
Datum: 19.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 141/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1219.3U141.15.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 108 O 166/13

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 22.07.2015 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des gegen sie 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.

Die am ###.##.1970 geborene Klägerin macht Ansprüche im Zusammenhang mit der Implantation einer totalen Endoprothese des rechten Hüftgelenks am 17.08.2012 im Haus der Beklagten geltend.

Sie hat erstinstanzlich Behandlungsfehler behauptet und die Aufklärung zur Operation als unzureichend gerügt. Die Operation habe zu einer Schädigung des Nervus femoralis rechts

1

2

3

4

mit schwerwiegenden Folgen (motorische und sensorische Ausfälle) geführt.

Die Klägerin hat ein Schmerzensgeld in angemessener Höhe (Vorstellung: mindestens 20.000 €) nebst Rechtshängigkeitszinsen sowie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz sämtlicher materieller und immaterieller Schäden begehrt. 5

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und zur Darstellung der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Zu ergänzen ist, dass die Beklagte den Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben hat. 6

Das Landgericht Münster hat die Klägerin persönlich angehört, den Zeugen Dr. F2 zur Frage der Aufklärung vernommen und ein Gutachten des unfallchirurgisch-orthopädischen Sachverständigen Prof. Dr. F eingeholt. Sodann hat es die Beklagte verurteilt, 25.000 € Schmerzensgeld nebst Zinsen seit dem 22.02.2014 an die Klägerin zu zahlen. Ferner hat es festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin – vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs auf Dritte – „sämtliche materiellen und sämtliche nicht vorhersehbare immateriellen Schäden aus der stationären Heilbehandlung vom 16.08. bis 30.08.2012 sowie aus der Operation vom 17.08.2012“ zu ersetzen. Im Übrigen – d.h. wegen der Einschränkung des Feststellungsausspruchs gegenüber dem Feststellungsantrag hinsichtlich der immateriellen Schäden – hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 7

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Operation vom 17.08.2012 mangels ordnungsgemäßer Aufklärung der Klägerin rechtswidrig gewesen sei. Zwar habe die Beklagte bewiesen, dass Dr. F2 die Klägerin über das übliche Risiko einer Nervschädigung mit möglichen Lähmungsfolgen aufgeklärt habe. Es sei jedoch nicht feststellbar, dass die Klägerin auch auf die in ihrem Fall bestehende *Erhöhung* der Gefahr einer (weiteren) Schädigung des Nervus femoralis hingewiesen worden wäre. Der Einwand der hypothetischen Einwilligung greife nicht durch. Die Klägerin habe einen Entscheidungskonflikt plausibel dargelegt. Das Risiko einer Nervschädigung habe sich bei der Operation auch verwirklicht. 8

Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass ein (schadensursächlicher) Behandlungsfehler nicht festgestellt werden könne. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten des Urteilstenors und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 10

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren erstinstanzlichen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. 11

Die Beklagte meint, dass das Landgericht die Aussage des Zeugen Dr. F2 falsch gewürdigt habe, und behauptet, dass der Zeuge sehr wohl auf risikoerhöhende Umstände hingewiesen habe. Es sei zu berücksichtigen, dass Deutsch nicht die Muttersprache des Zeugen sei. Zudem habe die Klägerin entgegen der Wertung des Landgerichts keinen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht. Die Klägerin habe entsprechende Fragen im Kammertermin ausschließlich aus der Perspektive ex post beantwortet. 12

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie behauptet, dass sie bei einer vollständigen Aufklärung „unzweifelhaft die Entscheidung zur Durchführung der Operation nie getroffen hätte“. Der Eingriff sei ihr als „Routineeingriff“ dargestellt worden. Das ausgerichtete Schmerzensgeld von 25.000 € liege am unteren Ende des Vertretbaren. 13

