
Datum: 07.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 122/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1207.3U122.15.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 1 O 151/14

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen - das am 02.07.2015 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.500,00 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.02.2014.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihm aus der Behandlung am 21.01.2013 im Universitätsklinikum G entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

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

Gründe:	1
A.	2
Der am ##.##.2004 geborene Kläger macht gegen die Beklagten Haftungsansprüche aus der Entfernung seiner linken Niere bei der Operation am 21.01.2013 im Haus der Beklagten zu 1. durch die Beklagte zu 2. geltend. Nach mehreren Voruntersuchungen, an die sich eine Bedenkzeit für die Eltern des Klägers anschloss, und einem Aufklärungsgespräch am 14.11.2012 sollte bei der Operation eine neue Verbindung zwischen dem Nierenbecken und dem Harnleiter auf der linken Seite geschaffen werden, um die Abflussverhältnisse in der linken Niere, die noch eine Funktion von 22 % aufwies, zu verbessern. Intraoperativ stellte sich heraus, dass die geplante Rekonstruktion aufgrund von nicht vorhersehbaren anatomischen Gegebenheiten nicht möglich war. Die Operation wurde unterbrochen und die Beklagte zu 2. teilte den Kindeseltern (der im Krankenhaus anwesenden Mutter persönlich und dem Vater telefonisch) die veränderte Situation mit und empfahl die sofortige Entfernung der Niere. Die Einzelheiten des Gesprächs sind zwischen den Parteien streitig. Die Kindeseltern erteilten mündlich die Einwilligung in die Entfernung der Niere, die Operation wurde fortgesetzt und die linke Niere des Klägers wurde entfernt.	3
Der Kläger hat Behandlungsfehler behauptet und Aufklärungsmängel geltend gemacht.	4
Er hat beantragt,	5
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 35.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2014,	6
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihm aus der fehlerhaften Behandlung am 21.01.2013 im Universitätsklinikum G entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.	7
Die Beklagten haben beantragt,	8
die Klage abzuweisen.	9
Sie haben Behandlungsfehler bestritten und behauptet, die Eltern des Klägers seien durch die Beklagte zu 2. ohne Aufklärungsversäumnis aufgeklärt worden. Ferner haben die Beklagten den Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben.	10
Wegen des weiteren erstinstanzlichen Sachvortrags wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	11
Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. F vom 23.01.2015, das der Sachverständige im Kammertermin am 11.06.2015 mündlich erläutert hat, und nach Anhörung der Eltern des	12

Klägers sowie der Beklagten zu 2. abgewiesen. Zur Begründung ist, soweit dies im Berufungsverfahren noch von Bedeutung ist, im Wesentlichen ausgeführt: Ein Behandlungsfehler sei nicht feststellbar. Präoperativ habe man nicht feststellen können, dass eine Rekonstruktion wegen der Gewebsbeschaffenheit des Harnleiters nicht möglich sein würde. Angesichts der erheblichen Funktionseinschränkung der Niere und der schweren bereits mit bloßem Auge sichtbaren Gewebsveränderungen sei die Nierenentfernung das „kleinste Übel“ gewesen. Man hätte zwar zunächst die Niere auch über eine perkutane Nierenfistel ableiten können. Dies wäre aber bei einem Kind keine Dauerlösung gewesen. Es hätte sich ein weiterer Eingriff anschließen müssen, wobei es zunächst offen gewesen wäre, ob dieser die Entfernung der Niere oder einen rekonstruktiv nierenerhaltenden Eingriff (einen Harnleiterersatz durch Darm oder eine Nierenautotransplantation) beinhaltet hätte. Es spreche mehr dagegen als dafür, dass die Nierenfunktion auch mit einem dieser beiden aufwendigen rekonstruktiven Eingriffe erhalten geblieben wäre. Es sei wahrscheinlich, dass die ohnehin schon eingeschränkte Nierenfunktion auch bei den risikoreichen Eingriffen noch verloren gegangen wäre.

