

fee keine vollwertige Mahlzeit darstellt und daher nicht mit einer weiteren Mahlzeit im Sinne der Tabelle 2 gleichgestellt werden kann. In den Tabellen ist ein Zuschlag für eine Tierhaltung nicht vorgesehen. Die Verköstigung von Gästen und erwachsenen Familienmitgliedern vermag eine Erhöhung der Anspruchsstufe nicht zu rechtfertigen, ebenso wenig sieht der Senat Anlass, aufgrund des vorhandenen Wäschetrockners im Hausstand der Kl. einen Abschlag vorzunehmen.

Der Arbeitsaufwand berechnet sich daher nach Anspruchsstufe 3 und einem Zuschlag von 1,15 Wochenstunden für die Gartenarbeit. Er beträgt für die volle Haushaltsführung 44,15 Wochenstunden und 32,75 für die reduzierte Haushaltsführung. Gemäß Tabelle 8 liegt der Anteil der Kl. an der Haushaltsführung bei 62,3 %, sodass von einem Aufwand von 27,4 Wochenstunden bzw. 18,4 Wochenstunden auszugehen ist. Entsprechend der prozentualen Einschränkung der Haushaltsführung vermindert sich der Wochenaufwand.

Die Zeiten für die reduzierte Haushaltsführung ergeben sich aus den von der Kl. angegebenen und durch Vorlage der Auszüge aus den Krankenakten belegten stationären Aufenthalten in den Kliniken. Aufgrund der geschilderten Beschwerden, die durch die Vorlage der Krankenunterlagen und auch durch die Aussage des Ehemanns als Zeugen für den Senat hinreichend belegt sind, ist es für den Senat gut nachvollziehbar, dass die Kl. teilweise überhaupt nicht in der Lage war, ihren Haushalt zu führen, und sie im Übrigen insbesondere durch den künstlichen Darmausgang und die ständig auftretenden Komplikationen in den von der Kl. angegebenen Zeiträumen zu den angeführten Graden nicht in der Lage war, ihren Haushalt zu führen. Daraus errechnet sich der gesamte Haushaltsführungsschaden, wobei von dem errechneten Haushaltsführungsschaden der hypothetische Haushaltsführungsschaden abzuziehen war, der bei einer ordnungsgemäßen ersten Operation entstanden wäre. Die von der Kl. hierfür angesetzten Zeiten stehen in Übereinstimmung mit den vom Sachverständigen bei komplikationsfreier Durchführung der ersten Operation genannten Rekonvaleszenzzeiten. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung von einem Stundensatz von 8,50 Euro aus. Es ergibt sich daher folgende Berechnung ...

Die erstmalige Behauptung eines unstreitigen Aufklärungsmangels in der Berufungsinstanz ist stets zuzulassen (mit Anmerkung von Cornelius Maria Thora)

BGB §§ 31, 249, 253 Abs. 2, 280 Abs. 1, 611, 823

1. Das Risiko, dass ein beabsichtigter Eingriff nicht nur erfolglos bleiben, sondern darüber hinaus zu einer Beschwerdeverschlimmerung führen kann, stellt einen aufklärungspflichtigen Umstand dar.

2. Die erstmalige Behauptung eines Aufklärungsmangels in der Berufungsinstanz ist stets zuzulassen, wenn sie unstreitig bleibt.

(377) OLG Naumburg, Urteil vom 9. 11. 2010 (1 U 44/10)

Anmerkung der Redaktion: Vgl. zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht OLG Hamm VersR 2011, 625 sowie OLG Brandenburg VersR 2011, 267.

Die Kl. nahm die Bekl. als Gesamtschuldner auf Schadenersatz und Schmerzensgeldzahlung wegen behaupteter ärztlicher Behandlungsfehler und Aufklärungsversäumnisse im Zusammenhang mit der in der Klinik der Bekl. zu 1 am 28. 8. 2002 durch den Bekl. zu 2 durchgeführten dreifachen Becken-Osteotomie sowie der postoperativen Nachbehandlung in Anspruch. Ferner begehrte sie die Feststellung der Einstandspflicht der Bekl. für sämtliche zukünftigen materiellen und immateriellen Folgeschäden aufgrund der Operation vom 28. 8. 2002.

Die Kl. leidet seit ihrer Geburt an einer spastischen Tetraplegie (krampfartige Lähmung der Gliedmaßen) mit Hüftdysplasie links (Mangelentwicklung – Abflachung – der Hüftgelenkspfanne).

