
Datum: 03.11.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 24/21
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:1103.3U24.21.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 111 O 15/19

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 03.12.2020 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster 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: 1

A. 2

Der Kläger macht gegen die Beklagten Haftungsansprüche – die Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 50.000,00 €, die Feststellung der Ersatzpflicht betreffend allen materiellen und weiteren immateriellen Schaden, einen erstinstanzlich hilfsweise gestellten bezifferten Ersatzanspruch bezüglich eines Verdienstaufschadens in Höhe von 30.636,78 € sowie Nebenforderungen - im Zusammenhang mit einer Wirbelsäulenoperation vom 28.04.2016 geltend. Wegen des weitergehenden Sachvortrags 3

sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat der Kläger die gegen den Beklagten zu 2. gerichtete Klage zurückgenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, 4
ein Behandlungsfehler sei nicht feststellbar. Der Eingriff vom 28.04.2018 sei indiziert gewesen. Konservative Methoden seien bei der beim Kläger vorliegenden Wirbelsäulenerkrankung ausgeschöpft gewesen. Dieser Umstand ergebe sich nicht nur aus den vom Sachverständigen zugrunde gelegten Krankenunterlagen, sondern auch aus der eigenen Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung. Auf die Frage, ob die Beklagten sich nach dieser Vorgeschichte hätten erkundigen müssen, komme es nicht an. Das Vorliegen entsprechender Informationen hätte an der Indikationsstellung nichts geändert. Auch die fehlerhafte Durchführung des Eingriffs sei nicht bewiesen. Insbesondere lasse die fehlende knöcherne Durchbauung bzw. die auf den Röntgenbildern vom 13.10.2016 erkennbare Sinterung der eingebrachten Cages nicht den Rückschluss auf einen intraoperativen Behandlungsfehler zu. Ein Beleg für die Verwendung eines von der Größe her ungeeigneten Implantatmaterials liege nicht vor. Auch könne die fehlende Durchbauung bzw. eingetretene Sinterung nicht mit dem Beweismaßstab des § 286 ZPO mit einer fehlerhaft unterbliebenen Anlagerung von Knochenmaterial in Verbindung gebracht werden. Diese Anlagerung sei vom Standard her nicht erforderlich, da es sich um besonders beschichtete Implantate handle. Auch die Angaben des Herstellers zu den Prozentsätzen einer 70 – 90 %-igen Durchbauung innerhalb eines Zeitraumes von 12 bis 24 Wochen nach der Operation lasse nicht den Rückschluss zu, dass die unterbliebene Durchbauung auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen sei. Es sei ohne weiteres möglich, dass der Kläger zu dem Prozentsatz von Patienten gehöre, bei dem eine knöcherne Durchbauung schicksalhaft ausbleibe. Da kein zu 100 % eindeutiger Befund bestanden habe, handle es sich jedoch nicht um einen groben Behandlungsfehler. Angesichts der erst im Januar 2019 durchgeführten Revisionsoperation lasse sich nicht erkennen, dass es durch das Verkennen der Pseudarthrosebildung im Oktober 2016 bzw. spätestens im Januar 2017 zu Folgen gekommen sei, die ein Schmerzensgeld oder den Feststellungsantrag begründen könnten. Eine verzögerte Revision als Fehlerfolge scheide schon dann aus, weil im Oktober 2016 oder Januar 2017 nur dann zu einer Operation hätte geraten werden müssen, wenn die Schmerzsymptomatik bei dem Kläger auf eine Pseudarthrosebildung hätte zurückgeführt werden können. Dies lasse sich aber nicht feststellen. Auch A sei mit der Indikationsstellung im Februar 2017 noch zurückhaltend gewesen. Gegen den Zusammenhang spreche auch, dass sich beim Kläger trotz der zwischenzeitlichen Beseitigung der Pseudarthrose nach wie vor ein Beschwerdebild wie im Oktober 2016 zeige.