Eine Haftung der Beklagten ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflichtverletzung. Es sei von einer ordnungsgemäßen Aufklärung und wirksamen Einwilligung in den Eingriff vor der Operation auszugehen. Eine Rechtswidrigkeit der Nierenentfernung folge auch nicht daraus, dass während der Operation nicht über Alternativen zur Nierenentfernung aufgeklärt worden sei. Eine freie Willensentscheidung der Kindeseltern sei während der laufenden Operation ohnehin nicht möglich gewesen. Es habe für sie keine Möglichkeit bestanden, während der laufenden Operation die Vor- und Nachteile einer Nierenentfernung abzuwägen. Es habe einerseits ein Zeitdruck bestanden, andererseits auch ein besonderer Druck durch die Situation des anästhesierten und in der Operation befindlichen Kindes und die Angst der Eltern um ihr Kind. In einer solchen Situation könnten die medizinisch denkbaren differenzial-therapeutischen Alternativen nicht mit den Kindeseltern als Laien sachgerecht besprochen und abgewogen werden. Es sei nicht zu beanstanden, dass seitens der Beklagten Alternativen nicht aufgezeigt worden seien und das aus Sicht des Sachverständigen „kleinste Übel“ der sofortigen Nierenentfernung gewählt worden sei.

13

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Das Landgericht habe sich weder mit dem schriftlichen Sachverständigengutachten noch mit dem Ergebnis der Anhörung des Sachverständigen kritisch genug auseinandergesetzt, insbesondere in Bezug auf die Entzündung des Harnleiters. Die Beklagte zu 2. habe bei ihrer Anhörung erklärt, dass eine Harnleitererkrankung – eine Entzündung des Harnleiters - vorgelegen habe, die zu der kritischen Situation geführt habe, welche eine Entfernung der Niere erforderlich gemacht habe. Dass eine Entzündung des Harnleiters vorgelegen habe, könne nicht nachvollzogen werden. Aus der Patientenakte gehe dies nicht hervor. Ein eindeutiger pathologischer Befund sei insofern nicht erhoben worden. Im Arztbrief vom 26.01.2013 sei nicht von einem entzündeten, sondern von einem dysplastischen Harnleiter die Rede. Entzündliche Prozesse hätten durch Voruntersuchungen abgeklärt werden können. Eine dringende Indikation zur Operation habe nicht bestanden. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn der Sachverständige ausführe, dass man von dieser Situation überrascht gewesen sei.

14

Es sei unverständlich, dass das Landgericht keinen Aufklärungsfehler angenommen habe. Selbst wenn man vor der Operation über das Risiko eines Nierenverlustes nicht hätte aufklären müssen, habe sich dieses Bedürfnis jedoch aufgrund des intraoperativ vorgefundenen Befundes ergeben. In dem Gespräch mit seinen Eltern sei aber nur über die Entfernung der Niere gesprochen worden. Von den vorhandenen Alternativen sei nicht die

15

Rede gewesen. Die Alternativen seien zwar alle nach der Bewertung des Sachverständigen nicht gut gewesen, sie hätten jedoch eine echte Behandlungsalternative dargestellt, über die seine Eltern hätten entscheiden können. Diese Entscheidung sei seinen Eltern genommen worden. Die Entscheidung wäre zwar schwierig gewesen. Man hätte sie seinen Eltern jedoch nicht abnehmen dürfen. Es habe auch nach dem Vortrag der Beklagten ausreichend Zeit bestanden, mit seinen Eltern zu sprechen.

Der Kläger hat zunächst beantragt, 16

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils nach den in der Schlussverhandlung I. Instanz gestellten Anträgen zu entscheiden. 17

Nachdem der Senat dem Kläger Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren bewilligt hat, für den Klageantrag zu 1. jedoch nur für ein angemessenes Schmerzensgeld bis 25.000,00 €, hat der Kläger im Senatstermin die Berufungsanträge nur im Rahmen der Prozesskostenhilfebewilligung gestellt und sinngemäß – unter Rücknahme der Berufung im Übrigen - beantragt, 18

das erstinstanzliche Urteil abzuändern und 19

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 25.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2014, 20

2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche ihm aus der fehlerhaften Behandlung am 21.01.2013 im Universitätsklinikum G entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden. 21

Die Beklagten beantragen, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Die Aussage der Beklagten zu 2., auf die sich der Kläger in seiner Berufung stütze, sei in der vom Landgericht protokollierten Form nicht erfolgt. Die Beklagte zu 2. habe lediglich davon gesprochen, dass bei dem Kläger ein dysplastischer Harnleiter vorgelegen habe, nicht dagegen eine Entzündung. Es habe nur, wie der pathologische Bericht zeige, am Nierengewebe entzündliche Veränderungen gegeben. Die Laboruntersuchung vom 02.10.2012 habe keine erhöhten Leukozyten und keinen erhöhten CRP-Wert ergeben. Es habe weder klinisch noch laborchemisch Auffälligkeiten gegeben, die auf eine Entzündung hätten schließen lassen und die Notwendigkeit zu weiteren Untersuchungen geboten hätten. Die schwere Harnleiteratrophie sei weder vorhersehbar noch im Vorhinein diagnostizierbar gewesen, auch nicht durch präoperative bildgebende Verfahren. 24

