
Datum: 23.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 121/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0123.5U121.01.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 11 O 318/98

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts A. vom 30. Mai 2001 (11 O318/98) teilweise abgeändert und wie folgt gefasst: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld 25.000 EUR nebst 4% Zinsen seit dem 13.8.1998 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu 15 %, der Beklagte zu 85%. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

1

Dem Kläger wurde im Juli/August 1993 in der RWTH A. ein Tumor in der linken Nasenhöhle entfernt und anschließend bei ihm eine Strahlenbehandlung und Chemotherapie durchgeführt. Er begab sich im Mai 1995 erstmals in die Behandlung des Beklagten, der als niedergelassener HNO-Arzt tätig ist und der den Kläger auch im Hinblick auf eine erneute Tumorbildung untersuchte. Eine weitere Behandlung fand im März 1997 wegen Erkältungskrankheiten statt. Am 8.9.1997 begab sich der Kläger sodann zum Beklagten, weil er einen Druckschmerz im linken Nasenabgang verspürte. Der Beklagte stellte eine große Borke in der linken Nasenhaupthöhle fest und diagnostizierte eine Knochenhautentzündung der Nase. Er veranlasste zum Ausschluss eines Tumorrezidivs eine Computertomographie, die der Kläger am 11.9.1997 durch den Radiologen Dr. S. vornehmen ließ. Dr. S. teilte dem Beklagten durch Arztbrief vom 11.9.1997 mit, dass wohl eher von einer entzündlichen

2

Schleimhautproliferation auszugehen sei, eine Sicherheitsbiopsie in Anbetracht der ehemaligen Carzinomlokalisation aber empfohlen werde. Eine solche Sicherheitsbiopsie nahm der Beklagte jedoch nicht vor. Er untersuchte und behandelte den Kläger weiter bis zum 26.9.1997, verordnete Anwendungen mit Emser Salz und schrieb den Kläger insgesamt bis zum 3.10.1997 krank. Im November 1997 behandelte der Beklagte den Kläger wegen einer eitrigen Sinusitis, die zu einer weiteren Arbeitsunfähigkeit von 12 Tagen führte. Am 26.1.1998 begab sich der Kläger erneut in die Behandlung des Beklagten. Diesmal stellte der Beklagte fest, dass wegen einer starken Krustenbildung in der linken Nasenhaupthöhle eine Endoskopie nicht möglich sei und verordnete Medikamente gegen Sinusitis und Rhinitis. Am 25.2.1998 schließlich äußerte er den Verdacht auf ein Tumorrezidiv und wies den Kläger in ein Krankenhaus ein. Der Kläger begab sich nunmehr allerdings zunächst in die Behandlung eines anderen niedergelassenen Arztes, Dr. W., der noch am 26.2.1998 eine derartige Verschiebung des Nasenseptums nach rechts feststellte, dass die Nasenventilation vollständig aufgehoben war. Die von ihm sofort vorgenommene Biopsie bestätigte den Verdacht eines Tumorrezidivs. Im März 1998 wurde der Kläger in der HNO-Klinik der RWTH A. operiert, wobei ihm ein Tumor entfernt wurde, der im Querdurchmesser eine Raumausdehnung von 3,5 cm und im Längsdurchmesser eine Raumausdehnung von 2,5 cm aufwies. Dabei wurden die linke Hälfte der befallenen Nase und Teile des Knochens (Siebbein) entfernt und zur plastischen Korrektur ein Hautlappen von der Stirn entnommen. Im Anschluss daran wurde eine Chemotherapie durchgeführt. Gleichwohl konnte nicht verhindert werden, was indes erst im Verlauf des zweiten Rechtszuges näher vorgetragen wurde, dass es zu einem weiteren Rezidiv kam und sich mittlerweile wieder ein Tumor in der Größe von 2,2 x 2,5 x 3 cm gebildet hat. Der Kläger wird bis heute behandelt. Seinen Beruf als Feuerwehrmann hat er nicht wieder aufnehmen können. Er ist mittlerweile in den Ruhestand versetzt worden.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schmerzensgeld und Feststellung der Erstattungspflicht künftiger materieller und immaterieller Schäden in Anspruch. Er wirft dem Beklagten vor, eine hier dringend indizierte Sicherheitsbiopsie unterlassen zu haben. 3

