



ANWALTGRAF

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE | HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20 | 79100 FREIBURG

vorab per Fax

Oberlandesgericht Musterstadt
Musterstraße 01

00000 Musterstadt

—
X X X/18

Berufungsbegründung

In Sachen

—
T../. Gesundheitszentren XY gGmbH u.a.
wg. Schadensersatzes

bedanken wir uns für die gewährte Fristverlängerung.

Wir beziehen uns auf unsere **Berufungsschrift** vom 05.01.2018 gegen das Urteil des Landgerichtes Musterstadt vom 05.12.2017, Az. X X XXX/13 und **beantragen klageerweiternd:**

A. Aufhebung des Urteils und Verurteilung der Beklagtenparteien wie folgt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.582,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basissatz seit dem 01.02.2013 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird wegen der bisherigen weiteren vermehrten Bedürfnisse im Zeitraum Oktober 2009 bis einschließlich Februar 2018 verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 85.537,67 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2013 zu bezahlen.
3. Für die Folgen der vermehrten Bedürfnisse wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger ab März 2018 eine angemessene, monatliche Geldrente, welche in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 710,80 EUR pro Monat zu bezahlen.

UST-ID:
DEXYXYXYXY

GESCHÄFTSKONTO Deutsche Bank	KONTO 0000000	BLZ 700 700 24	IBAN DEXXXXXXXXXXXXXXXXXX	SWIFT (BIC) DEUTDEDBMUC
--	-------------------------	--------------------------	-------------------------------------	-----------------------------------

ANDERKONTO Deutsche Bank	KONTO 0000000	BLZ 700 700 24	IBAN DEYYYYYYYYYYYYYYYY	SWIFT (BIC) DEUTDEDBMUC
------------------------------------	-------------------------	--------------------------	-----------------------------------	-----------------------------------

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/ Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

KATHRIN SCHMIDT-TROJE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

MAUDE LAFORGE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20
79100 FREIBURG (KANZLEISITZ)

LUDWIG-ERHARD-ALLEE 10
76131 KARLSRUHE (BERATUNGSBÜRO)

SCHUTTERWÄLDERSTR. 4
77656 OFFENBURG (BERATUNGSBÜRO)

TELEFON
+49 (0) 761 - 897 88 610

TELEFAX
+49 (0) 761 - 897 88 619

EMAIL
patienten@anwaltgraf.de

HOMEPAGE
www.anwaltgraf.de

DATUM
06.06.2020

ZEICHEN
Muster-2020



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch in Höhe von 50.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2018, wobei 25.000,00 EUR bereits seit dem 18.12.2010 zu verzinsen sind.
 5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren, materiellen und -im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren- immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der ärztlichen Behandlung im Hause der Beklagten im Zeitraum vom 11.09.2009 bis 05.10.2009 entstanden sind, und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind, oder übergehen werden.
 6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.248,31 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2013 zu bezahlen.
- B. nur hilfsweise: Zulassung der Revision nach § 543 I Nr. 1 ZPO, insbesondere weil das Arzthaftungsrecht auch nach Einführung der §§ 630a ff. BGB von unterschiedlichen Rechtsprechungsströmungen geprägt ist und die hier relevanten Rechtsprobleme grundsätzliche Bedeutung haben.

Die Berufungsanträge zielen auf eine Aufhebung des Ersturteils wegen zu Unrecht erfolgter Klageabweisung ab, weswegen das Ersturteil zur vollständigen Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird.

BEGRÜNDUNG:

A. Einleitung

Einleitend wird vorangestellt, dass sich die Parteien über das Bestehen von Schmerzensgeldansprüchen und über die Feststellung der weiteren materiellen Schäden der Klägerpartei nach fehlerhafter ärztlicher Behandlung streiten.

Zudem werden die erstinstanzlich gestellten Klageanträge nach § 264 Nr. 2 ZPO erweitert. Den Wechsel von der Feststellungs- zur Leistungsklage kann der Kläger auch noch im Berufungsverfahren vollziehen, vgl. **BGH, Beschluss vom 08.12.2009 - VIII ZR 92/07:**

„Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass es sich bei der Umstellung des Klageantrags von der Feststellungs- auf eine Leistungsklage nicht um eine nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Klageänderung (§§ 263, 533 ZPO), sondern lediglich um eine Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2 ZPO) handelt und eine solche auch im Berufungsverfahren zulässig ist (§§ 525, 264 ZPO; vgl. BGHZ 158, 295, 306; Senatsurteil vom 8. Juni 1994 - VIII ZR 178/93, NJW 1994, 2896, unter 2 b aa; BGH, Urteil vom 12. Mai 1992 - VI ZR 118/91, NJW 1992, 2296, unter II 2; Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 264 Rdnr. 1, 3). In Rechtsprechung und Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage eine Klageerweiterung gem. § 264 Nr. 2 ZPO darstellt, wenn sich der neue Antrag auf dasselbe Rechtsverhältnis bezieht (Senatsurteil, a.a.O., m.w.N; BGH, Urteil vom 12. Mai 1992, a.a.O., unter II; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 264 Rdnr. 3b).“

B. Argumente des Erstgerichts

Das Erstgericht weist die Klage des Klägers vollinhaltlich ab und zwar weil der Beklagten angeblich weder Behandlungsfehler noch Aufklärungsfehler zur Last gelegt werden können. Im Wesentlichen argumentiert das Erstgericht wie folgt:

1. Das Erstgericht verneint den Vorwurf eines Behandlungsfehlers durch mangelnde Hygiene im Krankenhaus der Beklagten. Die Infektion des rechten Kniegelenks des Klägers mit dem Hautkeim *Staphylococcus lugdunensis* sei nicht nachweislich auf Hygienemängel im Krankenhaus der Beklagten zurückzuführen. Der Kläger habe keine konkreten Umstände für einen Hygieneverstoß vorgetragen, so dass eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten nicht bestehe (**vgl. Blatt 332 ff.**).
2. Das Infektionsschutzgesetz (IFSG) diene primär übergeordneten allgemeinen Interessen, so dass nach Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts § 23 Abs. 3 IFSG kein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB darstelle (**vgl. Blatt 333**).
3. Des Weiteren verneint das Erstgericht einen Behandlungsfehler bzgl. der Indikation für eine Revisionsoperation. Dass die Beklagte die Indikation (erst) am 05.10.2009 gestellt habe, sei (noch) *lege artis* und damit nicht behandlungsfehlerhaft. Vorher habe die Notwendigkeit zur Indikation für die Revisionsoperation nicht zweifelsfrei festgestellt werden können. Die vorliegenden Befunde seien nicht falsch, sondern in vertretbarer Weise interpretiert worden. Laut der schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. V. vom 03.10.2014 und 17.12.2015 sei die abwartende Vorgehensweise der Beklagten nicht behandlungsfehlerhaft (**vgl. Blatt 335 ff.**).
4. Ferner habe der Kläger angeblich in die Knieoperation vom 11.09.2009 bei der Beklagten wirksam eingewilligt, so dass ein rechtswidriger Eingriff in seine körper-

liche Unversehrtheit nicht vorläge. Dies begründet das Erstgericht primär damit, dass dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen vom 04.09.2009 eine Einwilligung zu entnehmen sei und insbesondere eine Aufklärung über die mit der Operation verbundenen Risiken stattgefunden habe. Die Information, wie häufig sich das Infektionsrisiko speziell im Krankenhaus der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung des Klägers verwirklicht habe, sei nicht geschuldet (**vgl. Blatt 331 f.**).

5. Zudem sei ein Schadensersatzanspruch deshalb abzulehnen, weil der Kläger nicht habe nachweisen können und dies auch nicht aufklärbar sei, ob die Verzögerung bzgl. der Revisionsoperation und das Unterlassen einer weiteren arthroskopischen Spülung des Kniegelenks (selbst bei unterstelltem Behandlungsfehler) ursächlich für einen Schaden geworden sei. Es sei jedenfalls nicht aufzuklären, welchen Anteil die u.U. nicht ganz konsequente Revisionsstrategie der Beklagten an der aktuellen Beschwerdesymptomatik des Klägers habe, so dass es selbst bei unterstelltem Behandlungsfehler unmöglich sei, die Beeinträchtigungen des Klägers mit einem bestimmten Schmerzensgeld zu bemessen (**vgl. Blatt 337**).
6. Auch sei nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. Z. in seinen schriftlichen Gutachten vom 23.08.2016 und 19.05.2017 auszuschließen, dass die Hörminderung des Klägers auf die Behandlung bei der Beklagten zurückzuführen sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Schwerhörigkeit des Klägers bereits vor der Knieoperation am 11.09.2009 bestanden und sich ggf. altersbedingt verschlechtert habe (**vgl. Blatt 337**).
7. Schließlich verneint das erstinstanzliche Gericht einen Behandlungsfehler bzgl. der Behandlung der Schmerzsymptomatik des Klägers. Abgesehen davon, erscheine es ausgeschlossen, beurteilen zu können, welcher Anteil der Schmerzen vermieden worden wäre, wenn der Klägers anders als erfolgt schmerztherapiert worden wäre, so dass selbst bei unterstelltem Behandlungsfehler im Rahmen der Schmerztherapie eine Schmerzensgeldbemessung nicht möglich sei (**vgl. Blatt 338 f.**).

C. Wesentliche Punkte im erstinstanzlichen Verfahren

Folgende wesentlichen Punkte und Geschehnisse aus dem erstinstanzlichen Verfahren sind für die Beurteilung noch wichtig und werden daher voranstehend erwähnt:

- Das Erstgericht hat (insbesondere trotz erhobener Aufklärungsrüge) ermessensfehlerhaft die Parteien nicht mündlich angehört, sondern im schriftlichen Verfahren entschieden.

- Ferner hätte das Erstgericht „von Amts wegen“ aufgrund seiner in Arzthaftungsprozessen bestehenden gesteigerten Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung die Sachverständigen zwingend ergänzend mündlich anhören bzw. aufgrund der Unklarheiten, Widersprüche und Mängel in den Sachverständigengutachten ein weiteres Gutachten aus beiden Fachgebieten einholen müssen.
- Mit Schreiben vom 20.08.2013 (**vgl. Blatt 90**) teilte der Sachverständige Prof. Dr. V. dem Erstgericht mit, dass der radiologische Befund „im Sinne eines Zusatzgutachtens“ zugehen wird. Ein solches Gutachten wurde jedoch trotz entsprechenden Hinweises des Klägers in seinem Schriftsatz vom 14.03.2013 (**vgl. Blatt 210 ff. (214)**) nicht erstattet.
- Die Feststellungen in den Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. V. vom 03.10.2014 und 17.12.2015 bzgl. der bei der Beklagten erfolgten Nachbehandlung sind widersprüchlich.
- Das Erstgericht schloss sich bzgl. des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem eingetretenen Hörschaden beim Kläger und der Antibiotikagabe den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Z. an und verneinte per se, sprich unabhängig vom vorliegenden Sachverhalt, einen diesbzgl. Kausalzusammenhang und verkante somit, dass ein Zusammenhang zwischen einem Hörschaden und der Einnahme von Antibiotika sehr wohl existiert. Mithin ist das Hals-Nasen-Ohrenärztliche Ausgangsgutachten vom 23.08.2016 sowie das Ergänzungsgutachten vom 19.05.2017 nicht aussagekräftig.
- Das Erstgericht verkennt in seinem Urteil, dass es für die Bestimmung einer Infektionsquote mit Keimen in einem Krankenhaus nicht darauf ankommen kann, an welcher Körperstelle der mit einem Keim infizierte Patient operiert wurde und der Kläger sehr wohl konkrete Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß vorgetragen hat, so dass der Sachverhalt seitens des Erstgerichts nicht hinreichend gewürdigt wurde und die Ablehnung einer entsprechenden sekundären Darlegungslast der Beklagten rechtsfehlerhaft ist.
- Die Argumentation des Erstgericht erscheint widersprüchlich, wenn es im Urteil einerseits ausführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Infektion des rechten Kniegelenks auf die Arthroskopie vom 11.09.2009 im Krankenhaus der Beklagten zurückzuführen und an anderer Stelle festhält, dass nicht bekannt sei, wann genau und wodurch der Keim in die Wunde gelangte.
- Es verstößt gegen das Justizgrundrecht des Klägers auf rechtliches Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG, sofern das Erstgericht in seinem Urteil den Klägervortrag bzgl. der nicht ausreichend desinfizierten Hände des Pflegepersonals bei einem Verbandwechsel als unsubstantiiert bezeichnet. Denn ein diesbzgl. Erstgerichtlicher Hinweis nach § 139 ZPO ist nicht ergangen.

- Sofern das Erstgericht in den Entscheidungsgründen ausführt, der Kläger habe insbesondere eine Aufklärung über die Risiken nicht bestritten, sondern sei lediglich der Auffassung, ihm hätte auch konkret mitgeteilt werden müssen, wie häufig sich das Infektionsrisiko speziell im Krankenhaus der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung des Klägers verwirklicht habe, so verkennt das Erstgericht, dass der Kläger in seiner Replik vom 26.04.2013 (**vgl. Blatt 37 ff. (38)**) vorgebracht hat, dass der Kläger zwar (formularmäßig) über das seltene Infektionsrisiko bei einer Knie-Operation aufgeklärt worden ist, sich diese (unzureichende) Aufklärung indes nur darauf bezog, dass überhaupt ein Infektionsrisiko besteht. Über die Schwere bzw. gravierenden Folgen einer etwaigen Infektion bis hin zur möglichen Amputation des Beines oder gar der Eintritt des Todes wurde der Kläger hingegen nicht aufgeklärt. Hierüber wurde der Kläger erst in der orthopädischen Universitätsklinik H. anlässlich der dortigen Behandlung informiert. Insofern ging das Erstgericht von einem unzutreffenden Sachverhalt bzw. Klägervortrag aus und nahm dementsprechend auch keine rechtliche Würdigung bzgl. eines Aufklärungsfehlers wegen unterbliebener Aufklärung über Schwere und Folgen einer Infektion im Rahmen einer Kniegelenks-Operation vor.