Der Senat hat die Klägerin im Termin vom 02.11.2016 persönlich angehört, ferner hat der Sachverständige Prof. Dr. F sein Gutachten mündlich weiter erläutert. Wegen der Einzelheiten wird auf den Berichterstattervermerk vom 30.11.2016 Bezug genommen.	14
II.	15
Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet.	16
Die Berufung ist auch begründet. Sie führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils und zur Klageabweisung. Der Klägerin stehen weder vertragliche noch deliktische Ansprüche auf Schmerzensgeld oder materiellen Schadensersatz gegen die Beklagte aus der streitgegenständlichen Behandlung zu.	17
1. Wie bereits das Landgericht folgt auch der Senat in den medizinischen Fachfragen den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. F. An der persönlichen und fachlichen Kompetenz des Sachverständigen besteht kein Zweifel. Er ist dem Senat aus einer Vielzahl anderer Verfahren als besonders kenntnisreich und zuverlässig bekannt. Im Senatstermin konnte er sämtliche medizinischen Fachfragen klar und plausibel beantworten.	18
2. Es kann nicht festgestellt werden, dass es vor, während oder nach der Prothesenimplantation vom 17.08.2012 zu schadensursächlichen Behandlungsfehlern im Haus der Beklagten gekommen wäre. Der Senat nimmt insoweit zunächst Bezug auf die – von der Klägerin nicht angegriffenen – Ausführungen des Landgerichts unter Ziffer 2. der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils.	19
Der Sachverständige hat im Senatstermin noch einmal bestätigt, dass die präoperative Planung und die Durchführung der Operation selbst keine Fehler erkennen lassen. Ob vor der Operation das Bewegungsausmaß und die Motorik hätten überprüft werden müssen, kann dahinstehen, da das mutmaßliche Untersuchungsergebnis – Hüftbeugerschwäche rechts – dem Sachverständigen zufolge nichts an der Operationsindikation geändert und auch sonst keine andere Behandlung erfordert hätte (S. 7 des Protokolls zum Kammertermin vom 22.07.2015, Bl. 143 der Akten).	20
Eine postoperative neurologische Untersuchung wäre dem Sachverständigen zufolge wünschenswert gewesen. Er hat jedoch im Senatstermin klargestellt, dass das Unterlassen der Untersuchung nicht als Behandlungsfehler zu werten sei. Im Übrigen hätte eine frühzeitige Untersuchung, wie bereits vom Landgericht dargelegt, keine Änderung im weiteren Behandlungsverlauf nach sich gezogen.	21
3. Ob die Klägerin vor der Operation vom 17.08.2012 hinreichend aufgeklärt wurde, ist zweifelhaft, kann aber letztlich dahinstehen, da entgegen der Auffassung des Landgerichts jedenfalls der Einwand der hypothetischen Einwilligung durchgreift.	22
a) Die Klägerin rügt, sie sei nicht darauf hingewiesen worden, dass das Risiko einer irreversiblen Schädigung des Nervus femoralis aufgrund ihrer zahlreichen Voroperationen erhöht gewesen sei. Vielmehr habe der Operateur Dr. S ihr gegenüber von einem „Routineeingriff“ gesprochen. Jedenfalls erstinstanzlich hat die Klägerin weiter gerügt, dass sie nicht über die konkreten Auswirkungen einer Schädigung des Nervus femoralis informiert worden sei.	23

