
Datum: 05.07.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 172/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0705.3U172.16.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 1 O 262/13

Schlagworte: Nierenlebendspende, Organspende, Aufklärung, hypothetische Einwilligung

Normen: TPG § 8

Leitsätze:

Zur Vereinbarkeit der Nierenlebendspende mit § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) TPG.

Ein Verstoß gegen die formellen Aufklärungsanforderungen aus § 8 Abs. 2 Sätze 3-5 TPG führt nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Spenders in die Organlebendspende (Festhaltung OLG Hamm, Urt. v. 07.09.2016 - 3 U 6/16).

Der Einwand der hypothetischen Einwilligung ist auch im Bereich der Organlebendspende beachtlich (Festhaltung OLG Hamm, Urt. v. 07.09.2016 - 3 U 6/16).

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 05.09.2016 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der am ###.##.1964 geborene Kläger spendete seiner Ehefrau, der Zeugin Y, die damals dialysepflichtig war, am 19.08.2010 im Haus der Beklagten zu 5. eine Niere. Operateur des Klägers war der Beklagte zu 1. Die Beklagten zu 2. bis 4. waren als Nephrologen an der Behandlung des Klägers beteiligt. Der Kläger macht geltend, dass die Nierenspende kontraindiziert und aufgrund formeller und inhaltlicher Aufklärungsmängel rechtswidrig gewesen sei. Er behauptet, dass die Spende zu einer als krankhaft zu wertenden Herabsetzung der Nierenfunktion und – neben weiteren Folgen – zu chronischer Müdigkeit (Fatigue-Syndrom) geführt habe.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung materiellen Schadensersatzes i.H.v. 59.629,25 € (Verdienstausschlag und Behandlungskosten), eines angemessenen Schmerzensgeldes (Vorstellung: 100.000 €), einer Erwerbsschadensrente i.H.v. 4.267,75 € monatlich seit dem 31.01.2014 und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 9.829,40 € zu verurteilen. Ferner hat er die Feststellung der gesamtschuldnerischen Einstandspflicht der Beklagten für weitere materielle und immaterielle Schäden vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs begehrt.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und zur näheren Darstellung der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 05.09.2016 Bezug genommen, wobei zum unstreitigen Geschehensablauf Folgendes zu ergänzen bzw. zu korrigieren ist:

Am 19.02.2009 stellten sich der Kläger und seine Ehefrau erstmals im Haus der Beklagten zu 5. vor, um die Möglichkeit einer Nierenlebendspende zu erörtern. Vom 03. bis zum 06.03.2009 folgte ein stationärer Aufenthalt der Ehefrau des Klägers im S-Krankenhaus mit diversen vorbereitenden Untersuchungen. In der Folgezeit unterzog sie sich einer Hysterektomie, nachdem ein Gebärmutterhalskrebs diagnostiziert worden war. Im Oktober 2009 wurde sie wegen Nierenversagens dialysepflichtig. Nach anfänglicher Dialyse im S-Krankenhaus erfolgte ein Umstieg auf eine häusliche apparative Peritonealdialyse.

Am 01.02.2010 stellten sich der Kläger und seine Ehefrau erneut im Haus der Beklagten zu 5. vor. Hierbei wies der Kläger auf seine chronische Darmerkrankung Colitis ulcerosa hin. Er teilte mit, dass diese seit ca. fünf Jahren ohne nennenswerten Schub geblieben sei und mit „Salofalk“ (Wirkstoff Mesalazin) behandelt werde.

Vom 22. bis zum 24.02.2010 fanden verschiedene Untersuchungen zur Spenderfähigkeit des Klägers im Haus der Beklagten zu 5. statt. Wegen der Ergebnisse wird auf die Anlagen zum Schriftsatz der Beklagten vom 19.06.2017 Bezug genommen (Bl. 1535 ff. der Akten, speziell Bl. 1566-1607). Die im Tatbestand des angefochtenen Urteils genannte glomeruläre Filtrationsrate (GFR) von 72 ml/min wurde am 19.02.2009 ermittelt, nicht 2010. Zu ergänzen

ist noch, dass sich der Wert auf eine Körperoberfläche von 1,73 m² (Normwert) bezieht.

Am 24.02.2010 fand ein Gespräch des Klägers und seiner Ehefrau mit dem Beklagten zu 4. statt. Der Beklagte zu 4. empfahl dem damals 102 kg schweren Kläger eine Gewichtsreduktion vor einer etwaigen Nierenspende. Der Kläger erhielt den Bogen „Patienteninformation und Einverständniserklärung zur Lebendnierenspende“ (Anl. K2 zur Klageschrift). 9

Ebenfalls am 24.02.2010 befanden sich der Kläger und seine Ehefrau zur „psychosomatischen Evaluation“ im LVR-Klinikum Essen (im angefochtenen Urteil dargestellt als „Gespräche mit den Psychiatern der Beklagten zu 5“). 10

Am 13. und 14.07.2010 fanden die im Tatbestand des angefochtenen Urteils dargestellten Gespräche statt. Das Gewicht des Klägers war zu diesem Zeitpunkt auf 94 kg reduziert. Im Anschluss an das Aufklärungsgespräch vom 14.07.2010 unterschrieben der Kläger, der Beklagte zu 1. und der Beklagte zu 2. die o.g. „Patienteninformation und Einverständniserklärung zur Lebendnierenspende“. 11

Am 13.07.2010 und am 17.08.2010, dem Tag der stationären Aufnahme des Klägers, wurden jeweils weitere Blut- und Urinuntersuchungen durchgeführt. Wegen der Ergebnisse wird erneut auf die Anlagen zum Schriftsatz der Beklagten vom 19.06.2017 Bezug genommen (speziell Bl. 1574 ff. der Akten). 12

Die Nierenentnahme am 19.08.2010 wurde im Wege eines offenen Eingriffs durchgeführt. 13

Am 25.08.2010 wurde der Kläger aus der stationären Behandlung der Beklagten zu 5. entlassen. In der Folgezeit fanden mehrere Nachuntersuchungen in der nephrologischen Ambulanz der Beklagten zu 5. statt. Dabei äußerte der Kläger wiederholt Wohlbefinden (zuletzt am 21.03.2011). 14

Am 04.01.2011 dokumentierte der Hausarzt T des Klägers, dass dieser sich „schlapp und noch nicht wieder so leistungsfähig“ fühle. Der Kläger wurde krankgeschrieben. 15

Am 04.07.2011 zeigte die ARD in der Sendung „Report Mainz“ einen Bericht über Lebendnierenspender, die nach der Spende am „Chronischen Fatigue-Syndrom“ (CFS) erkrankt seien. Der Kläger sah den Bericht kurz darauf im Internet. 16

Am 11.07.2011 schickte der Kläger eine E-Mail an die Beklagten zu 2. bis 4. (Bl. 546 f. der Akten). Er klagte darin über permanente Müdigkeit, Motivations- und Antriebslosigkeit, Konzentrationsprobleme, Vergesslichkeit, tägliche Kopfschmerzen sowie Narben- und Hautprobleme. Er wies auf die o.g. Fernsehsendung und zusätzliche eigene Internetrecherchen hin und schrieb: „Erst jetzt verfügen wir über die Informationen, die wir vor der Spende gebraucht hätten und wenn es dennoch zur Spende gekommen wäre, was sehr wahrscheinlich ist, weil es eben auch eine emotionale und keine rein rationale Entscheidung ist, hätte eine automatische Nachsorge mit zielgerichteter Therapie das Mindeste für den Spender sein müssen.“ 17

In einer ärztlichen Bescheinigung des Nephrologen Dr. E vom 24.07.2014 heißt es, dass sich das Befinden des Klägers seit einer Testogel-Behandlung wegen eines niedrigen Testosteronspiegels „deutlichst gebessert“ habe (Bl. 414 der Akten). 18

Das Landgericht Essen hat die Klage nach persönlicher Anhörung des Klägers und der Beklagten zu 1. bis 3., Vernehmung von Zeugen und Einholung eines 19

transplantationschirurgischen Gutachtens des Sachverständigen L abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Nierenlebendspende sei nicht kontraindiziert gewesen. Die Durchführung der Operation habe dem fachärztlichen Standard entsprochen. 20

