
Datum: 04.04.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 99/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0404.5U99.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 25 O 312/06

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 20. April 2011 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 25 O 312/06 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten zu 3) werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagten oder die Streithelferin der Beklagten zu 3) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

1

2

Der am xx.xx.1935 geborene, stark übergewichtige Kläger litt unter Schmerzen im rechten Hüftgelenk, die sich im Jahre 2001 verschlimmerten. Eine konservative Behandlung brachte keine Besserung. Am 21.2.2002 suchte der Kläger erstmals das Krankenhaus der Beklagten zu 1) auf, wo der Beklagte zu 2) die Diagnose einer Cox-Arthrose stellte. Am 18.3.2002 erklärte sich der Käger auf einem perimed-Aufklärungsbogen mit dem Ersatz des rechten Hüftgelenks durch eine Totalendoprothese einverstanden. Am 19.3.2002 implantierte der Beklagte zu 2) eine Titanpfanne und einen zementfreien Schaft, auf den mittels eines Adapters ein Keramikkopf gesetzt wurde, den die Beklagten zu 3) geliefert hatte und der von deren Streithelferin, einem in der Schweiz ansässigen Unternehmen, hergestellt worden war. Bei Nachuntersuchungen am 6.5.2002 und 22.8.2002 gab der Kläger an, dass es ihm ausgezeichnet gehe. Im November 2003 vernahm er nach seiner Darstellung beim Aufstehen aus dem Bett ein knirschendes Geräusch. Am 8.12.2003 stellte er sich wegen starker Schmerzen im Krankenhaus der Beklagten zu 1) vor. Die Röntgenuntersuchung ergab, dass der Hüftkopf zerborsten und zersplittert war. Am 11.12.2003 räumte der Beklagte zu 2) die Keramikpartikel aus und setzte statt des Keramikkopfs einen Metallkopf ein. Die Beklagte zu 1) sandte Bruchteile des Keramikopfs an die Beklagte zu 3), die solche an die Streithelferin weiterleitete. Die Beklagte zu 1), die Beklagte zu 3) und die Streithelferin führten jeweils eine Heißdampfsterilisation durch. Die anschließende Untersuchung ergab keinen Materialdefekt.

Der Kläger hat geltend gemacht, dass der Keramikkopf einen Produktfehler aufgewiesen habe. Insbesondere habe dieser infolge des zu verwendenden Adapters eine geringe Wanddicke mit erhöhtem Bruchrisiko gehabt. Der Beklagte zu 2) habe die Hüftprothese falsch ausgewählt. Bei übergroßer Halslänge sei der Einsatz eines metallischen Prothesenkopfes erforderlich gewesen. Über das Bruchrisiko und die hinsichtlich des Materials möglichen Alternativen sei er, der Kläger, nicht aufgeklärt worden. Den in der Zeit vom 1.12.2003 bis 31.8.2006 entstandenen Haushaltsführungsschaden hat der Kläger auf 13.440 € und seine sonstigen Schäden auf 2.000 € beziffert.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 60.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.6.2004,

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 15.440,00 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.520,00 € seit dem 1.6.2004 und aus weiteren 12.950,00 € seit Rechtshängigkeit,

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche künftigen immateriellen sowie alle weiteren vergangenen und alle künftigen materiellen Ansprüche, die ihm infolge der fehlerhaften Behandlung und der fehlerhaften Prothese entstanden sind und noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.

Die Beklagten und die Streithelferin der Beklagten zu 3) haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben einen Produktfehler sowie Behandlungsfehler und eine unzureichende Aufklärung in Abrede gestellt.

3

4

5

6

7

8

9

10

11

Das Landgericht hat zunächst das Gutachten des Sachverständigen für chirurgisch invasive Implantate und deren Werkstoffe I. (Bl. 91 ff. d.A.) nebst Ergänzung (Bl. 157 ff. d.A.) eingeholt und den Sachverständigen I. angehört (Bl. 301 d.A.). Durch Teilgrund- und Teilendurteil hat das Landgericht die Klage, soweit der Kläger von der Beklagten zu 3) materiellen Schadensersatz verlangt, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag, soweit dieser die Beklagte zu 3) und materielle Schäden betrifft, entsprochen. Im Übrigen hat es die gegen die Beklagte zu 3) gerichtete Klage abgewiesen. Der Senat hat das Teilurteil, das er als unzulässig angesehen hat, auf die Berufungen des Klägers, der Beklagten zu 3) und der Streithelferin der Beklagten zu 3) aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Das Landgericht hat daraufhin das orthopädische Gutachten von L. (Bl. 465 ff. d.A.) nebst Ergänzung (Bl. 547 ff. d.A.) eingeholt und X., der an der Erstellung des Gutachtens mitgewirkt hatte, sowie erneut I. angehört. Zur Frage der Aufklärung hat es ferner den Kläger und den Beklagten zu 2) angehört und die Zeuginnen C. und X1 vernommen (Bl. 625 ff. d.A.).

