
Datum: 11.11.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 5 U 49/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1111.5U49.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 25 O 290/06

Tenor:

I.

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 18. März 2009 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 290/06) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

II.

Die Beklagten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

G r ü n d e:

1

I.

2

Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Die Berufungsbegründung vermag keine Zweifel an der Richtigkeit der landgerichtlichen Entscheidung zu begründen.

3

Das Landgericht hat vielmehr zu Recht entschieden, dass die Beklagten als Gesamtschuldner aus §§ 280, 823 Abs. 1, § 249 Abs. 1, § 253 Abs. 2 BGB wegen ärztlicher Behandlungsfehler verpflichtet sind, an die Klägerin 15.000 Euro Schmerzensgeld zu zahlen

4

und ihr alle materiellen sowie alle weiteren immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr im Zusammenhang mit den am 5. und 8. November 2004 durchgeführten Operationen entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.

Bei dieser Beurteilung folgt der Senat dem Gutachten der erstinstanzlich beauftragten Gerichtssachverständigen Prof. Dr. W. T. [Gutachten im vorliegenden Verfahren vom 11. September 2008 (Bl. 110 – 122 i. V. m. 123 - 148 d. A.) sowie Gutachten in dem selbständigen Beweisverfahren 25 OH 1/05 LG Köln vom 1. August 2005 (Bl. 53 – 67 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln) nebst schriftlicher Ergänzung vom 15. Dezember 2005 (Bl. 84 – 89 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)], das auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, ausführlich und gut nachvollziehbar begründet worden ist und nicht zuletzt auch deshalb überzeugt. 5

Im Hinblick auf die überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. hat das Landgericht zu Recht entschieden, dass die Eingriffe vom 5. und 8. Dezember 2004 rechtswidrig waren. Denn die Einwilligungserklärung der Klägerin vom 4. November 2004 [Bl. 7 – 9 der Krankenunterlagen der Beklagten] konnte diese Eingriffe nicht rechtfertigen, weil die Klägerin vor dieser Erklärung nicht hinreichend über deren Risiken und Folgen aufgeklärt worden ist, und von einer hypothetischen Einwilligung kann nicht ausgegangen werden: 6

1. 7

Die Aufklärung der Klägerin vor den Eingriffen vom 5. und 8. November 2004 war unzureichend. 8

a) 9

aa) Für diese Beurteilung kann unterstellt werden, dass die Klägerin in einem Aufklärungsgespräch ordnungsgemäß über die in der von ihr am 4. November 2004 unterschriebenen "Patienteninformation und Einverständniserklärung" als "mögliche Komplikationen und Risiken" aufgeführten Umstände [Bl. 7 ff., 8 der Krankenunterlagen der Beklagten] aufgeklärt worden ist, obwohl hiervon nach Aktenlage aus den zutreffenden Gründen von S. 7 der angefochtenen Entscheidung nicht sicher ausgegangen werden kann, und obwohl das zweitinstanzliche Vorbringen der Beklagten zu der Frage, wer die Klägerin wann und in welcher Weise aufgeklärt hat, gemäß § 531 ZPO nicht zulassungsfähig sein dürfte. 10

bb) Für die Beurteilung, dass die Aufklärung der Klägerin vor den Eingriffen am 5. und 8. November 2004 unzureichend war, kann auch die zwischen den Parteien umstrittene Frage dahinstehen, ob die Klägerin darüber aufgeklärt werden musste und ggf. aufgeklärt worden ist, dass für Untersuchungen und Behandlungen, die ein elektromagnetisches Feld aufbauen [etwa MRT oder Diathermie], gewisse Einschränkungen oder Kontraindikationen für Träger einer Elektrode und eines Impulsgebers bestehen, und ob eine Aufklärung insoweit dem Bereich der Risiko- oder der Sicherungsaufklärung zuzuordnen ist. 11

cc) Schließlich geht der Senat bei seiner Beurteilung, dass die Aufklärung der Klägerin vor den Eingriffen am 5. und 8. November 2004 unzureichend war, davon aus, dass die Klägerin nicht über Wechselwirkungen mit Sendemasten, Funk- oder Radaranlagen u. ä. aufgeklärt 12

werden musste, weil eine greifbare Gefahr von öffentlichen Einrichtungen dieser Art nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Sachverständigen allenfalls für insoweit außergewöhnlich exponierte Patienten wie etwa Sendemastmonteure besteht [vgl. hierzu S. 8/9 seines Gutachtens vom 11. September 2008 (Bl. 110 ff., 117/118 d. A.)].