1. Tatbestand des Urteils

Im Tatbestand des Urteils (**vgl. Blatt 328 bis 331**) werden insbesondere folgende Vorwürfe des Klägers festgehalten:

- a. Der Kläger wurde von der Beklagten über das Infektionsrisiko im Vorfeld der Operation vom 11.09.2009 unzureichend aufgeklärt.
- b. Die Infektion des rechten Kniegelenks des Klägers ist unmittelbare Folge der ersten Arthroskopie vom 11.09.2009 und auf mangelnde Hygiene im Krankenhaus der Beklagten zurückzuführen.
- c. Die Nachbehandlung ab dem 25.09.2009 wurde fehlerhaft durchgeführt. Denn die Folgebehandlungen in der Zeit ab dem 25.09.2009 waren nicht ziel führend und deshalb entbehrlich. Insbesondere hätte aufgrund der beim Kläger vorgelegenen Symptome sofort eine erneute offene Arthroskopie durchgeführt werden müssen.
- d. Die Schmerztherapie wurde zu spät, nämlich erst am 30.09.2009 eingeleitet, obwohl der Kläger bereits am 28.09.2009 über starke Schmerzen klagte.

2. Prüfung und Würdigung des Prozessstoffs seitens des Berufungsgerichts

Es wird diesseits bewusst darauf verzichtet, den kompletten erstinstanzlichen wesentlichen Vortrag zu wiederholen, da dies den Rahmen dieser ohnehin schon umfangreichen Berufungsbegründung sprengen würde. Denn es wird sich das Berufungsgericht ohnehin mit dem kompletten Prozessstoff der ersten Instanz umfassend auseinandersetzen, vgl.

**Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 28;
Martis/Winkhart, Fallgruppenkommentar Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., B 250.**

Insbesondere wird das Berufungsgericht, da es hier um Arzthaftungsrecht geht, aufgrund des Grundsatzes der Waffengleichheit - auch ohne Rüge des Klägers - entscheidungserhebliche Fragen **von Amts wegen** aufklären, vgl.

Martis/Winkhart, Fallgruppenkommentar Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., B 278.

D. Berufungsgründe nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO: Rechtsverletzung

I. Rechtsverletzungen gegen materielles Arzthaftungsrecht

1.)

Das Erstgericht hat hier zunächst verkannt, dass allein aus dem Umstand des Vorliegens eines vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogens, in dem das Risiko einer Infektion aufgeführt ist, nicht die Schlussfolgerung gezogen werden darf, dass ein ordnungsgemäßes (gesetzeskonformes) Aufklärungsgespräch stattgefunden habe. Die Formularaufklärung ist keine Aufklärung iSd Gesetzes. Entscheidend ist ausweislich des Gesetzeswortlauts allein die mündliche Aufklärung.

Im Urteil heißt es indes:

„Eine Aufklärung über die mit der Operation verbundenen Risiken hat stattgefunden, wie sich aus dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen ergibt. Das Risiko einer Infektion ist dort aufgeführt.“ (vgl. Blatt 331)

Zwar wurde der Kläger über das Infektionsrisiko bei einer Knie-Operation an sich von der Beklagten aufgeklärt. Über die Schwere bzw. gravierenden Folgen einer etwaigen Infektion bis hin zur möglichen Amputation des Beines oder gar der Eintritt des Todes aufgrund einer bakteriell ausgelösten Blutvergiftung wurde der Kläger hingegen weder formularmäßig noch mündlich aufgeklärt. Hierüber hätte die Beklagte den Kläger mit Blick auf die gesetzliche Vorschrift des § 630h BGB aber zwingend aufklären müssen.

Denn ein medizinischer Laie ist nicht der Lage, die Tragweite bzw. die (schweren) Folgen einer Infektion abzuschätzen. Allein mit dem Schlagwort „Infektion“ kann der

medizinische Laie nicht viel anfangen. Vielmehr bedarf es einer entsprechenden „Aufklärung“ über die Bedeutung einer Infektion durch die Behandlerseite.

Das erstinstanzliche Gericht nahm diesbzgl. trotz erhobener Aufklärungsrüge des Klägers mit Schriftsatz vom 26.04.2013 (**vgl. Blatt 37 ff. (38)**) überhaupt keine Würdigung vor. Jedenfalls lassen sich dem Urteil keine Ausführungen zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs vom 04.09.2009 zwischen dem Kläger und der Beklagten entnehmen. Es stellte lediglich in seinen Entscheidungsgründen (pauschal) fest, dass der Kläger in die Knie-Operation vom 11.09.2009 bei der Beklagten wirksam eingewilligt habe (**vgl. Blatt 331**).

„Bei der Behandlung des Beklagten (gemeint ist wohl des „Klägers“) handelt es sich nicht um einen rechtswidrigen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit, weil er in die Knieoperation vom 11.09.2009 bei der Beklagten wirksam eingewilligt hat.“

Das erstinstanzliche Gericht setzt sich bzgl. der Risikoaufklärung ausschließlich mit der Frage auseinander, ob die Beklagte den Kläger auch darüber hätte aufklären müssen,

„wie häufig sich das Infektionsrisiko speziell in dem Krankenhaus der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit seiner Behandlung verwirklicht habe.“ (vgl. Blatt 331 f.)

Nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. § 630h Abs. 1 Satz 1 BGB) und der gefestigten Rechtsprechung erfüllt auch der gebotene, fachgerecht ausgeführte ärztliche Heileingriff diagnostischer, wie auch therapeutischer Art, den Tatbestand der Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB.

Das Fehlen der Einwilligung des Patienten bzw. deren Unwirksamkeit stellt daher eine Verletzung des Behandlungsvertrages bzw. eine deliktische Verletzung der körperlichen Unversehrtheit dar und begründet stets eine Haftung, vgl.

**Martis-Winkhart, Arzthaftungsrecht,
Fallgruppenkommentar, 4. Auflage, Rn. A 508.**

Im Rahmen der Behandlungsaufklärung ist der Patient gemäß § 630e Abs. 1 BGB zunächst über den ins Auge gefassten Eingriff aufzuklären. Dies beinhaltet nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 1 BGB u.a. die Erläuterung der Tragweite und Risiken des Eingriffs, vgl.

**Martis-Winkhart, Arzthaftungsrecht,
Fallgruppenkommentar, 4. Auflage, Rn. A 550.**

Die Einwilligung eines Patienten ist -wie vorliegend- unwirksam, wenn der aufklärende Arzt das mit der Vornahme oder Unterlassung des Eingriffs bestehende Risiko verharmlost hat, vgl.

OLG Koblenz, Urteil vom 02.09.2004, Az. 5 U 844/03.

Die (hier nicht ausreichend erfolgte) Risikoaufklärung muss dem Patienten einen genauen Überblick über die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren verschaffen. Damit sind vor allem dauerhafte oder vorübergehende nachteilige Folgen eines Eingriffs gemeint, die sich auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht mit Gewissheit ausschließen lassen, vgl.

**Martis-Winkhart, Arzthaftungsrecht,
Fallgruppenkommentar, 4. Auflage, Rn. A 554 f.**

Der Kläger wurde vorliegend indes nicht ordnungsgemäß über die Risiken des Eingriffes aufgeklärt.

Die Aufklärung des Klägers war vorliegend verharmlosend und völlig ungenügend, weil er (wie bereits dargelegt) insbesondere nicht über die möglichen (schweren) Folgen einer Wundinfektion aufgeklärt, so dass das Risiko des geplanten operativen Eingriffs für den Kläger nicht überschaubar war.

2.)

Ferner verstößt das Erstgericht gegen materielles Arzthaftungsrecht, sofern es eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten bzgl. des vom Kläger vorgetragene Hygieneverstoßes ablehnt.

a)

Zunächst ist klarzustellen, dass auch der Sachverständige Prof. Dr. V. sowie das Erstgericht der Auffassung sind, dass die Infektion des rechten Kniegelenks des Klägers auf die Arthroskopie vom 11.09.2009 im Krankenhaus der Beklagten zurückzuführen ist.

In seinem Urteil führt das erstinstanzliche Gericht bzgl. der Infektionsquote im Krankenhaus der Beklagten (im Rahmen der Feststellungen zum Umfangs der Risikoaufklärungspflicht) zunächst aus,

„Allenfalls könnte man erwägen, dass die Beklagte auf Besonderheiten hinweisen müsste, wenn es solche in ihrem Hause geben würde, beispielsweise, wenn die Quote der Infektionen in ihrem Krankenhaus nicht unerheblich über dem allgemeinen Durchschnitt liegt und die Ursachen hierfür ungeklärt sind. Hierfür bestehen vorliegend indes keine Anhaltspunkte. Sie ergeben sich nicht daraus, dass der Kläger auf vier andere Patienten verweist, die seiner Kenntnis

nach ebenfalls an Infektionen nach Operationen im Krankenhaus der Beklagten gelitten haben. Dies ist schon deshalb wenig aussagekräftig, da sich von den vier benannten Zeugen zwei keiner Knie- sondern einer Hüftoperation unterzogen haben und nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann, dass das Infektionsrisiko bei beiden Operationen identisch ist.“ (vgl. Blatt 332)

Das erstinstanzliche Gericht hat in diesem Zusammenhang bereits verkannt, dass es jedenfalls für die Bestimmung einer Infektionsquote mit Keimen in einem Krankenhaus nicht darauf ankommen kann, an welcher Körperstelle der mit einem Keim infizierte Patient operiert wurde.

– Sofern das Erstgericht in seinem Urteil ausführt, dass bei einem der Zeugen die Infektion erst im Jahr 2011 auftrat, ist nicht nachvollziehbar, weshalb bereits der zeitliche Aspekt dagegen spreche, (unter Würdigung aller vom Kläger vorgetragene Umstände) einen Hygieneverstoß der Beklagten im Zeitraum der Behandlung des Klägers anzunehmen. Insofern trägt die gerichtliche Argumentation nicht.

– Ferner hat sich das Erstgericht nicht hinreichend damit auseinandergesetzt, ob die vom Kläger vorgetragene Umstände bzgl. eines Hygieneverstoßes der Beklagten zwar nicht zu einer Beweislastumkehr (und nach gerichtlicher Auffassung auch nicht zu einem überdurchschnittlichen Infektionsrisiko im Krankenhaus der Beklagten), wohl aber zu einer sekundären Darlegungslast der Beklagten führen.

Hierzu heißt es im Urteil des Erstgerichts,

„Ohne konkrete Anhaltspunkte für Hygienemängel ist ein Krankenhausträger nicht verpflichtet, die Hygienepläne und entsprechende weitere Unterlagen vorzulegen. Nur wenn der Patient konkrete Umstände vorträgt, kann sich eine entsprechende sekundäre Darlegungslast des Krankenhausträgers ergeben (...).“ (vgl. Blatt 333)

„Deshalb besteht eine sekundäre Darlegungslast des Krankenhausträgers, wenn der Patient konkrete Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß vorgetragen hat, welche die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlerseite aufgrund der Folgen für den Patienten gestatten (...).“ (vgl. Blatt 334)

– Das Erstgericht übersieht hier offenbar, dass der Kläger sehr wohl konkrete Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß der Beklagten vorgetragen hat.

So trägt der Kläger etwa in seinem Schriftsatz vom 12.04.2013 (vgl. Blatt 37 ff.) vor,

„Dem Kläger ist inzwischen bekannt, dass sich mindestens folgende, als Zeugen benannte, Patienten im von den der Beklagten betriebenen Krankenhaus F. infiziert haben:

(...)

Bereits dies zeigt, dass die Infektion von Patienten in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus F. durchaus häufig ist (...)" (vgl. Blatt 37 ff.(39))

Der Kläger hält es im Übrigen auch für möglich bzw. wahrscheinlich, dass die Kniegelenksinfektion - als unmittelbare Folge der ersten Arthroskopie v o m 11.09.2009 (Klageschrift vom 31.12.2012 S. 7 mit Beweisantritt) - auf m a n g e l n d e Hygiene in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus F. zurückzuführen ist." (vgl. Blatt 37 ff. (43))

Weiter wird im Schriftsatz vom 04.06.2015 (vgl. Blatt 158 ff. (164)) klägerseits vorge-
tragen,

„(...) Böden des Zimmers und der Flure und Einrichtungsgegenstände waren
unsauber.

Dies wird bestätigt durch den Erfahrungsbericht der Frau N., veröffentlicht in
der Zeitung XY am Donnerstag, den 14.01.2010, der den Zeitraum vom
22.12.2009 bis 06.01.2010 umfasst. Dort ist die Rede von einem „abstoßend
schmutzigen, klebrigen Fußboden im Zimmer“.

Sofern das Erstgericht in seinem Urteil auch hier das Nichtvorliegen eines Anhalts-
punktes für einen Hygienemangel im Krankenhaus der Beklagten mit dem zeitlichen
Aspekt begründet, verkennt das Erstgericht, dass auch dieser Klägervortrag (zumindest
in Gesamtschau mit den weiteren vorgetragenen Umstände) einen konkreten Anhaltspunkt
für einen Hygieneverstoß der Beklagten begründet.

Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten wäre somit richtigerweise zu bejahen
gewesen.

