
Datum: 23.03.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 8/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0323.5U8.14.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 9 O 300/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13 Dezember 2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 9 O 300/10 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Schmerzensgeld von 75.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.1.2013 zu zahlen.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 200 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.9.2010 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle weiteren materiellen und immateriellen Schäden (letztere, soweit sie derzeit nicht vorhersehbar sind) aus der Operation vom 21.4.2009 zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten erster Instanz tragen der Kläger zu 45 % und die Beklagte zu 55 %. Dies gilt nicht für die Kosten der Streithelfer der Beklagten, die zu 45 % dem Kläger und im Übrigen den Streithelfern der Beklagten selbst zur Last fallen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 25 % und die Beklagte zu 75 %. Dies gilt nicht für die Kosten der Streithelfer der Beklagten, die zu 25 % dem Kläger und im Übrigen den Streithelfern der Beklagten selbst zur Last fallen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

Der am 00.00.1962 geborene Kläger, der als Finanzbeamter beruflich tätig war, litt seit dem Jahr 2005 an Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule. Am 4.4.2007 wurde in der B Klinik in N eine Fusionsoperation in Höhe L5/S1 durchgeführt. Zum 1.11.2007 versetzte die zuständige Oberfinanzdirektion den Kläger in den vorläufigen Ruhestand. Vom 7.5.2008 bis 11.6.2008 erfolgte eine schmerztherapeutische Behandlung von Lumboischialgien in der Klinik am B2 in C. Seit September 2008 litt der Kläger zusätzlich unter von der Halswirbelsäule ausgehenden, bei Bewegungen stechenden Kopf- und Nackenschmerzen. Vom 29.1.2009 bis 5.3.2009 wurde er deshalb erneut in der Klinik am B2 behandelt.

Vom 9.3.2009 bis 12.3.2009 befand er sich in der C2 Klinik, deren Trägerin die Beklagte ist. Die Streithelfer zu 1) und zu 2) der Beklagten sind Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis an der C2 Klinik. Die Untersuchungen, insbesondere eine Magnetresonanztomografie der Halswirbelsäule und eine Diskografie, wurden vom Streithelfer zu 1), einem interventionellen Neuroradiologen, vorgenommen oder veranlasst. Im Hinblick auf die Diagnose einer „painful disk“ empfahl der Streithelfer zu 1) dem Kläger einer Lasernukleotomie der Bandscheibe C6/7. Durch eine derartige Behandlung sollen geringe Teile der Bandscheibe verkocht sowie ihr Volumen und der von ihr ausgehende Druck verringert werden.

Am 23.3.2009 suchte der Kläger die C2 Klinik auf. Der Streithelfer zu 1) führte den Eingriff komplikationslos durch. Am 24.3.2009 wurde der Kläger entlassen. Der Eingriff bewirkte eine gewisse Besserung, nicht aber eine Beseitigung der Beschwerden.

Am 31.3.2009 stellte sich der Kläger beim Streithelfer zu 1) vor, der eine Diskografie durchführte. Nach einem bei den Behandlungsunterlagen befindlichen Vermerk riet der Streithelfer zu 1) in Bezug auf die Etage C5/6 eher zu einer Bandscheibenprothese, während der Kläger danach eine weitere Lasernukleotomie wünschte. Anschließend führte der Kläger am 31.3.2009 ein Gespräch mit dem Streithelfer zu 2), einem Neurochirurgen.

Am 21.4.2009 erfolgte ab 11.50 Uhr in Regionalanästhesie und unter Durchleuchtung eine Lasernukleotomie der Bandscheibe C5/6. Im Operationsbericht sind die Streithelfer zu 1) und 2) als Operateure eingetragen. Intraoperative Bilder wurden nicht gespeichert oder ausgedruckt. Nach dem Eingriff konnte der Kläger das rechte Bein nicht bewegen, während die Beweglichkeit des rechten Arms eingeschränkt war. Die gegen 12.00 Uhr gefertigte

Magnetresonanztomografie zeigte nach der vorgenommenen Befundung ein ausgedehntes Myelonödem. Der Kläger erhielt hochdosiertes Kortison.

Am 22.4.2009 wurde er in das Berufsgenossenschaftliche Universitätsklinikum C3 in C4 verlegt, wo er bis zum 13.7.2009 behandelt wurde. Der Entlassungsbericht enthält unter anderem die Diagnosen „Inkomplette spastische Tetraplegie sub C5 rechtsbetont, neurogene Harnblasen- und Mastdarmentleerungsstörung mit Inkontinenz, Tinnitus, Deafferenzierungsschmerz“. Die Lähmung des rechten Beins und des rechten Arms war rückläufig. Vom 13.7.2009 bis zum 21.8.2009 befand sich der Kläger zur Rehabilitation in der Aatalinik Wünneberg. Nach den bei einer ambulanten Vorstellung des Klägers am 5.10.2009 im Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C3 erhobenen anamnestischen und klinischen Befunden erfolgten die Entleerung des Darms ungehindert und die Entleerung der Blase über einen selbst eingeführten Katheter (bei Kontinenz), während der Kläger einige Meter frei gehen konnte und im Übrigen auf eine Unterarmgehstütze angewiesen war.