Aufgrund einer Subluxation (Teilverengung) des linken Hüftgelenks sowie einer displastischen Fehlentwicklung der Hüftpfanne unterzog sie sich im Jahr 1998 im Krankenhaus C. einer Korrekturosteotomie mit Anlage einer Winkelplatte. Da

eine dauerhafte Verbesserung der Situation durch den Eingriff wegen des Grundleidens der Kl. nicht erzielt werden konnte und eine weitere kraniale Auswanderung des Hüftkopfs eintrat, sollte eine dreifache Becken-Osteotomie (Durchtrennen der Knochen mit Meißel oder Säge) durchgeführt werden mit dem Ziel, eine Überdachung des Hüftkopfs und damit eine Stabilität der Beweglichkeit der Hüftpfanne zu erreichen.

Zu diesem Zweck begab sich die Kl. am 27. 8. 2002 in das unter der Trägerschaft der Bekl. zu 1 geführte Universitätsklinikum in M. Nach einem Aufklärungsgespräch unterzeichnete die Kl. noch am gleichen Tage eine formularmäßig vorgedruckte Einverständniserklärung, die keinen Hinweis auf das Risiko einer postoperativen Verschlechterung des Beschwerdebildes enthielt.

Am 28. 8. 2002 nahm der Bekl. zu 2 die dreifache Becken-Osteotomie vor. Die Kl. wurde am 10. 9. 2002 erstmals aus dem Krankenhaus in die häusliche Pflege entlassen. Da sich die Operationsnarbe entzündete, wurde sie jedoch am 19. 9. 2002 erneut wegen der aufgetretenen Wundinfektion zur stationären Behandlung aufgenommen. Nach der Entlassung am 7. 10. 2002 war die Kl. über drei Monate bettlägerig und auf durchgängige Pflege durch ihre Familie angewiesen.

Wegen anhaltender Schmerzen konsultierte die Kl. am 12. 12. 2002 erneut das Universitätsklinikum zur Nachuntersuchung. Im Rahmen einer Röntgenuntersuchung wurde kein auffälliger Befund festgestellt. In einer Nachfolgeoperation Anfang Januar 2003 entfernte der Bekl. zu 2 die im Rahmen der Osteotomie und Osteosynthese der Erstoperation eingebrachten Stahlstifte und Schrauben aus dem Operationsfeld.

Im Anschluss an die Operation wurde der Kl. physiotherapeutische Behandlung mit Massagen verordnet, die sie bis zum heutigen Tag fortsetzt. In der Zeit vom 6. 3. bis zum 10. 4. 2003 nahm die Kl. an einer Rehabilitationsmaßnahme teil, ohne dass jedoch eine spürbare Verbesserung ihrer Mobilität und eine Stabilisierung der Stand- und Gangphasen eintrat. Das angestrebte Ziel einer Optimierung der Pfannenstellung und des CE-Winkels konnte durch die Becken-Osteotomie nicht erreicht werden.

Mit Antragschrift vom 12. 2. 2004 leitete die Kl. vor der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der Norddeutschen Ärztekammer in Hannover ein Schlichtungsverfahren ein. Auf der Grundlage des durch die Schlichtungsstelle eingeholten fachorthopädischen Gutachtens des Dr. B. vom 25. 6. 2005 und dessen ergänzender Stellungnahme vom 17. 1. 2006 gelangte die Schlichtungsstelle in ihrem Votum vom 4. 7. 2006 zu dem Ergebnis, dass der Eingriff nicht gelungen sei, und empfahl deshalb eine außergerichtliche Regulierung der für begründet erachteten Schadensersatzansprüche der Kl. Der mit der Angelegenheit für die Schlichtungsstelle insoweit betraute Dr. P. schätzte – nach eigener Auswertung der postoperativ gefertigten Röntgenkontrollaufnahmen – das Vorgehen des Bekl. zu 2 bei Durchführung der dreifachen Becken-Osteotomie in dem Abschlussbericht der Schlichtungsstelle vom 4. 7. 2006 als behandlungsfehlerhaft ein und führte die postoperativ eingetretene Verschlechterung des Gangbildes der Kl. mit der Außenrotationsfehlstellung des linken Beins zu 90 % auf den operativen Eingriff zurück. Auch nach Einsichtnahme der intraoperativ angefertigten Röntgenbilder und Auseinandersetzung mit den Einwendungen der Bekl. blieb Dr. P. bei seiner Einschätzung.

Die Kl. forderte die Bekl. erstmals mit Anwaltsschreiben vom 13. 10. 2006 auf, an sie wegen der unterlaufenen Behandlungsfehler unter dem Gesichtspunkt der Arzthaftung ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 60 000 Euro zu zahlen und die begehrte Feststellungserklärung abzugeben. Mit anwaltlichen Schreiben vom 15. 1. 2007 mahnte sie eine Schadensregulierung durch den Versicherer der Bekl. letztmalig an.

Die Kl. unterzog sich am 4. 9. 2009 einer erneuten Revisionsoperation im Klinikum D., bei der eine dreifache Becken-Osteotomie erfolgreich durchgeführt werden konnte.

