

---

**Datum:** 28.04.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 151/18  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2021:0428.5U151.18.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 25 O 70/15  
**Schlagworte:** Aufklärungsfehler, echte Behandlungsalternative, Fingergrundgelenksprothese, Arthrodese, Entscheidungskonflikt  
**Normen:** BGB §§ 280, 278, 823 Abs, 1; 831, 249, 253

**Leitsätze:**

1. Bei einer Arthrose des Fingergrundgelenks kann eine Arthrodese gegenüber der Implantation einer Fingergrundgelenksprothese eine echte Behandlungsalternative darstellen, über die der Patient aufzuklären ist. Im vertraulichen Arzt-Patienten-Gespräch muss erörtert und geklärt werden, welche mit den verschiedenen Operationsverfahren verbundenen Vor- und Nachteile für den Patienten in seiner konkreten Situation von Bedeutung sind.
2. Zum Entscheidungskonflikt des Patienten nach erhobenem Einwand der hypothetischen Einwilligung.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26.10.2018 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 70/15 – teilweise aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden,

wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## G r ü n d e

I.

Die am xx.xx.1947 geborene Klägerin erlitt bei einem Autounfall im Jahr 1979 Verletzungen an der linken Hand. Nach mehrwöchiger Ruhigstellung und anschließender operativer Durchtrennung und Verlängerung von Sehnen der linken Hand konnte die Feinmotorik nicht mehr wiederhergestellt werden. Die Hand war seitdem nur noch sehr eingeschränkt nutzbar.

Wegen Beschwerden im Bereich der rechten Hand war die Klägerin im Jahr 2008 mehrfach in orthopädischer Behandlung in der Gemeinschaftspraxis Dr. A und B. Dort erhielt sie mehrere Injektionen in den rechten Zeigefinger. Im August 2008 wurde unter der Diagnose einer chronisch entzündlichen Polyarthrose der Fingergelenke eine Radiosynoviorthese des MCP-Gelenks D 2 rechts durchgeführt.

Aufgrund zunehmender Schmerzen, einer Schwellung im Metacarpophalangealgelenk (MCP-Gelenk oder Fingergrundgelenk) und Bewegungseinschränkungen des Zeigefingers der rechten Hand stellte sich die Klägerin am 18.02.2009 im Hause der Beklagten zu 1) ambulant vor. Nach klinischer Untersuchung der Klägerin und Auswertung der mitgebrachten, in der Praxis Dr. A und B gefertigten Röntgenaufnahme der rechten Hand, die eine Arthrose des Zeigefingergrundgelenks zeigte, empfahl der Beklagte zu 2), damals Chefarzt im Hause der Beklagten zu 1), die Implantation einer Grundgelenks-prothese D 2.

Am 31.03.2009 wurde der Klägerin am rechten Zeigefinger eine Grundgelenksprothese ("Toccata mittel") eingesetzt. Dabei handelt es sich um einen nicht gekoppelten Gelenkersatz mit einem Prothesenschaft aus Metall, der im Knochen zementfrei in pressfit-Technik verankert wird. Der Eingriff erfolgte komplikationslos. Die Klägerin wurde am 04.04.2009 aus der stationären Behandlung entlassen. In der nachfolgenden Zeit erfolgten mehrfach Wundkontrollen und die Anlage einer streckseitigen funktionellen Gipsschiene. Das eingebrachte Nahtmaterial wurde entfernt und der Beginn einer krankengymnastischen Übung sowie die weitere Betreuung durch den Hausarzt empfohlen. Bei den postoperativen Wundkontrollen am 08.04.2009 und am 22.04.2009 zeigte sich die Wunde reizlos. Am 15.04.2009 wurde eine Röntgenkontrolle durchgeführt, welche einen achsgerechten Prothesensitz ohne Lockerungszeichen zeigte.

Am 29.04.2009 und am 04.05.2009 stellte sich die Klägerin mit Schmerzen, dezenter Rötung am rechten Zeigefinger und Sensibilitätsausfällen über dem MCP-Grundgelenk bei der Beklagten zu 1) vor. Es wurde ein Karpaltunnelsyndrom und eine Tendovaginitis stenisans rechts diagnostiziert. Am 12.05.2009 erfolgte an der rechten Hand eine Karpaltunnel-Spaltung und eine A1-Ringbandspaltung D 2 bis D 5. Ferner wurde eine Synovektomie der Beugesehnen durchgeführt. Ein intraoperativ entnommener Abstrich ergab eine unspezifische Synovitis. Ein Keim konnte nicht nachgewiesen werden.

Auch in der Folgezeit wurde die Klägerin nicht beschwerdefrei. In der Zeit vom 04.06.2010 bis zum 16.06.2010 unterzog sie sich einer stationär durchgeführten Schmerztherapie im Zentrum für Spezielle Schmerztherapie und Palliativmedizin C. Im Hause der Beklagten

stellte sie sich nicht mehr vor. Im November 2010 wurde bei der Klägerin ein Morbus Dupuytren Stadium II an den Fingern D 2 und D 3 und ein Karpaltunnelsyndrom beidseits diagnostiziert. Am 03.02.2011 unterzog sich die Klägerin einer weiteren Operation an der rechten Hand im D Krankenhaus E. Nachdem auch postoperativ Schmerzen und ein Streckdefizit bestanden, wurde die Klägerin am 01.08.2011 im F Krankenhaus E erneut operiert. Dabei erfolgte die Explantation der Grundgelenksprothese am MCP-Gelenk D 2, ein Débridement von Knochen und Grundgliedbasis sowie die Transplantation von Beckenkammspongiosa mit Arthrodese des MCP-Gelenks. Es entwickelte sich ein komplizierter Heilverlauf mit lokalem Infekt. Am 5.08.2011 musste eine Revisionsoperation durchgeführt werden, die zu einer Infektbeherrschung führte. Am 25.01.2012 erfolgte eine Revision mit Entfernung von Kompressionsdrähten, Débridement des Knochens, Beckenspaninterposition und erneuter Arthrodese des MCP-Gelenks D 2. Im Jahr 2013 fanden zwei weitere Operationen an der rechten Hand statt. Dabei wurde unter anderem das rechte Mittelfingergrundgelenk versteift.

Die Klägerin schaltete die Gutachterkommission der Ärztekammer G ein. Nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr. H kam die Gutachterkommission zu dem Ergebnis, dass Behandlungsfehler nicht festzustellen seien. 9

Die Klägerin hat den Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Die Wahl der implantierten Prothese sei hinsichtlich Material und Größe fehlerhaft gewesen. „Gold-Standard“ bei Ersatzgelenken sei im Jahr 2009 Kunststoff (Silikonkautschuk) gewesen. Die implantierte Prothese sei für ihre Hand eindeutig zu groß gewesen. Bei der Operation sei zudem unsteril gearbeitet und dadurch ein Infekt ausgelöst worden, der nicht rechtzeitig erkannt und behandelt worden sei. Die am 12.05.2009 durchgeführte Ringbandspaltung sei nicht indiziert gewesen. 10

Die Klägerin hat den Beklagten zudem eine unzureichende Operationsaufklärung vorgeworfen. Sie hat behauptet, sie sei vor der Operation am 31.03.2009 nicht darüber informiert worden, dass eine Metallprothese implantiert werden würde. Man habe ihr gesagt, dass ein Kunststoffimplantat eingesetzt werde, womit sie auch einverstanden gewesen sei. Einer Implantation einer Metallprothese hätte sie, wenn sie hierüber aufgeklärt worden wäre, nicht zugestimmt. Sie sei zudem nicht darüber aufgeklärt worden, dass anstelle einer Prothese auch eine Versteifung des Grundgelenks in Betracht komme. Infolge der fehlerhaft und rechtswidrig durchgeführten Operationen habe sie insgesamt fünf Nachoperation über sich ergehen lassen müssen. Sie leide weiterhin unter erheblichen Schmerzen in der Hand und könne diese nicht belasten. Sie könne mit der rechten Hand nichts mehr greifen. Es habe sich eine Hohlhand entwickelt und das Feingefühl sei abhandengekommen. Infolge der Beschwerden und Beeinträchtigungen könne sie alltägliche Tätigkeiten nicht mehr ausüben. Seit der Operation vom 25.01.2012 leide sie unter konstanten Schmerzen im Bereich des Beckenkamms. Sie könne daher nachts nur auf der linken Körperseite liegen. Aufgrund der fehlerhaften und rechtswidrigen Behandlung und der dadurch ausgelösten Gesundheitsschäden habe sie eine Depression entwickelt. Es sei eine Erhöhung des GdB von 50 % auf 80 % eingetreten. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin aufgrund der streitgegenständlichen Behandlungsfehler im Jahre 2009 ein angemessenes in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 25.000 € zzgl. 5 Prozentpunkten Verzugszinsen hieraus über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 13

2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der ärztlichen Fehlbehandlung im Jahre 2009 in der Vergangenheit bereits entstanden sind oder zukünftig noch entstehen werden, soweit Schadensersatzansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden; 14

