

Gericht: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 1. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 28.07.2017
Aktenzeichen: 1 U 140/16
ECLI: ECLI:DE:OLGNAUM:2017:0728.1U140.16.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Normen: § 630e BGB, § 823 Abs 1 BGB

Arzthaftung: Ursächlichkeit unterlassener Aufklärung für die Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach durchgeführtem operativen Eingriff

Leitsatz

Das Unterlassen gebotener Aufklärung des Patienten über bestehende Behandlungsalternativen (hier transduodenale Papillenresektion neben der offenen chirurgischen Sanierung des Gallengangs nach Whipple-Kausch) ist für die nach dem durchgeführten operativen Eingriff eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten nur dann ursächlich, wenn pflichtgemäßes Handeln des Arztes diesen Schaden verhindert hätte, was der Patient darzulegen und zu beweisen hat.(Rn.112)

Verfahrensgang

vorgehend LG Magdeburg, 2. November 2016, 9 O 915/12

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 2.11.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (9 O 915/12) einschließlich des zugrundeliegenden Verfahrens aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

und beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 260.000, -- Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Beklagten zu 1) und zu 2) sind die Kranken- bzw. die Pflegeklasse des Zeugen N. T. . Der Zeuge befand sich im Zeitraum von November 2003 bis Oktober 2005 zu verschiedenen medizinischen Behandlungen bei der Beklagten. Im Zusammenhang mit diesen Behandlungen stehend behauptet die

- 2 **Klägerin zu 1)**, Aufwendungen in Höhe von **159.617,07 Euro** getätigt zu haben. Im Einzelnen:

- 3
 - (1) Stationäre Behandlung

- 30.3.2005 bis 17.6.2005	(K 1)	57.754, -- Euro
- 25.7.2005 bis 30.7.2005	(K 2)	1.286,96 Euro
- 5.8.2005 bis 20.10.2004	(K 4)	46.324,75 Euro
- 11.9.2006 bis 22.9.2006	(K 5)	4.739,01 Euro
- 24.12.2014 bis 5.1.2015	(K 6)	2.963,85 Euro
("H. Klinik ")		
- 7.2.2015	(K 7)	864,16 Euro
("H. Klinik ")		
- 7.2.2015 bis 13.2.2015	(K 8)	6.254,76 Euro
 - (2) Kurbehandlung

- 20.10.2005 bis 23.11.2005	(K 34)	4.931,36 Euro
-----------------------------	--------	---------------
 - (3) Hilfsmittel

-	(K 10)	408,91 Euro
-	(K 11)	395,84 Euro
-	(K 12)	101,77 Euro
-	(K 13)	
-	(K 14)	
-	(K 15)	834,69 Euro
-	(K 16)	393,43 Euro
-	(K 17)	321,15 Euro
-	(K 18)	192,36 Euro
-	(K 19)	249,90 Euro
-	(K 31)	1.137,45 Euro (Bl. 51 II)
 - (4) Häusliche Krankenpflege

-	(K 20)	11,07 Euro
		44,28 Euro
 - (5) Heilmittel

-	(K 21)	1.534,36 Euro (Bl. 52 II)
---	--------	---------------------------
 - (6) Fahrtkosten

-	(K 22)	5.623,46 Euro (Bl. 53 II)
---	--------	---------------------------
 - (7) Härtefallkosten (§ 62 SGB V)

-		665,81 Euro (Bl. 53 II)
---	--	-------------------------

(8) Ambulante Behandlung

- (K 24) 2.669,03 Euro (Bl. 54/55 II)

(9) Krankengeld

- 8.3.2005 bis 31.12.2005 (K 25/K 32) 15.976,38 Euro (Bl. 55 II)

- 1.1.2006 bis 31.1.2006 (K 25/K 32) 1.638,30 Euro (Bl. 56 II)

- 1.2.2006 bis 23.2.2006 (K 25/K 32) 1.208,19 Euro (Bl. 56 II)

18.822,87 Euro

./.. Rentenerstattung

599,57 Euro (Bl. 56 II)

18.223,30 Euro

(10) Arzneimittel

- (K 26) (Bl. 56 - 58 II)

4 Die **Klägerin zu 2)** behauptet Aufwendungen in Höhe von insgesamt **70.844,24 Euro**.

5 Im Einzelnen:

6 (1) Häuslicher Beratungseinsatz

- (P 1) (Bl. 59 II)

(2) Pflegehilfsmittel

- (K 27/K28) (Bl. 59 II)

(3) Pflegegeld

- (K 29) (Bl. 60 II)

(4) Beitrag Rentenversicherung
Pflegeperson

- (K 30) (Bl. 60 II)

7 Die Klägerinnen tragen vor, dass ihnen infolge einer (teilweise grob) fehlerhaften Behandlung des Zeugen sowie aus der Unterlassung einer gebotenen Aufklärung bei der Beklagten die vorstehend vereinzelt Aufwendungen entstanden seien. Die Klägerinnen stellen darüber hinaus einen **Feststellungsantrag** und verlangen Ersatz von **vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten** in Höhe von **4.345,88 Euro**.