Ergänzend wird mit Schriftsatz vom 14.03.2013 (vgl. Blatt 210 ff. (211)) vorgetragen,

„(...) dass am 04.10.2009 (...) anlässlich eines Besuches der Tochter des
Klägers im Krankenhaus festgestellt wurde, dass am Knieverband des Klägers
Sekret durchdrückte. Die Tochter des Klägers meldete dies im Schwestern-
zimmer, woraufhin zwei Pfleger kamen und das Knie des Klägers bzw. die
Kniekehle ohne erkennbare Hygienevorkehrungen im Krankenzimmers spül-
ten.“

Außerdem hat der Kläger in seinem Schriftsatz vom 14.11.2017 (vgl. Blatt 319 ff. (322))
ergänzend vorgetragen,

„(...) dass (...) in den Zimmern und Fluren Desinfektionsspender fehlten und
dass bei einem Verbandswechsel eine Desinfektion der Hände des Pflegeper-
sonals nur mangelhaft vorgenommen und z.B. die Einwirkzeit von dreißig Se-
kunden nicht eingehalten wurde.“

b)

Im Übrigen verkennt das Erstgericht, dass an die Substantiierungspflicht des Patienten nur maßvolle Anforderungen gestellt werden sollen. Da der Patient keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge hat und ihm die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen fehlt, soll es ausreichen, dass er Verdachtsgründe darlegt, aus denen in groben Zügen erkennbar ist, welches ärztliche Verhalten fehlerhaft gewesen und welcher Schaden hieraus mutmaßlich entstanden ist. Der beklagte Krankenträger wäre sodann zu einer substantiierten Erwiderung verpflichtet und müsste darlegen, dass er interne Qualitätssicherungsmaßnahmen durchgeführt, Hygienepläne aufgestellt und interne Anweisungen zur Sicherstellung einer sachgerechten Organisation und Koordination der Behandlungsabläufe erteilt hat, so dass ihm ein Organisationsmangel nicht angelastet werden kann.

c)

Bei Würdigung all dieser Umstände (Wundinfektionen weiterer Patienten in den Jahren 2008 bis 2011, schmutzige Krankenzimmer, mangelhafte Händedesinfektion durch das Pflegepersonal) hätte das erstinstanzliche Gericht zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Maßnahmen trifft, die sie ergriffen hat, um sicherzustellen, dass die für ein behandlungsfehlerfreies Vorgehen erforderlichen Hygienebestimmungen eingehalten wurden.

d)

Im Übrigen scheint die Argumentation des Erstgericht widersprüchlich, wenn es im Urteil einerseits ausführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Infektion des rechten Kniegelenks auf die Arthroskopie vom 11.09.2009 im Krankenhaus der Beklagten zurückzuführen und an anderer Stelle argumentiert, dass nicht bekannt sei, wann genau und wodurch der Keim in die Wunde gelangte.

e)

Die Erstgerichtliche Auffassung, der Kläger habe keine konkreten Umstände für einen Hygieneverstoß vorgetragen sowie die hierauf beruhende Ablehnung einer sekundären Darlegungslast der Beklagten ist somit rechtsfehlerhaft.

3.)

Weiterhin sieht das Erstgericht in § 23 Abs. 3 IFSG rechtsfehlerhaft kein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB.

„Das Infektionsschutzgesetz dient übergeordneten allgemeinen Interessen, da Infektionen enorme soziale und wirtschaftliche Kosten verursachen, die zum Schutz der Volksgesundheit und -wirtschaft entsprechende Kontrollmaßnahmen erforderlich machen, um die Krankenhaushygiene zu verbessern. Es geht um übergeordnete Interessen, die zwar auch dem einzelnen Patienten zugutekommen, aber nicht zu seinem persönlichen Schutz geschaffen wurden. Dies lässt sich insbesondere auch aus § 1 IFSG entnehmen, der die

Zweckrichtung des Gesetzes eindeutig vorgibt, nämlich die allgemeine Verhinderung und Weiterverbreitung von übertragbaren Krankheiten und Infektionen beim Menschen sowie die dazu erforderliche Zusammenarbeit von Behörden, Krankenhäusern und Ärzten (...). Es ist deshalb kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB (gemeint ist wohl § 823 Abs. 2 BGB) (...).“ (vgl. Blatt 333)

Bereits nach der Rechtsauffassung des Erstgerichts handelt es sich bei § 23 Abs. 3 IFSG um eine Rechtsnorm, welche zumindest auch dem Schutz des einzelnen Patienten dient. Insbesondere handelt es sich hierbei auch nicht um einen bloß reflexweise erfassten Individualschutz.

Mithin ist das angefochtene Urteil auch insoweit rechtsfehlerhaft.

4.)

Das Erstgericht hat weiter verkannt, dass vorliegend die Nachbehandlung vom 25.09.2009 bis 05.10.2009 gegen den **Facharztstandard** verstieß und damit behandlungsfehlerhaft war.

a)

Die Beklagte hätte aufgrund der beim Kläger vorgelegenen durch die Keiminfektion ausgelösten Symptome bereits am 25.09.2009 eine erneute offene Arthroskopie durchführen müssen.

Jedenfalls hätte ein vorsichtiger Facharzt (nur auf diesen kommt es im Arzthaftungsrecht an) bei den Symptomen Schmerzen, Überwärmung, Schwellung, erhöhte CRP-Werte sowie erhöhte Leukozytenzahl zwei Wochen nach einer Knie-Operation, die entsprechenden Untersuchungen durchgeführt, die Keiminfektion festgestellt und den Kläger bereits am 25.09.2009, spätestens am 28.09.2009, einer erneuten offenen Arthroskopie zugeführt.

b)

Weiterhin hat es die Beklagte versäumt, Konsistenz der Punktate (Kniegelenk und Kniekehle) vom 25.09.2009 zu dokumentieren.

Dies bestätigt auch das Ergänzungsgutachten von Prof. Dr. V. vom 17.12.2015.

„Die Konsistenz von beiden Punktaten wurde nicht dokumentiert.“ (vgl. Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015, S. 6)

Zudem führt der Sachverständige Prof. Dr. V. aus,

*„Es ist stets empfehlenswert alle positiven wie auch negativen Befunde zu erheben und diese Befunde auch zu dokumentieren.“ (vgl. **Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015, S. 5**)*

c)

Ferner ist der Beklagten vorzuwerfen, dass sie trotz der Symptome erst am 28.09.2009 eine arthroskopische Spülung mit lediglich 3 Liter Flüssigkeit vornahm und diese auch nicht wiederholte.

Der Gerichtsgutachter Prof. Dr. V. bestätigt in seinem Ausgangsgutachten vom 03.10.2014:

*„Den Vorwurf, den sich die behandelnden Ärzte des Kreiskrankenhauses F. gefallen lassen müssen ist der, dass sie nach der ersten arthroskopischen Spülung und Revision der Bakerzyste keine weitere zeitnahe arthroskopische oder offene Spülung zur Infektsanierung durchgeführt haben. Insbesondere der weitere Anstieg des SRP-Wertes am 30.09.2009 und die persistierende sowie therapieresistente Schmerzsymptomatik hätten zu einer zeitnahen zweiten Spülung führen **müssen**. Als am 05.10.2009 die folgerichtige aber etwas **zu späte Indikation** zur zweiten Revision gestellt wurde erfolgte auf Wunsch des Klägers die Verlegung in die Orthopädische Universitätsklinik H..“ (vgl. **Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 21 f.**)*

In seinem Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015 (S. 8 f.) stellte der Sachverständige weiterhin fest, dass die am 28.09.2009 zur Spülung eingesetzte Flüssigkeitsmenge letztlich nicht ausreichend gewesen ist. Zumindest lassen sich seine nicht eindeutigen Ausführungen dahingehend auslegen.

*„Eine wissenschaftliche Evidenz zur Menge der Spüllösung besteht nicht. Es werden jedoch in zwei uns vorliegenden Publikationen zur Therapie der Kniegelenksinfektion nach Arthroskopie eine **Mindestmenge von 5 Litern Spüllösung** gefordert.“*

(...)

*„In unserer Klinik spülen wir in solchen Fällen mit 6-9 Litern Spülflüssigkeit.“ (vgl. **Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015, S. 8 f.**)*

Demzufolge wird weder die in zwei Publikationen geforderte Mindestmenge von 5 Litern Spüllösung noch die in der Klinik des Sachverständigen verwendete doppelte bis dreifache Flüssigkeitsmenge erreicht.

Bezüglich der lediglich einmalig erfolgten arthroskopischen Spülung führt der Sachverständige aus,

*„Postoperative Kniegelenksinfekte mit nur einer arthroskopischen Spülung zu sanieren gelingt wenn überhaupt nur in sehr seltenen Fällen. (vgl. **Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 28**) “*

Die Beklagte hingegen nahm behandlungsfehlerhaft (erst) am 28.09.2009 eine (nur) einmalige arthroskopische Spülung vor.

Weiter stellt der Sachverständige fest,

*„In der Gesamtschau der Befunde wäre aus unserer Sicht am 02.10.2009 bei weiterem CRP-Anstieg (trotz Spülung und antibiogrammgerechter Antibiose) bei Schmerzpersistenz anstatt einer nochmaligen Punktion eine nochmalige arthroskopische Spülung sinnvoll gewesen.“ (vgl. **Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015, S. 19**)*

Das Vorliegen eines (groben) Behandlungsfehlers wäre somit richtigerweise auch bzgl. der Spülung des Kniegelenks zu bejahen gewesen.

Letztlich muss die aufgrund der dargelegten Behandlungsfehler die gesamte Nachbehandlung als fehlerhaft bezeichnet werden.

5)

Das Erstgericht hätte auch berücksichtigen müssen, dass gemäß § 630a Abs. 2 BGB¹ die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat. Der **Standard** repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Praxis bewährt hat,

(vgl. **BGH Urt. v. 15.4.2014 - VI ZR 382/12**).

Dieser gibt den geschuldeten Mindeststandard vor. Das Erstgericht hätte demgemäß als Prüfungsmaßstab folgende Frage anlegen müssen:

„Wie hätte sich der vorsichtige Facharzt verhalten?“,

**vgl. BGH, Urt. v. 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09
BGHZ 188, 29, 35 f..**

Bleibt die Behandlung -wie im vorliegenden Fall- hinter diesem Standard zurück, liegt immer ein **Behandlungsfehler** vor. Darauf, ob die subjektiven individuellen Kenntnisse des Arztes dem jeweiligen Standard ggf. nicht genügen, kommt es nicht an.

6.)

¹ Der hier streitgegenständliche Behandlungsvertrag fällt zwar noch nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB. Da diese Normen jedoch auf der Folie des bisher praktizierten Richterrechts zu lesen sind, finden die darin kodifizierten Regelungen im Ergebnis dennoch inhaltlich Anwendung.

Auch hat das erstinstanzliche Gericht die erleichterte Kausalitäts- und Schadensermittlung im Arzthaftungsrecht rechtsfehlerhaft vorgenommen.

Denn § 287 ZPO bietet dem Tatrichter sowohl im vertraglichen als auch im deliktischen Arzthaftungsrecht Erleichterungen bei der Ermittlung der haftungsausfüllenden Kausalität und der Höhe des entstandenen Schadens, vgl.

BGH VersR 1987, 667; BGH VersR 1976, 435.

Geht es hingegen um den Beweis des Primärschadens, spricht um die körperliche Beeinträchtigung als erster Körperverletzungserfolg aufgrund eines Behandlungsfehlers, so gilt § 286 ZPO, vgl.

BGH VersR 2014, 632; BGH VersR 2013, 1045.

Die Schadensentwicklung, einschließlich der Frage einer Verschlimmerung von Vorschäden, gehört zur haftungsausfüllenden und somit nach § 287 ZPO festzustellenden Kausalität, vgl.

BGH VersR 2008, 644; BGH VersR 1986, 1121.

Bei einem Aufklärungsfehler richtet sich das Beweismaß bei der Kausalität für den vom Kläger vorgetragene Gesundheitsschaden indes von vornherein nach § 287 ZPO, da in dem Fall die Primärschädigung bereits in dem rechtswidrigen Eingriff zu sehen ist, vgl.

BGH, Beschluss v. 20.09.2016 - VU ZR 432/15.

Wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren schriftsätzlich vorgetragen, ist die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen, so dass sich das Beweismaß bzgl. der Kausalitätsermittlung für die vom Kläger geltend gemachten Gesundheitsschäden allein nach § 287 ZPO richtet. Dies bedeutet, dass insoweit das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden hat.

Sofern das Erstgericht der Auffassung ist, dass ein Schmerzensgeldanspruch auch deshalb nicht in Betracht komme, weil nicht aufklärbar sei, ob die Verzögerung bzgl. der Revisionsoperation und das Unterlassen einer weiteren Spülung ursächlich für die vom Kläger geltend gemachten Schäden seien, weil das Knie des Klägers bereits vorgeschädigt gewesen sei (**vgl. Blatt 337**), verkennt das Gericht, dass das Bestehen einer Vorschädigung nicht per se zum Ausschluss eines Ersatzanspruchs führt.

Das Vorliegen einer (vom Kläger bestrittenen) maximalen Vorschädigung lässt das Erstgericht dahinstehen. Dann ist es indes umso unverständlicher, weshalb das erstinstanzliche Gericht eine Schadenskausalität verneint.

Auch die gerichtliche Argumentation, nämlich dass der Infekt jedenfalls am 25.09.2009, als der Kläger erneut im Krankenhaus der Beklagten vorstellig wurde, bereits vorlag und daher viel dafür spreche, dass der auf den Infekt zurückzuführende Schaden bereits deutlich vor dem 30.09.2009 eingetreten war, was dazu führe, dass die erfolgte Nachbehandlung nicht schadenskausal sein könne, trägt nicht.

— Denn auch hier übersieht das Erstgericht, dass aufgrund des gerügten Aufklärungsfehlers, welcher rechtsfehlerhaft vom Erstgericht verneint wurde, die Primärschädigung bereits in dem rechtswidrigen Eingriff am 11.09.2009 zu sehen ist.

Das Erstgericht verkennt folglich die o.g. Grundsätze auch, wenn es in seinem Urteil ausführt,

„Jedenfalls lässt sich nicht mehr aufklären, welchen Anteil die u.U. nicht ganz konsequente Revisionsstrategie der Beklagten an der aktuellen Beschwerdesymptomatik des Klägers hat. Es ist deshalb auch bei unterstelltem Behandlungsfehler unmöglich, die Beeinträchtigungen des Klägers mit einem bestimmten Schmerzensgeld zu bemessen.“ (vgl. Blatt 337)

— Das Erstgericht hätte richtigerweise bzgl. der vorgetragenen Beeinträchtigungen des Klägers eine Schätzung nach § 287 ZPO vornehmen müssen und einen angemessenen Schmerzensgeldbetrag bestimmen zu müssen.

7.)

Auch sind Ausführungen des Erstgerichts zur eingetretenen Hörminderung beim Kläger unzutreffend.

a)

— Sofern das erstinstanzliche Gericht den Ursachenzusammenhang zwischen der achtwöchigen Antibiotikagabe und der beim Kläger eingetretenen Hörminderung ausschließt und sich dabei auf die Feststellungen des Gerichtsgutachters Prof. Dr. Z. in seinen Gutachten vom 23.08.2016 und 19.05.2017 stützt, so übersieht sowohl der Gerichtsgutachter sowie auch das Gericht, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen einer (länger andauernden) Antibiotikatherapie und Hörschäden sehr wohl besteht.