Er hat behauptet, das Tumorrezidiv habe schon im September 1997 bestanden und wäre bei einer Biopsie mit Sicherheit erkannt und behandelt worden. In diesem Fall hätte sich der Tumor nicht derart vergrößern können, die notwendige Operation hätte weit weniger einschneidend erfolgen können - insbesondere hinsichtlich der gravierenden Entstellungen des Gesichts -, und die Aussichten auf eine dauerhafte Heilung seien ungleich größer gewesen als nunmehr. Auf die Notwendigkeit einer Biopsie habe der Beklagte ihn niemals hingewiesen. 4

Er hat beantragt, 5

6

7

den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, das er mit mindestens 70.000.- DM beziffert, nebst 4% Zinsen seit dem 19.8.1998 zu zahlen, sowie, 8

9

10

11

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, soweit diese auf der Grundlage der ärztlichen Fehlbehandlung aus 1997 noch entstehen werden und nicht auf den Sozialversicherungsträger übergegangen sind.

Der Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Er hat behauptet, den Kläger mehrfach auf die Notwendigkeit einer Biopsie hingewiesen zu haben, auch wenn dies in seiner Krankendokumentation keinen Niederschlag gefunden habe. Der Kläger habe sich jedoch geweigert, weil er eine Phobie vor einer Untersuchung und Behandlung in der RWTH A. entwickelt habe. Er selbst habe die Biopsie nicht vornehmen wollen, da die HNO-Klinik der RWTH wegen der früheren Operation die Situation weit besser beurteilen können. Auch habe der Radiologe Dr. S. den Befund mit dem Kläger besprochen, so dass der Kläger auch von daher Kenntnis gehabt habe. Im übrigen hat der Beklagte bestritten, dass beim Kläger bereits im September 1997 ein Rezidiv vorgelegen habe. Auch hätte eine sofort durchgeführte Operation zu denselben Beeinträchtigungen geführt wie die später durchgeführte. Ebenfalls hätte sich die Langzeitprognose für den Kläger nicht verbessert. 14

Die Kammer hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und nach Zeugenvernehmung über die Frage, ob der Beklagte auf die Notwendigkeit einer Biopsie hingewiesen habe, dem Feststellungsantrag stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 4000.- DM verurteilt. Es hat, gestützt auf die Erkenntnisse des Sachverständigen Privatdozent Dr. W., das Unterlassen der Sicherheitsbiopsie als groben Behandlungsfehler gewertet. Die Behauptung, den Kläger auf die Biopsie hingewiesen zu haben, habe die vom Beklagten benannte Sprechstundenhilfe nicht bestätigt. Eine - von der Kammer angenommene - Information durch den Radiologen S. ändere nichts am Fehler des Beklagten, führe im gegebenen Fall auch nicht zur Annahme eines Mitverschuldens des Klägers. Der Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass der Tumor im September 1997 noch nicht vorgelegen habe. Allerdings hätte, den Ausführungen des Sachverständigen folgend, auch eine wesentlich frühere Operation mit gleicher Radikalität durchgeführt werden müssen, so dass die optischen Beeinträchtigungen in jedem Fall eingetreten wären. Diese schieden daher auch für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus, so dass hier nur die durch die verzögerte Behandlung bedingten zusätzlichen unnötigen Schmerzen und die höhere Gefahr für die Zukunft zu berücksichtigen seien. 15

Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Beklagte, der weiterhin Klageabweisung erstrebt, wiederholt seine Behauptung, den Kläger mehrfach auf die Notwendigkeit der Biopsie hingewiesen zu haben, wie auch Dr. S., die frühere Hausärztin des Klägers oder die Ärzte der RWTH A.. Im übrigen sei eine Biopsie auch keineswegs dringend veranlasst gewesen, da das Rezidiv im September noch nicht vorgelegen habe. Die lediglich endoskopische Untersuchung sei ausreichend gewesen. Keinesfalls aber könne sein Verhalten als grober Behandlungsfehler gewertet werden. Im übrigen müsse ein Mitverschulden des Klägers angenommen werden. 16