Intraoperativ habe sich ergeben, dass aufgrund der dysplastischen Veränderungen eine Verbindung des Harnleiters mit dem Nierenbecken nicht mehr möglich gewesen sei, so dass eine Entfernung der Niere indiziert gewesen sei. Alternativen hätten zu diesem Zeitpunkt nicht zur Verfügung gestanden. Für den Fall, dass man den Eingriff zu diesem Zeitpunkt beendet hätte, wäre dieselbe Operation zu einem späteren Zeitpunkt mit den damit 25

verbundenen Nachteilen, die eine weitere Operation für ein Kind mit sich bringe, erforderlich geworden. Eine Erhaltung der Niere wäre nicht bzw. auf Dauer nicht möglich gewesen. Es sei geboten gewesen, dem Kläger schon aufgrund seines Alters eine weitere Operation zu ersparen. Die Nierenentfernung sei – auch nach Einschätzung des Sachverständigen - das Mittel der Wahl gewesen, um den kleinstmöglichen Eingriff in dieser Situation durchzuführen. Den Eingriff auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, habe keine ernsthafte Wahlmöglichkeit für die Eltern dargestellt, wenn man sich vergegenwärtige, dass die Belastungen mit einem solchen Eingriff gerade für ein Kind sehr hoch seien. Der Sachverständige habe auch nicht feststellen können, dass eine alternativ denkbare Nierenautotransplantation erfolgreich hätte durchgeführt werden können.

Die Beklagte zu 2. habe anlässlich der Unterbrechung mit den Eltern des Klägers nicht nur über die Entfernung der Niere gesprochen, sondern mitgeteilt, dass alternativ auf die sofortige Entnahme der Niere verzichtet werden könne, jedoch dann eine provisorische Lösung gesucht werden müsse. In jedem Fall wäre sodann noch ein weiterer Eingriff erforderlich gewesen. 26

Die Maßnahme der Nierenentfernung als ultima ratio sei für die Eltern des Klägers nicht völlig unerwartet gewesen, sondern präoperativ schon diskutiert worden. 27

Mit Schriftsatz vom 10.11.2016 behaupten die Beklagten, dass die Eltern des Klägers bereits vor Durchführung des Eingriffs darüber informiert worden seien, dass für den Fall, dass das angestrebte Operationsziel nicht erreicht werden könne, eine Nierenentfernung unumgänglich sei. Die Eltern des Klägers seien hiermit zu diesem Zeitpunkt einverstanden gewesen, hätten jedoch ausdrücklich zunächst ein nierenerhaltendes Vorgehen gewünscht. 28

Selbst wenn man ein Aufklärungsdefizit unterstellen würde, scheidet eine Haftung aus, da von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen sei. Ein echter Entscheidungskonflikt habe bei den Eltern des Klägers angesichts der Tatsache, dass die Entfernung der Niere aus medizinischer Sicht unumgänglich gewesen sei und die Durchführung des Eingriffs weniger invasiv und mit weniger gesundheitlichen Belastungen für den Kläger verbunden gewesen wäre als ein zweizeitiges Vorgehen, nicht vorgelegen. Die verbleibende Niere sei in der Lage, eine ordnungsgemäße Nierenfunktion zu gewährleisten, so dass von einem gesundheitlichen Nachteil für den Kläger nicht ausgegangen werden könne. 29

Wegen des weitergehenden zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 30

Der Senat hat die Eltern des Klägers und die Beklagte zu 2. im Senatstermin ergänzend angehört und Beweis erhoben durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. F. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin am 02.11.2016 Bezug genommen. 31

B. 32

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch begründet, im Übrigen unbegründet. 33

I. 34

Dem Kläger steht gegen die Beklagten als Gesamtschuldner ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden gem. §§ 611, 280, 249, 253 Abs. 2, 421 BGB bzw. §§ 823, 249, 253 35

