

## **OLG Köln: Aufklärungsversäumnis bei alternativer OP-Technik**

**Urteil vom 1.6.2005 – 5 U 91/03**

**Bestehen verschiedene Operationsmethoden mit unterschiedlichen Risiken, so sind diese dem Patienten darzustellen und mit ihm zu erörtern. In solchen Fällen obliegt die Wahl der OP- Methode nicht dem Arzt, unterfällt also nicht der Methodenfreiheit des Arztes.**

**(LG Bonn – 9 O 120/02)**

**Aus den Gründen:**

I.

Bei der Klägerin wurde im Sommer 1999 im rechten Halsbereich eine weichteildichte supraklavikuläre Raumforderung festgestellt und der Verdacht auf einen Tumor geäußert, insb. der Verdacht auf das Vorliegen einer Lymphknotenzyste eines bislang unentdeckten Primärtumors. Die Klägerin begab sich am 17.8.1999 zur Abklärung in die stationäre Behandlung der HNO-Abteilung des Evangelischen Krankenhauses C. H.. Leiter der HNO-Abteilung ist der Beklagte zu 1), der Beklagte zu 2) ist dort Oberarzt . Trotz intensiver Untersuchungen der in Frage kommenden Körperregionen wurde ein Primärtumor nicht entdeckt. Der Versuch, über den Rachenraum den Tumor zu erreichen, missglückte. Daraufhin rieten die Beklagten, eine supraklavikuläre Tumorexstirpation über die rechte Halsseite vorzunehmen. Diese Operation wurde am 24.8.1999 durch beide Beklagte durchgeführt. Es zeigte sich ein Tumor im Bereich des Plexus brachialis, den die Beklagten in toto herauslösten, wobei sie einen Teil des Nervengewebes bewusst durchtrennten, um hinreichenden Zugang zum Tumor zu haben.

Die histologische Untersuchung des Tumors ergab, dass es sich um ein gutartiges Neurinom handelte. Durch die Durchtrennung der Nerven kam es bei der Klägerin zu einer Plexuslähmung des rechten Armes. Im September 1999 ließ die Klägerin in der Neurochirurgischen Klinik der Medizinischen Hochschule I. eine Rekonstruktion der Nerven durchführen.

Die Klägerin, die vor Klageerhebung erfolglos die Gutachterkommission für Behandlungsfehler eingeschaltet hat, hat behauptet, die Behandlung durch die Beklagten sei fehlerhaft erfolgt. Es sei schon fehlerhaft gewesen, die Operation

überhaupt zu übernehmen, da dies in den Fachbereich eines Neurochirurgen gefallen sei. Es sei auch die Qualität des Tumors vor der Entschließung zur Operation nicht hinreichend abgeklärt worden. Sie sei über die Risiken einer Lähmung nicht aufgeklärt worden, ebenso wenig über die Möglichkeiten weiterer Diagnostik, notfalls auch intraoperativ. Fehlerhaft sei auch gewesen, nicht sofort nach dem Durchtrennen der Nerven eine Rekonstruktion vorzunehmen. Die Klägerin hat behauptet, für einen Zeitraum von sechs bis acht Monaten unter einer vollständigen Lähmung des Armes gelitten zu haben. Erst danach habe sich der Zustand nach und nach gebessert, allerdings sei eine vollständige Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit bis heute nicht eingetreten und auch nicht zu erwarten. Sie leide auch seitdem unter permanenten Schmerzen. Sie hat weiter behauptet, materielle Schäden i.H.v. 17.909,79 € erlitten zu haben. Wegen der Begründung und Berechnung dieser Schäden wird auf die gewechselten Schriftsätze, insb. auf S. 20 ff. der Klageschrift verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie Schmerzensgeld in einer Höhe, die in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 25.000 €, sowie Schadensersatz i.H.v. weiteren 17.909,79 € zu zahlen, festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr auch jeden weiteren – materiellen wie immateriellen – Schaden zu ersetzen, der aus der Operation vom 24.8.1999 im Zusammenhang mit der dabei erfolgten Schädigung des Plexus brachialis rechts entsteht.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben behauptet, die Behandlung sei fehlerfrei erfolgt. Es habe eine Operationsindikation bestanden. Der Nervenstrang habe durchtrennt werden müssen, weil der Tumor unmittelbar vom Nerv ausgegangen sei und hiervon nicht zu isolieren gewesen sei. Die Folgen seien daher unausweichlich gewesen. Es sei auch richtig gewesen, mit der Rekonstruktion noch zuzuwarten. Die Klägerin sei ausreichend über die Risiken der Operation, insb. auch diejenige einer Lähmung des Armes, aufgeklärt worden.