*„Selten **verursachen Antibiotika** auch organotoxische Wirkungen, so etwa Gentamicin Nieren- und **Hörschäden**.“*

vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Antibiotikum>.

„Bereits seit einiger Zeit ist bekannt, dass bestimmte Antibiotika das Hörvermögen negativ beeinflussen können. Meist handelt es sich um so genannte Aminoglycosidantibiotika, die in der Regel bei schweren Infektionen eingesetzt werden. Eine längerfristige Einnahme bzw. eine hohe Dosierung der Medikamente kann das Innenohr schädigen.“

vgl. <https://www.welches-hoergeraet.de/horverlust-und-medikamente-aspirin-und-paracetamol-konnen-zu-schwerhoerigkeit-fuehren-106.html>.

Der Gerichtsgutachter hingegen stellte in seinem Ausgangsgutachten vom 23.08.2016 auf die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Zusammenhang zwischen der Gabe von Antibiotika und einer Schädigung des Hörvermögens bestehe, fest, dass ein Ursachenzusammenhang

*„Mit einer Wahrscheinlichkeit von 0 %.“ (vgl. **Ausgangsgutachten vom 23.08.2016, S. 24**)*

bestehe.

Eine Kausalität in diesem Fall so dezidiert und ohne Einschränkung zu verneinen ist somit schlicht falsch.

Dementsprechend sind die Hals-Nasen-Ohrenärztliche Gutachten vom 23.08.2016 und 19.05.2017 (auf die sich das Erstgericht in seinem Urteil ausdrücklich gestützt hat) nicht aussagekräftig.

b)

Auch die Verneinung eines Kausalzusammenhangs zwischen der beim Kläger eingetretenen Hörminderung und der mit der Behandlung und entstandenen Komplikation verbundenen Stress ist unzutreffend.

Denn die den Kläger im Rahmen der Begutachtung in der Universitäts-HNO-Klinik H. am 22.07.2016 untersuchende Frau Dr. Nolte äußerte dem Kläger gegenüber den Verdacht, dass die streitgegenständliche Verschlechterung seines Hörvermögens auf eine extreme Stresssituation zurück geführt werden können, der der Kläger während der im Klinikum der Beklagten durchgeführten Behandlung, aber auch während der Folgebehandlung in der Orthopädischen Universitätsklinik H. ausgesetzt war. Auf Frage des Klägers, ob dies im zu erstellenden Gutachten thematisiert würde, erhielt der Kläger eine verneinende Antwort mit dem Hinweis, dies sei keine Fragestellung des Gerichts (**vgl. Schriftsatz vom 21.02.2017 Blatt 259 ff. (260)**).

c)

Rein vorsorglich weist der Kläger darauf hin, dass im **Arzthaftungsprozess** der Patient und sein Prozessbevollmächtigter **nicht verpflichtet** sind, **sich zur ordnungsgemä-**

Ben Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Dies gilt auch für Einwendungen gegen ein gerichtliches Gutachten. Deshalb ist jedenfalls der Patient nicht verpflichtet, bereits in erster Instanz seine Einwendungen gegen ein Gerichtsgutachten auf ein Privatgutachten oder sachverständigen Rat zu stützen oder selbst oder durch Dritte in medizinischen Bibliotheken Recherchen anzustellen, um Einwendungen gegen ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu formulieren. Er kann seine Einwendungen zunächst auch ohne solche Hilfe vorbringen. Jedenfalls wenn der klagende Patient das gerichtliche Gutachten erster Instanz nicht einfach hin- nimmt, sondern es mit substantiierten Ausführungen in Frage stellt, kann es nicht als Nachlässigkeit angesehen werden, wenn er einen Angriff in zweiter Instanz konkretisiert, nachdem sein Prozessbevollmächtigter durch eigene Recherchen zusätzliche medizinische Informationen erlangt hat. Dass sich der klagende Patient möglicherweise bereits erstinstanzlich fachlich hätte beraten lassen können, geht nicht zu seinen Lasten (**BGH Urt. v. 08.06.2004 – VI ZR 199/03, VersR 2004, 1177**).

8.)

Es liegt bzgl. dieser materiellen Rechtsverletzungen eindeutig die sog. Entscheidungserheblichkeit vor, da das Gericht in erster Instanz ohne den jeweiligen Rechtsfehler zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, vgl.

BGH NJW 2012, 3581, Rn. 12; BGH NJW 1995, 1841, 1842; Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 33.

Bei richtiger rechtlicher Würdigung hätte das Erstgericht einen zum Schadensersatz verpflichtenden Aufklärungs- und Behandlungsfehler annehmen und dementsprechend die vom Kläger geltend gemachten Schadensposten bejahen müssen.

II. Rechtsverletzungen des Erstgerichts gegen Verfahrensrecht

Auch hat das Erstgericht gegen geltendes Verfahrensrecht verstoßen.

1)

Zunächst hat es das erstinstanzliche Gericht versäumt, das radiologische „Zusatzgutachten“ einzuholen bzw. der fehlenden radiologischen Begutachtung trotz eines entsprechenden Hinweises des Klägers in seinem Schriftsatz vom 14.03.2016 (**vgl. Blatt 210 ff. (214)**) nachzugehen.

Mit Beweisbeschluss vom 15.05.2013 (**vgl. Blatt 52 ff.**) bestimmte das Erstgericht Prof. Dr. V. zum Sachverständigen zur Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens über die Behauptungen des Klägers. Mit Schreiben vom 20.08.2013 (**vgl. Blatt 90**) teilte der Sachverständige Prof. Dr. V. dem Gericht mit, dass der radiologische Befund „im Sinne eines Zusatzgutachtens“ durch Herrn Dr. Düber zugehen wird

und bei Einverständnis dieses Vorgehens das Gericht um entsprechende Mitteilung bittet.

„Des Weiteren machen wir darauf aufmerksam, dass die gutachterliche radiologische Diagnose in unserem Hause von der hiesigen Klinik für Radiologie (Direktor: Univ.-Prof. Dr. med. Ch. Düber) vorgenommen wird. Der radiologische Befund wird Ihnen im Sinne eines Zusatzgutachtens zugehen, welches separat kostenpflichtig ist.

Bei Einverständnis dieses Vorgehens bitte ich um Rückmeldung.“

Mit Verfügung vom 22.07.2015 (**vgl. Blatt 184**) erklärte sich das Gericht - nach Erinnerung des Sachverständigen mit Schreiben vom 21.01.2014 (**vgl. Blatt 103**) - mit der geschilderten Vorgehensweise einverstanden.

„(..) gegen die im Schreiben vom 20.07.2015 geschilderte Vorgehensweise bestehen keine Bedenken. Dies gilt insbesondere für die Hinzuziehung des Oberarztes Dr. Ingelfinger und die Einholung eines radiologischen Zusatzgutachtens bei der Klinik für Radiologie.“

Ein radiologisches Gutachten wurde jedoch trotz entsprechenden Hinweises des Klägers in seinem Schriftsatz vom 14.03.2016 (**vgl. Blatt 210 ff. (214)**) nicht erstattet. Offensichtlich handelt es sich hierbei um ein Versäumnis aus der Sphäre des erstinstanzlichen Gerichts. Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, weshalb es das Erstgericht unterlassen hat, den Sachverständigen an das radiologische „Zusatzgutachten“ zu erinnern.

Mithin ist dem Erstgericht insoweit ein Verfahrensfehler unterlaufen.

2.)

Das Erstgericht hat es zudem versäumt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und die Parteien mündlich anzuhören. Indem das Gericht am 10.10.2017 den Beschluss erlassen hat, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden (**vgl. Blatt 308 f.**), um sodann überraschend mit Urteil die Klage abzuweisen, hat es sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Damit liegt ein Verfahrensmangel vor.

Es ist im Arzthaftungsrecht in der Regel immer angezeigt, zur Sachverhaltsaufklärung die Parteien formlos nach § 141 ZPO anzuhören. Wie auch in anderen Prozessen werden dabei nicht zu selten „Informationsversehen“ zwischen Partei- und Prozessbevollmächtigten aufgedeckt und geklärt. Dem Tatrichter ist auch gestattet, die bei der Anhörung abgegebenen Erklärungen im Rahmen der Beweiswürdigung zu verwerten, obwohl es sich dabei nicht um ein Beweismittel handelt, vgl.

OLG Koblenz VersR 2008, 123;

BGH VersR 1992, 358;

Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Auflage, Rn. 271.

Grundsätzlich unverzichtbar ist eine persönliche Anhörung des Patienten bei der (hier streitigen) Frage der Aufklärung und der hypothetischen Einwilligung. Insoweit hätte hier eindeutig eine Anhörungspflicht bestanden, vgl.

BGH VersR 2010, 1220.

Sofern (wie hier) Zeugen zu Vorgängen im medizinischen bzw. klinischen Bereich hätten vernommen werden können, wäre es geboten oder zumindest in der Regel von Vorteil gewesen die Befragung im Beisein des Sachverständigen durchzuführen. Die Vernehmung gewinnt dadurch an Qualität und dem Gutachter wird die Möglichkeit eröffnet, ihm wesentlich erscheinende Fragen zu klären. Dies gilt auch für die Anhörung des Klägers. Denn dabei kann der Sachverständige das Gericht bei der Fragestellung unterstützen, welche medizinischen Vorgänge der Kläger meint und beanstandet, vgl.

BGH VersR 1979, 939;

Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Auflage, Rn. 272.

Die mündliche Anhörung der Parteien war vorliegend gerade mit Blick auf die vom Kläger erhobene Aufklärungsrüge sowie der aus den Schriftsätzen der Parteien ersichtlichen Unklarheiten bzgl. eines Behandlungsfehlers der Beklagten unerlässlich. Freilich hätte neben der mündlichen Anhörung der Parteien auch die Vernehmung der benannten Zeugen erfolgen müssen.

Denn wie bereits im Rahmen der Verstöße gegen materielles Arzthaftungsrecht dargelegt, ist die Formularaufklärung nicht als Indiz für ein ordnungsgemäß erfolgtes Aufklärungsgespräch iSd Gesetzes zu werten. Die Beweislast hierfür liegt bei der Beklagten.

Außerdem wurde der Kläger auch nicht über Behandlungsalternativen aufgeklärt. So hätte die Beklagte den Kläger über konservative Behandlungsmethoden aufklären müssen, etwa dass neben der operativen Behandlungsmöglichkeit einer Baker-Zyste auch eine medikamentöse oder physiotherapeutische Behandlung bzw. eine Punktion der Baker-Zyste möglich ist. Behandlungsalternativen waren jedoch offensichtlich nicht Gegenstand des Aufklärungsgespräch am 04.09.2009. Eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung fand somit nicht statt.

Eine Beweisaufnahme im Rahmen einer mündlichen Verhandlung war daher zur Klärung des Sachverhalts zwingend notwendig.

Zwar haben die Parteien einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren (nicht aber einem Überraschungsurteil) zugestimmt. Das Gericht hat jedoch verkannt, dass die Zu-

stimmung der Parteien nicht bindend ist, sondern lediglich eine Ermächtigung für das Gericht darstellt. Vielmehr liegt die Entscheidung des Gerichts über ein schriftliches Verfahren im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dies bedeutet, dass das Gericht trotz Zustimmung der Parteien einen Termin zur mündliche Verhandlung bestimmen kann und muss, sofern eine mündliche Erörterung zweckmäßig ist.

Das Gericht hat sein Ermessen nach dem Normzweck auszuüben. § 128 Abs. 2 ZPO stellt eine Durchbrechung des in § 128 Abs. 1 ZPO verankerten Mündlichkeitsprinzips dar. Der Normzweck der Durchbrechungsvorschrift des § 128 Abs. 2 ZPO ist in einer auf reiner Zweckmäßigkeit beruhenden Förderung des Verfahrens zu sehen. Die Möglichkeit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren dient folglich der Vereinfachung und Beschleunigung des Zivilprozesses.

vgl. Reichold in Thomas/Putzo, ZPO-Kommentar, 34. Auflage, § 128 Rn. 22,30; Prütting in Prütting/Gehrlein, ZPO-Kommentar, 8. Auflage, § 128 Rn. 16, 23.

Zweckmäßiger, geboten und das Verfahren fördernder wäre hier indes aufgrund der bereits ausführlich dargelegten Unklarheiten bzgl. der Sach- und Rechtslage die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gewesen.

Hierin ist zugleich ein Verstoß gegen den im Arzthaftungsprozess geltenden „Amtsermittlungsgrundsatz“ zu sehen.

Der Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit der Parteien im Arzthaftungsprozess entspricht eine verstärkte Pflicht des Richters zur Amtsermittlung. Nach Greiner (in **Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, E. Prozessuale Grundsätze Rn. 6**) hat der Erstrichter "von Amts wegen" auf eine umfassende und genaue Aufklärung des medizinischen Sachverhalts hinzuwirken sowie durch Prozessleitung und Rechtshinweise die beweiserheblichen medizinischen Fragestellungen, auch soweit von der Partei nicht dargelegt, klarzustellen, vgl. **BGH, Urt. v. 8. 1. 1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541 = VersR 1991, 467; BGH, Urt. v. 10. 11. 1981 – VI ZR 92/80 – VersR 1982, 168; BGH, Urt. v. 24. 6. 1980 – VI ZR 7/79 – VersR 1980, 940; BGH, Urt. v. 4. 3. 1980 – VI ZR 6/79 – VersR 1980, 533; BGH, Urt. v. 19. 6. 1979 – VI ZR 91/78 – VersR 1979, 939; BGH, Urt. v. 14. 2. 1978 – VI ZR 213/76 – NJW 1978, 1681 = VersR 1978, 542; OLG Karlsruhe GesR 2010, 367; OLG Karlsruhe GesR 2002, 70; OLG Stuttgart VersR 1991, 229.**

Denn im Arzthaftungsprozess tritt anstelle der Parteibeibringung die für den Zivilprozess atypische Ermittlung von Amts wegen. Diese erstreckt sich insbesondere auf die Tatsachenermittlung im Rahmen des von dem klagende Patienten unterbreiteten medizinischen Sachverhalts. Dementsprechend ist das Gericht auch verpflichtet, Unklarheiten bzgl. der gerügten Aufklärungs- und Behandlungsfehler im Wege einer Anhö-

—
rung der Parteien bzw. Vernehmung von Zeugen im Rahmen der mündlichen Verhandlung nachzugehen, um die von § 286 ZPO geforderte Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Behauptungen der Parteien (gerade mit Blick auf die Unklarheiten bzgl. des Aufklärungsgesprächs) erlangen zu können.