1. 36
- Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass vor dem Eingriff vom 21.01.2013 keine Verpflichtung zur Aufklärung über das Risiko des Nierenverlustes bei der streitgegenständlichen Operation bestand. Dies wird mit der Berufung auch nicht angegriffen. 37
2. 38
- Das Landgericht ist jedoch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die intraoperative Aufklärung ausreichend war. 39
- a) 40
- Als sich intraoperativ herausstellte, dass der linke Harnleiter atrophiert und sehr dünnwandig war und die – auch sehr dünnen - Fäden keine Verankerung des äußerst zarten Harnleiters im Nierenbecken zuließen, so dass die ursprünglich geplante Rekonstruktion des Nierenbeckenabgangs aufgrund der anatomischen Besonderheiten des Harnleiters nicht möglich war, lag eine neue Situation vor, die eine Änderung der Behandlung erforderlich machte. Dies erforderte auch eine neue Aufklärung und eine neue Einwilligung der sorgeberechtigten Eltern des Klägers (vgl. allgemein zu diesen Erfordernissen bei neuen Situationen auch Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rz. C 5). 41
- Von einem solchen erneuten Einwilligungserfordernis sind in der Akutsituation auch die Beklagten ausgegangen, denn die Operation wurde unterbrochen, die Beklagte zu 2. verließ den Operationssaal, um mit den Eltern des Klägers über das weitere Vorgehen zu sprechen. Auch der Sachverständige Prof. Dr. F hat in den Fällen, in denen – wie hier – eine Rücksprachemöglichkeit mit den Einverständnisgebern besteht, weil es nicht auf das Einverständnis des narkotisierten Klägers, sondern dessen Sorgeberechtigter ankommt, im Senatstermin die Rücksprache als „Muss“ bewertet. 42
- Es kann – anders als die Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 10.11.2016 meinen – nicht davon ausgegangen werden, dass das erneute Einwilligungserfordernis aufgrund einer bereits präoperativ erteilten Zustimmung der Eltern zur Nierenentfernung für den Fall, dass das angestrebte Operationsziel nicht erreicht werden kann, entfallen wäre. 43
- Zum einen ist dieser Vortrag der Beklagten in einem nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Senatstermin vom 02.11.2016 nicht nachgelassenen Schriftsatz erfolgt. Zum anderen ist er neu und nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da keine Anhaltspunkte vorgetragen oder ersichtlich sind, warum die Beklagten nicht bereits erstinstanzlich die angeblich präoperativ erteilte „bedingte“ Zustimmung zur Nierenentfernung in den Prozess eingeführt haben, obwohl der Kläger bereits in der Klageschrift Aufklärungsmängel gerügt hat. Darüber hinaus steht dieser Vortrag der Beklagten im Widerspruch zum gesamten bisherigen schriftsätzlichen Vortrag, wonach die intraoperativ festgestellten Besonderheiten der Anatomie und Pathologie gerade nicht vorhersehbar gewesen seien. Vor diesem Hintergrund bestand aus Sicht des Senats präoperativ überhaupt kein Grund für die Annahme, dass das Operationsziel möglicherweise nicht erreicht werden könnte, so dass deshalb auch keine Überlegungen für den möglichen Eintritt dieses Falles angestellt werden mussten. Auch die Angaben der Beklagten zu 2. im Kammertermin stehen dem neuen Vortrag entgegen. Dort hat die Beklagte zu 2. ausgeführt, dass sie nicht ernsthaft in Betracht gezogen hätten, dass die Niere entfernt werden muss (GA 90) und dass sie intraoperativ eine 44

andere Situation vorgefunden hätten als erwartet (GA 92). Eine Berücksichtigung dieses neuen Vortrags kommt daher nicht in Betracht.

Darüber hinaus spricht gegen die Annahme einer bereits präoperativ erteilten Zustimmung der Eltern zur Nierenentfernung für den Fall der Undurchführbarkeit der Rekonstruktion des Nierenbecken-Harnleiterübergangs, dass sich die Kindeseltern unstreitig präoperativ ausdrücklich gegen eine von den Beklagten empfohlene Nierenentfernung anstelle der Rekonstruktion des Nierenbecken-Harnleiterübergangs ausgesprochen haben, und die Beklagte zu 2. selbst im Senatstermin für den Fall der Unerreichbarkeit der Eltern bei der intraoperativen Unterbrechung angegeben hat, dass sie dann bereits im OP besprochen hatten, dass sie die Operation mit einer Fistel beenden und die Niere dann in einem Zweiteingriff entfernen. Diese Absprache im OP wäre nicht erforderlich gewesen, wenn, wie jetzt behauptet wird, das bedingte Einverständnis der Kindeseltern bereits präoperativ vorgelegen hätte. 45

