

---

**Datum:** 05.12.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 U 110/05  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2005:1205.3U110.05.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 1 O 310/03

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20.04.2005 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass der Rechtsstreit hinsichtlich der Klage in der Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

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**

I.

1

2

3

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Die am 04.01.1941 geborene Beklagte litt an erheblichem Übergewicht (BMI 46). Sie entschloß sich zu einer Reduzierung der Magenkapazität durch laparoskopische Implantation eines einstellbaren Magenbandes nach dem "Lap-Band-System". Der Eingriff wurde am 22.01.2003 in der Q-Klinik in N von dem Zeugen Dr. N, dem Chefarzt der Chirurgie, vorgenommen. Die notwendigerweise (vor dem Anlegen des Magenbandes) durch die Speiseröhre in den Magen einzuführende Kalibrierungssonde legte der behandelnde Anästhesist, der Kläger.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
| In der Nachuntersuchung vom 23.01.2003 wurde eine Leckage festgestellt und die Beklagte erneut operiert. Es fand sich in einer erbsengroßen Tasche der Speiseröhre eine sehr kleine Perforation, die mit Fibrinkleber verklebt wurde. Die Beklagte wurde bis zum 27.01.2003 auf der Intensivstation behandelt, zeitweise schwebte sie in Lebensgefahr.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 4  |
| Der Kläger hat erstinstanzlich von der Beklagten die Bezahlung seiner anästhesiologischen und intensivmedizinischen Leistungen verlangt. Die Beklagte hat im Wege der Widerklage die Zahlung von Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für alle weiteren materiellen Schäden wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung im Rahmen der Operation vom 22.01.2003 gefordert.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 5  |
| Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens nebst Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. W die Beklagte antragsgemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 6  |
| Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 7  |
| Am 04.07.2005 – nach Einlegen der Berufung – hat die Beklagte die titulierte Honorarforderung einschließlich Zinsen vorbehaltlos gezahlt. Der Kläger hat daraufhin die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 8  |
| Mit der Berufung macht die Beklagte, die im Senatstermin noch eine gutachterliche Stellungnahme des Prof. Dr. I vom 11.11.2005 vorgelegt hat, im Wesentlichen geltend:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 9  |
| Fehlerhaft habe der Kläger weder über das Legen der Magensonde aufgeklärt, noch das Legen der Sonde dokumentiert. An die Ausführlichkeit der Aufklärung seien besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil der Eingriff nicht dringlich gewesen sei und es sich um eine neue Methode gehandelt habe. Der Hinweis über das mit dem Legen der Magensonde verbundene Risiko einer möglichen Verletzung der Speiseröhre gehöre zur Grundaufklärung. Die Verletzung der Speiseröhre könne nur der Kläger durch fehlerhaftes (mit erheblicher Gewalt verbundenes) Einführen der Magensonde, sei es mit oder ohne Führungsstab, verursacht haben; andere Ursachen seien auszuschließen. Der Beklagte habe nicht ein normale, sondern eine dickere Sonde benutzt, die sich schlechter einführen lasse und Verletzungen der Speiseröhre herbeiführen könne. Fehlerhaft habe das Landgericht den Zeugen Dr. N nicht vernommen und deshalb die Ursache der Speiseröhrenverletzung für unklar gehalten. Der Zeuge habe am 23.01.2003 gegenüber dem Ehemann der Beklagten erklärt: "Diesmal waren wir es nicht. Der Anästhesist hat die Speiseröhre durchstoßen." Das Durchstoßen der Speiseröhre mit einer Kalibrierungssonde sei ein grober Behandlungsfehler. Dieser habe bei ihr zu dauernden körperlichen Beeinträchtigungen geführt; ihre Persönlichkeit sei weitgehend zerstört worden. | 10 |
| Die Beklagte, die sich der Erledigungserklärung des Klägers bezüglich der Klageforderung nicht angeschlossen hat, beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 11 |

unter Abänderung des am 20.04.2005 verkündeten Urteils des Landgerichts Essen - 1 O 12  
310/03 - die Klage abzuweisen und auf die Widerklage

1. den Kläger zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von 13  
mindestens 15.000,- Euro nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu  
zahlen, 2. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen Schäden,  
die aus dem Vorfall vom 22.01.2003 künftig entstehen, zu ersetzen, soweit sie nicht auf  
Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergehen.