Die Kammer hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen. Behandlungsfehler lägen nicht vor und auch die Aufklärung der Klägerin

sei nicht zu beanstanden. Wegen aller Einzelheiten wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Mit der hiergegen eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Klageziele unverändert weiter. Sie rügt im Hinblick auf einen nach wie vor von ihr angenommenen Behandlungsfehler eine unzureichende Tatsachenaufklärung, insb. das unterlassene Hinzuziehen eines Neurochirurgen. Das Gutachten des erstinstanzlich beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. N. könne nicht überzeugen, was durch Vorlage einer Entscheidung der niedersächsischen Schlichtungsstelle untermauert wird. Es sei unzutreffend, dass die Durchtrennung des Nervenstranges unumgänglich gewesen sei. Die Frage, um welche Art von Tumor es sich gehandelt habe, sei nicht hinreichend geklärt worden. Solange nicht sicher festgestanden habe, dass es sich um einen bösartigen Tumor handele, sei die Entfernung unter bewusster Durchtrennung von wichtigen Nerven unvertretbar gewesen. Es treffe nicht zu, dass es sich um einen Tumor des Nervs selbst gehandelt habe. Vielmehr handele es sich um einen Tumor der Nervenscheide, der durchaus unter Schonung des Nervs hätte entfernt werden können, zumindest für einen Neurochirurgen. Die Klägerin hält auch ihren Vortrag zur unzureichenden Aufklärung aufrecht und vertieft ihn. Sie habe die Ausführungen des aufklärenden Arztes wegen unzureichender Deutschkenntnisse nicht richtig verstanden. Ihrer Bitte, ihren Ehemann deswegen hinzuziehen zu dürfen, habe man nicht entsprochen. Keinesfalls sei eine Aufklärung im Hinblick auf weitere Möglichkeiten der Untersuchung des Tumors und über die Möglichkeit, ggf. weiter zuzuwarten, erfolgt. Man hätte es ihr überlassen müssen, sich ggf. lieber von einem Neurochirurgen operieren zu lassen.

Die Beklagte tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen und verteidigt das angefochtene Urteil. Sie halten insb. an der Auffassung fest, sie hätten von einem bösartigen Tumor ausgehen dürfen, so dass ihr Vorgehen medizinisch zu beanstanden sei.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses wird Bezug genommen auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T. vom 3.12.2004 (460 ff. GA) und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.4.2005 (512 ff. GA). Wegen aller Einzelheiten des Parteivorbringens wird Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze und deren Anlagen.

Die zulässige Berufung hat in der Sache zumindest teilweise Erfolg. Die Beklagten haften der Klägerin für die Folgen der im Rahmen der Operation vom 24.8.1999 durchgeführten Durchtrennung des Nervengeflechts zwar nicht aus dem Gesichtspunkt des Behandlungsfehlers, wohl aber wegen unzureichender Aufklärung über die Möglichkeit alternativer Behandlungsmethoden aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung auf Schadensersatz und Schmerzensgeld (§§ 823, 840, 847 a.F. BGB). Die Beklagten mussten bei der Operation vom 24.8.1999 davon ausgehen und gingen auch davon aus, dass der bei Klägerin entdeckte Tumor sowohl bösartig als auch gutartig sein konnte. Sie durften sicherlich davon ausgehen, dass die Wahrscheinlichkeit für einen bösartigen Tumor deutlich höher war als diejenige für einen gutartigen. Dies haben letztlich alle mit der Sache befassten Sachverständigen so gesehen. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die Möglichkeit eines harmlosen Neurinoms (oder eines anderen gutartigen Tumors) von vornherein in Betracht zu ziehen war, wie der Sachverständige Prof. Dr. T. sowohl in seinem schriftlichen Gutachten als auch im Rahmen der mündlichen Erläuterung klar und überzeugend ausgeführt hat. Es war das „ganze Spektrum der Möglichkeiten“ in Betracht zu ziehen, vom gutartigen Neurinom und Neurofibrom über deren bösartigeren Verwandten (neurogene Sarkome) und eine Reihe seltenerer Läsionen (so das schriftliche Gutachten Bl. 2 f.). In der mündlichen Anhörung hat der Sachverständige ausdrücklich bestätigt: „Es ist richtig, dass in der damaligen Situation sowohl mit einem bösartigen als auch mit einem gutartigen Tumor zu rechnen war, dass jedenfalls das Vorliegen eines gutartigen Tumors nicht auszuschließen war“.

