeute, ob eine Folgeoperation und damit ein erwiesenermaßen aufgeklärtes Risiko wegen einer Wundheilungsstörung, Infektion oder einer vergleichbaren Komplikation erforderlich würde oder wegen einer verstärkten Asymmetrie der Brustwarzen.
Abschließend sei angemerkt, dass der im Zusammenhang mit ihrer Aufklärungsrüge erfolgte Verweis der Klägerin auf den von ihr vorgelegten Ausdruck aus dem Internet [Anlage K 1 zur Berufungsbegründung] nicht nur rechtlich ohne Relevanz, sondern auch unverständlich ist und offenbar auf einem Missverständnis der dort wiedergegebenen subjektiven Bewertungen von befragten Patientinnen beruht. Denn entgegen der bei der Klägerin offenbar bestehenden Vorstellung dürfte im Rahmen der Befragung die Aufklärung nicht von der Rubrik "Verwaltung und Abläufe", sondern von der Rubrik "Qualität der Beratung" erfasst sein. Und zu der Rubrik "Qualität der Beratung" hat eine befragte Patientin "zufrieden" und haben alle anderen befragten Patientinnen "sehr zufrieden" angegeben.
4. Auch wenn es im Hinblick auf das oben zu 1. bis 3. Ausgeführte hierauf nicht ankommt, sei in der gebotenen Kürze angemerkt, dass der Klägerin der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung gezahlten Honorars in Höhe eines Betrages von 8.044,51 Euro schon vom Ansatz her nicht zusteht, weil es sich bei dem Behandlungsvertrag um einen Dienstvertrag handelt, aufgrund dessen der Arzt eine Behandlung unter Beachtung des ärztlichen Standards - die hier geleistet worden ist - schuldet, nicht aber den Erfolg der Behandlung. Eine im Ergebnis von diesem Grundsatz abweichende Handhabung gibt es nur im Bereich von Zahnbehandlungen, wobei diese Ausnahmeregelung nicht auf andere ärztliche Behandlungen übertragen werden kann, weil sie sich ausschließlich aus den Besonderheiten zahnärztlicher Behandlungen erklärt und rechtfertigt.
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].

164. OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2014 – I-26 U 177/12, 26 U 177/12 – * Arzthaftung: Operation des Karpaltunnelsyndroms ohne vorherige neurologische Messung der Nervenleitgeschwindigkeit

Leitsatz

1. Der Verzicht auf eine neurologische Messung der Nervenleitgeschwindigkeit vor der Durchführung der Operation des Karpaltunnelsyndroms stellt nicht zwingend einen Behandlungsfehler dar.
2. Die Diagnose für ein Karpaltunnelsyndrom wird entscheidend anhand der Klinik gestellt.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 12.09.2012 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger 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.
Der Kläger nimmt die Beklagte wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch.
Der Kläger befand sich seit dem 25.5.2010 bei der Beklagten wegen Schmerzen im rechten Handgelenk in Behandlung. Die Beklagte stellte die Diagnose "Verdacht auf ein Karpaltunnelsyndrom" und beriet den Kläger über die Möglichkeit einer operativen Versorgung. Zugleich wurde zur Ruhigstellung eine Schiene verordnet, die der Kläger bis zum 07.06.2010 trug. Eine beabsichtigte neurologische Untersuchung war zwischenzeitlich nicht durchgeführt worden, da ein Untersuchungstermin wegen Erkrankung des Neurologen zeitnah nicht stattfinden konnte. Die Beklagte führte sodann auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers am 8.6.2010 einen Eingriff zur Spaltung des Karpalbandes durch. Anschließend erhielt der Kläger bis zum 18.6.2010 eine Kunststoffschiene zur Ruhigstellung sowie die Verordnung einer krankengymnastischen Behandlung. Nachdem keine Besserung eingetreten war, begab sich der Kläger am 1.7.2010 in die Handchirurgie des Evangelischen Krankenhauses X. Dort wurde am 4.7.2010 eine Revisionsoperation durchgeführt.
Der Kläger hat ein Schmerzensgeld i.H.v. 8000 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und immaterielle Schäden mit der Begründung geltend gemacht, die Beklagte habe das Karpaltunnelsyndrom fehlerhaft behandelt. Auch sei er nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Trotz einer Reha-Maßnahme sei die Hand noch völlig taub und könne nicht vollständig wiederhergestellt werden.
Nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und dessen mündlicher Erläuterung hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, es sei weder ein Behandlungsfehler noch ein Aufklärungsversäumnis feststellbar. Der Beklagte habe fehlerfrei ein Karpaltunnelsyndrom diagnostiziert und die Operation aufgrund der klinischen Untersuchungen und des zuvor durchgeführten vergeblichen konservativen Behandlungsversuchs als indiziert angesehen. Wegen der zweifelsfreien klinischen Diagnose sei die ohnehin nicht verpflichtende vorherige neurologische Untersuchung nicht erforderlich gewesen. Die Operation sei fachgerecht erfolgt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aufgrund der Revisionsoperation im Evangelischen Krankenhaus X. Entgegen dem dortigen Operationsbericht könne nicht sicher festgestellt werden, dass das Karpalband nur unvollständig gespalten gewesen sei und es bei der Operation durch den Beklagten zu einer Schädigung des Thenarastes gekommen sei, denn die Feststellungen des Operationsberichtes seien widersprüchlich. Da der angeblich durchtrennte Nervenast unter dem Karpalband liege, müsse dieses gespalten worden sein, um an den Nerv zu gelangen. Die angeblich unvollständige Durchtrennung mache die Nervschädigung hingegen unmöglich. Das Ergebnis der nach der Revisionsoperation durchgeführten neurologischen Untersuchung in X spreche zudem gegen eine Schädigung des Thenarastes. Es sei daher möglich, so der Sachverständige, dass bei der Revisionsoperation fehlerhaft von einer unvollständigen Durchtrennung des Karpalbandes ausgegangen worden sei. Wenn eine Nervenläsion eingetreten sei, handele es sich um eine typische Komplikation der Operation. Auch die postoperative Behandlung durch den Beklagten sei fehlerfrei gewesen. Es könne dahinstehen, ob eine Ultraschallbehandlung stattgefunden habe, da diese Behandlung jedenfalls nicht fehlerhaft gewesen wäre. Auch habe es keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Überprüfung einer Nervenläsion gegeben, da die damit einhergehende Unbeweglichkeit des Daumens nicht aufgetreten sei. Wie aus dem Aufklärungsbogen hervorgehe, sei der Kläger auch ordnungsgemäß, insbesondere über das Risiko einer

Nervschädigung und die Notwendigkeit einer Revisionsoperation, aufgeklärt worden. Wegen der weiteren Feststellungen wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.
Hiergegen richtet sich die zulässige Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung führt der Kläger aus, das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, dass die Operation indiziert gewesen sei, weil das Karpaltunnelsyndrom eindeutig klinisch zu erkennen gewesen sei. Das Beschwerdebild des Klägers sei aber für andere Erkrankungen ebenfalls typisch gewesen. Eine eindeutige Diagnose sei nicht dokumentiert worden. Vielmehr sei in den Arztberichten immer nur von einem Verdacht die Rede gewesen. Es hätte deshalb differenzialdiagnostisch abgeklärt werden müssen, ob eine Erkrankung der HWS vorgelegen habe. Die zweiwöchige konservative Behandlung durch das Anlegen einer Unterarmschiene unmittelbar vor der Operation sei nicht ausreichend gewesen. Der Sachverständige habe selbst darauf hingewiesen, dass ein Karpaltunnelsyndrom bei einem jungen, männlichen Patienten ungewöhnlich sei. Deshalb sei auch eine neurologische Untersuchung geboten gewesen. Die Ausführungen des Sachverständigen zum Verlauf des Thenarastes unterhalb des Karpalbandes berücksichtige nicht die Möglichkeit, dass anatomische Verhältnisse variabel seien. Fehlerhaft sei das Karpalband nur unvollständig durchtrennt worden, wie es aus der Dokumentation im Krankenhaus in X hervorgehe. Außerdem sei im Operationsbericht des Krankenhauses in X ein typischer Befund einer Nervenläsion dokumentiert. Die Dokumentation des Beklagten sei unzureichend, so dass nicht beurteilt werden könne, ob die Operation indiziert gewesen sei. Der Kläger sei nicht über alternative Behandlungsmethoden aufgeklärt worden. Postoperativ seien Bewegungsübungen nicht durchgeführt worden. Die Verordnung einer Unterarmschiene widerspräche den Leitlinien.
Der Kläger beantragt,
das am 12.09.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
Hilfsweise beantragt er abändernd,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 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,
festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm 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,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn die nach dem RVG die nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten des Klägers bei den Prozessbevollmächtigten i.H.v. 1.579,73 EUR zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt ergänzend vor, die Aufhebung und Zurückverweisung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil Verfahrensfehler nicht ersichtlich seien. In der Sache habe das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen, denn der Sachverständige habe bestätigt, dass die Beklagte aufgrund eindeutiger Befunde und nicht nur aufgrund eines Verdachts die Diagnose eines Karpaltunnelsyndroms gestellt habe. Eine neurologische Untersuchung sei nicht erforderlich gewesen. Da der Kläger an einem Taubheitsgefühl in der Hand gelitten habe, sei eine konservative Behandlung nicht mehr in Betracht gekommen. Der Sachverständige habe bestätigt, dass der Eingriff lege artis durchgeführt worden sei. Alternative Behandlungsmethoden hätten nicht zur Verfügung gestanden. Der Kläger hätte sich ohnehin in jedem Fall für die operative Behandlung entschieden.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat die Parteien persönlich gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige Prof. Dr. Q hat sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 25.03.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die von ihm gegen das landgerichtliche Urteil vorgebrachten Einwendungen sind unbegründet und rechtfertigen keine abändernde Entscheidung.
1. Mit seiner Berufung verlangt der Kläger hauptsächlich die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Bochum. Die Voraussetzungen für die allein in Betracht kommende Möglichkeit der Aufhebung des Urteils gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen indessen nicht vor. Dass das Verfahren an einem Mangel leidet, hat der Kläger weder gerügt noch ist ein Verfahrensfehler sonst ersichtlich. Eine Zurückverweisung der Sache kommt aber auch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Senat im Rahmen des ihm nach § 538 Abs. 2 ZPO eingeräumten Ermessens befugt ist, die Sache selbst zu entscheiden.

2. Auch nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme kann weder ein Behandlungsfehler der Beklagten noch ein Aufklärungsversäumnis festgestellt werden. Insoweit folgt der Senat den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Q, der sein schriftliches Gutachten im Senatstermin noch einmal mündlich erläutert hat.
a) Die Rüge des Klägers, eine eindeutige Indikation für das Vorliegen eines Karpaltunnelsyndroms habe nicht vorgelegen, ist unbegründet.
aa) Soweit der Kläger vorgetragen hat, die klinischen Symptome hätten nicht eindeutig für ein Karpaltunnelsyndrom gesprochen, vermag der Senat dem nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zu folgen. Der Sachverständige hat zwar dem Kläger darin zugestimmt, dass ein Karpaltunnelsyndrom bei einem jungen männlichen Patienten eher untypisch sei. Im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin hat er jedoch erklärt, dass die klinische Symptomatik eindeutig für ein Karpaltunnelsyndrom gesprochen habe. Der Senat folgt deshalb dem Sachverständigen in der Einschätzung, dass es als "Ausreißer" gewertet werden müsse, dass es sich hier nicht um den typischen Fall gehandelt habe. Wie der Sachverständige nachvollziehbar erläutert hat, habe auch der frustrane Verlauf der konservativen Behandlung für ein Karpaltunnelsyndrom gesprochen. Der Sachverständige hat schließlich seine Einschätzung eindeutig dahingehend zusammengefasst hat, dass es "etwas anderes im handchirurgischen Bereich nicht gebe". Daher geht der Senat davon aus, dass entgegen der Auffassung des Klägers eine weitere Abklärung nicht mehr notwendig gewesen ist. Soweit in der Dokumentation der Beklagten "nur" von einem "Verdacht" auf ein Karpaltunnelsyndrom die Rede ist, hat dies hingegen nach Auffassung des Senats keine Bedeutung. Auch kommt es nicht darauf an, dass der Operationsbericht keine Darstellung des Befundes enthält. Der Senat folgt auch insoweit dem Sachverständigen Prof. Dr. Q, der im Senatstermin erläutert hat, dass der Normalbefund nicht dokumentiert werde und nur Abweichungen davon im Operationsbericht erwähnt werden.
bb) Der Einwand des Klägers, der Eingriff sei durch die Beklagte bereits vorgenommen worden, ohne zuvor den Erfolg der konservativen Behandlung abgewartet zu haben, geht ebenfalls fehl. Vor dem operativen Eingriff ist unstreitig eine konservative Behandlung durch Ruhigstellung mittels einer Schiene erfolgt. Dem Einwand des Klägers ist der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens mit der nachvollziehbaren Begründung entgegen getreten, dass die Verlängerung der konservativen Behandlung nur dann sinnvoll gewesen wäre, wenn sich eine Besserung gezeigt hätte. Nur die dadurch angezeigte Erholung des Nervs wäre ein Hinweis darauf gewesen, konservativ weiter zu behandeln. Eine Besserung ist indessen unstreitig nicht eingetreten. Aus der Behandlungsdokumentation der Beklagten geht eindeutig hervor, dass der Kläger auch noch am 07.06.2010 über Schmerzen im rechten Handgelenk geklagt hat, obwohl bereits am 25.05.2010 eine Schiene angelegt worden war. Eine andere konservative Behandlungsmöglichkeit besteht nach der klaren Aussage des Sachverständigen Prof. Dr. Q nicht. Eine medikative Behandlung, insbesondere eine Behandlung mit Cortison, schied danach eindeutig aus.
b) Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, dass behandlungsfehlerhaft eine weitere Befunderhebung unterblieben sei, weil der Eingriff ohne die notwendige neurologische Untersuchung durchgeführt worden sei. Der Verzicht auf eine neurologische Messung der Nervenleitgeschwindigkeit vor Durchführung der Operation des Karpaltunnelsyndroms stellt nicht zwingend einen Behandlungsfehler dar, denn eine operative Behandlung ohne eine solche neurologische Untersuchung muss nicht gegen den fachärztlichen Standard verstoßen. Der Senat folgt auch insoweit der Einschätzung des Sachverständigen, der bereits in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt hatte, dass eine neurologische Untersuchung zum zuverlässigen Nachweis eines Karpaltunnelsyndroms zwar zu empfehlen, die Durchführung der neurologischen Messung jedoch keine Verpflichtung sei. Diese Einschätzung hat der Sachverständigen im Kammertermin beim Landgericht bestätigt und dort ausgeführt, dass die Messung durch den Neurologen letztlich nur eine Empfehlung sei, wenn Unsicherheiten im Hinblick auf die Diagnose bestünden. Die Diagnose für ein Karpaltunnelsyndrom werde aber, so der Sachverständige, entscheidend anhand der Klinik gestellt. Bei einer - wie hier - eindeutigen Klinik, könne deshalb auch unabhängig vom Ergebnis der neurologischen Messung operiert werden. Bei dieser Einschätzung ist der Sachverständige auch im Rahmen der Befragung durch den Senat geblieben. Er hat noch einmal erklärt, dass bei einem eindeutigen Befund operiert werde, selbst wenn eine Diskrepanz zur neurologischen Messung bestehe.
c) Die Berufung hat auch keinen Erfolg, soweit der Kläger vorträgt, dass eine Schädigung des Thenarastes durch den operativen Eingriff infolge der Spaltung des Karpalbandes aufgrund anatomischer Besonderheiten nicht ausgeschlossen sei. Dieser Einwand ist schon deshalb unerheblich, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen, dieses Verletzungsrisiko keinen Behandlungsfehler, sondern eine typische Komplikation der Operation darstellt, in die der Kläger ausweislich des von ihm unterzeichneten Aufklärungsbogens wirksam eingewilligt hat. Unabhängig davon reicht für eine Begründung der Haftung der Beklagten nicht aus, dass eine Schädigung nicht auszuschließen ist. Es obliegt dem Kläger zu beweisen, dass eine Schädigung des Nervs tatsächlich eingetreten ist. Davon kann indessen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausgegangen werden. Schon nach den Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin bestehen keine Anhaltspunkte für eine Nervschädigung durch die Beklagte. Da

eine Verletzung des Thenarastes bei der durch das Krankenhaus in X durchgeführten neurologischen Untersuchung gerade nicht festgestellt werden konnte, ist es nach Einschätzung des Sachverständigen unwahrscheinlich, dass eine Schädigung bei der streitgegenständlichen Operation eingetreten ist. Die unauffällige Messung spreche, so der Sachverständige, daher gegen eine Nervschädigung, da es nicht sein könne, dass dieses Ergebnis binnen weniger Monate nach der Durchtrennung des Nervs erzielt werde. Dass keine Anhaltspunkte für eine Durchtrennung des Thenarastes vorliegen, ergibt sich nach den Ausführungen des Sachverständigen auch daraus, dass eine Schädigung regelmäßig dazu führe, dass der Daumen nicht mehr bewegt werden könne. Eine solche Beeinträchtigung sei jedoch - so der Sachverständige - nicht dokumentiert worden. Der Kläger selbst hat auch nicht vorgetragen, dass er den Daumen nach der Operation nicht mehr habe bewegen können. Er hat mit der Berufung lediglich vorgetragen, dass er nicht versucht habe, den Daumen zu bewegen, weil die Hand nach der Operation geschient worden sei. Das reicht zur Erklärung einer Nervverletzung aber nicht aus. Schließlich hat der Sachverständige noch darauf hingewiesen, dass eine Nervverletzung zwar auch auftreten könne, wenn bei dem Kläger der seltene Fall eines gänzlich anderen Verlaufs des Thenarastes vorgelegen habe. Von einer solchen anatomischen Besonderheit kann allerdings beim Kläger nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Wie der Sachverständige im Senatstermin erläutert hat, wäre eine solche Abweichung dokumentiert worden. Aus der fehlenden Dokumentation muss daher geschlossen werden, dass auch diese Möglichkeit für die Schädigung des Nervs ausscheidet.
d) Unbegründet ist weiterhin der Einwand des Klägers, bei der Operation durch die Beklagte sei das Karpalband behandlungsfehlerhaft nicht vollständig durchtrennt worden. Der Sachverständige hat dazu bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vor dem Landgericht ausgeführt, dass in der nicht vollständigen Durchtrennung des Bandes ein Behandlungsfehler liege, wenn es postoperativ zu weiteren Beschwerden gekommen sei. Jedoch hat der Kläger - worauf das Landgericht bereits zutreffend hingewiesen hatte - den Beweis dafür, dass das Karpalband tatsächlich, wie von ihm behauptet, nicht vollständig durchtrennt worden ist, nicht geführt. Mit dem Landgericht geht auch der Senat davon aus, dass der Hinweis auf den Operationsbericht der Klinik in X dazu nicht ausreicht, denn nach den Ausführungen des Sachverständigen ist dieser nicht nachvollziehbar. Wie der Sachverständige Prof. Dr. Q ausgeführt hat, kann die in dem Operationsbericht beschriebene Exploration des Thenarastes nicht geschehen sein, wenn das Karpalband nicht zuvor vollständig gespalten worden sei. Von einer außergewöhnlichen anatomischen Situation, die dies auch bei unvollständiger Durchtrennung möglich macht, ist - wie oben dargelegt - nach den Erläuterungen des Sachverständigen hingegen nicht auszugehen, da sie im Operationsbericht nicht erwähnt worden ist.
e) Dem vom Kläger mit der Berufung geltend gemachten Einwand, die postoperative Behandlung sei nicht ordnungsgemäß gewesen, stehen die Feststellungen des Sachverständigen entgegen, der bereits in seinem schriftlichen Gutachten auf eine engmaschige postoperative Kontrolle hingewiesen hat. Darüber hinaus haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht übereinstimmend ausgeführt, dass nach der Operation neben einer Physiotherapie auch eine Ultraschallbehandlung stattgefunden habe.
f) Schließlich vermag der Senat auch ein Aufklärungsversäumnis der Beklagten nicht festzustellen. Alternative Behandlungsmethoden, über die der Kläger hätte aufgeklärt werden müssen, bestanden nicht. Der Sachverständige hat dazu bereits in seinem schriftlichen Gutachten darauf hingewiesen, dass die operative Versorgung wegen ihrer Erfolgsaussichten konservativen Behandlungsmethoden vorzuziehen sei. Im Senatstermin hat der Sachverständige zudem klar zum Ausdruck gebracht, dass eine medikamentöse Behandlung, insbesondere mit Cortison, entgegen der Meinung des Klägers nicht in Betracht gekommen sei.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708, 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.

165. OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2014 – I-26 U 135/13, 26 U 135/13 – * Arzthaftung wegen Nichtanmeldung einer Lebertransplantation bei Eurotransplant: Beachtung der Mailand-Kriterien beim Auswahlverfahren für eine Lebendspende eines Kindes an ein Elternteil

Leitsatz

Solange es keine ausreichende Anzahl von Organspenden gibt, gelten für das Auswahlverfahren strenge Kriterien:

Besteht nach den sogen. Mailand-Kriterien keine reelle Anmeldemöglichkeit, müssen die behandelnden Ärzte mit den Patienten nicht über eine Transplantation sprechen. Im Falle der Lebendspende eines Kindes an ein Elternteil muss der Arzt nicht darauf eingehen. Kein Arzt kann verpflichtet werden, ein tödliches Risiko von 1 % für den - kindlichen - Spender in Kauf zu nehmen. Dies gilt insbesondere dann, falls die sogen. Mailand-Kriterien nicht vorlagen.
Diese Entscheidung wird zitiert
Literaturnachweise
Kathrin DeckerPR-MedizinR 9/2014 Anm 5 (Anmerkung)
Praxisreporte
Kathrin DeckerPR-MedizinR 9/2014 Anm 5 (Anmerkung)

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 11.07.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das angefochtene und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung 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.
Die Klägerin begehrt als Miterbin ihres am ..... verstorbenen Ehemannes von den Beklagten Schmerzensgeld und Schadensersatz aufgrund einer behaupteten ärztlichen Fehlbehandlung und eines Aufklärungsmangels. Die weiteren Miterben, die Kinder des Verstorbenen, haben ihre Ansprüche an die Klägerin abgetreten.
Der Erblasser litt aufgrund eines früheren Alkoholabusus an einer Leberzirrhose. Darüber hinaus hatten sich Ösophagusvarizen 2. Grades und Fundusvarizen Typ II/III gebildet. Außerdem hatte sich ein Diabetes mellitus Typ II b entwickelt, so dass der Erblasser seit10.2007 insulinpflichtig war. Am 30.08.2008 erlitt er zudem eine Stammganglienblutung rechts, die zu einem hirnorganischen Psychosyndrom und neuropathologischen Defiziten wie einer sensomotorischen Hemiparese rechts führte.
Im04.2008 stellte sich der Erblasser erstmals in der Transplantationsambulanz der Beklagten zu 2 vor, wobei der Sohn des Erblassers eine Lebendspende in Betracht zog. Ab diesem Zeitpunkt fanden regelmäßige Verlaufskontrollen sowie eine Kontrolle des AFP-Wertes statt. Sowohl der Beklagte zu 1 als auch die Ärzte bei der Beklagten zu 2 führten mehrfache Sonographien des Abdomens, insbesondere der Leber, durch.
Im Rahmen einer Kontrolluntersuchung am 12.06.2009 in der Transplantationsambulanz der Beklagten zu 2 wurde erstmals ein erhöhter AFP-Wert festgestellt. Daher rieten die dortigen Ärzte im Arztbrief vom 15.06.2009 an den Kollegen des Beklagten zu 1, mit dem dieser eine Gemeinschaftspraxis betrieb, zur weiteren Abklärung mittels Sonographie, ggfls. CT. Bei der in der Praxis des Beklagten zu 1 am 19.06.2009 durchgeführten Sonographie wurden keine Hinweise auf eine pathologische Raumforderung im Sinne eines Leberkrebses gefunden. Bei der am 05.08.2009 durchgeführten Bildgebung mittels MRT fanden sich u.a. drei suspekte Herde mit einer maximalen Größe von 3 cm. Es wurde gegenüber der Beklagten zu 2 der Verdacht auf ein hepatozelluläres multifokales Karzinom (HCC) zentral und subkapsulär im VII Lebersegment geäußert und zu einer Verlaufskontrolle nach zwei Monaten oder einer histologischen Sicherung der Diagnose geraten. Ein auf Anweisung der Beklagten zu 2 durch den Beklagten zu 1 verordnetes und am 11.08.2009 durchgeführtes CT ergab keinen HCC-Nachweis.
Am 03.09.2009 wurde der Erblasser bei der Beklagten zu 2 stationär aufgenommen. Eine Kontrastmittelsonographie und eine histologische Untersuchung ergaben zwei Veränderungen im linken Leberlappen in einer Größe von 3,1 x 2,9 x 2,5 cm und im rechten Leberlappen von 6,7 x 5,2 cm. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Erblasser bezüglich seiner Leberzirrhose im Child Pugh Stadium B. Es erfolgte weder eine Anmeldung bezüglich der Vermittlung eines Spenderorgans bei Eurotransplant noch eine TACE-Behandlung, die von den Ärzten nicht als sinnvoll angesehen wurde. Es wurde schließlich eine palliative Behandlung mittels Sorafenib angeboten, die aber nicht durchgeführt wurde. Die weitere Behandlung beschränkte sich auf Schmerzmedikation, bis der Erblasser verstarb.
Die Klägerin hat sodann von den Beklagten u.a. ein Schmerzensgeld von mindestens 30.000 EUR sowie Ersatz der Beerdigungskosten und der Kosten für den Erbschein verlangt mit der Begründung, dass der Verstorbene fehlerhaft behandelt worden sei.
Die notwendigen Maßnahmen seien nicht rechtzeitig durchgeführt worden. Man habe den Erblasser bei Eurotransplant anmelden müssen, zumindest aber die Lebendspende des Sohnes in Betracht ziehen müssen. Es sei auch fehlerhaft gewesen, keine TACE-Behandlung durchzuführen. Der Erblasser sei auch nie darüber aufgeklärt worden, dass seine vorhandene Leberzirrhose ein Risiko für die Entstehung eines Leberkrebses sei.

Das Landgericht hat sachverständig beraten durch Prof. Dr. H die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass keine Behandlungsfehler vorliegen würden.
Der Beklagte zu 1 habe die notwendigen Maßnahmen rechtzeitig durchgeführt. Erst ab dem 12.06.2009, nachdem die AFP-Werte erhöht gewesen seien, sei es notwendig gewesen, regelmäßige Sonographien durchzuführen. Die am 19.06.2009 durchgeführte Sonographie habe aber keine Raumforderung gezeigt. Die Verwendung eines Kontrastmittels sei nicht erforderlich gewesen. Da die AFP-Werte nur sehr gering erhöht gewesen seien, sei es auch nicht notwendig gewesen, ein CT oder MRT durchzuführen. Wenn gleichwohl wenige Wochen später ein MRT durchgeführt worden sei, sei dies jedenfalls als zeitgerecht anzusehen. Selbst wenn dem Verstorbenen nicht bewusst gewesen sein sollte, dass bei seiner bestehenden Leberzirrhose ein erhöhtes Leberkrebsrisiko bestehe, sei nicht erkennbar, welche Folgerungen der Verstorbene aus einer erfolgten Aufklärung gezogen hätte.
Auch die Beklagte zu 2 habe nicht fehlerhaft gehandelt. Der Verstorbene habe nicht den erforderlichen Referenzwert für eine Lebertransplantation aufgewiesen, so dass die Beklagte zu 2 ihn auch nicht dafür habe anmelden müssen. Für den eklatanten Organmangel sei nicht die Beklagte zu 2 verantwortlich. Eine Lebendspende durch den Sohn des Verstorbenen habe die Beklagte zu 2 nicht durchführen müssen, weil eine Lebendspende nur in Betracht komme, wenn für den Notfall eine Transplantationsmöglichkeit gegeben sei. Im anderen Fall stehe der Operateur vor einem unlösbaren Gewissenskonflikt. Eine TACE-Behandlung, die auch nicht zur Heilung gedacht sei, sei hier wegen der Leberzirrhose nicht in Betracht gekommen. Die palliative Therapie mit Sorafenib habe die Beklagte zu 2 angeboten, aber der Verstorbene habe sie nicht durchführen lassen. Sie hätte auch keinen großen Sinn mehr gemacht.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin.
Hinsichtlich der Fehler des Beklagten zu 1 macht sie geltend:
Dieser habe, obwohl er nicht über ein so empfindliches Ultraschall-Gerät wie eine Uniklinik verfüge, kein CT veranlasst, was aber von der Beklagten zu 2 angeraten gewesen sei. Erst auf Drängen des Verstorbenen bzw. der Klägerin sei später ein MRT veranlasst worden, das dann 3 suspekte Herde ergeben habe.
Als jahrelang ambulant behandelnder Arzt hätte der Beklagte zu 1 aber dringend zu einem MRT bzw. CT raten müssen, nachdem der Verstorbene über lange Zeit gut eingestellt gewesen sei und jetzt erstmals erhöhte Leberwerte zu verzeichnen gewesen seien. Wenn man schon im06.ein MRT durchgeführt hätte, dann wäre es möglich gewesen, z.B. mittels einer TACE-Behandlung das Leben des Verstorbenen zu verlängern. Im Übrigen wäre bei einer ordnungsgemäß durchgeführten Sonographie auch ein verdächtiger Befund ermittelt worden.
Das am 11.08.2009 veranlasste CT habe keinen sicheren HCC-Nachweis ergeben. Gleichwohl hätten weder der Beklagte zu 1 noch die Beklagte zu 2 den Verstorbenen bei Eurotransplant angemeldet. Mit einer TACE-Behandlung wäre es möglich gewesen, den Zeitraum bis zu einer Transplantation zu überwinden.
Der Verstorbene sei auch nie darüber aufgeklärt worden, dass er ein erhöhtes Risiko auf Leberkrebs gehabt habe. Dies habe er auch nicht selbst wissen können. Wenn er bzw. die Familie dies gewusst hätten, dann hätte er auch früher auf ein CT oder MRT gedrängt. Er sei auch nie über Therapiemöglichkeiten aufgeklärt worden.
Hinsichtlich der Beklagten zu 2 macht die Klägerin geltend:
Man hätte den Verstorbenen im Rahmen eines Ausnahmeverfahrens bei Eurotransplant anmelden können und müssen. Zudem habe der Sachverständige fälschlicherweise das HCC außerhalb der Mailand-Kriterien gesehen. Bei der Diagnosefeststellung am 05.08.2009 seien weder die Tumore zu groß noch in der Anzahl überhöht gewesen.
Man hätte auch die Leberspende des Sohnes berücksichtigen müssen. Letztlich sei es Sache des Patienten, ob er auf ein Notfallnetz verzichten wolle.
Es sei fehlerhaft gewesen, die TACE-Behandlung nicht durchzuführen, die über die Möglichkeit des Hinauszögerns eine Tranplantation ermöglicht hätte.
Auch die Beklagte zu 2 habe weder den Erblasser noch die Angehörigen ausreichend aufgeklärt. Man sei allein gelassen worden.
Letztlich hätten diese Fehler zum einen zu einer längeren Leidenszeit und zu einem verkürzten Leben geführt.
Die Klägerin beantragt,
unter Abänderung des am 11.07.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Detmold, Az. 9 O 163/11,
die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie aus übergegangenem Recht ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen konkrete Bemessung in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei dem 05.08.2011 zu zahlen;
die Beklagten weiter als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 6.866,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei dem 05.08.2011 sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.492,57 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei dem 05.08.2011 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen das angefochtene Urteil.
Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufung eingegangenen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Der Senat hat den Sachverständigen Prof. Dr. H nochmals angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 25.03.2014 verwiesen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht Ansprüche der Klägerin verneint, weil weder ein Behandlungs- noch ein Aufklärungsmangel vorliegen, die für den vorzeitigen Tod ihres Mannes und sein Leiden verantwortlich sind.
Auch die nochmalige Anhörung des Sachverständigen, an dessen Sachkunde kein Zweifel besteht, rechtfertigt keine andere Entscheidung.
Hinsichtlich des Beklagten zu 1 hat der Sachverständige nochmals bekräftigt, dass eine Erhöhung der AFP-Werte keine Bildgebung durch ein CT oder MRT erforderlich macht. Es ist vielmehr allgemeiner Konsens, dass eine regelmäßige Ultraschallkontrolle alle sechs Monate durchzuführen ist. Nach seinen Angaben ist festgestellt worden, dass frühere Intervalle keine besseren Heilungschancen bieten. Derzeit sind auch noch keine anderen Methoden bekannt, die zu besseren Ergebnissen führen. Im Übrigen lässt sich aus dem Arztbericht der Beklagten zu 2 vom 15.06.2009 kein dringender Rat zur Durchführung eines CT entnehmen. Die dringende Empfehlung bezog sich allein auf die tatsächlich durchgeführte Ultraschalluntersuchung. Soweit später ein CT angefertigt worden ist, hat dies außerdem keinen Hinweis auf ein Karzinom ergeben.
Der Sachverständige hatte auch keinen Anhaltspunkt dahingehend, dass die Sonographie nicht ausreichend sorgfältig durchgeführt worden ist. Insoweit hat er darauf verwiesen, dass der Befundbericht für ihn vernünftig klingt, zumal das spätere CT nichts gezeigt hat. Die von der Klägerin genannten Anforderungen für die Durchführung einer Sonographie waren zur damaligen Zeit noch nicht gültig, da die Leitlinie erst seit 2012 gilt.
Soweit die Klägerin ein Aufklärungsdefizit bemängelt hat, weil ihrem verstorbenen Ehemann zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt worden ist, dass eine Leberzirrhose das Risiko der Entstehung eines Leberkrebses beinhalte, hat der Sachverständige - wie auch schon das Landgericht - zu Recht darauf verwiesen, dass es ungewöhnlich wäre, wenn dies trotz der dann erfolgten regelmäßigen Kontrollen niemals ein Thema gewesen wäre. Es würde zudem keinen Sinn ergeben, aus welchen Gründen der Sohn der Klägerin schon im04.2008 die Transplantation einer Lebendspende in Betracht gezogen hat, wenn diese Gefahr nicht bekannt war. Im Übrigen hat der Sachverständige angegeben, dass über weitere Dinge ohnehin nicht hätte gesprochen werden müssen, da sich der Behandlungsplan in Form von regelmäßigen Kontrollen dadurch nicht geändert hätte.
Bezüglich der Beklagten zu 2 wird zu Unrecht ein Vorwurf wegen der fehlenden Anmeldung bei Eurotransplant erhoben; denn der Sachverständige hat nochmals bestätigt, dass zu keinem Zeitpunkt eine Anmeldemöglichkeit bestand. Zu Anfang waren die Leberwerte noch zu gut, so dass eine Zuteilung einer Leber nicht hätte erfolgen können. Nachdem der Leberkrebs festgestellt worden war, konnte eine Anmeldung aus formalen Gründen nicht mehr erfolgen, da die Mailand-Kriterien nicht ausreichend gesichert erfüllt waren. Nach dem MRT vom 05.08.2009 lagen bereits drei Herde mit einer Größe von 3 cm und weitere Herde vor, die entweder Regeneratknoten oder HCC-Herde waren. Vor diesem Hintergrund hätte auch er keine Anmeldung unternommen, zumal in der Vergangenheit bereits Ärzte einem Strafverfahren unterzogen worden sind, weil sie die Werte zwecks Erhalts eines Transplantats besser dargestellt haben. Diese für Angehörige sicherlich rigorose Einstellung ist aber dem Umstand geschuldet, dass es keine ausreichende Anzahl von Organspenden gibt und daher strenge Auswahlkriterien gelten müssen.
Da keine reelle Anmeldemöglichkeit bestand, kann den Ärzten auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie mit dem Verstorbenen und den Angehörigen nicht ausdrücklich über eine Transplantation gesprochen haben, unabhängig davon, dass dies am Ergebnis ohnehin nichts hätte ändern können. Der Sachverständige hat darauf verwiesen, dass er jedenfalls dann, wenn der Transplantationswunsch nicht ausdrücklich an ihn herangetragen werde, was dann ausführliche und unangenehme Gespräche mit dem Patienten und den Angehörigen bedeute, nicht darüber spreche, aus welchen Gründen eine Lebertransplantation gerade nicht in Betracht komme.
Soweit es um die Lebendspende im Verhältnis Kind-Elternteil geht, hat die Beklagte zu 2 nicht fehlerhaft gehandelt, wenn sie darauf nicht eingegangen ist. Der Sachverständige hat erläutert, dass es sowohl für den Spender als auch für den Patienten ein zu berücksichtigendes Risiko eines Fehlschlagens gibt. Für den Spender liegt das letale Risiko bei 1%. Diese Zahl ist nach Angaben des Sachverständigen unstreitig. Er hat es für nachvollziehbar gehalten, wenn ein Arzt dies Risiko bei einem gesunden Menschen nicht eingehen will, weil er ihn nicht tödlich schädigen will. Auch nach Auffassung des Senats kann kein Arzt verpflichtet werden ein tödliches Risiko von 1 % für den - kindlichen - Spender in Kauf zu nehmen. Es

kommt hinzu, dass in Deutschland eine solche Spende nur dann durchgeführt wird, wenn auch die Möglichkeit einer Transplantation besteht. Eine Lebendspende ist nämlich am Anfang immer stärker gefährdet als eine Transplantation, weil die Leber durch die Teilung stärker geschädigt wird und dann in einen schon geschwächten Körper kommt. Wenn dies fehlschlägt, müsste eine "high urgency" - Anmeldung bei Eurotransplant erfolgen, so dass der Patient in diesem Fall eine Leber bekäme, die er ansonsten nicht bekommen hätte. Dadurch nimmt er einem anderen Patienten ein Transplantat weg, das diesem im Normalfall zugestanden hätte.
Der Beklagten zu 2 ist auch nicht vorzuwerfen, dass es nicht zu einer TACE-Behandlung gekommen ist, weil nach Angaben des Sachverständigen dafür die Leberfunktion schon zu schlecht war. Aus diesem Grund musste darüber auch nicht gesprochen werden.
Der Sachverständige hat es auch nicht für falsch gehalten, wenn man hier tatsächlich nicht weiter therapiert hat, so dass es unerheblich ist, zu welchem Zeitpunkt über Sorafenib gesprochen wurde. Es ist aber unstreitig, dass dies Medikament, das im Übrigen lediglich palliativen Charakter hat, angeboten worden ist. Tatsächlich wurde dies aber vom Verstorbenen nicht mehr beansprucht.
Insgesamt hat der Sachverständige bei der medizinischen Versorgung des Verstorbenen keine Versäumnisse erkennen können. Dies bedeutet nicht, dass es keine Kommunikationsprobleme gegeben hat, die aber für den weiteren gesundheitlichen Verlauf des Erblassers keine Bedeutung hatten.
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.

166. OLG Hamm, Urteil vom 21.03.2014 – I-26 U 115/11, 26 U 115/11 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Pflicht zur Behandlung einer bestehenden Blutgerinnungsstörung vor Durchführung einer Hüftgelenks-Operation

Leitsatz

1. Es stellt einen sogen. Befunderhebungsfehler dar, wenn vor einer Operation (Hüftimplantation) eine Blutgerinnungsstörung nicht abgeklärt wird, obwohl die anamnestischen Angaben und die pathologischen Blutwerte hierzu Veranlassung geben.
2. Wird eine Blutungsstörung präoperativ nicht behandelt, ist das ein grober Behandlungsfehler, weil dies aus objektiver Sicht nicht verständlich ist und einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Zugunsten der Patientin greift dann eine Beweislastumkehr. Der behandelnde Arzt trägt die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei einer zweckmäßigen Alternativbehandlung - präoperative Befunderhebung und Gerinnungstherapie - eingetreten wäre.

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 11.05.2011 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Die Beklagte trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das angefochtene 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 macht als gesetzliche Krankenkasse ihres Mitglieds E, geb. am ....., Schadensersatzansprüche aus übergegangenem Recht wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers geltend.
Die Versicherte der Klägerin leidet an einer Gerinnungsstörung (erworbene Faktor-VIII-Hemmkörper-Hämophilie) und der Autoimmunkrankheit "Systemischer Lupus-Eythematodes" (SLE). Der SLE war vor der streitgegenständlichen Behandlung bereits im09.2005 in einem anderen Krankenhaus behandelt worden. Im11.2005 ließ die Versicherte im Krankenhaus der Beklagten eine Hüftgelenksoperation durchführen, bei der eine Endototalprothese implantiert wurde. Postoperativ kam es zu schweren Nachblutungen, da präoperativ von der Beklagten die Gerinnungsstörung weder diagnostiziert noch therapiert worden war. Die Versicherte musste wegen der Nachblutungen mit zahlreichen kostenintensiven Behandlungen stationär und auch intensivmedizinisch versorgt werden.
Die Klägerin hat den Ersatz der Behandlungskosten, abzüglich der Kosten für die Hüftoperation, i.H.v. 618.798,69 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten mit der Begründung geltend gemacht, die Beklagte habe fehlerhaft die Gerinnungsstörung der Versicherten der Klägerin nicht diagnostiziert und behandelt. Aus diesem Grunde seien kostenintensive Krankenhausaufenthalte erforderlich geworden.

Nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. D nebst mündlicher Erläuterung ist die Beklagte durch die angefochtene Entscheidung unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt worden, an die Klägerin Schadensersatz aus übergegangenem Recht in Höhe von 588.798,69 EUR nebst Zinsen sowie 5.907,16 EUR außergerichtliche Kosten der Rechtsverfolgung zu zahlen. Ferner hat das Landgericht die Ersatzpflicht für künftige Schäden festgestellt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass die Versicherte der Klägerin vor Durchführung des operativen Eingriffs vom 4.11.2005 grob fehlerhaft behandelt worden sei, weil die Gerinnungsstörung nicht erkannt und therapiert worden sei. Dadurch sei es zu einer schweren Nachblutung mit entsprechenden Folgen gekommen, die umfangreiche und kostenintensive Nachbehandlungen notwendig gemacht hätten. Aufgrund des im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität geltenden § 287 ZPO sei davon auszugehen, dass durch die unterlassene Befunderhebung Kosten in Höhe von insgesamt 618.798,69 EUR verursacht worden seien. Nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens seien hiervon geschätzte 30.000 EUR abzuziehen, die für eine dreistufige Therapie zur vorherigen Behandlung der Hemmkörper-Hämophilie der Versicherten der Klägerin ohnehin angefallen wären. Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zur Klärung der Frage, ob die bei der Versicherungsnehmerin bestehende Autoimmunerkrankung "Systemischer Lupus-Eythematodes" (SLE) als Begleiterkrankung Einfluss auf die Behandlung und die Prognose gehabt hätte, sei nicht geboten gewesen, da dieses nach den Erläuterungen des Sachverständigen Dr. D wegen der Seltenheit der Erkrankung voraussichtlich keine neuen Erkenntnisse erbracht hätte. Wegen der weiteren Feststellungen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.
Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die sich - ohne die Feststellung des Behandlungsfehlers und die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden anzugreifen - lediglich gegen die Verurteilung der Höhe nach wendet. Die Beklagte führt zur Begründung aus, das Landgericht habe ihren Beweisantritt zur Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens fehlerhaft übergangen, wobei es sich auf bloße Vermutungen berufen habe. Das Gutachten hätte jedoch ergeben, dass sämtliche Kosten im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Behandlung der bei der Versicherten vorliegenden Hemmkörper-Hämophilie in Verbindung mit dem SLE angefallen wären. Bereits nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen wäre ein wesentlicher Teil der Behandlungskosten auch bei ordnungsgemäßer Behandlung vor Durchführung der Operation "sowieso" entstanden. Die Kostenschätzung unter Abzug von lediglich 30.000 EUR sei unangemessen.
Die Beklagte beantragt abändernd,
die Klage abzuweisen, soweit sie zu Zahlungen von 588.798,69 EUR nebst Zinsen und 5.907,16 EUR nebst Zinsen verurteilt worden ist.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie trägt vor, aufgrund der vom Landgericht angenommenen Beweislastumkehr sei davon auszugehen, dass die schweren Nachblutungen durch die fehlerhafte Behandlung seitens der Beklagten verursacht worden seien. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass es bei der Versicherten der Klägerin auch ohne die Operation zu einer Blutung gekommen wäre.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 8.11.2011 durch Einholung eines weiteren schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. U vom 6.6.2013, Bl. 480 - 486 d.A. Bezug genommen. Der Sachverständige Dr. U hat sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 21.03.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die von ihr gegen das landgerichtliche Urteil vorgebrachten Einwendungen sind im Ergebnis unbegründet und rechtfertigen keine abändernde Entscheidung. Zu Recht und im Ergebnis in zutreffendem Umfang hat das Landgericht die Beklagte zum Schadensersatz wegen eines Behandlungsfehlers verurteilt.
1. Die Beklagte haftet der Klägerin aus übergegangenem Recht auf Schadensersatz wegen eines Befunderhebungsfehlers. Vor der durchgeführten Hüftgelenks-Operation ist die bei der Versicherten der Klägerin bestehende Gerinnungsstörung fehlerhaft nicht diagnostiziert und behandelt worden, obwohl dies nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. D, die von dem vom Senat ergänzend bestellten Sachverständigen Dr. U bestätigt worden sind, hätte geschehen müssen. Danach hätte die Hämophilie der Versicherten vor der Operation, bei der es sich um einen elektiven Eingriff gehandelt hat, behandelt werden müssen. Diese Feststellung ist insoweit von der Beklagten mit der Berufung auch nicht angefochten worden und deshalb zwischen den Parteien nunmehr in der Berufungsinstanz unstreitig.
2. Es muss weiterhin angenommen werden, dass dieser Behandlungsfehler der Beklagten zu den postoperativen Nachblutungen bei der Versicherten der Klägerin geführt hat. Hiervon ist der Senat - ebenso

wie bereits das Landgericht - überzeugt. Die Klägerin kann den für die Schadenskausalität erforderlichen vollen Beweis gem. § 286 ZPO führen, weil zu ihren Gunsten eine Beweislastumkehr eingreift. Bei dem Befunderhebungsfehler der Beklagten handelt es sich nach den Feststellungen des Landgerichts um einen groben Behandlungsfehler, der dazu führt, dass nicht die Klägerin den Kausalitätsnachweis erbringen muss, sondern die Beklagte beweisen muss, dass die aufgetretenen Nachblutungen nicht auf der unterlassenen Gerinnungstherapie beruhen. Die auf den Ausführungen des Sachverständigen Dr. D beruhende Feststellung eines groben Behandlungsfehlers durch das Landgericht ist von der Beklagten mit der Berufung ersichtlich auch nicht angefochten worden. Soweit die Beklagte vorgetragen hat, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis für die Kausalität des Schadens nicht erbracht, ist nicht hinreichend erkennbar, dass damit auch die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers gerügt werden sollte. Im Übrigen hat der vom Senat bestellte Sachverständige Dr. U in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass auch er im vorliegenden Fall mit allen übrigen Beteiligten von einem groben Behandlungsfehler ausgeht. Indessen hat die Beklagte den Gegenbeweis nicht geführt. Ihr Hinweis auf einen hypothetischen Kausalverlauf reicht nicht aus. Die Beklagte ist nämlich, nachdem zugunsten der Klägerin aufgrund der Beweislastumkehr von einer Kausalität des Behandlungsfehlers auszugehen und damit die Haftung dem Grunde nach bewiesen ist, darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten - d.h. bei ordnungsgemäßer präoperativer Befunderhebung und Durchführung der Gerinnungstherapie - in gleicher Weise entstanden wäre. Dafür gilt der Maßstab des § 286 ZPO, so dass Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung des rechtmäßigen Alternativverhaltens wäre, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus. Deshalb kann sich die Beklagte auch nicht damit verteidigen, dass bei einem rechtmäßigen Verhalten der Schaden "möglicherweise" gleichfalls entstanden wäre (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl., vor § 249 Rn. 66). Die vom Sachverständigen getroffenen Feststellungen reichen für den erforderlichen (Gegen-) Beweis jedoch nicht aus. Der Sachverständige Dr. U geht aufgrund der von ihm gewonnenen Erkenntnisse davon aus, dass Nachblutungen auch im Fall einer ordnungsgemäß durchgeführten Gerinnungstherapie mit einer Wahrscheinlichkeit von 54 % auftreten. Damit ist der Beweis rechtmäßigen Alternativverhaltens indessen nicht geführt, denn nur, wenn das Auftreten von Nachblutungen in jedem Fall gewiss gewesen wäre, könnte sich die Beklagte mit Erfolg darauf berufen, dass die eingetretene Gesundheitsbeeinträchtigung der Versicherten der Klägerin nicht darauf beruht, dass die erforderliche Diagnostik und Therapie unterlassen worden ist, sondern unabhängig davon aufgetreten ist. Auch hinsichtlich der postoperativ aufgetretenen sonstigen Komplikationen geht der Sachverständige ebenfalls nur davon aus, dass die gleichen Komplikationen "wahrscheinlich" in gleicher Weise aufgetreten wären.

3. Zutreffend ist das Landgericht schließlich davon ausgegangen, dass nahezu der gesamte geltend gemachte Schaden von der Beklagten zu ersetzen ist mit Ausnahme der für die durchgeführte Gerinnungstherapie entstandenen Kosten, die das Landgericht auf 30.000 EUR geschätzt hat. Das Landgericht hat richtig angenommen, dass, soweit es um den Umfang des erlittenen Schadens aufgrund des Eintritts von sekundären Schäden (Infektion, Notwendigkeit intensivmedizinischer Behandlung) und um weitere Schadensfolgen (Kosten der Therapie) geht, also um die haftungsausfüllende Kausalität, der Maßstab des § 287 ZPO gilt. Danach reicht grundsätzlich bereits eine "erhebliche", eine "überwiegende" Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung aus (BGH VersR 1991, 437; BGH NJW 1993, 734; BGH VersR 2001, 246).

a) Nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme hat die bei der Versicherten der Klägerin bestehende Begleiterkrankung SLE (Systemische Lupus Erythematodes) keinen entscheidenden Einfluss auf die durchgeführte Gerinnungstherapie und die damit verbundenen Kosten gehabt. Davon ist im Ergebnis zu Recht auch schon das Landgericht unter Berufung auf die Angaben des Sachverständigen Dr. D ausgegangen, der ausgeführt hatte, dass die erworbene Hemmkörper-Hämophilie eine "gleiche oder recht ähnliche" immunsuppressive Therapie erfordert habe, wie sie bei der präoperativ durchgeführten Behandlung der SLE-Erkrankung angewandt worden sei, so dass zwar die Gerinnungsstörung der Versicherten "zufällig" im Rahmen dieser Therapie mitbehandelt worden sei, jedoch wegen der Komplexität beider Erkrankungen und vor allem wegen deren Seltenheit kein genauer Schätz- oder Prozentsatz angegeben werden könne, in welchem Umfang die Behandlung der Hemmkörper-Hämophilie aufgrund der SLE-Therapie einfacher und kostengünstiger gewesen ist. Der vom Senat herangezogene Sachverständige Dr. U hat diese Einschätzung bestätigt und im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ausgeführt, dass für ihn der SLE "nicht so wichtig" sei und keine gravierende Auswirkung gehabt habe. Weil die Kombination beider Erkrankungen so selten sei, sei ohnehin eine Prognose nicht möglich.

b) Die von der Klägerin berechneten Kosten für die Behandlung der Nachblutungen, einschließlich der im Universitätsklinikum Münster durchgeführten intensivmedizinischen Therapie mit Beatmung als besonders schwerwiegender Komplikation, die allein Kosten in Höhe von 81.383,24 EUR verursacht hat, sind eindeutig gänzlich von der Beklagten zu tragen. Wie oben dargelegt, beruhen die eingetretenen Nachblu-

tungen und die im Rahmen deren Behandlung aufgetretenen Komplikationen rechtlich auf dem Behandlungsfehler. Die Kosten für die Behandlung der Nachblutungen mit dem Medikament NovoSeven, die der Sachverständige mit 415.218,00 EUR ermittelt hat, fallen dabei insgesamt ohne Abzug der Beklagten zur Last. Entgegen den Ausführungen des Sachverständigen Dr. U in dessen schriftlichem Gutachten ist kein Abzug wegen eines besonders hohen Blutungsrisikos zu machen. Der Sachverständige hat diese Berechnungsweise damit begründet, dass nach seinen Erkenntnissen mit einer Wahrscheinlichkeit von 54 % auch bei ordnungsgemäßer Behandlung zwei weitere Blutungen aufgetreten wären. Diese Feststellungen reichen indessen nicht aus, denn mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit von 46 % wären - so der Sachverständige - bei ordnungsgemäßer durchgeführter Therapie keine Blutungen mehr aufgetreten, so dass aufgrund der Beweislastumkehr im Rahmen der Feststellung der haftungsbegründenden Kausalität angenommen werden muss, dass Blutungen allein durch die unterlassene Diagnostik und Therapie aufgetreten wären.
c) Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht schließlich die Kosten für die immunsuppressive Gerinnungstherapie von den von der Klägerin geltend gemachten Kosten in Abzug gebracht. Die vom Landgericht herangezogene Einschätzung des Sachverständigen Dr. D, nach der die Medikation mit Gerinnungsfaktoren unabhängig von der Operation hätte verabreicht werden müssen, ist nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme nicht zu beanstanden. Der Sachverständige Dr. U hat bestätigt, dass eine immunsuppressive Therapie durchgeführt werden musste, so dass die verabreichten Immunsuppressiva "so oder so" angefallen wären. Gegen die Höhe der vom Landgericht im Wege der Schätzung gem. § 287 ZPO dafür angesetzten Kosten in Höhe von 30.000 EUR bestehen keine Bedenken. Weder die Parteien noch der Sachverständige Dr. U hat gegen diese Schätzungen durchgreifende Einwendungen erhoben, so dass der Senat keine Veranlassung hat, von dieser Schätzung abzuweichen. Nach den Erläuterungen des Sachverständigen Dr. U im Senatstermin bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Art und Dauer der Medikation durch den Behandlungsfehler wesentlich beeinflusst worden sind. Der Sachverständige hat darauf hingewiesen, dass in jedem Fall eine stationäre Behandlung von ungewisser Dauer hätte erfolgen müssen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708, 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.

167. OLG Koblenz, Beschluss vom 20.03.2014 – 5 W 167/14 – * Beschwerdeverfahren des Gerichtsgutachters gegen einen Kosten- und Ordnungsgeldbeschluss: Zwangsmittel bei nicht nachweisbarem Empfang abhanden gekommener Gerichtsakten; Beweiskraft des Auslieferungsbelegs des Paketdienstes DHL; Kostenentscheidung zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten

Leitsatz

1. Maßnahmen nach § 409 Abs. 1 ZPO gegen einen Gerichtssachverständigen erfordern den sicheren Nachweis, dass er den Auftrag und die für seine Erfüllung benötigten Akten erhalten hat.
2. Dem Beleg eines Paketdienstes über die Auslieferung der Sendung kann nicht in entsprechender Anwendung von §§ 415 ff. ZPO erhöhte Beweiskraft beigemessen werden. Der Beweiswert derartiger Auslieferungsbelege ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls nach § 286 ZPO frei zu würdigen (hier verneint).
3. Die Anwaltskosten eines gerichtlichen Sachverständigen im erfolgreichen Beschwerdeverfahren nach § 409 Abs. 2 ZPO hat nicht die Staatskasse zu tragen.

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde des Sachverständigen Professor Dr. H. wird der Beschluss der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 17.12.2013 aufgehoben.

Gründe

Der gerichtliche Sachverständige wendet sich mit seiner sofortigen Beschwerde gegen einen Kosten- und Ordnungsgeldbeschluss des Landgerichts. An den Beschwerdeführer waren mit Auftragsschreiben der Kammervorsitzenden vom 16.11.2012 Akten gesandt worden zur Erstellung eines ergänzenden Gutachtens. Man bat den Sachverständigen um „Auftragsbestätigung“.
Nach der später eingeholten Auskunft des DHL - Paketdienstes ist die Akte am 21.11.2012 an „B.“ ausgeliefert worden. Eine Mitarbeiterin dieses Namens war seinerzeit in der Praxis des Sachverständigen als Helferin tätig.

Am 11.01.2013 ordnete die Kammervorsitzende an, beim Sachverständigen telefonisch wegen der erbetenen Auftragsbestätigung nachzufragen. Als das ohne Ergebnis blieb, erinnerte die Geschäftsstelle des Landgerichts schriftlich, „damit der Erhalt der Akte bestätigt ist“ (Bl. 239 GA). Der Sachverständige antwortete per Fax am 12.02.2013
„In unserer Praxis keine Akte eingegangen“.
Mit Schreiben vom 19.07.2013 forderte die Kammervorsitzende den Sachverständigen auf, die Akten nebst Ergänzungsgutachten dem Gericht zurückzusenden. Der Sachverständige antwortete, sein Erstgutachten habe er bereits im04.2012 übersandt. Seither sei es „nicht mehr bei ihm aufgetaucht“.
Durch Beschluss vom 9.10.2013 ordnete das Landgericht die Herausgabe der Akten binnen 10 Tagen an.
Daraufhin teilte die vom Sachverständigen zunächst beauftragte Rechtsanwältin mit, erst der der Beschluss vom 9.10.2013 habe ihrem Mandanten verdeutlicht, dass Frau B. das Paket angenommen habe; sie sei nicht mehr in der Praxis beschäftigt; das Paket und sein Inhalt nicht auffindbar. Später teilte die Bevollmächtigte mit, die zwischenzeitlich befragte Frau B. könne sich an die konkrete Akte nicht erinnern, deren Herausgabe mangels Auffindbarkeit nicht möglich sei.
Das führte zu dem nunmehr angefochtenen Beschluss, durch den dem Sachverständigen neben den „durch die Nichtherausgabe entstehenden Kosten“ auch ein Ordnungsgeld von 800 € auferlegt worden ist.
Mit seiner sofortigen Beschwerde behauptet der Sachverständige, die Akte sei nicht in seiner Praxis eingetroffen. Bei Frau B. habe es sich um eine zuverlässige Mitarbeiterin gehandelt. Dass sie das Paket in Empfang genommen habe, sei auszuschließen, da die Unterschrift auf dem DHL - Empfangsbekenntnis keinerlei Ähnlichkeit mit der Unterschrift der Frau B. habe. Möglicherweise habe der DHL - Mitarbeiter, dem Frau B. als Empfangsberechtigte bekannt gewesen sei, oder eine andere Person den Namen B. in das Empfangsbekenntnis eingetragen und die Unterschrift gefälscht. Jedenfalls stehe gesichert fest, dass das Paket nicht in der Praxis angekommen sei.
Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Durch das DHL - Empfangsbekenntnis sei in analoger Anwendung von § 415 ff ZPO bewiesen, dass die Akte in den Herrschaftsbereich des Sachverständigen gelangt und dort seiner Mitarbeiterin, Frau B., ausgehändigt worden sei. Sein gegenläufiges Vorbringen in der Beschwerde habe der Sachverständige nicht glaubhaft gemacht. Insbesondere fehle eine eidesstattliche Versicherung der Frau B.. Richtig sei zwar, dass die Unterschrift auf dem Empfangsbekenntnis von der Unterschrift der Frau B. abweiche. Wie jedoch gerichtsbekannt sei, werde der Empfang von Paketsendungen heute auf dem Display elektronischer Geräte quittiert; die dort geleisteten Unterschriften wichen sehr häufig deutlich von handschriftlichen Unterschriften ab.
Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 409 Abs. 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere innerhalb der Zweiwochenfrist eingelegt, die ungeachtet der fehlenden Rechtsmittelbelehrung (§ 232 Satz 2, letzter Halbsatz ZPO) mit der am Mittwoch, dem 29.01.2014 an die ehemalige Bevollmächtigte des Sachverständigen bewirkte Zustellung zu laufen begann.
Die sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts durchgreifenden Bedenken begegnet.
Die Rechtsfolgen des Einbehalts von Akten und der Gutachtenverweigerung regelt § 409 Abs. 1 ZPO. Sowohl die Belastung des Sachverständigen mit Kosten als auch das Ordnungsgeld setzen voraus, dass der Gutachter wirksam ernannt worden ist und die Gerichtsakten oder sonstigen Unterlagen erhalten hat. Beides lässt sich hier nicht feststellen.
Bei seiner abweichenden Entscheidung hat das Landgericht wesentlichen Tat-sachenstoff nicht berücksichtigt und im Übrigen nicht überzeugend gewürdigt.
Im Einzelnen:
Der Sachverständige sollte den im12.2012 erteilten Gutachtenauftrag schriftlich bestätigen. Diese Bestätigung ist schon seinerzeit ausgeblieben. Professor Dr. H. teilte im Gegenteil dem Gericht durch Fax vom 12.02.2013 mit, in seiner Praxis sei keine Akte eingegangen (Bl. 239 GA).
Das wird nur scheinbar durch die Mitteilung der DHL - Vertriebs GmbH falsifiziert, wonach die Sendung am 21.11.2012 einem Empfangsberechtigten des Sachverständigen ausgeliefert wurde. Die Mitteilung „Der Auslieferungsnachweis ist beigefügt“ bezieht sich auf eine sogenannte „Auskunft zum Auslieferungsnachweis für Sendungsnummer 564300096597“. Zwar stimmt die Sendungsnummer mit dem beim Landgericht Koblenz vorgehaltenen Einlieferungsbeleg überein, auffällig ist jedoch, dass im „Auslieferungsnachweis“ die Spalte „Empfängeranschrift“ leer geblieben ist.
Im Übrigen ist dokumentiert, dass die Sendung am 21. 11.12 um 9.57 Uhr einer „anwesenden Person“ namens B. zugestellt worden sei, die das Ganze handschriftlich mit einer Paraphe abgezeichnet hat, die als „Bn“ interpretiert werden kann.
Wie das Landgericht richtig gesehen hat, weist dieses Namenskürzel wenig Ähnlichkeit mit der authentischen Unterschrift der seinerzeit bei dem Sachverständigen beschäftigten Mitarbeiterin B. auf.

Einen Erfahrungssatz dahin, dass derartige Unterschriften, die bei nahezu allen Paketdiensten auf dem Display eines Erfassungsgerätes zu leisten sind, stets erheblich von der üblichen Unterschrift des Empfängers abweichen, gibt es nicht. Gäbe es den Erfahrungssatz, wäre damit im vorliegenden Fall erst Recht nicht bewiesen, dass es sich bei der Paraphe auf dem Auslieferungsnachweis um die Unterschrift der Frau B. handelt.
Hinzu kommt, dass keinerlei Motiv denkbar ist, aus dem Frau B. die an ihren Arbeitgeber adressierte Sendung sollte verschwinden lassen. Aus ihrer Tätigkeit beim Sachverständigen wusste sie, dass dieser regelmäßig mit der Paketpost gerichtliche Gutachtenaufträge erhielt. Ihr war demnach bekannt, dass derartige Pakete Akten und Krankenunterlagen enthielten, die - außer für die Verfahrensbeteiligten - für niemand von Interesse sind.
Soweit das Landgericht demgegenüber gemeint hat, dem DHL - Auslieferungsnachweis komme in analoger Anwendung von §§ 415 ff ZPO volle Beweiskraft zu, kann dem nicht gefolgt werden. Methodisch scheidet eine analoge Anwendung bereits mangels Regelungslücke aus. Im Übrigen misst der Gesetzgeber den von § 415 ZPO erfassten Urkunden gerade deshalb stärkere Beweiskraft bei, weil ihr Inhalt wegen der besonderen Bindungen, denen Behörden unterliegen (Art. 20 Abs. 3 GG), verlässlicher erscheint als der Inhalt von Privaturkunden. Das lässt sich nicht auf Auslieferungsbelege privater Paketdienste übertragen.
Soweit mit dem pauschalen Hinweis „§§ 415 ff ZPO“ auch § 416 ZPO erfasst ist, geht die angefochtene Entscheidung daran vorbei, dass der Auslieferungsnachweis lediglich eine Kopie des Namenskürzels enthält. Damit ist das vorgelegte Schriftstück unstreitig nicht von der Zeugin B. „unterschrieben“ im Sinne von § 416 ZPO. Auch § 416 a ZPO ist nicht einschlägig.
Im Übrigen sind die Zustellung von Dokumenten und die Anforderungen an den Nachweis einer erfolgten Zustellung in den §§ 166 ff ZPO geregelt. Wenn das auch nicht auf den Nachweis der Aktenübersendung an einen Sachverständigen übertragbar ist, zeigt die Verweisung in § 182 Abs. 1 Satz 2 ZPO doch, dass der dort in Bezug genommene § 418 ZPO nur für Zustellungsurkunden gilt. Auch vor diesem Hintergrund ist kein Raum für die vom Landgericht bemühte Analogie.
Der Senat kann dem Landgericht auch nicht darin beipflichten, der Sachverständige habe versäumt, durch eidesstattliche Versicherungen glaubhaft zu machen, die Akte nicht erhalten zu haben. Das verkennt die Beweislast. Nicht der Sachverständige muss beweisen, die Akte nicht erhalten zu haben (was praktisch unmöglich ist); ihm muss vielmehr nachgewiesen werden, dass die Akte mit dem Gutachtenauftrag bei ihm eingetroffen ist.
Dieser Beweis ist durch den vorliegenden Auslieferungsnachweis nicht geführt, der nach allgemeinen Beweisregeln frei zu würdigen ist (§ 286 ZPO). Angesichts der dargestellten Ungereimtheiten ist der Senat nicht davon überzeugt, dass Akte und Gutachtenauftrag dem Sachverständigen zugegangen sind. Die angefochtene Entscheidung musste daher aufgehoben werden.
Dem Antrag der Beschwerde, der Staatskasse die Kosten und Auslagen des Sachverständigen aufzuerlegen konnte allerdings nicht entsprochen werden.
Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind ohnehin nicht zu erheben, da das Rechtsmittel erfolgreich war.
Im Übrigen ist die Auseinandersetzung über die Verhängung eines Ordnungsgeldes nicht kontradiktorisch ausgestaltet. Die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde des Sachverständigen sind nicht in entsprechender Anwendung des § 46 OWiG der Staatskasse aufzuerlegen, weil diese ist nicht am Rechtsstreit beteiligt ist.
Ob Auslagen des Sachverständigen für seine anwaltliche Vertretung von § 7 JVEG erfasst werden, steht nicht zur Entscheidung an (vgl. dazu OLG Koblenz, Beschluss vom 10.07.2013, 14 W 380/13 in NJW - RR 2013, 1342).

168. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 19.03.2014 – 5 U 1/12 – *

Arzt- und Krankenhaushaftung: Erfordernis des ausdrücklichen Parteivortrags zur hypothetischen Einwilligung des Patienten; Zulassung neuen Vorbringens zur hypothetischen Einwilligung im Berufungsverfahren

Leitsatz

1. Den Einwand der hypothetischen Einwilligung muss die Partei im ersten Rechtszug ausdrücklich erheben. Sie kann nicht geltend machen, durch stillschweigende Bezugnahme auf entsprechende Passagen im Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen, den Einwand erhoben zu haben.
2. Gibt das erstinstanzliche Gericht zu erkennen, es werde den Einwand fälschlicherweise von Amts wegen berücksichtigen, ist der entsprechende Vortrag im zweiten Rechtszug nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zuzulassen.

Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH (VI ZR 195/14) ist zurückgenommen worden.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.11.2011 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Aurich wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.
Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die im03.1965 geborene Klägerin nimmt die Beklagten wegen angeblicher ärztlicher Behandlungsfehler und einer von ihr für unzureichend gehaltenen ärztlichen Aufklärung im Zusammenhang mit einem Austausch von Brustimplantaten auf Schadensersatz in Anspruch. Die betreffende Operation führte der Beklagte zu 2) am 21.09.2001 in dem von dem Rechtsvorgänger der Beklagten zu 1) betriebenen Krankenhaus durch.
Vor dem Landgericht hat die Klägerin geltend gemacht, es sei fehlerhaft gewesen, die neuen Implantate am 21.09.2001 nicht unter den Brustdrüsen (subglandulär), sondern unter dem Brustmuskel (subpectoral) einzubringen. Überdies hat sie gerügt, die behandelnden Ärzte hätten es pflichtwidrig unterlassen, sie vor dem Eingriff darüber aufzuklären, dass die subpectorale Implantateinlage das Risiko einer kosmetisch beeinträchtigenden Verlagerung der Implantate in sich berge und dass Folgeoperationen notwendig werden könnten.
Beide Risiken, so die Klägerin, hätten sich in ihrem Fall verwirklicht. Der Eingriff am 21.09.2001 habe zu einem sehr ungünstigen Ergebnis geführt; außerdem habe sie unter Schmerzen gelitten. Deshalb seien Korrekturoperationen notwendig geworden.
Die Klägerin hat ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 50.000,00 € und die Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von insgesamt 1.648,36 € - jeweils nebst Zinsen - begehrt.
Die 2. Zivilkammer des Landgerichts Aurich hat die Klage - sachverständig beraten - durch Urteil vom 21.11.2011 abgewiesen. Ein Behandlungsfehler, so die Kammer, sei nicht festzustellen. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Beklagte zu 2) die Brustimplantate am 21.09.2001 subpectoral eingebracht habe und nicht - wie es zuvor der Fall gewesen sei - subglandulär.
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass das subglandulär liegende Implantat bei der Klägerin zu Schmerzen geführt habe, die auf konservativem Weg nicht adäquat zu behandeln gewesen seien. Die linke Prothese habe sich vor dem Eingriff fast unmittelbar unter der Haut befunden, weil das Brustdrüsen- beziehungsweise Bindegewebe an dieser Stelle bereits extrem dünn gewesen sei. Dadurch seien nicht nur Beschwerden verursacht worden, sondern es habe auch die Gefahr bestanden, dass ein weiteres druckbedingtes Gewebeabsterben (Gewebenekrose) eine Entfernung der darüber liegenden Haut erfordere.
Die Narbe im Bereich des Brustbeins der Klägerin, die aus der Herzoperation im Jahr 1976 herrühre, habe einer subpectoralen Implantatposition nicht entgegengestanden. Der Brustmuskel, unter den das Implantat gelegt werde, setze nicht am Sternum an, sondern weiter lateral. Auch der Zugang für die Implantate werde nicht vom Brustbein aus gelegt.
Die Aufklärungsrüge, so das Landgericht, führe ebenfalls nicht zu einer Haftung der Beklagten. Allerdings hätten die Beklagten nicht beweisen können, dass die Klägerin vor dem in Rede stehenden Eingriff ausreichend über die damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden sei. Das gelte zum einen für die erhöhte Gefahr einer ausgeprägten, kosmetisch beeinträchtigenden Verlagerung der Implantateinlagen, die daraus resultiere, dass sich die subpectoral positionierten Implantate bei der Bewegung der darüber befindlichen Brustmuskulatur mitbewegten. Zum anderen habe man die Klägerin offenbar darüber im Unklaren gelassen, dass sich wegen der erschwerten Operationsbedingungen Folgeoperationen zum Zweck einer kosmetischen Korrektur als notwendig erweisen könnten.
Gleichwohl sei der am 21.09.2001 durchgeführte Eingriff nicht rechtswidrig. Denn unter den konkreten Umständen müsse davon ausgegangen werden, dass die Klägerin der Operation auch dann zugestimmt hätte, wenn ihr die Risiken in dem gebotenen Umfang vor Augen geführt worden wären (hypothetische Einwilligung). Dass die Klägerin im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in einen echten Entscheidungskonflikt geraten wäre, habe sie nicht plausibel gemacht. Nachdem man ihr zutreffend verdeutlicht habe, dass ihre präoperativen Beschwerden auf die subglanduläre Lage der Implantate zurückgingen und eine weitere Verschlechterung ihres Zustandes bis hin zu einer Hautperforation drohe, habe sie ihre Bedenken gegenüber einer subpectoralen Positionierung der Implantate zurückgestellt. Dass ihre Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn man sie auf das Risiko einer kosmetischen Beeinträchtigung infolge einer Implantatverschiebung und auf eventuell erforderlich werdende Folgeoperationen hingewiesen

hätte, sei nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig könne der Klägerin dahin gefolgt werden, dass sie bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung eine zweite Meinung eingeholt hätte.
Wegen der weiteren Gründe und tatsächlichen Feststellungen wird auf die erstinstanzliche Entscheidung Bezug genommen.
Gegen das Urteil des Landgerichts hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hält es nach wie vor für fehlerhaft, dass der Beklagte zu 2) die Brustimplantate subpectoral eingebracht hat. Die gegenteiligen Ausführungen des Sachverständigen ..... trügen, so die Klägerin, ihrer besonderen Situation nicht hinreichend Rechnung. Die lange senkrechte Narbe, die nach der Herzoperation im Jahr 1976 zurückgeblieben sei, reiche insbesondere auf der linken Seite in das Brustmuskelgewebe hinein. Zudem befänden sich im Sternum Klammern. Diese speziellen Gegebenheiten hätten einer subpectoralen Positionierung der Implantate entgegengestanden. Dies umso mehr, als es für eine derartige Konstellation überhaupt keine Erfahrungswerte gebe. Zudem sei vorhersehbar gewesen, dass subpectoral liegende Implantate so gut wie sicher nach außen „wandern" würden.
Die von dem Landgericht unkritisch übernommene Aussage des Sachverständigen, wonach eine subglanduläre Einbringung der Implantate wegen des dünnen Brustdrüsen- beziehungsweise Bindegewebes nicht ratsam gewesen sei, treffe nicht zu. Das werde durch den tatsächlichen Behandlungsverlauf untermauert. Nachdem die Implantate zuletzt wieder oberhalb des Brustmuskels implantiert worden seien, seien keine Probleme mehr aufgetreten.
Insgesamt habe ..... die Besonderheiten des konkreten Falles im Wesentlichen unberücksichtigt gelassen und erklärt, derartige Gestaltungen sehe man fast nie. Vor diesem Hintergrund müsse die Qualifikation des Sachverständigen in Zweifel gezogen und ein Obergutachten eingeholt werden.
Außerdem halte sie, die Klägerin, an ihrer Aufklärungsrüge fest. Die präoperative Aufklärung sei nicht nur aus den vom Landgericht angeführten Gründen unzureichend, sondern auch deshalb, weil man sie nicht darüber in Kenntnis gesetzt habe, dass auf Grund der Sternum-Narbe eine spezielle Situation vorliege und seinerzeit kaum Erfahrungen mit der subpectoralen Implantatpositionierung existiert hätten.
Im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung hätte sie sich mit der im Streit befindlichen Operation nicht einverstanden erklärt. Die anders lautende Argumentation des Landgerichts sei nicht haltbar. Gerade weil sie, wie auch das Landgericht konzediere, einer subpectoralen Positionierung der Brustimplantate ohnehin skeptisch gegenübergestanden habe, hätte eine Unterrichtung über die ihr vorenthaltenen weiteren Risiken ihre ablehnende Haltung verstärkt.
Die Klägerin beantragt,
das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,
1. an sie ein in der Höhe in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld (Größenordnung: 50.000,00 €) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.09.2001 zu zahlen,
2. an sie 1.648,36 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.09.2001 zu zahlen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen das angefochtene Urteil. Für die Annahme eines Behandlungsfehlers sehen sie nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme keinen Raum.
Die Aufklärungsrüge ist ihrer Auffassung nach ebenfalls nicht geeignet, der Berufung zum Erfolg zu verhelfen. Was die Aufklärung über das Risiko eventueller Nachoperationen betrifft, so nehmen die Beklagten den Standpunkt ein, die betreffenden Vermerke in dem Operationsprotokoll und in der Ambulanzkarte bildeten ein starkes Indiz dafür, dass der Klägerin erläutert worden sei, dass eine einzige Operation möglicherweise nicht genügen werde, um ihren Beschwerden wirkungsvoll zu begegnen. Dies gelte, so die Beklagten umso mehr als die Klägerin in der ersten Instanz selbst vorgetragen habe, es hätten ausführliche präoperative Beratungsgespräche stattgefunden. Vor diesem Hintergrund hätte das Landgericht, wenn es nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen wäre, den aufklärenden Arzt, das heißt ihn, den Beklagten zu 2), gemäß § 448 ZPO von Amts wegen als Partei zu dem Umfang der Aufklärung vernehmen müssen.
Die Gefahr einer postoperativen Implantatverlagerung stelle entgegen der Auffassung des Landgerichts keinen aufklärungsbedürftigen Umstand dar. Selbst wenn man das anders sehe, lasse sich der Eingriff vom 21.09.2001 nicht als rechtswidrig qualifizieren. Wie die Kammer zutreffend festgestellt habe, hätte die Klägerin sich auch dann für die Operation entschieden, wenn sie in dem vom Landgericht für notwendig erachteten Umfang aufgeklärt worden wäre. Angesichts der Beschwerden, unter denen die Klägerin vor dem Eingriff gelitten habe, sei es nicht glaubhaft, dass sie sich nach einer Unterrichtung über das Risiko einer postoperativen Implantatverlagerung gegen die Operation entschieden hätte. Dies umso weniger, als sie sich 2004 in Braunschweig erneut „submuskulär" habe behandeln lassen.
Zwar hätten sie, die Beklagten, den Einwand der hypothetischen Einwilligung in der ersten Instanz nicht ausdrücklich geltend gemacht. Sie hätten aber vorgetragen, dass die Klägerin den Eingriff unter anderem

wegen starker Schmerzen unbedingt gewollt habe. Abgesehen davon, habe der vom Landgericht beauftragte Sachverständige …… in seinem Gutachten vom 15.09.2009 explizit in Zweifel gezogen, dass die Klägerin in Kenntnis der Möglichkeit einer Verschiebung der subpectoral eingebrachten Brustimplantate von der Operation Abstand genommen hätte. Diese Aussage hätten sie sich stillschweigend zu eigen gemacht. Im Zweifel sei anzunehmen, dass eine Partei gutachterliche Äußerungen, die für sie günstig seien, übernehme. Das sei nicht auf Tatsachen beschränkt, sondern gelte auch für andere Bezugspunkte, etwa schlichte Überlegungen oder Schlussfolgerungen von Sachverständigen.
Jedenfalls führe eine Gesamtschau der angesprochenen Aspekte zu dem Ergebnis, dass der Einwand der hypothetischen Einwilligung bereits in der ersten Instanz erhoben worden sei. Zumindest hätte das Landgericht unter den konkreten Umständen nachfragen müssen, ob sie, die Beklagten, ebenso wie der Sachverständige verstanden werden wollten. Vorsorglich machten sie sich nunmehr die auf die hypothetische Einwilligung abzielenden Ausführungen des Sachverständigen …… und des Landgerichts zu eigen. Selbst wenn man davon ausgehe, dass dies jetzt erstmals geschehe, unterfalle der betreffende Vortrag nicht dem Novenausschluss des § 531 Abs. 2 ZPO. Vielmehr seien sie, die Beklagten, auf der „richterlichen Linie“ der ersten Instanz davon abgehalten worden, explizit eine hypothetische Einwilligung zu behaupten. Die Kammer habe im Zusammenhang mit der erfolgten Anhörung der Klägerin zu Entscheidungskonflikt und hypothetischer Einwilligung deutlich gemacht, dass sie diese „Tatsachenfrage“ zu klären und zu entscheiden habe. Dementsprechend habe die Kammer die Klägerin unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung angehört. Dies sei in dem Sitzungsprotokoll zwar nicht gekennzeichnet worden, ergebe sich aber aus dem Inhalt ihrer protokollierten Erklärungen.
Einen Nachteil habe die Klägerin durch die im Streit befindliche Operation nicht erlitten. Sie sei dadurch von Implantaten befreit worden, deren fehlerhafte Einbringung sie in einem Vorprozess gegen …… und das R…….-N … -Krankenhaus in W …… nachhaltig behauptet habe. Eine Alternative zu der Einbringung der Implantate unter den Brustmuskel habe nicht bestanden.
Darüber hinaus seien jedwede Ansprüche der Klägerin verjährt. Ausweislich eines Fragebogens der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern, den die Klägerin mit Datum vom 27.10.2003 unterschrieben habe, sei sie bereits 2003 zu dem Schluss gelangt, dass sie sowohl in ihrem Haus, dem Haus der Beklagten zu 1), als auch im R….-N ….-Krankenhaus fehlerhaft behandelt worden sei. Aus diesem Grund sei die Klage gegen …… und das R …. -N …. -Krankenhaus wegen Verjährung abgewiesen worden.
Davon abgesehen, müsse die Klägerin, ihren Vortrag als wahr unterstellt, von Anfang an - für sie überraschend - bemerkt haben, dass sich das unter dem Brustmuskel eingebrachte Implantat und damit auch ihre Brust unnatürlich und beeinträchtigend bewege. In einer solchen Situation habe es aus ihrer Sicht nur zwei Möglichkeiten gegeben. Zum einen sei ein Behandlungsfehler beim Einbringen des Implantats denkbar gewesen, zum anderen sei eine der Behandlungsmaßnahme innewohnende Eigentümlichkeit in Betracht gekommen, über die man sie vor der Operation nicht informiert habe. Insgesamt seien die Komplexe „Behandlungsfehler“ und „Aufklärungsfehler“ in einer Gesamtschau zu betrachten und verjährungsrechtlich - zumindest hinsichtlich des Verjährungsbeginns - einheitlich zu entscheiden.
Die Klägerin hält die Einrede der Verjährung für verspätet und in der Sache für unbegründet. In diesem Zusammenhang hebt sie unter anderem hervor, dass der besagte Fragebogen nur vorsorglich ausgefüllt worden sei, und zwar von einem Mitarbeiter der Krankenversicherung. Dabei sei es im Wesentlichen um das R ……-N ….-Krankenhaus gegangen. Überdies sei der Vermerk: „bewusst wurde mir das Ganze erst in einem Gespräch am 29.09.2003“ nichtssagend. Keinesfalls erlaube er den Rückschluss, dass sie bereits 2003 über Haftungsansprüche informiert gewesen sei.
Dass der Beklagte zu 2) sie am 21.09.2001 fehlerhaft operiert habe und dass sie vor dem Eingriff unzureichend aufgeklärt worden sei, habe sie erst durch die Einsichtnahme in den Operationsbericht erfahren, und zwar im04.2005. Ihr bereits früher über die Krankenversicherung gestellter Antrag auf Akteneinsicht sei zunächst unbeachtet geblieben.
Der Senat hat dienstliche Äußerungen der am erstinstanzlichen Urteil beteiligten Richter eingeholt und die Klägerin informatorisch angehört.
II.
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne der §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Der Klägerin steht gegenüber den Beklagten kein Anspruch auf Ersatz von materiellen oder immateriellen Schäden zu.
1.
Ob den Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn sich ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst nachweisen ließe, wären daraus resultierende Schadensersatzansprüche verjährt. Die Klägerin ist spätestens im Jahr 2003 über eventuelle den Anspruch begründenden Umstände und die Person des Schuldners unterrichtet gewesen (§ 852 Abs. 1 BGB a. F. /§ 199 Abs. 1 BGB n. F.) mit der Folge, dass die dreijährige Verjährungsfrist (§ 852 Abs. 1 BGB a. F. / § 195 BGB n. F.) bereits mit dem Schluss des Jahres 2003 begonnen hat.

a) Um die Verjährungsfrist wegen einer Haftung aus einer unsachgemäßen ärztlichen Behandlung in Lauf zu setzen, muss der Patient Kenntnis von dem Behandlungsfehler haben. Dazu muss er nicht nur die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn als medizinischen Laien ergibt, dass der behandelnde Arzt von dem üblichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren (vgl. BGH, NJW 1995, S. 776, 777 f. mit w. N.).
b) Nach diesem Maßstab hat die Klägerin die für den Beginn der Verjährung maßgebende Kenntnis im Jahr 2003 erlangt.
aa) Wie die Klägerin selbst vorgetragen hat, hat sie sich in der Zeit nach der Operation am 21.09.2001 mehrfach wegen postoperativer Beschwerden im Haus der Beklagten zu 1) vorgestellt. Schon 2001, so die Klägerin, habe sich die Brust bei Bewegung des Brustmuskels in unangenehmer Weise deformiert. Außerdem habe sie seinerzeit unter Schmerzen in beiden Brüsten gelitten. Diese seien nach außen „gewandert“, weshalb sie die Arme nicht mehr normal habe anlegen können. Wegen dieser Beschwerden habe sie sich am 21.12.2001 in das Haus der Beklagten zu 1) begeben und die Zurückverlagerung der Implantate unter das Brustdrüsengewebe verlangt.
Am 5.11.2002 habe sie sich mit diesem Ansinnen erneut an die Beklagten gewandt. In der Zwischenzeit sei zusätzlich zu den genannten Beeinträchtigungen eine „hässliche Verziehung“ zwischen den Brüsten entstanden.
bb) Daneben geht aus dem Fragebogen der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen, den die Beklagten mit Schriftsatz vom 2.05.2013 übermittelt haben, hervor, dass die Klägerin bereits im Jahr 2003 der Ansicht gewesen ist, ihre Beschwerden seien auf einen Behandlungsfehler der Beklagten zurückzuführen. Auf die Frage „Wann und wo soll die fehlerhafte Behandlung erfolgt sein?“ ist unter anderem vermerkt: „20.09. - 25.09.2001 K..... A ….“. Die weitere Frage „Wann haben sie die Beschwerden / Störungen / Schmerzen, die Sie auf die von Ihnen als fehlerhaft vermutete Behandlung zurückführen, erstmalig bemerkt?“ ist mit dem Eintrag beantwortet worden „bewußt wurde mir das Ganze erst in einem Gespräch am 29.09.2003“. Das Formular hat die Klägerin mit Datum vom 27.10.2003 unterzeichnet.
cc) Den darin festgehaltenen Angaben zufolge hat sie im Jahr 2003 nicht nur Kenntnis von den aus ihrer Sicht eingetretenen postoperativen Komplikationen gehabt; vielmehr verfügte sie spätestens ab dem 29.09.2003 über Informationen, die es ihr erlaubten, in ihrer Laiensphäre darauf zu schließen, dass die Behandlung im Haus der Beklagten zu 1), namentlich die vom Beklagten zu 2) durchgeführte Operation, nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprochen hat.
dd) Einer solchen Annahme wird nicht dadurch der Boden entzogen, dass die Klägerin behauptet, sie habe „Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit […] erst gehabt, nachdem ihr die Krankenunterlagen und die OP-Berichte zur Verfügung gestanden“ hätten, also erst im Jahr 2005. Diese pauschale Aussage lässt im Dunkeln, welchen Operationsberichten und sonstigen Krankenunterlagen die Klägerin welche auf einen Behandlungsfehler hindeutenden Umstände entnommen haben will.
ee) Der Einwand der Klägerin, sie habe den Schlichtungsantrag nicht selbst ausgefüllt, ein Mitarbeiter der Krankenversicherung habe das für sie übernommen, besitzt keine rechtliche Relevanz. Die Klägerin stellt weder in Abrede, den Antrag unterschrieben zu haben, noch behauptet sie, dass der betreffende Mitarbeiter der Krankenversicherung ihre Erklärungen nicht korrekt in das Formular übernommen habe.
ff) Im Ergebnis sind damit alle Voraussetzungen erfüllt, um den Lauf der Verjährungsfrist für den Komplex „Behandlungsfehler“ mit dem Schluss des Jahres 2003 in Gang zu setzen. Deshalb war die Verjährung bereits eingetreten, bevor die Klage in dem vorliegenden Verfahren im Jahr 2007 erhoben worden ist. Konkrete Umstände, die eine Hemmung der Verjährung begründen könnten, haben die Parteien nicht vorgetragen.
gg) Ein Novenausschluss gemäß § 531 Abs. 2 ZPO greift hinsichtlich der Einrede der Verjährung nicht ein, weil die Tatsachen, die nach Auffassung der Beklagten den Verjährungseintritt begründen, aus dem eigenen Vortrag der Klägerin und aus unstreitig schriftlich niedergelegten Erklärungen der Klägerin hervorgehen (vgl. BGH, NJW 2008, 3435 ff.).
2.
Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen präoperativer Aufklärungsmängel scheiden ebenfalls aus.
a) Der Klägerin ist allerdings zuzugeben, dass man sie im Haus der Beklagten zu 1) teilweise unzureichend über die Erfolgsaussichten und die möglichen postoperativen Belastungen des Eingriffs vom 21.09.2001 unterrichtet hat.
aa) Wie dem Gutachten des Sachverständigen ..... zu entnehmen ist, haben auf Grund der vielfachen Voroperationen schwierige Operationsverhältnisse geherrscht. Deshalb, so ....., sei es vor dem Eingriff absehbar gewesen, dass eine einzelne Operation unter Umständen nicht ausreichen werde, um eine befriedigende kosmetische Korrektur zu erreichen. Der Senat teilt die Auffassung des Sachverständigen, dass die Klägerin vor der Operation über diese Möglichkeit hätte informiert werden müssen.

bb) Die Klägerin hat eine solche Aufklärung von Anfang an in Abrede gestellt. Das Gegenteil haben die Beklagten nicht bewiesen.
(1) Sie haben schon nicht hinreichend substanziiert vorgetragen, der Klägerin die Möglichkeit eines korrekturbedürftigen Operationsergebnisses vor Augen geführt zu haben. Wenngleich sich in dem Operationsbericht ein Vermerk findet, wonach die Klägerin darüber informiert worden ist, dass mit der Notwendigkeit von Folgeoperationen gerechnet werden müsse, sind konkrete Ausführungen dazu, wann und von wem die betreffende Aufklärung durchgeführt worden ist, nicht ersichtlich. Zwar heißt es in einem Schriftsatz der Beklagten vom 15.04.2008: „Die Klägerin wurde in sämtlichen dargestellten Gesprächen, die zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) stattfanden bzw. weiteren Ärzten, wie diesseits dargelegt, eingehend über die möglichen Behandlungsarten und ihre Nachteile aufgeklärt“. Doch ist dieses Vorbringen zu pauschal und deshalb in dem vorliegenden Kontext unbeachtlich.
Der Verweis der Beklagten auf die mit Datum vom 16.08.2001 niedergelegten Eintragungen in der Ambulanzkarte führt ebenfalls nicht weiter. Über eventuelle Folgeoperationen ist dort nichts zu lesen; mit Blick auf die avisierte Operation ist lediglich festgehalten: „[…] Ausführliches Gespräch. Es geht nur Verlagerung unter den Brustmuskel, „Delle“ wird bleiben“.
Dabei hätte durchaus Anlass für eine genauere Darstellung der Geschehnisse bestanden. Dem erstinstanzlichen Parteivortrag zufolge hat die Klägerin mit dem Beklagten zu 2) am 16.08.2001 ein ausführliches Gespräch über ihre damaligen Beschwerden und die Möglichkeit eines Implantatwechsels geführt. Einen Tag vor der Operation, am 20.09.2001, hat dann die eigentliche präoperative Aufklärung stattgefunden, die ausweislich der Krankenunterlagen von einer Ärztin oder einem Arzt namens …….. durchgeführt worden ist. Welcher der beteiligten Ärzte die Klägerin auf die Möglichkeit von Folgeoperationen hingewiesen haben soll, bleibt im Dunkeln.
(2) Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu dem Ergebnis gelangt ist, den Beklagten sei es nicht gelungen, den Beweis zu führen, dass die Klägerin über die eventuelle Notwendigkeit von Folgeoperationen unterrichtet worden sei. Der Einwand der Beklagten, das Landgericht hätte den Beklagten zu 2) von Amts wegen als Partei vernehmen müssen, greift nicht durch. Selbst wenn man unterstellt, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Aufklärung mit dem im Operationsbericht niedergelegten Inhalt spricht (§ 448 ZPO), liefe eine Parteivernehmung angesichts der Pauschalität des Beklagtenvortrags auf eine unzulässige Ausforschung hinaus.
cc) Ein weiterer Aufklärungsmangel ist mit dem Landgericht darin zu erblicken, dass der Klägerin das Risiko einer postoperativen Implantatverlagerung nicht hinreichend verdeutlicht worden ist. Dass eine solche Aufklärung stattgefunden hat, behaupten die Beklagten selbst nicht. Stattdessen ziehen sie in Zweifel, dass sich aus dem Gutachten des Sachverständigen …… eine Aufklärungsbedürftigkeit ableiten lasse. Dieser Einwand ist unberechtigt.
Wie …… überzeugend ausgeführt hat, birgt die subpectorale Implantateinlage das Risiko einer ausgeprägten, kosmetisch beeinträchtigenden Verlagerung der Implantate in sich. Ein solcher Effekt war auch 2001 schon vorhersehbar. Die von …….. angeführte Studie, wonach die subpectorale Implantateinlage in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen bei einer Kontraktion des Musculus pectoralis eine kosmetisch beeinträchtigende moderate oder sogar schwere Deformität der Brust zur Folge hat, ist zwar im Jahr 2001 noch nicht veröffentlicht gewesen. Doch hat der Sachverständige ausgeführt, dass die Gefahr einer Implantatverschiebung bei Kontraktion des Musculus pectoralis 2001 schon bekannt gewesen sei. Da ein solcher Effekt für die Patientin eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen kann, ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass …….. sie dem Kreis derjenigen Umstände zugerechnet hat, die im Rahmen der präoperativen Selbstbestimmungsaufklärung genannt werden müssen.
b) Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung darüber hinausgehende Aufklärungsmängel andeutet, kann ihr nicht gefolgt werden.
aa) Die von ihr ins Feld geführte „Ausnahmesituation durch Sternum-Narbe“ begründet keine spezielle Aufklärungspflicht. Ein besonderes Risikopotenzial hat der Sachverständige …….. den Auswirkungen der 1976 durchgeführten Herz-operation nicht beigemessen. Dazu hat er erläutert, dass der Brustmuskel, unter den die Implantate gelegt werden, nicht am Sternum, sondern etwas weiter lateral ansetze. Auch der Zugang für die Implantate, so ……., werde nicht vom Sternum aus gelegt, sondern von der Seite. Vernarbungen auf Grund der Herzoperation seien eher im Bereich der Haut und des Unterhautgewebes zu erwarten als im Bereich der Muskelansätze. Deshalb wäre das aus der Herzoperation resultierende Risiko bei der Einbringung der Brustimplantate im Fall einer subglandulären Position sogar größer gewesen als bei der tatsächlich gewählten subpectoralen Lage.
bb) Der Senat hält die Ausführungen des Sachverständigen …….. für überzeugend. Es besteht keinerlei Anlass, die fachliche Eignung des Sachverständigen, der als Direktor der Klinik und Poliklinik für Frauenheilkunde und Geburtshilfe des U ……..M …… tätig ist, in Zweifel zu ziehen. Seine Darlegungen sind verständlich und widerspruchsfrei. Ihnen kann entnommen werden, dass er sich intensiv mit der in Rede stehenden Problematik befasst hat.

cc) Widerlegt ist auch der Einwand, es habe sich bei der subpectoralen Implantateinbringung um eine „damals neue Methode“ gehandelt; über diesen Umstand habe man sie, die Klägerin, in Kenntnis setzen müssen. Immerhin hat ……. in seiner Anhörung vor dem Landgericht am 19.10.2011 erläutert, dass sowohl die subpectorale als auch die subglanduläre Methode seit 20 Jahren üblich seien. Folglich war die subpectorale Implantateinbringung im Jahr 2001 bereits seit rund 10 Jahren gängige Praxis. Angesichts dessen hat eine Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt der Neulandmethode nicht bestanden.
c) Soweit nach dem oben Gesagten Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkte einer unzureichenden Selbstbestimmungsaufklärung in Betracht kommen, sind diese - anders als die auf einen Behandlungsfehler gestützten Schadensersatzansprüche - nicht verjährt.
aa) Bei Schadensersatzansprüchen wegen Aufklärungsmängeln beginnt die Verjährung in der Regel nicht schon dann, wenn der nicht aufgeklärte Patient einen Schaden auf Grund der medizinischen Behandlung feststellt. Hinzutreten muss vielmehr die Kenntnis, dass der Schaden nicht auf einem Behandlungsfehler beruht, sondern eine spezifische Komplikation der medizinischen Behandlung ist, über die der Patient hätte aufgeklärt werden müssen (vgl. BGH, NJW 2007, S. 217, 220, Tz. 23 m. w. N.).
bb) Nach diesen Vorgaben kommt der Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus einem Aufklärungsmangel so lange nicht in Betracht, wie der Patient bestimmte Komplikationen auf Grund konkreter tatsächlicher Anknüpfungspunkte laienhaft als Resultat eines Behandlungsfehlers ansieht. Entgegen der Auffassung der Beklagten verbietet es sich deshalb, die Komplexe „Behandlungsfehler“ und „Aufklärungsfehler“ in einer Gesamtschau zu betrachten und hinsichtlich des Verjährungsbeginns einheitlich zu würdigen.
Dass die Klägerin bis Ende 2003 ihre postoperativen Beschwerden mit einem Aufklärungsmangel statt mit einem Behandlungsfehler in Verbindung gebracht hat, ist nicht nachgewiesen. Wie ausgeführt, ergibt sich aus ihren an die Schlichtungsstelle gerichteten Erklärungen in Verbindung mit ihrem Prozessvortrag höchstens eine Kenntnis dahin, dass die Brustimplantate am 21.09.2001 fehlerhaft eingebracht worden sind. Wann die Klägerin erstmals erfahren hat, dass die aufgetretenen postoperativen Komplikationen nicht auf einen Behandlungsfehler zurückgehen, sondern Ausdruck eines Risikos sind, das auch fachgerechten Operationen innewohnt, steht nicht fest. Speziell hinsichtlich des Risikos von Folgeeingriffen hat die Klägerin sogar explizit und substanziiert vorgetragen, sie habe erst durch die Einsichtnahme in den Operationsbericht im04.2005 erfahren, dass der Beklagte zu 2) bereits vor dem Wechsel der Brustimplantate mit der Möglichkeit von Nachoperationen gerechnet habe. Stellt man für den Beginn der Verjährung auf diesen Zeitpunkt ab, ist die Klage vor Ablauf der Verjährungsfrist erhoben worden.
d) Gleichwohl sind die Beklagten auch unter dem Aspekt einer mangelhaften Selbstbestimmungsaufklärung nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Sie dringen mit ihrem Einwand durch, die Klägerin hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Operation vom 21.09.2001 eingewilligt.
aa) Allerdings hat das Landgericht sein Urteil noch zu Unrecht auf den Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung gestützt.
(1) Das Gericht darf eine hypothetische Einwilligung nicht von Amts wegen prüfen. Vielmehr trifft den Arzt insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Erst wenn die Behandlungsseite substanziiert vorgetragen hat, dass der Patient den Eingriff bei ordnungsgemäßer Aufklärung in der gleichen Weise hätte durchführen lassen, muss der Patient darlegen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt darüber befunden hätte, ob er den tatsächlich durchgeführten Eingriff vornehmen lassen sollte (vgl. BGH, NJW 2009, S. 1209, 1211, Tz. 22; Senat, Urteil vom 04.07.2007, Az.: 5 U 106/06, Tz. 26, zitiert nach juris, jeweils m. w. N.).
(2) Nach diesem Maßstab durfte das Landgericht keine hypothetische Einwilligung zugrunde legen. Ein ausdrücklicher Vortrag findet sich dazu in der ersten Instanz nicht. Allein der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 15.09.2009 bezweifelt, dass die Klägerin sich in Kenntnis des Risikos einer Verschiebung der Brustimplantate bei Kontraktion des Musculus pectoralis tatsächlich gegen die subpectorale Implantateinlage entschieden hätte. Diese Erklärung hilft jedoch nicht über das Fehlen eines entsprechenden Parteivortrags hinweg.
Die Auffassung der Beklagten, sie hätten die Äußerungen des Sachverständigen stillschweigend übernommen und damit den Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben, vermag nicht zu überzeugen. Nach Ansicht des Senats lässt sie sich insbesondere nicht auf die Judikatur des Bundesgerichtshofs stützen, wonach eine Partei sich die bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretenden ihr günstigen Umstände regelmäßig zumindest hilfsweise zu eigen macht (vgl. BGH, NJW-RR 2010, S. 495, Tz. 5 m. w. N.).
(a) Richtig ist, dass die zitierten Ausführungen des Sachverständigen mit der in dem Gutachten niedergelegten Begründung als Einwand der hypothetischen Einwilligung zu verstehen wären, wenn die Behandlerseite sie vorgetragen hätte. Indes können die besagten Meinungsäußerungen des Sachverständigen nicht als „bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretende […] Umstände“ im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung qualifiziert werden. Diese Wendung umfasst lediglich Tatsachen und - durch eine spezielle Sachkunde ermöglichte - Schlussfolgerungen oder Wertungen. Anderenfalls wären sämtliche

Äußerungen, die ein gerichtlich bestellter Sachverständiger im Rahmen eines Rechtsstreits kundtut, geeignet, ohne ausdrückliche Bezugnahme zum Parteivortrag zu werden, und zwar auch solche Äußerungen, die keinerlei Zusammenhang mit dem Beweisthema aufweisen.
(b) Dass der Bundesgerichtshof derartige Konsequenzen in Kauf nehmen will oder sogar befürwortet, ist weder den von den Beklagten ins Feld geführten Judikaten zu entnehmen noch sonst ersichtlich. Das von den Beklagten zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.01.1991 - Az.: VI ZR 102/90 - weist sogar in die gegenteilige Richtung. Danach verdient der Grundsatz, wonach eine Partei sich die bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretenden Umstände, soweit sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind, hilfsweise zu eigen macht, im Arzthaftungsprozess besondere Beachtung. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof an, dass der Patient im Allgemeinen die medizinischen Vorgänge und Zusammenhänge nur unvollkommen überblicke und deshalb in gewissem Umfang darauf angewiesen sei, dass der Sachverhalt durch Einholung eines Sachverständigengutachtens aufbereitet werde. Vielfach werde sich die genauere Problemstellung erst aus dem Sachverständigengutachten ergeben. Häufig könnten die Parteien erst auf dieser Grundlage ihr Vorbingen präzisieren. Dann aber liege es umso näher, dass der Patient Umstände, „die bei einer sachverständigen Beurteilung zu seinen Gunsten hervortreten“, auch ohne dahingehende ausdrückliche Erklärung in sein Klagevorbringen aufnehme (NJW 1991, S. 1541, 1542). Wie die soeben wörtlich zitierte Passage verdeutlicht, geht es dem Bundesgerichtshof um das Ergebnis der sachverständigen Beurteilung. Die in der vorliegenden Gestaltung vom Sachverständigen niedergelegten Mutmaßungen dazu, ob die Klägerin sich durch eine ordnungsgemäße Aufklärung von der Operation hätte abhalten lassen, haben aber mit einer sachverständigen Beurteilung im eigentlichen Sinne nichts zu tun. Sie stellen eine schlichte Meinungsäußerung zu einer Frage dar, die ohne medizinische Sachkunde zu beantworten ist.
bb) In der zweiten Instanz haben die Beklagten den Einwand der hypothetischen Einwilligung ausdrücklich erhoben. In diesem Zusammenhang haben sie explizit auf die besagten Erwägungen des Sachverständigen …… verwiesen, wonach die Klägerin sich nach Aktenlage wegen akuter Schmerzen an den Beklagten zu 2) gewandt hatte und man ihr in der damaligen Situation keine Alternative zu einer submuskulären Einlage der Implantate hätte anbieten können. Dieser Vortrag stellt sich zwar als ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO dar (vgl. BGH, NJW 2009, S. 1209, 1211, Tz. 22). Unter den konkreten Umständen war er jedoch zuzulassen. Denn es beruht nicht auf der Nachlässigkeit der Beklagten, dass sie den Einwand der hypothetischen Einwilligung vor dem Landgericht nicht explizit geltend gemacht haben (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).
Die Beklagten haben im Berufungsverfahren vorgetragen, das Landgericht habe während der Anhörung der Klägerin zu verstehen gegeben, dass es dem Gesichtspunkt einer hypothetischen Einwilligung beziehungsweise eines Entscheidungskonflikts im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung - gleichsam von Amts wegen - Rechnung tragen werde. Der Senat hält diese Darstellung für glaubhaft, nachdem er dienstliche Äußerungen der in der ersten Instanz beteiligten Richter eingeholt hat.
(1) So hat insbesondere der Vorsitzende Richter, der die damalige Verhandlung geleitet hat, in seiner dienstlichen Äußerung erklärt, die Anhörung der Klägerin habe unter anderem dem Zweck gedient, der Kammer einen Eindruck davon zu vermitteln, inwieweit die Klägerin bei einer vollständigen Unterrichtung über die aufklärungsbedürftigen Risiken bereit gewesen wäre, sich nach der von dem Beklagten zu 2) vorgeschlagenen Methode operieren zu lassen. Insgesamt habe die Abklärung einer eventuellen hypothetischen Einwilligung einen wichtigen Gesichtspunkt bei der Sachbehandlung und Anhörung der Klägerin gebildet. Es sei deshalb mit Sicherheit davon auszugehen, dass diese Frage im Rahmen der mündlichen Verhandlung angesprochen worden seien.
(2) Die beisitzenden Richter der Kammer haben erklärt, sie könnten sich nicht daran erinnern, ob und gegebenenfalls wie umfassend die Problematik einer hypothetischen Einwilligung in der Sitzung erörtert worden sei. Ergänzend hat der damalige Berichterstatter ausgeführt, seines Erachtens hätten nach der Anhörung der Klägerin keinerlei Zweifel mehr daran bestanden, dass die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung zu bejahen seien. Für ihn sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagten sich dieses Ergebnis nicht zu eigen gemacht haben sollten.
(3) Angesichts der zitierten dienstlichen Äußerungen ist der Senat davon überzeugt, dass den Beklagten in der Sitzung vor dem Landgericht tatsächlich der Eindruck vermittelt worden ist, die Kammer werde sich auch ohne den ausdrücklichen Einwand der hypothetischen Einwilligung mit der Frage auseinandersetzen, ob die Klägerin sich seinerzeit selbst im Fall einer vollständigen präoperativen Aufklärung mit der subpectoralen Implantateinbringung einverstanden erklärt hätte. Unter einer solchen Prämisse kann es nicht als fahrlässig angesehen werden, dass die Beklagten sich nicht mehr explizit auf eine hypothetische Einwilligung der Klägerin berufen haben.
cc) Der Einwand der hypothetischen Einwilligung, den die Beklagten in der zweiten Instanz erhoben haben, greift in der vorliegenden Gestaltung durch.
(1) Eine unterlassene oder unvollständige Aufklärung führt nicht zu einer Haftung der Behandlungsseite, wenn der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den konkreten Eingriff eingewilligt hätte. Den Arzt trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Er ist mit dem Beweis für seine Behauptung, dass

der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde, allerdings nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er, wären ihm die Risiken der Behandlung hinreichend verdeutlicht worden, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substanziierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BGH, NJW 2007, S. 2771, 2772, Tz. 17 m. w. N.).
(2) Der Klägerin ist es im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Senat nicht gelungen, einen derartigen Entscheidungskonflikt plausibel zu machen.
(a) Sie hat dem Senat geschildert, dass der Beklagte zu 2) ihr in der Vorbesprechung am 16.08.2001 als einzigen praktikablen Weg eine Entfernung der subglandulär liegenden Brustimplantate und eine subpectorale Einbringung neuer Implantate vorgestellt habe. Dabei hat sie anschaulich beschrieben, dass sie der genannten Methode sehr skeptisch gegenübergestanden habe. Sie habe anfänglich geglaubt, der Muskel würde aufgeschnitten und die Implantate würden in eine Art Tasche gelegt werden. Sie habe bezweifelt, dass ein solches Vorgehen bei ihr überhaupt möglich sei. Dann habe der Beklagte zu 2) ihr aber vor Augen geführt, dass die vorhandenen Implantate die Haut durchscheuern könnten, wenn sie den Eingriff nicht durchführen lasse. Schließlich habe sie der Operation aus Angst vor einer solchen Komplikation zugestimmt.
(b) Die Informationen, die die Klägerin ihrer eigenen Schilderung zufolge während der Vorbesprechung am 16.08.2001 erhalten hat, erscheinen im Wesentlichen zutreffend.
(aa) Der Sachverständige …….. hat bestätigt, dass die subpectorale Positionierung der Brustimplantate in der Situation, in der sich die Klägerin im09.2001 befunden hat, letztlich die einzige medizinisch sinnvolle Methode gewesen sei. Bei der Klägerin, so …….., hätten schwierige Brustverhältnisse geherrscht. Insbesondere habe sich der Brustdrüsen- und Subkutangewebemantel im linken oberen äußeren Quadranten sehr dünn dargestellt. Unter derartigen Umständen sei das Risiko einer Kapselfibrose bei einer subglandulären Implantateinlage wesentlich größer als bei einer subpectoralen Implantatpositionierung. Mehrere Studien bestätigten, dass die Gefahr einer Kapselfibrose durch subpectorale Implantate deutlich gesenkt werden könne, je nach Studie um bis zu 70%. Im Fall einer Kapselfibrose hätte wiederum durch den dünnen Brustdrüsen- und Subkutangewebemantel ein deutlich erhöhtes Risiko für eine Gewebenekrose (Absterben des Gewebes unter Druck) bestanden. Dieses Risiko wäre bei einer subglandulären Implantateinlage durch den chronischen Nikotinabusus der Klägerin noch einmal gesteigert worden. Die Konsequenz einer Gewebenekrose hätte eine Entfernung der darüber liegenden Haut sein können.
Außerdem, so ……. in seiner Anhörung vor dem Landgericht, sei der von der Klägerin geschilderte Hinweis des Beklagten zu 2), wonach eine Perforation der Haut gedroht habe, medizinisch plausibel. Tatsächlich könnten sich die Implantate bei nicht ausreichendem Unterhautgewebe langsam in Richtung Haut vorarbeiten und schließlich durch die Haut durchbrechen.
(bb) Diese Erläuterungen des Sachverständigen sind ohne weiteres nachvollziehbar und überzeugend. Sie werden durch die Krankenunterlagen, namentlich durch die Eintragungen in der Patientenkartei vom 16.08.2001 und durch den Bericht über die Operation vom 21.09.2001, untermauert. Sie belegen, dass die Klägerin sich 2001 mit den subglandulär liegenden Brustimplantaten in einer problematischen Situation befunden hat, die tatsächlich mit der konkreten Gefahr einer Hautperforation verbunden gewesen ist und eine Verlagerung der Implantate unter den Muskel indiziert hat.
(c) Soweit die Klägerin (erstmals) in ihrer Anhörung vor dem Senat ausgeführt hat, sie habe nach den Äußerungen des Beklagten zu 2) in der Vorbesprechung am 16.08.2001 geglaubt, sie müsse sterben, wenn die Implantate die Haut durchscheuerten, misst der Senat dem keine rechtliche Bedeutung bei. Die Klägerin hat keineswegs behauptet, dass der Beklagte zu 2) Derartiges erklärt habe, sondern wollte erkennbar nur umschreiben, was sie sich seinerzeit selbst als schlimmstes Szenario ausgemalt habe. Dabei hat sie den Beklagten zu 2) mit den Worten zitiert, wenn die Implantate die Haut durchscheuerten, könne ihr keiner mehr helfen. Ob dieser Satz so gefallen ist, kann dahingestellt bleiben. In keinem Fall hat der Beklagte zu 2) im08.2001 mehr getan, als der Klägerin ihre - auch nach Einschätzung des Sachverständigen …….. - besorgniserregende Situation zu verdeutlichen. Das ist nicht zu beanstanden.
(d) In der beschriebenen Situation hat die Klägerin ihre Bedenken gegen eine subpectorale Implantatpositionierung hintangestellt und sich - wie sie selbst sagt - aus Angst für die von dem Beklagten zu 2) vorgeschlagene Operation entschieden. Dass sie unter derartigen Umständen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre, wenn sie vor dem Eingriff über das Risiko einer kosmetisch beeinträchtigenden postoperativen Implantatverlagerung oder über die Möglichkeit von Folgeoperationen unterrichtet worden wäre, erscheint dem Senat nicht nachvollziehbar.
(aa) In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin sich mit nicht unerheblichen Schmerzen im Brustbereich bei dem Beklagten zu 2) vorgestellt hat.
(?) Zwar hat sie vor dem Senat erklärt, sie habe 2001 kaum Schmerzen verspürt, keineswegs habe sie sich wegen einer Schmerzsymptomatik bei dem Beklagten zu 2) eingefunden; vielmehr habe der Termin lediglich der Kontrolle gedient. Dem Senat erscheint diese Darstellung jedoch nicht glaubhaft. Wenngleich sich nicht feststellen lässt, dass die Klägerin bewusst die Unwahrheit gesagt hat, besteht durchaus die

Möglichkeit, dass sich mit einem zeitlichen Abstand von mehr als 12 Jahren und nach diversen weiteren Behandlungen Erinnerungsdefizite eingestellt haben.
(?) Jedenfalls ergeben sich aus den Eintragungen, die der Beklagte zu 2) unter dem 16.08.2001 in der Patientenkarteikarte vorgenommen hat, deutliche Hinweise auf eine belastende Schmerzsymptomatik. Zum einen findet sich dort der Vermerk: „Progestogel/Volaren ohne Erfolg. Spürt jetzt ständig Schmerzen.“ Zum anderen ist in der Karteikarte festgehalten, dass die Klägerin sich nach einem ausführlichen Gespräch „wegen der Schmerzen“ zu einer Operation entschlossen habe.
Grundsätzlich kann das Gericht einer ordnungsgemäßen Dokumentation, die - wie hier - keinen Anhalt für Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bietet, Glauben schenken. Ihr kommt zugunsten der Behandlungsseite Indizwirkung zu (vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. D 202 m. w. N.). Das gilt hier umso mehr, als die Klägerin vor dem Landgericht selbst noch erläutert hat, ihr Frauenarzt habe ihr seinerzeit geraten, sich wegen der Schmerzen bei dem Beklagten zu 2) vorzustellen. Dieser habe ihr erklärt, die Beschwerden hingen mit den Implantaten zusammen.
(?) Vor diesem Hintergrund ist der Senat davon überzeugt, dass die Klägerin seinerzeit unter einer deutlichen Schmerzsymptomatik gelitten und sich durch die avisierte Operation Besserung erhofft hat. Hinzu kam die Angst vor einer Perforation der Haut.
(bb) Gemessen daran stellt sich die Gefahr einer kosmetischen Beeinträchtigung durch eine postoperative Implantatverschiebung als vergleichsweise geringe Beeinträchtigung dar. Weshalb gerade dieser Aspekt - allein oder in Verbindung mit einem Hinweis auf mögliche Folgeoperationen - für die Klägerin den Ausschlag hin zu einem ernsthaften Entscheidungskonflikt gegeben hätte, vermochte die Klägerin nicht plausibel zu erklären. Dass für sie kosmetische Aspekte in der konkreten Situation zweitrangig gewesen sind, belegt nicht zuletzt der Eintrag in der Patientenkarteikarte, wonach sie am 16.08.2001 darüber unterrichtet worden ist, dass eine „Delle“ in der Brust bleiben werde.
(cc) Ähnliches gilt hinsichtlich der Möglichkeit von Folgeoperationen. Nachdem die Klägerin sich vor dem in Rede stehenden Eingriff bereits mehreren Brustoperationen mit Prothesenimplantationen unterzogen hatte (1992: Brustimplantate beidseits zur Augmentation, 2000: Prothesenwechsel links und rechts), lag schon ohne einen besonderen Hinweis der Gedanke nicht fern, dass unter Umständen weitere Eingriffe folgen könnten. Insofern hätte eine ausdrückliche Information in diese Richtung keine gänzlich neue Erkenntnis vermittelt. Weshalb eine derartige Aufklärung gleichwohl einen ernsthaften Entscheidungskonflikt begründet hätte, erschließt sich dem Senat nicht.
Das gilt auch unter Berücksichtigung ihrer Erklärung, sie hätte im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung, namentlich bei einer Belehrung über die Möglichkeit von Folgeoperationen, einen weiteren Arzt konsultiert. Wäre der Klägerin tatsächlich daran gelegen gewesen, eine zweite Meinung einzuholen, hätte ein solcher Schritt bereits ohne einen Hinweis auf eventuelle Folgeoperationen oder denkbare kosmetische Beeinträchtigungen nahegelegen. Immerhin hatte die Klägerin ihrer eigenen Darstellung zufolge erhebliche Vorbehalte gegen die von dem Beklagten zu 2) empfohlene subpectorale Implantatpositionierung. Da zwischen der Vorbesprechung am 16.08.2001 und der Operation am 21.09.2001 mehr als ein Monat gelegen hat, hat ihr genügend Zeit zur Verfügung gestanden, einen anderen Arzt zu konsultieren. Geschehen ist das, soweit ersichtlich, nicht. Dass gerade der Hinweis auf eventuelle Folgeoperationen zu einem anderen Ablauf geführt hätte, erscheint dem Senat nicht glaubhaft.
3.
Nach alledem sind die Beklagten der Klägerin nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Die Klägerin besitzt deshalb auch keinen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache besitzt keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

169. OLG Hamm, Urteil vom 18.03.2014 – I-26 U 81/13, 26 U 81/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht bei einer Vielzahl von geeigneten Operationsverfahren zur Behandlung eines Hallux Valgus

Leitsatz

1. Unter mehreren gleichwertigen Operationsverfahren, darf der Arzt diejenige wählen, die er am besten beherrscht. Für die Operation des Hallux Valgus hat sich noch kein Verfahren als "Golden Standard" durchgesetzt. Entscheidet sich der Arzt für das von ihm am besten beherrschte Operationsverfahren, ist er nicht verpflichtet, den Patienten über alternative Operationsverfahren aufzuklären.