b) 13

Die Aufklärung der Klägerin vor den Eingriffen vom 5. und 8. November 2004 war aber jedenfalls deshalb unzureichend, weil davon auszugehen ist, dass die Klägerin nicht darüber aufgeklärt worden ist, dass der Impulsgeber nach der Implantation sichtbar ist und verrutschen kann, obwohl sie über diese Umstände hätte aufgeklärt werden müssen: 14

aa) Dass die Klägerin über die Gefahr des Verrutschens des Impulsgebers nach der Implantation in ihren Körper nicht aufgeklärt worden ist, ist unstreitig. 15

Eine entsprechende Aufklärung hätte aber erfolgen müssen. Denn aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen ist davon auszugehen, dass das Verrutschen des Impulsgebers eine für den Eingriff typische Komplikation darstellt. Der Sachverständige hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass es auch bei sorgfältiger Vorgehensweise insbesondere deshalb zu einem Verrutschen des Impulsgebers kommen könne, weil eine der Fixierungsnähte aus der Fascie des Brustmuskels oder aus der Befestigungsöse des Impulsgebers ausreißt, oder weil ein Faden einer der Nähte durchreißt [vgl. hierzu etwa: S. 4 des schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen vom 15. Dezember 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 84 ff., 87 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln); vgl. hierzu auch S. 7/8 und 12 des Gutachtens des Sachverständigen vom 1. August 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 53 ff., 59/60 und 64 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)]. Es sei jedem in einem chirurgischen Fach tätigen Arzt geläufig, dass es mitunter postoperativ zu einem Zerreißen von Fäden oder einem Ausreißen von Nähten kommen kann, und es sei kein Chirurg trotz sauberster Operationstechnik und Anwendung gängiger operativer Verfahren vor solchen Nahtinsuffizienzen gefeit [vgl. hierzu etwa: S. 5 des schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen vom 15. Dezember 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 84 ff., 88 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)]. Wenn aber dem Implantieren des Impulsgebers das Risiko innewohnt, dass er postoperativ verrutscht, muss der Patient vor dem Eingriff hierüber aufgeklärt werden. Für Patienten, bei denen aufgrund ihrer körperlichen Disposition absehbar ist, dass es zu einem Verrutschen kommen könnte, hat der Sachverständige eine entsprechende Aufklärung ausdrücklich postuliert [vgl. hierzu etwa: S. 10 seines Gutachtens vom 11. September 2008 (Bl. 110 ff., 119 d. A.)]. Eine entsprechende Aufklärung ist aber auch bei den übrigen Patienten erforderlich. Dem steht die Bewertung des Sachverständigen, "dass eine dringliche Aufklärung in diese Richtung nicht zwingend notwendig erscheint" [S. 11 seines Gutachtens vom 11. September 2008 (Bl. 110 ff., 120 d. A.)], nicht entgegen. Denn zum einen kommt durch die ungewöhnliche Formulierung zum Ausdruck, dass aus medizinisch-fachlicher Sicht eine Aufklärung über das Risiko des postoperativen Verrutschens des Impulsgebers auch bei Patienten ohne entsprechende körperliche Disposition nicht uneingeschränkt entbehrlich ist. Und zum anderen begründet der Sachverständige seine Bewertung mit dem Umstand, dass das postoperative Verrutschen des Impulsgebers als sehr seltenes Ereignis anzusehen sei [vgl. hierzu etwa: S. 10 seines Gutachtens vom 11. September 2008 (Bl. 110 ff., 119 d. A.)]. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist aber auch über selten auftretende Risiken aufzuklären, wenn sie im Verwirklichungsfalle die Lebensführung schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch und für den Laien überraschend sind [vgl. hierzu etwa: Steffen/Paue, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 333 i. V. m. 334 – 372 m. v. w. 16

N. insb. zur entspr. BGH-Rspr.]. Um ein Risiko in diesem Sinne handelt es sich bei dem postoperativen Verrutschen des Impulsgebers insbesondere deshalb, weil es nicht nur zu Schmerzen und sonstigen Beeinträchtigungen führt, sondern auch die Notwendigkeit eines weiteren operativen Eingriffs mit sich bringt [vgl. hierzu etwa: S. 14 des Gutachtens des Sachverständigen vom 1. August 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 53 ff., 66 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)].

