
Datum: 12.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 152/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0912.5U152.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 9 O 220/10

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9.Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 22.6.2011 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 4.496,32 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 30.7.2010 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die aufgrund der Behandlung im März 2010 bei den Beklagten entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 1.023,16 € Kosten für vorgerichtliche Rechtsverfolgung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.7.2010 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

II.

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz tragen der Kläger zu 44 % und die Beklagten als Gesamtschuldner zu 56 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 46 % und die Beklagten als Gesamtschuldner zu 54 %.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

I.	1
Der Kläger begehrt Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen behaupteter Behandlungsfehler und Aufklärungsversäumnisse im Zusammenhang mit einer Operation an der Wirbelsäule.	2
Der am 20.11.1953 geborene Kläger stellte sich am 25.2.2010 erstmals mit Rückenschmerzen bei den Beklagten vor. Es erfolgten im Hinblick auf eine mögliche operative Therapie Beratungen durch die Beklagten zu 1) und 2). Der Inhalt der Gespräche ist streitig. Am 3.3.2010 wurden Röntgen-, CT- und MRT-Untersuchungen vorgenommen. Im Rahmen einer am 16.3.2010 durchgeführten Operation legte der Beklagte zu 1) dem Kläger ein Fixateur-interne-System von LWK 4 auf SWK 1 unter Verwendung von sechs Pedikelschrauben an, ferner implantierte er Cages in mehreren Zwischenwirbelräumen und nahm eine Laminektomie von LWK 5 und Teillaminektomie von LWK 4 vor.	3
Der Kläger klagte postoperativ über erhebliche Beschwerden. Eine CT-Kontrolle am 17.3.2010 ergab eine teilweise erhebliche Fehlpositionierung einiger Pedikelschrauben teilweise mit Verlauf durch den Spinalkanal und teilweise in unmittelbarer Nähe zu den Nervenwurzeln. Gleichwohl wurden die Schrauben zunächst im Körper belassen, der Kläger am 20.3.2010 entlassen und in den folgenden Tagen mehrere Kontrollen durchgeführt. Wegen weiterer heftiger Schmerzen stellte sich der Kläger sodann in anderen Krankenhäusern vor. Am 13.4.2010 erfolgte eine Revisionsoperation in der Universitätsklinik C, bei der die Fehllage der Schrauben beseitigt, das Fixateur-interne-System ausgetauscht und festgestellte Duraverletzungen versorgt wurden.	4
Der Kläger hat behauptet, die Behandlung durch die Beklagten sei in grober Weise fehlerhaft erfolgt, insbesondere seien die Schrauben fehlerhaft platziert und zu Unrecht im Körper belassen worden. Er sei auch in keiner Weise vollständig und angemessen über die Risiken und die Chancen der Operation aufgeklärt worden. Ihm sei vermittelt worden, dass es zu der durchgeführten Operation keine Alternative gebe, dass der Eingriff klein sei und nur eine Schraube benötigt werde, und dass der Erfolg der Operation sicher sei. Er hat behauptet, er habe nach der Operation an Rückenschmerzen gelitten, die gegenüber dem Zustand vor der Operation deutlich verstärkt gewesen seien, insbesondere in die Beine ausstrahlten. Während er vor der Operation noch in der Lage gewesen sei, trotz der Beschwerden seinem Beruf nachzugehen und seinen Handwerksbetrieb zu führen, sei ihm dies seit der Operation nicht mehr möglich. Auch seine vielfältigen sportlichen Aktivitäten könne er nicht mehr ausüben.	5
Er hat beantragt,	6
1.	7

