
Datum: 10.04.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 67/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0410.26U67.17.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 4 O 140/14
Schlagworte: Aufklärung vor einer Operation am Herzen
Normen: §§ 280, 823, 253 BGB
Leitsätze:

Vor einer minimalinvasiven TASH-Behandlung (Transkoronare Ablation der Septumhypertrophie) kann über eine Myektomie als gleichwertige Behandlungsmethode aufzuklären sein. Dabei kann es nicht genügen, die Myektomie nur als ultima ratio darzustellen.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21. März 2017 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

- I. 3
- Der Kläger begehrt von der Beklagten Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten wegen vermeintlicher Aufklärungs- sowie Behandlungsfehler im Rahmen einer am 04.06.2013 durchgeführten sogenannten Re-TASH-Operation in der Klinik der Beklagten. 4
- Der am ###.###.1969 geborene Kläger ist herzkrank und leidet unter einer symptomatischen hypertroph-obstruktiven Kardiomyopathie (HOCM) sowie chronischer Belastungsdyspnoe bei Asthma bronchiale. Durch seinen behandelnden Kardiologen wurde er in die kardiologische Abteilung der Beklagten zur Untersuchung überwiesen. Dort wurde die HOCM mit einem hämodynamischen Schweregrad bestätigt und ihm eine transkoronare Ablation der Septumhypertrophie (TASH) empfohlen. Die erste Behandlung wurde am 23.02.2012 durch Ablation des Ramus-Septalastes II mit Alkohol durchgeführt und führte zunächst zu einer graduellen Verbesserung der Belastbarkeit des Klägers, brachte aber keinen nachhaltigen Heilungserfolg. Der bei der Müllabfuhr beschäftigte Kläger litt in der Folgezeit weiterhin unter Luftnot und war arbeitsunfähig. 5
- Rund ein halbes Jahr später wurde der Kläger erneut stationär in der Klinik der Beklagten untersucht. In dem Arztbrief des behandelnden Oberarztes und Kardiologen Dr. M vom 26.11.2012 wurde zunächst noch eine signifikante Reduzierung des Belastungsgradienten auf bis 55 mmHG festgestellt, der sich in der Folgezeit aber wieder verschlechterte. Am 09.04.2013 stellte der Zeuge Dr. M einen Anstieg des Belastungsgradienten auf 100 mmHG fest, weshalb von einer hochgradigen Obstruktion unter Belastung ausgegangen werden musste. Die Septaläste des Klägers wurden auf die Eignung für eine erneute TASH-Behandlung hin untersucht und dabei deren ausgeprägte Kleinkalibrigkeit festgestellt. Einer der Septaläste schien nach dieser Untersuchung jedoch für eine weitere Behandlung geeignet zu sein. Alternativ zu der Re-TASH-Operation wurden eine Myektomie oder eine Radiofrequenzablation der Septumhypertrophie in Betracht gezogen. 6
- Noch am gleichen Tag wurde mit dem Kläger ein Termin zu dieser Re-TASH-Operation für den 04.06.2013 vereinbart, die vereinbarungsgemäß in der Klinik der Beklagten durchgeführt wurde. Bei Beendigung der Operation zeigten sich laut Behandlungsbericht vom 13.06.2013 verschiedene schwerwiegende Komplikationen, infolge derer der Kläger einen lebensbedrohlichen Infarkt erlitt und zur operativen Weiterversorgung in die T-Klinik nach Bad S verbracht wurde. Dort wurde notfallmäßig eine Myektomie durchgeführt und dem Kläger drei Bypässe und ein Herzschrittmacher gesetzt sowie eine operative Muskelverkleinerung vorgenommen. Nach zweieinhalbwöchigem stationärem Aufenthalt wurde der Kläger zur Rehabilitation nach Bad S verlegt und dort am 16.07.2013 entlassen. Seit Oktober 2013 bezieht er Rente wegen voller Erwerbsminderung. 7
- Der Kläger hat behauptet, er sei von dem ärztlichen Personal vor der Re-TASH-Operation vom 04.06.2013 unzureichend aufgeklärt worden. Ferner seien diesem bei der Operation Behandlungsfehler unterlaufen. Er sei im Vorfeld der Operation nicht hinreichend über die Vor- und Nachteile der alternativen Behandlungsmethoden aufgeklärt worden. Insbesondere wisse der allgemein zur Aufklärung verwandte „Pro-Compliance-Aufklärungsbogen“ nicht auf die besonderen Risiken der Re-TASH-Operation für den Kläger hin, da für ihn wegen seiner koronaranatomischen Konstitution und der verengten Septaläste eine erhöhte Verletzungsgefahr des Herzens und der Gefäße bestanden habe. Die Beklagte habe ihm wegen der unzureichenden Aufklärung die Möglichkeit genommen, sich gegen die am 8