8 Im Einzelnen tragen sie vor:

9 (1) **21.11.2003 bis 18.12.2004**

- 10 In diesem Zeitraum sei der Zeuge mehrfach im Zusammenhang mit Beschwerden im Bereich
- 11 - Gallenblase und
- 12 - Bauchspeicheldrüse
- 13 bei der Beklagten in stationärer Behandlung gewesen. Dabei seien Teile von Polypen abgetragen worden, ohne dass ihre Beseitigung gelungen wäre.
- 14 Bei einer Kontrolluntersuchung am 16./17.12.2004 hätten sich im Gallengang erneut Polypenanteile gezeigt. Da eine weitere endoskopische Abtragung als nicht erfolgversprechend verworfen worden sei, habe man die Indikation für einen operativen Eingriff gestellt.
- 15 Bei Vorstellung des Zeugen am 19.1.2005 habe sich gezeigt, dass dieser infolge von koronaren Beschwerdebildern aktuell nicht operationsfähig gewesen sei, sodass der Eingriff verschoben worden sei.
- 16 Am 19.1.2005 sei nach einem **Aufklärungsgespräch** mit der Zeugin Dr. H. vom Zeugen ein Aufklärungsbogen betreffend
- 17 - Pankreasresektion
- 18 - Pankreatektomie
- 19 unterzeichnet worden. Handschriftlich seien einige seltene Risiken in den Bogen eingetragen worden. Über Behandlungsalternativen, nämlich
- 20 - endoskopische Papillotomie und
- 21 - transduodenale Papillotomie,

- 22 sei der Zeuge nicht aufgeklärt worden.
- 23 Am **31.3.2005** sei bei dem Zeugen ein Eingriff gemäß dem "Whipple-Kausch-Verfahren" durchgeführt worden.
- 24 Nach der Operation sei der Zeuge zunächst auf die Intensivstation verlegt worden, wobei sich die weitere Behandlung als schwierig erwiesen habe. Bei bestehender Restpankreatitis sei es zu einem Flüssigkeitsdefizit gekommen, sodass
- 25 - der Kreislauf medikamentös habe unterstützt werden müssen und
- 26 - ein Nierenersatzverfahren erforderlich geworden sei.
- 27 Der Zeuge sei darüber hinaus mit dem Antibiotikum Pazobac behandelt worden.
- 28 Insgesamt habe sich beim Zeugen unmittelbar postoperativ eine äußerst instabile Situation ergeben (dazu: Sachverständigengutachten PD Dr. Sch. S. 5/6 [Bl. 94f. I]), die zu einem Revisionseingriff (bei Entscheidung zur Relaparotomie) am **7.4.2005** geführt habe.
- 29 Am **17.6.2005** sei der Zeuge aus der stationären Behandlung entlassen worden.
- 30 In der Zeit vom **25.7.2005 bis 30.7.2005** und vom **5.8.2005 bis 12.8.2005** hätten sich kurzfristige stationäre Aufenthalte angeschlossen, während derer auch chirurgische Eingriffe vorgenommen worden seien.
- 31 Am **24.8.2005** habe sich der allgemeine Zustand des Zeugen erheblich verschlechtert. Er habe ein hirnorganisches Psychosyndrom erlitten. Ursache im konkreten Fall sei eine MRSA-Infektion mit einer Staphylokokkensepsis gewesen. Dies habe die Notwendigkeit einer einwöchigen Intensivtherapie mit
- 32 - Antibiotikumgabe,