2. Auch unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts wäre der fachunkundige Patient mit einer solchen Auswahl-Entscheidung unter bis zu 200 Operationsverfahren überfordert.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 24.04.2013 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die Vollstreckung durch die Beklagten gegen Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die am .....1960 geborene Klägerin begehrt von den Beklagten wegen vermeintlicher orthopädischer Behandlungsfehler im Rahmen einer Hallux-Valgus-Operation in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 25.000 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht.
Die Klägerin, die unter einem Schiefstand der großen Zehen beider Füße (Hallux Valgus) litt, ließ sich im Rahmen eines stationären Aufenthaltes im Krankenhaus der Beklagten zu 1) vom 04. bis zum 07.03.2008 durch den Beklagten zu 2) am rechten Fuß im Wege der distalen Osteotomie nach Chevron behandeln. Der Folgezeit bildete sich bei der Klägerin ein Rezidiv.
Die Parteien haben erstinstanzlich insbesondere darüber gestritten, ob allein eine proximale Osteotomie indiziert gewesen sei, ferner ob die stattdessen gewählte distale Operationsmethode lege artis durchgeführt worden sei. Ferner hat die Klägerin geltend gemacht, dass Ihre Einwilligung in den Eingriff unwirksam sei, weil sie über die unterschiedlichen Operationsmethoden und die Vorzugswürdigkeit der proximale Methode nicht aufgeklärt worden sei.
Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Prof. Dr. N nebst mündliche Erläuterung abgewiesen.
Behandlungsfehler seien nicht festzustellen. Die Operation sei indiziert gewesen. Die gewählte Methode unterfalle bei den gegebenen Winkelverhältnissen dem Ermessen des Operateurs. Sie sei lege artis durchgeführt worden; die erreichte Winkelkorrektur liege dabei im Toleranzbereich. Die von der Klägerin ansonsten gerügten Beeinträchtigungen seien als schicksalhafte Komplikationen zu bewerten.
Die Aufklärung sei angesichts der beabsichtigten Vorgehensweise ausreichend gewesen.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die das erstinstanzliche Begehren weiter verfolgt.
Sie macht weiterhin geltend, dass bei dem bei ihr vorliegenden Intermetatarsalwinkel von mehr als 15 Grad - hier 17 Grad - die zudem auch risikoärmere körpernahe (proximale) Osteotomie indiziert und die risikoreichere körperferne (distale) Osteotomie kontraindiziert und unnütz gewesen sei. Sie behauptet darüber hinaus, dass die Reduzierung der Fehlstellung auf nur 14 Grad Intermetatarsalwinkel fehlerhaft sei. Gegebenenfalls hätte eine kombinierte Operation (körpernah und körperfern) zu einem normalen Intermetatarsalwinkel von 5 - 8 Grad geführt, was das Rezidiv vermieden hätte. Über diese Möglichkeit hätte sie aufgeklärt werden müssen. Sie hätte sich dann für die kombinierte Methode entschieden.
Die Klägerin beantragt,
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, dass indes nicht unter 25.000,00 EUR liegen sollte, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus ab Rechtshängigkeit;
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen weiteren materiellen wie immateriellen Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus der Fehlbehandlung in dem Zeitraum vom 04.03.bis 07.03.2008 entstanden ist oder noch entstehen wird, sofern die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.
Die Operation sei indiziert gewesen, die Methode fachgerecht ausgewählt und die Operation lege artis ausgeführt worden. Die Herstellung eines normalen Winkels wäre durch eine kombinierte Vorgehensweise (körpernahe und körperfern) nicht zu erreichen gewesen.
Die Klägerin sei auch hinreichend über die Risiken aufgeklärt worden. Über die Art der Osteotomie sei nicht aufzuklären gewesen, weil die Wahl der Methode Sache des Operateurs gewesen sei und eine echte Alternative insoweit auch nicht vorgelegen habe. Die Beklagten berufen sich auf eine hypothetische Einwilligung.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des orthopädischen Sachverständigen Prof. Dr. N. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 18.03.2014 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 unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche stehen ihr nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. N und seine überzeugenden Ausführungen bei der Anhörung vor dem Senat.
1. Ansprüche ergeben sich insbesondere nicht wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2 BGB. Denn es lässt sich auf der Basis der überzeugenden Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht feststellen, dass den Beklagten derartige Fehler unterlaufen sind. Insbesondere gilt zu den Einwendungen in der Berufungsinstanz:
a. Die von dem Beklagten zu 2) gewählte körperferne Osteotomie war nicht kontraindiziert.
Die Wahl der Behandlungsmethode ist bei mehreren lege artis bestehenden Möglichkeiten grundsätzlich Sache des Arztes (Steffen/Pauge; Arzthaftungsrecht, 12. Auflage, Rdn.443 m.w.N.).
Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen gibt es vorliegend für die Hallux Valgus - Behandlung angesichts einer Vielzahl von 150 - 200 Operationsverfahren kein einheitliches Behandlungskonzept, insbesondere keinen "Goldstandard". Bei der Wahl der konkreten Methode kommt es sodann nicht nur auf den Winkel zwischen dem 1. und 2. Mittelfußknochen an, sondern auch auf den sonstigen klinischen Befund. Insbesondere aber ist die Erfahrung des Operateurs von entscheidender Bedeutung.
Hier hat ein Intermetatarsalwinkel von 17 Grad vorgelegen. In der medizinischen Literatur gibt es für diesen Bereich unterschiedliche Auffassungen darüber, ob eher körperfern oder eher körpernah operiert werden sollte. Dementsprechend erscheint plausibel, dass der Sachverständige den vorliegenden Fall als im Grenzbereich anzusiedeln bewertet hat. Schon von daher lässt sich nicht positiv feststellen, dass die gewählte Methode außerhalb des medizinischen Standards gelegen hat. Es bestehen darüber hinaus auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der klinische Befund gegen die Anwendung der körperfernen Methode gesprochen hat. Wenn dann der Beklagte zu 2) die Methode gewählt hat, die ihm nach seiner Erfahrung und seinen Fähigkeiten als am Erfolg versprechendsten erschienen ist, ist das nicht zu beanstanden.
Dem steht nicht entgegen, dass es seit 2012 eine orthopädische Leitlinie gibt, die bei mehr als 15 Grad die körpernahe Vorgehensweise empfiehlt. Denn der Sachverständige hat darauf hingewiesen, dass es sich nur um eine Empfehlung handelt, während von vielen namhaften Operateuren körperferne Methoden angewendet werden. Das erscheint insbesondere vor dem Hintergrund überzeugend, dass nicht nur der Winkelgrad entscheidend ist, sondern die bereits genannten weiteren Umstände ebenfalls maßgeblichen Anspruch Entscheidungsfindung haben.
Ein Behandlungsfehler in Form einer falschen Wahl der Operationsmethode ist demnach nicht festzustellen.
b. Auch bei der Durchführung der Operation sind den Beklagten zu 2) keine Behandlungsfehler unterlaufen.
aa. Ein Behandlungsfehler liegt nicht darin, dass das Ergebnis der Operation eine Reduzierung der Fehlstellung auf nur 14° Intermetatarsalwinkel gewesen ist.
Zwar hat der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht erklärt, dass er sich eine weitergehende Korrektur gewünscht hätte. Er hat aber zugleich auch angegeben, dass der erreichte Winkelgrad im Toleranzbereich liege. Schon von daher würde sich ein Unterschreiten des medizinischen Standards nicht feststellen lassen. Entscheidend ist jedoch, dass der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat überzeugend erläutert hat, dass intraoperativ eine verlässliche Winkelbestimmung gar nicht möglich ist, weil der Patient anders als bei den präoperativen Messungen nicht steht und damit den Fuß nicht belastet. Die Winkelgrade sind danach intraoperativ nicht zu beurteilen.
Eine weitergehende Korrektur wäre danach wünschenswert gewesen; das Nichterreichen stellt sich aber nicht als fehlerhaft dar.
bb. Dem Beklagten zu 2) ist auch nicht anzulasten, dass er intraoperativ nicht auf eine zusätzliche körpernahe Korrektur umgeschwenkt hat.
Der Senat folgt dem Sachverständigen darin, dass eine solche Änderung der Operation zwar möglich gewesen wäre, ihr Unterlassen aber nicht als fehlerhaft anzusehen ist. Insoweit gelten die zu aa. erfolgten Ausführungen. Auch ein Umschwenken auf eine andere Operationsmethode hätte das grundsätzliche Problem der nicht beurteilbaren Winkelstellung nicht beeinflusst.

Selbst wenn der Senat - hier ausdrücklich nur unterstellt - davon ausgehen wollte, dass ein Wechsel der Operationsmethode zu fordern gewesen ist, lässt sich nicht feststellen, dass das Unterlassen ursächlich gewesen ist. Der Sachverständige hat plausibel darauf hingewiesen, dass der weitere Verlauf bei einem Methodenwechsel spekulativ gewesen wäre. Es spricht sogar mehr dafür, dass ein Wechsel keine positiven Auswirkung gehabt hätte. Denn tatsächlich ist das Rezidiv anderweitig aufgetreten, während sich der Intermetatarsalwinkel sogar von 14° auf bessere 12° verringert hat.
2. Die Beklagten haften auch nicht etwa gem. den §§ 823, 253 Abs.2, 249 ff. BGB für sämtliche Folgen der Operation schon deshalb, weil die Operation mangels wirksamer Einwilligung des Klägers insgesamt rechtswidrig gewesen sein könnte.
Denn die Einwilligung ist wirksam gewesen.
a. Der Senat ist nach dem Ergebnis der Parteianhörung davon überzeugt, dass eine hinreichende Risikoaufklärung stattgefunden hat. Insbesondere ist die Klägerin ausreichend über das Rezidivrisiko aufgeklärt worden.
Unstreitig hat zumindest ein mündliches Aufklärungsgespräch mit dem Oberarzt Dr. O stattgefunden, bei dem auch das Rezidivrisiko zur Sprache gekommen ist. Streitig ist, ob das Risiko als bestehend dargestellt worden ist, oder ob es entsprechend der Erinnerung der Klägerin sogar negiert worden ist, indem die Möglichkeit des Fehlschlagens auf Nachfrage ausdrücklich in Abrede gestellt worden ist.
Für den erforderlichen Hinweis auf das bestehende Risiko sprechen die Angaben in dem Arztbrief vom 22.02.2008 an die Hausärztin der Klägerin, wonach auch über die Risiken gesprochen worden ist. Das Schreiben enthält auch nach den Angaben der Klägerin bei ihrer Anhörung durch den Senat im Übrigen eine zutreffende Schilderung des Aufklärungsgesprächs (mit Ausnahme der Angabe des Stockwerks ihrer Wohnung und des vermeintlich nicht bestehenden Misserfolgsrisikos). Hinzu kommt, dass das Rezidivrisiko nach den Angaben des Sachverständigen in dem Mantelbogen der Aufklärungsurkunde angegeben ist. Dieser Mantelbogen wurde nach den Angaben des Beklagten zu 2) immer dem Patienten mitgegeben. Dass im vorliegenden Fall einerseits atypisch der Mantelbogen nicht ausgehändigt worden sein soll und andererseits auch noch eine bewusst falsche Darstellung eines für den Behandler offensichtlichen Risikos erfolgt sein soll, erscheint in der Gesamtheit für den Senat nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist für eine bewusst fehlerhafte Darstellung der Risiken keinerlei Motivation ersichtlich. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Klägerin die für die Aufklärung wesentlichen Aspekte mittlerweile verdrängt und deshalb nicht mehr in ihrer Erinnerung hat.
b. Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen in Form unterschiedlicher Operationsmethode ist nicht erforderlich gewesen.
Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist über Behandlungsalternativen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nur aufzuklären, wenn es mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden gibt, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, mithin eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten besteht. Dann muss dem Patienten nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (vgl. BGH-Urteil v. 15.02.2005 - VI ZR 313/03 --Veröffentlichung unter Rz.10).
Derartige aufklärungsbedürftig Alternativen haben vorliegend nicht bestanden. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung klargestellt, dass sowohl die körpernahen als auch die körperfernen Operationsmethoden gleichwertig sind und maßgeblich vom Können des Operateurs abhängen. Dementsprechend hat der Sachverständige aus medizinischer Sicht gemeint, dass der Arzt selber danach zu entscheiden habe, welche Methode er am besten beherrscht. Dem ist aus juristischer Sicht zuzustimmen. Bei der gegebenen Vielzahl der Operationsmöglichkeiten und gleichen Chancen und Risiken, die nach den Erläuterungen des Sachverständigen vor dem Senat auch hinsichtlich des Rezidivrisikos bestehen, ist ein Patient als Fachunkundiger mit einer solchen Entscheidung überfordert. Insbesondere ist er nicht in der Lage, dass maßgebliche Können des Operateurs zu beurteilen. Die Frage fällt deshalb nicht in den Bereich, der dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vorbehalten bleiben kann und muss.
Dasselbe gilt für die Möglichkeit einer von vorne herein gewählten Methodenkombination oder einer intraoperativen Umstellung der Operationsmethode. In beiden Fällen greifen die Umstände, die schon der Aufklärungspflicht für jede einzelne Methode entgegenstehen. Insbesondere sind die Chancen der Osteotomie durch eine intraoperative Umstellung nicht größer, weil zu diesem Zeitpunkt wie oben ausgeführt die Winkelstellung nicht hinreichend beurteilbar ist.
Die Aufklärung ist damit nicht zu beanstanden.
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, 713, 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.

170. OLG Köln, Beschluss vom 17.03.2014 – I-5 U 124/13, 5 U 124/13 – * Sachverständigenablehnung im Arzthaftungsprozess: Befangenheitsbesorgnis wegen Bezeichnung des Beklagten als „Kollege“

Orientierungssatz

Bezeichnet der Sachverständige in einem Arzthaftungsprozess den Beklagten als „Kollege“, so ist die Bezeichnung im Verhältnis zwischen Ärzten sachlich zutreffend und bietet aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei keinen Anlass, an eine Voreingenommenheit des Sachverständigen zu denken.

Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 14.08.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 67/12 - 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 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Kläger stehen die klageweise geltend gemachten Ansprüche nicht zu, denn er hat durch die Beklagten begangene Behandlungsfehler nicht bewiesen. Auch die Feststellungsklage hat keinen Erfolg.

Nicht zu beanstanden ist zunächst die Feststellung des Landgerichts, es sei nicht erwiesen, dass die durch den Beklagten zu 2) am 06.07.2007 durchgeführten Operation nicht lege artis erfolgt ist. Der Sachverständige Prof. Dr. L, der als ärztlicher Direktor einer Klinik für Orthopädie zur Beantwortung der an ihn gestellten Beweisfragen fachlich berufen ist, hat nach sorgfältiger Auswertung der Behandlungsdokumentation, insbesondere des Operationsberichtes vom 06.07.2007 und Sichtung der Röntgenbilder Behandlungsfehler des Beklagten zu 2) nicht feststellen können. Er ist vielmehr in einer auch den Senat überzeugenden Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass die durchgeführte Operation mit Ausbau der gelockerten Prothese, der Versorgung der Fraktur mittels Osteosynthese und Drahtcerclagen sowie der Verwendung einer längeren Stielprothese zementiert dem gängigen Standard entsprochen habe. Die Prothesenspitze habe deutlich über die Fraktur hinausgeragt und die am 26.11.2007 angefertigte Röntgenaufnahme habe einen korrekten Prothesensitz gezeigt. Auch im Rahmen seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige auf erneutes Nachfragen bestätigt, dass das Röntgenbild vom 26.11.2008 einen geraden Sitz der Prothese zeige und der Zementköcher zu diesem Zeitpunkt noch nicht gerissen war.

Die mit der Berufungsbegründung gegen die Person des Sachverständigen und seine fachlichen Ausführung geltend gemachten Einwände greifen nicht durch. Ohne Erfolg bleibt die erstmals mit der Berufung erhobene Rüge mangelnder Unvoreingenommenheit des Sachverständigen. Sollte das Vorbringen als Ablehnung des Sachverständigen als befangen zu verstehen sein, dürfte ein entsprechender Antrag bereits nicht unverzüglich gestellt und damit verspätet sein (vgl. hierzu Zöller-Greger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 29. Auflage, § 406 ZPO, Rz. 11). Darüber hinaus rechtfertigen die mit der Berufungsbegründung vorgetragenen Gründe eine Ablehnung des Sachverständigen aber auch in keiner Weise. Entgegen der Auffassung des Klägers deutet der Hinweis des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten, ein Aktenvermerk des Beklagten zu 1) lasse auf eine problematische Arzt-/Patientenbeziehung schließen, nicht auf eine Voreingenommenheit des Sachverständigen hin. Der Sachverständige hatte sich in Bezug auf die klägerseits erhobene Rüge unzureichender Nachbehandlung durch den Beklagten zu 1) mit dem Verlauf der Behandlung nach den Operationen vom 20.06. und 06.07.2007 auseinanderzusetzen. In diesem Zusammenhang waren Eintragungen in der Behandlungsdokumentation relevant, nach denen der Kläger mehrfach eine erneute Vorstellung bei dem Beklagten zu 1) als seinem behandelnden Orthopäden abgelehnt hatte. Der Sachverständige hat hieraus durchaus nachvollziehbar auf eine problematische Arzt-/Patientenbeziehung geschlossen, ohne indes damit irgendeine Verantwortlichkeit der einen oder anderen Seite zu beschreiben. Der Sachverständige hatte auch keine Veranlassung, den Kläger während der Untersuchung am 15.10.2012 zur dieser Frage anzuhören. Dies wäre für den Fall, dass die Frage rechtliche Relevanz gehabt hätte - was sie im Ergebnis nicht hatte - Aufgabe der Kammer gewesen. Nicht folgen kann der Senat auch der Auffassung des Klägers, die Bezeichnung des Beklagten zu 1) durch den Sachverständigen als "Kollege" lasse auf mangelnde Neutralität und eine "gewisse Solidarität" schließen. Die Bezeichnung "Kollege" ist im Verhältnis zwischen Ärzten sachlich zutreffend und bietet aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei keinen Anlass, an eine Voreingenommenheit des Sachverständigen etwa aufgrund persönlicher Nähe zum Beklagten zu denken. Sollte bei dem Kläger dennoch ein anderer Eindruck entstanden sein, darf ihm durch den Senat versichert sein, dass es ist in Arzthaftungs-

prozessen vollkommen üblich ist und nichts Ungewöhnliches darstellt, dass ein medizinischer Sachverständiger einen Arzt, sei er am Prozess als Zeuge oder als Partei beteiligt, anstelle seines Namens mit "Kollege" anspricht.
Der Kläger dringt auch mit seinen sachlichen Einwendungen gegen das Gutachten nicht durch. Entgegen den Ausführungen in der Berufungsbegründung ist der Sachverständige nicht von einer unzutreffenden Operationsindikation ausgegangen. Prof. Dr. L hat in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, der Kläger habe sich nach der Operation vom 20.06.2007 eine periprothetische Fraktur zugezogen. Diese Fraktur sei mit Prothesenentfernung, Frakturreposition, Osteosynthese mit Cerclagen und Implantation einer zementierten Femurprothese angegangen worden (Seite 14 des Gutachtens vom 11.12.2012, Bl. 157 d.A.). Soweit der Sachverständige weiter davon ausgegangen ist, die ausgebaute Prothese sei gelockert gewesen (vgl. Seite 15 des Gutachtens vom 11.12.2012), hat er dies zum einen nicht als einzige Operationsindikation benannt, sondern er hat insbesondere auf die zu behandelnde Fraktur durch Osteosynthese und Drahtcerclagen hingewiesen. Zum anderen ist auch ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die periprothetische Fraktur zu einer Lockerung der Prothese selbst geführt haben kann.
Soweit der Kläger behauptet, der Beklagte zu 2) habe die Prothese zu steil eingesetzt, hat er dies nicht bewiesen. Der Sachverständige Prof. Dr. L hat ausgeführt, aus der nach der Operation am 26.11.2007 angefertigten Röntgenaufnahme ergebe sich ein korrekter und gerader Prothesensitz. Hinreichende Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit dieser sachverständigen Ausführungen sprechen, zeigt die Berufung nicht auf. Der Kläger verweist lediglich auf eine Mitteilung von Prof. Dr. N, ärztlicher Direktor der chirurgischen Klinik und Poliklinik des Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikums C, nach der die Prothese zu steil eingesetzt und eine nicht mehr standardgemäße Operationstechnik angewendet worden sein soll. Eine privatgutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. N, die eine vom Gerichtsgutachten abweichende Beurteilung des medizinischen Sachverhaltes und eine profunde Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Prof. Dr. L enthalten würde, legt der Kläger nicht vor. Eine erneuten Beweiserhebung durch ergänzende Befragung des Sachverständigen Prof. Dr. L oder Einholung eines neuen Gutachtens zu der Frage einer inkorrekten Prothesenimplantation und einer nicht standardgemäßen Operationstechnik bedarf es daher nicht und wird mit der Berufungsbegründung auch nicht beantragt. Da von einem korrekten Prothesensitz auszugehen ist, bedarf es auch keiner weiteren sachverständige Aufklärung hinsichtlich der Frage, ob ein zu steiler Einbau der Prothese Ursache für eine klägerseits behauptete, nach der Operation am 06.07.2007 eingetretene weitere Fraktur am Schaftende sein kann.
Der Kläger dringt auch mit seinem Vorwurf, der Beklagte zu 1) habe eine Infektion im Bereich der rechten Hüfte nicht erkannt und behandelt, nicht durch. Der Sachverständige Prof. Dr. L hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, es sei im Nachhinein nicht mehr festzustellen, wann die Infektion entstanden und erkennbar geworden sei. Eine Erhebung weiterer Befunde zur Abklärung einer Infektion wäre nach Angaben des Sachverständigen dann vom Beklagten zu 1) zu fordern gewesen, wenn der Kläger permanent über massive Schmerzen geklagt hätte. Der Kläger hat weder in erster Instanz noch mit der Berufungsbegründung vorgetragen, er habe gegenüber dem Beklagten zu 1) permanent über massive Schmerzen geklagt. Soweit er in der mündliche Verhandlung durch seine Prozessbevollmächtigte hat erklären lassen, er habe permanent über Schmerzen geklagt, geht daraus schon nicht hinreichend hervor, dass über eine anhaltende Massivität der Schmerzen berichtet wurde, die nicht mehr mit den üblichen postoperativen Schmerzen in Zusammenhang zu bringen war, sondern an ein Infektionsgeschehen denken lassen musste. Darüber hinaus steht der Behauptung des darlegungs- und beweispflichtigen Klägers aber auch der Inhalt der Behandlungsdokumentation des Beklagten zu 1) entgegen. Danach stellte sich der Kläger in der Praxis des Beklagten am 24.08.2007, 18.09.2007, 26.11.2007 und 24.01.2008 vor und berichtete zwar nicht über eine Beschwerdefreiheit, jedoch immerhin über eine Besserung der Beschwerden im Bereich der rechten Hüfte. Die Angabe permanent massiver Schmerzen ist nicht dokumentiert. Der Kläger behauptet zwar, dass die Eintragungen nicht richtig seien. Konkrete Anhaltspunkte für eine Manipulation der Dokumentation trägt der Kläger jedoch nicht vor. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich.
Eine Vernehmung der durch den Kläger benannten Zeugin A. bedurfte und bedarf es nicht. Die Zeugin ist zu der Behauptung benannt, der Kläger habe zu keiner Zeit Beschwerdefreiheit geäußert. Hierauf kommt es indes nicht an, denn Anlass für ein weiteres Handeln des Beklagten zu 1) hätte - wie bereits ausgeführt - lediglich dann bestanden, wenn der Kläger gegenüber dem Beklagten zu 1) permanent über massive Schmerzen geklagt hätte.
Sonstige Umstände, die einen schadensursächlichen Behandlungsfehler des Beklagten zu 1) begründen könnten, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Kläger wurde laut Behandlungsdokumentation sowohl am 18.09.2007 als auch am 26.11.2007 darauf hingewiesen, seine Blutwerte beim Hausarzt routinemäßig kontrollieren zu lassen. Ferner wurde er mehrfach, auch telefonisch gebeten, sich zur Verlaufskontrolle beim Beklagten zu 1) oder beim Beklagten zu 2) vorzustellen, was er jedoch ablehnte. Eine Pflicht zur Überweisung des Klägers in die chirurgische Klinik zur Beinvermessung ist nicht erkennbar und selbst bei unterstellter Pflichtverletzung fehlt es an der Darlegung eines kausalen Schadens.
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).

171. OLG Koblenz, Beschluss vom 14.03.2014 – 5 U 9/14 – * Arzthaftung bei Geburtsschaden: Vertragliche oder deliktische Haftung im Rahmen wechselseitiger Vertretung unter Belegärzten bei der Entbindungsbetreuung im Krankenhaus

Leitsatz

1. Sucht eine Frau, die während der gesamten Schwangerschaft ambulant von einem Gynäkologen betreut wurde, der Belegarzt in einem Krankenhaus ist, die dortige Geburtsstation für die Entbindung auf, wo aufgrund einer Vertretungsregelung ein anderer Belegarzt tätig wird, kommt dadurch kein Vertrag mit dem vertretenden Arzt zustande.
2. Eine deliktische Haftung des Vertretungsarztes kann sich nur aus Ingerenz, Gewährübernahme oder bei einem Verstoß gegen § 323c StGB ergeben (hier verneint).

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 der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:

Gründe

1. Die Klägerin ist eine gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung. In dieser Eigenschaft hat sie zu Gunsten der am 17.11.1983 geborenen Nicole H. Leistungen erbracht. Nicole H. ist seit ihrer Geburt körperlich und geistig schwerstbehindert. Sie leidet unter einer Mikrocephalie, einer Tetraparese, zentraler Blindheit und Epilepsie. Ursache der Schädigung ist nach dem Vorbringen der Klägerin ein perinataler Sauerstoffmangel.
Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit gegenüber den Beklagten übergegangene Schadensersatzansprüche im Umfang von 319.849,02 € geltend gemacht und die Feststellung deren ergänzender Haftung begehrt. Die Beklagten zu 1., zu 2. und zu 3. sind die Erben Dr. W`s, der die Mutter von Nicole H. während der Schwangerschaft ärztlich versorgt hatte, bevor sie sich am 15.11.1983 gegen Mitternacht mit Wehen in das Krankenhaus begab, in dem Dr. W. als Belegarzt arbeitete. Zuvor hatte sie mit dessen Ehefrau Rücksprache gehalten. Dr. W. verließ das Krankenhaus am 16.11.1983 gegen 7.00 Uhr. Um diese Zeit trat der ebenfalls als Belegarzt tätige Beklagte zu 4. dort seinen Dienst an. Er führte anschließend eine Visite durch und sah dabei - seinem Vorbringen nach aus Anlass der Untersuchung einer seiner Patientinnen, die sich in demselben Zimmer befunden habe - die Mutter von Nicole H., ohne reaktionspflichtige Auffälligkeiten zu konstatieren.
Der Muttermund hatte sich mittlerweile auf 5 cm geöffnet und erschien weichrandig. Am Vortag waren ab 5.00 Uhr, 8.00 Uhr, 10.15 Uhr und ab 23.30 Uhr, als stärkere Wehen eingesetzt hatten und grünes Fruchtwasser abging, CTG's erstellt worden, die aus sich heraus ein pathologisches Geschehen nicht nahelegten, allerdings nach dem Dafürhalten der Klägerin zu kurz gehalten waren. Eindeutig kritisch waren demgegenüber weitere, am 17.11.1983 ab 8.00 Uhr, 10.00 Uhr und 11.45 Uhr gefertigte CTG's. Die Situation hatte die diensthabende Hebamme veranlasst, Dr. W. herbeizurufen, der um 11.40 Uhr im Kreißsaal eintraf. Nicole H. kam um 12.40 Uhr mit braunem Fruchtwasser und einer doppelten Nabelschnurumschlingung auf die Welt. Die Apgar - Werte waren 1 - 2 - 5. Nicole H. musste beatmet werden und hatte Krampfanfälle.
Die Einstandspflicht, die die Klägerin gegenüber den Beklagten zu 1., zu 2. und zu 3. Als Erben Dr. W`s reklamiert hat, war Gegenstand eines in erster Instanz geschlossenen Vergleichs, in dessen Folge der Rechtsstreit allein gegenüber dem Beklagten zu 4. fortgeführt worden ist. Die Klägerin hat ihm vorgehalten, in Kenntnis des Geschehens vom 16. und 17.11.1983 erforderliche Befundehebungen und die gebotene rasche Einleitung der Geburt versäumt zu haben. Er sei - aufgrund einer Absprache mit Dr. W. und aufgrund seines eigenverantwortlichen Auftretens gegenüber der Mutter von Nicole H. - haftbar.
Das Landgericht ist dem in seinem Urteil, auf das zur näheren Sachverhaltsdarstellung ebenso wie auf den Inhalt der Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen wird, nicht gefolgt und hat die gegen den

Beklagten zu 4. gewandte Klage abgewiesen. Es hat keine Grundlage für eine vertragliche oder deliktische Verantwortlichkeit auf dessen Seite gesehen.
Das greift die Klägerin mit der Berufung in Erneuerung ihres gegen den Beklagten zu 4. gerichteten Verlangens an; hilfsweise beantragt sie die Zurückverweisung des Rechtsstreits in die erste Instanz. Sie sieht sich durch die angefochtene Entscheidung überrascht und rügt, dass Beweisanträge übergangen worden seien. Ihrer Auffassung nach war der Beklagte zu 4. - jedenfalls unter Rechtsscheinsgesichtspunkten - der in der Geburtsphase für die Mutter von Nicole H. zuständige Arzt. Er habe sich in einer Garantenstellung befunden und sei trotz seines Wissens um die sich zuspitzende Entwicklung untätig geblieben.
2. Damit vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Das Landgericht hat die Dinge zutreffend beurteilt. Dabei ist das rechtliche Gehör der Klägerin nicht verletzt worden. Insofern ist kein Grund dafür vorhanden, den Prozess unter Aufhebung der klageabweisenden Entscheidung in die erste Instanz zurückzugeben.
a) Zwischen der Mutter von Nicole H. und dem Beklagten zu 4. bestanden keine Vertragsbeziehungen. Ärztlicher Vertragspartner war allein Dr. W. als der bereits während der vorangegangenen Schwangerschaft konsultierte Gynäkologe. Das die Geburtsphase abdeckende Vertragsverhältnis mit ihm wurde begründet, als der Beklagte zu 4., der Dr. W. als den vor Ort anwesenden Belegarzt mittlerweile abgelöst hatte, der Mutter von Nicole H. am Morgen des 17.11.1983 gegenübertrat. Dadurch brachte der Beklagte zu 4. - insoweit stellvertretend - zum Ausdruck, dass die bis dahin bestehende umfassende Verantwortlichkeit des Krankenhauses endete und die Geburtsleitung jetzt - in konsequenter Fortführung der zurückliegenden Betreuung - zur belegärztlichen Vertragsaufgabe Dr. W`s wurde (BGHZ 129, 6; Senatsbeschluss 5 U 948/09 vom 4.01.2010).
Vertragspartner der Mutter von Nicole H. wurde demgegenüber nicht eine GbR, die sich aus dem Beklagten zu 4., Dr. K. und Dr. W. als den sich vor Ort abwechselnden Belegärzten zusammensetzte. Ein solches Haftungsmodell scheitert daran, dass sich zwischen den drei Ärzten keine über eine Aufgabenteilung hinausgehende Kooperation feststellen lässt. Hinweise auf ein einheitliches Auftreten nach außen hin und auf gemeinschaftliche Leistungsabrechnungen (vgl. BGH NJW 2006, 437) fehlen. So ist selbst die Klägerin lediglich von einer Innengesellschaft ausgegangen. Eine Innengesellschaft kann jedoch kein Haftungsträger gegenüber Dritten sein.
Auch der Hinweis der Klägerin auf eine mit Dr. W. getroffene "innerorganisatorische Vereinbarung", die "eine gegenseitige Vertretungsabrede" zwischen dem Beklagten zu 4. und Dr. W. zum Gegenstand gehabt habe, ist in diesem Zusammenhang unbehelflich. Daraus konnte kein rechtliches Konstrukt erwachsen, das den Beklagten zu 4. Neben Dr. W. in die Haftung einbezog. Sähe man das anders, wäre das Vorbringen der Klägerin jedenfalls prozessrechtlich unbeachtlich, weil es erstmals im Schriftsatz vom 18.11.2013 und damit nach Ablauf der vom Landgericht gemäß § 128 Abs. 1 ZPO bis zum 4.11.2013 eingeräumten Schriftsatzfrist erfolgte und in zweiter Instanz der Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO begegnet. Zudem entspricht der Beweisantrag, von dem es begleitet ist, nicht den Erfordernissen des § 424 ZPO.
Obwohl der Beklagte zu 4. seinerzeit als einziger der drei Belegärzte im Krankenhaus anwesend war, kommt dessen persönliche Verpflichtung nicht in Betracht. Denn seine Präsenz erklärt sich daraus, dass er sich turnusmäßig im Krankenhaus aufhielt. Sie war nicht Ausdruck eines persönlichen Engagements. Die Mutter von Nicole H. war die Patientin Dr. W`s und hatte das Krankenhaus aus diesem Verhältnis heraus aufgesucht. Sie hatte zum Beklagten zu 4. ebenso wenig eine nähere Verbindung wie zu Dr. K. Ihre ärztliche Bezugsperson war Dr. W. Deshalb hatte sie vor ihrer stationären Aufnahme bei ihm angerufen und war dann von dessen Ehefrau an das Krankenhaus verwiesen worden, wo er sich aktuell befand. In der Konsequenz war es dann wiederum ausschließlich Dr. W., der von der Hebamme herbeigerufen wurde, als die Situation dramatisch wurde.
b) Ebenso wenig ist für eine Einstandspflicht des Beklagten zu 4. aus unerlaubter Handlung Raum. Die Klägerin wirft ihm pflichtwidrige Unterlassungen vor.
Daran kann eine deliktische Haftung gemäß § 823 Abs. 1 nur anknüpfen, wenn der Beklagte zu 4. eine Garantenstellung inne hatte. Das würde, da er der Mutter von Nicole H. nicht eng persönlich verbunden war, voraussetzen, dass er die Gefahrenlage, die am 17.11.1983 vorhanden war, durch eigenes Tun herbeigeführt (Ingerenz) oder dass er die fortlaufende regelgerechte Geburtsbegleitung zugesichert (Gewährübernahme) hätte. Beides ist zu verneinen. Die Entwicklung am 17.11.1983 war ein natürlicher Vorgang, den der Beklagte zu 4. nicht provoziert hatte, und irgendwelche Erklärungen, seinerseits nach Kräften für eine glückliche Geburt Sorge zu tragen, hatte er weder ausdrücklich noch konkludent abgegeben. Anders als die Klägerin meint, traf ihn keine Verpflichtung, das Gegenteil deutlich zu machen.
Von daher verbleibt allein eine deliktische Inanspruchnahme über § 823 Abs. 2 BGB in Zusammenhang mit der Vorschrift des § 323 c StGB, die die Klägerin vorsorglich anführt. Auch dafür gibt es jedoch keine Grundlage, weil der Tatbestand der Norm das Bewusstsein verlangt, dass es zu einem Unglücksfall gekommen ist. Dabei handelt es sich um ein mit einer gewissen Plötzlichkeit eintretende Ereignis, das eine erhebliche Gefahr bringt oder zu bringen droht (BGH MedR 1985, 229). Dieses in § 323 c StGB auf der strafrechtlichen Ebene aufgestellte subjektive Erfordernis, das zivilrechtlich nicht relativiert wird (Sprau in Palandt, BGB; 73. Aufl., § 823 Rn. 60), lässt sich in der Person des Beklagten zu 4. nicht bejahen.

Der Beklagte zu 4. hat vorgetragen, dass sich sein Wissen um die Lage, in der sich die Mutter von Nicole H. befand, auf die anlässlich seiner morgendlichen Visite am 17.11.1983 gewonnenen Erkenntnisse beschränkte. Dass davon ein Alarmzeichen ausging, behauptet auch die Klägerin nicht. Ihr Vorbringen, der Beklagte zu 4. habe eine deutlich weiterreichenden Einblick in die Verhältnisse gehabt, hat sie nicht tauglich unter Beweis gestellt.
Zwar ist der Antrag unterbreitet worden, mittels eines graphologischen Gutachtens zu klären, dass der Beklagte zu 4. handschriftliche Einträge auf den am 16.11.1983 gefertigten CTG's vorgenommen habe. Aber diese CTG's waren durchweg noch nicht als pathologisch einzustufen. Sähe man das anders, wäre der Beweisantrag gleichwohl unbeachtlich, weil er erst in dem außerhalb der vom Landgericht festgesetzten Vortragsfrist eingereichten Schriftsatz vom 18.11.2013 enthalten war und seine Erneuerung in zweiter Instanz auf das Hindernis des § 531 Abs. 2 ZPO stößt.
c) Eine Verpflichtung des Landgerichts, nachträglichem Vorbringen der Klägerin Rechnung zu tragen, bestand nicht. Die Verneinung der Haftung des Beklagten zu 4. bereits dem Grunde nach - und nicht lediglich im Hinblick auf die von diesem erhobene Verjährungseinrede - war keine Überraschungsentscheidung. Das Landgericht hatte in seinem Hinweisbeschluss vom 17.07.2013 mitgeteilt, dass die Rechtsverteidigung des Beklagten zu 4. dessen Inanspruchnahme schon vom Ansatz her nicht zulasse. Umstände, aus denen sich eine Haftung ergeben könnten, seien nicht ausreichend schlüssig vorgetragen. Es ist weder behauptet noch sonst erkennbar, dass sich das Landgericht im weiteren Prozessverlauf gegenläufig geäußert hätte und die Klägerin verlässlich davon hätte ausgehen können, nunmehr ihren Darlegungsobliegenheiten genügt zu haben.
3. Nach alledem sollte die Klägerin erwägen, ihr Rechtsmittel aus Kostengründen zurückzunehmen.
Bis zum 10.04.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.
Im Hinblick darauf wird die Frist zur Berufungserwiderung bis zum 30.04.2014 erstreckt.

172. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.03.2014 – 22 U 115/12 – * Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 19.06.2012 abgeändert.
Das Versäumnisurteil des Landgerichts Darmstadt vom 21.10.2011 wird aufgehoben.
Der Beklagte wird dem Grunde nach verurteilt, dem Kläger Schadensersatz wegen der Beteiligung an der X ... AG & Co KG, jetzt X ... GmbH & Co KG, mit den Vertragsnummern 1 und 2, Anleger-Nummer ..., in Höhe von 50% zu leisten.
Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.
Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger macht Schadensersatz wegen Falschberatung hinsichtlich einer Geldanlage geltend. Es handelt sich um eine atypische stille Gesellschaftsbeteiligung an einem geschlossenen Fonds, der in Fahrzeugflotten investiert. Der Kläger unterzeichnete am 13.11.2003 eine Beitrittserklärung als atypisch stiller Gesellschafter an der X ... AG & Co KG über eine Gesamtzeichnungssumme von 150.000,- € zuzüglich Agio von 9.000,- €.
In der Beitrittserklärung wird ausdrücklich auf die Chancen und Risiken hingewiesen.
Der Kläger hat darin die Erklärung unterschrieben, dass er den Inhalt des Emissionsprospekts kennt und auch die Chancen und Risiken in Kauf nimmt.
Zusätzlich hat der Beklagte mit gesonderter Unterschrift bestätigt, den Kläger über die Risikohinweise zur atypisch stillen Gesellschaft unterrichtet zu haben.
Die genannten Stellen im Beitrittsformular lauten im Wortlaut:
Hinweis der X ... AG & Co. KG. Bei diesem Angebot zur Beteiligung als atypische stiller Gesellschafter an der X ... AG & Co. KG handelt es sich nicht um eine sog. mündelsichere Kapitalanlage, sondern um eine unternehmerische Beteiligung. Daher ist für die zutreffende Beurteilung die Beachtung der im Emissionsprospekt genannten „Chancen und Risiken“ (Seiten 42-46) sowie der „Chancen und Risiken im Überblick“ (Seite 10 f.) von wesentlicher Bedeutung.
Rechtsverbindliche Erklärung des Beitretenden. Der Inhalt des Emissionsprospekts 2003 ist mir bekannt und ich nehme ihn billigend in Kauf. Dies gilt insbesondere für die auf den Seiten 42-46 genannten „Chancen und Risiken“. Ich bestätige, dass mein nachfolgender Beitritt vorbehaltlos und ausschließlich aufgrund der Prospektdarstellungen und der im Prospekt enthaltenen Verträge sowie dieser Beitrittserklärung erfolgt und mir keine hiervon abweichenden oder darüber hinaus gehenden Erklärungen oder Zusicherungen gegeben worden sind.
…., 13.11.03, Unterschrift des Klägers
Ich, der/die Unterzeichnende, bestätige hiermit, ein Exemplar des Emissionsprospekts 2003 und eine Abschrift meiner Beitrittserklärung inklusive der Widerrufsbelehrung erhalten zu haben.
…., 13.11.03, Unterschrift des Klägers

Ich bestätige, den o.g. Beitretenden über den Inhalt der Vertragsbedingungen, der Angabenvorbehalte und der Risikohinweise zu dieser atypisch stillen Gesellschaft entsprechend dem Emissionsprospekt 2003 unterrichtet und ihm den Emissionsprospekt 2003 sowie eine Abschrift seiner Beitrittserklärung inklusive der Widerrufsbelehrung ausgehändigt zu haben.
…. 13.11.03, Unterschrift des Beklagten
Bereits mit Datum vom 4.11.2003 hatte der Kläger folgende Bestätigung unterschrieben:
… insbesondere wurden wir auf die mit einer Unternehmensbeteiligung verbundenen Risiken hingewiesen und auch über die möglichen Chancen informiert. Wir haben das Emissionsprospekt 2003 vor Vertragsunterschrift zur Anlageentscheidung erhalten. Auf die Einzahlungsdauer der finanziellen Verpflichtung wurden wir eingehend hingewiesen und uns wurde erklärt, dass eine Kündigung während der vereinbarten Vertragsdauer nicht möglich ist. Auf die im Verkaufsprospekt auf den Seiten 10 und 42ff. Hinweise auf Risiken wurden wir vor Vertragsabschluss noch einmal ausdrücklich hingewiesen. Wir haben diese gelesen und zur Kenntnis genommen.
Ebenfalls unter dem 4.11.2003 unterschrieb der Kläger die Dokumentation der Beratung, wonach ihm der Hauptprospekt ausgehändigt wurde (Bl. 226).
Der Kläger trägt vor, der Beklagte habe angegeben, es handele sich um eine perfekte und absolut sichere Anlage zur Altersversorgung, die prognostisch 12% p.A. Rendite abwerfe. Ab 2006 gebe es jährliche Ausschüttungen von 6.000,- €.
Ein Anlageprospekt sei nicht überreicht worden. Eine Aufklärung über das Fungibilitätsrisiko und über die weichen Kosten von mehr als 15 % sei nicht erfolgt.
Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte der Kläger sein Geld als Festgeld zu 4% Zinsen angelegt.
Gegen den Beklagten ist unter dem 26.11.2011 ein klagestattgebendes Versäumnisurteil ergangen, gegen das er Einspruch eingelegt hat.
Das Landgericht hat Beweis durch Vernehmung der Ehefrau des Klägers erhoben, anschließend durch das angefochtene Urteil, auf dessen Tatbestand hinsichtlich der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens und der dort gestellten Anträge Bezug genommen wird, das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.
Es hat zur Begründung ausgeführt, dass der Kläger keinen Beweis dafür geführt habe, nicht über die Risiken aufgeklärt worden zu sein. Die Aussage der Zeugin sei nicht glaubhaft, weil sie sich nicht an Einzelheiten des Gesprächs erinnert habe und innerlich nicht unbeteiligt gewesen sei. Ihre Aussage sei auch hinsichtlich der Frage der Prospektübergabe widersprüchlich gewesen.
Es bestehe auch keine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Innenprovisionen, da es sich vorliegend um einen privaten Berater gehandelt habe. Ob der Prospekt falsche Angaben enthalten habe, sei unerheblich, da der Kläger behauptet habe, diesen nicht erhalten zu haben.
Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt.
Der Kläger führt aus, dass sowohl das Bestehen des Anlagevertrags als auch die fehlende Aufklärung über die Innenprovisionen unstreitig seien. Es bestehe aber eine Pflicht des Beraters zur Aufklärung bei über 15%. Es liege auch kein wirksames Bestreiten der Prospektfehler vor. Auf diese habe der Berater wegen seiner Pflicht zur eigenen Prüfung hinweisen müssen. Auf die Übergabe des Prospekts oder deren Zeitpunkt komme es nicht an.
Dass der Kläger eine Altersvorsorge gesucht habe, sei durch die Vernehmung der Zeugin geklärt, deren Aussage jedenfalls insoweit nicht unglaubhaft sei. Eine unternehmerische Beteiligung sei aber grundsätzlich ungeeignet.
Der Schaden liege bereits in der Zeichnung der ungeeigneten, hochspekulativen Anlage mit dem Risiko des Totalverlusts, auf das nicht, jedenfalls nicht ausreichend, hingewiesen worden sei. Der Kläger sei auch nicht über Risiken der kreditfinanzierten Investition aufgeklärt worden, obwohl schon der analog gestaltete Vorgängerfonds gescheitert sei.
Der Kläger hält schließlich die Klausel in der Bestätigung vom 4.11.03, dass der Prospekt ausgehändigt worden sei, gemäß § 305c BGB für objektiv ungewöhnlich und überraschend, weil nicht hervorgehoben.
Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 19.06.2012 abzuändern und das Versäumnisurteil vom 26.10.2011 aufrechtzuerhalten.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt das angefochtene Urteil.
Hinsichtlich des weitergehenden Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. Der Senat hat die Parteien persönlich gehört. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll vom 21.11.2013 (Bl. 510 d.A.) Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist dem Grunde nach teilweise begründet. Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht in vollem Umfang abgewiesen.

Eine abschließende Entscheidung über die Höhe der Ersatzforderung ist ohne Beweisaufnahme nicht möglich, weshalb der Senat durch Grundurteil entscheidet, um den Parteien die Möglichkeit zu geben, die Haftung durch Entscheidung des Bundesgerichtshofs abschließend klären zu lassen.

1. Anlageberatungsvertrag

Zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Dies folgt bereits aus dem entsprechenden Parteivortrag und wird gestützt durch die detaillierte Bestandsaufnahme des Beklagten (Bl. 214-224 d.A.) sowie die Bezeichnung „Beratungsdokumentation“ (Bl. 225 d.A.). Gegenstand der Tätigkeit des Beklagten war mithin nicht die reine Vermittlung einer Geldanlage, sondern eine Beratung über die in Betracht kommenden Anlageformen.

Ein Anlageberatungsvertrag liegt dann vor, wenn der Kunde den Berater hinzuzieht, weil er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge hat, um sein Anlageproblem zu lösen. Er erwartet dann nicht nur die Mitteilung von Tatsachen, sondern insbesondere deren fachkundige Bewertung und Beurteilung. Er wünscht eine auf seine persönlichen Verhältnisse zugeschnittene Beratung, die er auch besonders honoriert (OLG München Urteil v. 06.09.2006 - 20 U 2694/06). In einem solchen Vertragsverhältnis hat der Berater regelmäßig weitgehende Pflichten gegenüber dem betreuten Kapitalanleger. Als unabhängiger individueller Berater, dem weitreichendes persönliches Vertrauen entgegengebracht wird, muss er besonders differenziert und fundiert beraten (BGH NJW-RR 93, 1114). Dies ist vorliegend auch geschehen. Der Beklagte hat sich intensiv mit den Vermögensverhältnissen des Klägers, seiner Altersabsicherung und auch dem zur Verfügung stehenden Einkommen beschäftigt.

2. Pflichtverletzung

Der Beklagte hat allerdings die aus dem Anlageberatungsvertrag folgende Pflicht zur sorgfältigen, sachlich richtigen und vollständigen Beratung und umfassenden Auskunftserteilung unter Berücksichtigung der Interessen des Klägers verletzt.

Fehler der Anlageberatung darzutun und zu beweisen, ist grundsätzlich Sache der Klagepartei. Dem kommt sie nicht schon durch die nicht näher ausgeführte Behauptung, Anlagezweck sei Alterssicherung, oder dadurch nach, dass sie lediglich pauschal behauptet, nicht auf Risiken der Beteiligung hingewiesen worden zu sein. Erforderlich ist vielmehr konkreter Vortrag zu Wissensstand, Risikobereitschaft und Anlageziel. Dennoch trifft den Berater die sogenannte sekundäre Darlegungslast. Er muss nicht nur zeitlich und räumlich konkretisiert, sondern inhaltlich spezifiziert den Inhalt der Aufklärung vortragen, insbesondere über die speziellen Risiken, die mit der konkret ins Auge gefassten Anlage verbunden sind. Es muss ersichtlich sein, dass der Anlageberater die vom Anleger gegebenen Informationen und Unterlagen unter Berücksichtigung der Anlageziele und der Risikobereitschaft des Anlegers fachkundig bewertet und beurteilt. Insoweit gilt es zum einen personenbezogene und zum anderen objektbezogene Kriterien zu beachten. Zu den Umständen in der Person des Anlegers gehören insbesondere dessen Wissensstand über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft; zu berücksichtigen ist also vor allem, ob es sich bei dem Kunden um einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen handelt und welches Anlageziel der Kunde verfolgt. Außerdem muss festgestellt werden, ob das beabsichtigte Geschäft der sicheren Geldanlage dienen soll oder spekulativen Charakter hat. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Dabei ist zwischen allgemeinen Risiken (Konjunkturlage, Entwicklung des Börsenmarktes) und den speziellen Risiken zu unterscheiden, die sich aus den individuellen Gegebenheiten des Anlageobjektes ergeben. Der Anlageinteressent muss über alle Umstände unterrichtet werden, die für das Anlagegeschäft von Bedeutung sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 25.09.2007, XI ZR 320/06 Rn. 14; OLG Frankfurt am Main - ZIP 1998, 1713).

3. Anlageziele

Diesen Anforderungen ist die Beratung des Klägers nicht gerecht geworden.

Ob der Fonds angesichts der Tatsache der unternehmerischen Beteiligung und des Totalverlustrisikos für den Kläger geeignet war, hängt davon ab, welche Anlageziele der Kläger verfolgte. In der Beratungsdokumentation hat der Beklagte das Risikoprofil des Klägers sowohl als konservativ als auch als risikobewusst eingestuft; ob dies ein Gegensatz ist, wie der Kläger meint, kann dahinstehen. Jedenfalls war damit eine spekulative Anlage ausgeschlossen.

Bei der Investition in einen geschlossenen Fonds handelt es sich allerdings um eine spekulative Anlageform, da das Risiko des vollständigen Kapitalverlusts nicht ausgeschlossen war (vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.12.11, 20 U 167/11; OLG Frankfurt, Urteil vom 08.05.2007, 10 U 105/06).

Hinzu kommt, dass der Senat nach den Gesamtumständen und der Anhörung der Beteiligten davon überzeugt ist, dass zumindest auch die Verbesserung der Altersversorgung Ziel der vermittelten Anlage sein sollte. Dies folgt aus der Aussage der Zeugin A, die jedenfalls in diesem Punkt nicht vom Landgericht als unglaubhaft eingestuft worden ist, sowie aus den Angaben des Klägers und des Beklagten selbst. Dieser hat angegeben (Bl. 511 d.A.):

„Später war auch Altersversorgung ein Thema. Das war aber nicht der wichtigste Aspekt. Der Hauptgrund, warum wir uns zusammengesetzt haben, war seine steuerliche Situation.“

Als weiteres Indiz kommt hinzu, dass der Kläger und seine Ehefrau als Selbständige tatsächlich keine ausreichende klassische Altersversorgung hatten und die Anlage auch so konzipiert war, dass sie etwa mit Erreichen des 65. Lebensjahres des Klägers endete. Die Berechnungen des Beklagten (Anlage K 1, Bl. 28ff. d.A.) gingen jedenfalls bis zum Jahr 2017, mithin dem Jahr, in dem der am ...1952 geborene Kläger 6x Jahre alt wird. Schließlich spricht auch dafür, dass der Kläger und seine Ehefrau zuvor den Kontakt mit dem Beklagten wegen einer Altersvorsorge für ihre Tochter gesucht hatten.
Als Anlage zur Altersvorsorge war ein geschlossener Fonds gänzlich ungeeignet, selbst wenn auf das Totalverlustrisiko hingewiesen worden ist. Dass der Kläger das Risiko nicht realisiert hat, ergibt sich aus der Zeugenaussage und auch seinen eigenen Angaben. Deshalb war die Anlage, die als „blindpool“ noch nicht einmal als Sicherheit den Wert eines bestimmten Investitionsobjekts hatte (dazu BGH 8.7.10 - III ZR 249/09 -), schon prinzipiell nicht als risikofreie und sichere zur Altersvorsorge geeignete Kapitalanlage einzuordnen, durfte mithin gar nicht als solche empfohlen werden ((BGH 19.6.08 - III ZR 159/07 -; 19.11.09 - III ZR 169/08 -, BGH NJW 2009, 3429; so auch LG Hagen 7.6.10 - 10 O 89/09 - Bl. 145 d.A.).
Die Empfehlung der Beteiligung an einem geschlossenen Fonds stellt sich auch nicht deshalb als anlegergerecht dar, weil der Kläger auch die Erzielung einer höheren Rendite und die Nutzung staatlicher Vergünstigungen und Steuervorteile erreichen wollte. Nennt ein Kunde in der Beratung verschiedene Anlageziele, muss der Anlageberater davon ausgehen, dass diese Ziele für den Kunden wesentlich sind und mit der beabsichtigten Kapitalanlage verfolgt werden sollen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.2008, 15 U 85/07 Rn. 121). Die Beteiligung an einem geschlossenen Fonds entspricht aber wegen des damit verbundenen Verlustrisikos nicht sämtlichen Anlagezielen des Klägers.
Die vom Kläger und seiner Ehefrau beabsichtigte Kapitalanlage sollte - zumindest auch - der Schaffung einer zusätzlichen Altersversorgung für den Kläger dienen, der aus seiner Erwerbstätigkeit keine Rente zu erwarten hatte.
Es ist nicht festzustellen, dass der Kläger im Laufe der Beratungsgespräche von dem Ziel, mit der Kapitalanlage die Altersversorgung des Klägers aufzubessern, wieder Abstand genommen und stattdessen nur noch die Erzielung von Steuervorteilen angestrebt hätte. Auch nach der Aussage des Beklagten hat der Kläger keine ausdrückliche Erklärung des Inhalts abgegeben, dass die Vorstellung einer Aufbesserung der Altersversorgung vollständig fallen gelassen und stattdessen nur noch das Ziel der Steuerersparnis verfolgt werden sollte. Selbst wenn sich die weiteren Gespräche schwerpunktmäßig auf die Frage der Steuerersparnis konzentriert haben mögen, berechtigte dies den Beklagten nicht zu der Annahme, dass deshalb der Gesichtspunkt der Altersversorgung vom Tisch sei. Nennt ein Kunde in der Beratung verschiedene Anlageziele, muss der Anlageberater davon ausgehen, dass diese Ziele für den Kunden wesentlich sind und mit der beabsichtigten Kapitalanlage verfolgt werden sollen.
Da im vorliegenden Fall der Kläger und seine Ehefrau das Ziel, mit der beabsichtigten Kapitalanlage die Altersversorgung des Klägers aufzubessern, nicht ausdrücklich aufgegeben haben und der Beklagte diese Frage auch nicht geklärt hat, war für die weitere Beratung und Aufklärung auch dieses Anlageziel zugrunde zu legen. Dann hätte der Beklagte den Kläger aber deutlich darauf hinweisen müssen, dass die Beteiligung an einem geschlossenen Fonds aufgrund ihres spekulativen Charakters keine hinreichend sichere Möglichkeit zur Verbesserung der Altersvorsorge darstellt und für eine Altersvorsorge nicht empfohlen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf 28.11.08 15 U 85/07; für einen geschlossenen Immobilienfonds: OLG Frankfurt, Urteil vom 8. Mail 2007, 10 U 105/06 Rn. 29 und 30).
Eine solche Äußerung lässt sich vorliegend aber nicht feststellen (vgl. dazu OLG Frankfurt am Main 5.7.06 - 21 U 15/06). Im Gegenteil hat der Beklagte nach seinen Angaben den Kläger zwar auf das Totalverlustrisiko hingewiesen, dieses aber dahingehend verharmlost, dass es sehr unwahrscheinlich sei. Außerdem sei schon durch die steuerlichen Vorteile ein Ausgleich vorhanden gewesen.
Damit hat der Beklagte die in der Beratungsdokumentation und der Beitrittserklärung enthaltenen Warnhinweise sowie auch die Risikobeschreibung im Emissionsprospekt erheblich entwertet. Der in Anlagefragen ersichtlich unerfahrene Kläger konnte deshalb davon ausgehen, dass es sich um formale Risikohinweise handelte, die sich in der praktischen Handhabung aber nicht realisieren würden.
Angesichts dessen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass Beratungsfehler des Beklagten schon deshalb nicht kausal für den Schaden des Klägers seien, weil sich dieser überhaupt nicht um Details der Anlage gekümmert habe (so aber OLG München 20.1.11 - 17 U 4415/10 -, unveröffentlicht).
4. Mangelnde Aufklärung über die Verpflichtung zur Zurückzahlung von Auszahlungen
Liegt der Beratungsfehler bereits in der Empfehlung einer dem Risikoprofil und den Anlagezielen des Klägers nicht entsprechenden Anlage, kommt es auf weitere Fehler in der Beratung oder im Emissionsprospekt nicht mehr an.
Der Senat weist allerdings darauf hin, dass auf das Risiko, die regelmäßig jährlich ausgezahlten Beträge als gewinnunabhängige Auszahlungen im Fall einer Insolvenz wieder zurückzahlen zu müssen, weder durch den Beklagten selbst noch im Prospekt ausreichend hingewiesen worden ist.
Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, d.h. er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit

der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden (vgl. nur BGH 21.3.05 - II ZR 140/03 -; BGHZ 79, 337, 344; Urt. v. 29.05.2000 - II ZR 280/98, ZIP 2000, 1296, 1297; v. 7.04.2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088; v. 7.07.2003 - II ZR 18/01, ZIP 2003, 1536, 1537; v. 19.07.2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707).
Dabei war im vorliegenden Fall vor allem darüber aufzuklären, dass der Anleger an den Verlusten beteiligt und verpflichtet ist, erforderlichenfalls auch Nachschüsse in erheblichem Umfang zu leisten, dass die Entnahmen i.H.v. 10 % der gezahlten Einlagen schon ab dem Jahr nach dem Vertragsschluss zu einer Verringerung des für die Investitionen zur Verfügung stehenden Kapitals führen und deshalb in hohem Maße die Gefahr einer späteren Nachschusspflicht begründen.
Zwar wird dies an verschiedenen Stellen im Prospekt (S. 11, 15, 46) erwähnt, dem Laien wird dabei aber nicht ausreichend klar, dass es sich dabei um eine verdeckte Kapitalrückzahlung handelt, die im Insolvenzfall in vollem Umfang zurückzuzahlen ist. Bei den Risikohinweisen auf S. 11, 15 des Emissionsprospekts fehlt jeder Hinweis darauf, dass die gewinnunabhängigen Auszahlungen einen Fall der dort angesprochenen zurückgewährten Einlagen darstellen. Selbst wenn die Textpassage, dass die atypisch stille Beteiligung aufgrund der gewählten vertraglichen Gestaltung im Falle der Insolvenz als eigenkapitalersetzende Beteiligung gewertet werden könne, sich auch mit auf die gewinnunabhängigen Auszahlungen beziehen sollte, hätte im folgenden Text der ausdrückliche Hinweis erfolgen müssen, dass der atypisch stille Gesellschafter damit rechnen muss, im Fall der Insolvenz der Gesellschaft diese in vollem Umfang zurückzuzahlen. Dagegen wird durch den Prospekt der unzutreffende Eindruck erweckt, dass im Insolvenzfall nur etwa noch rückständige Einlagen zu zahlen seien. Gerade die entscheidende Verknüpfung, dass unter „rückständigen Einlagen“ auch die „Auszahlungen (Entnahmen und Ausschüttungen)“ zu verstehen sind und diesen wertungsmäßig gleichstehen, wird nicht deutlich hergestellt (so auch LG Hamburg 19.9.11 - 318 O 24/11 - unveröffentlicht; LG Hamburg 14.4.11 - 330 O 19/10 -, Bl. 251 d.A.; a.A. OLG München B. v. 21.7.11 - 7 U 779/11 -; B. v. 24.8.11 - 21 U 778/11 -; beide unveröffentlicht).
5. Verjährung
Schadensersatzansprüche des Klägers sind auch nicht verjährt.
Die Verjährungsfrist für einen Schadensersatzanspruch kann bereits nach Abschluss des Beteiligungsvertrags beginnen.
Der auf einer fehlerhaften Beratung beruhende Erwerb einer für den Anlageinteressenten nachteiligen, seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Kapitalanlage stellt bereits für sich genommen einen Schaden dar und berechtigt ihn deshalb - unabhängig von der (ursprünglichen) Werthaltigkeit der Anlage - dazu, im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung des Erwerbs der Anlage zu verlangen; der Schadensersatzanspruch entsteht hierbei schon mit dem (unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerb der Kapitalanlage (BGH vom 8.07.2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152, 159 f Rn. 24 mwN; vom 22.07.2010 - III ZR 99/09, NZG 2011, 68 Rn. 12; vom 22.07.2010 - III ZR 203/09, NZG 2010, 1026, 1027 Rn. 10 und vom 24.03.2011 - III ZR 81/10, WM 2011, 874, 875 Rn. 9).
Gemäß § 195 BGB müssen für den Fristbeginn zusätzlich zur Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) die subjektiven Voraussetzungen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen; der Gläubiger muss also von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt haben oder seine diesbezügliche Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen (BGH vom 19.11.2009 - III ZR 169/08; vom 22.07.2010 - III ZR 99/09; vom 22.07.2010 - III ZR 203/09 - und vom 24.03.2011; BGH, Urteile vom 9.11.2007 - V ZR 25/07; vom 3.06.2008 - XI ZR 319/06; vom 10.11.2009 - VI ZR 247/08, und vom 15.06.2010 - XI ZR 309/09). Für eine dahingehende Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Klägers trägt der Schuldner - hier also der Beklagte - die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH vom 22.07.2010 - III ZR 203/09).
a) Kenntnis
Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen liegt im Allgemeinen vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form einer Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist. Weder ist notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können. Auch kommt es - abgesehen von Ausnahmefällen - nicht auf die zutreffende rechtliche Würdigung an. Vielmehr genügt im Grundsatz die Kenntnis der den Einzelanspruch begründenden tatsächlichen Umstände. Hierzu gehört in Fällen unzureichender Beratung oder Aufklärung auch die Kenntnis der Umstände einschließlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge, aus denen sich die Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt. Die dem Geschädigten bekannten Tatsachen müssen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als nahe liegend erscheinen zu lassen. Es muss dem Geschädigten - lediglich - zumutbar sein, auf Grund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit dem verbleibenden Prozessrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit von Schadensersatz auslösenden Umständen (BGH vom 23.09.2008 - XI ZR 253/07, NJW-RR 2009, 544, 546 Rn. 32 f; vom 7.7.2011 - III ZR 90/10 -).

Vorliegend steht nicht fest, dass der Kläger durch die Aushändigung des Prospekts und den Erhalt der Warnhinweise Kenntnis von den Umständen gehabt hat, die eine Schadensersatzklage begründen könnten. Nach seiner durch die Ehefrau als Zeugin gestützten und von der Beklagtenseite nicht widerlegten Einlassung hat er sich weder vor der Unterschrift noch nach Erhalt der Unterlagen um die Inhalte des Prospekts und Risiken der Anlage gekümmert. Dass dies nicht sachdienlich war, ist für den Zeitpunkt der Kenntnis iSd § 199 BGB irrelevant.
b) Grobe Fahrlässigkeit
Allerdings kann vorliegend auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger grob fahrlässig in Unkenntnis der Schadensersatz begründenden Umstände geblieben ist.
Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen, wie etwa dann, wenn sich dem Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben und er leicht zugängliche Informationsquellen nicht genutzt hat. Dem Gläubiger muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung, eine schwere Form von „Verschulden gegen sich selbst", vorgeworfen werden können (BGH vom 22.07.2010 - III ZR 99/09 Rn. 16 sowie III ZR 203/09 Rz. 12).
Ihn trifft indes generell keine Obliegenheit, im Interesse des Schuldners an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Nachforschungen zu betreiben; vielmehr muss das Unterlassen von Ermittlungen nach Lage des Falles als geradezu unverständlich erscheinen, um ein grob fahrlässiges Verschulden des Gläubigers bejahen zu können.
Der Umstand, dass der Anlageinteressent den ihm überlassenen Emissionsprospekt nicht durchgelesen hat, genügt für sich allein genommen noch nicht, um den Vorwurf einer grob fahrlässigen Unkenntnis von Auskunfts- oder Beratungsfehlern des Anlageberaters oder -vermittlers, die als solche aus der Lektüre des Prospekts ersichtlich wären, zu begründen (BGH vom 7.07.2011 - III ZR 90/10 m.w.N.; 5.05.2011 - III ZR 84/10). Der Anleger, der bei seiner Entscheidung die besonderen Erfahrungen und Kenntnisse eines Anlageberaters oder -vermittlers in Anspruch nimmt, misst den Ratschlägen, Auskünften und Mitteilungen des Beraters oder Vermittlers, die dieser ihm in einem persönlichen Gespräch unterbreitet, besonderes Gewicht bei. Die Prospektangaben, die notwendig allgemein gehalten sind und deren Detailfülle, angereichert mit volks-, betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fachausdrücken, viele Anleger von einer näheren Lektüre abhält, treten demgegenüber regelmäßig in den Hintergrund. Vertraut daher der Anleger auf den Rat und die Angaben „seines" Beraters oder Vermittlers und sieht er deshalb davon ab, den ihm übergebenen Anlageprospekt durchzusehen und auszuwerten, so ist darin im Allgemeinen kein in subjektiver und objektiver Hinsicht „grobes Verschulden gegen sich selbst" zu sehen. Unterlässt der Anleger eine „Kontrolle" des Beraters oder Vermittlers durch Lektüre des Anlageprospekts, so weist dies auf das bestehende Vertrauensverhältnis hin und ist deshalb für sich allein genommen nicht schlechthin „unverständlich" oder „unentschuldbar" (BGH vom 22.07.2010 - III ZR 203/09).
Sofern im Einzelfall aus besonderen Gründen konkreter Anlass dafür entsteht, den Emissionsprospekt wegen des Verdachts auf eine bestimmte Pflichtverletzung (Beratungs- oder Auskunftsfehler) durchzulesen, beschränkt sich die Obliegenheit des Anlegers auf die diese Pflichtverletzung unmittelbar betreffenden Passagen des Prospekts; sie erstreckt sich mithin nicht (jedenfalls: nicht ohne Weiteres) auf weitere abgrenzbare, aus der Lektüre anderer Passagen des Prospekts etwa ersichtliche Aufklärungsfehler des Beraters oder Vermittlers (BGH vom 22.07.2010 - III ZR 203/09; BGH vom 07.07.2011 - III ZR 90/10 -).
Eine andere Betrachtungsweise würde den Anleger zudem unangemessen benachteiligen und seinen Schadensersatzanspruch oftmals leerlaufen lassen. Denn die Risiken und Nachteile einer Kapitalanlage wirken sich vielfach erst einige Jahre nach dem Erwerb finanziell spürbar aus (Reduzierung oder gar Wegfall von Ausschüttungen etc.). Fiele dem Anleger bereits die unterbliebene Lektüre des Anlageprospekts als grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zur Last, so wäre sein Schadensersatzanspruch häufig schon verjährt, bevor sich die Risiken oder Nachteile der Kapitalanlage für ihn bemerkbar machen und er sich daher veranlasst sieht, die Richtigkeit der ihm von einem Anlageberater oder -vermittler gegebenen Empfehlungen und Auskünfte zu hinterfragen (vgl. BGH WM 2010, 1493, 1496; OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.10.2012 - I-9 U 44/12, 9 U 44/12 -).
Nach dem Vorgesagten kann vorliegend eine grobe Fahrlässigkeit nicht angenommen werden. Der Kläger war zwar über das grundsätzliche Risiko einer Unternehmensbeteiligung informiert, konnte allerdings auf die Aussage des Beklagten vertrauen, dass ein solcher Totalverlust sehr unwahrscheinlich sei und durch die zwischenzeitlich erhaltenen Steuervergünstigungen aufgefangen würde. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von denjenigen anderer Gerichte (vgl. nur KG 3.9./22.10.12 - 23 U 83/12 -; 21.6.12 - 23 U 67/11 -; OLG Koblenz 22.9.11 - 8 U 1241/10 -, sämtlich unveröffentlicht).
Es kommt deshalb auf die Frage, ob die grobe Fahrlässigkeit nicht schon wegen der Komplexität der Regelungen über die Rückzahlungsverpflichtung gewinnunabhängiger Ausschüttungen ausgeschlossen

wäre (so der Hinweis des OLG Hamburg im Termin vom 3.5.2010 - 13 U 9/08 -, Bl. 247 d.A.), nicht mehr an.
Der Beklagte hat zusätzlich die Einrede der Verjährung erhoben, weil die Anleger bereits Anfang 2007 über die Verringerung der Ausschüttungen informiert worden seien. Die - bei Unterstellung schon zu diesem Zeitpunkt vorliegender grober Fahrlässigkeit - Ende 2007 beginnende Verjährung wäre aber durch das zwischenzeitlich durchgeführte Güteverfahren bereits seit 30.12.2010 gehemmt gewesen (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB).
Dass der Kläger bereits schon 2005 Verlustzuweisungen erhalten hat, führt noch nicht zu einer Kenntnis von zusätzlichen Risiken.
6. Schadensersatz
Nach § 249 BGB ist der Kläger so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er sich an der Gesellschaft nicht beteiligt hätte (BGH NJW 04, 1868, NJW-RR 06, 685). Er hat demnach Anspruch auf Rückerstattung seiner bereits geleisteten Beteiligungszahlungen Zug um Zug gegen Übertragung der jeweiligen Fondsanteile sowie auf Freistellung von sämtlichen Verbindlichkeiten und Ersatz weiterer Schäden. Im Wege der Vorteilsausgleichung muss sich der Kläger allerdings sämtliche Ausschüttungen sowie auch die erhaltenen Steuervergünstigungen anrechnen lassen. Es handelt sich bei der Rückabwicklung nicht um eine steuerrechtliche Veräußerung im Sinne des § 23 EStG. Anhaltspunkte dafür, dass die von dem Kläger in Anspruch genommenen Steuervorteile nachträglich entfallen könnten, liegen nicht vor (vgl. dazu nur BGH Urteil v. 17.11.2005 - III ZR 350/04, BGH Urteil v. 14.06.2004 - II ZR 374/02; OLG Frankfurt, Urteil vom 08.05.2007 - 10 U 105/06 -).
Bei unzureichender Aufklärung wird vermutet, dass sich der Anleger bei ordnungsgemäßer Aufklärung an dem Fonds nicht beteiligt hätte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, grundsätzlich dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, dass der Geschädigte einen aufklärenden Hinweis also nicht beachtet hätte (vgl. nur BGH WM 1997, 811). Der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens wird im vorliegenden Fall nicht durch gleichwertige, einen Entscheidungskonflikt begründende Handlungsalternativen die Grundlage entzogen (BGH WM 04, 174). Anhaltspunkte dafür, dass auch bei der gebotenen Aufklärung die Beteiligung an dem Fonds eine für den Kläger ernsthaft in Erwägung zu ziehende Handlungsalternative gewesen wäre, bietet der Sachverhalt nicht. Es mag zwar durchaus sein, dass dem Kläger die Möglichkeit der erheblichen Steuerersparnis gut gefallen hat. Diese war aber ersichtlich nur ein Mosaikstein auf dem Weg zu einer gesicherten Altersvorsorge.
Es kann auch nicht ohne konkrete Anhaltspunkte angenommen werden, dass sich der Kläger alternativ nicht für eine Anlage zu marktüblichen Zinssätzen entschieden hätte. Es lag nicht nahe, dass er ein anderes renditestarkes und steueroptimiertes Anlagemodell gewählt hätte. Deshalb kann nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass auch bei einer Alternativanlage kein positiver Ertrag erwirtschaftet worden wäre (anders der Fall des OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.10.2012 - I-9 U 44/12, 9 U 44/12 -). Der Kläger hatte zuvor zu keinem Zeitpunkt in Anlagemodelle investiert, sondern sich lediglich mit Grundeigentum und Lebensversicherungen befasst.
Auch der Umstand, dass der Kläger erst aktiv wurde, als der Fonds in Schwierigkeiten geriet, steht der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht entgegen. Insbesondere kann dem Kläger nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er bei ausbleibendem wirtschaftlichen Erfolg des Fonds an diesem festhielt. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei einem Anleger, der Warnhinweisen nach bereits durchgeführten Spekulationsgeschäften nicht mehr unvoreingenommen gegenübersteht, und zwar unabhängig davon, ob Gewinne oder Verluste erzielt wurden. Hinzu kommt, dass eine Veräußerung der Anteile realistisch gar nicht in Erwägung gezogen werden konnte.
Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger sein Geld konservativ angelegt hätte. Welchen Zinssatz er erhalten hätte, ist vom Senat zu schätzen (§ 287 ZPO; BGH 8.5.12 - XI ZR 262/10 - Rz. 64). Wie sich die Anlage in Bundesschatzbriefen entwickelt hätte, muss allerdings sachverständig geklärt werden. Eine Schätzung ohne jede Basis ist unzulässig.
7. Mitverschulden
Der Senat geht allerdings davon aus, dass dem Kläger vorliegend ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB angerechnet werden muss. Zwar hat der Kläger die Dienste des Beklagten gerade deshalb in Anspruch genommen, weil er selbst als Anleger über keine Sachkunde verfügte. Für gänzlich unerfahrene Anleger ist anerkannt, dass ein Mitverschulden ausscheidet (OLG Koblenz, WM 1996, 1089). Der Kläger durfte grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Beklagte ihm keine Geldanlage empfehlen würde, die seinen Interessen widersprach. Es bestand daher für den Kläger generell keine Obliegenheit, die Empfehlungen des Beklagten zu überprüfen.
Wie sich aus den Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat und auch der Aussage der Zeugin A ergibt, ist der Kläger jedoch äußerst leichtsinnig vorgegangen und hat erhebliche Summen aufs Spiel gesetzt, ohne sich mit der Materie zu beschäftigen oder auch nur zu lesen, was er von dem Beklagten als Informationen erhalten hat. Mag dies auch nicht die Kausalität unterbrechen oder als grobe Fahrlässigkeit einzustufen sein, so stellt es doch ein erhebliches Verschulden gegen sich selbst

und die ureigensten Interessen dar, erhebliche Beträge zu investieren, ohne irgendeine wirkliche Sicherheit zu erhalten und ohne genau zu wissen, welche Vermögensgegenstände als Sicherheiten zur Verfügung stehen würden. Als mehrfacher Grundeigentümer wusste der Kläger, wie aufwändig notarielle Kaufverträge ausgestaltet sind, welche Sicherheiten Banken für Kredite benötigen und wie sehr dort auch auf eine ausreichende Wertsicherung geachtet wird.
Vorliegend beteiligte sich der Kläger allerdings an einem Unternehmen, das noch gar nicht am Markt etabliert war, dessen Geschäftszweck er allenfalls allgemein umreißen und dessen Wert er überhaupt nicht abschätzen konnte. Dieser Leichtsinn wiegt unter Abwägung aller Gesichtspunkte für den Senat ebenso stark wie der Leichtsinn des Beklagten, eine Gesellschaftsbeteiligung zu empfehlen und als sicher darzustellen, deren Auswirkungen er weder wirtschaftlich noch steuerlich realistisch einordnen konnte.
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist besonderer Leichtsinn auf Seiten des Geschädigten selbst dann zu berücksichtigen, wenn der Schädiger bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Der Grundsatz, dass auch Fahrlässigkeit gegenüber vorsätzlichem Verhalten immer zurücktritt, gilt keineswegs uneingeschränkt. Ausnahmen von dieser Abwägungsregel müssen zugelassen werden, wenn besondere Umstände im Einzelfall Anlass zu einer abweichenden Wertung geben und eine Schadensteilung rechtfertigen (vgl. BGH Urteile vom 22.09.1970 - VI ZR 193/69 - VersR 1970, 1152, 1154 und vom 6.12.1983 - VI ZR 60/82 - VersR 1984, 191, 192; s. auch BGHZ 98, 148, 158; BGH Urteil vom 21.05.1987 - III ZR 25/86 - NJW 1988, 129, 130). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Vorsatz des Schädigers nicht schlechthin zum Freibrief für jeden Leichtsinn des Geschädigten werden darf (vgl. BGH Urteile vom 3.02.1970 - VI ZR 245/67 - WM 1970, 633, 637 und vom 6.12.1983 - VI ZR 60/82 - aaO; BGH, Urteil vom 9.10.1991 - VIII ZR 19/91 - NJW 1992, 310, 311; BGH Urteil vom 5.03.2002 - VI ZR 398/00 -). Vorliegend kann allerdings auf Seiten des Beklagten auch nur Fahrlässigkeit angenommen werden. Nach der Anhörung des Beklagten geht der Senat davon aus, dass auch dieser an einen Erfolg der Anlage geglaubt hat. Unter Abwägung aller Umstände hält der Senat deshalb ein Mitverschulden des Klägers von 50% für angemessen.
III.
Die Kostenentscheidung ist der Endentscheidung vorzubehalten.
Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Bewertung des vorliegenden Emissionsprospekts, die Bedeutung der Hinweise auf das Totalverlustrisiko sowie die Frage der groben Fahrlässigkeit hinsichtlich des Verjährungsbeginns von verschiedenen Gerichten unterschiedlich bewertet werden und deshalb zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erforderlich ist, die bisher ersichtlich nicht vorliegt.

173. OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2014 – 5 U 640/13 – * Regressprozess einer Kfz-Haftpflichtversicherung gegen einen Krankenhausträger wegen Fehlbehandlung eines Verkehrsunfallopfers: Schädigung des nervus radialis bei einer operativen Humerus-Reposition; Verjährung des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs

Leitsatz

1. Hat sich der Arzt bei der Reposition des Humerus darauf beschränkt, den nervus radialis kontinuierlich zu ertasten und zu umgehen, statt den Nerv zu präparieren und mit einer Schlinge beiseite zu halten, kann darin kein haftungsrelevantes Versäumnis gesehen werden, wenn nach sachverständiger Einschätzung auch unter der weiter greifenden Sicherung mit 10%-iger Wahrscheinlichkeit eine Radialisschädigung zu erwarten war und das Versäumnis nicht als grober Behandlungsfehler gewertet werden kann.
2. Auch die Verzögerung eines Revisionseingriffs nach Verletzung des nervus radialis ist nicht haftungsrelevant, wenn kein zureichender Anhalt dafür besteht, dass die Schädigung dadurch behoben oder auch nur gebessert werden konnte.
2. Die Verjährung des Gesamtschuldnerausgleichungsanspruchs nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zwischen Kfz.-Haftpflichtversicherer und Arzt, der das Unfallopfer fehlbehandelt haben soll, beginnt erst dann, wenn der Versicherer von der Mithaftung des Arztes Kenntnis erlangt oder die Mitverantwortlichkeit ohne Weiteres hätte erkennen können.
Nur für den Beginn der Verjährung des Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt es auf die Kenntnis des Unfallgeschädigten an.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 17.04.2013 wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen dem Kläger zur Last.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckendes Betrages stellt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Der Kläger ist als Haftpflichtversicherer für die Folgen eines Verkehrsunfalls vom 22.06.2002 einstandspflichtig. Bei diesem Unfall wurde Daniel B. als Insasse eines Pkw verletzt; er zog sich neben Prellungen linksseitig distal eine dislozierte Humerus-Mehrfachfraktur zu. Deshalb erbrachte der Kläger weitreichende Ersatzleistungen, derentwegen er die Beklagte insoweit in Regress nimmt, als Aufwendungen für die Zeit ab dem 1.10.2002 betroffen sind. Die Aufwendungen, deren Umfang im Einzelnen streitig ist, wurden namentlich zur Deckung der Kosten ärztlicher Behandlungen und von Umschulungsmaßnahmen sowie zum Ausgleich von Verdiensteinbußen getätigt. Der Kläger hat sie mit insgesamt 146.639,37 € beziffert und diesen Betrag gegenüber der Beklagten eingeklagt. Außerdem hat er die Feststellung einer weitergehenden Haftung begehrt.

Das Verlangen knüpft an einen durch den Unfall veranlassten operativen Eingriff an, dem sich Daniel B. am 27.06.2002 im Krankenhaus der Beklagten unterzog, wo er vier Tage zuvor aufgenommen worden war. Es kam zu einer Humerus-Reposition, indem zwei Cerclagen angelegt und ein Marknagel gesetzt wurden. Am 28.06.2002 hatte Daniel B. sensitive Ausfälle. Man diagnostizierte eine Radialisparese.

Nach anhaltenden krankengymnastischen Maßnahmen wurde am 25.02.2003 anderweit eine Revisionsoperation vorgenommen. Dabei sah man den Nervus radialis - im Gegensatz zu neurologischen Befunderhebungen vom07.und08.2002 - vollständig durchtrennt.

Gemäß dem Vorbringen des Klägers wurde der Nerv im Zuge des Eingriffs vom 27.06.2002 verletzt. Die Verletzung, deren Folgen Daniel B. dauerhaft beeinträchtigen, sei zumindest seit dem 1.10.2002 der einzige Grund dafür, dass er fortlaufend Versicherungsleistungen zu erbringen habe. Denn bis zu diesem Zeitpunkt wären die unfallbedingten Schäden im Übrigen überwunden gewesen. Die Nervenläsion beruhe auf einem fehlerhaften intraoperativen Vorgehen. Der Nerv habe durch Knochenfragmente eingeklemmt werden können, weil man - was unstreitig ist - auf seine Darstellung und Anschlingung verzichtet habe. Es sei auch ein Versäumnis gewesen, zum Ende der Operation hin keine Sichtkontrolle vorzunehmen. Darüber hinaus treffe die Beklagte der Vorwurf, auf die am 28.06.2002 aufgetretenen Sensibilitätsstörungen unzulänglich reagiert zu haben; zur Schadensbegrenzung sei ein sofortige Revisionseingriff unverzichtbar gewesen. Unabhängig davon habe man Daniel B. vor der Operation vom 27.06.2002 ungenügend aufgeklärt. Das Risiko einer Nervendurchtrennung, das sich verwirklicht habe, sei ihm ebenso verschwiegen worden wie der Umstand, dass die Humerusfraktur statt durch den Einsatz einer Platte mit einer Nagelung versorgt werden würde.

Die Beklagte ist dem Vorbringen des Klägers entgegen getreten. Außerdem hat sie vorsorglich die Verjährungseinrede erhoben.

Das Landgericht hat Zeugen zum Ablauf des streitigen Eingriffs und der diesem vorangegangenen Aufklärung Daniel B`s gehört sowie mehrere Sachverständige befragt. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Seiner Beurteilung nach scheidet eine Inanspruchnahme der Beklagten aus, weil diese nicht - als Gesamtschuldner neben dem Kläger - für irgendwelche Schäden Daniel B`s aufzukommen habe. Allerdings sei die streitige Nervenverletzung durch die Operation vom 27.06.2002 verursacht worden. Es lasse sich jedoch nicht erkennen, dass sie auf einem vorwerfbaren Fehler beruhe. Zwar hätte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der Nervus radialis primär dargestellt und angeschlungen werden müssen, wenn man zur Refixation des Humerus vorbereitend einen langen Schnitt gezogen habe und nicht nur minimalinvasiv vorgegangen sei, was nicht ausgeschlossen werden könne. Aber bei der Schnittführung sei die Läsion nicht eingetreten; sie sei nur durch andere Umstände erklärbar. Insofern fehle es jedenfalls an der Schadenskausalität. Dasselbe gelte im Hinblick auf das mögliche Versäumnis der Beklagten, den Nerv am Ende des Eingriffs zu untersuchen oder zumindest die am 28.06.2002 vorhandenen sensitiven Störungen operativ anzugehen, weil die durch die Läsion eingetretene Schädigung möglicherweise überhaupt nicht mehr reparabel gewesen sei. Dass Daniel B. unzulänglich aufgeklärt worden sei, sei zeugenbeweislich ausgeräumt.

Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Gestützt auf die Rüge einer ungenügenden Sachverhaltsermittlung durch das Landgericht, beantragt er, den Rechtsstreit unter Aufhebung des ergangenen Urteils in die erste Instanz zurückzuverweisen; hilfsweise verfolgt er sein altes Begehren weiter. Seiner Ansicht nach gibt es keinen vernünftigen Zweifel daran, dass der Nervus radialis bei der Operation vom 27.06.2002 durchtrennt wurde. Mit hoher Wahrscheinlichkeit sei es zu einer Einschnürung durch Cerclage-Draht gekommen. Dieser Gefahr nicht durch eine Freilegung des Nerven vorgebeugt zu haben, sei ein grober Fehler gewesen. Darüber hinaus beanstandet der Kläger erneut, dass ein Revisionseingriff unterblieben und Daniel B. unzulänglich aufgeklärt worden sei.

Demgegenüber verteidigt die Beklagte die angefochtene Entscheidung. Sie betont, dass der Nervus radialis am 27.06.2002 nicht durchtrennt worden sei. Er habe auch nicht freigelegt zu werden brauchen, da er sich außerhalb des Operationsfelds befunden habe. Eines raschen Revisionseingriffs habe es nicht bedurft und ein Aufklärungsversäumnis sei nicht zu ersehen. Vorsorglich erneuert die Beklagte ihren Verjährungseinwand.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.
II. Die Berufung ist ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Ausgleichsberechtigung, die der Kläger mit Blick auf § 426 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB, § 86 Abs. 1 S. 1 VVG im Rahmen eines Gesamtschuldnerausgleichs gegenüber der Beklagten reklamiert, im Ergebnis zu Recht verneint. Damit besteht keine Veranlassung, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Prozess entsprechend dem Hauptantrag des Klägers in die erste Instanz zurückzugeben. Verfahrensfehler des Landgerichts, die ein solches Vorgehen unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits rechtfertigen könnten, sind nicht zu ersehen. Insbesondere wurden Beweisangebote von Relevanz nicht übergangen.
1. Allerdings lässt sich die erstrebte Inanspruchnahme der Beklagten noch nicht mit der Erwägung in Frage stellen, dass der Kläger von Rechts wegen von vornherein nicht für die Folgen der streitigen Nervenläsion aufzukommen habe, weil die Verletzung nach dessen Vorbringen letztlich nur der Beklagten anzulasten ist. Denn vor diesem Hintergrund scheidet eine Mitverantwortlichkeit auf Seiten des Klägers, aus der sich ein Gesamtschuldverhältnis ergeben kann, nicht aus. Der Kläger muss vielmehr als Versicherer des einstandspflichtigen Unfallverursachers grundsätzlich auch die Schäden ersetzen, die im Zuge der ärztlichen Versorgung Daniel B`s als Unfallopfer aufgetreten sind, weil die Kausalkette durch die Krankenhausbehandlung nicht unterbrochen wurde (BGH NJW 1989, 767; BGH NJW 2012, 2024). Davon unabhängig ist dann freilich zu beurteilen, nach welchem Maßstab (Quote) sich der interne Regress innerhalb eines entstandenen Gesamtschuldverhältnisses gestaltet (vgl. dazu BGH NJW 1980, 2348; Bydlinski in Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 426 Rn. 22).
Indessen muss die auf § 426 BGB gestützte Klage daran scheitern, dass die Beklagte Daniel B. weder vertraglich noch deliktisch verhaftet ist. Insofern fehlt es mangels deren Einstandsplicht an einer Gesamtschuld und daraus resultierenden Ausgleichsforderungen des Klägers.
2. Das gilt unabhängig von dem von der Beklagten geltend gemachten Verjährungseinwand. Der Senat ist diesem Einwand gleichwohl nachgegangen, weil auf die Durchführung einer weiteren Beweisaufnahme zur Schadensverantwortlichkeit der Beklagten hätte verzichtet werden können, wenn er begründet gewesen wäre. Das ist jedoch im Hinblick auf einen möglichen Anspruch des Klägers aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu verneinen. Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht nämlich anders als das Recht aus § 426 Abs. 2 S. 1 BGB, das der Kläger von Daniel B. ableitet und in seiner Verjährung deshalb auch von dessen Kenntnisstand abhängt (Ellenberger in Palandt, BGB, 73. Aufl., § 199 Rn. 26), originär in der Person des Ausgleichsberechtigten. Daher konnte die dreijährige Frist des § 199 Abs. 1 BGB erst zum Ende des Jahres anlaufen, in dem der Kläger von einer Mithaftung der Beklagten erfuhr oder sie ohne Weiteres hätte erkennen können. Einen entsprechenden Informationsstand hatte er unstreitig erst nach dem 2.03.2004, als ihm durch das unter diesem Datum gefertigte Gutachten Dr. O., nahe gebracht wurde, dass die Radialparese Daniels B`s nicht unmittelbare Folge des Verkehrsunfalls vom 22.06.2002 war, sondern offenbar erst durch die Operation vom 27.06.2002 ausgelöst wurde. Daher war der Verjährungslauf noch nicht beendet, als die vorliegende Klage am 31.12.2007 zugestellt wurde.
3. Zentraler Ansatz für die Inanspruchnahme der Beklagten ist die operative Reposition des bei dem Verkehrsunfall frakturierten Humerus Daniel B`s, in deren Zuge es nach dem Vorbringen des Klägers zu einer Verletzung des Nervus radialis kam. Diese Behauptung ist durch das Ergebnis der Beweisaufnahme bestätigt worden. Sie entspricht den Erkenntnissen der in beiden Instanzen befragten Sachverständigen Dr. K. und Prof. Dr. A., nachdem bereits zuvor der darüber hinaus vom Landgericht herangezogene Gutachter Dr. B. eine entsprechende Annahme geäußert hatte. Aus der Nervenläsion, in der der Kläger die Ursache für umfangreiche körperliche und materielle Beeinträchtigungen Daniel B`s namentlich in der Zeit ab dem 1.10.2002 sieht, lässt sich jedoch eine Haftung der Beklagten nicht herleiten.
a) Sie ist, wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 5.11.2013 aufgezeigt hat, nicht damit zu begründen, dass Daniel B. nicht in den Eingriff vom 27.06.2002 eingewilligt hätte. Das Landgericht hat den Streitstoff dahin gewürdigt, dass Daniel B. hinlänglich über das der Operation anhaftende Risiko einer Nervenschädigung, das sich im vorliegenden Fall verwirklichte, aufgeklärt wurde. Dabei hat es sich auf die Zeugenaussage des Arztes Peter M. gestützt, der Daniel B. seinem Bekunden zufolge präoperativ anhand eines auf Osteosynthesen bezogenen Informationsbogens unterrichtete. Darin ist von Nervenverletzungen, die dauerhafte Störungen wie namentlich eine Teillähmung verursachen können, die Rede. Auf dem Bogen ist handschriftlich vermerkt, dass Daniel B. auf die Möglichkeit entsprechender Komplikationen hingewiesen wurde. Darüber hinaus hat Peter M. mitgeteilt, die verschiedenen technischen Methoden zur Behebung einer Fraktur angesprochen zu haben. Das wird durch die zu den Akten (dort Bl. 493) gelangte Skizze, deren Authentizität Daniel B. grundsätzlich bestätigt hat, bekräftigt. Die intraoperativ gefasste Entschließung, die Osteosynthese durch eine Nagelung und Cerclagen und nicht durch eine Platte vorzunehmen, war vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.
Dass sich Peter M. bei alledem nicht mehr an die konkret mit Daniel B. geführte Unterredung erinnerte, sondern sich an seiner übliche Verfahrensweise in vergleichbaren Fällen orientierte, nimmt seiner Aussage nicht die Verlässlichkeit. Es ist anerkannt, dass an den Beweis der ordnungsgemäßen Aufklärung

eines Patienten keine unbilligen Anforderungen gestellt werden dürfen. Ist vom Grundsatz her kein eingehendes Aufklärungsgespräch hinlänglich belegt, soll dem aufklärenden Arzt im Zweifel geglaubt werden, dass er in der gebotenen Weise verfahren ist (BGH VersR 1985, 361). Von daher ist der Beurteilung des Landgerichts, Daniel B. habe dem Eingriff zugestimmt, ohne Bedenken zu folgen.
Daran ändert sich nicht deshalb etwas, weil sich Daniel B. nicht mehr daran zu erinnern vermochte, über die Gefahr einer Nervenläsion aufgeklärt worden zu sein. Denn er hat eine solche Aufklärung nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich bemerkt, dass er sie - wie den Inhalt des mit Peter M. geführten Gesprächs überhaupt - nicht im Gedächtnis behalten habe.
b) In dem angefochtenen Urteil ist offen gelassen worden, ob es am 27.06.2002 verzichtbar war, den Nervus radialis freizulegen und anzuschlingen, weil sich die Gefahr einer Schnittverletzung, der dadurch habe vorgebeugt werden sollen, nicht verwirklicht habe. Das greift indessen, wie der Senat schon in seinem Beschluss vom 5.11.2013 bemerkt hat, zu kurz. Denn eine Nervenläsion drohte durch das operative Vorgehen insgesamt und dabei namentlich durch ein Einklemmen zwischen Knochenfragmenten oder eine Quetschung mit der Cerclage.
Es ist unstreitig, dass man sich auf Seiten der Beklagten bei der Reposition des Humerus damit begnügte, den Nervus radialis zu ertasten und dafür Sorge zu tragen, dass der aus dem Operationsfeld herausgehalten wurde. Diese Vorgehensweise ist von den Sachverständigen Dr. B. und Dr. K. für unzureichend erachtet worden. Ihrer Meinung nach wäre es geboten gewesen, den Nerv zu präparieren und dann mit einer Schlinge beiseite zu nehmen. In diesem Sinne hat sich auch der von dem Kläger konsultierte Privatgutachter Prof. Dr. J. geäußert. Demgegenüber hat der Sachverständige Prof. Dr. A., den der Senat ebenso wie Dr. K. erneut befragt hat, unter Hinweis auf die mit einem derartigen Verfahren verbundenen Schädigungsrisiken die Auffassung vertreten, dass die konkret angewandte Sorgfalt genügt habe, solange man die Lage des Nervs kontinuierlich tastend kontrollierte. Dass das unterblieben wäre, erschließt sich nicht. Freilich ist der Operationsbericht hier unergiebig. Aber eine entsprechende Dokumentation war, wie Prof. Dr. A. mitgeteilt hat, verzichtbar, so dass in diesem Zusammenhang keine Grundlage dafür vorhanden ist, ein Versäumnis zu vermuten. Prof. Dr. A. hat eine Freilegung und Anschlingung des Nervus radialis lediglich für den Fall für erforderlich erachtet, dass man - wie dies nach dem Vorbringen des Klägers ursprünglich intendiert war, dann aber nicht verwirklicht wurde - eine Platten-Osteosynthese vorgenommen oder aber Cerclagen oberhalb des unteren Humerusdrittels eingebracht hätte. Eine so hoch angesetzte Positionierung ist jedoch nicht gesichert. Sie wäre auch konkret ohne Belang, weil der Nerv nach dem übereinstimmenden Urteil von Dr. K. und Prof. Dr. A. im unteren Bereich des Humerus lädiert wurde.
Ob man vor dem Hintergrund der vorstehend wiedergegebenen kontroversen gutachterlichen Stellungnahmen überhaupt davon ausgehen kann, dass die streitige Verletzung ihre Ursache in einem schuldhaften ärztlichen Pflichtverstoß hat, erscheint zweifelhaft, auch wenn Dr. K. für sich in Anspruch genommen hat, seine Auffassung stehe im Einklang mit der herrschenden Lehre und dem allgemeinen Operationsstandard, und er insoweit neuerlich noch einmal eine Unterstützung durch Prof. Dr. J. erfahren hat. Das kann jedoch auf sich beruhen. Dr. K. und Prof. Dr. A. haben nämlich bekräftigt, dass die Nervenläsion in gleicher Weise hätte entstehen können, wenn man präpariert und angeschlungen hätte. Die Eintrittswahrscheinlichkeit dafür lag - nach ihrem übereinstimmenden Urteil - bei mindestens 10 %. Das weckt so hohe Zweifel an der Schadenskausalität des Vorgehens der Beklagten, dass eine Haftung unter diesem Aspekt ausscheiden muss. Anders wäre es nur, wenn ein grober ärztlicher Fehler vorläge, weil sich dann die Beweislast umkehren würde (BGHZ 129, 6; BGHZ 159, 48). Das ist indessen im Hinblick auf die kontroverse gutachterliche Würdigung, die der Fall durch die Sachverständigen erfahren hat, zu verneinen und dementsprechend nicht nur durch Prof. Dr. A., sondern auch durch Dr. K. eindeutig in Abrede gestellt worden. Im Hinblick darauf ist eine ergänzende gutachterliche Abklärung unter Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, wie dies vom Kläger nunmehr unter Hinweis auf § 412 ZPO reklamiert wird, nicht veranlasst.
c) Genauso wenig wird eine Schadensverantwortlichkeit der Beklagten dadurch begründet, dass der Nervus radialis am Ende des Eingriffs vom 27.06.2002 nicht besonders auf seine Unversehrtheit kontrolliert wurde. Die Forderung nach einer solchen Kontrolle, die mit einer Darstellung des Nervs verbunden gewesen wäre, ist zwar vorprozessual von dem Privatgutachter Dr. G. und später auch von Dr. B. erhoben worden. Ihr sind jedoch Dr. K. und Prof. Dr. A. überzeugend entgegen getreten. Die Risiken, die mit einer Präparierung einhergegangen wären, hätten zu dem erkennbaren Nutzen außer Verhältnis gestanden, nachdem dem Nerv - unwiderlegt - intraoperativ Beachtung geschenkt worden war und kein Anzeichen für eine Verletzung bestand. Es war adäquat, das Operationsfeld nach der Versorgung der Fraktur zu schließen.
Selbst wenn die Sicht Dr. K`s und Prof. Dr. A`s in Frage zu stellen wäre, könnte der Kläger daraus am Ende nichts für sich ableiten. Das mag zwar gegebenenfalls erlauben, das Vorgehen auf Seiten der Beklagten als objektiv fehlerhaft einzustufen; aber ein Schuldvorwurf ist darauf nicht zu gründen, weil es sich verbietet, eine Verfahrensweise, die mit den Vorgaben zweier wissenschaftlich und operativ bewährter Sachverständiger in Einklang steht, als fahrlässig anzusehen.

d) Eine Ersatzpflicht der Beklagten lässt sich schließlich auch nicht daraus entnehmen, dass eine operative Reaktion auf die sensitiven Ausfallerscheinungen unterblieb, die sich am 28.06.2002 bei Daniel B. manifestierten. Allerdings hat der vorprozessual vom Kläger herangezogene Privatgutachter Dr. G. die Forderung nach einem zeitigen Revisionseingriff gestellt. Aber dabei hat er sich nicht zu den Erfolgsaussichten einer solchen Maßnahme geäußert. Darauf kommt es jedoch entscheidend an. Waren sie zu verneinen, fehlte es an einer Indikation. Davon ist das Landgericht ausgegangen. Es hat gemeint, die Chance einer operativen Abhilfe sei so gering gewesen, dass man habe zuwarten und auf eine spontane Erholung hoffen dürfen. Das deckt sich mit der erstinstanzlich von Prof. Dr. A. geäußerten Auffassung, der schließlich sogar darüber hinausgehend gemeint hat, es sei nutzlos gewesen, noch etwas zu unternehmen. Dem hat sich Dr. K. bei seiner Befragung durch das Landgericht angeschlossen. Von daher kann in der Unterlassung auf Seiten der Beklagten kein schuldhaft pflichtwidriges Versäumnis gesehen werden.
Wollte man dem nicht folgen und der Auffassung sein, eine Reparatur hätte jedenfalls nicht unversucht bleiben dürfen, wäre das letztlich ohne Auswirkung, da der Beklagten angesichts der Darlegungen Dr. K`s und Prof. Dr. A`s keinesfalls der Vorwurf eines groben ärztlichen Fehlers zu machen wäre. Insofern trifft den Kläger als Anspruchsteller die uneingeschränkte Beweislast dafür, dass die Schadensentwicklung bei einem am 28.06.2002 initiierten Revisionseingriff noch hätte umgekehrt oder jedenfalls abgemildert werden können. Für einen solch hypothetischen Gang der Dinge gibt es angesichts der Erkenntnisse Dr. K`s und Prof. Dr. A`s aber nicht den geringsten Anhalt. Selbst Dr. B., der sich in diesem Zusammenhang differenzierter äußerte, hat eine Besserung als spekulativ und eher unwahrscheinlich bezeichnet.
4. Nach alledem verbleibt es bei dem klageabweisenden Urteils des Landgerichts. Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.
Rechtsmittelstreitwert in Übereinstimmung mit der unangefochtenen Bemessung, die für die erste Instanz vorgenommen worden ist: 150.000 €.

174. OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2014 – 5 U 854/13 – * Arzthaftung: Aufklärung über Schnittentbindung bei Risikogeburt; Schulterdystokie als Behandlungsfehler; Berücksichtigung des in zweiter Instanz nachgeschobenen neuen Sachvortrags zur Geburtsleitung

Leitsatz

1. Der geburtsleitende Arzt hat alle medizinischen Befunde bei Mutter und Kind in wertender Gesamtschau zu berücksichtigen. Fehlt es hiernach an signifikanten Hinweisen für eine drohende Risikogeburt, muss er die Schwangere nicht über die Möglichkeit der Sectio aufklären oder die Schnittentbindung gar empfehlen. Zur Bedeutung und Gewichtung mehrerer vermeintlicher Risikofaktoren.
2. Eine Schulterdystokie mit Erb'scher Parese belegt nicht ohne Weiteres Versäumnisse und/oder Fehler des geburtsleitenden Arztes.
3. Die erleichterte Darlegungspflicht im Arzthaftungsprozess bedeutet nicht, dass der Patient in zweiter Instanz außerhalb der Berufungsbegründungsfrist und ungeachtet der Hürde des § 531 Abs. 2 ZPO seinen Sachvortrag ändern und ergänzen darf.

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 29.05.2013 wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagten Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.
Beschluss:
Der Senat hat beschlossen, den Streitwert wie folgt festzusetzen:
Klageantrag zu 1:
55.000 €
Klageantrag zu 2:
20.000 €
Klageantrag zu 3:
128.700 €
Klageantrag zu 4 (60 x 1.650):
99.000 €
Gesamt
302.700 €

Gründe

I.
Der am 13.02.2004 geborene Kläger begehrt, gesetzlich vertreten durch seine Eltern, von den Beklagten materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie die Feststellung der künftigen Ersatzpflicht für die Folgen einer nach Schulterdystokie rechtsseitig erlittenen Erb'schen Parese (Schlussanträge erster Instanz: 308, 364 GA).
In erster Instanz hat er gerügt, dass seine Mutter, trotz vorhandener Risiken für eine vaginale Geburt, über die Möglichkeit einer Schnittentbindung nicht aufgeklärt worden sei. Nach dem Eintritt der Schulterdystokie sei die Geburt fehlerhaft, insbesondere durch kontraindizierte Druck- und Ziehbewegungen beendet worden.
Das (zweifach) sachverständig beratene Landgericht hat die Klage nach Anhörung der Mutter des Klägers sowie der Beklagten zu 2, 3 und 4 abgewiesen. Die geburtshilfliche Behandlung sei korrekt gewesen. Nach dem Eintritt der Schulterdystokie seien weder eine Kristellerhilfe noch unzulässige Druck- oder Ziehbewegungen vorgenommen worden. Sowohl das „McRoberts-„ als auch das „Woods-Manöver“ seien in nicht zu beanstandender Weise ausgeführt worden. Über die Möglichkeit der Schnittentbindung sei nicht aufzuklären gewesen. Die allgemein anerkannten Kriterien für eine solche Aufklärung hätten nicht vorgelegen.
Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt:
Das Landgericht habe sich mit der Aufklärungsrüge nur unzureichend auseinandergesetzt. Seine Mutter sei extrem schlank und Erstgebärende gewesen. Aufgrund ihrer geringen Körpergröße und ihres Ausgangsgewichts sei von einer exzessiven Gewichtszunahme während der Schwangerschaft auszugehen. Diese Umstände hätten auf ein relatives Missverhältnis zwischen der Weite des Geburtskanals und der voraussichtlichen Größe des kindlichen Körpers hingedeutet. Das Geburtsgewicht sei fehlerhaft berechnet und das disproportionale Kindswachstum nicht erkannt worden. Wegen des Verdachts auf das Vorliegen eines mütterlichen Gestationsdiabetes und des im Urin nachgewiesenen Zuckers sei eine Aufklärung über eine Schnittentbindung zwingend erforderlich gewesen. Neben einer primären sei auch eine sekundäre Schnittentbindung zu erwägen gewesen. Zu beanstanden sei auch die Geburtsleitung. Mit der Anleitung zum Pressen vor dem Beginn der natürlichen Presswehen gegen 13.15 Uhr und der Anwendung des Kristeller-Manövers etwa gegen 13.44 Uhr sei die Geburt unnötig und ohne Indikation beschleunigt worden. Würde man hingegen von einem protrahierten Geburtsverlauf ausgehen, hätte die Mutter über Handlungsalternativen aufgeklärt werden müssen. Mit Sicherheit sei auszuschließen, dass der Armplexusschaden auf anderen Ursachen als der Schulterdystokie beruhe. Letztlich sei diese fehlerhaft behoben worden, weil eine Bolus-Tokolyse und eine innere Wendung unter suffizienter Analgesie unterlassen worden seien. Dies sei als grober Behandlungsfehler zu werten.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Der Kläger gehe von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Es sei nicht zu Zerreißungen an den Nervenwurzeln C5-C7 gekommen. Weder sei das Nervengeflecht als Ganzes beschädigt worden, noch sei ein Ausriss des Nervs an der Wurzel festzustellen gewesen. Der Grenzwert für eine disproportionale Kindesentwicklung sei nicht erreicht gewesen, so dass eine Schnittentbindung nicht habe in Betracht gezogen werden müssen. Ob eine Übergewichtigkeit vorliege, sei von den behandelnden Ärzten im Einzelfall aufgrund der feststellbaren Umstände zu beurteilen. Eine solche sei hier nicht zuletzt im Hinblick auf Wasseransammlungen im Körper der Mutter als Ursache zutreffend verneint worden. Eine Makrosomie sei nach allen Untersuchungsmethoden nicht anzunehmen gewesen. In der Gesamtschau hätten Risiken für eine vaginale Geburt nicht vorgelegen. Als es zur Schulterdystokie gekommen sei, sei eine Sectio nicht mehr möglich gewesen. Das Kristillermanöver sei nur zur Unterstützung der ermüdeten Mutter eingesetzt und nicht zur Lösung der Schulterdystokie ausgeführt worden. Da weder eine heftige Wehentätigkeit noch eine Wehenunterstützung durch Tropf vorgelegen habe, sei zu recht auf eine Bolus-Tokolyse verzichtet worden. Es werde bestritten, dass ein Behandlungsfehler zur Armplexusschädigung geführt habe.
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die zwischen den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
Der Kläger hat weder einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld noch auf materiellen Schadensersatz noch auf die Feststellung der Ersatzpflicht für etwaige materielle und zukünftige immaterielle Schäden gemäß den §§ 823 Abs. 1, 831, 31 BGB oder - soweit materielle Schäden in Rede stehen - aus Schlechterfüllung des Krankenhausvertrages, in dessen Schutzbereich er einbezogen war.
Die Mutter des Klägers wurde ordnungsgemäß und genügend aufgeklärt. Ein Behandlungsfehler ist nicht vorgekommen. Auf die in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird umfassend Bezug genommen (§ 540 ZPO). Zum Berufungsvorbringen ist ergänzend auszuführen:
1. Zur Aufklärung:
Nach den Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe zu den ärztlichen Beratungs- und Aufklärungspflichten bei der Geburtshilfe (AWMF-Leitlinien-Register Nr. 015/043) ist die

Geburt ein natürlicher Vorgang und kein "Eingriff“, dem die Schwangere zustimmen müsste. Insbesondere veranlasst sie den Arzt nicht zu einer indikationslosen Schnittentbindung. Bei einem problemlosen Verlauf der Schwangerschaft und ohne konkreten Anlass ist der Arzt deshalb nicht verpflichtet, mit der Schwangeren rein vorsorglich über mögliche Komplikationen bei der Entbindung und einen dann etwa notwendigen operativen Eingriff zu sprechen. Nur wenn eine Schnittentbindung im konkreten Fall eine medizinisch vertretbare, ernsthaft in Betracht zu ziehende Alternative ist (z.B. Beckenendlage, Missverhältnis zwischen Kindesgröße und mütterlichem Becken, übergroßes Kind usw.), hat der Geburtshelfer, selbst wenn er zur vaginalen Entbindung neigt, zum Zeitpunkt einer im Rahmen der Entbindungssituation noch möglichen Beratung der Gebärenden eine ihrem Selbstbestimmungsrecht genügende Entscheidungsfreiheit einzuräumen.
Vorliegend musste eine solche Aufklärung nicht erfolgen, weil eine Schnittentbindung medizinisch nicht indiziert war und deshalb keine echte Alternative zur vaginalen Geburt darstellte (vgl. BGHZ 106, 153, 157; OLG Stuttgart, VersR 1989, 520 i.V.m. AHRS 5000/28; OLG Hamm, VersR 1999, 52, Senat NJW-RR 2004, 534 und NJW-RR 2006, 1172). Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen B., denen sich der Senat, wie auch das Landgericht anschließt, lag eine Indikation weder zu einer primären noch zu einer sekundären Schnittentbindung vor. Eine Aufklärung darüber war daher weder zu Beginn noch während des bis zum Eintreten der Schulterdystokie komplikationslosen Entbindungsverlaufs erforderlich (vgl. OLG Koblenz ArztR 2010, 722 mit Nachweisen).
Theoretisch denkbare, eher fernliegende Umstände (BB Seite 11, 440 GA) zwingen nicht zu einer solchen Aufklärung. Sie kann nur dann geboten sein, wenn sich deutliche Hinweise auf eine sich tatsächlich abzeichnende Risikogeburt ergeben (Ziff. 1.4. sowie 2.2 und 2.3. der Leitlinie).
Für den Kläger war in der 39. Schwangerschaftswoche ein voraussichtliches Geburtsgewicht von rund 3.300 g geschätzt worden. Das tatsächliche Geburtsgewicht wich davon ab, lag aber noch immer unter 4.000 g. Das nach Facharztstandard für eine vaginale Geburt riskante voraussichtliche Geburtsgewicht von 4.500 g wurde deutlich unterschritten.
Nach den Feststellungen des Sachverständigen B. ist eine Fehlregulation des Zuckerstoffwechsels (Gestationsdiabetes) aus den Krankenunterlagen nicht abzuleiten. Allein die erbliche Vorbelastung der Mutter des Klägers genügt als Risikofaktor nicht. Weitergehende Untersuchungen durch die Beklagte waren aufgrund der zeitlichen Abläufe nicht veranlasst (BB Seiten 8-10, 417-419 GA). Dass ein mütterlicher Diabetes nicht gänzlich ausgeschlossen war, begründete allein keine Indikation für eine Schnittentbindung.
Die Mutter des Klägers war gegen Ende der Schwangerschaft zwar übergewichtig, wenn als Maßstab herangezogen wird, dass eine Gewichtszunahme von nicht mehr als 12 kg als „normal“ gilt. Hierzu schließt sich der Senat jedoch den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen B. an, wonach bei 36% aller Schwangeren, die 12-18 kg zunehmen und immerhin noch 12%, bei denen die Gewichtszunahme über 18 kg liegt, eine Gewichtszunahme um 19,6 kg, jedenfalls dann nicht als exzessiv zu bezeichnen ist, wenn - wie hier - eine wesentliche Gewichtszunahme aus der im Mutterpass verzeichneten Wasseraufnahme im Körper der Mutter resultiert.
Die Grenzwerte für die Annahme eines relativen Missverhältnisses zwischen der Weite des Geburtskanals und der Kindsgröße waren nicht erreicht oder überschritten. Die Befunde wurden entsprechend dem fachärztlichen Standard erhoben. Den Thoraxdurchmesser von mehr als 11 cm sieht der Sachverständige nachvollziehbar nicht als besonderen Risikofaktor an (117 GA). Auch die Größe der Mutter des Klägers kommt keiner risikoerhöhenden Bedeutung zu (169 GA).
Der Kläger argumentiert widersprüchlich, wenn er einerseits auf den natürlichen und ungestörten Geburtsverlauf hinweist (BB Seiten 14, 15; 423,424 GA) und vor diesem Hintergrund von ihm unterstellte, die Geburt beschleunigende Maßnahmen als behandlungsfehlerhaft rügt (BB Seiten 18,19; 427, 428 GA), andererseits einen Aufklärungsmangel mit der Behauptung rügt, dass die geburtsbeschleunigenden Maßnahmen auf einem protrahierten Geburtsverlauf beruhten. Seine tatsächlichen Ausführungen dazu sind weitgehend spekulativ und hypothetisch, in den Behandlungsunterlagen nicht belegt und auch nicht rechtzeitig unter Beweis gestellt.
Der Sachverständige hat in Wertung aller relevanten, ex ante ersichtlichen Faktoren keine Pflicht zur Aufklärung über oder sogar zur Empfehlung zu einer Schnittentbindung gesehen (108-110; 166-171 GA). Dem schließt sich der Senat, der häufig mit Geburtsschadensfällen (auch Schulterdystokien) befasst ist, an. Bis zum schicksalhaften Eintritt der Schulterdystokie (108 GA) bestand keine Veranlassung, zu einer Schnittentbindung überzugehen, und es ist demnach nicht zu beanstanden, dass die Beklagten dem natürlichen Geburtsverlauf den Vorrang einräumten. Dabei ist auch zu sehen, dass es gilt, der Schwangeren die Möglichkeit der positiven Geburtsvorbereitung zu belassen und sie nicht durch überzogene Risikoszenarien zu belasten.
2. Geburtsverlauf und -beendigung
Das Landgericht hat nach Anhörung der Parteien und der Sachverständigen ausführlich begründet und für den Senat überzeugend festgestellt, das die geburtshilfliche Behandlung ordnungsgemäß erfolgte (LGU Seiten 8-16; 366-375 GA). Insbesondere sei die Kristellerhilfe nach der Geburt des Kopfes des Klägers nicht mehr angewendet worden. Bei der Entwicklung seien sowohl das „Mc-Roberts-“ als auch

das „Woods-Manöver“ fehlerfrei ausgeübt worden, ohne dass es dabei zu einem zu starken Zug am Kopf des Klägers gekommen sei. Dass diese Maßnahmen zur Behebung der Schulterdystokie indiziert und behandlungsfehlerfrei durchgeführt wurden, hat das Landgericht als erwiesen erachtet. Der Senat folgt ihm in dieser Beurteilung; der Kläger nimmt diese Beweiswürdigung hin (BB Seiten 36, 37 445, 446 GA). Ein Behandlungsfehler bei der Entbindung ist daher nicht bewiesen.
Das nachfolgend unter 2 a) und 2 b) erörterte, in zweiter Instanz weitgehend neue, teilweise spekulative tatsächliche Vorbringen des Klägers (BB Seiten 15 ff; 424 ff GA) lässt der Senat nicht zu (§§ 529, 531 ZPO). Weshalb es erst jetzt vorgebracht wird, wird weder erläutert noch entschuldigt. Das diesbezügliche Beweiserbieten in der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2014 (Zeugnis der Mutter des Klägers, 480 GA) weist der Senat als verspätet zurück (§§ 282 Abs. 1, 296 Abs. 2, 531 Abs. 2 ZPO).
a.) Mitpressen
Die Bedingungen für das Mitpressen durch die Mutter stellt der Kläger selbst dar. Zum Zeitpunkt des Mitpressens war der Muttermund geöffnet und die Fruchtblase entleert. Ein Behandlungsfehler ist nicht zu erkennen.
Der Kläger deutet die Eintragung im Geburtsprotokoll „Patientin gibt dem Druck nach“ nun dahin, dass seine Mutter zu einem vorzeitigen, willkürlichen, gefährlichen und den Eintritt der Schulterdystokie fördernden Pressen angehalten worden sei (BB Seiten 15-19; 424-428 GA). Das hat er in erster Instanz so nicht behauptet (5 GA). Wie das Geburtsprotokoll zu verstehen ist, hat der Sachverständige B. erläutert und hat ein regelwidriges Anleiten zum Mitpressen nicht gesehen (102 GA). Dem ist der Kläger in erster Instanz nicht entgegengetreten (134,138 GA). Sein neues tatsächliches Vorbringen weist der Senat daher zurück.
Die Beklagten haben dieses Vorbringen in der Berufungserwiderung vom 21.10.2014 bestritten und erläutert, wie das Protokoll richtig zu verstehen sei (BE Seite 9; 470 GA). Das angeleitete Mitpressen der Mutter des Klägers sei, wie vom Sachverständigen bestätigt, erstmals vorgekommen und zu einem Zeitpunkt protokoliert, zu dem es sachgerecht gewesen sei.
Dem ist der Kläger bis zur mündlichen Verhandlung am 19.02.2014 nicht mehr entgegengetreten; seine Behauptung, die Anleitung zum Mitpressen sei vorzeitig erfolgt, hat er erst in diesem Termin durch Zeugnis der Mutter des Klägers unter Beweis gestellt. Der Beweisantritt ist verspätet, er wird zurückgewiesen. Wäre er zeitnah nach Eingang der Berufungserwiderung erfolgt, hätte der Senat ihm noch durch Zuladungen nachgehen können. Die Sache wurde nach vorheriger Absprache mit den Parteivertretern am 3.12.2013 als letzte am 19.02.2014 anstehende auf 11.00 Uhr terminiert.
b.) Kristeller-Manöver
Der Kläger hat in erster Instanz, gestützt auf das Geburtsprotokoll, vorgebracht, das Manöver sei um 13.50 Uhr und um 13.55 Uhr durchgeführt worden. Dies sei bei schon fixierter Schulter kontraindiziert gewesen (5, 12 GA). Die zeitlichen Angaben hat er nach Erstattung des Gutachtens erneut bestätigt (138 GA). Dementsprechend nahm das sachverständig beratene Landgericht nach Anhörung der Beklagten zu 2-4) sowie der Mutter des Klägers unter Auswertung deren Gedächtnisprotokolle an, dass das Kristeller-Manöver sachgemäß ausgeübt wurde (106, 107, 370, 371 GA).
Nunmehr behauptet der Kläger in zweiter Instanz erstmals, die Dokumentation sei nicht verlässlich, das Manöver sei verfrüht angewandt worden (428 GA), als sein Kopf noch nicht auf dem Beckenboden gestanden habe (435 ff GA). Die Beklagten haben das bestritten (471, 472 GA). Nach der Dokumentation leiteten sie um 13.50 Uhr ein Kristeller-Manöver ein, nachdem für 13.43 Uhr festgehalten ist, dass sich der kindliche Kopf auf dem Beckenboden befindet. Der Sachverständige sieht dies auch mit dem Gedächtnisprotokoll der Mutter des Klägers in Einklang (111/112 GA).
Den neuen, seinem erstinstanzlichen und dem Vorbringen der Beklagten und der Dokumentation widersprechenden Vortrag des Kläger sowie das Beweiserbieten in der letzten mündlichen Verhandlung weist der Senat zurück. Auf die Ausführungen oben (Ziff. 2 a) wird Bezug genommen.
Die weitere Behauptung des Klägers, der Einsatz des Kristeller-Manövers sei kontraindiziert gewesen (437 GA), beruht auf der verfehlten Annahme, dass aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht ein relatives Missverhältnis zwischen der Größe des kindlichen Körpers und dem Geburtskanal der Mutter gesichert zu erwarten gewesen sei . Der Sachverständige B. hat aber ein solches Missverhältnis verneint.
Dass die angewandte Technik - entgegen den Einwendungen des Klägers (438 GA) - nicht zu beanstanden ist, hat der gerichtliche Sachverständige bestätigt (111/112 GA). Er erachtet lediglich einen ruckartigen Zug am kindlichen Kopf sowie den Einsatz des Kristeller-Manövers zur Lösung einer Schulterdystokie als behandlungsfehlerhaft. Die Beweisaufnahme hat aber - insoweit vom Kläger hingenommen - ergeben, dass es zu einer solchen Fehlbehandlung nicht gekommen ist.
c.) Behebung der Schulterdystokie
Die Maßnahmen zur Behebung der Schulterdystokie sind nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz sachgemäß vorgenommen worden. Gegen die Beweiswürdigung durch das Landgericht erhebt der Kläger keine Einwendungen (446 GA).

Dass bei der Durchführung des „Woods-Manövers“ keine lokale Analgesie gegeben und eine Bolus-Tokolyse unterlassen wurde, ist ebenso wenig zu beanstanden. Die Beklagten sind diesem neuen Vorbringen des Klägers substantiiert und nachvollziehbar entgegengetreten. Sie haben erläutert, weshalb sie in der konkreten, eilbedürftigen Situation von diesen Maßnahmen abgesehen haben (472-474 GA). Der Kläger hat dem nachfolgend nicht widersprochen und sein gegenläufiges Vorbringen nicht unter Beweis gestellt. Von Amts wegen ist hierzu die Einholung sachverständigen Rates wegen der überzeugenden Erläuterungen der Beklagten nicht geboten.
Insgesamt ist daher zur sicheren Überzeugung des Senats die Geburt ordnungsgemäß geleitet und beendet worden; ein Behandlungsfehler ist nicht vorgekommen.
3. Kausalität
Die Klage scheitert letztlich auch am fehlenden Kausalitätsbeweis.
Der Kläger ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass ein behandlungsfehlerhaftes Verhalten der Beklagten zu der von ihm erlittenen Erb'schen Parese geführt hat. Das ist ihm letztlich nicht gelungen (§ 286 ZPO).
Der Kläger räumt ein, dass eine Vielzahl weiterer Ursachen für die Erb'schen Parese in Betracht kommen (440 ff. GA). Die neuropädiatrische Begutachtung sieht einen Kausalzusammenhang zwischen der Schulterdystokie und der Plexusparese als naheliegend und überwiegend wahrscheinlich an, ohne jedoch eine Feststellung mit einer Wahrscheinlichkeit treffen zu können, die vernünftigen Zweifeln Einhalt gebietet (231 GA). In der mündlichen Verhandlung vom 12.04.2013 hat Prof. Dr. R. ergänzend darauf hingewiesen, dass die vorliegende Verletzung des Klägers auch durch eine Dehnung erfolgt sein könnte (316/317 GA). Eine intrauterine Ursache hat er nicht ausschließen können (317 GA).
Der Kläger hat daher letztlich auch nicht nachgewiesen, dass die Schulterdystokie und der resultierende Schaden auf den von ihm beanstandeten geburtsbeschleunigenden, bzw. - beendigenden Maßnahmen beruht.
4.
Das Landgericht hat nach alledem die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückzuweisen.
Gründe für die Zulassung der Revision sind weder dargetan noch sonst erkennbar.

175. BGH, Beschluss vom 11.03.2014 – VI ZB 22/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Notwendiger Inhalt der Berufungsbegründungsschrift; Verfahrensrüge unvollständiger Beweiswürdigung

Leitsatz

Zu den Anforderungen an den Inhalt einer Berufungsbegründung.

Orientierungssatz

1. Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat, wenn die Berufung darauf gestützt wird, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Abs. 1, § 546 ZPO), die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser - zugeschnitten auf den Streitfall und aus sich heraus verständlich - diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleiten. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit ist somit lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsführers in Frage stellen.
2. Gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO hat der Berufungsführer konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen grundsätzlich gebunden ist (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), muss die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen will, eine Begründung dahin enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen ausnahmsweise nicht bestehen soll.
3. Rügt der Berufungsführer im Arzthaftungsprozess, das Erstgericht sei unkritisch den Ausführungen des Gerichtsgutachters gefolgt, ohne sich mit Einwendungen aus einem vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen, so liegt darin die Rüge des Verfahrensfehlers einer unvollständigen Beweiswürdigung. Damit hat der der Berufungsführer hinreichend konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten können. Das Gericht hat in Arzthaftungsprozessen die Pflicht, sich mit von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, wenn sich ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergibt.

Tenor

Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3.06.2013 aufgehoben.
Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Beschwerdewert: 12.000 €

Gründe

I.
Die 1997 geborene Klägerin litt seit ihrer Geburt an einer Fibulaaplasie des rechten Beins. Die im Jahr 2003 im Gelenkzentrum W. versuchte operative Behebung der Beinlängendifferenz hatte letztlich keinen Erfolg. Nach zunehmender Verbiegung des rechten Unterschenkels suchte die Klägerin im10.2004 die Notfallambulanz der A. Klinik W. auf. Dort wurde eine Grünholzfraktur diagnostiziert und mittels einer Plattenosteosynthese versorgt. Die Weiterbehandlung erfolgte durch den Beklagten zu 1 im Klinikum S., dessen Trägerin die Beklagte zu 2 ist. Bei der Erstvorstellung wurden neben einer Beinlängendifferenz eine Valgusfehlstellung und eine X-Beinfehlstellung des rechten Unterschenkels von 40° diagnostiziert. Der Beklagte zu 1 stimmte mit den Eltern der Klägerin eine Behandlung in zwei Schritten ab. Eine zunächst vorzunehmende Achskorrektur sollte die Belastungsfähigkeit des Beins gewährleisten; anschließend sollte in einem zweiten Schritt die Beinlängenverlängerung wieder aufgenommen werden. Mit der Verlängerung des rechten Unterschenkels wurde im10.2004 begonnen. Am 28.01.2005 wurde sie bei einer radiologisch gemessenen Verlängerung um 1,5 cm eingestellt. Die weitere Behandlung dauerte bis05.2007. Am 5.10.2007 unterzog sich die Klägerin im Universitätsklinikum F. einer neuerlichen achskorrigierenden Operation des Unterschenkels, bei der u.a. der bis dahin noch nicht durchtrennte Fibulastrang des rechten Beins durchtrennt wurde.
Die Klägerin macht geltend, die Behandlung durch den Beklagten zu 1 sei in mehrerlei Hinsicht fehlerhaft gewesen. Nach Einholung eines gerichtlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. S. hat sie unter Bezugnahme auf ein Privatgutachten von Dr. C. u.a. geltend gemacht, ohne eine Durchtrennung des Fibulastrangs hätten die Korrekturmaßnahmen keinen Erfolg haben können. Angesichts der problembehafteten Vorgeschichte sei es ferner behandlungsfehlerhaft gewesen, nur die Fehlstellung des Unterschenkels zu therapieren, statt eine Gesamtkorrektur der Beinachse vorzunehmen. Bei der anschließenden Behandlung und Versorgung seien dem Beklagten zu 1 weitere Behandlungsfehler unterlaufen.
Die Klägerin begehrt im Wege der Leistungs- und Feststellungsklage Ersatz materiellen und immateriellen Schadens. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin geltend gemacht, das Landgericht sei unkritisch den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen gefolgt, ohne sich mit dem Privatgutachten von Dr. C. auseinanderzusetzen. Das Landgericht habe es versäumt, trotz der Widersprüche zwischen dem Privat- und dem Gerichtsgutachten auch den Privatgutachter anzuhören oder ein weiteres, von ihr beantragtes Sachverständigengutachten einzuholen, hilfsweise den gerichtlichen Sachverständigen mit einer Ergänzung seines Gutachtens zu beauftragen.
Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Oberlandesgericht die Berufung als unzulässig verworfen, weil sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form begründet worden sei. Die Berufungsbegründung zeige nicht auf, dass die Entscheidung des Landgerichts auf einer unzureichenden Würdigung und Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten beruhe. Es seien auch keine konkreten Anhaltspunkte dargelegt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung des Landgerichts begründeten und deshalb eine erneute Feststellung geböten. Nicht ersichtlich sei, welche Feststellungen angegriffen würden und welche Folgerungen daraus zu ziehen seien. Das Landgericht habe sich erkennbar mit dem Gutachten von Dr. C. auseinandergesetzt. Es habe den gerichtlichen Sachverständigen beauftragt, in einem Ergänzungsgutachten zu dem Privatgutachten Stellung zu nehmen. In der mündlichen Verhandlung sei der gerichtliche Sachverständige detailliert zu dem Privatgutachten befragt worden. Er habe nachvollziehbar erklärt, warum er keine Abweichung von dem fachärztlichen Standard sehe. Selbst der Privatgutachter beschreibe in seiner Zusammenfassung im Ergänzungsgutachten lediglich eine Vielzahl von kleinen Problemen, auf die seiner Ansicht nach keine adäquate Antwort gefunden worden sei. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde.
II.
1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist auch im Übrigen zulässig, denn eine Entscheidung des Senats ist jedenfalls zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO).
2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.
a) Die Verwerfung der Berufung als unzulässig verletzt die Klägerin in ihrem Verfahrensgrundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Das Berufungsgericht hat die in § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO beschriebenen Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung überspannt und hierdurch der Klägerin den Zugang zur Berufungsinstanz in unzulässiger Weise versagt.

aa) Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat, wenn die Berufung darauf gestützt wird, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Abs. 1, § 546 ZPO), die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser - zugeschnitten auf den Streitfall und aus sich heraus verständlich - diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleiten. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit ist somit lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsführers in Frage stellen. Besondere formale Anforderungen werden nicht gestellt; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 13.09.2012 - III ZB 24/12, NJW 2012, 3581 Rn. 8 mit zahlreichen Nachweisen).
bb) Gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO hat der Berufungsführer konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen grundsätzlich gebunden ist (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), muss die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen will, eine Begründung dahin enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen ausnahmsweise nicht bestehen soll (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28.05.2003 - XII ZB 165/02, VersR 2004, 1064, 1065 und vom 26.02.2009 - III ZB 67/08 Rn. 11). Konkrete Anhaltspunkte, welche hiernach die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269, 272).
b) Die Berufungsbegründung der Klägerin genügt sowohl den Erfordernissen von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO als auch denen von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO.
aa) Die Klägerin hat geltend gemacht, das Landgericht sei unkritisch den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen gefolgt, ohne sich mit den Einwendungen aus den vorgelegten Privatgutachten von Dr. C. auseinanderzusetzen, der die Behandlung durch den Beklagten zu 1 in mehrerlei Hinsicht als fehlerhaft bewertet habe. Darin liegt die Rüge des Verfahrensfehlers einer unvollständigen Beweiswürdigung (Verstoß gegen § 286 ZPO).
bb) Mit dieser Rüge hat die Klägerin hinreichend konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten können. Das Gericht hat in Arzthaftungsprozessen die Pflicht, sich mit von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, wenn sich ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergibt (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 14.12.1993 - VI ZR 67/93, VersR 1994, 480, 482; vom 10.05.1994 - VI ZR 192/93, VersR 1994, 984, 986; vom 9.01.1996 - VI ZR 70/95, VersR 1996, 647, 648; vom 24.09.1996 - VI ZR 303/95, VersR 1996, 1535, 1536; vom 28.04.1998 - VI ZR 403/96, VersR 1998, 853, 854; vom 10.10.2000 - VI ZR 10/00, VersR 2001, 525, 526; vom 16.01.2001 - VI ZR 408/99, VersR 2001, 783, 784 und vom 23.03.2004 - VI ZR 428/02, VersR 2004, 790, 791; Senatsbeschluss vom 21.01.2009 - VI ZR 170/08, VersR 2009, 499 Rn. 7). Legt eine Partei ein medizinisches Gutachten vor, das im Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, so ist vom Tatrichter besondere Sorgfalt gefordert. Er darf in diesem Fall - wie auch im Fall sich widersprechender Gutachten zweier gerichtlich bestellter Sachverständiger - den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt (BGH, Urteile vom 22.09.2004 - IV ZR 200/03, VersR 2005, 676, 677 f. und vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06, VersR 2008, 1676 Rn. 11, jeweils mwN).
cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts waren nähere Darlegungen zu Zweifeln an den getroffenen Feststellungen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) auch nicht deshalb geboten, weil das Landgericht den gerichtlichen Sachverständigen beauftragt gehabt habe, in einem Ergänzungsgutachten zu dem Privatgutachten Stellung zu nehmen, und der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung detailliert zu dem Privatgutachten befragt worden sei. Das Ergänzungsgutachten und das Ergebnis der mündlichen Erörterung mögen für das Gericht überzeugend gewesen sein. In den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils wird dazu jedoch nichts ausgeführt. Insbesondere ist nicht erkennbar, weshalb das Gericht hinsichtlich der entscheidenden medizinischen Fragen dem gerichtlichen Gutachten den Vorzug gegenüber dem Privatgutachten gegeben hat. Diesen Mangel hat die Klägerin mit der Berufungsbegründung gerügt. Die Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben, sind mit dieser Rüge hinreichend bezeichnet. Damit genügte die Berufungsbegründung den Anforderungen für die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2

und 3 ZPO). Für die Zulässigkeit der Berufung ist dagegen nicht erforderlich, dass die Berufungsbegründung inhaltlich schlüssig ist und begründeten Anlass für eine erneute und vom Erstgericht abweichende Würdigung (Feststellung) gibt (BGH, Beschluss vom 13.09.2012 - III ZB 24/12, aaO Rn. 11).
3. Nach alledem durfte das Berufungsgericht die Berufung nicht als unzulässig verwerfen, so dass der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, damit es über die Begründetheit der Berufung befindet (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO).
Galke Diederichsen Pauge
von Pentz Offenloch

176. OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.03.2014 – I-8 U 119/12, 8 U 119/12 – *

Arzthaftung: Behandlungsfehler bei Durchtrennung des Nervus accessorius bei einer Lymphknotenentfernung

Orientierungssatz

Ist die Durchtrennung des Nervus Accessorius bei einer operativen Entnahme eines Lymphknotens nur mit einem behandlungsfehlerhaften Vorgehen des Operateurs zu erklären, weil bei behandlungsrichtigem Vorgehen der Nerv von dem Operateur jedenfalls sicher identifiziert und geschont werden muss, so ist ein Behandlungsfehler gegeben.

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 4.09.2012 verkündete Grund- und Teilurteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

I.
Bei der am 20.4.1960 geborenen Klägerin war im Halsbereich seit dem Jahre 2007 eine tastbare Lymphknotenvergrößerung festzustellen; am 19.9.2008 wurde sie deshalb in der c ... in O ... , dessen Trägerin die Beklagte ist, untersucht. Man empfahl ihr eine Entfernung des Knotens und führte vorbereitende Untersuchungen durch; auch füllte die Patientin einige Formblätter aus und unterzeichnete eine Einverständniserklärung, in welcher handschriftlich verschiedene Risiken aufgeführt waren (56 GA). Am 22.9.2008 fand der vorgesehene Eingriff statt (vgl. Bericht, 57 GA). Bei der anschließenden histopathologischen Untersuchung des entnommenen Gewebes ergaben sich keine Hinweise auf eine Systemerkrankung oder Tumormetastasen (68 GA). Am 26. und 29.9.2008 wurde der Wundbereich in der chirurgischen Ambulanz der Beklagten kontrolliert; Besonderheiten sind in der Dokumentation in diesem Zusammenhang nicht vermerkt (63 GA). Am 26.5.2009 begab sich die Patientin in die Praxis des in B ... niedergelassenen Neurologen Dr. von R ... ; dieser stellte eine Läsion des Nervus accessorius fest, hielt einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Lymphknotenentfernung und der aufgetretenen Parese für wahrscheinlich und empfahl eine neurochirurgische Operation (13 f GA). Dieser Eingriff wurde am 8.7.2009 in A ... durchgeführt; intraoperativ stellte sich heraus, dass der Nervus accessorius komplett durchtrennt war und die Enden in einem Narbenareal mündeten; die Nervenstümpfe ließen sich spannungsfrei koaptieren (vgl. Operationsbericht, 16 GA).
Die Klägerin macht Ersatzansprüche geltend. Sie hat behauptet, der Nervus accessorius sei im Rahmen der Lymphknotenentfernung vom 22.9.2008 in vermeidbarer Weise durchtrennt worden; dem Operationsbericht sei nicht zu entnehmen, dass die zum Schutz der nervalen Struktur angebrachten Vorsichtsmaßnahmen ergriffen worden seien. Auch sei sie vor dem Eingriff nicht in der gebotenen Weise über die zur Verfügung stehenden Behandlungsalternativen und über die mit dem Vorgehen verbundenen Risiken informiert worden; im Rahmen des Aufklärungsgesprächs sei lediglich von möglichen Taubheitsgefühlen, nicht aber von dauerhaften Lähmungserscheinungen die Rede gewesen. Infolge des Fehlverhaltens sei es zu Schmerzen und Funktionsbeeinträchtigungen im Schulterbereich gekommen; sie beziehe deshalb eine Rente wegen einer teilweisen Erwerbsminderung (Bescheid vom 16.10.10, 148 ff GA). Zum Ausgleich der immateriellen Beeinträchtigungen sei ihr ein Schmerzensgeld von mindestens 15.000 EUR zuzubilligen. Auch sei die Beklagte zum Ersatz aller weitergehenden Schäden und zur Erstattung vorgerichtlich entstandener Anwaltsgebühren in Höhe von 3.163,65 EUR verpflichtet.
Die Beklagte hat Versäumnisse bestritten. Bei der Lymphknotenentfernung seien die zum Schutz der Nerven gebotenen Vorkehrungen ergriffen worden, auch wenn die diesbezüglichen Einzelheiten dem Operationsbericht nicht zu entnehmen seien. Vor dem Eingriff habe man auch auf das Risiko einer Durchtrennung des Nervus accessorius hingewiesen. Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen sei nicht erforderlich gewesen; abgesehen davon hätte die Klägerin dem dringend indizierten Eingriff in jedem Fall zugestimmt. Zudem seien die gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch die Revisionsoperation vom 8.9.2009 vollständig beseitigt worden; sollte dies nicht der Fall sein, sei der Klägerin ein Mitverschulden

anzulasten, da sie den Eingriff zur Wiederherstellung der nervalen Strukturen unnötig hinausgezögert und dadurch die Rekonstruktion erschwert habe.
Die 1. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg hat durch Vernehmung einer Zeugin (221 ff GA), durch Einholung schriftlicher Gutachten (8.12.10, 112 ff GA; 10.11.11, 183 ff GA) sowie durch Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. G ... (224 ff GA) Beweis erhoben und sodann durch Grund- und Teilurteil vom 4.9.2012 (259 ff GA) dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Zahlungsklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.
Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher sie die Abweisung der Klage begehrt. Zu Unrecht habe das Landgericht die präoperative Aufklärung beanstandet: Die Entnahme eines Lymphknotens aus dem Bereich des Schlüsselbeins sei mit dem Risiko einer Lungenverletzung verbunden; es handele sich also nicht um eine echte Behandlungsalternative. Die Zeugin E ... M ... habe bestätigt, über die Gefahr einer Schädigung des Nervus accessorius informiert zu haben; weshalb die Zivilkammer ihr nicht geglaubt habe, sei nicht nachzuvollziehen. Abgesehen davon hätte die Klägerin dem Vorgehen auch bei einer sachgerechten Aufklärung in jedem Fall zugestimmt. Dass es bei dem Eingriff zu einer Durchtrennung des Nerven gekommen sei, sei als die Verwirklichung einer nicht sicher zu vermeidenden Komplikation zu werten. Das von dem Landgericht geforderte intraoperative Neuromonitoring gehöre nicht zu dem geschuldeten medizinischen Standard, so dass der Verzicht auf den Einsatz nicht als Fehler angesehen werden könne. Auch der weitere Vorwurf, man hätte bei den postoperativen Kontrolluntersuchungen die Durchtrennung des Nerven bemerken müssen, sei nicht berechtigt; eine Minderung oder ein Ausfall der Muskelfunktion falle nicht zwingend bereits eine Woche nach der Nervschädigung auf; über Schmerzen im Schulterbereich habe die Patientin bei den Wundkontrollen nicht geklagt. Schließlich sei der Klägerin in jedem Fall ein erhebliches Mitverschulden anzulasten, da sie nach eigener Darstellung trotz persistierender Beschwerden die Revisionsoperation erst im07.2009 habe durchführen lassen; durch diesen Zeitablauf sei die Erfolgsaussicht der chirurgischen Revision erheblich gesunken.
Die Beklagte beantragt,
unter Abänderung des angefochtenen Urteils,
die Klage abzuweisen.
Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Mit Recht sei das Landgericht von der Unzulänglichkeit der präoperativen Aufklärung ausgegangen. Von einer hypothetischen Einwilligung sei nicht auszugehen, da sie - die Klägerin - im Rahmen ihrer Anhörung einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht habe. Abgesehen davon sei von einer schuldhaften Verletzung des Nervus accessorius auszugehen; angesichts des verhältnismäßig hohen Risikos hätte zur Schonung der Strukturen das Neuromonitoring eingesetzt werden müssen.
Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf die in dem Berufungsverfahren vorgelegten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.
Der Senat hat aufgrund des Beschlusses vom 16.05.2013 (Bl. 319 ff GA) Beweis erhoben; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 02.12.2013 (Bl. 340 ff GA) sowie den Berichterstattervermerk vom 06.01.2014 (Bl. 350 ff GA) verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.
Das Landgericht hat zu Recht die Leistungsklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der materiellen und künftigen immateriellen Schäden festgestellt. Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Beweiserhebung besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass am 22.9.2008 bei der operativen Entnahme der Lymphknoten in der Klinik der Beklagten infolge eines Behandlungsfehlers der Nervus Accessorius der Klägerin durchtrennt worden ist. Damit ist die Haftung der Beklagten für die geltend gemachten Ersatzansprüche bereits begründet. Es kann insoweit dahinstehen, ob der Beklagten weitere Fehler im Rahmen der postoperativen Versorgung und bei der Aufklärung der Patientin anzulasten sind.
Der Sachverständige Prof. Dr. G... hat bei seiner intensiven Anhörung durch den Senat eindeutig klargestellt, dass es in der vorliegenden Situation nicht zu einer Durchtrennung des Nerven seitens des Operateurs kommen durfte; die stattgefundene Verletzung des Nerven ist nur mit einem behandlungsfehlerhaften Vorgehen des Operateurs zu erklären. Wie der Sachverständige im Einzelnen dargelegt hat, war bei dem gebotenen sorgfältigen chirurgischen Vorgehen der Nerv sicher zu identifizieren und eine Schädigung zu vermeiden. Angesichts der normalen anatomischen Verhältnisse der Klägerin konnte es nicht schon bei der Hautinzision zu der Durchtrennung des Nerven kommen. Prof. Dr. G... hat dies nachvollziehbar damit erklärt, dass der Nervus Accessorius nicht direkt unter der Haut liegt, so dass selbst bei dem Vorliegen von Lymphknotenvergrößerungen eine Nervverletzung bei der eigentlichen Hautinzision sicher zu vermeiden ist. Der Sachverständige hat veranschaulicht, dass der Operateur bei dem gebotenen Vorgehen zunächst vorsichtig die Haut bis zu dem Unterhautfettgewebe inzisiert; dass der Nervus Accessorius bereits oberhalb des unteren Fettgewebes liegt, hat er als nur "schwer denkbar" beschrieben. Nach

der sehr vorsichtigen Durchtrennung auch des Unterhautfettgewebes, bei dem mit den Ausführungen von Prof. Dr. G... gleichfalls eine Nervdurchtrennung kaum vorstellbar ist, hat der Operateur dann langsam (millimeterweise) und unter Beachtung des bekannten Normalverlaufs des Nervus Accessorius in die Tiefe auf den tast- oder sichtbaren Lymphknoten zu präparieren. Dies erfolgt - idealerweise, nicht zwingend - unter Verwendung einer Sehhilfe für eine Vergrößerung (Lupenbrille), um den Nervus Accessorius leichter zu entdecken; dies kann erschwert sein, wenn der Nerv in einem entzündlichen Lymphknotenkonglomerat verläuft. Gleichwohl muss bei behandlungsrichtigem Vorgehen der Nerv von dem Operateur jedenfalls sicher identifiziert und geschont werden. Für den Fall, dass der Nervus Accessorius durch ein Lymphknotenkonglomerat verläuft, wird mit den Ausführungen von Prof. Dr. G... verlangt, dass er bei einer Verletzungsgefahr für den Nervus Accessorius notfalls die Operation an der Stelle abbricht. Soweit der Nervus Accessorius nicht aufgefunden wird bzw. der Operateur auf eine unbekannte Struktur trifft, ist das Neuromonitoring zu verwenden. Keinesfalls darf eine nicht sicher von dem Operateur identifizierte Struktur durchtrennt werden.
Wie der Sachverständige wiederholt erläutert hat, war bei der gebotenen eindeutigen Identifizierung des Nerven und dem beschriebenen Vorgehen eine Schädigung sicher zu vermeiden. Dass der Operateur in der von dem Sachverständigen geforderten Weise vorgegangen ist, wird auch durch den Operationsbericht nicht belegt. Soweit dort von einer sicheren Schonung des Nerven die Rede ist, genügt das als Beleg für eine behandlungsgerechtes Vorgehen nicht. Der Sachverständige hat dargelegt, dass vielmehr näher zu beschreiben ist, wie der Nerv identifiziert worden ist und was man zu dessen Schonung konkret getan hat (Formulierung etwa: "Der Lymphknoten liegt oberflächig weit weg vom Nervus Accessorius"). Solche Beschreibungen finden sich in dem Operationsbericht jedoch ebenso wenig, wie eine Erklärung dafür, weshalb der Operateur - gemäß Prof. Dr. G...: fehlerhaft - deutlich mehr als den für die Pathologie nur erforderlichen (einen) Lymphknoten exzidiert hat.
Insgesamt besteht kein Zweifel daran, dass die Verletzung des Nervus Accessorius der Klägerin auf einem Behandlungsfehler des Arztes bei der Operation beruht.
Angesichts dieses die grundsätzliche Haftung der Beklagten schon begründenden Behandlungsfehlers kann dahinstehen, ob weitere der Beklagten anzulastende Fehler in der postoperativen Befunderhebung und/oder der Aufklärung vorlagen. Angemerkt werden soll nur, dass die Klägerin jedenfalls nicht auf die Entnahmemöglichkeit des Lymphknotens aus dem Bereich des Schlüsselbeins hingewiesen werden musste; die Entnahmemöglichkeit an dieser Stelle war nämlich keine echte Behandlungsalternative. Wie Prof. Dr. G... überzeugend ausgeführt hat, war ein solches Vorgehen vielmehr mit einem derart großen (teils lebensbedrohlichen und daher unvertretbaren) Risiko für die Patientin verbunden war, insbesondere der Gefahr einer Brustfellverletzung (mit Spannungs-Pneumothorax), dass der Sachverständige selbst die Übernahme einer derartigen Behandlung abgelehnt hätte. Allerdings bestehen Anhaltspunkte, dass die Risikoaufklärung über die Verletzungsmöglichkeiten des Nervus Accessorius unzureichend war. Zwar hat die aufklärende Ärztin, die Zeugin E... M..., nachvollziehbar und glaubhaft erläutert, dass sie als Anfängerin besonders intensiv aufgeklärt und grundsätzlich gerade das typische Risiko der Verletzung des Nervus Accessorius erwähnt habe. Nach dem Inhalt ihrer Aussagen bleiben jedoch Zweifel, ob die Zeugin der Klägerin die Relevanz der Nervverletzung so vermittelt hat, wie dies von Prof. Dr. G... erforderlich gehalten worden ist, nämlich zu erklären, dass der Nerv einen speziellen Muskel versorgt und im Falle der Schädigung der Muskel beeinträchtigt ist.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.
Streitwert für die Berufung: 25.000 EUR.

177. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 06.03.2014 – 1 U 84/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Verjährungsbeginn für Regressansprüche einer Krankenkasse

Leitsatz

Hat eine Krankenkasse Kenntnis von einem durch die Patientin geführten Prozess, in dem der Vorwurf unterlassener Befunde geltend gemacht wird, und führt sie auch in diesem Zeitraum Verhandlungen mit der hinter den Beklagten stehenden Haftpflichtversicherung, hat sie die für eine Klageerhebung erforderliche Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Diese erlangt sie nicht erst durch ein in einem weiteren Prozess einer anderen Krankenkasse erstattetes neues Gutachten, welches zu anderen Schlussfolgerungen kommt als der Gutachter im ersten Prozess.

Tenor

Die Berufung der Klägerinnen gegen das am 29.5.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Stendal (21 O 179/12) wird zurückgewiesen.
Die Klägerinnen tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerinnen können die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.
Beschluss:
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 791.030,05 Euro festgesetzt.

Gründe

I.
Die Klägerinnen waren die Kranken- bzw. Pflegekasse der am 3.10.1995 geborenen und am 3.9.2008 verstorbenen S. P. (i.F. Versicherte). Die Versicherte befand sich ab dem Jahr 2001 in teils stationärer und teils ambulanter Behandlung bei der Beklagten zu 1), deren Chefarzt der Beklagte zu 2) ist, der dort auch die neuropädiatrische Ambulanz leitet. Die Versicherte stellte sich bei der Beklagten zu 1) erstmals im06.2001 wegen neurologischer Ausfälle vor. Die Klägerinnen sind der Ansicht, dass es seitens der Beklagten jedenfalls im02.2004 unterlassen worden sei, zur Ursache der sich verstärkenden Ausfälle zeitnah differenzialdiagnostische Maßnahmen zu ergreifen. Insbesondere hätte eine MRT-Untersuchung zeitnah veranlasst werden müssen. Eine solche Untersuchung wurde erst am 18.5.2004 in der Universität ... durchgeführt. Im Bericht der Universität ... vom 15.6.2004 (Bl. 16 I in 21 O 104/06; i.F. BA I) heißt es u.a.:
HWS-MRT (18.5.2004): Im Zusammenschau mit dem auswärts angefertigtem CT spricht der Befund in erster Linie für eine Fehlbildung im Bereich der Densspitze im Sinne eines fibrös insuffizient fixierten Os odontoideum mit ventraler Luxation und konsekutiver Myelokompression. …
Bei der Versicherten lag in der Folgezeit eine hohe Querschnittslähmung vor, sie war ein Vollpflegefall.
Im Jahre 2006 hat die Versicherte, vertreten durch ihre Eltern, u.a. auch die Beklagten im vorliegenden Verfahren auf Schadensersatz in Anspruch genommen (LG Stendal 21 O 104/06). Die Klageschrift aus diesem Verfahren ist den Klägerinnen unstreitig seit05.2008 bekannt. In dem vorgenannten Verfahren hat das Landgericht ein Gutachten von Prof. Dr. J. eingeholt, auf dessen Inhalt (Bl. 151ff. I/Bl. 4ff. II/Anhörung Bl. 44f. II BA I) Bezug genommen wird. Zwar hielt auch Prof. Dr. J. die Erstellung eines MRT im02.2004 für erforderlich. Die Empfehlung zu dieser Untersuchung an die behandelnde Kinderärztin im Entlassungsbericht sei aber ausreichend gewesen, weil kein Notfall vorgelegen habe. Mit rechtskräftigem Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und sich insoweit auf das Gutachten von Prof. Dr. J. gestützt. Die zunächst eingelegte Berufung (Senat 1 U 92/08) haben die Eltern der Versicherten als deren Erben zurückgenommen.
Im Jahre 2008 hat die AOK Sachsen-Anhalt, bei der die Versicherte bis Ende 2004 krankenversichert war, wegen desselben Sachverhalts Klage erhoben (LG Stendal 21 O 157/08; i.F. BA II). Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ein neues Gutachten von Prof. Dr. H. eingeholt (Tasche Bd. IV/Anhörung Bl. 120ff. IV BA II), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird. Anders als Prof. Dr. J. geht Prof. Dr. H. davon aus, dass im Zeitpunkt02.2004 die MRT-Untersuchung durch die Beklagten hätte veranlasst werden müssen, die Empfehlung an die behandelnde Kinderärztin sei unzureichend gewesen. Der Sachverständige geht davon aus, dass bei rechtzeitiger Befunderhebung der weitere Verlauf der Krankheit hätte vermieden werden können. Das Verfahren wurde durch einen Vergleich (§ 278 Abs. 6 ZPO) beendet, in dem sich die Beklagten zur Abgeltung eventueller Ansprüche zur Zahlung von 170.000,-- Euro verpflichteten (Bl. 177 II BA II).
Die Klägerinnen (Regressabteilung) und die hinter den Beklagten stehende Haftpflichtversicherung haben in den Jahren 2007 und 2008 in dieser Sache korrespondiert:
- Schreiben vom 26.11.2007
Bl. 102 I
- Schreiben vom 3.12.2007
Bl. 103 I
- Schreiben vom 29.5.2008
Bl. 179 I
- Schreiben vom 2.6.2008
Bl. 180 I
- Schreiben vom 10.7.2008
Bl. 181 I
- Schreiben vom 23.7.2008
Bl. 182 I
- Schreiben vom 25.7.2008
Bl. 104 I
Die Haftpflichtversicherung hatte mit dem Schreiben vom 3.12.2007 zunächst bis zum 31.7.2008 auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Im Schreiben der Klägerinnen vom 29.5.2008 (in dem es u.a. heißt, dass man Kenntnis von einem Termin vor dem Landgericht Stendal habe [gemeint in 21 O 104/08]) wird

die Möglichkeit der Verjährung von Ansprüchen hingewiesen und der Vorschlag unterbreitet, die Haftpflichtversicherung möge für einen längeren Zeitraum auf die Einrede der Verjährung verzichten, damit keine die Verjährung hemmenden Maßnahmen ergriffen werden müssten. Diesen Vorschlag hat die Haftpflichtversicherung mit Schreiben vom 2.6.2008 abgelehnt. Der zuständige Sachbearbeiter der Regressabteilung der Klägerinnen hat Anfang07.2008 mit dem Prozessbevollmächtigten der Versicherten telefoniert und von diesem erfahren, dass das Landgericht im Hinblick auf das Gutachten von Prof. Dr. J. die Klage voraussichtlich abweisen werde, allenfalls ein Organisationsverschulden der Beklagten zu 1) in Betracht gezogen werde. Letztgenannten Gesichtspunkt haben die Klägerinnen im Schreiben vom 10.7.2008 gegenüber der Haftpflichtversicherung erwähnt.
Mit der vorliegenden Klage machen die Klägerinnen von ihnen erbrachte Leistungen für die Krankenhausbehandlung und der häuslichen Pflege der Versicherten aus übergegangenem Recht in Höhe von 749.917,48 Euro sowie für Leistungen der Pflegeversicherung in Höhe von 41.112,57 Euro geltend (Zusammenstellung wie Bl. 11 I).
Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten und erheben die Einrede der Verjährung. Die Klägerinnen seien bereits im Jahre 2008 in Kenntnis aller zur Anspruchsgeltendmachung relevanten Informationen gewesen, insbesondere sei ihnen der Inhalt der Klageschrift im Verfahren 21 O 104/06 bekannt gewesen. Verjährung sei somit zum 31.12.2011 eingetreten und diese habe nicht mehr mit der erst im Jahre 2012 erhobenen Klage gehemmt werden können.
Die Klägerinnen sind dem gegenüber der Ansicht, dass eine Klageerhebung erst in Kenntnis des Gutachtens von Prof. Dr. H. mit Aussicht auf Erfolg habe erhoben werden können. Dieses Gutachten datiere indes erst aus dem Jahre 2011. Im Übrigen habe sie auch bei Kenntnis der laufenden Vorprozesse keine Erkundigungspflicht gehabt.
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrages der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil.
Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen und im Kern ausgeführt, dass mögliche Ansprüche der Klägerinnen verjährt seien. Die Klägerinnen hätten spätestens ab dem Zeitpunkt der Verkündung des Urteils im Verfahren 21 O 104/06 (am 22.8.2008) Kenntnis von den den Anspruch begründenden Tatsachen ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen können. Die Klägerinnen hätten unstreitig Kenntnis vom Inhalt der Klageschrift in diesem Verfahren noch im Jahr 2008 erlangt. Sie hätten im Hinblick auf das im07.2008 zwischen dem Referatsleiter der Regressabteilung und dem Prozessbevollmächtigten der Versicherten geführte Telefonat weiter Kenntnis davon gehabt, dass in dem Verfahren 21 O 104/06 ein Sachverständigengutachten eingeholt worden sei. Sie hätten weiter Kenntnis vom Verkündungstermin in dieser Sache gehabt und weiter wegen des Sachverhalts bereits seit dem
Jahr 2007 mit der hinter den Beklagten stehenden Haftpflichtversicherung korrespondiert. Es sei vor diesem Hintergrund unverständlich, dass sich die Klägerinnen keine weiteren Kenntnisse - z.B. durch die Einsichtnahme in die Verfahrensakten - verschafft hätten. Zudem seien durch das Gutachten von Prof. Dr. H. keine neuen Tatsachen oder Umstände bekannt geworden, die nicht bereits im Jahre 2008 bekannt gewesen seien. Die Klägerinnen könnten sich auch nicht darauf zurückziehen, dass die Klage im Verfahren 21 O 104/06 abgewiesen worden sei.
Gegen dieses Urteil wenden sich die Klägerinnen mit der Berufung, mit der sie sich gegen die Rechtsansicht des Landgerichts wenden, dass mögliche Ansprüche verjährt seien. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 3.9.2013 (Bl. 91 II).
Wegen der in der Berufungsinstanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die Seiten 1 und 2 der Berufungsbegründung vom 3.9.2014 (Bl. 91/92 II).
Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen das angefochtene Urteil und wiederholen und vertiefen ihren Vortrag aus erster Instanz. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungserwiderung vom 9.12.2013 (Bl. 144 II).
Der Senat hat den Parteien mit der Ladungsverfügung einen schriftlichen rechtlichen Hinweis erteilt (Bl. 108 II).
II.
Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.
Mögliche Ansprüche der Klägerinnen sind verjährt. Dabei ist von Kenntnis jedenfalls aber von grob fahrlässiger Unkenntnis im Jahre 2008 auszugehen, sodass Ansprüche zum 31.12.2011 verjährten und mit der erst im Jahre 2012 erhobenen Klage eine Hemmung des Verjährungsablaufs nicht mehr erreicht werden konnte. Die Beklagten haben ausdrücklich die Einrede der Verjährung erhoben.
Für den Beginn der Verjährung reicht es nicht aus, dass der Patient (hier die Klägerinnen) Kenntnis vom negativen Ergebnis der Behandlung hat. Der Patient muss vielmehr auf einen ärztlichen Fehler als Ursache des Misserfolgs schließen können. Dazu muss der Patient nicht nur die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs kennen, sondern er muss auch Kenntnis von solchen Umständen erlangen, aus denen sich für einen medizinischen Laien ergibt, dass der Arzt vom üblichen Standard abgewichen ist,

Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren. Entscheidend ist, ob dem Geschädigten bei seinem Kenntnisstand die Erhebung einer Klage (auch in Form einer Feststellungsklage) gegen eine bestimmte Person zumutbar war (BGH Urteil vom 31.10.2000 - VI ZR 198/99 - [z.B. BGHZ 145, 358]; ebenso: OLG Koblenz Urteil vom 25.3.2010 - 5 U 1514/07 - [VersR 2011, 403]; jeweils zitiert nach juris; Senat Urteil vom 17.5.2013 - 1 U 118/11 -).
Sowohl Prof. Dr. J. als auch Prof. Dr. H. gehen davon aus, dass im02.2004 eine MRT Untersuchung hätte veranlasst werden müssen. Die Bewertungen gehen nur insoweit auseinander, als Prof. Dr. J. die Empfehlung zu dieser Untersuchung im Entlassungsbericht an die behandelnde Kinderärztin für ausreichend erachtet hat, während Prof. Dr. H. auf dem Standpunkt steht, dass diese Untersuchung von den Beklagten hätte veranlasst werden müssen, jedenfalls aber durch eine kurzfristige Wiedereinbestellung der Versicherten hätten kontrollieren müssen, dass die Untersuchung auch tatsächlich erfolgt war (Im02.2004 konnte eine MRT Untersuchung bei der Beklagten zu 1) selbst nicht durchgeführt werden). Entscheidungserheblich für den Fall war somit der Komplex differentialdiagnostischer Maßnahmen im02.2004 (im Gutachten von Prof. Dr. H. ist immer von Diagnosefehler die Rede, es handelt sich aber tatsächlich um einen Befunderhebungsfehler). Auf den Gesichtspunkt fehlender differentialdiagnostischer Maßnahmen im Jahre 2004 wird in der den Klägerinnen unstreitig bekannten Klageschrift im Verfahren 21 O 104/ 06 (insbesondere S. 8/9) ausdrücklich hingewiesen. Soweit die Klägerinnen der Ansicht sind, dass eine Klageerhebung frühestens in Kenntnis des Gutachtens von Prof. Dr. H. möglich gewesen sei, weil erst dieser ein Fehlverhalten der Beklagten bestätigt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Wenn die Klägerinnen davon ausgehen mussten (und ihnen bekannt war), dass erforderliche Untersuchungen unterblieben sind, dann musste diese Ansicht nicht erst durch ein Sachverständigengutachten bestätigt werden, um Klage erheben zu können. In so gut wie allen Arzthaftungsfällen steht die Bestätigung/Widerlegung der behaupteten Fehler am Ende des Gerichtsverfahrens und nicht etwa am Anfang. Insoweit ist noch einmal festzuhalten, dass das Gutachten von Prof. Dr. H. keinen neuen Sachverhalt festgestellt hat, sondern er nur die Verantwortlichkeit für die unterbliebene MRT-Untersuchung anders beurteilt als Prof. Dr. J. . Für den Beginn der Verjährungsfrist ist nicht erforderlich, dass die Klägerinnen bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand hatten (Sachverständigengutachten, das ihren Standpunkt stützt, wie Prof. Dr. H.), um einen Prozess im Wesentlichen risikolos führen zu können. Die erforderliche Kenntnis ist vielmehr bereits dann vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Gegners als naheliegend erscheinen zu lassen (BGH Urteil vom 3.6.2008 - XI ZR 319/06 - [z.B. VersR 2009, 1630]; hier: zitiert nach juris)
Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Klägerinnen in Kenntnis des Inhalts der Klageschrift im Verfahren 21 O 104/06 über exakt den selben Kenntnistand verfügten wie die Versicherte selbst (bzw. deren Eltern) bei Beginn dieses Klageverfahrens. Zwar hat dort das Landgericht (Verfügung vom 24.7.2006 [Bl. 40 I]) zunächst eine Konkretisierung des Sachvortrages verlangt. Im Schriftsatz vom 8.8.2006 (Bl. 47 I) hat die Klägerin dann aber lediglich erneut - wie bereits in der Klageschrift erfolgt - auf die fehlenden differenzialdiagnostischen Untersuchungen hingewiesen (was gegenüber dem Inhalt der Klageschrift keinen neuen Sachvortrag darstellt). Nach Vorlage dieses Schriftsatzes hat das Landgericht der Klägerin mit Beschluss vom 4.9.2006 (Bl. 54 I) in vollem Umfang Prozesskostenhilfe bewilligt und damit (§ 114 ZPO) gleichzeitig die Erfolgsaussicht der Klage in diesem Verfahrensstadium bejaht. Im Weiteren lief das Verfahren ab, wie so gut alle Arzthaftungsprozesse. Das Landgericht hat zur Aufklärung des medizinischen Sachverhalts die Begutachtung durch einen Sachverständigen angeordnet (Beschluss vom 24.1.2007 [Bl. 99]). Berücksichtigt man, dass in Arzthaftungsverfahren nur geringe Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten gestellt werden können und die Versicherte selbst mit dem in der Klageschrift vorgetragenen Sachverhalt ein „normal“ laufendes Verfahren in Gang setzen konnte, ist nicht ersichtlich, warum dies den Klägerinnen in Kenntnis des selben Sachverhalts im Jahre 2008 nicht auch möglich gewesen sein soll. Es ist daher bereits von positiver Kenntnis auszugehen.
Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen wollte, läge immer noch die vom Landgericht angenommene grob fahrlässige Unkenntnis i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 BGB vor. Zwar trifft den Geschädigten grundsätzlich keine Obliegenheit zu Nachforschungen. Grob fahrlässig ist das Unterlassen einer Nachfrage nur dann, wenn weitere Umstände - Aufdrängen einer Schädigung aufgrund konkreter Anhaltspunkte - hinzutreten, die das Unterlassen schlicht als unverständlich erscheinen lassen, er z.B. die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe hätte erlangen können, eine auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit aber nicht nutzt (Palandt/Ellenberger BGB, 72. Aufl., § 199, Rn. 39/40 m.w.N.):
-
Kenntnis davon, dass das Verfahren 21 O 104/06 überhaupt läuft,
-
Kenntnis vom Inhalt der Klageschrift,
-

Korrespondenz mit der hinter den Beklagten stehenden Haftpflichtversicherung in dieser Sache (gerade über den Punkt Verjährung),
-
Kenntnis von der fehlenden Bereitschaft dieser Haftpflichtversicherung über den 31.7.2008 hinaus auf die Einrede der Verjährung zu verzichten,
-
durch das Telefonat mit dem Prozessbevollmächtigten der Versicherten im Verfahren 21 O 104/06) Kenntnis davon, dass ein Gutachten eingeholt wurde und weiter Kenntnis davon, dass das Landgericht Stendal noch im Jahr 2008 eine Entscheidung verkünden würde (wobei anzumerken ist, dass dieses Telefonat von dem Referatsleiter der Regressabteilung der Klägerinnen geführt wurde, einem Rechtsanwalt, dem die Brisanz der Verjährungsproblematik bewusst gewesen sein muss).
Bei Kenntnis dieser Umstände hätte es nahegelegen, sich durch einen schlichten Akteneinsichtsantrag die (aus der Klägerinnen Sicht) noch fehlenden Informationen zu beschaffen. Warum man weitere 4 Jahre bis zur Klageerhebung gewartet hat, ist nicht nachvollziehbar. Die Erkenntnismöglichkeiten mussten sich den Klägerinnen geradezu aufdrängen, sodass man den Eindruck gewinnen muss, dass sie sich bewusst unwissend halten wollten.
Ob die Korrespondenz zwischen den Klägerinnen und der Haftpflichtversicherung (bis07.2008) als Verhandlungen i.S.v § 203 BGB gewertet werden könnte, kann dahinstehen. Für die Verjährung spielt dies keine Rolle, weil die Verjährungsfrist erst mit Ablauf des Jahres 2008 überhaupt zu laufen begann.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen.

178. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.02.2014 – 5 U 1461/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess wegen der Folgen einer chiropraktischen Behandlung: Aufklärungspflicht eines Orthopäden bei chiropraktischer Behandlung einer Kollegin anderer Fachrichtung; Klarstellung des erstinstanzlichen Urteils im Berufungszurückweisungsbeschluss

Leitsatz

1. Über die Risiken einer chiropraktischen Behandlung (hier: Panthersprung und Kreuzhandgriff) muss der Arzt auch eine Kollegin anderer Fachrichtung umfassend aufklären, es sei denn, er weiß gesichert, dass sie die spezifischen Gefahren kennt.
2. Hat das Gericht erster Instanz versehentlich über einen Feststellungsantrag durch Grundurteil entschieden, darf das Berufungsgericht auch im Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO den Urteilstenor klarstellend neu fassen, falls der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen ist, dass dem Feststellungsantrag umfassend und endgültig stattgegeben wurde.

Tenor

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 29.10.2013 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor der angefochtenen Entscheidung wie folgt gefasst wird:
a. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit die Klägerin vom Beklagten wegen dessen Behandlung der Anspruchstellerin am 19.06.2008 materiellen und immateriellen Schadensersatz beansprucht,
b. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin auch die noch nicht festgestellten Verdienstausfallschäden des Jahres 2011 sowie alle zukünftigen Schäden zu ersetzen, die die Klägerin infolge der von dem Beklagten am 19.06.2008 an ihr vorgenommenen chiropraktischen Manipulation noch erleiden wird,
c. Die Entscheidung über die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar.
Der Beklagte darf die Vollstreckung der Klägerin durch Leistung einer Sicherheit von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, es sei denn, die Klägerin leistet entsprechende Sicherheit.
4. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 90.000 €.

Gründe

Die Berufung ist aus den Erwägungen des Senatsbeschlusses vom 5.02.2014 unbegründet. Dort hat der Senat seine Absicht, das Rechtsmittel nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, wie folgt erläutert:
„1. Die 1954 geborene Klägerin, eine Fachärztin für Allgemeinmedizin, suchte am 19.06.2008 wegen Rückenschmerzen, die seit einigen Tagen persistierten, die Praxis des beklagten Orthopäden auf. Neben der klinischen Untersuchung fertigte der Beklagte Röntgenbilder, die keinerlei knöcherne Verletzungen

zeigten. Sodann nahm der Beklagte eine chirotherapeutische Manipulation, nämlich einen sogenannten Panthersprung und einen Kreuzhandgriff, vor.
Vier Tage später ergab die von der Klägerin andernorts veranlasste MRT - Untersuchung eine Fraktur der massa lateralis des os sacrum beidseits, eine Fraktur des Querfortsatzes am Lendenwirbelkörper 5 beidseits sowie Knochenmarksödeme und Hämatome im Rückenbereich. Später wurden symphysennahe Mehrfragmentfrakturen des oberen und unteren Schambeinastes links mit Fragmentdislokation festgestellt.
All das führt die Klägerin auf ihre chirotherapeutische Behandlung durch den Beklagten zurück. Sie sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass derartige Schäden eintreten könnten; daher sei der Eingriff mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig. Der Beklagte habe einen Dauerschaden verursacht, weshalb er nicht nur ein auf 50.000 € zu bezifferndes Schmerzensgeld schulde, sondern auch den bereits eingetretenen materiellen Schaden von 65.000 € ersetzen müsse. Daneben begehrt die Klägerin die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr neben weiterem materiellem Schadensersatz den künftigen nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden zu ersetzen.
Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er habe die Klägerin darüber informiert, dass der chirotherapeutische Eingriff geeignet sei, die akuten Beschwerden zu lindern. Eine weitere Aufklärung habe er bei der Klägerin als ärztlicher Kollegin für entbehrlich halten dürfen. Die am 23.06.2008 andernorts festgestellten Schäden beruhten nicht auf den von ihm vorgenommenen Manipulationen.
2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat Sachverständigenbeweis erhoben. Der Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie Prof. Dr. L. hat sich mehrmals schriftlich geäußert und die beiden Gutachten in der Schlussverhandlung des Landgerichts mündlich erläutert; auch darauf wird verwiesen.
Hiernach hat das Landgericht „den mit der Klage geltend gemachten Anspruch“ dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der Beklagte hafte wegen Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages, aber auch aus unerlaubter Handlung. Über die Risiken seiner chiropraktischen Manipulation habe er die Klägerin nicht aufgeklärt, was den Eingriff mangels wirksamer Einwilligung der Patientin rechtswidrig mache. Dass der Körperschaden vom Beklagten am 19.06.2008 verursacht worden sei, stehe nach den Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen fest.
3. Mit der Berufung hält der Beklagte an seinem Antrag auf Abweisung der Klage fest. Er wiederholt, vertieft und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 29.01.2014, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.
4. Das Rechtsmittel ist aussichtslos, weil das angefochtene Urteil den Berufungsangriffen standhält.
a. Die Berufung beanstandet nicht, dass das Landgericht, das über zwei Zahlungsanträge und einen Feststellungsantrag zu entscheiden hatte, undifferenziert „den Klageanspruch“ dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat.
Der Senat beabsichtigt, diesen missverständlichen Tenor von Amts wegen neu zu fassen. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, dass über den Feststellungsantrag nicht durch Grundurteil entschieden werden durfte. Denn ein Feststellungsanspruch ist nicht „nach Grund und Betrag streitig“ im Sinne von § 304 Abs. 1 ZPO.
Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist aber mit soeben noch hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass das Landgericht beide Zahlungsanträge, gerichtet einerseits auf immateriellen und andererseits auf materiellen Schadensersatz, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, daneben aber dem Feststellungsantrag schon jetzt umfassend stattgegeben hat. All das kann der Senat durch eine Neufassung des Urteilstenors klarstellen.
Allerdings darf bei Geltendmachung mehrerer Ansprüche ein Grundurteil nur ergehen, wenn für das Bestehen eines jeden Anspruchs hinreichende Anhaltspunkte gegeben sind (BGH VI ZR 8/57). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt; die Berufung erhebt insoweit auch keine Beanstandung.
b. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht eine Schadensersatzhaftung des Beklagten bejaht.
aa. Soweit die Berufung beanstandet, das Landgericht habe den Antrag auf Parteianhörung des Beklagten zum Inhalt der Aufklärung übergangen, ist das Verfahren des Landgerichts nicht zu beanstanden.
Im Ausgangspunkt ist zwar richtig, dass die erweiterte gerichtliche Sachaufklärungs- pflicht im Arzthaftungsprozess es in der Regel gebietet, zum Inhalt der gewöhnlich unter vier Augen stattfindenden Patientenaufklärung die Beteiligten des Gesprächs zumindest anzuhören (§ 141 ZPO), um aufgrund des persönlichen Eindrucks bei der Befragung durch das Gericht einen verlässliche Entscheidungsgrundlage zu gewinnen.
Das enthebt jedoch weder den Arzt noch den Patient der aus dem Beibringungsgrundsatz abzuleitenden Verpflichtung, zum Inhalt der Aufklärung vorzutragen.
Dieser Verpflichtung ist der Beklagte nachgekommen, indem er behauptet hat, der Klägerin gesagt zu haben, er beabsichtige einen chirotherapeutischen Eingriff, der Linderung verschaffen könne, was aber nicht zwangsläufig so sein müsse.

Dieses Vorbringen hat das Landgericht als zutreffend unterstellt und gleichermaßen zutreffend als unerheblich erachtet. Dass der Beklagte die Patientin nicht wortlos mit chiropraktischen Griffen überraschte, versteht sich von selbst. Gleichermaßen selbstverständlich erscheint, dass er insoweit keine Erfolgsgarantie übernahm. Für die entscheidende Frage einer wirksamen Risikoaufklärung ist all das ohne Bedeutung. Einer Parteianhörung oder gar einer Parteivernehmung bedurfte es daher nicht.
bb. Soweit die Berufung wiederholt, hier habe sich kein typisches, eingriffsspezifisches Risiko verwirklicht, so dass eine Aufklärung nicht geschuldet gewesen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Das Risiko mag selten sein; es hat jedoch besonders belastende Folgen, wenn es eintritt. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass über derartige Risiken aufgeklärt werden muss.
Dass die Impulsenergie bei derartigen Eingriffen nicht exakt steuerbar ist, woraus sich zwingend ergibt, dass das Maß des Zuträglichen leicht überschritten werden kann, begründet eine gesteigerte Aufklärungspflicht, weil ein aufgeklärter Patient eine „Behandlung auf`s Geratewohl“ eher ablehnen wird als Eingriffe, die 100% - ig beherrschbar sind. Über die von der Berufung in den Blick gerückten Unwägbarkeiten hätte die Klägerin vorab informiert werden müssen, um derart aufgeklärt eigenverantwortlich entscheiden zu können, ob sie sich auf die chiropraktischen Fähigkeiten des Beklagten einlassen wollte.
cc. Die Anforderungen an die Aufklärungspflicht sind nicht dadurch eingeschränkt oder gar aufgehoben, dass die Klägerin selbst Ärztin für Allgemeinmedizin ist.
Welche Risiken einem Eingriff spezifisch anhaften, ist in der Regel nur Ärzten der jeweiligen Fachrichtung bekannt. Dass die Klägerin das Fachwissen eines chiropraktisch tätigen Orthopäden hatte, zeigt der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht auf. Welche in ihrer Gesamtheit nahezu unüberschaubaren Risiken Eingriffe in den verschiedenen medizinischen Fachrichtungen haben, ist Ärzten anderer Fachrichtungen in der Regel nicht bekannt. Noch unwahrscheinlicher ist derartiges Fachwissen, wenn es sich, wie die Berufung an anderer Stelle behauptet, um ein außerordentlich seltenes Risiko handelt.
dd. Mit dem erstmals in zweiter Instanz erhobenen Einwand einer hypothetischen Einwilligung kann der Berufungsführer aus prozessualen Gründen nicht mehr gehört werden (BGH NJW 2009, 1209 -1212).
c. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Überzeugung gewonnen hat, der Eingriff des Beklagten habe die konkreten Schäden verursacht. Die Berufung verkennt, dass richterliche Überzeugung keine mathematische Gewissheit erfordert. Es reicht ein Grad von Wahrscheinlichkeit, der vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet. Da die vom Kläger vor seinen chiropraktischen Eingriffen gefertigten Röntgenbilder keine Verletzungen zeigen, deutet auch zur Überzeugung des Senats alles darauf, dass der wenige Tage später durch Bildgebung gesicherte dramatische Befund vom Beklagten herbeigeführt wurde.
Dass die von der Berufung in den Blick gerückte Medikation der Klägerin die erheblichen Verletzungen verursacht haben könnte, ist fernliegend, wenn nicht gar ausgeschlossen. Der Senat muss daher dem Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dieser Frage nicht nachgehen.
Soweit die Berufung mit diesem Vorbringen eine besondere Anfälligkeit der Klägerin behauptet, verkennt der Beklagte, dass ihn diese besondere Anfälligkeit gegebenenfalls hätte veranlassen müssen, die Risiken seiner chiropraktischen Manipulationen noch kritischer zu sehen, was die Anforderungen an die Aufklärung der Klägerin weiter erhöhte.
Im Übrigen wird der Ursachenzusammenhang nicht dadurch unterbrochen, dass der Arzt statt eines vermeintlich umfassend belastbaren Patienten einen solchen mit erheblichen Beeinträchtigungen weiter und tiefer greifend geschädigt hat.
d. Auf die Frage, ob eine erkennbare Osteoporose vorlag, kommt es nicht an. Eine umfassende Risikoaufklärung schuldete der Beklagte auch dann, wenn dies nicht der Fall war.
5. Nach alledem ist die Berufung aussichtslos. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO sind gegeben; insbesondere verspricht eine mündliche Verhandlung keinen Erkenntnisgewinn.“
Der Beklagte hat sich zu alledem nicht geäußert.
Sein Rechtsmittel musste mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 711 ZPO zurückgewiesen werden.

179. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 27.02.2014 – 5 U 101/13 – * Haftung des Kieferchirurgen: Wirksamkeit einer 3 Monate vor der Zahnextraktion erklärten Einwilligung; Widerruf der Einwilligung

Orientierungssatz

1. Die Einwilligung in eine Zahnextraktion verliert nicht infolge eines Zeitablaufs von drei Monaten ihre Wirksamkeit.
2. Ein Widerruf der Einwilligung in die Zahnextraktion ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass der Patient vor der geplanten Operation einen Heil- und Kostenplan für eine Wurzelspitzenresektion an allen Zähnen, die gezogen werden sollen, angefordert und erhalten hat.

3. Ebenso liegt kein Widerruf vor, wenn der Patient am Operationstag bei dem behandelnden Kieferchirurgen einen von seinem Zahnarzt abgeänderten Überweisungsschein abgibt, ohne ausdrücklich auf den geänderten Inhalt hinzuweisen.
4. Erklärt ein Patient gegenüber einem Anästhesisten am Operationstag, dass statt einer Zahnextraktion eine Wurzelspitzenresektion vorgenommen werden soll, kann diese Erklärung ebenfalls nicht als Widerruf der Einwilligung gewertet werden, da der Anästhesist hierfür nicht der zuständige Ansprechpartner ist.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 7.06.2013 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt 15.000 Euro.

Gründe

I.
Von der Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen wird abgesehen, weil die Entscheidung nicht anfechtbar ist (§ 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO).
II.
Der Senat weist die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch Beschluss zurück, weil sie offensichtlich unbegründet ist. Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss vom 03.02.2014, zugestellt am 12.02.2014 Bezug genommen (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Eine Stellungnahme ist in der Frist nicht eingegangen.
Die Nebenentscheidungen beruhen hinsichtlich der Kosten auf § 97 Abs. 1ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

180. OLG Koblenz, Beschluss vom 26.02.2014 – 5 U 1441/13 – * Krankenhaushaftung: Sicherungspflichten bei Transport eines Patienten zur Reha-Klinik

Leitsatz

1. Zur Sicherungspflicht von Klinik und Fahrer bei Patiententransport zur Rehabilitation.
2. Da Patienten nach den AHB-Richtlinien zur Teilnahme an einer Anschlussrehabilitation frühmobilisiert, insbesondere in der Lage sein müssen, sich ohne fremde Hilfe in der Einrichtung zu bewegen, dürfen Reha-Klinik und der von ihr mit der Abholung des Patienten beauftragte Fahrer davon ausgehen, dass weder ein Spezialfahrzeug noch besondere Sicherungsvorkehrungen erforderlich sind.

Orientierungssatz

Wird ein Patient nach einer Hüftgelenksoperation mit der Indikation für eine Anschlussrehabilitation entlassen, dürfen die Reha-Klinik und der mit der Abholung beauftragte Fahrer davon ausgehen, dass der Patient frühmobilisiert und insbesondere in der Lage ist, sich ohne fremde Hilfe in der Einrichtung zu bewegen, so dass weder ein Spezialfahrzeug noch besondere Sicherungsvorkehrungen erforderlich sind.

Tenor

1.
Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 30.10.2013, Az. 10 O 140/11 einstimmig gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2.
Die Klägerin erhält Gelegenheit, zu den Hinweisen des Senates bis zum 27.03.2014 Stellung zu nehmen. Die Rücknahme der Berufung wird empfohlen.

Gründe

I.
Die Klägerin begehrt von der Beklagten materiellen und immateriellen Schadensersatz aus der Verletzung eines Behandlungsvertrages zur Rehabilitation.
Die Klägerin wurde in der Klinik der Streithelferin zu 1 nach einem invasiven Hüftgelenkspfannenwechsel bis zum 22.12.2008 stationär behandelt und am 11. postoperativen Tag zunächst nach Hause entlassen, wo sie sich mit Hilfe ihres Mannes selbst versorgte. Dort wurde sie auf Veranlassung der Beklagten von dem Streithelfer zu 2 am 29.12.2008 mit einem Kleinbus zur Verbringung in die Reha-Klinik der Beklagten abgeholt. Beim Einstieg in das Fahrzeug stürzte die Klägerin, was nach ihren Behauptungen einen komplikationsbehafteten weiteren Behandlungsweg nach sich zog. Sie wirft der Beklagten vor, sich nicht ausreichend über ihren Gesundheitszustand informiert zu haben, so dass es versäumt worden sei, zwei Begleitpersonen oder jedenfalls eine medizinisch oder pflegerisch geschulte Begleitperson mit dem Transport in die Rehaklinik zu betrauen. Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Anhaltspunkte für das Erfordernis eines Liegendtransports oder eines sonstigen Rettungstransports seien ihr nicht bekannt geworden und lägen auch nicht vor.

Das sachverständig beratene Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Entlassung in eine Anschlussheilbehandlung ("AHB Anschlussrehabilitation") setze die hinreichende Mobilität für den durchgeführten Transport voraus.
Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung und verfolgt ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter. Es könne nicht allein auf die Richtlinien zur Anschlussrehabilitation abgestellt werden. Vielmehr müssten die Umstände des Einzelfalles gewürdigt werden. Der Beklagten obliege insoweit eine Erkundigungspflicht. Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil im Wesentlichen unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung einschließlich der den Berufungsanträgen entsprechenden Klageanträge sowie die Berufungsbegründung verwiesen.
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. Die Klägerin 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 gut begründete Entscheidung des Landgerichts Bezug genommen. Der Beklagten ist keine Pflichtverletzung vorzuwerfen. Die dagegen erhobenen Angriffe der Berufung überzeugen den Senat nicht. Hierzu Folgendes:
1.
Mit der Beklagten ist der Senat der Auffassung, dass die Klage schon unschlüssig ist. Es wird – trotz der Rüge der Beklagten in der Klageerwiderung – von der Klägerin nicht im Einzelnen dargelegt, wie es überhaupt zu dem Sturz gekommen ist und in welcher Weise sie stürzte. Es ist deshalb nicht möglich, festzustellen, ob der Sturz überhaupt kausal auf den aktuellen Gesundheitszustand der Klägerin am 29.12.2008 nach einem invasiven Pfannenwechsel und die eingeschränkte Mobilität zurückging. Entsprechender Sachvortrag ist im Berufungsverfahren auch nicht mehr in zulässiger Weise nachzuholen, §§ 529, 531 ZPO.
2.
Ungeachtet dessen ist der Beklagten keine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 BGB vorzuwerfen.
Was die Beklagte schuldete, ergab sich nach der von der Streithelferin zu 2 gestellten Indikation "AHB – Anschlussrehabilitation" aus der diesbezüglichen Richtlinie. Das war ein einfacher Transport ohne besonders geschulte Begleitung. Das bestreitet im Kern auch die Berufung nicht. Der Sachverständige hat ergänzt, dass diese Verfahrensweise auch dem praktischen Standard entspricht. Dass es zu einer Vielzahl von Stürzen bei solchen Transporten kommt, die die Richtlinie und Praxis als unangemessen und allein von fiskalischen Interessen geleitet erscheinen lassen, ist weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt und dem Senat als Spezialsenat für Arzthaftungssachen auch sonst nicht bekannt.
Es kann dahinstehen, ob die besonderen Umstände des Einzelfalles zu einem ab- weichenden Vertragsinhalt führen können. Jedenfalls im konkret zu entscheidenden Fall lagen keine besonderen Umstände vor. Es kommt deshalb weder darauf an, welche Kenntnis die Beklagte hiervon hatte oder hätte haben können und wie weit eine Informationspflicht möglicherweise reicht. Die Berufungsbegründung zeigt auch keine über das allgemein bei endoprothetisch behandelten Patienten bestehende erhöhte Sturzrisiko hinausgehenden Umstände auf.
Die allgemein erhöhte Sturzgefahr ist in der Praxis bekannt und wird nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen, belegt durch die Richtlinie zu AHB-Anschlussrehabilitation, dadurch berücksichtigt, dass zwischen einer allgemeinen Anschlussrehabilitation nach hinreichender postoperativer Mobilisation und einer geriatrischen Nachbehandlung unterschieden wird. Nur letztere führt zur Notwendigkeit eines qualifizierten Krankentransportes. Die Indikation zu einer "AHB – Anschlussrehabilitation", wie sie von der Streithelferin zu 1 gestellt wurde, setzt nach der von dem Sachverständigen vorgelegten Richtlinie eine hinreichende Reisefähigkeit voraus. Diese ist definiert als die Fähigkeit öffentliche Verkehrsmittel oder einen Pkw zu nutzen (Bl. 285 GA). Zu den öffentlichen Verkehrsmitteln gehören auch Busse und Bahnen, bei denen erforderlich sein kann, eine oder zwei Stufen zu steigen, und bei denen kein pflegerisch oder medizinisch geschultes Personal eingesetzt wird. Dass die Indikation der Streithelferin zu 2 falsch war und dass dies für die Beklagte erkennbar war, wird mit der Berufung nicht vorgetragen. Im Gegenteil ist deren Richtigkeit gutachterlich bestätigt.
Besondere Umstände des Einzelfalles geboten auch keine abweichende Verfahrensweise. Auch hier steht das Gegenteil zur Überzeugung des Senates aufgrund des unstreitigen Vortrages der Parteien und der Ausführungen des Sachverständigen fest.
Die Klägerin wurde bereits am 22.12.2008 hinreichend mobilisiert entlassen. Da schon in diesem Zeitpunkt, d.h. schon am 11. postoperativen Tag die Indikation für eine AHB – Anschlussrehabilitation gestellt werden konnte, ist von einem sehr guten postoperativen Verlauf auszugehen. Die Indikation setzt eine

Frühmobilisation, eine Rehabilitationsbelastbarkeit und die – selbstständige (!) – Reisefähigkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln voraus.
Die Klägerin war dann eine Woche zu Hause, ohne dass sie pflegerische oder medizinische Hilfe in Anspruch nehmen musste. Auch im häuslichen Bereich sind regelmäßig Höhenunterschiede zu überwinden (Dusche, Badewanne, Treppen). Gleiches gilt für die außerhäusliche Mobilität wie bei Spaziergängen. Von diesbezüglichen Schwierigkeiten berichtet die Klägerin ebenso wenig wie von einer entsprechenden Information der Beklagten.
Der Transport wurde von einem Unternehmen durchgeführt, das über entsprechende Erfahrung verfügte. Vergleichbare Vorfälle aus der Vergangenheit sind nicht bekannt. Der Fahrer war unstreitig zur Gewährung von Hilfestellung angehalten. Dass er dem nicht nachgekommen ist, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Eine Einstiegshilfe war vorhanden und hat nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten (Bl. 180 GA) die Hälfte der Höhe zwischen Bürgersteig und Fahrzeug überwunden. Ein erheblicher Höhenunterschied ist damit nicht verblieben. Der Vortrag der Klägerin lässt auch nicht erkennen, dass sie sich den Einstieg nicht zutraute. Weder wird von entsprechenden Hinweisen an den Fahrer berichtet, noch hat sie Anlass gesehen, ihren Mann zur Hilfe zu rufen, der als zweite Person zur Einstiegshilfe zur Verfügung stand. Es ist nicht zu ersehen, dass der Fahrer oder die Beklagte eine besondere Gefahr im Einzelfall erkennen sollten, die die Klägerin nicht hätte sehen können.
III.
Aufgrund der vorstehenden Ausführungen bietet die Berufung offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Eine mündliche Verhandlung ist aus den eingangs genannten Gründen nicht geboten. Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1, Nr. 2 und 3 ZPO liegen vor.
Der Klägerin wird empfohlen, die Berufung kostensparend zurückzunehmen.
Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 138.072 € festzusetzen.

181. LG Detmold, Urteil vom 26.02.2014 – 10 S 229/11 – * Auslandskrankenversicherung: Behandlung eines Sonnenstichs durch einen Schönheitschirurgen

Orientierungssatz

Der Umstand, dass der Arzt, der den Versicherungsnehmer in Spanien behandelt hat, vornehmlich als Schönheitschirurg tätig ist, und der Sachverständige aus der Art der Behandlung eines Sonnenstichs die Schlussfolgerung zieht, der Zeuge habe "wohl keine alltägliche Routine in der Versorgung dieser Art von Notfällen" schließt die grundsätzliche Ersatzfähigkeit der für seine Leistungen angefallenen Kosten nicht aus, wenn er auch eine Ausbildung als praktischer Arzt hat.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 21.11.2011 verkündete Urteil des Amtsgerichts Detmold abgeändert:
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 637,21 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.09.2011 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage insgesamt abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits I. und II. Instanz tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.
Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 544 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.
1. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag über eine Auslandsreise-Krankenversicherung einen Anspruch auf Zahlung von 637,21 EUR.
a) Nach Ziffer 2. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Auslandsreise-Krankenversicherung (AVB/GAK) - Tarif GADK 3 der Beklagten, die dem Versicherungsvertrag zugrundeliegen, bietet der Versicherer Versicherungsschutz für Krankheiten, Unfälle und andere im Tarif genannte Ereignisse, die unvorhergesehen während einer vorübergehenden Auslandsreise eintreten.
Ein solcher Fall ist vorliegend am 26.11.2010 in C/Spanien eingetreten. Die Kammer ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass der Kläger an diesem Tag unvorhergesehen einen Hitzeschaden in Form eines Sonnenstichs erlitten hat.
Der Kläger hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung zur Sache im Kammertermin am 06.03.2013 angegeben, er habe zwei bis drei Stunden am Pool in der prallen Sonne gelegen, sei dann aufgestanden, gestolpert und gestürzt. Hierbei habe er sich eine - zunächst durch seine Frau versorgte - Schürfwunde

zugezogen. Zudem sei sein Blutdruck anschließend teilweise unter 100 gewesen und er habe sich eine Woche lang wie betrunken gefühlt.
Der im gleichen Termin als Zeuge vernommene Dr. E2 hat bestätigt, dass es beim Kläger im Anschluss an den Sturz erhebliche Schwankungen des Blutdrucks gegeben habe. Dieser sei zeitweise auf 200, dann wieder weit unten und insgesamt sehr unregelmäßig gewesen. Bei seiner - des Zeugen - Ankunft am 26.11.2010 sei der Kläger kurzatmig gewesen und habe blaue Lippen gehabt.
Die Schilderungen des Klägers und des Zeugen sind glaubhaft. Insbesondere erweckt die Schilderung jeweils nur einzelner Symptome nicht den Eindruck, dass gezielt ein bestimmtes Krankheitsbild oder eine Diagnose "dargestellt" werden sollte.
Der Zeuge Dr. E2 war auch glaubwürdig. Im Gegensatz zu den teilweise nach Inhalt und Wortwahl mehr als zweifelhaften schriftlichen Äußerungen, die im Laufe des Rechtsstreits zur Gerichtsakte gelangt sind, hat er sich in der mündlichen Vernehmung sichtlich bemüht, die von ihm wahrgenommenen Umstände sachlich und neutral zu schildern, ohne eine Sympathie oder Antipathie für die eine oder andere Seite erkennen zu lassen.
Die geschilderten Symptome lassen nach den Ausführungen des anschließend gerichtlich eingeschalteten Sachverständigen F in seinem Gutachten vom 07.09.2013 den Rückschluss auf einen Hitzeschaden in Form eines Sonnenstichs zu. Zwar sei die Schilderung der Krankheitszeichen fragmentarisch, sie reicht aber nach den Ausführungen des Sachverständigen aus, um die Diagnose eines solchen Hitzeschadens zu stellen.
Die Kammer folgt dieser Einschätzung des Sachverständigen nach eigener, kritischer Würdigung. Der Sachverständige stellt in seinem Gutachten deutlich heraus, dass die ihm vorliegenden Anknüpfungstatsachen an vielen Stellen lückenhaft sind. Er differenziert insofern aber klar und in nachvollziehbarer Weise zwischen den Punkten, zu welchen er gleichwohl gesicherte Aussagen treffen kann und denjenigen Punkten, zu denen solche Aussagen nicht möglich sind.
b) Die Durchführung von sieben Hausbesuchen durch den Zeugen Dr. E2 stellt eine durch den Versicherungsfall verursachte, medizinisch notwendige Behandlung des Klägers dar.
aa) Die feststellbare Behandlung im Rahmen dieser Hausbesuche war - auch insoweit folgt die Kammer den Ausführungen des Sachverständigen, der die ergriffenen Maßnahmen als "aus allgemeinmedizinischer Sicht eher sparsam" einstuft - im Sinne einer Minimalversorgung medizinisch erforderlich. Insbesondere waren im Hinblick auf die Kreislaufschwankungen des Klägers und eine mögliche Gehirnerschütterung auch mehrere, tägliche Hausbesuche erforderlich, um eine etwaige Verschlechterung des Zustands rechtzeitig feststellen zu können.
bb) Dass der Sachverständige eine stationäre Behandlung für sinnvoller hält, steht dem nicht entgegen, weil sich die - zudem günstigere - Behandlung im Rahmen von Hausbesuchen im Bereich des aus medizinischer Sicht Vertretbaren bewegt.
cc) Auch der Umstand, dass der Zeuge Dr. E2 vornehmlich als Schönheitschirurg tätig ist und der Sachverständige aus der Art der Behandlung die Schlussfolgerung zieht, der Zeuge habe "wohl keine alltägliche Routine in der Versorgung dieser Art von Notfällen", schließt die grundsätzliche Ersatzfähigkeit der für seine Leistungen angefallenen Kosten nicht aus. Zwar ist in der Rechtsprechung umstritten, ob ein Vertrag über Leistungen, die ein Arzt außerhalb seines Fachgebiets erbringt, nach deutschem Recht nichtig ist (§ 134 BGB, § 1 Abs. 2 GOÄ). Ein solcher Fall liegt hier aber - ungeachtet des Umstands, dass der in Spanien abgeschlossene Arztvertrag gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO nach spanischem Sachrecht zu beurteilen sein dürfte (vgl. Magnus in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Art. 4 Rom I-VO Rn. 309) - deswegen nicht vor, weil der Zeuge Dr. E2 nach dem Ausdruck seiner Internetseite, auf den sich die Beklagte stützt, u.a. Facharzt für Allgemeinmedizin ist, und auch in seiner nicht in Zweifel gezogenen Aussage im Kammertermin angegeben hat, er habe durchaus eine Ausbildung als praktischer Arzt. Der Zeuge mag bzgl. der hier streitgegenständlichen Behandlungen derzeit wenig praktische Erfahrung aufweisen; außerhalb seines Fachgebiets liegen sie jedoch nicht.
dd) Dass die geltend gemachten Kosten für die Hausbesuche in voller Höhe erforderlich waren, kann der Kläger nicht beweisen. Weder der Zeuge Dr. E2 noch der Sachverständige Faust konnten insofern klare Aussagen zu den üblicherweise für einen Hausbesuch in Spanien anfallenden Kosten machen.
Nach den Ausführungen des Sachverständigen bewegen sich die Kosten für vergleichbare ärztliche Leistungen in Deutschland in einem Bereich zwischen 73,29 EUR und 108,76 EUR pro Hausbesuch. Da den Mitgliedern der Kammer aus eigener Erfahrung bekannt ist, dass die Lebenshaltungskosten in Spanien nur geringfügig unter denen in Deutschland liegen, genügen diese Angaben als Grundlage, um den zu ersetzenden Betrag gemäß § 287 Abs. 2, Abs. 1 ZPO zu schätzen. Im Ergebnis dieser Schätzung sieht die Kammer den Mittelwert zwischen den vorstehend angegebenen Beträgen, 91,03 EUR pro Hausbesuch, als notwendig an, so dass sich für sieben Hausbesuche der aus dem Tenor ersichtliche Betrag ergibt.
c) Soweit der Anspruch des Klägers besteht, ist er auch fällig.
Der Kläger hat der Beklagten, soweit es ihm möglich war, entsprechend der Obliegenheit aus Ziff. 6 AVB/GAK Auskunft erteilt und die ihm durch den Zeugen Dr. E2 gestellten Abrechnungen vorgelegt. Es

war ihm nicht zuzumuten, darüber hinaus in Spanien selbst weitere Nachforschungen anzustellen oder weitere Anstrengungen zu unternehmen, dort detailliertere Abrechnungen zu erhalten.
Nach Durchführung der Beweisaufnahme bedarf es seitens der Beklagten auch keiner weiteren Erhebungen zur Feststellung des Versicherungsfalls oder zum Umfang ihrer Leistungspflicht (§ 14 VVG i.V.m. § 6 Abs. 1 MB/KK) mehr.
2. Im Übrigen ist die Berufung wegen der Klageforderung in der Hauptsache unbegründet. Ein weitergehender Anspruch des Klägers besteht nicht.
a) Den wegen der Hausbesuche geltend gemachten Differenzbetrag kann der Kläger aus den vorstehend genannten Gründen nicht verlangen.
b) Die Kosten für die durch den Zeugen Dr. E2 verordneten Medikamente sind ebenfalls nicht zu ersetzen. Zum Einen kann der Kläger die Erforderlichkeit der Verordnung nicht beweisen, weil der Sachverständige mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen keine Aussagen hierzu treffen kann. Zum Anderen nahm der Kläger - wie der Zeuge Dr. E2 ausführte - diese Medikamente zum Teil auch vor Reiseantritt in Deutschland schon ein, so dass es sich nicht um einen unvorhergesehenen Versicherungsfall im Sinne der AVB handelte.
c) Soweit die Berufung in der Hauptsache danach unbegründet ist, war die Klage, weil ein Anspruch des Klägers nicht besteht, insgesamt und nicht nur als derzeit unbegründet abzuweisen. Dem steht das sich aus § 528 ZPO ergebende Verbot, das angefochtene Urteil zum Nachteil des Berufungsführers abzuändern, nicht entgegen. Zwar wird der Kläger dadurch, dass mit dem Berufungsurteil die endgültige Klageabweisung in Rechtskraft erwächst, prozessual "schlechter" gestellt als zuvor. Ihm wird nämlich durch den veränderten Rechtskraftumfang eine Rechtsposition aberkannt, die ihm durch das angegriffene Urteil, das ausdrücklich die Klage nur als "derzeit unbegründet" abgewiesen hatte, zuerkannt worden war. Er hat jedoch an der Aufrechterhaltung der durch das angefochtene Urteil begründeten Rechtsstellung kein schutzwürdiges Interesse, weil er mit seinem Rechtsmittel erkennbar den gesamten Anspruch zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt und somit weiterhin ein umfassendes Sachurteil erstrebt hat, und daher durchaus mit einer endgültigen Abweisung der Klage rechnen musste (vgl. BGH, Urt. v. 21.04.1988 - VII ZR 372/86, NJW 1988, S. 1982, 1983).
3. Soweit ein Anspruch in der Hauptsache besteht, kann der Kläger Zinsen, die sich der Höhe nach aus § 288 Abs. 1 BGB ergeben, ab Rechtshängigkeit verlangen (§ 286 Abs. 1 S. 2 BGB). Ein früherer Verzugseintritt ist nicht ersichtlich. Insbesondere beinhaltete das Schreiben der Beklagten vom 29.04.2011 keine zum Verzug führende ernsthafte und endgültige Verweigerung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Die Beklagte hat nämlich nicht erklärt, auf keinen Fall leisten zu wollen, sondern sie hat zunächst einen detaillierteren ärztlichen Bericht angefordert.
Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten und darauf entfallende Zinsen schuldet die Beklagte nicht, weil der Kläger einen Verzugseintritt vor Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten nicht darlegt und eine andere Anspruchsgrundlage nicht ersichtlich ist.
4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

182. OLG Köln, Urteil vom 26.02.2014 – I-5 U 68/13, 5 U 68/13 – * Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit dem Absetzen von Marcumar vor einem operativen Eingriff; Kausalität; Umfang der Dokumentationspflicht bei einem im Sterbeprozess befindlichen Patienten

Leitsatz

1. Das Unterlassen einer grundsätzlich gebotenen begleitenden Heparintherapie nach dem (fachlich korrekten) Absetzen von Marcumar bei einem schwerstkranken Patienten stellt sich nicht als grober Behandlungsfehler dar, wenn eine medizinisch schwierige Risikoabwägung erfolgen muss zwischen einem Embolie- und einem Hirnblutungsrisiko.
2. Zur Frage der Kausalität zwischen dem fehlerhaften Unterlassen einer Heparintherapie und dem Tod des Patienten.
3. Die Dokumentation dient ausschließlich medizinischen Zwecken, nämlich der Information des mit- oder nachbehandelnden Arztes oder dem Festhalten dessen, was für den Behandler zu einem späteren Zeitpunkt bedeutsam ist, nicht der Beurteilung der Richtigkeit des ärztlichen Vorgehens. Befindet sich ein Patient in einem unmittelbaren Sterbeprozess, muss nicht jede einzelne Untersuchungsmaßnahme mehr festgehalten werden. Es genügt zur Dokumentation die zusammenfassende Beschreibung "moribund".