04.06.2013 vorgenommene Re-TASH-Operation zu entscheiden. Auf diese hätte er sich nicht eingelassen, wenn er im Vorfeld umfassend über die möglichen Probleme der Behandlung für ihn aufgeklärt worden wäre. Bei sofortiger Behandlung der HOCM durch eine Myektomie hätte er wieder arbeitsfähig werden können.

Die Beklagte hat Behandlungsfehler bestritten und behauptet, der Kläger sei fachgerecht aufgeklärt und behandelt worden. Bereits im Rahmen der ersten TASH-Operation sei über die möglicherweise notwendige Wiederholung der Behandlung gesprochen und der Kläger umfassend über die Risiken der gegebenenfalls notwendigen Re-TASH-Operation aufgeklärt worden. Am Tag vor dieser zweiten Operation habe eine erneute Aufklärung über die Risiken stattgefunden. Es sei dabei auch über Behandlungsalternativen gesprochen worden, wovon insbesondere die Myektomie zwar eine alternative Behandlungsmethode darstelle, aber aufgrund der Intensität und der Folgen dieser Operation am offenen Herzen nur als Methode der letzten Wahl in Frage komme. 9

Das **Landgericht** hat der Klage gestützt auf ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. C, das die Mitverfasserin Frau Dr. A in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, und nach der Vernehmung von Zeugen stattgegeben. Es hat die Beklagte zur Zahlung von Schmerzensgeld i.H.v. 20.000,00 € zuzüglich der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung i.H.v. 1.358,86 € verurteilt und die zukünftige Ersatzpflicht der Beklagten festgestellt. Zwar liege – den Erläuterungen der Sachverständigen folgend – ein Behandlungsfehler nicht vor, da die Behandlungen insgesamt fehlerfrei durchgeführt worden seien. Jedoch habe der Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen der fehlerhaften Aufklärung über echte Behandlungsalternativen zu der hier gewählten Behandlungsmethode. Es hätte genauer über die Gleichwertigkeit der Myektomie neben der TASH- bzw. Re-TASH-Operation aufgeklärt werden müssen. Beide Behandlungen beinhalteten individuelle Vor- und Nachteile und zeigten den bisherigen Studien zufolge hinsichtlich des Behandlungserfolges in etwa gleichwertige Ergebnisse. Die Beklagte sei dahingehend beweisfällig geblieben, dass der Kläger über die Gleichwertigkeit aufgeklärt worden sei. Entgegen der Darstellung der Beklagten sei die Myektomie vielmehr nur als ultima ratio zur TASH-Behandlung dargestellt worden. Zwar hätten die für die Aufklärung zuständigen Ärzte und Zeugen Dr. M und Dr. K wohl eine generelle Aufklärung über die Möglichkeit der Myektomie neben der TASH-Operation vorgenommen, dabei jedoch erstere nicht als gleichwertig, sondern nur als nachrangig anzuwendende Methode dargestellt. So sollte – zumindest noch ausweislich des Schriftsatzes vom 26.08.2014 – die Myektomie nur angewendet werden, wenn die TASH-Operationen keinen Erfolg hätten. Insbesondere sei es plausibel, dass bei dem Gespräch des Klägers mit dem Zeugen Dr. K am Vorabend der zweiten Operation keine weiteren Behandlungsalternativen zu dem geplanten Eingriff erörtert oder zur Disposition gestellt worden seien. Es lasse sich den Aussagen der Zeugen darüber hinaus auch nicht entnehmen, dass dem Kläger überhaupt eine Wahlmöglichkeit dargestellt worden sei. Auch die Aufklärung mittels des vom Kläger unstreitig unterschriebenen Pro-Compliance-Aufklärungsbogens helfe nicht über das Aufklärungsdefizit aus den ärztlichen Besprechungen hinweg. Der Aufklärungsbogen informiere nicht ausreichend über spezielle medizinische Sonderfälle, insbesondere werde nicht auf die für den Kläger bestehenden Risiken bei der TASH-Operation wegen seiner besonderen koronaranatomischen Problematik eingegangen. 10