- 33 - Bluttransfusion und
- 34 - unterstützender Flüssigkeits- und Ernährungsbehandlung
- 35 zur Folge gehabt.
- 36 Vom **1.10.2005 bis 20.10.2005** habe sich eine Behandlung in der geriatrischen Abteilung bei schwerer septischer Enzephalopathie mit hirnorganischer Funktionseinschränkung und Polyneuropathie und Muskelatrophie angeschlossen.
- 37 Vom **20.10.2005 bis 23.10.2005** habe sich weiter eine Rehabilitationsbehandlung in einer Klinik für Geriatrie angeschlossen.
- 38 Die Klägerinnen sind insoweit der Ansicht:
- 39 (1) Die Aufklärung vom 19.1.2005 (für den Eingriff vom 31.3.2005) sei unzureichend gewesen.
- 40 (1.1.) Es habe ein erhöhtes Mobilitäts- und Mortalitätsrisiko bestanden; dabei sei
- 41 (1.2.) der operative Eingriff nicht alternativlos gewesen. Tatsächlich sei bei Durchführung einer
- 42 - endoskopischen Papillektomie oder einer
- 43 - transduodenalen Papillenresektion
- 44 ein besseres Ergebnis bei geringerem Risiko erzielbar gewesen. Darüber sei der Zeuge aber nicht aufgeklärt worden.

- 45 (2) Da die tatsächlich durchgeführte Operation nicht indiziert gewesen sei, weil sie nicht geeignet gewesen sei, das Operationsziel zu erreichen, sei der Eingriff selbst grob fehlerhaft gewesen.
- 46 (3) Grob fehlerhaft sei darüber hinaus auch das postoperative Behandlungsgeschehen gewesen.
- 47 Es habe eine Indikation zu einer Revisionsoperation bereits vor dem 7.4.2005 bestanden. Die Revision erst am 7. postoperativen Tag sei chirurgisch nicht mehr verständlich.
- 48 Das gesamte weitere Geschehen (septisches Multiorganversagen/Langzeittherapie) sei auf dieses Unterlassen zurückzuführen und müsse dem Eingriff vom 31.3.2005 als kausale Folge zugeordnet werden.
- 49 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.
- 50 Sie bestreitet sowohl einen Aufklärungs- als auch einen Behandlungsfehler:
- 51 Bei Berücksichtigung der Vorerkrankung und der bis dahin erfolgten Behandlung sei der Eingriff vom 31.3.2015
- 52 - (zu ergänzen: nach Whipple-Kausch) indiziert gewesen und auch
- 53 - lege artis durchgeführt worden.
- 54 Die Komplikationen seien schicksalhaft gewesen, wobei der Zeuge auf diese Risiken auch hingewiesen worden sei.
- 55 Die postoperative Behandlung sei ordnungsgemäß gewesen.
- 56 Die Beklagte bestreite zudem die Kausalität zwischen den

- 57 - behaupteten Behandlungsfehlern und der
- 58 - aufgetretenen Bauchspeicheldrüsenentzündung nebst den aufgetretenen Nachfolgekomplikationen.
- 59 Zur Höhe der geltend gemachten Ansprüche fehle es an hinreichendem Vortrag dazu, warum die behaupteten Aufwendungen gerade den behaupteten Aufklärungs- und Behandlungsfehlern zuzuordnen seien.
- 60 Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrages der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil.
- 61 Das Landgericht hat auf der Grundlage des Beweisbeschlusses vom 10.12.2012 (Bl. 65f. I) ein Sachverständigengutachten eingeholt, das PD Dr. R. Sch. mit Datum vom 2.7.2013 zunächst schriftlich erstattet (Bl. 90ff. I) und sodann im Termin vom 17.6.2015 (Bl. 32ff. II) mündlich erläutert hat. Das Landgericht hat weiter den Zeugen N. T. gehört (Bl. 167ff. II).
- 62 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:
- 63 Es liege grundsätzlich ein Aufklärungsfehler vor, weil die Beklagte den Zeugen vor dem Eingriff vom 31.3.2005 - unstrittig - nicht über Behandlungsalternativen aufgeklärt habe. Als Alternativen hätten zum Operationszeitpunkt drei Varianten zur Verfügung gestanden, die für den Patienten mit
- 64 - unterschiedlichen Belastungen und
- 65 - unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen
- 66 verbunden gewesen seien, und zwar