Vom 28.12.2009 bis 26.1.2010 wurde er wegen einer Lungenembolie im E-Hospital M behandelt. Am 8.4.2010 erfolgte im Universitätsklinikum I eine Revisionsoperation im Bereich der Lendenwirbelsäule wegen Versagen des Implantats L5/S1.

Der Kläger hat die Beklagte auf ein Schmerzensgeld von mindestens 250.000 €, Feststellung der Ersatzpflicht und Erstattung von Pflegemehraufwand für die Zeit vom 1.6.2009 bis 31.8.2009 von 6.768,00 € in Anspruch genommen. Gestützt auf ein Gutachten von Dr. T (Bl. 20 ff., 249 ff. d.A.) hat er ihr vorgeworfen, dass die Lasernukleotomie nicht indiziert gewesen und vor allem fehlerhaft durchgeführt worden sei. Die Lasernadel habe falsch gelegen und das hintere Längsband perforiert. Auch sei die Nachbehandlung unzureichend gewesen. Über das Risiko einer Querschnittslähmung und die Behandlungsalternativen sei er nicht aufgeklärt worden. Der Streithelfer zu 1) habe lediglich den technischen Ablauf erläutert. Konkret aufgeklärt hätte er sich Zeit ausbedungen, eine medizinische Zweitmeinung eingeholt und sich im Familienkreis besprochen. Auch sei vereinbart gewesen, dass der Streithelfer zu 1) die Lasernukleotomie ausführe. Er habe aber gegenüber dem Kläger bestätigt, dass der Streithelfer zu 2) den Laser geführt habe. Zu den eingetretenen Folgen hat der Kläger auf die im Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C3 gestellten Diagnosen verwiesen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.768,00 € nebst fünf Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle weiteren materiellen und immateriellen Schäden (letztere, soweit sie derzeit nicht vorhersehbar sind), welche aus der fehlerhaften Behandlung aus dem Jahr 2009 resultieren, zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagten und deren Streithelfer haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Während der Laserung sei es bei erschwerter Narkoseführung zu einem Hustenstoß gekommen, der möglicherweise zu einer Verschiebung der Lasernadel geführt habe. Ein Ausdruck intraoperativer Bilder sei wegen eines Defekts des Printers nicht möglich gewesen. Der Kläger sei vor beiden Eingriffen umfassend über den möglichen Nutzen und die Risiken, insbesondere das einer Querschnittslähmung, aufgeklärt worden. Die Risiken einer Lasernukleotomie seien bei geringeren Heilungschancen geringer als bei der Implantation einer Bandscheibenprothese oder einer Versteifung. In Bezug auf die Folgen sei zu berücksichtigten, dass sich die ursprünglichen neurologischen Störungen erheblich gebessert hätten. Im Verlauf der ersten Instanz hat die Beklagte zudem ihre Passivlegitimation unter Hinweis darauf bestritten, dass es sich um eine Belegarztambulanz handele. 17

Nach Erlass des Beweisbeschlusses hat der Kläger den Streithelfern zu 1) und zu 2) der Beklagten den Streit verkündet, die dem Rechtsstreit daraufhin nicht zu seiner Unterstützung, sondern zur Unterstützung der Beklagten beigetreten sind. Das Landgericht hat ein neurochirurgisches Gutachten von Dr. Q eingeholt (Bl. 213 ff. d.A.) und den Sachverständigen angehört (Bl. 315 ff. d.A.). Ferner hat es den Kläger und die Streithelfer zu 1) und 2) der Beklagten zum Inhalt der Aufklärung angehört (Bl. 315 ff. d.A.). 18

Daraufhin hat es die Beklagte zur Zahlung von 150.200 € nebst Zinsen verurteilt und die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz aller weiteren materiellen und immateriellen Schäden aus der Operation vom 21.4.2009 festgestellt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Der Beklagten sei insoweit ein Behandlungsfehler unterlaufen, als darauf verzichtet worden sei, die Nadellage vor dem Einsatz des Lasers anhand eines Ausdrucks zu überprüfen. Die Anfertigung und Prüfung des Röntgenbildausdrucks diene nicht nur der Dokumentation, sondern es handele sich um eine Maßnahme zum Schutz des Patienten. Der behauptete Defekt des Printers entlaste die Beklagte nicht. Wie sich aus den postoperativen Kernspinaufnahmen ergebe, sei die Nadel zu weit, nämlich bis zum hinteren Längsband, eingeführt worden. Für die bis zum hinteren Längsband reichende gangförmige Signalaufhellung gebe es keine andere ernstlich in Betracht kommende Erklärung. Die Fehllage der Nadel hätte auf dem versäumten Röntgenbildausdruck erkannt werden können und müssen. Nach Anhörung der Beteiligten und unter Berücksichtigung der Krankenunterlagen sei zudem nicht erwiesen, dass der Kläger über das Risiko einer Querschnittslähmung hinreichend aufgeklärt worden sei. Insbesondere bestünden Zweifel, ob die von den Streithelfern der Beklagten erstellte Dokumentation, soweit sie sich zur Frage der Aufklärung verhalte, vor dem Eingriff vom 21.4.2009 gefertigt worden und inhaltlich richtig sei. Das Vorbringen des Klägers zu seinem Entscheidungskonflikt im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung sei zwar schablonenhaft, lasse sich aber nicht von der Hand weisen. Angemessen sei ein Schmerzensgeld von 150.000 €. Die vom Kläger stichwortartig aufgezählten gesundheitlichen Beeinträchtigungen seien Folge der Rückenmarksschädigung. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sich die Gehbehinderung im Zuge der Rehabilitation deutlich zurückgebildet habe. Für die Zeit vom 22.8.2009 bis 31.8.2009 – zuvor habe sich der Kläger in stationärer Behandlung befunden – könne ein Pflegemehrbedarf von 200 € zugesprochen werden (2 Std. pro Tag á 10 €). 19