Orientierungssatz

1. Ein nach dem Absetzen von Marcumar für den Zeitraum vom 17.01.2005 bis zur stationären Aufnahme am 20.01.2005 anzunehmender Behandlungsfehler, der in dem Unterlassen einer begleitenden Heparintherapie in therapeutischer Dosis lag, ist kein grober Behandlungsfehler, wenn ein Patient langfristig kein Marcumar mehr und nach einem urologischen Eingriff wieder ASS 100 einnehmen wollte.
2. Eine Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Marcumartherapie, insbesondere die bei ihrer Unterlassung drohenden Folgen, ist bei einer Behandlungsverweigerung jedenfalls dann nicht geboten, wenn einem Patienten die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Marcumartherapie bekannt ist.
3. Eine Kausalität lässt sich nicht feststellen, wenn sich nicht klären lässt, ob der Tod des Patienten durch einen - durch unzureichende Prophylaxe beeinflussten - Schlaganfall oder durch eine hiervon unabhängige Dekompensation der Herzinsuffizienz des Patienten verursacht ist.
4. Befindet sich ein Patient in einem unmittelbaren Sterbeprozess und entspricht das Unterlassen einer intensivmedizinischen Behandlung nach dem Ergebnis der Befragung der anwesenden Angehörigen seinem geäußerten oder mutmaßlichen Willen, kommt es auf diagnostische Einzelheiten für die von nun an ausschließlich palliative Therapie nicht an, so dass der zusammenfassende und - wie der spätere Verlauf zeigte - zutreffende Vermerk in den Behandlungsunterlagen "moribund" ausreichend ist.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 19.04.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 419/11 - 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 Kläger nimmt die Beklagten, denen er Behandlungsfehler vorwirft, aus ererbtem Recht seiner Ehefrau (im Folgenden auch: Patientin) auf Schmerzensgeld und aus eigenem Recht auf Ersatz von Beerdigungskosten und Haushaltsführungsschaden sowie Feststellung der Ersatzpflicht in Anspruch.
Bei der am 5.xx.1921 geborenen Patientin war seit dem Jahr 2002 ein Vorhofflimmern bekannt. Im Jahr 2004 wurde sie insbesondere unter den Diagnosen Herzinsuffizienz, Herzrhythmusstörungen, Vorhofflimmern und arterielle Hypertonie dreimal stationär in der Klinik für Innere Medizin des Krankenhauses der Beklagten zu 1) behandelt, deren Chefarzt der Beklagte zu 2) ist. Wegen Harnblasenentleerungsstörungen erhielt die Patientin im Sommer 2004 einen Dauerkatheter. Ab dem zweiten stationären Aufenthalt vom 30.7.2008 bis 16.8.2008 nahm sie zur Embolieprophylaxe ASS 100 ein. Im11.2004 erlitt sie einen embolischen Infarkt im Bereich der Sehrinde des Gehirns, der in der Magnetresonanztomografie vom 22.11.2004 nachgewiesen wurde. Ab diesem Zeitpunkt stellte der in der Ambulanz der Beklagten zu 1) tätige Arzt Dr. E die gerinnungshemmende Therapie auf Marcumar um.
Am 4.1.2005 betrug der Quick-Wert 30 % und der INR-Wert 2,61. Da der Dauerkatheter auf urologische Empfehlung durch einen suprapubischen Katheter ersetzt werden sollte, führten die Patientin, der Kläger und der Beklagte zu 4) am 10.1.2005 ein Gespräch in der Ambulanz der Beklagten zu 1), dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. In der Karteikarte heißt es: "für 1.2.05 suprapub. Katheter geplant. Noch 1 Woche Marcumar, dann absetzen, 1 Woche später Quick-Kontrolle. Möchte langfristig auch kein Marcumar mehr nehmen. Nach urolog. Eingriff wieder ASS 100." Nach dem Gespräch stellte die Patientin die Einnahme von Marcumar ein. Am 17.1.2005 suchte sie das Krankenhaus der Beklagten zu 1) auf. Der Quick-Wert lag bei 66 % bei einem INR-Wert von 1,36. Der Beklagte zu 4) empfahl daraufhin die stationäre Aufnahme zur Durchführung des urologischen Eingriffs.
Im Aufnahmebogen vom 20.1.2005 sind unter Anamnese als Hauptbeschwerden "AZ-Verschlechterung, Müdigkeit, Gehen schwer möglich, Schwindel und Dyspnoe seit einigen Tagen" genannt. Die Laboruntersuchung vom gleichen Tag ergab einen Quick-Wert von 72 % und einen INR-Wert von 1,27. Ausweislich der Patientenkurve wurde die Gabe von Heparin (Clexane 0,4 ml s.c.) für den Abend des 20.1.2005 und ab dem 21.1.2005 jeweils morgens verordnet. Eine am 21.1.2005 durchgeführte Echokardiografie zeigte insbesondere deutlich dilatierte Vorhöfe beiderseits und eine schwere pulmonale Hypertonie. Am 21.1.2005 lehnte die Patientin nach einem Aufklärungsgespräch, welches sie mit einem Arzt für Urologie führte, die Anlage eines suprapubischen Katheters ab.
Am späten Nachmittag des 21.1.2005 verschlechterte sich der Zustand der Patientin in Gegenwart des Klägers. Sie erbrach und kotete ein. Zwischen 17.30 Uhr und 17.45 Uhr verlor sie das Bewusstsein. Der Krankenpfleger Q maß einen Blutdruck von 90/60 mmHG und einen Puls von 72/min. Der Beklagte zu 3), der als zuständiger Stationsarzt seinen Dienst beendet hatte, sich aber noch im Arztzimmer aufhielt, ordnete telefonisch die Gabe einer Spritze Morphin an, die der Krankenpfleger Q verabreichte. Ob die Patientin gegen 18.00 Uhr durch den Beklagten zu 5), der Nachtdienst hatte und für die Betreuung mehrerer

Stationen zuständig war, untersucht wurde, ist zwischen den Parteien streitig. In der Patientenkurve befindet sich der vom Beklagten zu 5) unterschriebene Vermerk: "18.00 moribund, Gespräch mit Ehemann." Jedenfalls um 21.00 Uhr suchte der Beklagte zu 5) die Patientin auf. Am 22.1.2005 gegen 0.10 Uhr wurde der Tod der Patientin festgestellt. Im Verlaufsbogen hat der Beklagte zu 5) eingetragen: "zun. AZ, moribund, Aufklärung Ehemann, keine intensivmed. Maßnahmen, um 0.10 Uhr am 22.1. in Beisein Ehemann + Kinder verstorben." Eine Obduktion wurde nicht durchgeführt.
Mit anwaltlichem Schreiben vom 11.4.2005 erstattete der Kläger Strafanzeige. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens wurde das internistisch-kardiologische Gutachten von Prof. Dr. O (Anlage B 1) eingeholt. Die Beklagten reichten das anästhesiologisch-intensivmedizinische Gutachten von Prof. Dr. O2 ein (Anlage B 2). Mit Bescheid vom 19.9.2008 stellte die Staatsanwaltschaft Bonn das Ermittlungsverfahren ein. Die Beschwerde des Klägers und sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieben ohne Erfolg.
Der Kläger hat den Beklagten vorgeworfen, dass es sei fehlerhaft gewesen sei, vor dem geplanten urologischen Eingriff ein ersatzloses Absetzen von Marcumar ohne die gleichzeitige Gabe von Heparin vorzunehmen. Der Beklagte zu 4) habe am 10.1.2005 ein sofortiges Absetzen angeordnet. Den Wunsch, langfristig kein Marcumar mehr einzunehmen, habe die Patientin nicht geäußert. Eine Aufklärung über die erhöhte Emboliegefahr habe der Beklagte zu 4) nicht vorgenommen. Spätestens ab dem 17.1.2005 habe der Beklagte zu 4) bei einem INR-Wert von 1,36 eine überlappende Dosis Heparin zur Schlaganfallprävention anordnen müssen. Während des stationären Aufenthalts sei Heparin nicht in der bei einem Risikopatienten erforderlichen therapeutischen, sondern lediglich in prophylaktischer Dosierung verordnet worden. Die für den Morgen des 21.1.2005 angeordnete Heparinspritze habe die Patientin zudem nicht erhalten.
Nachdem die Patientin zwischen 17.30 Uhr und 17.45 Uhr bewusstlos geworden sei, seien ärztliche Hilfe sowie eine gezielte Untersuchung und Befunderhebung ausgeblieben. Der Beklagte zu 5) habe die Patientin weder gegen 18.00 Uhr aufgesucht noch ein Gespräch mit dem Kläger geführt. Er sei erst gegen 21.00 Uhr im Krankenzimmer erschienen. Die Anordnung und Verabreichung einer Morphinspritze ohne vorherige ärztliche Untersuchung sei fehlerhaft gewesen. Die Patientin sei an einem Schlaganfall verstorben, der durch eine ausreichende Heparinisierung verhindert worden wäre. Eine Embolie der Arteria basilaris passe genau zu den aufgetretenen Symptomen. Angemessen sei ein Schmerzensgeld von mindestens 10.000 EUR. Die Beerdigungskosten beliefen sich auf 8.428,08 EUR. Vom 1.2.2005 bis 30.11.2011 sei ihm, dem Kläger, ein Haushaltsführungsschaden von 103.644,40 EUR entstanden.
Der Kläger hat beantragt,
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch dazu zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft nach der am 21.1.2005 verstorbenen Q2 bestehend aus dem Kläger, Herrn Dr. Dr. Q3, Q5str. x, C2 und Herrn Dr. Q4, Ustr. xxA, I, ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.2.2008,
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm die Beerdigungskosten in Höhe von 8.428,06 EUR zu ersetzen zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.2.2008,
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm einen Betrag in Höhe von 103.664,40 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.2.2008 zu zahlen,
4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm alle materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm aus der fehlerhaften Behandlung im Krankenhaus der Beklagten zu 1 im01.2005 künftig noch entstehen werden.
Die Beklagte haben beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie sind dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Das Beratungsgespräch vom 10.1.2005 habe den dokumentierten Inhalt gehabt. An diesem Tag und mehrfach zuvor sei die Patientin über die Risiken einer Marcumartherapie und ihres Unterlassens, insbesondere die erhöhte Emboliegefahr, aufgeklärt worden. Der Beklagte zu 5) habe die Patientin zeitnah gegen 18.00 Uhr aufgesucht und gründlich untersucht, ohne Hinweise auf eine kardiale Embolie mit Hirnbeteiligung zu finden. Er habe eine sichtbar erschwerte Atmung und teils längere Atempausen festgestellt. Es habe sich abgezeichnet, dass die Patientin nicht überleben würde. Er habe ein ausführliches Gespräch mit dem Kläger geführt und ihn über die Möglichkeit einer intensivmedizinischen Behandlung aufgeklärt. Der Kläger habe unter Hinweis auf den entgegen stehenden Willen seiner Ehefrau hierauf verzichtet. Die Todesursache habe in einer Rechtsherzinsuffizienz gelegen.
Das Landgericht hat das internistisch-kardiologische Gutachten von Prof. Dr. C eingeholt (Bl. 152 ff. d.A.) und den Sachverständigen angehört (Bl. 199 ff. d.A.). Ferner hat es den Kläger sowie die Beklagten zu 4) und 5) persönlich zu den Vorgängen am 10.1.2005 und 21.1.2005 angehört (Bl. 201 ff. d.A.).
Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. Ein für den Tod der Patientin ursächlicher Behandlungsfehler sei nicht erwiesen. Zwar sei die ab dem 17.1.2005 durchgeführte Schlaganfallprophylaxe nicht regelgerecht gewesen. Angesichts des bei der Patientin hohen Risikos für arterielle Thromboembolien und eines Quick-

Werts von 66 % habe jedenfalls ab diesem Zeitpunkt begleitend Heparin verordnet werden müssen. Ob die Todesursache in einem Schlaganfall oder in einer dekompensierten Herzinsuffizienz gelegen habe, sei aber nach Auffassung aller Sachverständigen mangels Obduktion nicht eindeutig zu klären. Die Einholung eines zusätzlichen neurologischen Gutachtens sei nicht veranlasst gewesen. Ein zur Beweislastumkehr führender grober Behandlungsfehler liege, auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung, nicht vor. Maßgeblich hierfür sei der Wunsch der Patientin, Marcumar endgültig abzusetzen. Für eine Unrichtigkeit der Eintragung in der Karteikarte vom 10.1.2005 gebe es keinerlei Anhaltspunkte. Dass der Beklagte zu 5) am 21.1.2005 eine medizinisch notwendig Diagnostik oder eine Aufklärung des Klägers über die Möglichkeit einer intensivmedizinischen Behandlung unterlassen habe, sei nicht bewiesen. Das Vorbringen des Klägers sei nicht wahrscheinlicher als das der Beklagten. Für eine nachträgliche Ergänzung der Dokumentation sei nichts ersichtlich. Der Sohn und die Schwiegertochter des Klägers seien lediglich für Indiztatsachen als Zeugen benannt worden, die nicht erheblich seien. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verabreichung des Morphins und dem Tod der Patientin sei auszuschließen.
Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Den Beklagten seien mehrere Behandlungsfehler unterlaufen, die teils für sich genommen, jedenfalls aber in der Gesamtschau als grob zu qualifizieren seien.
Die Begründung, mit der das Landgericht in Bezug auf das Unterlassen einer überlappenden Behandlung mit Heparin einen groben Behandlungsfehler verneint habe, sei falsch. Die - bestrittene - Angabe in der Behandlungsdokumentation, die Patientin habe zukünftig auf Marcumar verzichten wollen, stelle eine Behandlungsverweigerung dar. Über die aus einer Behandlungsverweigerung folgenden Konsequenzen müsse der Arzt aufklären, was der Beklagte zu 4) weder dokumentiert noch getan habe. Infolge der insoweit bestehenden Dokumentationspflicht liege die Beweislast bei den Beklagten. Nur im Fall einer Aufklärung über die Dringlichkeit der Behandlung könne eine Behandlungsverweigerung indessen als Begründung dafür herangezogen werden, dass ein einfacher und kein grober Behandlungsfehler vorliege. Über die Konsequenz einer Nichteinnahme von Marcurmar sei die Patientin auch nicht bereits zuvor informiert gewesen.
Nicht nur das Unterlassen einer überlappenden Behandlung mit Heparin ab der Feststellung eines Quick-Werts von 66 % am 17.1.2005, sondern bereits die Anordnung, Marcumar ersatzlos und vollständig abzusetzen - sei es ab dem 10.1.2005 oder, wie die Beklagten behaupteten, ab dem 17.1.2005 - und erst eine Woche später den Quick-Wert zu kontrollieren, stelle einen groben Behandlungsfehler dar. Gemäß den Leitlinien seien Patienten mit hohem Risiko in der Zeit ohne Marcumar mit Heparin zu behandeln. Ein weiterer Behandlungsfehler habe darin gelegen, nach der stationären Aufnahme am 20.1.2005 eine Heparinisierung nur in prophylaktischer Dosierung zu verabreichen.
Es sei nicht ersichtlich, dass am 21.1.2005 nach Eintritt der Bewusstlosigkeit geeignete diagnostische Maßnahmen zur Abklärung des Zustands und der möglichen Ursachen ergriffen worden seien. Insbesondere habe keine neurologische Untersuchung zur Verifizierung eines Schlaganfalls stattgefunden. Es seien keine diagnostischen Maßnahmen und, vom Vermerk "moribund" abgesehen, keine Befunde in den Behandlungsunterlagen verzeichnet, obwohl eine Dokumentationspflicht anzunehmen sei. Vor diesem Hintergrund könne keineswegs davon ausgegangen werden, dass eine Halbseitensymptomatik oder sonstige für einen Schlaganfall typische Befunde nicht vorgelegen hätten.
Entgegen den Eintragungen in der Behandlungsdokumentation habe um 18.00 Uhr weder eine ärztliche Untersuchung durch den Beklagten zu 5) stattgefunden noch sei mit dem Kläger vereinbart worden, auf intensivmedizinische Maßnahmen zu verzichten. Die Patientin habe daher umgehend intensivmedizinisch behandelt werden müssen. Der Kläger habe bereits in seinem Schreiben vom 8.3.2005 beanstandet, dass das in der Rechnung vom 3.3.2005 unter dem 21.1.2005, 18.00 Uhr, abgerechnete Gespräch nie stattgefunden habe, worauf die Rechnung unter dem 15.3.2005 kommentarlos korrigiert worden sei. Das Landgericht habe zudem seinen Sohn Dr. Dr. Q3 und seine Schwiegertochter Q6 als Zeugen vernehmen müssen. Wäre ein Gespräch ab 18.00 Uhr 30 Minuten lang geführt worden, hätten sein Sohn und seine Schwiegertochter, die zwischen 18.15 Uhr und 18.30 Uhr eingetroffen seien, dem Beklagten zu 5) begegnen müssen, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Ohnehin seien die Aufklärung des Klägers und dessen Entscheidung unzureichend dokumentiert.
Auch die telefonische Anordnung der Gabe von Morphin subkutan durch den Beklagten zu 3) ohne vorherige ärztliche Untersuchung sei grob fehlerhaft gewesen. Wenn Prof. Dr. C dazu erkläre, dass die Morphingabe als Mitursache für den Tod ausscheide, so könne dem nicht gefolgt werden.
Es sei nicht äußerst unwahrscheinlich, dass die Behandlungsfehler zumindest mitursächlich für den Tod der Patientin geworden seien. Wie sich insbesondere aus dem mit der Berufungsbegründung vorgelegten Gutachten von Prof. Dr. M vom 18.8.2009 (Bl. 365 ff. d.A.) ergebe, sei der Tod mit überwiegender Wahrscheinlichkeit infolge einer Basilaristhrombose eingetreten, die durch das Unterlassen einer überlappenden Heparinisierung in therapeutischer Dosierung nach Absetzung von Marcumar verursacht oder zumindest entscheidend begünstigt worden sei. Sowohl Prof. Dr. C als auch Prof. Dr. O und Prof. Dr. O2 hätten nicht ausschließen können, dass ein cerebrales thromboembolisches Geschehen für den Tod ursächlich geworden sei. Gegen eine Dekompensation der Herzinsuffizienz spreche, dass nach dem plötzlichen

Eintritt der Bewusstlosigkeit noch ein Blutdruck von 90/60 mmHG und eine rhythmische Herzfrequenz von 72/min festgestellt worden seien. Da nur ein neurologischer Sachverständiger die Frage abschließend beantworten könne, ob die Patientin einen Schlaganfall erlitten habe und an dessen Folgen verstorben sei, habe das Landgericht dem Antrag des Klägers auf Einholung eines entsprechenden Gutachtens nachkommen müssen. Nicht jede cerebrale Embolie gehe mit Lähmungserscheinungen einher, insbesondere sei dies bei einer Basilarisembolie nicht regelhaft der Fall. Außerdem hätten nach dem Akutereignis überhaupt keine diagnostischen Maßnahmen stattgefunden, die geeignet gewesen wären, für einen Schlaganfall typische Befunde auszuschließen oder typische Befunde einer akut dekompensierten Herzinsuffizienz zu erheben.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Sie wiederholen und vertiefen ihren Vortrag aus erster Instanz.
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Der Senat hat die Ermittlungsakten 111 Js 194/05 Ä StA Bonn zu Informationszwecken beigezogen.
II.
Die Berufung ist unbegründet.
Der Kläger kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 31, 253 Abs. 2, 1922 Abs. 1 BGB weder Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen.
Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme steht nicht fest, dass der Tod der Patientin durch einen Behandlungsfehler der Beklagten verursacht worden ist. Weiterer Aufklärungsbedarf besteht im Berufungsverfahren entgegen der Auffassung des Klägers nicht.
1. Im Zusammenhang mit der Absetzung von Marcumar vor der geplanten Anlage eines suprapubischen Blasenkatheters und der Einleitung einer begleitenden Therapie mit Heparin fallen den Beklagten Behandlungsfehler zur Last, deren Ursächlichkeit für den Tod der Patientin sich jedoch nicht feststellen lässt.
a) Behandlungsfehler
aa) Weder Prof. Dr. C noch Prof. Dr. O oder Prof. Dr. M haben es allerdings schon als fehlerhaft angesehen, dass der Beklagte zu 4) am 10.1.2005 - sei es sogleich (Vortrag des Klägers) oder für den nach einer Woche beginnenden Zeitraum (Vortrag der Beklagten) - ein ersatzloses Absetzen von Marcurmar bei geplanter Quick-Wert-Kontrolle nach einer weiteren Woche angeordnet hat. Prof. Dr. O2 hat sich insoweit dem Gutachten von Prof. Dr. O angeschlossen.
Die Sachverständigen haben dargelegt, dass es vor Operationen, da die gerinnungshemmende Wirkung von Marcumar sehr lange anhalte, notwendig sei, die Therapie auf kurzwirksamere und somit besser steuerbare Medikamente zur Schlaganfallprävention umzustellen (vgl. S. 18 f. der Anlage B 1). Gemäß den in Deutschland maßgeblichen Leitlinien zur Prävention arterieller Thromboembolien seien Patienten mit hohem Risiko für arterielle Thromboembolien in der Zeit ohne Marcumar mit niedermolekularem oder unfraktioniertem Heparin zu behandeln (vgl. Bl. 168 d.A.). Bei der Patientin habe es sich - wegen ihrer Herzinsuffizienz, des Hypertonus, ihres Alters und des vorausgegangenen Schlaganfalls (vgl. Bl. 374R d.A.) - um eine solche mit hohem Risiko gehandelt.
Hiervon ausgehend hat Prof. Dr. C eine begleitende Heparin-Therapie - erst - für die Zeit ab dem 17.1.2005, als bei der Laborkontrolle ein Quick-Wert von 66 % und ein INR-Wert von 1,36 festgestellt worden sind, als ein "Muss" angesehen, während er für die Zeit zuvor auf die Möglichkeit einer individuellen Abwägung verwiesen hat (Bl. 199R f. d.A). Auch Prof. Dr. O hat den 17.1.2005 als den Zeitpunkt bezeichnet, ab dem angesichts der Feststellung einer ineffektiven therapeutischen Versorgung spätestens ein kurzfristig wirkendes Medikament flankierend hätte eingesetzt werden müssen (S. 19 f. der Anlage B 1), für den Zeitraum bis zu der nach einer Woche geplanten Kontrolle lässt sich demzufolge nach seiner Begutachtung ein fehlerhaftes Vorgehen noch nicht annehmen. Aus den auf die begleitende Heparin-Therapie bezogenen Ausführungen von Prof. Dr. M lässt sich nichts anderes entnehmen (Bl. 374 d.A.).
Die Beurteilung, dass der Verzicht auf eine begleitende Heparin-Therapie für den Zeitraum bis zu der nach einer Woche geplanten Laborkontrolle noch nicht fehlerhaft war, überzeugt. Immerhin musste vor dem geplanten urologischen Eingriff eine Verringerung der Gerinnungshemmung erreicht werden. Zudem hat der Kläger in seiner Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten von Prof. Dr. C selbst auf die amerikanischen Leitlinien verwiesen, nach denen eine Unterbrechung der Marcumartherapie zur Durchführung eines Eingriffs für einen Zeitraum von einer Woche auch ohne Ersatztherapie mit Heparin zulässig sei (Bl. 188 d.A.).
bb) Der danach für den Zeitraum vom 17.1.2005 bis zur stationären Aufnahme am 20.1.2005 anzunehmende Behandlungsfehler, der in dem Unterlassen einer begleitenden Heparintherapie in therapeutischer Dosis lag, war entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenden Auffassung nicht grob.
Ein grober Behandlungsfehler setzt neben einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse voraus, dass der Arzt einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.

Der Sachverständige Prof Dr. C hat das Verhalten der Beklagten unter Hinweis auf die unter dem 10.1.2005 erfolgte Dokumentation des Beklagten zu 4), dass die Patientin langfristig kein Marcumar mehr und nach dem urologischen Eingriff wieder ASS 100 einnehmen wolle, als nachvollziehbar und nicht unverständlich angesehen (Bl. 168, 201R d.A). Eine entsprechende Argumentation findet sich im Gutachten von Prof. Dr. O (S. 20 der Anlage B1).
Die Auffassung von Prof. Dr. C überzeugt. Wollte die Patientin bewusst von der in den Leitlinien zum Ausdruck kommenden Risikoabwägung zwischen einem Schlaganfall, dessen Risiko durch die Marcumareinnahme gesenkt wird, und einer Hirnblutung, dessen Risiko durch die Marcurmareinnahme steigt, abweichen und war sie bereit, zur Verringerung der Gefahr einer Hirnblutung ein höheres Schlaganfallrisiko in Kauf zu nehmen, war es folgerichtig und nachvollziehbar, diesem Gesichtspunkt bereits im Zusammenhang mit der Verabreichung von Heparin vor dem geplanten urologischen Eingriff Rechnung zu tragen und dieses in geringerem Umfang als üblich zu verwenden. Dass die Patientin um die Zusammenhänge zwischen Marcumareinnahme sowie Schlaganfall- und Hirnblutungsrisiko wusste, ergibt sich beispielsweise eindeutig aus der Aussage des Klägers bei seiner Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren, dass ihnen die Bedeutung der Marcumarbehandlung sehr genau bewusst gewesen sei (vgl. Bl. 153 der Akte StA Bonn 111 Js 194/05 LG Bonn). Dies steht mit dem Vermerk des Beklagten zu 4) vom 22.11.2004 in der Ambulanzakte (bei den Behandlungsunterlagen, Kopie Anlage K 9) in Einklang "Besprechung: Marcumartherapie zum Schutz vor Rezidivembolien/wie bereits mehrfach empfohlen." Aus letzterem folgt, dass der Patientin die medizinische Zusammenhänge und die Bedeutung der Marcumartherapie mehrfach erläutert worden sind.
Aus den vorstehenden Erwägungen kommt es auf den Einwand des Klägers in der Berufungsbegründung, dass eine - in der Ablehnung einer weiteren Marcumartherapie liegende - Behandlungsverweigerung nur dann rechtlich beachtlich sei und den Arzt entlaste, wenn der Arzt den Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Behandlung, insbesondere die bei ihrer Unterlassung drohenden Folgen, aufgeklärt habe, nicht an. Auch ist es nicht entscheidungserheblich, dass den Arzt in Fällen der Behandlungsverweigerung grundsätzlich eine Dokumentationspflicht trifft und der Beklagte zu 4) unter dem 10.1.2005 eine Aufklärung der Patientin über die Risiken des Absetzens von Marcumar nicht gesondert vermerkt hat. Denn mangels Aufklärungsbedürftigkeit der Patientin, der die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Marcumartherapie bekannt waren, war eine Aufklärung jedenfalls nicht geboten.
Der für einen groben Behandlungsfehler beweispflichtige Kläger vermag nicht zu widerlegen, dass die Patientin während des Gesprächs vom 10.1.2005 die vom Beklagten zu 4) dokumentierte Erklärung abgegeben und den Wunsch geäußert hat, langfristig kein Marcumar mehr einzunehmen. Für eine Manipulation der Ambulanzakte, etwa eine nachträgliche Ergänzung des vollständig beschriebenen Blatts, gibt es keine Anhaltspunkte. Auch gibt es keinen Grund, den persönlichen Angaben des Klägers stärkeren Glauben zu schenken als denen des Beklagten zu 4). Es ist keineswegs ausgeschlossen oder fernliegend, dass die Patientin trotz des im11.2004 erlittenen Schlaganfalls für sich eine Entscheidung getroffen hatte, die sich nicht an der medizinisch richtigen Abwägung zwischen Schlaganfall- und Hirnblutungsrisiko orientierte. Auch der Umstand, dass nach der stationären Aufnahme eine Behandlung mit Heparin erfolgen sollte und erfolgt ist, spricht - anders als der Kläger im Schriftsatz vom 24.2.2014 geltend macht - nicht maßgeblich gegen den vom Beklagten zu 4) dokumentierten Wunsch der Patientin. Denn auch wenn die Patientin langfristig kein Marcumar mehr, sondern nur noch ASS einnehmen wollte, entsprach eine gewisse Schlaganfallprophylaxe ihrem Willen.
cc) Auch wenn sich aus den Gutachten von Prof. Dr. C und Prof. Dr. O weiter ergibt, dass die für den insgesamt geplanten stationären Aufenthalt verordnete Dosierung von Heparin, das heißt von Clexane 0,4 s.c., nicht den für Patienten mit Vorhofflimmern und hohem Risiko für Schlaganfälle geltenden Erfordernissen entsprochen hätte, lässt sich daraus nicht ableiten, dass die bis zum Ablauf des 21.1.2005 tatsächlich gegebene Dosis unzureichend und fehlerhaft bemessen war.
Bei Patienten mit hohem Risiko für thrombo-embolische Komplikationen ist nach den Darlegungen der Sachverständigen eine sogenannte therapeutische Dosierung notwendig, während eine bloß prophylaktische Dosierung nicht ausreichend ist (Bl. 168 f. d.A. und S. 20 der Anlage B 1). Bezogen auf das Körpergewicht der Patientin setzte die therapeutische Dosierung die Gabe von Clexane 0,4 s.c. zweimal je Tag voraus (Bl. 168 f. d.A.). Ausweislich der Patientenkurve wurde die Gabe von Heparin, Clexane 0,4 ml s.c., für den Abend des 20.1.2005 und ab dem 21.1.2005 jeweils morgens verordnet. Dies wäre ab dem 22.1.2005 nicht mehr ausreichend gewesen.
Prof. Dr. C hat aber zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass der Patientin nach den Eintragungen in der Patientenkurve vom Abend des 20.1.2005 an gerechnet für den Zeitraum der folgenden 24 Stunden die erforderliche Dosis von zweimal Clexane 0,4 s.c. injiziert wurde (Bl. 169 d.A). Dass die für den Morgen des 21.1.2005 verordnete Spritze der Patientin tatsächlich nicht verabreicht wurde, kann der Kläger nicht zu beweisen. Der Umstand, dass die Gabe der Spritze in der Rechnung vom 3.3.2005 (Bl. 362 ff. d.A.) nicht gesondert abgerechnet ist, ist kein durchgreifendes Indiz. Denn in der Patientenkurve ist die Verabreichung der Spritze mittels Unterschrift abgezeichnet.
b) Kausalität

Es lässt sich nicht feststellen, dass der danach im Zeitraum bis zum 21.1.2005, 17.45 Uhr, allein vorliegende nicht grobe Behandlungsfehler, der in dem Unterlassen einer begleitenden Heparintherapie in therapeutischer Dosis vom 17.1.2005 bis 20.1.2005 lag, den Tod der Patientin verursacht hat. Dies gilt auch für eine bloße Mitverursachung.
Alle mit dem vorliegenden Fall befassten Sachverständigen gehen übereinstimmend davon aus, dass sich nicht eindeutig klären lässt, ob der Tod der Patientin durch einen - durch die unzureichende Prophylaxe beeinflussten - Schlaganfall oder durch eine hiervon unabhängige Dekompensation der Herzinsuffizienz der Patientin verursacht worden ist. Ob die Dekompensation der bestehenden Herzinsuffizienz, wie Prof. Dr. C (Bl. 171, 200 f. d.A.), Prof. Dr. O (S. 14 ff. und 24 der Anlage B 1) und Prof. Dr. O2 (S. 24 f. und 27 der Anlage B 2) annehmen, oder - entsprechend der Auffassung von Prof. Dr. M - ein Schlaganfall (in Gestalt einer Embolie der Arteria basilaris) wahrscheinlicher ist, ist rechtlich bedeutungslos. Das nach § 286 ZPO erforderliche Beweismaß ist nach keiner der sachverständigen Beurteilungen erreicht.
Der beantragten Einholung eines neurologischen Gutachtens bedurfte und bedarf es nicht. Dass die Einschätzung von Prof. Dr. C, auch ein neurologischer Sachverständige könne die Todesursache mangels Obduktion nicht eindeutig klären (Bl. 200 d.A.), zutrifft, wird durch das mit der Berufungsbegründung vorgelegte neurologische Gutachten von Prof. Dr. M bestätigt.
Es leuchtet auch ein, dass, wenn nach den Vorerkrankungen sowohl eine Dekompensation der Herzinsuffizienz als auch ein Schlaganfall als Todesursache in Betracht kommen, allein die feststehenden und behaupteten klinischen Befunde im Streitfall keine sichere sachverständige Festlegung und Klärung ermöglichen. Wie sich insbesondere aus dem Gutachten von Prof. Dr. M ergibt, kann die vom Kläger in diesem Zusammenhang hervorgehobene, plötzlich eintretende Bewusstlosigkeit nicht nur auf einer Basilarisembolie, sondern auch auf einer akut verschlechterten Herzinsuffizienz beruhen (Bl. 378R d.A.). Dass eine akute Dekompensation einer Herzinsuffizienz mit dem vom Krankenpfleger Q nach dem Eintritt der Bewusstlosigkeit bestimmten Blutdruck und Puls einhergehen kann, hat Prof. Dr. C in der Anhörung vor dem Landgericht erläutert (Bl. 202 d.A.). Auch wenn sich aus den Ausführungen des Neurologen Prof. Dr. M ergibt, dass ein thrombo-embolisches Ereignis in der Arteria basilaris nicht regelhaft (Bl. 377, 378R) mit einer - hier nicht festgestellten oder behaupteten - Halbseitenlähmung einhergeht und ein Schlaganfall daher nach dem klinischen Bild möglich sein mag, bleiben schon aus Sicht eines medizinischen Laien mehrere Symptome, die auf eine kardiale Ursache hinweisen. Zu nennen ist in erster Linie die im Aufnahmebefund beschriebene Dyspnoe, die sich am Abend des 21.1.2005 nach den - nicht zu widerlegenden (s. unten) - Angaben des Beklagten zu 5) zu einer sichtbar erschwerten und extrem veränderten Atmung entwickelte (Bl. 201 d.A.). Ferner sind die bei der Aufnahmeuntersuchung am 20.1.2005 an den Unterschenkeln, Knöcheln und Füßen festgestellten Ödeme und der Befund der Echokardiografie vom 21.1.2005 mit einem pulmonalem Hochdruck anzuführen (vgl. die Ausführungen von Prof. Dr. C Bl. 171 d.A.).
Es kommt offenkundig hinzu, dass eine begleitende Therapie mit Heparin einen etwa eingetretenen Schlaganfall keineswegs mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Eine standardgerechte Antikoagulation bei Vorhofflimmern verringert das Risiko eines Schlaganfalls. Dem Senat, der ständig mit Arzthaftungssachen befasst ist, ist aber aus seiner Tätigkeit bekannt, dass gerade bei Risikopatienten auch unter leitliniengerechter gerinnungshemmender Therapie eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit des Auftretens eines Schlaganfalls besteht.
Eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt eines groben Behandlungsfehlers kommt nicht in Betracht. Wie noch darzulegen sein wird, ergibt sich ein solcher auch nicht aus einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung des Verhaltens der Beklagten ab dem 21.1.2005, 17.45 Uhr.
2. Für die Zeit ab Eintritt der Bewusstlosigkeit der Patientin am 21.1.2005 gegen 17.45 Uhr lassen sich, von der nicht für deren Tod ursächlichen Anordnung einer Morphinspritze ohne ärztliche Untersuchung abgesehen, keine Behandlungsfehler annehmen.
a) Es lässt sich nicht feststellen, dass der Beklagte zu 5) am 21.1.2005 nach Eintritt der Bewusstlosigkeit der Patientin eine klinische Untersuchung der Patientin nicht vorgenommen hat oder die durchgeführte klinische Untersuchung unzureichend war.
Der für einen Behandlungsfehler beweispflichtige Kläger kann den auf diesen Vorwurf bezogenen Vortrag der Beklagten nicht widerlegen. Die Beklagten behaupten, dass der Beklagte zu 5) die Patientin zeitnah gegen 18.00 Uhr aufgesucht und gründlich untersucht habe, ohne Hinweise auf eine kardiale Embolie mit Hirnbeteiligung zu finden. Er habe dabei eine sichtbar erschwerte Atmung und teils längere Atempausen festgestellt. Es habe sich abgezeichnet, dass die Patientin nicht überleben würde. Er habe ein ausführliches Gespräch mit dem Kläger geführt und ihn über die Möglichkeit einer intensivmedizinischen Behandlung aufgeklärt. Der Kläger habe unter Hinweis auf den entgegen stehenden Willen seiner Ehefrau hierauf verzichtet.
Die entsprechenden Angaben des Beklagten zu 5) und des Klägers stehen sich unvereinbar gegenüber. Es gibt keine Indizien, die die Bekundung des Klägers, der Beklagte zu 5) habe die Patientin erstmals gegen 21.00 Uhr aufgesucht, entscheidend stützen. Der Geschehensablauf ist nicht nur vom Kläger, sondern auch vom Beklagten zu 5) im Ermittlungsverfahren von Anfang an gleich geschildert worden. Für die

Richtigkeit der Angaben des Beklagten zu 5) streiten die Eintragungen in der Patientenkurve "18.00 moribund, Gespräch mit Ehemann" und unter Verlauf "zun. AZ↓, moribund, Aufklärung Ehemann, keine intensivmed. Maßnahmen, um 0.10 Uhr am 22.1. in Beisein Ehemann + Kinder verstorben." Sie geben die spätere ausführlichere Darstellung des Beklagten zu 5) knapp, aber im wesentlichen Kern wieder. Für eine Manipulation der Behandlungsunterlagen ist nichts erkennbar, auch wenn eine spätere Nachtragung nach der äußeren Form des Verlaufsbogens und der Patientenkurve durchaus möglich gewesen wäre. Hätte der Beklagte zu 5) sein Verhalten nachträglich rechtfertigen, entschuldigen oder verschleiern wollen, wäre es vielmehr nahe liegend gewesen, sich nicht auf eine äußerst kurze und damit inhaltlich angreifbare Dokumentation zu beschränken.
Die Beklagten weisen zudem nachvollziehbar darauf hin, dass es wenig plausibel ist, dass der Kläger, sein Sohn und seine Schwiegertochter nach Eintritt der Bewusstlosigkeit der Patientin drei Stunden tatenlos zugewartet haben sollen, bis erstmals ein Arzt die Patientin aufsuchte. Dies gilt ungeachtet der besonderen Lage, in der sich die Angehörigen befanden.
Dass der Beklagte zu 2) die ursprünglich in der Rechnung vom 3.3.2005 angesetzte Position "Gespräch mit Ehemann, 18.00 Uhr" auf das Schreiben des Klägers vom 8.3.2005 hin unter dem 15.3.2005 kommentarlos storniert hat, lässt sich, sofern die das Handeln eines Arztes im Nachtdienst betreffende Position überhaupt privat liquidiert werden durfte, schon dadurch erklären, dass der Beklagte zu 2) nach dem Tod der Patientin einen Streit um geringfügige Gebührenfragen vermeiden wollte.
Daraus, dass der Beklagte zu 5) gegen 18.00 Uhr unstreitig keine Rücksprache mit dem Beklagten zu 2) als zuständigem Chefarzt oder einem Oberarzt genommen hat, kann entgegen der vom Kläger im Schriftsatz vom 24.2.2014 vertretenen Auffassung ebenfalls nicht abgeleitet werden, dass der Beklagte zu 5) die Patientin zu diesem Zeitpunkt nicht aufgesucht und untersucht sowie kein Gespräch mit dem Kläger geführt hat. Denn auch nach dem Vortrag des Klägers - der sich auf die Uhrzeit 21.00 Uhr bezieht - sah sich der Beklagte zu 5) als kompetent und berechtigt an, die Entscheidung zum Verzicht auf intensivmedizinische Maßnahmen ohne Rücksprache mit einem weiteren Arzt zu treffen.
Dem Kläger stehen im vorliegenden Zusammenhang keine geeigneten Beweismittel zur Verfügung. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass sich aus dem durch das Zeugnis seines Sohnes Dr. Dr. Q3 und seiner Schwiegertochter Q6 unter Beweis gestellten Sachvortrag nicht darauf schließen lässt, dass die von den Beklagten behauptete Untersuchung der Patientin und ein Gespräch mit dem Kläger nicht erfolgt sind. Der Umstand, dass der Sohn und die Schwiegertochter den Beklagten zu 5) bei ihrem Erscheinen im Zimmer der Patienten nicht angetroffen haben, ließe sich schon dann erklären, wenn der Beklagte zu 5) dort um 18.00 ankam und etwa 30 Minuten blieb, während der Sohn und die Schwiegertochter zwischen 18.15 und 18.30 Uhr eintrafen. Der End- und der Anfangszeitraum der jeweiligen Anwesenheit müssen sich in diesem Fall nicht überschnitten haben. Dies gilt umso mehr, als es sich ausschließlich um ungefähre, später abgeschätzte zeitliche Angaben handelt, und frühere oder spätere Zeitpunkte oder eine kürzere Gesprächsdauer möglich sind. Sollte der Krankenpfleger Q - wie der Kläger weiter geltend macht - die Morphinspritze in Anwesenheit des Sohnes und der Schwiegertochter des Klägers verabreicht haben, könnten dessen gesamte zeitlichen Angaben nicht stimmen. Denn nach seiner Einlassung im Ermittlungsverfahren will er nach Eintritt der Bewusstlosigkeit sofort Verbindung zum Beklagten zu 3) aufgenommen und auf dessen Anordnung umgehend der Patientin eine Spritze Morphin injiziert haben. Stimmen die gesamten zeitlichen Angaben des Krankenpflegers Q nicht, bleibt ohne weiteres Raum für die behauptete Untersuchung durch den Beklagten zu 5) ab etwa 18.00 Uhr und ein Gespräch mit dem Kläger.
Dem Kläger kommen schließlich keine Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Dokumentationspflicht zu Gute. Zwar hat der Beklagte zu 5) keine einzelnen klinischen Untersuchungsbefunde in den Behandlungsunterlagen verzeichnet, insbesondere nicht das von ihm in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht beschriebene Beschwerdebild der Patientin. In den Behandlungsunterlagen befindet sich vielmehr nur der zusammenfassende und - wie der spätere Verlauf zeigt - zutreffende Vermerk "moribund".
Von einer Dokumentationspflicht ist jedoch keiner der mit dem Fall befassten medizinischen Sachverständigen ausgegangen. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Dokumentationspflicht ist dies überzeugend. Die Dokumentation dient ausschließlich medizinischen Zwecken, nicht jedoch der Beurteilung der Richtigkeit des ärztlichen Verhaltens oder der Ursache eines Schadens in einem nachgelagerten rechtlichen Verfahren. Sie soll vor allem einen mit- oder nachbehandelnden Arzt informieren oder dasjenige festhalten, was für den jetzt behandelnden Arzt zu einem späteren Zeitpunkt von Bedeutung sein kann. Danach war eine weitergehende Dokumentation im Streitfall nicht erforderlich. War die Patientin moribund, befand sie sich im unmittelbaren Sterbeprozess und entsprach das Unterlassen einer intensivmedizinischen Behandlung nach dem Ergebnis der Befragung der anwesenden Angehörigen ihrem geäußerten oder mutmaßlichen Willen, kam es auf diagnostische Einzelheiten für die von nun an ausschließlich palliative Therapie nicht an.
Dass keine weitergehende klinische Diagnostik als die von den Beklagten in der Klageerwiderung dargelegte und keine sonstige Diagnostik geboten war, wenn sich die Patienten im unmittelbaren Sterbeprozess

befand und das Absehen von einer intensivmedizinischen Behandlung nach der Befragung der Angehörigen ihrem Willen entsprach, ergibt sich überzeugend aus den Ausführungen von Prof. Dr. C und Prof. Dr. M. Prof. Dr. C hat darauf hingewiesen, dass bei fehlenden therapeutischen Konsequenzen keine weitergehenden diagnostischen Maßnahmen sinnvoll und notwendig gewesen seien und für die Patientin nur eine zusätzliche unnötige Stresssituation dargestellt hätten (Bl. 169 d.A.). Dies deckt sich mit der Auffassung von Prof. Dr. M, dass eine genaue Abklärung durch klinische Untersuchungen, welche internistischen oder neurologischen Ursachen für die akute Zustandsverschlechterung maßgeblich gewesen seien, dann in vertretbarer Weise habe unterbleiben dürfen, wenn es sich um einen Patienten gehandelt habe, bei dem die primäre Prognose schlecht gewesen sei, und wenn mit dem Patienten oder den Angehörigen geklärt worden sei, dass auf intensivmedizinische Maßnahmen verzichtet werden solle (Bl. 376 d.A.).
b) Es kann nicht angenommen werden, dass das Unterlassen intensivmedizinischer Maßnahmen fehlerhaft gewesen ist.
Da der Kläger den Sachvortrag der Beklagten zu dem Ablauf des Geschehens am 21.1.2005 ab 17.45 Uhr nicht zu widerlegen vermag, ist zu deren Gunsten davon auszugehen, dass die Beschränkung auf ein palliatives Vorgehen in einem moribunden Zustand dem durch Befragung des Klägers ermittelten Willen der Patientin entsprach.
c) Der als Behandlungsfehler zu wertende Umstand, dass der Beklagte zu 3) ohne vorherige ärztliche Untersuchung am 21.1.2005 die Gabe von Morphin i.v. angeordnet hat, ist für den Tod der Patientin nicht ursächlich geworden.
Dass in einer Situation, wie sie gegen 17.45 Uhr eingetreten war, die ärztliche Untersuchung im Vordergrund zu stehen hatte und jede andere Vorgehensweise, insbesondere eine Therapie ohne verlässliche Grundlage, falsch war, ergibt sich aus den klaren Ausführungen von Prof. Dr. C in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (Bl. 201, 201R d.A.). Ob es sich um einen einfachen oder um einen zur Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität führenden groben Behandlungsfehler gehandelt hat, kann dahinstehen. Denn Prof. Dr. C hat eine Mitursächlichkeit der einmaligen Injektion von Morphin für den Tod der Patientin ausgeschlossen (Bl. 201R d.A.). Hiergegen setzt der Kläger in der Berufungsbegründung allein seine gegenteilige Auffassung, was keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gibt.
3. Schließlich kann nicht angenommen werden, dass sich das Unterlassen einer begleitenden Heparintherapie ab dem 17.1.2005 im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als grob fehlerhaft darstellt, weil zusätzlich am 21.1.2005 nach Eintritt der Bewusstlosigkeit einmalig eine Spritze Morphin fehlerhaft ohne ärztliche Anordnung injiziert worden ist.
Dies gilt schon deshalb, weil die Behandlungsfehler in keinerlei innerem Zusammenhang stehen und der zweite Behandlungsfehler die Schwierigkeiten des Klägers, den Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Heparingabe und dem Tod der Patienten zu beweisen, nicht weiter erhöht hat.
4. Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 24.2.2014 gibt zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass.
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: 197.944,46 EUR (wie in 1. Instanz)

183. OLG Hamm, Urteil vom 25.02.2014 – I-26 U 157/12, 26 U 157/12 – * Haftung des Hautarztes: Anwendung der Therapie der 2. Wahl statt der Therapie der 1. Wahl bei einem Basalzellkarzinom; Höhe des Schmerzensgeldes

Leitsatz

Wendet ein Arzt nicht die Therapie der 1. Wahl, den sogen. "Golden Standard", sondern die Therapie der 2. Wahl an, so liegt darin ein Behandlungsfehler. Verlässt der Arzt den sogen. "Golden Standard" ohne den Patienten hierauf hinzuweisen, so handelt er jedenfalls dann grob fehlerhaft, wenn der Patient bereits zur Durchführung der Therapie der 1. Wahl entschlossen war. Ein solches ärztliches Verhalten ist unverständlich und nicht mehr nachvollziehbar.

Orientierungssatz

Liegt ein Behandlungsfehler vor, weil der Arzt nicht die Therapie der 1. Wahl, den sogen. "Golden Standard", (hier: operative Entfernung eines Basalzellkarzinoms im Gesicht) sondern die Therapie der 2. Wahl (hier: fotodynamische Therapie) angewendet hat, ist ein Schmerzensgeld von 15.000 Euro gerechtfertigt. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist vor allem zu berücksichtigen, dass sich der Patient weiteren operativen Eingriffen mit jeweils mehrtägigen Krankenhausaufenthalten unterziehen musste, die bei einer leitliniengerechten chirurgischen Entfernung des Basalzellkarzinoms - mit großer Wahrscheinlichkeit

unnötig gewesen wären, dass die Durchführung der fotodynamischen Therapie selbst zu lokalen Hautreizungen geführt hat, die bei fachgerechter Behandlung vermieden worden wären, und dass es nicht ausgeschlossen ist, dass eine aufgetretene Trigeminusneuralgie durch die fehlerhafte Behandlung verursacht und der Patient aufgrund des aufgetretenen Rezidivs auch psychisch beeinträchtigt worden ist.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 17.07.2012 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 16.140,27 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.12.2009 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren materiellen sowie die zukünftigen - nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden - zu ersetzen, welche ihm aus der fehlerhaften Behandlung im Zeitraum11.2005 bis08.2008 entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und die Klage bleibt abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte 76 % und der Kläger 24 %. Die Kosten des Streithelfers trägt der Kläger zu 24 % und im Übrigen der Streithelfer selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz und die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung in den Jahren 2005 und 2008.

Der Beklagte führte beim Kläger am 2.11.2005 und am 23.11.2005 zur Behandlung eines Basalzellkarzinoms an der rechten Wange eine fotodynamische Therapie durch. Am 28.8.2008 wurde der Kläger wegen des Verdachts eines Rezidivs an der rechten Wange ambulant operiert. Anschließend stellte sich der Kläger am 30.9.2008 in der Klinik des Streithelfers vor. Dort wurde eine Nachresektion vorgenommen. Das entnommene Gewebe war histologisch tumorfrei. Im Jahr 2009 erfolgten weitere Nachoperationen.

Der Kläger hat Schadensersatz sowie ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 15.000 EUR mit der Begründung geltend gemacht, er sei nicht über Behandlungsalternativen zur fotodynamischen Therapie aufgeklärt worden. Diese Therapie habe auch nicht dem fachmedizinischen Standard entsprochen. Fehlerhaft sei auch gewesen, dass der Beklagte bei der Operation am 28.8.2008 die Wunde bereits verschlossen habe, ohne das Ergebnis der histologischen Untersuchung abzuwarten. Darüber hinaus habe der Beklagte die Operation bei einem viel zu niedrigem Quickwert vorgenommen. Diese Fehlbehandlungen hätten zur Folge gehabt, dass sich ein Rezidiv gebildet habe und sich der Kläger Folgeoperationen habe unterziehen müssen.

Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigen nebst mündlicher Erläuterung die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis dafür nicht geführt, dass er infolge einer fehlerhaften Behandlung geschädigt worden sei. Die Durchführung der am 2.11. und 23.11.2005 vorgenommenen fotodynamischen Therapie sei nicht behandlungsfehlerhaft gewesen. Es habe jedoch an einer medizinischen Indikation für diese Therapie gefehlt und die Aufklärung des Klägers durch den Beklagten habe nicht den Anforderungen genügt. Der Kläger habe aber nicht bewiesen, dass infolge dieses rechtswidrigen Eingriffes mehr als nur lokale Hautreizungen eingetreten seien. Es sei nicht feststellbar, dass weitere Beschwerden des Klägers kausal auf die fotodynamische Therapie zurückzuführen seien. Auch die Folgeoperationen seien dem Kläger bei Durchführung des indizierten chirurgischen Eingriffs wahrscheinlich nicht erspart geblieben, weil es mit einer Wahrscheinlichkeit von 5 % auch dabei zu einem Rezidiv gekommen wäre. Die aufgetretenen lokalen Hautreizungen rechtfertigten jedoch kein Schmerzensgeld. Dass der Beklagte am 09.05.2006 nach Feststellung eines Fleckes nichts unternommen, sondern abgewartet hatte, sei nicht fehlerhaft gewesen. Die Behandlung vom 28.8.2008 sei zwar aus mehreren Gründen fehlerhaft gewesen. Jedoch sei der Beweis nicht geführt, dass die geltend gemachten Folgen auf diese Behandlung zurückzuführen seien. Ein mit der Unterlassung der Anhebung des Quickwertes verbundenes Risiko habe sich nicht verwirklicht. Auch die unterlassene Befunderhebung durch eine Gewebeprobe vor der Operation am 28.8.2008 habe sich nicht ausgewirkt. Nach den Ausführungen des Sachverständigen hätte sich zwar mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Befundergebnis gezeigt. Der Beklagte habe jedoch auch ohne die Befunderhebung die umfangreiche Operation durchgeführt. Es sei daher möglich, dass der Beklagte den Tumor vollständig entfernt habe, so dass weitere Operationen nicht erforderlich gewesen wären. Wegen der weiteren Feststellungen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung trägt er vor, das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, der Kläger müsse nachweisen,

dass die weiteren Behandlungen mit Sicherheit auf die nicht indizierte fotodynamische Therapie, über die er auch nicht aufgeklärt worden sei, zurückzuführen gewesen seien. Da der Sachverständige das Risiko eines Rezidivs bei einer chirurgischen Behandlung mit 5 % angenommen habe, sei eine Wahrscheinlichkeit von 95 % für das Auftreten eines Rezidivs bei einer durchgeführten Therapie zur Begründung der Kausalität ausreichend. Das Landgericht habe auch nicht berücksichtigt, dass sich aus der von ihm vorgelegten wissenschaftlichen Arbeit eine Wahrscheinlichkeit für das Auftreten eines Rezidivs bei chirurgischer Behandlung von allenfalls bis zu 1,7 % ergebe. Auch die aufgetretenen lokalen Hautreizungen hätten ein Schmerzensgeld begründet. Fehlerhaft habe das Landgericht die Kausalität der Behandlung vom 28.8.2008, mit der gegen den fachärztlichen Standard verstoßen worden sei, für die geltend gemachten Folgen abgelehnt. Das Landgericht habe die Beweislast verkannt und fehlerhaft angenommen, dass er den Kausalitätsnachweis nicht geführt habe. Hätte der Beklagte die Operation regelgerecht durchgeführt, wären die späteren Behandlungen nicht erforderlich geworden. Demgegenüber sei die Annahme, dass der Tumor vollständig entfernt worden sei, bloße Spekulation. Ihm komme jedoch eine Beweislastumkehr zugute, denn die in mehrfacher Hinsicht fehlerhafte Behandlung stelle sich in der Gesamtschau als grob fehlerhaft im Rechtssinne dar. Eine Beweislastumkehr ergebe sich entgegen der Annahme des Landgerichts auch wegen des festgestellten Befunderhebungsfehlers. Schließlich habe das Landgericht auch nicht geprüft, ob es sich um einen groben Befunderhebungsfehler gehandelt habe. Sowohl die nicht indizierte fotodynamische Therapie als auch die Behandlung vom 28.8.2008 seien grob fehlerhaft gewesen.
Der Kläger beantragt abändernd,
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen konkrete Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basissatz seit Rechtshängigkeit,
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5.842,23 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche weiteren materiellen sowie künftigen immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihm aus der fehlerhaften Behandlung im Zeitraum11.2005 bis08.2008 werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden,
4. die Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 825,27 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Der Beklagte und der Streithelfer beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Der Beklagte behauptet, er habe den Kläger, wie sich aus den Krankenunterlagen ergebe, über die zur Wahl stehenden Behandlungsmethoden aufgeklärt. Der Kläger habe sich zunächst für ein operatives Vorgehen, sich nach einer Bedenkzeit von 14 Tagen jedoch für die fotodynamische Therapie entschieden. Einer Aufklärung über die statistische Wahrscheinlichkeit eines Rezidivs sei nicht erforderlich gewesen. Entgegen der Annahme des Landgerichts sei die fotodynamische Therapie auch indiziert gewesen. Selbst eine fehlerhafte Aufklärung begründe keinen groben Behandlungsfehler, so dass der Kläger den Nachweis eines kausalen Schadens führen müsse. Der gerichtliche Sachverständige habe sich nicht mit der abweichenden Stellungnahme des vom Beklagten herangezogenen Sachverständigen auseinandergesetzt. Er habe seine Auffassung, nach der ein Rezidiv und kein neuer Tumor vorgelegen habe, nicht belegt. Soweit Verstöße gegen den fachärztlichen Standard vorgeworfen würden, hätten sich diese nicht ausgewirkt. Der Vorwurf, er habe eine gebotene Befunderhebung fehlerhaft unterlassen, sei unberechtigt.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Der Senat hat die Parteien angehört. Der Sachverständige Prof. Dr. H hat sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 14.01.2014 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die zulässige Berufung des Klägers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.
Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld zu, weil die Behandlung durch den Beklagten mangels Indikation fehlerhaft war und der Kläger nicht ordnungsgemäß über alternative Behandlungsmethoden aufgeklärt worden ist. Dies hat die durchgeführte Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats im Sinne des § 286 ZPO ergeben.
1. Die ärztliche Behandlung des Klägers durch den Beklagten war fehlerhaft. Zwar hat der Beklagte die angewandte fotodynamische Therapie, jedenfalls soweit aus der Behandlungsdokumentation ersichtlich, nach dem fachärztlichen Standard, d.h. an sich nicht fehlerhaft durchgeführt. Ein Behandlungsfehler ist jedoch zu sehen, dass für die gewählte fotodynamische Therapie keine medizinische Indikation bestanden hat. Der Senat folgt in dieser Einschätzung den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. H, der bereits in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt hatte, dass es sich bei dieser Behandlung nicht um die Methode der Wahl gehandelt habe. Dies hat der Sachverständige damit begründet, dass die fotodynamische Therapie zwar bessere kosmetische Ergebnisse und eine kürzere Abheilungszeit zeige, aber

die Rezidivrate höher sei, so dass die chirurgische Therapie bei einem Basalzellkarzinom, wie es beim Kläger vorgelegen habe, als Standardtherapie anzusehen sei. Zum Zeitpunkt der Behandlung sei bereits bekannt gewesen, dass es bei der fotodynamischen Therapie häufiger zu problematischen Rückfällen komme, so dass von dieser Therapieform abzuraten gewesen sei. Dass der Beklagte dennoch die fotodynamische Therapie gewählt hat, widerspricht mithin dem fachärztlichen Standard. Der Senat verkennt dabei nicht, dass grundsätzlich der Arzt die Wahl der Therapie nach seinem ärztlichen Beurteilungsermessen treffen können muss, wobei maßgeblich die jeweils verschiedenen Gegebenheiten des konkreten Behandlungsfalles, seine eigene Ausbildung, Erfahrung und Praxis sind (vgl. BGHZ 106, 153, 157 m.w.N.). Auch muss der Arzt nicht stets den sichersten therapeutischen Weg und auch nicht das jeweils neueste Therapiekonzept verfolgen. Allerdings muss ein höheres Risiko durch die Besonderheiten des konkreten Falles oder durch eine günstigere Heilungsprognose gerechtfertigt sein. Gibt es diese Besonderheiten nicht, ist prinzipiell die sicherere Methode zu wählen. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien war die Wahl der fotodynamischen Therapie zur Behandlung des Basalzellkarzinoms des Klägers vorliegend fehlerhaft. Das hat der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin noch einmal ausdrücklich klargestellt. Der Sachverständige hat darauf hingewiesen, dass die fotodynamische Therapie bei einem knotigen Basalzellkarzinom nicht die optimale Therapie gewesen sei. Zwar sei das bei dieser Therapie verwendete Medikament auch für die Behandlung von knotigen Basalzellkarzinomen zugelassen. Wegen der geringeren Erfolgsaussichten sei die fotodynamische Therapie jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen der offenen Operation vorzuziehen. Insoweit habe es für die fotodynamische Therapie keine Indikation gegeben; es habe sich nicht um die "Therapie der ersten Wahl" gehandelt. Vielmehr sei allein die offene Operation der "golden Standard" gewesen. Soweit der Sachverständige einschränkend darauf hingewiesen hat, dass man nicht sagen könne, es sei eine nicht indizierte Methode angewandt worden, steht dies der Feststellung eines Behandlungsfehlers des Beklagten nicht entgegen. Der Sachverständige hat nämlich seine Einschätzung dahingehend relativiert, dass die fotodynamische Therapie angewendet werden könne, wenn der Patient eine offene Operation nicht wünsche oder sonst etwas gegen diese Vorgehensweise spreche. Andernfalls gebe es keine Indikation für die fotodynamische Therapie. Wegen der höheren Erfolgschancen der offenen Operation handele es sich - so der Sachverständige - um ein fehlerhaftes Vorgehen, wenn nicht zur Operation geraten werde. Wie der Kläger im Rahmen seiner mündlichen Anhörung im Senatstermin unwidersprochen erklärt hat, habe er gerade die chirurgische Entfernung des Karzinoms gewünscht und auf einer Operation bestanden, so dass keine Besonderheiten gab, die vorliegend eine Abweichung vom "golden standard" gerechtfertigt hätte. Der Erklärung des Klägers ist der Beklagte auch nicht entgegengetreten. Er hat lediglich vorgetragen, dass er - soweit er den Fall überhaupt noch in Erinnerung habe - beide Methoden vorgeschlagen habe. Er könne aber nicht sagen, darauf hingewiesen zu haben, dass die offene Operation die Methode der ersten Wahl gewesen sei.

2. Die vom Beklagten im11.2005 durchgeführte Behandlung war zudem rechtswidrig, weil der Kläger nur unzureichend über die Chancen und Risiken der fotodynamischen Therapie und die in Betracht kommende Behandlungsalternative des chirurgischen Eingriffs aufgeklärt worden ist. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten dazu ausgeführt, dass der Patient vor einer fotodynamischen Therapie über die Durchführung dieser Therapie und ihre Vor- und Nachteile gegenüber alternativen Therapien aufzuklären ist. Im vorliegenden Fall hätte daher darüber aufgeklärt werden müssen, dass der Vorteil in einem besseren kosmetischen Ergebnis bestehe, der Nachteil aber in einer höheren Rezidivrate. Im Rahmen der mündlichen Erläuterung des Gutachtens hat der Sachverständige dies noch dahingehend ergänzt, dass der Vorschlag, eine fotodynamische Therapie zu machen, nur dann zu akzeptieren sei, wenn zuvor auf die höheren Erfolgschancen einer Operation, die die Methode der ersten Wahl sei, hingewiesen worden sei. Diesem Erfordernis ist der Beklagte jedoch nicht nachgekommen. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus der Anhörung der Parteien. Der Beklagte hat im Rahmen seiner Anhörung vor dem Landgericht angegeben, den Kläger, wie jeden anderen Patienten, mündlich aufgeklärt zu haben, ohne einen speziellen Aufklärungsbogen zu verwenden. Diese Aufklärung habe in der Erklärung der Diagnose und des Ablaufes der Therapie bestanden. Er habe auch über die Möglichkeit eines operativen Vorgehens und des Verbleibens einer Narbe gesprochen. Er habe darauf hingewiesen, dass die fotodynamische Therapie kosmetisch vorteilhafter sei. Bei seiner Anhörung im Senatstermin hat der Beklagte ergänzt, zwar beide Methoden vorgeschlagen zu haben, jedoch nicht mehr zu wissen, ob er die Operation als Methode der ersten Wahl erwähnt habe. Dass der Beklagte beim Landgericht zudem angegeben hatte, zusätzlich auf die weitgehend gleiche Erfolgsaussichten beider Therapieverfahren hingewiesen zu haben, bestätigt die Einschätzung des Senats, dass die Aufklärung unzulänglich gewesen ist. Entgegen der Auffassung des Beklagten ergibt sich aus seiner Behandlungsdokumentation nichts anderes. Darin ist - wie sich aus der Auswertung durch den Sachverständigen ergibt - ersichtlich, dass der Kläger, wie von ihm auch bei seiner Anhörung durch den Senat angegeben, noch am 11.10.2005 primär ein operatives Vorgehen gewünscht hat. Für den 25.11.2005 ist hingegen dokumentiert, dass auf Wunsch des Patienten eine PDT (fotodynamische Therapie) durchgeführt werden sollte, ohne dass ersichtlich ist,

dass der Beklagte den Kläger auch auf die unterschiedlichen Risiken und Chancen der Behandlungsalternativen hingewiesen hatte. Einer weiteren Beweisaufnahme zur Feststellung einer mangelhaften Aufklärung bedurfte es daher nicht. Der Beklagte hat sich zwar zum Beweis für die ordnungsgemäße Aufklärung in üblichen Fällen auf das Zeugnis des Kollegen S berufen. Dieser Beweisantritt bezieht sich jedoch gerade nicht auch auf die Behauptung, üblicherweise die Vor-und Nachteile der beiden Therapieformen darzustellen.
3. Es muss davon ausgegangen werden, dass durch die fehlerhafte Behandlung bei dem Kläger ein Gesundheitsschaden verursacht worden ist. Für die Annahme der Kausalität des Behandlungsfehlers reicht vorliegend aus, dass nicht auszuschließen ist, dass sämtliche weiteren Beschwerden des Klägers, insbesondere auch die Folgeoperationen in den Jahren 2008 und 2009 durch die fehlerhafte Wahl der fotodynamischen Therapie durch den Beklagten verursacht worden sind und nicht nur die vom Landgericht zugrunde gelegten lokalen Hautreizungen, die auf die fotodynamische Therapie zurückzuführen sind. Wie der Sachverständige schon in seinem schriftlichen Gutachten zum Ausdruck gebracht und im Rahmen der mündlichen Erläuterung im Senatstermin bestätigt hat, wäre das Karzinom mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % endgültig beseitigt worden, wenn im Jahr 2005 die offene Operation gemacht worden wäre. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wäre dann nur eine Narbe aufgrund der Operation ohne sonstige weitere Beschwerden verblieben. Der Einwand des Beklagten, bei dem im Jahr 2008 behandelten Karzinom habe es sich um eine erneute Krebserkrankung und nicht um ein Rezidiv des im Jahr 2005 behandelten Basalzellkarzinoms gehandelt, führt zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Hierfür ist auch unerheblich, ob das Risiko für ein Rezidiv - wie der Sachverständige ausgeführt hat - bei ca. 2 - 4 % liegt, oder ob - wie der Beklagte vorträgt - aufgrund von neueren wissenschaftlichen Studien von einem deutlich geringeren Rezidivrisiko auszugehen ist.
Denn nach Auffassung des Senats muss nicht der Kläger den Nachweis eines kausalen Schadens führen. Ihm kommt insoweit die Umkehr der Beweislast zugute, so dass dem Beklagten der Beweis obliegt, dass sein Behandlungsfehler folgenlos geblieben ist. Diese Umkehr der Beweislast folgt daraus, dass der Senat einen groben Behandlungsfehler des Beklagten annimmt. Dem steht nicht entgegen, dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten in der Wahl der falschen Therapieform zunächst keinen groben Behandlungsfehler gesehen hat und dies damit begründet hat, dass die fotodynamische Therapie grundsätzlich auch für die Behandlung von Karzinomen im Gesicht zugelassen sei. Die Bewertung eines Fehlers als "grob" obliegt grundsätzlich dem Gericht unter Berücksichtigung der medizinischen Darlegungen des Sachverständigen (BGH NJW 2001, 2792; 2002, 2944). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, der zugunsten des Patienten grundsätzlich zu Beweiserleichterungen für den Kausalitätsbeweis führt, muss ein Fehlverhalten vorliegen, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt "schlechterdings" nicht unterlaufen darf. Es kommt also darauf an, ob das ärztliche Verhalten eindeutig gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstieß (BGH, NJW 1992, 754). Dies ist hier der Fall. Bei dieser Beurteilung stützt sich der Senat auf die Feststellungen des Sachverständigen, der, wie oben dargelegt, es eindeutig als fehlerhaftes Vorgehen bezeichnet hat, dass der Beklagte nicht zur Operation geraten hat und statt dessen die fotodynamische Therapie angewandt hat. Verlässt der Arzt den sogen. "golden Standard" ohne den Patienten hierauf hinzuweisen, so handelt er jedenfalls grob fehlerhaft, wenn der Patient bereits zur Durchführung der Therapie der 1. Wahl entschlossen war. Dass der Beklagte dem Kläger, der sogar zur chirurgischen Entfernung des Karzinoms aus nachvollziehbaren Gründen entschlossen war, zur Wahl der fotodynamischen Therapie geraten hat, ist aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich. Nach den Erläuterungen des Sachverständigen handelt es sich um eine gesicherte medizinische Erkenntnis, dass eine Operation bei einem Basalzellkarzinom eine höhere Erfolgschance hat als die fotodynamische Therapie. Von begründeten Ausnahmefällen abgesehen handelt es sich bei dem chirurgischen Vorgehen um eine bewährte ärztliche Behandlungsweise, von der der Beklagte aus unverständlichen und nicht nachvollziehbaren Gründen abgewichen ist. Dass die fotodynamische Therapie in kosmetischer Hinsicht vorzugswürdig gewesen sein mag, was für den Kläger aufgrund seines fortgeschrittenen Alters ohne Bedeutung war, spielt demgegenüber angesichts des gegenüber der Operation erhöhten Rezidivrisikos keine Rolle. Schließlich kommt hinzu, dass der Sachverständige nur deshalb davon ausgegangen ist, dass die fotodynamische Therapie indiziert sein könne, weil das bei dieser Therapie verwendete Medikament auch für die Behandlung von Gesichtskarzinomen zugelassen ist. Aus objektiver Sicht konnte der Beklagte allein damit sein Vorgehen indessen nicht rechtfertigen.
4. Dem Kläger ist infolge des Behandlungsfehlers des Beklagten sowohl ein materieller als auch ein immaterieller Schaden entstanden.
a) Der Kläger kann gem. § 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000 EUR verlangen. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist vor allem zu berücksichtigen, dass sich der Kläger weiteren Eingriffen unterziehen musste, die - nach den Feststellungen des Sachverständigen - bei einer leitliniengerechten chirurgischen Entfernung des Basalzellkarzinoms - mit großer Wahrscheinlichkeit unnötig ge-

wesen wären. Die vom Beklagten durchgeführte Operation vom 28.08.2008 wäre genauso wenig notwendig geworden wie die in der Klinik des Streithelfers durchgeführte Nachoperation vom09.2008. Der Kläger musste sich jeweils mehrtägigen Krankenhausaufenthalten mit den damit zwangsläufig einhergehenden Unannehmlichkeiten unterziehen. Er hat sich den mit den Operationen verbundenen Risiken für seine Gesundheit, wie etwa Wundheilungsstörungen etc., aussetzen müssen. Die Durchführung der fotodynamischen Therapie selbst hat bei dem Kläger zu lokalen Hautreizungen geführt, die bei fachgerechter Behandlung vermieden worden wären. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die vom Kläger beklagte Trigeminusneuralgie durch die fehlerhafte Behandlung verursacht worden ist, so dass die damit verbundenen Beschwerden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen sind. Dass der Kläger nunmehr eine von ihm als entstellend empfundene Narbe im Bereich der rechten Wange hat, muss demgegenüber unberücksichtigt bleiben, da diese auch entstanden wäre, wenn es sofort zu einer chirurgischen Entfernung des Tumors gekommen wäre. Allerdings ist davon auszugehen, dass Operationen im Gesichtsbereich ohnehin äußerst unangenehm sind, so dass dieser Umstand bei der Bestimmung der Höhe des Schmerzensgeldes heranzuziehen ist. Schließlich hält es der Senat für nachvollziehbar, dass der Kläger aufgrund des aufgetretenen Rezidivs auch psychisch beeinträchtigt worden ist.
b) Weiterhin steht dem Kläger wegen der fehlerhaften Behandlung durch den Beklagten gem. § 249 BGB der Ersatz des ihm entstandenen materiellen Schadens zu.
aa) Der Kläger kann aber nicht den Ersatz der Kosten für Wahlleistungen verlangen, die ihm im Zusammenhang mit der Behandlung in der Klinik des Streithelfers in Höhe von insgesamt 5.327,73 EUR entstanden sind.
Nach § 249 S. 2 BGB hat der Schädiger bei einer Körperverletzung den "daraus entstehenden" Schaden zu ersetzen. Der Zweck des Schadensersatzes erschöpft sich allerdings im Ausgleich des in haftungsrechtlich erheblicher Weise verursachten Schadens; eine darüber hinausgehende Besserstellung des Geschädigten soll er nicht bewirken. Deshalb hat nach einem allgemeinen Grundsatz des Schadensrechts der Schädiger den Verletzten in den Verhältnissen zu entschädigen, in denen er ihn betroffen hat (vgl. BGH, VersR 1989, 54). Nach diesen Grundsätzen kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Kläger zwar privat krankenversichert ist, aber diese private Krankenversicherung zum Basistarif abgeschlossen hat, so dass deren Leistungen denen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen und somit Wahlleistungen nicht umfassen. Zwar ist ein geschädigter Kassenpatient bei der Schadensbeseitigung nicht schon deshalb auf die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung beschränkt, weil ihm der Anspruch auf Heilbehandlung gegen seine Krankenkasse auch nach einem Behandlungsfehler verbleibt. Jedoch hat ein Kassenpatient grundsätzlich keinen Anspruch auf Kostenerstattung einer ärztlichen Behandlung als Privatpatient durch den Schädiger (BGH, VersR 2004, 1180). Soweit in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass im Einzelfall Umstände vorliegen können, die ausnahmsweise die Inanspruchnahme privatärztliche Leistungen rechtfertigen, fehlt es hier jedoch an einem entsprechenden Vortrag des Klägers. Zu der Frage, welche Aufwendungen für eine gebotene Heilbehandlung erforderlich gewesen sind, hat der Kläger keine Angaben gemacht. Er hat lediglich ausgeführt, dass er die Kosten für die Inanspruchnahme der Chefarztbehandlung und des Ein- bzw. Zweibettzimmers selbst tragen musste, weil sie von seiner privaten Krankenversicherung nicht erstattet worden sind. Aus welchem Grund der Kläger allerdings diese Wahlleistungen in Anspruch genommen hat bzw. warum sie zur Durchführung der Revisionsoperationen in der Klinik des Streithelfers zur Verbesserung seiner Heilungschancen erforderlich gewesen sind, hat der Kläger hingegen nicht dargelegt.
bb) Der Kläger kann indessen einen Teil der von ihm verlangten Fahrtkosten verlangen. Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, insgesamt 7 Hin- und Rückfahrten über eine Entfernung von 150 km zur Behandlung in der Klinik des Streithelfers unternommen zu haben. Der Senat schätzt in ständiger Rechtsprechung die Höhe der entstandenen Kosten gem. § 287 ZPO pauschal auf 0,30 EUR pro Kilometer, so dass sich erstattungsfähige Fahrtkosten in Höhe von insgesamt 315,00 EUR errechnen.
cc) Der Kläger kann schließlich auch die nicht anrechenbaren, vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von dem Beklagten in Höhe von 825,27 EUR ersetzt verlangen. Die vom Kläger vorgelegte Gebührenrechnung seiner Prozessbevollmächtigten ist nicht zu beanstanden.
5) Der geltend gemachte Feststellungsantrag ist gem. § 256 ZPO zulässig. Für das Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO reicht es aus, dass bei verständiger Würdigung Grund zu der Annahme besteht, dass mit ersatzpflichtigen Schäden wenigstens zu rechnen ist (vgl. BGH NJW 1993, 1523), und für die Feststellung der Ersatzpflicht genügt die nicht eben entfernt liegende Möglichkeit, dass künftig weitere bisher noch nicht erkennbare und voraussehbare Leiden bzw. Schäden auftreten (BGH NJW-RR 1989, 1367). Hier steht fest, dass der Beklagte das Basalzellkarzinom grob fehlerhaft behandelt hat. Die Möglichkeit einer gesundheitlichen Verschlechterung bei einer solchen Schädigung liegt schon deshalb nahe, weil erhebliche Nachoperationen vorgenommen werden mussten.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92, 101 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708, 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.

184. OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014 – 5 U 1535/13 – * Zahnarzthaftung: Behandlungsfehler bei der Implantatverankerung; sprachbedingte Verständnisprobleme beim Aufklärungsgespräch

Leitsatz

1. Hat der Zahnarzt bei der Implantatverankerung davon abgesehen, das zugeführte Knochenersatzmaterials mit Eigenblut zu durchtränken und körpereigene Knochenspäne beizugeben, liegt darin kein grober Behandlungsfehler.
2. Fragt ein Patient mit Migrationshintergrund beim Aufklärungsgespräch mehrmals in einer Weise nach, dass die weitere Reaktion auf die Erläuterungen des Zahnarztes diesem den Eindruck vermitteln durfte, nunmehr habe der Patient alles verstanden, ist ein möglicherweise gleichwohl verbliebenes Aufklärungsdefizit vom Zahnarzt nicht verschuldet und daher auch nicht haftungsbegründend.

Orientierungssatz

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

Tenor

1. Der Klägerin wird die zur Durchführung des Rechtsmittelverfahrens beantragte Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung versagt.
2. Darüber hinaus beabsichtigt der Senat die Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

Gründe

1. Die Klägerin litt unter Oberkieferbeschwerden. Sie konsultierte deshalb den Beklagten am 17.07.2008 in dessen zahnärztlicher Praxis. Dieser erstellte tags darauf einen Heil- und Kostenplan, der eine Brückenneuversorgung im Zahnbereich 11 bis 13 vorsah; dazu sollte bei 12 ein Implantat eingeschraubt werden. Nach dem Plan hatte die Klägerin eine Eigenleistung von 3.567,30 € zu erbringen. Davon wurden von Seiten ihres Lebensgefährten, der sich insoweit verbürgte, insgesamt 1.214,98 € gezahlt.
Die Implantation erfolgte am 11.08.2008 unter Zufuhr von künstlichem Knochenmaterial, das mit der Zeit resorbiert werden und in Erweiterung des vorhandenen Kiefergewebes für eine zusätzliche Stabilisierung sorgen sollte. Nach etlichen zwischenzeitlichen Untersuchungen stellte der Beklagte am 10.02.2009 eine Osseointegration des Implantats fest. Als kurz darauf Schwellungen auftraten, verordnete er eine Antibiose. Unter dem 17.02.2009 monierte er schriftlich den Anfall von Zusatzkosten und verwies dabei auf Behandlungserschwernisse, die unter anderem aus einer ungewöhnlichen Schmerzempfindlichkeit und - das Implantat irritierenden - Manipulationen der Klägerin resultierten. Im Anschluss daran brach diese die Vertragsbeziehung ab und begab sich anderweit in zahnärztliche Versorgung.
In deren Zuge wurde diagnostiziert, dass das Implantat nicht ordnungsgemäß eingeheilt sei. Es weise in seinem vestibulären Gewindeteil keine hinreichende Knochendeckung auf, und seine Umgebung sei berührungsempfindlich und schmerzhaft. Vor diesem Hintergrund wurde es am 22.06.2009 operativ entfernt.
Gestützt auf den Vorwurf einer mangelhaften präimplantativen Aufklärung, handwerklicher Fehler bei der Insertion am 11.08.2008, in deren Folge die gebotene Einwachsung ausgeblieben sei, und therapeutischer Versäumnisse im Anschluss an den im02.2009 aufgetretenen Entzündungsprozess hat die Klägerin den Beklagten auf eine materielle Ersatzleistung von 2.881,75 € (Honorarerstattung von 1.214,98 €, Ausgleich von der streitigen Behandlung nachfolgenden Untersuchungs- und Begutachtungskosten von 1.079,28 €, 163,20 €, 163,75 € sowie 80,37 € und Aufwendungen von 180,17 € für die Entfernung des Implantats) in Anspruch genommen. Außerdem hat sie unter Hinweis insbesondere auf eine mehrmonatige Leidensphase mit Schlaf- und Essstörungen sowie depressiven Beschwerden ein Schmerzensgeld von 10.000 € geltend gemacht und die Feststellung der weiter- gehenden Haftung des Beklagten begehrt.
Das Landgericht hat einen Sachverständigen mit Blick auf mögliche Fehler des Beklagten befragt sowie - namentlich zur Aufklärung der Klägerin - Zeugenbeweis erhoben und die Parteien angehört. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Es hat zwar Behandlungsfehler des Beklagten bei der Einbringung des streitigen Implantats und Befunderhebungsversäumnisse im Zuge der späteren Kontrolle von dessen Osseointegration bejaht, aber deren Schadenskausalität verneint. Mängel in der Aufklärung der Klägerin hat es nicht gesehen.
Dagegen wendet sich die Klägerin in Erneuerung ihres Begehrens mit der Berufung, für deren Durchführung sie um die Gewährung von Prozesskostenhilfe bittet. Ihrer Ansicht nach ist dem Beklagten bei der Implantation ein - die Beweislast zu ihren Gunsten umkehrender - grober Behandlungsfehler unterlaufen. Außerdem habe es entgegen der Auffassung des Landgerichts vor dem Eingriff keine hinreichende Risikoaufklärung gegeben.

2. Diese Angriffe dringen nicht durch. Von daher gibt es keine tragfähige Grundlage für eine Änderung der angefochtenen Entscheidung und vorbereitend dazu für die Gewährung von Prozesskostenhilfe an die Klägerin.
a) Deren Vorwurf, das Implantat sei grob fehlerhaft inseriert worden, so dass sich die Unsicherheit über die Kausalfaktoren für die nachfolgende schadensträchtige Entwicklung zu ihrem Beweisvorteil auswirke, greift nicht. Er knüpft daran an, dass der Beklagte auf die Durchtränkung des zugeführten Knochenersatzmaterials mit Eigenblut und die Beigabe körpereigener Knochenspäne verzichtete und damit nicht die gebotenen Voraussetzungen für eine feste Eingliederung geschaffen habe.
Allerdings hat der Sachverständige Dr. M. in diesem Zusammenhang Versäumnisse attestiert. Aber er hat die Versäumnisse - auch in der Gesamtschau des Vorgehens und dabei selbst unter Einbeziehung von Dokumentationsmängeln, die ihrem Wesen nach gar nicht als Behandlungsdefizit einzuordnen sind (BGH NJW 1995, 1611) - ausdrücklich nicht als groben Fehler eingestuft. Dass diese Wertung auf einer Verkennung der insoweit maßgeblichen rechtlichen Kategorien beruhen könnte, ist auszuschließen. Das Landgericht hatte, wie das beweiskräftige Protokoll der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung belegt, die insoweit wesentlichen Vorgaben gemacht. In der Konsequenz ist es dann der Beurteilung durch den Sachverständigen Dr. M. gefolgt.
Die so getroffene Würdigung der Verhältnisse begegnet keinen rechtserheblichen Zweifeln (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), die den Senat zu einem abweichenden Ergebnis gelangen lassen könnten. Freilich ist in den Herstellerhinweisen zur Einbringung des verwendeten Knochenersatzmaterials von einer Zugabe von Patientenblut und von autologen Knochenspänen die Rede. Aber das ist als bloße Empfehlung deklariert, die kritisch zu überprüfen sei. Dazu hat der Beklagte ins Einzeln gehende Ausführungen gemacht, die die von ihm applizierte alternative Verfahrensweise, nämlich die Infiltration des Materials mit Knochenzellen (Osteoblasten), wenn auch nicht als korrekt, so doch nachvollziehbar erscheinen lassen. Vor diesem Hintergrund ist der Sicht des Sachverständigen Dr. M. und der daran anknüpfenden Qualifizierung der streitigen Behandlung durch das Landgericht nicht der Boden entzogen.
b) Die Klägerin scheitert ebenfalls in ihrem Bestreben, eine Haftung des Beklagten aus einem Aufklärungsmangel herzuleiten. Ihrem Vortrag, das - durch ihre individuell vorhandene Knochenstruktur bedingte - Risiko eines Implantatverlusts sei nicht zur Sprache gebracht worden, ist das Landgericht nicht gefolgt; es hat vielmehr das Gegenteil festgestellt. Auch das bindet für die Berufungsinstanz. Die Erkenntnis des Landgerichts beruht auf einer Würdigung der Zeugenaussage Z., die keinen durchschlagenden Bedenken begegnet. Dass das Landgericht dabei - statt auf die naturgemäß nicht mehr vorhandene konkrete Erinnerung der Zeugin - auf deren allgemeine Erfahrungen mit der Handhabung der Patienteninformation in der Praxis des Beklagten abgehoben hat, ist nicht zu beanstanden (BGH VersR 1985, 361).
Die Berufung meint allerdings, dass eine entsprechende Routineaufklärung im vorliegenden Fall nicht zielführend gewesen sei, weil die Klägerin Sprachprobleme gehabt habe. Dazu hat diese im Rahmen ihrer Anhörung mitgeteilt: "Wenn ich etwas nicht verstanden habe, dann habe ich nachgefragt. Manchmal habe ich dann aber auch nicht mehr nachgefragt, obwohl ich etwas nicht verstanden hatte." Das mag die Annahme gestatten, dass es am Ende nicht gelungen war, alle erforderlichen Informationen "hinüberzubringen". Aber daraus lässt sich eine Inanspruchnahme des Beklagten nicht herleiten. Denn das offensichtliche Bestreben der Klägerin, Verständnisdefizite durch Fragen zu beheben, musste den Eindruck erwecken, dass am Ende nichts mehr offen geblieben war. Der so begründete Eindruck schließt jedenfalls ein Verschulden auf Beklagtenseite aus.
Die Rüge, es habe keinen Hinweis darauf gegeben, dass das bei der Einbringung des Implantats zu verwendende Knochenersatzmaterial nicht in der von dem Sachverständigen Dr. M. für geboten erachteten Weise angereichert werde, ist unbehelflich. Die Klägerin beanstandet insoweit, ihr sei vorenthalten worden, dass es zu einem möglicherweise schädlichen Behandlungsfehler kommen werde. Das bedurfte jedoch keiner Erwähnung. Aufklärungspflichtig sind nur die Risiken einer ordnungsgemäßen Behandlung (Weidenkaff in Palandt, BGB, 73. Aufl., § 630e Rn. 3). Auf drohende Behandlungsfehler braucht nicht aufmerksam gemacht zu werden. Sie sind - unabhängig von irgendwelchen Warnhinweisen - bereits aus sich heraus haftungsträchtig.
3. Nach alledem sollte die Klägerin die Rücknahme ihres Rechtsmittels erwägen. Bis zum 24.03.2014 besteht Gelegenheit zur Stellungnahme.

185. OLG Köln, Beschluss vom 21.02.2014 – 5 U 98/13 – * Beweiswürdigung im Arzthaftungsprozess: Mündliche Informationen eines Arztes an eine Partei

Orientierungssatz

Mündliche oder fernmündliche Informationen eines Arztes an eine Partei haben nicht die Qualität eines Privatgutachtens, welches das Gericht wie ein von ihm eingeholtes Gutachten in seine Beweiswürdigung einzubeziehen hat.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 26.06.2013 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 169/10 - wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe

I.
Die am 00.00.1975 geborene Klägerin stellte sich am 12.5.2009, 25.8.2009 und 29.10.2009 beim Beklagten, einem niedergelassenen Arzt für Gynäkologie, vor. In der Karteikarte sind unter dem 12.5.2009 eine Überweisung zu einem Arzt für Allgemeinmedizin, am 25.8.2009 eine von der Klägerin selbst bezahlte Ultraschalluntersuchung der Brust ohne pathologischen Befund und am 29.10.2009 die anamnestische Angabe einer Mastodynie rechts oben außen bei inspektorisch und palpatorisch unauffälligem Befund dokumentiert. Gleichwohl überwies der Beklagte die Klägerin zu einer Mammografie, die am 26.11.2009 in einer radiologischen Praxis durchgeführt wurde und eine als maligne beurteilte Verdichtung rechts oben außen zeigte. Am 27.11.2009 überwies der Beklagte die Klägerin in das St. F-Krankenhaus L. Die dort am 1.12.2009 durchgeführte Biopsie ergab den histologischen Befund eines invasiv duktalen Karzinoms. Am 10.12.2009 erfolgte eine Segmentresektion, an die sich, da sich im histologischen Befund ein nicht vollständig entferntes, multizentrisches duktales Karzinoma in situ (DCIS) zeigte, am 29.12.2009 eine Nachresektion und am 12.1.2010 die vollständige Entfernung der rechten Brust anschlossen. Die Klägerin unterzog sich einer Chemotherapie und einer Bestrahlung sowie einer Hormonbehandlung.
Sie hat den Beklagten auf ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 30.000 EUR, Feststellung der Ersatzpflicht und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 2.963,80 EUR in Anspruch genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte das Karzinom zu einem früheren Zeitpunkt, spätestens im08.2009, habe erkennen müssen. Hierzu hat sie behauptet, dass sie ihm am 12.5.2009 von einem Ziehen in der Brust berichtet habe. Am 25.8.2009 habe sie dem Beklagten Schmerzen geschildert und ihm erklärt, dass sie einen erbsengroßen Knoten in der rechten Brust getastet habe. Am 29.10.2009 habe der Beklagte den Knoten selbst ertastet.
Der Beklagte ist dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Am 25.8.2009 habe die Klägerin die Durchführung eines Brustultraschalls gewünscht, ohne hierfür Gründe anzugeben. Dementsprechend sei die Leistung nicht gegenüber der Krankenkasse abgerechnet, sondern von der Klägerin selbst bezahlt worden. Erstmals am 29.10.2009 habe sie zyklusabhängige Brustbeschwerden geschildert. Ein Kausalzusammenhang zwischen einer etwaigen Therapieverzögerung und einem Schaden der Klägerin bestehe nicht.
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeuginnen T, N und H (Bl. 97 ff. d.A.) sowie Einholung eines gynäkologischen Gutachtens des Sachverständigen Dr. K (Bl. 138 ff. d.A.) nebst Ergänzung (Bl. 177 ff. d.A.). Ferner hat es den Sachverständigen angehört (Bl. 204 ff. d.A.).
Daraufhin hat es die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass ein schadensursächlicher Behandlungsfehler nicht bewiesen sei.
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen. Insbesondere seien die Feststellungen des Landgerichts insoweit fehlerhaft, als es die Kausalität des festgestellten Behandlungsfehlers für das Ausmaß der Operation und für die Verschlechterung der Langzeitprognose verneint habe.
II.
Die Berufung der Klägerin 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 30.12.2013 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 vom 6.2.2014 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sie gibt Anlass zu den nachfolgenden Bemerkungen.
1. Der Umstand, dass die Einwendungen, die in der Berufungsbegründung gegen das Gutachten von Dr. K und die hierauf beruhenden Feststellungen des Landgerichts erhoben worden sind, auf telefonisch erteilten Informationen der Ärztin Dr. T2 beruhen, ist für sich genommen unerheblich. Entscheidend ist, ob die Einwendungen in der Sache Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung begründen. Dies ist aus den Gründen, die der Senat im Beschluss vom 30.12.2013 und im Folgenden dargelegt hat, nicht der Fall.
Die Qualität eines Privatgutachtens, welches das Gericht wie ein von ihm eingeholtes Gutachten in seine Beweiswürdigung einzubeziehen hat, haben mündliche oder fernmündliche Informationen eines Arztes

an eine Partei nicht. Weder lässt sich für das erkennende Gericht beurteilen, ob der Arzt den maßgeblichen Sachverhalt vollständig gekannt und erfasst hat, noch lässt sich seine medizinische Beurteilung auf Schlüssigkeit, Widerspruchsfreiheit und Plausibilität prüfen.
2. Die Ausführungen auf S. 2 f. des Schriftsatzes vom 6.2.2014 könnten allenfalls geeignet sein, die auf den Darlegungen des Sachverständigen Dr. K beruhende Feststellung in Frage zu stellen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen den für den 25.8.2009 anzunehmenden Behandlungsfehlern, das heißt dem Unterlassen einer Tastuntersuchung der Brust und der nicht hinreichend sorgfältigen Sonografie, und einem gesundheitlichen Schaden der Klägerin äußerst unwahrscheinlich ist.
Zum einen ist diese Feststellung für den Zeitpunkt des 25.8.2009 schon nicht entscheidungserheblich, weil nach den Ausführungen im Senatsbeschluss vom 30.12.2013 weder unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers noch dem eines groben Behandlungsfehlers von einer Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität auszugehen ist und die Klägerin keinesfalls den Vollbeweis gemäß § 286 ZPO führen kann, dass die dem Beklagten am 25.8.2009 anzulastenden Behandlungsfehler einen gesundheitlichen Schaden verursacht haben. Dagegen, dass ein reaktionspflichtiger Befund bei einer Tastuntersuchung am 25.8.2009 nicht hinreichend wahrscheinlich gewesen wäre und dass das Übersehen des Tumors in der Sonografie nicht grob fehlerhaft war, wendet sich die Klägerin in ihrer Stellungnahme nicht. Dass bei der im Streitfall vorliegenden Verzögerung von Diagnose und Therapie eines Mammakarzinoms um knapp drei Monate keine sicheren Aussagen zu einer möglicherweise hierdurch bedingten Intensivierung der Therapie oder Verschlechterung der Prognose gemacht werden können, wird durch die eigenen Darlegungen der Klägerin sogar gestützt. Sie verweist im Schriftsatz vom 6.2.2014 auf die für einen gerichtlichen Sachverständigen im Allgemeinen in diesem Zusammenhang bestehenden Schwierigkeiten. Dafür, dass es sich im Behandlungsfall der Klägerin ausnahmsweise anders verhält, ist weder etwas dargetan noch ersichtlich.
Zum anderen greifen die Einwendungen der Klägerin gegen die Ausführungen von Dr. K und die hierauf beruhende Feststellung äußerster Unwahrscheinlichkeit eines Kausalzusammenhangs nicht durch. Der Verweis auf die grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Auswirkungen einer Verzögerung von Diagnostik und Therapie eines Mammakarzinoms hilft der Klägerin nicht weiter. Sie legt selbst dar, dass nicht alle Zeiträume quantitativ relevant sind und Progressionen verursachen, die eine qualitative Änderung der gebotenen therapeutischen Maßnahmen mit sich bringen. Es liegt nahe, dass dies vor allem für - wie hier - relativ kurze Zeiträume mit gemessen an der mittleren Tumorverdopplungszeit geringem Wachstum des Tumors gilt. Es ist entgegen der Auffassung der Klägerin auch keineswegs widersprüchlich, dass Dr. K die Indikation für die Chemo-, Strahlen- und Hormontherapie unabhängig von einer Diagnose im Spätsommer 2009 oder Ende des Jahres 2009 aus dem Alter der Klägerin, dem relativ schlechten Grading (G 2- 3) und aus weiteren immunhistochemischen und genetischen Faktoren hergeleitet hat, während die medizinische Literatur - wie die Klägerin anführt - eine möglichst frühe Diagnose und Therapie fordert. Auch aus den Ausführungen von Dr. K folgt, dass Größenänderungen des Tumors eine Änderung von Therapie oder Prognose bedingen können, etwa die Überschreitung der Grenze von 5 mm (Bl. 157, 179 d.A.), so dass ein frühzeitiges Erkennen der malignen Veränderung sinnvoll und wichtig ist. Das bedeutet aber nicht, dass mit jedem Wachstum des Tumors, auch einem relativ geringen, eine Änderung der Therapie oder eine ins Gewicht fallende Änderung der Prognose einhergeht.
Soweit die Klägerin geltend macht, dass bei einer Entfernung des Tumors in einem früheren Stadium die Wahrscheinlichkeit einer vollständigen Brustamputation geringer gewesen wäre, übersieht sie, dass für diese Maßnahme das multizentrisch vorliegende, langsam wachsende duktale Karzinoma in situ (DCIS) ausschlaggebend war, was einem Kausalzusammenhang entgegen steht.
3. Schließlich rügt die Klägerin zu Unrecht, dass sich der Senat nicht mit der von ihr vertretenen Auffassung befasst habe, dass sich ein grober Behandlungsfehler aus einer Gesamtbetrachtung der dem Beklagten am 25.8.2009 und 29.10.2009 anzulastenden Behandlungsfehler ergebe.
Die entsprechenden Ausführungen, an denen der Senat festhält, finden sich auf S. 6 des Beschlusses vom 30.12.2013. Der Senat hat dargelegt, dass es auch aufgrund einer Gesamtbetrachtung nicht geboten ist, die dem Beklagten am 25.8.2009 anzulastenden Behandlungsfehler als grob zu qualifizieren. Ein dem Beklagten am 29.10.2009 vorzuwerfender Behandlungsfehler beträfe eine andere, zeitlich deutlich getrennte Untersuchung und Behandlung. Ohnehin würde sich im Fall eines für den 25.8.2009 anzunehmenden groben Behandlungsfehlers an der Unbegründetheit der Klage nichts ändern, da die Kausalität der Verzögerung von Diagnose und Therapie für einen gesundheitlichen Schaden der Klägerin bereits für08.2009 äußerst unwahrscheinlich ist. Für den 29.10.2009 gilt dies erst recht.
4. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Berufungsstreitwert: 57.861,80 EUR (wie 1. Instanz)

186. OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2014 – I-26 U 3/11, 26 U 3/11 – * Haftung des Tierarztes: Fehlende Aufklärung über die Risiken einer komplizierten Operation bei einem Dressurpferd

Leitsatz

Führt ein Tierarzt bei einem wertvollen Dressurpferd eine komplizierte Operation durch, so handelt er dann grob fehlerhaft, wenn die Erfolgsquote der Operation bei nur 50 % liegt und er den Eigentümer nicht auf dieses hohe Risiko hinweist. Im Falle eines groben Behandlungsfehlers tritt auch im Bereich der Tiermedizin eine Umkehr der Beweislast ein.
Anschluss BGH, 15.03.1977, Az: VI ZR 201/75

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10.11.2010 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert.
Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 60.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.08.2008 zu zahlen.
Der Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin eine außergerichtliche Anwaltsvergütung in Höhe von 1.761,08 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.08.2008 zu zahlen.
Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Berufung zurückgewiesen und bleibt die Klage abgewiesen.
Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe 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 Parteien streiten um Schadensersatz aufgrund einer behaupteten tierärztlichen Fehlbehandlung des vom Oldenburger Verband gekörten Hengstes X.
Der verstorbene Ehemann der Klägerin hatte den Beklagten, der in C eine Pferdeklinik betrieb, mit der Behandlung des Hengstes beauftragt. Wer von den Eheleuten Eigentümer des Pferdes war, ist streitig geworden. Beide sind als Besitzer des Hengstes bei der Deutschen Reiterlichen Vereinigung (FN) eingetragen, und zwar der Ehemann im Bereich der Zucht und die Klägerin für den Bereich Sport. Das Pferd befand sich seit 1997 bereits in der Behandlung des Beklagten. Bis zum Jahr 2003 war es zu insgesamt 22 tierärztlichen Konsultationen gekommen. Es wurde als Dressurpferd im Turniersport eingesetzt und hatte eine Ausbildung bis zur Grand Prix -Reife erlangt. Im Jahr 2004 wurden im hinteren Bereich des Fesselgelenks 2 Chips (kleine Knorpel-Knochenfragmente im Gelenk) festgestellt, welche der Beklagte zu entfernen empfahl. Bei einem Chip im hinteren Bereich handelte es sich um eine sog. Birkelandfraktur. Anlässlich der durchgeführten Operation am 07.10.2004 konnten jedoch die Chips nicht entfernt werden, weil der Chip bezüglich der Birkelandfraktur dem Beklagten entglitten war und wegen der Dauer der Narkose auf eine Entfernung des weiteren Chips verzichtet wurde. Aus diesem Grund kam es am 28.10.2004 zu einer erneuten Operation. Da der Hengst nach seiner am 19.11.2004 aus der Tierklinik erfolgten Entlassung lahmte, versorgte der Beklagte eine Krongelenkssubluxation operativ mit einer Platte. Das Pferd ist als Dressurpferd nunmehr unbrauchbar und dauerhaft lahm.
Mit der Begründung, dass der Beklagte den Hengst ohne ausreichende Indikation und darüber hinaus fehlerhaft operiert, zudem eine ausreichende Aufklärung über die Risiken einer Birkelandfraktur gefehlt habe, hat der verstorbene Ehemann der Klägerin unter Abtretung von Ansprüchen der Klägerin vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 60.000 EUR verlangt. Dazu hat er ausgeführt, dass der Hengst lahmfrei gewesen und lediglich im Hinblick auf einen möglichen Verkauf eine Untersuchung durchgeführt worden sei. Es habe Interessenten mit einem Kaufangebot von über 250.000 EUR gegeben.
Das Landgericht hat sachverständig beraten durch Prof. Dr. Y die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass Behandlungsfehler nicht festzustellen seien. Die Entfernung der Chips sei zumindest relativ indiziert gewesen, und zwar unabhängig von einer vorhandenen Lahmheit, um das Pferd vor einer späteren Arthrose zu bewahren.
Soweit bei der Durchführung der Operation ein ungewöhnlicher Zugang gewählt worden sei, sei dies kein Fehler, weil man diese Möglichkeit habe wählen können, um beide Chips gleichzeitig zu entfernen. Im Übrigen sei auch ein Zusammenhang zwischen dieser Vorgehensweise und dem Schadenseintritt nicht feststellbar. Letztlich sei bei den Eingriffen der Bandapparat geschädigt worden, was aber unvermeidlich sei und zu einem schicksalhaften Geschehen geführt habe.

Die Aufklärung sei auch ausreichend gewesen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es sich hier nicht um eine Aufklärung im humanmedizinischen Bereich handle. Deswegen müsse auch klägerseits ein Aufklärungsmangel dargelegt und nachgewiesen werden, was aufgrund der vorliegenden Dokumentation und dem unterzeichneten Aufklärungsbogen nicht erfolgt sei.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die unter Vorlage eines notariellen Testamentes, das sie als Alleinerbin ausweist, den Rechtsstreit fortsetzen will. Dies hält der Beklagte als Nachweis für die Erbenstellung nicht für ausreichend.
Diesbezüglich beantragt der Beklagte im Wege einer negativen Feststellungsklage, über die vorab entschieden werden soll,
festzustellen, dass Frau N, *....1954, die im Rechtsstreit 6 O 480/08 LG Bochum = 26 U 3/11 OLG Hamm geltend gemachten Ansprüche des verstorbenen Herrn N2 nicht zustehen.
Die Klägerin beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.
Sie macht im Rahmen der Berufung insbesondere eine Verletzung der Aufklärungspflicht geltend. Ihr sei die Entfernung der Chips als minimalinvasiver Routineeingriff mitgeteilt und empfohlen worden. Tatsächlich habe es sich aber wegen der Birkelandfraktur um einen komplizierten Eingriff gehandelt, der auch für einen erfahrenen Operateur nicht unproblematisch sei. Insoweit sei eine Aufklärung nicht erfolgt, insbesondere auch nicht im Hinblick darauf, dass es zu einer Traumatisierung der Gelenkweichteile nebst Bändern kommen könne. Der Beklagte habe offensichtlich gar nicht gesehen, dass es sich um eine solche Fraktur gehandelt habe. Bei derartigen Risiken wäre dem Eingriff nicht zugestimmt worden. Dem Beklagten sei bekannt gewesen, dass die Eheleute bei komplizierten Dingen immer noch eine zweite Meinung eingeholt hätten. So seien sie in der Vergangenheit schon nach Utrecht und Bern gefahren, um mit ihren Pferden Spezialisten aufzusuchen. Gerade in solch einem Fall hätte die Frage der Indikation umfassend erörtert werden müssen, weil zum damaligen Zeitpunkt das Pferd nicht lahm gewesen sei. Es habe lediglich auf die Beugeprobe entsprechend reagiert. Das Landgericht habe auch nicht richtig erfasst, dass die Operation von der völlig falschen Seite aus durchgeführt worden sei. Insoweit habe der Beklagte ein erhöhtes Risiko in Kauf genommen.
Tatsächlich sei auch von einem Behandlungsfehler auszugehen, weil die Ursache der geringgradigen Lahmheit, die bei der Beugeprobe vom Tierarzt festgestellt worden sei, gar nicht ermittelt worden sei. Ohne eine entsprechende Lahmheitsdiagnostik hätte die Operation nicht durchgeführt werden dürfen.
Auch eine relative Indikation rechtfertige nicht das Risiko einer kompletten Bandzerstörung mit Totalverlust des Tieres.
Die Klägerin beantragt weiter hilfsweise,
das Urteil des Landgerichts Bochum abzuändern und
den Beklagten zu verurteilen, an sie 60.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.07.2008 zu zahlen;
den Beklagten weiter zu verurteilen, an sie eine außergerichtliche Anwaltsvergütung in Höhe von 1.761,08 EUR EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.
Der Beklagte beantragt weiter hilfsweise,
die Berufung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und macht geltend, dass der Vortrag des verstorbenen Klägers zur Frage der Aufklärung neu sei und daher nicht berücksichtigt werden könne. Tatsächlich sei die Ehefrau des Klägers diejenige gewesen, die das Tier immer beim Beklagten vorgestellt hätte. Deswegen habe auch der Kläger nicht aufgeklärt werden müssen. Es sei auch überhaupt nicht geklärt, wer Eigentümer des Pferdes sei. Soweit nunmehr behauptet werde, dass dies der verstorbene Ehemann der Klägerin gewesen sei, habe dieser jedoch zunächst aus abgetretenem Recht Ansprüche seiner Frau erhoben. Dementsprechend sei dieser Vortrag, wonach der verstorbene Kläger eigene Ansprüche geltend mache, ebenfalls neu. Insoweit erhebt der Beklagte wegen des neuen Vortrags die Einrede der Verjährung.
Im Übrigen sprächen mehrere Anhaltspunkte gegen den angenommenen Wert des Pferdes als Turnierpferd und auch als Deckhengst. Das Pferd sei ohnehin nicht gesund gewesen und in ständiger Behandlung des Beklagten und gegen die Verwendung als Deckhengst spräche u.a., dass genetisch bedingte Chips die Verwendung beschränken, wenn nicht sogar ausschließen würden.
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat den Sachverständigen Prof. Dr. Y erneut angehört sowie den Zeugen H zur Frage der Lahmheit vor dem Eingriff vernommen. Zudem ist die jetzige Klägerin zunächst noch als Zeugin zur Frage des Umfangs der Aufklärung vor dem durchgeführten Eingriff vernommen worden. Außerdem hat der Senat ein Gutachten durch den Dipl.-Ing. F2 zur Frage des Wertes des Hengstes als Sportpferd und als reiner Deckhengst eingeholt. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattervermerke vom 28.02.201, 05.04.2013 sowie 21.02.2014 und die Gutachten des Sachverständigen

F2 vom 10.10.2012 nebst ergänzender Stellungnahme vom 25.02.2013 sowie vom 06.08.2013 nebst Ergänzung vom 11.02.2014 verwiesen.
II.
Die Berufung ist begründet.
Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 398 , 1922 BGB zu.
Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Rechtsnachfolge der Klägerin gemäß §§ 239, 246 ZPO durch das vorliegende notarielle Testament ausreichend nachgewiesen. Ein solches Testament reicht schon im Grundbuchverkehr aus und ersetzt einen Erbschein. Unabhängig davon, dass jeder einzelne Erbe berechtigt ist, einen Prozess aufzunehmen, ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern kann diesen Nachweis auch in anderer Form führen (BGH Urteil vom 8.10.2013 XI ZR 401/12 - Rnr. 24f). Darüber musste auch nicht separat im Rahmen eines Zwischenurteils entschieden werden.
Die Ansprüche des verstorbenen Klägers waren auch nicht verjährt.
Unstreitig ist, dass der Verstorbene Vertragspartner des Beklagten war. Sämtliche Rechnungen sind an ihn gegangen und er wurde beim Beklagten auch als Kunde geführt. Vor diesem Hintergrund hat er völlig zu Recht eigene vertragliche Ansprüche geltend gemacht. Unabhängig davon, dass es erstinstanzlich zuletzt unstreitig geblieben ist, dass tatsächlich der verstorbene Ehemann der Klägerin Eigentümer des Hengstes war, so dass dies in der Berufungsinstanz auch nicht mehr streitig gestellt werden kann, wäre es lediglich für den Schadenseintritt auf die Frage des Eigentumsrechtes angekommen. Soweit der verstorbene Kläger selbst Eigentümer war, lief die Abtretung ins Leere und war bedeutungslos. Soweit die jetzige Klägerin Eigentümerin war, hat sie ihrem Mann, der eigene vertragliche Rechte hatte - ähnlich wie bei der Drittschadensliquidation - den eingetretenen Schaden abgetreten. Eine Verjährung bezüglich der vertraglichen Ansprüche war im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheides unter dem 06.08.2008 ersichtlich nicht eingetreten; denn erst mit Ablauf des Jahres 2005, als deutlich wurde, dass der Hengst nunmehr unbrauchbar sein würde, begann frühestens die Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB zu laufen und endete mit Ablauf des Jahres 2008.
Die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten liegen vor; denn der Beklagte hat zum einen in grob fehlerhafter Weise eine Operation ohne ausreichende Notwendigkeit durchgeführt und zum anderen den verstorbenen Kläger bzw. dessen Ehefrau als seine Vertreterin anlässlich der durchgeführten Behandlungen über die Risiken dieser Operation nicht in der notwendigen Weise aufgeklärt.
Der Sachverständige Prof. Dr. Y hat aufgrund der schriftlichen Angaben des beim Beklagten damals angestellten Tierarztes Dr. M an den Nachbehandler vom 06.05.2005 - die unverständlicherweise den Krankenunterlagen nicht beilagen und aus denen sich ergab, dass tatsächlich eine Schwellung im Bereich des Fesselgelenks vorlag - darauf verwiesen, dass diese Schwellung auch die Ursache für die positive Beugeprobe gewesen sein kann. Vor diesem Hintergrund, so der Sachverständige, hätte zu diesem Zeitpunkt keinesfalls eine Operation vorgenommen werden dürfen, da zum einen die Ursache der positiven Beugeprobe nicht festgestanden und zum anderen nach den Angaben des Tierarztes Dr. M auch am 14.09.2004 nach einer erheblichen Reduktion der Schwellung keine Lahmheit mehr vorgelegen hat. Das deckt sich mit den Angaben des Zeugen H, der das Pferd regelmäßig geritten hat und unter der Arbeit keine Lahmheit festgestellt haben will, was aber sonst bei einem Pferdewirtschaftsmeister, der Pferde bis zur höchsten Dressurklasse ausbildet, zu erwarten gewesen wäre. Wegen des wirtschaftlichen Wertes des Pferdes und des bestehende Verkaufsinteresses wäre ein Zuwarten mit der riskanten Operation zwingend notwendig gewesen. Dies schon deshalb, weil ein Erfolg der Operation bei einem Risiko von etwa 50% vollkommen offen war. Das Risiko war insbesondere deshalb so hoch, weil der Beklagte einen suboptimalen Zugangsweg zum Entfernen der Birkelandfraktur gewählt hat, der zu einer weiteren Traumatisierung des Bandapparates führte. Nach den Ausführungen des Sachverständigen war dies Verhalten unverständlich und hätte bei einem seiner Mitarbeiter zu einem sehr ernsten Gespräch geführt. Zudem wäre ein Tierarzt im Rahmen einer entsprechenden Prüfung durchgefallen. Vor diesem Hintergrund war die Durchführung der Operation durch den Beklagten zumindest zu diesem Zeitpunkt grob fehlerhaft und hat dazu geführt, dass der Hengst nunmehr als Dressurpferd unbrauchbar ist. Insoweit hat der Sachverständige nämlich ausgeführt, dass seines Erachtens das Trauma des Bandapparates für die spätere Krongelenkssubluxation verantwortlich ist. Dafür spricht bereits der zeitliche Zusammenhang. Eine fehlende Ruhigstellung des Hengstes hat der Sachverständige als Ursache für sehr unwahrscheinlich gehalten, weil dann das andere Bein infolge Überbelastung und nicht das geschonte Bein hätte betroffen sein müssen. Er hat es zudem für durchaus möglich gehalten, den Hengst bei einer optimal durchgeführten Operation, bei der ein Zugangsweg mit geringeren traumatischen Beeinträchtigungen des Bandapparates gewählt worden wäre, wieder in den Zustand zu versetzen, den er vor der Operation hatte.
Angesichts der aufgrund des groben Fehlers bestehenden Beweislastumkehr für die Kausalität des aufgetretenen Schadens reichen die Ausführungen des Sachverständigen aus, um den Beklagten zum Ersatz des eingetretenen Schadens heranzuziehen; denn er kann nicht nachweisen, dass seine Operation erfolgreich war und der Schaden erst durch das spätere hengsthafte Verhalten des Pferdes eingetreten

ist. Dabei geht der Senat davon aus, dass auch im Bereich der Tiermedizin im Falle eines groben Behandlungsfehlers eine Umkehr der Beweislast eintritt (BGH VersR 1977, 546; OLG Hamm, Urteil vom 03.12.2003 - 3 U 108/02, OLGR 2004, 62 und Beschluss des BGH vom 05.04.2005 - VI ZR 23/04).
Es kommt hinzu, dass der Beklagte auch keine ausreichende Aufklärung durchgeführt hat. Der Vortrag diesbezüglich ist auch nicht neu; denn schon erstinstanzlich hatte der verstorbene Ehemann der Klägerin die mangelnde Aufklärung gerügt und das Landgericht hätte sich angesichts der Angaben des Sachverständigen Prof. Dr. Y zu der besonderen Problematik der Birkelandfraktur damit weiter auseinandersetzen müssen. Es ist zwar richtig, dass die von einem Tierarzt zu fordernde Aufklärung nicht mit der Humanmedizin zu vergleichen ist, weil es nicht um das schützenswerte Selbstbestimmungsrecht eines Patienten geht. Es handelt sich aber um eine normale vertragliche Aufklärungs- und Beratungspflicht, wenn die Behandlung des Tieres besonders risikoreich ist, möglicherweise kaum Erfolg verspricht und andererseits hohe finanzielle Interessen eine Rolle spielen. Hier ging es um ein hochwertiges Dressurpferd, das gut ausgebildet war und möglichst gut vermarktet werden sollte. Vor diesem Hintergrund wäre es erforderlich gewesen, darauf hinzuweisen, dass es sich um eine sehr komplizierte Operation mit einem doch ungewissen Ausgang und der Möglichkeit eines Totalverlustes handelte. Dies gilt umso mehr, als das Pferd nach den Angaben des Zeugen H durchgängig geritten wurde und keine besonderen Erkrankungen hatte. Eine solche Aufklärung hat der Beklagte aber nach dem wenig aussagekräftigen Aufklärungsbogen nicht geleistet, insbesondere auch nicht darüber aufgeklärt, dass er einen suboptimalen Zugangsweg wählen würde, der eine zusätzliche Belastung für den Bandapparat darstellte, nur um beide Chips gleichzeitig zu entfernen, was aber auch bei einer sehr kurzen zweiten Operation zur Entfernung des dorsalen Chips möglich gewesen wäre und weniger Risiko bedeutet hätte.
Angesichts des drohenden Totalverlustes und der lediglich zu 50% bis 60% vorhandenen Chance, die Birkelandfraktur ohne Beschädigung des Bewegungsapparates des Pferdes zu entfernen, ist es durchaus nachvollziehbar, wenn sowohl der verstorbene Kläger als auch die jetzige Klägerin angeben, sich gegen die Durchführung einer solchen Operation entschieden zu haben. In diesem Fall wäre mangels Durchführung der Operation lediglich der Verbleib der Chips als Kaufpreis reduzierendes Element verblieben.
Der Senat legt die Ausführungen des Sachverständigen F2 für den Wert des Hengstes zugrunde; denn der Sachverständige ist aufgrund seiner Pferdeerfahrung und als langjähriger Vorsitzender des Bereichs Zucht der Deutschen Reiterlichen Vereinigung und des Rheinischen Stammbuchs bestens geeignet, sich zu den hier interessierenden Fragen zu äußern. Insoweit hat er nachvollziehbar aufgrund der Abstammung des Hengstes, seines Exterieurs und seiner erfolgreichen Ausbildung nebst Turnierlaufbahn zunächst einen Wert von etwa 150.000 EUR angesetzt und diesen wegen der vorhandenen Chips, die einen Käufer zunächst einmal abschrecken können, auf 75.000 EUR reduziert. Dieser Wert liegt höher als die Klageforderung, die dementsprechend der Höhe nach berechtigt ist. Dieser Wert war auch nicht im Hinblick auf den weiteren Zustand des Tieres zu reduzieren; denn die regelmäßigen Behandlungen über den jahrelangen Zeitraum hat auch der Sachverständige F2 für ein Turnierpferd nicht für außergewöhnlich gehalten und der Zeuge H hat ausgesagt, dass während der Dauer seines Beritts im Hinblick auf den vom Beklagten behaupteten "Ton" auch keine Endoskopie durchgeführt worden ist. Zudem kann nach den Angaben des Zeugen H und auch denen des Tierarztes Dr. M in der Information an den Nachbehandler nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Hengst aufgrund einer vor der Operation bestehenden Lahmheit keinen Wert mehr hatte.
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB. Ein weitergehender Zinsanspruch ist nicht schlüssig vorgetragen worden.
Die vorgerichtlichen Kosten sind gemäß §§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Vorschriften des RVG berechtigt und gemäß §§ §§ 288, 291 BGB zu verzinsen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 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.

187. OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2014 – I-26 U 28/13, 26 U 28/13 – * Haftung eines Augenarztes: Schmerzensgeldanspruch bei Durchführung einer nicht indizierten Laserbehandlung und anschließender Sehbehinderung des Patienten

Leitsatz

Vor einer Laserbehandlung an der Netzhaut hat der Augenarzt die Indikationsvoraussetzungen sicher abzuklären. Hierzu dient insbesondere die Ultraschalluntersuchung. Unterlässt der Augenarzt die gebotene Abklärung, so kann das als grober Behandlungsfehler zu werten sein. In einem solchen Fall tritt für die Ursache einer Sehbehinderung eine Umkehr der Beweislast ein.

Orientierungssatz

Die Durchführung einer medizinisch nicht indizierten Laserbehandlung durch einen Augenarzt, die zu einer Netzhautablösung und entsprechenden Sehbehinderungen des Patienten führt, begründet einen Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe von 15.000 Euro.

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 23.01.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.
Die Beklagten tragen die Kosten der Berufungsinstanz.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der am 16.09.1940 geborene Kläger hat von den Beklagten wegen vermeintlicher augenärztlicher Behandlungsfehler in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 20.000 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes und die Feststellung der Ersatzpflicht für sämtliche weiteren zukünftigen Schäden begehrt.
Nachdem der Kläger am 01.06.2009 beim Joggen feststellte, dass er auf seinem rechten Auge nicht mehr richtig sehen konnte, begab er sich am Folgetag in die Behandlung der Beklagten zu 1), die Urlaubsvertreterin des Beklagten zu 2) war. Sie stellte bei dem Kläger ein Netzhautloch (Foramen) und eine Glaskörperblutung fest, und nahm deshalb eine erste Laserkoagulation vor. Eine weitere Laserkoagulation führte sie am 10.06.2009 durch. Eine signifikante Besserung stellte sich jedoch nicht ein. Der Beklagte zu 2) nahm sodann am 17.06.2009 eine dritte Laserkoagulation vor. In der Folgezeit kam es zu einer Netzhautablösung, die in der Augenklinik durch eine Glaskörper-Operation am 03.07.2009 behandelt wurde. Eine Verbesserung der Sehkraft trat dadurch jedoch nicht mehr ein.
Der Kläger hat geltend gemacht, dass die Beklagten ihn behandlungsfehlerhaft nicht täglich kontrolliert und nicht sofort, spätestens jedoch am 10.6.2009, zur Operation in eine Augenklinik überwiesen hätten. Hierzu habe aufgrund der von Anfang an bestehenden Gefahr einer Netzhautablösung Veranlassung bestanden. Durch das Zuwarten sei die dauerhafte Einschränkung der Sehkraft auf dem rechten Auge um 90 % entstanden.
Das Landgericht hat die Beklagten nach sachverständiger Begutachtung durch Dr. L zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 15.000 EUR verurteilt und die Feststellung der Ersatzpflicht für sämtliche materiellen zukünftigen Schäden aus der Behandlung ausgesprochen.
Beiden Beklagten sei anzulasten, dass sie bei ihren Untersuchungen jeweils die gebotene Ultraschalluntersuchung unterlassen hätten. Insoweit liege jeweils ein einfacher Befunderhebungsfehler vor, der jedoch zu einer Beweislastumkehr führe. Es sei deshalb mangels Beweises des Gegenteils davon auszugehen, dass eine frühere Operation die später eingetretene Netzhautablösung in hohem Maß verhindert hätte.
Hinsichtlich beider Beklagten hat das Landgericht die Verpflichtung zum Ersatz weiterer materieller Schäden ausgesprochen. Ein Feststellungsausspruch hinsichtlich zukünftiger immaterieller Schäden sei dagegen ausgeschlossen, weil nach den Feststellungen des Sachverständigen ein Dauerschaden ohne die Möglichkeit weiterer Veränderungen eingetreten sei.
Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiterhin die Abweisung der Klage verfolgen.
Die Beklagten haben gemeint, dass ausweislich beigefügter Literaturstellen die Laserbehandlung ausreichend und leitliniengerecht gewesen sei . Sie machen geltend, dass eine Ultraschalluntersuchung nicht erforderlich gewesen sei, weil das Loch auch bei optischer Prüfung trotz der Blutschlieren erkannt worden sei. Die Beklagte zu 1) trägt dazu vor, dass nur zentral eine optische Behinderung durch Blutschlieren vorhanden gewesen sei, nicht dagegen in der Peripherie, in der sich das hufeisenförmige Loch befunden habe. Eine Ultraschalluntersuchung wäre dagegen nur angezeigt gewesen, wenn dadurch weitergehende Erkenntnisse zu erwarten gewesen wären. Die Beklagten machen geltend, dass die Behandlung ausweislich des Eintrages vom 15.06.2009 erfolgreich gewesen sei, weil die dokumentierte Umstellung des Foramens nur möglich sei, wenn die Netzhaut anliege. Sie machen geltend, dass mit der Befestigung der Netzhaut die Laserbehandlung abgeschlossen gewesen sei; die Blutung löse sich sodann allmählich auf und sei nicht Therapieziel der Laserbehandlung.
Auch die Kontrolldichte sei ausreichend gewesen. Die Beklagte zu 1) behauptet, dass Kontrollen erst nach ein bis zwei Wochen sinnvoll seien, um den Erfolg der Lasertherapie beurteilen zu können; die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen seien dafür vorhanden gewesen, jedoch von dem Kläger nicht wahrgenommen worden.
Die Beklagten bestreiten die Kausalität ihrer Behandlung für die Beeinträchtigungen und behaupten, dass die Schäden durch eine erst später entstandene Netzhautablösung entstanden seien. Das ergebe sich aus der Dokumentation der Augenklinik C.
Die Beklagten beantragen,
das am 23.01.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Paderborn 4 O 342/10 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.
Jedenfalls aufgrund der ersten fehlgeschlagenen dieser Operation sei eine Überweisung in eine Augenklinik ausweislich der Leitlinien indiziert gewesen. Überdies sei eine Ultraschalluntersuchung zur Feststellung des genauen Zustandes der Augen und zur Festlegung der weiteren Vorgehensweise erforderlich gewesen. Das Unterlassen habe zur Netzhautablösung und Erblindung des rechten Auges ausgeführt. Es handele sich auch um Folgen des von den Beklagten behandelten Foramens bei 11 Uhr.
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. L. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 21.02.2014 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 unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht der Klage jedenfalls im erkannten Umfang stattgegeben, weil beiden Beklagten Behandlungsfehler anzulasten sind, die gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2 BGB jedenfalls zur Haftung auf ein Schmerzensgeld in der ausgeurteilten Höhe und zur Feststellung der Ersatzpflicht in dem erkannten Umfang führen.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den augenärztlichen Sachverständigen Dr. L und der überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat.
Dazu im Einzelnen:
1. Die Beklagte zu 1) haftet unter zweierlei Gesichtspunkten:
a. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass sie jedenfalls ab dem 10.06.2009 die Laserbehandlung fortgesetzt hat, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht mehr vorgelegen haben.
Der Senat folgt dem Sachverständigen entsprechend seinen Ausführungen im schriftlichen Gutachten und bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat darin, dass eine Laserbehandlung anstelle operativen Vorgehens nur dann indiziert war, wenn sichergestellt war, dass die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Behandlung gegeben waren. Dazu war neben der Möglichkeit der sicheren und dichten Umstellung des Netzhautforamens mit Laserherden insbesondere auch erforderlich, dass die Sichtverhältnisse so gut waren, dass festgestellt werden konnte, dass die restliche Netzhaut sicher anlag. Diese Voraussetzung war vorliegend nicht gegeben. Ausweislich der Krankenunterlagen war die Sicht auf den zentralen Glaskörper während der gesamten Behandlung nicht hinreichend gegeben, weil sich in Blickrichtung Blutauflagerungen befanden, die die Beurteilung der Netzhaut in diesem Bereich verhinderten. Es bestand deshalb die Gefahr, dass sich Flüssigkeit aus dem Foramen im peripheren Bereich der Schwerkraft folgend zum Zentrum hin bewegte und dort in dem für gutes Sehen besonders wichtigen Bereich zunächst unbemerkt zu einer Netzhautablösung führte.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Leitlinien, die die Laserkoagulation nur für die soeben beschriebenen unproblematischen Fälle zulassen, nicht aber für die vorliegende problematische Situation. Insoweit gilt ohne weiteres der augenärztliche Standard, auch wenn Kontraindikationen bisher nicht in Leitlinien explizit kodifiziert worden sind.
Mangels Beurteilbarkeit der Situation war bei dem von der Beklagten zu 1) gewählten Vorgehen dann auf der Basis der Feststellungen des Sachverständigen jedenfalls nach dem ersten erfolglosen Versuch die zweite Laserbehandlung am 10.06.2009 nicht indiziert. Es hätte stattdessen die Vorstellung bei einem Augenchirurgen erfolgen müssen.
b. Der Beklagten zu 1) ist darüber hinaus als Befunderhebungsfehler anzulasten, dass die tatsächliche Situation der Netzhaut insbesondere im zentralen Bereich nicht bereits zu Beginn der Behandlung und fortlaufend bis zu sicheren Erkenntnis über den Zustand durch die dafür geeigneten Ultraschalluntersuchungen befundet worden ist.
Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass durch derartige Untersuchungen auch die Situation hinter der vorhandenen Blutung beurteilt werden konnte. Diese Beurteilung war erforderlich, um sachgerecht zu entscheiden können, ob eine Laserbehandlung anstelle des operativen Vorgehens überhaupt in Betracht kam, und weiterhin, ob eine durchgeführte Laserkoagulation Erfolg gehabt hatte.
Die Beklagte zu 1) kann nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass im Klinikum C ebenfalls ein Ultraschall nicht gefertigt worden ist. Denn zu jenem Zeitpunkt war bereits durch den Beklagten zu 2) zutreffend eine narbige Netzhautablösung festgestellt worden, so dass die Indikation zur Operation bestanden hat, ohne dass zwingend zuvor eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt werden musste.
c. Die Beklagte zu 1) haftet vom Umfang für die bei dem Kläger eingetretenen und gegebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Insoweit greift zu Gunsten des Klägers eine Beweislastumkehr ein.
Zum einen ist es sehr nahe liegend, dass die Behandlungsfehler der Beklagten jedenfalls in ihrer Gesamtheit den Vorwurf grober Fehlerhaftigkeit begründen. Ein grober Behandlungsfehler liegt dann vor, wenn

eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen wird und dieser Fehler aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. etwa BGH NJW 2001, S.2795 [2796]).
Der Sachverständige hat vorliegend insbesondere zur Ultraschalluntersuchung dargelegt, dass es sich um eine relativ schnelles und nichtinvasives Verfahren handelt, dass entscheidende Erkenntnisse über den Zustand der Netzhaut erbringt. Er hat darüber hinaus erläutert, dass die Notwendigkeit von Ultraschalluntersuchungen bei Uneinsehbarkeit der Netzhaut und Glaskörperblutungen universitärer gelehrt wird und in jedem Lehrbuch beschrieben ist. Angesichts des Umstandes, dass vorliegend im Verlauf der Behandlung der Beklagten zu 1) zum 10.06.2009 eine Verschlechterung der Blutungssituation eingetreten war, erscheint es dem Senat auf der Basis der sachverständigen Ausführungen nicht nachvollziehbar, dass ab diesem Zeitpunkt weiterhin die Laserbehandlung fortgeführt und eine Überweisung zum Chirurgen unterlassen wurde.
Zum anderen ist eine Beweislastumkehr aber 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 oder das Verhalten des Arztes auf der Basis dieses Ergebnisses als grob fehlerhaft darstellen würde (vgl. etwa BGH NJW 1996, S.1589).
Diese Voraussetzung ist von dem Sachverständigen für die Zeit ab dem 10.06.2009 zutreffend bejaht worden. Jedenfalls zum Zeitpunkt der zweiten Laserbehandlung hat nach seiner Darlegung die überwiegende Wahrscheinlichkeit bestanden, dass bei der Durchführung einer Ultraschalluntersuchung eine Netzhautablösung erkannt worden wäre. Ihre Verkennung oder die Nichtüberweisung des Klägers in die Augenchirurgie würde sich wegen des extrem hohen Erblindungsrisikos dann als grob fehlerhaft, weil aus augenfachärztlicher Sicht nicht mehr verständlich, darstellen.
Eine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite wäre nur ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. etwa BGH-Urteil vom 16.11.2004 - VI ZR 328/03 - unter Rz.12).
Das ist jedoch nicht der Fall. Die später festgestellte Netzhautablösung entwickelt sich nach den Ausführungen des Sachverständigen in der Regel in einem Zeitraum von etwa 3-6 Wochen, in den die Behandlung vorliegend fällt. Es erscheint angesichts der Ungenauigkeit von Uhrzeit-Bereichsangaben auch feststehend, dass es sich bei dem im Krankenhaus C festgestellten Foramen im Bereich 10:00 Uhr um dasselbe handelt, das von der Beklagten zu 1) auf 11:00 Uhr festgestellt worden ist. Das von den Beklagten zu 2) auf 6:00 Uhr dokumentierte Loch steht dem nicht entgegen, weil ein solches Foramen sich später nicht mehr gefunden hat, so dass eine Fehldokumentation nicht ausgeschlossen ist.
Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Folgen auch dann eingetreten wären, wenn am 10.06.2009 eine Überweisung in die Augenklinik erfolgt wäre. Der Sachverständige hat dazu ausgeführt, dass der Kläger eine Chance auf vollständige Wiederherstellung der Sehfähigkeit gehabt hätte. Diese Entwicklung ist deshalb zumindest nicht gänzlich unwahrscheinlich.
2. Aus denselben Erwägungen haftet auch der Beklagte zu 2) in vollem Umfang. Auf die obigen Ausführungen wird verweisen. Die Situation zurzeit seiner Behandlung entsprach derjenigen bei der Behandlung durch die Beklagte zu 1), wobei lediglich darauf hinzuweisen ist, dass mittlerweile sogar zwei erfolglose Laserkoagulationen stattgefunden hatten. Er durfte auch nicht darauf vertrauen, dass die von ihm am 17.06.2009 durchgeführte Behandlung durch periphere Laserung lege artis gewesen ist. Zwar ist davon auszugehen, dass die Laserbehandlung als solches in dem betroffenen peripheren Bereich erfolgreich war. Der Beklagte zu 2) hatte jedoch optisch nicht die Möglichkeit, das Zentrum zu begutachten, so dass ihm der erforderliche Ausschluss einer zentralen Netzhautablösung nicht möglich gewesen ist.
Eine Haftung der Beklagten ist damit jedenfalls im erkannten Umfang gegeben. Die 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, 713, 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.

188. LG Münster, Urteil vom 20.02.2014 – 111 O 45/11 – * Zahnarzthaftung: Aufklärungspflicht über das Risiko einer dauerhaften Nervverletzung bei Implantatbehandlung

Orientierungssatz

Ist bei einer Implantatbehandlung im Unterkiefer das Risiko für einen dauerhaften Nervschaden mit 5 bis 15 % zu beziffern, so besteht bezüglich dieses typischen Risikos eine Aufklärungspflicht.

Tenor

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.500,00 Euro (sechstausendfünfhundert Euro) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.05.2011 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren immateriellen Schaden sowie sämtliche materiellen Schäden aus der Implantationsbehandlung vom 03.09.2010 zu ersetzen, materielle Schäden vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs.
Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 661,16 Euro (sechshunderteinundsechzig 16/100 Euro) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.05.2011 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte zu 60 % und der Kläger zu 40 %.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, jedoch für den Kläger nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 25 %.
Von dem Kläger kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils insgesamt gegen den Kläger zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 25 % abgewendet werden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 25 % leistet.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von dem Beklagten Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung der weiteren Ersatzpflicht wegen einer angeblich fehlerhaften Zahnbehandlung sowie unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Aufklärungspflicht. Streitgegenständlich ist ein Eingriff vom 03.09.2010.
Bei dem vorgenannten Eingriff ist es unstreitig im Zusammenhang mit einer Implantatbehandlung bei regio 36 zu einer Nervschädigung gekommen.
Der Kläger behauptet, die Behandlung sei nicht lege artis durchgeführt worden. Auch sei er u.a. nicht über das Risiko einer Nervverletzung vom Beklagten aufgeklärt worden. Für den Fall einer solchen Aufklärung hätte er sich - so der Kläger - vor der Durchführung der Behandlung für eine 3-D-Diagnostik entschieden. Die Nervschädigung habe zu Sensibilitätsstörungen geführt. Jedes Rasieren schmerze, er beiße sich ständig auf die Lippe. Es sei zu Reizungen und - von ihm als besonders störend empfunden - zu Rötungen mit leichten Schmerzen im Bereich der linken Seite des Unterkiefers und der Lippe gekommen. Hierbei handele es sich um Folgen der Nervverletzung.
Der Kläger meint, ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.000,00 EUR sei angemessen.
Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.03.2011 hat der Kläger den Beklagten erfolglos zur Anerkennung der Haftung aufgefordert. Er beansprucht vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.236,17 EUR nach 1,8-fachem Satz, ausgehend von einem Streitwert in Höhe von 16.000,00 EUR.
Der Kläger beantragt,
1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, mindestens 12.000,00 Euro, nebst gesetzlichen Zinsen zu zahlen;
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen weiteren immateriellen Schaden sowie sämtliche materiellen Schäden aus der Implantationsbehandlung vom 03.09.2010 zu ersetzen, materielle Schäden vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs;
3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.236,17 EUR nebst gesetzlichen Zinsen ab Klagezustellung zu zahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte behauptet, die Behandlung sei lege artis erfolgt. Der Kläger sei anhand eines Aufklärungsbogens (Anlage B 1, Bl. 44 d.A.), von dem er ein Exemplar mit nach Hause genommen habe, über sämtliche Risiken aufgeklärt worden - insbesondere auch über das Nervverletzungsrisiko. Weiter behauptet der Beklagte, dass der Kläger bei unterstelltem Aufklärungsdefizit für den Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung wegen seines Grundleidens in die Behandlung eingewilligt hätte. An dem tatsächlichen Verlauf hätte sich - so der Beklagte - im Übrigen nichts geändert, wenn er dem Kläger eine 3-D-Diagnostik angeboten hätte bzw. eine solche durchgeführt worden wäre. Der Beklagte meint, das beanspruchte Schmerzensgeld sei übersetzt.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Beiziehung der Krankenunterlagen und durch Einholung zweier schriftlicher Sachverständigengutachten (Bl. 88 ff. und 112 ff. d.A.), welche von den Sachverständigen N und T mündlich erläutert wurden. Die Parteien wurden persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle über die mündliche Verhandlung vom 20.12.2013 (Bl. 155 ff. d.A.) und vom 20.02.2014 (Bl. 199 ff. d.A.) verwiesen.
Die Klage ist dem Beklagten am 18.05.2011 zugestellt worden.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist teilweise begründet.
I.
Der Beklagte haftet unter dem Gesichtspunkt eines Aufklärungsdefizits, §§ 823 Abs. 1, 253 BGB.
Die Kammer ist nicht davon überzeugt, dass der Kläger über das Risiko einer dauerhaften Nervverletzung infolge einer Implantatbehandlung im Unterkiefer aufgeklärt worden ist. Die Behandlung vom 03.09.2010 war daher rechtswidrig.

1. Nach den Ausführungen des Sachverständigen N ist das Risiko für einen dauerhaften Nervschaden bei Behandlungen der streitgegenständlichen Art mit 5 bis 15 % zu beziffern. Bezüglich dieses typischen Risikos bestand daher eine Aufklärungspflicht. Die Aufklärungspflicht entfiel hier auch nicht ausnahmsweise aus dem Grund, dass der Kläger selber als Arzt tätig ist. Der Kläger ist nicht Zahnarzt, sondern Chirurg mit Schwerpunkt Proktologie. Er verfügte demnach nicht schon von Berufs wegen über Kenntnis von Risiken einer Implantatbehandlung im Unterkiefer.
Der Beklagte ist für die Vornahme der gebotenen Aufklärung beweisfällig geblieben.
Gemäß seinen persönlichen Angaben sei dem Kläger am 17.08.2010 ein Aufklärungsbogen (entsprechend Bl. 44 d.A.) von der Empfangsdame mitgegeben worden, den der Kläger am Operationstag ohne Unterschrift wieder mitgebracht habe. Auf einen entsprechenden Hinweis der Empfangsdame auf die fehlende Unterschrift habe er, der Beklagte, gesagt, dies sei nicht nötig, da sie sich kennen würden. Ferner sei durch ihn am 31.08.2010 eine allgemeine Aufklärung des Klägers erfolgt. Das Aufklärungsblatt bzw. dessen Inhalt seien nicht mehr angesprochen worden. Der Kläger habe anfangs wohl davon gesprochen, dass er Sorge um seinen Nerv habe. Daraufhin habe er ihm gesagt, dass man das Implantat mit dem Sicherheitsabstand so setze, dass man eigentlich vom Nerv genügend Abstand habe.
Nach den persönlichen Angaben des Klägers sei ihm dagegen kein Merkblatt bzw. Aufklärungsbogen übergeben worden. Auch habe er den Beklagten nicht darauf angesprochen, dass er Sorge wegen einer potenziellen Nervverletzung habe. Diese sei erst thematisiert worden, nachdem es hierzu bereits gekommen war.
Die Kammer vermochte nicht, der Schilderung des Beklagten gegenüber derjenigen des Klägers den Vorzug zu gegeben, weshalb schon nicht mit einer hierfür erforderlichen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden konnte, dass das Risiko einer Nervschädigung überhaupt ansatzweise vom Beklagten angesprochen worden ist. Die Angaben der Parteien waren gleichermaßen nachvollziehbar, widerspruchslos und insgesamt glaubhaft. Möglicherweise hat der Beklagte deshalb von einer Aufklärung über das Nervschädigungsrisiko abgesehen, weil er meinte, der Kläger wisse als Arzt hierüber ohnehin Bescheid. Dass er ein solches Wissen vorausgesetzt hat, folgt jedenfalls aus seinen persönlichen Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 20.02.2014. Möglicherweise hat aber auch der Kläger gerade wegen seiner Profession kein gesondertes Augenmerk auf eine Aufklärung gelegt und eine solche schlicht nicht zur Kenntnis genommen, zumal beide Parteien sich zum Zeitpunkt der Behandlung schon seit Jahren kannten (und sich nach wie vor duzen).
Aussagekräftige objektive Anhaltspunkte, welche die jeweiligen Angaben der Parteien stützen könnten, existieren nicht. Unter dem 17.08.2010 ist in der Karteikarte zwar vermerkt, "Dem Patienten Merkblätter, Tabletten etc. mitgeben". Rein sprachlich deutet dies aber schon lediglich auf eine entsprechende Absicht und nicht auf eine tatsächliche Aushändigung hin. Im Übrigen bleibt auch unklar, um welche Merkblätter es sich überhaupt gehandelt haben soll und ob gerade ein Exemplar des Merkblatts "zum Aufklärungsgespräch und Einverständniserklärung zur Implantation" enthalten war.
Zeugen für ein entsprechendes Aufklärungsgespräch hat der Beklagte nicht benannt. Seinen Angaben nach konnten die geladenen Zeuginnen nur etwas über den Eingriff selbst sagen. Die Empfangsdame, welche das maßgebliche Merkblatt ausgehändigt haben soll, ist vom Beklagten ebenfalls nicht als Zeugin benannt worden.
2. Der von dem Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung greift nicht durch. Das Gericht ist nicht davon überzeugt, dass sich der Kläger dem Eingriff vom 03.09.2010 unterzogen hätte, wenn er über das Risiko einer dauerhaften Nervschädigung aufgeklärt worden wäre. Der Kläger hat plausibel erklärt, dass er sich in Kenntnis eines Verletzungsrisiko von bis zu 15 % zunächst für eine 3-D-Diagnostik entschieden hätte, welches nach den Ausführungen des Sachverständigen N das Risiko einer Nervschädigung deutlich reduziert hätte. Gerade angesichts des vergleichsweise doch recht hohen Verletzungsrisikos hält die Kammer die entsprechende Erklärung des Klägers für gut nachvollziehbar.
Dass es auch nach Durchführung einer 3-D-Diagnostik bei einer entsprechenden Implantatbehandlung zu einem anderen Zeitpunkt ebenfalls zu einer dauerhaften Nervschädigung gekommen wäre, hat der Beklagte weder substantiiert vorgetragen noch bewiesen.
3. Folge der Behandlung vom 03.09.2010 ist unstreitig eine geringe Schädigung des Nervus alveolaris inferior in der Endverzweigung des Nervus mentalis, wobei es sich um einen Dauerzustand handelt. Diese Schädigung hat nach den übereinstimmenden Ausführungen der Sachverständigen N und T zu einer reduzierten Sensibilität im linken Unterkiefer, respektive Unterlippenbereich (linkes Kinn) geführt, auch wenn es hierfür keinen elektrophysiologischen Beleg gibt. Die Kammer hat unter Berücksichtigung der Ausführungen der Sachverständigen keinerlei Zweifel am tatsächlichen Vorliegen der vom Kläger geschilderten Beschwerden, insbesondere in Form von partiellen Taubheitsgefühlen und von Schmerzen beim Rasieren im linken Lippenbereich. Die Kammer ist aufgrund der persönlichen Angaben des Klägers auch davon überzeugt, dass er sich nach der Behandlung vom 03.09.2010 wiederholt auf die Lippe gebissen hat, wenn auch dies jedenfalls nicht so häufig vorkommt, dass der Kläger permanent hieraus resultierende Verletzungen aufweist.

Angesichts dieser Folgen hält die Kammer unter Berücksichtigung sämtlicher weiteren Umstände die Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 6.500,00 EUR für erforderlich, aber auch ausreichend.
II.
Der zugesprochene Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 288 Abs. 1 S. 1, 291 BGB. Ferner hat der Kläger auch einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 BGB nebst Zinsen, wobei zu berücksichtigen war, dass eine berechtigte Forderung nur in Höhe von insgesamt 8.000,00 EUR besteht (6.500,00 Schmerzensgeld, 1.500,00 EUR Feststellungsantrag) und lediglich ein 1,3-facher Gebührensatz gerechtfertigt ist, da die Sache weder einen überdurchschnittlichen Umfang noch eine überdurchschnittliche Schwierigkeit aufweist. Schließlich war dem Feststellungsbegehren zu entsprechen. Bei der eingetretenen Nervverletzung handelt es sich um einen Dauerschaden, weshalb das Eintreten (weiterer) materieller Schäden zu besorgen ist.
III.
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

189. LG Köln, Urteil vom 19.02.2014 – 3 O 76/13 – * Anspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung wegen Aufklärungs- oder Beratungsfehlern

Orientierungssatz

1. Der Beweis bzgl. des Vorliegens eines Aufklärungs- oder Beratungsfehlers ist nicht geführt, wenn sich nach der Beweisaufnahme ergibt, dass der Kläger im mündlichen Gespräch über eine Vielzahl von Risiken aufgeklärt worden und die Aufklärung über weitere nicht angesprochene Risiken durch die rechtzeitige Aushändigung eines ordnungsgemäßen Emissionsprospekts erfolgt ist. Die Übergabe des Prospekts ist auch bei Aushändigung erst am Zeichnungstag und nach dem Beratungsgespräch als rechtzeitig anzusehen, wenn die Möglichkeit besteht, die Beitrittsentscheidung nach Lektüre des Emissionsprospekts durch rechtzeitigen Widerruf rückgängig zu machen.
2. Ein Anspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung scheidet trotz Vorliegens einer Aufklärungspflichtverletzung über die Vereinnahmung einer Rückvergütung aus, wenn davon auszugehen ist, dass der Kläger die Beteiligung auch bei ordnungsgemäßer Information über die Rückvergütung gezeichnet hätte.

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
Das Urteil ist für die Beklagte wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt fehlerhafter Anlageberatung die Rückabwicklung einer von ihm am 11.08.2006 gezeichneten Beteiligung an dem Schiffsfonds T mbH & Co. KG in Höhe von nominell 15.000,00 EUR zzgl. 5 % Agio, mithin insgesamt 15.750,00 EUR. Wegen des Inhalts der Beitrittserklärung, insbesondere der von dem Kläger durch gesonderte Unterschrift quittierten Bestätigung, den Emissionsprospekt so rechtzeitig erhalten zu haben, dass er vor der Zeichnung ausreichend Zeit zu dessen Lektüre hatte, wird auf die Ablichtung der Beitrittserklärung in der Anlage K1 zur Klageschrift vom 07.03.2013 Bezug genommen.
Der Zeichnung ging ein am gleichen Tage geführtes Beratungsgespräch des Klägers mit einer Anlageberaterin der Beklagten, der Zeugin T2, voraus. Ob es darüber hinaus noch ein weiteres Beratungsgespräch etwa zehn Tage vor dem Zeichnungstag gegeben hat, an welchem nicht nur der Kläger und die Zeugin T2, sondern auch ein Fachberater der Beklagten, der Zeuge E, beteiligt waren, ist zwischen den Parteien streitig.
Über die Inhalte des der Zeichnung vorausgehenden Beratungsgesprächs fertigte die Zeugin T2 am gleichen Tage eine schriftliche Beratungsdokumentation, welche der Kläger ebenfalls unterzeichnet hat (Anlage K2 zur Klageschrift vom 07.03.2013). Dass über die aus dieser Dokumentation ersichtlichen Risiken der Beteiligung im Beratungsgespräch auch tatsächlich gesprochen wurde, steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Der Kläger räumt ein, dass er über die in der Beratungsdokumentation ausdrücklich erwähnten Gesprächsinhalte zutreffend aufgeklärt worden ist, nämlich das Risiko der jeweiligen Marktlage und des Erreichens der prognostizierten Auslastung der Containerschiffe, die steuerliche Behandlung der Beteiligung, das allgemeine unternehmerische Risiko einer Schiffsbeteiligung, Währungsrisiken und schließlich die Chancen und Risiken der Beteiligung entsprechend der Darstellung auf Seite 21 ff. des Emissionsprospektes. Wegen des diesbezüglichen Inhalts des Emissionsprospekts, der unstreitig bei dem Beratungsgespräch vorlag von der Zeugin T2 zur Erläuterung der Chancen und Risiken auf Seite 21 ff. herangezogen wurde, wird auf dessen Ablichtung in Anlage K3 zur Klageschrift Bezug genommen.
Nicht im Beratungsgespräch erörtert wurde hingegen die Höhe der so genannten "weichen Kosten" für die Einwerbung des Kommanditkapitals in Höhe von insgesamt 26,26 % des Beteiligungskapitals. Auch die Seiten 21 ff. des Emissionsprospekts, die unstreitig mit dem Kläger erörtert wurden, verhalten sich

hierüber nicht, vielmehr findet sich ein entsprechender Hinweis erst auf Seite 83 des Emissionsprospektes.
Für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung vereinnahmte die Beklagte über das Agio hinaus eine Rückvergütung in Höhe von 13,6 % der Einlage. Hierüber wurde der Kläger unstreitig weder im Beratungsgespräch informiert, noch ist dies im Emissionsprospekt über die streitgegenständliche Kapitalanlage erwähnt.
Der Kläger unterhielt bei der Beklagten ein Wertpapierdepot im Gesamtwert von etwa 420.000,00 EUR. Er zeichnete in der Zeit von06.2003 bis07.2010 insgesamt neun Beteiligungen an geschlossenen Fonds, darunter am 06.07.2010 eine Beteiligung in Höhe von nominal 12.000,00 EUR an dem geschlossenen Immobilienfonds BVT- Ertragswertfonds Nr. 5. Anlässlich der Zeichnung dieser Beteiligung wurde der Kläger nicht nur über das anfallende Agio in Höhe von 5 % informiert, sondern auch darüber, dass die Beklagte für die Vermittlung der Beteiligung eine Rückvergütung in Höhe von 10 % erhielt. Hinsichtlich dieser Beteiligung begehrt der Kläger von der Beklagten nicht die Rückabwicklung. Allerdings hat er in dem als Anlage K5 zur Klageschrift vorgelegten vorgerichtlichen Schreiben vom 12.10.2012, dort Seite 7, der Beklagten angeboten, auch seine übrigen geschlossenen Beteiligungen einer Rückabwicklung zu unterwerfen, soweit die Beklagte hierfür Provisionen erhalten habe, ohne ihm dies im Vorfeld mitzuteilen.
Der Kläger trägt vor, dass es ihm bei der streitgegenständlichen Beteiligung um die Anlage eines Geldbetrages gegangen sei. Die Zeugin T2 habe ihm zu der streitgegenständlichen Beteiligung erklärt, dass im schlimmsten Fall die prognostizierten Ausschüttungen ausblieben, ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals hingegen gänzlich unwahrscheinlich sei. Zudem habe die Zeugin T2 ihn im Beratungsgespräch nicht detailliert genug über die mit der Beteiligung verbundenen Währungsrisiken und die so genannte "105 %- Klausel" aufgeklärt.
Der Kläger behauptet, dass er den Emissionsprospekt erst am Zeichnungstag erhalten habe. Mündlich seien unter Hinzuziehung dieses Prospektes im Beratungsgespräch nur die aus Seite 21 ff. ersichtlichen Chancen und Risiken besprochen worden, nicht jedoch die hohen weichen Kosten, wie sie aus Seite 78 ff., Seite 83 des Emissionsprospektes hervorgingen. Im übrigen seien die Prospektangaben auf Seite 22 f. des Emissionsprospektes zu den Währungsrisiken und der sog. "105 %- Klausel" ohnehin nicht ausreichend und deshalb fehlerhaft; wegen der diesbezüglichen Einzelheiten des Klägervortrags wird Bezug genommen auf die Ausführungen in der Klageschrift vom 07.03.2013, Bl. 1 ff., Bl. 10 ff. d. A..
Der Kläger behauptet, dass er bei zutreffender Aufklärung über die Risiken der streitgegenständlichen Beteiligung und die von der Beklagten vereinnahmte Rückvergütung die streitgegenständliche Beteiligung nicht gezeichnet hätte. Soweit die Beklagte die Zeichnung des BVT-Ertragswertfonds am 06.07.2010 als Indiz für eine gegenteilige Annahme heranziehe, sei zu berücksichtigen, dass diese Kapitalanlage einen Sonderfall dargestellt habe, weil es ihm seinerzeit zum einen um eine Flucht in Sachwerte gegangen sei und zum anderen um eine Kapitalanlage in die ihm genau bekannten Immobilien dieses Fonds in Köln und Düsseldorf. Dies sei ihm so wichtig gewesen, dass er das ihm offen gelegte finanzielle Eigeninteresse der Beklagten an der Vermittlung dieser Anlage in Kauf genommen habe.
Der Kläger beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 15.114,17 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger von seiner Haftung aus §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB gegenüber den Gläubigern der T mbH & Co. KG in Höhe von 635,83 EUR freizustellen,
dies jeweils Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte des Klägers aus dem von ihm am 11.08.2006 im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der T mbH & Co. KG im Nennwert 15.000,00 EUR gezeichneten Treuhandvertrag mit der TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Q mbH,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 899,40 EUR zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte behauptet, dass der Kläger über sämtliche für seine Anlageentscheidung relevanten Chancen und Risiken der streitgegenständlichen Beteiligung sowohl im mündlichen Beratungsgespräch mit der Zeugin T2, als auch durch rechtzeitige Übergabe des vollständigen Emissionsprospektes ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei. Die mündliche Aufklärung sei von der Zeugin T2 strikt anhand des Emissionsprospektes vorgenommen worden, insbesondere habe die Zeugin T2 auch nicht etwa Risiken der Beteiligung verharmlost. Auch im Emissionsprospekt würden sämtliche Chancen und Risiken der Beteiligung ausführlich und zutreffend dargestellt. Dies gelte auch für die Gesamthöhe der weichen Kosten und das Verhältnis der Kapitalbeschaffungskosten zum eingeworbenen Kommanditkapital, welches auf Seite 83 des Emissionsprospekts zutreffend beziffert werde, sowie für die sog. "105 %-Klausel", hinsichtlich derer auf Seite 23 des Emissionsprospekts nicht nur die Funktionsweise, sondern auch das Recht der Banken auf anteilige Sondertilgungen oder Zusatzsicherheiten ausdrücklich aufgeführt sei.
Zu der unterbliebenen Aufklärung über die von ihr vereinnahmte Rückvergütung trägt die Beklagte vor, dass der Kläger die streitgegenständliche Beteiligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung über diese

Rückvergütung gezeichnet hätte. Dies zeige insbesondere der Umstand, dass der Kläger - was als solches unstreitig ist - die im Jahr 2010 gezeichnete Beteiligung an dem BVT-Ertragswertfonds trotz der auch in diesem Falle von der Beklagten vereinnahmten und dem Kläger ausdrücklich offengelegten Provision in Höhe von 10 % weiterhin halte.
Schließlich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung. Hierzu trägt sie vor, dass etwaige Ansprüche des Klägers wegen der von ihr vereinnahmten Rückvergütung verjährt seien, weil dem geschäftserfahrenen Kläger habe klar sein müssen, dass die Beklagte eine Rückvergütung erhalte, und er dennoch deren Höhe nicht erfragt habe. Auch Ansprüche wegen einer etwaigen nicht ordnungsgemäßen Aufklärung über die mit der Beteiligung verbundenen Verlustrisiken seien verjährt, weil der Kläger Kenntnis von diesem Risikokomplex bereits dadurch erhalten habe, dass die prognostizierten Ausschüttungen ab dem Jahr 2008 vollständig ausgeblieben seien.
Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 15.01.2014 (Bl. 116 R d. A.). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 15.01.2014 (Bl. 116 ff. d. A.) verwiesen.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, jedoch nicht begründet.
Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückabwicklung der streitgegenständlichen Beteiligung, weil ihm der ihm obliegende Beweis, dass der Beklagten Aufklärungs- oder Beratungsfehler anzulasten wären, im Rechtsstreit nicht gelungen ist. Vielmehr hat die Beweisaufnahme im Gegenteil ergeben, dass der Kläger über eine Vielzahl von Risiken bereits im mündlichen Gespräch mit der Zeugin T2 ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist und dass hinsichtlich solcher Umstände, die im mündlichen Beratungsgespräch nicht zur Sprache gekommen sind, der Kläger jedenfalls dadurch ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, dass ihm der Emissionsprospekt überlassen wurde und er nach Kenntnisnahme von dessen Inhalt nochmals die Möglichkeit zur Erörterung offener Fragen in dem Bewusstsein hatte, seinen Zeichnungsentschluss noch rückgängig machen zu können. Hinsichtlich der von der Beklagten vereinnahmten Rückvergütung steht zwar fest, dass diese dem Kläger nicht ordnungsgemäß offenbart worden ist; insoweit ist allerdings der Beklagten der ihr obliegende Beweis gelungen, dass der Kläger die Beteiligung auch dann gezeichnet hätte, wenn die Zeugin T2 ihn über die von der Beklagten vereinnahmte Provision in Höhe von 13,6 % informiert hätte. Im Einzelnen:
Der Kläger hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung zunächst nochmals den bereits nach Aktenlage unstreitigen Umstand bestätigt, dass die Zeugin T2 mit ihm die Risiken der streitgegenständlichen Beteiligung, wie sie auf den Seiten 21 ff. des Emissionsprospektes dargestellt sind, erörtert hat. Hierzu hat der Kläger auch angemerkt, dass die Zeugin T2 ihm durchaus verdeutlicht habe, dass mit der Beteiligung nicht nur Chancen, sondern auch gewisse Risiken verbunden seien.
Diese Angaben des Klägers werden gestützt durch die in jeder Hinsicht glaubhafte Aussage der Zeugin T2, welche ersichtlich bestrebt war, dem Gericht durch wahrheitsgemäße und vollständige, keineswegs tendenziöse, Angaben bei der Wahrheitsfindung behilflich zu sein. Die Zeugin hat zunächst offen eingeräumt, dass sie selbst an die streitgegenständlichen Vorgänge kaum noch eine Erinnerung hatte; sie hat aber nachvollziehbar und lebensnah anhand der von ihr noch aufgefundenen Notizen und Kalendereintragungen aus dem Jahr 2006 sichere Rückschlüsse sowohl zu den zeitlichen Abläufen als auch zu einzelnen Inhalten des Beratungsgesprächs vom Zeichnungstag ziehen können. Die Zeugin hat bei ihrer Vernehmung einen uneingeschränkt glaubhaften Eindruck hinterlassen und das Gericht folgt auch den Angaben der Zeugin dahingehend, dass sie sich sicher sein könne, die Risiken der streitgegenständlichen Beteiligung nicht verharmlost zu haben, sondern im Gegenteil deutlich gemacht zu haben, dass eine derartige Anlage mit ernstzunehmenden Risiken verbunden sei. Auch diese Angabe der Zeugin wird im übrigen von den Bemerkungen des Klägers anlässlich seiner Anhörung gestützt, da der Kläger selbst bekundet hat, dass ihm die Zeugin durchaus von einigen Kapitalanlagen, an denen er selbst Interesse bekundet habe, im Hinblick auf die damit verbundenen Risiken dringend abgeraten habe.
Das Gericht geht deshalb davon aus, dass die Chancen und Risiken der streitgegenständlichen Beteiligung, so wie sie auf den Seiten 21 ff. des Emissionsprospektes dargestellt sind, von der Zeugin T2 mit dem Kläger im Einzelnen erörtert worden sind. Dies beinhaltet auch eine ordnungsgemäße Aufklärung hinsichtlich der Währungsrisiken und der sog. "105 %- Klausel". Den Bedenken des Klägers gegen die diesbezüglichen Darstellungen im Emissionsprospekt vermag sich das Gericht nicht anzuschließen. Die mit der Beteiligung verbundenen Wechselkursrisiken sind auf den Seiten 22 und 23 des Emissionsprospektes ausführlich und vollständig dargestellt. Gleiches gilt für die Darstellung der sog. "105 %-Klausel". Die vom Kläger vermisste Erläuterung der Sonderrechte der Banken für den Fall, dass sich der JPY-Darlehensanteil kursbedingt um mehr als 5 % erhöht, findet sich auf Seite 23 des Emissionsprospektes, wo ausdrücklich auf das Recht der Banken auf anteilige Sondertilgungen oder Zusatzsicherheiten hingewiesen wird. Dass darüber hinaus weitere Zusatzrechte der Banken bestünden, ist nicht ersichtlich.

Neben der danach bewiesenen ordnungsgemäßen mündlichen Aufklärung des Klägers im Beratungsgespräch am Zeichnungstag steht im vorliegenden Fall zudem zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger auch durch die Übergabe des Emissionsprospektes der streitgegenständlichen Beteiligung mit der Möglichkeit, vom Prospektinhalt Kenntnis zu nehmen, ergänzende Fragen zu stellen und gegebenenfalls seine Beteiligungsentscheidung noch rückgängig zu machen, nochmals eine weitere und vollständige Aufklärung über sämtliche mit der Beteiligung verbundenen und für seine Anlageentscheidung relevanten Chancen und Risiken erhalten hat. Insoweit gilt, dass es als Mittel der ordnungsgemäßen Aufklärung eines Kapitalanlegers grundsätzlich genügen kann, wenn dem Interessenten statt einer mündlichen Aufklärung ein Prospekt über die Kapitalanlage überreicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Interessenten so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (BGH, Urteil vom 05.03.2009, Az. III ZR 17/08; zitiert nach: juris, Rz. 12; BGH, Urteil vom 12.07.2007, Az. III ZR 145/06; zitiert nach: juris Rz. 9).
Zwar ist diese Konstellation im vorliegenden Falle insofern nicht gegeben, als die Beweisaufnahme in Form der übereinstimmenden und glaubhaften Angaben sowohl des Klägers als auch der Zeugin T2 ergeben hat, dass dem Kläger der vollständige Emissionsprospekt nicht vor der Zeichnung, sondern erst am Zeichnungstag im Anschluss an das Beratungsgespräch ausgehändigt worden ist. Aufgrund der übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Zeugen T2 und E, die überdies durch die Vorlage authentischer Unterlagen aus dem Jahr 2006 gestützt werden, steht jedoch zur Überzeugung des Gerichts fest, dass es im vorliegenden Fall zu der besonderen Situation gekommen ist, dass der Kläger auch nach der Zeichnung der Beteiligung noch einige Fragen hatte, weshalb er einerseits den ihm übergebenen Emissionsprospekt noch ausführlich studieren wollte und andererseits noch einen weiteren Beratungstermin mit der Zeugin T2 und dem Fachberater E der Beklagten vereinbart hat, welcher dann auch am 21.08.2006, mithin mehr als zwei Wochen nach Aushändigung des Prospekts, stattgefunden hat.
Zwar konnte der Inhalt dieses weiteren Beratungsgesprächs vom 21.08.2006 in der mündlichen Verhandlung mangels konkreter Erinnerung der Zeugen T2 und E nicht näher aufgeklärt werden. Aufgrund der vorbeschriebenen, vom Gericht als erwiesen erachteten Zeitabläufe steht jedoch fest, dass der Kläger auch nach der Zeichnung der Beteiligung und der Aushändigung des Emissionsprospektes nochmals Gelegenheit hatte, den Prospekt zu studieren und diese Gelegenheit auch aktiv wahrnehmen wollte und wahrgenommen hat. Aus den Angaben der Zeugin T2 und dem Umstand, dass ein nachträgliches Beratungsgespräch ersichtlich sinnlos wäre, wenn die einmal getroffene Beitrittsentscheidung ohnehin nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, ergibt sich zudem, dass dem Kläger bewusst war, dass die Möglichkeit bestanden hätte, nach Lektüre des Emissionsprospekts durch rechtzeitigen Widerruf seine Beitrittsentscheidung noch rückgängig zu machen. Diese Situation entspricht aber strukturell derjenigen, wie sie auch bei einer Prospektübergabe im Vorfeld der Zeichnung gegeben ist, weshalb das Gericht vorliegend von einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Klägers nicht nur im mündlichen Beratungsgespräch, sondern auch durch die Aushändigung des Emissionsprospektes mit der Möglichkeit, nach Kenntnisnahme von dessen Inhalt die Beteiligungsentscheidung zu revidieren, ausgeht.
Damit verblieb nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als ein der Beklagten anzulastender Aufklärungsfehler lediglich der zwischen den Parteien nicht streitige Umstand, dass der Kläger seitens der Zeugin T2 zwar über das von der Beklagten vereinnahmte Agio in Höhe von 5 %, nicht aber über die von der Beklagten vereinnahmte Rückvergütung in Höhe von 13,6 % der Einlagesumme aufgeklärt worden ist, obwohl dieser Umstand grundsätzlich aufklärungsbedürftig war. Auch dieser Gesichtspunkt vermag aber im vorliegenden Falle der Klage nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil das Gericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon ausgeht, dass der Kläger die streitgegenständliche Beteiligung auch dann gezeichnet hätte, wenn ihn die Zeugin T2 seinerzeit ordnungsgemäß über die von der Beklagten vereinnahmte Rückvergütung informiert hätte.
Befragt zu der von ihm im Jahr 2010 erworbenen Beteiligung an dem BVT-Ertragswertfonds, an welcher der Kläger trotz ausdrücklicher Aufklärung über eine von der Beklagten vereinnahmte Provision in vergleichbarer Höhe wie der hier streitgegenständlichen festhält, hat nämlich der Kläger spontan und ausdrücklich erklärt, dass er sich seinerzeit gesagt habe, dass eine Provision in Höhe von 10 % dann eben Usus und von ihm hinzunehmen sei. Weiter hat er erklärt, dass ihm eine Provision in dieser Größenordnung auch als angemessen und als ein Betrag erscheine, den man bei einer gut laufenden Anlage verkraften könne.
Das Gericht sieht keinen Anlass zu der Annahme, dass der Kläger dann, wenn ihm im vorliegenden Falle seitens der Zeugin T2 erklärt worden sei, dass die Beklagte eine Provision in Höhe von 13,6 % für die Vermittlung der Beteiligung vereinnahmen werde, zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Zwar hat der Kläger auch Ausführungen dazu gemacht, dass er bei Zeichnung des BVT-Ertragswertfonds noch Vertrauen in die Beklagte gehabt habe und dass ihm dieser Fonds aus persönlichen Gründen sympathisch gewesen sei. Von diesen beiden Umständen ist aber auch in Bezug auf die streitgegenständliche Beteiligung auszugehen: Da diese noch vor der Zeichnung der Beteiligung am BVT-Ertragswertfonds erfolgte, war auch seinerzeit das Vertrauen des Klägers in die Anlageempfehlungen der Beklagten noch

ungeschmälert, und dass dem Kläger die Beteiligung grundsätzlich gefiel, ergibt sich bereits daraus, dass er sich zu der Zeichnung entschlossen hat. Zudem ergibt sich aus den zeitlichen Abläufen, wie sie in der Beweisaufnahme zutage getreten sind, dass der Kläger die Beteiligung offenbar als so ansprechend empfunden hat, dass er sie bereits zeichnete, obwohl er noch offene Fragen hatte und nach Studium des Emissionsprospektes um einen weiteren Beratungstermin gebeten hat.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 ZPO.
Streitwert: 15.750,00 EUR.

190. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2014 – I-26 U 147/12, 26 U 147/12 – * Arzthaftung: Verwendung eines Fixateur externe bei einem Bruch des Sprunggelenks mit Weichteilverletzungen

Leitsatz

Die Verwendung eines Fixateur externe kann bei einem Bruch des Sprunggelenks mit Weichteilverletzungen das einzig fachgerechte Behandlungsverfahren sein. Die Anwendung eines Fixateur externe kann im Einzelfall dem üblichen Vorgehen einer internen Osteosynthese überlegen sein. Auch eine Schuppenflechte kann die Anwendung des Fixateur externe zwingend notwendig machen.

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 20.06.2012 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagten wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung in den Jahren 2004 und 2005 auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch.
Der am 20.05.1955 geborene Kläger, der unter Schuppenflechte leidet, knickte bei einem Arbeitsunfall am 02.03.2004 mit dem linken Fuß um und zog sich dabei eine Fraktur des Sprunggelenkes zu. Im Krankenhaus der Beklagten zu 1) wurde die Fraktur mit einem Fixateur externe versorgt. Am 23.4.2004 wurde der Fixateur wieder entfernt, da es im weiteren Heilungsverlauf zur Infektion eines Fixateurpins gekommen war. Am 10.6.2004 stellte sich der Kläger im Krankenhaus der Beklagten zu 2) vor, wo eine deutliche Verschlechterung einer bestehenden Arthrose des oberen Sprunggelenks festgestellt wurde. Am 11.8.2004 wurde eine Korrekturarthrodese im oberen Sprunggelenk durchgeführt. Am 27.03.2005 erfolgte eine Arthrodese des unteren Sprunggelenks. Am 02.12.2005 wurde eine Korrekturosteotomie durchgeführt.
Der Kläger hat Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 20.000 EUR, vorgerichtliche Anwaltskosten sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden mit der Begründung geltend gemacht, es hätte in der Klinik des Beklagten zu 1) eine Osteosynthese vorgenommen werden müssen, der Fixateur externe sei nicht rechtzeitig entfernt worden und in der Klinik der Beklagten zu 2) sei die Versteifung des Sprunggelenkes nicht fachgerecht erfolgt. Es sei unverständlich, dass zunächst nur das obere Sprunggelenk versteift worden sei, so dass eine weitere Operation erforderlich geworden, und es infolge der Behandlung zu einer Fehlstellung des linken Fußes gekommen sei.
Das Landgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es sei weder ein Behandlungsfehler noch ein Aufklärungsversäumnis anzunehmen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei nicht festzustellen, dass die Behandlung fehlerhaft durchgeführt worden sei. Die Behandlung durch den Beklagten zu 1) habe dem unfallchirurgischen bzw. orthopädischen Standard entsprochen. Eine interne Osteosynthese sei wegen der großflächigen Schuppenflechte im Bereich des Sprunggelenks und des damit verbundenen Infektionsrisikos nicht möglich gewesen. Deshalb sei die Behandlung mittels eines Fixateur-externe indiziert gewesen. Außerdem hätten kritische Weichteil-Verhältnisse vorgelegen. Sowohl die Anbringung als auch die Entfernung des Fixateurs sei fachgerecht erfolgt. Eine Überweisung in eine Fachklinik sei nicht erforderlich gewesen. Für eine Versteifung des linken unteren Sprunggelenks habe es bei der Operation vom 11.8.2004 keine Indikation gegeben. Der Kläger sei ordnungsgemäß, insbesondere über das Risiko einer Achs- und Rotationsfehlstellung aufgeklärt worden. Bei der Versteifung des linken oberen Sprunggelenks mittels einer Kompressionsarthrodese sei eine Fehlstellung unvermeidbar gewesen. Die Korrektur dieser Fehlstellung bei der Versteifung des unteren Sprunggelenks durch die Operation vom 27.7.2005 sei nicht angezeigt gewesen.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter. Zur Begründung trägt er vor, das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft die Gewährung einer Schriftsatzfrist zur Stellungnahme zu den Erläuterungen des Sachverständigen sowie den Antrag auf Einholung eines Obergutachtens abgelehnt. Die Feststellung des Sachverständigen, das von dem Beklagten zu 1) verfolgte Behandlungskonzept entspreche dem unfallchirurgischen bzw. orthopädischen Standard, sei nicht nachvollziehbar. Es sei fraglich, ob überhaupt ein Konzept vorgelegen habe, da die Versorgung der Fraktur mittels Fixateur externe nur eine notfallmäßige Primärversorgung darstelle. Die Indikation zur Anlage eines Fixateur externe sei fehlerhaft gestellt worden Es hätte eine umfassende Versorgung der Fraktur und der Arthrose des oberen und unteren Sprunggelenks erfolgen müssen. Dem fachmedizinischen Standard hätte nur die Versorgung mittels einer Osteosynthese entsprochen. Die Schuppenflechte sei schon deshalb nicht der Grund für die Versorgung mit einem Fixateur externe gewesen, weil dies in dem Operationsbericht so nicht erwähnt worden sei. In dem Entlassungsbericht sei als Grund die schwere Arthrose angegeben worden. Auch der Sachverständige habe in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass die interne Osteosynthese bei einer Verletzung des Sprunggelenks üblich sei. So sei bei den nachfolgenden Versteifungsoperationen auch verfahren worden. Gerade wegen des Infektionsrisikos hätte nicht mittels Fixateur externe vorgegangen werden dürfen. Aus der Schuppenflechte, deren Umfang sich nicht aus den Behandlungsunterlagen ergebe, habe sich keine Kontraindikation für die interne Osteosynthese herleiten lassen. Diese sei nur als unbeachtlicher Nebenbefund angesehen worden und habe keinen Einfluss auf die Wahl der Operationsmethode gehabt. Die Vorgehensweise lasse sich auch nicht unter Hinweis auf kritische Weichteilverhältnisse rechtfertigen. Erst recht sei angesichts dieses weiteren Risikofaktors unverständlich, dass der Kläger wiederholten operativen Eingriffen mit den damit verbundenen Gefahren ausgesetzt worden sei. Unverständlich seien, aus welchem Grund statt eines Ring-Fixateur ein Fixateur externe verwendet worden ist. Weiterhin trägt der Kläger vor, er sei zu früh entlassen worden. Auf die Infektion des Fixateurpins sei erst am 22.4.2004 reagiert worden, indem der Fixateur externe vollständig entfernt worden sei. Dieses lange Abwarten sei wegen des Infektionsrisikos unverständlich gewesen. Der Kläger hätte viel früher in eine Fachklinik überwiesen werden müssen. Außerdem habe eine erhöhte Überwachungspflicht bestanden, die mittels ambulanter Kontrollen nicht gewährleistet gewesen sei. In der Klinik der Beklagten zu 2) sei bei der Versteifungsoperation vom 11.08.2004 fehlerhaft nicht zugleich auch das untere Sprunggelenk versteift worden. Die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen stünden im Widerspruch zum Gutachten des Professor Dr. y. Aus den Behandlungsunterlagen habe sich die Indikation für eine solche Maßnahme ergeben. Fehlerhaft habe das Landgericht verkannt, dass durch die Versteifung des oberen Sprunggelenks eine Fehlstellung des linken Rückfußes verursacht worden sei. Wenn es sich bei der Fehlstellung um ein Operationsrisiko gehandelt haben sollte, so sei der Kläger darüber nicht aufgeklärt worden. Fehlerhaft sei die Korrektur der Fehlstellung nicht bereits bei der Versteifung des unteren Sprunggelenks durchgeführt worden obwohl die Beklagte zu 2) selbst davon ausgegangen sei.
Der Kläger beantragt abändernd,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr jeglichen materiellen und zukünftigen immateriellen Schaden, letzterer soweit dieser durch Antrag zu 1) nicht erfasst und derzeit nicht vorhersehbar ist, der ihm aus der fehlerhaften medizinischen Behandlung in dem Zeitraum 2004/2005 entstanden ist und weiterhin entstehen wird, vorbehaltlich eines Forderungsübergangs auf Dritte zu ersetzen,
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 1.781,76 EUR nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
hilfsweise,
die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bochum zurückzuverweisen.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen die erstinstanzliche Entscheidung. Der Beklagte zu 1) trägt ergänzend vor, entgegen der Darstellung in der Berufungsbegründung seien alle Sachverständigen, auch die der Gutachterkommission, davon ausgegangen, dass die Versorgung der Fraktur mittels eines Fixateur externe sachgerecht gewesen sei. Die Schuppenflechte sei im Operationsbericht erwähnt worden. Auch die postoperative Behandlung sei einwandfrei erfolgt. Im übrigen sei die Operation nicht ursächlich für die derzeitigen Beschwerden des Klägers, die auf die Fraktur und die vorbestehende Arthrose zurückzuführen seien. Die Beklagte zu 2) trägt ergänzend vor, die Gewährung einer Schriftsatzfrist sei nicht geboten gewesen, da die mündliche Erläuterung des Gutachtens keine neue Beurteilung ergeben habe. Auch sei die Einholung eines Obergutachtens nicht geboten gewesen. Die gleichzeitige Versteifung des oberen und des unteren Sprunggelenks sei nicht indiziert gewesen. Die Versteifung sei auch sachgerecht durchgeführt worden. Darüber, dass sich eine Achsfehlstellung ergeben könne, sei der Kläger ausdrücklich aufgeklärt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.
Der Senat hat den Kläger persönlich gem. § 141 ZPO angehört und die Zeugin T vernommen. Der Sachverständige Prof. Dr. Q hat sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 03.12.2013 nebst Berichterstattervermerk Bezug genommen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die gegen das landgerichtliche Urteil vorgebrachten Einwendungen sind unbegründet und rechtfertigen keine abändernde Entscheidung.
1. Es kann dahinstehen, ob das Landgericht im vorliegenden Fall verfahrensfehlerhaft gegen die Verpflichtung verstoßen hat, dem Kläger nach der mündlichen Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme zu geben (vgl. BGH, NJW 2001, 2796). Eine Zurückverweisung der Sache wegen eines Verfahrensfehlers gem. § 538 Abs. 2 S. 1 ZPO kommt jedenfalls schon deshalb nicht in Betracht, weil der Senat im Rahmen des ihm nach § 538 Abs. 2 ZPO eingeräumten Ermessens befugt ist, die Sache selbst zu entscheiden. Einer umfangreichen Beweisaufnahme bedarf es nicht mehr, denn die Einholung eines weiteren Gutachtens ist nicht erforderlich. Gemäß § 412 Abs. 1 ZPO kann ein neues Gutachten dann eingeholt werden, wenn das bisherige Sachverständigengutachten ungenügend, also unvollständig, nicht nachvollziehbar oder in sich widersprüchlich ist. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.
2. Auch nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme kann ein Behandlungsfehler der Beklagten zu 1) und 2) nicht festgestellt werden. Insoweit folgt der Senat den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Q, der sein schriftliches Gutachten im Senatstermin noch einmal mündlich erläutert hat.
a) Dem Beklagten zu 1) kann weder ein Behandlungsfehler noch ein Aufklärungsversäumnis vorgeworfen werden.
aa) Die Versorgung des vom Kläger am 02.03.2004 erlittenen Verrenkungsbruches mittels eines Fixateur externe war als das Verfahren der Wahl indiziert. Eine interne Osteosynthese war demgegenüber für eine fachgerechte Behandlung ungeeignet.
Die Anbringung eines Fixateur externe ist entgegen der Annahme des Klägers nicht nur als notfallmäßige Primärversorgung vorgesehen. Nach den mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen Prof. Dr. Q im Senatstermin handelte es sich bei der Verwendung des Fixateur externe um das in der konkreten Situation einzig fachgerechte Verfahren. Diese Feststellung steht weder im Widerspruch zu den Ausführungen in seinem schriftlichen Gutachten noch wird sie durch das im Verfahren vor der Gutachterkommission erstellte Gutachten des Sachverständigen Prof. L infrage gestellt. Aus dessen Darstellung geht nicht hervor, dass ein Fixateur externe nur zur Notfallversorgung angewendet wird. Vielmehr beschreibt der Sachverständige Prof. L in seinem Gutachten in Übereinstimmung mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen nachvollziehbar, dass die Versorgung des Verrenkungsbruchs unmittelbar nach dem Unfall mittels Fixateur externe durchgeführt worden ist. Diese Vorgehensweise sei aufgrund "prekärer Hautverhältnisse" erfolgt. Diese Feststellung steht im Einklang mit den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen, der schon in seinem schriftlichen Gutachten darauf hingewiesen hat, dass vorliegend das "übliche Vorgehen" einer internen Osteosynthese ungeeignet gewesen sei.
Der Sachverständige Prof. Dr. Q hat auch nachvollziehbar erläutert, dass die Wahl des Fixateur externe aufgrund der schwierigen Weichteilverhältnisse, der Schuppenflechte im Bereich des Bruches und der Adipositas des Klägers indiziert gewesen ist.
Er hat bereits im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Kammertermin vor dem Landgericht die Vorgehensweise der Beklagten zu 1) damit gerechtfertigt, dass kritische Weichteilverhältnisse vorgelegen hätten, die auf den Röntgenbildern, die einen nicht unerheblichen Weichteilschaden in Form einer Verschiebung der Fragmente gezeigt hätten, zu sehen seien. Im Rahmen der mündlichen Erläuterung im Senatstermin hat der Sachverständige diese Feststellungen noch einmal dahingehend erläutert, dass bei einem Verrenkungsbruch regelmäßig schwierige Weichteilverhältnisse vorliegen, da die Luxation zum Anschwellen der Weichteile führe. Das mache eine Osteosynthese problematisch, die erst wieder in Betracht zu ziehen sei, wenn sich die Weichteilverhältnisse wieder gebessert hätten. Insoweit hat der Verweis des Klägers auf den sechs Monate nach dem Unfall erstellten Befundbericht der radiologischen Untersuchung durch die Beklagte zu 2) vom 30.8.2004, in dem regelrechte Weichteilverhältnisse bestätigt worden sind, keinerlei Relevanz. Der Sachverständige hat auch plausibel erklärt, dass das wegen der beim Kläger bestehenden Schuppenflechte erhöhte Infektionsrisiko die Verwendung des Fixateur externe zwingend notwendig gemacht hat. Da bei dieser Vorgehensweise das Gelenk nicht betroffen werde, sei eine möglicherweise auftretende Infektion - anders als bei der Osteosynthese - besser beherrschbar. Demgegenüber trifft die Annahme des Klägers, die Schuppenflechte sei unbedeutend gewesen, nicht zu. In dem Operationsbericht vom 02.03.2004 wird die von der Beklagten zu 1) gewählte Vorgehensweise ausdrücklich auch mit der Schuppenflechte begründet. Schließlich hat der Sachverständige auch darauf hingewiesen, dass das Übergewicht des Klägers die Verwendung des Fixateur externe

indiziert hat. Seine Erklärung, die Adipositas des Klägers hätte zu einer unverhältnismäßigen Beanspruchung bei einer Osteosynthese geführt, ist für den Senat unmittelbar einleuchtend.
bb) Eine Haftung der Beklagten zu 1) kann auch nicht mit einer fehlerhaften Aufklärung des Klägers über den durchgeführten Eingriff begründet werden. Zwar lässt sich dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen nicht entnehmen, dass er vor der Operation am 2.3.2004 über die gewählte Vorgehensweise mittels eines Fixateur externe aufgeklärt worden ist und konnte sich der Kläger - wie er im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch den Senat angegeben hat - nicht mehr an ein Aufklärungsgespräch erinnern. Gleichwohl wäre eine unterbliebene Aufklärung vorliegend nicht relevant. Verstöße gegen die Eingriffsaufklärung führen nur dann zu einer Haftung, wenn sie sich nachteilig auswirken. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Patient auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung - so oder so - in die Behandlung eingewilligt hätte. Davon ist hier auszugehen. Der Kläger selbst hat im Senatstermin angegeben, dass er die Vorgehensweise akzeptiert hätte, wenn er darüber aufgeklärt worden wäre, dass nur diese Möglichkeit in Betracht komme.
cc) Die postoperative Behandlung des Klägers im Haus der Beklagten zu 1) ist nicht fehlerhaft erfolgt. Entgegen der Meinung des Klägers, ist seine Entlassung nicht zu früh erfolgt. Auch ist nicht zu spät auf die Infektion im Bereich des Fixateuerpins reagiert worden.
aaa) Der Einwand des Klägers, angesichts der verschiedenen Risikofaktoren wie u. a. seine Adipositas und die ungünstigen Hautverhältnisse sowie die Kompliziertheit der Fraktur hätte er nicht bereits am 9.3.2004 aus der stationären Behandlung bei der Beklagten zu 1) entlassen werden dürfen, weil die notwendige Überwachung ambulant nicht durchzuführen gewesen sei, ist unbegründet. Der Sachverständige hat im Senatstermin dazu eindeutig erklärt, dass ein Patient, der mit einem Fixateur externe versorgt sei, auch ambulant weiter behandelt werden könne. Diese ambulante Behandlung sei hier auch regelgerecht erfolgt. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass postoperativ seitens der Beklagten zu 1) etwas unterlassen worden sei.
bbb) Soweit der Kläger weiterhin rügt, es sei erst am 22.4.2004 auf die Infektion im Bereich des Fixateurpins reagiert worden, begründet auch dies nicht den Vorwurf eines Behandlungsfehlers. Der Senat folgt insoweit der Erklärung des Sachverständigen Prof. Dr. Q, der im Senatstermin ausgeführt hat, dass das übliche Intervall für eine Wiedereinbestellung eines Patienten mit einem Fixateur von 7-10 Tagen eingehalten worden sei. Auf die Infektion sei mit der Entfernung des Fixateur externe zutreffend reagiert worden. Dass diese Reaktion verspätet erfolgt ist, lässt sich nicht feststellen. Soweit der Kläger vorgetragen hat, es sei eine wässrige Flüssigkeit ausgetreten, erfordert dies nach den Erläuterungen des Sachverständigen noch keine unmittelbare Reaktion, da der Austritt von Flüssigkeiten aus der Wunde normal sei. Der Beklagte zu 1) hat auf den Austritt eines eitrigen Sekrets, das auf eine Infektion hindeutete, unverzüglich reagiert. Das ergibt sich bereits aus der Aussage der Zeugin T, die in ihrer Vernehmung durch den Senat bekundet hat, dass erst am Abend vor der Wiedervorstellung des Klägers im Krankenhaus Eiter aus der Wunde ausgetreten sei. Der Sachverständige hat dazu ergänzend erklärt, dass ihm der Kläger selbst berichtet habe, dass die eitrige Flüssigkeit erst am Abend, bevor er wieder ins Krankenhaus gegangen sei, ausgetreten sei.
c) Auch hinsichtlich der ärztlichen Behandlung durch die Beklagte zu 2) ist weder ein Fehler noch ein Aufklärungsversäumnis feststellbar.
aa) Entgegen der Meinung des Klägers ist kein Behandlungsfehler darin zu sehen, dass bei der Operation vom 11.8.2004 nur das obere und nicht zugleich auch das untere Sprunggelenk versteift worden ist. Der Senat folgt der Einschätzung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, der nachvollziehbar erklärt hat, es habe zum Zeitpunkt dieser Operation keine Indikation für eine Versteifung auch des unteren Sprunggelenks gegeben. Der Sachverständige hat zur Begründung ausgeführt, dass das schrittweise Vorgehen bei der Versteifung des Sprunggelenks regelgerecht gewesen sei. Eine Gesamtversteifung sei nicht wünschenswert gewesen, da eine Restbeweglichkeit erhalten werden sollte. Darüber hinaus habe das durchgeführte Szintigramm gezeigt, dass das untere Sprunggelenk noch nicht betroffen gewesen sei. Entgegen der Meinung des Klägers ist darin kein Widerspruch zu den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. y zu sehen. Dieser hatte in seinem für die Gutachterkommission erstellten Gutachten ausgeführt, dass er nicht nachvollziehen könne, dass trotz Veränderungen im unteren Sprunggelenk nur das obere Sprunggelenk versteift worden sei. Allerdings muss in diesem Zusammenhang die Stellungnahme der BG-Kliniken C vom 16.7.2004 gesehen werden, in der nur von geringen Veränderungen im Bereich des unteren Sprunggelenks die Rede ist. Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung des Senats allein die Einschätzung des Sachverständigen Prof. Dr. Q zutreffend.
bb) Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Versteifungsoperation nicht fachgerecht durchgeführt worden ist. Nach Feststellung des Sachverständigen ist die Fehlstellung des linken Fußes nicht durch die Arthrodese des oberen Sprunggelenks, sondern aufgrund einer Vorschädigung der Knochen eingetreten.
cc) Der weitere Einwand des Klägers, bei der Arthrodese des unteren Sprunggelenks sei fehlerhaft nicht auch eine vollständige Korrektur der Fehlstellung vorgenommen worden, so dass eine weitere Operation zur Korrektur erforderlich geworden sei, ist ebenfalls unbegründet. Der Senat folgt auch insoweit den

Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Prof. Dr. Q, der nachvollziehbar darauf hingewiesen hat, dass die Korrektur der Fehlstellung nicht zugleich mit der Versteifung durchgeführt werden konnte. Dass die Operation möglicherweise - worauf der Sachverständige Prof. Dr. y in seiner Stellungnahme vom 18.08.2008 hingewiesen hat - anders geplant war, ist demgegenüber unerheblich.
dd) Schließlich ist auch die vom Kläger erhobene Aufklärungsrüge unbegründet. Soweit er vorgetragen hat, er sei über das Risiko einer Achsfehlstellung bei einer Kompression-Arthrodese mittels Ring-Fixateur nicht aufgeklärt worden, steht diese Behauptung in Widerspruch zum Inhalt des Aufklärungsbogens vom 4.8.2004. Darin ist das besondere Risiko einer Achs-und Rotationsfehlstellung erwähnt worden. Sein weiterer pauschaler Einwand, der Beklagten zu 2) sei eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen, ist unbeachtlich. Inwiefern dies der Fall sein soll, hat der Kläger nicht näher dargelegt. Seine bloße Behauptung, er könne sich nicht daran erinnern, dass in dem Aufklärungsbogen bei der Unterzeichnung bereits handschriftliche Eintragungen vorhanden gewesen seien, so dass dies zu bestreiten sei, ist nach Auffassung des Senats unzureichend.
3. Die Ausführungen des Klägers in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 22.1.2014 geben keine Veranlassung, gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Der Kläger fasst darin unter Wiederholung seiner wesentlichen Einwendungen lediglich sein bisheriges Vorbringen zusammen und beantragt erneut die Einholung eines Obergutachtens. Eine weitere Beweisaufnahme ist jedoch - wie oben dargelegt - nicht erforderlich.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708, 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.

191. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2014 – I-26 U 152/13, 26 U 152/13 – * Arzthaftung: Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler durch unterlassene intraoperative Bildgebung bei der Operation einer Schultereckgelenksprengung; Schmerzensgeldbemessung bei notwendiger Revisionsoperation

Leitsatz

Die operative Versorgung einer Schultereckgelenksprengung ist grob behandlungsfehlerhaft, wenn die Bohrung für die einzubringende Schraube zu nahe am Gelenk liegt und der Operateur diesen Umstand nicht erkennt, weil er die gebotene intraoperative Bildgebung zur Überprüfung der Bohrung unterlässt.

Orientierungssatz

Für das Erleiden der Revisionsoperation nach einer grob behandlungsfehlerhaften Operation einer Schultereckgelenksprengung ist ein Schmerzensgeld von 8.000 Euro angemessen.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 20.08.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld von 8.000 EUR nebst 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.10.2011 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle gegenwärtigen und künftigen materiellen sowie nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus der Behandlung vom 02. Mai. 2010 bis 07.05.2010 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht aus einen Sozialversicherungsträger oder sonstigen Dritten übergegangen sind.
Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 1.275,68 EUR an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.10.2011 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und bleibt die Klage abgewiesen.
Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).Ergänzend wird auf das Vorbringen der Parteien in den zweitinstanzlichen Schriftsätzen verwiesen.
Der Senat hat den Kläger nochmals angehört und den Sachverständigen Prof. Dr. L erneut sein Gutachten erläutern lassen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 18.02.2014 verwiesen.

II.
Die Berufung des Klägers ist begründet.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts stehen dem Kläger ein Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz materieller und weiterer nicht vorhersehbarer immaterieller Schäden gemäß §§ 280 Abs.1, 823, 31, 253 Abs. 2 BGB zu, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen ein grober Befunderhebungsfehler vorliegt.
Der Sachverständige hat bei seiner erneuten Anhörung bestätigt, dass sich bei einem postoperativen Röntgenbild ein fehlerhafter Schraubensitz herausgestellt hat, da das Gewinde mit der Schraube zu nahe am Gelenk gelegen hat. Eine solche Lage hat man nicht tolerieren dürfen, insbesondere nicht bei einem jungen Menschen.
Nach seinen Ausführungen sei dieser Positionsfehler, der bei der Bohrung zunächst auch einem erfahrenen Chirurgen passieren könne, aber zu vermeiden gewesen, wenn man intraoperativ die notwendige und ausreichende Überprüfung durch eine Bildgebung in zwei Ebenen vorgenommen hätte. Diese sei nicht erfolgt, da die vorgenommene Bildgebung dazu nicht geeignet sei. Sie bilde keine zwei Ebenen ab, vielmehr handele es sich lediglich um zwei Aufnahmen aus zwei unterschiedlichen Winkeln, die zu dicht beieinander lagen. Nach seinen Angaben sei es mehr als mutig und stelle eine reine Selbstüberschätzung dar, wenn ein Operateur sich lediglich auf seine eigenen Augen und seine Erfahrung verlasse und auf eine ordnungsgemäße Überprüfung verzichte, die hier dazu hätte führen müssen, entweder eine erneute Bohrung vorzunehmen oder auf ein anderes Verfahren umzuschwenken. Insoweit konnte der Sachverständige auch nicht ausschließen, dass dem Kläger eine erneute Operation erspart worden wäre. Er hat dies vielmehr als durchaus vorhandene Chance gesehen, was im Fall eines groben Fehlers für eine Haftung aufgrund der Umkehr der Beweislast beim Kausalitätsnachweis ausreichend ist.
Der Senat hält den Betrag von 8.000 EUR für das Erleiden der Revisionsoperation für angemessen, aber auch ausreichend, zumal es sich um eine jungen und sportlichen Mann handelt, dessen Genesung durch den Ausriss und die Zweitoperation verzögert wurde.
Angesichts des vorliegenden Behandlungsfehlers und des Umstandes, dass weitergehende Schäden bei einem Gesundheitsschaden niemals ausgeschlossen sind, ist auch der Feststellungsantrag zulässig und aus den vorgenannten Gründen begründet.
Der weitergehende materielle Zahlungsanspruch ist hingegen nicht begründet; denn der Sachverständige hat ausgeführt, dass eine solch schwere Verletzung in jedem Fall weitergehende Mobilisierungsmaßnahmen erforderlich gemacht hätte.
Die vorgerichtlichen Kosten sind gemäß §§ 280 Abs. 1, 823, 31 BGB i.V.m. den Vorschriften des RVG begründet.
Die Zinsansprüche ergeben sich aufgrund des Mahnschreibens mit Fristsetzung zum 19.Oktober 2011 aus §§ 286,288 BGB.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO, weil die Zuvielforderung geringfügig ist und keine weiteren Kosten verursacht hat.
Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 11, 713 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.

192. OLG Köln, Urteil vom 17.02.2014 – 5 U 102/13 – * Arzthaftungsprozess: Schadensberechnung bei fehlerhafter zahnärztlicher Behandlung

Orientierungssatz

Ein durch eine fehlerhafte zahnärztliche Behandlung geschädigter Patient kann entweder die von ihm im Rahmen des Erforderlichen für die Behebung des Mangels aufgewandten Kosten ersetzt verlangen oder - bei Unbrauchbarkeit der Versorgung - das geleistete Honorar zurückfordern und gegebenenfalls zusätzlich die für die Behebung des Mangels aufgewandten Mehrkosten geltend machen.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 10.7.2013 verkündete Teilanerkenntnis- und Schlussurteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 308/12 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neugefasst:
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 1.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.9.2012 zu zahlen.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin weitere 3.271,06 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.4.2012 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin die Kosten der privat zu bezahlenden funktionsanalytischen Leistungen im Rahmen der prothetischen Neuversorgung gemäß Plan 1/3013/2 mit Kostenzusammenstellung des Sachverständigen Dr. Q vom 2.2.2012 zu erstatten.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten erster Instanz werden der Klägerin zu 32 % und den Beklagten zu 68 % auferlegt.
Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens tragen die Klägerin zu 40 % und die Beklagten zu 60 %.
Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Klägerin zu 55 % und den Beklagten zu 45 % zur Last.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Nachdem die Beklagten über das in erster Instanz zuerkannte Schmerzensgeld von 500 EUR hinaus ein weiteres Schmerzensgeld von 500 EUR nebst Zinsen sowie den geltend gemachten Feststellungsantrag anerkannt haben und die Klägerin die Berufung im Übrigen zurückgenommen hat, waren lediglich noch die Kosten gemäß §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO entsprechend den jeweiligen Anteilen des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen.
Im Rahmen der von Amts wegen zu prüfenden erstinstanzlichen Kostenentscheidung war zu berücksichtigen, dass die Klägerin hinsichtlich ihres Zahlungsbegehrens entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht einen Haupt- und einen verdeckten Hilfsantrag gestellt hat, sondern dass vielmehr eine Hauptbegründung und eine Hilfsbegründung für den Zahlungsantrag vorlagen, was dazu führt, dass insoweit kein Teilunterliegen der Klägerin anzunehmen ist.
Die Klägerin hat zunächst den bei einer künftigen prothetischen Neuvorsorgung anfallenden Eigenanteil verlangt und ihr Begehren - nach Hinweis auf dessen ursprüngliche Unschlüssigkeit - im landgerichtlichen Termin sodann hilfsweise auf den an die Beklagten für die streitgegenständlichen zahnärztlichen Arbeiten geleisteten Eigenanteil gestützt, worauf die Beklagten anerkannt haben. Von einem einheitlichen Streitgegenstand ist insbesondere in dem Fall auszugehen, dass lediglich unterschiedliche Arten der Schadensberechnung bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 17.6.1992 - I ZR 107/90, iuris Rdn. 24 f., abgedruckt in BGHZ 119, 20 ff.; Zöller/Vollkommer, ZPO 30. Aufl. Einl. Rdn. 73). So liegt es hier. Der durch eine fehlerhafte zahnärztliche Behandlung geschädigte Patient kann entweder die von ihm im Rahmen des Erforderlichen für die Behebung des Mangels aufgewandten Kosten ersetzt verlangen oder - bei Unbrauchbarkeit der Versorgung - das geleistete Honorar zurückfordern und gegebenenfalls zusätzlich die für die Behebung des Mangels aufgewandten Mehrkosten geltend machen (vgl. Senatsurteil vom 27.2.2002 - 5 U 151/01, iuris Rdn. 8 f., abgedruckt in AHRS 0160/303).
Ob - wie die Beklagten meinen - bei einem Übergang des klagenden zahnärztlichen Patienten von einem Vorschussanspruch zu einem auf Rückzahlung des Honorars gerichteten Schadensersatzanspruch zwei unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen, kann im Streitfall dahinstehen. Eine derartige Fallgestaltung ist nicht gegeben. Die Klägerin hat keinen Vorschuss verlangt, der nach künftiger Durchführung der prothetischen Neuversorgung abzurechnen gewesen wäre, sondern endgültigen Ersatz in Höhe der fiktiv berechneten Kosten einer Neuversorgung gefordert.
Soweit die Klägerin in erster Instanz Zahlung begehrt hat, sind die Kosten auch nicht gemäß § 93 ZPO der Klägerin aufzuerlegen. Zwar kann ein - wie hier - erst im Laufe des Rechtsstreits erklärtes Anerkenntnis als sofortiges Anerkenntnis zu werten sein, wenn der Kläger eine ursprünglich unschlüssige Klage in schlüssiger Weise ergänzt oder umstellt (Zöller/Herget, ZPO 30. Aufl. § 93 Rdn. 6). Im Streitfall haben die Beklagten jedoch Veranlassung zur Klage gegeben. Nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift haben die Beklagten jedwede Zahlungsansprüche abgelehnt, nicht aber unter Anerkennung des Haftungsgrundes vorprozessual nur das zunächst unschlüssige, weil auf fiktive Abrechnung eines Personenschadens gerichtete Zahlungsbegehren zurückgewiesen. Dem entspricht es, dass die Beklagten in der Klagerwiderung den Haftungsgrund bestritten und sich insbesondere auf eine Nachbesserungsfähigkeit der im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Randschlussmängel berufen haben. Die Klägerin durfte daher davon ausgehen, dass sie zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in jedem Fall eine Klage erheben musste.
Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, das teilweise über den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits hinausgegangen ist, hat der Senat der Klägerin aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils zu einem etwas höheren Anteil auferlegt als die Kosten erster Instanz.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).
Der vom Landgericht festgesetzte Streitwert von 12.542,12 EUR ist aus den vorstehenden Gründen von Amts wegen zu ändern. Der Streitwert beläuft sich für die erste Instanz auf 9.271,06 EUR (Schmerzensgeld: 4.000 EUR; Zahlung: 3.271,06 EUR; Feststellung: 2.000 EUR).
Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 5.500 EUR (Schmerzensgeld: 3.500 EUR; Feststellung: 2.000 EUR).

193. OLG Bamberg, Beschluss vom 14.02.2014 – 4 U 62/13 – * Arzthaftung: Verjährung des Schadensersatzanspruches des Patienten; subjektive Voraussetzungen des Verjährungsbeginns infolge einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des Patienten von den beurteilungserheblichen Umständen des Behandlungsgeschehens; Obliegenheit des Patienten zur Nutzung leicht zugänglicher Informationsquellen

Leitsatz

1. Eine den Verjährungsbeginn auslösende, weil auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Gläubigerseite kann auch darin liegen, dass der Gläubiger auf der Hand liegende, leicht zugängliche Informationsquellen, die weiterführende Erkenntnisse über die anspruchsbegründenden Umstände erwarten lassen, nicht genutzt hat. Entsprechendes gilt, wenn von dritter Seite angebotene Erkenntnismöglichkeiten nicht innerhalb angemessener Zeit oder offenkundig nur unvollständig genutzt wurden (Fortführung BGH, 17.04.2012, VI ZR 108/11, NJW 2012, 2644, Rn.19ff.).
2. Eine in diesem Sinne jederzeit zugängliche Informationsquelle stellt auch der Kenntnisstand einer Krankenkasse bzw. Krankenversicherung dar, die sich mit dem versicherten Patienten auf die Überprüfung einer fehlgeschlagenen ärztlichen Behandlung durch einen Gutachter des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherer (MDK) verständigt hat und dementsprechend die anwaltlich vertretene Patientenseite fortlaufend über den Stand der Angelegenheit unterrichtet.
3. In einem solchen Fall gehört es zu einer obliegenheitsgerechten Umsetzung der Kooperationsvereinbarung, dass die Patientenseite
a) die ihr zugänglichen Behandlungsunterlagen unverzüglich für die angestrebte Begutachtung zur Verfügung stellt und auch in sonstiger Weise auf eine zügige Erstellung des Gutachtens hinwirkt,
b) sodann das erholte Gutachten gewissenhaft und in zeitnaher Abstimmung mit der Krankenkasse usw. auswertet sowie
c) gegebenenfalls eine wiederum zeitnahe Einholung eines Ergänzungsgutachtens veranlasst.
4. Sofern die anwaltlich beratene Patientenseite dagegen schon im Vorfeld der Begutachtung nur schleppend kooperiert hat und nach dem Eingang des für sich genommen aussagekräftigen Erstgutachtens überhaupt untätig geblieben ist, sind die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns jedenfalls ab dem Zeitpunkt erfüllt, in dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Eingang des ersten Gutachtens bei der Patientenseite zu erwarten gewesen wäre, wenn sie angemessen kooperiert hätte.
5. Eine im Sinn des § 199 I Nr. 2 BGB hinreichende Kenntnis von einem Fehlverhalten des behandelnden Arztes kann auch durch ein Privatgutachten vermittelt werden, in welchem zwar abschließend das Vorliegen eines Behandlungsfehlers (floskelhaft) verneint, aber im Rahmen der vorausgehenden Würdigung der angewendeten Operationstechnik eindrücklich und allgemein verständlich veranschaulicht wird, dass die Operationsmethode sowohl therapeutisch als auch wegen des (dann auch eingetretenen) Eingriffsrisikos in hohem Maße bedenklich war und zudem - aus eben diesem Grund - eine qualifizierte Aufklärung erfordert hätte.
Weiterführung BGH, 17.04.2012, Az: VI ZR 108/11

Tenor

I. Der Klägerin wird die beantragte Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren versagt.
II. Der Klägerseite wird aufgegeben, bis spätestens 14.03.2014 mitzuteilen, ob die Berufung aufrechterhalten bleibt.

Gründe

(zu Ziff. I):
I.
Die klagende Patientin nimmt den verklagten Facharzt für Orthopädie auf materiellen und immateriellen Schadenersatz in Anspruch. Sie lastet dem Beklagten im Zusammenhang mit dem von ihm am 11.02.2003 durchgeführten Eingriff im Bereich des rechten Fußes (Großzehe und 5. Mittelfußknochen) einen Behandlungsfehler (Anwendung einer längst überholten Operationstechnik) sowie ein durch die Wahl der Operationstechnik bedingtes Aufklärungsversäumnis an.
In dem von der Krankenversicherung der Patientin - der Barmer Ersatzkasse - aus dem übergegangenen Recht der Klägerin angestrengten Vorprozess 1 O 564/07 Landgericht Aschaffenburg war der Beklagte antragsgemäß zu beziffertem Schadenersatz sowie im Feststellungswege zur Erstattungspflicht für zukünftige Aufwendungen verurteilt worden. Das dortige Urteil des Landgerichts vom 07.06.2011 ist rechtskräftig.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die geltend gemachten Schadenersatzansprüche mit Ablauf des Jahres 2008 verjährt seien. Wie sich insbesondere aus dem vorgerichtlichen Schreiben ihres damaligen Bevollmächtigten - und jetzigen Streithelfers der Arztseite - an den Beklagten vom 01.04.2005 (Anlage B 8 = Bl. 51) ergebe, habe die Klägerin bereits im Frühjahr 2005 Kenntnis von dem Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers gehabt.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klägerseite, die an ihren bisherigen Sachanträgen unverändert festhält und mit der Berufungsbegründung zugleich die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt hat. Entsprechend den Verfügungen vom 07.08. und 25.09.2013 sowie dem ergänzenden Hinweis- und Auflagenbeschluss des Senats vom 29.11.2013 hat die Klägerseite im laufenden PKH-Prüfungsverfahren den - nach ihrer Versicherung vollständigen - vorgerichtlichen Schriftverkehr vorgelegt, den die Barmer Ersatzkasse mit der Patientenseite bzw. dem Beklagten einerseits und mit der Gutachterstelle des MDK wegen der von dort erstellten Vorgutachten vom 11.1.06 bzw. vom 12.11.07 (fortan nur: VGA I bzw. VGA II) andererseits geführt hat (Bl.147-182).
II.
Der Klägerseite kann für die vorliegende Berufung keine Prozesskostenhilfe bewilligt werden, weil es bereits an der sachlichen Bewilligungsvoraussetzung einer hinreichenden Erfolgsaussicht des Rechtsmittels fehlt (§ 114 S. 1 ZPO). Denn das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht die Verjährungseinrede der Beklagtenseite durchgreifen lassen.
1. Allerdings ist der Berufung zuzugeben, dass die Feststellungen des Ersturteils zu einem den Verjährungsbeginn auslösenden Kenntnisstand der Klägerseite nicht ausreichen, die für das Vorliegen einer positiven Kenntnis im Sinn des § 199 I Nr. 2/1. Alt. BGB erforderlichen Voraussetzungen auszufüllen.
Wie das Landgericht im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend darlegt, genügt es nicht, dass dem Patient der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist. Vielmehr muss er auf einen ärztlichen Behandlungsfehler als Ursache dieses Misserfolges schließen können. Dazu bedarf es nicht nur der Kenntnis der wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs, sondern auch der Kenntnis von solchen Tatsachen, auf denen sich für ihn als einem medizinischen Laien erschließt, dass die Arztseite von dem üblichen medizinischen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren (vgl. nur BGHZ 154, 358, Rn. 11 ff.). Diesen Anforderungen entsprechen die Feststellungen der Kammer nicht, die sich im wesentlichen auf den Inhalt des erwähnten Anwaltsschreibens vom 01.04.2005 stützen. Das folgt schon daraus, dass das Schreiben selbst keinen näheren Aufschluss über den damaligen Kenntnisstand der Patientenseite macht und noch nicht einmal bestimmte Wissensquellen andeutet. Zur „Begründung" wird lediglich auf den negativen Ausgang der Operation verwiesen. Die bloße Kenntnis vom Misserfolg der Behandlung allein aber ist, wie sich aus dem von der Kammer zutreffend referierten Ansatz ergibt, gerade nicht ausreichend.
Außerdem lässt das Ersturteil nähere Ausführungen zu den subjektiven Voraussetzungen eines Verjährungsbeginns hinsichtlich des gerügten Aufklärungsmangels vermissen.
2. Wie die Berufung jedoch verkennt, reicht es für den Verjährungsbeginn bereits aus, dass die Unkenntnis der Gläubigerseite jedenfalls auf grober Fahrlässigkeit beruht (§ 199 I Nr. 2/2. Alt. BGB). So aber liegen die Dinge hier.
a) Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und etwa ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH VersR 2010, 214 Rn. 13). Ihm muss ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (BGH NJW 2012, 2644, Rn. 18). Dies kann nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls selbst dann vorliegen, wenn eine Wissenszurechnung wegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Geschädigten durch ein „Verschließen der Augen" vor einer sich geradezu aufdrängenden Kenntnis im Sinne der Rechtsprechung zu § 852 I BGB a.F. noch nicht gegeben ist (BGH NJW a.a.O.).
b) Zwar geht es zu weit, eine generelle Obliegenheit des Gläubigers zu fordern (so zu Recht und auch im folgenden OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 817, dort Rn.35 ff.). Andererseits würde die Schwelle für die Annahme einer besonders schwerwiegenden Verletzung der verkehrsüblichen Sorgfalt zu hoch angesetzt, wenn dem Gläubiger zugestanden würde, selbst auf der Hand liegende, leicht zugängliche Informationsquellen, die Erkenntnisse über die anspruchsrelevanten Tatsachen erwarten lassen, nicht zu nutzen. Denn die erwähnte Vorgabe, dass sich der Geschädigte (jedenfalls) einfachsten, also in ihrer Situation sich geradezu aufdrängenden Überlegungen nicht verschließen darf, beinhaltet insbesondere auch, dass er Erkenntnismöglichkeiten zu nutzen hat, die ihm bereits zur Verfügung stehen, oder die er sich jedenfalls mühelos verschaffen kann, weil ihm der Zugang zur Erkenntnisquelle ohne Schwierigkeiten eröffnet ist.
Das elementare Gebot einer Beachtung dessen, was jedem Geschädigten unter den gegebenen Umständen hätte einleuchten müssen, ist zugleich verknüpft mit der Obliegenheit, liquide und leicht zugängliche Informationsquellen innerhalb angemessener Zeit sowie erschöpfend zu nutzen.
Dementsprechend ist etwa die Regressabteilung eines Sozialversicherungsträgers, der die Durchsetzung von übergegangenen Schadenersatzansprüchen eines Versicherten übertragen ist, grundsätzlich gehalten, solche Ansprüche zügig zu verfolgen. Dazu hat sie beispielsweise ihr zugeleitete Vorgänge der Leistungsabteilung sorgfältig auf regressrelevante Umstände zu prüfen sowie behördenintern durch geeignete

Organisationsanweisungen sicherzustellen, dass sie frühzeitig von regressrelevanten Schadensfällen Kenntnis erlangt (BGH NJW a.a.O., dort Rn.19 ff.).
3. Nach diesem Kriterien hat auch die spätestens seit Ende08.2003 anwaltlich beratene Klägerseite die ihr aus der Zusammenarbeit mit der Barmer Ersatzkasse (fortan nur: BE) erwachsenen Erkenntnismöglichkeiten spätestens ab05.2004 in einer jedem elementaren Sorgfaltsmaßstab zuwiderlaufenden Weise ungenutzt gelassen. Infolgedessen ist es ausschlaggebend der Untätigkeit der Klägerin und/oder des Streithelfers zuzuschreiben, dass der durch die beiden Vorgutachten des MDK (= Anlagen K 21.16 bzw. K 2) bei der BE schrittweise erlangte und dort von der Patientenseite jederzeit abrufbare Kenntnisstand nicht bereits bis spätestens Ende 2005 erreicht worden war, sondern erst im11.2007 vorlag. Das erschließt sich aus dem inzwischen vom Senat erholten Schriftverkehr und im Einzelnen wie folgt:
a) Bereits Mitte10.2003 hatte sich die BE mit den damaligen Anwälten der Klägerin (im folgenden nur: Anwälte) darauf verständigt, ein Gutachten des MDK zu erholen und hiervon der Klägerseite eine Kopie zuzuleiten (Schreiben der BE vom 16.10.2003 = Anlage K 21.2). Der weitere Schriftverkehr entwickelte sich zunächst wie im folgenden ersichtlich (Anmerkung: Soweit nicht anders angegeben, ist Absender jeweils die BE):
- Nach wiederholten Anfragen der Anwälte: Antwortschreiben vom 22.12.2003 mit der Mitteilung, dass bei der Klägerin weitere „beurteilungsrelevante Behandlungsunterlagen angefordert" wurden und das Vorliegen eines Gutachtens „frühestens im02.2004" erwartet werde (Anlage K 21.7).
- Nach weiteren Anfragen der Anwälte: Begutachtungsauftrag an den MDK vom 19.04.2004 sowie Mitteilung an die Anwälte vom 19.04.2004, dass „der Vorgang dem MDK heute vorgelegt" und bei der Klägerin mit gleicher Post sämtliche „ihr vorliegenden Röntgenbilder" angefordert wurde(n) (Anlagen K 21.12 und 21.10)
- Schreiben an den Beklagten vom 23.04.2004 mit der Bitte um Übersendung sämtlicher Röntgenbilder (Anlage K 21.11)
- Schreiben an die Klägerin vom 01.02.2005 mit der Bitte um Übersendung weiterer Röntgenbilder und mit dem Hinweis, dass der Beklagte drei Röntgenbilder übersandt hatte (Anlage K 20.1)
- Aktenvermerk vom 08.07.2005: Nach Auskunft des Beklagten befinden sich die noch ausstehenden Röntgenaufnahmen nach wie vor im Besitz der Klägerin (Anlage K 21.13)
- Schreiben an die Klägerin vom 11.07.2005, in dem der Eingang von 16 Röntgenaufnahmen bestätigt und die Übersendung der restlichen drei Aufnahmen „dringend" angemahnt wird (Anlage K 20.2).
b) Erst am 19.10.2005 wird der abschließende Begutachtungsauftrag erteilt, dem nur die schon seit geraumer Zeit vorliegenden 19 Röntgenbilder beigefügt sind (Anlage K 21.14). Das erste Gutachten vom 11.01.2006 (= VGA I) wurde mit Schreiben des MDK vom 17.01.2006 an die BE übersandt, die es am 09.02.2006 an den damaligen Klägervertreter und Streithelfer weiterleitete (Anlagen K 21.15 und 21.17). Die gezielten, bis Mitte10.2006 regelmäßig wiederholten telefonischen Nachfragen der BE nach dem weiteren geplanten Vorgehen der Klägerseite ließ der Streithelfer nur taktisch ausweichend mit dem Hinweis auf einen fortbestehenden „Klärungsbedarf" beantworten (Anlage K 21.17 sowie S.4 des klägerischen Schriftsatzes vom 22.08.2013 = Bl. 157). Nachdem die Klägerin auf die ihr persönlich übermittelten Anfragen vom 04.04. und 21.05.2007 nicht reagiert hatte (Anlagen K 20.3 und 20.4), ließ sie über den am 04.09.2007 kontaktierten Streithelfer im Telefonat vom 20.09.2007 mitteilen, dass nach „Rücksprache mit einem medizinischen Berater' von einer Verfolgung eigener Schadensersatzansprüche abgesehen werde (Schriftsatz vom 22.08.2013 a.a.O.). Die BE, die bereits seit Anfang08.2006 mit dem Beklagten bzw. dessen damaligen Bevollmächtigten in Kontakt stand (Anlagen K 17.1 - 17.8), erholte - auf der Linie und aus den in ihrem Schreiben an die Beklagtenseite vom 07.12.2006 (Anlage K 17.3) dargelegten Gründen - eine ergänzende Stellungnahme des MDK, die vom 12.11.2007 stammt und mit Begleitschreiben des MDK vom 16.11.2007 übermittelt wurde (Anlagen K 21.18, 2 und 21).
c) Hiernach hatte die Klägerseite über ihre ursprünglichen, offenbar nur bis Ende04.2004 mandatierten Anwälte zunächst vorbildlich mit der Krankenkasse zusammen- und auf die zügige Erholung eines MDK-Gutachtens hingearbeitet. In der Folgezeit aber und im klaren Gegensatz dazu unterblieben jegliche Aktivitäten der Patientin bzw. ihres neuen Bevollmächtigten, die erkennen lassen, dass auf die Erholung des von der BE angebotenen Gutachtens noch ernsthaft, geschweige denn zielstrebig und mit Nachdruck hingewirkt wurde. Im Gegenteil musste die kooperationsbereite Krankenversicherung sogar wiederholt die benötigten Röntgenbilder bei der Patientin anmahnen. Die Klägerseite hat also spätestens seit05.2004 nicht nur nicht jede fördernde Eigeninitiative unterlassen, sondern noch nicht einmal angemessen kooperiert. Auf diese Nachlässigkeit ist es daher nach Lage der Dinge zurückzuführen, dass sich die Erteilung des abschließenden Auftrags zur Begutachtungserteilung um weit über ein Jahr verzögert hat mit der Konsequenz, dass das erste Gutachten - bei großzügiger Betrachtung - nicht schon spätestens Mitte01.2005, sondern erst ein volles Jahr später vorlag und von der - anders als in der ersten Kooperationsphase - nicht mehr zu einer zügigen Bearbeitung angehaltenen Regressabteilung der Krankenkasse erst bis Mitte02.2006 an den Streithelfer weitergeleitet wurde. Sofern die anwaltlich beratene Patientenseite entsprechend dem elementaren Sorgfaltsstandard das ihr bis (spätestens) Mitte01.2005 übermittelte Erstgutachten des MDK gleichermaßen zügig wie sorgfältig ausgewertet und auch hierbei weiterhin eng

mit der Krankenkasse kooperiert hätte, folgt daraus als nächster Schritt der „Parallelverschiebung", dass das - in nur knapp drei Wochen erstellte - Ergänzungsgutachten des MDK ohne weiteres innerhalb des nächsten halben Jahres - also noch bis spätestens09.oder10.2005 - hätte erholt werden können. Denn der Umstand, dass der Auftrag für die ergänzende Stellungnahme erst über 1 % Jahre nach dem Eingang des VGA I erteilt wurde, geht ausschließlich darauf zurück, dass die Klägerseite schon auf die ersten Nachfragen der BE kein ernsthaftes Interesse an einer weiteren Zusammenarbeit mehr erkennen und alsbald den Kontakt überhaupt abreißen ließ.
d) Auf die grobe Nachlässigkeit der fast schon demonstrativ untätig und desinteressiert gebliebenen Patientenseite im Vorfeld der Erholung des Ergänzungsgutachtens kommt es allerdings schon nicht mehr an. Wie die Klägerseite nämlich verkennt, liegt eine weitere Besonderheit des Streitfalls darin, dass bereits in dem Erstgutachten vom 11.01.2006 (Anlage K 21.16) diejenigen Umstände und Tatsachenzusammenhänge vermittelt werden, aus denen sich auch aus der maßgebenden Sicht eines medizinischen Laien ohne weiteres der konkrete und näher begründete Verdacht erschließt, dass der Beklagte sowohl in Bezug auf die gewählte Operationstechnik als auch - zusammenhängend damit - bei der geschuldeten Aufklärung über mögliche Behandlungsalternativen jeweils von dem anerkannten Standard abgewichen war. Die einschlägigen Aussagen bei der zusammenfassenden Bewertung auf S.3 des VGA I sind unmissverständlich. So wird die gewählte Operationstechnik ausdrücklich als „gewagt" bezeichnet und zugleich das (deutlich) höhere Eingriffsrisiko einer „Pseudarthrose" angesprochen. Darüber hinaus wird wegen der „Pseudarthroseentwicklung bei der von K. beschriebenen Methode" klipp und klar darauf hingewiesen, dass „diesbezüglich präoperativ entsprechend aufgeklärt werden (müsse).
Diese - allesamt auf der Linie des im Vorprozess erholten Gerichtsgutachtens liegenden Darlegungen - sind hinreichend aussagekräftig, um auch einem Laien den Eindruck zu vermitteln, dass die angewendete Operationstechnik sowohl therapeutisch wie auch vom Eingriffsrisiko im hohen Maße bedenklich war und zudem - aus eben diesem Grund - eine qualifizierte Aufklärung erforderte. Ob ein diesbezügliches Aufklärungsgespräch stattgefunden hatte, konnte die Klägerin selbst beurteilen und ließ sich zudem anhand der Behandlungsunterlagen nachprüfen. Infolgedessen war die anwaltlich beratene Klägerin auch in der Lage zu erkennen, dass die die Aufklärungsthematik abschließende Einschätzung des MDK-Gutachters, die gebotene Aufklärung sei „offensichtlich" erfolgt, offenkundig nicht den Tatsachen entsprach. Die beim Streithelfer vorauszusetzende (Rechts-)Kenntnis des Inhalts und der Dokumentationsrelevanz der Behandlungsunterlagen des Beklagten muss sich die Klägerin ohnehin entsprechend § 166 I BGB zurechnen lassen (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.12.2013 - 17 U 271/12 -, dort Rn.56ff.).
Soweit im Schlusssatz des VGA I ein Behandlungsfehler verneint wird, ist diese Bewertung nicht geeignet, den sich aus den dargelegten Bedenken des Gutachters gegen die Operationsmethode ergebenden Verdacht einer Verfehlung des anerkannten Standards nachhaltig zu entkräften. Es kommt hinzu, dass die Krankenkasse die maßgebenden Aussagen des Erstgutachtens hinsichtlich der Operationsmethode und den sich daraus ergebenden zusätzlichen Aufklärungsbedarf offensichtlich sofort zutreffend eingeordnet hatte: Das ergibt sich beispielsweise aus ihrem Schreiben an die damaligen Beklagtenvertreter vom 04.12.2006 (Anlage K 17.3). Die dortigen Ausführungen zu einer „zu riskanten Operationsmethode" und zur Notwendigkeit der Aufklärung „über die Behandlungsalternativen ... sowie über das erhöhte Pseudoarthroserisiko" haben denn auch vollauf Eingang gefunden in die Formulierung der Sachfragen des Auftrags für das Ergänzungsgutachtens vom 24.10.2007 (Anlage K 21.18, dort S.2). Das aber bedeutet: Sofern die anwaltlich beratene Klägerseite in der gebotenen Weise mit der Regressabteilung der BE kooperiert und sich mit ihr gewissenhaft über die Bewertung des Erstgutachtens ausgetauscht hätte, hätte sie - wiederum im Sinne der sie treffenden Obliegenheit der Nutzung leicht zugänglicher Informationsquellen -auch auf die (zutreffende) Einschätzung der Regressabteilung der BE zurückgreifen und daran ihr weiteres Vorgehen orientieren können (und müssen).
4. Fazit: Aufgrund der von ihren damaligen Anwälten schon Mitte10.2003 eingegangenen Kooperationsvereinbarung mit ihrer Krankenversicherung verfügte die Klägerin seit Mitte10.2003 über die Möglichkeit, die Behandlung des Beklagten durch einen Fachgutachter des MDK auf haftungsbegründende Fehler überprüfen zu lassen. Die Erschließung dieser - leicht zugänglichen - Informationsquelle einer vorgerichtlichen Begutachtung wurde von der Patientenseite jedoch seit05.2004 nicht mehr ernsthaft betrieben, so dass das Gutachten infolge der fehlenden Mitwirkungsbereitschaft der Klägerin nicht nur nicht in noch angemessener Zeit erholt, sondern auch nach seiner Weiterleitung an den Streithelfer nicht mehr gewissenhaft geprüft, geschweige denn auf der Grundlage der Kooperationsvereinbarung gemeinsam mit der BE ausgewertet wurde. Infolgedessen ist es ausschlaggebend auf die jedem elementaren Sorgfaltsstandard zuwiderlaufende Untätigkeit der Klägerseite zurückzuführen, dass der die haftungsbegründenden Tatsachen offenlegende Erkenntnisstand bei der Patientenseite nicht schon Ende 2004 bzw. spätestens Mitte01.2005 erreicht war, sondern erst über ein Jahr danach.
Selbst dann, wenn hinsichtlich des maßgebenden Zeitpunkts auf die von der Kooperationsvereinbarung umfasste Möglichkeit einer Erholung einer weiteren gutachterlichen Stellungnahme des MDK abgestellt wird, haben bei der gebotenen „Parallelverschiebung" der tatsächlichen - verzögerten - Abläufe entsprechend der Vorgabe einer obliegenheitsgerechten Umsetzung der Kooperationsvereinbarung von

Mitte10.2003 die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns noch im Jahr 2005, nämlich spätestens im Herbst 2005 vorgelegen. Mit der Annahme einer hypothetischen Dauer von immerhin zwei vollen Jahren nach der Verständigung über eine gutachtliche Überprüfung des Behandlungsgeschehens wird übrigens der Zeitraum, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder gar nach dem Maßstab der gebotenen zügigen - noch keineswegs „überbeschleunigten" - Abwicklung zu erwarten gewesen wäre, auch nicht annähernd ausgeschöpft.
Schließlich entspricht dieses Ergebnis zugleich der Einordnung der Verjährungsproblematik, die die Regressabteilung der BE im Vorfeld der Klageerhebung im Vorprozess vertreten hatte (Schreiben an die damaligen Beklagtenvertreter sowie Gutachtensauftrag vom 24.10.2007 = K 17.7 und K 21.18).
Eine Kostenentscheidung ist wegen § 118 I, 4 ZPO nicht veranlasst.

194. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.02.2014 – 7 W 10/14 – * Ablehnung des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess: Überschreitung des Gutachtenauftrags als Befangenheitsgrund

Orientierungssatz

1. Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen können dann entstehen, wenn dieser bei der Gutachtenserstellung eigenmächtig über die ihm durch den Beweisbeschluss und den Gutachterauftrag gezogenen Grenzen hinausgeht und den Prozessbeteiligten unzulässiger Weise den von ihm für richtig gehaltenen Weg zur Entscheidung des Rechtsstreits weist.
2. Ein solches Misstrauen kann sich anerkanntermaßen weiterhin aus dem Umgang des Sachverständigen mit dem Prozessstoff und dem daraus vom Gericht abgeleiteten Gutachtensauftrag ergeben, etwa wenn der Sachverständige gegen richterliche Weisungen verstößt, seine Befugnisse überschreitet, vom Beweisbeschluss abweicht oder Beweisthemen umformuliert und substanziierten Vortrag einer Partei gänzlich unberücksichtigt lässt. Nicht jede Überschreitung dieser Grenzen durch den Sachverständigen rechtfertigt jedoch bereits die Besorgnis der Befangenheit. Vielmehr ist eine Entscheidung nach Lage des Einzelfalles zu treffen.
3. Ist der medizinische Sachverständige in einem Arzthaftungsprozess über die im Beweisbeschluss im einzelnen aufgeführten Fragestellungen hinausgegangen, hat er das Vorbringen der Klägerin auf seinen Wahrheitsgehalt untersucht und eine dem Richter vorbehaltene Würdigung vorgenommen sowie eine streitige Behauptung zu Lasten der Klägerin für erwiesen gehalten, so rechtfertigt dies ausnahmsweise nicht die Besorgnis der Befangenheit, wenn die Vorgehenweise des Sachverständigen auch für die Klägerin erkennbar auf einem auf die nicht eindeutige, missverständliche Abfassung des Beweisbeschlusses zurückzuführenden fehlerhaften Verständnis bzw. einer Fehlinterpretation der zu begutachtenden Umstände beruhte, ohne dass es irgendeinen Anhaltspunkt für ein bewusstes und gezieltes Fehlverständnis seitens des Sachverständigen gibt.
4. Ein Sachverständiger, der lediglich irrtümlich und aufgrund einer nicht eindeutigen Abfassung des Beweisbeschlusses aus nachvollziehbaren Gründen das Beweisthema unzutreffend erfasst, setzt sich aus Sicht der beteiligten Parteien nicht unter Verletzung seiner Neutralitätspflicht an die Stelle des Gerichts. Hat der Sachverständige sich insoweit aus einer angesichts der Abfassung des Beschlusses vertretbaren und keineswegs willkürlichen Sicht - möglicherweise sogar dem Verständnis des Gerichts folgend - in den Grenzen des Beweisbeschlusses gehalten, so ist die Besorgnis der Befangenheit nicht begründet.

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Landgerichts Heidelberg vom 07.01.2014 - 4 O 270/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerderechtszugs.
3. Der Streitwert des Beschwerderechtszugs wird auf bis zu 7.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.
Die Klägerin macht mit der Klage einen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen unzureichender Aufklärung und fehlerhafter ärztlicher Behandlung geltend.
Nach Erstattung eines schriftlichen Gutachtens vom 15.05.2013 (AS 227-297) durch den vom Landgericht bestellten Sachverständigen Prof. Dr. O. hat sie mit einem am 16.07.2013 beim Landgericht Heidelberg vorab per Telefax eingegangenen Schriftsatz (AS 327/329-347) den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Die Frist zur Stellungnahme zu dem Gutachten war ihr zuvor mit gerichtlicher Verfügung vom 15.07.2013 (AS 325) bis zum 16.07.2013 verlängert worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss vom 07.01.2014 (AS 371-381), mit welchem das Landgericht das Befangenheitsgesuch als unbegründet zurückgewiesen hat, Bezug genommen. Gegen diesen ihr am 13.01.2014 (AS 385) zugestellten Beschluss wendet sich die Klägerin mit ihrer vorab per Telefax am 27.01.2014 beim Landgericht sofortigen Beschwerde selben Datums (AS 387/389-395), der das Landgericht nicht abgeholfen hat.
II.

Die gemäß §§ 406 Abs. 5, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gemäß § 569 ZPO frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Befangenheitsgesuch der Klägerin wurde fristgerecht eingereicht. Ergibt sich der Grund zur Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens, läuft im Allgemeinen - wie auch hier - die Frist für die Ablehnung des Sachverständigen gem. § 406 Abs. 2 S. 2 ZPO gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten - auch verlängerten - Frist zur Stellungnahme nach § 411 Abs. 4 ZPO ab, wenn sich die Partei zur Begründung des Antrags mit dem Inhalt des Sachverständigengutachtens auseinander setzen muss (BGH, NJW 2005, 1869 f. Tz. 12; OLGR Saarbrücken 2007, 374 ff. Tz. 7 f.).
Zu Recht hat das Landgericht das Befangenheitsgesuch der Klägerin jedoch für unbegründet erachtet.
1. Nach § 406 Abs. 1 S. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Für die Besorgnis der Befangenheit kommt es nicht darauf an, ob der vom Gericht beauftragte Sachverständige parteiisch ist oder ob das Gericht Zweifel an seiner Unparteilichkeit hat. Vielmehr rechtfertigt bereits der bei der ablehnenden Partei erweckte Anschein der Parteilichkeit die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, wenn vom Standpunkt der ablehnenden Partei aus bei vernünftiger Betrachtung genügend Gründe vorhanden sind, die in den Augen einer verständigen Partei geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erregen (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 851 f., Tz. 10 m.w.N.).
a) Derartige Zweifel können dann entstehen, wenn der Sachverständige bei der Gutachtenserstellung eigenmächtig über die ihm durch den Beweisbeschluss und den Gutachterauftrag gezogenen Grenzen hinausgeht und den Prozessbeteiligten unzulässiger Weise den von ihm für richtig gehaltenen Weg zur Entscheidung des Rechtsstreits weist. Ein solches Misstrauen kann sich anerkanntermaßen weiterhin aus dem Umgang des Sachverständigen mit dem Prozessstoff und dem daraus vom Gericht abgeleiteten Gutachtensauftrag ergeben etwa, wenn der Sachverständige gegen richterliche Weisungen verstößt, seine Befugnisse überschreitet, vom Beweisbeschluss abweicht oder Beweisthemen umformuliert und substantiierten Vortrag einer Partei gänzlich unberücksichtigt lässt. Nicht jede Überschreitung dieser Grenzen durch den Sachverständigen rechtfertigt jedoch bereits die Besorgnis der Befangenheit. Vielmehr ist eine Entscheidung nach Lage des Einzelfalles zu treffen (vgl. BGH, a.a.O., Tz. 12 m.w.N.; Senat, Beschluss vom 26.01.2012, Az. 7 W 20/11; OLG Jena, Beschluss vom 28.12.2012, Az. 6 W 422/12 Tz. 11; Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage, § 406 Rn. 8/9 m.w.N.).
b) So wurde etwa eine Befangenheit bejaht, wenn der medizinische Sachverständige das Gericht darauf hinweist, dass aus den übermittelten Behandlungsunterlagen nicht hervorgeht, inwieweit und in welcher Form eine Aufklärung und Einverständniserklärung des Patienten stattgefunden hat, ohne dass dies Gegenstand des Gutachtensauftrags war (OLG München, VersR 2008, 944 Tz. 12). Auch, wenn der Sachverständige mit seinen Feststellungen eindeutig über den ihm erteilten Gutachtensauftrag hinausgeht, ohne zuvor auf eine gerichtliche Ergänzung der Beweisfrage hingewirkt zu haben, kann er den Eindruck zu erwecken, er wolle an Stelle des Gerichts festlegen, welche Fragen beweisbedürftig sind, und dadurch Misstrauen in seine Unparteilichkeit mit der Folge hervorrufen, dass ein Ablehnungsantrag wegen Besorgnis der Befangenheit begründet ist . Dies wurde etwa angenommen, wenn er ungefragt in einem „Medizinisch-Technischen Biomechanikgutachten" feststellt, dass eine leichte HWS-Distorsion bei der Klägerin nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Dauer von deren Beschwerden jedoch sachverständigerseits nicht mit dem Kollisionsablauf in Einklang zu stehen scheine, weil die Schmerzen entsprechend der hierzu korrelierenden Erkenntnisse aus der Unfallforschung binnen maximal zwei Wochen vollständig hätten abgeklungen sein müssen (OLG Celle, NJW-RR 2003, 135 Tz. 6). Auch mag ein Sachverständiger mit Erfolg wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er, statt die ihm abstrakt gestellte Beweisfrage zu beantworten, das Vorbringen der Parteien auf Schlüssigkeit und Erheblichkeit untersucht und in seinem Gutachten feststellt, angesichts des Inhalts der von ihm ermittelten Parteivereinbarungen komme es auf die Beweisfrage nicht an (OLG Köln, NJW-RR 1987, 1198 f.). Erfolgreich kann ein Ablehnungsgesuch auch sein, wenn der Sachverständige sich auf das nach § 286 ZPO allein dem Gericht vorbehaltene Gebiet der Beweiswürdigung begibt und damit die Grenzen seines Auftrags erheblich überschreitet, wenn er etwa entgegen der ausdrücklichen Vorgabe des Gerichts die Glaubwürdigkeit einer Zeugin zwar nicht unmittelbar in Zweifel zieht, er aber die Glaubhaftigkeit der Aussage leugnet mit einer Begründung, die vereinfacht ausgedrückt darauf hinaus lief, ein Notfallarzt mache keine solchen gravierenden Fehler. Der Sachverständige ist zwar nicht gehalten, Zeugenaussagen, deren Inhalt aus seiner fachlichen Sicht nicht zutreffen kann oder doch gänzlich unwahrscheinlich ist, kommentarlos hinzunehmen. Er hat etwaige Bedenken dieser Art aber dem Gericht zu unterbreiten und kann den Inhalt seines Auftrags nicht eigenmächtig verändern (OLGR Nürnberg 2006, 800 f. Tz. 16 ff.). Gleiches gilt, wenn der medizinische Sachverständige im Arzthaftungsprozess die im Beweisbeschluss vorgegebenen Beweisthemen von sich aus einfach umformuliert und bei der Gutachtenserstellung substantiiertes Parteivorbringen zu behaupteten Behandlungsfehlern völlig unbeachtet lässt (OLG Bamberg, MedR 1993, 351 f.). Ein Befangenheitsgrund kann auch darin liegen, dass der Sachverständige den Eindruck erweckt, eine streitige Behauptung zu Lasten einer Partei für erwiesen zu halten (OLG Dresden, BauR 2004, 1337)

bzw. er eigenmächtig alle (für die Antragstellerin im Ergebnis ungünstigen) Feststellungen des Antragsgegners ungeprüft übernimmt (OLG Celle, Beschluss vom 25.05.2010, Az. 13 Verg 7/10 Tz. 25).
2. Gemessen an diesen Maßstäben hat die Klägerin keine ausreichenden Gründe vorgetragen. Das Verhalten und die Ausführungen des Sachverständigen sind - noch - nicht geeignet, Zweifel an seiner Unparteilichkeit zu erregen. Es liegt hier nicht eine Konstellation vor, die mit den o. g. vergleichbar wäre. Der Sachverständige hat sich unter Berücksichtigung des Inhalts des Beweisbeschlusses, anders als die Beschwerde meint, nicht derart einseitig zu Lasten der Klägerin zum Richter aufgeschwungen, dass die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt wäre. Dies gilt auch insoweit, als sie der Sache nach rügt, der Sachverständige sei eigenmächtig über die Grenzen des Gutachtensauftrags hinausgegangen, ohne auf eine Ergänzung der Beweisfrage hinzuwirken. Dabei ist zu beachten, dass die Frage, ob die Überschreitung eines Gutachterauftrags geeignet ist, bei einer Partei bei vernünftiger Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen hervorzurufen, im Übrigen einer schematischen Betrachtungsweise nicht zugänglich ist, sondern nur aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden kann (BGH, a.a.O., Tz. 13 m.w.N.).
a) Der gerichtliche Sachverständige hat hier in seinem Gutachten vom 15.05.2013 zu der im Beschluss des Landgerichts vom 02.04.2012 (AS 169-183) unter der Überschrift „Beweisbehauptungen“ auf S. 7 (AS 181) zu Ziff. 2 zur Aufklärung gestellten Frage, über welche Risikofaktoren die Klägerin präoperativ nach medizinischem Standard aufzuklären war und ob die von den Beklagten vorgetragene standardmäßige Aufklärung dem üblichen Standard entsprochen habe, in seinem Gutachten, S. 24 (AS 271) Stellung genommen.
Er hat jedoch darüber hinaus umfassend zu der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob eine hinreichende und rechtzeitige Aufklärung der Klägerin tatsächlich erfolgt ist, und sie sich, eine ordnungsgemäße Aufklärung unterstellt, in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, Stellung genommen (vgl. auch die Beschwerdebegründung vom 16.07.2013, S. 3-6, AS 333-339). So hat er etwa auf S. 18/19 des Gutachtens (AS 261/263) ausgeführt, eine Aufklärung vermutlich am Vorabend der Operation sei hier verspätet. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Klägerin sich bereits seit vielen Monaten sehr detailliert mit den Chancen und Risiken einer HWS-Operation auseinandergesetzt habe. Es seien zuvor bereits drei weitere Gespräche über die Chancen und Risiken einer HWS-Operation binnen eines Jahres vor der Operation dokumentiert. Er gehe deshalb davon aus, dass die Klägerin sehr wohl über die allgemeinen Erfolgsaussichten umfangreich und zeitgerecht informiert gewesen sei. Der Entschluss zur Operation sei aufgrund dieser Informationen gereift gewesen. Die Darstellung der Klägerin, dass sie sich bei genauer Aufklärung am Abend gegen eine Operation entschieden hätte, halte er für nicht nachvollziehbar. Die Aufklärung zu Detailrisiken allerdings wie Recurrensparese, Implantatfehllage etc. sei als nicht zeitgerecht anzusehen. Diese Ausführungen hinsichtlich einer verspäteten Aufklärung, einer jedoch bereits zuvor von dritter Seite erfolgten Aufklärung über Chancen und Risiken und der fehlenden Glaubhaftigkeit der Angabe der Klägerin, sie habe sich ggf. die Einholung einer Zweitmeinung entscheiden, hat er anschließend wiederholt (vgl. Gutachten S. 25/26 (AS 275/277) sowie den Verweis auf S. 31 (AS 287) und seine Darlegungen S. 32 (AS 289) im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem Kommissionsgutachten vom 16.02.2009 und im Zuge der abschließenden Zusammenfassung des Gutachtens S. 35 (AS 295)). Daran hat er auch in seiner Stellungnahme vom 09.08.2013 (AS 355-361) zum Befangenheitsgesuch der Klägerin festgehalten.
b) Er ist damit über die auf S. 7 des Beschlusses im einzelnen aufgeführten Fragestellungen hinausgegangen, hat das Vorbringen der Klägerin auf seinen Wahrheitsgehalt untersucht und eine dem Richter vorbehaltene Würdigung vorgenommen sowie eine streitige Behauptung zu Lasten der Klägerin für erwiesen gehalten. Dies rechtfertigt hier jedoch ausnahmsweise nicht die Besorgnis der Befangenheit. Denn dies liegt - auch für die Klägerin erkennbar - an einem auf die nicht eindeutige, missverständliche Abfassung des Beschlusses vom 02.04.2012 zurückzuführendem fehlerhaften Verständnis bzw. einer Fehlinterpretation der zu begutachtenden Umstände, ohne dass es irgendeinen Anhaltspunkt für ein bewusstes und gezieltes Fehlverständnis seitens des Sachverständigen gibt (vgl. OLG Karlsruhe [13. ZS], GesR 2012, 682 ff. Tz. 3/6; OLG Köln, GesR 2012, 172 f. Tz. 6; OLG München, Beschluss vom 19.09.2011, Az. 1 W 1532/11 Tz. 8/9).
Das Landgericht hat zwar auf S. 7 des Beschlusses konkrete Fragen an den Sachverständigen gestellt; es hat jedoch zuvor eine Darstellung des Sachverhalts in den Beschluss aufgenommen und dabei unter Bezifferung einzelne Behauptungen der Parteien aufgeführt, darunter insbesondere auch diejenigen zur Aufklärungspflichtverletzung einschließlich der Frage der rechtzeitig der Aufklärung, einer vorangegangen Aufklärung durch Dritte sowie eines Entscheidungskonfliktes der Klägerin. Sodann heißt es auf S. 7 des Beschlusses unter I. in der Einleitung, über die sich aus dem streitigen Parteivortrag ergebenden Beweisfragen sei durch die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben. Sodann folgen nach einem Doppelpunkt einzelne konkrete Fragen. Während das Landgericht - für einen juristisch Geschulten erkennbar - u. U. beabsichtigt hat, dass nur die unter B. I. aufgeführten konkreten Fragen begutachtet werden, ist der medizinische Sachverständige, von dem insoweit keine rechtlichen

Detailkenntnisse verlangt werden können, ersichtlich davon ausgegangen, er solle den gesamten Sachverhalt einschließlich der unter A. aufgeführten Behauptungen der Parteien begutachten. Es spricht im Übrigen Einiges dafür, dass auch das Landgericht selbst möglicher Weise - dann allerdings ohne hinreichende Beachtung der für den Sachverständigenbeweis geltenden rechtlichen Grenzen (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 402 Rn. 5) - von einem derart weit gefassten Gutachtensauftrag wie der Sachverständige ausgegangen ist. Denn das Landgericht hat im angefochtenen Beschluss vom 07.01.2014, S. 4 (AS 377) dargelegt, dass auch die Ausführungen der Parteien zur Aufklärung und damit auch die Behauptungen der Beklagten zur bereits andernorts erfolgten ausreichenden Aufklärung sowie die Auseinandersetzung mit dem im Auftrag der Gutachterkommission erstatteten Gutachten vom 16.02.2009 (AH I, K12), auf welches der im Beweisbeschluss wiedergegebene streitige Vortrag der Beklagten Bezug nehme, Gegenstand des Beweisbeschlusses gewesen seien und sich der Sachverständige deshalb zu Recht damit auseinandergesetzt habe.
Diesem Verständnis des Beweisbeschlusses folgend hat der Sachverständige in seinem Gutachten, S. 25 ff. (AS 275 ff.) auch die im Beweisbeschluss aufgeführten Behauptungen der Parteien noch einmal ausdrücklich aufgenommen und zu diesen, teilweise unter Bezugnahme auf seine Ausführungen in der voranstehenden zusammenfassenden gutachterlichen Beurteilung unter 5. (S. 14 ff., AS 253 ff), im Einzelnen Stellung genommen. Ferner hat er sich mit dem von der Gutachterkommission eingeholten Gutachten des Prof. Dr. T. vom 16.02.2009 auseinandergesetzt, auf welches sich die Beklagten im Rahmen ihrer Behauptungen beriefen. Danach ist der Sachverständige, verleitet durch die Abfassung des Beschlusses, von einem weiten Verständnis des Beweisthemas ausgegangen. Er hat nicht seine Kompetenz überschritten, sondern nur versucht, den ihm unzureichend übermittelten Anforderungen des Gerichts aus seiner Sachverständigensicht gerecht zu werden. Ein Sachverständiger, der lediglich irrtümlich und aufgrund einer nicht eindeutigen Abfassung des Beweisbeschlusses aus nachvollziehbaren Gründen das Beweisthema unzutreffend erfasst, setzt sich jedoch aus Sicht der beteiligten Parteien nicht unter Verletzung seiner Neutralitätspflicht an die Stelle des Gerichts. Der Sachverständige hat sich hier aus einer angesichts der Abfassung des Beschlusses vertretbaren und keineswegs willkürlichen Sicht - möglicher Weise sogar dem Verständnis des Landgerichts folgend - vielmehr in den Grenzen des Beweisbeschlusses gehalten. So hat er auch in seiner Stellungnahme vom 09.08.2013 (AS 355 ff.) zum Gesuch der Klägerin auf S. 2 ausgeführt, die von der Klägerin angeführte Reduktion auf zwei Beweisfragen zur Aufklärung fände sich nicht im Gutachtensauftrag.
Der Sachverständige hat auch keineswegs nur zu den einzelnen Behauptungen der Klägerin und dabei nur zu ihrem Nachteil Stellung genommen. Er hat vielmehr auch zu dem streitigen Vortrag der Beklagten Ausführungen getätigt und bei seiner Begutachtung wiederholt zu deren Lasten die Auffassung vertreten, dass eine Aufklärung am Vorabend der Operation verspätet gewesen sei. Wenn das Gutachten im Zusammenhang mit der Auslegung des Beweisthemas auch einige teilweise rechtlich Fragen wie etwa die des Erfordernisses einer schriftlichen Aufklärung oder der Rechtzeitigkeit der Aufklärung anspricht, so begründet das für sich allein genommen ebenfalls noch keine Besorgnis der Befangenheit (OLG Nürnberg, MDR 2002, 291 Tz. 4, OLGR Hamburg, 2000, 18 f. Tz. 2; OLG Karlsruhe MDR 1994, 725 f.; Zöller/Greger, a.a.O., § 406 Rn. 9). Auch insoweit hat sich der Sachverständige nach dem oben Gesagten im Übrigen - ausgehend von seinem vertretbaren Verständnis - des Beweisbeschlusses in dessen Grenzen gehalten. So hatte die Klägerin ausweislich des Beschlusses S. 3 unter Ziff. 1 (AS 173) auch ausdrücklich vorgetragen, dass Aufklärungsgespräch sei nicht dokumentiert worden und ihr sei keine schriftliche Einverständniserklärung abverlangt worden. Auch seine Würdigung hinsichtlich des von der Klägerin vorgetragenen, von den Beklagten bestrittenen Entscheidungskonfliktes war danach von diesem Verständnis des Beweisthemas umfasst. Dabei hat der Sachverständige, wie das Landgericht im angefochtenen Beschluss zu Recht ausführt, nicht die Glaubwürdigkeit der Klägerin in Frage gestellt, sondern allein auf die ihm vorliegenden medizinischen Unterlagen rekurriert und seine Auffassung deutlich als eigene Schlussfolgerung dargestellt.
Wieso unter diesen Umständen die Aufnahme der Angaben der Klägerin im Rahmen der gutachterlichen Anamnese zu zwei getrennten Gesprächen mit Dr. K. und Prof. U. am Abend vor der Operation in das Gutachten die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen soll (vgl. Beschwerdebegründung S. 7, AS 341), erschließt sich auch dem Senat nicht. Zutreffend weist das Landgericht ferner darauf hin, dass der von der Klägerin beanstandete Fettdruck in Passagen des Gutachtens nicht nur die ihr nachteiligen Ausführungen betrifft und eine einseitig zum Nachteil der Klägerin vorgenommene Verwendung bekräftigender Ausdrücke nicht erkennbar ist.
III.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
Den Streitwert für den Beschwerderechtszug bemisst der Senat gemäß §§ 63 Abs. 2 GKG, 3 ZPO mit 1/3 des Wertes der Hauptsache (vgl. BGH, AGS 2004, 159 f., zit. nach juris Tz. 6; OLG München MDR 2010, 1012; OLGR Saarbrücken 2007, 430 f.).

195. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.02.2014 – 1 U 14/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Gesundheitsschaden wegen eines Befunderhebungsfehlers bei der Behandlung eines arteriellen Gefäßverschlusses; Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler; Schmerzensgeldbemessung für eine Oberschenkelamputation

Leitsatz

Es kommt auch beim einfachen Befunderhebungsfehler zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, wenn sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ereignis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion darauf als grob fehlerhaft darstellen würde (hier angenommen für den Fall, dass sich bei der Erhebung der erforderlichen Befunde ein embolischer arterieller Verschluss am Unterschenkel ergeben hätte).

Orientierungssatz

Eine 58jährige Frau, die infolge eines Befunderhebungsfehlers zunächst einen arteriellen Gefäßverschluss unterhalb des Kniegelenks erleidet und in der Folgezeit sieben Operationen und letztendlich eine Oberschenkelamputation bei akuter Lebensgefahr durchleiden muss, hat Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe von 50.000 Euro.

Diese Entscheidung wird zitiert

Kommentare

Herberger/Martinek/Rüßmann u.a.PK-BGB

? Lafontaine/K. Schmidt, 7. Auflage 2014, § 630h BGB

Sonstiges

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 21.12.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (9 O 2204/09) abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 50.000,-- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.12.2009 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche materiellen und künftigen immateriellen Schäden zu ersetzten, die aus dem verspäteten Behandlungsgeschehen vom 4.12./5.12.2006 entstanden sind bzw. noch entstehen werden.

Die Beklagten tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 60.000,-- Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin wurde bei der Beklagten zu 1) am 20.11.2006 wegen einer Tibeakopfmehrfragmentfraktur operativ versorgt. Nach der Operation erhielt sie ein Mittel zur Thromboseprophylaxe. Am 1.12.2006 wurde die Klägerin wegen einer Dickdarmentzündung in der Klinik für Innere Medizin behandelt. Ausweislich der Pflegedokumentation wurde ihr jedenfalls am 2. und 3.12.2006 das Mittel zur Thromboseprophylaxe nicht verabreicht. Am 4.12.2006 klagte die Klägerin über Schmerzen im Knie, ihr wird ein Schmerzmittel gegeben. Für 16.30 Uhr ist in der Pflegedokumentation festgehalten, dass der rechte Fuß kalt ist, die Zehen etwas bläulich verfärbt sind, dass die Patientin Wärme am Fuß spürt und keine Empfindungsstörungen zu haben scheint. Der Arzt vom Dienst (AvD) ordnet die Anlage eines Watteschutzverbandes am rechten Fuß an. Dies wird beibehalten bis zum Vormittag des 5.12.2006. Sodann wird eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt, die spätestens um 12.00 Uhr beendet war. Es wird eine deutliche Durchblutungsstörung mit dem Verdacht eines arteriellen Gefäßverschlusses unterhalb des Kniegelenks festgestellt. Die Gefäßdarstellung zwischen 14.30 Uhr und 15.30 Uhr zeigt einen embolischen arteriellen Verschluss am Unterschenkel rechts. Um 18.00 Uhr erfolgt die Verlegung der Klägerin in die Klinik für Gefäßchirurgie, wo gegen 18.15 Uhr die Indikation zur Sofortoperation gestellt wird. Bei der Notfalloperation ab 19.45 Uhr werden mehrere Blutgerinnsel aus Ober- und Unterschenkel entfernt. Die Behandlung mit Heparin wird fortgesetzt. Was in der Zeit bis zum 14.12.2006 erfolgte, ist zwischen den Parteien insoweit streitig, ob die Klägerin am Bett und im Krankenzimmer mobilisiert werden konnte. Nach der Krankendokumentation der Beklagten zu 1) hatte die Klägerin in der Zeit 7.12. und 13.12.2006 physiotherapeutische Anwendungen. Am 14.12.2006 ergab sich der Verdacht eines erneuten Gefäßverschlusses, der zur Durchführung einer Notfalloperation führte. In der Folge wurden bis zum 17.12.2006 in schneller Folge

insgesamt 6 Operationen durchgeführt. Am 17.12.2006 musste bei akuter Lebensgefahr der rechte Oberschenkel amputiert werden.
Die Klägerin rügt, dass ihr am 2. und 3.12.2006 fehlerhaft das Mittel zur Thromboseprophylaxe nicht verabreicht worden sei und dies im Zusammenhang damit, dass der Gefäßverschluss vom 4.12.2006 erst am 5.12.2006 festgestellt und deshalb verspätet operativ versorgt worden sei (obgleich bereits am 4.12.2006 Anlass zu weiteren Befunderhebungen bestanden habe). Dies habe den Geschehensablauf in Gang gesetzt, der letztlich zur Amputation des rechten Oberschenkels geführt habe.
Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie behaupten vor allem, dass es zwischen den von der Klägerin gerügten Fehlern (selbst wenn man diese zu ihren Gunsten unterstellte) und der Amputation keinen Kausalzusammenhang gebe. Die Ischämiefreiheit zwischen dem 5. und dem 14.12.2006 belege eine komplette Sanierung durch den Eingriff vom 5.12.2006, sodass es sich bei dem Geschehen ab dem 14.12.2006 um einen neuen Geschehensablauf handele.
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrages und der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil.
Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt (Dipl. med. D. - Bl. 11ff. II -), das der Sachverständige im Termin vom 30.11.2011 mündlich erläutert hat. Mit Schriftsatz vom 16.9.2011 hat die Klägerin das von der Staatsanwaltschaft Magdeburg in einem gegen einen der beteiligen Ärzte geführten Ermittlungsverfahren eingeholte Gutachten von Dr. C. (Bl. 51ff. II) vorgelegt.
Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Zwar hätte die Thromboseprophylaxe kontinuierlich fortgesetzt werden müssen, sie verhindere aber lediglich venöse Thrombosen und Thromboembolien. Solche seien bei der Klägerin aber nicht aufgetreten. Die am 5.12.2006 diagnostizierte Durchblutungsstörung sei vielmehr auf einen arteriellen Verschluss zurückzuführen. Der Gefäßverschluss hätte zwar bereits am 4.12.2006 diagnostiziert werden können, dies habe aber keinen Einfluss auf den weiteren klinischen Verlauf gehabt, soweit dieser Verschluss in vollem Umfang habe beseitigt werden können. Die ab dem 14.12.2006 auftretenden Durchblutungsstörungen seien vielmehr auf neue arterielle Verschlüsse zurückzuführen.
Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil und beantragen, die Berufung zurückzuweisen.
Der Senat hat auf der Grundlage des Hinweis- und Beweisbeschlusses vom 20.8.2012 (Bl. 213ff. II) ein neues Sachverständigengutachten eingeholt. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das schriftliche Gutachten von Prof. Dr. B. (Bl. 29ff. III) sowie auf den Inhalt seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 30.1.2014 (Bl. 71ff. III).
II.
Die Berufung ist zulässig, nachdem der Senat der Klägerin mit Beschluss vom 11.6.2012 Wiedereinsetzung in vorigen Stand gewährt hat (Bl. 187/188 II). Das Rechtsmittel hat in vollem Umfang Erfolg.
Im Kern der Beurteilung stehen zwei Fragenkomplexe: Zum einen wurden am 4.12.2006 erforderliche Befunde nicht erhoben und führte dies dazu, dass die weitere Behandlung, insbesondere die operative Versorgung des Verschlusses am 5.12.2006 verspätet erfolgte. Zum anderen stellt sich die Frage, ob bei einer angenommenen verspäteten Behandlung am 4./5.12.2006 ein kausaler Zusammenhang mit dem ab dem 14.12.2006 eintretenden Geschehnissen hergestellt werden kann und welche Partei dafür bzw. für das Gegenteil die Beweislast trägt.
Demgegenüber führt die unterlassene Gabe von Heparin am 2. und 3.12.2006 nicht zu einer Haftung. Da bei der Klägerin im Zusammenhang mit der Dickdarmentzündung der Verdacht auf eine gastrointestinale Blutung bestand, war die Unterlassung der Gabe von Heparin nach den Bekundungen des Sachverständigen (SV S. 6) vertretbar. Als Anhaltspunkt dafür, dass sich unmittelbar nach der Operation vom 5.12.2006 ein erneutes thrombotisches Ereignis bildete, ist der am 6.12.2006 festgestellte Myoglobinwert nicht aussagekräftig. Der Wert war mit 6.000 zwar etwas erhöht. Indes war im Bestimmungszeitpunkt etwa 14 Stunden nach der Operation noch nicht mit einer Normalisierung zu rechnen. Gegen beide Gesichtspunkte hat die Klägerin keine weiteren Einwände mehr erhoben.
Fehlerhaft war es demgegenüber am 4.12.2006 keine weiteren Befunde zu erheben. Vom Sachverhalt her ist zu unterscheiden: In der Pflegedokumentation (Bl. 34 I) ist für den 4.12.2006 14.00 Uhr vermerkt, dass die Klägerin über Schmerzen im Knie klagte und daraufhin ein Schmerzmittel verabreicht bekam. Für 16.30 Uhr befindet sich der Eintrag in der Pflegedokumentation, dass der Fuß kühl und die Zehen etwas bläulich verfärbt seien. Die Patientin verspüre Wärme im Fuß. Weiter wurde nach dem Eintrag der Arzt vom Dienst (AvD) hinzugezogen, nach dem Vortrag der Beklagten Frau Dipl.-Med. K. (zuletzt Schriftsatz vom 4.12.2006 [Bl. 61f. III]). Diese habe den Fuß klinisch untersucht, aber nur festgestellt, dass der Fuß etwas kühler sei. Demgegenüber habe sie eine bläuliche Verfärbung der Zehen nicht feststellen können (unter Hinweis auf den - teilweise - unleserlichen Eintrag im ärztlichen Verlaufsbericht [Bl. 36 I]). Nach Rücksprache mit der Oberärztin habe sie dann den Watteverband angeordnet. Ob sich die Beklagten nicht ohnehin an dem Eintrag in der Pflegedokumentation festhalten lassen müssten (eine bläuliche Verfärbung der Haut ist eine rein optische Feststellung, für die es keiner medizinischen Vorkenntnisse bedarf

und es im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten [Bl. 61 III] deshalb auch überhaupt nicht um eine Diagnosestellung durch medizinisch dafür nicht geschultes Pflegepersonal ging), kann letztlich dahinstehen. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat dargelegt, dass in jedem Fall weitere Maßnahmen zu ergreifen gewesen wären. Geht man von den Eintragungen in der Pflegedokumentation aus, hätte dies bedeutet:
- einfache Blutdruckmessung am Arm und dem betroffenen Bein,
- Doppleruntersuchung,
- Duplexsonographie,
- Angiographie.
Die Unterlassung sämtlicher vorgenannter Maßnahmen (obgleich die behandelnden Ärzte nach Ansicht des Sachverständigen an ein Durchblutungsproblem gedacht haben müssten, als die Anlegung des Watteverbandes angeordnet wurde) hat der Sachverständige als fehlerhaft, sogar grob fehlerhaft bezeichnet. Bei einem Verdacht auf eine komplette oder inkomplette Ischämie müsse in jedem Fall unmittelbar gehandelt werden. Aber selbst dann, wenn man nur von der Feststellung von Frau Dipl.-Med. K. ausgeht, also nur von einem kalten Fuß und nicht auch von einer bläulichen Verfärbung, hätte zumindest der Puls abgeleitet werden müssen. Da dies zumindest nicht dokumentiert ist, muss zulasten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass dies nicht geschehen ist. Da bei einer akuten Ischämie - andere Gründe für das Befundbild (wie eine entsprechende Vorerkrankung oder wenn die Klägerin eine starke Raucherin gewesen sei) lagen nicht vor - unmittelbar zu handeln war, war das Vorgehen der Frau Dipl.-Med. K. ebenfalls grob fehlerhaft, selbst wenn sie nur den kalten Fuß festgestellt haben sollte. Letztlich kann für den vorliegenden Fall die Frage, ob ein einfacher oder ein grober Fehler vorlag im Ergebnis sogar offen bleiben. Zwar muss bei einem einfachen Befunderhebungsfehler grundsätzlich der Patient den Ursachenzusammenhang zwischen dem (einfachen) Fehler und dem primären Gesundheitsschaden beweisen. Es kommt aber auch beim einfachen Befunderhebungsfehler zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, wenn sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ereignis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion darauf als grob fehlerhaft darstellen würde. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass man dann, wenn man noch am Abend des 4.12.2006 die von ihm geforderten Befunderhebungen durchgeführt hätte, sicher einen bereits existierenden Verschluss gefunden hätte. Eine Nichtreaktion darauf hat der Sachverständige als sehr groben Fehler bezeichnet. Aber auch wenn man nach der Feststellung nur des kalten Fußes zunächst nur den Puls hätte ableiten müssen, hätte dies nach den Angaben des Sachverständigen mit sicher mehr als 50%iger Wahrscheinlichkeit zu einem Ergebnis geführt, wonach dann die oben näher dargelegten Maßnahmen hätte ergriffen werden müssen. Man hätte sowohl ausgehend von den Angaben in der Pflegedokumentation als auch vom Eintrag im ärztlichen Verlaufsbericht weitere Befunderhebungen veranlassen müssen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Ergebnis geführt hätten. Dass die Unterlassung weiterer Maßnahmen nach Feststellung einer kompletten bzw. inkompletten Ischämie grob fehlerhaft gewesen wäre, versteht sich bei der vom Sachverständigen ausgeführten Eilbedürftigkeit dann von selbst. Es liegt damit nicht nur ein (grober) Behandlungsfehler vor, sondern es kommt auch bei einem nur einfachen Behandlungsfehler zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität dieses Fehlers mit dem Primärschaden.
Soweit die Beklagten nach dem Inhalt der mündlichen Erörterung insoweit erst bei dem Geschehen ab dem 14.12.2006 ansetzen wollen und darin nur einen Sekundärschaden sehen, auf den sich die Beweislastumkehr nicht erstreckt, kann dem nicht gefolgt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Primärschaden in der durch den Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen. Zu dieser gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung gehört auch ein durch den Behandlungsfehler geschaffenes oder erhöhten Risiko der Klägerin, dass es infolge eines erneuten Verschlusses zur Amputation des Beines kommen musste (dazu BGH Urteil vom 2.7.2013 - VI ZR 554/12 - [z.B. NJW 2013, 1174]; s.a. BGH Urteil vom 5.11.2013 - VI ZR 527/12 - [z.B. GesR 2014, 16]; hier: jeweils zitiert nach juris). Angesichts einer Ischämietoleranz der Skelettmuskulatur von nur 4-6 Stunden musste bei der Operation vom 5.12.2004, also etwa 24 Stunden nach dem Beginn der Verschlusssymptomatik am 4.12.2006 nachmittags mit einem ausgeprägten Reperfusionssyndrom gerechnet werden. D.h.: Selbst nach der (vollständigen) Beseitigung des Verschlusses während der Operation vom 5.12.2005 wurden gerade durch die Wiederherstellung des Blutflusses Stoffe freigesetzt bzw. neu gebildet, die das Risiko erhöhen, dass es zu einem erneuten Verschluss kommen kann (dazu SV S. 7/mündliche Anhörung des SV/das von ihm verwendete Bild vom Abschlagen der glatten Fliesen in einem Bad). Der Sachverständige gelangt zu dem Schluss, dass durch den verspäteten Eingriff vom 5.12.2006 sich die Ischämietoleranz des Beins gegenüber einem rechtzeitigen Eingriff verschlechtert hatte. Ob dieser Vorgang durch einen rechtzeitigen Eingriff hätte verhindert werden müssen, hält der Sachverständige zwar für spekulativ. Wenn der Primärschaden aber in dem durch den verspäteten Eingriff vom 5.12.2006 liegenden erhöhten Risiko für einen weiteren Verschluss bei generell verminderter Ischämietoleranz liegt, geht dies im Hinblick auf die Beweislastumkehr zulasten

der Beklagten. Zwar gelangt der Sachverständige dazu, dass als wahrscheinlichste Ursache für das Geschehen ab dem 14.12.2006 ein Mix aus verschiedenen Gründen in Betracht zu ziehen ist, wozu auch der entzündliche Prozess im Körper der Klägerin infolge der Darmerkrankung zu zählen ist (weil von ihm ein gerinnungsfördernder Einfluss ausgehen kann). Der Sachverständige hält die Annahme der Sachverständigen Dr. C. und D., dass eher ein Infekt der Auslöser für die Ereigniskette ab dem 14.12.2006 sei, für weniger wahrscheinlich (er führt den Infekt eher auf die Vielzahl von Eingriffen ab dem 14.1.2006 zurück). Am wahrscheinlichsten sei aber, dass alle diese Faktoren mit zu den Geschehnissen ab dem 14.12.2006 beigetragen haben. Damit stellt die Risikoerhöhung durch die verspätete Operation vom 5.12.2006 zwar nur einen Faktor dar, Mitursächlichkeit ist für die Haftungsbegründung indes ausreichend (Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Anm. K 35 m.w.N.).
Damit haften die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach. Im Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahrens hatte die Klägerin zunächst ein Schmerzensgeld in Höhe von 65.000,-- Euro geltend gemacht (Bl. 144 II). In seinem Beschluss vom 30.3.2012, mit der Klägerin grundsätzlich Prozesskostenhilfe bewilligt wurde, hat der Senat die Bewilligung für den Schmerzensgeldanspruch aber auf 50.000,-- Euro begrenzt (Bl. 169 II). Diesen Betrag hat die Klägerin dann auch ihrem Berufungsantrag zugrunde gelegt. Dies bindet den Senat zwar nicht grundsätzlich auch ein höheres Schmerzensgeld zuzusprechen. Aus den im Beschluss vom 30.3.2012 genannten Gründen hält der Senat aber nach wie vor ein Schmerzensgeld von 50.000,-- Euro für angemessen. In den Fällen, in denen höhere Beträge zuerkannt wurden (z.B. Slizyk Beck'sche Schmerzensgeldtabelle Nr. 3432/2389/2946/2571/3431), waren die Folgen der Amputation entweder noch gravierender und bezogen sich auch auf Menschen, die deutlich jünger waren als die Klägerin zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses (geb. 23.4.1955), was angesichts der Beeinträchtigungen durch die Amputation als Faktor gewichtet werden muss. Begründet ist weiter der Feststellungsantrag, womit die Berufung letztlich in vollem Umfang Erfolg hat.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen.
Streitwert:
Schmerzensgeld:
50.000,-- Euro
Feststellungsantrag:
10.000,-- Euro

60.000,-- Euro

196. LG Dortmund, Urteil vom 12.02.2014 – 4 O 214/11 – * Verkehrssicherungspflicht im Krankenhaus: Verhinderung der Verbindung nicht kompatibler Schlauchsysteme

Orientierungssatz

Sind die Anschlüsse des Beatmungsschlauchsystems und des Infusionsschlauchsystems nicht kompatibel und ist eine Verbindung der beiden Systeme daher nicht zu erwarten, sondern lediglich rein theoretischer Natur, muss das Krankenhaus für eine derartig unrealistische Gefahr der Systemverbindung keine Vorsorge treffen, weil sich für einen sachkundigen Beurteilenden keine naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden können.

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt als Miterbin der Verstorbenen I die Beklagte anlässlich einer ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 30.09.2010 bis 04.10.2010 und 07.10.2010 bis 21.10.2010 auf Schadensersatz in Anspruch.
Vom 30.09.2010 bis 04.10.2010 wurde Frau I stationär aufgrund eines Ikterus auf der gastroenterologischen Abteilung im Hause der Beklagten im Rahmen einer Gallenkolik konservativ behandelt.
Unter dem 07.10.2010 wurde sie erneut aufgrund von linksseitigen Unterbauchschmerzen stationär in der Gastroenterologie im Hause der Beklagten aufgenommen. Am 18.10.2010 wurde nach entsprechenden Vorbereitungen unter anderem operativ eine Entfernung der Gallenblase durchgeführt. Der Eingriff er-

folgte komplikationslos. Nach Abschluss des Eingriffs erfolgte die Verlegung der Frau I. auf die Intensivstation. Am 20.10.2010 konnte sie dann von der Intensivstation auf die gastroenterologische Normalstation zurückverlegt werden.
Am 21.10.2010 wechselte die seinerzeit diensthabende Krankenschwester Frau P gegen 13.30 Uhr die durchgelaufene "große" Infusion bei Frau I. Diese befand sich dabei in halb sitzender Position. Ferner legte sie eine Sauerstoffmaske an, welche mit einem Zuführungsschlauch mit dem entsprechenden Wandanschluss für die Sauerstoffentnahme verbunden war. Frau P verließ daraufhin das Krankenzimmer. Als sie nach wenigen Minuten ins Zimmer zurückkehrte, stellte sie fest, dass der Dorn des Infusionszulaufschlauchs nicht mehr an der Infusionsflasche angesteckt war, sondern dieser mit dem Zuführungsschlauch der Inhalationsmaske verbunden war. Ferner lag die Atemmaske neben dem Kopf der Frau I. Die Verbindung wurde von Frau P sofort unterbrochen. Trotz umgehend eingeleiteter Rehabilitationsmaßnahmen konnte Frau I jedoch nicht wiederbelebt werden.
Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte für den Tod ihrer Mutter, Frau I, verantwortlich sei. Es seien fehlerhaft sowohl für die Sauerstoffversorgung als auch für die Transfusion Schläuche mit identischen Anschlüssen verwandt worden. Aufgrund dessen sei es unproblematisch möglich gewesen, die Schlauchverbindungen zu vertauschen. Eine solche Kompatibilität entspreche nicht dem medizinischen Standard. Derartige Anschlüsse und Verbindungen müssten sich vielmehr durch ihren Durchmesser, ihre Farbe sowie durch unterschiedlich geformte Stecker unterscheiden, so dass ein einfaches Umstecken ausgeschlossen sei. Es dürfe nicht möglich sein, dass eine Sauerstoffverbindung an eine Transfusionsverbindung angekoppelt werden könnte und umgekehrt. Das Klinikpersonal habe dafür Sorge zu tragen, dass ein Austausch der Zuleitungen durch entsprechende Vorrichtungen abgewendet werde. Das Personal der Beklagten habe somit gegen bestehende Sicherheits- und Kontrollvorkehrungen verstoßen. Die Verwendung identischer Anschlüsse für den Transfusionstropf und für die Sauerstoffzufuhr sei als grob fahrlässig zu erachten. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass das Infusions- und Sauerstoffsystem jeweils für sich das CE-Kennzeichen tragen und daher den Sicherheitsanforderungen entsprechen mögen. Denn vorliegend ergebe sich der Sicherheitsmangel gerade daraus, dass die verwendeten Systeme hinsichtlich ihrer Anschlüsse kompatibel seien. Die Verwechselung der Schläuche habe letztlich auch zum Tod der Frau I geführt. Diese habe auch keine Absichten gehegt, sich das Leben zu nehmen, vielmehr sei sie lebensfroh gewesen.
Die Klägerin begehrt die Erstattung der entstandenen Beerdigungskosten.
Die Klägerin beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 7.962,40 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 661,16 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte behauptet, dass die Behandlung der Frau I lege artis erfolgt sei. Bei dem Infusionswechsel sei lediglich der Dorn mit anhängendem Infusionsschlauch in die Kurzinfusion umgesteckt worden, wobei der Anschluss direkt am ZVK-Schenkel belassen worden sei. Es sei auch unzutreffend, dass geeignete Vorrichtungen zu treffen seien, welche einen Austausch der Schlauchsysteme unterbunden hätten. Vorliegend habe bei Auffinden der Verstorbenen der Dorn des Infusionsschlauches in dem Sauerstoffschlauch gesteckt. Dies sei schlichtweg nicht vorhersehbar gewesen. Es sei lediglich theoretisch möglich, den Sauerstoffschlauch von der Sauerstoffmaske abzunehmen und an den Dorn des Infusionsschlauchs anzustecken. Eine Verwechselungsgefahr bestehe jedoch nicht. Möglicherweise habe Frau I die Schläuche bewusst herausgezogen und falsch verbunden, um sich das Leben zu nehmen. Denn sie habe auch im Vorfeld geäußert, nicht mehr leben zu wollen. Das tragische Versterben sei daher im Ergebnis nicht auf eine fehlerhafte Behandlung ihrerseits zurückzuführen.
Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
Die Kammer hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens von Herrn F, das der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf das Gutachten vom 30.12.2012 (Bl. 63 ff. d. A.) sowie das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 12.02.2014 (Bl. 100 ff. d. A.).

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.
Der Klägerin stehen aus der streitgegenständlichen Behandlung der Verstorbenen I gegen die Beklagte weder Ansprüche wegen Verletzung der Pflichten aus dem Heilbehandlungsvertrag gemäß §§ 280 Abs. 1, 611 BGB noch wegen unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB zu.
Denn die Kammer ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass die Behandlung der Frau I dem fachärztlichen Standard entsprochen hat. Davon geht die Kammer aufgrund

der überzeugenden und nachvollziehbaren Feststellungen des Sachverständigen F, denen sich die Kammer in vollem Umfang anschließt, aus. Als Chefarzt der Klinik für Chirurgie, Viszeral- und Gefäßchirurgie im Klinikum O verfügt der Sachverständige sowohl über fundiertes theoretisches Wissen als auch eine umfassende praktische Erfahrung. Die Ausführungen des Sachverständigen beruhen auf einer gründlichen Aufarbeitung der Behandlungsunterlagen. Er hat sämtliche für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen in seinem Gutachten und im Rahmen seiner Anhörung klar und eindeutig beantwortet.
Die Kammer kann zunächst nicht feststellen, dass die Anschlüsse des Beatmungs- und des Infusionssystems kompatibel sind. Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2014 vorgeführt hat, wird der Dorn des Infusionsschlauchs mit der Infusionsflasche verbunden, indem dieser durch den Gummiverschluss hindurch gestochen wird. Dabei ist ein nicht unerheblicher Kraftaufwand notwendig. Demgegenüber wird der Schlauch des Beatmungssystems auf der einen Seite mit der Beatmungsmaske, auf der anderen Seite mit dem Wandanschluss der Sauerstoffversorgung verbunden. Vorliegend war es jedoch dergestalt, dass der Dorn des Infusionsschlauchs mit dem Ende des Sauerstoffschlauchs verbunden war, der für eine Konnektion mit der Sauerstoffmaske vorgesehen ist. Es handelt sich daher - so der Sachverständige - um eine artfremde Verbindung, da an dem Dorn des Infusionssystems kein weiterer Schlauch, sondern die Infusionsflasche angeschlossen wird. Insoweit geht die Kammer im Einklang mit dem Sachverständigen davon aus, dass eine zufällige, fehlerhafte Verbindung durch die examinierte Krankenschwester P ausgeschlossen ist. Insoweit liegen für die Kammer auch keine Anhaltspunkte vor, dass Frau P nicht die hinreichende Qualifikation besaß. Daher erscheint es nur plausibel, dass die Schlauchverbindung hergestellt wurde, nachdem Frau P das Zimmer verlassen hatte.
Aufgrund der fehlenden Kompatibilität der Anschlüsse geht die Kammer auch nicht davon aus, dass die Beklagte Vorsorgemaßnahmen hätte treffen müssen. In diesem Zusammenhang hat auch der Sachverständige angegeben, dass er einen derartigen Fall in seiner langjährigen praktischen Erfahrung als Arzt oder Gutachter noch nicht erlebt hat. Es war für die Beklagte nicht vorhersehbar, dass die Patientin selbst oder ein Dritter versehentlich den Dorn des Infusionsschlauchs mit dem Sauerstoffschlauch verbindet. Denn hierfür war es nicht nur erforderlich, den Dorn des Infusionssystems von der Infusionsflasche zu trennen, es war im Übrigen auch notwendig, den Schlauch des Sauerstoffsystems von der Atemmaske abzuziehen. Im Rahmen der Verkehrssicherungspflichten ist jedoch nicht zu erwarten, dass jegliche auch nur theoretische Gefährdung ausgeschlossen wird. Vielmehr wird eine Gefahrenquelle erst dann haftungsbegründend, sobald sich aus der zu verantwortenden Situation vorausschauend für einen sachkundigen Beurteilenden die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden können (BGH NJW 04, 1449). Hiervon ist jedoch im Einklang mit dem Sachverständigen nicht auszugehen. Die streitgegenständliche Verbindung der Systeme war mangels Kompatibilität nicht zu erwarten, sondern lediglich rein theoretischer Natur. Insoweit hat der Sachverständige erläutert, dass es grundsätzlich theoretisch auch möglich wäre, den Dorn des Infusionssystems in eine Schuko-Steckdose zu stecken und sich dadurch einen Stromschlag zuzuführen. Dennoch muss auch insoweit für derartig unrealistische Gefahren keine Vorsorge getroffen werden. Die Kammer geht in diesem Zusammenhang auch nicht davon aus, dass es sich für die Beklagte um ein voll beherrschbares Risiko handelte.
Es ist im Ergebnis für die Kammer am naheliegendsten, dass Frau I die Schlauchverbindung selbst vorgenommen hat. Dafür spricht auch, dass nach Rückkehr der Frau P die Atemmaske neben der Patientin lag.
Die Klage unterlag daher der Abweisung.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

197. OLG Frankfurt, Urteil vom 11.02.2014 – 8 U 201/11 – * Arzthaftung: Schmerzensgeld für notdienstliche Fehlbehandlung, hier: Verstoß gegen Pflicht zur Erhebung von Befunden

Orientierungssatz

Die Frage nach einem ärztlichen Fehlverhalten kann sich auch stellen, wenn der behandelnde Arzt eine objektiv unrichtige Diagnose stellt und diese darauf beruht, dass der Arzt eine notwendige Befunderhebung entweder vor der Diagnosestellung oder zur erforderlichen Überprüfung der Diagnose unterlassen hat. Ein solcher Fehler in der Befunderhebung kann zur Folge haben, dass der behandelnde Arzt für eine daraus folgende objektiv falsche Diagnose und für eine der tatsächlich vorhandenen Krankheit nicht gerecht werdende Behandlung und deren Folgen einzustehen hat.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.08.2011 abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 300.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (20.09.2005) zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen durch die fehlerhafte Behandlung vom 14.12.20… entstandenen materiellen Schaden zu ersetzen, soweit nicht Ansprüche auf öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.
Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.
Der Streitwert wird auf 1.300.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.
Die Klägerin begehrt Schmerzensgeld und die Feststellung einer Ersatzpflicht für materielle Schäden aufgrund einer behaupteten notdienstlichen Fehlbehandlung durch den Beklagten am 14.12.20….
Die Klägerin, seinerzeit (Beruf) …, 3X Jahre alt, ca. 1,60 m groß und 78 kg schwer, an Bluthochdruck und Durchblutungsstörungen leidend, klagte am 14.12.20…, einem Sonntag, gegenüber ihrer Mutter telefonisch über Kopfschmerzen und bekam den Rat, einen Notarzt aufzusuchen. Ein Kollege fuhr sie daraufhin von ihrer Arbeitsstelle zu dem Beklagten, der an diesem Tag den kassenärztlichen Notdienst in ... versah. Der Beklagte, ein Facharzt für Innere Medizin, stellte bei der Klägerin ein kribbelndes Taubheitsgefühl in zwei Fingern und auf einem Ohr fest und eine schmerzhafte Bewegungseinschränkung bei Kopfdrehung nach links. Er stellte die Diagnose HWS-/BWS-Syndrom mit Blockierung und behandelte die Klägerin mit einem schmerzstillenden und entzündungshemmenden Präparat. Nach 15 Minuten trat eine leichte Besserung ein. Auf den Behandlungszettel (Bl. 492 d.A.) wird Bezug genommen.
Am 21.12.20… wurde die Klägerin mit einer akuten neurologischen Symptomatik mit rascher Verschlechterung stationär aufgenommen. Es zeigte sich eine ausgedehnte Subarachnoidalblutung (der Subarachnoidalraum umgibt Gehirn und Rückenmark wie ein flüssigkeitsgefülltes Kissen, in dem das Gehirn regelrecht in der Gehirnflüssigkeit schwimmt). Die Klägerin ist nach Aneurysmen und Schlaganfällen heute schwerstgeschädigt, leidet an einem Hydrocephalus (Wasserkopf), ist schwerstpflegebedürftig und steht unter der Betreuung ihrer Mutter.
Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, bereits am 12. und 14.12.20… gegenüber Zeugen und ihrer Mutter die Art der Kopfschmerzen als peitschenknallartig, wahnsinnig, plötzlich, irrsinnig oder aus heiterem Himmel (nachfolgend: peitschenknallartige Kopfschmerzen) angegeben zu haben. Dies habe sie auch gegenüber dem Beklagten angegeben. Die Klägerin hat geltend gemacht, die Diagnose des Beklagten sei grob fehlerhaft gewesen, der Beklagte habe nur unzureichend (neurologischen) Befund erhoben, der Beklagte habe die Stärke der Kopfschmerzen unzureichend abgeklärt, der Beklagte habe es grob fehlerhaft unterlassen, eine weiterführende bildgebende Diagnostik anzuordnen, der Beklagte habe grob fehlerhaft gegen seine Pflicht zur therapeutischen Sicherheitsaufklärung verstoßen, indem er die Klägerin nicht darauf hingewiesen habe, bei weiter bestehenden Schmerzen erneut einen Arzt (Neurologen) aufzusuchen.
Die Parteien haben die im landgerichtlichen Urteil wiedergegebenen Anträge gestellt.
Der Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe erst am Ende des Arztbesuchs, nach der Behandlung mit dem schmerzstillenden und entzündungshemmenden Präparat, starke Kopfschmerzen erwähnt, jedoch keine peitschenknallartigen. Der Blutdruck der Klägerin sei im Normalbereich gewesen. Er erinnere sich nicht mehr an Einzelheiten, gehe aber davon aus, der Klägerin geraten zu haben, sich an einen Orthopäden zu wenden. Auch die Konsultation dieses Kollegen hätte die Subarachnoidalblutung nicht verhindert.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens von A, einem Facharzt für innere Medizin. Es hat die Klage abgewiesen. Auf die Feststellungen des landgerichtlichen Urteils wird Bezug genommen.
In ihrer Berufung rügt die Klägerin, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, sie sei für ihre Behauptung, dem Beklagten peitschenknallartige Kopfschmerzen geschildert zu haben, beweisfällig geblieben. Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft den Antrag, die Mutter der Klägerin als Zeugin zu hören, nicht in einen Antrag auf Parteivernehmung umgedeutet und die Zeugen Z1 und Z2 (Arbeitskollegen) nicht gehört.
Der Beklagte habe eingeräumt, dass die Klägerin ihm starke Kopfschmerzen geschildert habe. Dies sei nicht dokumentiert. Dieser Umstand führe dazu, dass der Beklagte dafür beweisbelastet sei, dass die Klägerin ihm gegenüber nicht über peitschenknallartige Kopfschmerzen geklagt habe. Demzufolge habe das Landgericht dem Sachverständigen unzutreffende Anknüpfungstatsachen übermittelt. Im Übrigen sei

der Notfallvertretungsschein „unten abgeschnitten“ und daher die letzte Zeile nicht mehr lesbar, woraus sie Beweiserleichterungen ableitet.
Die Klägerin rügt weiter, das Landgericht habe statt eines Facharztes für Neurologie einen Facharzt für innere Medizin als Sachverständigen beauftragt, der Beklagte habe im Rahmen des Notdienstes diesen Facharztstandard gewährleisten müssen.
Das Landgericht habe verkannt, dass ein Diagnosefehler feststehe und hieraus keine Konsequenzen gezogen.
Das Landgericht habe sich nicht mit dem Behandlungsfehlervorwurf einer unzureichenden Befunderhebung auseinandergesetzt, die durchgeführte neurologische Befunderhebung sei unvollständig gewesen, ebenso die Anamnese, nachdem sie dem Beklagten starke Kopfschmerzen geschildert habe, danach sei eine weitere Befunderhebung veranlasst gewesen.
Die Klägerin rügt weiterhin, das Landgericht habe zu Unrecht eine Pflicht zur therapeutischen Sicherungsaufklärung verneint, nicht einmal der Beklagte behaupte, sie explizit hierauf hingewiesen zu haben.
Die Klägerin beantragt, das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.08.2011 (AZ 2-18 O 267/05) abzuändern und
1. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin ein der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, mindestens aber in Höhe von 300.000,00 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (20.09.2005) zu zahlen,
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen materiellen Schaden seit der fehlerhaften Behandlung vom 14.12.20… zu ersetzen, soweit nicht Ansprüche auf öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden,
hilfsweise:
das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.08.2011 (AZ 2-18 O 267/05) aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Frankfurt am Main zurückzuverweisen.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
Der Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. Die Schilderung der Klägerin hinsichtlich peitschenknallartiger Kopfschmerzen ab 12.12.20… sei unglaubwürdig. Solche Kopfschmerzen hätten nicht erst am 14.12.20… zu einem Arztbesuch geführt. Die Klägerin habe ihrer Berufstätigkeit noch am 14.12.20… nachgehen können. Die Beweisangebote hinsichtlich der Stärke der Kopfschmerzen seinen untauglich, da alle benannten Personen nicht bei der Untersuchung zugegen waren. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Sicherheitsaufklärung liege nicht vor.
Der Senat hat eine vollständige Kopie des Behandlungsscheins (Bl. 492 d.A.) angefordert und Beweis erhoben durch Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens des gerichtlichen Sachverständigen A und dessen mündliche Erläuterung. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das schriftliche Ergänzungsgutachten des Sachverständigen vom 8.02.2013 (Bl. 552 - 555 d.A.) und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.12.2013 (Bl. 600 - 607 d.A.).
Der Beklagte hat sich zum Ergebnis der Beweisaufnahme geäußert und eine nicht unterzeichnete Stellungnahme des Facharztes für innere Medizin, B, eingereicht und beantragt, den Sachverständigen A erneut hierzu zu hören.
II.
Auf die Berufung der Klägerin war das landgerichtliche Urteil abzuändern. Die Klage ist begründet und der Beklagte den Klageanträgen entsprechend zu verurteilen.
A. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen den Beklagten nach §§ 280 Abs. 1, 611 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB.
1. Der Beklagte hat gegen seine aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Behandlungsvertrag resultierenden Pflichten verstoßen, indem er die Klägerin nicht dem Facharztstandard entsprechend behandelte.
a) Der Arzt hat die beruflich geforderte Sorgfalt zu wahren und die ärztlichen Kunstregeln zu beachten. Die Sorgfaltspflichten bestimmen sich nach dem jeweiligen, dem handelnden Arzt bei zumutbaren Anstrengungen zugänglichen und verfügbaren Stand der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Behandlung. Er hat zur Abwehr gesundheitlicher Gefährdungen des Patienten diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, welche von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereiches vorausgesetzt und erwartet werden (vgl. BGH Urteil vom 29.11.1994 - VI ZR 189/93 - VersR 1995, 659, 660). Dabei schuldet ein Allgemeinmediziner meist ein geringeres Maß an Sorgfalt und Können als ein Facharzt einer anderen Sparte (BGH NJW 1997, 3090), wobei ein Arzt auch seine speziellen Erkenntnisse zu Gunsten des Patienten einzusetzen hat (vgl. BGH VersR 1987, 686, 687).
Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend der Sorgfaltsmaßstab eines Facharztes für innere Medizin zugrunde zu legen. Die Klägerin hat sich zu dem von den Krankenkassen eingerichteten Notdienst begeben. Dort ist entgegen der Ansicht der Klägerin kein neurologischer Facharztstandard geschuldet,

sondern grundsätzlich der Facharztstandard eines Allgemeinmediziners (vgl. Ziegler/Hartwig, Der Grundsatz der fachgleichen Begutachtung, VersR 2011, 1113, 1116). Der Beklagte, ein Facharzt für innere Medizin, verfügte allerdings aufgrund seiner Ausbildung über speziellere Kenntnisse als ein Facharzt für Allgemeinmedizin, so dass das Landgericht zutreffend auf den Standard eines Facharztes für innere Medizin abgestellt hat.
b) Der Beklagte ist bei der Behandlung der Klägerin am 14.12.20… vom Standard eines Facharztes für innere Medizin abgewichen, indem er gegen seine Pflicht zur Erhebung von Befunden verstoßen hat. Die Frage nach einem ärztlichen Fehlverhalten kann sich auch stellen, wenn der behandelnde Arzt eine objektiv unrichtige Diagnose stellt und diese darauf beruht, dass der Arzt eine notwendige Befunderhebung entweder vor der Diagnosestellung oder zur erforderlichen Überprüfung der Diagnose unterlassen hat. Ein solcher Fehler in der Befunderhebung kann zur Folge haben, dass der behandelnde Arzt für eine daraus folgende objektiv falsche Diagnose und für eine der tatsächlich vorhandenen Krankheit nicht gerecht werdende Behandlung und deren Folgen einzustehen hat (vgl. BGHZ 138, 1, 5 ff., BGH VersR 1999, 231, 232).
aa) Der Beklagte hat gegen seine Pflicht zur Erhebung von Befunden vor der Diagnosestellung verstoßen, indem er der Klägerin bei der Untersuchung, ob Meningismus (Nackensteifigkeit) vorliegt, keine ausreichenden Fragen zu Intensität, Verlauf und Art von Kopfschmerzen gestellt hat. Neben der klinischen Prüfung der Beugefähigkeit des Kopfes gehören - wie der Sachverständige A nachvollziehbar ausgeführt hat - die anamnestischen Fragen nach Intensität, Art und Verlauf zu den selbstverständlichen Pflichten eines Arztes und es ist ein gravierender Fehler, diese Fragen nicht zu stellen. Dass der Beklagte diese Fragen nicht gestellt hat, folgt aus zweierlei Umständen. Zum einen sind die Prüfung und das Ergebnis der Prüfung eines Meningismus nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen dokumentationspflichtig. Ziel und Zweck der Dokumentation ist die Gewährleistung sachgerechter medizinischer Behandlung durch den Erstarzt und den weiter behandelnden Arzt. Das erscheint plausibel, weil im vorliegenden Fall auch für Nachbehandler entscheidend ist, dass und auf welcher Basis bereits in Richtung auf eine Subarachnoidalblutung, für die Meningismus ein Leitsymptom ist, befundet worden ist. Vorliegend fehlt jedoch eine solche Dokumentation. Das Fehlen einer Dokumentation deutet indiziell darauf hin, dass die Maßnahme unterblieben ist (BGH NJW 1995, 1611), mithin die Anamnese nicht in dem erforderlichen Umfang durchgeführt worden ist. Diese indizielle Wirkung hat der Beklagte nicht entkräftet. Zum anderen belegt das Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe gegen Ende der Untersuchung, als er bereits beim Ausfüllen des Behandlungsscheins war, erstmals geäußert, die Kopfschmerzen seien stark, dass zuvor bei der Prüfung eines Meningismus hierauf nicht eingegangen wurde. Der Senat ist deshalb davon überzeugt, dass die maßgeblichen Fragen zu den Einzelheiten des Kopfschmerzes nicht gestellt worden sind.
bb) Der Beklagte hat gegen seine Pflicht zu Erhebung von Befunden verstoßen, indem er am Ende der Untersuchung, als er bereits beim Ausfüllen des Behandlungsscheines war, auf die erstmalige Angabe der Klägerin, es handele sich um starke Kopfschmerzen, keine ausreichende Befunderhebung durchgeführt hat, sondern lediglich eine Blutdruckmessung durchführte.
Der Beklagte war aufgrund der Angabe der Klägerin veranlasst, seine Diagnose aufgrund der gegen Ende erfolgten Angabe der Klägerin zur Intensität ihrer Kopfschmerzen zu überprüfen und weitere Befunderhebung zur Überprüfung der Diagnose durchzuführen. Dies folgt zum einen daraus, dass der Beklagte die Angabe der Klägerin zum Anlass genommen hat, zumindest eine Blutdruckmessung durchzuführen, aber in der Hauptsache daraus, dass der Sachverständige, der insbesondere bei seinem Ergänzungsgutachten von der unzutreffenden Anknüpfungstatsache ausgegangen war, dass Fragen nach Art und Schwere der Kopfschmerzen gestellt worden waren, erläutert hat, dass man auf die erstmalige Angabe starker Kopfschmerzen „neu einsteigen“ muss, und dies Fragen nach Art, Dauer und Intensität nach sich ziehen muss. Der Beklagte hat solche Fragen nicht gestellt, das Ergebnis solcher Fragen ist nicht dokumentiert. Die Schlussfolgerung des Privatgutachters, bei der Angabe starker Schmerzen gegen Ende der Untersuchung sei davon auszugehen, dass die Schilderung im konkreten Kontext ungeeignet gewesen sei, um von dem Beklagten als wegweisendes Leitsymptom erkannt zu werden, gründet allein auf einer Vermutung. Dies gilt auch für seine Annahme, die ansonsten übliche Fragenkaskade sei gegen Ende der Untersuchung gestellt, jedoch nicht dokumentiert worden, da keine peitschenknallartigen Kopfschmerzen geschildert worden seien.
cc) Einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bedurfte es nach Vorlage des Privatgutachtens von B nicht. Der Privatgutachter geht in den entscheidenden Fragen davon aus, dass die Klägerin von sich aus die Art, Intensität und den Verlauf der Kopfschmerzen hätte darlegen müssen, damit der Beklagte sie als Leitsymptom erkannt hätte. Dem folgt der Senat aus den oben genannten Gründen nicht.
c) Der Beklagte hat die Pflichtverletzung zu vertreten, §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB. Wegen des im Arzthaftungsrecht maßgeblichen objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs, kommt es auf die persönliche, subjektive Situation des Beklagten nicht an, so dass der objektive Pflichtverstoß die Fahrlässigkeit bedingt.

d) Die Klägerin hat die unter I. geschilderten Gesundheitsschäden erlitten, die durch die Pflichtverletzung des Beklagten verursacht wurden. Beweispflichtig für die Kausalität ist grundsätzlich der Geschädigte. Vorliegend kommt der Klägerin aber eine Beweislastumkehr wegen eines groben Befunderhebungsfehlers des Beklagten zugute.
aa) Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Die jeweiligen Abweichungen vom Standard eines Facharztes für innere Medizin, sind für sich genommen gravierend, wie der Sachverständige ausgeführt hat. Die Fragen nach Art, Intensität und Verlauf von Kopfschmerzen gehören ganz selbstverständlich zu den Sorgfaltspflichten eines jeden Arztes, unabhängig von dem Fachbereich, in dem er tätig ist. Unterlassene Fragen nach Art, Intensität und Verlauf von Kopfschmerzen stellen damit einen eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln dar. Aus objektiver ärztlicher Sicht ist ein solcher Verstoß allerdings nicht mehr verständlich, weil er einem Arzt in der Situation des Beklagten nicht unterlaufen darf, da diese Fragen zum selbstverständlichen Grundwissen eines jeden Arztes gehören und besondere Umstände, die den Vorwurf eines schwerwiegenden Behandlungsfehlers mildern könnten, nicht ersichtlich sind.
Ein grober Befunderhebungsfehler führt grundsätzlich zu einer echten Beweislastumkehr. Diese Beweislastumkehr wirkt sich im vorliegenden Fall zum Nachteil des Beklagten aus, denn der Senat konnte nicht sicher feststellen, dass bei richtiger Reaktion des Beklagten die Folgen für die Klägerin geringer ausgefallen wären. Vielmehr sprechen die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen und auch des Privatgutachters des Beklagten dafür, das bei entsprechenden Fragen und einer geeigneten Reaktion in Form der Einholung einer bildgebenden Diagnostik ein besseres Behandlungsergebnis zu erzielen gewesen wäre. Denn die Operationschancen waren am 14.12.20… besser als in der Folgezeit und ein Eingriff noch vor dem Tag der stationären Aufnahme hätte die Hirnblutung und den Hirnschaden verhindern können. Dies überzeugt deshalb, weil es nachvollziehbar ist, dass bei einer früheren operativen Versorgung der Klägerin die Aneurysmen hätten behandelt werden können. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Bedenken gegen die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden vom Beklagten nicht ausgeräumt werden konnten.
Es ist deshalb nach Beweislastgrundsätzen davon auszugehen, dass die spätere große Blutung die zu den gravierenden Beeinträchtigungen der Klägerin geführt hat, vermieden worden wäre. Den Gegenbeweis hat der Beklagte nicht geführt.
e) Die Klägerin kann gem. § 253 Abs. 2 ZPO ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen, dessen Höhe der Senat mit 300.000,00 EUR bemisst. Dabei ist der äußerst gravierende Krankheitsverlauf mitentscheidend, insbesondere die Hirnblutung, die Schlaganfälle, der Wasserkopf, die Bettlägerigkeit, die vollständige Pflegebedürftigkeit, die Inkontinenz, die schwerste spastische Lähmung aller Extremitäten und die Ernährung über eine Magensonde. Die Klägerin war seit dem 21.12.20… bis mindestens 19.03.20…(Folgejahr) in stationärer Behandlung im Krankenhaus und seit 24.03.20… (Folgejahr) bis mindestens 8.11.20… (Folgejahr) in stationärer neurologischer Frührehabilitationsbehandlung. Für die Höhe des Schmerzensgeldes ist auch mitbestimmend, dass die unter Betreuung ihrer Mutter stehende Klägerin nach dem unstreitigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zeitlebens schwerst geschädigt und ein Pflegefall bleiben wird.
f) Der Beklagte kann sich nicht auf ein Mitverschulden der Klägerin berufen, indem sie sich an den Tagen nach der Untersuchung durch den Beklagten keinem anderen Arzt vorgestellt hat.
aa) Grundsätzlich kann sich zwar auch der Arzt gegenüber dem Patienten, der ihn wegen fehlerhafter Behandlung und Beratung in Anspruch nimmt, darauf berufen, dass dieser den Schaden durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten mitverursacht hat (BGHZ 96, 98, 100; BGH VersR 1992, 1229). Ein solches Mitverschulden liegt vor, wenn der Patient diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt (BGH VersR 1992, 1229). So muss von dem Patienten, der an den Heilungsbemühungen des Arztes mitzuwirken hat (BGHZ 96, 98, 100), etwa erwartet werden, dass er dessen Therapie- und Kontrollanweisungen befolgt (BGH VersR 1992, 1229, VersR 1985, 1068, 1070). Mit Rücksicht auf den Wissens- und Informationsvorsprung des Arztes gegenüber dem medizinischen Laien ist jedoch bei der Bejahung mitverschuldensbegründender Obliegenheitsverletzungen des Patienten grundsätzlich Zurückhaltung geboten, so dass sie nur dann in Betracht kommt, wenn der Arzt ihn über die Sachlage vollständig und für ihn verständlich unterrichtet hat (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht 11. Aufl. Rn. 222).
bb) Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe kann der Klägerin ein Mitverschulden nicht angelastet werden. Ein solches Mitverschulden ist nicht darin zu sehen, dass die Klägerin einer eventuellen Anweisung des Beklagten, sich bei Fortdauer der Beschwerden einem Orthopäden vorzustellen, nicht gefolgt ist. Die Nichtbefolgung ärztlicher Anweisungen oder Empfehlungen wäre zwar grundsätzlich geeignet, den Mitverschuldenseinwand zu begründen. Dieser setzt jedoch voraus, dass die Klägerin tatsächlich vollständig unterrichtet worden ist. Dies ist jedoch nicht festzustellen. Der Beklagte war sich weder sicher, die Anweisung gegeben zu haben, noch hat er Beweis für eine solche Anweisung angeboten. Eine Anweisung,

dass die Klägerin über die Notwendigkeit weiterer Untersuchungen unterrichtet worden ist, ist auch nicht dokumentiert. Infolgedessen kann der Klägerin eine Nichtbefolgung nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Klägerin verfügte auch über kein besonderes persönliches Wissen, dass sie die Unvollständigkeit der Unterrichtung hätte erkennen müssen. Als Laiin musste sich ihr auch kein erneuter Arztbesuch aufdrängen, insbesondere, überzeugt die Ausführung des Privatgutachters des Beklagten, dass der Kopfschmerz nach einiger Zeit zu einem andauernden Kopf- oder Nackenschmerz übergeht.
g) Die für den Schmerzensgeldanspruch geltend gemachten Zinsen seit Rechtshängigkeit sind begründet aus §§ 288, 291 BGB.
B. Die Klägerin kann die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für allen durch die fehlerhafte Behandlung des Beklagten entstandenen materiellen Schaden verlangen. Der Feststellungsantrag war insofern redaktionell anzupassen. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO besteht schon deshalb, weil angesichts von Art und Schwere der Beeinträchtigung der Klägerin materielle Schadensfolgen offensichtlich sind.
C. Der Hilfsantrag bedarf nach der Entscheidung in der Hauptsache keiner Entscheidung. Die Entscheidung über die Kosten hat ihre Grundlage in § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. Die Revision wird nicht zugelassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.
D. Der Streitwert beträgt 1.300.000,00 EUR. Er setzt sich - wie in der ersten Instanz - zusammen aus 300.000,00 EUR für den Schmerzensgeldantrag und 1.000.000,00 EUR für den Feststellungsantrag.

198. KG Berlin, Urteil vom 10.02.2014 – 20 U 236/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Unterbringung eines suizidgefährdeten Patienten im 6. Stock eines Krankenhauses; Gehörsverletzung bei gutachterlicher Anzweifelung der bisherigen Begutachtung; Parteivernehmung bei Interesse der Partei an Aufklärung des Unfallhergangs

Leitsatz

1. Die Unterbringung im 6. Stock ist bei Suizidgefährdung nicht per se fehlerhaft. Es kommt darauf an, ob von einer akuten Suizidgefährdung ausgegangen werden musste.
2. Allein der Umstand, dass ein Sachverständiger das bisherige Ergebnis seiner schriftlichen Begutachtung in Zweifel zieht kann nicht die Annahme der Verletzung des rechtlichen Gehörs begründen.
3. Sowohl die Parteien als auch das Gericht müssen damit rechnen, das ein Sachverständiger im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu einer anderen Einschätzung kommen kann.
4. Auch das nachvollziehbare Interesse einer Partei an einem Unfallhergang (hier nähere Umstände des Suizids der Ehefrau) rechtfertigt ohne weitere Umstände keine Parteivernehmung nach § 448 ZPO.

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das am 21.5.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 36 O 99/09 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
2. Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger verlangt Schmerzensgeld und Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Suizid seiner Ehefrau im Hause der Beklagten zu 1).
Die später Verstorbene hatte sich am 25.12.2008 an beiden Handgelenken tiefe Schnittwunden zugefügt und wurde bei der Beklagten zu 1), bei der sie als Notfall eingeliefert worden war, unmittelbar operativ behandelt. Nach Einlieferung der später Verstorbenen war eine 1: 1 Betreuung und für den Morgen des 26.12.2008 ein psychiatrisches Konsil angeordnet worden. Dieses fand statt; der Zeuge R... führte ein ärztliches Gespräch mit der Patientin. Die Beklagte zu 2) übernahm die Betreuung der später Verstorbenen am Abend des 26.12.2008 in deren Zimmer. Die Ehefrau des Klägers sprang in Anwesenheit der Beklagten zu 2) am 26.12.2008 gegen 20.15 h aus dem Fenster ihres Zimmers (chirurgische Station, 6. Etage) und verstarb. Wie es hierzu trotz der Anwesenheit der Beklagten zu 2) kommen konnte, ist im Einzelnen unklar. Der Kläger meint, die Unterbringung seiner Frau in der 6. Etage sei fehlerhaft gewesen, da sie aufgrund ihrer am Tag zuvor erfolglos umgesetzten Selbsttötungsabsicht eines besonderen Schutzes bedurft hätte. Es hätte ein Befundbericht des ... vom 25.12.2008 zur gesundheitlichen Situation seiner Ehefrau berücksichtigt werden müssen; auch hätten die Ärzte des psychiatrischen Konsils mit ihm, dem Ehemann, sprechen müssen, um die Suizidgefahr realistisch einschätzen zu können. Die bei dem Konsil getroffenen Feststellungen hätten im Laufe des 26.12.2008 nochmals überprüft werden müssen. Für die Überwachung seiner Frau sei unzureichend qualifiziertes Personal eingesetzt worden. Die Beklagte zu 2) habe vermutlich das Zimmer verlassen, als es zum Suizid kam oder habe ihre Pflichten vernachlässigt.

Durch den Tod seiner Frau habe er, der Kläger, einen Schockschaden erlitten. Er hält ein Schmerzensgeld von 2000 € für angemessen. Zudem verlangt er Ersatz der Beerdigungskosten.
Hinsichtlich des Parteivorbringens erster Instanz und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme in Form eines Sachverständigengutachtens (schriftliches Erstgutachten vom 7.2.2011, Ergänzungsgutachten vom 7.5.2011 und mündliche Erläuterung, Bl. 10 ff./II) und Zeugenvernehmung (Bl. 10 ff./II) abgewiesen. Wegen der Entscheidungsgründe wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.
Hiergegen richtet sich die rechtzeitige Berufung des Klägers.
Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Parteienvertreter nebst Anlagen verwiesen.
II.
Die Berufung des Klägers war zurückzuweisen. Das landgerichtliche Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO.
1) Haftung der Beklagten zu 1)
Eine Haftung der Beklagten zu 1) gem. §§ 611, 280 Abs. 1 BGB ist nicht gegeben. Hierzu gilt im Einzelnen Folgendes:
a) Unterbringung 6. Stock aufgrund akuter Suizidalität
Im Rahmen des stationären Krankenhausaufnahmevertrages war die Beklagte zu 1) verpflichtet, die Verstorbene vor selbstschädigenden Handlungen ebenso zu schützen wie vor einer Schädigung Dritter (BGH, Urteil vom 23.09.1993 - III ZR 107/92 = VersR 1994, 50; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage, Teil B I., RZ 33). Diese Pflicht besteht in den Grenzen des Erforderlichen und des für das Krankenhauspersonal und die Patientin Zumutbaren. Maßstab für die einzuhaltende Sorgfalt ist dabei nicht die im nachhinein, bei einer Betrachtung ex post, getroffene Feststellung zur akuten Suizidgefährdung der Ehefrau des Klägers. Entscheidend ist vielmehr, ob bei einer Betrachtung ex ante, Anlass bestanden hatte, von einer akuten Suizidalität auszugehen.
Es konnte von dem Sachverständigen aber nicht bestätigt werden, dass aus der maßgeblichen Sicht ex ante vor dem realisierten Suizid ein solches Gefährdungspotential bestanden hat, dass die Beklagte zu 1) bzw. deren Personal zum Schutz der Patientin diese nicht in einem in den oberen Etagen des Bettenhauses gelegenen Krankenzimmer hätten unterbringen dürfen. Dazu hätte von dem Kläger der Nachweis geführt werden müssen, dass aus damaliger Sicht eine akute Selbstmordgefahr vorgelegen hat und die Beklagte zu 1) die deshalb damals konkret gebotenen Schutzmaßnahmen pflichtwidrig nicht wahrgenommen hat. Allein die latente Gefahr eines Suizid löst - wie bereits ausgeführt - nicht die Verpflichtung aus, besondere Schutzvorkehrungen zu ergreifen. Vielmehr entstehen verstärkte Schutzpflichten erst, wenn von einer akuten Selbstmordgefahr auszugehen ist, da eine lückenlose jegliche Gefahr auszuschließende Überwachung und Sicherung nicht erwartet werden kann. Bei einer latent bestehenden Suizidgefahr ist eine ständige Überwachung und Sicherung gerade nicht geschuldet (vgl. BGH, Urteil vom 20.06.2000 - VI ZR 377/99 = NJW 2000, 3425; OLG Stuttgart, Urteil vom 04.04.2000 - 14 U 63/99 = NJW-RR 2001, 1250, OLG Frankfurt, Urteil vom 27.10.2009 - 8 U 170/07 = BtPrax 2010, 41).
Eine kontinuierliche suizidale Entwicklung im Sinne einer fortbestehenden akuten Suizidgefahr aus der maßgeblichen Sicht ex ante konnte von dem Sachverständigen nicht festgestellt werden. Zwar hat der Sachverständige zunächst (S. 14 des GA vom 7.2.2011) konstatiert, dass er allein aufgrund der ihm zur damaligen Zeit vorliegenden Dokumentation nicht erkennen konnte, dass sich der Konsiliarius mit der Motivation des Suizidversuchs vom 25.12.2008 und dessen Schwere auseinandergesetzt hatte, so dass es für ihn (zunächst) unverständlich war, eine weitere akute Suizidgefährdung zu verneinen. Nachdem jedoch der Zeuge R... geschildert hatte, welche Untersuchungsergebnisse ihm im Rahmen des Konsils vorlagen und welche Überlegungen er zur Beurteilung der Frage einer (weiterhin) akuten Suizidalität der Patientin angestellt hatte, hat sich die Beurteilungsgrundlage für den Sachverständigen grundlegend geändert. Dies hat er im Rahmen seiner Anhörung (S. 7 des Sitzungsprotokolls vom 21.5.2012) auch hervorgehoben und damit deutlich gemacht, dass er seine zunächst abgegebene Einschätzung aufgrund sachlich fundierter Kriterien ändert. In Kenntnis dessen hat der Sachverständige ausdrücklich erklärt, dass der Zeuge R... anhand verschiedener Informationen der Patientin in nicht zu beanstandender Weise zu dem Urteil kam, dass der Selbstmordversuch vornehmlich appellativen Charakter hatte. Hierfür sprachen der Ort des Selbstmordversuchs am 25.12.2008 (G... als öffentlich zugänglicher Ort) als auch die im Vorhinein getroffene Verabredung mit dem Kläger ebendort. Gerade letzteres bezeichnete der Sachverständige als „Zünglein an der Waage“ und damit ein entscheidendes Kriterium für die Einschätzung der akuten Suizidalität. Fehler bei der Befunderhebung des Zeugen R... hat der Sachverständige nicht festgestellt, so dass der Vorwurf des Klägers, dieser hätte mit ihm persönlich sprechen und einen Befundbericht des ... vom 25.12.2008 bei der Diagnose hätte berücksichtigt werden müssen, dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen kann. Selbst dann, wenn der Zeuge R... den Kläger zur Krankengeschichte seiner Frau befragt hätte, würde dies dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen. Denn in diesem Fall hätte der

Kläger zu beweisen, dass die dem Zeugen R... übermittelten Informationen seine Einschätzung über die Suizidalität seiner Ehefrau verändert und infolge einer anderen Unterbringung der Selbstmord verhindert worden wäre.
Vor diesem Hintergrund sind die vom Kläger in der Berufungsbegründung aufgeführten Aspekte nicht geeignet, die Einschätzung des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen und eine Begutachtung durch einen neuen Sachverständigen gem. § 412 ZPO anzuordnen.
So ist der Umstand, dass nach dem 26.12.208 ein weiteres psychiatrisches Konsil abgehalten werden sollte, aus Sicht des Senats einzig ein Anzeichen dafür, dass der Zustand und die Entwicklung der Patientin einer erneuten Kontrolle unterzogen und ein aktueller Befund erhoben werden sollte, wie es im Rahmen einer regelrechten Behandlung auch zu erwarten ist. Dies spricht jedoch nicht dafür, dass der psychiatrische Zustand der Patientin vom Zeugen R... als dermaßen kontrollbedürftig angesehen wurde, dass eine engmaschige Kontrolle für angezeigt erachtet wurde. Hierfür spricht ein Konsil mit einem Zeitvorlauf von 2 Tagen gerade nicht.
Gleiches gilt für die vom Zeugen R... verordnete Medikation. So hat der Sachverständige in Kenntnis des verordneten Mirtazapin sein Gutachten erstellt und allein aus der Medikation keine Rückschlüsse auf eine akute Suizidalität gezogen. Dies ist aus Sicht des Senats auch nicht möglich. Denn auch nach Vortrag des Klägers handelt es sich bei Mirtazapin um ein Antidepressivum, was jedoch für die allein maßgebliche Frage nach der Feststellung einer akuten Selbsttötungsabsicht der Betroffenen keine Aussagekraft entfaltet. Nicht jede Depression, auch nicht eine schwere, führt zu der Annahme einer akuten Selbsttötungsabsicht. Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass eine Depression schweren Grades häufig mit Selbsttötungsabsichten einhergeht, denn entscheidend ist allein der Charakter des Suizidversuchs im konkreten Einzelfall.
Um auf mögliche Veränderungen des Zustandes der Patientin adäquater reagieren zu können als im „normalen“ Stationsbetrieb - zumal auf einer chirurgischen Station -, hat der Zeuge R... deren 1:1 Betreuung angeordnet. Dies bringt aus Sicht des Senats hingegen nicht zum Ausdruck, dass auch aus Sicht des Zeugen R... von einer akuten Suizidabsicht ausgegangen werden musste, zumal der Sachverständige betont hat, dass allein die direkte Betreuung durch einen Menschen nicht geeignet ist, einen gewollten Selbstmord zu verhindern.
Soweit der Kläger einen Behandlungsfehler damit zu begründen sucht, dass er das Unterlassen einer weiteren psychiatrische Untersuchung im Laufe des 26.12.2008 als nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend ansieht, schließt sich der Senat den überzeugenden und rechtsfehlerfreien Ausführungen des Landgerichts an. Auch mit der Berufungsbegründung trägt der Kläger keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der gesundheitliche Zustand seiner Ehefrau im Laufe des Tages dermaßen verändert hatte, dass es einer erneuten psychiatrischen Untersuchung bedurft hätte.
Nicht zum Erfolg verhilft dem Rechtsmittel auch der Einwand, bereits ein Suizidversuch mit appellativem Charakter rechtfertige keine Unterbringung der Patientin im 6. Stock. Denn - wie eingangs dargetan - hat die Beklagte zu 1) nicht die Pflicht, jegliche Gefährdung auszuschließen, sondern nur im Rahmen des Zumutbaren und Vorhersehbaren. Die Forderung, einen Patienten unabhängig vom Charakter seines Suizidversuchs immer nur in Räumen im Erdgeschoss unterzubringen, fordert jedoch eine Sicherheit ein, die nach der Rechtslage und Rechtsprechung nicht geschuldet ist.
b) Beweiswürdigung
Die gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts gerichteten Angriffe der Berufung der Klägerin greifen nicht durch. Denn hierdurch werden keine konkreten Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründet, die deshalb eine erneute Feststellung gebieten könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Das Berufungsgericht ist grundsätzlich nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an derartige Feststellungen des ersten Rechtszugs gebunden. Diese Bindung gilt ausnahmsweise nur dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte für fehler- oder lückenhafte Feststellungen bestehen und durch diese konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen begründet werden.
Derartige Zweifel liegen vor, wenn eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass bei Wiederholung der Beweisaufnahme die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (BGH, Urteil vom 08.06.2004 - VI ZR 199/03 = NJW 2004, 2825). Letzteres ist nicht der Fall, wenn das Erstgericht unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben aufgrund freier Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO zu den Tatsachenfeststellungen gelangt ist. Diese Vorschrift fordert den Richter auf, nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden. Das bedeutet, dass er lediglich an Denk- und Naturgesetze, an Erfahrungssätze sowie ausnahmsweise an gesetzliche Beweisregelungen gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf. Dabei darf er einem Zeugen glauben, obwohl objektive Umstände Zweifel an der Richtigkeit seiner Angaben begründen mögen, oder trotz widersprüchlicher Aussagen von Zeugen und/oder Sachverständigen eine Beweisbehauptung als bewiesen erachten (zu alledem vgl. Zöller/Greger, ZPO, 30. A., § 286 RZ 13).

Das Landgericht hält sich bei der Bewertung der Aussagen des von ihm vernommenen Zeugen R... im Rahmen der ihm gemäß § 286 ZPO hierzu eingeräumten freien Überzeugung, ohne hierbei gegen die Grundsätze der Beweiswürdigung verstoßen zu haben. Der Senat hält eine Wiederholung der Beweisaufnahme deshalb hier nicht für veranlasst. Das Landgericht hat die Grundlage für seine Überzeugungsbildung in hinreichender und nachvollziehbarer Weise dargestellt. Mit der Glaubwürdigkeit des vernommenen Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage hat sich das Landgericht hinreichend auseinander gesetzt. Auf die diesbezüglichen Passagen des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Die Berufung weist zwar auf einige Gesichtspunkte hin, die bei entsprechender Gewichtung für eine andere Sichtweise sprechen könnten, so auch das zwischen dem Zeugen und der Beklagten zu 1) fortbestehende Beschäftigungsverhältnis. Diese zwingen jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung als derjenigen des Landgerichts, da diese rechtlich möglich erscheint und nicht unlogisch ist. Damit hat das Landgericht bei seiner diesbezüglichen Würdigung die Grenzen der freien Beweiswürdigung nicht überschritten.
Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass es dem Kläger freisteht, den Angaben des Zeugen keinen Glauben zu schenken. Inhalte der Zeugenaussage können jedoch nicht von einer Partei „bestritten“ werden, da der Inhalt einer Zeugenaussage keinen Sachvortrag einer Partei darstellt, sondern allein ein Zeuge dem Gericht mitteilt, woran er sich mit Blick auf das Beweisthema erinnert.
c) Verfahrensfehler
Der Senat kann keine Verfahrensfehler des Landgerichts feststellen.
Mag auch der Zeitraum zwischen dem Vorliegen des Ergänzungsgutachtens und dem Termin zur mündlichen Verhandlung vergleichsweise kurz gewesen sein, bestand für das Landgericht kein Anlass, den bereits seit mehreren Monaten feststehenden Verhandlungstermin aufzuheben und einen neuen Termin anzuberaumen. Ein entsprechender Antrag ist auch nicht gestellt worden. Das Ergänzungsgutachten ist allein aufgrund seines Umfangs (7 Seiten; hiervon 4 Seiten Sachausführungen) nicht als so komplex anzusehen, dass es dem Kläger und seiner Bevollmächtigten nicht möglich gewesen wäre, sich hiermit in der gebotenen Weise in der Zeit bis zum Verhandlungstermin auseinanderzusetzen und den Inhalt zu erfassen. Allein der Umstand, dass der Sachverständige das bisherige Ergebnis seiner Begutachtung in Zweifel gezogen und eine andere Meinung vertreten hat als zuvor, kann gleichfalls nicht die Annahme der Verletzung rechtlichen Gehörs begründen. Sowohl die Parteien als auch das Gericht müssen damit rechnen, dass ein Sachverständiger zu einer anderweitigen Einschätzung der Sachlage als bisher kommt, und er kann dies sogar im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens tun, ohne dass das Gericht oder die Parteien hierauf gleichsam „vorbereitet“ wären. Dies kann in besonderen Situationen zu einem gesteigerten Nachfragebedarf oder der nochmaligen Anberaumung eines Verhandlungstermins führen. Vorliegend hat der Sachverständige seine Einschätzung jedoch nicht aufgrund eines für alle Beteiligten des Rechtsstreits überraschenden, neuen Aspekts geändert, sondern er hat aufgrund von Informationen, die bereits vor Einholung des Ergänzungsgutachtens zwischen den Parteien ausführlich erörtert worden waren, seine Einschätzung revidiert. Aus der Berufungsbegründung ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger den Sachverständigen mit neuen Aspekten des Falles konfrontiert hätte, hätte er nur Zeit gehabt, sich intensiver mit dem Ergänzungsgutachten auseinanderzusetzen. Der Senat erkennt, dass der Kläger mit dem Ergebnis der sachverständigen Begutachtung nicht einverstanden ist. Die Gelegenheit zur kritischen Diskussion des Beweisergebnisses war jedoch ausreichend gegeben. Vor diesem Hintergrund bestand auch kein Anlass für das Landgericht, die mündliche Verhandlung gem. § 156 ZPO wieder zu eröffnen.
Ein Erfordernis zur Vernehmung des Dr. S... sieht der Senat nicht. Dass Behandlungsunterlagen zurückgehalten wurden, ist nicht im Ansatz ersichtlich; selbst wenn eine Stellungnahme im Hause der Beklagten zu 1) zum internen Gebrauch und zur Aufarbeitung des Unglücksfalls erstellt worden wäre, handelte es sich hierbei nicht um Unterlagen zur Behandlung der Verstorbenen.
d) Vortrag zu körperlichen Leiden
Unabhängig davon, dass nach den vorstehenden Erörterungen ein Schadensersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach ausscheidet, fehlen für den Senat belastbare Anhaltspunkte, die ein Schmerzensgeld wegen eines sog. Schockschadens rechtfertigen könnten.
Nach ständiger Rechtsprechung reicht nicht jede psychisch vermittelte Beeinträchtigung der körperlichen Befindlichkeit, um einen Schadensersatzanspruch eines dadurch nur "mittelbar" Geschädigten im Falle der Tötung oder schweren Verletzung eines Dritten auszulösen (vgl. BGH Urteil vom 20.03.2012 - VI ZR 114/11 = BGHZ 193, 34; Urteil vom 4.04.1989 - VI ZR 97/88 = VersR 1989, 853). Deshalb setzt die Zurechnung psychischer Beeinträchtigungen wie Trauer und Schmerz eine pathologisch fassbare Gesundheitsbeschädigung voraus, sondern auch eine besondere personale Beziehung des solcherart "mittelbar" Geschädigten zu einem schwer verletzten oder getöteten Menschen (BGH aaO.). Dies bedeutet zugleich, dass unter Umständen auch Beeinträchtigungen ersatzlos bleiben, die zwar medizinisch erfassbar sind, aber nicht den Charakter eines solchen "schockartigen" Eingriffs in die Gesundheit tragen; so können die oft nicht leichten Nachteile für das gesundheitliche Allgemeinbefinden, die erfahrungsgemäß mit einem tief empfundenen Trauerfall verbunden sind, regelmäßig keine selbständige Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bilden (BGH, Urteil vom 11.05.1971 - VI ZR 78/70 = BGHZ 56, 163).

Der Vortrag des Klägers, es liege auf der Hand, dass der Tod seiner Ehefrau zu erheblichen und pathologischen Beeinträchtigungen bei ihm geführt habe und er erheblich niedergeschlagen und depressiv sei, reicht für die Annahme des so in der Rechtsprechung verstandenen Schockschadens nicht aus. Die Ausführungen des Landgerichts sind auch insoweit nicht zu beanstanden.
2) Haftung der Beklagten zu 2)
Auch eine Haftung der Beklagten zu 2) ist nicht gegeben.
Mit der Beklagten zu 2) bestand kein Behandlungsvertrag, so dass ihre Einstandspflicht sich allein aus deliktsrechtlichen Vorschriften ergeben könnte, wobei sowohl § 823 Abs. 1 BGB als auch § 823 Abs. 2 BGB - letztere Norm ggf. in Verbindung mit einer Bestimmung des Strafgesetzbuches - in Betracht kämen. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass nicht belastbar festzustellen ist, die Beklagte zu 2) habe die ihr obliegenden Pflichten verletzt. Der Senat geht mit dem Kläger insoweit konform, dass die Beklagten einer gesteigerten Darlegungslast zum Ablauf der Geschehnisse unterliegen, weil sich die zum Tode führenden Umstände jeglicher Wahrnehmung des Klägers entzogen haben. Auch verkennt der Senat nicht, dass der Kläger angesichts der tragischen Ereignisse ein nachvollziehbares Interesse hat zu wissen, wie es zum Tod seiner Ehefrau gekommen ist. Diese Aspekte führen im Umkehrschluss jedoch nicht dazu, dass die Beklagte zu 2) vom Gericht von Amts wegen in Gestalt einer förmlichen Beweisaufnahme zu den Geschehnissen am Abend des 26.12.2008 zu befragen ist, um möglichst viel über den Hergang zu erfahren. Anders als im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, bei denen der Sachverhalt von Amts wegen versucht wird aufzuklären, unterliegt die Sacherhaltsaufklärung im Zivilprozess anderen und mitunter für die beweisbelastete Partei nachteiligen Kriterien. Gerade wenn für einen Geschehenshergang Zeugen nicht zur Verfügung stehen und nur die am Prozess unmittelbar beteiligten Parteien - wie hier die Beklagte zu 2) - als Auskunftspersonen zur Klärung eines Vorfalls zur Verfügung stehen, sind die Möglichkeiten, eine Beweiserhebung durch Vernehmung der beteiligten Partei auf Anordnung des Gerichts gem. § 448 ZPO von Gesetzes wegen begrenzt bzw. unterliegen hohen Hürden. Hierauf hat das Landgericht rechtsfehlerfrei in seinem Urteil hingewiesen. Die Kriterien, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Zusammenhang aufgestellt hat (vgl. Urteil vom 16.07.1998 - I ZR 32/96 = NJW 1999, 363), sind nicht gegeben. Denn eine Parteivernehmung von Amts wegen setzt voraus, dass bereits einiger Beweis für eine bestimmte entscheidungserhebliche Behauptung erbracht wurde und durch die Vernehmung einer Partei dem Gericht nur letzte Gewissheit an die Hand gegeben werden soll. Genau dies ist bei Sachverhalten wie den vorliegenden, bei denen zwischen den Parteien jegliche Umstände in Streit stehen, jedoch nicht der Fall. Ein solcher „Anbeweis“ ergibt sich auch nicht aus den aus Sicht des Klägers widersprüchlichen Angaben zum Unfallhergang durch die Beklagte zu 2) einerseits und die Haftpflichtversicherung der Beklagten andererseits. Mag die verbale Darstellung der Haftpflichtversicherung im ersten Moment geeignet sein, die Vorstellung hervorzurufen, die Beklagte zu 2) hätte quasi zugesehen, wie die Ehefrau des Klägers das Fenster öffnete und dann hinaussprang, ergibt sich doch aus dem Gesamtzusammenhang der Darstellung, dass dies nicht der Fall war, sondern die Beklagte zu 2) die Bewegungen der Verstorbenen (Aufstehen, Fensteröffnen) nicht wahrgenommen hat, weil sie so ruhig, d.h. leise waren. Nichts anderes wird nach Ansicht des Senats von der Haftpflichtversicherung geschildert.
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2, 713, 543 Abs. 2 ZPO.

199. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 06.02.2014 – 1 U 45/13 – * Arzthaftung: Umfang der vorgeburtlichen Aufklärung zur Periduralanästhesie (PDA); Rechtfertigung des erst unter der Geburt indizierten Eingriffs

Leitsatz

1. Ist eine bestimmte Aufklärung vor der Geburt geboten, so muss die Mutter auch über die beim Kind möglicherweise eintretenden Folgen unterrichtet werden.
2. Vorgeburtlich ist nur dann zur Periduralanästhesie (PDA) aufzuklären, wenn die werdende Mutter zu erkennen gibt, sich dafür zu interessieren oder entscheiden zu wollen, oder wenn vorhersehbare Risiken dazu Anlass geben.
3. Kann die Mutter unter der Geburt nicht mehr über das Legen einer PDA entscheiden, ist für die Rechtfertigung des Eingriffs der mutmaßliche Wille der Patientin ausschlaggebend.

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15.02.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Halle wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten ihres Rechtsmittels.
Dieses, wie auch das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Beschluss:
Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf die Gebührenstufe bis 7.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

Von der Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 1, 544 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO abgesehen.

I.

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 keine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Im Ergebnis hat die Einzelrichterin des Landgerichts zutreffend eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten im Zusammenhang mit der Geburt des Kindes der Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 278, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 253 Abs. 2 BGB verneint. Den Ärzten und Hebammen der Beklagten ist kein eine vertragliche oder deliktische Haftung auslösender Behandlungsfehler unterlaufen und sie haben die Klägerin ebenso wenig rechtswidrig an Körper oder Gesundheit verletzt.

1. Mit ihrem Rechtsmittel rügt die Klägerin allerdings zutreffend Verstöße des Landgerichts gegen materielles und Verfahrensrecht im Zusammenhang mit der in zweiter Instanz allein noch beanstandeten Periduralanästhesie (PDA).

a) Die Klägerin hat behauptet, den dokumentierten Wunsch nach einer PDA nicht geäußert zu haben und dies durch das Zeugnis ihres Ehemannes unter Beweis gestellt (Bd. II Bl. 60 d.A.). Das Landgericht hat hierfür keine Anhaltspunkte gesehen und insoweit auch auf die Aussage des Zeugen J. vom 14. 3. 2012 zurückgegriffen. Dabei hat das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass sich die Bekundungen des Zeugen auf das mit Beschluss vom 30. 11. 2011 (Bd. I Bl. 144 ff. d.A.) umrissene Beweisthema erstreckten, also nicht auf die von der Klägerin erst später aufgestellte Behauptung. Damit sieht sich der Beweisantritt der Klägerin unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG übergangen.

b) Das Landgericht hat nicht verkannt, dass die PDA der Einwilligung der Klägerin bedurfte (vgl. bspw. Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 630d Rdn. 2). Zur Wirksamkeit seiner Einwilligung muss der Patient über die Einwilligungsfähigkeit verfügen. Dabei handelt es sich um die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu Art, Notwendigkeit, Bedeutung, Folgen und Risiken einer Behandlung. Die Klägerin hatte hierzu behauptet, zum Zeitpunkt der von der Beklagten vorgetragenen Einwilligung nicht mehr einwilligungsfähig gewesen zu sein. Sie habe auf Grund ihres Zustandes im Kreißsaal auch nicht mehr über die mit der PDA verbundenen Risiken aufgeklärt werden und damit ihr Selbstbestimmungsrecht nicht ausüben können (vgl. zur notwendigen Risikoaufklärung BGH NJW 1992, 754, 755; 1989, 1533; 2006, 2108 f.; Borgmann NJW 2010, 3190 m.w.N.). Dieses Vorbringen überging das Landgericht vollständig (Art. 103 Abs. 1 GG), obwohl es auf der Hand liegt, dass die Klägerin unter der Geburt mit Sicherheit in einen Zustand geriet, der es ihr nicht mehr erlaubte, einem Aufklärungsgespräch zu folgen und das Für und Wider eines Eingriffs abzuwägen (BGH NJW 1992, 2351, 2352; 1993, 2372, 2373; 1998, 1784, 1785; Laufs/Hiersche NJW 1993, 2375). Nach der Aussage des Ehemannes der Klägerin, die das Landgericht bei seiner Entscheidung unter anderen Gesichtspunkten herangezogen hat (vgl. oben Bst. a), war ein solcher Zustand offensichtlich zumindest in dem Moment erreicht, als die Klägerin in den Kreißsaal gebracht wurde.

c) Die Einzelrichterin hat weiter ausgeführt, die Aufklärung sei auf typische Risiken zu erstrecken, nicht jedoch auf solche, die als Ausnahme zu bewerten seien, weil sie selten auftreten würden. Darunter falle auch die Folge einer Bradykardie beim Kind, denn die PDA als sichere Anästhesie führe nur in sehr seltenen Fällen zur deutlichen Verlangsamung der Herzfrequenz des Kindes und zur Notwendigkeit einer Schnittentbindung. Hierauf habe von Seiten der Ärzte nicht hingewiesen werden müssen.

Auch das begegnet durchgreifenden Bedenken.

Für die Aufklärungspflicht kommt es nicht darauf an, wie oft ein bestimmtes Risiko eintritt, sondern maßgeblich sind das dem Eingriff spezifisch anhaftende nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegende Risiko und die Schwere der damit verbundenen Folgen für die weitere Lebensführung der Klägerin und des Kindes (BGH NJW 1984, 1395, 1396; 2006, 2108, 2109 m.w.N.; 2010, 3230, 3231 <Rdn. 11 m.w.N.>; 2011, 375 <Rdn. 7 m.w.N.>; Palandt/Weidenkaff, § 630e Rdn. 3; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Rdn. A 521; Borgmann NJW 2010, 3190, 3191). Hinzu kommt, dass die Prüfungs- und Aufklärungspflicht umso weiter geht, je weniger der Eingriff aus Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder geboten erscheint (BGH NJW 2006, 2108 m.w.N.).

Die Aufklärung über so schwerwiegende Risiken wie der Querschnittslähmung machte - entgegen der Auffassung des Landgerichts - den Hinweis auf die Bradykardie sicher nicht entbehrlich. Denn all die im Aufklärungsbogen genannten Risiken bezogen sich auf die Person der Klägerin, nicht aber auf das erwartete Kind. Da die Mutter aber die Sachwalterin des Kindes ist, musste sie auch über die beim Kind möglicherweise eintretenden Folgen unterrichtet werden. Denn nur dann konnte sie abwägen, ob sie ihren oder den Interessen des Kindes die Priorität einräumte.

2. Diese Rechtsfehler des Landgerichts boten Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit seiner entscheidungserheblichen Feststellungen, was zu erneuten Feststellungen durch den Senat Anlass gab (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Im Ergebnis der Erläuterung und Ergänzung seines schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen Dr. M. führt dies aber nicht zum Prozesserfolg der Klägerin. Das

Legen der PDA im Verlaufe der Entbindung war unter medizinischen und rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.
a) Entgegen der Auffassung der Klägerin war die PDA medizinisch indiziert, ohne dass es darauf ankommt, ob die Klägerin diese Behandlung wünschte (wünschen konnte). Der Senat übersieht nicht, dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten zu 4.) feststellt, die Indikation zum Legen der geburtsschmerzlindernden PDA habe sich aus dem Wunsch der Klägerin ergeben. Bezugspunkt für diese Aussage war die Aktenlage. Schon im Verlaufe der Erläuterung seines Gutachtens am 16. 1. 2013 hat der Sachverständige dann aber auf die geburtsbeschleunigende Wirkung der PDA hingewiesen, allerdings auch wieder den dokumentierten Wunsch der Klägerin betont. Der Senat hat den Sachverständigen angesichts dessen veranlasst, sich unabhängig vom dokumentierten, aber von der Klägerin bestrittenen Wunsch zur Indikation der PDA in der konkreten Behandlungssituation zu äußern. Schließlich geht aus den Behandlungsunterlagen mehr hervor und die Klägerin hat vor dem Amtsgericht Halle (Saale) am 29. 6. 2011 sinngemäß ausgesagt, die konkrete Geburtssituation habe die auf der Behandlungsseite Handelnden zur PDA greifen lassen. In diesem Zusammenhang hat der Sachverständige dem Senat anschaulich, nachvollziehbar und ohne Einschränkungen überzeugend dargestellt, dass die dokumentierte Erschöpfung der Klägerin die natürliche Geburt zur Disposition stellte und man über die Linderung der Schmerzen eine Entspannung des Beckenbodens und damit letztlich eine größere Chance für den Fortgang des natürlichen Geburtsgeschehens habe erreichen wollen. Gleichzeitig seien, so der Sachverständige, damit schon die anästhesistischen Voraussetzungen für die drohende Schnittentbindung geschaffen worden. Es war also der Geburtsfortschritt, aus dem sich die Indikation der PDA ergab.
b) Auf die Aufklärung der Klägerin und deren Umfang kommt es nicht an. Der Sachverständige Dr. M. hat das Vorbringen der Klägerin zur Einwilligungsunfähigkeit bestätigt und zwar unabhängig von den durch den Zeugen J. in erster Instanz geschilderten Umständen. Unter der Geburt, so der Sachverständige, ist die werdende Mutter stets nicht mehr aufklärungs- und einwilligungsfähig.
Das führt nicht zu der von der Berufung für die Klägerin in Anspruch genommen Rechtsfolge, nämlich der Rechtswidrigkeit der PDA. Das Handeln der Ärzte und Hebammen war durch die mutmaßliche Einwilligung der Klägerin gedeckt.
Zur Einwilligung der Klägerin in die PDA und damit zur Aufklärung über die mit der Anästhesie verbundenen Risiken bestand vor dem Geburtsvorgang kein Raum (vgl. zum Grundsatz der frühestmöglichen Patientenaufklärung BGH NJW 1992, 2351 f.). Der Sachverständige Dr. M. hat keine medizinische Notwendigkeit gesehen, die Klägerin schon vor der Geburt über die PDA aufzuklären, weil keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Klägerin auf die Anästhesie angewiesen sein könnte. Nach Feststellung das Sachverständigen werde nur dann vorgeburtlich sorgfältig zur PDA aufgeklärt, wenn die Frauen bei der ersten Kontaktaufnahme mit der von ihnen für die Geburt ausgewählten Klinik zu erkennen gäben, sich für die PDA zu interessieren oder entscheiden zu wollen. Darüber hinaus könnten vorhersehbare Risiken Anlass zur Aufklärung sein.
Nicht anders beurteilt das die Rechtsprechung. Der Mutter sollen keine Entscheidungen für oder gegen mögliche Behandlungen abverlangt werden, solange es noch ganz ungewiss ist, ob eine solche Entscheidung überhaupt getroffen werden muss. Denn ansonsten würde jede Aufklärung notwendig auf unsicherer Grundlage stattfinden und weitgehend theoretisch bleiben. Deshalb sind die Aufklärung und das Einholen der Einwilligung erst dann erforderlich, wenn deutliche Anzeichen für eine Entwicklung des Geburtsvorgangs hin zu einer zu rechtfertigenden Behandlungsalternative, hier in Richtung der PDA, bestehen (BGH NJW 1993, 2372, 2374; OLG Bamberg, Beschluss vom 28. 7. 2008, 4 U 115/07 - BeckRS 2008, 19112). Diese für die Schnittentbindung entwickelten Grundsätze gelten auch für die PDA, die nach den Feststellungen des Sachverständigen im Falle einer Schnittentbindung die Standardmethode der Anästhesie ist, sodass für sie nichts anderes gelten kann, als für die Schnittentbindung selbst. Es macht dann auch keinen Unterschied, ob die PDA unmittelbar der Schnittentbindung dient oder – wie hier – der Fortsetzung der natürlichen Geburt mit bestehender Option zum Kaiserschnitt.
Vorgeburtliche Anzeichen für einen Verlauf der Entbindung der Klägerin hin zur PDA hat der Sachverständige auch auf ausdrückliche Nachfrage des Klägervertreters mit Bestimmtheit verneint, was den Senat überzeugt. Die vorwiegend den Gegenstand des schriftlichen Gutachtens bildende Hypertonie der Klägerin lieferte keine Hinweise auf Schwierigkeiten beim Geburtsvorgang. Ursächlich wurde die bei der Klägerin eingetretene Erschöpfung, die niemand vorhersehen konnte.
Kann die Mutter unter der Geburt nicht mehr über das Legen einer PDA entscheiden, ist für die Rechtfertigung des Eingriffs der mutmaßliche Wille der Patientin ausschlaggebend (BGH NJW 1993, 2372, 2374; Martis/Winkhart, Rdn. A1875). Die Geburt konnte nicht unterbrochen werden, um die Einwilligung der Klägerin einzuholen, worauf der Sachverständige zutreffend aufmerksam machte. Die Geburtshelfer der Beklagten mussten deshalb sorgfältig prüfen und beurteilen, wie sich eine verständige Gebärende in der Situation der Klägerin entschieden hätte (Palandt/Weidenkaff, § 630d Rdn. 4). Dabei ist ihnen kein Fehler unterlaufen. Die Klägerin hätte die PDA gebilligt.
Der maßgebliche Umstand hierfür ist die bereits oben angesprochene vitale Indikation der PDA, wie sie der Sachverständige Dr. M. bejaht hat. Wollte man der erschöpften und - wie der Zeuge J. ausgesagt hat

- teilweise ohnmächtigen und nicht mehr ansprechbaren Klägerin die Chance auf eine natürliche Geburt erhalten, musste versucht werden, die Schmerzen zu lindern. Hierfür war die PDA die Methode der Wahl, auch wenn sie, wie der Sachverständige erläuterte, nicht ohne Risiko ist. Es überwiegt nach den Feststellungen des Sachverständigen bei weitem der Nutzen. Dass sich mit der Bradykardie des Kindes ein seltenes, aber auch beherrschbares Risiko verwirklichen könnte, steht einer in der Situation der Klägerin vernünftigen Entscheidung für die PDA nicht entgegen. Davon durften sich die Ärzte und Hebammen der Beklagten leiten lassen. Gerade in einer Geburtssituation können an die Ermittlung des mutmaßlichen Willens keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden (so auch Laufs/Hiersche a.a.O.).
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 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 fordern die Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
Der Streitwert ist nach §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 43 Abs. 1, 45 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG; § 3 ZPO festgesetzt.

200. LG Hamburg, Urteil vom 04.02.2014 – 314 O 37/13 – * Private Krankenzusatzversicherung: Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn des Versicherungsfalls bei "gedehnten Sachverhalten"; Beginn der Heilbehandlung bei erkennbarer und bereits länger vorhandener Zahn-Fehlstellung

Orientierungssatz

1. Bei sog. "gedehnten Versicherungsfällen" beginnt der Versicherungsfall gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 AVB/KK mit dem Beginn der ärztlichen Heilbehandlung, also dem Zeitpunkt der erstmaligen Inanspruchnahme einer auf die Erkennung oder Behandlung des Leidens abzielenden ärztlicher Tätigkeit (Anschluss LG Dortmund, 27.09.2007, 2 S 12/07, NJW-RR 2008, 118).
2. Für die Annahme des Beginns einer Heilbehandlung reicht der bloße Umstand, dass eine Zahn-Fehlstellung schon einige Zeit vorgelegen hat und möglicherweise für einen Kieferorthopäden und für einen Zahnarzt erkennbar war, nicht aus.
Anschluss LG Dortmund, 27.09.2007, Az: 2 S 12/07

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin nach Maßgabe des zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrages mit der Versicherungs-Nummer Versicherungsschutz für die Durchführung einer kieferorthopädischen Behandlung gemäß des Behandlungsplanes des Facharztes für Kieferorthopädie, Prof. Dr. A. K., vom 24.02.2012 zu gewähren.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von der Honorarforderung ihrer Prozessbevollmächtigten Dr. S. & P. Rechtsanwälte, J....straße, 2.... H., in Höhe von € 661,16 freizustellen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages erbringt.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Leistungen aus einem ergänzenden Krankenversicherungsvertrag über Zahn-, Zahnersatz- und Kieferregulierungsmaßnahmen in Anspruch.
Mit Antrag vom 1.12.2008 (Anlage K 1) beantragte die Klägerin bei der Beklagten zum Tarif CSS.Flexi eine Krankenversicherungsergänzungs-versicherung. Die Beklagte erstellte nach Annahme dieses Antrages einen Versicherungsschein zur Vertrags-Nr. (Anlage K 2), auf den im Einzelnen Bezug genommen wird. Versicherungsbeginn war der 01.01.2009. Gemäß den allgemeinen Versicherungsbedingungen für die "Krankheitskosten und Krankenhaustagegeldversicherung als Ergänzung der gesetzlichen Krankenversicherung" (Anlage B 1) bestand Versicherungsschutz auf Grund einer sogenannten Wartezeit von 8 Monaten im Bereich der kieferorthopädischen Regulierungsmaßnahmen jedoch erst ab 01.09.2009.
Die Klägerin befand sich zu diesem Zeitpunkt bereits längere Zeit in der regelmäßigen Behandlung ihrer Zahnärztin, der Zeugin M.L., welche u.a. die regelmäßigen Kontrolluntersuchungen durchführte und bei der Klägerin die professionelle Zahnreinigung vornahm. Die Klägerin, die am 29.10.1970 geboren ist, hatte im jugendlichen Alter bereits eine kieferorthopädische Behandlung absolviert, welche etwa im Alter von 18 Jahren abgeschlossen war.

Anfang 2012 begab sich die Klägerin zu dem Kieferorthopäden, Prof. Dr. A.K., aus H.. Die näheren Einzelheiten, warum es zu dieser Kontaktaufnahme kam, sind zwischen den Parteien streitig. Prof. K. diagnostizierte bei der Klägerin eine medizinisch begründete Heilbehandlung gem. ICD 10, K 07.2 und K 07.3 und erstellte unter dem 24.02.2012 einen kieferorthopädischen Behandlungsplan zur Regulierung der festgestellten Fehlstellungen, welcher mit voraussichtlichen Kosten in Höhe eines Gesamtbetrages von € 7.993,68 abschließt. Auf den als Anlage K 3 vorgelegten Behandlungsplan im Einzelnen wird Bezug genommen.
Die Klägerin stellte dementsprechend unter dem 01.03.2012 bei der Beklagten einen Antrag auf Bestätigung der Kostenübernahme für diese Behandlung.
Die Beklagte legte die eingereichten Unterlagen darauf ihrem eigenen Gutachter, dem Fachzahnarzt für Kieferorthopädie Dr. P.K. aus K., vor, welcher mit Schreiben vom 03.05.2012 (Anlage K 4) dahingehend Stellung nahm, dass die diagnostizierte Fehlstellung erfahrungsgemäß seit vielen Jahren bestanden habe, sich in jüngerer Zeit allerdings ausgereift haben möge. Zum "angefragten Zeitpunkt" sei die Anomalie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gegeben gewesen, sie sei auch grundsätzlich nicht übersehbar gewesen. Auf die Stellungnahme im Einzelnen wird Bezug genommen.
Die Beklagte lehnte daraufhin die Kostenübernahme mit der Begründung ab, der Beginn des Versicherungsfalles läge außerhalb der versicherten Zeit, es habe eine Behandlung der Klägerin mit Befunderhebung am 07.10.2008 durch die die Klägerin betreuende Zahnärztin stattgefunden, die Behandlungsbedürftigkeit hätte der Zahnärztin jedenfalls auffallen müssen.
Die Klägerin behauptet, es habe keine derartige Untersuchung durch die Zahnärztin stattgefunden. Der behandlungsbedürftige Befund sei erstmals am 30.01.2012 durch den Kieferorthopäden, Prof. K., festgestellt und ihr mitgeteilt worden.
Zu dem Besuch bei dem Kieferorthopäden sei es wie folgt gekommen:
Eine Arbeitskollegin von ihr habe sich im Jahr 2011 im erwachsenen Alter eine Zahnfehlstellung richten lassen, darüber sei sie mit dieser ins Gespräch gekommen. Ihr Ehemann, welcher bei der Zahnärztin Dr. H.M. in ständiger Behandlung war, habe ihr empfohlen, diese aufzusuchen, weil dort auch ästhetische Zahnkorrekturen, u.a. durch sog. Veneers durchgeführt würden. Frau Dr. M. habe nach einer Untersuchung dann entsprechende Alternativen aufgezeigt, die ihr allerdings nicht zugesagt hätten, und habe dann Prof. Dr. K. als Kieferorthopäden empfohlen, welchen sie schließlich im01.2012 aufgesucht habe.
Die Klägerin ist der Ansicht, eine Behandlungsbedürftigkeit habe es zu einem früheren Zeitpunkt nicht gegeben. Sie selbst sei insofern beschwerdefrei gewesen, lediglich das Verhalten der Arbeitskollegin habe den Anstoß für die Überlegungen zur Korrektur der Zähne gegeben. Eine Behandlung, die auf die Erkennung des jetzt festgestellten Leidens abgezielt habe, habe es durch ihre behandelnde Zahnärztin zu keinem Zeitpunkt gegeben. Diese hätte auch eine entsprechende medizinische Notwendigkeit zur Korrektur einer Fehlstellung nicht erkennen und diagnostizieren müssen.
Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben dieser auf einen Gegenstandswert von € 7.993,68 eine 1,3 Geschäftsgebühr zuzüglich Auslagen und Umsatzsteuer, insgesamt € 661,16 in Rechnung gestellt, welche die Klägerin bislang nicht beglichen hat. Sie nimmt die Beklagte aufgrund ihres Verzuges auf Freistellung in Anspruch.
Die Klägerin beantragt,
- wie tenoriert -.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie trägt vor, bei der Klägerin habe bereits bei Antragstellung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Kieferfehlstellung in Gestalt eines "Deckbisses" bestanden. Damit sei auch vor Beginn des Versicherungsschutzes bereits eine objektive Behandlungsbedürftigkeit vorhanden gewesen. Sie gehe davon aus, dass eine Diagnose der nunmehr zu behandelnden Zahn-/Kieferfehlstellung bereits durch die Zahnärztin M.L. vor Antragstellung vorgelegen habe. Für das Vorliegen einer objektiven Behandlungsbedürftigkeit vor Antragstellung bezieht sich die Beklagte (unter Verwahrung gegen die Beweislast) auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens.
Die Beklagte hat außerdem in der mündlichen Verhandlung vom 07.01.2014 nunmehr erstmals die medizinische Notwendigkeit der avisierten kieferorthopädischen Behandlung bestritten.
Das Gericht hat mit Beschluss vom 24.09.2013 zunächst die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu der Frage angeordnet, ob bei der Klägerin vor dem 01.09.2009 die streitgegenständliche kieferorthopädische Behandlung nicht objektiv medizinisch notwendig gewesen sei. Das Gericht hat hiervon jedoch im weiteren Verlauf Abstand genommen.
Zur Ergänzung des Sachverhaltes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist hinsichtlich beider Anträge begründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Kostenübernahme gegenüber der Beklagten sowie auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gegenüber der Beklagten zu.

1. Feststellungsantrag
Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran, dass die Kostenübernahmeverpflichtung der Beklagten gerichtlich festgestellt wird. Angesichts der Höhe der Kosten, welche die Klägerin nicht vorzuschießen verpflichtet ist, besteht auch ein entsprechendes Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO.
Der Klägerin steht ein Anspruch auf Übernahme der Kosten für die streitgegenständliche kieferorthopädische Behandlung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Versicherungsvertrag Nr. zu. Der vorliegend – insoweit zwischen den Parteien unstreitig – bestehende Versicherungsfall in Form der kieferorthopädischen Behandlung einer Kieferfehlstellung der Klägerin datiert auch nicht bereits aus einer Zeit vor Beginn des Versicherungsschutzes am 01.09.2009, mit der Folge, dass die Beklagte nicht ersatzpflichtig wäre.
Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 der AVB beginnt in solchen "gedehnten Versicherungsfällen" der Versicherungsfall mit dem Beginn der Heilbehandlung, d.h. dem Zeitpunkt der erstmaligen Inanspruchnahme ärztlicher Tätigkeit, die auf die Erkennung oder Behandlung des Leidens abzielt (vgl. hierzu LG Dortmund NJW-RR 2008, 118 m.w.N.). Der Beklagten ist es nicht gelungen, einen entsprechenden Zeitpunkt, welcher vor dem 01.09.2009 liegt, darzulegen und nachzuweisen.
So hat die Beklagte keinen konkreten Vortrag dazu erbracht, wann eine derartige Untersuchung und durch wen stattgefunden haben soll. Sofern die Beklagte darauf verweist, dass eine letzte Behandlung der Klägerin "mit Befunderhebung" bei der behandelnden Zahnärztin am 07.10.2008 erfolgt sein soll, so findet dies bereits keine Stütze in den bei der Zahnärztin durch die Beklagte abgeforderten Karteiunterlagen (Anlage K 5). Hieraus ergeben sich lediglich regelmäßige "PZR"-Termine, sowie Untersuchungen der einzelnen Zähne, welche durch einen entsprechenden Stempelaufdruck befundet wurden. Soweit sich in dieser Aufstellung der Hinweis auf eine "Röntgenaufnahme der Bissflügel" findet, erklärt sich dies bereits aus dem beigefügten Klammerzusatz als Maßnahme im Rahmen einer Kariesdiagnostik. Dass die behandelnde Zahnärztin am 07.10.2008 eine Untersuchung hinsichtlich der Zahn-/Kieferfehlstellung bei der Klägerin vorgenommen hat, ergibt sich hieraus in keiner Weise und kann von der Beklagten nur ohne weitere Anhaltspunkte behauptet werden.
Der bloße Umstand, dass eine derartige Fehlstellung bei der Klägerin seinerzeit u.U. bereits vorgelegen hat und diese möglicherweise für einen Kieferorthopäden, u.U. auch für eine Zahnärztin, erkennbar gewesen sein kann, reicht für die Frage der Annahme des Beginns einer Heilbehandlung nicht aus. Hiernach würde dem Patienten je nach der Befähigung des behandelnden Arztes im konkreten Fall das Risiko dahingehend aufgebürdet, dass bei Abschluss eines Versicherungsvertrages aus diesem Grunde nicht erkannte Krankheiten keinen Versicherungsschutz genießen würden. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, sowie auch die Definition des Beginns der Heilbehandlung dies voraussetzt, eine konkrete, zielgerichtete Untersuchung diesbezüglich zu verlangen. Eine solche hat die Beklagte im vorliegenden Fall jedoch nicht substantiiert dargelegt.
Die Beklagte trifft auch insofern die Darlegungs- und Beweislast. Zwar ist grundsätzlich der Versicherungsnehmer selbst für den Eintritt eines Versicherungsfalles darlegungs- und beweispflichtig. Diesen Anforderungen hat die Klägerin allerdings mit der jetzt vorliegenden Behandlungsbedürftigkeit der Zahn- bzw. Kieferfehlstellung ausreichend genüge getan, welche im Übrigen im Wesentlichen zwischen den Parteien unstreitig ist. Will der Versicherer dann einwenden, dass der Beginn dieses Versicherungsfalles vor Beginn des versicherten Zeitraumes gelegen hat, so ist er hierfür darlegungs- und beweispflichtig (vgl. u.a. Bach/Moser Private Krankenversicherung, 4. Aufl. 2009 § 2 MB/KK Rdrn. 37, OLG Hamm, VersR 1977, 953 m.w.N.) Dieser Beweis ist auch für den Versicherer grundsätzlich nicht unmöglich zu führen, da er – wie auch im vorliegenden Fall geschehen – die Möglichkeit hat, entsprechende detaillierte Unterlagen von den behandelnden Ärzten abzufordern.
Soweit die Beklagte nunmehr in der mündlichen Verhandlung eingewandt hat, dass Zweifel an der medizinischen Notwendigkeit der beantragten Maßnahme bestehen, erachtet das Gericht dies für widersprüchlich zum bisherigen Vortrag, zu wenig substantiiert und letztlich verspätet. Die Beklagte hat während des gesamten Schriftverkehrs über den geltend gemachten Anspruch zu keinem Zeitpunkt die medizinische Notwendigkeit dieser Maßnahme beanstandet. Im Übrigen hat selbst der von der Beklagten beauftragte Gutachter, Dr. P.K., die medizinische Notwendigkeit in keiner Weise in Frage gestellt.
Einwendungen hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Kosten hat die Beklagte nicht vorgebracht.
2. Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten
Spätestens seit ihrem Ablehnungsschreiben vom 22.8.2012 befindet sich die Beklagte auf Grund ihrer ernsthaften und dauerhaften Erfüllungsverweigerung im Verzug gemäß § 286 BGB. Sie hat dementsprechend die Kosten für die vorgerichtliche Einschaltung der Prozessbevollmächtigten als Verzugsschaden gem. § 288 Abs. 3 BGB zu ersetzen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die sofortige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

201. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 03.02.2014 – 5 U 101/13 – * Haftung des Kieferchirurgen: Wirksamkeit einer 3 Monate vor der Zahnextraktion erklärten Einwilligung; Widerruf der Einwilligung

Orientierungssatz

1. Die Einwilligung in eine Zahnextraktion verliert nicht infolge eines Zeitablaufs von drei Monaten ihre Wirksamkeit.
2. Ein Widerruf der Einwilligung in die Zahnextraktion ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass der Patient vor der geplanten Operation einen Heil- und Kostenplan für eine Wurzelspitzenresektion an allen Zähnen, die gezogen werden sollen, angefordert und erhalten hat.
3. Ebenso liegt kein Widerruf vor, wenn der Patient am Operationstag bei dem behandelnden Kieferchirurgen einen von seinem Zahnarzt abgeänderten Überweisungsschein abgibt, ohne ausdrücklich auf den geänderten Inhalt hinzuweisen.
4. Erklärt ein Patient gegenüber einem Anästhesisten am Operationstag, dass statt einer Zahnextraktion eine Wurzelspitzenresektion vorgenommen werden soll, kann diese Erklärung ebenfalls nicht als Widerruf der Einwilligung gewertet werden, da der Anästhesist hierfür nicht der zuständige Ansprechpartner ist.

Gründe

I.
Der Senat beabsichtigt, die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen.
Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweisbeschluss und Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Berufung unter Kostengesichtspunkten binnen zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses.
II.
Der Senat lässt sich bei seiner Absicht, nach § 522 Abs. 2 ZPO zu verfahren, von folgenden Überlegungen leiten:
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten.
Die Berufung hat auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.
1. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, einem in Oldenburg niedergelassenen Kieferchirurgen, Schmerzensgeld in Höhe von 6.000 €, weil er, so ihre Ansicht, ihr ohne ihre Einwilligung zwei Backenzähne gezogen hat, bei denen er nach ihrer Vorstellung eine Wurzelspitzenresektion hätte durchführen sollen.
Am 08.07.2010 war die Klägerin bei ihrer Zahnärztin wegen drei vereiterter Wurzelspitzen in Behandlung. Dort erhielt sie ein Rezept für eine Überweisung an den Beklagten mit Behandlungsempfehlung, 2 der Zähne ziehen zu lassen und an einem eine Wurzelspitzenbehandlung durchzuführen (Behandlungsdokumentation, Anl.zum Schriftsatz der Beklagten vom 29.08.2012, Bl.32 d.A.). Unter dem 08.09.2010 fand dann beim Beklagten das Beratungs- und Aufklärungsgespräch statt. Der Beklagte erläuterte der Klägerin die Behandlungsmethoden. Da die Klägerin wegen des unerwünschten Zahnverlustes und weil sie keine Schmerzen an den Zähnen hatte, der Extraktion kritisch gegenüberstand, erläuterte der Beklagte auch die Möglichkeit einer Wurzelspitzenresektion an allen drei Zähnen, empfahl aber als sinnvoll (entsprechend der Empfehlung der behandelnden Zahnärztin) die Durchführung der Extraktion von zwei Zähnen und die Wurzelspitzenresektion an einem Zahn. Über die damit verbundenen Risiken wurde die Klägerin unterrichtete. Sie unterzeichnete einen entsprechenden Aufklärungsbogen, der überschrieben ist mit "X 47, 36, WRS 15" für Extraktion Zahn 47 und 36, Wurzelspitzenbehandlung Zahn 15 (vgl. Bl. 1 Behandlungsunterlagen). Im Anschluss an dieses Gespräch vereinbarte die Klägerin einen OP-Termin bei dem Beklagten für den 09.12.2010.
Vor der Operation entschied sich die Klägerin dafür, doch eine Wurzelspitzenresektion an allen drei Zähnen durchführen zu lassen. Unter dem 09.12.2010 findet sich in den Unterlagen der behandelnden Zahnärztin die Eintragung "Pat hat heute Termin beim Chirurgen , möchte alle 3 Zähne WSR" (vgl. Bl.32 d.A.). Die Klägerin ist dann mit einem entsprechend geänderten Rezept ("WSR 15, 36, 46") zur Operation erschienen und gab die Überweisung am Empfang ab. Sie behauptet, dem Anästhesisten gesagt zu haben, heute werde an drei Zähnen eine Wurzelspitzenbehandlung gemacht. Tatsächlich hat der Beklagte der Klägerin dann, wie am 08.09. vorbesprochen, zwei Backenzähne gezogen. Zudem hat er, abweichend vom Aufklärungsgespräch an einem weiteren Zahn (25) eine Wurzelspitzenbehandlung durchgeführt, weil er dort während der Operation eine Fistel festgestellt hatte. Die Klägerin hat gemeint, die Extraktion der zwei Zähne und die zusätzliche Wurzelbehandlung am Zahn 25 seien nicht durch ihre Einwilligung gedeckt gewesen. Sie hat mit der Klage 6.000 € Schmerzensgeld und Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige, noch nicht absehbare Schäden verlangt. Das Landgericht hat die Klage mit dem in Bezug genommenen Urteil abgewiesen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit welcher sie den Schmerzensgeldanspruch zur Höhe von 6.000 € und den Feststellungsantrag weiterverfolgt. Sie meint, die ursprünglich am 08.09.2010 erteilte Einwilligung habe nicht bis zum 09.12.2010 fortgewirkt. Angesichts des Zeitablaufs von drei Monaten hätte sich der Beklagte rückversichern müssen, ob die Einwilligung fortbestanden habe. Spätestens vor der Operation hätte er dies tun müssen.
Außerdem habe die Einwilligungslage nicht fortbestanden, weil die Klägerin nach Rücksprache mit ihrer Zahnärztin die Extraktion nicht gewollt habe und dies dem Beklagten durch den neuen Überweisungsschein auch mitgeteilt hatte. Soweit das Landgericht gemeint habe, der Beklagte sei nicht verpflichtet, sich vor der OP zu vergewissern, dass die Einwilligung fortbesteht, könne sie dem nicht zustimmen. Sie wirft die Frage auf, wo man hinkomme, wenn jeder Chirurg "einfach drauflos schneidet", ohne sich vorher noch einmal von der Notwendigkeit des Eingriffs und dem Fortbestehen der Einwilligung zu überzeugen. Schließlich habe die Klägerin die Einwilligung gegenüber dem Anästhesisten widerrufen. Das Landgericht verkenne bei seiner Argumentation, dass die Klägerin ausdrücklich darauf hätte hinweisen müssen, dass sie eine Änderung der Operation wünsche, dass sie angenommen habe, der Beklagte, werde, wie es sich gehöre, vor der Operation noch einmal erscheinen; zum anderen habe sie annehmen dürfen der Anästhesist sei über die durchzuführende Operation informiert.
2.
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
Die Klägerin hat in die Operation eingewilligt und die Einwilligung nicht wirksam widerrufen.
Der Inhalt der Einwilligung ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln, dabei sind die Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen anzuwenden (Bamberger-Roth, BeckOK § 823 Rn.641 m.w.N.).
Danach hat die Klägerin am 08.09.2010 ihre Einwilligung zur Extraktion erteilt. Auch wenn die Klägerin angibt, sie habe das Gespräch als allgemeines Beratungsgespräch verstanden, musste der verständige Empfänger ihrer Erklärung ihr Verhalten als Einwilligung in die Extraktion der Zähne verstehen; denn sie hat einen entsprechenden Aufklärungsbogen unterschrieben und einen OP-Termin vereinbart, nachdem der Beklagte ihr erklärt hatte, nur eine Extraktion sei sinnvoll. Die Klägerin zieht dies mit ihrer Berufung auch nicht ernsthaft in Zweifel.
Diese Einwilligung hat bis zum Tage der Operation fortbestanden und nicht etwa infolge Zeitablaufs ihre Wirksamkeit verloren. Der Senat teilt nicht die Ansicht der Klägerin, es sei generell Aufgabe des Operateurs den Fortbestand der Einwilligung zu prüfen. In Konstellationen der vorliegenden Art hat der Patient, der ambulant nach Terminsvergabe operiert wird, die Situation bis zur Operation in der Hand. Wenn er nicht mehr einverstanden ist, braucht er nicht zu erscheinen bzw. kann er den Termin absagen. Es besteht keinerlei Veranlassung von Rechts wegen den Behandler zu verpflichten, darüberhinausgehend das Fortbestehen der Einwilligung zu überprüfen.
Die Klägerin hat die Einwilligung auch nicht wirksam widerrufen.
Grundsätzlich kann die Einwilligung jederzeit widerrufen werden; die Darlegungs- und Beweislast trifft insoweit den Patienten (BGH, Urteil vom 18.03.1980, Az. VI ZR 155/78 - Juris Rn.20). Ein wirksamer Widerruf ist nicht erfolgt. Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, ein Widerruf ergebe sich daraus, dass sie zwischen den Terminen in der Praxis des Beklagten einen Heil- und Kostenplan für die Wurzelspitzenresektion aller drei Zähne angefordert und unter dem Datum des 01.11.2010 erhalten habe (Anlage zur Klageschrift, Bl.9 d.A.). Unwidersprochen hat der Beklagte vorgetragen, dass die Klägerin weder ihm gegenüber noch gegenüber seinem Personal mitgeteilt habe, dass sie nunmehr eine Wurzelspitzenresektion wolle; vielmehr habe sie angerufen, und danach gefragt, wie hoch der zu zahlende Eigenanteil bei der Wurzelspitzenresektion sei; daraufhin habe sie das Schreiben erhalten. Vor diesem Hintergrund kann die Anforderung nicht als Widerruf gedeutet werden. Vielmehr verdeutlicht dieses Verhalten lediglich, dass sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt mit dem Gedanken trug, von der angedachten Operation Abstand zu nehmen, mehr indessen nicht.
Auch, indem sie am Operationstag einen abgeänderten Überweisungsschein abgegeben hat, hat die Klägerin ihre Einwilligung nicht widerrufen, denn sie durfte nach Treu und Glauben bei verständiger Sicht (§ 157 BGB) nicht darauf vertrauen, der geänderte Inhalt würde ohne ausdrücklichen Hinweis noch zur Kenntnis genommen werden. Tatsächlich hat die Klägerin dies auch gar nicht geglaubt; wie sie im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Oldenburg angegeben hat, hatte sie vielmehr fälschlicherweise angenommen, ihre Zahnärztin hätte mit dem Beklagten Kontakt aufgenommen und diesem mitgeteilt, dass nur noch eine Wurzelbehandlung und keine Extraktion erwünscht sei (S.2 Terminsprotokoll 1. Abs. a.E., Bl.86 R d.A.). In dieser Situation hätte es vielmehr der Klägerin als derjenigen, die sich für eine Extraktion angemeldet hatte, oblegen klarzustellen, dass sie diese nicht mehr wünscht. Der Senat teilt in diesem Zusammenhang die Bedenken der Klägerin hinsichtlich der Folgen einer solchen Sichtweise nicht. Keineswegs wird durch diese Sichtweise, wie die Klägerin insinuiert, der Weg eröffnet für leichtfertiges und unverantwortliches Operieren; vielmehr wird die Klägerin als verantwortlich handelndes Rechtssubjekt an ihrem eigenverantwortlichem Tun festgehalten und werden ihr die Konsequenzen ihres Verhaltens zugerechnet. Sofern die behandelnde Zahnärztin der Klägerin versäumt hat, den Beklagten

über den Sinneswandel zu informieren, ist dies ein Fehler, den sich die Klägerin im Verhältnis zum Beklagten als eigenen Fehler zurechnen lassen muss; demgegenüber kann sie diesen Fehler ihrer Zahnärztin bzw. ihr eigenes Versäumnis, den Beklagten nicht explizit über ihren Sinneswandel unterrichtet zu haben, nicht nachträglich auf den Beklagten abwälzen.
Schließlich stimmt der Senat im Ergebnis dem Landgericht auch darin zu, dass, sollte die Klägerin zum Anästhesisten gesagt haben, sie erhalte heute an drei Zähnen eine Wurzelspitzenresektion, dies nicht als Widerruf verstanden werden muss, weil der Anästhesist nicht der zuständige Ansprechpartner ist, um Änderungen der Operation zu besprechen und infolgedessen derartigen Äußerungen keine Beachtung in dem Sinne schenken müsste, als dass er abgleichen müsste, ob die Äußerung mit der geplanten Operation im Einklang steht. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf abhebt, sie habe angenommen, den Beklagten vor der OP noch einmal zu sprechen, wird nicht klar, welche Bedeutung diesem Umstand zukommen soll. Falls damit gesagt sein soll, der Beklagte hafte auch deshalb, weil er dadurch, dass er nicht persönlich erschienen ist, der Klägerin die Möglichkeit genommen hat, die Einwilligung zu widerrufen, pflichtet der Senat dem nicht bei. Die Klägerin hätte sich, falls sie annahm, es würde extrahiert werden, wenn sie den Beklagten nicht vor der Operation auf den Sinneswandel hinwies, nicht sedieren lassen dürfen, bevor dieser Punkt klargestellt war.
Im Übrigen wäre, selbst wenn man eine Pflicht des Anästhesisten annehmen wollte, die Äußerung der Klägerin mit dem Operationsplan abzugleichen, im vorliegenden Fall ein weit überwiegendes Eigenverschulden der Klägerin an der Schadensentstehung anzunehmen, das einen etwaigen Schmerzensgeldanspruch entfallen ließe.
Die Operationserweiterung auf den Zahn 25 ist nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt.

202. LG Frankfurt, Urteil vom 29.01.2014 – 2-04 O 470/11 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht vor einer Kataraktoperation bei Gliose

Orientierungssatz

Der Umstand, dass zum einen eine Gliose sich durch eine Kataraktoperation verschlechtern kann und dass bei einer präoperativen Gliose nicht unbedingt mit einer Sehverbesserung durch die Kataraktoperation gerechnet werden kann, ist aufklärungspflichtig.

Tenor

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Schmerzensgeld in Höhe von 8.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.01.2012 zu zahlen.
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche aus der Behandlung vom 27.10.2010 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.
Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger die nach dem RVG nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten des Klägers bei den Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.151,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.01.2012 im Wege der Nebenforderung zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreites tragen der Kläger zu 38 % und die Beklagte zu 62 %.
Das Urteil ist für die Parteien jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger begab sich zur Durchführung einer Katarakt-Operation am linken Auge und zur Behandlung einer Hornhautverkrümmung in die Einrichtung der Beklagten. Der Kläger wies zu diesem Zeitpunkt beidseits Cataracta corticonuclearis mit Speichentrübung auf. Die Sehschärfe mit eigener Brille betrug rechts 0,5 und links 0,4. Das vom vorbehandelnden Augenarzt erstellte OCT zeigte im linken Auge eine beginnende Gliose im Netzhautbereich. Die Operation des linken Auges erfolgte am ...10.2010. Bei den Voruntersuchungen betrug der Wert der Hornhautverkrümmung -0,75. Die Messung wurde zweimal durchgeführt. Der Kläger erhielt daher statt der ursprünglich geplanten torischen eine monovokale sphärische Linse eingesetzt. Am Nachmittag desselben Tages hatte der Kläger starke Schmerzen am operierten Auge. Er begab sich am Abend zu der Beklagten. Der behandelnde Arzt stellte fest, dass die Hornhaut stark geschwollen und der Augendruck hoch war. Durch tägliche augenärztliche Behandlung besserten sich die Schmerzen, der Kläger sah verschwommen und verzerrt. Nach zwei Wochen folgte eine weitere Untersuchung, bei dieser festgestellt wurde, dass sich in der hinteren Netzhaut ein Ödem gebildet hatte. Eine kleine Wasserblase drückte auf den Sehnerv. Das Ödem bildete sich in der Folgezeit zurück und es entstand ein kleines Loch. Zudem stellte der behandelnde Arzt eine Hornhautverkrümmung von -2.25 fest. Bei diesem Wert wäre es zu dem Einsetzen einer torischen Linse gekommen. Die Abweichung des Wertes zu den voroperativen Werten konnte man bei der Beklagten nicht erklären.

Am ...01.2011 wurde in der Klinik1 eine Parsplana-Virektomie durchgeführt. Es bildete sich ein Makulaödem.
Der Kläger ist rechtsschutzversichert. Mit Schreiben vom 29.02.2012 teilte die Rechtsschutzversicherung mit, dass sie die Kosten zur Geltendmachung als Nebenforderung im Klageverfahren an den Kläger abtrete (Blatt 62 der Akte).
Der Kläger behauptet, bei der Katarakt-Operation sei behandlungsfehlerhaft die Horn- und/oder Netzhaut verletzt worden. Die Messungen vor der Operation seien fehlerhaft durchgeführt worden, so dass der geplante Ausgleich der Hornhautverkrümmung nicht durchgeführt wurde. Er könne nicht mehr selbst Autofahren und habe im Alltag massive Probleme mit dem räumlichen Sehen. Zudem liege eine fehlerhafte Aufklärung über die Wahl der einzusetzenden Linse und der Operationsrisiken, insbesondere auch zu der Möglichkeit einer Verschlechterung der Sehleistung wegen der vorbestehenden Gliose vor.
Der Kläger hat die mit Schriftsatz vom 24.11.2011 erhobene Klage gerichtet gegen die X, vertreten durch die Geschäftsführer Y.
Der Kläger beantragt,
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Festsetzung der Höhe nach in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nach §§ 288 Abs. 1, 291 Abs. 1 S. 1, 1. HS BGB;
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche aus der Behandlung vom 27.10.2010 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;
die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn die nach dem RVG nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten des Klägers bei den Prozessbevollmächtigten in Höhe von € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nach §§ 288 Abs. 1, 291 Abs. 1 S. 1, 1. HS BGB im Wege der Nebenforderung zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte behauptet, bei dem Kläger sei es intraoperativ zu einer Hornhautverletzung gekommen. Hierbei handele es sich um ein unvermeidliches Operationsrisiko. Die Verletzung sei folgenlos ausgeheilt. Zudem habe die Ödembildung zu einer Netzhautverdünnung mit beginnendem Makulaforamen geführt. Diese sei für die Visusverschlechterung verantwortlich. Die Verwendung einer sphärischen anstelle einer torischen Linse sei nicht fehlerhaft. Die Verwendung sei mit dem Kläger nach sorgfältiger präoperativer Bestimmung der Messwerte und ausführlicher Beratung über verschiedene Linsentypen besprochen worden. Die Verwendung einer sphärischen Standardlinse sei im Übrigen nicht ursächlich für die Visusverschlechterung.
Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 20.06.2012 durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen A (Blatt 124 ff. der Akte) sowie auf die mündlichen Erörterungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2013 (Blatt 175 ff. der Akte) verwiesen.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig.
Die fehlerhafte Bezeichnung der Beklagten in der Klageschrift vom 24.11.2011 als „X, vertreten durch die Geschäftsführer Y“, ist unschädlich, da in der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2012 eine Klarstellung im Sinne einer Parteiberichtigung erfolgte.
Die Klage ist auch überwiegend begründet.
Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus §§ 280, 611, 823 Abs. 1, 249 ff. BGB unter dem Aspekt einer fehlerhaften Aufklärung zu.
Der Sachverständige A konnte hingegen keine fehlerhafte Diagnostik oder Behandlung des Klägers objektivieren. Ein ärztliches Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Kataraktoperation des linken Auges des Klägers ist nicht nachweisbar.
Der Sachverständige A, der die korrekten Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt hat, hat im Rahmen seines Gutachtens vom 21.11.2012 ausgeführt, dass es bei der im Operationsbericht beschriebenen, standardmäßigen Vorgehensweise nicht zu erwarten sei, dass es zu einer Horn- und/oder Netzhautverletzung komme. Dies sei sehr unwahrscheinlich. Die bei dem Kläger am Tag der Verbandsvisite großflächig beschriebene Erosio, die sich bis zum 04.11.2010 vollständig verschlossen hatte, sei wahrscheinlich im Laufe des Operationstages oder der nachfolgenden Nacht durch Reibung der Augenoberfläche an der Rückfläche des Verbandes bei unvollständigem Lidschluss unter dem Verband entstanden. Dies sei jedoch schicksalhaft und keinem der Beteiligten anzulasten. Die Hornhautoberfläche sei auch folgenlos

ausgeheilt. Die vorübergehende Erosio der Hornhaut sei daher keinesfalls für die anhaltende Sehschwäche des linken Auges verantwortlich. Auch die vorübergehende Augeninnendruckerhöhung sei als Ursache eines bleibenden Schadens auszuschließen.
Eine intraoperative Verletzung der Netzhaut konnte der Sachverständige nicht feststellen. Der Sachverständige führte dazu aus, dass die Kataraktoperation nur den vorderen Augenabschnitt involviert und die Netzhaut nicht erreicht werde. Eine Verletzung werde auch weder im Operationsbericht, noch im Rahmen postoperativer Kontrollen erwähnt. Es finde sich zwar unter dem aufgeführten Prozeduren-Code der Code 5-156.9, was einer intravitrealen Injektion eines Medikamentes entspreche. Allerdings werde eine derartige Injektion, insbesondere auch unter Bezeichnung des injizierten Medikamentes im gesamten Behandlungsverlauf an keiner Stelle erwähnt. Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass davon auszugehen sei, dass ein fehlerhaftes Erscheinen der Ziffer im Operationsbericht vorliege. Der Sachverständige konnte überzeugend darlegen, dass die Codes im Operationsbericht durch einfaches „Anklicken“ eingefügt werden. Diese Ausführungen des Sachverständigen sind für das Gericht nachvollziehbar, zumal auch in dem ausformulierten Operationsbericht von einer Injektion in den Glaskörper nicht die Rede ist.
Zu der präoperativen Diagnostik hat der Sachverständige ausgeführt, dass am 29.09.2010 die subjektive Refraktion des linken Auges bestimmt worden sei. Im Rahmen der Bestimmung der zu implantierenden Intraokularlinse seien weitere Messungen durchgeführt worden, die einen Astigmatismus des linken Auges von nur 0,29 dpt bzw. 0,35 dpt ergeben hätten. Da das für die Untersuchungen eingesetzte Gerät (IOL Master) mit diesen Werten nur den für die Intraokularlinsenbestimmung wichtigen Hornhautastigmatismus angebe und diese Messungen aus Gründen der Reproduzierbarkeit und wegen der sich zum Brillenwert ergebenden Diskrepanz mehrfach wiederholt worden seien, müsse geschlussfolgert werden, dass es sich bei dem in der subjektiven und objektiven Refraktion ermittelten und in der Brille korrigierten Gesamtastigmatismus im Wesentlichen um einen Linsenastigmatismus gehandelt habe. Da die eigene Linse und mit ihr dieser Refraktionsfehler bei der Kataraktoperation entfernt werde, hätte sich nach diesen Messungen die Frage der Implantation einer torischen Linse, d.h. einen Hornhautastigmatismus ausgleichenden Intraokularlinse am linken Auge erübrigt, da es keine Indikation für die Implantation einer solchen Linse in einem derart niedrigen Dioptrienbereich gebe. Die Indikationsstellung zur Implantation einer monofokalen anstelle einer torischen Linse sei unter diesen Umständen lege artis gewesen.
Dass letztlich eine Erhöhung des Zylinderwertes eingetreten, sich sogar die Achse des Astigmatismus sich um 90 ° gedreht habe, sei für den Sachverständigen nicht erklärlich, es sei denn, man unterstelle multiple Fehlmessungen.
Für diese Fehlmessungen fehlen zum einen sämtliche Anhaltspunkte. Es handelt sich hierbei um reine Spekulationen. So hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass das eingesetzte Gerät – der IOL Master – eine selbständige computergestützte Messung vornimmt und das Gerät eine hohe Präzision besitzt. Eine falsche Handhabung sei daher eigentlich nicht denkbar. Auch erkenne das Gerät automatisch, welches Auge gemessen wird, so dass auch eine Verwechslung der Augen praktisch ausschließen könne. Zudem ergäben sich aus den Behandlungsunterlagen, insbesondere aus den Messunterlagen, keine Anhaltspunkte dafür, dass manuelle Eintragungen vorgenommen worden sind. Diese würden durch eine automatische Sternzeichnung in den Unterlagen gekennzeichnet. Solche manuellen Eintragungen lägen nicht vor, so dass von einer vollautomatischen Messung auszugehen sei. Zum anderen fehlt es bei einer vollautomatischen computergestützten Messung an einem Verschulden der Beklagten. Für Organisationsmängel ist indes nichts vorgetragen.
Auch ein postoperativer Astigmatismus von 2 dpt könne nach den Ausführungen des Sachverständigen in der Regel problemlos mit einer Brille oder Kontaktlinse korrigiert werden.
Nach den Ausführungen des Sachverständigen hat die herabgesetzte Sehschärfe des Klägers vielmehr ihre Gründe im Netzhautbereich.
Der Sachverständige konnte aufgrund der prä- und postoperativen Befunde in den Behandlungsunterlagen feststellen, dass die Sehschärfe messbar schlechter ist, als präoperativ. So habe die beste nach der Kataraktoperation gemessene Sehschärfe 0,4 und nach der Vitrektomie 0,16 betragen. Dies führt der Sachverständige auf die bei dem Kläger bereits präoperative diagnostizierte Gliose zurück. Diese trete idiopathisch, d.h. ohne erkennbare Ursache, auf und äußere sich in einer Visusherabsetzung und gegebenenfalls Verzerrtsehen. Die Veränderung sei aber nicht durch die Kataraktoperation aufgetreten. Sie könne sich zwar durch eine solche Operation verschlechtern, dies beruhe dann aber nicht auf einem Behandlungsfehler der Kataraktoperation, sondern sei als schicksalhaft einzustufen.
Auch wenn nach den obigen Erörterungen kein vorwerfbarer Behandlungsfehler auf Seiten der Beklagten gegeben ist, liegt ein Aufklärungsmangel vor.
Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe mit dem Kläger den präoperativen Befund einer beginnenden Gliose erörtert. Dass sie ihn darüber aufgeklärt hat, dass eine Sehverbesserung nicht zu erwarten sei und möglicherweise sogar eine Verschlechterung der Gliose durch die Kataraktoperation eintreten kann, ist hingegen nicht behauptet worden. Der Umstand, dass zum einen eine Gliose sich durch eine Kataraktoperation verschlechtern kann und dass bei einer präoperativen Gliose nicht unbedingt mit einer Sehver-

besserung durch die Kataraktoperation gerechnet werden kann, ist nach Auffassung der Kammer aufklärungspflichtig. Nach den Angaben des Sachverständigen bleibe zwar in den meisten Fällen der Gliose-Befund stabil, die Gliose verhindere jedoch, dass das Sehen besser werde. Bei der Gliose handele es sich um eine bindegewebige Reaktion, die zu einer Flüssigkeitseinlagerung in der Netzhaut führen könne. Wenn der Kläger angebe, dass er gerade Linien nach der Operation verzerrt sehe, dann sei die Erklärung hierfür die Gliose. Die Verzerrung müsse dabei nicht auf einer Verschlechterung der Gliose beruhen, sondern könne sich auch darauf zurückführen lassen, dass der Kläger durch die Kataraktoperation „besser sehe“ in dem Sinne, dass Licht nunmehr barrierefrei auf die Netzhaut treffe und erst hierdurch die Gliose in ihrer Auswirkung des Verzerrtsehens für den Kläger wahrnehmbar geworden sei.
Soweit die Beklagte auf eine Entscheidung des OLG München (Beschluss vom 07.03.2012, 1 U 4430/11) abstellt, nach der über den Effekt einer bestehenden Glaskörpertrübung nach erfolgter Kataraktoperation nicht aufzuklären ist, ist die Entscheidung mit dem vorliegenden Sachverhalt nach Auffassung der Kammer nicht vergleichbar. Entscheidend war im dortigen Sachverhalt, dass der Effekt einer zunächst nicht sichtbaren Glaskörpertrübung, die nach Kataraktoperation für den Patienten erkennbar werden, nach dem Ergebnis der sachverständigen Begutachtung selten auftritt und selbst dann subjektiv von den Patienten in der Regel nicht als störend wahrgenommen wird. Mit einer relevanten Beeinträchtigung der Patientin durch das Phänomen „Glaskörpertrübung“ war bei objektiver Betrachtung nicht zu rechnen. Auch der Sachverständige hatte bestätigt, dass die von der Beklagten geforderte Aufklärung aus medizinischer Sicht nicht üblich ist und er diese auch nicht für notwendig hält.
Im vorliegend zu entscheidenden Fall hingegen ist eine erhebliche subjektive Beeinträchtigung – selbst bei unverändertem Zustand der Gliose – zu erwarten, da dass Licht nunmehr barrierefrei auf die Netzhaut treffe und erst hierdurch die Gliose in ihrer Auswirkung des Verzerrtsehens für den Kläger wahrnehmbar geworden ist. Der Kläger wird hierdurch in seiner Lebensführung konkret beeinträchtigt, insbesondere fühlt er sich nicht mehr sicher genug, um Auto zu fahren. Das Phänomen des Verzerrtsehens ist nach den Ausführungen des Sachverständigen A auch keineswegs selten. Aus sachverständiger ärztlicher Sicht wäre deshalb über den Zusammenhang der Kataraktoperation und der Gliose aufzuklären gewesen. Dass diese Problematik für die Beklagte nicht vorhersehbar gewesen sei, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass lediglich spezifisch der Kläger subjektiv die optischen Verhältnisse als störend und unangenehm empfindet.
Dem Kläger wäre es bei aufklärungsgemäßem Verhalten der Beklagten möglich gewesen, die Risiken der Kataraktoperation unter Berücksichtigung der präoperativen Gliose angemessen gegeneinander abzuwägen. Der Eingriff stellt sich daher mangels ordnungsgemäßer Aufklärung des Klägers als rechtswidrig dar. Die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung liegen nicht vor. Der Kläger hat im Gegenteil substantiiert einen Entscheidungskonflikt dahingehend vorgetragen, dass er bei Kenntnis der Bedeutung der Gliose für den Erfolg der Kataraktoperation im Sinne eines „besseren Sehens“ bzw. unter der Risiko einer Verschlechterung der Gliose ernsthaft vor der Entscheidung gestanden hätte, die Operation – zumindest zum streitgegenständlichen Zeitpunkt - durchführen zu lassen oder nicht.
Die Kammer sieht es insofern – auch ohne eigene Untersuchung des Sachverständigen – als ausreichend an, wenn der Kläger angibt, aufgrund des Verzerrtsehens nicht mehr Autofahren zu können. Im Interesse der Sicherheit des Klägers und auch der übrigen Verkehrsteilnehmer ist es dem Kläger nicht zumutbar, Auto zu fahren, auch wenn keine generelle Fahrunfähigkeit bestehen sollte. Zu der Fähigkeit ein Fahrzeug sicher im Verkehr zu führen gehört nicht nur die Tatsache des rechtlichen, objektiven Dürfens, welche vorliegend nach den Ausführungen des Sachverständigen wohl vorliegen würde. Hierzu gehört vielmehr auch der Umstand des subjektiven Könnens im Sinne einer subjektiven Verkehrssicherheit und –tauglichkeit. Wenn diese subjektive Fähigkeit nunmehr aufgrund der Einschränkungen im räumlichen Sehen, gepaart mit der schlechten Sehschärfe und den Auswirkungen der Gliose bei dem Kläger nicht mehr vorliegen, so ist dieser nicht verpflichtet, als Autofahrer am allgemeinen Verkehr teilzunehmen. Denn die subjektive Fahruntauglichkeit des Klägers ist sowohl für den Kläger als auch für die übrigen Verkehrsteilnehmer ein nicht hinnehmbares Sicherheitsrisiko. Dass Probleme mit dem räumlichen Sehen bei derart geringer Sehleistung eines Auges – wie sie in den Behandlungsunterlagen dokumentiert ist - auftreten können und auch ohne einen Behandlungsfehler und selbst ohne eine Verschlechterung der Gliose ein Verzerrtsehen bestehen kann, hat der Sachverständige in seinem Gutachten und dessen mündlicher Erörterung detailliert dargelegt. Da zudem nach einer Zeit von mehr als einem Jahr nach Vitrektomie und gleich bleibend schlechter Sehschärfe des linken Auges nicht mehr von einer wesentlichen Befundverbesserung auszugehen sei, bedurfte es keiner weiteren Beweisaufnahme.
Das Gericht hält für die Beeinträchtigungen des Klägers ein Schmerzensgeld in Höhe von 8.000,00 € für angemessen. Dabei ist neben dem Alter des Klägers die erheblichen Vorschädigung der Augen zu berücksichtigen, wie auch der Umstand, dass operativ eine Verbesserung der Sehfähigkeit nicht zu erreichen war.
Aufgrund der obigen Ausführungen war auch dem Feststellungsantrag des Klägers stattzugeben.
Der Anspruch des Klägers auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten ergibt sich in Höhe des tenorierten Umfanges ebenfalls aus §§ 280, 611, 823, 249 ff. BGB. Mit Schreiben vom 29.02.2012 trat die

Rechtsschutzversicherung, die Kosten zur Geltendmachung als Nebenforderung im Klageverfahren an den Kläger ab (Blatt 62 der Akte).Das Gericht sieht aufgrund der Schwierigkeit des medizinischen Sachverhaltes eine Gebühr in Höhe von 2,0 als angemessen an.
Die jeweiligen Zinsansprüche des Klägers ergeben sich aus §§ 291, 288 BGB.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich für die Parteien jeweils aus § 709 S. 1, 2 ZPO.

203. OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.01.2014 – 7 U 163/12 – * Arzthaftung: Voraussetzung für eine Übertragung der ärztlichen Eingriffs- und Risikoaufklärung an einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr

Leitsatz

Die ärztliche Aufgabe der Eingriffs- und Risikoaufklärung kann einem Medizinstudenten im praktischen Jahr übertragen werden, wenn sie seinem Ausbildungsstand entspricht und unter Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes stattfindet. Dies setzt nicht unbedingt voraus, dass der Arzt bei jedem Aufklärungsgespräch anwesend ist.

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 5.10.2012 - 3 O 314/11 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsrechtszugs.
3. Das Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Die Klägerin erlitt bei einer Herzkatheteruntersuchung, die der Beklagte Ziff. 3 am 30.09.2008 im Klinikum der Beklagten Ziff. 1 durchführte, eine Dissektion der Arteria femoralis. Am 2.10.2008 begab sie sich in die Behandlung des Beklagten Ziff. 2, eines niedergelassenen Internisten, der die Gefäßverletzung nicht feststellte. Eine Woche später wurde eine Stenose der Arteria femoralis diagnostiziert, die operativ behandelt werden musste. Die weiteren Folgen der Gefäßverletzung und der Revisionsoperation sind streitig. Mit der auf angebliche Aufklärungs- und Behandlungsfehler gestützten Klage hat die Klägerin die Zahlung eines Schmerzensgelds in Höhe von mindestens 10.000 € und die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden verlangt. Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Klägerin hinreichend über das Risiko von Gefäßverletzungen aufgeklärt worden. Dass das Aufklärungsgespräch von einer Medizinstudentin im Praktischen Jahr geführt wurde, sei unschädlich. Ein Behandlungsfehler bei der Herzkatheteruntersuchung sei nicht erwiesen. Das zum Verschluss der Punktionsstelle verwendete Angio-Seal-System habe zwar nicht ordnungsgemäß gelegen. Da der Beklagte Ziff. 2 einen Druckverband angelegt habe, stelle dies aber keinen Fehler dar. Eine fehlerhafte Nachbehandlung durch den Beklagten Ziff. 2 sei ebenfalls nicht bewiesen. Denn es stehe nicht fest, dass die Klägerin schon am 2.10.2008 von Schmerzen berichtet habe, die eine Untersuchung oder eine Überweisung zum Angiologen erfordert hätten.
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge in vollem Umfang weiter. Sie macht geltend, das Landgericht sei zu Unrecht von einer hinreichenden Risikoaufklärung ausgegangen. Die Zeugin W. habe sich nicht mehr an das konkrete Aufklärungsgespräch erinnert. Der dokumentierte Hinweis auf das Risiko einer "Gefäßverletzung mit Not-OP in KA" umfasse weder die eingetretene Dissektion der Arteria femoralis noch lasse er die Folgen einer solchen Verletzung erkennen. Außerdem sei die Aufklärung des Patienten eine ärztliche Aufgabe, die nicht auf eine Studentin im Praktischen Jahr delegiert werden könne. Eine stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisung ändere daran nichts und sei im Übrigen auch nicht festgestellt. Behandlungsfehler habe das Landgericht ebenfalls zu Unrecht verneint. Denn es habe die Ausführungen des Sachverständigen nicht kritisch hinterfragt und ihren Vortrag zum Fehlen eines Druckverbands und zu den am 2.10.2008 beschriebenen Schmerzen nicht hinreichend gewürdigt.
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschrift vom 18.12.2013 Bezug genommen. Auf letztere wird auch wegen der Antragstellung verwiesen. Der Senat hat die Zeugin W. ergänzend vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird ebenfalls auf die Sitzungsniederschrift vom 18.12.2013 Bezug genommen.
II.
Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Denn die Beklagten haften weder wegen der Verletzung vertraglicher Behandlungspflichten (§§ 280, 278 BGB) noch aus Delikt (§§ 823, 831 BGB).

1. Die Klägerin hat wirksam in die Herzkatheteruntersuchung eingewilligt. Die der Einwilligung vorausgegangene Eingriffs- und Risikoaufklärung ist weder inhaltlich unzureichend noch deshalb unbeachtlich, weil sie von einer Medizinstudentin im Praktischen Jahr durchgeführt wurde.
a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. - zur Angiographie - etwa NJW 2009, 1209, 1210 m.w.N.; ebenso Senat, Urt. v. 12.12.2012, 7 U 176/11, BeckRS 2013, 02329) muss der Patient „im Großen und Ganzen“ wissen, worin er einwilligt. Dazu muss er über die Art des Eingriffs und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken informiert werden, soweit diese sich für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohnehin ergeben und für seine Entschließung von Bedeutung sein können. Dies bedeutet nicht, dass die Risiken in allen erdenkbaren Erscheinungsformen aufgezählt werden müssen. Es muss aber eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern. Bei diagnostischen Eingriffen – wie der hier zu beurteilenden Herzkatheteruntersuchung – sind dabei grundsätzlich strengere Anforderungen an die Aufklärung des Patienten über damit verbundene Risiken zu stellen. Denn bei ihnen bedarf es einer besonders sorgfältigen Abwägung zwischen der diagnostischen Aussagekraft, den Klärungsbedürfnissen und den besonderen Risiken für den Patienten. Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass die von der Zeugin W. durchgeführte Risikoaufklärung diesen Anforderungen gerecht wird. Die dem zugrunde liegenden Feststellungen beruhen auf einer auch den Senat überzeugenden Beweiswürdigung und sind deshalb gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend. Dass sich die Zeugin nicht an das konkrete Gespräch mit der Klägerin erinnern, sondern nur ihre übliche Aufklärungspraxis schildern konnte, steht dem nicht entgegen, zumal ihre Angaben mit der Dokumentation des Aufklärungsgesprächs auf der von der Klägerin unterschriebenen Einwilligungserklärung (Anlage K 2) übereinstimmen. Danach wurde die Klägerin insbesondere darauf hingewiesen, dass es dort, wo der Katheter langgeschoben wird, zu einer Gefäßverletzung kommen und deshalb ggf. eine Notoperation in Karlsruhe erforderlich werden kann. Dieser Hinweis umfasst auch die tatsächlich eingetretene Dissektion der Arteria femoralis. Entgegen der Auffassung der Berufung ist er auch weder zu unspezifisch noch beschönigend. Denn auch bei einer rein diagnostischen Herzkatheteruntersuchung muss nicht jedes Risiko in allen denkbaren Erscheinungsformen dargestellt, sondern nur eine allgemeine Vorstellung von dessen Art und Schwere vermittelt werden. Danach mussten weder die gefährdeten Blutgefäße und die in Betracht kommenden Verletzungsarten medizinisch exakt bezeichnet noch alle denkbaren Folgen im Detail geschildert werden. Dass diese Folgen bei einer Gefäßverletzung gravierend und möglicherweise sogar lebensbedrohlich sein können, ergibt sich aus dem Hinweis auf eine ggf. erforderliche Notoperation, die nicht im Klinikum der Beklagten, sondern nur in Karlsruhe durchgeführt werden kann. Das genügt.
b) Dass die - inhaltlich korrekte - Risikoaufklärung von einer Studentin im praktischen Jahr durchgeführt wurde, hat das Landgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung ausreichen lassen. Es hat auch zutreffend erkannt, dass es im konkreten Fall nicht auf die Anwesenheit eines Arztes ankommt.
Das Landgericht hat nicht verkannt, dass die Aufklärung des Patienten eine ärztliche Aufgabe ist, die zwar grundsätzlich auf einen anderen Arzt (BGH, NJW-RR 2007, 310 f.), aber nicht auf andere Hilfspersonen übertragen werden kann (vgl. nur BGH, NJW 1974, 604, 605; OLG Karlsruhe [13. Zivilsenat], NJW-RR 1998, 459, 461). Das beruht auf dem Gedanken, dass der behandelnde Arzt als solcher für eine wirksame Einwilligung des Patienten zu sorgen hat und die dafür erforderliche Aufklärung des Patienten medizinische Kenntnisse voraussetzt, die bei nichtärztlichem Personal grundsätzlich nicht erwartet werden können (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O., aber auch Senat, VersR 1997, 241). Dementsprechend kann sich der behandelnde Arzt bei einer fehlerhaften Aufklärung durch einen nachgeordneten Kollegen auch nur dann entlasten, wenn kein Anlass zu Zweifeln an der Qualifikation des beauftragten Arztes besteht und die ordnungsgemäße Durchführung der Aufklärung durch klare, stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen sichergestellt wird (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 310, 311 und Senat, OLGR 2006, 617, 619). Entgegen der Auffassung der Berufung ist es danach nicht von vornherein unzulässig, die Aufklärung des Patienten auf einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr zu delegieren. Das Landgericht hat vielmehr zutreffend erkannt, dass die Aufklärung durch einen solchen Studenten der ärztlichen Aufklärung gleichstehen kann. Denn nach § 3 Abs. 4 Satz 2 ApprOÄ können und sollen Medizinstudenten im Praktischen Jahr entsprechend ihrem Ausbildungsstand unter Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes ihnen zugewiesene ärztliche Verrichtungen durchführen. Das entspricht auch dem Zweck des Praktischen Jahres, die Anwendung der während des vorhergehenden Studiums erworbenen ärztlichen Kenntnisse zu lernen (§ 3 Abs. 4 Satz ApprOÄ) und damit die praktischen Fähigkeiten und die klinische Erfahrung zu erwerben, die nach § 4 Abs. 2 Satz 2 BÄO und Art. 24 Abs. 3 lit. d) der Richtlinie 2005/36/EG in der medizinischen Ausbildung vermittelt werden müssen.
Danach kann die Aufklärung einem Studenten im Praktischen Jahr übertragen werden, wenn sie seinem Ausbildungsstand entspricht und unter der Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes stattfindet (vgl. Senat, Urt. v. 16.02.2000, 7 U 231/96 Tz. 94). Das war hier der Fall.
Der Senat ist aufgrund der glaubhaften Angaben der Zeugin W. davon überzeugt, dass die Zeugin sowohl während ihres Studiums, dessen theoretischen Teil sie als Studentin im Praktischen Jahr bereits absolviert hatte, als auch während der Famulatur mit Herzkatheteruntersuchungen befasst war und diese auch

schon in Patientengesprächen erläutert hatte. Sie war daher nach ihrem Ausbildungsstand in der Lage, Patienten über diesen Eingriff und dessen Risiken aufzuklären. Die Zeugin hat sich auch nicht nur - wie schon vor dem Landgericht angegeben - selbst anhand eines ihr überlassenen Aufklärungsbogens in diese Aufgabe eingearbeitet. Sie hat vielmehr glaubhaft bekundet, dass dieser Bogen mit ihr durchgesprochen und dabei hervorgehoben wurde, worauf besonderes zu achten sei. Zudem hat sie die Aufklärungsgespräche nicht von vornherein selbständig geführt, sondern zunächst an mehreren Gesprächen teilgenommen, die von einem Arzt geführt wurden. Die gebotene Anleitung war damit ebenfalls erfolgt. Da ihre eigenen Aufklärungsgespräche nach den auch insoweit glaubhaften Angaben der Zeugin regelmäßig in Anwesenheit eines Arztes stattfanden, war schließlich auch die erforderliche Aufsicht gewährleistet.
Die Zeugin konnte sich zwar nicht erinnern, ob bei dem Gespräch mit der Klägerin ein Arzt anwesend war. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Denn zum einen handelt es sich bei der Herzkatheteruntersuchung nicht um eine seltene Spezialmaterie, sondern um einen standardisierten Eingriff, über den die Zeugin schon mehrfach aufgeklärt hatte, ohne dass es dabei zu Beanstandungen gekommen wäre. Zum anderen kann bei einem Aufklärungsgespräch - anders als beim Eingriff selbst - kein unvorhergesehener Notfall eintreten, der das sofortige Eingreifen eines Arztes erforderlich machen, und bei außergewöhnlichen Fragen des Patienten bestand die Möglichkeit, einen Arzt hinzuziehen oder um Rat zu fragen. Unerheblich ist ferner, ob die Beklagten Ziff. 1 und 3 die ordnungsgemäße Durchführung der Aufklärung durch klare, stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen sichergestellt hatten (vgl. dazu etwa BGH, NJW-RR 2007, 310, 311 und Senat, OLGR 2006, 617, 619 f.). Denn auf ein entsprechendes Organisationsverschulden des Klinikträgers oder des operierenden Arztes kommt es nur an, wenn der Patient falsch oder unzureichend aufgeklärt worden ist. Das war hier jedoch gerade nicht der Fall. Es geht vielmehr darum, ob die inhaltlich nicht zu beanstandende Aufklärung der Klägerin deshalb unwirksam ist, weil sie von einer Medizinstudentin im Praktischen Jahr durchgeführt wurde. Das ist schon deshalb zu verneinen, weil sie aus den dargelegten Gründen einer ärztlichen Aufklärung gleichsteht. Unabhängig davon hat die Zeugin Weber der Klägerin alle für eine eigenverantwortliche Entscheidung erforderlichen Kenntnisse vermittelt, so dass eine ärztliche Aufklärung auch aus diesem Grund entbehrlich war (vgl. Senat, Urt. v. 16.02.2000, 7 U 231/96 Tz. 95). Aus dem gleichen Grund wäre wohl auch von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen. Diesen - naheliegenden (vgl. Frahm, VersR 2009, 1576, 1578) - Einwand haben die Beklagten allerdings nicht erhoben.
2. Die von der Klägerin behaupteten Behandlungsfehler der Beklagten Ziff. 2 und 3 hat das Landgericht zu Recht verneint. Die hierzu getroffenen Feststellungen stimmen mit den auch den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen PD Dr. F. überein und sind deshalb gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend. Auch die Berufung zeigt keine Anhaltspunkte auf, die geeignet wären, Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der getroffenen Feststellungen zu begründen. Insbesondere ist das Landgericht allen Fragen und Einwendungen zu dem Gutachten des Sachverständigen F. nachgegangen. Unter dem Gesichtspunkt der Amtsaufklärung bestand auch kein Anlass, die sorgfältig und nachvollziehbar begründeten Ausführungen des Sachverständigen weiter zu hinterfragen. Schließlich hat das Landgericht ausdrücklich gewürdigt, dass die Klägerin bei ihrer persönlichen Anhörung sowohl die Anlegung eines Druckverbands durch den Beklagten Ziff. 3 bestritten als auch behauptet hat, sie habe dem Beklagten Ziff. 2 schon bei der ersten postoperativen Kontrolle am 2.10.2008 über Schmerzen in der Wade berichtet. Dass es beides nicht als erwiesen angesehen hat, ist nicht zu beanstanden, zumal der Sachverständige F. ausgeführt hat, dass sich ohne den - eindeutig dokumentierten - Druckverband ein großes Hämatom oder Aneurysma gebildet hätte und dass es nicht untypisch ist, wenn die - weder im Entlassbericht der Beklagten Ziff. 1 noch in der Patientenkartei des Beklagten Ziff. 2 erwähnten - Schmerzen erst in einem Intervall von Tagen nach der Untersuchung auftreten.
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO bestimmten Gründe vorliegt. Insbesondere hat die Sache keine grundsätzliche Bedeutung. Der Bundesgerichtshof hat zwar noch nicht entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen die ärztliche Aufgabe der Eingriffs- und Risikoaufklärung einem Medizinstudenten im Praktischen Jahr übertragen werden kann. Die Frage bedarf aber keiner höchstrichterlichen Klärung, weil die sich Antwort unmittelbar aus § 3 Abs. 4 Satz 2 ApprOÄ ergibt und - soweit ersichtlich - auch nicht umstritten ist.

204. BGH, Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 143/13 – * Arzthaftungsprozess wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen nach einer Herzklappenoperation: Tatrichterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich einer erfolgten Risikoaufklärung; Indizwirkung einer unterzeichneten Patienteneinwilligung für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs

Leitsatz

1. Das Gericht darf seine Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO auf die Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoaufklärung stützen, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und "einiger" Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt erklärt, ihm sei das strittige Aufklärungsgespräch nicht im Gedächtnis geblieben.
2. Das unterzeichnete Einwilligungsformular ist - sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht - ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs.

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe in Freiburg vom 15.03.2013 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger begehrt Schadensersatz für schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen nach einer Herzoperation mit tiefhypothermem Kreislaufstillstand in der Klinik der Beklagten zu 1. An der Operation hatten der Beklagte zu 3 als Operateur und der Beklagte zu 4 als Anästhesist mitgewirkt. Der Beklagte zu 2 ist der chirurgische Chefarzt der Klinik.
Der Kläger leidet an einer angeborenen valvulären Aortenstenose. Im Jahr 2004 wurde in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Herzzentrum eine schwere Aortenklappeninsuffizienz und Ektasie der Aorta ascendens festgestellt und die Indikation zum Ersatz der Aortenklappe und der Aorta ascendens gestellt. Die zunächst für Anfang02.2004 beabsichtigte Operation wurde im Hinblick auf den laborchemischen Befund und den Wunsch des Klägers, präoperativ Eigenblut zu spenden, verschoben. Der Kläger wurde sodann am 9.03.2004 zur Durchführung des Eingriffs stationär aufgenommen.
Am Nachmittag des 10.03.2004 fand ein Aufklärungsgespräch durch den Beklagten zu 3 statt. In dem verwendeten Aufklärungsbogen über die Herzklappenoperation wird beschrieben, dass diese unter Aufrechterhaltung des Blutkreislaufs mit Hilfe einer Herz-Lungen-Maschine erfolge. Eine Beschreibung der Operationsmethode mit tiefhypothermem Kreislaufstillstand ist dem Bogen nicht zu entnehmen. Unter der Überschrift "Ist mit Komplikationen zu rechnen?" heißt es: "Trotz größter Sorgfalt kann es bei und nach der Operation zu schwerwiegenden oder sogar lebensbedrohlichen Zwischenfällen kommen […]." Weiter werden als Risiken insbesondere Kreislaufstörungen genannt. Hierzu heißt es: "Sie können zu Lähmungserscheinungen, im Bereich des Gehirns ("Gehirnschlag") auch zu Sprach- und Bewegungsstörungen führen."
Die Operation erfolgte am Vormittag des 11.03.2004. Die erkrankte Aortenklappe sowie die Aorta ascendens wurden durch eine klappentragende Gefäßprothese ersetzt. Aufgrund der Ausdehnung des Aneurysmas bis auf den beginnenden Aortenbogen wurde der Eingriff teilweise im tiefhypothermen Kreislaufstillstand, d.h. bei abgeschalteter Herz-Lungen-Maschine, durchgeführt. Postoperativ trat eine komplexe neurologische Störung auf, die sich in einer Gangunsicherheit, Schwindel und Koordinationsproblemen sowie einer Störung der Augenmotorik (Sakkadenstörung) und der Sprache äußerte. Zahlreiche Nachbehandlungs- und Rehabilitationsversuche blieben erfolglos.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers, mit welcher er nur noch eine fehlerhafte Aufklärung geltend gemacht hat, zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I.
Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger kein Schadensersatz wegen einer fehlerhaften Aufklärung zu. Das Landgericht habe zu Recht angenommen, dass der Kläger auch über die Operationserweiterung "hypothermer Kreislaufstillstand" ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei und für den Fall einer unzureichenden Aufklärung jedenfalls eine hypothetische Einwilligung des Klägers in den konkret durchgeführten Eingriff zu bejahen sei.
Es sei nicht zu beanstanden, dass sich das Landgericht davon überzeugt habe, dass sowohl der Zeuge P. als auch der Beklagte zu 3 in den im Vorfeld der geplanten Operation geführten Aufklärungsgesprächen am 2.02.2004 und am 10.03.2004 auch die voraussichtlich anzuwendende Operationsmethode des hypothermen Kreislaufstillstands beschrieben haben. Darüber hinaus sei der Kläger jedenfalls durch den Zeugen P. ordnungsgemäß über das erhöhte Risiko von neurologischen Schäden bei Anwendung dieser Methode gegenüber einer Operation unter durchgehendem Einsatz der Herz-Lungen-Maschine aufgeklärt

worden. Dabei habe das Landgericht beachtet, dass in beiden Aufklärungsbögen zur Herzklappenoperation nur die "konservative" Operationsmethode unter Aufrechterhaltung des Kreislaufs mit Herz-Lungen-Maschine beschrieben sei und jeglicher Hinweis auf die Operationsmethode des hypothermen Kreislaufstillstands fehle. Das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass dem Arzt gleichwohl auch insoweit die Möglichkeit offen stehe, einen über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehenden Inhalt seines Aufklärungsgesprächs zu beweisen, und dass dies auch dann gelte, wenn der Arzt sich an das Aufklärungsgespräch nicht mehr konkret erinnern könne, aber bekunde, wie er entsprechend einer ständigen ausnahmslosen Übung verfahren sei. Ebenso wie dem Arzt der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt sei, wenn er sie überhaupt nicht dokumentiert habe, müsse es ihm möglich sein, über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehende Inhalte seines Aufklärungsgesprächs nachzuweisen.
Im Streitfall habe der Beklagte zu 3 bekundet, er erinnere sich zwar noch an das Gespräch mit dem Kläger, aber ganz konkrete Erinnerungen an den Gesprächsinhalt habe er nicht mehr. Er stütze sich darauf, wie er mit Patienten in vergleichbarer Situation und vergleichbarem Alter derartige Aufklärungsgespräche führe, wobei er immer darauf hinweise, dass die Möglichkeit eines hypothermen Kreislaufstillstands in Frage komme. Der Zeuge P. habe sich an das konkrete Aufklärungsgespräch nicht mehr erinnern und nur angeben können, wie Aufklärungsgespräche der entsprechenden Art immer abliefen, wenn es sich um eine Erkrankung wie beim Kläger handelte. Er habe in einem solchen Fall darauf hingewiesen, dass das Herunterkühlen des menschlichen Körpers zu allerlei Komplikationen führen könne. Neben Gerinnungsstörungen könnten das auch neurologische Ausfälle und Schäden sein, wobei er das Risiko mit 5 % angegeben habe.
Anders als bei abweichenden Entscheidungen stehe im Streitfall aufgrund der vom Kläger unterschriebenen Aufklärungsbögen fest, dass die entsprechenden Aufklärungsgespräche stattgefunden haben.
II.
Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aufgrund der Bekundungen des Beklagten zu 3 bei seiner Anhörung und der Aussage des Zeugen P. eine ordnungsgemäße Aufklärung des Klägers auch über die Operationserweiterung "hypothermer Kreislaufstillstand" bejaht hat.
1. a) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats hat der aufklärungspflichtige Arzt nachzuweisen, dass er die von ihm geschuldete Aufklärung erbracht hat. An den dem Arzt obliegenden Beweis dürfen allerdings keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Danach hat der Tatrichter 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. Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte 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. In jedem Fall bedarf es einer verständnisvollen und sorgfältigen Abwägung der tatsächlichen Umstände, für die der Tatrichter einen erheblichen Freiraum hat (vgl. Senatsurteile vom 10.03.1981 - VI ZR 202/79, VersR 1981, 730, 731; vom 21.09.1982 - VI ZR 302/80, VersR 1982, 1193, 1194; vom 28.02.1984 - VI ZR 70/82, VersR 1984, 538, 539 f.; vom 8.01.1985 - VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362; vom 22.05.2001 - VI ZR 268/00, VersR 2002, 120, 121). Schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt sind nützlich und dringend zu empfehlen. Ihr Fehlen darf aber nicht dazu führen, dass der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibt. Allein entscheidend ist das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patient. Deshalb muss auch der Arzt, der keine Formulare benutzt und für den konkreten Einzelfall keine Zeugen zur Verfügung hat, eine faire und reale Chance haben, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu führen (vgl. Senatsurteil vom 8.01.1985 - VI ZR 15/83, aaO).
b) Nach diesen Grundsätzen ist dem Arzt der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt, wenn er sie nicht dokumentiert hat (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl., Rn. 516). Auch wenn man in der stationären Behandlung eine Dokumentation der Tatsache eines Aufklärungsgesprächs und des wesentlichen Inhalts erwarten kann, darf an das Fehlen einer Dokumentation keine allzu weitgehende Beweisskepsis geknüpft werden. Aus medizinischer Sicht ist - anders als bei Behandlungsmaßnahmen - eine Dokumentation der Aufklärung regelmäßig nicht erforderlich (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., C Rn. 134). Ebenso wie dem Arzt der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt ist, wenn er sie überhaupt nicht dokumentiert hat, muss es ihm möglich sein, über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehende Inhalte seines Aufklärungsgesprächs nachzuweisen. Dies gilt sowohl für den Fall, dass das sich realisierende Risiko in dem vom Patienten unterschriebenen Aufklärungsformular nicht erwähnt ist, als auch für den Fall, dass darüber hinaus durch handschriftliche Zusatzeinträge ein weitergehender Gesprächsinhalt dokumentiert ist (vgl. OLG München, GesR 2003, 274, 275 mit Nichtannahme der Revision durch Beschluss des Senats vom 28.01.2003 - VI ZR 307/02; Martis/Winkhart - Martis, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. A 2291 f., 2293 ff. mwN).

c) Für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist nicht unbedingt erforderlich, dass sich der Arzt an das konkrete Aufklärungsgespräch (Ort, Umstände, genauer Inhalt) erinnert. Angesichts der Vielzahl von Informations- und Aufklärungsgesprächen, die Ärzte täglich führen, kann dies nicht erwartet werden. Da an den vom Arzt zu führenden Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen zu stellen sind, darf das Gericht seine Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO auf die Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoaufklärung stützen, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und "einiger" Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt erklärt, ihm sei das strittige Aufklärungsgespräch nicht im Gedächtnis geblieben. Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Tatsache, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat, gibt dabei das von dem Arzt und dem Patienten unterzeichnete Formular, mit dem der Patient sein Einverständnis zu dem ärztlichen Eingriff gegeben hat (vgl. Senatsurteile vom 8.01.1985 - VI ZR 15/83, aaO; vom 29.09.1998 - VI ZR 268/97, VersR 1999, 190, 191; vom 22.05.2001 - VI ZR 268/00, aaO; Geiß/Greiner, aaO; Petig/Rensen, MDR 2012, 877, 880, 881). Dieses Formular ist - sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht (vgl. Lepa, Festschrift Geiß, 2000, S. 449, 455 mwN) - zugleich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs.
2. Soweit die Revision meint, Obergerichte hätten teilweise eine von den vorstehend dargelegten Grundsätzen abweichende Auffassung vertreten, lässt sich dies den von ihr angeführten Entscheidungen nicht entnehmen.
Der rechtliche Ausgangspunkt, dass ein vom Patienten unterschriebenes Aufklärungs- und Einwilligungsformular allein nicht den Schluss darauf zulässt, dass das erforderliche Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient tatsächlich stattgefunden hat (vgl. etwa OLGR Düsseldorf 2006, 12, 13), entspricht dem Grundsatz, dass dem unterschriebenen Aufklärungsformular nur eine Indizwirkung hinsichtlich eines Aufklärungsgesprächs zukommt. Wenn die angeführten Gerichte dann bei ihren Entscheidungen aufgrund einer Beweiswürdigung im Einzelfall aus weiteren Umständen die Überzeugung gewonnen haben, dass die von der Behandlungsseite behauptete Aufklärung tatsächlich stattgefunden hat, haben sie insoweit keine weiteren Voraussetzungen für die Annahme eines Aufklärungsgesprächs begründet. Es handelt sich vielmehr um die vom Senat geforderte Abwägung der tatsächlichen Umstände im Einzelfall, für die der Tatrichter einen erheblichen Freiraum hat.
Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich aus obergerichtlichen Entscheidungen auch nicht der Grundsatz ableiten, dass der Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ohne konkrete Erinnerung an das Aufklärungsgespräch regelmäßig nicht erbracht ist, wenn das aufklärungspflichtige Risiko weder im Aufklärungsbogen noch in der Patientenkartei noch an anderer Stelle beschrieben ist. Weder das Oberlandesgericht Brandenburg (vgl. VersR 2000, 1283, 1285; Urteil vom 12.07.2007 - 12 U 207/06 Rn. 13) noch das Oberlandesgericht Oldenburg (OLGR Oldenburg 2007, 473, 474) noch das Oberlandesgericht Koblenz (OLGR Koblenz 2004, 537, 538; VersR 2009, 1077, 1078) haben Grundsätze aufgestellt, die in Widerspruch zur Rechtsprechung des erkennenden Senats stünden. Sie sind vielmehr erkennbar von dieser Rechtsprechung ausgegangen, haben aber bei der Würdigung im Einzelfall nicht die Überzeugung gewinnen können, dass die Durchführung eines Aufklärungsgespräches oder eine hinreichende Aufklärung bewiesen ist.
3. Soweit die Revision Einwendungen gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts erhebt, sind ihre Bedenken unbegründet.
a) Das Berufungsgericht hat nicht seinen tatrichterlichen Ermessensspielraum bei der Beweiswürdigung und der Feststellung des Sachverhalts überschritten, wenn es die Überzeugung gewonnen hat, der Kläger sei aufgrund stattgefundener Aufklärungsgespräche am 2.02.und am 10.03.2004 durch den Zeugen P. und den Beklagten zu 3 auch hinsichtlich der Operationserweiterung "hypothermer Kreislaufstillstand" ausreichend aufgeklärt worden. Insoweit hat das Berufungsgericht insbesondere berücksichtigt, dass in den Aufklärungsbögen zur Herzklappenoperation nur die "konservative" Operationsmethode unter Aufrechterhaltung des Kreislaufs mit Herz-Lungen-Maschine beschrieben ist und jeglicher Hinweis auf die Operationsmethode des hypothermen Kreislaufstillstands fehlt. Es hat auch beachtet, dass der Beklagte zu 3 bekundet hat, er erinnere sich zwar noch etwas an das Gespräch mit dem Kläger, aber ganz konkrete Erinnerungen an den Gesprächsinhalt habe er nicht mehr, und sich der Zeuge P. an das konkrete Aufklärungsgespräch nicht mehr erinnern konnte. Desgleichen hat es in seine Würdigung einbezogen, dass der am 2.02.2004 vom Kläger und dem Zeugen P. unterschriebene Aufklärungsbogen keine handschriftlichen Eintragungen enthält. Wenn es dennoch aufgrund der als glaubhaft eingestuften Aussage des Zeuge P. und der Bekundung des Beklagten zu 3 die Überzeugung gewonnen hat, dass der Kläger ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist, handelt es sich um eine tatrichterliche Würdigung im Einzelfall, die nicht zu beanstanden ist. Hinsichtlich der Aussage des Zeugen P. ist insoweit darauf hinzuweisen, dass er ausweislich der Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil hinsichtlich der Risiken der angewendeten Methode besonders sensibilisiert gewesen ist, weil er seine Ausbildung bei einem der Mitbegründer der Methode gemacht und insbesondere in den Anfangsjahren dieser Methode die Nebenwirkungen gesehen hat. Zudem weist das Berufungsgericht darauf hin, dass das Aufklärungsformular den Grundtatbestand der geplanten Operation und damit auch im Wesentlichen bereits alle Risiken auch der geplanten erweiterten Operation mit

Einsetzen einer Aortenprothese mitumfasste. Dementsprechend sei in der Klinik der Beklagten zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht immer noch dieses Aufklärungsformular für vergleichbare Operationen verwendet worden.
b) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht die Indizwirkung des Einwilligungsformulars verkannt. Wie bereits ausgeführt, hat es diesen Umstand bei seiner Beweiswürdigung berücksichtigt.
c) Die Beweiswürdigung ist auch nicht lückenhaft, soweit sich keine Erwägungen des Berufungsgerichts dazu finden, ob die Aufklärung durch den Zeugen P. bereits am 2.02.2004 noch zum Zeitpunkt der Operation am 11.03.2004 wirksam gewesen ist.
Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufzuklären, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahren kann. Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechtes erfordert dies grundsätzlich, dass ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, ihm schon in diesem Zeitpunkt auch die Risiken aufzeigt, die mit diesem Eingriff verbunden sind (vgl. Senatsurteil vom 25.03.2003 - VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441, 1443 mwN). Nach diesen Grundsätzen war es richtig, den Kläger bereits am 2.02.2004 - wie nach den Feststellungen durch den Zeugen P. geschehen - aufzuklären, weil die Operation zunächst für Anfang02.2004 vorgesehen war. Soweit im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, bei einem zu großen zeitlichen Abstand könne die ursprünglich erteilte Einwilligung bis zum Eingriff bereits "entaktualisiert" sein (Deutsch NJW 1979, 1905, 1907; Hoppe NJW 1998, 782, 785; Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl., V Rn. 82) besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall dazu Stellung zu nehmen. Bei der hier erfolgten Operation am 11.03.2004 war die am 2.02.2004 erfolgte Aufklärung jedenfalls noch nicht "entaktualisiert".
d) Entgegen der Auffassung der Revision ist es auch nicht widersprüchlich, dass das Berufungsgericht einerseits feststellt, dass sowohl der Beklagte zu 3 als auch der Zeuge P. die voraussichtlich anzuwendende Operationsmethode "tiefhypothermer Kreislaufstillstand" beschrieben haben, und andererseits ausführt, darüber hinaus sei der Kläger jedenfalls durch den Zeugen P. ordnungsgemäß auch über das erhöhte Risiko von neurologischen Schäden aufgeklärt worden. Bereits durch das Wort "jedenfalls" ist ersichtlich, dass das Berufungsgericht eine ordnungsgemäße Aufklärung auch durch den Beklagten zu 3 hinsichtlich des erhöhten Risikos nicht ausschließt. Wenn es eine solche aber jedenfalls durch den Zeugen P. mit der gemäß § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit annimmt, reicht dies aus.
4. Demnach ist die Revision bereits wegen der fehlerfrei festgestellten ordnungsgemäßen Aufklärung seitens des Beklagten zu 3 und des Zeugen P. zurückzuweisen, ohne dass es auf die Hilfserwägungen zu einer hypothetischen Einwilligung ankommt.
Galke Wellner Diederichsen
Stöhr von Pentz

205. OLG Frankfurt, Urteil vom 28.01.2014 – 8 U 116/12 – * Arzthaftung: Schmerzensgeld für Behandlungsfehler bei der Implantation einer Totalendoprothese des Hüftgelenks

Orientierungssatz

1. Kommt es im Zusammenhang mit der Implantation einer Totalendoprothese des Hüftgelenks zu einer aufgrund eines Diagnosefehlers etwa 4 - 5 Monate unbehandelt gebliebenen instabilen Schaftsprengung mit eingesunkenem Schaft, Beinverkürzung und Impingement sowie zu einer großflächigen Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte aufgrund des fehlerhaften Einsatzes eines Elektrokauters (Hochfrequenzchirurgiegerät) mit der Folge von aufgrund der offenen Wunde erheblichen Schmerzen und Einschränkungen bei der nachoperativen Rehabilitation und bei der nach der Revisionsoperation erforderlichen Rollstuhlbenutzung und der Folge einer Wundheilungsdauer von 8 Monate ist das dem Patienten zuzuerkennende Schmerzensgeld mit 25.000.-€ zu bemessen.
2. Ein Rechtsmittel ist nicht bekannt geworden.