- 67 - die endoskopische Behandlung,
- 68 - die transduodenale chirurgische Papillenresektion und
- 69 - der Eingriff nach "Whipple-Kausch".
- 70 Dabei sei der Eingriff nach "Whipple-Kausch" mit dem größten Risiko behaftet, biete aber auch die größte Chance zur definitiven Sanierung des Gallengangs. Zwar habe sich der Meinungsstand nach dem streitgegenständlichen Eingriff in Richtung auf den "Whipple-Kausch-Eingriff" verdichtet. Bezogen auf den Zeitpunkt des Eingriffs selbst hätten aber beide Eingriffsmöglichkeiten ("Whipple-Kausch" und transduodenale Papillenresektion) zur Behandlung eines Papillenadenoms noch als gleichwertig alternativ nebeneinander gestanden. Damit liege bezogen auf den Zeitpunkt des streitgegenständlichen Eingriffs ein Aufklärungsmangel vor.
- 71 Die Anhörung des Zeugen T. habe auch ergeben, dass er sich bezogen auf die Behandlungsalternativen im Zeitpunkt der Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden habe.
- 72 Da er
- 73 - grundsätzlich Angst vor Operationen habe,
- 74 - hätte er bei grundsätzlich gleichwertigen Methoden die Risikoärmere gewählt, und zwar
- 75 - auch dann, wenn man ihm klar gemacht hätte, dass
- 76 - die Chance auf einen Behandlungserfolg bei der risikoärmeren Methode geringer und
- 77 - das Risiko einer bösartigen Entartung höher sei.

- 78 Da ein Aufklärungsmangel anzunehmen sei, schulde die Beklagte den Ersatz sämtlicher kausal daraus entstandener Kosten und Folgekosten. Unter Berücksichtigung von § 287 ZPO sei nicht erkennbar, dass die Klägerinnen Kosten geltend machen würden, die sich nicht kausal auf das streitgegenständliche Operationsgeschehen zurückführen ließen, zumal die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt habe. Gerade die Beklagte sei in der Lage gewesen, die einzelnen Positionen substantiiert zu bestreiten.
- 79 **Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung,** die sie im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 80 1. Aufklärungsmangel
- 81 (1) Es könne der Behandlerseite (theoretisch gesprochen) im Hinblick auf den Umfang der Aufklärungspflicht nicht angelastet werden, wenn eine Behandlungsmethode angewendet worden sei, die im Zeitpunkt der Behandlung zwar nicht ordnungsgemäß gewesen sei (was bezogen auf den konkreten Fall nicht einmal zutreffe), sich aber durch einen späteren Wechsel der medizinischen Auffassung - im Nachhinein - als richtig herausgestellt habe.
- 82 Diese Ansicht (unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literaturstellen; BB S. 3/Bf. 21 II), die zur Problematik der Änderung des Behandlungsstandards vertreten werde, müsse unmittelbar auch auf den Aufklärungsumfang angewendet werden, da beide Gesichtspunkte nicht isoliert voneinander betrachtet werden könnten. Neben der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts diene die Aufklärung gerade dem Informationsbedürfnis des Patienten (dazu auch Schriftsatz vom 13.7.2017 [S. 6]), der aber kein Interesse daran haben könne, über eine vermeintliche Alternative aufgeklärt zu werden, die tatsächlich (nach besserer medizinischer Erkenntnis) überhaupt nicht bestanden habe, vorliegend also, dass sich die "Whipple-Kausch-Methode" (zumindest im nachhinein) als alternativlos herausgestellt habe.
- 83 (2) Festzuhalten sei, dass
- 84 (2.1.) die (vom Landgericht erwähnte) endoskopische Papillektomie nach den Bekundungen des Sachverständigen schon zum Operationszeitpunkt keine Alternative mehr dargestellt habe.
- 85 (2.2.) Für die transduodenale Papillenresektion habe dies, jedenfalls bezogen auf den konkreten Fall des Zeugen T. , ebenfalls gegolten. So habe der Sachverständige anlässlich seiner Anhörung durch das Landgericht (Bl. 32R II) bekundet, dass eine konservative

Vorgehensweise nicht mehr möglich gewesen, sondern eine Operation erforderlich gewesen sei. Dann aber könne die transduodenale Papillenresektion keine (zu ergänzen: aufklärungsbedürftige) Alternative zum Eingriff nach "Whipple-Kausch" darstellen. Da die Ausführungen des Sachverständigen - jedenfalls, wenn man ihnen den Aussagewert wie es das Landgericht tue, beimesse (unter Hinweis auf Bl. 33 II) - einen Wertungswiderspruch enthielten, sei eine erneute Anhörung des Sachverständigen zwingend erforderlich gewesen.