Die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 20.000.- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 30.7.2010 zu zahlen.	8
2.	9
Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die aufgrund der Behandlung im März 2010 bei den Beklagten entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.	10
3.	11
Die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an den Kläger 1.196,43 € Kosten für vorgerichtliche Rechtsverfolgung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.7.2010 zu zahlen.	12
Die Beklagten haben beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Sie haben behauptet, dass sowohl die Operation selbst als auch die nachoperative Behandlung fehlerfrei gewesen seien. Dies gelte auch für das Belassen der falsch liegenden Pedikelschrauben, da keine nervalen Strukturen betroffen gewesen seien. Der Kläger sei auch umfassend über die Risiken des Eingriffs und über alternative Möglichkeiten aufgeklärt worden. Sie haben die seitens des Klägers geltend gemachten Beschwerden, namentlich eine deutliche Verschlechterung des Rückenleidens als Folge der Operation, bestritten.	15
Hilfsweise haben die Beklagten die Aufrechnung erklärt mit – unstreitig seitens des Klägers noch nicht ausgeglichenen – Behandlungskosten in Höhe von insgesamt 10.503,68 €.	16
Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	17
Die Kammer hat ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. X eingeholt und den Sachverständigen sowie den Kläger und den Beklagten zu 1) mündlich angehört. Sie hat der Klage sodann im Hinblick auf die Schmerzensgeldforderung in Höhe von 15.000.- € sowie dem Feststellungsbegehren stattgegeben. Das Belassen der fehlplatzierten Schrauben müsse im Anschluss an die seitens des Sachverständigen getroffenen Feststellungen als grober Behandlungsfehler gewertet werden, denn das Ziel der Operation sei durch die eingebrachten Schrauben nicht erreichbar gewesen, was die sofortige Entfernung bedingt hätte. Ferner sei der Kläger nicht ordnungsgemäß über die Frage alternativer Behandlungsmöglichkeiten und die Chancen und Risiken der durchgeführten Operation aufgeklärt worden. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes seien die Erstoperation und die Folgeeingriffe zu berücksichtigen, sowie Resthypoästhesien, nicht aber die bis heute geklagten Schmerzen und Bewegungsbeeinträchtigungen, da diese als Sekundärschäden nicht eindeutig als schadenbedingte Folgen anzusehen seien. Die Aufrechnung mit den Honorarforderungen greife nicht durch, da diese nicht ausreichend begründet worden seien. Ob im Übrigen eine völlig unbrauchbare Leistung der Beklagten vorliege, die den Honoraranspruch entfallen lasse, könne dahingestellt bleiben.	18

Wegen aller Einzelheiten wird auf das Urteil vom 22.6.2011 Bezug genommen.	19
Hiergegen haben sowohl die Beklagten als auch der Kläger Berufung eingelegt.	20
Die Beklagten wehren sich insgesamt gegen die Verurteilung. Eine Haftung wegen unzureichender Aufklärung komme nicht in Betracht. Die Kammer habe die Frage hinreichender Aufklärung nicht sachgerecht aufgeklärt. Nicht gewürdigt worden seien die widersprüchlichen Angaben des Klägers, zudem seien weder der Beklagte zu 1) ausreichend gehört und seine Aussage richtig gewürdigt noch der ebenfalls an der Aufklärung beteiligte Bekl. zu 2) überhaupt angehört worden. Tatsächlich sei der Kläger insbesondere über die Alternativen zur Operation, aber auch über die Risiken umfassend aufgeklärt worden.	21
Dass die Kammer das Vorgehen als behandlungsfehlerhaft ansieht, nehmen die Beklagten insoweit hin, als es die Frage der verspäteten Revisionsoperation betrifft. Dass die Fehlplatzierung der Schrauben selbst als (zumal schadensursächlicher) Fehler anzusehen sei, ergebe sich hingegen aus den Ausführungen des Sachverständigen nicht und sei auch nicht gerechtfertigt. Die Folge der bloßen Verzögerung der Revision sei nur ein Mehr an Schmerzen für die Dauer von etwa drei Wochen. Nicht aber dürfe den Beklagten die Erstoperation selbst oder auch die Folgeoperationen als Beeinträchtigung angelastet werden, denn diese seien Folge der Grunderkrankung, nicht des Behandlungsfehlers. Das zuerkannte Schmerzensgeld sei unter diesen Voraussetzungen viel zu hoch und allenfalls mit 1500.- € anzusetzen. Der Feststellungstenor sei dann ebenfalls nicht zu rechtfertigen.	22
Fehlerhaft sei das Urteil auch im Hinblick auf die Hilfsaufrechnung. Weder lasse sich erkennen, wieso die vorgelegten und unstreitig noch nicht bezahlten Rechnungen nicht hinreichend substantiiert seien, noch könne der Zahlungsanspruch wegen „Unbrauchbarkeit“ der Leistung entfallen.	23
Der Kläger begehrt ein um mindestens 5.000.- € höheres Schmerzensgeld. Das Landgericht habe zu geringe Einschränkungen der Lebensführung zugrunde gelegt. Zu Unrecht sei insbesondere der Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Operation und der zwischenzeitlichen Berufsunfähigkeit verneint worden. Er habe unstreitig bis zur Operation seinen Handwerksbetrieb geführt, danach habe er es wegen der erheblichen Verschlechterung der wirbelsäulenbedingten Schmerzen nicht gekonnt. Er habe auch unter Beweis gestellt, dass er bis zur Operation aktiv Sport betrieben habe, wozu er seitdem definitiv nicht mehr in der Lage sei. Auch unabhängig von all dem sei das Schmerzensgeld unter Berücksichtigung der hohen Schmerzen nach der Operation, der mehrfachen erforderlichen Nachoperationen und der chronischen verbliebenen Schmerzen deutlich zu niedrig.	24
Die Beklagten beantragen,	25
das Urteil des Landgerichts Bonn vom 22.6.2011 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen, sowie die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	26
Der Kläger beantragt,	27
unter Aufrechterhaltung des Urteils des Landgerichts im Übrigen die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn über das titulierte Schmerzensgeld von 15.000.- € hinausgehend mindestens weitere 5.000.- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszins seit dem 30.7.2010 zu zahlen, sowie die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	28