Auch die Aufklärungsrüge greife nicht durch. Die konservative Methode habe im April 2016 5
keine gleichwertige Behandlungsalternative zur Operation mehr dargestellt. Bei den Eingriffsvarianten PLIF und TLIF handle es sich um im Ermessen des Behandlers stehende Operationsmethoden und nicht um echte aufklärungspflichtige Behandlungsalternativen. Im Übrigen hätte der Kläger der Durchführung des konkreten Eingriffs vom 28.04.2016 auch dann zugestimmt, wenn er über eine alternative Behandlung oder einen anderen Zugangsweg aufgeklärt worden wäre. Der von der Beklagten in der Klageerwidderung ausdrücklich erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung sei unstrittig. Der anwaltlich vertretene Kläger habe hierauf nicht erwidert, insbesondere keinen Entscheidungskonflikt dargetan. Ob ein solcher angesichts der geklagten Beschwerdesymptomatik plausibel gewesen wäre, könne dahinstehen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, mit der er – mit Ausnahme des o.g. Hilfsantrages, der nun vom Feststellungsantrag umfasst ist – die erstinstanzlich gestellten Anträge weiter verfolgt. Er macht geltend, im Zusammenhang mit den Aufklärungsdefiziten unterstelle das Landgericht überraschend und zu Unrecht die hypothetische Einwilligung als unstreitig. Der Kläger habe ausdrücklich in der Klageschrift vorgetragen, dass er nicht über alternative Behandlungsmethoden aufgeklärt worden sei. Mit in II. Instanz neuem Vortrag behauptet der Kläger, bei einer solchen Aufklärung hätte er sich gegen die Operation entschieden, da er einem operativen Eingriff kritisch gegenüber gestanden habe. Ausweislich des Protokolls sei der Kläger nicht zu der Frage der hypothetischen Einwilligung angehört worden. Fehlerhaft habe das Landgericht festgestellt, dass andere und insbesondere konservative Methoden nicht in Betracht gekommen und ausgeschöpft gewesen seien. Es habe insbesondere keine Aufklärung hinsichtlich einer konservativen Methode oder einer alternativen operativen Behandlung mittels TLIF-Technik stattgefunden. Beide Verfahren – PLIF und TLIF – seien etabliert, jedoch mit einigen wesentlichen Unterschieden. Die Frage, ob die weniger eingriffsintensive TLIF-Methode vorzuziehen gewesen sei, habe der Sachverständige nicht beantwortet. Gleiches gelte im Hinblick auf sein pauschales Ergebnis, dass weitere konservative Therapieoptionen zur Besserung des Beschwerdebildes nicht in Betracht gekommen seien. Injektionen, Schmerztherapie, Physiotherapie, Krankengymnastik und Rehasport seien weder dokumentiert noch durchgeführt worden. Dazu habe der Sachverständige nicht ergänzend Stellung genommen. Es sei auch nicht ersichtlich, wie das Landgericht zu dem Schluss gelange, der Kläger habe in der Anhörung die Durchführung der umfassenden Maßnahmen bestätigt. Der Kläger habe vielmehr von sporadischen Schmerzen und sporadischen kurzfristigen Behandlungen ohne Behandlungskonzept berichtet. Eine konservative Methode sei durchaus in Betracht gekommen, da es sich um ein Wirbelgleiten Grad I (Wirbelkörperversatz < 25 %) gehandelt habe. Diesem hätte durch Krankengymnastik und eine Stärkung der Rückenmuskulatur entgegengewirkt werden können. Unzutreffend führten die Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 15.01.2019 an, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Indikationsstellung für den Eingriff 1 Jahr konservativ behandelt worden sei.

Die Beklagte zu 1. habe die Voruntersuchungen, die sie auf ihrer eigenen Internetseite (K 17) propagiere, nicht durchgeführt. Hierzu sei der Sachverständige ergänzend zu befragen. 7

Ferner rügt der Kläger den Einsatz ungeeigneter (zu kleiner) Implantate. Das Sachverständigengutachten gebe hierüber keinen Aufschluss. A habe dem Kläger am 13.02.2017 bei der Sichtung des von den Beklagten 2 Wochen zuvor angefertigten Bildmaterials die eindeutig fehlende knöcherne Durchbauung und große Abstände zwischen den Knochen und den Implantaten gezeigt. Diesen Zustand habe A mit einer zu großen Ausfräsung, einem zu kleinen Implantat oder einem zu großen Abstand zwischen Knochen und Implantat erklärt und die Operation als „Pfusch“ bezeichnet. Der Sachverständige habe lediglich zur allgemeinen Gebräuchlichkeit der Implantate, nicht jedoch zur Geeignetheit der im konkreten Fall verwendeten Implantate Stellung genommen. Vielmehr habe er eingeräumt, keine Erfahrung mit diesen Implantaten zu haben. In diesem Zusammenhang habe das Landgericht den Beweisantritt durch Vernehmung des Zeugen A fehlerhaft übergangen. 8