3. die Beklagten zu verurteilen an die Klägerin 2843,49 € an vorgerichtlichen Anwaltskosten zzgl. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 15

Die Beklagten haben beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die Beklagten haben behauptet, die eingebrachte Metall-Endprothese „Toccata mittel“ sei fachgerecht eingebracht worden. Weder sei die Materialauswahl falsch, noch die eingebrachte Prothese zu groß für die Klägerin gewesen. Gegen Hygienevorschriften sei nicht verstoßen worden und auch eine Infektion der Hand habe zu keinem Zeitpunkt vorgelegen. Die nach der Operation aufgetretene Beschwerdeproblematik sei durch ein Karpaltunnelsyndrom und Ringbandstenosen verursacht worden. Die am 12.05.2009 durchgeführte Ringbandspaltung sei indiziert gewesen. Der Klägerin sei eine in jeder Hinsicht ordnungsgemäße Aufklärung zuteil geworden. Sie sei sowohl über die Möglichkeit einer Kunststoffprothese (Swanson) als auch über eine Metallprothese (Toccata) aufgeklärt worden. Die Möglichkeit einer Versteifung des rechten Zeigefingers sei angesprochen und als „ultima ratio“ dargestellt worden. Auf Empfehlung des Beklagten zu 2) habe sich die Klägerin für die Metallprothese entschieden. Hilfsweise haben sich die Beklagten auf den Einwand hypothetischer Einwilligung berufen. Einen Ursachenzusammenhang zwischen den von der Klägerin behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und den in ihrem Hause durchgeführten Operationen haben die Beklagten bestritten. 18

Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 454 ff d.A.) Bezug genommen. 19

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Gutachtens von Dr. I (schriftliches Gutachten vom 23.07.2016, Bl. 123 ff. d.A. sowie mündliche Anhörung gemäß Sitzungsprotokollen vom 30.05.2017 und vom 18.09.2018, Bl. 271 ff. und 381 ff. der Akten). Anschließend hat das Landgericht die Beklagten als Gesamtschuldner unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v. 4.000 € nebst Zinsen und zur Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt und die Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche materiellen Schäden festgestellt. Nach der Beweisaufnahme sei nicht bewiesen, dass die Klägerin über die alternative Möglichkeit einer Arthrodesen oder über alternative Implantate aufgeklärt worden sei. Zwar habe der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Verhandlung angegeben, dass nicht zwingend über die Behandlungsalternative einer Arthrodesen hätte aufgeklärt werden müssen. Die Kammer sei an die rechtliche Bewertung des Sachverständigen jedoch nicht gebunden. Der Sachverständige habe angegeben, dass bei schätzungsweise 20 % der Patienten, denen eine Fingergelenksprothese implantiert würde, es durchaus zu Problemen komme. Auf diesem Hintergrund und insbesondere auch unter Berücksichtigung der Vorerkrankung der Klägerin an ihrer Hand und aufgrund ihres Alters sei die Kammer der Auffassung, dass ihr die Alternative einer Arthrodesen hätte vor Augen geführt werden müssen. Auch die Möglichkeit eines Keramikimplantats hätte hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile erörtert werden müssen. 20

Der Beklagte zu 2) habe im Rahmen der Anhörung bestätigt, dass er nicht über eine Arthrodesis oder über die Alternative eines reinen Keramikimplantates aufgeklärt habe. Der Einwand der hypothetischen Einwilligung greife nicht durch. Denn die Klägerin habe plausibel gemacht, dass sie sich aufgrund der schon bestehenden Problematik ihres Fingers möglicherweise für eine Versteifung entschieden hätte. Jedenfalls sei nicht auszuschließen, dass die Klägerin sich noch einmal eine weitere Meinung eingeholt und sich dann möglicherweise gegen die Implantation einer Fingerendgelenksprothese und für eine Arthrodesis oder für ein reines Keramikimplantat entschieden hätte. Im Rahmen des zuzuerkennenden Schmerzensgeldes seien der rechtswidrige Eingriff selbst und unmittelbar mit diesem Eingriff feststehende Folgen zu berücksichtigen. Hierbei sei jedoch zu beachten, dass die Klägerin sich einer Operation am rechten Zeigefinger in jedem Fall hätte unterziehen müssen. Insgesamt sei ein Schmerzensgeldbetrag von 4.000 € angemessen. Behandlungsfehler der Beklagten habe die Klägerin nicht zur Überzeugung der Kammer beweisen können. Zweifel an der Indikation für die stattgehabte Operation am 31.03.2009 bestünden nicht. Die Operation selbst sei fehlerfrei durchgeführt worden. Weitere Versäumnisse seien nicht ersichtlich. Die postoperative Nachsorgebehandlung sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch die Operation am 12.05.2009 sei indiziert gewesen. Der Feststellungsantrag sei begründet, allerdings aufgrund der Angaben des Sachverständigen zum Schadensverlauf nicht in dem gestellten Umfang, sondern nur in Höhe von maximal 20 %. Da die Klägerin der Behauptung der Beklagten, sie sei rechtsschutzversichert, nicht entgegengetreten sei, könne sie in Bezug auf vorgerichtlich angefallene Anwaltskosten keine Zahlung an sich, sondern nur Freistellung verlangen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 21

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagten form- und fristgerecht Berufung eingelegt. 22

Die Klägerin rügt eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung durch das Landgericht. Die Kammer habe die Beweisaufnahme am 18.09.2018 geschlossen, obgleich ihr Prozessbevollmächtigter noch weitere Fragen an den Sachverständigen habe stellen wollen, was ihm wegen eines Folgetermins nicht mehr möglich gewesen sei. Die Fragen hätten sich auf den Komplex „Behandlungsfehler“ und auf die Folgen des rechtswidrigen Eingriffs vom 31.03.2009 bezogen. Da die Befragung des Sachverständigen in erster Instanz noch nicht abschließend habe erfolgen können, werde hilfsweise Zurückverweisung an das Landgericht beantragt, um dort die Sachverständigenanhörung fortzusetzen. Da man nicht wissen könne, wie der Sachverständige auf die weiteren Fragen antworten werde, könne zu der Feststellung des Landgerichts, dass Behandlungsfehler nicht bewiesen seien, nicht abschließend Stellung genommen werden. 23

Zu der Frage, welche Folgen der operative Eingriff vom 31.03.2009 für die Klägerin gehabt habe, habe sich Dr. I in seinem schriftlichen Gutachten nicht geäußert. Insbesondere sei nicht geklärt worden, ob eine Entnahme von Beckenspan im Falle einer sofortigen Versteifungsoperation nicht nötig gewesen wäre. Ebenfalls nicht abschließend geklärt worden sei die Frage, ob die Klägerin vor Einsatz der Prothese darüber hätte aufgeklärt werden müssen, dass sie die Hand nach der Operation nicht mehr so würde einsetzen können wie zuvor und ob es infolge einer auf die unterlassene Sicherungsaufklärung zurückzuführende Überstrapazierung der Prothese zu einer Lockerung derselben gekommen sei. 24

Die Klägerin ist der Auffassung, das Landgericht habe ihr ein zu geringes Schmerzensgeld zugesprochen. Angemessen sei ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 25.000 €. 25

Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es von der Operation vom 31.03.2009 mit mehreren Revisionsoperationen bis ins Jahr 2013 gedauert habe, bis sie jene Form von Beschwerdefreiheit erreicht habe, die im Falle einer sogleich erfolgten Versteifung hätte eintreten können, sei das zuerkannte Schmerzensgeld von 4.000 € zu gering bemessen. Ihre vorgerichtlichen Anwaltskosten habe das Landgericht unzutreffend berechnet. Nicht nachzuvollziehen sei, warum das Landgericht die Beklagten nur zur Freistellung von Anwaltskosten anstatt zur Zahlung verurteilt habe. Die Beklagten hätten den Anspruch auf Ersatz vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten nicht erheblich bestritten. Soweit ihr Rechtsschutzversicherer sie von Kosten freigestellt habe, sei sie gemäß § 86 Abs. 2 VVG gehalten gewesen, den Ersatzanspruch hinsichtlich der vorgerichtlichen Anwaltskosten als Verzugsschaden miteinzuklagen.