Die Parteien treten dem Vorbringen der jeweils anderen Seite entgegen und verteidigen das angefochtene Urteil, soweit es für sie günstig ist.	29
Der Senat hat Beweis erhoben durch ein weiteres mündliches Sachverständigengutachten des Sachverständigen Prof. Dr. X, sowie den Kläger, den Beklagten zu 1) und den Beklagten zu 2) angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 25.7.2012 Bezug genommen (Bl. 455 d.A.).	30
Wegen aller Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst den eingereichten Anlagen ergänzend Bezug genommen.	31
II.	32
Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als die Hilfsaufrechnung durchgreift. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Im Einzelnen gilt folgendes:	33
1. Berufung der Beklagten	34
Zu Recht hat die Kammer einen Anspruch des Klägers auf Schmerzensgeld in Höhe von 15.000.- € bejaht. Der Eingriff vom 16.3.2010 war mangels wirksamer Einwilligung des Klägers rechtswidrig, allerdings nicht behandlungsfehlerhaft. Das Unterlassen einer alsbaldigen Entfernung des eingebrachten Fixateur-interne stellt sich als grob behandlungsfehlerhaft dar. Die insgesamt dadurch bewirkten Schmerzen und Beeinträchtigungen rechtfertigen das zuerkannte Schmerzensgeld und den materiellen und immateriellen Vorbehalt, allerdings durften die Beklagten gegen den Schmerzensgeldanspruch mit Honorarforderungen aufrechnen.	35
a)	36
Die seitens der Beklagten zu 1) und 2) erteilte Aufklärung über die Chancen und Risiken der Operation war unzureichend, die darauf erklärte Einwilligung in den Eingriff war mithin unwirksam. Zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung gehört es, auf den Stellenwert der Risiken gegenüber den Folgen einer Nichtbehandlung richtig und angemessen hinzuweisen. Beschränkte Erfolgsaussichten dürfen nicht verschwiegen oder verharmlost werden (BGH VersR 1980, 582, 583; VersR 1985, 60; VersR 1990, 1238; Senat, VersR 2000, 361; VersR 2011, 81 f.). Das bedeutet bei einer Wirbelsäulenoperation, dass der Komplexität der Entscheidung durch eine entsprechend eingehende, patientenbezogene und sorgfältige Aufklärung über die tatsächlichen Chancen der Besserung oder Heilung und über die möglichen Folgen einer Operation (das "Austauschrisiko") Rechnung getragen werden muss. Gerade im Fall einer Rückenoperation, bei der die Indikation elektiv und die Chance eines Erfolgs in erheblichem Maße ungewiss ist, und gerade im Fall eines geäußerten hohen Leidensdrucks des Patienten muss der Arzt damit rechnen, dass dem Patienten das Risiko des Fehlschlagens nicht hinreichend bewusst ist. Der Sachverständige Prof. Dr. X hat vor der Kammer die Erfolgsaussichten der durchgeführten Operation mit "etwa 50%" bezeichnet. Er hat ferner ausgeführt, dass die Versteifung von Wirbelkörpern zwangsläufig zur Mehrbelastung anderer Gelenke führe, was wiederum deren Verschleiß beschleunige und Folgeerkrankungen nach sich ziehen könne. Das ist in angemessener, patientenverständlicher Form deutlich anzusprechen.	37
Nach dem Ergebnis der sowohl durch die Kammer als auch durch den Senat durchgeführten Anhörungen aller Beteiligten ist nicht davon auszugehen, dass eine solche ordnungsgemäße	38

Aufklärung durchgeführt wurde. Der Beklagte zu 2), der das weichenstellende Erstgespräch mit dem Kläger geführt hat, hat eingeräumt, dass es in diesem Gespräch vor allem über die Leiden des Klägers und seine Möglichkeiten gegangen sei, seinen Sport (insbesondere in Form des Gleitschirmfliegens) nicht mehr auszuüben. Dass konservative Behandlungsmöglichkeiten ausgereizt seien, habe für beide festgestanden, es sei vor allem um die Vorstellung operativer Möglichkeiten gegangen. Über Erfolgswahrscheinlichkeiten, gar im Sinne von Prozentangaben, sei nicht gesprochen worden. Er habe allerdings gesagt, dass die operativen Chancen immer abzuwägen seien mit dem operativen Risiko und der empfundenen Einschränkung der Lebensqualität. Wenn der Kläger allerdings eine zielführende Behandlung wolle, die ihm auch das Weiterbetreiben des Sports ermögliche, so bleibe letztlich nur die Operation.