Auch zu der Frage, ob die fehlende Knochentransplantation als Behandlungsfehler zu werten sei, sei die auf eine Abbildung gestützte Aussage des nach eigenen Angaben mit diesem Implantat unerfahrenen Sachverständigen spekulativ. Die Anleitung des Herstellers C (K 19) sehe im Gegenteil die Anlagerung von Knochenmaterial vor. Soweit der Sachverständige feststelle, dass dieser Teil der Operation möglicherweise nicht dokumentiert worden sei, würde dies zu einer Beweislastumkehr führen. Den Umstand habe das Landgericht nicht 9

gewürdigt.

Ohne nähere Begründung habe der Sachverständige den von ihm hinsichtlich der Röntgenaufnahmen vom 13.10.2016 festgestellten Diagnosefehler als nicht grob bewertet, obwohl er zugleich festgestellt habe, dass die Sinterung für einen in einer wirbelsäulenchirurgischen Klinik arbeitenden Arzt sehr gut erkennbar gewesen sei. Tatsächlich sei das Ausbleiben des primären Operationsziels der knöchernen Stabilisierung bei den Nachuntersuchungen immer wieder grob fehlerhaft verkannt worden. Im Hinblick auf die Herstellerangaben zu dem Zeitraum der Knochenanlagerung und der Tatsache, dass die Röntgenbilder vom 13.05.2019 (17 Wochen nach der Revisionsoperation) laut Sachverständigem eine fast vollständige Durchbauung gezeigt hätten, solle der Sachverständige ergänzend dazu Stellung nehmen, ob bereits bei den Röntgenuntersuchungen vom 04.05.2016 oder 29.06.2016 (ca. 8 Wochen nach dem Eingriff) die fehlende Knochenanlagerung hätte diagnostiziert werden können. Die Erklärung des Sachverständigen, dass es nicht auf die Herstellerangaben ankomme, sei nicht überzeugend, zumal der Sachverständige für die Frage der Knochenanlagerung sehr wohl auf die Herstellerangaben Bezug nehme. Falsch sei schließlich die Bewertung des Landgerichts, dass die Verzögerung im Zusammenhang mit der Revisionsoperation nicht auf den Diagnosefehler zurückzuführen sei. Der Kläger habe das Vertrauen in eine sachgerechte Behandlung verloren und einer erneuten Operation ablehnend gegenüber gestanden.

Der Kläger beantragt, 11

- 1. 113
das Urteil des Landgerichts Münster vom 03.12.2020 abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, einen Betrag von 50.000,00 € aber nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.09.2018 sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.217,45 € zu zahlen,
- 2. 14
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs – verpflichtet sind, dem Kläger alle weiteren materiellen und die nicht vorhersehbaren künftigen immateriellen Schäden aus dem Behandlungszeitraum vom 28.04.2016 bis Anfang 2017 zu ersetzen.

Die Beklagten beantragen, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie machen geltend, der Sachverständige habe vorwerfbare Behandlungsfehler nicht festgestellt. Etwas anderes gelte auch nicht deshalb, als dass möglicherweise eine Pseudarthrose verspätet erkannt und behandelt worden sein sollte. Eine verzögerte Revision als Fehlerfolge könne nicht angenommen werden, da im Oktober 2016 und Januar 2017 nicht zu einer Revisionsoperation hätte geraten werden müssen. Insoweit habe auch der nachbehandelnde Arzt A nicht zu einer Indikationsstellung, sondern zu einem Abwarten des weiteren Verlaufs geraten. 17

Der Senat hat den Kläger und den Beklagten zu 4. angehört und Beweis erhoben durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen B. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 03.11.2021 verwiesen.