Durch Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 01.04.2019 (Az. 14 IN 20/19) ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 1) eröffnet worden. Die Klägerin hat die Klageforderungen bei dem gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter Dr. J zur Insolvenztabelle angemeldet. Die Beklagte zu 1) hat einen Insolvenzplan erstellt. In Gruppe 1 dieses Plans sind nicht nachrangige Insolvenzgläubiger mit ihren Insolvenzforderungen erfasst. Durch Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 29.07.2019 ist das Insolvenzverfahren im Hinblick auf den Insolvenzplan aufgehoben worden. 26

Die Klägerin beantragt, 27

- 1. das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.10.2018 - 25 O 70/15 - teilweise aufzuheben und dahingehend neu zu fassen, dass nach den Schlussanträgen der Klägerin in erster Instanz erkannt wird, ~~289~~
- 2. hilfsweise zu 1.) unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln 25 O 70/15 vom 26.10.2018 ~~301~~
- a. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, über den der Klägerin bereits zuerkannten Schmerzensgeldbetrag i.H.v. 4.000 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hinaus ein weiteres Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 21.000 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, ~~323~~

aa. hilfsweise zu 2. a,, 34

- den Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1) zu verurteilen, über den der Klägerin bereits zuerkannten Schmerzensgeldbetrag i.H.v. 4.000 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hinaus ein weiteres Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 21.000 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, und 35

- festzustellen, dass eine Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) in Höhe von mindestens 25.000 € (einschließlich der in erster Instanz bereits zuerkannten 4.000 €) zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit in Gesamtschuldnerschaft mit dem Beklagten zu 2) besteht und in dieser Höhe an der im Insolvenzplan AG Montabaur 14 IN 20/19 geregelten Verteilung teilnimmt, 36

<ul style="list-style-type: none"> <li>• b. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin als vorgerichtliche Anwaltskosten einen Betrag i.H.v. 2.843,90 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,</li> </ul>	338
aa. hilfsweise zu 2. b.,	39
<ul style="list-style-type: none"> <li>- den Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1) zu verurteilen, an die Klägerin als vorgerichtliche Anwaltskosten einen Betrag i.H.v. 2.843,90 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, und</li> </ul>	40
<ul style="list-style-type: none"> <li>- festzustellen, dass eine Forderung der Klägerin auf vorgerichtliche Anwaltskosten gegen die Beklagte zu 1) i.H.v. 2843,90 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit in Gesamtschuldnerschaft mit dem Beklagten zu 2) besteht und in dieser Höhe an der im Insolvenzplan AG Montabaur 14 IN 20/19 geregelten Verteilung teilnimmt,</li> </ul>	41
<ul style="list-style-type: none"> <li>• c. hilfsweise zu b), die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die Klägerin über den ihr zuerkannten Freistellungsbetrag für vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 1273,95 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hinaus von weiteren vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 1569,54 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen,</li> </ul>	423
aa. hilfsweise zu 2. c.,	44
<ul style="list-style-type: none"> <li>- den Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1) zu verurteilen, an die Klägerin über den zuerkannten Freistellungsbetrag für vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 1273,95 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hinaus von weiteren vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 1569,94 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen und</li> </ul>	45
<ul style="list-style-type: none"> <li>- festzustellen, dass eine Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) dahingehend besteht, dass die Beklagte zu 1) in Gesamtschuldnerschaft mit dem Beklagten zu 2) die Klägerin von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von insgesamt 2843,90 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (unter Einbeziehung der in erster Instanz bereits zuerkannten 1273,95 € zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit) freizustellen hat und dieser Freistellungsanspruch an der im Insolvenzplan AG Montabaur 14 IN 20/19 geregelten Verteilung teilnimmt;</li> </ul>	46
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 3. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, der Klägerin gemäß Art. 15 DS-GVO eine vollständige Datenauskunft zu sämtlichen bei der Beklagten zu 1) über die Klägerin vorhandenen personenbezogenen Daten durch Überlassung einer Kopie zu erteilen,</li> </ul>	478
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 4. vorab im Wege der Zwischenfeststellung gemäß § 256 Abs. 2 ZPO festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 2) aufgrund des Insolvenzereignisses AG Montabaur gemäß §</li> </ul>	49

115 Abs. 1 Nr. 2 VVG die Klägerin bezüglich der vorstehend geänderten Berufungsanträge zu Z. 1-3 in Gesamtschuldnerschaft mit der K als Streitverkündeten zu 1) haftet.

Die Beklagten beantragen, 50

- 1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, 52
- 2. das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.10.2018 – 25 O 70/15 – abzuändern und die Klage abzuweisen, 53
- 3. hilfsweise das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.10.2018 – 25 O 70/15 – aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen 54

Die Beklagten vertreten die Ansicht, die Klage gegen die Beklagte zu 1) sei infolge der Forderungsanmeldung zur Insolvenztabelle unzulässig. Jedenfalls sei die Klage aber unbegründet. Zu Unrecht sei der Klage teilweise stattgegeben worden. Die Beklagten behaupten, die Möglichkeit einer Gelenkversteifung sei in dem vor der Operation vom 31.03.2009 geführten Aufklärungsgespräch angesprochen worden. Der Beklagte zu 2) habe gegenüber der Klägerin die Gelenkversteifung als „ultima ratio“ dargestellt und eine gelenkerhaltende Operation empfohlen. Eine Aufklärung im Sinne einer vergleichenden Darstellung von Vor- und Nachteilen einer Arthrodeese und einer gelenkerhaltenden Operation habe nicht stattgefunden und sei ihrer Auffassung nach auch nicht erforderlich gewesen. Indem die Kammer der Auffassung von Dr. I, nach der eine Aufklärung über die Möglichkeit der Arthrodeese nicht geboten gewesen sei, nicht gefolgt sei, habe sie sich über dessen medizinisch-sachverständige Begründung hinweggesetzt. Dr. I habe nachvollziehbar erläutert, dass eine Arthrodeese im Gegensatz zur gelenkerhaltenden Operation mit Implantation einer Prothese eine deutliche funktionelle Verschlechterung mit sich bringe. Die Begründung, mit der die Kammer von der Einschätzung des Sachverständigen abgewichen sei, überzeuge nicht. Ihr Argument, dass die Endoprothetik für Fingergelenke nicht so erfolgreich sei, wie dies im Knie- oder Hüftbereich sei, verfange nicht. Es komme allein auf die beiden hier in Rede stehenden operativen Versorgungsmöglichkeiten durch Prothesenimplantation und Versteifung des Gelenks und nicht auf den Vergleich zwischen Finger- und Hüftgelenksprothesen an. Soweit das Landgericht auf die Ausführungen von Dr. I in der mündlichen Verhandlung Bezug genommen habe, nach denen es bei 20 % der Fingergelenksprothesen zu Problemen kommen könne, sei dies nur eine Schätzung des Sachverständigen aus dem Bauch heraus gewesen, die sich als Anknüpfungstatsache für eine Aufklärungspflicht nicht eigne. Hinzu komme, dass die Probleme, die sich bei den genannten 20 % der Patienten einstellten, gar nicht weiter differenziert worden seien. Eine Aufklärungspflicht über alternative Behandlungsmöglichkeiten setze voraus, dass diese zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen könnten. Entscheidend sei hierbei eine Gesamtbetrachtung bezogen auf den konkreten Patienten. Diese Gesamtbetrachtung führe im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die Arthrodeese für die Klägerin keine „echte“ Alternative gewesen sei. Eine endgültige Versteifung des Gelenkes könne schon vom Grundsatz her keine gleichwertige Alternative zu einer gelenkerhaltenden Therapie sein. Dies gelte aber ganz besonders für die Klägerin, bei der bereits die linke Hand funktionsgemindert gewesen sei. Ein Vorteil der Primärversteifung sei nicht darin zu sehen, dass es dabei seltener zu Folgeeingriffen komme als dies bei