- 86 (3) Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerinnen einen Entscheidungskonflikt des Zeugen T. bewiesen hätten. Der Sachverständige habe bekundet, dass in 83% der Fälle mit einer bösartigen Entartung eines Adenoms zu rechnen sei. Auf diesen Vorhalt habe der Zeuge bekundet, dass er nicht wisse, wie er sich dann entschieden haben würde. Auch der Hinweis auf die bestehende "Operationsangst" überzeuge im Hinblick auf einen Entscheidungskonflikt nicht. Es werde daher die erneute Vernehmung des Zeugen beantragt.
- 87 2. Kausalität:
- 88 Das Landgericht habe zudem fehlerhaft die Kausalität bejaht. Die Klägerinnen müssten den Nachweis führen, dass die eingetretenen Komplikationen, also die Bauchspeicheldrüsenentzündung und ihre Folgen, auf die Operationsmethode als solche und nicht auf die Operation insgesamt zurückzuführen seien. Zu dieser Frage verhalte sich der Beweisbeschluss des Landgerichts indes überhaupt nicht, sodass die Frage vom Sachverständigen auch nicht beantwortet worden sei.
- 89 3. Schadenshöhe:
- 90 Völlig unzureichend seien die Feststellungen des Landgerichts zur Schadenshöhe, zumal sich der Vortrag der Klägerseite in der schlichten Behauptung erschöpfe, dass sämtliche Aufwendungen auf die vermeintlich fehlerhafte bzw. rechtswidrige Operation zurückzuführen sei.
- 91 Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungsbeurteilung vom 9.2.2017 (Bl. 27ff. III) und den Schriftsatz vom 13.7.2017 (Bl. 77ff. III).
- 92 Die Beklagte beantragt,

- 93 1. das am 2.11.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (9 O 915/12) abzuändern und die Klage abzuweisen,
- 94 und hilfsweise
- 95 2. das am 2.11.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (9 O 915/12) aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
- 96 Die Klägerinnen beantragen,
- 97 die Berufung zurückzuweisen.
- 98 Sie verteidigen das angefochtene Urteil und wiederholen und vertiefen ihren Vortrag aus erster Instanz.
- 99 Mit dem Landgericht müsse davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich des Inhalts der Aufklärung auf den Zeitpunkt der Aufklärung bzw. den Zeitpunkt des Eingriffs abgestellt werden müsse. Das Landgericht habe auch zutreffend das Vorliegen eines Entscheidungskonfliktes für den Zeugen T. bejaht.
- 100 Mit dem Sachverständigen könne man allenfalls die Aussage treffen, dass eine transduodenale Papillenresektion entweder endoskopisch oder offen-chirurgisch (gemeint also nach "Whipple-Kausch") entfernt werden könne, die Wahl indes maßgeblich von Lage und Größe des Adenoms und seiner Neigung zur Malignität beeinflusst werde. Der Sachverständige habe insoweit aber ausgeführt, dass Kenntnisse über die Größe des Adenoms vor dem Eingriff überhaupt nicht vorgelegen hätten, und die Entscheidung zur Methode offensichtlich im Hinblick auf die Meinung des Internisten getroffen worden sei, dass der Befall des Gallengangs endoskopisch nicht mehr abtragbar sei. Zudem hätten sich keine Hinweise auf ein malignes Adenom ergeben.
- 101 Die Unkenntnis darüber, in welcher Länge der Gallengang befallen gewesen sei, "beweist gerade das unsachgemäße Vorgehen der Beklagten". Es werde daher bestritten, dass die Whipple-Kausch-Operation überhaupt indiziert gewesen sei, ohne Erhebung von Befunden zur Gallengangstruktur.

- 102 Der Berufung könne vor diesem Hintergrund auch insoweit nicht gefolgt werden, soweit dort behauptet werde, dass die transduodenale Papillenresektion überhaupt nicht in Betracht gekommen wäre.
- 103 Es werde zudem die Aussagekraft von statistischen Werten, dass sich in 63% bzw. 83% der Fälle aus einem benignem ein malignes Adenom entwickle, bestritten, die daher auch keine Bewertungsgrundlage für einen Entscheidungskonflikt beim Zeugen T. darstellen könnten.
- 104 Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte den klägerischen Vortrag zur Höhe des Schadens nicht substantiiert bestritten habe.
- 105 Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungserwiderung vom 6.4.2017 (Bl. 63ff. III).
- 106 Im Termin vom 28.7.2017 haben die Klägerinnen erklärt, dass ihr Berufungsvorbringen nicht so verstanden werden könne, dass sie erstinstanzlich gerügte Behandlungsfehler fallen lassen wollten (Bl. 93 III).

II.