Die Aufklärung des Klägers habe den formellen Anforderungen des Transplantationsgesetzes (TPG) entsprochen. Eine Aufklärung über das Risiko eines CFS sei im Jahr 2010 nicht geboten gewesen, im Übrigen sei die Risikoverwirklichung fraglich. Die Risiken einer späteren Dialysepflicht, eines Bluthochdrucks, einer Erhöhung des Homocysteinwertes und einer Verminderung der Vitamin D-Aktivierung seien ebenfalls nicht aufklärungspflichtig gewesen, zudem könne keine Risikoverwirklichung festgestellt werden. 21

Die Aufklärung des Klägers über die Möglichkeit eines kritischen Abfalls der Nierenwerte und die Reduzierung der Nierenfunktion durch die Spende sei unzureichend gewesen. Außerdem hätte der Kläger, so das Landgericht weiter, über die nierenschädigende Wirkung von Medikamenten zur Behandlung der Colitis ulcerosa und über die Möglichkeit einer laparoskopischen Operation aufgeklärt werden müssen. Im Hinblick auf die genannten Aufklärungsdefizite sei jedoch von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen. Die Kammer sei davon überzeugt, dass der Kläger seine Niere auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung gespendet hätte. 22

Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Schlussanträge vollumfänglich weiter. Vorsorglich beantragt er, gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO zu entscheiden. Auf Bl. 1614 i.V.m. Bl. 1458 f. der Akten wird Bezug genommen (S. 2 des Protokolls zum Senatstermin vom 05.07.2017 i.V.m. S. 1 f. der Berufungsbegründung). 23

Zur Begründung der Berufung bringt der Kläger im Wesentlichen Folgendes vor: 24

Der Kläger meint, dass der Sachverständige L als Chirurg und Transplantationsmediziner zur Beurteilung des Sachverhalts ungeeignet sei. Als geeigneter Sachverständiger komme ein Nephrologe ohne transplantationsmedizinische Tätigkeit in Betracht. 25

Der Kläger behauptet, dass die Nierenspende kontraindiziert gewesen sei, und zwar wegen der chronischen Colitis ulcerosa, der präoperativen Nierenfunktion und einer präoperativen Hypercholesterinämie. Jedenfalls, so der Kläger weiter, wäre eine genauere Bestimmung der Nierenfunktion mittels der Inulinclearance angezeigt gewesen. Mit Blick auf den spendenbedingten Abfall der Nierenfunktion behauptet der Kläger, dass die funktionale Definition der Nierenkrankheit auch für einnieriige Patienten gelte. Dies ergebe sich explizit aus den zur Zeit der Spende gültigen KDOQI-Guidelines. 26

Der Kläger ist der Ansicht, dass die formellen Spendenvoraussetzungen des TPG nicht erfüllt gewesen seien. Es habe kein dritter, unabhängiger Arzt am Aufklärungsgespräch teilgenommen. Zudem fehle ein Aufklärungsprotokoll. Entgegen der im Verfahren OLG Hamm 3 U 6/16 vom Senat vertretenen Auffassung führten die Verstöße zur Unwirksamkeit der Aufklärung und der Einwilligung. Auch eine hypothetische Einwilligung komme insoweit nicht in Betracht. 27

Der Kläger rügt, dass die Aufklärung auch inhaltlich fehlerhaft gewesen sei, und zwar noch über die vom Landgericht festgestellten Defizite hinaus. So meint der Kläger, dass eine Aufklärung über das CFS- bzw. Fatigue-Risiko geboten gewesen wäre. Entsprechendes gelte „für die Risiken Dialysepflicht, Bluthochdruck, Homocystein und Vitamin D“. Zudem, so der 28

Kläger weiter, hätten die Ergebnisse einer wenige Jahre zuvor an der Klinik der Beklagten durchgeführten Studie in die Aufklärung einfließen müssen. Der Kläger behauptet, dass ihm die Beklagten zu 2. und 4. mehrfach versichert hätten, dass das Risiko für ihn nur aus den üblichen OP-Risiken bestehe und er sein Leben nach der Spende komplett unverändert weiterführen könne.

Der Kläger vertritt die Auffassung, dass das Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung bei Lebendorganspenden per se unanwendbar sei. Hilfsweise behauptet er (mit näherer Begründung), dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung „definitiv gegen die Spende entschieden“ hätte. 29

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, wobei sie weiterhin die Auffassung vertreten, dass die Risikoaufklärung nicht defizitär gewesen sei. Sie beantragen, die Berufung zurückzuweisen. 30

Der Senat hat den Kläger sowie die Beklagten zu 2., 3. und 4. im Termin vom 05.07.2017 persönlich angehört und die Zeugin Y erneut vernommen. Zudem hat der Sachverständige L sein Gutachten mündlich weiter erläutert. Wegen der Einzelheiten wird auf den Berichterstatteervermerk vom 10.07.2017 (im Folgenden: BEV) Bezug genommen. 31

II. 32

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers ist unbegründet. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, dem Kläger günstigere Entscheidung. 33

Dem Kläger stehen weder vertragliche noch deliktische Ansprüche auf Schmerzensgeld oder materiellen Schadensersatz gegen die Beklagten im Zusammenhang mit der Nierenlebendspende vom 19.08.2010 zu. 34

1. Der Senat folgt in seiner Bewertung des medizinischen Sachverhaltes den Ausführungen des Sachverständigen L. Dieser besitzt entgegen der Rüge des Klägers die nötige Kompetenz zur abschließenden Beantwortung der streitentscheidenden medizinischen Fragen. Die zusätzliche Hinzuziehung eines Nephrologen ist nicht erforderlich. 35

Prof. L ist als langjähriger Direktor einer großen transplantationschirurgischen Klinik, nämlich der Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie der Medizinischen Hochschule X, zweifellos mit den chirurgischen und nephrologischen Grundlagen der Nierenlebendspende vertraut. Er selbst hat im Senatstermin erklärt, dass er die wesentlichen nephrologischen Fragen aus eigener Sachkunde beurteilen könne. Der Senat sieht keinen Anlass, die Richtigkeit dieser Selbsteinschätzung des erfahrenen Sachverständigen anzuzweifeln. Derartige Zweifel ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass der Sachverständige, als es im Senatstermin um Feinheiten der Nierenfunktionsdiagnostik ging, offen eingeräumt hat, dass dies nicht seine „Kernkompetenz“ sei (S. 6 BEV). Der Sachverständige hat nämlich plausibel und überzeugend dargelegt, dass es für die medizinische Vertretbarkeit zur Nierenlebendspende nicht auf einzelne Laborwerte, sondern auf die gesundheitliche Gesamtsituation des Spenders ankommt (näher unten). 36

Entgegen der Auffassung des Klägers ist es auch nicht geboten, einen Sachverständigen zu beauftragen, der selbst nicht innerhalb der Transplantationsmedizin tätig ist. Im Gegenteil ist die praktische Erfahrung des Sachverständigen von Vorteil. Dass er mit seinen Ausführungen 37

indirekt auch sein eigenes Handeln bewertet, liegt in der Natur der fachgebietsgleichen Begutachtung.