Dass die Beklagten das Vorliegen eines gutartigen Tumors von vornherein ausgeschlossen hätten und ausschließlich von einem bösartigen Tumor ausgingen, ergibt sich auch aus ihrem eigenen Vortrag nicht, so dass sich nicht die Frage eines Diagnosefehlers stellt. Unstreitig war die Klägerin unter dem Verdacht einer supraklavikulären Lymphknotenmetastase, aber ausdrücklich mit der Bitte um Probeentnahme mit histologischer Abklärung des Tumors durch ihren Hausarzt eingewiesen worden. Ausgangspunkt war also ein bloßer Verdacht auf einen bösartigen Befund bei offenem Ergebnis. Die insb. bei den Beklagten selbst durchgeführten Untersuchungen (Magen-Darm-Trakt, Brust, Geschlechtsorgane) erbrachten nichts, was an dieser Sachlage etwas entscheidend änderte. Es wurde intensiv nach einem Primärtumor geforscht, aber keiner gefunden. Man entschied sich nach gynäkologischem Konsil für die Entfernung *und histologische Abklärung* des Tumors, wie die Beklagten ausdrücklich haben vortragen lassen (Klageerwiderung, Bl. 2 unten).

Unmissverständlich ist schließlich der Operationsbericht selbst, der in der Diagnose von einem Tumor „unklarer Dignität“ spricht. Das bedeutet aber nichts anderes, als dass man in der gegebenen Situation keine weitere Möglichkeit zur Abklärung sah, und dass man bei deutlich größerer Wahrscheinlichkeit für einen bösartigen Tumor den (vermeintlich) sichersten Weg gehen wollte, nämlich den der Entfernung des Tumors. Die Darstellung des Beklagten zu 1) im Rahmen der mündlichen Anhörung, er sei davon ausgegangen, dass ein bösartiger Tumor vorliege, wäre damit unvereinbar, wenn er damit gemeint haben sollte, dies sei seine für gesichert gehaltene Diagnose gewesen. Es war gerade nichts gesichert, sondern allenfalls „überwiegend wahrscheinlich“. Dass vor diesem Hintergrund die von den Beklagten gewählte Vorgehensweise fachärztlichem Standard nicht entsprochen habe, hat die Beweisaufnahme letztlich nicht ergeben. Alle Sachverständigen, sowohl diejenigen der Gutachterkommission als auch der erstinstanzlich tätige Sachverständige Prof. Dr. N. als auch der zweitinstanzliche Sachverständige Prof. Dr. T., haben die Indikation für die Operation bei dieser Sachlage bejaht. Eine weitere Abklärungsmöglichkeit, etwa durch Probenbiopsie, haben die Sachverständigen einmütig verneint. Der Auffassung, eine solche Operation habe durch einen HNO-Spezialisten erst gar nicht übernommen werden dürfen, weil er hierzu nicht hinreichend qualifiziert sei, haben die Sachverständigen ebenfalls einhellig verneint. Dies ergebe sich schon daraus, dass die weit überwiegende Zahl der Tumore bösartig sei und dass insoweit Operationen in den Bereich der HNO-Ärzte fallen. Die Hinzuziehung eines Neurochirurgen sei ebenfalls nicht geboten gewesen. Eine solche vorsorgliche Beziehung sei im normalen Krankenhausbetrieb unrealistisch. Dies alles erscheint dem Senat letztlich als einleuchtend, so dass hier kein Anlass besteht, den Sachverständigen insoweit nicht zu folgen.

Entscheidende Bedeutung kam der Frage zu, ob bei unklarer, nicht eindeutiger Ausgangslage hinsichtlich der Bösartigkeit des Tumors die von den Beklagten gewählte radikale Operationsmethode unter bewusster Durchtrennung eines Nervenstranges des Plexus brachialis standardgerecht war. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. T. sowohl im schriftlichen Gutachten als auch in der mündlichen Anhörung ausgeführt, dass die Vorgehensweise eindeutig nicht zu beanstanden gewesen sei, falls die Bösartigkeit festgestanden hätte, was hier allerdings nicht der Fall war. Die Frage, wie bei einem eindeutig gutartigen Tumor nach dem Standard des Jahres 1999 hätte vorgegangen werden müssen, hat der Sachverständige nicht eindeutig beantworten können. Insbesondere konnte er nicht sicher sagen, ob der im schriftlichen Gutachten für die heutige Zeit maßgebliche Standard auch schon zur Zeit der hier interessierenden