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. Auf den beachtlichen Einwand fehlender Passivlegitimation sei das Landgericht nicht eingegangen. Sie sei lediglich Träger einer Belegambulanz. Die ärztliche Heilbehandlung sei weder durch sie noch in ihrem Pflichtenkreis erfolgt. Einen Behandlungsfehler habe das Landgericht zu Unrecht bejaht. Die Erstellung eines intraoperativen Röntgenbildausdrucks sei, auch wenn ihre Streithelfer an sich eine 20

entsprechende Dokumentation beabsichtigt hätten, keine ärztliche Behandlung. Eine Prüfung dieses Ausdrucks sei weder vorgesehen noch vom Sachverständigen Dr. Q für erforderlich gehalten worden. Der Schluss von der gangförmigen Signalaufhellung auf eine behandlungsfehlerhaft falsche Nadellage sei nicht möglich. Die Beklagten hätten darauf hingewiesen, dass es zu einem Hustenstoß gekommen sei, was eine Veränderung der Nadellage verursacht haben könne. Die interne Dokumentation und die Schilderung des Aufklärungsinhalts durch die Streithelfer genügten entgegen der Auffassung des Landgerichts, um auf eine ordnungsgemäße Aufklärung zu schließen. Die Darstellung eines plausiblen Entscheidungskonflikts sei dem Kläger nicht gelungen. Die Beeinträchtigungen des Klägers rechtfertigten kein Schmerzensgeld von 150.000 €, insbesondere fehlten hierzu genauso sachverständige Feststellungen wie zur Pflegebedürftigkeit im Zeitraum vom 22.8.2009 bis 31.8.2009. Der Feststellungstenor verstoße gegen § 308 Abs. 1 ZPO und enthalte, anders als der Antrag des Klägers, keine Beschränkung auf zukünftige materielle und immaterielle Schäden.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Er hat seinem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten den Streit verkündet, der dem Rechtsstreit nicht beigetreten ist. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 21

Der Senat hat ein Gutachten des Arztes für Neurologie und Psychiatrie Dr. L (Bl. 649 ff. d.A.) eingeholt, welches dieser in der mündlichen Verhandlung vom 2.3.2016 erläutert hat (Bl. 775 ff. d.A.). 22

II. 23

Die Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. 24

Der Kläger kann von der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 31, 831 Abs. 1 BGB, 253 Abs. 2 BGB die Zahlung eines Schmerzensgeldes von 75.000 € und die Erstattung von Pflegeaufwand von 200 € verlangen. Sein Feststellungsantrag ist begründet. Soweit dem Kläger vom Landgericht ein höheres Schmerzensgeld zuerkannt worden ist, ist dieses dagegen nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht gerechtfertigt. 25

Die Beklagte haftet dem Kläger für die Folgen der am 21.4.2011 durchgeführten Lasernukleotomie, das heißt die hierdurch eingetretene partielle Querschnittslähmung. Die Streithelfer zu 1) und 2), deren Handeln sie sich zurechnen lassen muss, haben die Lasernukleotomie mangels ausreichender Eingriffs- und Risikoaufklärung ohne wirksame Einwilligung des Klägers vorgenommen. 26

1. Die Beklagte ist passiv legitimiert. Die unerlaubte Handlung der Streithelfer zu 1) und 2) und die hierin zugleich liegende Pflichtverletzung sind der Beklagten gemäß §§ 31, 831 Abs. 1, 278 BGB zuzurechnen. 27

Die Streithelfer zu 1) und 2) sind Erfüllungsgehilfen der Beklagten und deren Verrichtungsgehilfe oder, soweit Geschäftsführer, deren für sie handelndes Organ, weil sie im Pflichtenkreis der Beklagten tätig geworden sind. Nach den Umständen bei Vertragsschluss ist zwischen dem privat versicherte Kläger und der Beklagten ein einheitlicher Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag zustande gekommen, bei dem auch die Klinik die ärztlichen Leistungen schuldet. 28