Der Kläger beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen. 15

Er verteidigt das angefochtene Urteil und macht im Wesentlichen geltend: 16

Er habe die Beklagte nur über die Risiken der Narkose aufgeklärt. Über das Einbringen des 17  
Magenbandes und insbesondere über die mit dem Einbringen der Magensonde verbundenen  
Risiken habe der Chirurg - der Zeuge Dr. N - die Beklagte aufgeklärt. Eine besonders  
intensive Aufklärung sei nicht erforderlich gewesen, denn der operative Eingriff sei  
medizinisch indiziert gewesen. Risiken hinsichtlich einer Läsion der Speiseröhre seien bislang  
nicht bekannt geworden. Die Beklagte gehe fachlich falsch davon aus, es sei eine  
dickvolumigere Sonde als üblich verwendet worden. Tatsächlich sei zunächst eine reguläre,  
dünne Magensonde zum Zweck der Anästhesie und danach die reguläre Kalibrierungs-  
sonde mit dem etwas größeren Durchmesser verwendet worden, um das Magenband anlegen zu  
können. Ein Führungsstab sei bei der Operation nicht verwendet worden. Die konkrete  
Ursache für die Undichtigkeit der Speiseröhre sei bis heute ungeklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die 18  
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die beigezogenen Behandlungsunterlagen, das  
Sitzungsprotokoll und den Vermerk des Berichterstatters zum Senatstermin vom 05.12.2005  
über die ergänzende Anhörung der Parteien und des Sachverständigen Prof. Dr. W sowie  
über die uneidliche Vernehmung der Zeugen Dr. N und D Bezug genommen.

II. 19

Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der Klage in der Hauptsache erledigt; die weitergehende 20  
Berufung bleibt ohne Erfolg.

Die Beklagte hat gegen den Kläger keinen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld sowie 21  
Feststellung der Ersatzpflicht für etwaige materielle Schäden gem. den §§ 823 Abs. 1, 253  
Abs. 2 BGB oder gem. den §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB.

Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Gründe der 22  
angefochtenen Entscheidung verwiesen. Auch die ergänzende Beweisaufnahme durch den  
Senat hat weder einen Behandlungsfehler noch eine fehlerhafte Eingriffsaufklärung durch  
den Kläger ergeben. In der medizinischen Beurteilung des Behandlungsgeschehens macht  
sich der Senat die Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. W zu eigen, der sein  
Gutachten auch bei seiner Anhörung in zweiter Instanz eingehend und sachlich überzeugend  
begründet hat.

1. 23

24

Ein Behandlungsfehler des Klägers bei dem Einlegen der Magensonde oder bei dem nachfolgenden Einlegen der Kalibrierungssonde am 22.01.2003 ist nicht feststellbar. Dafür gibt es nach Auswertung der Behandlungsunterlagen durch den Sachverständigen keine Anhaltspunkte.

a. 25

Für die normale Routinesituation der über die Speiseröhre eingeführten Magensonde durch einen erfahrenen Arzt hat der Sachverständige eine Verletzung oder gar Perforation der Speiseröhre ausgeschlossen. Äußerst selten ist dies nur aus besonders schwierigen Situationen beim Einführen der Magensonde bekannt, so etwa, wenn Risikofaktoren wie ösophageale Abnormitäten vorgelegen haben. Diese Voraussetzung war bei der Beklagten aber nicht gegeben. Bei ihr waren die Verhältnisse innerhalb des Ösophagus vor der Durchführung des Eingriffs untersucht worden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen haben sich diese als regelmäßig erwiesen; insbesondere waren in der Ösophagus-Passage keine Divertikel oder sonstigen Hindernisse erkennbar, an denen sich eine Sonde hätte verfangen können. 26