Eine solche Aufklärung wird allerdings – auch wenn sie als so erfolgt unterstellt werden könnte - den aufgezeigten Anforderungen bei weitem nicht gerecht. Insbesondere ist der bloße Hinweis auf eine notwendige Abwägung in dieser Allgemeinheit nicht ausreichend. Es fehlt an der notwendigen Klarheit und Deutlichkeit der Relativität der Chancen. Die Chancen und Möglichkeiten stehen hier objektiv unangemessen im Vordergrund vor den Risiken und den Möglichkeiten des Fehlschlagens. Allerdings steht dieser – schon aus sich heraus unzureichenden – Darstellung des Beklagten zu 2) auch die Darstellung des Klägers entgegen, der seinerseits für den Senat nicht weniger glaubhaft als der Beklagte zu 2) bekundet hat, die Chancen der Operation im Hinblick auf die Beseitigung seiner Schmerzen hätten ebenso klar im Vordergrund gestanden wie der Umstand, dass es sich um einen kleinen Eingriff handele, bei dem die Arbeitsfähigkeit des Klägers allenfalls ganz kurzfristig beeinträchtigt werden könne.

39

Auch der Beklagte zu 1) hat eine ordnungsgemäße Aufklärung durch ihn selbst oder durch den Beklagten zu 2) nicht bestätigen können. Er hat vielmehr eingeräumt, dass er sich auf die technischen Aspekte der Operation beschränkt habe. Schon im Hinblick auf den tatsächlichen Umfang der Operation (insbesondere die Erweiterung der Operation von vier auf sechs Schrauben) konnte der Beklagte zu 1) eine sichere Erinnerung nicht wiedergeben. Wenn er im Hinblick auf die tatsächlich sehr ungewissen Chancen der Operation – anders als der Kläger - bekundete, er habe ganz sicher auch gesagt, dass nicht jede Operation hundertprozentig sicher Erfolg habe, so stellt auch das eine klare Verharmlosung des tatsächlich gegebenen Misserfolgsrisikos dar. Dies gilt selbst dann, wenn seine eigene Einschätzung der Erfolgswahrscheinlichkeiten von „eher 70%“ zugrunde gelegt würde und nicht diejenige des gerichtlichen Sachverständigen von „etwa 50%“.

40

Dass es bei dem Termin, an dem der Kläger die Einwilligungserklärung unterschrieben hat, weitergehende Hinweise auf die Ungewissheit der Erfolgschancen gegeben habe, behaupten die Beklagten selbst nicht. Auch aus dem Einwilligungsformular oder aus der sonstigen Dokumentation gibt es auch keinen Anhalt für eine diesbezügliche Aufklärung.

41

b)

Ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen bei der Operation am 16.3.2010 selbst hat indes auch die ergänzende Beweisaufnahme nicht ergeben. Insoweit hat der Sachverständige Prof. Dr. X auch auf weiteres nachdrückliches Befragen seitens des Senats daran festgehalten, dass die Fehlplatzierung der Schrauben, selbst wenn es sich teilweise um eine Abweichung der höchsten Kategorie gehandelt habe, nicht als Abweichung von einem fachärztlichen Standard angesehen werden könne. Er hat ausgeführt, dass der Operateur während der Operation außerstande sei, die gesamten Strukturen zu erkennen, dass er die Schrauben aus der Erfahrung heraus setzen müsse, dass eine Fehlplatzierung sich schon aufgrund der

42

43

anatomischen Besonderheiten des einzelnen Patienten ergeben könne, insbesondere bei engen Räumen. Es gebe in solchen Fällen weder die Möglichkeit der Verwendung dünnerer Schrauben noch sei es möglich, anhand vorbereitender bildgebender Verfahren, selbst einer MRT-Aufnahme, Fehllagen sicher zu vermeiden. Er hat anschaulich erläutert (anhand eines Modells), wie leicht eine nur minimale Veränderung des Winkels bei grundsätzlich richtig gewähltem Ansatzpunkt zu einer Fehllage führen könne, und dass dies durch eine intraoperative Röntgenkontrolle eben nicht auszuschließen sei. Auch die Möglichkeiten, den Bohrkanaal durch eine Sonde zu überprüfen, seien begrenzt. Zusammenfassend und ausdrücklich darum gebeten, dass aus der Rückschau schlechte Gesamtergebnisse der Schraubenlage in den Blick zu nehmen, hat der Sachverständige klipp und klar gesagt, er hätte ein solches Ergebnis auch in seinem eigenen Umfeld als operatives Ergebnis toleriert, allerdings auf eine sofortige Revision hingewirkt.