b) 46

Nach der Anhörung der Kindeseltern sowie der Beklagten zu 2. geht der Senat davon aus, dass die Beklagte zu 2. den Kindeseltern anlässlich der Unterbrechung der Operation die neue Situation erläutert und die Entfernung der linken Niere – sofort oder nach einer Übergangslösung (mit einem Abfluss nach außen über eine Fistel) in einem weiteren Eingriff – als alternativlos dargestellt und die sofortige Nierenentfernung empfohlen hat. Über Möglichkeiten zum Erhalt der Niere hat die Beklagte zu 2. mit den Kindeseltern nicht gesprochen, weil diese für sie nicht in Betracht kamen. 47

c) 48

Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. F in seinem schriftlichen Gutachten vom 23.01.2015 sowie den ergänzenden Erläuterungen sowohl im Kammer- als auch Senatstermin bestand intraoperativ keine zwingende Notwendigkeit, die Niere sofort und unmittelbar zu entfernen. Es wäre möglich gewesen, die Operation dergestalt zu beenden, dass das Nierenbecken verschlossen und die Niere über eine Nieren-Haut-Fistel abgeleitet wird, und danach die weitere Vorgehensweise in Ruhe mit den Eltern zu besprechen. 49

Die Nierenentfernung ist auch nicht unumgänglich gewesen. Neben der Nierenentfernung hätte in einem zweizeitigen Eingriff auch die Möglichkeit bestanden, nierenerhaltend zu operieren (entweder durch einen Harnleiterersatz durch Darm oder durch eine Nierenautotransplantation) und dadurch eventuell die Restfunktion der linken Niere zu erhalten. Diese nierenerhaltenden Operationen wären – so der Sachverständige im Senatstermin - mit einem höheren Risiko und sehr zweifelhaftem Erfolg verbunden gewesen. 50

Der Senat folgt der Einschätzung des Sachverständigen, der als ehemaliger Leiter der Klinik und Poliklinik für Urologie des Klinikums der Universität zu L sowohl über die fachliche Kompetenz wie auch die ausreichende Erfahrung zur sachgerechten medizinischen Beurteilung des vorliegenden Falles verfügt und der ausweislich des schriftlichen Gutachtens den Behandlungsverlauf eingehend begutachtet und nachvollziehbar bewertet hat und diese Bewertungen auch im Rahmen der mündlichen Verhandlungen vor dem Landgericht und vor dem Senat widerspruchsfrei und nachvollziehbar erläutert hat. 51

d) 52

53

Vor diesem Hintergrund war vorliegend die intraoperative Aufklärung der Eltern des Klägers durch die Beklagte zu 2. nicht ausreichend.

aa) 54

Zwar geht auch der Senat davon aus, dass eine intraoperative Aufklärung über die Einzelheiten der nierenerhaltenden Eingriffe angesichts der Kürze der bei einer Operationsunterbrechung zur Verfügung stehenden Zeit und der Komplexität dieser Operationsmethoden nicht möglich und auch nicht geboten war, zumal die Eltern in der überraschend aufgetretenen neuen Situation, die der Sachverständige im Kammertermin als „Horrorsituation“ bezeichnet hat und die unstreitig zu einer Überforderung der Kindeseltern führte, keine ausreichende Zeit für eine Abwägung der verschiedenen Möglichkeiten und ggf. eine Beratung durch Dritte gehabt hätten. 55