Er beantragt, 17

18

19

unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage insgesamt abzuweisen.	20
Der Kläger beantragt,	21
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen,	22
ferner,	23
	24
	25
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an der 26 Kläger über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag von 4.000.- DM nebst 4% Zinsen seit dem 13.8.1998 hinaus ein weiteres angemessenes, in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, mindestens aber 70.000.- DM, nebst 4% Zinsen seit dem 13.8.1998 zu zahlen.	
Er bestreitet, jemals durch irgendeinen Arzt auf die Notwendigkeit einer Biopsie hingewiesen worden zusein. Insbesondere habe Dr. S. ihn nicht über den erhobenen Befund unterrichtet und auch der Arztbrief vom 11.9.1997 sei ihm erst im Laufe dieses Rechtsstreits zur Kenntnis gelangt. Das zuerkannte Schmerzensgeld sei deutlich zu gering bemessen, insbesondere mit Rücksicht auf seine dramatisch verschlechterte Zukunftsprognose. Insoweit trägt er im einzelnen zur weiteren Entwicklung seiner Erkrankung vor. Das nunmehr aufgetretene weitere Rezidiv sei wegen massiven Entfernung von Knochensubstanz durch die Operation im März 1998 nun nicht mehr operabel, sondern könne nur noch durch Bestrahlung und Chemotherapie behandelt werden. Auf die durch die zweite Operation hervorgerufenen optischen Beeinträchtigungen beruft sich der Kläger nicht mehr. Dem Vorbringen des Beklagten tritt er entgegen und verteidigt im übrigen das angefochtene Urteil.	27
Der Beklagte beantragt,	28
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	29
Er tritt dem Vorbringen des Klägers entgegen.	30
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Klägers als Partei auf Antrag des Beklagten. Er hat ferner den Beklagten gemäß § 141 ZPO zur Frage des Hinweises auf die Notwendigkeit einer Biopsie angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 19.12.2001 Bezug genommen. Wegen aller weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Urteil der Kammer vom 30.5.2001 verwiesen.	31
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	32
	33
Beide Berufungen sind zulässig. Die Berufung des Beklagten ist unbegründet, diejenige des Klägers hat (zum Teil) Erfolg. Ihm steht wegen der durch den Beklagten unterlassenen Biopsie ein Schmerzensgeld in Höhe von insgesamt 25.000 EUR zu (§§ 847, 823 BGB). Auch der Feststellungsantrag ist in vollem Umfang begründet.	34
	35