B. 19

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 20

Die Klage ist unbegründet. 21

Dem Kläger stehen gegen die Beklagten aus dem streitgegenständlichen Geschehen weder vertragliche noch deliktische Haftungsansprüche zu. 22

I. 23

Der Kläger hat einen Behandlungsfehler im Zusammenhang mit dem Eingriff vom 28.04.2016 nicht beweisen können. Zu diesem Ergebnis gelangt der Senat auf der Grundlage der in jeder Hinsicht nachvollziehbaren und fundierten medizinischen Bewertung durch den Sachverständigen B. Dabei ist voranzustellen, dass der vom Kläger erhobene Vorwurf, dem Sachverständigen fehle die erforderliche fachliche Kompetenz insbesondere im Hinblick auf die eingebrachten Implantate, da er Implantate der Firma C nach eigenen Angaben nicht verwende, nicht durchgreift. Der Sachverständige hat unmissverständlich klargestellt, dass dieser Umstand keinerlei nachteilige Auswirkung auf seine Fachkompetenz habe. Seine Ausführungen belegen zudem, dass er auch mit den materialtechnischen Besonderheiten der verwendeten Implantate vertraut ist. 24

1. 25

Der Sachverständige hat im Senatstermin wie auch bereits vor dem Landgericht bestätigt, dass zum Zeitpunkt der am 21.03.2016 seitens der Beklagten ausgesprochenen Empfehlung zur Operation eine relative Operationsindikation vorlag. Diese Indikationsstellung hat der Sachverständige angesichts der im Senatstermin auf der Grundlage der Krankenunterlagen nochmals eingehend erörterten Krankengeschichte des Klägers, bei der alle konservativen Behandlungsmaßnahmen ausgeschöpft gewesen seien, bejaht. Der Kläger hat ausdrücklich bestätigt, dass sämtliche Therapieansätze, wie sie sich insbesondere aus den Krankenunterlagen des D, des E und der Klinik F in G ergeben und die belegen, dass der Kläger bereits mindestens seit März 2015 unter erheblichen bzw. zunehmenden Rückenschmerzen mit daraus resultierenden umfangreichen Fehlzeiten auf der Arbeitsstelle litt, so stattgefunden haben und letztlich erfolglos geblieben sind. Zu einer PRT-Behandlung, die von E im Juli 2015 angedacht, aber nicht durchgeführt worden ist, hat der Sachverständige erklärt, dass diese bei den vom Kläger geklagten Rückenschmerzen ohnehin nicht indiziert gewesen wäre und zudem nur eine temporäre Besserung gebracht hätte. Der Annahme der vom Sachverständigen eingehend erläuterten relativen Operationsindikation im April 2016 steht dies nicht entgegen. Anzumerken ist, dass auch die H-Klinik dem Kläger im März 2016 zu einem operativen Eingriff im Bereich L5/S1 geraten hatte. 26

2. 27

Auch der Vorwurf, seitens der Beklagten seien ungeeignete, insbesondere zu kleine Implantate verwendet worden, greift nicht durch. Bereits in erster Instanz hat der 28