Die vom Regelfall einer Krankenhausbehandlung abweichende Trennung zwischen den allgemeinen Leistungen des Krankenhauses und den ärztlichen Leistungen, auf die sich die Beklagte beruft und die im Innenverhältnis zwischen ihr und ihren Streithelfern vereinbart sein mag, war für den Kläger nicht erkennbar. Mündliche Vereinbarungen über die Art und den Inhalt der Vertragsbeziehungen werden von den Parteien nicht dargelegt. Nach den äußeren Umständen lag keine Situation vor, in der der Kläger von einer Behandlung in einem Belegkrankenhaus durch einen Belegarzt ausgehen musste. Belegarzt und Belegkrankenhaus sind typischerweise räumlich und organisatorisch getrennt, der Belegarzt unterhält meist eine außerhalb des Krankenhauses gelegene Praxis. Daran fehlt es im Streitfall. Die Gemeinschaftspraxis an der C2 Klinik, deren Gesellschafter die Streithelfer zu 1) und zu 2) der Beklagten sind, hat dieselbe Anschrift, ja sogar dieselbe mail-Adresse wie die Beklagte. Ferner enthielten die für den Kläger bestimmten Unterlagen, insbesondere der bei den Behandlungsunterlagen befindliche Aufklärungs- und Einwilligungsbogen, keinen Hinweis auf eine Behandlung durch Belegärzte in einer Belegklinik.

Zwar umfassen nach § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 der in den Behandlungsvertrag vom 23.3.2009 einbezogenen AVB der Beklagten deren Leistungen die allgemeinen Klinikleistungen und die nicht ärztlichen Wahlleistungen, nicht aber die während des Aufenthalts in der Klinik erbrachten ärztlichen Leistungen. Selbst wenn man annehmen würde, dass der Behandlungsvertrag vom 23.3.2009 auch für die streitgegenständliche Behandlung ab dem 21.4.2009 gelten würde, ergäbe sich hieraus aber nichts zugunsten der Beklagten. Die formularmäßigen Bestimmungen der § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 AVB sind nach dem andersartigen äußeren Bild der Behandlung überraschend im Sinne von § 305c BGB und damit nicht Vertragsbestandteil geworden. Eine Beschränkung auf die Leistungen eines Belegkrankenhauses hätte im Vertrag selbst, dort deutlich und hervorgehoben erfolgen müssen, um nicht überraschend und damit wirksam zu sein. 30

Der überraschende Charakter der Klausel wird durch das nachträgliche Abrechnungs- und Prozessverhalten der Beklagten bestätigt. Entgegen der von ihr vertretenen Auffassung ist in den Rechnungen der Beklagten vom 30.3.2009 und der Gemeinschaftspraxis an der C2 Klinik vom 30.3.2009 nicht streng zwischen nicht ärztlichen und ärztlichen Maßnahmen unterschieden worden. Die Beklagte hat nicht einen Pflegesatz pro Tag oder in sonstiger Form die nicht ärztlichen Leistungen abgerechnet, sondern die Lasertherapie als solche und zwar unter Angabe von Diagnose und Prozeduren, wie sie für die Bestimmung von Fallpauschalen üblich ist. Dies ist gerade die maßgebliche ärztliche Leistung. Dass Belegkliniken zu einer solchen Abrechnung berechtigt wären, ist weder dargetan noch erkennbar. Jedenfalls zu Beginn des vorliegenden Rechtsstreits war sich die Beklagte zudem über die Art der Vertragsbeziehungen offenbar selbst nicht im Klaren, da sie ihre Passivlegitimation überhaupt erst nach Erlass des Beweisbeschlusses durch das Landgericht bestritten hat. Dies hat dazu beigetragen, dass das Landgericht den Einwand im angefochtenen Urteil nicht berücksichtigt hat. 31

2. Die Streithelfer der Beklagten haben den Kläger nicht in der gebotenen Weise aufgeklärt. Die Feststellung des Landgerichts, die Beklagte habe nicht bewiesen, dass der Kläger vor der Operation vom 21.4.2009 über das Risiko einer Querschnittslähmung unterrichtet worden sei, ist nicht zu beanstanden. 32

Entscheidend dafür ist, dass weder den vor oder aus Anlass der Operation vom 21.4.2009 gefertigten Berichten und Protokollen, das heißt vor allem dem Bericht vom 23.3.2009 über den ersten stationären Aufenthalt (Bl. 69 d.A.), dem Operationsbericht vom 23.3.2009 (Bl. 70 d.A.), dem Vermerk des Streithelfers zu 1) vom 31.3.2009 (bei den Behandlungsunterlagen 33