Operation galt. Festgelegt hat er sich allerdings insoweit, als das Fortfahren mit einer radikalen, nervenschädigenden Operation bei eindeutig als gutartig erkanntem Tumor fehlerhaft gewesen wäre. Hier hätten dann die im schriftlichen Gutachten näher dargelegten schonenderen Methoden angewandt werden müssen (übersichtliche Darstellung des Tumors, vorsichtiges Lösen passierender Nerven vom Tumor, Eröffnen der Tumorkapsel an einer ungefährlichen Stelle, Präparieren der gesamten Oberfläche des Tumors, Abschieben der umfassenden Nervenfasern, Überprüfen der Funktionsfähigkeit etwa eintretender Nervenstränge, Durchtrennen des Nervenstranges nur bei Funktionslosigkeit) oder es hätte, falls sich eine schonende Ablösung ausnahmsweise nicht als möglich herausgestellt hätte, eine allenfalls teilweise Entfernung des Tumors unter Schonung des Nervs erfolgen müssen, oder die Operation hätte abgebrochen und einem Neurochirurgen überlassen werden müssen. Bei Zweifelsfällen, die ebenfalls in Betracht zu ziehen gewesen wären, hätte der Sachverständige die Klärung über einen Schnellschnitt (Biopsie während der Operation) für richtig und indiziert gehalten. Er hätte sie selbst auch in jedem Fall durchgeführt. Er könne aber, so der Sachverständige, das Unterbleiben einer solchen Klärung nicht als Behandlungsstandard bezeichnen, da insb. unter Onkochirurgen die Auffassung sehr verbreitet sei, ein etwaiger bösartiger Tumor könne nun erst recht streuen. Auch wenn er selbst diese Auffassung nicht teile, habe er zur Kenntnis zu nehmen, dass sie in weiten Kreisen vertreten werde und Gültigkeit beanspruche, solange sie nicht wissenschaftlich widerlegt sei, was bislang nicht geschehen sei. Es sei daher durchaus möglich und nicht fehlerhaft, dass von vornherein auf die Abklärung ganz verzichtet und mit der radikalen Operation fortgefahren werde, wie die Beklagten es hier getan haben. Das allerdings – so der Sachverständige unmissverständlich – hänge letztlich auch alles davon ab, was mit dem Patienten abgesprochen sei.

Zusammengefasst bedeutet dies: Es lag eine letztlich unklare Situation vor. Es gab die Möglichkeit, eine Klärung im Verlauf der Operation herbeizuführen, was dann zu einer Änderung des Konzepts der radikalen Operation hätte führen müssen, wenn der Tumor als zweifelsfrei gutartig erkannt wurde, was er unstreitig auch war. Es gab andererseits die (behandlungsfehlerfreie) Möglichkeit, auf eine Klärung zu verzichten, wegen der etwa mit der Klärung selbst verbundenen Gefahren, und die radikale Operation, wie von vornherein geplant, fortzusetzen.

Damit war aber die Möglichkeit zweier echter Behandlungsalternativen gegeben, über die die Klägerin vor Beginn der Operation hätte aufgeklärt werden müssen.

Behandlungsalternativen liegen vor, wenn es mehrere medizinisch indizierte und übliche

Behandlungsmethoden gibt, die unterschiedliche Risiken oder Erfolgchancen haben (BGH v. 7.4.1992 -- VI ZR 216/91, MDR 1992, 1131 = NJW 1992, 2354; v. 14.1.1997 -- VI ZR 30/96, MDR 1997, 352 = NJW 1997, 1637; v. 17.2.1998 -- VI ZR 42/97, MDR 1998, 654 = NJW 1998, 1784; v. 22.2.2000 -- VI ZR 100/99, MDR 2000, 700 = NJW 2000, 1788; OLG Köln VersR 1999, 1484). Immer dann, wenn der Patient eine echte Wahlmöglichkeit hat, muss er zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts in die Lage versetzt werden, eigenständig zu entscheiden, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen soll und in welchem Zeitpunkt er sich auf welches Risiko einlassen will (BGH v. 14.2.1989 -- VI ZR 65/88, MDR 1989, 624 = NJW 1989, 1533, sowie die oben zitierten Entscheidungen). Hier waren unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten gegeben, die medizinisch indiziert und vertretbar waren. Dies war zum einen die konsequent radikale Operation unter Durchtrennung von Nerven bei Inkaufnahme des Funktionsverlustes auf die „Gefahr“ hin, bei Vorliegen eines gutartigen Neurinoms im Ergebnis unverhältnismäßig vorgegangen zu sein. Dies war zum anderen die Abklärung der Qualität des Tumors innerhalb der Operation mit der Folge, dass bei Gutartigkeit eine schonende Entfernung versucht und bei deren Unmöglichkeit es bei einer teilweisen Entfernung belassen oder die Operation insgesamt abgebrochen wurde, wobei in Kauf genommen wurde, dass sich der Tumor als bösartig herausstellte und die Gefahr der Streuung vergrößert wurde. Keinesfalls handelt es sich hier lediglich um die Frage der technischen Vorgehensweise, die der Wahl des Behandlers überlassen ist und keiner gesonderten Aufklärung bedarf. Bezeichnenderweise hat auch der Sachverständige die von den Beklagten gewählte Vorgehensweise davon abhängig gemacht, was mit dem Patienten insoweit im einzelnen abgesprochen sei. Die beiden Alternativen waren mit der Klägerin damit in einem vertrauensvollen, persönlichen Gespräch zu erörtern. Es genügte nicht, die Gefahr einer zurückbleibenden Lähmung und weitere operationstypische Risiken der radikalen Operation anzusprechen. Diese Aufklärung über die Eingriffsrisiken hat mit der Frage der zu erörternden Behandlungsalternative nichts zu tun.