gelenkerhaltenen Verfahren der Fall sei. Folgeeingriffe seien auch bei der Versteifung nicht ausgeschlossen. Der Sachverständige habe den Umfang der Folgeeingriffe nicht einschätzen können. Aus welchem Grund die vom Landgericht aufgeführten Umstände - fortgeschrittenes Alter und Vorerkrankungen der Klägerin - für die alternative Möglichkeit einer Arthrodeese gesprochen hätten, könne nicht nachvollzogen werden. Eine im fortgeschrittenen Alter anzunehmende geringere Alltagsbelastung der Hand spreche eher für als gegen die Implantation einer Prothese, weil diese im Alter weniger beansprucht werde. Die Annahme der Kammer, die Klägerin sei aufgrund ihres Alters weniger auf eine uneingeschränkte Beweglichkeit des Fingers angewiesen gewesen, sei nicht haltbar. Es sei auch nicht richtig, dass es bei gelenkerhaltenden Operationen häufiger zu Folgeeingriffen und zu schlechteren Ergebnissen komme und die Arthrodeese deshalb von vielen Medizinern als gleichwertig angesehen würde. Ausweislich des schriftlichen Gutachtens von Dr. I handelten es sich hier um literarische Einzelstimmen. Das Landgericht habe schließlich nicht begründet, aus welchem Grund über Implantate aus anderen Materialien hätte aufgeklärt werden müssen. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts bestehe das von der Klägerin angesprochene Swanson-Implantat nicht aus „Keramik“, sondern aus „Silikon“. Prothesen aus Metall und Titan wiesen die höchste Haltbarkeit auf und versprächen damit den größten Erfolg. Prothesen aus Silikon hätten nicht zu wesentlich besseren Erfolgschancen, Risiken oder Belastungen geführt. Im Übrigen habe die Klägerin sogar eingestanden, dass sie über die Möglichkeiten einer Metall- und einer Kunststoffprothese unterrichtet worden sei. Die Argumentation des Landgerichts zum Entscheidungskonflikt der Klägerin enthalte Widersprüche. Es sei zunächst grundsätzlich unerheblich, ob sich die Klägerin eine weitere Meinung eingeholt und sich dann möglicherweise gegen die Implantation einer Prothese entschieden hätte. Mit diesem inhaltsleeren Einwand werde der Einwand hypothetischer Einwilligung ausgehöhlt, weil er unüberprüfbar behauptet werden könne. Das Landgericht habe zudem unberücksichtigt gelassen, dass die linke Hand der Klägerin bereits funktionsaufgehoben gewesen sei. Die Klägerin habe selbst darauf hingewiesen, wie wichtig ihr die Gebrauchsfähigkeit der rechten Hand gewesen sei. Vor diesem Hintergrund sei ein Entscheidungskonflikt der Klägerin nicht im Ansatz plausibel. Dass sie in Bezug auf die Materialwahl einem Entscheidungskonflikt unterlegen gewesen wäre, habe das Landgericht nicht festgestellt. Das Urteil des Landgerichts sei auch im Hinblick auf die Feststellungen zur Schadenskausalität nicht haltbar. Der Eingriff vom 31.03.2009 könne als kausale Folge keinesfalls berücksichtigt werden. Denn wenn am 31.03.2009 keine Metallprothese eingebracht worden wäre, wäre entweder eine Prothese aus einem anderen Material implantiert oder eine Versteifungsoperation durchgeführt worden. Es könne daher allenfalls um die konkreten Folgen gehen, deren Umfang das Landgericht nicht festgestellt habe. Der Folgeeingriff vom 01.08.2011 im F Krankenhaus E sei keine kausale Folge des Ersteingriffes gewesen, denn er sei nicht ausschließlich zur Explantation der Prothese durchgeführt worden. Soweit das Landgericht von einer Lockerung der Prothese im Jahr 2011 ausgehe, lasse sich dies den Behandlungsunterlagen der Nachbehandler nicht entnehmen. Aus dem Operationsbericht vom 01.08.2011 ergebe sich diesbezüglich nichts. Auch die Klägerin habe eine Lockerung nicht behauptet. Rechtsfehlerhaft habe die Kammer schließlich die Beklagten zur Freistellung von anteiligen vorgerichtlichen Anwaltskosten verurteilt. Die Klägerin könne weder Zahlung noch Freistellung verlangen, weil sie nicht aktivlegitimiert sei. Aufgrund des unstreitigen Vortrags in der Berufungsinstanz sei davon auszugehen, dass die Rechtsschutzversicherung Deckung gewährt und Zahlung geleistet habe. Die Forderung sei daher auf den Rechtsschutzversicherer übergegangen. Überdies habe die Klägerin die Gebührenhöhe nicht ausreichend begründet.

Die Klägerin beantragt,

56

57

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie behauptet, die Möglichkeit einer Gelenkversteifung sei im Aufklärungsgespräch nicht angesprochen worden. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Beklagte zu 2) im Hinblick auf das Bestehen eines 20-prozentigen Risikos des Misslingens des endoprothetischen Eingriffs die Vor- und Nachteile der verschiedenen Operationsverfahren hätte vorstellen müssen. Er habe nicht nur die gelenkerhaltende Operation erwähnen dürfen in der Annahme, dies wäre der bessere Weg. Es sei nicht richtig, dass die Versteifung eine „deutliche Verschlechterung“ für die Klägerin bedeutet hätte. Das Gelenk wäre nach seiner Versteifung einerseits unbeweglich gewesen. Andererseits wäre sie nach einer Versteifung beschwerdefrei gewesen. 58

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 59

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. Kollig und diesen in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2020 ergänzend angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Gutachtens vom 15.07.2020 (Bl. 1045 ff d.A.) sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 14.12.2020 (Bl. 1140 ff d.A.) Bezug genommen. Die Klägerin ist persönlich zum Entscheidungskonflikt angehört worden. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Sitzungsprotokoll vom 15.03.2021 verwiesen. 60

II. 61

Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg, während die Berufung der Beklagten begründet ist und zur teilweisen Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und vollständigen Klageabweisung führt. 62

1. Berufung der Klägerin 63

Die Klageanträge sind in ihrer zuletzt gestellten Form teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet. 64

a. Klageanträge zu 1. und 2. a., b. und c. 65

aa. Die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Klage ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits deswegen unzulässig, weil die Klägerin ihre Klageforderungen zur Insolvenztabelle angemeldet hat und diese der Gruppe 1 des Insolvenzplans unterfallen. 66

Die von der Klägerin beim Insolvenzverwalter angemeldeten Forderungen sind nicht festgestellt worden und sie sind auch nicht unstreitig. Die Klägerin ist auf einen rechtskräftigen Titel angewiesen, um die Befriedigung ihrer Forderungen nach der Planquote zu erreichen. Die Klägerin kann auch nicht auf die Tabellenfeststellungsklage verwiesen werden, denn diese ist nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht mehr zulässig (vgl. BAG, Urteil vom 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, DZWIR 2017, 515 ff, juris Rn. 21). 67

bb. Die Klageanträge zu Ziff. 1., 2.a, b und c sind jedoch insoweit unzulässig, als sie auf uneingeschränkte gesamtschuldnerische Verurteilung beider Beklagten gerichtet ist. Die Klägerin kann von der Beklagten zu 1) Befriedigung ihrer Forderungen ausschließlich nach Insolvenzplanquote verlangen (vgl. BAG aaO). 68

69

b. Die Klageanträge zu Ziff. 2. a. aa., b. aa. und c. aa., mit der die Klägerin die Feststellung ihrer Forderungen gegenüber der Beklagten zu 1) und deren Teilnahme an der im Insolvenzplan geregelten Verteilung begehrt, sind zulässig, aber unbegründet. Ebenfalls unbegründet sind die auf den Beklagten zu 2) bezogenen Anträge zu Ziff. 2. a., b. und c..

Der Klägerin stehen keine Ansprüche auf Schmerzensgeld oder auf Ersatz materieller Schäden gegen die Beklagten aufgrund der streitgegenständlichen Behandlung zu. Solche ergeben sich weder aus §§ 280, 278, 823 Abs. 1, 831, 249, 253 BGB noch aus einem anderen Rechtsgrund. Die Klägerin hat Behandlungsfehler der Beklagten nicht bewiesen (aa.) und auch die Aufklärungsrüge bleibt ohne Erfolg (bb.). 70

aa. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht Behandlungsfehler für nicht erwiesen erachtet. 71

aaa. Die Operation vom 31.03.2009 mit Implantation einer Fingergrundgelenksprothese „Toccata mittel“ D 2 war indiziert. Dies steht aufgrund des durch das Landgericht eingeholten und auch den Senat überzeugenden Gutachtens von Dr. I fest. Bei der Klägerin habe, so der Sachverständige, vor der Operation eine schmerzhafte Arthrose des Zeigefingergrundgelenks der rechten Hand vorgelegen. Dies ergebe sich aus den anamnestischen Angaben der Klägerin und dem Ergebnis der klinischen Untersuchung am 18.02.2009 sowie aus den in der Gemeinschaftspraxis Dr. A und B am 11.02.2009 angefertigten Röntgenaufnahmen. Eine konservative Behandlung sei zuvor in Form von mehrfachen Injektionen im Bereich des Zeigefingergrundgelenks erfolgt. Des Weiteren habe eine Radiosynoviorthese stattgefunden. Aufgrund der schwerwiegenden Arthrose und der erfolglos durchgeführten konservativen Therapien sei die Implantation eines künstlichen Gelenkes medizinisch indiziert gewesen. Gründe, die einer Prothesenimplantation entgegengestanden hätten, wie beispielsweise ein ausgeprägter Knochenverlust und eine schwere Deformität des Grundgelenks oder eine aktive Infektion der Weichteile und des Gelenks oder eine schlechte Weichteilqualität mit atrophierten Weichteilen, lagen nach den Ausführungen von Dr. I nicht vor. 72

bbb. Den Vorwurf einer zu groß gewählten Prothese hat Dr. I nicht bestätigt. Die präoperativ erfolgte Wahl der Implantatgröße „medium“ sei, so der Sachverständige, durch Einbringen von Probekomponenten während der Operation überprüft worden. Dabei habe sich eine gute Artikulation gezeigt, es habe kein Rotationsfehler vorgelegen und es hätte auch eine gute Bewegung bis 90° Beugung vorgelegen. Auch aus dem Röntgenbild vom 15.04.2009 sei die Wahl eines zu großen Implantats nicht zu erkennen. Sowohl der Schaft der proximalen als auch der distalen Komponente habe jeweils zentral mittig eingelegt und es habe auch kein Überstand von Prothesenteilen über die Knochengrenzen im eigentlichen Gelenkbereich vorgelegen. 73

ccc. Die Wahl der Prothese „Toccata mittel“, d.h. einer ungekoppelten Prothese, bei der der aus Metall bestehende Schaft im zugehörigen Knochen zementfrei in press fit-Technik verankert wird, hat Dr. I nicht beanstandet. Prothesen aus Keramik, Pyrocarbon oder Silikon seien demgegenüber nicht vorzugswürdig gewesen. Eine wirkliche Osteointegration sei mit Keramik und Pyrocarbon nicht zu erreichen, was verschiedene klinische Studien und Tierexperimente gezeigt hätten. Und auch gegenüber Prothesen aus Silikon hätten Metallprothesen den Vorteil einer besseren seitlichen Stabilität vor allem in den radialen Strahlen der Zeige- und Mittelfinger. Die nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. I sind durch das durch den Senat eingeholte Gutachten von Prof. Dr. Kollig bestätigt worden. Prof. Dr. Kollig hat erläutert, dass es bei den sogenannten Silastik-Prothesen aus Silikon material- und konstruktionsbedingt zu keiner knöchernen Verankerung komme. Bei der Implantation einer solchen Prothese werde die 74

durch die fehlende knöcherner Verankerung bewirkte Instabilität um des Vorteils der Beweglichkeit des Fingers bewusst in Kauf genommen. Es sei jedoch gerade diese Instabilität, die die Verwendung der Silastik-Prothesen einschränke. Eine generelle Empfehlung zugunsten einer Prothese aus Silikon im Fingergelenksbereich könne daher nicht ausgesprochen werden.