bb) Die Klägerin hätte auch darüber aufgeklärt werden müssen, dass der Impulsgeber nach dem Implantieren sichtbar ist. 17

Zu dieser Frage hat der Sachverständige sich zwar im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zu aufklärungsbedürftigen Risiken [vgl. hierzu insb.: S. 7 – 11 seines Gutachtens vom 11. September 2008 (Bl. 110 ff., 116 – 120 d. A.)] nicht geäußert. Dies bedeutet indes nicht, dass er eine Aufklärung insoweit für entbehrlich hält, und liegt möglicherweise daran, dass der Sachverständige in dem Beweisbeschluss des Landgerichts vom 11. April 2007 [Bl. 63 – 65 d. A.] hierzu nicht konkret befragt worden ist [In Ziffer II. 2. des Beweisbeschlusses vom 11. April 2007 ist zwar allgemein nach aufklärungsbedürftigen Risiken gefragt worden; die entsprechende Frage in dem Beschluss enthält aber eine Konkretisierung, in der andere möglicherweise aufklärungsbedürftige Umstände aufgelistet sind, nicht hingegen die Sichtbarkeit des Impulsgebers konkret angesprochen worden ist (Bl. 63 d. A.); in seinem Gutachten hat sich der Sachverständige mit den vom Landgericht konkret angesprochenen Risiken auseinandergesetzt.]. Es kann aber keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, dass die Klägerin darüber aufgeklärt werden musste, dass der Impulsgeber nach dem Implantieren sichtbar ist. Denn der Sachverständige ist mit überzeugender Begründung zu der Feststellung gelangt, dass es auch bei sorgfältigem Vorgehen abgesehen von stark adipösen Patienten durch keine Operationsmethode verhindert werden kann, dass der Impulsgeber nach dem Implantieren sichtbar ist [vgl. hierzu etwa: S. 6 des schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen vom 15. Dezember 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 84 ff., 89 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln); vgl. hierzu auch S. 10 und 12 des Gutachtens des Sachverständigen vom 1. August 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 53 ff., 62 und 64 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)]. Er hat hierzu ausgeführt, dass der Impulsgeber zwecks Schonung des Patienten und zwecks Gewährleistung einer ungehinderten Programmierbarkeit fast immer subcutan implantiert werde und dann stets als Erhabenheit in der Haut sichtbar sei [S. 6 des schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen vom 15. Dezember 2005 in dem selbstständigen Beweisverfahren (Bl. 84 ff., 89 der Beiakte 25 OH 1/05 LG Köln)]. Dass über eine solche mit dem Eingriff stets verbundene Folge, die – zumindest in ästhetischer Hinsicht – spürbare Beeinträchtigungen mit sich bringt, aufzuklären ist, versteht sich von selbst. Dies wird wohl letztlich auch von den Beklagten so gesehen. Denn sie haben in diesem Zusammenhang auf den unstreitigen Umstand hingewiesen, dass der Klägerin im Rahmen der Aufklärung der Impulsgeber und die voraussichtliche Implantationsstelle gezeigt worden seien, und die Auffassung vertreten, dass damit für "einen erwachsenen, mit mittelgradiger Intelligenz ausgestatteten Patienten" [S. 3 des Schriftsatzes vom 12 Februar 2007 (Bl. 42 ff., 44 d. A.)] hätte klar sein müssen, dass der Impulsgeber nach dem Implantieren als Erhabenheit in der Haut sichtbar sein würde. 18

Es kann nicht festgestellt werden, dass eine hinreichende Aufklärung der Klägerin über die Sichtbarkeit des Impulsgebers nach dem Implantieren stattgefunden hat, wobei insoweit die Frage, ob die als Zeugin benannte Ärztin Dr. M. der Klägerin versichert habe, dass man den Impulsgeber nicht sehen werde, dahinstehen kann. Denn die für eine ordnungsgemäße Aufklärung zu der Frage der Sichtbarkeit des Impulsgebers darlegungs- und 19