Dass über die Behandlungsalternativen nicht aufgeklärt wurde, ist unstrittig. Die Beklagten behaupten selbst nicht, eine schonendere Methode für den Fall einer etwaigen Gutartigkeit zur Diskussion gestellt zu haben. Sie tragen selbst nur vor, hinreichend über die Risiken des (radikalen) Eingriffs aufgeklärt zu haben. Nur dies ergibt sich auch aus dem Aufklärungsbogen vom 17.8. und 23.8.1999 (45, 45R GA). Sie tragen selbst vor, es sei der Entschluss zur Tumorexstirpation gefasst und über „Durchführung, Risiken und Folgen“ aufgeklärt worden (S. 3 der Klageerwiderung; S. 6/7

der Berufungserwiderung). Inwieweit dies tatsächlich geschehen ist und ob die Klägerin, wie sie behauptet, nicht in der Lage war, dies richtig zu verstehen, ist für die Entscheidung nicht von Bedeutung.

Aufklärungspflichtig waren beide Beklagte. Die Aufklärungspflicht trifft jeden Arzt für die Behandlungsaufgabe, die er durchführt, insb. den Operateur für die mit der Operation verbundenen Fragen (OLG Hamm v. 3.3.1993 -- 3 U 269/92, VersR 1994, 815). Dass hier möglicherweise ein dritter Arzt die Aufklärung durchgeführt hat, entlastet die Beklagten nicht. Sie mussten der individuellen Situation mit den Behandlungsalternativen dadurch Rechnung tragen, dass sie entweder selbst mit der Klägerin die Operation besprachen, oder den Aufklärenden genau ins Bild setzten, denn es ging hier nicht nur darum, über die „Standardrisiken“ aufzuklären.

Aufgrund der fehlenden Aufklärung über die Möglichkeit einer anderen Vorgehensweise während der Operation liegt eine wirksame Einwilligung in die Operation nicht vor und der Eingriff war rechtswidrig. Dass der Eingriff zur Schädigung des Nervenplexus führte, steht ebenfalls fest. Es ist unstrittig, dass es zur Durchtrennung der Nerven gekommen ist, und dass dies die Ursache der Armhebeschwäche der Klägerin war. Die Möglichkeit, dass schon der gutartige Tumor den Nerv „zerstört“ gehabt hätte, scheidet aus, da die Klägerin unstrittig vor der Operation nicht an einer Plexuslähmung litt. Ebenfalls nicht strittig, jedenfalls aber durch das Gutachten des erstinstanzlichen Sachverständigen Prof. Dr. N. und durch die vorgelegten Behandlungsunterlagen bewiesen, ist, dass die Folgen der Durchtrennung der Nerven nur teilweise wieder behoben werden konnten.

Dass diese Folgen auch dann eingetreten wären, wenn der rechtswidrige Eingriff unterblieben wäre, ist nicht bewiesen und kann auch nicht bewiesen werden. Dies wäre der Fall, wenn feststünde, dass das Neurinom zwingend früher oder später hätte entfernt werden müssen und zwar genau in dem Umfang und auf die Weise, wie durch die Beklagten geschehen. Dafür spricht indes nichts. Aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T. ergibt sich, dass Neurinome eine denkbar gute Prognose haben, dass sie in 80 % der Fälle ohne jede Schädigung eines Nerven zu entfernen sind, dass selbst dann, wenn die Verbindung zur Nervenwurzel besonders fest ist, jedenfalls eine Funktionsbeeinträchtigung regelmäßig vermieden werden kann und notfalls eine vollständige Entfernung unterbleiben kann. Diese Ausführungen in Zweifel zu ziehen, besteht kein Anlass.