a)	36
	37
Das Unterlassen einer Sicherheitsbiopsie zum Ausschluss eines Tumorrezidivs stellt einen Behandlungsfehler durch den Beklagten dar, den die Kammer zu Recht auch als groben Behandlungsfehler gewertet hat. Der erstinstanzlich beauftragte Sachverständige Privatdozent Dr. W. hat sowohl in seinem schriftlichen Gutachten vom 19.1.2000 als auch in seinem Ergänzungsgutachten vom 20.10.2000 als auch in seiner mündlichen Anhörung unmissverständlich und einschränkungslos festgestellt, dass in der beim Kläger gegebenen Situation, nämlich im Hinblick auf den im Jahre 1993 aufgetretenen Tumor, eine Sicherheitsbiopsie unverzichtbar gewesen sei. Das Vorliegen eines Druckschmerzes sei ein ausgesprochenes Warnsymptom gewesen und der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf erst mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Rezidiv ausgeschlossen werden könne, sei noch nicht verstrichen gewesen. Angesichts der Vorgeschichte sei ein eher übergenaues Vorgehen angezeigt gewesen, ferner habe das CT vom 11.9.1997 einen Tumor gerade nicht sicher ausschließen können. In dieser Situation wäre es zwar vielleicht mit Rücksicht auf die akute Erkrankung vertretbar gewesen, die Situation eine Weile zu beobachten, allerspätestens nach vier bis sechs Wochen hätte allerdings eine Sicherheitsbiopsie vorgenommen werden müssen. Diese Ausführungen sind eindeutig, nachvollziehbar und überzeugend. Auch der Beklagte hat in erster Instanz keinen Zweifel geäußert, dass eine Sicherheitsbiopsie kunstgerechtem ärztlichen Handeln entsprochen hätte. Er will schließlich auch seinem Hauptvorbringen nach dem Kläger eine solche Biopsie dringend und mehrfach angeraten haben. Seine in zweiter Instanz geäußerte Auffassung, bei der gegebenen Situation sei ein lediglich beobachtendes Verhalten ausreichend gewesen, widerspricht nicht nur den Feststellungen des Sachverständigen, denen der Senat folgt, sondern auch dem eigenen behaupteten Verhalten des Beklagten.	38
	39
b)	40
	41
Der Vorwurf eines schuldhaften Behandlungsfehlers entfällt auch nicht dadurch, dass der Kläger in Kenntnis der damit verbundenen Risiken einen solchen Eingriff verweigert hätte. Der Senat ist nach der vor der Kammer wie vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht davon überzeugt, dass der Beklagte den Kläger auf die Notwendigkeit der Sicherheitsbiopsie hingewiesen hat und dass daraufhin der Kläger die Biopsie verweigert hat. Die erstinstanzlich hierzu benannte und vernommene Zeugin S. hat die entsprechende Behauptung des Beklagten nicht bestätigt. Sie konnte zur Sache nicht mehr sagen, als dass der Kläger ängstlich gewesen sei und dass ihr Chef grundsätzlich entsprechend der Diagnose darauf hinweise, dass Gewebeproben entnommen werden müssten. Da es sich bei der konkreten Situation des Klägers aber nicht um einen Routinevorgang handelt, bei dem üblichen Gepflogenheiten eine gewisse Indizwirkung zukommen kann, ist die Aussage der Zeugin insgesamt unergiebig und keineswegs geeignet, den Beweis für einen entsprechenden Hinweis zu erbringen, erst recht nicht für eine ausführliche Aufklärung des Klägers über etwaige Risiken einer unterlassenen Biopsie und für mehrfache nachdrückliche Aufforderungen, eine Biopsie vornehmen zu lassen.	42

Der Beweis ist auch nicht durch die Vernehmung des Klägers geführt worden. Der Kläger hat eindeutig erklärt, dass der Beklagte ihn weder auf die Notwendigkeit einer Biopsie hingewiesen noch über den Inhalt des Schreibens von Dr. S. unterrichtet habe. Er ist hierbei auch auf nachdrückliches Befragen geblieben, und er hat auf den Senat nicht den Eindruck gemacht, dass er sich dabei von einem in seinem Interesse liegenden Prozessausgang leiten lasse. Der hierzu ebenso ausführlich angehörte Beklagte, der letztlich bei seiner schriftsätzlich vorgetragenen Behauptung geblieben ist, hat den Senat nicht davon überzeugen können, dass seine Darstellung der Wahrheit entspricht und seiner Darstellung mehr Glauben zu schenken sei als derjenigen des Klägers. Der Senat hat dabei zur Kenntnis genommen, dass der Beklagte keineswegs die Gelegenheit wahrgenommen hat, seine schriftsätzlich wenig konkretisierten Behauptungen näher mit Detailangaben zu versehen und sie dem Kläger "Auge in Auge" entgegen zu halten, sondern dass er nun weit größeren Wert auf die Tatsache legte, dass er über das Ausmaß der Vorerkrankung nie wirklich präzise unterrichtet gewesen sei, dass er selbst auf noch gründlichere Untersuchungen gedrungen hätte, hätte er geahnt, wie schwerwiegend bereits die Vorerkrankung gewesen sei. Auf ausdrücklichen Vorhalt, ob er auf die Biopsie hingewiesen habe, hat er zunächst ausweichend geantwortet, es wäre "angebracht gewesen", eine Biopsie zu machen, und erst auf nochmaliges Nachfragen bestätigt, dass er den Kläger tatsächlich "jedesmal" auf die Dringlichkeit hingewiesen habe. Nähere Angaben dazu hat er nicht gemacht. Dass er auf die Dringlichkeit der Biopsie und die Folgen eines möglichen Unterlassens gezielt aufgeklärt hätte, hatte der Beklagte bis dahin aber noch nicht einmal schriftsätzlich behauptet. Insgesamt genügen die Ausführungen des Beklagten damit dem Senat nicht, um die Darstellung des Klägers für unwahr und die des Beklagten für wahr zu halten. Sie geben dem Senat noch nicht einmal Anlass, die angeregte Parteivernehmung nach § 448 ZPO durchzuführen, da hierdurch eine entscheidende Änderung nicht zu erwarten ist.