Hiergegen richtet sich die **Berufung der Beklagten**, die ihr Klageabweisungsbegehren aus erster Instanz weiterverfolgt. Es sei schon keine echte gleichwertige Behandlungsalternative gegeben, da weder das Landgericht noch die Sachverständigen das Risikospektrum der Myektomie im Vergleich zu dem der TASH-Operation zutreffend bewertet hätten. Selbst wenn man die Behandlungsalternativen für gleichwertig hielte, hätte entgegen der nicht 11

nachvollziehbaren Beweismwürdigung des Landgerichts eine insoweit ausreichende Aufklärung seitens der beteiligten Ärzte stattgefunden. Die Bevorzugung der minimalinvasiven Re-TASH-Operation gegenüber der Operation am offenen Herzen durch den Kläger sei nach der Aufklärung durch die Ärzte eine völlig nachvollziehbare Entscheidung und mache die vorherige Aufklärung nicht fehlerhaft. Desweiteren wäre eine direkte Empfehlung – die der Zeuge Dr. M aber nicht abgegeben habe – auch nicht falsch, sondern sogar angebracht, da der Arzt unter mehreren Behandlungsalternativen selbstverständlich eine Empfehlung an den Patienten aussprechen dürfe. Insbesondere gelte dies, wenn er mit einer der Methoden die größere Erfahrung habe, was hier mit der TASH-Operation zutreffe. Schließlich habe sich die Beklagte bereits erstinstanzlich auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung des Klägers in die hier gewählte Behandlungsmethode berufen. Einen Entscheidungskonflikt habe der Kläger weder vorgetragen noch plausibel gemacht.

Die **Beklagte** beantragt, 12

unter Abänderung des angefochten Urteils die Klage abzuweisen. 13

Der **Kläger** beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen. 15

Der **Kläger** verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die Beklagte trage widersprüchlich vor, indem sie einerseits die Myektomie nicht als echte Behandlungsalternative darstelle, andererseits aber das Ergebnis der Beweisaufnahme so deuten wolle, dass die behandelnden Ärzte über die Myektomie als gleichwertige Behandlungsalternative aufgeklärt hätten. Das Landgericht habe angesichts der jeweiligen Risiken richtigerweise die Qualifikation einer gleichwertigen Behandlungsalternative angenommen. Die Überzeugung des Landgerichts, dass die Myektomie durch Dr. M und Dr. K nicht als gleichwertige, sondern als zuletzt anwendbare Maßnahme im Verhältnis zur TASH-Behandlung dargestellt worden sei, sei unangreifbar. Auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung könne sich die Beklagte nicht berufen. Eine Einwilligung des Klägers bei einem gedachten Geschehensablauf habe die Beklagte erstinstanzlich nicht dargelegt. Überdies sei bereits bei der erstinstanzlichen Anhörung ein intensiver Entscheidungskonflikt glaubhaft gemacht worden. 16

Der Senat hat den Kläger erneut persönlich angehört. Ferner hat die Sachverständige Dr. A ihr Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 10.04.2018 sowie den Berichterstattevermerk vom gleichen Tag verwiesen. 17

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 18

II. 19

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet. 20

Zu Recht hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schmerzensgeldzahlung in Höhe von 20.000,00 €, Ersatz vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten und Feststellung zukünftiger Ersatzpflicht gemäß §§ 611, 278, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB sowie gemäß §§ 823 Abs. 1, 831, 249, 253 Abs. 2 BGB zu. 21