Der Sachverständige hat die Verletzung der Speiseröhre durch einen Führungsdraht oder Führungsstab ebenfalls ausgeschlossen. Denn den Behandlungsunterlagen ist nichts zu entnehmen, was auf die Verwendung eines Führungsdrahtes oder -stabes hinweisen könnte. Auch der Kläger hat in seiner Anhörung die Verwendung eines solchen Hilfsmittels verneint. Hierfür hätte angesichts der ösophagealen Verhältnisse auch gar kein Anlass bestanden. 27

b. 28

Nach dem Endoskopiebefund vom 23.01.2003 steht zwar einerseits fest, dass die Speiseröhre der Beklagten 5 cm oberhalb der sogenannten "Z-Linie" (Übergangszone vom Speiseröhrenbereich in den Magen) perforiert war. Denn es zeigte sich eine seitlich abgehende Tasche, die in der Tiefe eine kleine Öffnung aufwies, die mit Fibrinkleber verklebt wurde. Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist auch davon auszugehen, dass die am 22.01.2003 verwendete, reguläre Kalibrierungssonde einen größeren Durchmesser als eine normale Magensonde hat und dementsprechend etwas schlechter "läuft". Auch ohne auf einen Widerstand zu treffen, kann es deshalb zu wellenartigen Verbiegungen der Sonde kommen. 29

Der Sachverständige hat aber auf der anderen Seite - insbesondere nach praktischer Vorführung einer Kalibrierungssonde im Senatstermin - festgestellt, dass es aus physikalischen Gründen praktisch unmöglich ist, mit einem derart flexiblen Schlauch eine Läsion der Speiseröhre zu verursachen. Um eine solche Perforation herbeizuführen, müsste zum Beispiel eine Kalibrierungssonde mit einem übernormalen Kraftaufwand in ein Divertikel geschoben werden. Dies hat der Zeuge Dr. N aber nicht bestätigt. Nach seiner glaubhaften Aussage hat er zwar nicht unmittelbar sehen können, wie und mit welchem Kraftaufwand der Kläger die Kalibrierungssonde eingeführt hat. Er hat aber aufgrund seiner optischen Kontrolle am Monitor mitverfolgt, dass es auch während dieser Phase der Operation weder Besonderheiten noch Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Einlegen der Kalibrierungssonde gegeben hat. Es handelte sich vielmehr um eine normale Standardoperation. 30

Dies bestätigt die Angaben des Klägers, es habe sich um eine Routineoperation ohne Komplikationen gehandelt und beide Sonden seien leicht einzulegen gewesen. 31

32

Nach den Angaben des Sachverständigen ist es letztlich nicht (exakt) zu klären, worauf die Ösophagus-Läsion bei der Beklagten zurückzuführen ist. Theoretisch kommen zwar nach Ansicht des Sachverständigen Prof. Dr. W an sich nur die Magensonde und die Kalibrierungssonde in Betracht; ob die Verletzung aber tatsächlich auf der Verwendung einer der beiden Sonden beruht, vermochte der Gutachter aber nicht mit der gebotenen Sicherheit festzustellen.

c. 33

Ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen des Klägers ergibt sich auch nicht aus dem unstreitigen Gespräch vom 23.01.2003 zwischen dem Ehemann der Beklagten, dem Zeugen D, und dem Zeugen Dr. N. 34

Zwar hat der Zeuge D insoweit ausgesagt, der Zeuge Dr. N habe ihm bei diesem Gespräch erklärt, dass die Sonde sich während des Einlegens vermutlich gerollt habe und deswegen habe nachgesteckt werden müssen. Dabei müsse es dem Anästhesisten wohl passiert sein, dass er die Speisröhre verletzt habe. 35

Demgegenüber hat der Zeuge Dr. N glaubhaft ausgesagt, dass er gegenüber dem Ehemann der Beklagten keine Wissenserklärung abgegeben habe, sondern nur eine Erklärung für den – ihm auch heute noch unbekannten – Ursachenverlauf vom 22.01.2003. Er habe in einer auch für den medizinischen Laien leicht verständlichen Form dargestellt, dass die Leckage mit vernünftigen Argumenten nicht zu erklären sei. Er habe gewusst, dass er während des chirurgischen Eingriffs fehlerfrei vorgegangen sei, habe andererseits aber auch nicht verschwiegen, dass an dem Eingriff – soweit es das Einlegen der Kalibrierungs- sonde betrifft – auch der Anästhesist beteiligt gewesen sei. Eine Schuldzuweisung an den Anästhesisten habe er aber sicher nicht vorgenommen, weil er selbst noch bis heute keine Erklärung für die Ursache der Leckage habe. 36

2. 37

Der ärztliche Eingriff vom 22.01.2003 ist auch nicht wegen unzureichender Einwilligung der Beklagten rechtswidrig. Ein Aufklärungsversäumnis ist dem Kläger nicht vorzuwerfen. 38