44
45

c)

46

47

Die Nichterweislichkeit seiner Behauptung geht zu Lasten des Beklagten. Es handelt sich bei dem Hinweis auf die Erforderlichkeit einer Sicherheitsbiopsie um einen Fall der Sicherheitsaufklärung. Diese hat der Beklagte nicht in den Krankenunterlagen dokumentiert, obwohl sie hätte dokumentiert werden müssen. Dokumentationspflichtig sind alle wichtigen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen, also gerade auch medizinisch bedeutsame therapeutische Hinweise (BGH NJW 1985, 2193, 2194; nur beispielhaft für den Hinweis auf die Notwendigkeit einer Röntgenuntersuchung bei Verdacht auf Tbc und Weigerung des Patienten BGH AHRS 6590/11). Der Hinweis, dass zum sicheren Ausschluss eines Tumorrezidivs eine Sicherheitsbiopsie unabdingbar notwendig sei sowie die dann erfolgende Weigerung des Patienten samt der angegebenen Gründe sind danach in jedem Fall dokumentationspflichtig. Für die spätere medizinische Beurteilung ist es von offenkundigem Interesse zu wissen, ob und warum eine derartige sichere Diagnosemethode nicht angewandt wurde. Von einer sich von selbst verstehenden Routinemaßnahme, die ausnahmsweise nicht dokumentiert werden muss (BGH NJW 1984, 1403, NJW 1993, 2375), kann schon wegen der Schwere der Erkrankung keine Rede sein. Folge der unterlassenen Dokumentation ist, dass das Unterbleiben der Aufklärung vermutet wird (BGHZ 85, 212, std. Rspr.) und der Beklagte den Beweis, dass dies nicht der Fall sei, erbringen muss. Das ist ihm, wie oben dargelegt, nicht gelungen.

48

Im übrigen gereicht die Beweislosigkeit dem Beklagten auch aus einem weiteren Grund zum Nachteil. Dass es zu einem schadensauslösenden Behandlungsfehler (Unterlassen der Biopsie) gekommen ist, steht fest. Der Einwand des Beklagten, dies beruhe auf einer Weigerung des Klägers, stellt sich rechtlich als ein Berufen auf den Gesichtspunkt des "Verschuldens gegen sich selbst" dar (§ 254 Abs. 1 BGB). Die Beweislast hierfür und für dessen Schadensursächlichkeit trägt der Ersatzpflichtige, also hier der Beklagte (vgl. BGH NJW 1994, 3105).

d)

Rechtlich nicht von Bedeutung ist, ob der Kläger tatsächlich bereits im Anschluss an die CT-Aufnahme seitens Dr. S. auf die Erforderlichkeit einer Sicherheitsbiopsie hingewiesen wurde, wie der Beklagte behauptet, der Kläger aber entschieden bestreitet (von einem prozessualen Geständnis nach § 288 ZPO kann keine Rede sein). Auch insoweit schließt sich der Senat den zutreffenden Ausführungen der Kammer an. Maßgeblich ist allein, was der Beklagte als der behandelnde Arzt für richtig hält. Eine therapeutische Sicherheitsaufklärung obliegt ihm und nicht einem zur Erstellung einer (im übrigen vom Beklagten zu interpretierenden) CT-Aufnahme herangezogenen Radiologen. Keinesfalls darf er sich darauf verlassen, dass ein Dritter die ihm obliegende Aufklärung bereits vorgenommen hat. Er muss sich vielmehr selbst vergewissern. Darüber hinaus würde auch der bloße Hinweis auf eine empfohlene Biopsie bei weitem nicht ausreichen. Erforderlich war vielmehr, dass dem Kläger mit aller Klarheit und Deutlichkeit vor Augen geführt wurde, welche Risiken er einging, wenn die empfohlene Biopsie unterblieb. Dass die angeblichen Hinweise des Dr. S. soweit gegangen wären, behauptet der Beklagte selbst nicht. Auf den entsprechenden Beweisantritt des Beklagten kommt es damit nicht an. Erst recht gilt dies für die vom Beklagten in den Raum gestellte Behauptung, der Kläger sei hinreichend durch seine frühere Hausärztin Dr. P. und die Ärzte der RWTH A. über die Erforderlichkeit einer Biopsie unterrichtet gewesen. Welchen konkreten Anlass diese Ärzte zu einer solchen Aufklärung gehabt haben sollen, ist nicht ersichtlich. Aus den oben genannten Gründen käme es aber auch auf irgendwelche Hinweise Dritter nicht an.