bb) 56

Angesichts der Tragweite und der Bedeutung der Entscheidung für eine Nierenentfernungs- oder eine riskante und schwierige Nierenerhaltungsoperation und unter besonderer Berücksichtigung des Umstands, dass die Kindeseltern sich präoperativ – nach Besprechung innerhalb der Familie und Beratung durch den niedergelassenen Arzt - ausdrücklich gegen eine Nierenentfernung bei dem Kläger entschieden haben, hätte es zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts jedoch der intraoperativen Aufklärung dahingehend bedurft, dass neben der sofortigen, aus Sicht der Beklagten besseren und zu empfehlenden Nierenentfernung auch ein Abbruch der Operation mit einer Ableitung des Harns nach außen für eine Übergangszeit möglich war, in der dann eine Aufklärung, Beratung und Entscheidung in Bezug auf mögliche andere, aber riskante und schwierige Wege der Nierenerhaltung, die aus Sicht der Beklagten ungünstige Erfolgsaussicht haben, erfolgen konnte. Denn bei den nierenerhaltenden Operationen handelt es sich nach den Ausführungen des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten und im Senatstermin nicht um bloß theoretisch bestehende, praktisch aber auszuschließende Verfahren oder „Experimentalurologie“, sondern um tatsächlich im Falle der Ablehnung einer Nierenentfernung durchgeführte Operationen. Diese sind zwar schwierig und riskant und würden deshalb vom Sachverständigen in einem von ihm geführten Aufklärungsgespräch auch nicht empfohlen. Die Operationen stellen jedoch, wenn eine Nierenentfernung unter keinen Umständen in Betracht kommt, nach den Ausführungen des Sachverständigen die dann verbleibenden Möglichkeiten dar. Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des Senats nicht von Bedeutung, dass es sich nach Einschätzung des Sachverständigen um eher spekulative Maßnahmen handelt, die im regulären Aufklärungskatalog nicht primär vorkommen und 90 bis 95 Prozent der Urologen dies nicht machen würden, sondern die Niere entfernen würden. Im Hinblick auf die Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin, dass man diese nierenerhaltenden Operationen nur auf ausdrückliches Verlangen des Einverständnisgebers in Betracht ziehen würde, muss der Einverständnisgeber nach Auffassung des Senats intraoperativ jedenfalls über die - nach Anlage einer vorübergehenden Nieren-Haut-Fistel - grundsätzlich bestehende, wenn auch schwierige und riskante Option einer Nierenerhaltung allgemein aufgeklärt werden. 57

Es ist in diesem Zusammenhang aus Sicht des Senats nicht erforderlich, dass die nierenerhaltenden Operationen eine echte Behandlungsalternative zur Nierenentfernung waren, also medizinisch gleichermaßen indiziert, üblich und gleichwertig, aber mit unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen behaftet. Denn die Kindeseltern mussten intraoperativ nur entscheiden, ob der Eingriff mit einer Übergangslösung und einer dadurch eröffneten Überlegungsfrist in Bezug auf das weitere Vorgehen oder mit einer bereits 58

endgültigen Nierenentfernung beendet werden sollte. Die Beendigung mit einer Harnableitung nach außen und einer Urinsammlung in einem externen Beutel wäre für den Kläger nach den Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin machbar gewesen und hätte die Lebensqualität des Klägers nur etwas eingeschränkt. Dem Kläger drohten aus dem Abbruch der Operation und der Übergangslösung also keine besonderen Gefahren; es wäre dann jedoch auf jeden Fall ein weiterer Eingriff erforderlich gewesen, der jedenfalls mit dem allgemeinen Operationsrisiko und den eingriffsspezifischen Risiken verbunden gewesen wäre.

e) 59

Eine derartige Aufklärung ist vorliegend nicht erfolgt. Die Beklagte zu 2. hat zwar gegenüber den Kindeseltern eine passagere Lösung erwähnt, aber die Nierenentfernung als alternativlos, nämlich entweder jetzt oder in einem späteren Eingriff, dargestellt. Es liegt ein Aufklärungsfehler vor, weil die Beklagte zu 2. die grundsätzlich bestehende Möglichkeit einer nierenerhaltenden Operation in einem zweizeitigen Eingriff überhaupt nicht angesprochen hat. 60

f) 61

Die Beklagten können sich auch nicht auf eine hypothetische Einwilligung der Eltern des Klägers berufen, die die Kausalität und damit die Haftung der Beklagten für die aufgrund des Aufklärungsfehlers rechtswidrige Nierenentfernung entfallen lassen würde. 62