Sachverständige unter Verweis auf das (erste) postoperativ gefertigte Röntgenbild vom 04.05.2016 ausgeführt, dass dort die korrekte Lage beider Implantate zu sehen sei. Dies hat er im Senatstermin nochmals unmissverständlich bestätigt. Plausibel hat er im Übrigen unter Verweis auf die zwischenzeitlich eingetretene Sinterung erklärt, dass der Umstand, dass in dem Revisionseingriff vom 10.01.2019 ein größeres Implantat verwendet worden sei, nicht den Rückschluss darauf zulasse, dass das für den Eingriff vom 28.04.2019 gewählte Implantat zu klein gewesen sei. Soweit der Kläger dem unter Beweisantritt durch Benennung des Zeugen A entgegenhält, dieser habe ihm am 13.02.2017 anhand des zwei Wochen zuvor von der Beklagten angefertigten Bildmaterials erklärt, dass die Ausfräsung zu groß, „das Implantat“ (Anm.: es waren 2 Implantate) oder der Abstand zwischen Knochen und Implantat zu groß gewesen sei, ist anzumerken, dass sich derartige Aussagen weder in dem Bericht des A vom 13.02.2017 noch im Operationsbericht vom 10.01.2019 (den Eingriff hat A nicht durchgeführt) finden. Im Bericht vom 13.02.2017 ist lediglich von persistierenden oder gar zunehmenden Lysesäumen bzw. „gewissen“ Lysesäumen und fehlender knöcherner Durchbauung die Rede. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass A die Röntgenbilder vom 04.05.2016 gesehen hat, die laut Sachverständigem einen korrekten postoperativen Sitz zeigen. In I. Instanz hat der Sachverständige erklärt, dass er die Aussage von A so nicht nachvollziehen könne. Der Sachverständige, dem zwischenzeitlich das Myelo-CT vom 24.01.2017 vorgelegt worden ist, ist auch insoweit bei seiner Auffassung geblieben, dass es keine Anhaltspunkte für die Verwendung eines nicht geeigneten Implantats gebe. Das ist ohne weiteres nachvollziehbar. Bereits die Röntgenbilder vom 13.10.2016 zeigen eine erkennbare Stellungsänderung und Sinterung der Cages und sind laut Sachverständigem schon aus diesem Grund nicht aussagekräftig für die Frage dafür, ob am 28.04.2016 ausreichend große Cages verwendet worden sind. Eine Zeugenvernehmung des A zu der medizinischen Bewertung der Bildgebung (zu kleine Implantate, zu große Ausfräsungen) ist schon aus prozessualen Gründen nicht veranlasst, da diese Beurteilung dem gerichtlichen Sachverständigen obliegt. Anzumerken ist im Übrigen Folgendes: Die laut Klägervortrag von A getätigte Behauptung, die Operation sei Pfusch gewesen und ohne Revisionsoperation bestehe keine Chance auf Beschwerdebesserung, steht den schriftlichen Aussagen des A diametral entgegen. Selbst wenn man aber unterstellt, dass A die vom Kläger behauptete mündliche Aussage getätigt hätte, kann der Kläger damit den erforderlichen Beweis, dass die Operation fehlerhaft durchgeführt worden ist, nicht führen. Dies wäre allein die persönliche Einschätzung des A, der – wie bereits vorerwähnt – nur Zeuge und nicht Sachverständiger ist. Der Sachverständige hat klargestellt, dass nach der Bildgebung aus Januar 2017 zunächst ein Abwarten gerechtfertigt war. Ausweislich der Krankenunterlagen hat auch A erstmals anlässlich der Vorstellung des Klägers vom 29.01.2018 eine klare Pseudarthrose und eine relative Indikation zur Revisionsoperation bestätigt.

3.

29

Ohne Erfolg rügt der Kläger eine angeblich fehlerhaft im Eingriff vom 28.04.2016 unterbliebene Knochenanlagerung. Bereits in I. Instanz und erneut im Senatstermin hat der Sachverständige ausgeführt, dass es bei den verwendeten Implantaten nicht zwingend der Anlagerung von Knochenmaterial bedarf, da die Implantate eine Beschichtung besitzen, auf die der Knochen direkt aufwachsen kann. Das Anbringen von Knochenmaterial steht daher im Ermessen der Behandler. Entgegen der Behauptung des Klägers hat der Sachverständige sich für diese medizinische Bewertung keineswegs nur auf Informationen von Kollegen gestützt, die ein sehr gutes Anwachsen ohne Knochenanlagerung bestätigt haben, sondern zulässigerweise die Herstellerangaben herangezogen. Danach kann bei einem derartigen Implantat Knochen angelagert werden; unbedingt zwingend ist es bei den verwendeten Implantaten nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem auf die Herstelleranleitung

30

gestützten Vortrag des Klägers. Ergänzend hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass diese materialbedingte Vorgehensweise auch bei anderen TEP bekannt ist, so dass dort auf die Einbringung von Zement verzichtet werden kann. Bereits in I. Instanz hat der Sachverständige im Übrigen klargestellt, dass allein der Umstand, dass es beim Kläger nach dem Eingriff vom 28.04.2016 nicht zu einer knöchernen Durchbauung gekommen ist, nicht den Schluss auf eine fehlerhafte Durchführung der Operation zulässt. Soweit sich der Kläger auf die Herstellerangaben zur prozentualen Einheilung nach einem halben Jahr nach der Operation stützt, hat das Landgericht zu Recht darauf verwiesen, dass der Kläger zu der Gruppe gehört haben mag, bei der es schicksalhaft nicht zu einer knöchernen Durchbauung kommt. Zudem hat der Sachverständige nochmals im Senatstermin klargestellt, dass damit keine festen Grenzen für die Dauer der Durchbauung definiert seien, sondern individuell auf den jeweiligen Patienten abzustellen sei. Hervorgehoben hat er nochmals, dass es schicksalhaft nicht zur vollständigen Durchbauung kommen könne, dies jedoch nicht zwangsläufig zu Beschwerden führen müsse.