Der Senat stützt sich dabei aus den nachfolgenden Gründen auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. C sowie die umfassenden Ausführungen der Mitverfasserin Dr. A bei ihrer Anhörung vor dem Senat. Die Sachverständige hat sich bereits erstinstanzlich im Rahmen der mündlichen Erläuterung des Gutachtens dezidiert mit den vorhandenen Krankenunterlagen und dem zu begutachtenden Sachverhalt auseinandergesetzt. Sie hat auch im Rahmen ihrer Anhörung durch den Senat ihre Feststellungen und fachlichen Beurteilungen unter Berücksichtigung sämtlicher Befunde überzeugend vertreten.	22
Es verbleibt nach der ergänzenden Beweisaufnahme auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens dabei, dass der Beklagten eine fehlerhafte Aufklärung über die echte Behandlungsalternative einer Myektomie vor Durchführung des Eingriffs vom 04.06.2013 zur Last zu legen ist. Somit war dieser Eingriff rechtswidrig, weil er nicht von einer wirksamen Einwilligung des Klägers gedeckt war.	23
1.	24
Der Kläger wurde zunächst nach der durchgeführten Beweisaufnahme in ausreichendem Maße über die generellen Risiken des bevorstehenden Eingriffs aufgeklärt. Unstreitig hat eine Aufklärung durch die Verwendung des standardisierten „Pro-Compliance-Aufklärungsbogen“ stattgefunden, den der Kläger unterschrieben hat. In dem Aufklärungsbogen wird insbesondere auf die schwerwiegenden Komplikationen hingewiesen, die schließlich bei dem Kläger in Form der schweren Dissektion des linken Hauptstammes eingetreten sind.	25
Darüber hinaus haben auch die allein wegen der Schwere des geplanten Eingriffs am Herzen und der damit verbundenen Risiken erforderlichen persönlichen Aufklärungsgespräche unstreitig stattgefunden. Zum einen wurde über die generellen Risiken der TASH-Behandlungsmethodik bereits vor der ersten Operation am 23.02.2012 aufgeklärt, die ohne Probleme durchgeführt wurde, in der Folge allerdings keinen nachhaltigen Heilerfolg brachte. Zum anderen fanden im Vorfeld der Re-TASH-Operation zwei weitere Aufklärungsgespräche mit den Ärzten der Beklagten statt: am 09.04.2013 mit dem Zeugen Dr. M, bei dem dann auch der Termin für die Durchführung der Operation vereinbart wurde, sowie am 03.06.2013, dem Vortag der Re-TASH-Operation mit dem Zeugen Dr. K. Der Sachverständige Prof. Dr. C hat in seinem Gutachten dargelegt, dass die Aufklärung auch hinsichtlich der möglichen Risiken der Re-TASH-Operation mit dem erforderlichen Inhalt und der gebotenen Umfänglichkeit vorgenommen worden ist. Die Aufklärungsgespräche fanden auch rechtzeitig genug vor dem eigentlichen Eingriff statt, sodass der Kläger - wenngleich er sich direkt im Anschluss an das erste Gespräch zu der Re-TASH-Operation entschied - ausreichend Zeit für eine Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe hatte.	26
2.	27
Nach der ergänzenden Beweisaufnahme hat sich allerdings bestätigt, dass der Kläger nicht hinreichend über die echte Behandlungsalternative einer Myektomie aufgeklärt worden ist.	28
Obgleich primär die Ärzte die Wahl der Behandlungsmethode treffen, sind gleichwertige echte Behandlungsalternativen immer darzustellen, um dem Patienten in diesen Fällen nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung darüber zu überlassen, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005 — VI ZR 313/03, MDR 2005, 988). Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert dabei dann eine Unterrichtung über eine	29

alternative Behandlungsmöglichkeit, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (BGH Urt. v. 22.09.1987 – VI ZR 238/86, MDR 1988, 216; BGH Urt. v. 06.12.1988 – VI ZR 132/88, MDR 1989, 437; BGH Urt. v. 11.05.1982 – VI ZR 171/80, MDR 1982, 1009; BGH Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 313/03, MDR 2005, 988).

