
Datum: 27.04.2016
Gericht: Landgericht Detmold
Spruchkörper: Zivilkammer II
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 O 47/14
ECLI: ECLI:DE:LGDT:2016:0427.12O47.14.00

Schlagworte: Aufklärungspflicht des Arztes
Normen: BGB §§ 280, 253, 630 b

Tenor:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 15.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.05.2014 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagten zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

-
- Die Klägerin verlangt Schmerzensgeld aufgrund einer bei den Beklagten durchgeführten Augenoperation. 1
- Aufgrund einer frühkindlichen perforierenden Verletzung des rechten Auges mit einer Schere im Alter von 7 Jahren bestand bei der Klägerin eine Beeinträchtigung des rechten Auges. Es bestand eine Weitsichtigkeit von 12 Dioptrin sowie eine störende Hornhaut-Narbe von Pupillenmitte bis zur halben Iris rechts verlaufend. Im Jahr 1960 fand ein Revisionseingriff zur Normalisierung der Pupille statt. 2
- Im Jahr 2006 las die Klägerin über eine neue Augenlasertechnik und begab sich daraufhin in die Praxis der Beklagten, um sich hinsichtlich einer operativen Korrektur der Fehlstellung der Regenbogenhaut und des Ausgleichs der Linsenlosigkeit beraten zu lassen. In der Folgezeit entschloss sie sich zu einer operativen Behandlung. 3

Am 17.05.2006 fand eine Operation unter stationären Bedingungen statt. Vordere Verwachsungen zwischen Iris und Hornhaut wurden gelöst, Vorderkammerverwachsungen frei präpariert und mit Healon aufgefüllt, eine Pupillendurchtrennung wurde temporal und oben durchgeführt und eine Kunstlinse implantiert.

Am 06.06.2006 fand eine weitere Operation durch die Beklagten statt, bei der die Linse durch eine irisfixierte Hinterkammerlinse invers ersetzt wurde. Das Hornhautimplantat heilte gut an, es kam jedoch im Weiteren zu einer Erhöhung des Augeninnendrucks. In der Folgezeit kam es zu einem Visusabfall rechts auf 0,1. 5

Am 08.05.2007 entschloss sich die Klägerin zu einer Hornhauttransplantation am rechten Auge. Diese wurde durch die Beklagten am 19.09.2007 unter stationären Bedingungen durchgeführt. Die Entlassung der Klägerin erfolgte am 26.09.2007. In der Zeit zwischen dem 27.09.2007 und dem 11.04.2008 kam es zu 13 weiteren Konsultationen bei den Beklagten im Rahmen der Nachsorge. Die letzte Vorstellung am 11.04.2008 bei den Beklagten ergab einen Visus rechts von 0,1. 6

Die Klägerin behauptet, sie habe sich durch den Eingriff durch die Beklagten eine Verbesserung der Sehkraft auf dem rechten Auge erhofft. Vor dem Eingriff habe sie auf dem rechten Auge verschwommen noch alles sehen können, lediglich Farben habe sie nicht gut wahrnehmen können. Vor der Operation sei sie von dem Beklagten Dr. H darüber aufgeklärt worden, dass bei ihr lediglich eine Operation in Betracht komme. Er habe ihr auch eine Verbesserung der Sehkraft als möglich dargestellt. Von der Möglichkeit einer Verschlechterung habe er hingegen nichts gesagt. Wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass die Erfolgsaussichten hinsichtlich einer Visusverbesserung bei dieser Operation wenig erfolgversprechend seien und dass auch eine wesentliche Verschlechterung der Situation vorkommen könne, hätte sie sich nicht zur Durchführung der Operation entschlossen. Es hätte zudem auch eine Behandlungsalternative gegeben, nämlich die Implantation einer Speziallinse, evtl. hätte man sich auch nur auf einen Linsenersatz konzentrieren können. Darüber sei sie durch die Beklagten nicht aufgeklärt worden. Sie sei nach der letzten Nachsorge bei den Beklagten in der Universitätsklinik in Düsseldorf weiterbehandelt worden. Im August 2010 habe dort die letzte Untersuchung stattgefunden. Das rechte Auge sei nunmehr vollständig erblindet. Aufgrund des nunmehr vorliegenden Dauerschadens sowie der aufgrund des ersten Eingriffs erforderlichen Folgebehandlungen ist die Klägerin der Ansicht, dass ein Schmerzensgeldbetrag in Höhe von mindestens 15.000,00 € angemessen sei. 7