4. 31

Haftungsrechtlich ohne Relevanz bleibt schließlich der Diagnosefehler, der den Beklagten hinsichtlich der postoperativ gefertigten Bildgebung vom 13.10.2016 und 24.01.2017 unterlaufen ist. 32

Dazu hat der Sachverständige zunächst wie auch bereits vor dem Landgericht klargestellt, dass auf den Aufnahmen vom 04.05.2016 und 29.06.2016 keine Anhaltspunkte für eine Pseudarthrosebildung zu erkennen gewesen seien. Konkrete Anhaltspunkte, warum diese Bewertung unzutreffend sein sollte, werden in den Berufungsbegründung nicht vorgetragen. 33

Hinsichtlich der Aufnahmen vom 13.10.2016 und 24.01.2017 hat der Sachverständige hingegen zwar wie bereits in I. Instanz bestätigt, dass diese Aufnahmen im Hinblick auf die Stellungsänderung und Sinterung der Cages pathologische Auffälligkeiten erkennen ließen so dass zu diesem Zeitpunkt der dringende Verdacht auf eine Pseudarthrosebildung bestanden habe. Auch nach Auswertung des Myelo-CT vom 24.01.2017, das dem Sachverständigen erst in II. Instanz vorgelegen hat, ist er jedoch dabei geblieben, dass es sich bei der Fehleinschätzung der Beklagten nicht um einen fundamentalen Diagnosefehler, mithin nicht um einen solchen Fehler handelt, der auch bei dem einem Arzt ohnehin zuzugestehenden Diagnosespektrum völlig unverständlich ist. Anzumerken ist, dass auch A im Februar 2017 ausweislich der Dokumentation keine eindeutigen Anzeichen für eine Pseudarthrose, sondern lediglich „gewisse Lysesäume im Bereich der Cages“ sowie eine „nicht sichere knöcherne Anlagerung festgestellt hat. Erstmals im Januar 2018 hat er eine „klare Pseudarthrose“ dokumentiert. Auch dieser Umstand untermauert die von dem Sachverständigen vorgenommene Bewertung der Fehlerqualität, wie auch die radiologische Bewertung der Aufnahmen vom Januar 2017. 34

Der Kläger hat allerdings nicht mit dem ihm bei einem einfachen Behandlungsfehler obliegenden Beweismaßstab des § 286 ZPO nachweisen können, dass ihm durch den vorgenannten Diagnosefehler ein Gesundheitsschaden entstanden ist. Zwar hat der Fehler dazu geführt, dass die nicht sichere knöcherne Durchbauung nicht bereits im Oktober 2016 oder Januar 2017, sondern erstmals durch A am 13.02.2017 festgestellt worden ist. Die Behauptung des Klägers, dass er sich bei richtiger Diagnosestellung am 13.10.2016 zu diesem Zeitpunkt zu einer Operation entschlossen und damit seine Leidenszeit verkürzt hätte bzw. er aus medizinischen Gründen zu diesem Zeitpunkt hätte operiert werden müssen, weil eine knöcherne Durchbauung nicht mehr zu erwarten war, greift nicht durch. Dem Bericht des A vom 13.02.2017 lässt sich entnehmen, dass er zum damaligen Zeitpunkt noch keine 35

Operationsindikation gesehen hat. So ist dort ausgeführt „... sollten die Beschwerden persistieren, zum Ende des Jahres nochmals eine CT-Verlaufskontrolle... dann mglw. Indikation zu o.g. Eingriff...“.Eine relative Indikation für einen Revisionseingriff hat A erst am 29.01.2018 festgestellt. Selbst zu diesem Zeitpunkt stand, wie auch nachfolgend von dem I-Krankenhaus empfohlen, die Fortführung der konservativen Therapie im Raum. Der Sachverständige hat dazu erläutert, dass das Ziel der Beschwerdefreiheit des Patienten möglicherweise auch ohne vollständige knöcherne Durchbauung erreicht werden kann, was das abwartende Vorgehen der Nachbehandler des Klägers in Bezug auf eine belastende Revisionsoperation verständlich macht. Dafür, dass sich der Kläger ohne entsprechende Indikationsstellung früher hätte operieren lassen bzw. operiert worden wäre, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Dass die Revisionsoperation nicht im Januar 2018, sondern erst im Januar 2019 durchgeführt worden ist, steht ersichtlich in keinerlei Kausalzusammenhang mehr mit dem Diagnosefehler der Beklagten.