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, dass der Zeuge Dr. F2 die Klägerin am Vortag der Operation über das übliche Risiko einer Nervschädigung mit möglichen Lähmungsfolgen aufgeklärt habe. Diese Feststellung ist nicht zu beanstanden.	
Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass eine Aufklärung über die <i>Erhöhung</i> des Nervschädigungsrisikos nicht feststellbar sei. Richtig ist insoweit zunächst, dass die Klägerin darüber informiert werden musste, dass das Risiko eines Nervschadens in ihrem Fall aufgrund der zahlreichen Voroperationen, die offenbar bereits zu einer Vorschädigung des Nervus femoralis geführt hatten, erhöht war. Die Klägerin musste auch darüber aufgeklärt werden, dass eine Nervschädigung gravierende Auswirkungen haben kann, insbesondere (dauerhafte) Lähmungen (zum Aufklärungsumfang beim Risiko einer Lähmung vgl BGH, Urt. v. 11.10.2016 – VI ZR 462/15).	25
Ob die Aufklärung vor der Operation vom 17.08.2012 diesen Anforderungen genügte, ist sehr zweifelhaft. Der Aufklärungsbogen lässt keine Hinweise auf risikoe erhöhende Umstände erkennen, weder im vorgedruckten noch im handschriftlichen Teil. Im gedruckten Teil heißt es, dass Nervenverletzungen „sehr selten“ seien. Es ist auch fraglich, ob Dr. F2 überhaupt von der Risikoerhöhung wusste, denn aus den Krankenakte ergibt sich nicht, dass er vor dem Aufklärungsgespräch an der Behandlung der Klägerin beteiligt gewesen wäre.	26
Der Senat hat den Zeugen vorsorglich zum Senatstermin geladen, um ihn gegebenenfalls noch einmal zum Aufklärungsgespräch vom 16.08.2012 zu vernehmen. Der Zeuge, der in Belgien leben soll, ist nicht zum Termin erschienen. Hieraus folgt noch nicht die Unerreichbarkeit des Beweismittels, eine Vernehmung des Zeugen ist jedoch entbehrlich, da jedenfalls – wie bereits ausgeführt – von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin auszugehen ist, sodass dahinstehen kann, ob die Aufklärung defizitär war.	27
b) Der Einwand des Behandlers, der Patient hätte sich dem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen (hypothetische Einwilligung), ist grundsätzlich beachtlich. 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 (BGH NJW 2007, 2771 Rn. 17).	28
Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin einen Entscheidungskonflikt glaubhaft dargelegt habe. Der Senat teilt diese Ansicht nach erneuter persönlicher Anhörung der Klägerin nicht.	29
Die Klägerin hat im Senatstermin erklärt, dass sie sich bei einem Hinweis auf ein erhöhtes Risiko von Nervenverletzungen mit möglichen Lähmungsfolgen auf keinen Fall hätte operieren lassen, sondern lieber weiter Tabletten genommen hätte. Dies ist nach Würdigung der relevanten Umstände des Falls nicht plausibel:	30
aa) Der Leidensdruck der Klägerin war sehr groß. Gemäß einem Arztbrief der Beklagten vom 19.04.2012 (Anlage K1 zur Klageschrift) stellte sich die Klägerin am 18.04.2012 „wegen stärkster Ruhe- und Belastungsschmerzen im rechten Hüftgelenk“ im Haus der Beklagten vor. Die Klägerin hat die Richtigkeit dieser Darstellung nicht in Abrede gestellt, vielmehr hat sie gegenüber dem Sachverständigen angegeben, dass die Schmerzen vor der Operation so stark gewesen seien, dass sie kaum noch habe laufen können (S. 9 des	31

Gutachtens vom 25.09.2014). Hierzu passend hat die Klägerin im Kammertermin von „Schmerzen ohne Ende“ gesprochen.

bb) Wesentlich kommt hinzu, dass eine konservative Behandlung der gravierenden Beschwerden der Klägerin keine ernsthafte Alternative mehr darstellte. Die Klägerin hatte nach eigenen Angaben in immer kürzeren Abständen und immer höherer Dosis Cortison von ihrem Hausarzt erhalten, bis dieser sagte, dass es so nicht weitergehe. Sie hatte nach eigenen Angaben auch schon das Opioid Tramadol genommen. Dennoch litt sie, wie oben dargelegt, unter starken Schmerzen. Zudem folgt aus den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen, dass die Einnahme von Cortison oder Schmerzmitteln „im BtM-Bereich“ wegen der erheblichen Nebenwirkungen und des steigenden Wirkstoffbedarfs insbesondere bei jungen Patienten keine dauerhafte Lösung darstellt. 32