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 8

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, mindestens 15.000,00 €, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.05.2014 zu zahlen. 9

Die Beklagten beantragen, 10

die Klage abzuweisen. 11

Sie behauptet, der vor der Operation bei der Klägerin vorhandene Restvisus von 0,2 auf dem rechten Auge sei nicht nutzbar gewesen, da der große Brechkraftunterschied zwischen dem rechten und dem linken Auge nicht durch eine Brille korrigierbar gewesen sei. Die Klägerin habe sich am 13.02.2006 erstmals in der Praxis der Beklagten vorgestellt. Die behandelnde Ärztin, Dr. M, habe eine Pupillenrekonstruktion mit Synechiolyse, pars planer Vitrektomie und 12

sekundärer Intraokularlinsen-Implantation vorgeschlagen. Frau Dr. M habe den Eingriff, seine Erfolgsaussichten und Risiken, insbesondere Infektions- und Blutungsrisiken, mit ihren Folgen bis zur Erblindung erläutert. Auch sei der Operateur, Dr. H, hinzugezogen worden, der die Klägerin nochmals ausführlich über die Risiken und Erfolgsaussichten des Eingriffs aufgeklärt habe. Der Klägerin sei deutlich gemacht worden, dass sich die Sehfähigkeit des rechten Auges nicht verbessern werde. Die OP habe mit dem Ziel erfolgen sollen, die 20 % Sehkraft, die auf dem rechten Auge noch vorhanden gewesen seien, im Alltag nutzbar zu machen. Die Rekonstruktion der Pupille habe eine kosmetische Verbesserung bringen sollen. Da der Nutzen des Eingriffs begrenzt gewesen sei, habe der Beklagte Dr. H der Klägerin vorgeschlagen, sich genau zu überlegen, ob sie die Operation wünsche. Dabei habe er nochmal auf die Risiken der Operation und das Risiko einer durch den Eingriff verursachten Verschlechterung der Situation hingewiesen. Am 20.04.2006 habe sich die Klägerin nach zweimonatiger Bedenkzeit erneut in der Praxis der Beklagten zur Durchführung der notwendigen Voruntersuchungen vorgestellt. Das offizielle präoperative Aufklärungsgespräch sei durch Frau Dr. M erfolgt. Frau Dr. M sei dabei die Aufklärungsbögen zur Katarakt-Operation (Bl. 79 ff. d.A.) sowie zur Operation bei Glaskörperveränderungen (Vitrektomie, Bl. 82 ff. d.A.) im Einzelnen mit der Klägerin durchgegangen und habe die dort aufgeführten Risiken mündlich besprochen. Sie sei dabei unter Hinweis auf die eingeschränkte Indikation des Eingriffs besonders deutlich auf das mit dem Eingriff verbundene Risiko der Verschlechterung der Gesamtsituation bis hin zur Erblindung eingegangen. Die Aufklärungsbögen seien der Klägerin ausgehändigt worden, mit der Bitte, diese sich zuhause noch einmal in Ruhe durchzulesen. Am 24.04.2006 habe die Klägerin nach Bedenkzeit die beiden Bögen unterzeichnet. Der Eingriff am 17.05.2006 sei komplikationsfrei verlaufen. Am 27.02.2007 sei nach Behandlung einer Hornhautendothel-Dekompensation mit Augensalbe und Augentropfen ein zufriedenstellendes Sehvermögen auf dem rechten Auge von 20 % erreicht worden. Ein aufklärungsbedürftiges Risiko habe sich bei der Klägerin in der Folgezeit nicht verwirklicht. Es sei völlig unklar, was zu der von der Klägerin vorgetragenen Erblindung des rechten Auges geführt habe. Möglich sei eine nicht adäquate Therapie der Druckentgleisung durch den Nachbehandler. Eine Aufklärung über eine etwaige Behandlungsalternative sei nicht erforderlich gewesen, da es in der konkreten Situation der Klägerin eine Behandlungsalternative nicht gegeben habe. Die Beklagten sind ferner der Ansicht, ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000,00 € sei unangemessen hoch. Da das rechte Auge vor der Operation ebenfalls nicht nutzbar gewesen sei, sei eine mögliche Erblindung des rechten Auges im Vergleich zu dem Zustand vor der OP keine so gravierende Folge, dass sie ein solches Schmerzensgeld rechtfertigen würde.