Diese eindeutigen und sorgfältig erfragten Ergebnisse überzeugen den Senat. An der Kompetenz des Sachverständigen zu zweifeln, besteht keinerlei Anlass. Es gibt auch keinen Anlass, die Neutralität und Objektivität des Sachverständigen oder die Gründlichkeit der Befassung mit den tatsächlichen Grundlagen (er hat ersichtlich die Krankenunterlagen einschließlich der Ergebnisse der bildgebenden Verfahren vollständig ausgewertet) in Zweifel zu ziehen. Daran ändert auch nichts die Stellungnahme des Klägers im Rahmen des Schriftsatzes vom 16.8.2012. Soweit der Kläger auf ein Gespräch seines Anwalts mit einem MDK-Gutachter verweist, ergeben sich keine Widersprüche zu den Ausführungen des Sachverständigen. Vielmehr wird darin bestätigt, dass dem Operateur nur eine eingeschränkte, nämlich letztlich zweidimensionale Röntgenkontrolle zur Verfügung stehe. Dass die Durchleuchtung in zwei Ebenen eine verlässliche Kontrolle der Schraubenlage entgegen der Feststellung des Sachverständigen doch ermögliche, folgt daraus gerade nicht. Zwar mag die durch einen dicken Schraubenkopf bewirkte Einschränkung der Sicht in einer Ebene partiell in der anderen Ebene kompensiert werden, jedoch nicht im Hinblick auf den räumlichen Eindruck. Auch den beigegefügt Kopien aus orthopädisch-chirurgischen Lehrbüchern ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Verwendung eines Kirschnerdrahts o.ä. zum Zwecke der Sondierung. Gerade mit der Frage einer möglichen Sondenkontrolle hat der Sachverständige sich auseinandergesetzt und gleichwohl deren begrenzte Möglichkeiten aufgezeigt. Soweit der Kläger nunmehr ersichtlich ins Blaue hinein und im Gegensatz zum bisherigen unstreitigen Vortrag erstmals in zweiter Instanz und nach Schluss der mündlichen Verhandlung behauptet, es habe gar keine intraoperative Röntgenkontrolle gegeben, ist sein Vortrag nicht berücksichtigungsfähig. Insgesamt besteht daher kein Anlass zu weiterer Befragung des Sachverständigen oder gar zur Einholung eines weiteren Gutachtens.

44

c)

45

Dass das Belassen der fehlliegenden Schrauben sich als Abweichung vom fachärztlichen Standard darstellt und sogar als grober Behandlungsfehler einzustufen ist, nehmen die Beklagten hin. Dies betrifft, wie der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Anhörung noch einmal klargestellt hat, das Belassen über einen Zeitraum ab längstens einer Woche nach der Operation bis zur Revisionsoperation, mithin von drei Wochen.

46

d)

47

Als Folge sowohl der rechtswidrigen Operation als auch der fehlerhaft unterlassenen Entfernung des Fixateurs über einen Zeitraum von drei Wochen schulden die Beklagten dem Kläger ein Schmerzensgeld, das die Kammer mit 15.000.- € durchaus angemessen bewertet hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind hierbei nicht nur die ihrerseits durchaus