Die Beklagten können sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Eingriff sei in jedem Fall durchgeführt worden, denn die Klägerin hätte ihre Einwilligung auch dann erteilt,

wenn sie über die Alternativmöglichkeiten ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Dabei geht der Senat davon aus, dass in Konstellationen wie der Vorliegenden an die Plausibilität des Entscheidungskonfliktes keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Der Fall ist nicht vergleichbar dem, wo eine Operation wenn schon nicht zwingend, so doch jedenfalls vernünftig und angezeigt ist, wo Leidensdruck besteht und das Risiko der Verwirklichung einer mehr oder minder seltenen Komplikation gegen die Chance einer Heilung des Leidens abzuwägen ist. Hier geht es vielmehr darum, ob das Risiko einer von vornherein gefahrenträchtigen Operation auch dann noch in Kauf genommen werden soll, wenn die Chance besteht, intraoperativ auf eine weniger gefährliche Methode überzuwechseln, allerdings unter Inkaufnahme eines möglicherweise erforderlichen zweiten Eingriffs oder der möglichen weiteren Erhöhung eines (dann allerdings ohnehin schon sehr hohen) Risikos der Streuung eines Krebses. Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat keinen Hehl daraus gemacht, dass er das Risiko einer weiteren Streuung für „äußerst gering“ – im Grunde für nicht gegeben – halte, er hat auch keinen Hehl daraus gemacht, dass er eine solch radikale Operation unter Verzicht auf eine intraoperative Abklärung des Tumors selbst definitiv nicht vorgenommen, erst recht nicht fortgesetzt, hätte – er konnte sich lediglich nicht dahin verstehen, die Wahl dieser Methode als fehlerhaft anzusehen. Dann aber geht es um einen Entscheidungskonflikt, der von vornherein offenkundig und einleuchtend ist. Dass ein Patient sich in einer solchen Situation, wo die Gefahr einer Armlähmung hoch ist, diejenige einer weiteren Streuung eines (dann ja ohnehin schon metastasierenden) Krebses aber sehr gering ist, das Bedürfnis hat, sich zunächst mit Angehörigen und/oder anderen Ärzten zu beraten, liegt förmlich auf der Hand. Es ging um die Klärung, ob sich der Tumor – wie zunächst vermutet – als bösartige Metastase eines unbekanntes, bösartigen Primärtumors darstellte, und wenn ja, ihn so rasch und gründlich wie möglich zu entfernen. Es ging nicht darum, einen ggf. auch gutartigen, harmlosen Tumor „um jeden Preis“ zu entfernen. Vor diesem Hintergrund sind die eher allgemeinen, knappen und scheinbar etwas widersprüchlichen Äußerungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung durchaus als ausreichend plausibel gemachter Entscheidungskonflikt anzusehen. Sie hat ausgeführt, sie sei von einem gutartigen Tumor ausgegangen und davon, dass die Operation letztlich harmlos sei; sie hätte sich aber, hätte man ihr die Möglichkeiten im Einzelnen aufgezeigt, für eine Operation durch einen Neurochirurgen entschieden. Diese Äußerungen sind im Zusammenhang zu sehen mit ihrem durchgehenden (streitigen) Vortrag, sie sei auch über die Risiken der Operation nur ganz unzureichend und in verharmlosender Form aufgeklärt worden. Sie

widersprechen keineswegs der Annahme, sie hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Operation in der später durchgeführten Form widersprochen.