2. Ein Behandlungsfehler der Beklagten ist nicht feststellbar. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass die Nierenspende des Klägers kontraindiziert gewesen wäre. Auch waren keine weiteren Befunderhebungen vor der Spende geboten. 38

a) Die chronische Darmerkrankung Colitis ulcerosa des Klägers stand der Nierenspende nicht entgegen. 39

Der Sachverständige hat erstinstanzlich bereits ausgeführt, dass die Colitis ulcerosa ein gewisses Risiko für die Nierenfunktion darstelle, zum einen wegen einer möglichen, aber sehr seltenen direkten Nierenbeteiligung, zum anderen wegen des Einsatzes nierenschädigender Medikamente, z.B. Mesalazin. Im Zeitpunkt der Spende des Klägers sei die Erkrankung seit fünf Jahren schubfrei gewesen. Eine Kontraindikation habe sich aus der Krankheit nicht ergeben. 40

Im Senatstermin hat der Sachverständige diese Einschätzung noch einmal bestätigt. Er hat ergänzend ausgeführt, dass eine Nierenspende durchaus einen Schub der Colitis ulcerosa auslösen könne. Das vom Kläger dauerhaft eingenommene Salofalk mit dem Wirkstoff Mesalazin könne – wie viele andere Medikamente auch – nierentoxisch wirken, obligat sei dies aber nicht. Das Risiko für den Kläger sei durch die Colitis ulcerosa insgesamt erhöht gewesen. Eine exakte Quantifizierung sei mangels verlässlichen Datenmaterials nicht möglich (S. 4 f. BEV). 41

Nach dem Gesagten hat der Sachverständige die mit der Colitis ulcerosa verbundenen Risiken für die Nierenfunktion berücksichtigt und eingeordnet. Seine Einschätzung, dass die Erkrankung insgesamt eine recht geringe und daher medizinisch vertretbare Risikoerhöhung dargestellt habe, ist nachvollziehbar. 42

b) Der Kläger behauptet erstmals, dass die Spende aufgrund einer präoperativen Hypercholesterinämie kontraindiziert gewesen sei. Ob dieser Vorwurf prozessual zulässig ist, dahinstehen, da er jedenfalls in der Sache nicht verfängt. 43

Dem Sachverständigen wurden die präoperativen Cholesterinwerte des Klägers (Bl. 1560, 1567, 1575 der Akten) im Senatstermin vorgehalten. Er hat überzeugend ausgeführt, dass eine Hypercholesterinämie – beim Kläger waren die Gesamtcholesterinwerte leicht erhöht – keine absolute Kontraindikation darstelle. Maßgeblich sei nicht das Cholesterin, sondern der Stoffwechsel insgesamt. Das Cholesterin selbst habe keine direkten Auswirkungen auf die Niere. Hinsichtlich der Stoffwechselproblematik („metabolisches Syndrom“) sei es bei dem Kläger vor der Spende zu einer deutlichen Besserung gekommen. Eine Kontraindikation habe auch insoweit nicht bestanden. 44

c) Die präoperative Nierenfunktion des Klägers stellte ebenfalls keine Kontraindikation dar. 45

Der Sachverständige hat im Senatstermin überzeugend dargelegt, dass es jedenfalls im Jahr 2010 keinen anerkannten unteren Grenzwert für die Nierenfunktion eines potenziellen Nierenlebendspenders gab. Diesbezüglich existierten keine Handlungsanweisungen der Fachgesellschaften oder Ähnliches. Die vom Kläger angeführten „Amsterdam Leitlinien“ (Anlage K57, Bl. 731 f. der Akten) waren dem Sachverständigen zufolge zwar beachtlich, aber nicht verbindlich in dem Sinne, dass eine Unterschreitung des darin genannten GFR- 46

Wertes von 80 ml/min/1,73m² ohne Weiteres zur Annahme eines Behandlungsfehlers führen würde.

Im Übrigen lag die im Februar 2010 beim Kläger aus dem Sammelurin gemessene Kreatininclearance von 86,46 ml/min/1,73 m² oberhalb des genannten Wertes und damit im unteren Normbereich. Andere, nach der MDRD-Formel geschätzte GFR-Werte lagen zwar unterhalb der Schwelle von 80 ml/min/1,73m² (72, 76 und 75 ml/min/1,73 m²). Es gab und gibt dem Sachverständigen zufolge jedoch keine absolut zuverlässige Mess- oder Schätzmethode zur Ermittlung der glomerulären Filtrationsrate. Im Ergebnis kann eine Unterschreitung des Schwellwertes nicht festgestellt werden. Zu beachten ist noch, dass der GFR-Schätzwert nach der MDRD-Formel am 17.08.2010, also unmittelbar vor der Nierenspende, bei 80 ml/min/1,73m² lag. Angemerkt sei außerdem, dass die Beklagten Berechnungen auf Basis der präoperativen Cystatin C-Blutwerte des Klägers vorgelegt haben, denen zufolge die glomeruläre Filtrationsrate bei über 100 ml/min/1,73m² gelegen haben soll (näher Bl. 1373 der Akten). Der Kläger selbst bezeichnet die GFR-Berechnung anhand des Cystatin C-Blutwertes als „sehr genaue Ermittlung der Nierenfunktion“ (S. 4 der Berufungsbegründung).

47

Aufgrund der präoperativen Nierenfunktionswerte des Klägers und dem medizinischen Wissen, dass der Wegfall der gespendeten Niere nur zum Teil von der verbleibenden Niere kompensiert werden kann, war zu erwarten, dass sich die glomeruläre Filtrationsrate nach der Spende im Bereich von 60 ml/min/1,73 m² oder sogar darunter bewegen würde. Ein Wert von unter 60 entspricht formal einer Niereninsuffizienz im Stadium 3 und damit einer chronischen Nierenkrankheit. Der Sachverständige hat jedoch plausibel dargelegt, dass eine derartige formale Betrachtung bei Nierenlebendspendern nicht sachgerecht ist. Die verbleibende Niere ist gesund, und auch der Gesamtorganismus ist trotz der herabgesetzten glomerulären Filtrationsrate nicht automatisch als krank zu betrachten (S. 5 BEV). Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die KDIGO/KDOQI-Guidelines, auf die sich der Kläger beruft, auch für den Fall der Nierenlebendspende Geltung beanspruchen.

48

Wie bereits ausgeführt, kommt es für die Zulassung zur Nierenlebendspende letztlich nicht auf einzelne Laborwerte an, sondern auf die gesundheitliche Gesamtsituation des Spenders, wobei die präoperative Nierenfunktion auch nach Einschätzung des Sachverständigen ein wichtiger Aspekt ist (S. 5 BEV). Der Sachverständige hat die gesundheitliche Gesamtsituation des Klägers vor der Spende, insbesondere die Nierenfunktionswerte, die Stoffwechsellsage und die Colitis ulcerosa, gewürdigt und ist überzeugend zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger aus medizinischer Sicht trotz gewisser Risiken zur Nierenspende zugelassen werden durfte. Zu ergänzen ist noch, dass die gespendete rechte Niere des Klägers gemäß einer präoperativ durchgeführten Nierenfunktionsszintigraphie einen geringeren Anteil an der Gesamtfunktion hatte als die linke Niere (47 % gegenüber 53 %).

49

d) Da die glomeruläre Filtrationsrate als Maß der Nierenfunktion mit keiner Methode sicher bestimmt werden kann und es insoweit auch keine absolute Untergrenze für potenzielle Nierenlebendspender gibt, war eine zusätzliche Ermittlung der Inulinclearance nicht geboten. Der Senat folgt auch insoweit der Einschätzung des Sachverständigen (S. 6 BEV). Ob eine solche Untersuchung in Deutschland mangels Zulassung gar nicht möglich gewesen wäre, wie die Beklagten behaupten, kann dahinstehen.

50

e) Behandlungsfehler bei der Durchführung der Nierenentnahme am 19.08.2010 macht der Kläger nicht mehr geltend und sind auch nicht ersichtlich.

51

52

3. Die Entnahme der Niere des Klägers verstieß auch nicht gegen § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) TPG. Die Organlebendspende ist nach dieser Vorschrift nur zulässig, wenn der Spender „nach ärztlicher Beurteilung als Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird“.