der Beklagten), dem Vermerk des Streithelfers zu 2) vom 1.4.2009 (bei den Behandlungsunterlagen von Dr. Q2) und dem Operationsbericht vom 21.4.2009 (Bl. 149 d.A.), noch den Angaben der Streithelfer vor dem Landgericht klar und eindeutig entnommen werden kann, dass der Kläger über das bei einer Nukleotomie unstreitig bestehende, wenn auch geringe Risiko einer Querschnittslähmung aufgeklärt worden ist oder dass Patienten der Streithelfer vor einer Nukleotomie üblicherweise hierüber aufgeklärt werden. In den schriftlichen Unterlagen ist meist nur allgemein von einer Erläuterung und Abwägung von Risiken die Rede. In den Operationsberichten heißt es konkreter, dass der Kläger aufgrund der Voroperationen insbesondere mit der Gefahr einer Querschnittslähmung vertraut gewesen sei. Dies ist aber nicht schlüssig. Dass eine Querschnittslähmung möglicherweise bei einer Versteifungsoperation auftreten kann, bedeutet aus Laiensicht nicht, dass sie auch bei einer unstreitig weniger invasiven Nukleotomie ein Risiko darstellt. Ähnlich hat der Streithelfer zu 1) vor dem Landgericht erklärt, dass der Kläger bei einer früheren Rehabilitationsbehandlung nach der Operation von 2007 mit Querschnittspatienten zu tun gehabt habe und insofern über das Risiko von Querschnittslähmungen gesprochen worden sei. Auch das bedeutet jedoch nicht, dass die Streithelfer dem Kläger verdeutlichten, dass eine Querschnittslähmung gerade auch ein Risiko der nun in Betracht gezogenen Nukleotomie war. Die einzige Unterlage, die das Risiko einer Querschnittslähmung durch den Begriff „Lähmungen/Rückenmarksverletzungen“ konkreter anspricht, ist die bei den Behandlungsunterlagen befindliche Einwilligungserklärung, die der Kläger jedoch unstreitig nicht unterschrieben hat und die ihm auch sonst nicht zur Kenntnis gelangt ist.

3. Der von der Beklagten erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung greift nicht durch. Es begegnet keinen Bedenken, dass das Landgericht von einem Entscheidungskonflikt des Klägers bei ordnungsgemäßer Aufklärung ausgegangen ist. 34

Der Kläger hat bei seiner Anhörung erklärt, dass er sich, wenn ihm ein wenn auch geringeres Risiko einer Querschnittslähmung erläutert worden wäre, die Sache erst noch einmal hätte überlegen wollen, er sich mit seiner Familie besprochen und eine zweite Meinung eingeholt hätte. Auch als es um die Operation im Lendenwirbelsäulenbereich im Jahr 2007 gegangen sei, habe er um eine zweite Meinung nachgesucht. Dies ist zum einen deshalb plausibel, weil eine Nukleotomie aus Sicht eines medizinischen Laien als weniger risikoreich erscheint als eine Bandscheibenoperation mit Versteifung oder Einsatz einer Bandscheibenprothese, er deshalb nicht unbedingt mit der Gefahr einer Querschnittslähmung rechnen wird und er daher trotz vorhandener Beschwerden und eines Leidensdrucks nach ordnungsgemäßer Aufklärung noch erhebliche Bedenken gegen den in Aussicht genommenen Eingriff entwickeln und sich gegen diesen entscheiden kann. Zum anderen hätte der Kläger, hätte er um das auch bei einer Nukleotomie bestehende Risiko einer Querschnittslähmung gewusst, es im Rahmen der von ihm angesprochenen Bedenkzeit ernsthaft erwägen können, sich für eine Bandscheibenoperation mit Implantation einer Prothese zu entscheiden. Denn diese Vorgehensweise war ihm vom Streithelfer zu 1) nach dem bei den Behandlungsunterlagen befindlichen Vermerk am 31.3.2009 in erster Linie angeraten worden war. War auch eine Lasernukleotomie mit ernststen Risiken behaftet, hätte sich der Kläger für den weiter reichenden Eingriff entscheiden können. 35

4. Unter Abwägung aller Umstände hält der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Schmerzensgeld von 75.000 € für angemessen. 36

Das Schmerzensgeld soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für die Beeinträchtigungen bieten, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind. In erster Linie bilden die Schwere der Verletzungen, das durch diese bedingte Leiden, dessen Dauer und das 37

Ausmaß der Beeinträchtigungen der Lebensführung im privaten und beruflichen Bereich die wesentliche Grundlage für die Bemessung der Entschädigung.

Nach teilweiser Rückbildung der ursprünglichen Lähmungs- und Ausfallerscheinungen, die nach der Beurteilung von Dr. L bis zum Jahr 2011 dauerte, ist durch die Nukleotomie und die hierbei verursachte Schädigung des Rückenmarks beim Kläger ein Dauerschaden entstanden, der gewisse motorische Einschränkungen, Sensibilitätsstörungen, zusätzliche chronische Schmerzen in Gestalt von Brennschmerzen der Hände und Füße und eine Störung der Blasenfunktion umfasst. 38

a) Soweit es um die motorischen Einschränkungen geht, ist Dr. L nach Erhebung der Anamnese sowie klinischer und elektrophysiologischer Untersuchung des Klägers am 4.9.2015 zu dem Ergebnis gelangt, dass an der linken Körperhälfte keine Lähmungserscheinungen mehr vorliegen, während rechts eine leichte zentrale Parese besteht, die sich in einer Feinmotorikstörung und Ungeschicklichkeit der rechten Hand, etwa einem krakeligen Schreiben, und einem Zittern des rechten Arms unter Belastung äußert und zu einem unrunden Gangbild und Nachziehen des rechten Beins führt. Wenn allein diese Beeinträchtigungen vorlägen, wäre - so der Sachverständige - ein weitgehend normales Gehen möglich. Sportarten wie Joggen könne der Kläger dagegen nicht ausüben. 39