48

beträchtlichen Schmerzen zu berücksichtigen, die der Kläger in diesem Zeitraum als Folge des Eingriffs erlitten hat zu berücksichtigen. Vielmehr ist auch die rechtswidrige Körperverletzung der ersten Operation als solche ebenso wie die Folgeoperation in der Uniklinik C, die beide ganz erhebliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit darstellen, zu berücksichtigen. Die aus der Dokumentation der Beklagten zu 3), des Krankenhauses Linz und der Uniklinik ersichtlichen Behandlungen ebenso wie die dokumentierten Schmerzen und Beschwerden sind zwangsläufige Folge des ersten rechtswidrigen Eingriffs. Erst recht gilt dies für die Revisionsoperation. Zu berücksichtigen sind dabei ebenso die Duraverletzungen, die in der Uniklinik Bonn versorgt wurden und bei denen es keine Bedeutung hat, ob sie originär von den Beklagten verursacht wurden, oder ob sie beim Entfernen des Fixateursystems in der Uniklinik entstanden sind. Zu berücksichtigen ist schließlich als Dauerschaden eine fortbestehende Taubheit im linken Bein, denn sie stellt sich nach Überzeugung des Sachverständigen, der der Senat folgt, als Folge der eingebrachten Schrauben dar. Dass insoweit nicht mehr aufklärbar ist, ob sie durch das Einbringen der Schrauben seitens der Beklagten, durch das Entfernen seitens der Uniklinik oder durch das Liegenlassen über einen längeren Zeitraum entstanden ist, ist ohne Belang. Gleiches gilt für die postoperativ geäußerten sehr heftigen Schmerzen, die zwar nach dem Sachverständigen am ehesten der Operation selbst anzulasten sind, aber ohne weiteres auch als Folge des Liegenlassens des fehlpositionierten und nutzlosen Fixateurs denkbar sind. Da Letzteres die Folge der Beweislastumkehr zulasten der Beklagten nach sich zieht, ist es auch bedeutungslos, dass der Sachverständige nicht sicher ausschließen mochte, die Schmerzen könnten sogar Folge der Grunderkrankung des Klägers sein. Alle diese körperlichen Beeinträchtigungen zusammen genommen rechtfertigen das seitens der Kammer zuerkannte Schmerzensgeld von 15.000.- € als angemessen aber auch ausreichend.

e) 49

Aus dem Gesagten folgt zugleich, dass der Feststellungsanspruch im Hinblick auf künftige materielle und immaterielle Schäden begründet ist und bleibt. Im Hinblick auf die materiellen Schäden gilt dies schon wegen etwaiger Behandlungskosten, bei denen nicht klar ist, dass sie ausnahmslos von Dritten getragen werden und auf diese übergegangen sind. Deutlich weitergehende Schäden als Folge der Eingriffe, insbesondere entgangener Gewinn sind ebenfalls nicht auszuschließen, auch wenn der Sachverständige einen Zusammenhang zwischen dem jetzigen Gesundheitszustand, der zu der behaupteten Arbeitsunfähigkeit geführt haben soll, und den hier streitigen Eingriffen eindeutig verneint hat. Es ist keineswegs auszuschließen, dass als Folge der Operationen sich künftig Weiterungen ergeben (etwa eine notwendige Entfernung des Fixateurs oder weitere Veränderungen der Wirbelsäule). Dies rechtfertigt auch ohne weiteres den immateriellen Vorbehalt. 50

f) 51

Der Zahlungsanspruch ist indes durch die Aufrechnung der Beklagten mit eigenen Gegenansprüchen in Höhe von 10.503,68 € nach §§ 387, 389 BGB erloschen. Der insoweit zur Aufrechnung gestellt Honoraranspruch aus § 611 BGB ist wirksam entstanden und er ist voll wirksam und fällig. Dass eine Wirbelsäulenoperation sich nach Dienstvertragsrecht richtet, ist nicht zweifelhaft. Die Vergütung nach § 611 BGB entfällt nicht dadurch, dass der Erfolg der Operation, die Gegenstand des Dienstvertrages war, ausgeblieben ist, denn ein Erfolg wird bei einem ärztlichen Behandlungsvertrag grundsätzlich nicht geschuldet. Die Vergütung kann nur in besonders krass gelagerten Fällen (insbesondere vorsätzliche Schädigung) als verwirkt angesehen werden, wobei weder ein – selbst grober – Behandlungsfehler noch ein Aufklärungsmangel ausreicht, um den entstandenen 52

Vergütungsanspruch entfallen zu lassen (vgl. etwa Senat MedR 1994, 198 f.; VersR 2000, 361; grundsätzlich zum Dienstvertrag: BGH VersR 2005, 270). Die Vergütung ist auch nicht nach § 628 Abs.1 Satz 2 BGB entfallen, da keine fristlose Kündigung eines noch nicht beendeten Vertrages vorliegt (vgl. insoweit BGH Urt. vom 29.3.2011 – VI ZR 133/10; NJE 2011, 1674 f.; VersR 2011 883 f.). Die im Bereich zahnärztlicher Leistungen verbreitete Rechtsprechung, wonach bei einer „völlig unbrauchbaren“ Leistung der Vergütungsanspruch entfällt, passt auf eine Wirbelsäulen-Operation nicht, denn sie beruht auf dem Gedanken, dass eine unbrauchbare zahnärztliche Versorgung zwingend eine Neuversorgung nach sich zieht, die jedenfalls Kosten beim Geschädigten (!) in gleicher Höhe verursachen wird, so dass die Verweigerung des Honorars sich letztlich als konkludente Aufrechnung mit den eigenen Schadensersatzansprüchen darstellt. Sie ist auf fehlerhafte oder wegen Aufklärungsmängeln rechtswidrige Operationen in anderen medizinischen Bereichen regelmäßig nicht übertragbar, schon weil es – wie auch hier – für die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Nachbehandlungskosten regelmäßig an der Gegenseitigkeit fehlen wird (§§ 116 SGB X, 86 VVG). Eine vom Kläger mit Schriftsatz vom 23.1.2012 in Aussicht gestellte Rückabtretung von Ansprüchen, die auf den privaten Krankenversicherer übergegangen waren, die wiederum den Kläger berechtigt hätte, seinerseits gegen die Honoraransprüche aufzurechnen, ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung und darüber hinaus nicht mehr vorgetragen worden.

