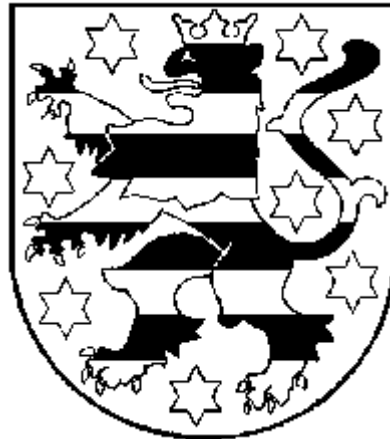


4 U 416/05
8 O 2133/02
(Landgericht Erfurt)



Verkündet am:
26.04.2006

Grüßung, JOSin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

THÜRINGER OBERLANDESGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

M. F.

- Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

g e g e n

1. **A. S.**

2. **E. U.**

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

3. **Dr. J. M.**

- Beklagter, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der 4. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch

Richterin am Oberlandesgericht Billig,
Richter am Oberlandesgericht Jahn und
Richter am Landgericht Tietjen

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.04.2006

für R e c h t e r k a n n t:

Auf die Berufung des Beklagten zu 3) wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 08.04.2005 – Az.: 8 O 2133/02 – teilweise abgeändert:
Die Klage gegen den Beklagten zu 3) wird abgewiesen.

Die Berufung des Klägers gegen den Beklagten zu 3) wird zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten erster Instanz und den außergerichtlichen Kosten erster Instanz des Klägers hat dieser selbst 53 %, die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner 47 % zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten erster Instanz der Beklagten zu 1) und 2) haben diese selbst jeweils 70 % und der Kläger 30 % zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten erster Instanz des Beklagten zu 3) und die Kosten der Berufungsinstanz hat der Kläger zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

Von der Darstellung des Tatbestands wird abgesehen (§§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO).

Nachdem der Kläger die Berufung gegen die Beklagten zu 1) und 2) zurückgenommen hat, kann dahingestellt bleiben, ob der Schriftsatz der Beklagten zu 1) und 2) vom 13.08.2005 als Anschließung aufzufassen war, da eine etwaige Anschließung ihre Wirkung verloren hätte (vgl. § 524 Abs. 4 ZPO).

Die Berufung des Klägers gegen den Beklagten zu 3) und die Berufung des Beklagten zu 3) sind zulässig; sie sind statthaft und auch im Übrigen in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

In der Sache hat die Berufung des Beklagten zu 3) Erfolg; die Berufung des Klägers gegen den Beklagten zu 3) ist unbegründet.

Der Kläger kann vom Beklagten zu 3) weder Schadensersatz noch Schmerzensgeld verlangen.

Ein Anspruch aus einer pVV des Behandlungsvertrages scheidet bereits daran, dass der Kläger den Behandlungsvertrag nicht mit dem Beklagten zu 3), sondern mit Dr. S. geschlossen hat. Der Praxisvertreter – wie hier der Beklagte zu 3) – steht nicht in vertraglichen Beziehungen zum Patienten. Der Vertrag kommt allein mit dem Praxisinhaber zustande. Der Vertreter ist sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) ohne eigene vertragliche Haftung (BGH, Urteile vom 16.05.2000, Az: VI ZR 321/98 = BGHZ 144, 296-311 = NJW 2000, 2737-2741; vom 13.01.1998, Az: VI ZR 242/96 = BGHZ 138, 1-8 = NJW 1998, 1780-1782; vom 16.10.1956, Az: VI ZR 308/55 = NJW 1956, 1834-1835; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage 2001, S. 9).

Der Kläger hat gegen den Beklagten zu 3) aber auch keinen Anspruch aus §§ 823, 847 BGB (in der bis zum 31.07.2002 geltenden Fassung, Art. 229 § 8 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB).

Der Beklagte zu 3) haftet nicht aus Behandlungsfehler.

Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme steht zwar fest, dass ihm ein Behandlungsfehler zu Lasten des Klägers unterlaufen ist, indem er am 21.09.1999 vor der Extraktion eines Weisheitszahnes keine Röntgenaufnahme des Zahnes sowie des knöchernen Umfeldes erstellt hat. Diese Feststellung, an die der Senat gebunden ist (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 ZPO), beruht auf den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. Herrmann. Die diesbezügliche Würdigung des Landgerichts ist überzeugend und auch im Übrigen nicht zu beanstanden.

Dies führt aber nicht zu einer Haftung des Beklagten zu 3), denn entgegen der Auffassung des Landgerichts fehlt es an der haftungsbegründenden Kausalität.

Die haftungsbegründende Kausalität (§ 286 ZPO) betrifft stets, aber auch nur die Frage der ursächlichen Verknüpfung zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt des ersten Schadens an Körper oder Gesundheit (Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt B Rn. 189). Diese liegt vor, wenn der primäre Schaden auf die festgestellte Fehlbehandlung zurückzuführen ist und wenn die nach dem medizinischen Soll-Standard richtige Behandlung den Eintritt des Primärschadens verhindert hätte; die bloße Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts genügt nicht (Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt B Rn. 190).