Dies ist aber durch das Erstgericht nicht geschehen.

3.)

— Das Erstgericht hat es zudem versäumt, die Sachverständigen ergänzend mündlich anzuhören, um insbesondere die für den Kläger schriftsätzlich vorgetragene Unklarheiten in den Gutachten beider Sachverständigen nachzugehen bzw. aufgrund der Mängel in den Gutachten beider Sachverständigen ein weiteres Gutachten aus beiden Fachgebieten einzuholen.

a)

Das erstinstanzliche Gericht hätte vorliegend beide Sachverständigen **von Amts wegen** ergänzend anhören müssen, vgl.

— **BGH v. 16.06.2015 - VI ZR 332/14;**

BGH v. 16.04.2013 - VI ZR 44/12.

Insbesondere folgende Punkte/Fragen wären für den Kläger im Rahmen der Anhörung relevant gewesen:

1. Anamnese

Im Bereich Anamnese wäre insbesondere gefragt worden nach:

- etwaigen Vorerkrankungen und Behandlungen;
- der Vorlage und Auswertung diesbezüglicher Behandlungsunterlagen bei der streitgegenständlichen Behandlung;
- der Bedeutung konstitutioneller Besonderheiten; z.B. relevante Nebendiagnosen.

2. Diagnose

— Im Bereich Diagnose wäre insbesondere gefragt worden nach:

- der Bestätigung der Einweisungsdiagnose (Verdachtsdiagnose?) bzgl. der Einweisung im August 2009
- der Eindeutigkeit der Diagnose oder ihrer Qualifizierung als Arbeitshypothese;
- dem Erfordernis differentialdiagnostischer Abklärung wegen unklarer Symptomatik;
- der Diagnoseüberprüfung durch den Facharzt;

- bedeutsamen Nebendiagnosen;
- der Ausschöpfung der Diagnosemöglichkeiten;
- sach- und zeitgerechter Befunderhebung;
- der Aufnahmetechnik und der erforderlichen Anzahl der Röntgenbilder (Stufendiagnostik), Nativ-Aufnahmen, CT, MRT;
- der Übereinstimmung von technischer Aufzeichnung und Befundung;
- der in der Literatur beschriebenen Vorgehensweise;
- der laborchemischen Bestimmung;
- Neben- bzw. Zufallsbefunden.

3. Therapie

Im Bereich Therapie wäre insbesondere gefragt worden nach:

- der Dringlichkeit der Indikation der Behandlungen und Eingriffe ab September 2009;
- den therapeutischen Alternativen und den damit verbundenen Chancen und ggf. anders gelagerten Risiken;
- der Vorgehensweise des Sachverständigen in einem gleichgelagerten Fall;
- der Anerkennung der Methode in der medizinischen Wissenschaft (Methode der Wahl?);
- dem Ausschöpfen der therapeutischen Möglichkeiten;
- den sonstigen postoperativen Kontrollen.

4. Behandlungspflege

Im Bereich der Behandlungspflege wäre insbesondere gefragt worden nach:

- der Kontrolle der Operationswunde;
- der ordnungsgemäßen Medikamentenverabreichung.

5. Aufklärung

Im Bereich der Aufklärung wäre insbesondere gefragt worden nach:

- der Erfolgssicherheit der geplanten Operation;
- der Komplikationsdichte, konkreten Fallstudien bzw. eigenen Erfahrungen des Sachverständigen;
- der Möglichkeit anderer Methoden im Vergleich des Versuchs der offenen Arthroskopie des Kniegelenks zu konservativen Behandlungsmethoden
- den medizinischen Folgen des realisierten Risikos;
- Prognose der Krankheit bei Absehen von dem Eingriff.

6. Kausalität

Im Bereich des Zurechnungszusammenhanges wäre insbesondere gefragt worden nach:

- der durch das beanstandete Handeln generell nicht unerheblich erhöhten Wahrscheinlichkeit, den Erfolg objektiv zu ermöglichen; den für und den gegen eine Ursächlichkeit sprechenden festgestellten Faktoren;
- der vom damaligen Zeitpunkt (Vorhersehbarkeit) bzw. jetzigen Zeitpunkt aus gesehenen Eignung der Handlung oder Unterlassung für den Schadenseintritt;
- den ganz unwahrscheinlichen, den regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht lassenden Umständen;
- der persönlichen klinischen Erfahrung des Sachverständigen oder in entsprechenden Fallberichten in gleichgelagerten Fällen.

7. Dokumentation

Im Bereich Dokumentation wird insbes. gefragt werden nach:

- der Rekonstruktionsmöglichkeit des Behandlungsduktes anhand der Dokumentation, insbesondere OP-Bericht, Befundungen zu stattgehabten Untersuchungen, Pflege;
- der Vollständigkeit der für die Diagnostik und Therapie entscheidungserheblichen medizinischen Befunde;
- den eventuell dokumentierten, bisher unbeachtet gebliebenen Besonderheiten der Behandlung.

Eine Anhörung des Gerichtsgutachters wäre folglich nicht nur sinnvoll, sondern zwingend erforderlich gewesen. An dieser Stelle möchte der Kläger rein vorsorglich anmerken, dass das Recht der Partei, den Gutachter sachdienlich anzuhören, auch nach schriftlicher Begutachtung nicht genommen werden darf. Die Rechtsprechung führt hierzu aus, dass dem Antrag, den Sachverständigen zu laden, um ihn anzuhören und ihn zu befragen, grds. stattgegeben werden muss, vgl.

BVerfG, Beschl. v. 17. 1. 2012 – 1 BvR 2728/10 – NJW 2012,1346; BGH, Beschl. v. 14. 10. 2008 – VI ZR 7/08 – NJW-RR 2009, 409 = VersR 2009, 69.

Vorliegend wäre das Erstgerichts **von Amts wegen** (d.h. auch ohne einen entsprechenden Parteiantrag) dazu verpflichtet gewesen, den Sachverständigen anzuhören bzw. den Parteien Gelegenheit zu geben, den Gerichtsgutachter im Rahmen einer Anhörung zu befragen.

Wir **beantragen**, den ausgewählten Sachverständigen diesbzgl. anzuhören, ihm zudem höflich aufzugeben, dass er vorsorglich mitteilen möge,

- ob und inwieweit er mit dem hier beklagten Klinikum und/oder den dort beschäftigten Ärzten bzw. Leitern bereits beruflichen Kontakt bzw. berufliche Kooperationen pflegte bzw. pflegt, sowie

- ob und inwieweit bzw. in welchem Umfang er für die hinter dem beklagten Klinikum stehende Versicherung als Privatgutachter o.ä. bereits gutachterlich tätig gewesen ist bzw. heute noch ist.

b)

Das Erstgericht hat es zudem versäumt, den vorliegenden Widersprüchen und Unvollständigkeiten in den Äußerungen des Sachverständigen nachzugehen.

aa.

Solche fallen auf bezüglich der Frage, ob die bei der arthroskopischen Spülung des Knies eingesetzte Flüssigkeitsmenge von 3 Litern ausreichend war oder das Volumen der Spülung hätte zwischen 15 und 25 Litern betragen müssen.

Der Sachverständige Prof. Dr. V. sagte einerseits,

„Bis zum 30.09. oder 01.10.2009 sehen auch wir eine regelrechte Behandlung des Kniegelenkinfektes.“ (vgl. Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 30).

Andererseits gab er an,

„Eine wissenschaftliche Evidenz zur Menge der Spüllösung besteht nicht. Es werden jedoch in zwei uns vorliegenden Publikationen zur Therapie der Kniegelenksinfektion nach Arthroskopie eine Mindestmenge von 5 Litern Spüllösung gefordert.“

(...)

In unserer Klinik spülen wir in solchen Fällen mit 6 - 9 Litern Spülflüssigkeit.“ (vgl. Ergänzungsgutachten vom 17.12.2015, S. 9)

Der Sachverständige bejaht somit eine regelrechte Nachbehandlung des Klägers, stellt indes in seinem Ergänzungsgutachten fest, dass er in seiner Klinik in solchen Fällen die doppelte bis dreifache Flüssigkeitsmenge einsetzt und nennt außerdem noch zwei Publikation, welche eine Mindestmenge von 5 Litern Spüllösung fordern.

bb.

Ein weiterer Widerspruch in den gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. V. ist darin zu sehen, dass er bzgl. der erfolgten (einmaligen) arthroskopischen Spülung sowie der Schmerztherapie bei der Beklagten folgende Feststellungen trifft:

„Vielfach werden zwischen 3 und 5 arthroskopische Spülungen empfohlen (jeweils nach 24 - 78 h).“ (vgl. Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S.15);

„Den Vorwurf, den sich die behandelnden Ärzte des Kreiskrankenhauses F. gefallen lassen müssen ist der, dass sie nach der ersten arthroskopischen Spülung und Revision der Bakerzyste keine weitere zeitnahe arthroskopische oder offene Spülung zur Infektsanierung durchgeführt haben. Insbesondere der weitere Anstieg des SRP-Wertes am 30.09.2009 und die persistierende sowie therapieresistente Schmerzsymptomatik hätten zu einer zeitnahen zweiten Spülung führen **müssen**. Als am 05.10.2009 die folgerichtige aber etwas **zu späte Indikation** zur zweiten Revision gestellt wurde erfolgte auf Wunsch des Klägers die Verlegung in die Orthopädische Universitätsklinik H..“ (**Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 21 f.**);

„Jedoch hätte nach unserer Ansicht aufgrund der persistierenden Schmerzen und des weiter steigenden CRP-Wertes eine Folgeoperation am 30.09.2009 oder 01.10.2009 und nicht erst wie vorgesehen am 05.10.2009 erfolgen **müssen**.“ (**vg. Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 24**);

„Postoperative Kniegelenksinfekte mit nur einer arthroskopischen Spülung zu sanieren gelingt wenn überhaupt nur in sehr seltenen Fällen. (...) Der negative Keimnachweis der Universitätsklinik in H. ist somit kein Indiz für eine Sanierung des Infektes.“ (**vgl. Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 28**);

„Bis zur Revisionsoperation am 28.09.2009 sehen wir eine regelrechte Schmerztherapie. Danach hätte die persistierende Schmerzsymptomatik im Zusammenhang mit dem weiter ansteigenden CRP-Wert zu einer zweiten und evtl. bei Bedarf weiteren Revisionsoperationen führen **müssen**. die adäquate Behandlung der Schmerztherapie hätte ab dem 30.09.2009 in seiner konsequenten Infekttherapie (erneute Revision) bestanden.“ (**vgl. Ausgangsgutachten vom 03.10.2014, S. 29**);

Trotz dieser dezidierten Feststellungen verneint der Sachverständige in seinen beiden Gutachten vom 03.10.2014 und 17.12.2015 das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Den Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. V. kann daher nicht näher getreten werden. Denn seine Ausführungen sind widersprüchlich. Insofern kann das ergangene Urteil, welches sich auf diese widersprüchlichen Feststellungen stützt, keinen Bestand haben.

cc.

Solche Unklarheiten, Widersprüche oder Zweifel sind vom Erstgericht **von Amts wegen** auszuräumen. Denn das Gericht trifft in Arzthaftungsprozessen aus Gründen der Waffengleichheit eine gesteigerte Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung. Der Arzthaftungsprozess ist dadurch geprägt, dass regelmäßig ein medizinischer Laie einem ihm an Fachkompetenz weit überlegener Fachmann gegenübersteht. Dies erfordert besondere und kritische Sorgfalt des Gerichts. Dieses muss dem Sach- und Streitstoff besondere Aufmerksamkeit widmen und die Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständiger sorgfältig und kritisch würdigen. Unterlässt das Erstgericht die gebotene Sachverhaltsaufklärung, liegt ein Verstoß gegen die §§ 411, 286 ZPO vor, vgl.

OLG Oldenburg v. 25.02.2008 - 5 W 10/08;

BGH VersR 1989, 378; BGH VersR 1991, 467.

Es wäre hier aus den o.g. Gründen geboten gewesen, beide Sachverständigen mündlich anzuhören.

dd.

Neben oder anstelle der Sachverständigen-Anhörung hätte das Erstgericht aus den o.g. **von Amts wegen** ein weiteres Gutachten aus beiden Fachgebieten einholen müssen.

– Denn die Erhebung eines **weiteren Gutachtens** ist nach § 412 ZPO immer dann erforderlich, wenn wie hier bzgl. der Gutachten beider Sachverständigen Mängel vorliegen und/oder über schwierige Fragen zu entscheiden sind,

vgl. BGH, Beschl. v. 9. 2. 2010 – VI ZB 59/09 - VersR 2010, 1241.

Eine solche Beauftragung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters und kann – **auch ohne vorherige Anhörung der ersten Sachverständigen** – erfolgen. Sie ist ein taugliches Mittel, um Unvollständigkeiten, Unklarheiten oder Zweifel auszuräumen, vgl.

– **BGH, Urt. v. 4. 11. 2010 – III ZR 45/10 – NJW 2011, 852;
OLG Hamm, GesR 2014, 604.**

4.)

Verfahrensfehlerhaft stützte das Erstgericht (wie im Rahmen der materiellen Rechtsfehler bereits dargelegt) außerdem seine Beweiswürdigung hinsichtlich der Frage nach einer mangelhaften Aufklärung u.a. darauf, dass der Kläger eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung (abgesehen von der fehlenden Aufklärung über die Infektionsrate im Krankenhaus der Beklagten) letztlich nicht bestritten habe.