Dass der Kläger darüber hinaus gehende erhebliche Schwierigkeiten beim Gehen hat und die ihm mögliche Gehstrecke nach seinen Angaben bei nur etwa 100 Metern liegt, stellt sich nicht mit erforderlicher Gewissheit als Folge der Lasernukleotomie und der Schädigung des Rückenmarks dar. Dr. L hat die Beeinträchtigung des Gehens, welche der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat demonstriert hat, im Wesentlichen auf eine vorhandene Fußheberschwäche und eine prophylaktische Entlastungshaltung und Vorbeugung zurückgeführt, die chronische Rückenpatienten bei bestehendem lumbalen Schmerz einnähmen. 40

Seine Schlussfolgerung, dass die Fußheberschwäche nicht auf der Lasernukleotomie und der Schädigung des Halsmarks beruhe, hat Dr. L schlüssig damit begründet, dass die elektrophysiologischen Messungen eine periphere Nervenschädigung, etwa der Nervenwurzel L5, belegten. Auch sei es nicht oder kaum zu erklären, dass sich nach der Schädigung im Frühjahr 2009 alle von der ursprünglichen Lähmung betroffenen Muskeln weitgehend erholt hätten und allein eine isolierte Lähmung der Fußmuskulatur verblieben sei. Dies lege eine andere, sich mit dem streitgegenständlichen Geschehen zeitlich überlappende Schadensursache nahe, die in der am 8.4.2010 wegen Implantatversagens in Höhe L5/S1 durchgeführten Revisionsoperation liegen könne. 41

Soweit sich der Kläger gegen die Annahme einer nicht schädigungsbedingten Entlastungshaltung wendet und, insbesondere in den Schriftsätzen vom 11.3.2016 und 15.3.2016 unter Berufung auf eine Bescheinigung seines Hausarztes Dr. Q2 vom 22.12.2014, geltend macht, dass die lumbalen Rückenschmerzen nach der schmerztherapeutischen Behandlung in der Klinik am B2 vom 7.5.2008 bis 11.6.2008 nachhaltig gebessert gewesen seien, übersieht er, dass im Bericht der Klinik am B2 vom 23.3.2009 über den stationären Aufenthalt vom 29.1.2009 bis 5.3.2009 neben den Kopf- und Nackenschmerzen eine weitere gravierende somatische Schmerzerkrankung in Form einer vorrangig degenerativ bedingten lumbalgischen Beschwerdesymptomatik beschrieben ist. Dies deckt sich damit, dass der Kläger vom Sachverständigen Dr. L als chronischer Schmerzpatient eingeordnet worden ist und dass die Klinik am B2 in den Jahren 2008/2009 ein Chronifizierungsstadium Grad III diagnostiziert hat. Wie aus dem genannten Bericht vom 23.3.2009 und dem Bericht des Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C3 vom 13.7.2009 hervorgeht, hat der 42

Kläger das während des stationären Aufenthalts vom 27.5.2008 bis 11.6.2008 wegen der lumbalen Beschwerden angesetzte Opiat Targin in der Folgezeit weiter eingenommen.

Dass der Sachverständige Dr. L die in der mündlichen Verhandlung demonstrierte Vorbeugung des Oberkörpers nicht auf eine Schwäche der Hüftmuskulatur zurückgeführt hat, ist entgegen der Auffassung des Klägers schlüssig. Denn Dr. L hat bei der klinischen Untersuchung einer Kraftprüfung durchgeführt und dabei nur eine minimale Kraftdifferenz rechts festgestellt. Der Rückgang der Lähmungserscheinungen wird im Übrigen durch die bei den Akten befindlichen Untersuchungsbefunde anderer Ärzte belegt. 43

b) In Hinblick auf die Sensibilität ist beim Kläger eine Temperaturempfindungsstörung der linken Körperhälfte mit Betonung des linken Beins verblieben, die nach der Beurteilung von Dr. L auf die Lasernukleotomie und die Rückenmarksschädigung zurückzuführen ist. 44

c) Soweit es um die Schmerzen, unter denen der Kläger leidet, geht, sind die brennenden Schmerzen in den Händen und Füßen, jeweils rechts stärker als links, als Folge der streitgegenständlichen Operation anzusehen. 45

Der Senat folgt dem Sachverständigen Dr. L in der Beurteilung, dass der Kläger mit einer Wahrscheinlichkeit, die eine gegenteilige Feststellung ausschließt, ohne die Lasernukleotomie und die Rückenmarksschädigung ein chronischer Schmerzpatient wäre, der unter lumbalen Schmerzen leiden würde und auf die Einnahme eines Opiats wie Targin angewiesen wäre. Dass von einer Fortdauer der lumbalen Beschwerdesymptomatik nach der Behandlung in der Klinik am B2 vom 7.5.2008 bis 11.6.2008, einer somatischen Störung und einem hohen Chronifizierungsgrad auszugehen ist, der für ein Andauern über die streitgegenständliche Operation hinaus spricht, hat der Senat bereits unter II 4 a dargelegt. 46