Für die Folgen der rechtswidrigen Operation schulden die Beklagten der Klägerin ein Schmerzensgeld (§ 847 BGB a.F.), das der Senat mit 15.000 € für erforderlich, aber auch für ausreichend hält. Maßgeblich für die Bemessung des Schmerzensgeldes sind Art, Ausmaß und Dauer der Schmerzen, Leiden und sonstigen Beeinträchtigungen. Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Klägerin für einen geraumen Zeitraum von über einem halben Jahr mit einer vollständigen bzw. jedenfalls sehr weitgehenden Lähmung des rechten Armes betroffen war. Die Durchtrennung des Nervengewebes war mit erheblichen und lang andauernden Schmerzen verbunden. Die Klägerin schwebte eine nicht unerhebliche Zeit in Ungewissheit und Angst, ob sich die Lähmung wieder zurückbilden würde. Unmittelbare Folge des Eingriffs war die Notwendigkeit eines weiteren erheblichen operativen Eingriffs (Nervenplastik) mit einem Krankenhausaufenthalt, entsprechenden Leiden und entsprechenden sonstigen Beeinträchtigungen. Folge war ferner eine Vielzahl von notwendigen Behandlungsmaßnahmen, insb. regelmäßiger Krankengymnastik. All dies ist durch die vorgelegten Krankenunterlagen, sonstigen Belege (Rechnungen etc.) und durch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N. hinreichend belegt und kann vom Senat zugrunde gelegt werden. Folge war schließlich auch ein sehr langandauernder Schmerzzustand, der die regelmäßige Einnahme starker Schmerzmittel erforderlich machte, wie sich aus den Behandlungsunterlagen von Dr. V. ergibt. Zu berücksichtigen sind ferner und insb. Dauerfolgen. Diese liegen hier – abgesehen von den Schmerzen – insofern vor, als die Klägerin trotz relativ erfolgreicher Rekonstruktion des betroffenen Nervs nicht wieder die volle Funktionsfähigkeit des rechten Armes erlangt hat und diese wohl auch nicht mehr erlangen wird. Auch dies ergibt sich hinreichend aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N.. Allerdings sind diese Beeinträchtigungen nicht so umfangreich nachgewiesen wie von der Klägerin behauptet. So hat der Sachverständige festgestellt, dass entgegen der Darstellung der Klägerin die grobe Kraft in beiden Armen gleich sei, und dass auf Aufforderung eine weitergehende Beweglichkeit zu erreichen war, als zunächst demonstriert. Dass die Klägerin bestimmte Bewegungen, die eine gewisse Geschicklichkeit erfordern, nicht mehr ausführen kann (etwa das Schließen von Kleidung auf dem Rücken), ist nachvollziehbar, nicht hingegen, dass die Klägerin nicht in der Lage sein soll, zu bügeln, zu putzen, Staub zu saugen oder sich die Haare zu fönen. Insgesamt ist nach dem Urteil aller Mediziner davon auszugehen, dass die Nervenplastik einen guten Erfolg gezeigt hat, und die

zurückbleibenden Dauerfolgen eher geringfügiger Natur sind. Insofern kann das Schmerzensgeld bei weitem nicht die Größenordnung erreichen, dass für den Fall einer kompletten und andauernden Plexuslähmung zu zahlen wäre.

Hinsichtlich des geltend gemachten Verdienstausfalls ist die Klage i.H.v. 4509,59 € begründet. Der Senat legt hier die Angaben der Klägerin zugrunde, dass sie bei der Privatklinik E. auf 630 DM-Basis beschäftigt gewesen sei. Dass dies von den Beklagten bestritten werden sollte, vermag der Senat nicht zu erkennen. Die Dauer der Erwerbsunfähigkeit setzt der Senat mit 14 Monaten an. Bei einer Operation, bei der es nicht zu einer Durchtrennung der Nerven gekommen wäre, wäre die Klägerin, wie der Sachverständige Prof. Dr. T. ausgeführt hat, etwa zwei Monate arbeitsunfähig gewesen (also September und Oktober 1999). Im Übrigen schätzt der Senat (§ 287 ZPO) auf der Grundlage der ärztlichen Unterlagen, der Tatsache, dass sie sich weiter fortlaufend in Behandlung befand und entsprechend arbeitsunfähig geschrieben wurde und danach ihre Arbeit wieder aufgenommen hat, die Dauer der faktischen Arbeitsunfähigkeit auf den Zeitraum bis zum 31.12.2000, den sie auch tatsächlich mit der Arbeit ausgesetzt hat. Die Angaben, dass der Arm für etwa 8 Monate weitgehend oder (jedenfalls zu Beginn) gar vollständig gelähmt gewesen sei und erst nach und nach wieder die weitgehende Funktionsfähigkeit erlangt habe, sind überwiegend wahrscheinlich.