Es lässt sich nämlich nicht feststellen, dass die Eltern auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung auf jeden Fall in die sofortige Entfernung der linken Niere des Klägers eingewilligt hätten. Denn die Kindeseltern waren mit der neuen Situation angesichts der überraschend während der Operation zu Tage getretenen anatomischen Besonderheiten des Harnleiters, die den ursprünglich geplanten Eingriff unmöglich machten, überfordert. Davon gehen auch die Beklagten aus. Die Kindeseltern hatten sich präoperativ, als neben der Rekonstruktion des Nierenbecken-Harnleiterübergangs auch schon die Entfernung der linken Niere als Alternative im Raum stand, eine Bedenkzeit erbeten, um die Sache mit ihrer Familie und dem niedergelassenen Urologen besprechen zu können. Dies ergibt sich aus dem Arztbrief der Beklagten vom 09.10.2012. Es ist vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen, sondern sogar naheliegend, dass die Kindeseltern sich, wenn ihnen neben der sofortigen Nierenentfernung die Möglichkeit einer Übergangslösung mit anschließender Aufklärung, Beratung und Entscheidung in Ruhe über alle – ggf. zwar schwierigen und riskanten, wenig erfolgversprechenden, aber dennoch möglichen nierenerhaltenden – Operationsmöglichkeiten eröffnet worden wäre, dahingehend entschieden hätten, diese wichtige und schwierige Entscheidung nicht sofort, sondern zu einem späteren Zeitpunkt nach Abwägung aller für oder gegen die eine oder andere Operationsmethode (nierenerhaltend oder nicht) sprechenden Umstände, nach Beratung innerhalb und außerhalb der Familie zu treffen. Es ist daher von einem echten Entscheidungskonflikt auf Seiten der Kindeseltern auszugehen. 63

g) 64

Die Haftung der Beklagten entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt des hypothetischen Kausalverlaufs. Denn es ist nicht sicher, dass die Eltern des Klägers die Nierenentfernung bei ordnungsgemäßer Aufklärung auf jeden Fall zu einem späteren Zeitpunkt hätten durchführen lassen. Dies muss – auch wenn die nierenerhaltenden Operationen mit höherem Risiko und sehr zweifelhaftem Erfolg verbunden gewesen wären - offen bleiben. Denn aus der 65

präoperativen ausdrücklichen Ablehnung der Entfernung der Niere ergibt sich, dass den Kindeseltern der Verbleib der Niere, auch wenn diese nur eine eingeschränkte Restfunktion von 22 % hatte, wichtig war.

3.

66

Behandlungsfehler hat das Landgericht zu Recht verneint. Es waren – anders als der Kläger mit der Berufung geltend macht - auch präoperativ keine weiteren Abklärungen wegen eines entzündeten Harnleiters erforderlich und der Operation stand ein solcher auch nicht entgegen. Denn dass der Harnleiter des Klägers entzündet war, lässt sich bereits nicht feststellen. Ausweislich des Protokolls des Landgerichts vom 11.06.2015 hat die Beklagte zu 2. im landgerichtlichen Verhandlungstermin zwar ausgeführt, dass bei dem Kläger eine zusätzliche Harnleitererkrankung, eine Entzündung des Harnleiters, vorgelegen habe. Die Beklagten haben jedoch sowohl im Protokollberichtigungsantrag vom 22.09.2016 als auch in der Berufungserwiderung darauf abgestellt, dass die Angabe der Beklagten zu 2., dass der Harnleiter atrophiert war, falsch protokolliert worden sei. Auch der Senat geht davon aus, dass das Landgericht im Protokoll einen falschen Begriff verwandt hat. Dies ergibt sich zum einen aus den Krankenunterlagen, in denen an keiner Stelle von einem entzündeten Harnleiter die Rede ist. Im Operationsbericht (GA 31) wird ein „dünnere, atrophierter Harnleiter“ bzw. ein „durchscheinend dünner“ Harnleiter beschrieben, der über keine erkennbare Muskulatur verfügte (GA 32). Im Arztbrief vom 26.01.2013 ist von einem „extrem dysplastischen Harnleiter“, der makroskopisch kaum Muskulatur aufwies, die Rede. Im pathologischen Befundbericht vom 24.01.2013 wird ein „atretischer Harnleiter“ beschrieben, der fibrosiertes, thermisch alteriertes Bindegewebe enthielt. Ein entzündliches Infiltrat fand sich nur im Nierenparenchym. Zum anderen hat der Sachverständige im Senatstermin erläutert, dass sich für eine relevante Entzündung des Harnleiters des Klägers keine Anhaltspunkte ergeben, sondern aufgrund der Histologie nur für eine Entzündung des Nierengewebes. Ergänzend hat der Sachverständige ausgeführt, dass keine so starke Entzündung vorgelegen habe, dass man den Kläger nicht hätte operieren dürfen.

67

4.