II. 36

Ohne Erfolg bleibt auch der Vorwurf des Klägers, er sei nicht über die Behandlungsalternative der Fortführung konservativer Behandlungsansätze sowie über den alternativen Zugangsweg TLIF aufgeklärt worden sei. 37

1. 38

Dies scheitert an dem bereits in I. Instanz von den Beklagten erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung. Der Kläger ist mit dem streitigen Vortrag in II. Instanz, dass er sich gegen die stattgehabte Operation entschieden hätte, nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Die Zulassungsvoraussetzungen für den in II. Instanz neuen Vortrag liegen nicht vor. 39

Vorsorglich haben die Beklagten bereits in der Klageerwiderung den Einwand der hypothetischen Einwilligung in Bezug auf beide vorgenannte Aspekte erhoben und unter Verweis auf die erhebliche Beschwerdesymptomatik des Klägers und den Umstand, dass dieser Leidensdruck ihn trotz der unstreitig aufgeklärten erheblichen Risiken nicht vom Eingriff abgehalten habe, vorgetragen, dass der Kläger in die Operation in jedem Fall eingewilligt hätte und auch der Empfehlung des Arztes zu einem Operationsverfahren nach PLIF gefolgt wäre. Dem ist der Kläger erstinstanzlich nicht entgegengetreten. Im Tatbestand ist entsprechend ausgeführt, dass der Kläger unstreitig in den Eingriff eingewilligt hätte, wenn er von der Möglichkeit konservativer Maßnahmen und der Alternative eines Eingriffs in TLIF-Technik gewusst hätte. Ein Tatbestandsberichtigungsantrag ist zu keinem Zeitpunkt gestellt worden mit der Folge des § 314 ZPO. Im Übrigen gilt Folgendes: Soweit der Kläger in II. Instanz suggeriert, er habe in I. Instanz nicht nur vorgetragen, dass er nicht über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden sei, sondern auch, dass er sich bei entsprechender Aufklärung gegen die Operation entschieden hätte, ist das nicht zutreffend. Letzteres hat er in I. Instanz zu keinem Zeitpunkt vorgetragen. Die Rechtsprechung des BGH zur Notwendigkeit der Geltendmachung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung bereits im ersten Rechtszug (z.B. Urteil vom 18.11.2018 – VI ZR 198/07) lässt sich im Umkehrschluss ohne weiteres entnehmen, dass es bei erfolgter – wie hier mit Tatsachenbehauptungen hinreichend unterlegter – Geltendmachung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung dem Patienten (im selben Rechtszug) obliegt, einen Entscheidungskonflikt darzulegen. Dies ist in I. Instanz nicht erfolgt. Zu Unrecht vertritt der anwaltlich vertretene Kläger die Auffassung, das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft nicht auf die „überraschende“ Rechtsauffassung hingewiesen. Die Hinweispflicht des § 139 ZPO gebietet es nicht, eine anwaltlich vertretene Partei darauf hinzuweisen, dass sie zur Wahrung 40

etwaiger Ansprüche Vorbringen des Gegners bestreiten und einen relevanten Entscheidungskonflikt gegenüber dem substantiiert erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung darlegen müsse.

2. 41

Selbst bei Außerachtlassen der vorstehenden Ausführungen griffe allerdings die erhobene Aufklärungsrüge nicht durch. Wie oben unter B I. 1. ausgeführt, bestanden zum Zeitpunkt der Indikationsstellung für den Eingriff vom 28.04.2016 keine aufklärungspflichtigen konservativen Behandlungsalternativen. Soweit der Kläger die Auffassung vertritt, er habe über die TLIF als operative Behandlungsalternative aufgeklärt werden müssen, geht diese Auffassung fehl. Wie auch bereits in I. Instanz hat der Sachverständige im Senatstermin erneut klargestellt, dass die beiden Methoden in der praktischen Anwendung hinsichtlich der Risiken und des Outcome als gleich zu bewerten sind. Zudem hat der Sachverständige plausibel dargelegt, dass es sich tatsächlich nicht um Operationsalternativen handelt, deren Wahl letztendlich vom Patienten zu treffen ist, sondern um im Ermessen des Operators stehende Techniken, zwischen denen ein Operateur abhängig vom konkret anstehenden Eingriff und der individuellen Erfahrung entscheiden kann. 42

C. 43

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

D. 45

Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 46