a) Nach dem Ergebnis des schriftlichen Gutachtens sowie dessen mündlicher Erläuterung hat das Landgericht zutreffend festgestellt, dass hier die erfolgte Re-TASH-Operation und die Myektomie für die Behandlung der HOCM des Klägers gleichwertige und damit echte Behandlungsalternativen darstellen. Beide Verfahren weisen demnach unterschiedliche Risiken und Belastungen auf, zeigen aber in etwa gleichwertige Heilungschancen (vgl. Gutachten S. 7/8 Bl. 85 d.A. + Protokoll v. 04.11.2016 S. 4/5, Bl. 117/118 d.A.). Zutreffend ist in diesem Zusammenhang zwar der Einwand der Beklagten, die Myektomie als Operation am offenen Herzen sei mit den belastenderen postoperativen Folgen und Rehabilitationsmaßnahmen für den Patienten die deutlich invasivere Behandlungsmethode. Auch wenn die Myektomie somit als Eingriff am offenen Herzen eigene Risiken aufweist, hat nach den ergänzenden Ausführungen der Sachverständigen Dr. A im Senatstermin andererseits auch die Re-Tash bestimmte spezifische Risiken, die bei der Myektomie nicht oder nicht in der Häufigkeit vorkommen. Insbesondere das Risiko einer nachfolgenden Schrittmacherimplantation ist bei der Re-Tash deutlich höher. Dieses liegt bei der Myektomie im Bereich von 4-5 %, während es bei der Re-Tash dagegen bei bis zu 20 % liegt, vor allem bei vorbestehenden Blockierungen. Zudem gelingt die Reduktion des Gradienten bei der TASH-Behandlung nicht immer in dem Ausmaß, wie bei der Myektomie. Das Risiko, dass man den Eingriff mittels einer weiteren Re-Tash wiederholen muss, liegt schließlich bei etwa 10 % und ist deutlich höher als bei einer Myektomie. Die eingriffsbedingte Mortalität beider Methoden scheint vergleichbar zu sein; insoweit hat die Sachverständige allerdings ausdrücklich darauf verwiesen, dass ein abschließender Vergleich noch nicht möglich ist, da zur Re-Tash noch keine Langzeitergebnisse vorliegen. 30

Während beide Methoden somit unterschiedliche Risiken aufweisen, sind die Erfolgschancen nach Ausführung der Sachverständigen als gleichwertig zu bewerten. Beide Therapieverfahren führen laut einschlägiger Meta-Analysen zu einem verbesserten Funktionszustand der behandelten Patienten. Was die Linderung der Beschwerden und Symptome angeht sowie die Verringerung des Quotienten, sind beide Methoden gleichwertig. Die Sachverständige Dr. A hat im Senatstermin nochmals klargestellt, dass die Myektomie entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als ultima ratio anzusehen ist. Re-Tash und Myektomie waren in der konkreten Behandlungssituation des Klägers vielmehr gleichwertige Behandlungsalternativen mit jeweils unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen. 31

b) Ausweislich der seitens des Senats nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts ist der Kläger vor dem Eingriff vom 04.06.2013 über diese echte Behandlungsalternative nicht hinreichend aufgeklärt worden. 32

Die Sachverständige hat im Senatstermin im Hinblick auf den aus medizinischer Sicht erforderlichen Aufklärungsumfang ausführlich dargelegt, dass es hinsichtlich beider Methoden bei jedem Patienten individuelle Vor- und Nachteile gibt und dass man diese im Vorfeld des Aufklärungsgesprächs anhand der zu berücksichtigenden Indikatoren – vor allem Alter des Patienten, Vorhofgröße, Septumstärke, Begleiterkrankungen – abwägen und besprechen muss. Das Ergebnis dieser Abwägung ist sodann dem Patienten, regelmäßig verbunden mit einer ärztlichen Empfehlung, mitzuteilen. Erfolgt dabei der Rat zu einer Re- 33

Tash, so muss nach Angabe der Sachverständigen gleichwohl auf die Vor- und Nachteile auch des chirurgischen Eingriffs hingewiesen werden. Zu der Empfehlung der Re-Tash gehört in diesem Fall dann zudem die Darlegung gegenüber dem Patienten, dass die nachfolgende Schrittmacherwahrscheinlichkeit bei der Re-Tash mit 20 % gegenüber der chirurgischen Methode deutlich erhöht ist.

Auch wenn im Streitfall die Möglichkeit der Myektomie im Aufklärungsgespräch zumindest angesprochen worden ist und auch im Aufklärungsbogen erwähnt wird, so hat die Beklagte den ihr obliegenden Nachweis nicht zu erbringen vermocht, dass der Kläger in dem erforderlichen Umfang konkret auf die Vor- und Nachteile beider Methoden und ihre medizinische Gleichwertigkeit hingewiesen worden ist. 34