ddd. Anhaltspunkte dafür, dass unter der Operation vom 31.03.2009 hygienische Vorschriften verletzt worden sind, hat Dr. I nicht feststellen können. Aus dem Operationsbericht gehe hervor, dass die Operation nach Hautdesinfektion und steriler Abdeckung durchgeführt worden sei. Es liege des Weiteren eine patientenbezogene Sterilgut-Chargendokumentation vor, die sowohl ein Paket Bohrer, die eingesetzte Prothese, ein Handsieb als auch Lampengriffe umfasse. Dr. I hat ferner darauf hingewiesen, dass keinesfalls gesichert sei, dass es im Nachgang der Operation überhaupt zu einer Infektion gekommen sei. Eine am 29.04.2009 festgestellte dezente Rötung im Bereich der rechten Finger habe zwar auf eine mögliche Infektsituation hingewiesen. Die nachfolgend durchgeführten Blutentnahmen hätten jedoch Normwerte ergeben. Auch die im Rahmen der Operation am 12.05.2009 durchgeführte intraoperative Abstrichentnahme habe kein Wachstum von aeroben oder anaeroben Keimen nach Bebrütung erbracht und auch in der Mikroskopie seien keine Mikroben gefunden worden. Es sei daher überwiegend wahrscheinlich, dass sich nach der Operation des 31.03.2009 keine Infektion im Operationsgebiet eingestellt habe. 75

eee. Dr. I hat auch die nachfolgende Operation vom 12.05.2009, bei der eine Dekompression des Nervus medianus, eine Durchtrennung der Ringbänder über den langen Fingern D 2 bis D 4 sowie A1-Ringbandspaltungen durchgeführt wurden, als indiziert angesehen. Bei der Klägerin habe im Bereich der rechten Hand eine Beugesehnensynovitis mit Kompression des Nervus medianus und Ringbandstenosen von D 2 bis D 4 vorgelegen. Die Indikation zur Durchführung einer Dekompression des Nervus medianus sei in den klinischen und neurographischen Befunden des Neurologen Dr. Pucker aus Wesseling begründet gewesen. Dr. Pucker habe klinisch Missempfindungen an den ersten drei Fingern festgestellt. Durch neurographische Untersuchungen habe er eine Verlängerung der distalen motorischen Latenz sowie ein Fehlen eines eindeutigen antidromen Reizantwortpotenzials diagnostiziert. 76

Ausweislich des Berichtes zur Operation vom 12.05.2009 habe sich eine sehr ausgeprägte Beugesehnensynovitis gezeigt, bei der es sinnvoll gewesen wäre, die Ringbänder über den langen Fingern D 2 bis D 4 ebenfalls zu durchtrennen, um die Gleitfähigkeit der Beugesehnen in diesem Bereich zu ermöglichen. Entsprechend habe auch eine Indikation zur Durchführung von A1-Ringbandspaltungen bestanden. Dass zusätzlich zu den Fingern D 2 und D 3, hinsichtlich der die A1-Ringbandspaltungen präoperativ mit der Klägerin besprochen worden war, auch die Finger D 4 und D 5 gespalten wurden, habe eine Erweiterung des Eingriffs dargestellt, die sich aufgrund der intraoperativ gewonnenen Erkenntnisse einer ausgeprägten Beugesehnenscheidensynovitis als medizinisch sinnvoll erwiesen haben könnten. 77

fff. Konkrete Einwände gegen das Gutachten von Dr. I und dessen Würdigung durch das Landgericht hat die Klägerin im Berufungsverfahren nicht vorgebracht. Soweit sie geltend gemacht hat, sie könne zum Behandlungsfehlerkomplex nicht abschließend Stellung nehmen, weil sie den Sachverständigen Dr. I nicht abschließend habe befragen können, nachdem das Landgericht die mündliche Verhandlung vom 18.09.2018 nicht vertagt habe, legt sie nicht schlüssig dar, dass im Falle einer Fortsetzung der Sachverständigenanhörung eine ihr günstigere Entscheidung ergangen wäre. Welchen Inhalt jene 23 Fragen hatten, die die Klägerin zum Behandlungsfehlerkomplex an den Sachverständigen hätte stellen wollen, ergibt sich aus dem Berufungsvorbringen nicht. Die Berufung lässt noch nicht einmal 78

erkennen, welche Stoßrichtung die an den Sachverständigen zu richtenden Fragen gehabt hätten. Die Mutmaßung, dass sich nach erneuter und erweiterter Anhörung des Sachverständigen möglicherweise ein für die Klägerin günstigerer Sachverhalt ergeben könnte, genügt für einen schlüssigen Angriff auf die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht aus.

Darüber hinaus erweist sich der Vorwurf der Klägerin, das Landgericht habe zu Unrecht ihren am 18.09.2018 gestellten Antrag auf Vertagung abgelehnt, ihr damit die Möglichkeit einer weiteren Befragung des Sachverständigen Dr. I genommen und dadurch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, als unberechtigt. Das Landgericht ist nicht gehalten gewesen, die mündliche Verhandlung zu vertagen, um der Klägerin eine Fortsetzung der Befragung des Sachverständigen zu ermöglichen. 79

Gemäß § 227 Abs. 1 ZPO setzt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung einen erheblichen Grund voraus. Ein solcher erheblicher Grund hat nicht vorgelegen. Ein Grund für eine Vertagung ist immer dann erheblich ist, wenn die betroffene Partei ihn nicht zu vertreten hat. Das Verschulden ihres Anwalts muss sich die Partei zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Maßstab ist eine sorgfältige und gewissenhafte Prozessführung (BeckOK ZPO/Jaspersen ZPO § 227 Rn. 6). Die Klägerin muss sich vorhalten lassen, dass ihr Prozessbevollmächtigter keine ausreichende Zeit für den Termin zur Anhörung des Sachverständigen eingeplant hatte. Er hätte nicht davon ausgehen dürfen, dass für die gemäß Terminsverfügung der Kammer vom 28.06.2018 vorgesehene Vernehmung von zwei Zeugen, Anhörung der Klägerin und des Beklagten zu 2) sowie für die Anhörung des Sachverständigen der von ihm eingeplante Zeitraum von zwei Stunden ausreichen würde. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Klägerin, ihr Prozessbevollmächtigter habe 23 Fragen bereits vorformuliert gehabt, die er an den Sachverständigen habe stellen wollen. Soweit die Klägerin argumentiert, auch die Kammer haben ebenfalls unter Zeitdruck gestanden, weil sie um 14:00 Uhr eine Folgesache terminiert gehabt habe, ergibt sich daraus nichts anderes. Die Einzelrichterin hätte bis zum Beginn der nächsten Sache noch eine halbe Stunde Zeit gehabt, den Sachverständigen zu befragen und es hätte im Übrigen in ihrem Ermessen gelegen, die Sachverständigenanhörung auch über 14:00 Uhr hinaus fortzusetzen. Die Klägerin behauptet schließlich nicht, dass die Kammer unter Verweis auf den Folgetermin um 14.00 Uhr ihr bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten keine Fragen mehr an den Sachverständigen gestattet habe. 80

Soweit die Klägerin mit der Berufung geltend macht, das Landgericht habe es versäumt, den Sachverständigen dazu zu befragen, ob der Beklagte zu 1) sie vor der Prothesenimplantation darüber hätte aufgeklärt müssen, dass sie ihre rechte Hand nach der Operation nicht mehr so würde einsetzen können wie zuvor und ob es infolge des Unterlassens einer solchen Aufklärung zu einer Überstrapazierung der Prothese und dadurch zu einer Lockerung derselben gekommen sei, ist auf Seite 5 und 6 des Sitzungsprotokolls des Landgerichts vom 18.09.2018 zu verweisen. Dr. I hat auf die Frage des Prozessbevollmächtigten der Klägerin erklärt, dass eine erhöhte Lockerungsgefahr nur dann bestehe, wenn die Prothese überstrapaziert werde. Durch übliche Haushaltstätigkeiten werde die Prothese nicht überstrapaziert. Anders sei dies bei dauerhaften Arbeiten mit vibrierenden Geräten oder bei besonderen sportlichen Aktivitäten wie Klettern oder anderem, bei denen die Hand in einer überproportionalen Weise beansprucht werde. Von einer solchen Sachlage war bei der Klägerin nicht auszugehen. 81