Das Gericht hat die Klägerin sowie die Beklagten Dr. M und Dr. H gemäß § 141 ZPO persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses dieser Parteianhörung wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2014 (Bl. 141 ff. d.A.) verwiesen. 13

Das Gericht hat weiter Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei über die Erfolgsaussichten und Risiken des Eingriffs ausführlich aufgeklärt worden durch Vernehmung der Zeugin L2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 04.02.2015 (Bl. 179 ff. d.A.) verwiesen. 14

Das Gericht hat weiter Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 18.02.2015 (Bl. 186 f d.A.) in Verbindung mit Beschluss vom 30.04.2015 (Bl. 204 d.A.). Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. D vom 10.11.2015 (Bl. 206 ff. d.A.) sowie auf die Erläuterungen des Sachverständigen Dr. D im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.04.2016 (Bl. 233 ff. d.A.) Bezug genommen. 15

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

17

Die Klage ist begründet. Der Klägerin steht ein Anspruch gegen die Beklagten auf Schmerzensgeld gemäß §§ 280, 253 BGB i.V.m. dem Behandlungsvertrag zwischen den Parteien zu. Da die Beklagten in einer Gemeinschaftspraxis organisiert sind, ist der Behandlungsvertrag mit allen Beklagten zustande gekommen.

18

Nach dem Ergebnis der Parteianhörungen und der Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Beklagten die Klägerin hinreichend über die Risiken des geplanten Eingriffs aufgeklärt haben.

19

Der ärztliche operative Eingriff ist tatbestandlich eine Körperverletzung; er wird allerdings regelmäßig durch Einwilligung des Patienten gerechtfertigt sein. Die Einwilligung rechtfertigt den körperlichen Eingriff aber nur dann, wenn sie wirksam erteilt worden ist. Wirksam ist die Einwilligung nur dann erteilt, wenn sie von der Einsicht des Patienten in das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffes in seinen groben Zügen getragen ist. Nur eine sachgerechte Aufklärung kann dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, seinem Recht, sich für oder gegen den empfohlenen ärztlichen Eingriff zu entscheiden, Leben und Inhalt verleihen (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 1048). Demnach ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten über sämtliche für eine an diesen Maßstäben zu messende Einwilligung wesentliche Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang und Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie (vgl. nunmehr § 630b BGB).

20

Im vorliegenden Fall ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass es sich bei der durch die Beklagten durchgeführten Behandlung unstreitig nicht um einen vordringlich gebotenen Eingriff handelt. Der Eingriff war vielmehr medizinisch nicht zwingend indiziert. Insoweit besteht eine besonders umfassende Aufklärungspflicht hinsichtlich der Risiken eines solchen Eingriffs, der lediglich der Verbesserung eines bestehenden Zustandes dient, aber auch gegenteilige Folgen haben kann (Vgl. Palandt-Weidenkaff, 75. Aufl. 2016, § 630e Rz. 5 m.w.N.).

21

Gemessen an diesen Grundsätzen lässt sich nicht zur Überzeugung des Gerichts feststellen, dass die Beklagten die Klägerin hinreichend über die Risiken des Eingriffes aufgeklärt haben. Insoweit hat der Sachverständige Dr. D in seinem nachvollziehbaren, in sich schlüssigen und überzeugenden Gutachten vom 10.11.2015 sowie in der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.04.2016 aus medizinisch-gutachterlicher Sicht nachvollziehbar dargelegt, dass sich aus den Befunden zur Sehkraft der Klägerin ergibt, dass bei ihr im Jahr 2009 noch eine Sehkraft von 5 % auf dem rechten Auge vorhanden war. Dies ist praktisch als Erblindung des Auges zu bezeichnen. Zu dieser Folge hat nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. D im vorliegenden Fall insbesondere der nach der Operation aufgetretene erhöhte Augeninnendruck geführt. Dadurch ist es zu einer Trübung der Hornhaut gekommen. Der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass es sich dabei um eine durchaus häufige Komplikation bei einem Eingriff wie dem vorliegenden handelt, so dass auf dieses durchaus häufige Komplikationsrisiko im Rahmen eines Aufklärungsgespräches aus sachverständiger Sicht hingewiesen werden muss.