- 107 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Auf den gestellten Hilfsantrag der Beklagten ist das Urteil des Landgerichts einschließlich des zugrunde liegenden Verfahrens aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
- 108 Das Urteil des Landgerichts beruht auch aus seiner materiellen Sicht auf wesentlichen Verfahrensmängeln. Da letztlich überhaupt keine Feststellungen zum entscheidungserheblichen Sachverhalt getroffen wurden, entbehrt das angefochtene Urteil einer Tatsachengrundlage, die es dem Berufungsgericht ermöglichen würde, die Einwände der Berufung anhand von § 513 Abs. 1 ZPO zu überprüfen. Das Urteil des Landgerichts ist daher - einschließlich des zugrundeliegenden Verfahrens - aufzuheben, und die Sache ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO).
- 109 Als Haftungstatbestand nimmt das Landgericht (allein) einen Aufklärungsmangel an.

- 110 Zum Zeitpunkt des Eingriffs vom 31.3.2005 habe neben dem beim Zeugen T. tatsächlich durchgeführten Eingriff nach "Whipple-Kausch" als echte Behandlungsalternative auch die Möglichkeit einer transduodenalen Papillenresektion bestanden, worüber der Zeuge - was als solches unstreitig ist - nicht aufgeklärt worden sei.
- 111 Diesen materiellen Ausgangspunkt des Landgerichts hat der Senat (unabhängig von der Frage, ob dies zutreffend ist oder nicht, wozu das Landgericht im Verlauf des Verfahrens weitere Feststellungen zu treffen haben wird) im Rahmen der Prüfung eines wesentlichen Verfahrensmangels zu unterstellen. Die Frage, ob das Verfahren des ersten Rechtzuges an einem wesentlichen Mangel leidet, ist vom materiell-rechtlichen Standpunkt des erstinstanzlichen Richters aus zu beurteilen (allg. Meinung; z.B. Zöller/Heßler ZPO, 31. Aufl., § 538, Rn. 10 m.w.N.). Verfahrensfehlerhaft wird das Vorgehen des erstinstanzlichen Richters dann, wenn er den Kern des Parteivorbringens verkennt und eine entscheidungserhebliche Frage verfehlt (BGH, Urteil vom 5.4.1990 - III ZR 4/89 - [NJW-RR 1990, 1500, 1501]; Urteil vom 19.3.1998 - VII ZR 116/97 - [NJW 1998, 2053]; Wiczorek/Schütze/Gerken ZPO, 4. Aufl., § 538, Rn. 18). Ist daher in erster Instanz aufgrund des Verfahrensfehlers die Aufklärung des streitigen Sachverhalts unterblieben und wäre deshalb in der Berufungsinstanz ein solcher Aufwand zu betreiben, dass das Berufungsgericht in seiner rechtsfehlerkorrigierenden Aufgabe beeinträchtigt würde, ist es keineswegs ermessensfehlerhaft, die Sache an die erste Instanz zurückzugeben (Senat, Urteil vom 21.11.2013 - 1 U 28/13 - [BauR 2014, 1361 - LS -]).
- 112 Das Landgericht verkennt vollständig, dass der Aufklärungsmangel an sich nicht haftungsbegründend ist. Besteht die Pflichtverletzung in einer Unterlassung,
- 113 *vorliegend also in der unterbliebenen Aufklärung über die (nach Ansicht des Landgerichts bestehende) Alternative einer transduodenalen Papillenresektion,*
- 114 ist dies für den Schaden nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens,
- 115 *der doch sämtlich (oder doch überwiegend) in der Verschlechterung des Gesundheitszustands beim Zeugen T. in der Zeit nach dem 24.8.2005 liegen soll,*
- 116 verhindert hätte. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt regelmäßig der Geschädigte (= Klägerinnen) (BGH, Urteil vom 7.2.2012 - VI ZR 63/11 - [z.B. BGHZ 192, 298]; Rn. 10 in der Zitierung nach juris).