Daraufhin hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Der Kläger habe gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz. Es lasse sich nicht klären, ob der Materialbruch auf einem Behandlungsfehler oder einem Materialversagen beruhe oder schicksalhaft gewesen sei. 12

Der operative Eingriff sei regelrecht erfolgt. Die Gleitpaarung Keramik/Polyäthylen verringere den Abrieb gegenüber der Kombination Metall/Polyäthylen und senke damit die Revisionsrate wegen aseptischer Lockerung. Die Entscheidung, welches Material verwendet werde, falle intraoperativ und liege beim Operateur. Die Verwendung des von der Streithelferin hergestellten Keramikkopfs sei auch nicht wegen des Übergewichtes des Klägers kontraindiziert gewesen. Aus dem eingetretenen Materialbruch könne man nicht auf einen Behandlungsfehler bei der Operation rückschließen. Ursache für einen Bruch könnten direkte und indirekte Traumata, ein hoher Grad an Aktivität, Übergewicht, Materialfehler und operative Fehler sein. Leichte Verunreinigungen ließen sich intraoperativ nicht sicher vermeiden und könnten für sich allein ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht zu den hier eingetretenen Folgen führen. Hinweise für grobe Verunreinigungen, die zu Materialbruch führen könnten und behandlungsfehlerhaft seien, lägen nicht vor. 13

Die Aufklärungsrüge führe nicht zum Erfolg. Der Kläger sei vor der Operation über das Bruchrisiko aufgeklärt worden. Die Zeugin C. habe glaubhaft ihre damalige Aufklärungspraxis geschildert. Eine Alternativaufklärung über das einzubringende Material sei nicht erforderlich gewesen. Die entsprechende Entscheidung liege beim Operateur. Schließlich sei davon auszugehen, dass der Kläger, auch wenn der Beklagte zu 2) explizit gesagt hätte, dass Keramik zwar ein etwas höheres Bruchrisiko als Metall habe, er Keramik aber wegen des geringeren Abriebs bevorzuge, dieser Empfehlung des Beklagten zu 2) gefolgt wäre. 14

Ein Fehler des Produkts sei nicht festzustellen. Dies gelte zunächst für einen Fabrikationsfehler. Zwar habe die vom Sachverständigen I. durchgeführte Röntgendiffraktometrie in der Zusammensetzung des Werkstoffs der Steckkugel einen Anteil von 8 % monokliner Phase und 92 % tetragonaler Phase ergeben, was ein zu hoher Anteil monokliner Phase sei. Hieraus folge aber nicht, dass ein Materialfehler vorgelegen habe, weil die Phasenanteile durch die Heißdampfsterilisation verschoben worden sein könnten. Daraus, dass die Beklagte zu 3) vor der Untersuchung des Hüftkopfes die Teile sterilisiert habe, folge keine Beweislastumkehr für den Kläger. Dass der Kläger bestreite, dass die Beklagte zu 3) sämtliche ihr vorliegende Bruchstücke der Prothese an den Sachverständigen herausgegeben habe, sei für eine Beweiserleichterung nicht ausreichend. Ein 15