– *„Eine Aufklärung über die mit der Operation verbundenen Risiken hat stattgefunden, wie sich aus dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen ergibt. Das Risiko einer Infektion ist dort aufgeführt. Letztlich hat der Kläger eine solche Aufklärung auch nicht bestritten, sondern meint lediglich, ihm hätte auch konkret mitgeteilt werden müssen, wie häufig sich das Infektionsrisiko speziell in dem Krankenhaus der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit seiner Behandlung verwirklicht habe.“ (vgl. Blatt 331)*

Der Kläger hat in seiner Replik vom 26.04.2013 (vgl. Blatt 37ff. (38)) indes vorgetragen:

„Der Kläger ist zwar - formularmäßig - über das seltene Infektionsrisiko bei der Knie-Operation aufgeklärt worden. Diese Aufklärung bezog sich jedoch nur darauf, dass überhaupt ein (seltenes) Infektionsrisiko besteht.“

Über die Schwere einer (möglichen Komplikation) bzw. über die gravierenden Folgen einer etwaigen Infektion bis hin zur möglichen Amputation des Beines bzw. bis zum Tod wurde der Kläger allerdings nicht aufgeklärt. Hierüber wurde der Kläger erst in der orthopädischen Universitätsklinik H. anlässlich der dortigen Behandlung informiert.“

Damit hat das Erstgericht den Sachverhalt nicht richtig erfasst. Es hätte nämlich den Schriftsatz des Klägers vom 26.04.2013 (**vgl. Blatt 37 ff. (38)**) berücksichtigen und entsprechend würdigen müssen, dass der Kläger sehr wohl eine ordnungsgemäße Risikoauflklärung bestritten hat.

— **5.)**

Ferner verstößt das erstinstanzliche Gericht gegen das Justizgrundrecht des Klägers auf rechtliches Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG, sofern es in seinem überraschenden Urteil den Klägervortrag bzgl. der nicht ausreichend desinfizierten Hände des Pflegepersonals bei einem Verbandswechsel als unsubstantiiert bezeichnet. Denn ein diesbzgl. gerichtlicher Hinweis gemäß § 139 ZPO ist nicht ergangen, es hätte eines ausreichend konkreten (!) Hinweises bedurft.

— Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht (Art. 103 Abs. 1 GG) stellt eine Ausprägung des Rechtsstaatsgedankens für das gerichtliche Verfahren dar. Gerichtliche Hinweispflichten konkretisieren diesen Anspruch der Parteien und dienen der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen, BGH, Beschluss vom 29.3.2017 – IV ZR 510/15(NJW-RR 2017, 672, beck-online); BGH, Beschl. v. 23. 10. 2013 – IV ZR 122/13 (OLG Hamm) (r+s 2015, 215, beck-online).

(1)

— Gemäß § 139 IV ZPO sind Hinweise grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung zu erteilen, dass die Partei Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten. Erteilt das Gericht entgegen § 139 IV ZPO den Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Kann eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen nicht erwartet werden, darf die mündliche Verhandlung nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Vielmehr muss das Gericht gem. § 139 V i.V. mit § 296a ZPO einen **Schriftsatznachlass** gewähren, BGH, Beschl. vom 18. 9. 2006 - II ZR 10/05 (OLG Frankfurt a.M.) = (NJW-RR 2007, 412, beck-online).

(2)

Ein richterlicher Hinweis erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er rechtzeitig erteilt wird. Ein richterlicher Hinweis erfüllt zudem nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er **gezielt und konkret den einzelnen Mangel**

anspricht, BGH, Urteil vom 18. 4. 2013 (I ZR 66/12, KG) = (VersR 2015, 210, beck-online).

Das Gericht genügt seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht schon durch allgemeine und pauschale Hinweise, sondern nur, wenn es gezielt und konkret entscheidungserhebliche Mängel im Sachvortrag anspricht und den Parteien die Möglichkeit eröffnet, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen (Anschluss an BGH BeckRS 2013, 18555 Rn. 33; BeckRS 2013, 07096 Rn. 12 f.), (OLG Bamberg Ur. v. 18.8.2016 – 1 U 24/16, BeckRS 2016, 15492, beck-online).

6.)

Auch hat das Erstgericht den Sachverhalt nicht richtig erfasst, wenn es in seinem Urteil festhält,

„Die mikrobiologische Diagnostik ergab eine Infektion mit dem Hautkeim Staphylococcus lugdunensis (...).“ (vgl. Blatt 328)

„Der bei ihm nachgewiesene Erreger Staphylococcus lugdunensis ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. V. (...), ein physiologischer Hautkeim (...).“ (vgl. Blatt 334)

Denn beim Kläger wurden zwei unterschiedliche Hautkeime, nämlich zum einen der Hautkeim „Staphylococcus epidermis“ und zum anderen der Hautkeim „Staphylococcus lugdunensis“ nachgewiesen. Dies bestätigt auch das ergänzende schriftliche Gutachten des Herrn Prof. Dr. V. vom 17.12.2015:

„Folgende Keime wurden in den mikrobiologischen Untersuchungen nachgewiesen:

- 1. Staphylococcus epidermis** (Punktat des Kniegelenkes am 25.09.2009, Vorbefund am 27.09.2009, Bekanntwerden des Befundes am 28.09.2009) (...).
- 2. Staphylococcus lugdunensis** (Intraoperativer Abstrich vom 28.09.2009 aus der Kniekehle bei Zustand bei Zustand Baker-Zysten-Resektion, Bekanntwerden 30.09.2009) (...)

Es handelt sich somit bei beiden nachgewiesenen Keimen um sogenannte „Hautkeime“, die im Rahmen von Punktionen und Operationen zu einer Gelenkinfektion bzw. zu einer Wundinfektion führen können.“

(vgl. Ausgangsgutachten vom 17.12.2014, S. 2).

7.)

Es liegt auch bzgl. dieser Verfahrensrechtsverletzungen eindeutig die sog. Entscheidungserheblichkeit vor, da der Richter in erster Instanz ohne den jeweiligen Rechtsfehler möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, vgl.

BGH NJW 2012, 3581, Rn. 12;
BGH NJW 1995, 1841, 1842;
Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 33.

E. Berufungsgründe nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO: Fehler bei der Tatsachenfeststellung

Der Berufungsgrund des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO überschneidet sich in weiten Teilen mit dem bereits oben dargelegten Berufungsgrund des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO, vgl.

BGH NJW 2012, 3581, Rn. 7;
Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 34.

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung sind durch oben dargelegte konkrete Anhaltspunkte i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO indiziert. Solche liegen schon dann vor, wenn aus Sicht des Berufungsgerichtes eine gewisse -nicht überwiegende- Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt, vgl.

Zöller-Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 529 Rn. 3.

Die hier vorliegenden, unter Punkt D. dargestellten formellen sowie materiellen Rechtsfehler begründen Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit entscheidungserheblicher Feststellungen und gebieten daher eine erneute Beweisaufnahme (**BVerfG Beschl. v. 12.6.2003 – 1 BvR 2285/02 , NJW 2003, 2524**).

Da das Berufungsgericht von Amts wegen den gesamten schriftsätzlichen Parteivortrag der ersten Instanz auf Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung überprüft, vgl.

BGHZ 158, 269, 278ff = NJW 2004, 1876;
Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 34.,

verzichten wir auf unnötige und langatmige weitere Ausführungen hierzu.

F. Schadenshöhe

I. Schmerzensgeld

Zunächst ist klarzustellen, dass die vom Kläger geschilderten und im Tatbestand des Urteils dargelegten Beschwerden und Folgen (seit nunmehr über 8 Jahren) ein vielfach höheres Schmerzensgeld rechtfertigen, als in der Klageschrift vom 31.12.2012 streitwertmäßig beziffert.

Unter Würdigung aller Umstände muss man zu dem Ergebnis kommen, dass die vom Kläger geltend gemachten Folgen und Leiden heute gemäß § 253 Abs. 2 BGB mit einem Schmerzensgeldbetrag von mindestens **50.000,00 EUR** zu beziffern sind.

1. Bemessung des Schmerzensgeldes

Aufgrund der erheblichen Beeinträchtigungen der Kläger erleiden musste und wie wir das Schmerzensgeld definieren, möchten wir kurz vortragen:

a.

Die Höhe des zuzubilligenden Schmerzensgeldes hängt entscheidend vom Maß der durch das haftungsbegründende Ereignis verursachten körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen des Geschädigten ab, soweit diese bei Schluss der mündlichen Verhandlung bereits eingetreten sind oder zu diesem Zeitpunkt mit ihnen als künftiger Verletzungsfolge ernstlich gerechnet werden muss. Die Schwere dieser Belastungen wird vor allem durch die Stärke, Heftigkeit und Dauer der erlittenen Schmerzen und Funktionsbeeinträchtigungen bestimmt, vgl.

**m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10,
BeckRS 2010, 23467.**

b.

Nachdem das Schmerzensgeld in der Vergangenheit sehr stiefmütterlich gehandhabt wurde, ist spätestens seit dem Jahre 1985 eine Wandlung in seiner Anwendung der Höhe nach wahrzunehmen. Waren es zu anfangs 150.000,00 EUR, im Jahre 2001 250.000,00 EUR, so war es schließlich das Landgericht München I, das im Jahre 2001 für einen querschnittsgelähmten 48 Jahre alten Mann ein Schmerzensgeld von 500.000,00 EUR festlegte, vgl.

**Scheffen, ZRP 1999, 189 (190);
LG München I vom 29.03.2001 - 19 O 8647/00;
VersR 2001, 1124.**

Das Landgericht begründete damals, dass es weder „...einen Markstein setzen noch Rechtspolitik betreiben [wolle]“. Dennoch begründete das Landgericht seine

Entscheidung dahingehend, „...dass Schmerzensgelder in gewisser Weise mit der inflationären Entwicklung Schritt halten müssten und dass ein höheres Schmerzensgeld ... allgemein befürwortet werde.“, vgl.

**Jaeger, VersR 2009, 159 (160);
„Höchstes Schmerzensgeld - ist der Gipfel erreicht?“.**

Mögen die Meinungen auseinandergehen was als „angemessen“ zu bezeichnen ist, so ist durchaus eine Tendenz ersichtlich, dass viele Gerichte nicht mehr zu zögerlich mit der Vergabe von Schmerzensgeld umgehen. Beispiele kann man beim OLG Köln, OLG Hamm oder Stuttgart sehen, die derzeit Schmerzensgelder bspw. bei Geburtenfehler durchaus mit einer Summe von über 500.000,00 EUR aburteilen, vgl.

**Jaeger, VersR 2009, 159 (160f.),
„Höchstes Schmerzensgeld - ist der Gipfel erreicht?“.**

Auch das OLG Saarbrücken urteilte bereits im Jahr 2008 ein Schmerzensgeld von 500.000,00 EUR zuzüglich einer monatlichen Schmerzensgeldrente von 500,00 EUR aus, vgl.

OLG Saarbrücken v. 22.04.2008 - 5 U 6/07.

Im Jahr 2012 urteilte das KG Berlin ein Schmerzensgeld für einen Kindschaden i.H.v. 650.000,00 EUR aus, vgl.

KG Berlin vom 16.02.2012, 20 U 157/10, VersR 2012, 766.

Im Jahr 2015 urteilte das OLG Köln ein Schmerzensgeld für einen Schwerstschaden i.H.v. 600.000,00 EUR aus, vgl.

OLG Köln v. 10.12.2014 u. 02.02.2015 - 5 U 75/14, juris

c.

Häufig wird als Einwendung der Haftpflichtversicherer das Schlagwort „amerikanische Verhältnisse“ genannt. Jene Befürchtungen und Klischees verkennen aber, dass in Amerika neben dem eigentlichen Schmerzensgeld auch der gesamte materielle Schaden von den zugesprochenen Schadensersatzsummen umfasst wird und letztlich sind darin auch die amerikanischen Anwaltskosten mit abgedeckt, die in USA meist ca. 40% des gezahlten Betrages ausmachen.

„Der gesamte materielle Schaden ist in Deutschland vom Schädiger **zusätzlich** zum Schmerzensgeld zu zahlen und es sollte gerichtsbekannt sein, dass bei

hoher Querschnittslähmung Deckungssummen von 5 Mio. EUR und mehr oft für den Gesamtschaden nicht ausreichen.“, vgl.

**Jaeger, VersR 2009, 159 (162),
„Höchstes Schmerzensgeld - ist der Gipfel erreicht?“.**

Auch kann nicht behauptet werden, dass die deutsche Versicherungsbranche durch höhere Schmerzensgelder zu sehr belastet werden würde.

Die Deckungssummen für beispielsweise geschädigte querschnittsgelähmte Menschen werden derzeit bei den Versicherungen stellenweise mit ca. 11 Mio. EUR prognostiziert. Der heutige Schmerzensgeldanteil ist bei dieser Betrachtung durchaus als marginal, wenn nicht sogar als „lächerlich“ zu bezeichnen, vgl.

Hoffmann, VW 2008, 1298.

d.

Soweit die Haftpflichtversicherer ihr regelmäßiges Schmerzensgeldherabsetzungsverlangen nur mit pauschalen Hinweisen auf vergleichbare Fälle begründen, ist dies differenziert zu betrachten:

Die §§ 253 Abs. 2 BGB, 11 S. 2 StVG sprechen von „billiger Entschädigung in Geld“. Da es eine absolut angemessene Entschädigung für nichtvermögensrechtliche Nachteile nicht gibt, weil diese nicht in Geld messbar sind, unterliegt der Richter bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung von Gesetzes wegen **keinen betragsmäßigen Beschränkungen**, vgl.

**m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10,
BeckRS 2010, 23467.**

Die in den Schmerzensgeldtabellen erfassten „Vergleichsfälle“ bilden nur „in der Regel den **Ausgangspunkt** für die trichterlichen Erwägungen zur Schmerzensgeldbemessung“ und sind nur im Rahmen des zu beachtenden Gleichheitsgrundsatzes **als Orientierungsrahmen** zu berücksichtigen, vgl.

**m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10,
BeckRS 2010, 23467.**

Deshalb können aus der Existenz bestimmter ausgeurteilter Schmerzensgeldbeträge **keine unmittelbaren Folgerungen abgeleitet werden**, vgl.

(OLG München, Urt. v. 05.03.2004 - 10 U 4794/03 und v. 08.09.2006 - 10 U 3471/06; OLG Hamm zfs 2005, 122 [124]).

Verweise auf solche Vergleichsfälle ohne umfassende Herausarbeitung der Fallähnlichkeit, die neben den Verletzungen weitere 11 Variable, nämlich Geschlecht, Alter, Beruf, Vorschädigung, Empfindlichkeit, Einkommen und Vermögensverhältnisse des Geschädigten, sowie Verschulden, Einkommen, Vermögensverhältnisse und Versicherung des Schädigers zu berücksichtigen hat (Berger VersR 1977, 877 [878 unter II 3]), sind also **nicht weiterführend**,

m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10,
BeckRS 2010, 23467.