- 117 Dazu hat das Landgericht keinerlei Feststellungen getroffen, obgleich die Beklagte in erster Instanz mehrfach vorgetragen hat (Klageerwiderung S. 14 [Bl. 45 I]; Schriftsatz vom 16.9.2013, S. 5 [Bl. 137 I]), dass die von den Klägerinnen behaupteten Folgen auch bei Durchführung der transduodenalen Papillenresektion (also der von den Klägerinnen behaupteten Alternative) eingetreten wären. Damit hat das Landgericht die Stoßrichtung des Verteidigungsvorbringens der Beklagten "im Kern" verkannt und hat dazu unter Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör jegliche Sachaufklärung unterlassen. Dazu hätte aber jeder Anlass bestanden. Denn: Grund für die gravierende Gesundheitsverschlechterung **ab dem 24.8.2005** war nach den Feststellungen des Sachverständigen (SV S. 8 a.E. - Bl. 97 I -) eine Staphylococcen Sepsis mit Multiorganversagen. Die Ursache dafür ist ungeklärt. Der Sachverständige hat dazu ausgeführt:
- 118 *Die Gründe für die Entstehung der zweiten Staphylokokkensepsis mit Intensivpflichtigkeit und erneuter Beatmung ca. 2 Monate nach primärer Entlassung bleibt(en) relativ unklar (SV S. 21, unterer Abs.).*
- 119 Die an sich schon schwierige postoperative Behandlung nach dem Eingriff vom 31.3.2005 (Revisionseingriff vom 7.4.2005) war am 17.6.2005 beendet. Es folgten zwei weitere stationäre Aufenthalte bei der Beklagten, nämlich:
- 120 - 25.7.2005 bis 30.7.2005:
- 121 Bei nachgewiesener Anastomoseninsuffizienz erfolgte die Drainage eines Pleuraergusses mit Pleurodese mittels Doxycylin (SV S. 8 Oben).
- 122 - 5.8.2005 bis 12.8.2005:
- 123 (SV S. 8 - mittlerer Absatz): Befunde (insbesondere Sepsismarker) unauffällig.
- 124 - ab 12.8. 2005
- 125 Internistische Behandlung bei der Beklagten mit folgender Entwicklung:

- 126 - steigende Entzündungsparameter,
- 127 - antibiotische Monotherapie,
- 128 - Entzündungsfokus nicht feststellbar;
- 129 - keine Abszendierung nachgewiesen.
- 130 Erst **dann** folgt das Geschehen ab dem 24.8.2005.
- 131 Der (kausale) Zusammenhang mit dem Eingriff vom 31.3.2005 ist damit auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landgerichts nicht geklärt. Oder genauer bezogen auf den Aufklärungsmangel gefragt: Wären die Folgen (alle oder einige?) bei unterstellter
- 132 - Aufklärung auch über die Alternative "transduodenale Papillenresektion"
- 133 - und Durchführung dieses Eingriffs
- 134 verhindert worden?
- 135 In diesen Zusammenhang gehört auch der Einwand der Berufung, dass beim Zeugen T. rein tatsächlich am 31.3.2005 die Möglichkeit zu einer duodenalen Papillenresektion überhaupt nicht (mehr) bestanden habe. Dies rückt - bezogen auf einen Aufklärungsmangel - die Problematik in den Mittelpunkt, ob eine Aufklärungspflicht über eine (theoretisch bestehende) Alternative auch dann anzunehmen ist, wenn sie rein tatsächlich bei einer ex-post-Betrachtung nicht gegeben war.
- 136 Die Berufung bezieht sich dabei (BB S. 3 - Bl. 21 II -) auf Urteile des
- 137 OLG Köln (Urteil vom 20.7.2011 - 5 U 83/09 - [z.B. MedR 2012, 405]; Rn. 26 in der Zitierung nach juris; Urteil vom 18.4.2012 - 5 U 172/11 - [z.B. ArztR 2013, 44]; Rn. 29 in der Zitierung nach juris) im Verhältnis zu: BGH, Urteil vom 18.3.2002 - VI ZR 266/02 - [z.B.

MDR 2003, 685]; Rn. 19 in der Zitierung nach juris) - Stichworte: Subjektive Entscheidungsfreiheit vs. objektives Informationsbedürfnis.