Selbst wenn man aber davon ausginge, der Beklagte zu 1) habe die Klägerin nicht hinreichend über die Möglichkeit und Folgen einer Überstrapazierung der Prothese 82

aufgeklärt, könnte die Klägerin hieraus keine Ansprüche herleiten. Denn sie kann nicht beweisen, dass sich eine (unterstellte) Verletzung einer Pflicht zur Sicherungsaufklärung schadensursächlich ausgewirkt hat. Ob die später im F-Krankenhaus festgestellte Fehlstellung des rechten Zeigefingers mit einer Lockerung der Prothese zusammenhängt, hat Dr. I nicht sicher beantworten können. Die festgestellte Achsabweichung müsse nicht Folge einer Prothesenlockerung sein, sondern könne auch darauf beruhen, dass der Kapselapparat insgesamt ermüde.

bb. Die Beklagten haben es indes pflichtwidrig unterlassen, die Klägerin neben der Möglichkeit einer Prothese über die Alternative einer Versteifungsoperation (Arthrodesen) aufzuklären. Gleichwohl haften die Beklagten nicht wegen eines rechtswidrigen Eingriffs, denn die Klägerin hat auf den durch die Beklagten erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel machen können. 83

aaa. Der Senat geht zunächst davon aus, dass die Klägerin ausreichend über Art und Umfang des bevorstehenden Eingriffs am 31.03.2009 mit Implantation einer Prothese im Zeigefingergrundgelenk aufgeklärt worden ist. Der Beklagte zu 2), der bei der Befragung durch das Landgericht ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 19.09.2018 keine konkrete Erinnerung mehr an das Aufklärungsgespräch mit der Klägerin hatte, hat angegeben, dass er die Patienten regelmäßig darüber aufkläre, welche Prothese eingesetzt werde. Bei der hier zum Einsatz gekommenen Prothese „Toccata“ werde erläutert, dass die Prothese aus zwei Metallkomponenten und einer Kunststoffgelenkfläche bestehe. Die Klägerin hat die Angaben des Beklagten zu 2) in der mündlichen Verhandlung insoweit bestätigt, als sie angegeben hat, der Beklagte zu 2) habe ihr etwas von einem Kunststoff- oder auch von einem Metallimplantat erzählt. 84

Soweit die Klägerin behauptet, der Beklagte zu 2) habe sie nicht darüber informiert, dass er eine Prothese aus Metall implantieren werde, sondern er habe gesagt, dass ein Kunststoffimplantat zum Einsatz kommen werde, womit sie auch einverstanden gewesen sei, haben die Beklagten dies bestritten. Es ist auch realitätsfern anzunehmen, der Beklagte zu 2) habe die von ihm vorgeschlagene Prothese „Toccata“ wider besseres Wissen gegenüber der Klägerin als „Kunststoffprothese“ bezeichnet. Ein Motiv für eine solche wahrheitswidrige Aussage des Beklagten ist nicht ersichtlich. Der von der Klägerin unterzeichnete Aufklärungsbogen gibt ebenso keinen Anhalt für ihre Behauptung. 85

bbb. Der Beklagte zu 2) hat es pflichtwidrig unterlassen, die Klägerin über die Behandlungsalternative einer Arthrodesen aufzuklären. 86

Der Arzt muss den Patienten über verschiedene Behandlungsmöglichkeiten aufklären, wenn für den konkreten Behandlungsfall mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, die gleichwertig sind, aber unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen haben. In einem solchen Fall muss dem Patienten durch entsprechende vollständige ärztliche Belehrung die Entscheidung darüber überlassen bleiben, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will (BGH, Urteil vom 07. April 1992 - VI ZR 224/91 -, Rn 7 juris). 87

Die Implantation einer Silastik-Prothese stellte keine gleichwertige Behandlungsalternative dar. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Kollig war die Implantation einer Silastik-Prothese aufgrund der durch die fehlende knöcherne Verankerung hervorgerufenen seitlichen Instabilität im Zeigefingergrundgelenk kein gleichwertiges Verfahren zum Einsatz der Prothese „Toccata“. Die in das Zeigefingergrundgelenk implantierte Silastik-Prothese könne bei den entsprechenden Greifformen, die einen 88

Widerstand des Zeigefingers bei Lastaufnahme erforderten, den Oppositionskräften des Daumens nicht standhalten. Dadurch werde ein frühes Versagen des Modells durch Auslockerung wahrscheinlich.

Allerdings wäre die Arthrodese für die Klägerin eine echte Behandlungsalternative gewesen, über die der Beklagte zu 2) hätte aufklären müssen. Davon ist der Senat nach Anhörung von Prof. Dr. Kollig überzeugt. 89

Prof. Dr. Kollig hat in seinem schriftlichen Gutachten und zunächst auch im Rahmen seiner mündlichen Anhörung geäußert, dass eine Arthrodese im Falle der Klägerin keine gleichwertige Behandlungsalternative dargestellt hätte. Seine mit Dr. I übereinstimmende Auffassung hat Prof. Dr. Kollig damit begründet, dass die Arthrodese – wie sich den beiden wichtigsten deutschsprachigen Standardwerken in der Handchirurgie (*Towfigh et al, Handchirurgie, Berlin Heidelberg New York 2011; Sauerbier et al, Die Handchirurgie, Urban und Fischer, 2014*) entnehmen lasse - nur als „ultima ratio“ oder als Ausweichverfahren angewendet werde. Die funktionelle Ergebnisqualität nach Arthrodese sei gegenüber einer funktionierenden Endoprothese im Zeigefingergrundgelenk nicht annähernd vergleichbar. Der einzige Vorteil der primären Arthrodese sei für die Klägerin eine höhere Wahrscheinlichkeit für eine dauerhafte Schmerzfreiheit gewesen, dies aber um den Preis der Funktionalität. Im Jahr 2009 habe bei den Metallprothesen bei noch unbekanntem Langzeitergebnissen eine Versagerquote von 20 % vorgelegen. Diese Versagerquote habe in den nachfolgenden Jahren zugenommen. Zu einem Versagen der Prothesen komme es in der Regel aufgrund von aseptischen Lockerungen, wie es auch bei der Klägerin der Fall gewesen sei. Die Arthrodese führe hingegen mit einer größeren Wahrscheinlichkeit zu einer dauerhaften Beseitigung der Schmerzen. Dabei sei allerdings zu berücksichtigen, dass nicht alle Arthrodesen beim ersten Versuch fest würden, sondern bei etwa 10 % der Fälle eine aseptische Lockerung, beispielsweise aufgrund der Entfernung einer zu geringen Menge Knochengewebes eintrete. 90

Die Auffassungen von Dr. I und Prof. Dr. Kollig, dass Implantation einer Fingergrundgelenksprothese und Arthrodese keine gleichwertigen Verfahren darstellen, beruhen auf einer medizinischen Sichtweise, die ganz wesentlich auf das funktionelle Ergebnis der Operationsverfahren abstellt. Für sie als Handchirurgen ist entscheidend, für den Patienten das höchste Maß an Beweglichkeit und Funktionalität des Fingers im Bereich des medizinisch Machbaren zu erreichen. Für einen Patienten können jedoch neben dem Erhalt der Beweglichkeit des zu operierenden Fingers auch andere Umstände maßgebend sein. Eine möglichst schnelle und dauerhafte Schmerzfreiheit und ein möglichst geringes Revisionsrisiko können für einen Patienten wichtiger sein, als der Erhalt der Beweglichkeit und Funktionalität seines Fingers. Ob dies bei dem betreffenden Patienten der Fall ist, muss im vertraulichen Arzt-Patienten-Gespräch erörtert und geklärt werden. Der Arzt muss durch Befragung ermitteln, welche mit den verschiedenen Operationsverfahren verbundenen Vor- und Nachteile für den Patienten von Bedeutung sind. 91

Diese Sichtweise wird letztlich auch durch die Ausführungen von Prof. Dr. Kollig gestützt, die er gegen Ende seiner Anhörung getätigt hat. Er hat erklärt, dass er selbst vor dem Hintergrund der hohen Komplikationsraten bei Fingergelenkprothesen die Patienten mittlerweile darüber aufkläre, dass eine Arthrodese durchaus eine Behandlungsalternative sein könne, um Komplikationen zu vermeiden. Der Operateur müsse zunächst die Lebensumstände des Patienten in Erfahrung bringen und klären, welche Erwartungen der Patient an die Operation habe, ob er insbesondere ein möglichst hohes Maß an Beweglichkeit in den Fingern benötige, ob ein möglichst hohes Maß an Stabilität 92

gewährleistet sein müsse oder ob für ihn die Schmerzfreiheit das Wichtigste sei.