Erstmals in der Berufungsinstanz trug die Kl. vor, dass sie zu keinem Zeitpunkt vor der Operation über das Risiko aufgeklärt worden sei, dass sich trotz korrekter Ausführung der Osteotomie eine derart massive Verschlechterung ihrer Stand- und Gehfähigkeit habe einstellen können.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Kl. hatte Erfolg.

Aus den *Gründen*:

Die Klage ist hinsichtlich der Klageanträge zu 1, 3 und 4 dem Grunde nach gerechtfertigt und hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 2 begründet.

I. 1. Der Erlass eines Grundurteils ist gem. § 304 ZPO gegenüber den Bekl. hinsichtlich der Anträge zu 1, 3 und 4 zulässig.

2. Hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 2 ergeht ein Teilurteil, da ein unbezifferter Feststellungsantrag nicht durch ein Grundurteil beschieden werden darf (vgl. OLG Naumburg vom 21. 1. 2010 – 1 U 66/09 – juris).

Die Zulässigkeit des Feststellungsantrags zu 2 begegnet nach § 256 Abs. 1 ZPO keinen Bedenken. ...

II. Ein für die Beschwerden der Kl. kausaler Behandlungsfehler der Bekl. hat sich zwar letztlich nicht nachweisen lassen. Der Kl. steht gegen die Bekl. als Gesamtschuldner (§ 840 BGB) jedoch ein Anspruch auf Ersatz ihrer materiellen und immateriellen Schäden wegen einer unzureichenden Aufklärung über das Risiko des Misslingens des operativen Eingriffs vom 28. 8. 2002 trotz fachgerechten Vorgehens und einer hieraus resultierenden Verschlechterung der Beschwerden aus §§ 611, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB – im Hinblick auf das Prozessrechtsverhältnis gegenüber der Bekl. zu 1 – sowie mangels wirksamer Einwilligung in den Eingriff aus unerlaubter Handlung nach §§ 823, 31, 253 Abs. 2, 249 BGB dem Grunde nach zu.

1. Im Ergebnis der vor dem Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme hat die Kl. den ihr obliegenden Beweis einer den Bekl. zurechenbaren ärztlichen Fehlbehandlung im Zusammenhang mit der am 28. 8. 2002 durchgeführten dreifachen Becken-Osteotomie allerdings nicht zu führen vermocht hat.

Auch auf der Grundlage der ergänzenden Erläuterungen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. C. hat sich weder feststellen lassen, dass der operative Eingriff eine ausreichende medizinische Indikation vermissen ließ, noch dass das unbefriedigende Behandlungsergebnis in Gestalt einer ungenügenden Hüftkopfüberdachung, die zu der aufseiten des Kl. geklagten Außendrehfehlstellung des Beins und der Einschränkung der Beugung des linken Hüftgelenks geführt hat, auf ein unsachgemäßes intraoperatives Vorgehen des Bekl. zu 2 zurückzuführen ist.

Die Kl. hat jedoch zu Recht als verfahrensfehlerhaft gerügt, dass das angefochtene Urteil eine ausreichende Auseinandersetzung mit den dem Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen Dr. C. widerstreitenden Voten des im vorprozessualen Schlichtungsverfahren mit der Schlichtungsangelegenheit betrauten Dr. P. vom 4. 7. 2006, 9. 1. und 21. 3. 2007 vermissen lässt. Der Senat hat sich deshalb zu einer Neubewertung bzw. Vervollständigung der erstinstanzlichen Sachchengrundlage durch eine ergänzende Befragung des Sachverständigen veranlasst gesehen, um die vonseiten der Kl. gerügten Widersprüche und Unstimmigkeiten zwischen den Äußerungen des gerichtlichen Sachverständigen einerseits und den Stellungnahmen des mit der Schlichtungssache betrauten Gutachters andererseits aufzuklären. Aufgrund der in sich stichhaltigen und fachlich fundierten Ausführungen des Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten vom 11. 9. 2010 und der mündlichen Anhörung des Sachverständigen hat der Senat die Überzeugung gewonnen, dass dem Bekl. zu 2 trotz des unbefriedigenden Behandlungsergebnisses ein unsachgemäßes intraoperatives Vorgehen nicht vorgeworfen werden kann. ...

2. Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche stehen der Kl. gegen die Bekl. als Gesamtschuldner aber unter dem Gesichtspunkt einer unzureichenden Aufklärung über die Erfolgsaussichten und Risiken des operativen Eingriffs aus dem Behandlungsvertrag der Parteien nach §§ 611, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB bzw. mangels einer wirksamen Einwilligung aus Delikt nach §§ 823 Abs. 1, 31, 249, 253 Abs. 2 BGB zu.