Dass eine Nierenlebendspende eine gewisse Gefährdung des Spenders bedeutet, die über das Operationsrisiko hinausgeht, liegt auf der Hand. So ist naturgemäß die Gefahr eines vollständigen Nierenverlusts, z.B. durch einen Unfall, bei einnieriigen Personen größer als bei zweinieriigen Personen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Nierenlebendspende generell unzulässig wäre. Eine solche Interpretation von § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) TPG widerspräche offensichtlich der Intention des Transplantationsgesetzes, das die Möglichkeit einer zulässigen Nierenlebendspende ausdrücklich anspricht (s. § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG). 53

Die vom Kläger geltend gemachten Folgen der Nierenspende – Abfall der Nierenfunktion, Fatigue-Symptome – betreffen den letzten Teilsatz von § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) TPG. Insoweit ist zu fragen, ob eine „schwere gesundheitliche Beeinträchtigung“ des Klägers durch die Nierenentnahme vorauszusehen war. Dies ist nach den Ausführungen des Sachverständigen zu den möglichen Kontraindikationen zu verneinen. 54

4. Die Nierenspende des Klägers war auch nicht wegen einer Verletzung der formellen Aufklärungsvorschriften des Transplantationsgesetzes rechtswidrig. 55

a) Ob die Aufklärung des Klägers § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG entsprach, ist fraglich. Die Vorschrift besagt, dass die Aufklärung eines Organlebendspenders „in Anwesenheit eines weiteren Arztes, für den § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 entsprechend gilt“, zu erfolgen habe. § 5 Abs. 2 Sätze 1 u. 2 TPG lauten: „Die (...) beteiligten Ärzte dürfen weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe oder Gewebe des Spenders beteiligt sein. Sie dürfen auch nicht Weisungen eines Arztes unterstehen, der an diesen Maßnahmen beteiligt ist.“ Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass die Aufklärung des Klägers am 14.07.2010 durch die Beklagten zu 1. und 2. erfolgte. Da der Beklagte zu 1. die Nierenentnahme vornahm, kommt nur der Beklagte zu 2. als unbeteiligter zweiter Arzt in Betracht. Der Beklagte zu 2. war nicht direkt an der Entnahme oder Übertragung der Niere beteiligt. Er war allerdings wesentlich in die nephrologische Betreuung des Klägers im Haus der Beklagten zu 5. involviert. 56

Ob der Beklagte zu 2. nach dem Gesagten hinreichend unbeteiligt i.S.d. Gesetzes war, kann letztlich dahinstehen, da ein Verstoß nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Klägers in die Nierenspende führen würde, vgl. *Senat VersR 2016, 1572*; OLG Düsseldorf *VersR 2016, 1567*. Die Gegenargumente des Klägers sind nicht stichhaltig: 57

Der Kläger meint, dass § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) TPG letztlich auch auf § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG verweise, da dort die von § 8 Abs. 2 Satz 1 TPG geforderte „verständliche Form“ der Aufklärung gesetzlich konkretisiert werde. Dem ist nicht zu folgen. Der Passus „in verständlicher Form“ hat nichts mit Form- oder Verfahrensvorschriften zu tun. Gemeint ist die inhaltliche Verständlichkeit der Aufklärung, für die die Anwesenheit des unbeteiligten weiteren Arztes keine Rolle spielt. 58

§ 125 BGB, auf den sich der Kläger beruft, ist schon deshalb nicht einschlägig, weil § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG nicht die Form der Einwilligungserklärung regelt, sondern das Verfahren der Aufklärung. 59

Der Kläger zieht eine Parallele zu dem Grundsatz, dass eine wirksame Aufklärung mündlich erfolgen muss. Dieser Grundsatz betrifft indes die Aufklärung als solche, während § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG lediglich die Anwesenheit eines unbeteiligten weiteren Arztes verlangt. Der Umstand, dass die bloße Beobachtung des Aufklärungsgesprächs durch den weiteren Arzt genügt, verdeutlicht im Übrigen die Intention des § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG: Es geht nicht etwa um eine zusätzliche Beratung des Spenders, sondern allein um die Kontrolle und Sicherung der inhaltlichen Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufklärung. Wenn aber die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufklärung feststeht (die Beweislast liegt bei den Behandlern), dann besteht kein Grund, die Einwilligung nur wegen eines Verstoßes gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG für unwirksam zu halten. Diese Überlegung gilt entsprechend, wenn es um die Frage geht, ob inhaltliche Aufklärungsmängel über den Einwand der hypothetischen Einwilligung überwunden werden können.

Das Argument des Klägers, ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG könne nicht sanktionslos bleiben, verfängt ebenfalls nicht. Maßgebend ist, dass das Gesetz selbst die Zulässigkeit der Organspende nicht von der Einhaltung der formellen Aufklärungsvorschriften abhängig macht, vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 b) TPG. Der Sinn und Zweck des Gesetzes erfordert nach dem Gesagten keine erweiternde Auslegung. 61

b) Der Kläger behauptet, dass es „auch im hiesigen Fall kein Protokoll über die Aufklärung“ gebe. Er rügt also offenbar einen Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 4 TPG, der lautet: „Der Inhalt der Aufklärung und die Einwilligungserklärung des Spenders sind in einer Niederschrift aufzuzeichnen, die von den aufklärenden Personen, dem weiteren Arzt und dem Spender zu unterschreiben ist.“ Im vorliegenden Fall genügt die vom Kläger und den Beklagten zu 1. und 2. unterschriebene Anlage K2 zur Klageschrift („Patienteninformation und Einverständniserklärung zur Lebendnierenspende“) diesen Anforderungen. Das Dokument enthält auch versicherungsrechtliche Informationen, wie von § 8 Abs. 2 Satz 5 TPG gefordert. Auf die inhaltliche Richtigkeit der Anlage K2 kommt es hier nicht an. 62

Im Übrigen würde ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 4 oder Satz 5 TPG nichts an der Wirksamkeit der Einwilligungserklärung des Klägers ändern. Insoweit gilt das zu § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG Gesagte entsprechend. 63

5. Inhaltlich war die Aufklärung des Klägers vor der Nierenlebendspende zum Teil unzureichend, dies führt jedoch nicht zur Haftung der Beklagten, da der umfassend erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung durchgreift. Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kläger auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Spende eingewilligt hätte. 64

a) An die Aufklärung eines Organspenders sind wegen des fehlenden medizinischen Nutzens der Spende für den Spender besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH VersR 2006, 838 Rn. 7-9 zur ebenfalls fremdnützigen Blutspende). 65

b) Der Kläger wurde nicht ordnungsgemäß über die zu erwartende Reduzierung der Nierenfunktion aufgeklärt. 66

In der bereits genannten Anlage K2, die dem Kläger am 24.02.2010 ausgehändigt wurde und als Grundlage der mündlichen Aufklärung am 14.07.2010 diente, hieß es: „Nach mehr als 20 Jahren Einnierigkeit wird eine Abnahme der Nierenfunktion festgestellt, die etwa 10 % über das altersentsprechende Maß hinausgeht.“ Weiter hieß es unter Bezugnahme auf eine große Studie, „dass die einseitige Entfernung einer Niere bei einem gesunden Menschen nicht zu einer zunehmenden Einschränkung der Nierenfunktion führt“. 67

Diese Informationen waren irreführend. Sie vermitteln den Eindruck, dass die verbleibende Niere die volle Funktion der gespendeten Niere zumindest annähernd übernehmen würde. Tatsächlich war jedoch damit zu rechnen, dass sich die Nierenfunktion nur auf etwa 70 % der präoperativen Werte erholen würde. Hierauf hätte man den Kläger hinweisen müssen. Zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung hätte außerdem der Hinweis gehört, dass die Nierenfunktionswerte des Klägers schon vor der Spende im unteren Grenzbereich der Norm lagen und dass für die Zeit nach der Spende mit Werten zu rechnen war, die sich formal im Bereich einer chronischen Nierenerkrankung bewegen. In diesem Zusammenhang hätte außerdem das zusätzliche Risiko einer Nierenschädigung durch die Colitis ulcerosa selbst und/oder die diesbezügliche Medikation angesprochen werden müssen.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagten dem Kläger mündliche Informationen erteilt hätten, die wesentlich über die Anlage K2 hinausgegangen wären. Nach schriftsätzlicher Darstellung der Beklagten soll der Kläger über die „Möglichkeit“ informiert worden sein, dass es zu einem Abfall der Nierenfunktionswerte kommt, der „u.U. nicht vollständig durch die verbliebene Niere kompensiert“ wird (S. 3 des Schriftsatzes vom 16.03.2016, Bl. 1266 der Akten). Auch eine solche Information hätte dem Kläger den falschen Eindruck vermittelt, dass es grundsätzlich zu einer vollwertigen Kompensation der Nierenfunktion kommen würde. Entsprechend hat sich der Kläger im Kammertermin vom 05.09.2016 geäußert. Der Beklagte zu 2. hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin zwar erklärt, dass er dem Kläger gesagt habe, die verbleibende Niere würde (lediglich) einen Teil der Funktion der gespendeten Niere übernehmen (S. 3 BEV). Der Senat ist in Anbetracht der Anlage K2 und des schriftsätzlichen Vortrags der Beklagten jedoch nicht von der Richtigkeit dieser Darstellung überzeugt. Im Übrigen will der Beklagte zu 2. dem Kläger auch gesagt haben, dass es in aller Regel zur Kompensation der Nierenfunktion komme, wobei das Ausmaß der Kompensation nicht quantifiziert worden sei. Auch dies entspräche nicht den o.g. Anforderungen an die Aufklärung. 69