Den Brennschmerz, den der Kläger an den Händen und an den Füßen empfindet, hat Dr. L hinsichtlich der Hände uneingeschränkt als Folge der Lasernukleotomie und der Rückenmarksschädigung bewertet. Er hat darauf hingewiesen, dass brennende Missempfindungen an den Händen und an den Füßen bezogen auf das Verteilungsmuster der Bahn im Rückenmark nachvollziehbar seien. Soweit Dr. L in Bezug auf die Schmerzen an den Füßen erklärt hat, dass die Situation insoweit wegen der Beschreibung ähnlicher Schmerzen vor dem Eingriff vom 21.4.2009 nicht völlig eindeutig sei, zieht der Senat daraus keinen Schluss zu Lasten des Klägers. Denn in dem vom Sachverständigen in diesem Zusammenhang angesprochenen Bericht der Klinik am B2 vom 24.6.2008 sind lediglich brennende Schmerzen in den Oberschenkeln, nicht aber in den Füßen angeführt. 47

Der Kläger hat den von ihm empfundenen Schmerz als einen Schmerz wie bei einem stärksten Sonnenbrand beschrieben. Entsprechend seiner Aussage legt der Senat ferner zugrunde, dass die wegen des neuropathischen Schmerzes eingenommenen Medikamente Lyrica und Saroten den Schmerz mindern, aber keineswegs vollständig unterdrücken. 48

d) Soweit der Kläger unter einer Blasenentleerungsstörung leidet und sich vier bis fünfmal täglich selbst katheterisieren muss, handelt es sich um eine auf dem Eingriff vom 21.4.2009 beruhende Folge. 49

Dabei kann dahinstehen, ob es sich insoweit um eine neurogene Störung handelt, was Dr. L wegen der weitgehenden Rückbildung der übrigen Lähmungserscheinungen für unwahrscheinlich gehalten hat, oder ob die Einnahme des Medikaments Lyrica – das hierzu nach den Erläuterungen von Dr. L geeignet ist – die Blasenentleerungsstörung bedingt. Denn Lyrica nimmt der Kläger wegen der neuropathischen Schmerzen der Hände und Füße ein, die 50

auf der Nukleotomie beruhen.

e) Darüber hinaus lassen sich keine andauernden gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die durch den Eingriff vom 21.4.2009 verursacht sind, feststellen. 51

Dies gilt zunächst für die Darmentleerungsstörung, die dazu führt, dass der Kläger den Stuhl durch die Einnahme von Medikamenten weich halten muss, einen unregelmäßigen Stuhlgang hat und den Stuhl gelegentlich manuell ausräumen muss. Dr. L hat schlüssig erörtert, dass wegen der generellen Rückbildung der Lähmungserscheinungen eine fortbestehende neurogene Mastdarmstörung nicht zu erwarten sei und nicht angenommen werden könne. Es handele sich vielmehr um eine typische Obstipation, die durch Opiate, aber auch durch Lyrica verursacht werden könne, wobei eine Auslösung durch ein Opiat wahrscheinlicher sei. Da die Einnahme des Opiats Targin schon durch die bereits vor der streitgegenständlichen Operation bestehende chronifizierte lumbale Schmerzsymptomatik bedingt ist, kann nicht von einem mittelbaren Zusammenhang zwischen der Lasernukleotomie und der Darmentleerungsstörung ausgegangen werden. 52

Die Sexualektionsstörung, die sich als Libido- und Erektionsstörung darstellt, beruht nicht mit der erforderlichen Gewissheit auf dem Eingriff vom 21.4.2009. Dabei kommt es weniger darauf an, dass bereits im Bericht der Klinik am B2 vom 24.6.2008, dessen Richtigkeit der Kläger insoweit im Schriftsatz vom 11.3.2016 in Zweifel zieht, ein ähnliches Bild aufgezeichnet ist. Dr. L hat zum einen dargelegt, dass nach der Art der vorliegenden Halsmarkschädigung mit einer entsprechenden Störung nicht unbedingt zu rechnen sei. Ferner seien Sexualektionsstörungen, wie sie der Kläger beklage, für chronische Schmerzpatienten durchaus typisch. Da mithin schon eine operationsunabhängige Erkrankung, das heißt die von einer somatischen Störung begleitete lumbale Beschwerdesymptomatik mit hohem Chronifizierungsgrad, das bestehende Bild schlüssig erklärt, ist die Feststellung eines Kausalzusammenhangs zwischen Eingriff und geltend gemachter Folge nicht möglich. 53

Den Tinnitus hat Dr. L, obwohl er nach der streitgegenständlichen Operation durch die Berufsgenossenschaftliche Universitätsklinik C3 beschrieben worden ist, nicht als Folge des Eingriffs bewertet. Er hat schlüssig auf einen fehlenden pathophysiologischen Zusammenhang und darauf hingewiesen, dass bei dem Alltagsphänomen Tinnitus viele konkurrierende Ursachen in Betracht kämen. 54