Das Langgericht hat vielmehr in nicht zu beanstandender Weise die Überzeugung gewonnen, dass die Myektomie in den Aufklärungsgesprächen nicht als gleichwertige weitere Behandlungsmethode dargestellt worden ist, sondern allein als zuletzt anwendbare Methode im Verhältnis zur TASH-Behandlung. So hat den Ausführungen des Klägers zufolge der Zeuge Dr. M in dem ersten Aufklärungsgespräch am 09.04.2013, bei dem es um die Entscheidung bezüglich der Behandlungsmethode ging, zwar von der alternativen Möglichkeit einer Myektomie gesprochen, diese allerdings nicht näher erläutert (Bl. 119 d. A.). Den insoweit korrespondierenden Ausführungen des Zeugen Dr. M zufolge klärt dieser standardmäßig vor derartigen Behandlungen darüber auf, dass die Methoden zwar wissenschaftlich gleichwertige Erfolge brächten, die Operation am offenen Herzen aber deutlich belastender für den Patienten sei, was die Folgen und die Rehabilitationsdauer betreffe (Bl. 165 f. d. A.). Danach hat der Zeuge Dr. M, der seinen Bekundungen nach „eine deutliche Schiefelage zugunsten der Katheter-Behandlung“ annimmt, allenfalls hinsichtlich des Behandlungserfolgs auf eine Gleichwertigkeit der beiden Methoden hingewiesen. Er hat aber gerade nicht die gegenüber der Myektomie erhöhten Risiken der Re-Tash angesprochen und stattdessen allein auf die Nachteile verwiesen, die sich aus der Natur des offenen Eingriffs am Herzen gegenüber der Katheterbehandlung ergeben. 35

Dabei ergab sich eine Erforderlichkeit, über die Behandlungsalternative der Myektomie ausführlicher zu sprechen, auch vor dem Hintergrund, dass - wie sich nun ex-post gezeigt hat - die bei Misserfolg der Re-TASH-Operation anschließend erforderliche Myektomie unter teilweise deutlich schlechteren Bedingungen zu erfolgen hatte (vgl. Herzinfarkt, Stabilisierung und Verlegung des Patienten, Notoperation). Insoweit war der behandelnde Arzt bei dieser Sachlage zur Erfüllung seiner Aufklärungspflicht gehalten, die trotz ihrer intensiveren postoperativen Folgen grds. belastendere Behandlungsmethode der Myektomie näher zu erläutern und auch den fiktiven Verlauf bei Misserfolg der Re-TASH-Operation darzustellen, um dem unwissenden Patienten ein besseres Verständnis für die persönliche Abwägung der bestehenden Risiken zu ermöglichen. 36

Eine hinreichende Aufklärung konnte auch nicht durch das Aufklärungsgespräch mit dem Zeugen Dr. K am Vortag der Operation, dem 03.06.2013, erreicht werden. Diesbezüglich ist die landgerichtliche Beweiswürdigung ebenfalls nicht zu beanstanden. Der Kläger hat in seiner Anhörung vorgetragen, der Zeuge Dr. K habe nicht viel gesagt, in weiten Teilen auf die bereits 2012 erfolgte erste TASH-Behandlung verwiesen und insoweit mit ihm übereinstimmend festgestellt, dass dieser das Verfahren der Behandlung tatsächlich schon kenne (Bl. 116 d. A.). Der Zeuge Dr. K hat bekundet, dass er immer nach einem standardisierten Ablauf in seinen Aufklärungsgesprächen vorgeht, dabei zunächst kurz auf die Erkrankung des Patienten eingeht und im Anschluss daran die Vorgehensweise der TASH bzw. Re-TASH-Operation erklärt. Auf die Behandlungsalternative der Myektomie geht 37

er seinen Bekundungen nach dann nur ein, um den Patienten deutlich zu machen, dass es sich auch bei dieser minimalinvasiven Methode um eine ernstzunehmende Operation am Herzen handelt, die nicht unterschätzt werden darf (vgl. Bl. 169 d. A.). Zu der deutlich intensiveren Myektomie rät er den Patienten dann wegen der gleichwertigen Erfolgsaussichten beider Verfahren nicht, sondern empfiehlt die nicht so belastende Katheter-Behandlung.