Dass sich das Risiko bzw. die Erwartung eines deutlichen Absinkens der Nierenfunktion – bis in den Bereich einer formalen Nierenerkrankung – bei dem Kläger realisiert hat, ist unstreitig. 70

c) Es spricht Einiges dafür – und kann im Hinblick auf die Prüfung der hypothetischen Einwilligung unterstellt werden – dass der Kläger auch auf die Möglichkeit von Fatigue-Erscheinungen als Folge der Nierenlebenspende hätte hingewiesen werden müssen. Eine derartige Aufklärung ist unstreitig nicht erfolgt. 71

Der Sachverständige hat im Senatstermin ausgeführt, dass es bereits im Jahr 2010 ernstzunehmende Publikationen gegeben habe, die auf mögliche Müdigkeitsprobleme nach Nierenlebenspenden hingewiesen hätten (S. 7 BEV). Er hat allerdings auch ausgeführt, dass es „Tausende von Publikationen“ gebe und dass die „Fachcommunity“ das Problem damals noch nicht realisiert habe. Vor diesem Hintergrund hat der Sachverständige bereits erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass eine Aufklärung über das Fatigue-Risiko im Jahr 2010 in Anbetracht der geringen Kenntnisse über Inzidenz und Kausalität verzichtbar gewesen sei. 72

Aufgrund der strengen Anforderungen, die für die Aufklärung von Organlebenspendern gelten, neigt der Senat der Ansicht zu, dass das Fatigue-Risiko entgegen der Ansicht des Sachverständigen bereits im Jahr 2010 aufklärungspflichtig war. Eine ordnungsgemäße Aufklärung hätte allerdings auch die Information beinhaltet, dass es – Stand 2010 – nur wenige Hinweise auf einen möglichen Zusammenhang zwischen einer Nierenlebenspende und späteren Erschöpfungszuständen gab und dass ein solcher Zusammenhang keineswegs gesichert oder anerkannt war (Letzteres gilt dem Sachverständigen zufolge bis heute). 73

d) Möglicherweise hätte der Kläger auch etwas eingehender über das Risiko aufgeklärt werden müssen, im Laufe der Zeit selbst dialysepflichtig zu werden. 74

Unstreitig wurde der Kläger darüber informiert, dass eine Schädigung der verbleibenden Niere, etwa durch einen Unfall oder eine Tumoroperation, zur Dialysepflicht führen kann (vgl. S. 4 der Anlage K2). Das Dialyserisiko nach einer Nierenlebendspende dürfte aber auch unabhängig von punktuellen Ereignissen wie z.B. Unfällen erhöht sein, da die Spende unvermeidlich zu einer Minderung der Nierenfunktion führt. Der Sachverständige hat dementsprechend im Senatstermin ausgeführt, dass schon der gesunde Menschenverstand für eine gewisse Risikoerhöhung spreche. Aussagekräftiges Zahlenmaterial im Vergleich zu Nichtspendern gebe es allerdings nicht (S. 7 BEV). 75

Im Hinblick auf die Prüfung der hypothetischen Einwilligung unterstellt der Senat im vorliegenden Fall, dass der Kläger ausdrücklich auf eine gewisse, nicht näher quantifizierbare Erhöhung des Dialyserisikos auch unabhängig von besonderen Ereignissen hätte hingewiesen werden müssen. 76

e) Der Kläger rügt mit der Berufung noch eine unzureichende Aufklärung über die Risiken „Bluthochdruck, Homocystein und Vitamin D“ sowie „kognitive Einschränkungen“ (S. 12 der Berufungsbegründung). Insoweit sind jedoch keine Aufklärungsdefizite festzustellen. 77

aa) Der Sachverständige hat im Senatstermin ausgeführt, dass ein gewisses Bluthochdruckrisiko bekannt gewesen sei; ein hoher Blutdruck sei aber in aller Regel beherrschbar (S. 7, 12 BEV). 78

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass das Bluthochdruckrisiko im Rahmen der Aufklärung des Klägers angesprochen wurde. Dies folgt aus den entsprechenden Angaben des Beklagten zu 2. und der Zeugin Y im Senatstermin (S. 3, 10 BEV). Der Kläger selbst hat denn auch eingeräumt, dass das Risiko mündlich genannt wurde, er hält aber die diesbezüglichen Angaben im schriftlichen Aufklärungsbogen (Anlage K2) für irreführend. Dieser Einwand verfängt nicht. Das Bluthochdruckrisiko wurde auf S. 4 der Anlage K2 recht ausführlich behandelt. Abschließend hieß es unter Hinweis auf eine große Studie, dass die Spende einer Niere „wohl ... zu einer leichten Erhöhung des Blutdrucks beitragen“ könne. Dass dies in der Sache unzureichend gewesen wäre, lässt sich nicht feststellen. Jedenfalls aber wurde der mündliche Risikohinweis durch den Aufklärungsbogen nicht entwertet. 79

bb) Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, dass sich der Homocysteinspiegel des Blutes durch eine Nierenlebendspende bzw. die dadurch bedingte Niereninsuffizienz erhöhe, wodurch wiederum das Risiko verschiedener Erkrankungen erheblich steige (Arteriosklerose mit Folgen wie Herzinfarkt und Schlaganfall, venöse Thrombose, Embolie, Demenz, erhöhte Frakturrate). Der Kläger meint, dass er über diese Risiken hätte aufgeklärt werden müssen, was unstreitig nicht erfolgt ist. 80

Der Sachverständige hat ausgeführt, dass es im Rahmen einer Niereninsuffizienz zu einem Anstieg des Homocysteinwertes kommen könne. Eine Homocysteinämie sei als Risikofaktor für zerebro- und kardiovaskuläre Erkrankungen sowie venöse Thrombosen anerkannt. Ob ein erhöhter Wert nach einer Nierenlebendspende einen negativen Einfluss habe, lasse sich allerdings selbst anhand jüngerer Studien nicht beantworten. Generell sei die Wissenschaft in der Homocysteinfrage „uneinheitlich bezüglich Wertigkeit, Interpretation und notwendiger Therapie“. Im Ergebnis sei eine Aufklärung verzichtbar (S. 11 f. des Gutachtens vom 09.06.2015, Bl. 656 f. der Akten). 81

Der Senat folgt trotz der strengen Anforderungen an die Aufklärung von Organlebendspendern der Einschätzung des Sachverständigen. Es gab keine konkreten Hinweise auf homocysteinbezogene Risiken eine Nierenlebendspende. Dem Kläger hätten insoweit keine belastbaren Informationen gegeben werden können.

cc) Der Kläger hat in erster Instanz behauptet, dass eine Niereninsuffizienz zu einer Unterversorgung mit Cholecalciferol (ungenau als Vitamin D bezeichnet) führe. Der Mangel führe wiederum zu Demenz, Autoimmunerkrankungen, Osteoporose, kardiovaskulären Erkrankungen, Myokardinfarkten etc. Eine entsprechende Aufklärung ist unstreitig nicht erfolgt. 83