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 13.4.2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Feststellungsausspruch wie folgt neu gefasst wird:
a) Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend verpflichtet sind, dem Kläger alle gegenwärtigen und künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm durch die Verbrennungen infolge des Einsatzes eines Elektrokauters während der am 13.1.2010 durchgeführten Operation und/oder die ihm infolge der Verkennung der auf den Röntgenbildern vom 18.1. und 15.2.2010 erkennbaren Typ III - Fraktur mit kompletter Schaftsprengung im Sinne einer periprothtischen Fraktur entstanden sind und noch entstehen werden.

b) Des Weiteren wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend verpflichtet sind, dem Kläger alle immateriellen Schäden zu ersetzen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war, soweit die Verletzungsfolgen durch die in lit. a) genannten haftungsbegründenden Tatbestände verursacht worden sind.
Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.
Das angefochtene Urteil und das Berufungsurteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Der Wert des Berufungsverfahrens beträgt 30.000.- €.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.
Der Kläger nimmt die Beklagten mit der Behauptung ärztlicher Behandlungsfehler auf Zahlung eines Schmerzensgeldes und auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz materieller und weiterer immaterieller Schäden in Anspruch.
Der im Jahre 193… geborene Kläger litt unter einer Coxarthrose des linken Hüftgelenkes. Er hielt sich vom ...1.2010 bis zum …1.2010 stationär in der Klinik der Beklagten zu 2) auf. Am 13.1.2010 implantierte der Beklagte zu 2) eine zementfreie Hüftgelenk-Endoprothese links. Im Verlauf des Eingriffs kam es beim Einschlagen einer Geradschaftsprothese zur Sprengung des Schaftes. Es wurde ein Titanband als Cerclage eingesetzt. Ferner erlitt der Kläger anlässlich dieser Operation eine großflächige Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte.
Als der Kläger am 14.1.2010 von der Intensiv – auf die Normalstation verlegt wurde, wurde die großflächige Verletzung an seiner rechten Gesäßhälfte von dem Pflegepersonal bemerkt und ab dem 15.1.2010 mit Salbe und Verband behandelt. Infolge der Hüft-Totalendoprothesen-Operation durfte der Kläger nur auf dem Rücken liegen oder sitzen. In dem unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteil ist festgehalten, dass der Kläger postoperativ unter starken Schmerzen an der rechten Gesäßhälfte litt.
Am 18.1. und 21.1.2010 wurden Röntgenkontrollaufnahmen gefertigt. Hierüber verhalten sich die Befundberichte der Gemeinschaftspraxis für Radiologie und Nuklearmedizin, Stadt1, vom 19.1.2010 und vom 22.1.2010 (Hülle Bl. 134 d. A.).
Der Kläger hielt sich sodann in der Zeit vom ...1. bis zum ...2.2010 zur Anschlussheilbehandlung in der Rehabilitationsklinik1 in Stadt1 auf. Dort wurde die Verbrennungswunde gezielt behandelt. Laut dem unstreitigen Teil des Urteilstatbestandes des Landgerichts war dies erheblich schmerzhaft, eine Wassertherapie konnte wegen der Wunde nicht durchgeführt werden, das Sitzen auf dem Ergometer war nur unter großen Schmerzen auszuhalten, die allgemeine Krankengymnastik erwies sich wegen der Verbrennungswunde als schwierig und schmerzhaft.
Am 15.2.2010 wurde in der Klinik der Beklagten eine erneute Röntgenkontrolle durchgeführt. In dem Kurzbericht des Beklagten zu 1) vom 15.2.2010 wurde eine unveränderte Situation der Frakturstellung beschrieben. Hieran solle der Patient weitere 3 ½ Monate jegliche Belastung vermeiden.
Eine weitere Untersuchung ergab, dass das Implantat 2 cm in den Schaft hineingerutscht war.
Eine am 4.5.2010 durchgeführte MRT – Untersuchung des linken Knies zeitigte den Befund eines breiten Innenmeniskusrisses und einer zweitgradigen Chondropathie.
Die Fraktur des Oberschenkelknochens war inzwischen verheilt, der Stand der Hüfte indessen nicht zufriedenstellend; das linke Bein war verkürzt.
Der Kläger unterzog sich am 12.5.2010 einer Operation am linken Kniegelenk.
Er stellte sich am 19.5.2010 bei A, Klinik2, Stadt2, vor, der einen Prothesenwechsel empfahl. Auch B, Gelenkzentrum …, stellte eine Indikation für eine Revisionsoperation, die der Kläger am 22.6.2010 in der Klinik2 in Stadt2 durchführen ließ. Er war in der Zeit ab dem 22.6.2010 für die Dauer von 6 Wochen auf einen Rollstuhl angewiesen, denn er durfte das linke Bein nicht belasten.
Vom ...8. bis zum ...8. 2010 hielt er sich zur Anschlussheilbehandlung in der Rehaklinik 3, Stadt2, auf (Bericht vom 14.9.2010, Bl. 37 – 39 d. A.).
Am 27.8. und 8.12.2010 nach einer Anschlussheilbehandlung gefertigte Röntgenaufnahmen zeigten einen guten Heilungsverlauf nach durchgeführtem Prothesenwechsel. Der Kläger leidet seit der am 22.6.2010 durchgeführten Revisionsoperation nicht mehr unter Schmerzen in der linken Hüfte. Nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts war die Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte des Klägers Ende08.2010 verheilt, aber schmerzhaft bei Druckbelastung im Sitzen und Liegen.
Der Kläger hat ein ihm nach seiner Auffassung zustehendes Schmerzensgeld mit mindestens 25.000.- € beziffert.
Er hat behauptet:
Der Beklagte zu 1) habe die Verbrennungen an der rechten Gesäßhälfte intraoperativ durch unsachgemäßes Arbeiten mit dem Elektrokauter verursacht. Bei Beachtung der Sicherheitsvorschriften betr. die

feuchtigkeitspräventive und isolierte Lagerung während der Operation sei das Auftreten von Verbrennungen ausgeschlossen.
Ein weiterer Behandlungsfehler liege darin, dass im Verlauf der am 13.1.2010 durchgeführten Operation die periprothetische Fraktur und auch der Meniskusschaden im linken Knie verursacht worden seien.
Darüber hinaus sei die Fraktur nicht standardgemäß behandelt worden. Um eine möglichst rasche Mobilisierung zu ermöglichen, sei eine operative Therapie angezeigt gewesen.
Die infolge der Verbrennung an seiner rechten Gesäßhälfte verbliebene Narbe sei weiterhin insbesondere beim Sitzen sehr schmerzempfindlich.
Im Hinblick auf die Schwere der Verletzungen sei mit Spätfolgen zu rechnen.
Die Parteien haben die in dem Urteil des Landgerichts wiedergegebenen Anträge gestellt.
Die Beklagten haben Behandlungsfehler in Abrede gestellt.
Der Kläger sei während der Operation ordnungsgemäß, nämlich so wie in dem „standardisierten Lagerungssystem“ vom 9.4.2008 dargestellt (Bl. 140 d. A.) gelagert gewesen. Die „sonstigen im Rahmen der Einweisung in das Gerät der Firma C erwähnten Kautelen“ seien „eingehalten“ worden. Auf die Vermeidung von Lücken in der Abdeckung sei geachtet, es seien zusätzliche Klebefolien und Tapes verwendet worden, um ein Ablaufen von Desinfektionsmittel oder Spüllösungen zu verhindern. Bei der Brandwunde handele es sich nicht um die Folge eines Behandlungsfehlers, sondern um eine bekannte Komplikation, eine schicksalhafte Verletzung durch Kontakt von Flüssigkeitsansammlungen und Kriechströmen, die bei jeder Operation auftreten könne. Auch bei Wahrung aller Sicherheitsvorkehrungen seien erhöhte Flüssigkeitsansammlungen, z. B. in Form von Urinabgang oder erhöhten Schweißabsonderungen, im Verlauf von Operationen nicht immer vermeidbar. Während des Eingriffs sei wegen der sterilen Abdeckung des Patienten eine Kontrolle nicht möglich.
Eine periprothetische Fraktur könne selbst bei noch so vorsichtigem Vorgehen, wie es bei dem Kläger beachtet worden sei, nicht immer zu 100% ausgeschlossen werden. Der Beklagte zu 1) habe sich intraoperativ für die Versorgung der Fraktur mit einer Titancerclage entschieden, um das Trauma möglichst gering zu halten und um anschließend durch Entlastung eine Konsolidierung der Fraktur herbeizuführen.
Es wäre medizinisch nicht vertretbar gewesen, am 15.2.2010 bereits einen Schaftwechsel vorzunehmen. Eine Konsolidierung der Fraktur sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu erwarten gewesen, die Stabilität der Prothese habe noch nicht endgültig beurteilt werden können. Wegen der zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeheilten Glutealläsion habe auch ein deutlich erhöhtes Infektionsrisiko bestanden.
Der Kläger habe bereits präoperativ an einer altersbedingten Meniskusdegeneration gelitten; ein kausaler Zusammenhang zwischen dem am 13.1.2010 durchgeführten Eingriff und dem Meniskusschaden sei zu verneinen.
Die Beklagten haben sich zur Höhe des geforderten Schmerzensgeldes eingelassen, dieses sei übersetzt.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen orthopädischen Sachverständigengutachtens des SV1 nebst mündlicher Erläuterung des Gutachtens.
Es hat dem Kläger durch Urteil vom 13.4.2012 ein Schmerzensgeld von 25.000.- € zuerkannt und dem Feststellungsbegehren entsprochen. Die weitergehende Klage auf Erstattung vorprozessualer Kosten ist abgewiesen worden.
Gegen dieses Urteil wenden die Beklagten sich mit ihrer Berufung.
Sie beanstanden:
Die Ausführungen des Sachverständigen ließen den Schluss, dass die Verbrennung im Gesäßbereich des Klägers auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen sei, nicht zu. Das Landgericht habe ihre Behauptungen zur Lagerung des Klägers auf dem Operationstisch und zur „Einweisung in den Elektrokauter“ einer Beweisaufnahme zuführen müssen. Die im Rahmen der Einweisung in das Gerät der Firma C erwähnten Anforderungen seien eingehalten worden. Eine Verbrennung im Zusammenhang mit einem operativen Eingriff sei nicht immer zu vermeiden.
Eine etwa fehlerhafte Bewertung der am 18.1.2010 gefertigten Röntgenbilder sei dem Bereich des Diagnoseirrtums zuzurechnen. Ein haftungsrechtlich relevanter Diagnosefehler sei indessen nur dann anzunehmen, wenn Krankheitserscheinungen in völlig unvertretbarer, der Schuldmedizin entgegenstehender Weise gedeutet würden.
Des Weiteren habe das Landgericht ohne Beweisaufnahme streitige Beschwerden des Klägers unterstellt; der ausgeurteilte Schmerzensgeldbetrag sei auch deshalb zu hoch. Auch sei der Hautdefekt nach den Feststellungen des Sachverständigen sehr viel früher abgeheilt gewesen als vom Landgericht angenommen mit der Folge, dass von weiteren Beschwerden im Bereich der Verbrennung nach der Revisionsoperation nicht auszugehen sei.
Die Beklagten beantragen,
das angefochtene Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 13.4.2010, Az. 3 O 86/11, abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.
Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.
Die intraoperative Verbrennung sei entweder durch fehlerhafte Bedienung des Gerätes oder durch eine fahrlässig entstandene Feuchtigkeitsbrücke verursacht worden. Dem Beklagten zu 1) sei ein intraoperativer Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, denn er habe die Schaftsprengung nach ihrem Erkennen mittels Durchleuchtung kontrollieren müssen. Ein deutlicher und gravierender Befund wäre dann hinreichend wahrscheinlich gewesen; dessen Verkennung wäre als fundamental, eine Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft zu bewerten. Jedenfalls hätte aber auf der Grundlage der am 18.1.2010 durchgeführten Röntgenkontrolle eine Revisionsoperation vorgenommen werden müssen. Im Ergebnis habe er über mindestens 4 Monate einen schmerzhaften und nicht sachgerechten Zustand ertragen müssen. Die großflächige Verbrennung sei auch in der Zeit nach der Revisionsoperation, als er 6 Wochen im Rollstuhl habe verbringen müssen, erheblich schmerzhaft gewesen.
II.
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die erforderliche Abänderung zum Feststellungsausspruch ist nur redaktioneller Art und führt nicht zu einem teilweisen Unterliegen des Klägers.
A. Die Beklagte zu 2) ist verpflichtet, dem Kläger gemäß §§ 611, 280 Abs. 1, 278, 831 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1, 253, 421, 840 Abs. 1 BGB wegen fehlerhafter Heilbehandlung Schadensersatz zu leisten, während der Beklagte zu 1) nur aus Delikt haftet, §§ 823 Abs. 1, 249, 253, 840 Abs. 1 BGB.
a) Dem Beklagten zu 1) ist im Verlauf der am 13.1.2010 durchgeführten Implantation einer Totalendoprothese des linken Hüftgelenks des Klägers ein Behandlungsfehler unterlaufen, welcher eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten für daraus entstandene Schäden begründet.
aa) Es ist nicht zweifelhaft, dass in der Implantation einer Totalendoprothese des linken Hüftgelenks mit Schaftsprengung ein Eingriff in die körperliche Integrität des Klägers liegt.
Der Eingriff war indessen nicht behandlungsfehlerhaft. Das Landgericht hat auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen festgestellt, eine Schaft-sprengung sei ein der hier durchgeführten Operation immanentes Risiko. Diese Tatsachenfeststellung hat der Senat seiner Entscheidung nach § 529 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO zugrunde zu legen. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich. Es fehlt auch jeglicher Anhalt dafür, der Beklagte zu 1) habe dieses Risiko behandlungsfehlerhaft verwirklicht.
bb) Eine Gesundheitsverletzung des Klägers liegt des Weiteren darin, dass die von dem Sachverständigen als ausgedehnt bezeichnete periprothetische Fraktur in der Zeit vom 13.1.2010 bis zur Durchführung der Revisionsoperation am 22.6.2010 unbehandelt blieb.
1. Ein Grund hierfür liegt darin, dass der Beklagte zu 1) am 13.1.2010 intraoperativ das Ausmaß der Fraktur des Schaftes nicht erkannte, die nicht lediglich den Bereich des Trochanters major erfasste, sondern den gesamten proximalen Schaft. Die Fehlinterpretation als Schaftsprengung in Höhe des trochantären Absetzungsrandes ist ein Diagnosefehler. Der Kläger hat jedoch nicht bewiesen, dass diese Deutung des Beklagten zu 1) in der gegebenen Situation nicht vertretbar war. Zwar hat der Sachverständige SV1 in seinem schriftlich erstatteten Gutachten „beanstandet“, dass die Schaftsprengung intraoperativ nicht korrekt diagnostiziert worden sei. Diese „Beanstandung“ enthält aber nicht zugleich die Aussage, die Deutung sei nicht nur objektiv fehlerhaft, sondern auch vorwerfbar. Anlässlich der mündlichen Gutachtenerläuterung hat der Sachverständige ausgeführt, der Umstand, dass das Ausmaß der Fraktur intraoperativ nicht festgestellt worden sei, begründe keinen groben Behandlungsfehler. Diese Einschätzung impliziert, dass jedenfalls ein einfacher Behandlungsfehler zu bejahen sei. Aus den nachfolgend protokollierten Erläuterungen des Sachverständigen folgt jedoch, dass er die Bewertung des Nichterkennens des Umfangs der Fraktur als behandlungsfehlerhaft nicht auf eine Sichtprüfung ohne weitere Befunderhebung bezog, sondern darauf, dass zur Überprüfung der Diagnose einer biomechanisch stabilen proximalen Schaftsprengung im Sinne eines Trochanterabrisses während der Operation eine erforderliche Befunderhebung mittels Durchleuchtung nicht erfolgte.
2. Die von dem Sachverständigen als einfacher Behandlungsfehler bewertete, intraoperativ unterlassene Befunderhebung kann einen Verstoß gegen den am ärztlichen Sollstandard ausgerichteten Sorgfaltsmaßstab begründen. Der Sachverständige hat ausgeführt, da intraoperativ eine Komplikation aufgetreten sei, hätte eine Kontrolle mittels einer Durchleuchtung vorgenommen werden sollen.
Der Kläger hat indessen den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, dass bei rechtzeitiger Befunderhebung im Sinne einer Durchleuchtung bereits am 13.1.2010 das Ausmaß der Fraktur festgestellt worden wäre. Der Sachverständige hat einen dahingehenden sicheren Schluss (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Anm. B. 296) nicht bejaht, sondern ausgeführt, mit Wahrscheinlichkeit hätte der Umfang der Schaftsprengung mittels einer Durchleuchtung festgestellt werden können. Wahrscheinlichkeit genügt indessen für das Kausalitätsband zum Primärschaden nicht. Des Weiteren hat der Sachverständige ausgeführt, eine genauere Festlegung sei ihm hier nicht möglich. Aus seinen nachfolgend protokollierten Erwägungen, möglicherweise sei eine entsprechende Fraktur bei einer Durchleuchtung nicht so einfach zu erkennen, wenn noch keine Verschiebung stattgefunden habe, hier sei allerdings bereits bei

der Operation eine Verschiebung zum Gelenk hin festgestellt worden, hat er keine abweichende Schlussfolgerung dahin gezogen, eine Durchleuchtung hätte mit hinreichender oder überwiegender Wahrscheinlichkeit das Ausmaß der Schaftsprengung gezeigt.
cc) Die im Verlauf der Operation am 13.1.2010 aufgetretene Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte des Klägers ist jedoch behandlungsfehlerhaft herbeigeführt worden.
1. Der Kläger, der beim Einsatz eines Hochfrequenzchirurgiegeräts (Elektrokauter) eine großflächige Verbrennung erlitten hat, hat nicht bewiesen, dass diese Verletzung durch einen schuldhaften Behandlungsfehler verursacht wurde. Der Sachverständige SV1 hat in seinem schriftlich erstatteten Gutachten ausgeführt, mit hoher Wahrscheinlichkeit sei bei der Benutzung des Elektrokauters Strom in die rechte Gesäßhälfte des Klägers geleitet worden. Dies geschehe nur dann, wenn in diesem Bereich Feuchtigkeit vorliege, wobei mit hoher Wahrscheinlichkeit als Ursache solcher Feuchtigkeitsansammlungen Desinfektionsmittel oder intraoperative Spülungen in Betracht kämen. (GA. S. 14). Anlässlich der mündlichen Gutachtenerläuterung hat er sich zur Vermeidbarkeit der Verletzung des Klägers geäußert. Schlussfolgerungen hinsichtlich eines Verstoßes gegen den ärztlichen Soll-Standard ergeben sich hieraus nicht.
2. Ein schuldhafter Behandlungsfehler ist nicht nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikos zu vermuten. Der Kläger hat auch nicht bewiesen, dass sich sein Gesundheitsschaden in einem Bereich ereignete, der von dem Klinikpersonal voll beherrscht werden konnte und musste, dass z. B der bei der Operation eingesetzte Elektrokauter mangelhaft war und/oder dass der Primärschaden in dem Risikobereich der Lagerung auf dem Operationstisch gesetzt wurde.
3. Zu Gunsten des Klägers greift jedoch der Beweis des ersten Anscheins.
Er hat im Verlauf der Operation am 13.1.2010 infolge des Einsatzes des Elektrokauters Verbrennungen an der rechten Gesäßhälfte erlitten. Dies ist unstreitig. Dieser Tatbestand weist nach der Lebenserfahrung auf einen fehlerhaften Einsatz des Gerätes hin (vgl. BGH, VersR 1955, 573, 574; OLG Saarbrücken, VersR 1991, 1289, 1290; OLG Zweibrücken, VersR, 1997, 1281, 1282).
Dem BGH war bereits im Jahre 1955 ein Sachverhalt unterbreitet, in dem gut-achterlich festgestellt worden war, dass bei vorschriftsmäßiger Bedienung eines Thermokauters Verbrennungen nicht auftreten können (BGH, a. a. O.). Zu verweisen ist des Weiteren auf den in MedR 2009, 83 - 85, abgedruckten Aufsatz von Riedel, Die Haftung für Verbrennungen bei Anwendung von Elektro - Chirurgie - Geräten; auf diesen Aufsatz hat sich der Kläger schriftsätzlich bezogen. Der Autor setzt sich hier u. a. mit den medizinisch - physikalischen Grundlagen der Hochfrequenzchirurgie auseinander und gelangt zu dem Ergebnis, bei ordnungsgemäßer Anwendung eines Elektrokauters unter Beachtung der bestehenden Vorschriften sei das Auftreten von Verbrennungen nahezu ausgeschlossen. Damit übereinstimmend führt auch der Sachverständige SV1 in seinem schriftlichen Gutachten (GA S. 19) aus, eine Verbrennung bei dem Einsatz eines Elektrokauters sei, nicht wie von den Beklagten behauptet, eine häufig vorkommende und typische Komplikation einer Hüftgelenkoperation, sondern eine außergewöhnliche Komplikation. Dies hat er anlässlich der Gutachtenerläuterung dahin bestätigt, dass eine solche Komplikation nur sehr selten auftrete.
Die Beklagten haben keinen Sachverhalt dargetan, aus dem die ernsthafte Möglichkeit eines von ihnen nicht verschuldeten Geschehensablaufs herzuleiten ist.
Zwar kann eine Verbrennung als Folge unerwünschter Stromableitung auch durch körpereigene Feuchtigkeitsansammlungen entstehen. Eine solche Konstellation würde schon nicht notwendig auf eine Ursache außerhalb des Verantwortungsbereichs der Beklagten hinweisen, denn Feuchtigkeit, beispielsweise durch Urineinnässen oder starkes Schwitzen, welche sich üblicherweise an dem unteren Körperteil ansammelt (GA S. 13, 14), kann durch feuchtigkeitspräventive Einlage von Zellstoffzwischenlagen begegnet werden (Riedel, a. a. O., S. 83). Jedenfalls liegen aber keine Anhaltspunkte für eine Ansammlung körpereigener Flüssigkeit des Klägers als Ursache seiner Verbrennungen vor. Der Sachverständige hat ausgeführt, bei einer knapp über 2 Stunden dauernden Operation - wie hier vorliegend - sei es unwahrscheinlich, dass der Patient beispielsweise durch Urineinnässen oder starkes Schwitzen selbst einen Feuchtigkeitsfilm bilde (GA S. 14).
Ferner weist eine Lagerung so, wie in dem „standardisierten Lagerungssystem“ vom 9.4.2008 (Bl. 140 d. A.) dargestellt, nicht auf die ernsthafte Möglichkeit hin, dass die Verbrennung des Klägers nicht durch einen Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der Anwendung des Hochfrequenz - Chirurgie - Geräts verschuldet wurde. Dieses Schema lässt nicht einmal den Schluss zu, dass der Patient isoliert von allen Metallteilen und leitfähigen Schläuchen auf dem Operationstisch gelagert wird.
Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht von einer Beweisaufnahme über die weitere Einlassung der Beklagten, die „sonstigen im Rahmen der Einweisung in das Gerät der Firma C erwähnten Kautelen“ seien eingehalten worden, abgesehen. Dieses unter Bezug auf eine zwei DIN A 4 - Seiten umfassende Gebrauchsanweisung der Herstellerin des Gerätes (Bl. 138, 139 d. A.) erfolgte Vorbringen ist substanzlos und nicht einlassungsfähig.
b) Ein Verstoß gegen den ärztlichen Soll-Standard liegt ferner darin, dass die nach den Feststellungen des Sachverständigen vorliegende Typ III- Fraktur mit kompletter Schaftsprengung in der Zeit ab dem 18.1.2010 bis zur Durchführung der Revisions-operation am 22.6.2010 unbehandelt blieb.

Das Landgericht ist sachverständig beraten zu dem Ergebnis gelangt, auf den Röntgenbildern vom 18.1.2010 sei die komplette Schaftsprengung zu erkennen gewesen. Nach § 529 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO hat der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung diese vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellte Tatsache zugrunde zu legen. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung ergeben sich nicht daraus, dass der Beklagte zu 1) die Erkennbarkeit der kompletten Schaftsprengung auf den am 18.1.2010 gefertigten Röntgenbildern weiterhin bestreitet. Es handelt sich um einen Diagnosefehler, nämlich um eine vorwerfbar fehlerhafte Deutung, denn der Sachverständige hat dargelegt, die komplette Schaftsprengung im Sinne einer periprothetischen Fraktur sei auf der Röntgenaufnahme vom 18.1.2010 bereits unzweifelhaft erkennbar (GA S. 14).
Die Einlassung der Beklagten im zweiten Rechtszug, ein haftungsrechtlich relevanter Diagnosefehler sei nur anzunehmen, wenn Krankheitserscheinungen in völlig unvertretbarer, der Schulmedizin entgegenstehender Weise gedeutet würden, ist unerheblich. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das Nichterkennen einer unzweifelhaft erkennbaren Fraktur vertretbar sein und der Schulmedizin nicht entgegenstehen könnte.
Auf dieser Grundlage war ein Zuwarten nicht sachgerecht, eine Revisionsoperation angezeigt (GA S. 14; Prot. vom 23.3.2012, S, 3), denn die komplette Schaft-sprengung stellte eine für die Prothese instabile Situation dar (GA. S. 18).
c) Ein weiterer vorwerfbarer Diagnosefehler liegt darin, dass die am 15.2.2010 vorliegende Situation anhand der Röntgenbilder verkannt wurde. Der Sachverständige SV1 hat ausgeführt, nunmehr habe erwartungsgemäß ein deutliches Einsinken des Schaftes mit Beinverkürzung, Fehlrotation und Impingement vorgelegen, eine Schaftlockerung sei eindeutig nachweisbar gewesen (GA. S. 15, 17). Dem Operateur habe spätestens zu diesem Zeitpunkt bewusst werden müssen, dass hier eine komplette Schaftsprengung vorgelegen habe, worauf mit einer 3 ½ monatigen Entlastung zu reagieren fehlerhaft gewesen sei (GA. S. 17).
Auch diesen Darlegungen sind die Beklagten in der Berufung nicht konkret entgegengetreten. Ihre abstrakte Einlassung zur Vorwerfbarkeit von Diagnosefehlern lässt nicht den Schluss zu, es sei vertretbar gewesen und stehe in Einklang mit der Schulmedizin, eindeutig nachweisbare Anzeichen einer kompletten Schaftsprengung zu verkennen.
d) Der Kläger kann wegen der dargestellten Körper- und Gesundheitsverletzungen nach § 253 Abs. 2 BGB Ersatz seines immateriellen Schadens fordern. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass ein dem Kläger zuzuerkennendes Schmerzensgeld mit 25.000.-€ zu bemessen ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der in Schmerzensgeldtabellen zusammengestellten Rechtsprechung (vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.1996, 8 U 166/95, VersR 1998, 55 ff; OLG Naumburg, VersR 2008, 415; OLG Saarbrücken, VersR 1991, 1289 ff). Diese Tabellen bieten eine Orientierungshilfe, entbinden aber nicht von einer eigenständigen Würdigung des konkreten Falles.
Einzubeziehen sind eine etwa 4 - 5 Monate unbehandelt gebliebene instabile Schaftsprengung mit eingesunkenem Schaft, Beinverkürzung, Impingement sowie die großflächige Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte des Klägers. Aus dieser Verletzung resultierende Schmerzen und Beeinträchtigungen sind von ihm erstinstanzlich dahin vorgetragen worden, dass er postoperativ unter starken Schmerzen an der rechten Gesäßhälfte gelitten habe, dass er während des Aufenthalts in der Rehabilitationsklinik1 wegen von der großflächigen offenen Wunde ausgehender erheblicher Schmerzen an der Wassertherapie und auch an allgemeiner Krankengymnastik nur eingeschränkt habe teilnehmen können, dass die Brandwunde erst Ende08.2010 abgeheilt, aber vernarbt gewesen sei und weiterhin schmerzhaft bei Druckbelastung im Sitzen und im Liegen. Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils beweist, dass die genannten Beschwerden und Beeinträchtigungen im ersten Rechtszug unstreitig waren; sie sind dort als unstreitig dargestellt. Die Beklagten haben keinen Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO gestellt mit der Folge, dass ihr Bestreiten im zweiten Rechtszug neu und nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, die nicht vorgetragen worden sind.
Zu gegenwärtig noch andauernden Beeinträchtigungen aufgrund der verbliebenen Vernarbung ist der Kläger informatorisch angehört worden. Er hat glaubhaft geschildert, dass die Verletzungsfolgen im Alltag für ihn noch immer schmerzlich spürbar sind.
Auf der Grundlage einer Abheilung der Brandwunde erst Ende08.2010 und weiter gegebener Druck- und Belastungsschmerzen war bei der Schmerzens-geldbemessung auch zu berücksichtigen, dass der Kläger nach der am 22.6.2010 durchgeführten Revisionsoperation über eine Dauer von 6 Wochen auf einen Rollstuhl angewiesen war, was im Hinblick auf die noch nicht abgeheilte Brandwunde mit zusätzlichen Schmerzen verbunden war.
Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass mehrere schuldhafte Behandlungsfehler ein höheres Schmerzensgeld rechtfertigen, ferner auch das Regulierungsverhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der dem Kläger zugefügten Verbrennung. Ihre nach der Einschätzung des Senats wider besseres Wissen aufgestellte Behauptung, es handele sich bei der Brandwunde um eine bekannte Komplikation, eine schicksalhafte Verletzung, die bei jeder Operation auftreten könne, bezweckt, eine Regulierung hinaus-

zuzögern. Ferner folgt schon aus der Lebenserfahrung, dass eine großflächige und tiefgehende Verbrennung, wie sie der Kläger ausweislich der Lichtbilder erlitten hat, und deren Abheilung mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, so dass das Bestreiten der Beklagten von daher kaum verständlich ist.
e) Der Antrag auf Feststellung ist zulässig und begründet. Redaktionelle Änderungen der hinsichtlich des haftungsbegründenden Tatbestandes zu weiten Fassung des Antrags und des Urteilstenors führen nicht zu einer Teilabweisung.
Haftungsbegründend ist nicht die Operation vom 13.1.2010 an sich, sondern die dem Kläger im Verlauf dieser Operation am 13.1.2010 infolge des Einsatzes des Elektro-kauters zugefügte Verbrennung an der rechten Gesäßhälfte, des Weiteren die Verkennung einer auf den Röntgenbildern vom 18.1. und 15.2.2010 erkennbaren Typ III- Fraktur mit kompletter Schaftsprengung im Sinne einer periprothetischen Fraktur.
aa) Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.
Ein materieller Schaden war zur Zeit der Klageerhebung noch in der Entwicklung, so dass die Feststellungsklage insgesamt zulässig ist. Künftige Schadensfolgen sind möglich; der Kläger hat anlässlich seiner informatorischen Anhörung glaubhaft geschildert, dass er auch heute noch unter Schmerzen/Beschwerden im Bereich der nach der Verbrennung verbliebenen Vernarbung leidet.
Des Weiteren sind Verletzungsfolgen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war, von dem uneingeschränkten Schmerzensgeldbegehren nicht umfasst.
bb) 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 für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann.
B. Die Kosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen den Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO.
Die Revision wird nicht zugelassen. Die gesetzlichen Zulassungsgründe nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.
Die Wertfestsetzung beruht auf dem von dem Kläger geforderten Mindestbetrag eines Schmerzensgeldes und auf der Bemessung des Feststellungsantrages mit 5.000.- €.

206. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2014 – 5 U 1383/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung; Diagnosefehler bei völlig fernliegender Erkrankung und verspätete Krisenintervention

Leitsatz

1. Deutet das klinische Bild auf eine bestimmte, nach den Gesamtumständen nahe liegende Erkrankung, ist die darauf gestützte ärztliche Fehldiagnose nicht haftungsrelevant, wenn die tatsächlich vorliegende Erkrankung (hier: subfascialer Gasbrand) im Alltag eines durchschnittlichen Krankenhauses praktisch nicht anzutreffen ist und daher auch nicht in das Gefahrbewusstsein gerückt ist.
2. Die Haftung für eine verspätete Krisenintervention aufgrund der richtigen Diagnose, erfordert unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler die Feststellung, dass rechtzeitiges Handeln den Kausalverlauf zu Gunsten des Patienten verändert hätte.

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 09.10.2013 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die gegen sie 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

I. 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 27.12.2013, durch den die maßgeblichen Erwägungen wie folgt niedergelegt wurden:
„1. Die Kläger sind die Söhne und Erben von Brigitta Elisabeth E. (im Folgenden: Die Patientin), die am 5.05.2008 an den Folgen eines Gasbrands verstarb. Sie war am 3.05.2008 nach einer geschlossenen rechtsseitigen Oberschenkelhalsfraktur im Krankenhaus der Beklagten zu 1. aufgenommen worden. Dort hatte man den Bruch mit einer dynamischen Hüftschraube operativ stabilisiert.
Am 4.05.2008 verschlechterte sich der Zustand der Patientin. Sie hatte Schmerzen im rechten Oberschenkel und erbrach. Nach der Darstellung der Kläger war in ihrem Bein, das angeschwollen sei, ein knisterndes Geräusch wahrzunehmen.

Die ärztliche Verantwortung lag unterdessen in den Händen des im Krankenhaus tätigen Beklagten zu 2). Gemäß dem Vorbringen der Beklagten untersuchte er die Patientin am 4.05.2008 zweimal, indem er den Wundverband löste. Therapeutisch beschränkte er sich auf die Verordnung von Schmerzmitteln.
In den frühen Nachtstunden des 5.05.2008 spitzte sich die Lage zu. Die Patientin erbrach blutig und hatte blutigen Urin. Der Beklagte zu 2. diagnostizierte überdies nunmehr eine zunehmende Verdickung des Beins. Er nahm Blut ab; der Untersuchungsbefund war bis auf einen Anstieg der Leukozyten unauffällig. Nach der Vermutung des Beklagten zu 2. war es zu einer muskulären Einblutung gekommen.
Im weiteren Verlauf wurde die Patientin unter den Auswirkungen einer fortschreitenden Hämolyse bewusstlos und ateminsuffizient. Röntgenologisch wies man im Oberschenkel und retroperitoneal Emphyseme nach und gelangte zu der Diagnose eines Gasbrands. Der Versuch, dem antibiotisch und operativ zu begegnen, erfolgte zu spät, um den Todeseintritt zu verhindern.
Vor diesem Hintergrund haben die Kläger die Beklagten gesamtschuldnerisch auf die Zahlung eines mit mindestens 50.000 € zu beziffernden Schmerzensgeldes und die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Anspruch genommen. Ihrem Vortrag nach wurde die Patientin im Krankenhaus mangelhaft ärztlich versorgt; bei einer pflichtgemäßen Diagnostik wären der Gasbrand, der sich in der Folge des Eingriffs vom 3.05.2008 entwickelt habe, frühzeitig erkannt und der letale Ausgang vermieden worden.
Das Landgericht hat den Kläger zu 1. und den Beklagten zu 2. angehört sowie Sachverständigenbeweis erhoben. Danach hat es die Klage abgewiesen. Aus seiner Sicht sind den Beklagten für den 4.05.2008 keine Behandlungsfehler anzulasten. Inwieweit am 5.05.2008 mangelhaft verfahren worden sei, könne dahinstehen, da der Kausalverlauf nun nicht mehr habe umgekehrt werden können. Auch der Eingriff vom 3.05.2008 begründe keine Haftung; denn Unzulänglichkeiten in der operativen Hygiene seien nicht zu ersehen.
Diese Entscheidung greifen die Kläger in Erneuerung ihres Verlangens mit der Berufung an. Ihrer Auffassung nach hätte der Gasbrand bereits am 4.05.2008 erkannt und therapiert werden müssen; das später festgestellte Oberschenkel - Emphysem sei schon damals diagnostizierbar gewesen.
2. Damit vermögen die Kläger nicht durchzudringen. Das angefochtene Urteil hat Bestand.
a) Aus der Operation vom 3.05.2008, in deren Zuge nach der Darstellung der Kläger der Gasbranderreger Eingang in den Körper fand, lässt sich eine Haftung der Beklagten nicht herleiten. Hygienemängel sind nicht zu Tage getreten. In diesem Zusammenhang gibt es zu Gunsten der Kläger keine Beweislastumkehr, weil nicht feststeht, dass die Infektion aus einem Bereich herrührt, der von Seiten des Krankenhauses voll beherrscht werden konnte (vgl. BGHZ 171, 358). Demgemäß wird in diesem Punkt auch kein Berufungsangriff geführt.
b) Ob den Beklagten am 5.05.2008 Fehler und Versäumnisse unterliefen, hat das Landgericht zu Recht offen gelassen. Denn daran kann eine Haftung ebenso wenig anknüpfen. Die Sachverständige Dr. H. hat dargetan, dass an diesem Tag die letale Entwicklung nicht mehr aufzuhalten war. Das entspricht den Erkenntnissen des Schlichtungsgutachters R..
c) Mithin kommt eine Inanspruchnahme der Beklagten allein wegen eines eventuellen Fehlverhaltens am 4. 05. 2008 in Betracht. Die Berufung rügt, dass der Beklagte zu 2. seinerzeit die Möglichkeit eines Gasbrands nicht in Erwägung gezogen habe und die Beschwerden der Patientin unkritisch mit einer Einblutung ins Weichgewebe oder auch einer Thrombose erklärt habe. Eine solche Sicht war zwar objektiv falsch. Aber sie war nach den Ausführungen der Sachverständigen Dr. H. zum damaligen Zeitpunkt nachvollziehbar. Wie von ihr in dem gemeinsam mit Prof. Dr. U. für die Staatsanwaltschaft erstellten Gutachten bemerkt worden war, erklären sich postoperative Schwellungen und Schmerzen und damit die Symptomatik, die am 4.05.2008 bei der Patientin im Vordergrund stand, regelmäßig aus Nachblutungen in die Tiefe des betroffenen Gewebes oder aus einem thrombotischen Geschehen. Das Auftreten von Gasbrand lag dagegen völlig fern. Für das Jahr 2000 wurde, wie die Sachverständige Dr. H. mitgeteilt hat, von insgesamt lediglich 66 Fällen berichtet. Das bedeutet, dass die Erkrankung im Alltag eines durchschnittlichen Krankenhauses praktisch nicht anzutreffen ist und nicht in das Gefahrbewusstsein eingeht.
Vor diesem Hintergrund kann die Fehldiagnose, die die Kläger auf der Beklagtenseite beanstanden, keine Schadensverantwortlichkeit begründen. Irrtümer in der Diagnosestellung rechtfertigen aus sich heraus nicht den Schluss auf ein schuldhaftes ärztliches Verhalten (BGH VersR 1981, 1033; BGH NJW 2003, 2827). Da pathologische Erscheinungsbilder oft mehrdeutig sind, sind derartige Fehleinschätzungen in der medizinischen Praxis nicht ungewöhnlich. Liegt die Ursache einer Symptomatik nahe, kann das den Blick auf andere Umstände verstellen, ohne dass damit Fahrlässigkeiten einhergehen müssen (Senat OLGR Koblenz 2006, 911). Ein haftungsrechtlich erhebliches Verschulden ist erst dort gegeben, wo das diagnostisch gewonnene Ergebnis für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheinen kann (Senat OLGR Koblenz 2008, 100). So lagen die Dinge hier indessen nicht. Dass der Schlichtungsgutachter Prof. Dr. R. gemeint hat, eine Gasbrandinfektion hätte schon am 4. 05. 2008 erwogen werden müssen, reicht angesichts der gegenläufigen Beurteilung der Verhältnisse durch die Sachverständige Dr. H. nicht hin, um die von den Klägern kritisierte Einschätzung auf Beklagtenseite als unvertretbar zu qualifizieren und damit von der Würdigung des erstinstanzlichen Urteils abzuweichen.

Der - entschuldbare - Diagnoseirrtum, der den Beklagten unterlief, löst nicht etwa deshalb eine Haftung aus, weil er von dem Versäumnis begleitet war, Untersuchungen mit dem Blick auf mögliche Knistergeräusche im Oberschenkel oder ein etwaiges Emphysem in die Wege zu leiten und so - auch unter Einsatz labortechnischer und bildgebender Verfahren - einen Gasbrand aufzuspüren. Ein Fehler in der Diagnose wird nicht dadurch zu einem haftungsträchtigen Befunderhebungsfehler, dass bei einer abweichenden Diagnose bestimmte unterlassene Befunde zu erheben gewesen wären (BGH MDR 2011, 224).“
II. Mit Blick auf den Schriftsatz der Kläger vom 22.01.2014 ist anzufügen:
a) Man kann zu Gunsten der Kläger unterstellen, dass die Erreger des Gasbrands während der Operation vom 03.05.2008 in den Körper gelangten. Dabei handelt es sich indessen um ein allgemeines Risiko, für dessen Verwirklichung die Beklagte zu 1. nur dann haftbar gemacht werden kann, wenn Hygienegebote verletzt wurden und die Schadensursache damit einem Bereich zugeordnet werden kann, der voll beherrschbar war (BGHZ 171, 358). Das hätte zur gerichtlichen Überzeugung aufgezeigt werden müssen; erst auf dieser Grundlage wären den Klägern Beweisvorteile zugute gekommen (vgl. Senat in MedR 2006, 657).
b) Die Kläger verweisen auf die Aussage der Sachverständigen Dr. H., es sei wohl eher von einem Chirurgen als von ihrer Seite zu beantworten, "ob und in welchem Ausmaß man zu diesem Zeitpunkt bereits das Weichteilemphysem gesehen hätte". Diese Äußerung bezieht sich auf die Lage am 05.05.2008, als die Dinge irreversibel geworden waren. Ein mögliches diagnostisches Defizit auf Seiten der Beklagten deshalb, weil das Emphysem nicht registriert wurde, kann also nicht mehr schadenskausal gewesen sein.
c) Auch die Forderung der Sachverständigen Dr. H. nach einer weiter gehenden Abklärung, die die Kläger zusätzlich anführen, bezieht sich auf die Entwicklung am 05.05.2008.
d) Dass am 04.05.2008 noch Rettungschancen bestanden, trägt eine Verurteilung der Beklagten nicht. Damit hat sich der Senat - auch unter Berücksichtigung des Monitums des Schlichtungsgutachters Prof. Dr. R. - in seinem Beschluss vom 27.12.2013 eingehend auseinandergesetzt. Auf die dortigen Ausführungen unter 2. c) ist vollumfänglich Bezug zu nehmen.
2. Rechtsmittelstreitwert: 50.000 €

207. OLG München, Urteil vom 23.01.2014 – 1 U 2254/13 – * Haftung eines Hautarztes: Behandlungsfehler bei Entfernung eines Muttermals; Voraussetzung des Beginns der Verjährungsfrist; Pflicht des Patienten zur Erkundigung über mögliche Fehlbehandlung; Schmerzensgeldanspruch bei fehlerhafter Operationstechnik mit der Folge von großflächiger Narbenbildung

Orientierungssatz

1. Die Verjährungsfrist nach einem Behandlungsfehler beginnt nicht zu laufen, bevor nicht der Patient als medizinischer Laie Kenntnis von Tatsachen erlangt, aus denen sich ergibt, 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.
2. Für den Geschädigten besteht keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist die Initiative zur Klärung von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu ergreifen.
3. Entfernt ein Hautarzt ein Muttermal von 5 mm und verschließt die Wunde mittels einer Lappenplastik so, dass es zu einer Narbenlänge von 16 cm kommt, so ist dies behandlungsfehlerhaft. Dem Patient ist wegen des im Rücken auftretenden Spannungsschmerzes, der im Alter noch zunehmen kann, ein Schmerzensgeld von 2.500 Euro zuzusprechen.

Tenor

I. Das Urteil des Landgericht München I vom 02.05.13, Az.: 9 0 24601/10, wird aufgehoben und wie folgt neugefasst:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 2.500,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 13.1.2011 zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren, materiellen und -im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren -immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der ärztlichen Behandlung im Hause des Beklagten im Jahr 2004 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
3. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
II. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
III. Von den Kosten des Rechtstreits tragen der Kläger 1/5 und der Beklagte 4/5.
IV. Die Revision wird nicht zugelassen.
V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche in Zusammenhang mit einer hautärztlichen Behandlung geltend.
Der Kläger stellte sich am 17.09.2004 dem Beklagten wegen einiger Muttermale am Rücken vor. Im Bereich des linken oberen Rückens befand sich ein Pigmentmal, das eine Größe von ca. 4-5 mm und eine Tiefe von 1 mm aufwies.
Der Beklagte entfernte unter Lokalanästhesie das Muttermal und verschloss die Wunde mittels einer Verschiebe-/Rotationslappenplastik mit Burow-Gegendreiecken.
Der Kläger befand sich bis zum 2.11.2004 in Nachbehandlung bei dem Beklagten.
Mit Schreiben vom 07.02.2005 wies der Kläger die Mahnung des Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Zuzahlung von 161,06 EUR u.a. mit folgender Begründung zurück:
Nach Aussagen mehrerer Ihrer Kollegen aus dem Bekanntenkreis erscheint das Ausmaß des operativen Eingriffs an meinem Rücken weit überzogen. Mit dem Heilungsprozess habe ich noch heute Schwierigkeiten. [...] Den zurückbehaltenen Betrag von 161,06 EUR betrachte ich als bescheidenes "Trostpflaster" für die erheblichen Nachwirkungen Ihrer Behandlung.
Der Rechnungsbetrag wurde vom Beklagten daraufhin nicht weiter geltend gemacht.
Mitte 2010 entschloss sich der Kläger nach Hinweisen seiner Nachbehandler Schadensersatzansprüche wegen Behandlungs- und Aufklärungsfehlern gegen den Beklagten geltend zu machen. Am 22.12.2010 ging die Klage bei Gericht ein.
Der Kläger hat vorgetragen:
Er sei fehlerhaft behandelt worden. Der Eingriff sei nicht indiziert gewesen. Die Schnittführung habe eine zu große Narbe herbeigeführt und die Wundnachsorge sei fehlerhaft erfolgt. Die Einrede der Verjährung greife nicht durch, da er die erforderliche sichere Kenntnis von einem ärztlichen Behandlungsfehler frühestens mit Ablauf des Jahres 2009 erhalten habe, als die Nachbehandler den konkreten Verdacht eines Behandlungs/Aufklärungsfehlers gegenüber dem Kläger erstmals geäußert hätten. Allein die Aussage von Ärzten aus dem Bekanntenkreis des Klägers, dass das Ausmaß des operativen Eingriffs weit überzogen "erscheine", könne eine die Verjährungsfrist auslösende Kenntnis der hier im Raum stehenden Klage der Abweichung vom medizinischen Standard nicht begründen. Auch bezüglich der Aufklärung gelte, dass er erst im Jahr 2010 von den den Aufklärungsmangel begründenden Umständen Kenntnis erlangt habe.
Der Kläger hat beantragt,
1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an die Klagepartei ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren, materiellen und -im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren-immateriellen Schäden zu ersetzen, welche dieser aus der ärztlichen Behandlung im Hause der Bekl. im Jahre 2004 entstanden sind und/oder noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Der Beklagte hat beantragt:
die Klage abzuweisen.
Der Beklagte hat vorgetragen:
Die Ansprüche seien verjährt. Der Kläger habe sich bereits Anfang 2005 (konkludent) eines Schadensersatzanspruchs wegen der streitgegenständlichen Behandlung berühmt, mit dem er gegen die Entgeltforderung des Beklagten aufgerechnet habe. Im Übrigen sei die Behandlung lege artis erfolgt.
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Hinzuziehung des dermatologischen Sachverständigen Prof. Dr. ….
Das Landgericht wies mit Urteil vom 2.5.2013 die Klage ab und führte zur Begründung aus: Die Klage sei unbegründet. Soweit der Sachverständige hinsichtlich der Größe der Narbe einen Behandlungsfehler bejaht habe sei der Anspruch verjährt. Die Verjährung habe mit dem Ablauf des Jahres 2005 zu laufen begonnen. Der Kläger habe in dem Schreiben vom 7.11.2005 zum Ausdruck gebracht, dass er aufgrund des optischen Erscheinungsbildes davon ausgehe, dass der Eingriff in einem fehlerhaften Ausmaß erfolgt sei. Die Behauptung habe sich nicht auf eine laienhafte Fehlervermutung beschränkt, sondern berühme sich ärztlicher Expertise. Die Fehlervermutung beruhe nicht nur auf einer laienhaften Einschätzung. Im übrigen habe der Sachverständige keine Behandlungsfehler feststellen können. Soweit der Kläger darüber hinaus bestreite, ordnungsgemäß aufgeklärt zu sein, sei der Anspruch ohnehin verjährt. Der Kläger habe jegliche Aufklärung bestritten. Dies sei ihm indes von Anfang an bekannt gewesen, so dass ihm von Anfang an die Tatsachen bekannt gewesen seien, die einen Anspruch auf Ersatz aller Operationsfolgen zu begründen geeignet gewesen wären.
Der Kläger legte mit Schriftsatz vom 6.6.2013 gegen das ihm am 6.5.2013 zugestellte Urteil Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 7.8.2013.
Der Kläger trägt vor:

Rechtsfehlerhaft gehe das Erstgericht davon aus, dass die Schadenersatzansprüche verjährt seien.
Die Sachverständigen seien im Gutachten vom 07.08.12 zu dem Ergebnis gekommen, dass die Art des streitgegenständlichen operativen Eingriffs in Anbetracht der geringen Größe des exzidierten Pigmentmales aus medizinischer Sicht unverständlich sei. Der Wundverschluss hätte nach Ansicht der Sachverständigen selbst mit einem gewählten Sicherheitsabstand von 1 cm mittels einfacher spindelförmiger Exzision und anschließendem Wundverschluss mittels Dehnungsplastik erfolgen können. Im Ergebnis bejahten die Sachverständigen damit einen groben Behandlungsfehler des Beklagten, durch fehlerhafte Wahl der Operationsmethode bzw. der Art des Wundverschlusses.
Er habe im Jahr 2005 keine Kenntnis davon gehabt, dass der Beklagte eine falsche Operationsmethode und falsche Art des Wundverschlusses vorgenommen habe. Das Schreiben vom 07.02.2005 habe lediglich auf der Aussage von Ärzten aus seinem Bekanntenkreis basiert, die geäußert hätten, dass die Narbe recht groß aussehe. Über mögliche Ursachen hierfür, insbesondere über ein mögliches Fehlverhalten des Beklagten im Rahmen des operativen Eingriffs, sei nicht gesprochen worden. Das Schreiben vom 07.02.2005 habe inhaltlich damit nichts mit den streitgegenständlichen und von den Sachverständigen bestätigten Behandlungsfehlern zu tun. Stutzig sei er erst geworden, als ihn im Jahr 2009/2010 sowohl ein Orthopäde, als auch ein Orthopäde/Chiropraktiker auf die Narbe angesprochen hätten und angegeben hätten, dass diese "nicht gut aussehe" und ihm noch lange Probleme bereiten könne. Erst dann habe sich ihm der Verdacht eines Behandlungsfehlers aufgedrängt.
Der Kläger beantragt:
1. Das Urteil des Landgericht München 1 vom 02.05.13, Az.: 9 0 24601/10, wird aufgehoben.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von Euro 5.000, nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren, materiellen und -im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren -immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der ärztlichen Behandlung im Hause des Beklagten im Jahr 2004 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Der Beklagte trägt vor:
Das Landgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Ihm könne kein Behandlungsfehler vorgeworfen werden.
Zuzugeben sei der Berufung nur, dass der Sachverständige die Länge der Narbe nicht nachvollziehen könne. Dies solle aber lediglich besagen, dass der Sachverständige die Schnittlänge nicht nachvollziehen könne. Eine Subsumtion unter die Definition eines groben Behandlungsfehlers erlaube dies noch nicht. Ungeachtet dessen habe der Sachverständige in diesem Zusammenhang einen Behandlungsfehler auch nicht bestätigt. Er führe lediglich aus, dass eine spindelförmige Exzision mit einfachem Wundverschluss bzw. Wundverschluss mittels Dehnungsplastik insbesondere im Bereich des Rückens erfolgen hätte können. Können heiße bekanntlich aber nicht müssen. Nur Letzteres würde einen Behandlungsfehlervorwurf tragen.
Letztlich seien Ansprüche des Klägers nicht nur wegen des behaupteten Aufklärungsversäumnisses, sondern auch wegen eines angeblichen Behandlungsfehlers insgesamt verjährt. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers sei ihm spätestens zum Zeitpunkt des Schreibens vom 07.02.2005 bekannt gewesen, dass etwas mit dem Operationsergebnis nicht stimme. Wenn tatsächlich mehrere Ärzte entsprechende Äußerungen gegenüber dem Kläger getätigt hätten, habe der Kläger die von der Rechtsprechung geforderte Kenntnis gehabt, um eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht völlig risikolose Klage erheben zu können. Dem Kläger dennoch zuzubilligen, sich auf Unkenntnis zurückzuziehen, erscheine unvertretbar. Selbst wenn man insoweit der Argumentation des Klägers folgen wolle, wäre aber jedenfalls von einer grob fahrlässigen Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auszugehen, da der Kläger in diesem Fall bewusst die Augen vor allen weiteren Erkundigungen und Klärungsmaßnahmen verschlossen hätte.
Der Senat hat Beweis erhoben durch die mündliche Anhörung des Sachverständigen Dr. … (der das schriftliche Gutachten vom 7.8.2012 mitverfasst hat). Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2013 verwiesen.
Im übrigen nimmt der Senat auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung erwies sich als teilweise begründet.

A. Dem Kläger war ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500,00 € zuzusprechen, da der Beklagte behandlungsfehlerhaft die (zu große) Narbenbildung herbeigeführt hat, die Einrede der Verjährung nicht durchgreift und unter Berücksichtigung aller Umstände ein Schmerzensgeld in Höhe von 2500,00 € als angemessen aber auch ausreichend erscheint.
I. Der Senat ist auf Grundlage der schriftlichen und mündlichen Ausführung des Sachverständigen Dr. … davon überzeugt, dass der Beklagte bei der indizierten Entfernung des Pigments die Wunde mittels einer Dehnplastik und nicht mittels einer Lappenplastik verschließen hätte müssen.
Der Sachverständige hat zunächst dargelegt, dass er auf Grund des von ihm nochmals histologisch untersuchten entfernten Muttermals von einem Durchmesser von etwa 5 mm und einer Tiefe von 1 mm ausgeht. Er schilderte weiter, dass nach den Leitlinien ein Sicherheitsabstand von mindestens 5 mm und für den Fall eindeutiger Hinweise auf Bösartigkeit von 10 mm einzuhalten ist, so dass sich ein Durchmesser von 15 mm bzw. 25 mm ergeben hätte. Bei der zweiten Alternative würde dann die Narbenlänge 75 mm betragen. Er erklärte weiter, dass ausweislich des Operationsberichts, der Beklagte eine Lappenplastik durchgeführt hat und bei einer Lappenplastik die Narbe länger wird, da eine Hautverschiebung durchgeführt werden muss. Er vertrat die Auffassung, dass bei einem Muttermal von 5 mm Umfang diese Vorgehensweise unverständlich ist und er diese auch nicht nachvollziehen kann. Er erklärte weiter, dass gerade auf dem Rücken viel Haut für eine Dehnplastik zur Verfügung steht und dass der Schnitt auch deshalb möglichst klein sein soll, um die Wächter-Lymphknotenuntersuchung nicht zu erschweren. Diese Auffassung hat der Sachverständige auch in seinem schriftlichen Gutachten vertreten. Zwar hat der Beklagte zutreffend vorgetragen, dass der Sachverständige dort zunächst von "…mittels Dehnungsplastik … erfolgen können" spricht, in dem darauf folgenden Absatz heißt es jedoch, dass der Wundverschluss mittels einer Verschiebe/Rotationslappenplastik aufgrund der Größe des Pigmentmales nicht nachvollzogen werden kann. Die Ausführungen des Sachverständigen können nicht anders verstanden werden, als dass er die gewählte Wundverschlussmethode und die gewählte Schnittführung als einen Verstoß gegen den Facharztstandard bewertet und dies mit den Worten "nicht nachvollziehbar" und "unverständlich" auch klar zum Ausdruck gebracht hat.
Auf Frage des Beklagten hat er auch erklärt, dass unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung einer Narbendehiszenz der Wundverschluss nicht gerechtfertigt ist, da auch bei der von dem Beklagten gewählten Vorgehensweise dies nicht verhindert werden kann.
II. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Beklagten ein einfacher oder ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, da die fehlerhaft gewählte Operationsmethode dafür ursächlich ist, dass bei dem Kläger eine Narbe von einer Länge von 16 cm entstanden ist. Nach den Ausführungen des Sachverständigen hätte sich bei Anwendung eines Wundverschlusses mittels Dehnplastik bei Einhaltung eines Mindestabstandes von 10 mm eine Narbenlänge von nur 75 mm und nicht wie beim Kläger von 160 mm ergeben. Für die Frage etwaiger Folgeschäden ist es unerheblich, ob der Behandlungsfehler als grob oder einfach eingestuft wird, da etwaige Beweiserleichterungen nur den Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und dem Primärschaden umfassen.
III. Die Einrede der Verjährung greift nicht durch, da der Beklagte nicht belegen konnte, dass der Kläger bereits im Jahre 2005 Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen hatte (§ 199 Abs.1 BGB) oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.
1. Dem Beklagten obliegt als Schuldner die Darlegungs-und Beweislast für Beginn und Ablauf der Verjährung und damit für die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, wobei der Kläger, soweit es um Umstände aus seiner Sphäre geht, an der Sachaufklärung mitzuwirken und erforderlichenfalls darzulegen hat, was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seiner Ansprüche und der Person des Schuldners getan hat.
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Kenntnis vom Schaden i. S § 199 Abs.2 Nr. 2 BGB 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 nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem Misslingen der ärztlichen Tätigkeit das Behand-lungs-und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht, wobei es hierzu nicht schon genügt, 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, aus denen sich ergibt, 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. (vgl. zum ganzen BGH NJW-RR 2010, 681). Eine grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Dabei bezieht sich die grob fahrlässige Unkenntnis ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf alle Merkmale der Anspruchsgrundlage und bei

der Verschuldenshaftung auf das Vertretenmüssen des Schuldners, wobei es auf eine zutreffende rechtliche Würdigung nicht ankommt. Nach gefestigter Rechtsprechung besteht für den Gläubiger keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist die Initiative zur Klärung von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu entfalten (vgl. BGH a.a.O.).
2. Unter Anwendung dieser Grundsätze kann von einer Kenntnis des Klägers, dass die Größe der Narbe auf einem Behandlungsfehler des Beklagten beruht, auch im Hinblick auf das Schreiben vom 7.2.2005 nicht ausgegangen werden. Allein der Umstand, dass Ärzte aus dem Bekanntenkreis des Klägers ohne Kenntnis der genauen Größe des Pigments das Ausmaß des Eingriffs nicht nachvollziehen konnten, bedeutet nicht, dass dem Kläger bekannt war, dass die Narbenbildung behandlungsfehlerhaft herbeigeführt wurde. Dafür spricht auch die Aussage des Sachverständigen, dass er alleine aus den Bildern der Narbe nicht auf einen Operationsfehler schließen kann. Es bedurfte der Kenntnis des Operationsberichts, der Größe des Pigments und der zur Verfügung stehenden Verschlusstechniken, um einen Behandlungsfehler formulieren zu können. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dem Kläger diese für die Beurteilung und Formulierung eines Behandlungsfehlers wesentlichen Umstände im Jahre 2005 bekannt waren.
Dem Kläger kann auch nicht vorgeworfen werden, grob fahrlässig keine weiteren Erkundungen eingezogen zu haben. Ein Patient, der einen Behandlungsfehler in Betracht zieht, ist nicht verpflichtet eigene Erkundigungen anzustellen und insbesondere muss er auch nicht sachkundige Personen bei Verdacht eines Fehlers zeitnah mit einer Überprüfung beauftragen.
IV. Dem Kläger ist wegen der Narbenbildung ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500,00 € (§ 253 Abs.2 BGB) zuzusprechen.
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes war neben der Größe der Narbenbildung zu berücksichtigen, dass nach Schilderung des Klägers ein so genannter allgemeiner Spannungsschmerz im Rücken auftritt und dass diese Beschwerden grundsätzlich im Alter zunehmen können. Andererseits war zu bewerten, dass auch der von dem Sachverständigen befürwortete Wundverschluss eine Narbe von ca. 75 mm zur Folge gehabt hätte und die Narbe ansonsten gut verheilt ist. Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände erscheint dem Senat ein Schmerzensgeld von 2.500,00 € für angemessen und völlig ausreichend.
B. Die Feststellungsklage erwies sich als begründet, da zumindest weitere Schäden aufgrund des behandlungsfehlerhaft gewählten Wundverschlusses nicht ausgeschlossen werden können.
C. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 ZPO.
D. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.
E. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben. Dem Rechtsstreit kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu.

208. OLG Köln, Urteil vom 22.01.2014 – 5 U 86/13 – * Schriftliches Sachverständigengutachten: Antrag auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen

Orientierungssatz

Ein Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen ist rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich, wenn die angekündigten Fragen entweder unerhebliche oder bereits erledigte Gesichtspunkte betreffen und trotz eines entsprechenden Hinweisbeschlusses kein weitergehender Frage- und Aufklärungsbedarf geltend gemacht wurde.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 4.06.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 125/10 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld von 500 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.4.2010 zu zahlen.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger weitere 183,92 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.4.2010 zu zahlen.
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, den Kläger von der Forderung der Rechtsanwältin G aus M in Höhe eines Betrags von 124,36 EUR durch Zahlung an diese freizustellen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits werden zu 95 % dem Kläger und zu 5 % den Beklagten auferlegt. Dies gilt nicht für die Kosten des Streithelfers der Beklagten, die der Kläger zu 95 % und der Streithelfer der Beklagten zu 5 % tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Dem am 00.00.1969 geborenen Kläger wurde am 19.12.2006 durch den Streithelfer der Beklagten ein Weisheitszahn gezogen. Auf dem Rückweg zu seinem PKW stürzte der Kläger und zog sich unter anderem zwei Platzwunden am Kinn zu. Die oberen Schneide- und Eckzähne waren zertrümmert. Der herbeigerufene Rettungsdienst brachte den Kläger in das Krankenhaus der Beklagten zu 1), wo Röntgenaufnahmen des Schädels in zwei Ebenen angefertigt wurden. Die radiologische Beurteilung ergab keinen Hinweis auf eine frische knöcherne Verletzung. Nach stationärer Beobachtung wurde der Kläger am 21.12.2006 entlassen.
Er stellte sich noch am gleichen Tag bei seinem Zahnarzt, dem Streithelfer der Beklagten, vor und klagte über Schmerzen am Kiefergelenk rechts und links. Der Streithelfer der Beklagten überwies ihn an den Oralchirurgen Dr. C, der nach Anfertigung eines Orthopantogramms eine dreifache Unterkieferfraktur diagnostizierte und den Kläger in die M2 Klinik in T einwies.
Die dort durchgeführte Diagnostik, insbesondere eine Röntgenaufnahme nach Clementschitsch und ein Orthopantogramm, zeigten eine dislozierte Fraktur des linken Collums (also des aufsteigenden Astes des Unterkiefers), eine nicht dislozierte Fraktur des rechten Collums und eine inkomplette Unterkieferfraktur lingual regio 34 bis 36. Am 22.12.2006 wurden in Intubationsnarkose Kieferbruchschienen in den Ober- und Unterkiefer beidseits eingebunden und eine intermaxilläre Fixierung mit Drähten vorgenommen. Vom 29.12.2006 bis 2.1.2007 wurde ein Hypomochlion im linken Seitenzahnbereich eingesetzt. Die intermaxilläre Fixierung wurde bei der Entlassung des Klägers am 12.1.2007 beendet. Die Kieferbruchschienen wurden bei der ambulanten Vorstellung des Klägers am 31.1.2007 entfernt. Die Unterkiefercollumfraktur links ist in Fehlstellung verheilt, was bei vollständiger Mundöffnung zu einer Seitenabweichung des Unterkiefers nach links führt.
Die Klage des Klägers gegen den Streithelfer der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (3 O 126/10 LG Köln = 5 U 118/12 OLG Köln)
Der Kläger hat die Beklagten auf ein Schmerzensgeld von mindestens 10.000 EUR, Feststellung der Ersatzpflicht, Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten von 899,40 EUR und Zahlung von Gutachter- und Kopierkosten von 183,92 EUR in Anspruch genommen. Die Beklagten hätten spezielle Röntgenaufnahmen vornehmen oder veranlassen müssen, durch die die Unterkieferfraktur erkannt worden wäre. Die gebotene sofortige osteosynthetische Versorgung hätte eine Verheilung in Fehlstellung vermieden. Vor allem beim Kauen leide er unter Schmerzen im Kiefergelenk.
Das Landgericht hat das unfallchirurgische Gutachten von Dr. G2 (Bl. 81 ff. d.A.) und das kieferchirurgische Gutachten von Dr. Dr. B (Bl. 148 ff. d.A.) nebst Ergänzung (Bl. 220 ff. d.A.) eingeholt.
Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. Nach den Ausführungen von Dr. G2 seien zwar die angefertigten Röntgenbilder in zwei Ebenen zum gebotenen Ausschluss einer Unterkieferfraktur nicht geeignet gewesen. Stattdessen habe eine sog. Röntgenaufnahme des hängenden Unterkiefers durchgeführt werden müssen, die mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % die Unterkieferfrakturen gezeigt hätte. Dieser Befund hätte zur Vorstellung des Klägers in einer kieferchirurgischen Einrichtung zwecks Versorgung der Frakturen geführt. Das Verstreichen der kurzen Frist zwischen dem Unfall und der operativen Versorgung der Frakturen sei aber nicht ursächlich für die bei dem Kläger aufgetretenen Folgen. Nach den Darlegungen von Dr. Dr. B erfolge eine operative Behandlung von Frakturen, wie sie der Kläger erlitten habe, wegen der anfangs vorhandenen und eine Operation erschwerenden Hämatome und Ödeme in der Regel erst fünf bis acht Tage nach dem Unfallereignis, weshalb die zwischen dem 19.12.2006 und der Operation in der M2 Klinik vergangenen zwei bis drei Tage nicht der Grund für die Verheilung der Fraktur in Fehlstellung und die endgradige Abweichung der Mundöffnung seien. Die Einwendungen, die der Kläger gegen das Ergänzungsgutachten von Dr. Dr. B erhoben habe, rechtfertigten eine mündliche Anhörung des Sachverständigen nicht. Die vom Kläger aufgeworfenen Fragen seien bereits beantwortet. Dass die Frakturen einigen Tage unversorgt geblieben seien, rechtfertige für sich genommen ebenfalls kein Schmerzensgeld, weil eine operative Versorgung auch bei unverzüglicher Diagnose erst mit einigen Tagen Abstand vorgenommen worden wäre.
Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Er ist der Auffassung, dass eine Anhörung des Sachverständigen Dr. Dr. B geboten gewesen sei. Zur Begründung wiederholt er seine Einwendungen gegen die schriftliche Begutachtung. Ob eine frühere Behandlung zu einem besseren Ergebnis ohne Fehlstellung und Schmerzen geführt hätte, sei unzureichend diskutiert worden. Je länger eine Fehlstellung bleibe, desto kürzer würden die Kaumuskeln, was einen Fehlstellungsausgleich behindern könne. Im Übrigen seien ihm, dem Kläger, allein schon durch die verzögerte kieferchirurgische Behandlung längere und vermeidbare Schmerzen entstanden.
II.
Die Berufung ist zu einem geringen Teil begründet.
Der Kläger kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB die Zahlung eines Schmerzensgeldes von 500 EUR und materiellen Schadensersatz in Höhe von 183,92 EUR verlangen. Ferner haben die Beklagten ihn von vorgerichtlichen Anwaltskosten von 124,36 EUR freizustellen. Weitergehende Ersatzansprüche bestehen nicht.

Die Beklagten haben die gebotene spezielle radiologische Diagnostik fehlerhaft unterlassen. Die beim Kläger dauerhaft verbliebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen beruhen allerdings nicht auf der hierdurch verursachten Verzögerung der Behandlung. Die Beklagten haften jedoch für die im Verzögerungszeitraum von zwei Tagen bestehenden, teils vermeidbaren Schmerzen und Beschwerden des Klägers.
1. Nach den Ausführungen des unfallchirurgischen Sachverständigen Dr. G2, die sich in den maßgeblichen Punkten mit denen des kieferchirurgischen Sachverständigen Dr. Dr. B decken und gegenüber denen die Beklagten keine Einwendungen erhoben haben, fällt den Beklagten ein Befunderhebungsfehler zur Last, der in Bezug auf die Kausalität zur Beweislastumkehr führt.
Danach war der nach dem Unfallverlauf und den Platzwunden am Kinn bestehende Verdacht einer Unterkieferfraktur durch geeignete Röntgenaufnahmen auszuschließen oder zu bestätigen. Wie Dr. G2 weiter dargelegt hat, werden in der medizinischen Literatur ein Orthopantogramm und eine p.a. Schädelaufnahme mit maximaler Mundöffnung oder ein Orthopantogramm und eine Aufnahme nach Clementschitsch gefordert, anstelle des Orthopantogramms - das aus technischen Gründen nicht in jeder Klinik gefertigt werden kann - ersatzweise eine Übersichtsaufnahme des Unterkiefers, der sog. "hängende Unterkiefer" (Bl. 91 f. d.A., vgl. auch die Ausführungen von Dr. Dr. B Bl. 159, 163 d.A.). Entsprechende Aufnahmen haben die Beklagten weder erstellt noch deren Anfertigung durch eine Überweisung des Klägers veranlasst. Die durchgeführten Röntgenaufnahmen in zwei Ebenen stellten die Region, in der die Unterkieferbrüche tatsächlich vorgelegen haben, nicht überlagerungsfrei dar (Bl. 92 d.A.).
Hätten die Beklagten die erforderlichen Röntgenaufnahmen vorgenommen oder veranlasst, wäre darauf - so Dr. G2 - mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % ein behandlungsbedürftiger Bruch des Unterkiefers links und rechts im Collumbereich zu sehen gewesen (vgl. Bl. 94 d.A.), was dem tatsächlichen Ergebnis der entsprechenden Diagnostik bei Dr. C und in der M2 Klinik in T entspricht. Nach der schlüssigen Bewertung von Dr. G2 wäre es grob fehlerhaft gewesen, auf den Befund einer Unterkieferfraktur nicht durch Vorstellung des Klägers in einer kieferchirurgischen Einrichtung zu reagieren und so die erforderliche Behandlung zu veranlassen (Bl. 94 d.A.).
2. Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen von Dr. Dr. B beruhen die beim Kläger eingetreten und verbliebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, nämlich eine Seitenabweichung in der terminalen Phase der Munderöffnung und möglicherweise auf einer geringen degenerativen Veränderung des Kiefergelenks beruhende Schmerzen vor allem beim Kauen, nicht auf der Verzögerung der Behandlung vom 19.12.2006 bis zum 21./22.12.2006, also um zwei bis drei Tage. Insoweit haben die Beklagten den ihnen aufgrund der Beweislastumkehr obliegenden Gegenbeweis geführt.
a) Dr. Dr. B ist in seinem Ergänzungsgutachten zu der zusammenfassenden Beurteilung gelangt, dass die Seitenabweichung und die mögliche degenerative Veränderung einschließlich der hierdurch bedingten Schmerzen nicht auf der Behandlungsverzögerung beruhen, sondern ausschließlich Folge der Collumfraktur sind (Bl. 224 d.A.). Dies hat er schlüssig begründet, indem er die Gründe dargelegt hat, die dazu führen, dass die Behandlungsverzögerung um zwei bis drei Tage weder die in der M2 Klinik tatsächlich durchgeführte konservative Therapie in ihren Erfolgsaussichten beeinflusst hat noch eine grundsätzlich auch mögliche, wenn auch nach der dargestellten medizinischen Literatur nicht vorzugswürdige operative Therapie in ihren Erfolgsaussichten beeinflusst hätte. Das Landgericht ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings unzutreffend davon ausgegangen, dass in der M2 Klinik T eine operative Versorgung der Unterkieferbrüche erfolgt sei. Dies war jedoch, wie Dr. Dr. B dargelegt hat (Bl. 161, 165 d.A.) und aus dem im Sachverhalt wiedergegebenen Behandlungsablauf mit Schienung und Ruhigstellung des Kiefers folgt, nicht der Fall.
Dr. Dr. B hat erläutert, dass sich zwei bis drei Tage nach dem Unfall bei Beginn der konservativen Therapie noch kein Geflechtknoten gebildet habe und die Frakturenden mobil gewesen, so dass nicht mit einer Einschränkung eines positiven Behandlungsergebnis durch die entstandene Verzögerung zu rechnen gewesen sei (Bl. 165, 221 f. d.A.). Es leuchtet auch ein, dass erst der Beginn der Bildung von Knochengewebe eine konservative Therapie eines Bruchs, die wie hier durch Schienung und Ruhigstellung erfolgt, behindert und deren Erfolg beeinträchtigen kann. Eine alternativ mögliche operative Therapie wäre wegen der anfangs vorhandenen und die Operation erschwerenden Hämatome und Ödeme ohnehin erst fünf bis acht Tage nach dem Unfall erfolgt (Bl. 224 d.A.). Auf letzteren Gesichtspunkt hat bereits der unfallchirurgische Sachverständige Dr. G2 aufmerksam gemacht (Bl. 95 d.A.).
b) Das Landgericht und der Senat konnten und können die Ausführungen von Dr. Dr. B ihrer Beurteilung verfahrensfehlerfrei zugrunde legen, obwohl der Kläger in seiner Stellungnahme zu dem Ergänzungsgutachten hilfsweise dessen Anhörung beantragt hat.
Der Anhörungsantrag stellte sich unter Berücksichtigung aller Umstände im Streitfall ausnahmsweise als rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich dar, weil die angekündigten Fragen entweder unerhebliche Gesichtspunkte betrafen oder bereits in der Stellungnahme zum Hauptgutachten von Dr. Dr. B enthalten und durch das Ergänzungsgutachten erledigt waren und der Kläger trotz des entsprechenden Hinweisbeschlusses des Landgerichts vom 28.6.2012 keinen weitergehenden Frage- und Aufklärungsbedarf geltend gemacht hat.

Soweit die Einwendungen des Klägers die Frage eines Behandlungsfehlers betrafen (insbesondere auf S. 1 und 2 der Stellungnahme vom 14.6.2012 zum Ergänzungsgutachten), war dieser Punkt durch die Begutachtung von Dr. G2 im Sinne eines zu einer Beweislastumkehr führenden Befunderhebungsfehlers zu Gunsten des Klägers geklärt. Die entsprechenden Einwendungen waren daher für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung.
Wie bereits das Landgericht im Beschluss vom 28.6.2012 dargelegt hat, ist es schon unter logischen Gesichtspunkten nicht widersprüchlich und durch Anhörung des Sachverständigen weiter aufklärungsbedürftig, wenn Dr. G2 und Dr. Dr. B zu dem Ergebnis gelangen, dass die am 19.12.2006 erforderliche radiologische Diagnostik einerseits einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte, andererseits die Behandlungsverzögerung von zwei bis drei Tagen aber keinen Einfluss auf das Ausheilungsergebnis hatte. Dass überhaupt ein reaktionspflichtiger Befund vorliegt, besagt zum einen nichts über den Zeitpunkt, in dem bei üblicher und fachgerechter Vorgehensweise reagiert wird. Vor allem handelt es sich aber um getrennt zu prüfende und zu beurteilende Fragen, ob ein bestimmter Befund reaktionspflichtig ist und welchen Erfolg die gebotene Reaktion gehabt hätte. Eine (frühere) Therapie muss nicht notwendig zu einem besseren Ergebnis führen als ein spätere oder als das Unterlassen einer therapeutischen Maßnahme.
Schließlich hat der Kläger bereits in seiner Stellungnahme zum Hauptgutachten die Frage aufgeworfen, ob eine durch die andauernde Fehlstellung des Unterkiefers bedingte Verkürzung der Kaumuskeln den endgültigen Fehlstellungsausgleich beeinträchtigt hat. Dr. Dr. B hat dem Einwand im Ergänzungsgutachten keine Bedeutung für den von ihm verneinten Kausalzusammenhang beigemessen, was angesichts der Kürze der Behandlungsverzögerung ohne weiteres einleuchtet.
Trotz des Hinweises des Landgerichts durch Beschluss vom 28.6.2012 hat der Kläger keinen über den Schriftsatz vom 14.6.2012 hinausgehenden Frage- und Aufklärungsbedarf geltend gemacht.
3. Da sich die in der M2 Klinik T tatsächlich durchgeführte konservative Therapie durch den Behandlungsfehler der Beklagten um zwei Tage verzögert hat, steht dem Kläger für die in diesem Zeitraum erlittenen, durch frühere Ruhigstellung des Kiefers jedenfalls teilweise vermeidbaren Schmerzen ein geringes Schmerzensgeld zu, das mit 500 EUR angemessen bewertet ist.
In Bezug auf den Eintritt einer Verzögerung übersehen die Beklagten in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 19.12.2013, dass die Ärzte in der M2 Klinik T auf die am 21.12.2006 durch Dr. C erfolgte Überweisung umgehend reagiert haben, indem sie am 22.12.2006 eine konservative Therapie mit Einbinden von Kieferbruchschienen und intermaxillärer Fixierung einleiteten. Zu Gunsten des Klägers ist davon auszugehen, dass sie oder eine andere kieferchirurgische Einrichtung auf eine von den Beklagten am 19.12.2006 veranlasste Überweisung in gleicher Weise und in gleicher zeitlicher Abfolge, also am 20.12.2006, reagiert hätten (§ 286 ZPO).
Dass der Kläger trotz der Verordnung von Schmerzmitteln, auf die sich die Beklagten im Schriftsatz vom 19.12.2013 noch berufen, im fraglichen Zeitraum unter Schmerzen gerade im Bereich des Unterkiefers litt, wird durch die Behandlungsunterlagen des Streithelfers der Beklagten belegt, nach denen der Kläger bei der Vorstellung am 21.12.2006 über Schmerzen am Kiefergelenk rechts und links klagte.
4. Angesichts eines dem Grunde nach gegebenen Ersatzanspruchs stellen der für das vorgerichtliche Gutachten aufgewandte Betrag von 150 EUR und die Kopierkosten für Behandlungsunterlagen von 33,92 EUR von den Beklagten zu ersetzende notwendige Kosten der Rechtsverfolgung dar.
Es ist nicht ersichtlich, dass die kurze Mitbegutachtung der Behandlung durch den Streithelfer der Beklagten auf S. 4 des Gutachtens vom 16.4.2007 (Anlage K 1) zu Mehrkosten geführt hat. Der vom Kläger beauftragte Gutachter hat zum einen einen Pauschalbetrag in Rechnung gestellt. Zum anderen hätte er sich auch dann mit dem gesamten medizinisch bedeutsamen Geschehen ab dem 19.12.2006 auseinander setzen müssen, wenn er nur die Behandlung durch die Beklagten beurteilt hätte.
5. Freistellung von den außergerichtlichen Anwaltskosten kann der Kläger nach einem Streitwert von 683,92 EUR verlangen. Dies ist ein Betrag von 124,36 EUR [(65 EUR x 1,3 + 20 EUR) x 1,19].
Anders als es die Beklagten im Schriftsatz vom 19.12.2013 geltend machen, war die vorgerichtliche Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich. Der mit Schreiben der Beklagten zu 1) vom 31.1.2007 (Anlage K 8, Bl. 69 d.A.) angebotene Abfindungsbetrag von 150 EUR betraf ausdrücklich nur Fahrtkosten und Krankenhaustagegeld, nicht aber die streitgegenständlichen Ansprüche. Das mit Schreiben der Haftpflichtversicherung der Beklagten vom 28.4.2008 (Anlage K 5, S. 13 des Anlagenheftes) unterbreitete Abfindungsangebot in Höhe von 500 EUR ist erst erfolgt, nachdem die Bevollmächtigte des Klägers außergerichtlich gegenüber den Beklagten tätig geworden ist.
6. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Dem Kläger können mangels einer über den Zeitraum bis zum 22.12.2006 hinausgehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung, die den Beklagten zurechenbar ist, keine weiteren materiellen und immateriellen Schäden entstanden sein und entstehen.
7. Die Zinsentscheidung beruht auf § 288 Abs. 1 BGB. Freistellung von einer Zinsforderung der Rechtsanwältin G kann der Kläger nicht verlangen, da eine solche nicht schlüssig dargelegt ist. Es ist nicht vorgetragen worden, dass der Kläger mit der Zahlung der Anwaltsvergütung in Verzug ist.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind solche des Einzelfalls.
Berufungsstreitwert: 14.183,92 EUR (wie 1. Instanz)

209. OLG Hamm, Urteil vom 21.01.2014 – I-26 U 101/12, 26 U 101/12 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Indikation für eine Arthroskopie zur Klärung der Ursachen einer Teilruptur der Supraspinatussehne; ärztliche Aufklärungspflicht über konservative Behandlungsmethoden

Leitsatz

Eine Arthroskopie kann zur Klärung der Ursachen einer - nach MRT vermeintlich eindeutigen - Teilruptur der Supraspinatussehne indiziert sein. Über die Möglichkeit einer konservativen Behandlung muss der Patient nicht aufgeklärt werden, wenn sie sich nicht als medizinisch gleichermaßen indizierte Behandlungsalternative darstellt.
Diese Entscheidung wird zitiert
Kommentare
Herberger/Martinek/Rüßmann u.a.PK-BGB
? Lafontaine, 7. Auflage 2014, § 630a BGB
Sonstiges

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14.03.2012 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten der Berufungsinstanz.
Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin 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.
Die Klägerin verlangt von der Beklagten zu 1) als Trägerin des Krankenhauses Universitätsklinikum C und von den Beklagten zu 2) und 3) als behandelnden Ärzten wegen vermeintlicher Behandlungsfehler die Zahlung eines mit mindestens 25.000 EUR als angemessen angesehenen Schmerzensgeldes sowie die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht.
Bei der am 21.09.1980 geborenen Klägerin wurde im Herbst 2008 nach einem Treppensturz auf der Basis einer MRT-Aufnahme eine Teilruptur der Supraspinatussehne diagnostiziert. Eine am 30.10.2008 ambulant im Krankenhaus der Beklagten durchgeführte Sonographie bestätigte dies nicht. Gleichwohl wurde durch die Beklagten zu 2) und 3) am 21.11.2008 eine diagnostische Arthroskopie durchgeführt. Diese ergab eine Ruptur der Sehne ebenfalls nicht.
In der Folgezeit wurde durch Nachbehandler eine postoperative Bursitis sowie ein schwere Tendinose diagnostiziert, die am 14.4.2009 im Klinikum der evangelischen Stiftung W arthroskopisch behandelt wurden.
Die Klägerin hat geltend gemacht, dass die Arthroskopie vom 21.11.2008 mangels Ruptur nicht indiziert gewesen und stattdessen eine konservative Behandlung angezeigt gewesen sei. Überdies sei es fehlerhaft unterlassen worden, die schon bestehende Bursitis und das bestehende Impingement-Syndrom zu behandeln.
Darüber hinaus hat sie Aufklärungsmängel geltend gemacht. Insbesondere sei sie nicht über den negativen Befund der Sonographie und die Möglichkeit einer konservativen Behandlung aufgeklärt worden.
Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch schriftliche und mündliche Begutachtung abgewiesen.
Behandlungsfehler seien nicht feststellbar. Auf der Basis der aussagekräftigen MRT-Aufnahmen sei ex ante davon auszugehen gewesen, dass bei der Klägerin eine Teilruptur der Supraspinatussehne vorgelegen habe. Auf dieser Basis sowie auf der Basis der Beschwerden der Klägerin sei die Arthroskopie vom 21.11.2008 indiziert gewesen. Behandlungsfehler bei der Durchführung des Eingriffs seien nicht festzustellen. Zu diesem Zeitpunkt sei auch noch kein weitergehender operativer Eingriff notwendig gewesen, weil noch keine behandlungsbedürftige subacromiale Enge bestanden habe.
Aufklärungsfehler sein ebenfalls nicht gegeben. Dabei ist die Kammer davon ausgegangen, dass über die Möglichkeit konservativer Behandlung und Zweifel an der Richtigkeit des MRT-Befundes aufgeklärt worden sei. Auf die Frage einer hypothetischen Einwilligung komme es deshalb nicht an.
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die das erstinstanzliche Begehren weiter verfolgt.

Sie macht geltend, dass das Landgericht verfahrensfehlerhaft gehandelt habe. Es sei die Gewährung einer Schriftsatzfrist abgelehnt worden, obwohl der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung einer Reihe von Fragen beantwortet habe, zu denen er zuvor schriftsätzlich nicht Stellung genommen hatte. Darüber hinaus habe das Landgericht auch in der Sache fehlerhaft entschieden, indem es unzutreffend eine ordnungsgemäße Aufklärung angenommen habe. Die Klägerin sei nicht darüber informiert worden, dass die Möglichkeit bestanden habe, dass das MRT ein falsch positives Ergebnis geliefert habe, obwohl selbst der Beklagte insoweit Zweifel gehabt habe. Stattdessen sei erklärt worden, dass das Ergebnis des MRT eindeutig sei. Sie sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass der Eingriff diagnostischen Zwecken diente. Auch sei hinsichtlich alternativer Behandlungsmethoden fehlerhaft erklärt worden, dass dies nur zu weiteren monatelange Schmerzen und nachfolgend zur Operation führen würde.
Der Eingriff sei auch nicht über eine hypothetische Einwilligung gedeckt, weil sich die Klägerin gegen eine sofortige Operation und für die Einholung einer weiteren Meinung entschieden hätte.
Die Behandlung sei auch fehlerhaft gewesen. Die Beklagten hätten vor der Arthroskopie ein weiteres MRT anfertigen lassen müssen.
Die Klägerin beantragt,
unter Abänderung des am 14.03.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az. I-6 O 253/10,
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, aufgrund des operativen Eingriffs vom 21.11.2008 an die Klägerin ein angemessenes, der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellt Schmerzensgeld, welches 45.000,00 EUR nicht unterschreiten sollte, zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche aus der fehlerhaften Operation vom 21.11.2008 bereits entstandenen und zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, soweit diese nicht kraft Gesetzes auf Dritte übergegangen sind.
Die Beklagten beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.
Die Entscheidung leide nicht unter Verfahrensfehlern. Der Einräumung einer Schriftsatzfrist habe es nicht bedurft, weil im Verhandlungstermin keine neuen Tatsachen und Umstände relevant geworden seien. Solche habe die Klägerin auch im Rahmen der Berufungsinstanz nicht geltend gemacht.
Die Aufklärungsrüge sei nicht gerechtfertigt; die Klägerin sei über alle wesentlichen Aspekte aufgeklärt worden. Insbesondere seien ihr gegenüber Zweifel an dem MRT-Ergebnis geäußert worden, so dass auch der Klägerin klar gewesen sei, dass die Arthroskopie diagnostischen Zwecken diente.
Die Behandlung selbst sei nicht zu beanstanden. Insbesondere sei intraoperativ zutreffend entschieden worden, nur eine Probeinzision durchzuführen. Diese sei sodann folgenlos ausgeheilt. Ein behandlungsbedürftiges Engpasssyndrom habe zu dieser Zeit nicht bestanden. Ein weiteres MRT sei nicht angezeigt gewesen, weil aufgrund des geringen Zeitablaufs zu dem vorherigen keine abweichenden Erkenntnisse zu erwarten gewesen seien.
Der Senat hat die Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Q. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 21.01.2014 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 unbegründet.
Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche stehen ihr nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.
Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Q und die überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat.
1. 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.
a. Den Beklagten ist ein Befunderhebungsfehler nicht vorzuwerfen.
Das MRT vom 17.10.2008 war nach den Feststellungen des Sachverständigen ex ante eindeutig als Teilruptur der Sehne zu deuten. Zwar ist bei der Beklagten eine Sonographie durchgeführt worden, die keinen Teileinriss ergeben hat. Gleichwohl lässt sich aber nicht feststellen, dass weitergehende Untersuchungen erforderlich gewesen sind. Denn der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass bei abweichenden Befunden demjenigen des MRT der Vorzug zu geben ist. Denn diese Untersuchungsmethode ist sensitiver, also von der Technik her zur Abbildung von Feinheiten besser geeignet. Demgegenüber hängt das Ergebnis der Ultraschalluntersuchung wesentlich von den Fähigkeiten des Untersuchenden ab, so dass damit ein größerer Unsicherheitsfaktor verbunden ist. Allein die differierenden Ergebnisse von MRT und Sonographie gaben deshalb keine Veranlassung zur weitergehenden Befundung vor einer Arthroskopie.

Insbesondere war die Einholung eines weiteren MRT nicht zu fordern, weil es nach den Ausführungen des Sachverständigen extrem unwahrscheinlich gewesen wäre, dass mit einem weiteren zeitnahen MRT die angenommene Ruptur auszuschließen gewesen wäre. Dass das spätere MRT vom 18.12.2008 ex post eine abweichende Beurteilung rechtfertigte, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass ein zeitnahes MRT nach dem 17.10.2008 ein vergleichbares Ergebnis gebracht hätte. Es erscheint überzeugend, wenn der Sachverständige darauf hinweist, dass vor dem MRT vom 18.12. 2008 bereits die Operation und organische Reparaturprozesse stattgefunden hatten. Demnach war die Ausgangslage am 18.12.2008 nicht mehr dieselbe wie in den Zeitraum vor der Arthroskopie.
b. Auf dieser Grundlage liegt auch kein Diagnosefehler vor. Auf der Basis der ausreichend erhobenen Befunde war die Bewertung als Teilruptur der Sehne nicht nur vertretbar, was einen Diagnosefehler ausschließen würde, sondern hier sogar vermeintlich eindeutig.
c. Die Arthroskopie war auch indiziert.
Auf der Basis der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen insbesondere bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat ergab sich die Indikation entscheidend aus dem klinischen Befund. Dieser rechtfertigte nach den anamnestischen und klinischen Gesamtgegebenheiten - traumatisierendes Sturzerlebnis, negativer Heilungsverlauf mit zunehmender Bewegungsunfähigkeit im Bereich der linken Schulter bei seinerzeitigem Abspreizen nur bis 60 Grad ohne Besserungtendenz, geringes Alter der Patientin und keine sonstigen einer Operation entgegenstehenden Umstände - die Durchführung der Arthroskopie zur Klärung der Ursachen. Diese Bewertung wurde durch das vermeintlich eindeutige MRT nur noch bestätigt.
Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Arthroskopie wegen der Möglichkeit vorheriger konservativer Behandlung nicht indiziert gewesen sei. Nach den Ausführungen des Sachverständigen bestand die Gefahr, dass bei konservativen Therapien ein Zeitraum von bis zu zwei Jahren bis zu eine wesentlichen Erfolg vergehen würden. Überdies hat auf der Basis der Annahme einer Teilruptur die Gefahr einer vollständigen Ruptur der Sehne bestanden. Hinzu kommt, dass nach den Erläuterungen des Sachverständigen aus medizinischer Sicht grundsätzlich die konkreten auslösenden Reize beseitigt werden sollten, wenn dies möglich ist. Auf dieser Basis war die Arthroskopie die Methode der Wahl.
d. Die Arthroskopie ist nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten ausweislich des Operationsberichts auch frei von Behandlungsfehlern durchgeführt worden.
Insbesondere ist bei der Arthroskopie nicht fehlerhaft eine teilweise Entfernung der Bursa erfolgt, sondern lediglich der notwendige Zugang zur Supraspinatussehne geschaffen worden.
e. Den Beklagten ist auch nicht vorzuwerfen, dass es fehlerhaft unterlassen worden sei, bereits bei der Arthroskopie weitergehende operative Maßnahmen zu ergreifen.
Denn der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten und erneut bei seiner mündlichen Anhörung dargelegt, dass ausweislich der bei der Operation vorgefundenen Verhältnisse und ausweislich der Ergebnisse der bildgebende Verfahren zum Zeitpunkt der Arthroskopie und auch noch am 18.12.2009 bei einem gemessenen Wert von ca. 7 mm keine subacromiale Enge bestanden hat. Der spätere Befund der Klinik in W steht zur Bewertung nicht entgegen. Noch der dortige Aufnahmebefund verweist auf ein frei bewegliches linkes Schultergelenk, was mit der Annahme einer pathologischen Enge nicht vereinbar ist. Überdies hat der Sachverständige zu Recht darauf hingewiesen, dass der dortige Befund Monate nach der Arthroskopie liegt und schon wegen des Zeitablaufs keine verlässlichen Schlüsse auf die Gegebenheiten im11.2008 zulässt.
f. Auch sonstige spätere Befunde lassen keinen Rückschluss auf Behandlungsfehler bei den Beklagten zu.
Nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten handelt es sich bei der am 18.12.2009 festgestellten Regeneratbursa um eine Folge der Verletzung und um die Konsequenz operativen Eingriffs, der jedoch nicht als fehlerhaft bewertet werden kann.
2. Die Beklagten haften auch nicht etwa gem. den §§ 823, 253 Abs.2, 249 ff. BGB für sämtliche Folgen der Operation schon deshalb, weil die Operation mangels wirksamer Einwilligung des Klägers insgesamt rechtswidrig gewesen sein könnte.
Denn die Einwilligung ist wirksam gewesen.
a. Insbesondere ist die Klägerin auch, wie von dem Sachverständigen für erforderlich gehalten, darüber aufgeklärt worden, dass MRT und Sonographie unterschiedliche Ergebnisse gezeigt haben.
Das ergibt sich zur Überzeugung des Senates daraus, dass in dem Ambulanzbrief vom 31.10.2008 die unterschiedlichen Befunde aufgeführt sind und angegeben ist, dass die Befunde mit der Patienten besprochen worden seien. Nach den Ausführungen des Sachverständigen bei seiner persönlichen Anhörung durch den Senat wird eine solche Formulierung dann verwendet, wenn tatsächlich eine entsprechende Besprechung hinsichtlich der unterschiedlichen Untersuchungsergebnisse stattgefunden hat. Der Senat hat keiner Anhaltspunkte dafür, dass stattdessen diese Angabe fälschlich in den Bericht Eingang gefunden hat. Hierfür sind weder Anlass noch Motivation ersichtlich.
b. Ob die Klägerin über die Möglichkeit einer konservativen Behandlung aufgeklärt worden ist, kann dahingestellt bleiben. Denn eine solche Aufklärung war nicht erforderlich.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes. Gibt es allerdings mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, besteht mithin eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten, dann muss diesem nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (vgl. BGH-Urteil v. 15.02.2005 - VI ZR 313/03 --Veröffentlichung unter Rz.10).
Die konservative Behandlung hat hier eine solche echte Alternative nicht dargestellt. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, dass bei jüngeren Patienten wie der Klägerin eine konservative Behandlung nicht vorzunehmen ist. Das erscheint plausibel. Denn eine monate- bis jahrelange konservative Behandlung hätte nicht, wie medizinisch erforderlich und von dem Sachverständigen erörtert, die Noxe der Beschwerden beseitigt. Überdies hat ex ante die Gefahr bestanden, dass die vermeintliche Teilruptur sich zu einer vollständigen Ruptur veränderte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin ein seinerzeit sechs Monate altes Kind zu versorgen hatte und deshalb auf die Nutzung des Armes angewiesen gewesen ist.
Der Senat geht deshalb davon aus, dass auch die Aufklärung in dem erforderlichen Umfang erfolgt ist.
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.

210. BGH, Urteil vom 21.01.2014 – VI ZR 78/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Amtshaftungsanspruch gegen einen Arzt; Abgrenzung zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnosefehler bei Schlaganfallpatienten; Haftung für Fehler eines Konsiliararztes

Leitsatz

1. Die ärztliche Heilbehandlung erfolgt regelmäßig nicht in Ausübung eines öffentlichen Amts; eine Amtshaftung kommt in Betracht, wenn der Arzt eine dem Hoheitsträger selbst obliegende Aufgabe erledigt und ihm insoweit ein öffentliches Amt anvertraut ist. Ein Arzt übt nicht deshalb ein öffentliches Amt aus, weil sein Patient im Staatsdienst beschäftigt ist.
2. Erkennt ein Arzt, dass das unklare klinische Beschwerdebild des Patienten umgehend weitere diagnostische Maßnahmen (hier: Hirndiagnostik) erfordert, verschiebt er die wegen unzureichender Ausstattung der Klinik erforderliche Verlegung in ein ausreichend ausgestattetes Krankenhaus aber auf den nächsten Tag, liegt ein Befunderhebungsfehler, nicht aber ein Diagnosefehler vor.
3. Ein Krankenhausträger haftet einem Patienten für Arztfehler eines Konsiliararztes als seines Erfüllungsgehilfen aus Vertrag (§ 278 BGB), wenn der Konsiliararzt hinzugezogen wird, weil es dem Krankenhaus an eigenem fachkundigen ärztlichen Personal mangelt, der Krankenhausträger mit den Leistungen des Konsiliararztes seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Patienten (hier: im Rahmen einer Schlaganfalleinheit) erfüllt und die Honorierung des Konsiliararztes durch den Krankenhausträger erfolgt.

Tenor

Die Revisionen der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 31.01.2013 werden zurückgewiesen.
Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Beklagten als Gesamtschuldner 95 %, weitere 5 % hat die Beklagte zu 1 zu tragen.
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten darum, ob die Beklagte zu 1 als Krankenhausträgerin und der Beklagte zu 2 als in dem Krankenhaus konsiliarisch tätig gewesener Neurologe der Klägerin den Schaden zu ersetzen haben, den sie als Patientin aufgrund einer Behandlung in dem Krankenhaus in der Nacht vom 12. auf den 13.11.2003 erlitten hat.
Die Klägerin war im Jahr 2003 Beamtin auf Probe im Polizeidienst des Landes Schleswig-Holstein. Sie hatte Anspruch auf Beihilfe und unterhielt wegen des davon nicht abgedeckten Risikos eine Krankenversicherung bei einem privaten Versicherer.
Am Abend des 12.11.2003 trat bei der Klägerin eine Thrombose der inneren Hirnvenen auf. Aufgrund der vorliegenden Beschwerden wurde sie von einem Arzt in die Klinik der Beklagten zu 1 eingewiesen. Der dort konsiliarisch tätige Beklagte zu 2 erkannte die Ursache der Beschwerden, nämlich die Thrombose, nicht. Erst am nächsten Tag erfolgte nach Durchführung weiterer Untersuchungen eine Verlegung der

Klägerin in das Universitätsklinikum Lübeck, wo eine Therapie gegen die Hirnvenenthrombose eingeleitet wurde. Die Klägerin ist unstreitig infolge der Hirnvenenthrombose körperlich und aufgrund eines hirnorganischen Psychosyndroms geistig schwerst behindert. Sie wirft den Beklagten vor, dass die Hirnvenenthrombose nicht rechtzeitig erkannt und ihre Einweisung in ein Zentrum für Maximalversorgung nicht rechtzeitig veranlasst worden sei.
Das Landgericht hat der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage durch Teilurteil vom 28.06.2011 teilweise stattgegeben und die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen. Mit Urteil vom 27.10.2011 hat das Landgericht der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage hinsichtlich eines weiteren Betrags stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Rechtsmittel beider Parteien gegen die beiden Urteile unter teilweiser Klageabweisung durch Teil- und Teilgrundurteil der gegen beide Beklagte gerichteten Klage dem Grunde nach und hinsichtlich ausgeurteilter Teilbeträge stattgegeben und die volle Haftung der Beklagten festgestellt. Dagegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen der Beklagten.

Entscheidungsgründe

I.
Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:
Die Berufung der Klägerin habe dem Grunde nach Erfolg. Der Beklagte zu 2 hafte als Gesamtschuldner neben der Beklagten zu 1 für die Gesundheitsbeschädigung der Klägerin. Die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das angefochtene Teilurteil sei zum Grunde der geltend gemachten Ansprüche unbegründet. Zur Höhe der Schadensersatzansprüche der Klägerin seien die Berufungen der Beklagten zu 1 im Wesentlichen unbegründet, jedoch sei der Rechtsstreit insoweit noch nicht vollumfänglich entscheidungsreif.
Der Beklagte zu 2 hafte aus Delikt für die der Klägerin entstandenen Schäden. Ihm sei ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen. Die schwersten Gesundheitsschäden der Klägerin seien dem Unterlassen des Beklagten zu 2 aufgrund der nach der Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler veranlassten Beweislastumkehr zuzurechnen. Den gegenteiligen Darlegungen des Landgerichts im Teilurteil könne nicht gefolgt werden. Zwar sei trotz der im Hause der Beklagten zu 1 technisch nur eingeschränkt möglichen Diagnostik und aufgrund der fachspezifisch eingeschränkten Kenntnisse des Beklagten zu 2, der nur Neurologe und nicht Radiologe oder Neuroradiologe sei, ein Erkennen der vorliegenden Hirnvenenthrombose möglich und geboten gewesen. Weil die Erkenntnismöglichkeiten jedoch nur eingeschränkt gewesen seien und jedenfalls der Verdacht auf eine Hirnvenenthrombose bestanden habe, habe der Beklagte zu 2 nicht die Empfehlung aussprechen dürfen, die Klägerin an Ort und Stelle zu behandeln. Die vom Beklagten zu 2 empfohlene weitere Liquordiagnostik, die toxikologische Untersuchung, das MRT des Neurocraniums und die Wiedervorstellung beim Neurologen hätten für den Beklagten zu 2 erkennbar alle erst am folgenden Tag realisiert werden können; in Anbetracht der von ihm erkannten Sachlage habe er aber sofort eine Überweisung der Klägerin in ein Neurozentrum veranlassen müssen. Insoweit sei dem Beklagten zu 2 kein Diagnosefehler, sondern ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen.
Die Beklagte zu 1 hafte als Krankenhausträger für die der Klägerin entstandenen Schäden aus Vertrag und aus Delikt. Sie sei passivlegitimiert. Sie sei bei der Behandlung der Klägerin nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden. Ob dem Landgericht darin gefolgt werden könne, dass die Klägerin unwidersprochen vorgetragen habe, beihilfeberechtigt und privatversichert zu sein, was darauf schließen lasse, dass sie von der Wahlmöglichkeit des § 112 Abs. 3 LBG Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht und keinen Anspruch auf Heilfürsorge gehabt habe, könne dahinstehen. Jedenfalls seien die vom Bundesgerichtshof zur ärztlichen Behandlung von Zivildienstleistenden entwickelten Grundsätze entsprechend anwendbar. Die Beklagte zu 1 hafte nach § 278 BGB für die Fehler des Beklagten zu 2. Die Beklagte zu 1 habe mit Hinzuziehung eines Konsiliararztes ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin erfüllt. Da sie in der Nacht nicht in der Lage gewesen sei, ein CT fachkundig zu befunden, habe sie eine vertragliche Regelung mit externen Ärzten getroffen, die zur Befundung hinzugezogen worden seien. Konsiliarärzte seien Erfüllungsgehilfen, auch wenn bei Privatpatienten mit dem Konsiliararzt gegebenenfalls ein Arztzusatzvertrag geschlossen werde.
Die Beklagte zu 1 hafte ferner aufgrund eigenen Organisationsverschuldens. Den Träger des Krankenhauses treffe eine primäre Organisationspflicht dahingehend, eine an den Aufgaben orientierte, zweckmäßige Organisation der Klinik zu schaffen. Zu den Organisationspflichten gehöre die personelle Ausstattung, die die Aufgabenerfüllung gewährleiste. Richte ein Krankenhausträger - wie hier - eine Schlaganfalleinheit ein, müsse sie technisch und auch personell so ausgestattet sein, dass Patienten, bei denen ein Schlaganfall vorliegen könne, rechtzeitig medizinisch richtig versorgt werden könnten. Dies sei hier nicht dadurch gewährleistet gewesen, dass die Beklagte zu 1 mit dem Beklagten zu 2 einen Neurologen als Konsiliararzt vertraglich verpflichtet habe, der zur Befundung von CT-Aufnahmen nicht die erforderliche Fachkunde besessen habe.
Für Fehler ihrer eigenen angestellten Ärzte hafte die Beklagte zu 1 nicht. Diese Ärzte hätten sich auf die Empfehlungen des Beklagten zu 2 verlassen dürfen.
II.
Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Zur Revision des Beklagten zu 2
Ohne Rechtsfehler bejaht das Berufungsgericht die Haftung des Beklagten zu 2.
a) Die Auffassung der Revision, die Haftung des Beklagten zu 2 scheitere am Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit Art. 34 Satz 1 GG, ist verfehlt.
Die Klägerin hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als Beamtin auf Probe im Polizeidienst Anspruch auf Beihilfe des Dienstherrn und hatte sich hinsichtlich der dadurch nicht abgedeckten Kosten privat zusatzversichert. Bei dieser Sachlage wurde sie wegen ihrer Beschwerden in die Klinik der Beklagten zu 1 eingeliefert und dort von dem Oberarzt Dr. S. als Notarzt in die Stroke Unit der Klinik eingewiesen, wo sie unter Mitwirkung des Beklagten zu 2 behandelt wurde. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass unter diesen Umständen bereits im Ansatz nicht zu erkennen ist, wieso Dr. S. oder der Beklagte zu 2 die Behandlung der Klägerin in Ausübung eines öffentlichen Amts übernommen und durchgeführt haben sollen. Ein Arzt übt nicht deshalb ein öffentliches Amt aus, weil sein Patient im Staatsdienst beschäftigt ist. Die ärztliche Heilbehandlung erfolgt im Übrigen regelmäßig nicht in Ausübung eines öffentlichen Amts; eine Amtshaftung kommt in Betracht, wenn der Arzt eine dem Hoheitsträger selbst obliegende Aufgabe erledigt und ihm insoweit ein öffentliches Amt anvertraut ist (vgl. Senatsurteile vom 9.12.2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 14 - Heilbehandlungsarzt der Berufsgenossenschaften; vom 26.10.2010 - VI ZR 307/09, BGHZ 187, 194 Rn. 17 - Zivildienstleistender; BGH, Urteil vom 9.12.1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270 - Durchgangsarzt; Wenzel/Mennemeyer/Hugemann, Der Arzthaftungsprozess, Kap. 2 Rn. 396). Dass die angestellten Ärzte der Beklagten zu 1 und der Beklagte zu 2 seinerzeit als Truppenarzt, als Amtsarzt, im Dienst einer Krankenversicherung, als Durchgangsarzt oder als Notarzt eines öffentlich-rechtlich organisierten Rettungsdienstes (zu diesen Ausnahmen vgl. Wenzel/Mennemeyer/Hugemann, aaO, Rn. 396 ff., 404 mwN) gehandelt hätten, ist weder festgestellt noch ersichtlich. Ob die Klägerin aufgrund der Vorschriften des Landes Schleswig-Holstein grundsätzlich verpflichtet war, den polizeiärztlichen Dienst in Anspruch zu nehmen, ist unerheblich. Im Übrigen trägt die Revision selbst vor, dass die hier notwendige Notfallbehandlung einen Ausnahmefall darstellt und dass in solchen Fällen der polizeiärztliche Dienst lediglich unverzüglich zu benachrichtigen ist, damit er so bald wie möglich die Behandlung übernimmt. Daraus kann offensichtlich nicht hergeleitet werden, dass die im Notfall von Privatärzten bzw. -kliniken übernommene ärztliche Versorgung in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgt.
b) Ohne Rechtsfehler bejaht das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten zu 2 nach den Grundsätzen, die der erkennende Senat für den Fall eines Befunderhebungsfehlers aufgestellt hat.
aa) Das Berufungsgericht entnimmt den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen, der auch von dem Privatsachverständigen des Beklagten zu 2, Dr. H., befragt wurde, dass der Beklagte zu 2 die Notwendigkeit weiterer Befunderhebung erkannt hatte und dass er im Hinblick auf die unzureichenden Möglichkeiten in der Klinik der Beklagten zu 1 und auf den Zustand der Klägerin eine umgehende Verlegung in eine ausreichend ausgestattete Klinik hätte veranlassen müssen. Es entnimmt ferner den Ausführungen des Beklagten zu 2 bei seiner Anhörung, die Verlegung der Klägerin in eine Neuroklinik am Aufnahmetag sei nicht einmal diskutiert und es sei nicht explizit darüber gesprochen worden, dass bei einer Verlaufsverschlechterung eine Verlegung der Patientin zu prüfen sei. Der Beklagte zu 2 sei vielmehr davon ausgegangen, dass auf einer Intensivstation eine intensive Verlaufsbeobachtung stattfinde und angemessen darauf reagiert werde. Nach den Aussagen der vernommenen Zeugen ist das Berufungsgericht davon überzeugt, dass der Beklagte zu 2 trotz der ihm erkennbaren Notwendigkeit einer sofortigen weiteren Hirndiagnostik nicht nur keine Verlegung veranlasst, sondern auch keine Empfehlungen an die anderen Ärzte für eine spezifische Überwachung der Klägerin gegeben hat.
Bei dieser Sachlage macht die Revision ohne Erfolg geltend, der Sachverständige habe eine Überwachung als Alternative für eine sofortige Verlegung für ausreichend gehalten. Dies lässt sich, worauf die Revisionserwiderung hinweist, den Ausführungen des Sachverständigen schwerlich entnehmen und wird auch von der Revision der Beklagten zu 1 so nicht gesehen. Jedenfalls entspricht aber das Verständnis, das das Berufungsgericht den Ausführungen des Sachverständigen beimisst, einer möglichen tatrichterlichen Bewertung des Beweisergebnisses, die keinen Rechtsfehler erkennen lässt.
bb) Damit liegt entgegen der Auffassung der Revision kein Diagnosefehler, sondern ein Befunderhebungsfehler vor. Nach den Ausführungen des Sachverständigen machten der erkennbare CT-Befund, die Liquoruntersuchung, die ein entzündliches Geschehen ausschloss, und das unklare klinische Beschwerdebild (Babinski-Zeichen rechts, was auf eine Betroffenheit der linken Hirnhälfte hinwies, und eine minimale Facialisschwäche rechts) eine sofortige weitere Hirndiagnostik zwingend erforderlich. Da diese nicht in der Klinik der Beklagten zu 1 vorgenommen werden konnte, hatte eine Verlegung der Klägerin in ein Neurozentrum zu erfolgen, was der Beklagte zu 2 als Konsiliararzt anzuordnen oder jedenfalls den Ärzten der Beklagten zu 1 zu empfehlen hatte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte zu 2 die dringende Notwendigkeit weiterer diagnostischer Maßnahmen erkannt, gleichwohl aber nicht für eine umgehende Verlegung der Klägerin gesorgt.
cc) Die Revision zieht letztlich nicht ernsthaft in Zweifel, dass das Berufungsgericht eine Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten zu 2 im Fall des anzunehmenden Befunderhebungsfehlers mit Recht bejaht

hat. Dies gilt auch, sofern nicht bereits das Unterlassen der Verlegung als solches als grober Fehler anzusehen sein sollte. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats erfolgt bei der Unterlassung der gebotenen Befunderhebung eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität, wenn bereits die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt. Zudem kann aber 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 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde. Es ist nicht erforderlich, dass der grobe Behandlungsfehler die einzige Ursache für den Schaden ist. Es genügt, dass er generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; wahrscheinlich braucht der Eintritt eines solchen Erfolgs nicht zu sein. Eine Umkehr der Beweislast ist nur ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. Senatsurteile vom 27.04.2004 - VI ZR 34/03, BGHZ 159, 48, 56 f.; vom 7.06.2011 - VI ZR 87/10, VersR 2011, 1148 Rn. 7; vom 13.09.2011 - VI ZR 144/10, VersR 2011, 1400 Rn. 8; vom 2.07.2013 - VI ZR 554/12, VersR 2013, 1174 Rn. 11). Die zweitgenannte Fallgestaltung liegt hier zweifellos vor.

dd) Die Zulassungsfrage des Berufungsgerichts ist damit hinsichtlich des Beklagten zu 2 fallbezogen beantwortet. Dass dieser unabhängig davon, wie seine "Konsiliartätigkeit" rechtlich einzuordnen ist, für sein fehlerhaftes ärztliches Handeln selbst aus Delikt haftet, kann nicht zweifelhaft sein (vgl. etwa OLG Jena, VersR 2008, 401, 403; OLG Köln, NJW-RR 2003, 1031; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., Rn. B 124; Wenzel/Henning, aaO, Kap. 2 Rn. 58).

2. Zur Revision der Beklagten zu 1

Ohne Rechtsfehler bejaht das Berufungsgericht auch die Haftung der Beklagten zu 1.

a) Auch die Revision der Beklagten zu 1 macht geltend, die Behandlung der Klägerin sei in Ausübung eines öffentlichen Amts erfolgt. Dies ist aus den vorstehend genannten Gründen unrichtig (oben 1 a).

b) Der Auffassung der Revision, das Berufungsgericht habe den Fehler des Beklagten zu 2 zu Unrecht der Beklagten zu 1 zugerechnet, die Vorschrift des § 278 BGB finde im Verhältnis der Beklagten zu 1 zu dem konsiliarisch zugezogenen Beklagten zu 2 keine Anwendung, ist nicht zu folgen.

Der Begriff des Konsiliararztes ist legal nicht definiert (vgl. Wenzel/Hennings, aaO, Rn. 57; Wenzel/Flachsbarth, aaO, Rn. 587 ff.). Je nach Aufgaben- und Vertragsgestaltung ist der Konsiliararzt nach der bisherigen Rechtsprechung häufig nicht als Erfüllungsgehilfe des auftraggebenden Arztes bzw. der auftraggebenden Klinik anzusehen. Dies gilt insbesondere, wenn zwischen dem Konsiliararzt und dem Patienten eine (weitere) vertragliche Beziehung zustande kommt, so dass die Faustregel anzuwenden ist, dass haftet, wer liquidiert (vgl. Geiß/Greiner, aaO, B 121 ff. mwN). Eine Fallgestaltung, bei der dieser Grundsatz anzuwenden ist, liegt hier nicht vor. Dass die Beklagte zu 1 bei der Beauftragung des Beklagten zu 2 davon ausgegangen wäre, zwischen diesem und den Patienten, zu deren Behandlung er zugezogen wurde, komme ein selbstständiges Vertragsverhältnis zustande, ist weder festgestellt noch ersichtlich. Das Berufungsgericht stellt fest, dass der Beklagte zu 2 gegenüber der Klägerin nicht gesondert abgerechnet hat.

Entscheidend sind letztlich folgende Feststellungen des Berufungsgerichts: Die Beklagte zu 1 erfüllte mit Hinzuziehung eines Konsiliararztes ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin. Weil die Beklagte zu 1 in der Nacht nicht in der Lage war, ein CT fachkundig von angestellten Ärzten befunden zu lassen, hatte sie eine vertragliche Regelung mit externen Ärzten getroffen, die zur Befundung hinzugezogen wurden. Der Beklagte zu 2 wurde daher im Rahmen der Erfüllung einer Verbindlichkeit der Beklagten zu 1 tätig, die eingelieferte Klägerin fachkundig ärztlich zu versorgen. Dies oblag primär der Beklagten zu 1, weil sie mit Einrichtung einer Schlaganfalleinheit die Voraussetzungen dafür geschaffen hatte, dass spezifisch gefährdete Patienten bei ihr eingeliefert wurden. Da sie die fachkundige ärztliche Versorgung von Schlaganfallpatienten nicht allein mit eigenen angestellten Ärzten vollziehen konnte, musste sie sich externer Ärzte bedienen, hier des Beklagten zu 2, der mithin nicht im Rahmen einer eigenen Leistungspflicht der Klägerin gegenüber tätig wurde.

Aufgrund dieser Feststellungen ist davon auszugehen, dass der Beklagte zu 2 für ein umfassend zuständiges - bzw. sich als solches nach außen darstellendes - Krankenhaus tätig und von diesem auch honoriert wurde. Jedenfalls in einem solchen Fall muss sich der Krankenhausträger einen Fehler des zugezogenen Konsiliararztes nach § 278 BGB zurechnen lassen (vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., Rn. 397; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 18; Geiß/Greiner, aaO, Rn. B 122; Wenzel/Köllner, aaO, Kap. 2 Rn. 1063).

c) Da die Beklagte zu 1 danach aufgrund ihrer vertraglichen Beziehung zu der Klägerin für den Fehler des Beklagten zu 2 gemäß § 278 BGB einzustehen hat, kommt es nicht darauf an, ob den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Haftung der Beklagten zu 1 wegen eines Organisationsmangels zu folgen ist. Dazu sei allerdings bemerkt, dass die Annahme eines Organisationsmangels naheliegt, wenn ein Krankenhausträger eine Schlaganfalleinheit einrichtet, diese aber technisch und personell unzulänglich ausstattet, so dass die dort eingelieferten Patienten nicht rechtzeitig richtig versorgt werden können. Der Annahme des

Berufungsgerichts, ein solcher Organisationsmangel liege vor, wenn die radiologischen Aufgaben nicht einem Radiologen, sondern einem Neurologen zugewiesen werden, der zur Befundung von CT-Aufnahmen nicht die erforderliche Fachkunde besitzt, vermag die Revision nichts Überzeugendes entgegenzuhalten.
d) Auf die Ausführungen des Berufungsurteils dazu, dass die Beklagte zu 1 nicht für Fehler ihrer eigenen angestellten Ärzte hafte, kommt es für die Entscheidung nicht an.