Konstruktionsfehler sei nicht bewiesen. Aus der technischen Dokumentation und den an identischer Geometrie wie bei dem gebrochenen Kugelkopf durchgeführten Prüfungen gehe hervor, dass der Hüftkopf zugelassen und für den Konusadapter geeignet gewesen sei. Ein Instruktionsfehler liege nicht vor. Es sei schon nicht vorgetragen, vor welchem Risiko die Beklagte hätte warnen müssen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Soweit das Landgericht annehme, dass der zu hohe Anteil monokliner Phase durch die Heißdampfsterilisation entstanden sein könne, sei dies nur sehr schwer nachvollziehbar, zumal der Sachverständige sich nicht dazu geäußert habe, mit welcher Wahrscheinlichkeit der von ihm festgestellte Anteil von 8 % monokliner Phase für den Zeitpunkt der Implantation anzunehmen sei. Wegen der Heißdampfsterilisationen sei allen Beteiligten Beweisvereitelung vorzuwerfen. Beweiserleichterungen ergäben sich für ihn, den Kläger, auch daraus, dass die Beklagte zu 3) dem Sachverständigen I. nicht sämtliche Bruchstücke der Prothese zur Verfügung gestellt habe. Dieser habe ausgeführt, dass zehn Bruchstücke angeliefert worden seien, aus denen sich die Kugel nicht komplett rekonstruieren lasse. Wenn die Implantation fehlerfrei erfolgt sei, er, der Kläger, übermäßige Belastungen vermieden habe und der Schaden beim Aufstehen aus dem Bett eingetreten sei, komme als Schadensursache nur die Fehlerhaftigkeit des Produkts in Betracht. In Bezug auf einen Instruktionsfehler ergebe sich schon aus dem eigenen Vortrag der Beklagten zu 3) und der Streithelferin, dass besondere Risiken in der Person des Patienten hätten bestehen können (z.B. Übergewichtigkeit und das Betreiben bestimmter Sportarten). Darauf hätten die das Produkt nutzenden Ärzte seitens des Vertriebs hingewiesen werden müssen, was die Beklagte zu 3) nicht bewiesen habe.

Eine genügende Aufklärung über das Bruchrisiko sei nicht bewiesen. Die Zeugin C. habe nur über die nach ihrer Erinnerung übliche Praxis berichten können. Der Beklagte zu 2) habe das Material ausdrücklich als bruchfest geschildert. Wegen des geringeren Bruchrisikos habe sich ein Metallkopf als echte aufklärungspflichtige Alternative dargestellt. Auf eine hypothetische Einwilligung hätten sich die Beklagten in erster Instanz schon nicht berufen. Er, der Kläger, habe einen Entscheidungskonflikt nachvollziehbar dargestellt. Auf die Bruchfestigkeit habe er besonderen Wert gelegt. Er habe auch darüber entscheiden müssen, ob er ein potentiell zusätzliches Risiko bei neuer Konfiguration habe tragen oder sich für ein Standardimplantat habe entscheiden wollen. Wie aus den Ausführungen von N. folge, habe bei der Revisionsoperation die Notwendigkeit einer totalen Synovektomie bestanden.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 20.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.6.2004 zu zahlen,

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn weitere 13.440,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 4.520,00 € seit dem 1.6.2004 und aus weiteren 8.920,00 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm den künftigen immateriellen Schaden sowie sämtliche weiteren materiellen Schäden, die ihm wegen der fehlerhaften Behandlung und der fehlerhaften Prothese entstanden sind, derzeit entstehen und zukünftig noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.