Der Sachverständige hat ausgeführt, dass mit dem Verlust an Nierenmasse eine Verminderung der Vitamin D-Aktivierung statfinde, was im Verlauf zu einem erniedrigten Kalziumspiegel und zu einer Nebenschilddrüsenüberfunktion führe. Longitudinale Studien zur Bedeutung dieses Phänomens bei Nierenlebendspendern gebe es bislang nicht. Die Datenlage sei ungeklärt, sodass keine effektive Aufklärung erfolgen könne (S. 12 des Gutachtens vom 09.06.2015). 84

Der Senat folgt auch an dieser Stelle der Auffassung des Sachverständigen, zumal ein Mangel an Cholecalciferol nach dem eigenen Vortrag des Klägers durch eine Substitutionstherapie ausgeglichen werden kann. 85

dd) Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, dass eine Verminderung der Nierenfunktion per se mit einem Verlust kognitiver Fähigkeiten verbunden sei. Das sei bereits 2010 bekannt gewesen. Eine entsprechende Aufklärung ist unstreitig nicht erfolgt. 86

Der Sachverständige hat in erster Instanz ausgeführt, dass eine chronische Niereninsuffizienz unstrittig einen „neueren unabhängigen Risikofaktor für einen kognitiven Abbau darstelle“. Inwieweit allerdings eine reduzierte glomeruläre Filtrationsrate nach einer Nierenspende bei gesunder erhaltener Niere einen Einfluss habe, könne anhand der Literatur nicht beantwortet werden (S. 9 des Gutachtens vom 09.06.2015). Im Senatstermin hat der Sachverständige ergänzend ausgeführt, dass es 2010 seines Wissens keine ernstzunehmenden Hinweise auf kognitive Einschränkungen durch eine Nierenlebendspende gegeben habe. Nach seinem persönlichen Eindruck im Umgang mit den Spendern gebe es solche Einschränkungen nicht (S. 12 BEV). 87

Im Ergebnis ist die Aufklärungspflicht zu verneinen, da es jedenfalls im Jahr 2010 keine ernsthaften Hinweise auf kognitive Probleme als Folge einer Nierenlebendspende gab. 88

f) Der Kläger meint, dass man ihn auch über die Ergebnisse einer Studie hätte informieren müssen, die unstreitig vor dem Jahr 2010 am Universitätsklinikum Essen (Beklagte zu 5.) unter Beteiligung des Beklagten zu 3. durchgeführt worden war. 89

Der Sachverständige hat im Senatstermin ausgeführt, dass die Ergebnisse der Studie wenig aussagekräftig seien. Generell sei nicht jede Auswertung mitteilungsbedürftig (S. 12 BEV). 90

Der Senat teilt die Einschätzung des Sachverständigen. Dem Patienten wäre mit der Mitteilung einzelner Studienergebnisse nicht gedient. Aufklärungsrelevant ist nur, ob sich aus einer Studie belastbare Risikohinweise ergeben. Aufzuklären ist dann über das Risiko, nicht über die Studie als solche. Insoweit ergaben sich aus der fraglichen Studie keine zusätzlichen Aufklärungspflichten. Die Studienergebnisse sind in der Tat wenig aussagekräftig. So berichtete zwar einer der 47 befragten Spender von einer geringeren Belastbarkeit, es kann 91

aber allgemeinkundig auch ohne Nierenspende vorkommen, dass die Belastbarkeit im Laufe der Zeit sinkt. Dass sich elf Spender als behindert bezeichneten, davon neun als schwerbehindert, ist ebenfalls nicht aussagekräftig, schon weil die Gründe der Behinderung nicht bekannt sind. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Verlust einer Niere nach Darstellung des Klägers *per se* einen Grad der Behinderung von 25 bedeutet. Demnach wäre jeder Nierenspende formal behindert.

g) Der Kläger behauptet noch, dass ihm die Beklagten zu 2. und 4. mehrfach fälschlich versichert hätten, dass er sein Leben nach der Spende komplett unverändert weiterführen könne. 92

Tatsächlich heißt es auf Seite 6 der Anlage K2, der Nierenspende könne „ein ganz normales Leben führen. Die verbleibende Niere genügt vollauf für ein normales und langes Leben.“ Die Beklagten behaupten nicht, die zitierte Passage korrigiert zu haben. Sie ist allerdings rechtlich ohne eigenständige Bedeutung, unabhängig davon, ob sie mündlich wiederholt wurde. Es ist nämlich grundsätzlich richtig, dass ein Nierenlebenspende sein Leben einschränkungslos fortführen kann. Dem steht insbesondere der zwangsläufige Abfall der Nierenfunktion nicht entgegen. Einschränkungen können sich ergeben, wenn sich ein Risiko der Nierenspende verwirklicht. Dass die Aufklärung insoweit zum Teil defizitär war, wurde bereits dargelegt. Eine rechtsgeschäftliche Garantie für das Ausbleiben von Einschränkungen haben die Beklagten zweifellos nicht abgegeben. 93

h) Der Senat ist nach persönlicher Anhörung des Klägers unter Würdigung der Gesamtumstände des Falls der sicheren Überzeugung, dass der Kläger auch bei einer vollständigen Aufklärung über die Auswirkungen und Risiken der Nierenlebenspende in diese eingewilligt hätte. Damit entfällt eine Haftung der Beklagten für die genannten Aufklärungsdefizite. 94

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Einwand der hypothetischen Einwilligung auch im Bereich der Organlebenspende beachtlich. 95

Die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten. Wer eine Pflicht (hier: Aufklärungspflicht) verletzt, darf beweisen, dass der Schaden (hier: Eingriff etc.) auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Es ist kein Grund ersichtlich, diese allgemein anerkannten Grundsätze im Bereich der Organlebenspende unangewendet zu lassen. Die diesbezüglichen Argumente des Klägers (S. 17 ff. der Berufungsbegründung) sind nicht stichhaltig: 96

Die auf § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG bezogene, inhaltlich kaum nachvollziehbare Argumentation des Klägers verfängt nicht. Es besteht kein Zweifel, dass die Spende des Klägers freiwillig war und auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung freiwillig erfolgt wäre. 97

Der Kläger bringt weiterhin vor, dass er ohne Angabe eines Grundes von der Spende hätte absehen können und daher nicht genötigt werden dürfe, zur Abwehr des Einwandes der hypothetischen Einwilligung nunmehr einen solchen Grund darzulegen. Dabei verkennt der Kläger, dass selbstverständlich auch medizinische Heileingriffe ohne Angabe eines Grundes abgelehnt werden dürfen. Zudem hätte sich der Kläger *de facto* sehr wohl über seine Gründe erklären müssen, wenn er die angedachte Spende nach der Risikoaufklärung doch noch abgelehnt hätte. Schließlich und vor allem überwiegt das Interesse des Klägers an der Geheimhaltung seiner Spendenmotivation nicht das Interesse der Beklagten an der Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung. Es wäre nicht sachgerecht und könnte die 98

Organlebensspende insgesamt gefährden, wenn jeder Aufklärungsmangel zur Haftung der Behandler führen würde, auch wenn feststeht, dass der Mangel für die Entscheidung des Spenders keine Rolle spielte. Ob sich der Kläger überhaupt zur hypothetischen Entscheidungssituation hätte erklären müssen, kann dahinstehen (näher dazu sogleich).