Damit hat der Zeuge Dr. Kn eigenen Bekundungen nach nicht auf die Gleichwertigkeit beider Methoden hingewiesen und auch nicht die gegenüber der Myektomie erhöhten Risiken besprochen. Hinsichtlich der von dem Zeugen ausgesprochenen Empfehlung der Katheter-Behandlung moniert die Beklagte zwar grds. zutreffend, dass man als Arzt dem Patienten eine Methode empfehlen darf. Im konkreten Fall bestand allerdings angesichts der unzureichenden Informationen die Gefahr, dass der Patient den Eindruck erhält, dass der Arzt ausschließlich die geplante Operationsmethode für die richtige hält und dass die Behandlungsalternative demgegenüber nicht mehr ernsthaft zur Auswahl steht. Insoweit hat die Sachverständige Dr. A aber im Senatstermin ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Myektomie gegenüber der Re-Tash gerade nicht nachrangig ist und der Patient sich ohne weiteres für den chirurgischen Eingriff entscheiden kann. 38

Das sich die Empfehlung des Zeugen Dr. K für den Kläger eher wie eine verbindliche Festlegung dargestellt hat, lässt sich auch aus der Aussage seiner Ehefrau, der Zeugin L schließen, die bei beiden Aufklärungsgesprächen anwesend war. Die Eheleute haben danach schon nach der Empfehlung des Zeugen Dr. M die Entscheidung zur Re-TASH-Operation nicht mehr in Frage gestellt und über die andere Behandlungsmethode nicht mehr nachgedacht, da ihnen zu dieser Behandlung geraten worden ist. 39

3. 40

Die Beklagte kann sich auch nicht auf eine hypothetische Einwilligung des Klägers berufen. 41

Dabei kann letztlich dahinstehen, ob sich die Beklagte entgegen den Ausführungen des Tatbestandsberichtigungsbeschlusses des Landgerichts vom 19.06.2017 (Bl. 222 f. d. A.) überhaupt erstinstanzlich auf die hypothetische Einwilligung des Klägers berufen hat - woran zumindest ernsthafte Zweifel bestehen - oder ob dies erstmals in der Berufungsbegründung erfolgt ist. 42

Eine hypothetische Einwilligung liegt vor, wenn der Patient bei ausreichender Aufklärung in die konkrete Operation unter den konkreten Umständen eingewilligt hätte. Sie greift dagegen nicht, wenn der Patient plausibel macht, dass er sich bei hinreichender Aufklärung zumindest in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, also etwa eine weitere Meinung eingeholt, die Operation aufgeschoben oder sie nicht in dem betreffenden Krankenhaus oder von den betreffenden Ärzten durchführen lassen hätte. 43

Der Kläger hat erstinstanzlich im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vorgetragen, dass er sich wohl für die Myektomie entschieden hätte, wenn er gewusst hätte, was hinterher passieren kann. Er hätte sich zumindest noch einmal eine zweite Meinung der Ärzte aus der Klinik in Bad S eingeholt und sich über diese operative Behandlungsalternative beraten lassen, bevor er die eine oder andere Behandlungsmethode gewählt hätte. Der Kläger hat bei seiner ergänzenden Anhörung im Senatstermin nochmals ausgeführt, dass er sich bei Vorstellung beider Methoden und Hinweis auf deren Gleichwertigkeit noch die Meinung seines behandelnden Kardiologen eingeholt hätte zumal dieser bereits vor der ersten Tash-Behandlung Zweifel geäußert habe. Zumindest hätte er über beide Methoden nachgedacht 44

und sich mit seiner Familie besprochen.

Damit hat der Kläger zur Überzeugung des Senats einen Entscheidungskonflikt hinreichend plausibel gemacht. Es kann gerade nicht festgestellt werden, dass er sich bei hinreichender Aufklärung in dem Umfang sofort und eindeutig für die Re-TASH-Operation entschieden hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er für diese schwierige Frage zunächst Bedenkzeit und weitere Beratung gebraucht hätte. Die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung liegen damit schon nicht vor, sodass sich die Beklagte hierauf nicht berufen kann. 45

4. 46

Verbleibt es danach bei einer unzureichenden Aufklärung des Klägers über die Behandlungsalternative der Myektomie, ist das erstinstanzlich zugesprochene Schmerzensgeld von 20.000,00 € angesichts der massiven und dauerhaften gesundheitlichen Folgen für den Kläger seitens des Senats nicht zu beanstanden. Die Höhe wurde von der Beklagten mit der Berufung auch nicht angegriffen. 47

III. 48

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 49

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 50

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. 51

52