Die Beklagten und die Streithelferin der Beklagten zu 3) beantragen,	
die Berufung zurückzuweisen.	23
Sie verteidigen das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen	24
B.	25
Die Berufung ist unbegründet.	26
Der Kläger kann von den Beklagten wegen des Ende des Jahres 2003 eingetretenen Bruchs der Hüftprothese die Zahlung von Schmerzensgeld und materiellen Schadensersatz nicht verlangen.	27
I. Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte zu 3) kein Anspruch aus §§ 1 Abs. 1 ProdHaftG, 823 Abs. 1 BGB zusteht. Ein Produktfehler lässt sich nicht feststellen.	28
1. Die Annahme des Landgerichts, dass ein Konstruktionsfehler, insbesondere ein zu einer erhöhten Bruchgefahr führender Konstruktionsfehler, nicht vorliegt, nimmt der Kläger im Berufungsverfahren zu Recht hin.	29
Das IMA Prüflabor Dresden ist, nachdem es eine mit dem vorliegenden Fall identische Konfiguration des von der Streithelferin hergestellten BioBall-Systems geprüft hatte, ausweislich des vom Sachverständigen I. nachvollzogenen Berichts (Teil der Anlage B3) zu dem Ergebnis gelangt, dass der Mittelwert der Ergebnisse der Restbruchfestigkeit mit 86,15 kN deutlich über dem normativ geforderten Sollwert von 46 kN lag (Bl. 95, 160, 170 d.A.). Der von dem Sachverständigen L. und von dem durch den Kläger beauftragten Sachverständigen N. übereinstimmend dargestellte Umstand, dass bei dem im Streitfall verwendeten, von der Streithelferin hergestellten System ein Übersteckkonus/Adapter auf den Schaft gesteckt wird, so dass die Kugel eine dünnere Keramikschiicht und damit gegenüber anderen Keramikkugeln eine potentiell höhere Bruchgefahr aufweist (vgl. S. 8 der Anlage K 1 und Bl. 483, 530 d.A.), vermag einen Konstruktionsfehler nicht zu begründen. Denn das System dient dazu, in Revisionsoperationen eine Beibehaltung des Schaftes zu ermöglichen oder in Primäroperationen Fehlpositionen zu korrigieren oder eine Feinkorrektur zu erreichen (vgl. Bl. 532, 533, 557 d.A.), der potentielle Nachteil wird mithin durch die genannten Vorteile des Systems kompensiert. Schließlich lässt sich aus der von L. dargelegten Tatsache, dass es seit der Markteinführung 2000/2001 bei 6.229 verkauften Bio-Ball-ZrO ² -Steckköpfen zu 17 Brüchen gekommen ist und das Produkt daraufhin im Dezember 2007 vom Markt genommen wurde (Bl. 556 f. d.A.), nicht auf einen Konstruktionsfehler schließen. Das sich hieraus errechnende Bruchrisiko liegt immer noch im Rahmen der von L. und X. generell für Keramikköpfe dargelegten Zahlen (vgl. Bl. 491 und 492, 625R d.A.).	30
2. Ein Fabrikationsfehler lässt sich nicht feststellen. Die Beweislast hierfür liegt im Ausgangspunkt beim Anspruchsteller (vgl. § 1 Abs. 4 ProdHaftG). Beweiserleichterungen kommen dem Kläger in diesem Zusammenhang entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung nicht zu Gute.	31
a) Die durchgeführte Materialuntersuchung hat keinen Fabrikationsfehler des Keramikkopfes ergeben.	32

aa) Der Sachverständige I. hat nach Untersuchung der ihm von der Beklagten zu 3) zur Verfügung gestellten Fragmente, insbesondere nach Durchführung einer Makro- und Mikrofraktografie, einer Röntgendiffraktometrie und einer Härtemessung, abgesehen von einem Anteil von etwa 8 % monokliner Phase und 92 % tetragonaler Phase bei einem nach einer technischen Norm höchstens erlaubten Anteil der monoklinen Phase von 5 % (Bl. 98 d.A.) keinen Anhaltspunkt für einen Materialfehler gefunden. Die ermittelten Phasenanteile erlaubten – so der Sachverständige weiter – keinen Rückschluss auf einen Materialfehler, da Heißdampfsterilisationen die Phasenanteile von tetragonal zu monoklin veränderten, was auch für mechanische Belastungen eines ZrO_2 -Bauteils gelte (Bl. 98, 626 d.A.). Vorliegend seien die Bruchkanten und Bruchflächen stark verrundet, d.h. die Fragmente hätten nach dem Bruch noch einige Zeit gegeneinander und an dem Adapter gerieben (Bl. 95, 101 d.A.). Soweit der Kläger die Möglichkeit einer Phasenverschiebung in der Berufungsbegründung anzweifelt, setzt er allein seine Auffassung gegen die von Sachkunde getragene Beurteilung des Sachverständigen I., was keinen Anlass zu weiterer Sachaufklärung gibt. Auch wenn I. keine Angaben zur Wahrscheinlichkeit gemacht hat, folgt aus seinen Ausführungen, dass eine Phasenverschiebung hin zur monoklinen Phase eine konkrete und sogar nahe liegende Möglichkeit darstellt.

bb) Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr kommen weder wegen der Heißdampfsterilisationen, die die Beklagte zu 3) und die von ihr mit der Reklamationsbearbeitung betraute Streithelferin durchgeführt haben, noch wegen der unvollständigen Zur-Verfügung-Stellung der Fragmente unter dem insoweit jeweils maßgeblichen Gesichtspunkt der Beweisvereitelung in Betracht.

34

Eine Beweisvereitelung setzt voraus, dass die Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweismittels als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen (BGH, Urteile vom 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, iuris Rdn. 23, NJW 2006, 434 ff., und vom 17.1.2008 – III ZR 239/06, iuris Rdn. 23, NJW 2008, 982 ff.).