Schließlich argumentiert der Kläger, dass ein Organlebensspender nicht auf eine Aufklärung über die Risiken der Spende verzichten könne, was nicht über den Einwand der hypothetischen Einwilligung konterkariert werden dürfe. Dem ist entgegenzuhalten, dass bei der Prüfung der hypothetischen Einwilligung gerade eine vollständige, ordnungsgemäße Aufklärung des Spenders unterstellt wird. Von einem hypothetischen Aufklärungsverzicht kann keine Rede sein. Ob ein Aufklärungsverzicht des Spenders tatsächlich unzulässig ist, sei dahingestellt. 99

bb) Dahinstehen kann im vorliegenden Fall, ob und mit welchem Inhalt eine Darlegungslast des Spenders besteht, wenn der Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben wird, insbesondere ob es dem Spender obliegt, einen Entscheidungskonflikt oder Ähnliches plausibel darzulegen (vgl. dazu *Senat VersR* 2016, 1572). Nach allgemeinen Regeln löst erst die Darlegung eines Entscheidungskonflikts durch den Patienten die Beweislast des Behandlers für die hypothetische Einwilligung aus (BGH NJW 2007, 2771 Rn. 17). Wenn allerdings – wie im vorliegenden Fall – ohnehin zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, stellt sich die Frage der Darlegungs- und Beweislast nicht. 100

cc) Die Überzeugung des Senats von der hypothetischen Einwilligung des Klägers beruht im Wesentlichen auf folgenden Erwägungen: 101

(1) Der Senat ist davon überzeugt, dass es der Ehefrau des Klägers vor der Spende gesundheitlich sehr schlecht ging und dass hieraus eine sehr starke Motivation des Klägers resultierte, seiner Ehefrau zu helfen. 102

Der Kläger hat in der Klageschrift behauptet, dass seine Ehefrau sehr gut mit der Peritonealdialyse zurecht gekommen sei und dadurch „kaum gesundheitliche Probleme“ gehabt habe. Im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat hat der Kläger diesen Vortrag bestätigt. Die Spende habe seine Ehefrau nicht aus einem sehr schlechten Zustand holen, sondern nur die Lebensqualität anheben sollen (S. 8 BEV). Die Ehefrau des Klägers selbst hat vor dem Landgericht als Zeugin ausgesagt, dass es ihr vor der Spende „nicht direkt schlecht“ gegangen sei. 103

Dass diese Darstellung nicht den Tatsachen entspricht, lässt bereits die Anlage K1 zur Klageschrift (Bericht zur psychosomatischen Evaluation am 24.02.2010) erkennen. Dort heißt es auf Seite 2, die Ehefrau des Klägers „fühle sich aktuell vor allem belastet durch die Müdigkeit und Abgeschlagenheit sowie Schmerzen im Bereich der Gelenke. Das ganze Leben drehte sich vor allem um ihre Erkrankung. Sie erhoffe sich daher, durch eine Transplantation die Lebensqualität zu verbessern und wieder ein ‚normales Leben‘ führen zu können“. 104

Hinzu kommen Aussagen, die der Kläger und dessen Ehefrau in dem ARD-Film „Z“ vom ##.##.2013 getätigt haben. In dem Film erklärte die Ehefrau, dass es ihr vor der Spende „sehr sehr schlecht“ gegangen sei. Ihr sei ständig schlecht gewesen und sie habe durch die Dialyse immer wieder unter Krämpfen zu leiden gehabt. Ihr Zustand sei irgendwann „unerträglich“ gewesen. Der Kläger gab in dem Film an, dass er seiner Ehefrau aus Liebe eine Niere gespendet habe, weil es ihr sehr schlecht gegangen sei. Wörtlich äußerte er: „Es war für mich 105

unerträglich zu sehen, wie sie immer mehr von sich verlor. Sie war nachher noch ein Häufchen Elend.“

Auf den genannten Film hat sich der Kläger selbst unter Angabe eines Internetlinks bezogen (S. 42 der Klageschrift). Die Aussagen wurden durch wörtlichen Vorhalt im Senatstermin in den Prozess eingeführt. Wegen der Einzelheiten wird auf S. 8 und 10 f. BEV Bezug genommen. Die Richtigkeit der Zitate wurde nicht bestritten. 106

Der Senat ist überzeugt, dass die zitierten Aussagen in dem Film den Zustand der Ehefrau des Klägers vor der Spende und die Spendenmotivation des Klägers richtig wiedergeben. Die Aussagen sind in sich stimmig, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Kläger und seine Ehefrau damals etwas hätten dramatisieren sollen. Hingegen liegt es auf der Hand, dass es im vorliegenden Prozess aus Sicht des Klägers günstig ist, die präoperativen Beschwerden der Ehefrau zu bagatellisieren, um dem Einwand der hypothetischen Einwilligung zu begegnen. 107

Im Senatstermin hat der Kläger auf Vorhalt der genannten Filmzitate erklärt, dass der Zustand seiner Ehefrau nur vorübergehend so schlecht gewesen sei (S. 8 BEV). Mit den Aussagen im Film ist dies nicht in Einklang zu bringen. Auch hat die Zeugin Y auf den gleichen Vorhalt nichts dergleichen berichtet (S. 10 BEV). Der Senat ist daher überzeugt, dass es der Ehefrau des Klägers nicht nur phasenweise schlecht ging. 108

(2) Ohne die Nierenlebendspende hätte die Ehefrau des Klägers mehrere Jahre – nach Angaben des Sachverständigen im Senatstermin etwa sechs bis sieben Jahre – auf das Spenderorgan eines Toten warten müssen. In dieser Zeit hätte sie die genannten Beschwerden weiter ertragen müssen. Hinzu kommt, dass die Lebenserwartung der Ehefrau deutlich geringer gewesen wäre (S. 9 BEV). Hierüber wurde der Kläger seitens der Beklagten auch aufgeklärt, was den Kläger unstreitig beeindruckte (S. 23 der Berufungsbegründung). Der Senat ist davon überzeugt, dass die Spendenmotivation des Klägers hierdurch zusätzlich gestärkt wurde. 109

(3) In einer präoperativen psychosomatischen Beurteilung vom 04.06.2010 (Anlage B9 zur Klageerwidernung, Bl. 108 f. der Akten) heißt es, dass sich der Kläger „immer von seinen Vorstellungen leiten“ lasse. Er sei „freiwillig und entschieden bezüglich der Transplantation.“ Postoperativ wurde ärztlich berichtet, dass sich der Kläger als Mensch „mit gutem Selbstbewusstsein“ beschreibe, „der immer für alle gesorgt habe und für alle stark gewesen sei“ (Anlage B14 zur Klageerwidernung, Bl. 123 f. der Akten). 110

Es ergibt sich das Bild eines selbstbewussten Menschen, der sich selbst für sehr belastbar hielt und sich nicht leicht von seinen Zielen abbringen ließ. Der persönliche Eindruck, den der Senat von dem Kläger gewinnen konnte, hat diese Einschätzung bestätigt, obwohl der Kläger nach eigenen Angaben mittlerweile an den Symptomen eines chronischen Fatigue-Syndroms leidet. 111

(4) Die Auswirkungen und Risiken der Nierenlebendspende, über die der Kläger hätte aufgeklärt werden müssen, waren sicherlich beachtlich, aber nicht außerordentlich schwerwiegend. 112

Zu erwarten war ein Abfall der Nierenfunktion in einen formal pathologischen Bereich. Konkrete gesundheitliche Probleme oder Einschränkungen waren dadurch aber – trotz der Colitis ulcerosa des Klägers – nicht zwingend oder auch nur mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten. 113

Insbesondere war es jedenfalls nach dem Kenntnisstand des Jahres 2010 nicht zu erwarten, dass es bei dem Kläger zu Fatigue-Symptomen kommen würde. Dem Kläger hätte insoweit lediglich – eine Aufklärungspflicht unterstellt – gesagt werden müssen, dass es erste Hinweise auf Erschöpfungszustände bei einigen Nierenlebendspendern gab, ein Kausalzusammenhang aber keineswegs gesichert war. Der Senat ist davon überzeugt, dass der selbstbewusste, willens- und leistungsstarke Kläger nicht ernsthaft befürchtet hätte, das Fatigue-Syndrom, welches eine starke psychosomatische Anmutung besitzt, werde ausgerechnet ihn treffen. 114

Der möglicherweise gebotene Hinweis auf eine gewisse, nicht näher quantifizierbare Erhöhung des allgemeinen Dialyserisikos hätte ebenfalls keine Erschütterung der Spendenbereitschaft nahegelegt, zumal der Kläger unstreitig immerhin das Risiko in Kauf nahm, durch einen Unfall oder eine Tumorerkrankung dialysepflichtig zu werden. 115