Den Bekl. ist im Streitfall eine unzureichende Aufklärung über das Misserfolgsrisiko der Operation und insbesondere die Gefahr einer Verschlimmerung der Beschwerden der Kl. vorzuwerfen mit der Folge, dass die Einwilligung der Kl. in die Ope-

ration unwirksam war und die Bekl. für die aus dem Eingriff resultierenden Gesundheitsbeschädigungen der Kl. einzustehen haben.

a) Soweit die Kl. ihren Ersatzanspruch erstmals in der Berufungsinstanz auch auf eine unzureichende Aufklärung über die Risiken einer Dreifach-Osteotomie stützt und insoweit vorträgt, dass sie vor der Operation zu keinem Zeitpunkt darüber unterrichtet worden sei, dass sich selbst bei korrekter und fehlerfreier Ausführung des Eingriffs eine massive Verschlechterung ihres gesundheitlichen Befindens habe einstellen können, ist dieses Tatsachenvorbringen zwar als neu i. S. d. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zu bewerten. Das erstmals mit der Berufung behauptete Aufklärungsversäumnis ist jedoch gleichwohl im zweiten Rechtszug – ungeachtet der Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO – zu berücksichtigen gewesen. Denn die Bekl. haben die Behauptung der Kl., sie sei über die Gefahr des Misslingens der Operation und der Möglichkeit einer Verschlimmerung ihrer Beschwerden präoperativ nicht aufgeklärt worden, weder in der Berufungserwiderung noch im Termin der mündlichen Verhandlung in Abrede gestellt. Die Bekl. haben sich im Hinblick auf die Reichweite der präoperativ durchgeführten Aufklärung lediglich auf das den Krankenakten beigefügte Einwilligungsgesamtdokument bezogen, in dem einzelne Operationsrisiken und Komplikationen handschriftlich eingefügt worden sind. Das Risiko einer massiven Verschlimmerung der Beschwerden und eines weiteren Verlustes an Mobilität geht aus dem Aufklärungsbogen hingegen nicht hervor. Der Behauptung der Kl., sie sei nicht darauf hingewiesen worden, dass selbst bei fachgerechter Ausführung des Eingriffs die Gefahr einer Verschlechterung ihrer Situation, insbesondere eines Rückschritts an Mobilität bestanden habe, sind die Bekl. nicht entgegengetreten. Das Vorbringen ist unstrittig geblieben.

Der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug gilt, auch soweit sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind, aber gerade nicht für unstrittige Tatsachen. Aus einer der Zwecke des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden Auslegung der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 ZPO folgt, dass unter „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel“ i. S. d. § 531 ZPO lediglich streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen fällt. Unstrittige neue Tatsachen können hingegen – im Interesse an einer zutreffenden Tatsachenfeststellung und damit einer materiell gerechten Entscheidung – unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO jederzeit in das Berufungsverfahren eingeführt werden und sind dementsprechend von dem Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. BGH MDR 2005, 527; VersR 2009, 1373 = NJW 2009, 2532; *Heßler* in Zöller, ZPO 28. Aufl. § 531 ZPO Rn. 20 m. w. N.).

b) Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der Kl. waren die Bekl. verpflichtet, die Kl. in angemessener Form auch darüber in Kenntnis zu setzen, dass selbst bei fehlerfreier Durchführung des Eingriffs eine Verschlechterung ihres Befindens nicht auszuschließen war und sie in diesem Fall den vorhandenen Rest an Mobilität verlieren und in ihrer Entwicklung um Jahre zurückgeworfen würde (vgl. BGH VersR 1987, 667; VersR 1981, 532; OLG Stuttgart VersR 1998, 637; OLG Hamm vom 5. 11. 2003 – 3 U 102/03 – juris; OLG Koblenz VersR 2004, 1564 = MDR 2004, 881; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht 3. Aufl. Rn. A 1060 ff.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht 6. Aufl. Kap. C Rn. 41 ff.).

Die Kl. hatte mit ihrer Behinderung jahrelang gelebt und sich auf diese eingerichtet. Der Versuch einer operativen Korrektur war bei ihr angesichts der komplexen Ausgangslage mit einem nicht unerheblichen Risiko des Fehlschlagens behaftet, was für die Kl. mit nicht unerheblichen Belastungen verbunden sein konnte, und es bestand überdies die Gefahr, die sich bei der Kl. auch verwirklicht hatte, dass sich ihr Zustand deutlich verschlechtern würde. Über diese Gefahr eines Misslingens der Operation mit der Folge einer Verschlimmerung ihrer Situation hätte die Kl. aber in angemessener Weise belehrt werden müssen, um ihr eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob sie den Eingriff wagen oder lieber abwarten und mit ihren bisherigen Beschwerden einstweilen weiterleben wollte (vgl. BGH VersR 1987, 667; VersR 1981, 532). Denn nur auf der Grundlage einer umfassenden Aufklärung über die Tragweite des Eingriffs und dessen Risiken ist die Kl. zu einer

umfassenden und informierten Risikoabwägung in der Lage gewesen, was aber eine unabdingbare Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung darstellt. Die Einwilligung der Kl. in die Operation ist nämlich nur dann geeignet, dem Eingriff als selbstbestimmte medizinische Behandlung Rechtmäßigkeit zu verleihen, wenn sie auch die Tragweite ihrer Zustimmung zur Zeit der Abgabe der Erklärung erkannte (vgl. OLG Naumburg vom 11. 7. 2006 – 1 U 1/06 – juris).