35

Die von der Beklagten zu 3) und der Streithelferin vorgenommenen Heißdampfsterilisationen haben die Beweislage des Klägers schon objektiv nicht verschlechtert. Auch ohne die genannten, der Beklagten zu 3) zuzurechnenden Maßnahmen wäre nicht aufklärbar gewesen, ob der zu hohe monokline Phasenanteil bereits im Zeitpunkt der Implantation und des Implantatbruchs vorlag oder ob er sich erst danach entwickelt hat. Wie der Sachverständige I. erläutert hat, konnten bereits sowohl die mechanische Belastung durch den längeren intraartikulären Verbleib der Bruchfragmente als auch die von der Beklagten zu 1) durchgeführte Heißdampfsterilisation eine maßgebliche Phasenverschiebung bewirken. Darüber hinaus fehlt es an einem vorwerfbaren, missbilligenswerten Verhalten der Beklagten zu 3) und der Streithelferin (vgl. zu diesem zusätzlichen Kriterium BGH, Urteil vom 17.1.2008 – III ZR 239/06, iuris Rdn. 23, NJW 2008, 982 ff., m.w.Nachw.). Denn die Beklagte zu 3) und die Streithelferin können verständliche Gründe für die Heißdampfsterilisation anführen, nämlich den Schutz der mit der Untersuchung beauftragten Mitarbeiter. Es liegt auf der Hand, dass in den Körper eingesetztes Material mit Keimen belastet sein kann.

36

Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte zu 3) oder die Streithelferin Bruchstücke der Keramikugel bei der Übermittlung an den Sachverständigen I. zurückbehalten haben. Zwar ist es richtig, dass sich nach den Ausführungen des Sachverständigen aus den zehn übersandten Fragmenten die Keramikugel nicht vollständig rekonstruieren lässt (Bl. 95 d.A.),

37

woraus folgt, dass Bruchstücke fehlen. Der Kläger hat aber weder Beweis dafür angetreten noch Indizien dafür dargelegt, dass der Beklagten zu 3) und der Streithelferin ihrerseits mehr als die zehn Bruchstücke überlassen worden sind. Die Beklagte zu 3) hat vielmehr Kopien von Fotos vorgelegt, die von ihr und der Streithelferin im Rahmen der Schadensbearbeitung gefertigt worden sind und die jeweils zehn Bruchstücke zeigen (Bl. 255 f. d.A.). Dabei ist zu bedenken, dass nach den Darlegungen von L. und N. nach einem Bruch einer Keramikkugel regelmäßig eine Vielzahl kleiner und kleinster Partikel entsteht (vgl. Bl. 495 d.A.) und solche im präoperativ gefertigten Röntgenbild vom 9.12.2003 zu erkennen sind (vgl. S. 7 der Anlage K 1). Es liegt daher mehr als nahe, dass das Material der Keramikkugel bereits bei der Revisionsoperation nicht vollständig sichergestellt worden ist.

cc) Auch die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG führt nicht zu einer Beweiserleichterung für den Kläger. Danach ist die Ersatzpflicht des Herstellers ausgeschlossen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte. Die Regelung verlagert die Beweisführung auf den Hersteller, wenn ein Fehler des Produkts im Zeitpunkt des Schadenseintritts feststeht und ungewiss ist, ob er von Anfang an bestanden hat oder nachträglich entstanden ist. Im Streitfall ist indessen nicht erwiesen, dass im Zeitpunkt der Schadenseintritts überhaupt ein Fehler des Produkts, nämlich ein zu hoher Anteil der monoklinen Phase, vorlag. 38

b) Ein Schluss auf einen Fabrikationsfehler, der sich auf einen Ausschluss aller sonst denkbaren Ursachen für einen Bruch der Keramikkugel stützt, ist nicht möglich. 39