Es kann auch keine Rede davon sein, dass der Vortrag der Beklagten zu den geltend gemachten Forderungen unsubstanziert und daher nicht berücksichtigungsfähig sei. Die offenen Rechnungen sind vorgelegt worden und ergeben in einer korrekten, GOÄ-förmigen Weise die Forderung. Der Kläger hat seinerseits weder erst- noch zweitinstanzlich Einwände gegen die Höhe der Forderungen erhoben. Die Beklagten haben ihrerseits auf gerichtlichen Hinweis hin die der Rechnung zugrunde liegenden Tarife vorgelegt, die nachvollziehbar die Richtigkeit der Rechnung ergeben haben und ergänzend zu den Rechnungen vorgetragen. Auch hiergegen sind weder seitens des Senats weitere Bedenken aufgetreten noch seitens des Klägers erhoben worden.

g) Unbegründet ist die Berufung der Beklagten schließlich hinsichtlich der zuerkannten vorgerichtlichen Anwaltskosten. Sie sind richtigerweise nach einem Streitwert von 25.000.- € errechnet. Die spätere Hilfsaufrechnung, die im Übrigen auch auf einer erst nach Klageerhebung fällig gewordenen Forderung beruht (§ 12 GOÄ), ist weder zugunsten der Beklagten streitwertmindernd noch zugunsten des Klägers streitwerterhöhend zu berücksichtigen.

2. Berufung des Klägers

Einen über die zuerkannten 15.000.- € hinaus gehenden Schmerzensgeldanspruch hat der Kläger nicht. Er beruft sich im Kern hierzu darauf, dass sich die Gesamtsituation hinsichtlich seiner Rückenbeschwerden derart verschlechtert habe, dass er nicht mehr in der Lage sei, seinen Beruf auszuüben und seinen vielfältigen sportlichen Aktivitäten nachzugehen. Er behauptet, auch dies beruhe auf den durchgeführten Eingriffen. Dies allerdings kann der Senat nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme und vor allem der eingehenden weiteren Befragung des Sachverständigen durch den Senat nicht feststellen, bzw., soweit es die Folgen des fehlerhaften medizinischen Vorgehens angeht, sicher ausschließen.

53

54

55

56

57

58

Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, dass das fehlerhafte Verbleiben der fehlplatzierten Pedikelschrauben zu keinen nachweisbaren Schäden geführt habe. Keinen Zweifel gelassen hat der Sachverständige bei der Frage, dass alles, was mit der Arbeitsfähigkeit des Klägers oder mit seiner Fähigkeit, Sport zu treiben, zu tun habe, nicht auf der Fehllage der Schrauben oder auch nur auf den beiden Operationen beruhe. Entscheidend sei, dass die Revisionsoperation, die ja in jeder Hinsicht zu dem gewünschten medizinischen Ziel geführt habe, nicht zu einer Beschwerdebesserung geführt hätte. Jedenfalls aber hätte es wegen der erfolgreichen Operation in C keineswegs zu einer weiteren Verschlechterung kommen dürfen. Dies beruhe darauf, dass durch die erste Operation nichts im Körper zerstört worden sei, was die nun geklagten Beschwerden erklären könnte. Wiederholt betont der Sachverständige, dass die geklagten Beschwerden umgekehrt ohne weiteres mit der vorhandenen Grunderkrankung des Klägers vereinbar seien. Der Sachverständige sieht denn auch für sich die Erklärung dafür, dass der Kläger nach Abheilen der unmittelbaren Operationsfolgen nicht mehr in der Lage sei, seinen Beruf und seine sportlichen Aktivitäten auszuüben, in dieser (auf Fortschreiten angelegten) Grunderkrankung. Der Sachverständige erklärt auch, warum der Kläger den Unterschied in seiner gesundheitlichen Situation subjektiv als derart stark empfinde. Es stelle ein häufig im Anschluss an solche Operationen, bei denen die Erwartungen nicht in Erfüllung gingen, bei Patienten zu beobachtendes Phänomen dar, dass sie den Zustand als Verschlechterung empfänden. Hierbei handele es sich um nicht zu unterschätzende psychische Wirkmechanismen.