Die Einschätzung des Landgerichts, die Operationsdauer von 1,5 Stunden sei ungewöhnlich und lasse „annehmen, dass eine bestimmte auch vorher erkennbare Komplikation vorgelegen hat“, wird durch das Gutachten nicht gestützt. Der Sachverständige hat zur Operationsdauer nicht Stellung genommen und konkrete Anhaltspunkte etwa dafür, dass eine kürzere Operationsdauer die Schädigung des Nervs verhindert hätte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auch die Würdigung des Landgerichts, dass die Schädigung des Nervs dem Beklagten zu 3) zuzurechnen sei, weil wegen unterlassener vorheriger Röntgendiagnostik „eine nachträgliche kausale Zuordnung nicht möglich ist“, vermag nicht zu überzeugen. Das Landgericht sieht in der fehlenden Röntgenaufnahme offenbar einen Dokumentationsmangel, der zu einer Beweiserleichterung für den Kläger führt dahin, dass anhand einer vorherigen Röntgenaufnahme – nachher – hätte festgestellt werden können,

ob die Schädigung des Nervs während der eigentlichen Entfernung des Zahnes geschehen ist. Dies ist aber unerheblich, denn – so der Sachverständige – der „Nervus lingualis ist röntgenologisch nicht darstellbar“ und die Schädigung dieses Nerves bei der Entfernung von Weisheitszähnen ist „ein seltenes, aber typisches Ereignis“, ganz gleich ob durch Injektion oder durch direkte Traumatisierung. Es steht also gerade nicht fest, dass die nach medizinischem Soll-Standard richtige Behandlung – vorherige Röntgenaufnahme – den Eintritt des Primärschadens – Schädigung des Nervus lingualis – verhindert hätte; die bloße Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts genügt aber nicht. Damit ist der Kläger für die Kausalität beweisfällig geblieben.

Eine Umkehr der Beweislast findet hier nicht statt, auch nicht, wenn – was dahingestellt bleiben kann – ein grober Behandlungsfehler vorgelegen hätte.

Unter einem groben Behandlungsfehler ist ein eindeutiger Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse zu verstehen, also ein Fehler, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH, Urteile vom 29.05.2001, Az: VI ZR 120/00 = VersR 2001, 1030-1031 = NJW 2001, 2792-2793; vom 02.12.1997, Az: VI ZR 386/96 = VersR 1998, 242-243 = NJW 1998, 814-815). An Wissen und Fähigkeiten darf nur das verlangt werden, was Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung ist (Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt B Rn 9). Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, obliegt zwar dem Tatrichter; dessen wertende Entscheidung muss aber auf ausreichenden tatsächlichen Feststellungen beruhen, die sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen und auf dieser Grundlage die juristische Gewichtung des ärztlichen Vorgehens als grob behandlungsfehlerhaft zu tragen vermögen; es ist dem Tatrichter nicht gestattet, ohne entsprechende medizinische Darlegungen des Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aus eigener Wertung zu bejahen (BGH, Urteile vom 19.06.2001, Az: VI ZR 286/00 = VersR 2001, 1115-1116 = NJW 2001, 2794-2795; vom 29.05.2001, aaO).

Zu Recht hat das Landgericht keine Feststellungen zu einem groben Behandlungsfehler getroffen, weil die Ausführungen des Sachverständigen insoweit keine ausreichende Grundlage bilden.

Diesbezüglich ist der Sachverständige aber auch nicht ergänzend zu hören, da sich hier auch bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers die Beweislast ausnahmsweise nicht umkehren würde.

Grundsätzlich ist eine Umkehr der Beweislast schon dann anzunehmen, wenn der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden dagegen nicht (BGH, Urteil vom 16.11.2004, Az: VI ZR 328/03 = VersR 2005, 228-230 = NJW 2005, 427-429 m.w.N.). Eine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite ist nur ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist. Gleiches gilt, wenn sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt, oder wenn der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann. Das Vorliegen einer solchen Ausnahme hat allerdings die Behandlungsseite zu beweisen (BGH, Urteil vom 16.11.2004, aaO m.w.N.).

Hier würde ein solcher Ausnahmefall vorliegen, denn selbst wenn der Beklagte zu 3) eine Röntgenaufnahme gemacht hätte, hätte er bei der Operation nicht erkennen können, ob er den Nervus lingualis beschädigen würde. Die Röntgenaufnahme hätte an seiner Vorgehensweise im Hinblick auf die mögliche Gefahr einer Beschädigung des Nervus lingualis nichts geändert.