Dies gilt selbst dann, wenn man den Vortrag des Klägers zugrunde legt, dass er stärkere Belastungen vermieden, insbesondere Nordic Walking nur in Form eines Gehens mit Stöcken durchgeführt habe, und dass der Bruch, gekennzeichnet durch das vernommene Geräusch, beim Aufstehen aus dem Bett eingetreten sei. Nach der übereinstimmenden und nachvollziehbaren Beurteilung von X. und I. in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 23.3.2011 kommen auch unter diesen Voraussetzungen von den allgemein denkbaren Bruchursachen (vgl. Bl. 492 d.A.) im Streitfall eine als Behandlungsfehler zu qualifizierende grobe Verunreinigung des Implantats während der Operation oder eine leichtere, nicht als Fehler einzuordnende Verunreinigung im Zusammenwirken mit weiteren Umständen (hohe Aktivität, Übergewicht) als Bruchursache in Betracht (vgl. die Ausführungen von X. und I. Bl. 625R und 626 d.A.). Insbesondere kann auch aus diesen Gründen zunächst ein fortschreitender Mikroriss entstanden sein (vgl. Bl. 492 d.A.). 40

Der vom Kläger in der Berufungsbegründung angesprochene Gesichtspunkt einer Modifizierung der Beweislast durch betroffene Verantwortungsbereiche kann im vorliegenden Zusammenhang nicht zu einer Verlagerung der Beweislast auf die Beklagte zu 3) führen. Die oben genannten alternativen Bruchursachen fallen (auch) nicht in ihre Sphäre. 41

3. Einen der Beklagten zu 3) zurechenbaren Instruktionsfehler hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt. 42

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung auf die aus der Produktinformation (Anlage B 2) ersichtlichen Gefahren und Risiken (Adipositas und mit starken Erschütterungen verbundene körperliche Aktivitäten) verweist, hat die Beklagte zu 3) die gegenüber den das Produkt nutzenden Ärzten bestehende Instruktionspflicht durch die Produktinformation erfüllt. Dass die Hüftprothese mit der Produktinformation an die Beklagten zu 1) und 2) geliefert worden ist (vgl. den Vortrag Bl. 44 d.A.), hat der Kläger nicht bestritten. Umstände, aus den sich sonstige Gefahren ergeben, vor denen zu warnen war, hat der Kläger nicht dargelegt, 43

was zu seinen Lasten geht (vgl. Palandt/Sprau, BGB 70 Aufl. § 823 Rdn. 183 m.w.Nachw.).

II. Ersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagten zu 1) und 2) hat das Landgericht zu Recht verneint. 44

1. Behandlungsfehler hat das Landgericht nach sachverständiger Beratung durch L. und X. nicht festgestellt. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Würdigung begründen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), werden vom Kläger im Berufungsverfahren nicht dargetan und sind auch nicht erkennbar. 45

Insbesondere sind sowohl L./X. (vgl. Bl. 497 d.A.) als auch der vom Kläger beauftragte Gutachter N. (vgl. S. 9 der Anlage der Anlage K1 und Bl. 588 d.A.) davon ausgegangen, dass der Beklagte zu 2) das von der Streithelferin hergestellte Adapter-Keramikkopfsystem bei potentiell erhöhtem Bruchrisiko und günstigerem Abriebverhalten nach ordnungsgemäßer Patientenaufklärung nach dem medizinischen Standard implantieren durfte. 46

Dass es entgegen der Beurteilung von L./X. (Bl. 498, 625 R d.A.) Hinweise auf eine als Behandlungsfehler zu qualifizierende größere intraoperative Verunreinigung des Implantats gibt, vermag der Kläger nicht aufzuzeigen. Eine Beweislastumkehr tritt in diesem Zusammenhang nicht ein, weil – wegen der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Materialfehlers oder einer kleineren, nicht sicher zu vermeidenden, aber im Zusammenhang mit weiteren Umständen schadensursächlichen Verunreinigung (vgl. Bl. 625R d.A.) – nicht feststeht, dass die Schadensursache aus dem vom Beklagten zu 2) voll beherrschbaren Risikobereich stammt. 47