22

23

Sowohl in dem Aufklärungsbogen zur Operation des grauen Stars (Katarakt-Operation) sowie in dem Aufklärungsbogen zu Operationen bei Glaskörperveränderungen (Vitrektomie) ist unter der Überschrift „Ist mit Komplikationen zu rechnen?“ die Möglichkeit einer Steigerung des Augeninnendruckes beschrieben. Diese Aufklärungsbögen hat die Klägerin am 24.04.2006 unterzeichnet. Dies hat sie selber in ihrer persönlichen Anhörung im Termin vom 01.10.2014 bestätigt (Bl. 141, 142 d.A.). Sie hat auch bestätigt, dass sie sich diese Informationsbögen angeschaut habe. Insoweit reicht allerdings die Unterzeichnung der Aufklärungsbögen allein nicht aus, um feststellen zu können, dass der Arzt den Patienten ausreichend unterrichtet hat. Im Vordergrund steht das Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient (vgl. jetzt § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der schriftlichen Einwilligungserklärung kommt allenfalls eine Indizwirkung für das mündlichen Aufklärungsgespräch und dessen Inhalt zu. Insoweit hat auch der Sachverständige Dr. D im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.04.2016 ausdrücklich erklärt, dass bei einem derart vorgeschädigten Auge, wie es bei der Klägerin vorlag, die Erhöhung des Augeninnendrucks eine häufig vorkommende Komplikation darstellt. Gerade auf dieses häufig vorkommende Komplikationsrisiko hätte im Rahmen des Aufklärungsgesprächs ausdrücklich hingewiesen werden müssen.

Das dies durch die Beklagten so geschehen ist, vermag die Kammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit Sicherheit festzustellen. 24

Die Zeugin L2 hat glaubhaft bekundet, dass sie eine konkrete Erinnerung an die Klägerin und an deren Operation nicht mehr habe. Die Zeugin L2 konnte daher lediglich Auskunft darüber geben, wie Aufklärungsgespräche bei der Beklagten grundsätzlich ablaufen. Insoweit hat die Zeugin L2 glaubhaft bekundet, dass sowohl der Beklagte Dr. H, als auch die Beklagte Dr. M grundsätzlich sehr detaillierte Aufklärungsgespräche führen. Beide stellten gegenüber dem Patienten Operationsmethode und den Hergang der Operation ausführlich dar. Ein Aufklärungsgespräch dauere in der Regel zwischen 10 und 20 Minuten. Die Zeugin L2 hat ebenfalls glaubhaft bekundet, dass auch immer über Risiken gesprochen werde. Auch werde darauf hingewiesen, dass die Komplikationsrate bei einem gesunden Auge geringer sei, als dann, wenn das Auge eine Vorschädigung aufweise. Nach der Aussage der Zeugin L2, die für das Gericht durchgehend glaubhaft ist, geht das Gericht davon aus, dass die Beklagten die Patienten grundsätzlich hinreichend über Umfang, Erfolgsaussichten und Risiken von Eingriffen aufklären. Da die Zeugin jedoch eine konkrete Erinnerung an mit der Klägerin geführte Aufklärungsgespräche im Jahr 2006 verständlicherweise nicht mehr hat, vermag das Gericht nicht festzustellen, dass auch die Klägerin hinreichend über das bei ihr aufgrund der Vorschädigung des rechten Auges naheliegende Risiko einer Erhöhung des Augeninnendrucks hinreichend aufgeklärt worden ist. Allein der Umstand, dass die Zeugin L2 erklärt hat, dass die Beklagten grundsätzlich darauf hinweisen, dass die Komplikationsrate bei einem gesunden Auge geringer ist, als bei einem Auge, das schon eine Vorschädigung hat, reicht nach Auffassung der Kammer nicht aus, um jenseits aller vernünftiger Zweifel festzustellen, dass die Beklagten auch in dem konkreten Fall der Klägerin, bei der aufgrund des erheblich vorgeschädigten rechten Auges ein erhöhtes Komplikationsrisiko bestand, hinreichend darüber aufgeklärt haben. 25

Eine weitere Vernehmung der von der Beklagten benannten Zeugin C2, ehemals Ernst, war aus Sicht der Kammer nicht veranlasst. Die Zeugin C2 hat im Schreiben vom 12.01.2015 (Bl. 168 d.A.) mitgeteilt, dass sie sich nach dem langen Zeitraum nicht mehr an das konkrete Aufklärungsgespräch erinnern könne. Dies ist nach Auffassung der Kammer auch nachvollziehbar. Im Hinblick darauf hat die Beklagtenvertreterin im Termin vom 04.04.2016 erklärt, dass auch sie davon ausgehe, dass die Zeugin lediglich den üblichen Ablauf der 26

Aufklärungsgespräche bekunden könne, nicht aber den Ablauf des konkreten Gespräches (Bl. 233 d.A.). Aufgrund der glaubhaften Aussage der Zeugin L2 steht der grundsätzliche Ablauf der Aufklärungsgespräche in der Praxis der Beklagten jedoch zur Überzeugung des Gerichts - wie oben dargelegt - bereits fest.