Soweit Prof. Dr. Kollig – insoweit einschränkend - ausgeführt hat, dass die Einschätzung unter den Operateuren vor zehn Jahren noch anders gewesen sei und dass damals ausschließlich der Einsatz einer Prothese bei Arthrose „state of the art“ gewesen sei, hat die damalige Sichtweise für die Frage der Gleichwertigkeit der Verfahren keine ausschlaggebende Bedeutung. Gegen die Gleichwertigkeit der Verfahren spricht insbesondere nicht, dass im Jahr 2009 eine Differenz zwischen den Versagerquoten beider Verfahren von (lediglich) 10 % bestand und die Prothese gegenüber der Arthrodesen den bedeutenden Vorteil der Erhaltung der Funktionalität des Fingers hatte. Denn aufgrund der fehlenden Langzeitergebnisse für die eingesetzte Prothese und den in den vergangenen Jahren gemachten Erfahrungen im Bereich der Fingerprothetik, nach denen sich – so Prof. Dr. Kollig in der mündlichen Verhandlung - die in die unterschiedlichen Prothesentypen gesetzten Hoffnungen regelmäßig nicht erfüllten und letztendlich jede bis dahin in den Markt eingeführte Prothese auf der Langzeitachse ihre Probleme hatte, hätte die Klägerin über diese Situation informiert werden müssen. Man hätte ihr sagen müssen, dass eine Gelenkprothese grundsätzlich eine gute Funktionalität und Schmerzfreiheit bringen könne, dass es aber in mindestens 20 % der Fälle innerhalb der ersten zwei Jahre zu einer Lockerung der Prothese kommen könne und dass der Anteil der erforderlichen Revisionen durchaus auch höher sein könne, da man noch keine Langzeiterkenntnisse darüber habe, wie lange die Prothese „Toccata“ halte. Man hätte ihr ferner sagen müssen, dass man das Gelenk auch versteifen könne, was dann zwar in der Regel zu einer dauerhaften Schmerzbeseitigung führe, jedoch den Nachteil einer fehlenden Funktionalität habe. Man hätte ihr auch erläutern müssen, dass nicht alle Arthrodesen nach der ersten Operation fest seien, sondern dass in 10 % der Fälle eine erneute Operation notwendig werde.

93

Eine solche Aufklärung ist hier unstreitig nicht erfolgt.

94

Der Senat geht schon nicht davon aus, dass der Beklagte zu 2) die Klägerin überhaupt über die Möglichkeit einer Arthrodesen aufgeklärt hat. Er hat in der mündlichen Verhandlung beim Landgericht am 18.09.2018 angegeben, er gehe nach Einsicht in die Unterlagen davon aus, dass er die Arthrodesen nicht erwähnt habe. Dies würde für ihn auch mehr Sinn machen, da man in einem abgestuften Verfahren zunächst ein Implantat versuche, bevor man eine Arthrodesen durchführe. Ob er gegenüber der Klägerin das abgestufte Verfahren erwähnt habe, konnte der Beklagte zu 2) nicht mehr erinnern.

95

ccc. Eine Haftung der Beklagten aufgrund einer unterlassenen Aufklärung über die Möglichkeit einer Arthrodesen scheidet jedoch aus, weil die Klägerin einen Entscheidungskonflikt nicht hat plausibel machen können.

96

Die Beklagten haben den Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu der tatsächlich durchgeführten Behandlung entschlossen hätte, trifft nicht den Patienten, sondern den Arzt. Der Arzt ist jedoch erst dann beweisbelastet, wenn der Patient zur Überzeugung des Gerichts plausibel macht, dass er - wären ihm die unterschiedlichen Behandlungsmöglichkeiten aufgezeigt worden, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.

97

Das Landgericht hat nach Anhörung der Klägerin einen Entscheidungskonflikt bejaht. Die Begründung, mit der die Kammer einen Entscheidungskonflikt angenommen hat, hat den Senat nicht überzeugt, weshalb er die Klägerin erneut angehört hat.

98

99

Die Klägerin hat zu Protokoll des Landgerichts gegeben, dass sie, wenn ihr eine Versteifung angeboten worden wäre, sich für eine solche entschieden hätte, vor allem wenn sie gewusst hätte, was hier noch alles nach der Operation an Folgeoperationen auf sie zugekommen wäre. Dies ist die für einen geschädigten Patienten typische Betrachtung „ex post“, die einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel machen kann. Auch ihre Erklärung, sie habe einen „Heidenrespekt“ vor Metall gehabt, spricht nicht für einen Entscheidungskonflikt der Klägerin, weil auch bei der Arthrodese Draht zur Anwendung kommt. Das weitere zum Entscheidungskonflikt vorgebrachte Argument der Klägerin, ihr Finger sei ja sowieso schon kaputt gewesen, überzeugt ebenfalls nicht. Nach den Ausführungen von Dr. I hatte der Finger noch eine Beweglichkeit von 60 Grad und die Arthrose war noch nicht so weit fortgeschritten, dass eine Prothese nicht mehr in Betracht gekommen wäre. Die Implantation einer Prothese war vielmehr ohne Weiteres medizinisch indiziert.

Der Senat hat die Klägerin erneut mündlich angehört, um sich ein eigenes, unmittelbares Bild von der Frage eines Entscheidungskonfliktes zu machen. Auch bei dieser Anhörung hat die Klägerin einen solchen nicht plausibel machen können. Der Senat geht nicht davon aus, dass die Klägerin, wenn ihr der Beklagte zu 2) gesagt hätte, dass anstelle der von ihm empfohlenen Fingergelenksprothese auch eine Versteifung des Fingers in Betracht komme, ernsthaft vor der Frage gestanden hätte, ob sie die Prothese implantieren oder eine Versteifung des Fingergrundgelenks vornehmen lässt. 100

Die Klägerin hat angegeben, sie hätte eine Versteifung des Gelenks gewählt, wenn der Beklagte zu 2) ihr dies vorgeschlagen hätte und die Versteifung für sie auch schmerzfrei und die Prothese mehr Schmerzen verursacht hätte. Sie hat deutlich gemacht, dass es ihr auf die Empfehlung des Beklagten zu 2) ankam, von dem ihr niedergelassener Orthopäde Dr. A - wie sie weiter ausgeführt hat – viel hielt und zu dem sie und auch ihr Ehemann nach dem Aufklärungsgespräch Vertrauen fassten. Eine Empfehlung zur Arthrodese hätte der Beklagte zu 2) entgegen der Auffassung der Klägerin nicht aussprechen müssen. Er hätte die Arthrodese als Möglichkeit ansprechen und ihr dann aber sagen können, dass er ihr ganz klar zur Prothese rate, weil die Chancen gut seien, dass sie mit der Prothese schmerzfrei werde und dabei den Finger weiter bewegen könne, was bei einer Arthrodese nicht der Fall sei. Der Senat geht davon aus, dass der Gesichtspunkt des Erhalts der Beweglichkeit des rechten Zeigefingers von Bedeutung für die Klägerin war und ihre Entscheidung maßgeblich beeinflusst hätte. Die Funktionalität der linken Hand war bereits seit vielen Jahren sehr eingeschränkt. Umso wichtiger war der Erhalt der Funktionalität der rechten Hand. Nach den Ausführungen von Prof. Dr. Kollig hätte die funktionierende Endoprothese den weiteren Gebrauch des rechten Zeigefingers bei allen Aktivitäten des täglichen Lebens sichergestellt, während bei einer Versteifung im günstigsten Fall der kleine Faustschluss erhalten geblieben wäre und der große Faustschluss unmöglich geworden wäre. Der Pinzettengriff wäre bei einer Einsteifung in der präferierten Beugstellung nicht mehr wertig durchführbar gewesen und der Grobgriff allenfalls für das Umfassen von Gegenständen mit einem Durchmesser größer als 40 bis 50 mm. Der sphärische Griff wäre hinsichtlich seines Umfangs erheblich beeinträchtigt gewesen und allenfalls der Schlüsselgriff wäre wertig erhalten geblieben. Sie hätte ihre Pferde, die sie seinerzeit noch hielt, voraussichtlich nicht mehr reiten können, weil hierzu - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung selbst angegeben hat - ein Faustschluss erforderlich ist. Und auch bestimmte Haushaltstätigkeiten wie beispielsweise Nähen wäre ihr nicht mehr möglich gewesen. 101

Es spricht nichts dafür, dass die Klägerin der Empfehlung des Beklagten zu 2), dem sie vertraute, nicht gefolgt wäre. Der Einwand der Klägerin, sie hätte sich anderenorts eine zweite Meinung eingeholt, reicht zur Darlegung eines Entscheidungskonflikts in dieser 102

Allgemeinheit nicht aus. Der Senat ist aufgrund des persönlichen Eindrucks, den er von der Klägerin gewonnen hat, davon überzeugt, dass der Einwand allein prozesstaktisch motiviert ist. Die Klägerin hat sich als eine eher unsichere Person gezeigt, bei der anzunehmen ist, dass sie Empfehlungen von Ärzten grundsätzlich nicht hinterfragt, sondern diesen vertrauen möchte. Ein solches Vertrauen lag in Bezug auf den Beklagten zu 2) vor. Auch ihr Ehemann, auf dessen anderslautenden Rat sie möglicherweise gehört hätte, hat – nach Aussage der Klägerin – dem Beklagten zu 2) vertraut. Im Übrigen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin nach Einholung einer Zweitmeinung, bei der ihr höchstwahrscheinlich ebenfalls die Implantation einer Prothese empfohlen worden wäre, Zweifel an der ihr empfohlenen Prothesenimplantation gehabt hätte.