e)

Wäre die gebotene Aufklärung des Klägers allerspätestens Mitte bis Ende Oktober 1997 erfolgt, so hätte dieser die Biopsie vornehmen lassen, es hätte sich schon damals die Diagnose eines Tumorrezidivs stellen lassen, es wäre eine unverzügliche Operation erfolgt und der Tumor wäre zu einem Zeitpunkt entfernt worden, wo eine vollständige Entfernung noch möglich war. Das spätere erneute Rezidiv wäre dem Kläger ebenso erspart geblieben wie die hierauf bezogene Behandlung. Dieser weitere Verlauf der Dinge kann zugunsten des Klägers zugrunde gelegt werden, denn der Beklagte kann nicht beweisen, dass ein anderer ebensogut möglicher Kausalverlauf eingetreten wäre. Dafür, dass die Situation so, wie sie sich jetzt darstellt, auch bei rechtzeitiger Aufklärung bestehen würde, etwa, weil der Kläger

sich damals tatsächlich geweigert hätte, oder, weil damals noch kein nachweisbares Rezidiv vorhanden war, oder weil auch eine sofortige Operation am derzeitigen Zustand des Klägers nichts geändert hätte, ist aber der Beklagte beweispflichtig, weil der Behandlungsfehler als grob einzustufen ist. Dass das Unterlassen einer Sicherheitsbiopsie angesichts der Vorerkrankung des Klägers, des deutlichen Hinweises auf ein mögliches Rezidiv durch den vom Kläger beklagten Druckschmerz, die Lokalisation dieses Schmerzes im Bereich des linken Augenwinkels, des unklaren Befundes aufgrund der Endoskopie wie auch der CT-Aufnahme und des eindeutigen Hinweises durch Dr. S., eine Biopsie werde empfohlen, schlechterdings unverständlich und unter keinem medizinischen Gesichtspunkt mehr vertretbar war, hat der Sachverständige Privatdozent Dr. W. mit absoluter Klarheit und Deutlichkeit ausgeführt. Er hat im schriftlichen Gutachten vom 19.1.2000 dargelegt: "Bei Vorliegen eines Druckschmerzes linker Nasenabgang mit Knochenhautentzündung der Nase und dem beschriebenen CT-Befund muss eine Biopsie vorgenommen werden". Das Wort "muss" hat er fett gedruckt und unterstrichen. Daraus, wie aus dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen ergibt sich, dass es für ihn schlechterdings keine Alternative zu einer Sicherheitsbiopsie gab. Die ausdrückliche Frage nach einem groben Behandlungsfehler hat er dahin beantwortet, dass man von einem groben Behandlungsfehler ausgehen könne, wenn der Beklagte dem Kläger nicht verdeutlicht haben sollte, dass man nur durch einen Biopsie einen Tumor sicher ausschließen könne. Auch das ist eindeutig. Im schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 20.10.2000 hat der Sachverständige noch einmal klar und deutlich gesagt, dass ein grober Behandlungsfehler vorliege, wenn eine entsprechende Empfehlung des behandelnden Arztes nicht erfolgt sei. Im Rahmen der mündlichen Anhörung hat der Sachverständige wiederum davon gesprochen, es habe sich "schon um eine schwerwiegende Unterlassung" gehandelt, wenn er auch den "von den Juristen geprägten Ausdruck" des groben Behandlungsfehlers nicht "in den Mund nehmen" wolle. Zu Recht hat die Kammer aus der Gesamtheit seiner Ausführungen entnommen, dass der Sachverständige die Kriterien, die nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers heranzuziehen sind, hier für gegeben erachtet hat, zumal die Wertung als solche ohnehin Aufgabe des Gerichts ist. Eine gewisse Tendenz des Sachverständigen, den Beklagten zu schonen, ist den Ausführungen des Sachverständigen durchaus zu entnehmen. Tatsachen, die eine mildere Bewertung des Behandlungsfehlers rechtfertigen, benennt der Sachverständige aber nicht und sind auch vom Beklagten selbst nicht vorgetragen. Auch der Senat hat daher in der Gesamtschau keinen Zweifel, dass es sich um einen groben Behandlungsfehler handelt.