14 Monate zu je 630 DM ergeben 8.820 DM oder 4509,59 €

Den Anspruch auf den Mehrbedarfsschaden schätzt der Senat auf insgesamt 2.970 €. Dass die Klägerin nach der weitgehenden Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des rechten Armes in nennenswertem Umfang häusliche Verrichtungen wie Bügeln oder Putzen nicht mehr ausführen könne, ist nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N. nicht ersichtlich und damit nicht bewiesen. Es besteht insoweit auch kein Anlass, den als Zeugen benannten Ehemann dazu zu vernehmen, ob und in welchem Umfang tatsächlich eine Hilfskraft eingestellt wurde, und welche Aufwendungen dafür entstanden sind. Es mag der Klägerin durchaus geglaubt werden, dass im vorgetragenen Umfang eine Hilfskraft beschäftigt wurde und wird. Beweisen muss sie indes, inwieweit dies auch aus medizinischer Sicht erforderlich war und auf die Operation vom 24.8.1999 zurückzuführen ist. Hierzu kann nur auf die ärztlichen Dokumentationen bzw. die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens zurück gegriffen werden. Nach dem oben Dargelegten erscheinen die von der Klägerin angesetzten 9 Stunden für die ersten acht Monate sicherlich als angemessen, der reduzierte Umfang von 7 Stunden für weitere vier Monate als überwiegend wahrscheinlich. Der Stundensatz von 9 € ist ebenfalls angemessen. Für die Zeit danach

ist eine nennenswerte Beeinträchtigung bei der häuslichen Arbeit aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. N. nicht überwiegend wahrscheinlich, so dass danach keine weiteren Ansprüche in Betracht kommen. Damit errechnet sich der Anspruch wie folgt:

35 Wochen à 7 Stunden zzgl. 17 Wochen à 5 Stunden = 330 Stunden à 9 € = 2.970 €

Die Kosten, die die Klägerin im Hinblick auf die Begleitung durch ihren Ehemann geltend macht, schätzt der Senat auf pauschal 400 €. Die Begleitung eines Angehörigen, dessen rechter Arm praktisch funktionslos ist, zu einem längeren stationären Aufenthalt, ist angebracht, die dafür notwendigen Aufwendungen sind ersatzfähige

Mehraufwendungen i.S.v. § 249 BGB. Nicht angemessen und nicht erstattungsfähig sind allerdings die Unterbringungskosten des Ehemannes während des

Krankenhausaufenthaltes. Die Klägerin war insoweit nicht auf Hilfe angewiesen. Das Leisten psychischen Beistandes ist bei einer erwachsenen Person nicht

erstattungsfähig. Allerdings hätten sich dann die Reisekosten des Ehemannes durch weitere Hin- und Rückfahrten vermehrt. Bei dem Ansatz von 400 € (für je zwei Hin- und Rückfahrten) orientiert sich der Senat an den vorgelegten Belegen.

Erstattungsfähig sind ferner die Kosten für den Kuraufenthalt in C. O. in der geltend gemachten Höhe (2453,68 DM = 1254,55 €). Die Notwendigkeit der Kurbehandlung, die die Beklagten auch nicht ausdrücklich bestritten haben, ist überwiegend wahrscheinlich.

Aus dem Abschlussbericht von Dr. W., der sich bei den Behandlungsunterlagen des Dr. V. befindet, ergibt sich, dass die Kur im wesentlichen der Behandlung der Plexusparese (bzw. einer damit zusammenhängenden psychischen Erschöpfung) diene. Die Kosten dafür sind hinreichend belegt.

Hinreichend belegt und sachlich berechtigt sind auch die Eigenanteile von Krankengymnastik und Medikamenten i.H.v. 767,66 DM = 392,50 €.

Nicht gerechtfertigt sind die Kosten, die die Klägerin für Dr. L. aufgewandt hat. Zum einen lässt sich den Rechnungen nicht hinreichend der Ursachenzusammenhang zum schädigenden Ereignis entnehmen. Zum anderen hat Dr. L. nach den Sätzen der GOÄ – mit entsprechenden Steigerungssätzen – abgerechnet. Die Klägerin verstößt aber gegen ihre Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB), wenn sie als Kassenpatientin sich privat behandeln und entsprechend liquidieren lässt.

Nicht gerechtfertigt sind die Kosten für die Einholung eines privaten Gutachtens. Es ist nicht erkennbar, dass dieses für eine sachgerechte Rechtsverfolgung notwendig war.

Insgesamt belaufen sich die erstattungsfähigen materiellen Positionen damit auf 9.526,64 €.

Der Feststellungsantrag ist zwar zulässig, aber nicht begründet. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass derzeit keine Beeinträchtigungen fortbestehenden, die Ansprüche (etwa auf Verdienstaufschlag oder auf schadigungsbedingte Mehraufwendungen) rechtfertigen. Eine Wahrscheinlichkeit für einen künftigen Schadenseintritt lässt sich dem Vorbringen der Klägerin konkret auch nicht entnehmen. Die bloße theoretische Möglichkeit, dass sich die ihr Gesundheitszustand noch einmal wegen des schädigenden Ereignisses vom 24.8.1999 verschlechtern könnte, genügt nicht. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.