Insgesamt war das mit der Nierenlebendspende verbundene Gesamtrisiko für den Kläger aus präoperativer Sicht gering (S. 12 des Gutachtens vom 09.06.2015). Dies gilt jedenfalls nach dem Kenntnisstand des Jahres 2010, für den es auf die Aufklärung ankommt. Der Senat ist aufgrund der ausgeprägten Spendenmotivation und der Persönlichkeit des Klägers überzeugt, dass dieser die Auswirkungen und Risiken der Spende auch bei vollständiger Kenntnis in Kauf genommen hätte, um seiner Ehefrau zu helfen. 116

Es kann sogar eine Aufklärung des Klägers über eine mögliche Homocysteinämie und eine mögliche Unterversorgung mit Cholecalciferol, jeweils nebst möglicher Folgen, sowie über eine denkbare Verminderung kognitiver Fähigkeiten unterstellt werden. Eine zutreffende Aufklärung über diese Punkte hätte den Hinweis beinhaltet, dass es sich nicht um handfeste, durch Studien belegte Risiken einer Nierenlebendspende handelt, sondern um vorsorgliche Risikoüberlegungen, basierend auf dem zu erwartenden Abfall der Nierenfunktion. Der Senat ist überzeugt, dass der Kläger auch diese (entfernten) Risiken akzeptiert hätte. 117

(5) Bestätigt und bestärkt wird die Überzeugung des Senats durch die E-Mail des Klägers vom 11.07.2011, in der dieser selbst erklärte, dass er sich auch in Kenntnis des Fatigue-Risikos „sehr wahrscheinlich“ für die Spende entschieden hätte. Bemerkenswert ist dabei zum einen, dass es sich um eine Ex-post-Betrachtung nach Auftreten der Fatigue-Symptome handelte, und zum anderen, dass der Kläger auf den „Report Mainz“-Bericht vom 04.07.2011 Bezug nahm, in dem das Fatigue-Risiko dramatischer dargestellt wurde, als es dem medizinischen Kenntnisstand des Jahres 2010 entsprach. 118

Die Erklärung des Klägers, er habe damals „praktisch unter Schock“ gestanden und es sei sehr schwierig zuzugeben, dass man nicht gespendet hätte (S. 9 BEV), ist unglaublich. Dass die E-Mail nicht in einem Schockzustand geschrieben wurde, liegt auf der Hand. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Kläger damals die Unwahrheit über seine Spendenbereitschaft hätte sagen sollen. 119

(6) Der Kläger behauptet, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung, insbesondere über das Fatigue-Risiko, „definitiv“ gegen die Spende entschieden hätte. 120

Entsprechend hat er sich auch im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat geäußert (S. 8 f. BEV). Die dargelegte Überzeugung des Senats wird hierdurch nicht erschüttert. Entsprechendes gilt für das Argument des Klägers, dass er als Familienvater, Alleinverdiener und Unternehmensführer große Verantwortung getragen habe und auf seine volle Leistungsfähigkeit angewiesen gewesen sei. Die Gefahr für die Leistungsfähigkeit des Klägers war nach den medizinischen Erkenntnissen des Jahres 2010 eher gering. Das Leid 121

der Ehefrau des Klägers und die Hilfsbereitschaft des Klägers waren ungleich größer.

(7) Die Überzeugung des Senats wird auch nicht dadurch erschüttert, dass es in der 122
Anlage K1 (Bericht zur psychosomatischen Evaluation am 24.02.2010) heißt, die Ehefrau des
Klägers würde dessen Spende „annehmen, wenn sie genau wisse, dass keine Gefahr für ihn
und auch für sie bestehe“. Aus dieser Passage kann nicht der Schluss gezogen werden, dass
die Ehefrau bei ordnungsgemäßer Aufklärung des Klägers – wenn sie diese überhaupt
mitbekommen hätte – die Annahme der Spende verweigert hätte. Hierfür spricht zunächst,
dass ihr Einfluss auf den Kläger offenbar begrenzt war. So hat sie in dem erwähnten ARD-
Film „Z“ erklärt, dass sie lange versucht habe, dem Kläger die Spende auszureden (S. 11
BEV). Zudem hat die Ehefrau des Klägers entgegen der zitierten Aussage, dass sie zur
Transplantation nur bereit sei, wenn (auch) für sie selbst keine Gefahr bestehe, sehr wohl
erhebliche eigene Risiken in Kauf genommen. Dies folgt aus der Aufklärungsdokumentation
(Anlagen B5 und B8 zur Klageerwiderung, Bl. 101 und 106 f. der Akten) und aus dem
Umstand, dass die Transplantation weiter betrieben wurde, obwohl die Ehefrau nach eigener
Darstellung wie auch nach Darstellung des Klägers durch die vorbereitende Apherese in
Lebensgefahr geriet (S. 11 BEV, S. 23 der Berufungsbegründung). Letzteres verdeutlicht im
Übrigen zusätzlich, dass die Ehefrau des Klägers unter einem ganz erheblichen Leidensdruck
gestanden haben muss.

(8) Zu beachten ist schließlich noch, dass der Kläger entgegen seiner jetzigen 123
Darstellung sicher nicht davon ausging, dass die Nierenspende für ihn „risikolos“ sei. Der
Kläger wusste, dass er sich einem erheblichen chirurgischen Eingriff unterzog – immerhin
wurde ein Organ entnommen. Er kannte auch unstreitig die allgemeinen perioperativen
Risiken bis hin zur Möglichkeit des Todes (vgl. S. 3 f. der Anlage K2). Der Senat misst der
Inkaufnahme des Todesrisikos allerdings eine geringere Bedeutung zu als das Landgericht,
da das Risiko dem Kläger gegenüber offenbar als extrem gering dargestellt wurde.

i) Ob der Kläger über die Möglichkeit einer laparoskopischen Operation als 124
Behandlungsalternative aufgeklärt werden musste und ob eine solche Aufklärung tatsächlich
erfolgte, kann dahinstehen, da auch insoweit jedenfalls von einer hypothetischen Einwilligung
des Klägers auszugehen ist.

Eine laparoskopische Entnahme der Niere des Klägers wäre im Haus der Beklagten zu 5. 125
unstreitig nicht durchgeführt worden. Es liegt auf der Hand, dass der Kläger und seine
Ehefrau nicht wegen der geringfügigen Vorteile der Laparoskopie – etwas geringeres
Zugangstrauma, etwas schnellere Erholung des Spenders – ein anderes
Transplantationszentrum aufgesucht hätten, zumal das offene Vorgehen auch Vorteile
versprach, insbesondere eine kürzere Ischämiezeit für die Niere (vgl. die Ausführungen des
Sachverständigen im Kammertermin, Bl. 1362 f. der Akten). Der Kläger hat auf Befragen im
Senatstermin auch selbst eingeräumt, dass er die Durchführung der Spende in einem
anderen Transplantationszentrum nicht in Erwägung gezogen hätte (S. 9 BEV).

III. 126

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die 127
Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. 128

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 129
ZPO nicht erfüllt sind. Die Rechtsauffassung des Senats zu den Folgen einer Verletzung der

formellen Aufklärungsvorschriften des Transplantationsgesetzes weicht, soweit ersichtlich, nicht von anderen obergerichtlichen Entscheidungen ab. Gleiches gilt für die Frage, ob die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung auch im Bereich der Organlebendspende anzuwenden sind.

V. 130

Die Streitwertfestsetzung auf bis zu 440.000 € für beide Instanzen beruht auf folgenden Erwägungen: Das Landgericht hat auf den Rentenanspruch des Klägers § 42 Abs. 1 GKG a.F. angewendet, der aber nur bis zum 31.07.2013 galt, während die Klage am 30.12.2013 eingegangen ist. Richtigerweise ist für beide Instanzen § 9 Satz 1 ZPO anzuwenden. Der Wert des Rentenanspruchs beträgt demnach 179.245,50 € (42 x 4.267,75 €). Der Feststellungsanspruch ist in Anbetracht des vagen klägerischen Vortrags zu möglichen künftigen Schäden – der bezifferte Erwerbsschaden ist hier auszuklammern – nicht mit 150.000 €, sondern mit maximal 100.000 € zu bewerten. 131