Nach alledem ist daher davon auszugehen, dass den Beklagten ein Aufklärungsfehler zur Last zu legen ist. 27

Von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin ist nicht auszugehen. Die Beklagten haben auch nicht hinreichend dargelegt, dass die Klägerin bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die konkrete Behandlung eingewilligt hätte. 28

Die Rechtsfolge der Pflichtverletzung der Beklagten im Hinblick auf die erforderliche Aufklärung ist, dass die Einwilligung der Klägerin in den operativen Eingriff unwirksam ist. Dies führt dazu, dass die medizinische Maßnahme einen Behandlungsfehler darstellt (vgl. Palandt-Weidenkaff, 73. Aufl., § 630e BGB, Rz. 13). Für diesen haftet der Arzt dann, wenn dadurch ein Gesundheitsschaden der Klägerin verursacht worden ist. 29

Insoweit hat der Sachverständige Dr. D in seinem Gutachten vom 10.11.2015 sowie in seinen mündlichen Erläuterungen im Termin zur mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, in sich schlüssig und überzeugend dargelegt, dass die Operationen und die Nachbehandlung durch die Beklagten nach den Regeln der ärztlichen Heilkunst erfolgt sind. Der Sachverständige hat jedoch weiter nachvollziehbar ausgeführt, dass die Erhöhung des Augeninnendruckes hier wohl auf die konkrete Operation zurückzuführen ist. Zwar bestand nach den sachverständigen Feststellungen bei der Klägerin durch die erlittene Verletzung des rechten Auges im Kindesalter auch unabhängig von einem operativen Eingriff jederzeit die Möglichkeit einer Erhöhung des Augeninnendruckes. Es sind jedoch aus den ausgewerteten Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die jetzige Situation auch ohne die Operation eingetreten wäre. Dies ist für die Kammer auch insoweit nachvollziehbar, da die Klägerin trotz der Verletzung des rechten Auges bis zur Operation nicht an einem sogenannten Sekundärglaukom litt. Vielmehr ist es erst in zeitlichem Zusammenhang mit der von den Beklagten durchgeführten Operation es zu einer erheblichen Steigerung des Augeninnendruckes gekommen ist. Damit steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass das Sekundärglaukom auf den – lege artis durchgeführten - operativen Eingriff durch die Beklagten zurückzuführen ist. 30

Der Sachverständige hat darüber hinaus nachvollziehbar dargelegt, dass aufgrund der ausgewerteten Befunde durch das Sekundärglaukom eine Erblindung des rechten Auges der Klägerin vorliegt. Damit ist der jetzt eingetretene dauerhafte vollständige Sehkraftverlust des rechten Auges ebenfalls als Folge der operativen Behandlung der Klägerin durch die Beklagten zu werten. 31

Nach alledem steht der Klägerin gegen die Beklagten für die aufgrund des durchgeführten Eingriffs ein Schmerzensgeldanspruch für die erlittenen Gesundheitsschäden zu. 32

Hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgeldanspruches ist zu berücksichtigen, dass der Schmerzensgeldanspruch einer doppelten Funktion dient. Der Verletzte soll einerseits ein Ausgleich für die erlittenen Schmerzen und Leiden erhalten, das Schmerzensgeld soll sie in die Lage versetzen, sich Erleichterungen und Annehmlichkeiten zu verschaffen, die die erlittenen Beeinträchtigungen jedenfalls teilweise ausgleichen. Darüber hinaus soll der Verletzte Genugtuung für das erfahren, was ihm widerfahren ist. 33

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles hält die Kammer insoweit einen Schmerzensgeldbetrag in Höhe von 15.000,- € für angemessen. Dabei hat die Kammer berücksichtigt, dass die Klägerin sich den Strapazen und Risiken der Operation ausgesetzt hat und in der Folgezeit weitere operative Eingriffe sowie weitere Behandlungen durch die Beklagte und Nachbehandler erforderlich wurden. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin als Dauerschaden eine weitere Verschlechterung der Sehkraft auf dem rechten Auge davongetragen hat. Nach alledem erscheint - auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in ähnlich gelagerten Fällen - ein Schmerzensgeldbetrag in Höhe von 15.000,00 € angemessen, aber auch ausreichend, um der Billigkeits- und Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes gerecht zu werden.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verzuges gemäß §§ 286, 291 BGB. 35

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. 36

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 ZPO. 37