Die Bekl. waren insoweit gehalten, der Kl. alle Fakten für die Abwägung von Nutzen und Risiken der Operation im Sinne einer Schadens-Nutzen-Relation an die Hand zu geben, um sicherzugehen, dass sie sich über die Erfolgchancen der geplanten Operation und über das, was sie im Fall eines Fehlschlagens auf sich nehmen muss, keine Illusionen machen konnte. Denn es ist nicht auszuschließen, dass der Patient – angesichts des Risikos einer postoperativen Verschlimmerung seines Zustands – die bestehenden Beschwerden möglicherweise nicht als derart belastend empfindet, dass er sich einer Operation auch tatsächlich aussetzen will. Ohne entsprechende Belehrung bliebe es für einen medizinischen Laien wie die Kl. hingegen völlig überraschend, dass gerade diejenige Behandlung, von der sie sich Heilung erwartet, zu einer Verschlimmerung ihrer Beschwerden führt. Der gerichtliche Sachverständige Dr. C. hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung auf der Grundlage seiner beruflichen Erfahrungen als Oberarzt einer auf dem Fachgebiet der Osteotomie deutschlandweit renommierten Fachklinik ebenfalls bestätigt, dass es gerade angesichts der Komplexität des Eingriffs im Rahmen einer ordnungsgemäßen Aufklärung auch eines Hinweises auf das Risiko einer Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands der Kl. bedurft hätte, der hier jedoch – unstreitig – unterblieben ist.

Dieses Aufklärungsversäumnis ist den Bekl. anzulasten. Der Bekl. zu 2 durfte sich als verantwortlicher Operateur insbesondere nicht darauf verlassen, dass in dem vorausgegangenen, von dem Assistenzarzt Dr. M. geführten Aufklärungsgespräch eine ausreichende Risikoaufklärung über die Gefahr der Verschlechterung der Beschwerden erfolgt ist, zumal sich dies gerade nicht aus dem Aufklärungsbogen ergab. Wird – wie hier – aus dem Einwilligungsbogen ersichtlich, dass bestimmte, nicht unerhebliche Risiken nicht angesprochen worden sind, obliegt es dem Operateur, dies rechtzeitig nachzuholen und die Aufklärung hinreichend zu vervollständigen (vgl. BGH VersR 2007, 66 [68 f.] = NJW 2007, 217 [219]; OLG Koblenz VersR 2009, 1077 [1078 f.]; *Martis/Winkhart* aaO Rn. A 1752, A 1753).

Die unzulängliche Aufklärung durch die Bekl. hat die Rechtswidrigkeit des vorgenommenen Eingriffs zur Folge, da die ohne ausreichende Belehrung über die relevanten Risiken erteilte Einwilligung der Kl. unwirksam ist. Die Bekl. behaupten nämlich selbst auch nicht, dass die Kl. auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken in den operativen Eingriff in jedem Fall gleichwohl eingewilligt hätte. Die persönliche Anhörung der Kl. hat dem Senat ebenfalls nicht den Eindruck vermittelt, dass sie sich in der Klinik der Bekl. zu 1 durch den Bekl. zu 2 hätte operieren lassen, wenn sie um die Gefahr einer Verschlechterung ihres bisherigen Zustands gewusst hätte.

c) Der mithin nicht durch eine rechtmäßige Einwilligung der Kl. gedeckte und damit rechtswidrige Eingriff der Bekl. hat bei der Kl. auch unstreitig zu einer klinischen Verschlechterung ihres Gangbildes und der Standsicherheit geführt. Auf die Behandlung sind eine Außendrehfehlstellung des Beins sowie eine Einschränkung der Beugung der linken Hüfte zurückzuführen. Durch die veränderte Pfannenposition ist nämlich eine verstärkte Außendrehfehlstellung des Beins eingetreten. Dies ist in den Behandlungsunterlagen sowie dem Schlichtungsgutachten des Prof. Dr. B. vom 25. 6. 2005 ausreichend dokumentiert und wird von den Bekl. letztlich auch nicht in Zweifel gezogen. Eine haftungsbegründende Kausalität zwischen dem Aufklärungsversäumnis und dem primär eingetretenen Gesundheitsschaden kann hier nach alledem ohne Weiteres behauptet werden.