beweispflichtigen Beklagten haben hierzu nach wie vor lediglich – wie bereits erwähnt – auf den unstreitigen Umstand hingewiesen, dass der Klägerin im Rahmen der Aufklärung der Impulsgeber und die voraussichtliche Implantationsstelle gezeigt worden seien. Diese Hinweise reichen aber – jedenfalls im Falle der Klägerin – für eine hinreichende Aufklärung nicht aus. Die Beklagten durften sich bei der Klägerin nicht darauf verlassen, dass sie aus den ihr unstreitig gegebenen Informationen den richtigen Schluss ziehen und erkennen würde, dass der Impulsgeber nach dem Implantieren als Erhabenheit auf der Haut sichtbar ist. Nicht zuletzt im Hinblick auf die den Beklagten unstreitig bekannt gewesene Vorerkrankung der Klägerin bestand vielmehr in besonderem Maße Veranlassung, der Klägerin ausdrücklich und unmissverständlich vor Augen zu führen, dass der Impulsgeber sichtbar sein würde. Dass dies geschehen ist und ggf. durch welchen der beteiligten Ärzte und in welcher Weise, haben die Beklagten nach wie vor nicht vorgetragen. Sie haben lediglich bestritten, dass die als Zeugin benannte Ärztin Dr. M. der Klägerin gegenüber versichert habe, dass der Impulsgeber nicht zu sehen sein würde. Dies reicht aber für den erforderlichen Vortrag zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu der Frage der Sichtbarkeit des Impulsgebers nicht aus. Im Übrigen dürfte entsprechendes Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz gemäß § 531 ZPO nicht zulassungsfähig sein, weil nicht ersichtlich ist, dass entsprechender Vortrag nicht bereits in erster Instanz hätte erfolgen können.

2. Die Beklagten berufen sich auch ohne Erfolg auf eine hypothetische Einwilligung.

20

Denn aus den zutreffenden Gründen von S. 9/10 der angefochtenen Entscheidung, auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hat die Klägerin glaubhaft vermittelt, dass sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt darüber geraten wäre, ob sie die Eingriffe durchführen lassen solle oder nicht. Bei dieser Beurteilung steht dem Senat vor Augen, dass die umstrittene Behandlung für die Klägerin die ultima ratio bedeutete und dass der Zustand der Klägerin vor den umstrittenen Eingriffen sehr schlimm war. Es mag auch davon auszugehen sein, dass es bei Betrachtung aus objektiver Sicht unvernünftig gewesen wäre, den Eingriff wegen der Gefahr des Verrutschens und wegen der Sichtbarkeit des Impulsgebers nach der Implantation abzulehnen. Diese objektive Sicht ist indes nicht entscheidend. Und es kommt auch nicht entscheidend darauf an, wie sich die Klägerin im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung letztendlich entschieden hätte. Maßgeblich ist allein, ob die Klägerin vernünftige Gründe dafür glaubhaft gemacht hat, dass sie in diesem Fall in einen echten Entscheidungskonflikt darüber geraten wäre, ob sie die Eingriffe durchführen lassen solle oder nicht [vgl. allgemein zu der Darlegungslast des Patienten im Zusammenhang mit dem Entscheidungskonflikt und zu den maßgeblichen Kriterien insoweit etwa: Steffen/Pauge, a. a. O., Rn. 441 ff., 442, 442 a, sowie 443 m. v. w. N.]. Und dies hat sie aus den Gründen von S. 9/10 der angefochtenen Entscheidung glaubhaft gemacht. Denn es ist – nicht zuletzt auch im Hinblick auf das noch jugendliche Alter der Klägerin – nachvollziehbar, dass sie aus ihrer Sicht der Dinge, die sie anlässlich ihrer persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 2009 [S. 2 – 4 sowie 5 und 8 des Protokolls der erstinstanzlichen Verhandlung und Beweisaufnahme vom 28. Januar 2009 (Bl. 173 ff., 174 – 176 sowie 177 und 178 d. A.)] anschaulich geschildert hat, in einen Entscheidungskonflikt darüber geraten wäre, ob sie insbesondere die Sichtbarkeit des Impulsgebers hinnehmen und die Eingriffe durchführen lassen solle oder nicht.

21

3.

22

Das erstinstanzliche Schmerzensgeld ist der Höhe nach aus den Gründen von s. 10 der angefochtenen Entscheidung angemessen und von den Beklagten – zu Recht – unangefochten bemessen.

23

II.	24
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2, 3 ZPO).	25
Köln, den 11. November 2009	26
Oberlandesgericht Köln, 5. Zivilsenat	27
