

---

**Datum:** 18.04.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 U 59/15  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2016:0418.3U59.15.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 1 O 241/12  
**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 09.02.2015 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird durch einstimmigen Senatsbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Berufungsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar (§ 708 Nr. 10 ZPO).

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 100.000 € festgesetzt.

---

**Gründe:**

1

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die angefochtene Entscheidung hält rechtlicher Überprüfung stand. Sie beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, den Beklagten günstigere Entscheidung. Auch die weiteren Voraussetzungen einer Beschlusszurückweisung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2-4 ZPO sind erfüllt.

2

3

Zur näheren Begründung und zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen im Hinweisbeschluss des Senats vom 15.02.2016 Bezug genommen. Die hierzu erfolgte Stellungnahme der Beklagten vom 17.03.2016 und ihr weiterer Schriftsatz vom 08.04.2016 geben keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung.

1. Der Einwand der Beklagten, der Senat überspanne die Anforderungen an den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung, verfährt nicht. 4

Das Landgericht hat die Beklagte zu 2. am 18.12.2013 persönlich zur Frage der Aufklärung angehört. Dabei hat die Beklagte zu 2. – entgegen der jetzt erfolgten Darstellung der Beklagten – nicht erklärt, die Klägerin mündlich über die fehlende Zulassung des Flüssigembolisats und die Möglichkeit unbekannter Risiken aufgeklärt zu haben, auch nicht auf ausdrückliche Nachfrage des Landgerichts (S. 8 des Terminsprotokolls, Bl. 287 der Akten). Die Beklagte zu 2. hat auch nicht etwa erklärt, dass sie *üblicherweise* auf die o.g. Umstände hinweise und lediglich an den konkreten Fall der Klägerin keine Erinnerung mehr habe. Eine erneute persönliche Anhörung der Beklagten zu 2. ist vor diesem Hintergrund nicht geboten. 5

Eine ordnungsgemäße mündliche Aufklärung kann auch nicht anhand der schriftlichen Einwilligungserklärung der Klägerin zur Studienteilnahme vom 07.10.2009 festgestellt werden (S. 15 f. der Anlage B5 zur Klageerwiderung, Bl. 90 f. der Akten). Es ist nicht erkennbar, dass die darin enthaltene Formulierung „ich habe dieses Formular (...) gelesen und verstanden, und die darin enthaltenen Informationen wurden mir mündlich erläutert“ den Tatsachen entsprochen hätte. Die bereits angesprochene persönliche Anhörung der Beklagten zu 2. hat für eine mündliche Erläuterung der umfangreichen schriftlichen Studieninformation – mit den darin enthaltenen Hinweisen auf die fehlende Zulassung und die Möglichkeit unbekannter Risiken – nichts ergeben, insbesondere hat die Beklagte zu 2. die Frage des Gerichts, „inwiefern Details des Bogens zur Studie durchgegangen werden“, ausweichend beantwortet. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Studieninformation entgegen ihrer oben zitierten schriftlichen Erklärung offenbar nicht gelesen hatte und auch nicht lesen konnte, was die Richtigkeit der Erklärung auch hinsichtlich der mündlichen Erläuterung zusätzlich in Zweifel zieht. Auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (S. 9 UA) und im Hinweisbeschluss des Senats vom 15.02.2016 (dort S. 3) wird Bezug genommen. Die Beklagten haben auch in ihren jüngsten Schriftsätzen nicht dargelegt, bei welcher Gelegenheit die Klägerin die schriftliche Studieninformation vor ihrer Einwilligungserklärung gelesen habe oder hätte lesen können. 6

Schließlich lässt sich eine ordnungsgemäße Aufklärung auch nicht der schriftlichen „Einverständniserklärung zur endovaskulären Intervention“, ebenfalls vom 07.10.2009, entnehmen (Anlage B6 zur Klageerwiderung, Bl. 92 f. der Akten). Die Beklagte zu 2. hat dort handschriftlich Alternativen zur Flüssigembolisation sowie zahlreiche Risiken des Eingriffs notiert, jedoch nicht die fehlende Zulassung des Embolisats oder einen Hinweis auf mögliche unbekannte Risiken. 7

2. Der Senat hält daran fest, dass nicht von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin ausgegangen werden kann. 8

Der nunmehr erfolgte Vortrag der Beklagten, das zum Einsatz gelangte Flüssigembolisat härte schneller aus und biete daher den Vorteil einer kürzeren Eingriffsdauer, bezieht sich offenbar auf einen Vergleich mit einem älteren Flüssigembolisat. Maßgeblich ist jedoch der Vergleich zur hinlänglich erprobten Standardmethode des (stentgestützten) Coilings, die alternativ zur Behandlung des Aneurysmas der Klägerin zur Verfügung stand. Aber selbst 9

wenn die Eingriffsdauer bei der Anwendung eines Flüssigembolisats kürzer sein sollte als beim Coiling, wöge dieser Vorteil – auch im Zusammenspiel mit den anderen möglichen Vorteilen der Flüssigembolisation – nicht so schwer, dass mit der erforderlichen Sicherheit von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin auszugehen wäre.

3. Die Beklagten tragen mit Schriftsatz vom 17.03.2016 vor, es sei ungeklärt, ob das Platzen des Ballons während des Eingriffs überhaupt auf das neue Embolisat zurückzuführen sei; es komme auch ein Materialfehler des Ballons oder eine Materialermüdung in Betracht. Dieser Vortrag ist neu und nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Er steht in Widerspruch zum erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten, dass eine – vor dem Eingriff unbekannte – Unverträglichkeit zwischen dem neuen Embolisat und dem Ballonmaterial zum Platzen geführt habe (S. 2 des Schriftsatzes vom 19.09.2013, Bl. 274 der Akten; S. 2 des Schriftsatzes vom 21.10.2013, Bl. 277 der Akten). 10

Im Übrigen gilt für die Frage, ob sich ein aufklärungspflichtiges Risiko haftungsbegründend verwirklicht hat, das Beweismaß des § 287 ZPO (BGH NJW-RR 2010, 833 Rn. 13; NJW 2011, 375 Rn. 18). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Beklagten jedenfalls dann haften, wenn das Platzen des Ballons mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf einem zuvor unbekannten, von dem neuen Flüssigembolisat ausgehenden Risiko beruhte. Eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht; nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme deutet sogar alles auf eine schadensursächliche Unverträglichkeit zwischen Embolisat und Ballonmaterial hin (vgl. S. 9 f., 13 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2013, Bl. 288 f., 292 der Akten). 11