Da es aufgrund des Aufklärungsmangels an einer rechtswirksamen Einwilligung in die Dreifach-Beckenosteotomie gefehlt hat, kann die Kl. von den Bekl. als Gesamtschuldner nach alledem zum Ausgleich für die erlittenen körperlichen und psychischen Beeinträchtigungen dem Grunde nach ein angemessenes Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB sowie Ersatz der geltend gemachten materiellen Schäden beanspruchen.

III. Da die Höhe der auf Schmerzensgeldzahlung und Schadensersatzleistung gerichteten Ansprüche der Kl. allerdings noch einer weiteren Sachaufklärung bedarf, hat der Senat ein Grundurteil gem. § 304 ZPO und ein Teilurteil nach § 301 ZPO hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 2 erlassen.

Dem nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässigen Feststellungsantrag der Kl. ist nach dem Vorgesagten auch in der Sache ein Erfolg beschieden, weil die Kl. über die Tragweite und Risiken der Operation (Gefahr einer Verschlechterung des Beschwerdebildes auch bei kunstgerechter Ausführung des Eingriffs) nicht hinreichend aufgeklärt wurde und es insoweit an der Grundlage für eine rechtswirksame Einwilligung in die Behandlung fehlte.

Den Eintritt eines auf den operativen Eingriff zurückgehenden weiter gehenden, zukünftigen Schadens kann der Senat ausschließen, auch wenn die im Jahr 2009 in dem Klinikum D. durchgeführte Revisionsoperation erfolgreich verlaufen ist.

Anmerkung

Es ist nicht unüblich, dass der Patient im Arzthaftungsprozess entweder zugleich sowohl einen Behandlungsfehler als Letzteres eine unzureichende Eingriffsaufklärung behauptet oder diese gewissermaßen nachschiebt, wenn sich abzeichnet, dass sich ein Behandlungsfehler nicht erweisen lassen wird¹. Im vorliegenden Fall behauptete die Patientin eine unzureichende Aufklärung jedoch erstmals in der Berufungsinanz. Dies gab dem OLG Naumburg Gelegenheit, nicht nur den Aspekt einer unzureichenden Eingriffsaufklärung zu behandeln, sondern auch zu der für die Praxis wichtigen Frage² Stellung zu nehmen, ob es sich bei der Haftung aus Behandlungsfehlern einerseits und derjenigen wegen Aufklärungsmängeln andererseits um verschiedene Streitgegenstände handelt.

I. Soweit der Senat den Umfang der geschuldeten ärztlichen Aufklärungspflicht bestimmt und hiervon auch die Verpflichtung zur Aufklärung über die Möglichkeit einer Beschwerdverschlechterung umfasst sieht, ist ihm zuzustimmen. Der Patient hat seine Entscheidung über die Einwilligung in eine Behandlung im Allgemeinen auf der Basis einer hinreichenden Aufklärung über die Chancen des Eingriffs einerseits sowie die hiermit verbundenen Risiken und Komplikationsmöglichkeiten andererseits zu treffen (sogenannte informed consent [Einverständniserklärung])³. Zwar braucht der Patient nicht über alle denkbaren Details informiert zu werden, muss aber im Großen und Ganzen über Schwere und Art der denkbaren Risiken aufgeklärt sein, damit er sich ein Bild von der Bedeutung des Eingriffs und insbesondere der etwaigen Verwirklichung von Risiken für seine Lebensführung machen kann⁴. Insoweit ist das Risiko einer Beschwerdverschlechterung – zumal wenn der Patient sich, wie im vorliegenden Fall, mit seinen Beschwerden arrangiert hatte – nicht mit einem ausbleibenden Heilerfolg gleichzusetzen, sondern ein unabhängig hiervon aufklärungspflichtiger Umstand.

II. Das OLG Naumburg konnte hierüber jedoch nur auf der Grundlage der erstmals im Berufungsrechtszug erhobenen Aufklärungsrüge entscheiden und hatte daher zunächst zu prüfen, ob dieser Vortrag überhaupt zuzulassen war. Dies hat es einzig an der Novenrechtsprechung des BGH zu §§ 529, 531 ZPO gemessen, ohne § 533 ZPO anzuwenden. Dies setzt die Annahme eines einheitlichen Streitgegenstands voraus, da andernfalls der Vortrag zum Aufklärungsmangel nur unter den vom OLG Naumburg nicht thematisierten Voraussetzungen des § 533 ZPO zuzulassen gewesen wäre.

Zwar ist nach jüngerer Rechtsprechung des BGH Vortrag, der erstmals in der Berufungsinanz gehalten wird und unstreitig bleibt, unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 ZPO zu berücksichtigen⁵, da lediglich streitiges und also

1 Vgl. zur Aufklärungsfehlerrüge als Auffangtatbestand etwa *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht* 6. Aufl. 2009 Kap. XI Rn. 133.