59

f)

60

61

Den Nachweis eines anderen Kausalverlaufs hat der Beklagte aber nicht geführt. Für seine Behauptung, der Kläger habe aus Angst vor einer Biopsie eine solche Behandlung verweigert, spricht absolut nichts. Dass der Kläger verständliche Angst vor dem möglichen Ergebnis gehabt haben mag, bedeutet nicht, dass er den Kopf in den Sand gesteckt und schon die Untersuchung verweigert hätte. Dass er in dem Moment, in dem der Beklagte erstmals den Verdacht auf ein Rezidiv offen äußerte (zumindest auf dem Überweisungsschein), sofort eine Biopsie vornehmen ließ, und zwar von einem ihm bis dahin völlig fremden Arzt, spricht für sich. Dass der Tumor bereits im September 1997, dem frühest möglichen Termin einer Biopsie, vorgelegen haben kann, hat der Sachverständige eindeutig bestätigt, und für diese Möglichkeit sprechen auch die sonstigen Umstände, insbesondere

62

der typische Druckschmerz. Dass der Kläger im Falle einer sofort durchgeführten Operation weit bessere Aussichten auf eine endgültige Heilung hatte, als er sie nun hat, ist ebenfalls vom Sachverständigen eindeutig bestätigt worden, der nachvollziehbar darauf verwiesen hat, dass zum Zeitpunkt der CT-Aufnahme im September 1997 noch keine knöcherne Infiltration stattgefunden habe, im März 1998 hingegen schon, und dass der Tumor bis zum Februar 1998 bereits auf eine immense Größe gewachsen war. Erst recht gilt das Gesagte für das Entstehen des neuen, dritten Tumors.

63

g)

64

65

Ein Mitverschulden des Klägers kommt nicht in Betracht. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Kläger, wie der Beklagte behauptet, von Dr. S. auf die Erforderlichkeit der Biopsie hingewiesen worden sein sollte. Insoweit gilt das oben zu d) Gesagte entsprechend und auch auf die Ausführungen der Kammer kann Bezug genommen werden. Ein Patient darf und muss seinem Arzt vertrauen. Hält dieser eine von einem anderen Arzt, der zudem kein Fachmann auf dem Gebiet des Beklagten ist, angeregte Maßnahme für unnötig bzw. kommt er auf eine entsprechende Empfehlung eines anderen Arztes nicht zurück, so ist es nicht Sache des Patienten, diese medizinische Entscheidung seines Arztes in Frage zu stellen.

66

67

h)