Soweit es um die Frage der totalen Synovektomie (Entfernung der Gelenkinnenhaut) bei der Revisionsoperation vom 11.12.2003 geht, die L./X. nicht für erforderlich gehalten haben (Bl. 559 f. d.A.), ergibt sich auch aus den vom Kläger in der Berufungsbegründung in Bezug genommenen Ausführungen von N. nicht, dass eine solche im Dezember 2003 bereits medizinischer Standard gewesen ist. Der Beklagte zu 2) hat ausweislich des Operationsberichts das Gewebe um die Pfanne (periacetabulär) ausgeräumt. N. hat lediglich darauf verwiesen, dass die Nichtdurchführung einer totalen Synovektomie nach einer im Mai 2002 von Allain et al veröffentlichten Untersuchung einen negativen Faktor für den Erfolg der Revisionsoperation darstellt. Dass eine so umfangreich wie möglich ausgeführte Synovektomie aber im Dezember 2003 – das heißt 1 ½ Jahre nach der Publikation – bereits den medizinischen Standard darstellte, hat er dagegen nicht ausgeführt. N. hat die Veröffentlichung von Allain et al vielmehr als weiteren Beleg dafür angeführt, dass als Folge des Keramikkopfbruchs mit einem vorschnellen Aufbrauch des Kunststoffeinsatzes in der Pfanne zu rechnen ist (vgl. Bl. 535, 588 f. d.A.). 48

2. Die Beklagten zu 1) und 2) haften dem Kläger nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung. 49

a) Das Landgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise angenommen, dass der Kläger vor der Operation vom 19.3.2002 über die aufklärungspflichtigen Risiken, insbesondere das Risiko eines Bruchs der Hüftprothese einschließlich des Kopfes, aufgeklärt worden ist. 50

Es begegnet keinen Bedenken, dass das Landgericht aus der von der Zeugin C. geschildert Aufklärungspraxis darauf geschlossen hat, dass die Zeugin den Kläger über das Risiko eines Bruchs des Materials unterrichtet hat. Dies gilt trotz der Tatsache, dass der Kläger vor dem Landgericht erklärt hat, der Beklagte zu 2) habe das Keramikmaterial als bruchfest 51

geschildert und die Zeugin C. habe die Möglichkeit eines Bruchs nach seiner Erinnerung nicht erwähnt. Die Zeugin C. hat bekundet, dass sie sich in den von ihr geführten Aufklärungsgesprächen an dem schriftlichen Aufklärungsbogen – der das Bruchrisiko anführt – orientiert habe und nach der dortigen Darstellung vorgegangen sei. Dies macht eine Aufklärung auch des Klägers über das Bruchrisiko plausibel. Hierfür spricht schließlich, dass der Kläger ausweislich des Gutachtens bei der Anamneseerhebung gegenüber L./X. eingeräumt hat, dass der Beklagte zu 2) im Jahr 2002 ein geringes Bruchrisiko von Keramik angesprochen hat (vgl. Bl. 483 d.A.).

b) Der Senat tritt ferner der Auffassung des Landgerichts bei, dass die Alternativen eines
Keramikkopfs, insbesondere des von der Streithelferin hergestellten Adapter-
Keramikkopfsystems, einerseits und eines Metallkopfs andererseits nicht aufklärungspflichtig
waren. 52

In den für die Bewertung maßgeblichen Tatsachen stimmen L./X. und der vom Kläger
beauftragte Gutachter N. überein, während – jeweils unter Verweis auf die gebotene
rechtliche Beurteilung – erstere die erst intraoperativ zu treffende Entscheidung beim
Operateur sehen (Bl. 500, 558 f., 626R d.A.) und letzterer von der Notwendigkeit einer
entsprechenden Unterrichtung des Patienten ausgeht (S. 9 der Anlage K 1 und Bl. 588 d.A.). 53

Das von der Streithelferin hergestellte Adapter-Keramikkopfsystem führt wegen des auf den
Schaft gesteckten Adapters dazu, dass die Kugel eine dünnere Keramikschiicht und damit
gegenüber anderen Keramikkugeln und erst recht gegenüber Metallkugeln eine potentiell
höhere Bruchgefahr aufweist (vgl. S. 8 der Anlage K 1, Bl. 493, 530 d.A.). Bei einem im Jahr
2000/2001 eingeführten System konnten langfristige Untersuchungen und Studien, die die
erhöhte Bruchgefahr bestätigten oder widerlegten, im Operationszeitpunkt im März 2002
noch nicht vorliegen. Ein Stahlkopf mit reduziertem Bruchrisiko (vgl. Bl. 557 d.A.) hat
demgegenüber den Nachteil, dass er den Abrieb erhöht und die Revisionsrate wegen einer
Lockerung der Prothese vergrößert (vgl. Bl. 494, 497 d.A.), was sich vor allem – N. nennt
einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren (Bl. 534 d.A.) – langfristig bemerkbar macht. 54