2 So *Wagner* in *Münch. Komm. zum BGB* 5. Aufl. 2009 § 823 Rn. 831.

3 Vgl. hierzu nur *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht* 2. Aufl. 2008 § 13 Rn. 82.

4 BGH VersR 2009, 257; VersR 2000, 725 (726).

5 BGH VersR 2009, 1373 (1374); (GSZ) VersR 2008, 1708; VersR 2006, 57.

beweisbedürftiges Vorbringen unter den Begriff der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel i. S. d. § 531 ZPO falle, sodass unstreitiges Vorbringen vom Berufungsgericht stets nach § 529 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen sei⁶. Dies bezieht sich indes nur auf Angriffs- und Verteidigungsmittel. Ein Angriffsmittel in diesem Sinn ist jeglicher Vortrag zum Lebenssachverhalt, mit dem der Klageantrag begründet wird⁷. Beides zusammen, also Lebenssachverhalt (Klagegrund) und darauf gestützter Klageantrag, bildet den Streitgegenstand⁸. Jede zumindest wesentliche Veränderung des Klagegrundes verändert dessen Identität und somit auch diejenige des Streitgegenstands⁹. Entsprechender Vortrag, mit dem erstmals ein weiterer Klagegrund dargelegt wird, ist somit – auch wenn es bei dem bisherigen Klageantrag verbleibt – an § 533 ZPO zu messen, der gleichsam die Voraussetzungen des § 263 ZPO mit denen des § 529 ZPO verschränkt¹⁰.

Ob die Haftung aus Behandlungsfehlern und diejenige wegen Aufklärungsversäumnissen in diesem Sinn verschiedene Streitgegenstände darstellen, ist im Schrifttum umstritten¹¹ und wurde in der Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – nur vereinzelt diskutiert¹². Indem das OLG Naumburg entgegen § 533 ZPO weder eine entsprechende Sachdienlichkeitsprüfung vornimmt noch eine Einwilligung der Behandlerseite feststellt, lässt es erkennen, die Behauptung eines Behandlungsfehlers und die eines Aufklärungsversäumnisses als einheitlichen Lebenssachverhalt und damit als identischen Streitgegenstand anzusehen.

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Behandlungsfehler und Aufklärungsversäumnis sind wesensverschieden und unterscheiden sich bereits strukturell¹³, weshalb die hieraus abzuleitende Haftung in der Regel auch in einem Alternativverhältnis zueinander steht¹⁴; zudem können Aufklärung und Behandlung räumlich, zeitlich und personell auseinanderfallen und wären dann lediglich durch den Gesamtzusammenhang der Behandlung miteinander verbunden¹⁵. Ob Aufklärung und Behandlung in diesem Sinn in einem unmittelbaren tatsächlichen Zusammenhang stehen, wird oftmals zufällig sein, weshalb sich insoweit auch keine Einzelfallbetrachtung eignet¹⁶. Richtigerweise ist daher von unterschiedlichen Streitgegenständen auszugehen¹⁷. In diesem Sinn hat das OLG Zweibrücken¹⁸ entschieden, dass die beiden Haftungstatbestände Behandlungsfehler und Aufklärungsmangel unterschiedliche Streitgegenstände darstellen. Der daraufhin angerufene BGH hat die Frage ausdrücklich offengelassen, lässt jedoch erkennen, aus den skizzierten Erwägungen ebenfalls der Annahme unterschiedlicher Streitgegenstände zuzuneigen¹⁹.

Das OLG Naumburg hat im Meinungsstreit zum Streitgegenstand zwar – wenn auch unausgesprochen – Position bezogen, hierbei aber die Gelegenheit vertan, zur Klärung beizutragen.

Cornelius Maria Thora, Frankfurt/M.*

6 BGH VersR 2009, 1373 (1374); (GSZ) VersR 2008, 1708; VersR 2006, 57.

7 Vgl. Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl. 2010 § 282 Rn. 2.

8 So jedenfalls die herrschende Meinung (sogenannter zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff); vgl. BGH NJW 2003, 2317; 1992, 671.

9 BGH NJW 2007, 83 (84).

10 Vgl. Zöller/Greger aaO (Fn. 7) § 533 Rn. 1.

11 Vgl. Wagner aaO (Fn. 2); verschiedene Streitgegenstände; Hager in Staudinger, BGB Neubearb. 2009 § 823 Rn. I 79: einheitlicher Streitgegenstand; jeweils m. w. N.

12 OLG Zweibrücken MedR 2006, 218 und nachgehend BGH VersR 2007, 414.

13 Ebenso Tempel NJW 1980, 609 (617).

14 Vgl. BGH VersR 1992, 358.

15 Vgl. Tempel NJW 1980, 609 (617).

16 A. A. Spickhoff, Medizinrecht 2011 Kap. 80 Rn. 5, der von einer „künstlichen Auffächerung der Streitgegenstände“ ausgeht und eine Unterteilung des Streitgegenstands nur bei einer deutlichen zeitlichen Zäsur annehmen will.