Zwischen Nukleotomie, Rückenmarksschädigungen und Lähmungen sowie dem Ende 2009 festgestellten und am 8.4.2010 operierten Bruch des Implantats L5/S1 besteht nach der Beurteilung des Sachverständigen Dr. L kein Zusammenhang. Dies leuchtet schon deshalb ein, weil eine lähmungsbedingte teilweise Immobilisierung eher zu einer geringeren Belastung eines Implantats führt. 55

Die Lungenembolie, wegen der der Kläger vom 28.12.2009 bis 26.1.2010 im E-Hospital M behandelt wurde, und der die Embolie auslösende Thrombus können nach den nachvollziehbaren Ausführungen von Dr. L durch die infolge des Schraubenbruchs L5/S1 entstandenen Lumboischialgien verursacht worden sein, die ausweislich des Berichts des Universitätsklinikums N2 vom 16.12.2009 über den stationären Aufenthalt vom 8.12.2009 bis zum 18.12.2009 zu einer Immobilisation und damit zu einem Risikofaktor für die Bildung von Blutgerinnseln führten. Da das Implantatversagen nach den vorstehenden Ausführungen nicht der streitgegenständlichen Operation zuzurechnen ist, steht dies der Feststellung der Kausalität entgegen. 56

Einen Kausalzusammenhang zwischen der Lasernukleotomie und den vom Kläger dargelegten Hautveränderungen, vor allem an den Füßen, hat der Sachverständige Dr. L klar verneint. Die auf den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Fotos zu sehende Veränderung hat er als vermutlich anlagebedingte Keratose eingeordnet. Der vom Kläger beantragten Einholung eines dermatologischen Gutachtens bedarf es im Rahmen des durch § 287 Abs. 1 ZPO eröffneten Ermessens schon deshalb nicht, weil die Frage, ob die Hautveränderungen auf der Nukleotomie beruhen, für die Bemessung des Schmerzensgeldes von untergeordneter Bedeutung ist.

f) Schmerzensgelderhöhend war allerdings zu berücksichtigen, dass die Lähmungserscheinungen und Sensibilitätsstörungen in der ersten Zeit nach der Operation wesentlich stärker ausgeprägt waren als im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und eine stationäre Behandlung im Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C3 vom 22.4.2009 bis 13.7.2009, also über fast drei Monate, erforderten, an die sich eine stationäre Rehabilitationsbehandlung von nochmals mehr als einem Monat anschloss. Dabei bestand zu Beginn auch eine neurogene Mastdarmentleerungsstörung. 58

5. Der Senat kann offen lassen, ob die Beklagte dem Kläger auch wegen eines ihr zuzurechnenden Behandlungsfehlers der Streithelfer haftet. Hieraus ergäbe sich, was die Eingriffsfolgen angeht, keine dem Kläger günstigere Beweislastverteilung und damit kein weitergehender Haftungsumfang. Ein zur Beweislastumkehr führender grober Behandlungsfehler ist weder vom Landgericht festgestellt, noch vom Sachverständigen Dr. Q angenommen worden noch macht der Kläger geltend, dass ein solcher vorläge. 59

6. Dem Kläger steht der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Ersatz von Pflegemehrbedarf für die Zeit vom 22.8.2009 bis 31.8.2009 zu. Angesichts der zu diesem Zeitpunkt noch stark ausgeprägten Lähmungserscheinungen bestehen gegen eine Pflegeaufwand von zwei Stunden pro Tag keine Bedenken, der mit 10 € je Stunde zu vergüten sind. 60

7. Das Landgericht hat die Ersatzpflicht der Beklagten in zutreffender Weise festgestellt. Der in erster Instanz gestellte Feststellungsantrag ist dahin auszulegen, dass er auch alle weiteren vergangenen materiellen Schäden beinhaltet hat. Denn zur Bezifferung des Werts des Feststellungsantrags hat sich der Kläger auch auf die in der Vergangenheit entstandenen materiellen Schäden bezogen. 61

8. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 S. 1 BGB. 62

9. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätze des Klägers vom 11.3.2015, 15.3.2015 und 21.03.2016 geben zu einer weiteren Sachaufklärung und zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass. Soweit dort auf weitere – insbesondere amtsärztliche – medizinische Stellungnahmen verwiesen wird, sind diese nicht geeignet, das sehr differenzierte und überzeugende Gutachten des Sachverständigen Dr. L zu erschüttern. Auf die Frage, inwieweit die hier streitige Operation zumindest mitursächlich war für die andauernde Dienstunfähigkeit des Klägers, kommt es (entgegen der Auffassung des Klägers) nicht entscheidend an. 63

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 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 in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt, lassen sich auf deren Grundlage beantworten oder sind solche des Einzelfalls. 64

Berufungsstreitwert: 300.200 €
Feststellung: 150.000 €)

(Schmerzensgeld: 150.000 €; Pflegeaufwand: 200€; 65