Im rechtlichen Ausgangspunkt ist die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des
Arztes. Gibt es indessen mehrere medizinisch indizierte und übliche Behandlungsmethoden,
die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, besteht mithin eine
echte Wahlmöglichkeit für den Patienten, dann muss diesem nach entsprechend
vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege
die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (BGH, Urteil vom
15.3.2006 – IV ZR 313/03, iuris Rdn. 10, NJW 2005, 1718 ff., m.w.Nachw.). 55

Gemessen hieran liegen im Streitfall in Bezug auf das Material des Keramikkopfs keine
aufklärungspflichtigen Behandlungsalternativen vor. Sowohl der Keramikkopf des von der
Streithelferin hergestellten Adapter-Kopfsystems als auch ein Metallkopf weisen ein
Bruchrisiko auf, führen zum Abrieb des Kunststoff-Inlays der Pfanne und begründen damit ein
Revisionsrisiko wegen Prothesenlockerung. Unterschiedlich ist lediglich das Ausmaß der
Risiken. Während beim Keramikkopf, vor allem dem des von der Streithelferin hergestellten
Systems, das Bruchrisiko höher ist, bewirkt ein Metallkopf einen höheren Abrieb und ein
höheres Revisionsrisiko wegen Prothesenlockerung. Im Hinblick darauf, dass das absehbare
Bruchrisiko auch bei dem von der Streithelferin hergestellten Adapter-Keramikkopfsystems
gering ist - L. hat hierzu auf die für Keramikköpfe mit kurzen S-Köpfen und einer vergleichbar
dünnen Keramikschiicht ermittelte Zahl von 1,4 % verwiesen - fehlt es indessen an *wesentlich*
unterschiedlichen Risiken und Erfolgschancen. Gegen eine aufklärungspflichtige
Behandlungsalternative spricht auch, dass die Entscheidung über das zu verwendende 56

Material je nach den anatomischen Gegebenheiten des Patienten oft erst intraoperativ fallen kann (vgl. Bl. 500, 558 f. d.A.). Würde man für die vorliegende Konstellation eine Aufklärungspflicht bejahen, müsste ein Arzt vorab über eine Vielzahl denkbarer Kombinationen aufklären, was den Patienten häufig überfordern und eine sachgerechte Entscheidung nicht erleichtern würde.

c) Schließlich ist das Landgericht für den Fall, dass man eine Aufklärung über das Bruchrisiko als solches als unterblieben unterstellt und eine Unterrichtung über die Alternativen Keramik- und Metallkopf als notwendig ansieht, zutreffend von einer hypothetischen Einwilligung des Klägers ausgegangen. 57

Anders als der Kläger geltend macht, haben die Beklagten zu 1) und 2) den Einwand in erster Instanz auf S. 6 der Klageerwiderung (Bl. 40 d.A.) erhoben. Beruft sich der Arzt auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Dafür reicht es aus, wenn er einsichtig macht, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht. Einen echten Entscheidungskonflikt hat der Kläger, insbesondere in der Anhörung durch das Landgericht, nicht dargetan. Er hat lediglich angegeben, dass er sich bei Kenntnis des relativ hohen Bruchrisikos für Titan entschieden hätte, ohne hierfür Gründe zu nennen. Andererseits hat er erklärt, dass er dem Beklagten zu 2) als Spezialisten, der ihm empfohlen worden sei, vertraut habe. Seine Ehefrau, die Zeugin X1, hat in diesem Zusammenhang sogar bekundet, dass der Beklagte zu 2) damals der „Hüft-Papst“ mit entsprechendem Ruf gewesen sei, der ihnen sogar Schaumstoff oder andere Dinge hätte verkaufen können. Nichts spricht daher dafür, dass der Kläger einer Erläuterung und Empfehlung des Beklagten zu 2), dass die Risikoabwägung (Bruch und Abrieb mit anschließender Prothesenlockerung) bei einer Keramikugel, auch einer solchen des von der Streithelferin hergestellten Adapter-Kopfsystems, insgesamt günstiger sei als bei einer Metallkugel, nicht gefolgt wäre und es ernsthaft erwogen hätte, sich gegen die empfohlene Maßnahme zu entscheiden. 58

III. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind solche des Einzelfalls. 59

Berufungsstreitwert: 63.440 € (Schmerzensgeld: 20.000 €; beziffert: 13.440 €; Feststellung: 30.000 €) 60