— Weiter muss die Entstehungszeit der herangezogenen Vergleichsfälle beachtet werden: Der BGH hat bereits in VersR 1976, 967 (968) betont, dass das erkennende Gericht grundsätzlich nicht gehindert sei, die von der Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen bisher gewährten Beträge zu unterschreiten oder **über sie hinauszugehen**, wenn dies durch **veränderte allgemeine Wertvorstellungen oder die wirtschaftliche Entwicklung** gerechtfertigt ist.,

m.w.N.: OLG München, SU vom 24.09.2010 - 10 U 2671/10,
BeckRS 2010, 23467.

— Dieser Entscheidung, die in Rechtsprechung (vgl. etwa KG in KGR 2003, 140 [142]) und Literatur (vgl. etwa Jaeger/Luckey a. a. O. Rz. 1012, 1013) **Zustimmung gefunden hat**, ist das OLG München in der o.g. Entscheidung beigetreten (vgl. auch OLG München, Beschl. v. 19.07.2007 - 10 U 1748/07).

Konkret bedeutet dies, dass bei der Heranziehung von Vergleichsfällen die Tatsache zu beachten ist, dass **die Rechtsprechung bei der Bemessung von Schmerzensgeld nach gravierenden Verletzungen deutlich großzügiger verfährt als früher**, vgl.

OLG Köln VersR 1992, 1013 und 1995, 549;

— OLG München, Urt. v. 01.07.2005 - 10 U 2544/05; v. 28.10.2005 - 10 U 3813/05; v. 27.10.2006 - 10 U 3345/06 [Juris]; Beschl. v. 19.07.2007 - 10 U 1748/07; v. 19.01.2009 - 10 U 4917/08;

OLG Nürnberg VersR 2009, 71 [73 unter 2];
Jaeger/Luckey Rz. 1023; vgl. auch Strücker-Pitz VersR 2007, 1466 ff.

... und **zugunsten des Geschädigten** die zwischenzeitliche **Geldentwertung**

(KGR NZV 2002, 230 [232] und 338 [340]; 2003, 416 [420]; 2004, 473; OLG München, Urt. v. 01.07.2005 - 10 U 2544/05 und v. 28.10.2005 - 10 U 3813/05; Beschl. v. 19.07.2007 - 10

U 1748/07; Geigel/Pardey a. a. O. Kap. 7 Rz. 56; Jaeger/Luckey Rz. 1023; Hacks/Ring/
Böhm a. a. O. S. 16)

in Rechnung zu stellen ist.

e.

Dies zugrunde gelegt ist aufgrund eigenständiger Überprüfung (vgl. BGH NJW 2006, 1589 ff.) das hier vom geschädigten Kläger begehrte Schmerzensgeld angemessen.

f.

Letztlich muss sich jeder Mensch (und vor allem das entscheidende Gericht) bei der Schmerzensgeldbemessung die Frage gefallen lassen:

***„Was empfinde ich als angemessen,
wenn mir solch ein Schaden und Schicksal widerfahren würde?“***

Es geht hier sicher nicht darum, den Geschädigten zu „bereichern“, sondern nur darum, nach den Grundideen und Beweggründen des Bürgerlichen Gesetzbuches einen Ausgleich für den Betroffenen zu definieren.

Kein Mensch möchte je in eine Lage geraten, in der er sich dauerhaft hilflos, schmerzgeplagt und perspektivlos fühlen sollte.

Ein angemessenes Schmerzensgeld kann einem solchen geschädigten Menschen zumindest wieder eine (wirtschaftliche und persönliche) Perspektive geben; ihm „Mut zum Leben“ einhauchen und letztlich auch eine Bestätigung geben, dass unser Rechtssystem auch auf der Ebene des Schmerzensgeldes „gerecht“ ist.

Letztlich ist es nach § 287 ZPO ureigenste Aufgabe des Richters eine solche angemessene Entschädigung zu bestimmen.

„Doch [sind] dem Ermessen des Tatrichters Grenzen gesetzt; er dürfe das Schmerzensgeld nicht willkürlich festsetzen, sondern müsse zu erkennen geben, dass er sich um eine dem Schadensfall gerecht werdende Entschädigung bemüht habe. Er müsse alle für die Höhe des Schmerzensgeldes maßgebenden Umstände vollständig berücksichtigen und dürfe bei seiner Abwägung nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen. Er müsse die Entschädigung zu Art und Dauer der erlittenen Schäden in eine angemessene Beziehung setzen.“

vgl. Jaeger, VersR 2009, 159 (163f.),
„Höchstes Schmerzensgeld - ist der Gipfel erreicht?“;
BGH vom 08.06.1976 - VI ZR 216/74;
VersR 1976, 967.

g.

Mehr Mut zu höheren und angemessenen Beträgen (d.h. zur Anhebung der in den gängigen Tabellenwerken ausgewiesenen Schmerzensgeldentscheidungen), würde des Öfteren eine Entschädigung im wahrsten Sinne des Wortes ermöglichen und es könnten viele Fälle bereits im außergerichtlichen Bereich gütlich erledigt werden, vgl.

Ziegler, „Bein ab - Arm dran“, JR 2009 Heft 1, S. 1 ff.

Gerade der vorliegende Fall des Klägers sollte angemessen bewertet werden, da dessen schadensbedingte Situation drastisch ist.

2. Im Einzelnen:

Aufgrund der Behandlungsfehler- und der Körperschäden begann für den damals 71-jährige Kläger (heute 79 Jahre alt) ein drastischer Leidensweg mit einem operativen Folgeeingriff am 05.10.2009 (erneute offene Arthroskopie am rechten Kniegelenk) und zahlreichen Folgebehandlungen.

Auch ist der Kläger seither permanent in ärztlicher Nachbehandlung, v.a. medikamentös und mit Krankengymnastik.

Sämtliche Freizeitaktivitäten sind behandlungsfehlerbedingt kaum mehr möglich.

Der Kläger leidet seither -gemäß ärztlichen Feststellungen- permanent am rechten Kniegelenk an dauerhaften Schmerzen, welche dadurch ausgelöst werden, dass der Knorpel im rechten Kniegelenk infolge des Infektes „zerfressen“ wurde und die Knochen im rechten Knie nunmehr aneinander reiben.

Es handelt sich um einen stechenden, dumpfen und ziehenden Dauerschmerz mit mehreren täglichen langen Schmerzattacken zwischendurch. Der Kläger beschreibt diese als furchtbar und elend. Abends und nachts sind die beschriebenen Schmerzen besonders stark. Der Kläger wird nachts von Schmerzen geweckt und muss sein rechtes Knie auf eine weiche Polsterung legen.

Auf einer Skala von 1 bis 10 (= stärkster vorstellbarer Schmerz) werden die Schmerzen durchschnittlich mit 8 bewertet.

Der Kläger ist oft angespannt und überreizt, er hat sehr starke Ängste und schlechte Vorahnungen, sehr oft wird er von Panik übermannt, einen Großteil der Zeit gehen ihm beunruhigende Gedanken durch den Kopf.

Er ist auf permanente Schmerzmittel mit all deren verheerenden Nebenwirkungen angewiesen. Der Kläger leidet unter Schlafstörungen und Ängsten.

Der Kläger ist behandlungsfehlerbedingt nunmehr schwerbehindert. Der Grad der Behinderung des Klägers hat sich infolge der fehlerhaften Behandlung im Krankenhaus der Beklagten von 70 auf 100 erhöht, vgl.

Schwerbehindertenausweis mit Merkzeichen G, Gültigkeit ab 17.09.2009.

Klarzustellen ist hierbei, dass sich der ursprüngliche Grad der Behinderung von 70 ausschließlich auf die Krebserkrankung des Klägers bezog. Lediglich die Erhöhung des Behinderungsgrades von 70 auf 100 ist auf die dauerhafte Schädigung des rechten Knies des Klägers zurückzuführen.

Der entsprechende Antrag wurde vom Kläger zwar erst im Dezember 2009 gestellt, die Gültigkeit der Erhöhung des Behinderungsgrades auf 100 wurde jedoch rückwirkend ab dem 17.09.2009 festgesetzt.

Der Kläger ist seit dem schädigenden Ereignis im September 2009 kaum noch in der Lage länger als 5 Minuten zu Stehen. Auch ist es dem Kläger schmerzbedingt seither kaum noch möglich mehr als 150 Meter zu gehen, weshalb er auch kürzere Strecken mit dem Auto zurücklegen muss. Das Treppensteigen, Knien. Tragen und Heben muss -gemäß ärztlichen Feststellungen- ebenfalls vermeiden werden.

Gemäß den ärztlichen Feststellungen liegt ein schwerer (behandlungsfehlerbedingter) Dauerschaden am rechten Kniegelenk vor.

Beweis:

- Vernehmung der Ehefrau des Klägers, Frau M., zu laden über den Kläger, als Zeugin
- Vernehmung der Tochter des Klägers, Frau M., Musterstraße 04, 00000 Musterstadt, als Zeugin
- Vernehmung des Hausarztes des Klägers, Herr Dr. T., Musterstraße 05, 00000 Musterstadt, als Zeugen
- Einholung eines Sachverständigengutachtens

a. Unmittelbare körperliche Folgen der Schädigung

Die körperlichen Folgen der Schädigung sind damit gravierend, es besteht ein Dauerschaden.

b. Anzahl der absolvierten Behandlungen

In der Folgezeit wurden zahlreiche Nachbehandlungen und Eingriffe nötig.

c. Psychische Auswirkungen (posttraumatisches Belastungssyndrom etc.)

Aufgrund der ständigen Schmerzen erlitt unsere Mandantin ein Trauma, welches zu Depressionen und Angststörungen führte.

d. Beeinträchtigung im täglichen Leben

Ferner ist der Kläger aufgrund der dauerhaften Schmerzen in seinem täglichen Leben massiv eingeschränkt.

i. Haushalt

Alle Haushaltstätigkeiten, die die unteren Extremitäten benötigen bzw. beanspruchen, sind nur noch erschwert, teilweise überhaupt nicht mehr möglich. Hierzu zählt bspw. die Fensterputzen, den Boden wischen, Bettenmachen, Einkaufen u.v.m.. Staubwischen und Putzen im allgemeinen gestaltet sich als äußerst schwierig. Gartenarbeit muss der Kläger teilweise im Sitzen verrichten. Auch kann der Kläger nicht mehr alleine Einkaufen gehen, da er nicht mehr so schwer und viel tragen kann. Ferner kann der Kläger (gelernter Handwerker) keine handwerklichen Tätigkeiten mehr im Haus vornehmen.

ii. Freizeit

In ihrer Freizeitgestaltung ist der Kläger ebenfalls stark eingeschränkt. Viele seiner alten Hobbys kann er heute nicht mehr ausüben. Infolge des behandlungsfehlerbedingten dauerhaften Knieschadens kann der Kläger auch nur noch sehr eingeschränkt seinem Hobby als Imker nachgehen und ist sehr oft auf die Hilfe Dritter angewiesen.

Dementsprechend musste sich der Kläger gezwungenermaßen neu orientieren.

Zudem meidet der Kläger Veranstaltungen und Orte an denen sich viele Menschen befinden, da sie Angst davor hat, dass sie von jemandem gestoßen werden könnte. Daher meidet sie auch beengte Orte wie Bus und Bahn.

iii. Sport

Vor dem rechtswidrigen körperlichen Eingriff am 11.09.2009 fuhr der Kläger Fahrrad, ging Wandern usw. Seit dem Eingriff kann der Kläger solchen Aktivitäten nicht mehr nachgehen.

iv. Reisen und Urlaub

Aufgrund der permanenten Schmerzen war es dem Kläger nicht möglich, die letzten Jahre in den Urlaub zu fahren. An Entspannung und Erholung war zu dieser Zeit nicht zu denken.

v. Sonstiges gesellschaftliches Leben

Sein sonstiges Gesellschaftliches Leben litt und leidet ebenfalls unter den vorliegenden Beeinträchtigungen. So ist der Kläger die letzten Jahre kaum weggegangen. Dies lag zum einen daran, dass er nicht mehr solange ausgehen konnte, da seine Schmerzen mit der Zeit zunahmen. Zum anderen, da er aufgrund der ständigen Medikation schnell müde wurde. Zudem hatte er Angst davor, jemand könnte sie versehentlich anrempeln. Aufgrund des sozialen Rückzuges haben sich viele Bekannte und Freunde von dem Kläger distanziert.

Beweis:

- wie zuvor

e. Bemessung

Aufgrund der vorliegenden physischen und psychischen Beeinträchtigungen, insbesondere aber des langen Leidensweges ist vorliegend ein Schmerzensgeld von

mindestens 50.000,00 EUR

angemessen.

II. Vermehrte Bedürfnisse

Aufgrund des Schadensereignisses hat der Kläger vermehrte Bedürfnisse.

Als vermehrte Bedürfnisse sind unfallbedingte Arbeitsausfälle in der Versorgung des eigenen oder des Familienhaushalts ersatzfähig. Maßstab der Bezifferung sind die Kosten einer Haushaltshilfe in dem Umfang, wie diese nötig wäre, um den verletzungsbedingten Ausfall der haushaltsführenden Person zu kompensieren. Der Schaden **kann fiktiv abgerechnet werden**, es muss nur vorgetragen werden, welche konkreten Arbeiten unfallbedingt nicht mehr erledigt werden können. Die „Hausarbeit“ wird sehr weit verstanden (inkl. Gartenarbeiten). Der Schaden wird **geschätzt**, überwiegend unter Einsatz von Tabellenwerken (*Pardey, Der Haushaltsführungsschaden*) oder mittels Gerichtsgutachten, vgl.

Luckey, Personenschaden, 1. Auflage 2013, D. II., Rn. 7.

Für den zeitlichen Anteil der einzelnen Haushaltsbereiche, in denen sich die Verletzung des Geschädigten unterschiedlich auswirken kann, wird in der Praxis auf die Tabelle von Pardey (Der Haushaltsführungsschaden, 8. Aufl. (2013); Fortführung von Schulz-Borck/Hofmann, „Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt“, 6. Aufl. (2000)) zurückgegriffen. Dort wird ein anderer Weg der Berechnung vorgeschlagen, dem Obergerichte, aber insbesondere auch der BGH zuneigen:

Hierzu eingehend auch Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden,
Rn. 188 ff.