- 138 Dazu wird das Landgericht Feststellungen zu treffen haben (dazu auch die Beklagte im Schriftsatz vom 13.7.2017; S. 6).
- 139 Das Landgericht wird im Hinblick auf die Erklärung der Klägerinnen im Termin vom 28.7.2017 (Bl. 93 III) im Blickfeld zu behalten haben, dass weiter auch Behandlungsfehler (z.B. Indiziertheit des Eingriffs) geltend gemacht werden. Da allerdings nicht gänzlich klar ist, worin diese Behandlungsfehler (auch vor dem Hintergrund der Ausführungen im bislang vorliegenden Sachverständigengutachten dazu [dort S. 18ff.]) aus Sicht der Klägerinnen genau liegen sollen, werden die Klägerinnen ihren Vortrag dazu zu präzisieren haben.
- 140 Völlig unzureichend sind weiter die bisherigen Feststellungen des Landgerichts zur Schadenshöhe (bei einer unterstellten Haftung dem Grunde nach). Das Landgericht führt aus (LGU S. 9):
- 141 *Die Klägerinnen haben nach Hinweis der Kammer zur Schadenshöhe und den einzelnen Kostenpositionen weiter vorgetragen und entsprechende Belege vorgelegt. Aus dem Vortrag und dem Inhalt der vorgelegten Unterlagen lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Klägerinnen mit den hier geltend gemachten Beträgen Schadenspositionen beziffert haben, die sich nicht kausal auf das streitgegenständliche Schadensereignis zurückführen lassen.*
- 142 Das ist zur Feststellung eines kausal auf dem Eingriff vom 31.3.2005 beruhenden Schadens **gänzlich** unzureichend, wofür beispielhaft angeführt sei:
- 143 Die Klägerin zu 1) macht (Bl. 44/45 II) in einer Größenordnung von 110.000, -- Euro (das sind nahezu 70% ihrer Klageforderung) die Rückzahlung von Behandlungskosten geltend, die an die Beklagte gezahlt wurden. Verletzt der Arzt seine ärztliche Aufklärungspflicht (und das ist der materielle Standpunkt des Landgerichts), bleibt sein Vergütungsanspruch grundsätzlich bestehen, wenn der Eingriff erfolgreich verläuft (zur Problematik Martis/Winkhard Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Anm. R 28ff.). Der Eingriff war (offensichtlich) aus der bisherigen Sicht des Landgerichts erfolgreich. Die postoperativ eingetretenen Folgen beruhten nicht auf einem Behandlungsfehler, und die postoperativen Maßnahmen waren offenbar auch nicht fehlerhaft oder wurden verspätet ergriffen (dazu: SV S. 18ff. - Bl. 107/108 I -). Jedenfalls hat das LG dazu keinerlei - entgegenstehenden - Feststellungen getroffen.

- 144 Auch der bisherige Sachvortrag der Klägerinnen zur Schadenshöhe ist (selbst gemessen an § 287 ZPO) unzureichend. Der Vortrag erschöpft sich in der Vorlage von Abrechnungen, die sich auf den Zeugen T. beziehen. Es sind aber nur solche Schadenspositionen ersatzfähig, die kausal auf dem Eingriff vom 31.3.2005 beruhen sollen. Das können auch Kosten im Zusammenhang mit der aufwändigen Nachbehandlung sein, müssen es aber nicht automatisch. Den Klägerinnen wird Gelegenheit zu geben sein, ihren bisherigen Vortrag grundlegend zu ergänzen. Das Landgericht wird sodann zu prüfen haben, ob (bei Annahme einer Haftung dem Grunde nach) insoweit weitere - gutachterliche (Kausalität) - Feststellungen zu treffen sind.
- 145 Dass eine aufwändige Beweisaufnahme durchzuführen wäre, wenn der Senat die erforderliche Sachaufklärung selbst betreiben würde, versteht sich nach den vorstehenden Ausführungen von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführungen.
- 146 Zwar soll auch das zugrundeliegende Verfahren nur dann aufgehoben werden, wenn die erstinstanzlich getroffenen Feststellungen - weil sie ihrerseits fehlerhaft zustande gekommen sind - nicht weiterhin Entscheidungsgrundlage sein können (Zöller/Heßler a.a.O., Rn. 57). Dies trifft isoliert betrachtet auf die Feststellungen des Sachverständigen nicht zu. Nur: Die an ihn gerichtete Fragestellung im Beweisbeschluss vom 10.12.2012 (Bl. 65f. I) verkürzt bezogen auf die Aufklärungsfrage die rechtliche Problematik, sodass sich eine Ergänzung unter anderer Blickrichtung quasi als "Nachbesserung" (bezogen auf die Fragestellung, nicht bezogen auf die bisherige Tätigkeit des Sachverständigen) der Feststellungen darstellen würde, sodass es zweckmäßiger erscheint, die Feststellungen unter umfassender Fragestellung insgesamt neu zu treffen.
- 147 Auch wenn das Urteil selbst keinen vollstreckungsfähigen Inhalt im eigentlichen Sinne aufweist, denn die angefochtene Entscheidung tritt bereits mit der Verkündung des aufhebenden Urteils außer Kraft (§ 717 Abs. 1 ZPO), ist das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, da gemäß §§ 775 Nr. 1 und 776 ZPO das Vollstreckungsorgan die Vollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil erst einstellen und bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen erst aufheben darf, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung vorgelegt wird (vgl. OLG München, NZM 2002, 1032; Heßler in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Rdn. 59 zu § 538 ZPO).
- 148 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen.

149 gez. Dr. Holthaus gez. Lanza-Blasig gez. Dr. Tiemann