68

69

Der Beklagte schuldet dem Kläger damit Schmerzensgeld in einer deutlich über das bisher zuerkannte Maß hinaus gehenden Höhe. Maßgeblich für die Bemessung der nach § 847 BGB zu gewährenden billigen Entschädigung sind die Schwere der Verletzungen, das durch diese bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Wahrnehmung der Beeinträchtigung durch den Verletzten und der Grad des Verschuldens des Schädigers (BGHZ 138, 388, 391). Alle diese Umstände sind in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen und in eine angemessene Beziehung zur Entschädigung zu setzen (BGH VersR 1988, 943; VersR 1991, 350, 351; BGHZ 138, 388, 391). Dabei soll das Schmerzensgeld in erster Linie einen Ausgleich für die erlittenen Beeinträchtigungen darstellen, daneben auch der Genugtuung des Geschädigten für erlittenes Unrecht dienen. Jedenfalls auf der Grundlage der nunmehr vorliegenden Erkenntnisse kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass es lediglich zu einer mehrmonatigen Verzögerung der Heilbehandlung mit entsprechend länger andauernden Beschwerden gekommen sei. Der entscheidende Gesichtspunkt ist vielmehr, dass sich die Gefahr eines erneuten Rückfalls mit allen ihren körperlichen und seelischen Folgen beim Kläger nunmehr definitiv verwirklicht hat. Aus der vom Kläger vorgelegten ärztlichen Bescheinigung von Dr. G. vom 29.8.2001 ergibt sich, dass sich derzeit ein Tumor gebildet hat, der mit 3 x 2,5 x 2,2 cm Volumen eine erhebliche Größe aufweist. Der Bescheinigung von Dr. T. vom 9.10.2001 ist zu entnehmen, dass der Kläger wegen eines rezidierten Nasenhöhlenkarzinoms in regelmäßiger Behandlung befindet, eine intensive Chemotherapie durchgeführt wird und in diesem Zusammenhang ambulante Infusionen in 14-tägigen Abständen erforderlich sind. Der Kläger hat im Rahmen der Berufungsbegründung vorgetragen, dass dieser Tumor nicht mehr operabel sei, es vielmehr nur noch möglich sei, den Tumor mit Chemotherapie und Strahlenbehandlung einzudämmen und aufzuhalten, und

70

"zwar mit durchaus begrenzten Erfolgchancen". Diesem gesamten Vorbringen und den hierzu vorgelegten Unterlagen ist der Beklagte nicht mehr entgegen getreten. Das noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erklärte pauschale Bestreiten mit Nichtwissen, das sich allerdings auf ein weitaus weniger substantiiertes Vorbringen des Klägers bezog, ist nicht mehr maßgeblich. Der Senat hat aufgrund des Gesamtvortrages des Beklagten keinen Anlass anzunehmen, dass der Beklagte die erneute schwere Erkrankung des Klägers tatsächlich bestreiten wolle (§ 138 Abs. 3 2. Halbsatz ZPO), so dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dieser Frage nicht erforderlich war. Damit hat sich die Gefahr einer zu späten Tumorthherapie in schon jetzt sehr weitgehendem Maße verwirklicht. Die Belastungen, die durch die Chemotherapie verursacht wurden und auf nicht absehbare Zeit verursacht werden, sind überaus erheblich. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Erkrankung des Klägers zu dessen wohl endgültiger Berufsunfähigkeit geführt hat. Die Chance, noch einmal in seinem Beruf tätig sein zu können, kann nach derzeitigem Erkenntnisstand als derart gering bezeichnet werden, dass schon jetzt eine Berücksichtigung im Rahmen des Schmerzensgeldes möglich ist. Als mindestens ebenso gewichtig wie die körperlichen Folgen ist die seelische Belastung einzuschätzen, die durch die drastisch gestiegene Gefahr begründet ist, dass sich der Tumor auf Dauer doch nicht in Schach halten lässt. Es liegt auf der Hand, dass diese Belastung in keiner Weise zu vergleichen ist mit der Situation nach einer frühzeitigen operativen Tumorentfernung im Gesunden, bei der von durchaus reellen endgültigen Heilungschancen hätte ausgegangen werden können. Dies alles lässt bei der durch den Senat vorzunehmenden Ermessensentscheidung ein Schmerzensgeld von 25.000 EUR als angemessen, aber auch als ausreichend erscheinen.

71

i) 72

73

Der Feststellungsantrag ist nach dem Gesagten in vollem Umfang begründet.
Einschränkungen sind nicht vorzunehmen. 74

75

j) 76

77

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs.1, 97, 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

Streitwert: für die Berufung des Beklagten: 37.835,60 EUR 79

für die Berufung des Klägers: 33.745,26 EUR 80

Beschwer: für den Beklagten über, für den Kläger unter 30.677,51.- EUR 81

(60.000,- DM) 82