Soweit die Klägerin erklärt hat, sie hätte die Versteifung gewählt, wenn sie durch diese schmerzfrei geworden wäre und die Implantation einer Prothese mit mehr Schmerzen verbunden wäre, übersieht sie, dass weder der Beklagte zu 2) noch sonst jemand ihr eine solche Zusage hätte geben können. Weder hätte man ihr versprechen können, dass sie durch eine Versteifung schmerzfrei geworden wäre - denn auch eine solche Operation ist mit Risiken behaftet und kann, wie Prof. Dr. Kollig in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, misslingen - noch hätte man voraussehen können, dass zwei Jahre später der Ausbau der Prothese und eine anschließende Versteifung des Fingergrundgelenks notwendig werden würde. Bei der Klägerin ist – auch wegen weiterer Operationen an der rechten Hand, die nach den Ausführungen von Prof. Dr. Kollig mit der streitgegenständlichen Operation vom 31.03.2009 in keinem Ursachenzusammenhang stehen, und wegen einer arthrotischen Deformität am rechten Mittelfinger und am Mittelgelenk des Kleinfingers und einer enggradigen Beweglichkeit am rechten Daumengrundgelenk - die Funktion der rechten Hand stark eingeschränkt. Zudem leidet sie unter Schmerzen, vor allem im Bereich des rechten Hüftgelenks. Dieser schicksalshafte Verlauf war nicht vor auszusehen.

Schließlich hat die Klägerin nach mehrfachem Befragen durch den Senat eingeräumt, dass sie nicht sagen könne, was sie getan hätte, wenn man ihr beide Operationsalternativen genannt hätte. Der Senat verkennt nicht, dass die Anforderungen an die Plausibilität eines Entscheidungskonflikts nicht zu hoch anzusetzen sind und dass die Klägerin zeitweise Schwierigkeiten hatte, die an sie gestellten Fragen nachzuvollziehen und zu beantworten. Gleichwohl hält der Senat nach Berücksichtigung aller dargelegten Umstände es für nicht plausibel, dass die Klägerin im Falle einer Aufklärung über die Möglichkeit einer Arthrorese ernsthaft vor der Frage gestanden hätte, ob sie die Prothese oder eine Versteifung des Fingergrundgelenks wählen soll.

3.) 105

Hinsichtlich des Klageantrages zu 3. ergeht keine Sachentscheidung. 106

Die Klägerin hat mit ihrem erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 31.10.2019 gestellten Antrag auf Verurteilung der Beklagten zu 1) zur Erteilung einer Datenauskunft zu sämtlichen bei der Beklagten zu 1) über die Klägerin vorhandenen personenbezogenen Daten eine unzulässige nachträgliche Klagehäufung vorgenommen. Für die nachträgliche Klagehäufung gelten die Vorschriften über die Klageänderung entsprechend (MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 263 Rn. 21). 107

Eine erst in der Berufungsinstanz vorgenommene Klageänderung ist gemäß § 533 ZPO nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO) und die Klageänderung auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu 108

legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO).

Die Beklagten haben in die Klageänderung nicht eingewilligt. 109

Der Antrag auf Erteilung einer Datenauskunft gemäß Art. 15 DS-GVO ist – worauf der Senat 110 sowohl in der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2019 als auch mit Beschluss vom 14.01.2020 (veröffentlicht in juris und bei beckonline, BeckRS 2020, 19103) hingewiesen hat - auch nicht sachdienlich. Die Sachdienlichkeit kann bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise nur verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt wird, ohne dass das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden kann. Die Erteilung einer Auskunft über personenbezogene Daten der Klägerin betrifft einen völlig anderen Streitstoff als den bis zur Klageänderung streitgegenständlichen Sachverhalt. Die Klägerin begehrt mit der Klage Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden wegen behaupteter Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit einer Operation ihrer rechten Hand. Nachdem zwischenzeitlich über das Vermögen des Krankenträgers, der Beklagten zu 1), das Insolvenzverfahren eröffnet war und im Hinblick auf einen Insolvenzplan der Beklagten zu 1) wieder aufgehoben wurde, hat die Klägerin ihre Klageanträge sachgemäß auf Feststellung der geltend gemachten Klageforderungen und Teilnahme an der Verteilung gemäß Insolvenzplan (hilfsweise) umgestellt. Die Erteilung einer Auskunft gemäß Art. 15 DS-GVO stellt demgegenüber einen völlig neuen Streitstoff dar. Soweit die Klägerin zur Begründung der Sachdienlichkeit der Klageänderung geltend macht, sie müsse sich, bevor sie abschließend ihre Rechte gegen die Beklagte zu 1) verfolgen könne, zunächst darüber orientieren, wie die Beklagte zu 1) – was aus der Auskunft gemäß Art. 15 Abs. 3 DS-GVO hervorgehen werde – ihre Forderung im Zusammenhang mit dem Insolvenzereignis und dem von ihr aufgestellten Insolvenzplan verarbeitet habe, ist dies nicht nachvollziehbar. Der Erfolg der Klage hängt davon ab, ob der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden gegen die Beklagten zustehen. Ein Zusammenhang zwischen den Anspruchsvoraussetzungen und personenbezogenen Daten, die die Beklagte zu 1) aufgrund des Insolvenzverfahrens oder dem Insolvenzplan verarbeitet hat, ist nicht ersichtlich und sind von der Klägerin auch nach den Hinweisen der Kammer nicht dargetan worden.

Die Klageänderung kann auch nicht auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner 111 Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 zugrunde zu legen hätte (§ 533 Nr. 2 ZPO). Nachdem die Beklagte zu 1) Auskunft über personenbezogene Daten der Klägerin erteilt hat, besteht Streit zwischen den Parteien, ob die erteilte Auskunft ausreichend ist. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte schulde auch Auskunft über interne Gutachten, über ihren Gesundheitszustand, über interne Gesprächs- und Bearbeitungsnotizen in elektronischer Form oder als Teil eines strukturierten Verzeichnisses in Papier- und Aktenform. In diesem Zusammenhang stellen sich nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Fragen, die durch den bisherigen Streitstoff nicht beantwortet werden können.

4.) 112

a) Der Klageantrag zu 4., mit dem die Klägerin die gerichtliche Feststellung begehrt, dass die 113 klageweise nicht in Anspruch genommene K als Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1) aufgrund des Insolvenzereignisses gemäß § 115 Abs. 1 Nr. 2 VVG zusammen mit den Beklagten zu 1) und 2) gesamtschuldnerisch haftet, ist – worauf der Senat ebenfalls mit Beschluss vom 14.01.2020 hingewiesen hat – unzulässig.

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegen die Voraussetzungen für die begehrte Zwischenfeststellung gemäß § 256 Abs. 2 ZPO nicht vor. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt weder ganz noch zum Teil davon ab, ob die Beklagten gemeinsam mit der nicht verklagten K als Gesamtschuldner haften.

b) Der Antrag ist zudem unbegründet. 115

Die K als Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1) haftet nicht, weil die Voraussetzungen eines Direktanspruchs gemäß § 115 Abs. 1 Nr. 2 VVG nicht erfüllt sind. Weder ist über das Vermögen der Beklagten zu 1) das Insolvenzverfahren eröffnet, noch ist der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden. Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, dass die Vorschrift des § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VVG unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes analog auf solche Fälle anzuwenden ist, in denen der Schädiger zahlungsunfähig ist (BeckOK VVG, § 115, Rn. 18), ist auch diese Voraussetzung nicht erfüllt. Die Beklagte zu 1) ist nicht zahlungsunfähig. 116

Der Antrag ist schließlich auch deswegen unbegründet, weil der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) die geltend gemachten Ansprüche nicht zustehen. Auf die Ausführungen zu Ziff. 3 der Entscheidungsgründe wird verwiesen. 117

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 118

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls. 119

Berufungsstreitwert: 59.000 € 120

Von dem Berufungsstreitwert entfallen 50.200 € auf die Berufung der Klägerin (Antrag zu 1.: 40.200 € [Schmerzensgeld: 21.000 € + Feststeller: 19.200 €]; Antrag zu 2.: kein eigener Wert; Antrag zu 3.: 5.000 €; Antrag zu 4.: 5.000 €) und 8.800 € auf die Berufung der Beklagten. 121