Etwa OLG Rostock zfs 2003, 233 (8 U 79/00);
KG VRS 115 (2008), 5 = OLGReport 2008, 860 (12 U 188/04):
„sachgerechte Grundlage zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO“.
Ebenso OLG München NJOZ 2010, 1820 (20 U 5620/09).
BGH NZV 1988, 60 (VI ZR 87/87);
BGH NZV 2002, 114 (116) [BGH 08.11.2001 - IX ZR 64/01] (IX ZR 64/01).
Eindeutig BGH VersR 2009, 515 [BGH 03.02.2009 - VI ZR 183/08] (VI ZR 183/08): „Bei der Schätzung des Haushaltsführungsschadens nach § 287 ZPO darf sich der Tatrichter in Ermangelung abweichender konkreter Gesichtspunkte grundsätzlich an dem Tabellenwerk von Schulz-Borck/Hofmann (Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt) orientieren.“

In dem Verlust der Fähigkeit, weiterhin Haushaltsarbeiten zu verrichten, liegt ein ersatzfähiger Schaden. Er stellt sich je nach dem, ob die Hausarbeit als Beitrag zum Familienunterhalt oder ob sie den eigentlichen Bedürfnissen des Verletzten diene, entweder als Erwerbsschaden im Sinne des § 843 Abs. 1 1. Alternative BGB oder als Vermehrung der Bedürfnisse im Sinne des § 843 Abs. 2 2. Alternative BGB dar, vgl.

BGH NJW 1989, 2539.

In dem einen wie in dem anderen Fall ist der Schaden messbar an der Entlohnung, die für die verletzungsbedingt in eigener Person nicht mehr ausführbaren Hausarbeiten an eine Hilfskraft gezahlt wird oder gezahlt werden müsste. Zu diesem Zweck ist festzustellen, welche Hausarbeiten der Verletzte vor dem Schadensfall zu verrichten pflegte, wie weit ihm diese Arbeiten nun nicht mehr möglich oder zumutbar sind und für wie viele Stunden folglich eine Hilfskraft benötigt wird, vgl.

BGH NJW 1983, 1425.

Ähnliches wie für die Haushaltsarbeiten gilt für die Gartenarbeit. Sie gehört zu den Haushaltsarbeiten im weiteren Sinne, vgl.

BGH NJW 1989, 2539.

Der Schaden besteht **abstrakt**, wenn keine Hilfskraft eingestellt wird, in dem Nettolohn, welcher der Hilfskraft bezahlt werden müsste, vgl.

BGH NJW-RR 1992, 792 und BGH NJW-RR 1990, 34.

Der Kläger kann im vorliegenden Fall -gemäß ärztlichen Feststellungen- seinen Haushalt kaum mehr alleine bewältigen. Das Reinigen der Wohnung, das Bügeln im Stehen, Wäschekörbe tragen, Fenster und Türen putzen, Betten machen und Gardinen aufhängen und dergleichen kann der Kläger praktisch nicht mehr ausüben. Auch der Einkauf ist nicht mehr möglich.

Beweis:

- wie zuvor

1.

Der Kläger, heute 79 Jahre alt, wohnt zusammen mit seiner Ehefrau in einer 4 Zimmerwohnung (ca. 81 qm). Außerdem hat er Gartengrundstück mit ca. 600 qm.

Aufgrund des schädigenden Ereignisses ist der Kläger in der Haushaltsführung stark eingeschränkt, wir verweisen diesbzgl. auf unseren obigen Vortrag.

Bei einer Einstufung der Tätigkeit im Haushalt als „durchschnittlich“, bedeutet das einen wöchentlichen Aufwand des Klägers in Höhe von 32,8 Stunden (vgl. Pardey, „Der Haushaltsführungsschaden“, 8. Aufl., Tabelle 1, Seite 50).

Die Schädigung führte hier dazu, dass sich eine konkrete Behinderung in der Hausarbeit in Höhe von 60% ergab. Die Minderung der Haushaltsführung (=MdH) betrug **somit mind. 60%** von Oktober 2009 bis heute und künftig. Da eine gesundheitliche Verschlechterungstendenz vorliegt, wird dieser Schadenswert in Zukunft noch ansteigen.

Beweis:

- wie zuvor

Somit konnte der Kläger mindestens 19,68 Stunden pro Woche keine Arbeitsleistung im Haushalt erbringen. Pro Monat (Faktor 4,3) ergibt sich somit eine fehlende Arbeitsleistung in Höhe von mind. 84,62 Stunden.

Der Stundensatz ist gem. § 21 JVEG mit 14,00 EUR zu bemessen. Der Gesetzgeber hat hier den Wert von Haushaltstätigkeiten im Rahmen einer eigenen, pauschalisierten Wertung bemessen, vgl.

LG Tübingen, Urt. v. 27.10.15 - 5 O 155/14; Urt. v. 10.12.13 - 5 O 80/13.

Bei Zugrundelegung dessen ergibt sich demnach eine monatliche Schadensrente von 1.184,73 EUR, mithin für die Vergangenheit (Oktober 2009) bis zum Erreichen des 75.

Lebensjahres im Februar 2012 (29 Monate) einen Gesamtschadensbetrag in Höhe von

mindestens 34.357,34 EUR.

Zwar lässt die Arbeitskraft im Haushalt mit zunehmendem Alter sicher nach. So wird etwa auf individuelle Kompensationskonzepte, wie etwa „Essen auf Rädern“ oder die Zugehfrau zurückgegriffen. Jedoch widerspricht es der Realität, dass die häusliche Arbeitskraft mit Erreichen des 75. Lebensjahres so weit nachgelassen hat, dass selbst bei schadenskausalem Einschränkungsbild kein Haushaltsführungsschaden mehr nachweisbar ist. Vielmehr verbleibt auch nach Erreichen des 75. Lebensjahres noch ein Anteil an selbstverrichteter Haushaltsführung unter Ausblendung der zugekauften Dienstleistungen. Folglich besteht grundsätzlich auch nach Erreichen des 75. Lebensjahres ein Schadensersatzanspruch in Form eines Haushaltsführungsschadens bzw. als vermehrte Bedürfnisse.

vgl. Schah Sedi, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, S. 37.

So hat bereits das OLG Celle vor mehr als 30 Jahren ausgeurteilt, dass in Anbetracht der gestiegenen Lebenserwartung die Dauer der Schadensersatzrente nicht auf das 75. Lebensjahr begrenzt werden kann, vgl.

OLG Celle zfs 1983, 291.

Dementsprechend beträgt im vorliegenden Fall der verbleibende Anteil an selbstverrichteter Haushaltsführung von März 2012 bis einschließlich Februar 2018 (72 Monate) 60 %. Hieraus resultiert ein Schadensbetrag für vermehrte Bedürfnisse in Höhe von

mindestens 51.180,33 EUR.

Beweis:

- wie zuvor

2.

Nachdem beim Kläger ein Dauerschaden vorliegt und sogar eine Verschlechterungstendenz vorliegt, ist auch von einem zukünftigen Haushaltsführungsschaden bzw. von vermehrten Bedürfnissen ab März 2013 in Höhe von

monatlich mindestens 710,80 EUR

auszugehen.

Beweis:

- wie zuvor

III. Zukunftsschäden

Es liegt ein echter Dauerschaden vor, da nicht absehbar ist, ob und inwieweit eine Verschlechterung des Schadensbildes eintreten wird.

Es werden somit künftig **weitere Behandlungsmaßnahmen** notwendig werden, durch welche neue und **nicht vorhersehbare immaterielle Schäden** sowie **Kosten durch Medikamente, Behandlungsmaßnahmen**, notwendige **Fahrten** zu den Behandlungsterminen oder Zuzahlungen zu den Behandlungen für den Kläger entstehen können.

Die materiellen und immateriellen Schäden befinden sich insgesamt noch in der Entwicklung.

Insbesondere werden die **vermehrten Bedürfnisse** (auch bei nur gleichbleibendem Zustand) erheblich zu Buche schlagen.

Ohne das Schadensereignis wären ihr all diese Schäden nicht entstanden.

Beweis:

- wie zuvor

Es ist der diesbzgl. weitere Feststellungsschadenswert hier entsprechend § 3 ZPO anhand der vorliegenden „worst-case“-Situation zu bewerten, mithin sind alle oben genannten Umstände zu berücksichtigen und wirtschaftlich zu bewerten, so dass vorliegend der Schadenswert mit **mindestens weiteren 60.000,00 EUR** streitwertmäßig anzusetzen ist.

IV. Streitwert

Der Streitwert der Klageanträge berechnet sich wie folgt:

1. Klageantrag: Vermehrte Bedürfnisse iHv 4.582,00 EUR
2. Klageantrag: Weitere vermehrte Bedürfnisse iHv 85.537,67 EUR
3. Klageantrag: Schmerzensgeld iHv 50.000,00 EUR
4. Klageantrag: Geldrente für vermehrte Bedürfnisse iHv 29.853,60 EUR (§ 9 ZPO)
5. Klageantrag: Feststellungsantrag iHv 60.000,00 EUR
6. Klageantrag: Vorgerichtliche Anwaltskosten iHv 1.248,31 EUR

Gesamt: 231.221,58 EUR

V. Zulässigkeit des Feststellungsantrags

Ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs, der noch nicht abschließend mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden kann, ist zu bejahen, wenn - wie vorliegend - die Beklagte ihre Schadensersatzpflicht für materielle und immaterielle Schadenspositionen in Abrede stellt und durch die Klageerhebung bzw. hier durch die zulässige Klageerweiterung in der Berufungsinstanz einer drohenden Verjährung entgegen gewirkt werden soll. Geht es -wie hier- dabei um den Ersatz erst künftig befürchteten Schadens aufgrund einer bereits eingetretenen Rechtsgutverletzung, so setzt das Feststellungsinteresse lediglich die Möglichkeit eines Schadenseintritts voraus, vgl.

**OLG München, Urt. v. 23.01.2014, Az. 1 U 2254/13; VersR 2015, 199ff.
BGH NJW 2001, 1431 mit Hinweis auf BGHZ 116, 60, 75.**

Ein in solcher Weise zulässig gestellter Feststellungsantrag ist begründet, wenn - wie hier - die sachlichrechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen, also ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut des Geschädigten gegeben ist, der zu den für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann, vgl.,

**BGH VersR 1979, 1508, 1509; BGH NJW 1991, 2707, 2708,
OLG München, Urt. v. 23.01.2014, Az. 1 U 2254/13; VersR 2015, 199ff.**

Für die Begründetheit eines Feststellungsbegehrens genügt mithin bereits die **Möglichkeit** künftiger Schäden, **OLG Düsseldorf vom 20. 3. 2003 – 8 U 18/02 – VersR 2003, 1579 = NJW-RR 2003, 13.**

Ein Feststellungsinteresse ist also immer gegeben, wenn - wie vorliegend - künftige Schadensfolgen möglich, Art und Umfang aber noch ungewiss sind, vgl.

**LG München I vom 28. 5. 2003 – 9 O 14993/99
=VersR 2004, 649 = NJW-RR 2003, 1179.**

Vgl. zum Ganzen auch:

**BGH, Urt. v. 19.4.2016, VI ZR 506/14, r+s 10/2016, 533, 534;
Gehrlein: Neuere Rechtsprechung zur Arzt-Berufshaftung VersR 2004, 1488;
BGH, Urteil vom 16. 11. 2004 - VI ZR 328/03 (OLG Braunschweig).**

*"Die Feststellungsklage hat im Rahmen des gestellten Antrags ebenfalls Erfolg. Sie ist zulässig. Die Bekl. hat ihre haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Abrede gestellt, und Verjährung droht; die **Möglichkeit** eines weiteren Schadenseintritts kann nicht verneint werden, das erforderliche Feststellungsinteresse ist daher gegeben (vgl. Senat, NJW 2001, 1431 = VersR 2001, 874). Der Feststellungsantrag ist auch begründet, denn Gegenstand der Feststellungsklage ist ein **befürchteter Folgeschaden** aus der Verletzung eines deliktsrechtlich geschützten absoluten Rechtsguts (vgl. Senat, NJW 2001, 1431). Auch der Vorbehalt hinsichtlich künftiger noch ungewisser und bei der Ausurteilung der Zahlungsklage auf Schmerzensgeld noch nicht berücksichtigungsfähiger immaterieller Schäden ist zulässig (vgl. **BGH, NJW 2004, 1243 [1244]**)."*

— Der Geschädigte bzw. Kläger ist auch nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn -wie hier- ein Teil des Schadens schon entstanden ist und mit der Entstehung eines weiteren Schadens jedenfalls nach seinem Vortrag noch zu rechnen ist, **BGH vom 8. 7. 2003 – VI ZR 304/02 – VersR 2003, 1256 = BGHReport 2003, 1137 = NJW 2003, 2827**.

— Insbesondere steht dem Anspruch auf Anerkenntnis und Feststellung nicht entgegen, dass einzelne Schadenspositionen bei der Anspruchsgeltendmachung (bzw. Klageerhebung) bereits bezifferbar und die diesen zugrundeliegenden Sachverhalte bereits abgeschlossen sein mögen. Ein Anerkenntnis-/Feststellungsbegehren erfasst stets den **gesamten entstandenen Schaden**, auch solche Positionen, die - aus welchem Grund auch immer - nicht mit einem Leistungsbegehren geltend gemacht und auch nicht zur Begründung des Feststellungsbegehrens konkretisiert wurden (vgl. **Senat, Beschl. v. 26.10.2010 -VI ZB 74/08, NJW 2011, 615 Rn. 8; v. 16.04.2013 - VI ZB 50/12, NJW-RR, NJW-RR 2013, 1077 Rn. 9**). Einzelne bereits entstandene Schadenspositionen stellen daher lediglich einen Schadensteil im obigen Sinne dar, vgl. dazu

BGH, Urt. v. 19.4.2016, VI ZR 506/14, r+s 10/2016, 533, 534.

— Michael Graf

Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

Gabriela Johannes

Rechtsanwältin
Patientenanwältin im Medizin-/Versicherungsrecht