Diese Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat, so dass er sie ohne weiteres zur Grundlage der Entscheidung machen kann. Gerade das vom Kläger sehr anschaulich (und sicherlich glaubhaft) geschilderte Empfinden einer deutlichen Verschlechterung der Situation und die (jedenfalls laienhaft) als naheliegend erscheinende Vorstellung, dass derart einschneidende Eingriffe in den Körper wie die beiden Operationen nicht ohne Folgen auf die weitere Gesamtsituation bleiben dürften, haben den Senat veranlasst, den Sachverständigen vertiefend hierzu anzuhören und ihn die Tatsachen als gegeben unterstellen zu lassen, die die behauptete Arbeits- und Sportunfähigkeit betreffen (und die bereits Gegenstand des Beweisbeschlusses vom 7.3.2012 waren). Sie waren Anlass, dem Sachverständigen nachdrücklich vor Augen zu führe, dass aus rechtlicher Sicht eine bloße Mitursächlichkeit ausreiche. Sie waren auch Anlass, auf die gegenläufigen Vermutungen anderer Mediziner (etwa der Uniklinik Bonn oder des Sachverständigen Dr. C2, die einen Zusammenhang der jetzigen Beschwerden mit den Operationen vermuten, allerdings auch etwa nicht als sicher gegeben oder nur in hohem Maße wahrscheinlich feststellen können) hinzuweisen. Gerade diese neuralgischen Punkte hat der Sachverständige aber zur Überzeugung des Senats hinreichend ausräumen können. Weiteren Aufklärungsbedarf hierzu erkennt der Senat danach nicht mehr. Insbesondere besteht kein Anlass, hierzu ein weiteres Gutachten einzuholen. Auch auf die weiteren Beweisfragen des Beschlusses vom 7.3.2012 kommt es nicht mehr an.

59

In rechtlicher Hinsicht geht der Senat mit der Kammer davon aus, dass es sich bei der Frage der dauerhaften Arbeits- bzw. Sportunfähigkeit um sogenannte Sekundärschäden handelt, deren Schadensursächlichkeit vom Kläger zu beweisen ist, wenn auch nach dem erleichterten Beweismaß des § 287 ZPO. Aber gerade die danach zu fordernde überwiegende Wahrscheinlichkeit der (Mit-)Ursächlichkeit hat sich nach der Beweisaufnahme eindeutig nicht ergeben. Selbst wenn aber der insoweit relevante Gesundheitszustand sich noch als Primärschaden darstellen würde, ergäbe sich nichts für den Kläger Günstigeres. Soweit es um die Folgen der grob fehlerhaften medizinischen Vorgehensweise durch Liegenlassen der Pedikelschrauben geht, wo eine Umkehr der Beweislast in Betracht käme,

60

hat der Sachverständige jegliche Ursächlichkeit für eine Arbeitsunfähigkeit sicher und definitiv ausgeschlossen. Auch die von ihm insoweit als denkbar (wenn auch nicht nachweisbar und überwiegend nicht wahrscheinlich) angesehenen Folgen (etwa die Schmerzen, die Duraverletzung, mögliche Nervenirritationen, selbst die Taubheit des Beines, bei der der Sachverständige eine von ihm kaum zu beurteilende Erschwerung der Berufsausübung nicht ausschließen mochte, die aber selbst nach der Darstellung des Klägers nicht für die Arbeitsunfähigkeit maßgeblich sind) waren nicht geeignet, eine derartige Verschlechterung des Gesamtzustandes hervorzurufen. Soweit es um die Folgen der unzureichenden Aufklärung geht, verbleibt die Beweislast für Primärschäden in vollem Umfang beim Kläger, so dass jegliche Zweifel zu seinen Lasten gehen.

3. 61

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Bei der Kostenentscheidung hinsichtlich des Berufungsverfahrens war zu berücksichtigen, dass die Beklagten die Berechtigung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 1500.- € akzeptiert haben, was auch zu einer entsprechenden Reduzierung des Streitwertes für die Berufungsinstanz führt, und ihr Gesamtunterliegen damit einem Wert von 18.500.- € entspricht. 62

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls. 63

Berufungsstreitwert: 64

- Berufung des Klägers: 5.000.- € 65

- Berufung der Beklagten: 29.003,68 € 66

- Gesamt: 34.003,68 €. 67