17 Ebenso etwa Wagner aaO (Fn. 2); Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht 6. Aufl. 2009 E 26 S. 345; a. A. Hager aaO (Fn. 11) und Spickhoff aaO (Fn. 16); kritisch hierzu Prütting MedR 2007, 724.

18 OLG Zweibrücken MedR 2006, 218.

19 BGH VersR 2007, 414 mit Anm. Prütting MedR 2007, 724.

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Sozietät Bach, Langheid & Dallmayr, PartG, Büro Frankfurt/M.

Krankenhausaufnahmevertrag

Konsequenzen der Unwirksamkeit der ärztlichen Wahlleistungsvereinbarung für den Haftungsausschluss im gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag (mit Anmerkung von Dr. Albrecht W. Bender)

BPfIV § 22; KHEntgG § 17; BGB §§ 139, 242

1. Die nach § 22 Abs. 2 BPfIV (heute: § 17 Abs. 2 KHEntgG) erforderliche schriftliche Belehrung obliegt bei einem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag auch für die ärztlichen Wahlleistungen dem Krankenhausträger, da § 22 Abs. 2 BPfIV (heute: § 17 Abs. 2 KHEntgG) nur den Krankenhausträger verpflichtet, nicht aber den selbstliquidierenden Arzt.

2. Eine aus dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 22 Abs. 2 BPfIV (heute: § 17 Abs. 2 KHEntgG) folgende Unwirksamkeit der ärztlichen Wahlleistungsvereinbarung führt nach herrschender Rechtsprechung zum Verlust des Vergütungsanspruchs des Arztes. Die Unwirksamkeit der geschlossenen Vereinbarungen kann zwar auch dazu führen, dass der Arzt aus seiner vertraglichen Haftung entlassen wird und der Krankenhausträger im Wege eines erstarkten totalen Krankenhausaufnahmevertrags die Haftung auch für ärztliche Behandlungsfehler übernehmen muss. Dies gilt aber jedenfalls dann nicht, wenn sämtliche Beteiligte im Vertrauen auf die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Vereinbarungen gehandelt und ihre jeweiligen Leistungen bereits vollständig erbracht haben.

(378) LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 7. 4. 2011 (4 O 11065/06) – nicht rechtskräftig –

Die Kl. begehrte Schadensersatz und Schmerzensgeld unter Geltendmachung ärztlicher Behandlungsfehler.

Die im Jahr 1978 geborene Kl. litt unter einer tiefen asymmetrischen Trichterbrust rechtsseitig und einer Torsionsskoliose. Im Alter von 17 Jahren hatte die Kl. bereits ein Mammaimplantat über dem Brustmuskel der rechten Brust erhalten. Sie begab sich zur Behandlung der Trichterbrust in die Kinderchirurgie der Bekl. zu 1 als Rechtsnachfolgerin des F., deren Chefarzt der Bekl. zu 2 war.

Die Kl. schloss am 10. 3. und 5. 8. 2003 jeweils einen sogenannten gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag mit der Bekl. zu 1 ab. In diesem wird unter der Überschrift „Wahlärztliche Leistungen/Haftungsausschluss“ bestimmt:

Bei Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen ... sind die ärztlichen Leistungen nicht Gegenstand des Vertrags mit dem Träger der Klinik.

Der F. als Träger der Klinik ist lediglich Vertragspartner für die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Betreuung. Vertragspartner für ärztliche Leistungen sind nur die liquidationsberechtigten Ärzte. Der F. haftet daher nicht für Fehler des privatliquidierenden Arztes (weder vertraglich noch deliktisch). Für Fehler der von diesem persönlich geschuldeten ärztlichen Leistungen haftet allein der liquidationsberechtigte Arzt. Dies gilt auch für Fehler von Hilfspersonen (beispielsweise nachgeordneter oder konsiliarisch hinzugezogener Ärzte), deren er sich zur Erfüllung seiner persönlich geschuldeten ärztlichen Leistungen bedient.

Am 11. 3. 2003 erfolgte die Operation der Kl. nach der sogenannten „Erlanger Methode“ durch den Bekl. zu 2. Nach der Operation wurde die Kl. auf die Normalstation zur weiteren Behandlung verlegt. Am 25. 3. 2003 erfolgte aufgrund starker Schmerzen der Kl. eine Kürzung des bei der Operation am 11. 3. 2003 eingebrachten Bügels. Am 16. 3. 2003 wurde zur Behandlung eines Pleuraergusses eine Bülow-Drainage eingebracht.

Auf Anraten des Bekl. zu 2 erfolgte durch einen Anästhesisten der Bekl. zu 1 am 27. 3. 2003 ein schmerztherapeutischer Eingriff, bei welchem ein Neuralanästhetikum durch die Brust eingebracht wurde. Die Kl. wurde am 28. 3. 2003 aus der stationären Behandlung entlassen.