68

Aufgrund der nicht ordnungsgemäßen intraoperativen Aufklärung der Eltern des Klägers durch die Beklagte zu 2. war die durch die Eltern des Klägers erteilte Einwilligung in die Entfernung der linken Niere des Klägers unwirksam und die Nierenentfernung damit rechtswidrig. Nach den Ausführungen des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten und im Senatstermin ist als Folge des rechtswidrigen Eingriffs, die der Senat bei der Schmerzensgeldbemessung zugrunde zu legen hat, allein der Verlust der Restfunktion der linken Niere von 22 % anzusehen. Der Sachverständige hat keinen Hinweis auf Nervenverletzungen an der Stelle, an der die Niere entfernt wurde, feststellen können. Im Hinblick darauf, dass die entfernte linke Niere des Klägers nur noch eine Restfunktion von 22 % hatte und auch das Nierengewebe, was sich aus dem Befundbericht des Instituts für Pathologie und Neuropathologie vom 24.01.2013 ergibt, in keinem guten Zustand war, hält der Senat ein Schmerzensgeld von 12.500,00 € für angemessen, aber auch ausreichend. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass die Restfunktion der linken Niere dem Kläger zwar bei einem möglichen Verlust der rechten Niere nach den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin und im Senatstermin ein bisschen helfen würde, diese Restfunktion eine Dialysepflicht oder eine Nierentransplantation bei einem kompletten Ausfall der anderen Niere jedoch nicht verhindern würde. Der Kläger kann, dies ergibt sich aus den Erläuterungen des Sachverständigen im Kammertermin, mit der verbliebenen rechten Niere ganz normal leben. Er muss jedoch aufpassen, dass es an der verbliebenen

69

rechten Niere nicht zu einer Schädigung kommt. Aus dem schriftlichen Gutachten ergibt sich, dass der Kläger aufgrund der Einnierigkeit darauf achten muss, verletzungsträchtige Sportarten zu meiden, seine Nierenfunktion regelmäßig kontrolliert werden muss und bestimmte Risikofaktoren (wie z.B. Fettleibigkeit) vermeiden sollte. Der Sachverständige hat im Kammertermin jedoch auch verdeutlicht, dass der Kläger im Hinblick auf die geringe Funktion der linken Niere diese Vorsicht ohnehin walten lassen musste. Auch dies war bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Von Bedeutung für die Höhe des Schmerzensgeldes war auch, dass nach den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin auch bei den nierenerhaltenden Operationsmöglichkeiten das deutliche Risiko einer weiteren Funktionsverschlechterung der linken Niere bestanden hätte und diese auf kurz oder lang zur Funktionslosigkeit der Niere geführt hätten. Wenn überhaupt – so der Sachverständige im Senatstermin - würde dies nur wenige Jahre gut gehen. Die darüber hinausgehende Schmerzensgeldvorstellung des Klägers lässt gerade diese letzten, für die Bemessung des Schmerzensgeldes in erheblichem Maß relevanten Aspekte unberücksichtigt.

II. 70

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Er besteht – nach der durch den Kläger selbst bis zum 26.02.2014 verlängerten Frist zur Zahlung - erst ab dem 27.02.2014 (§ 187 Abs. 1 BGB). 71

III. 72

Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagten als Gesamtschuldner ein Anspruch auf Ersatz sämtlicher zukünftiger materieller und nicht vorhersehbarer immaterieller Schäden gem. §§ 611, 280, 249, 253 Abs. 2, 421 BGB bzw. §§ 823, 249, 253 Abs. 2, 421 BGB zu. Es ist nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. F nicht ausgeschlossen, dass spätere Schadensfolgen etwa bei einer Schädigung oder einem Verlust der rechten Niere noch in Betracht kommen. 73

C. 74

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO. Hierbei war zu berücksichtigen, dass der Kläger erstinstanzlich und auch zunächst zweitinstanzlich ein Schmerzensgeld von 35.000,00 € geltend gemacht hat und der Wert des Feststellungsanspruchs im Hinblick darauf, dass die linke Niere des Klägers vor der Entfernung nur eine eingeschränkte Funktion hatte und der dauerhafte Erhalt der eingeschränkten Nierenfunktion bei einer Entscheidung für eine nierenerhaltende Operation fraglich ist, nicht mit dem vollen Wert (10.000,00 €), sondern allenfalls mit der Hälfte anzusetzen war. 75

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 76

D. 77

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. 78