Über die Anästhesie und deren Risiken hat der Kläger unter Verwendung eines entsprechenden Diomed-Bogens unstreitig aufgeklärt. Ob die Pflicht, über das operative Anlegen des Magenbandes und die damit verbundenen Risiken aufzuklären, nicht den Kläger, sondern allein den Zeugen Dr. N traf, da die Operation selbst in den Händen des Chirurgen lag, während der Kläger demgegenüber als Anästhesist tätig war, bedarf im Ergebnis keiner abschließenden Entscheidung. Soweit der Kläger unstreitig das Einlegen der Kalibrierungs- sonde ausgeführt hat, war dieses nur eine Hilfestellung für den Chirurgen, die nicht ohne weiteres eigene Aufklärungspflichten begründet. 39

Jedoch waren hier weder der Kläger noch der Zeuge Dr. N insoweit verpflichtet, die Beklagte auf das Risiko hinzuweisen, dass sie unter Umständen durch die eingelegte Magensonde eine Perforation der Speiseröhre erleiden könne. Denn es handelt sich dabei nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht um ein eingriffsspezifisches und typisches Risiko dieser Operation. Da - wie bereits oben ausgeführt - bei der Beklagten keine ösophageale Abnormalität vorlag, war eine Perforation im Rahmen des Einlegens der Magen- oder Kalibrierungs- sonde grundsätzlich auszuschließen. Auch eine Analyse von laparoskopischen Bandingoperationen bei morbidem Adipositas hat nach den Ausführungen des Sachverständigen ergeben, dass bei keinem der Patienten (ca. 1700) ein Durchbruch der 40

Speiseröhre beschrieben worden war. Der Sachverständige hat in der aufwendig von ihm recherchierten Fachliteratur nur einen einzelnen Fall (Florida 2004) beschrieben gefunden, in dem von einer Ösophagusläsion durch eine Magensonde berichtet wird.

Neben dem Fehlen eines aufklärungspflichtigen eingriffsspezifischen Risikos scheidet eine Haftung aus Aufklärungsgesichtspunkten auch wegen des fehlenden Verschuldens des Klägers aus (OLG Hamm, AHRS 1220/106). Es ist dem Kläger nicht vorwerfbar, wenn ihm im Zeitpunkt der Operation die Komplikation einer derartigen Ösophagusläsion nicht bekannt war, da dies nach den Recherchen des Sachverständigen, der nach seinen Angaben seine Patienten weiterhin nicht über diese Komplikation aufklärt, erstmals für einen späteren Fall überhaupt berichtet wurde. 41

Schließlich vermochte die Beklagte - für den unterstellten Fall eines bestehenden Aufklärungsbedürfnisses - im Termin vor dem Hintergrund der Aussage des Zeugen Dr. N auch keinen plausiblen Entscheidungskonflikt darzulegen, da ihr der Zeuge nach seinen glaubhaften Angaben unter Hinweis auf erfolgte Todesfälle sogar das Mortalitätsrisiko der Operation geschildert hat. Selbst dies hat die Beklagte nicht von der Operation abgehalten. 42

Soweit die Beklagte hierzu erstmals im Senatstermin vom 05.12.2005 unter Vorlage einer gutachterlichen Stellungnahme Prof. I vom 11.11.2005 behauptet hat, der Kläger als Anästhesist sei verpflichtet gewesen, sie über das Risiko einer Verletzung der Speiseröhre vor Einführung einer Kalibrierungssonde aufzuklären, war dieser neue Vortrag gem. den §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückzuweisen. 43

Im Übrigen ist der Vortrag auch nicht erheblich, da die Stellungnahme keine schlüssige Begründung für das Vorliegen eines eingriffsspezifischen Risikos nennt und die weiteren Gründe, die eine Haftung des Klägers aus Aufklärungsgesichtspunkten ausschließen, nicht ausräumt. 44

Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der Klage in der Hauptsache erledigt. Die Beklagte hat am 04.07.2005 – nach Einlegen der Berufung – die titulierte Honorarforderung des Klägers einschließlich Zinsen vorbehaltlos bezahlt. 45

Die prozessualen Nebenentscheidungen resultieren aus den §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 46

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des §§ 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 47

Das Urteil beschwert die Beklagte mit mehr als 20.000,-- Euro. 48