Die Klägerin hatte sich im Februar 2012 sogar schon einer Facettendenervation unterzogen, da die Vermutung bestand, dass ihre Beschwerden vom Rücken herrühren könnten. Auch diese Operation war erfolglos geblieben. Damit versprach nur noch die TEP-Implantation Aussicht auf eine nachhaltige Besserung der Beschwerden der Klägerin. Eine fortgeschrittene Coxarthrose stand objektiv fest. Die Operation war auf Dauer praktisch unvermeidlich. 33

cc) Zu bedenken ist außerdem, dass das Risiko einer Nervschädigung zwar erhöht, aber nicht exorbitant hoch war. Der Sachverständige hat im Senatstermin ausgeführt, dass genaue Wahrscheinlichkeitsangaben nicht möglich seien. Bei TEP-Wechsel-Operationen sei das Risiko von Nervschäden gegenüber Ersteingriffen etwa verdoppelt auf ca. 2 bis 6 %, dies allerdings unter Einschluss leichter und passagerer Schäden. Die Wahrscheinlichkeit eines so gravierenden Nervschadens, wie er vorliegend eingetreten ist, hat der Sachverständige auch für den konkreten Fall der Klägerin auf „sicher unter 1 %“ beziffert. Dass eine Aufklärung über die vorgenannten Umstände die Klägerin von der letztlich alternativlosen Operation abgehalten hätte, ist in Anbetracht ihres Leidensdrucks nicht plausibel. 34

dd) Ein Hinauszögern der Operation wäre zwar möglich gewesen, es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Klägerin diese Option bei ordnungsgemäßer Aufklärung gewählt oder auch nur ernsthaft in Betracht gezogen hätte: 35

Zu beachten ist zunächst, dass sich die Klägerin dem erhöhten Nervschädigungsrisiko durch ein Aufschieben der Operation nicht hätte entziehen können. Der Sachverständige hat die naheliegende Überlegung, dass das Risiko bei einer späteren Operation nicht geringer gewesen wäre, im Senatstermin bestätigt. 36

Zudem ist der Senat davon überzeugt, dass die Klägerin an einer raschen Besserung ihrer Situation interessiert war. Dies folgt zwanglos bereits aus der Stärke ihrer Beschwerden. Hinzu kommt, dass die Klägerin vor der Operation seit Monaten arbeitsunfähig war. Dies ergibt sich eindeutig aus den beigezogenen Krankenunterlagen (Entlassungsbericht der Fachklinik D vom 22.10.12, Karteikarte Dr. C) und aus der Anlage K5 zur Klageschrift im Betragsverfahren LG Münster 108 O 69/15 (Bl. 211 der hiesigen Akten). Die Äußerung der Klägerin im Kammertermin, dass sie vor der Operation noch habe arbeiten können, ist damit widerlegt. Im Senatstermin hat die Klägerin die Arbeitsunfähigkeit vor der Operation eingeräumt, jedoch behauptet, dass dies nichts mit der Hüfte zu tun gehabt habe, sondern Folge der Rückenoperation im Februar 2012 gewesen sei. Auch dies ist nach Überzeugung des Senats unrichtig: Es ist nicht ansatzweise ersichtlich, dass die Rückenoperation relevante Beschwerden verursacht hätte, die bis zur TEP-Implantation fast sechs Monate später angehalten hätten. Zudem hat die Klägerin am Ende des Senatstermins selbst eingeräumt, 37

dass sie zur Beklagten gegangen sei, um gesund zu werden und ihrer Arbeit (als Schuhverkäuferin) wieder nachgehen zu können. Ein Aufschieben der Operation hätte die Klägerin diesem Ziel naturgemäß nicht näher gebracht.

Hinzu kommt noch, dass die schmerzbedingte Schonung und Fehlbelastung die Situation der Klägerin auf Dauer verschlimmert hätte, wie der Sachverständige – auch insoweit überzeugend – im Senatstermin ausgeführt hat. 38

Das Argument des Landgerichts, dass ein Hinausschieben der Operation angesichts des Alters der Klägerin durchaus sinnvoll gewesen wäre, um eine spätere Wechseloperation zu vermeiden, verfängt schon deshalb nicht, weil sich die Klägerin, der die Darlegung des Entscheidungskonflikts obliegt, selbst gar nicht auf solche Überlegungen berufen hat. Im Übrigen hätte die Klägerin die Operation wohl um Jahre hinauszögern müssen, um einen echten Effekt zu erzielen. In Anbetracht der gravierenden Beschwerden der Klägerin und ihres Wunsches, wieder arbeiten zu können, wäre das keine sinnvolle Option gewesen. 39

ee) Zu beachten ist noch, dass die Klägerin offenbar Vertrauen zum Operateur Dr. S hatte. Sie hat im Kammertermin gesagt, dass er einen „guten Ruf“ gehabt habe. Zudem habe sich eine Arbeitskollegin kurz vorher im Haus der Beklagten operieren lassen. Diese sei nach zwei Monaten wieder voll arbeitsfähig gewesen und habe ihr – der Klägerin – gesagt, wie gut Dr. S sei. 40

ff) Nach dem Gesagten liegt ein Entscheidungskonflikt fern. Aus dem eigenen schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Klägerin folgt nichts anderes. Ihre Behauptung, sie hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung „unzweifelhaft“ gegen die Operation entschieden, ist erkennbar vom nachträglich erlangten Wissen um die Risikoverwirklichung geprägt. So hat die Klägerin im Senatstermin noch einmal eindringlich geschildert, dass sie vor der Operation – anders als heute – habe laufen und Auto fahren können. Sie habe „ein Leben“ gehabt. Dass sich die Klägerin aus heutiger Sicht nicht noch einmal für die Operation entscheiden würde, ist nachvollziehbar. Maßgeblich ist jedoch die Situation vor der Operation. Ordnungsgemäß aufgeklärt, hätte die Klägerin damals vor der Entscheidung gestanden, ob sie wegen des erhöhten Nervschädigungsrisikos auf die grundsätzlich gewünschte TEP-Implantation verzichtet. Für einen solchen Verzicht bzw. einen echten Entscheidungskonflikt in der Situation ex ante gibt das Vorbringen der Klägerin letztlich nichts her. Vielmehr hat die Klägerin bereits im Kammertermin selbst gesagt, dass es „damals eigentlich keine andere Möglichkeit mehr gab“ (S. 6 des Terminprotokolls). 41

c) Ob Dr. S die geplante Operation der Klägerin gegenüber als „Routineeingriff“ bezeichnet hat, kann dahinstehen. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Klägerin in jedem Fall in den Eingriff vom 17.08.2012 eingewilligt hätte. Eine etwaige Fehlvorstellung über die Risiken der Operation wäre demnach nicht haftungsrelevant. 42

Im Übrigen wäre eine unzulässige Verharmlosung der Risiken durch den Begriff „Routineeingriff“ nicht festzustellen. Grundsätzlich sind Hüft-TEP-Implantationen in Deutschland Routine. Ob dies auch dann gilt, wenn es – wie im Fall der Klägerin – zahlreiche Voroperationen gab, hängt dem Sachverständigen zufolge von der Erfahrung des Operateurs ab. Hier fand die Operation in einem zertifizierten Prothesenzentrum statt, folglich dürfte der Operateur Dr. S über erhebliche Erfahrung verfügt haben (vgl. die Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin). Dass es gewisse Besonderheiten gab, war der Klägerin ohnehin bekannt, denn sie wusste, dass die Prothese in ihrem Fall maßgefertigt werden musste. 43

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 45

IV. 46

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. 47