Dies ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen. Im schriftlichen Gutachten hat er zwar erklärt, eine erhöhte Gefahr für den Nervus lingualis sei zu vermuten, wenn auf Grund der Lage des Weisheitszahnes die knöcherne Abdeckung in Richtung Zunge nicht vorhanden sei oder mit entfernt werden müsse. In diesen Fällen könne das Röntgenbild zu Beurteilung des Risikos hilfreich sein. Dies bedeutet aber

nicht, dass das Röntgenbild zur Vermeidung einer Beschädigung des Nervus lingualis hätte hilfreich sein können. Denn bei seiner mündlichen Erläuterung hat der Sachverständige klargestellt, auf einer Röntgenaufnahme sei nicht der Nerv, sondern nur das knöchernen Umfeld erkennbar. Aus einem besonders gestalteten knöchernen Umfeld oder der Lage des Zahnes lasse sich nicht automatisch auf eine abnorme Lage des Nervs schließen. Das heißt, dass die Röntgenaufnahme allein im Hinblick auf das *Risiko* einer Beschädigung – also für die Aufklärung über das Risiko – nicht aber im Hinblick auf die *Vermeidung* einer solchen Beschädigung von Bedeutung sein kann. Dann aber besteht zwischen fehlender Röntgenaufnahme und Beschädigung des Nervus lingualis kein Zusammenhang. Es hat sich ein Risiko verwirklicht, das mit dem Behandlungsfehler nichts zu tun hat.

Der Beklagte zu 3) haftet auch nicht aus Aufklärungsfehler.

Zwar hätte er den Kläger vor der Extraktion eines Weisheitszahnes über das Risiko einer dauerhaften Schädigung des nervus lingualis durch eine Leitungsanästhesie zur Schmerzausschaltung aufklären müssen. Wenn sich aus der Stellung und Lage des zu entfernenden Weisheitszahns ergibt, dass der Eingriff in der Nähe verlaufende Nerven in Mitleidenschaft ziehen kann, ist eine Aufklärung über die hiermit verbundenen Risiken geboten (BGH, Urteil vom 09.11.1993, Az: VI ZR 248/92 = NJW 1994, 799-801). Es kann dahingestellt bleiben, ob stets eine Aufklärungspflicht über das Risiko einer dauerhaften Schädigung des nervus lingualis durch eine Leitungsanästhesie zur Schmerzausschaltung besteht (OLG Koblenz, Urteil vom 13.05.2004, Az: 5 U 41/03 = VersR 2005, 118) oder nur dann, wenn die Leitungsanästhesie einhergeht mit einer operativen Entfernung von Weisheitszähnen, weil dann das Risiko einer dauerhaften Nervschädigung erheblich höher liegt (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 17.11.1998, Az: 14 U 69/97 = NJW-RR 1999, 751-752; OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.02.2000, Az: 5 U 25/99 = VersR 2000, 892-893; entgegen der Auffassung des Landgerichts im angefochtenen Urteil sprechen sich das OLG Stuttgart und das OLG Zweibrücken nicht generell gegen eine Aufklärungspflicht aus). Denn im vorliegenden Fall ging die Leitungsanästhesie einher mit der operativen Entfernung eines Weisheitszahnes und war der Kläger jedenfalls über das Risiko einer dauerhaften Schädigung des nervus lingualis aufzuklären (vgl. RiBGH Stöhr, Aufklärungspflichten in der Zahnheilkunde, in: MedR 2004, 156, 158).

Diese Aufklärungspflicht hat der Beklagte zu 3) auch verletzt. Er hat bei seiner persönlichen Anhörung eingeräumt, dass er den Kläger über das Risiko einer dauerhaften Schädigung des nervus lingualis durch eine Leitungsanästhesie zur Schmerzausschaltung nicht aufgeklärt hat. Damit fehlt eine wirksame Einwilligung.

Der Beklagte zu 3) haftet aber nicht, weil er den Einwand hypothetischer Einwilligung erhoben und der Kläger einen ernsthaften Entscheidungskonflikt nicht plausibel gemacht hat.

Fehlt eine wirksame Einwilligung, kann der Arzt behaupten, dass der Patient sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu der Operation entschlossen hätte (Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt C Rn 137). Dem ist der Beklagte zu 3) nachgekommen. Er hat dargelegt, es sei nicht davon auszugehen, dass bei Aufklärung über das Operationsrisiko der Kläger den geplanten Eingriff nicht oder ohne Narkose hätte durchführen lassen. Erst jetzt stellt sich die Frage nach einem Entscheidungskonflikt des Klägers, denn ohne den Einwand der hypothetischen Einwilligung ist es dem Gericht versagt, auf die Plausibilität eines Entscheidungskonflikts einzugehen (vgl. Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt C Rn 139).

Dem Einwand hypothetischer Einwilligung kann der Patient entgegensetzen, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt darüber befunden, ob er die Operation – wie tatsächlich durchgeführt – vornehmen lassen solle. Die Darlegung des Entscheidungskonflikts muss plausibel, also nachvollziehbar sein; darauf, wie sich der Patient entschieden haben würde, kommt es nicht an. Maßgebend ist allein die Situation des konkreten Patienten (Geiß/Greiner, aaO, Abschnitt C Rn 138). An die Substantiierungspflicht zur Darlegung seines persönlichen Entscheidungskonflikts dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (Geiß/Greiner, Abschnitt C Rn 140). Eine Beurteilung der Plausibilität ist dem Gericht im Regelfall nur nach persönlicher Anhörung des Patienten möglich (Geiß/Greiner, Abschnitt C Rn 141).

Erstinstanzlich ist eine solche Anhörung unterblieben. Anhaltspunkte dafür, dass es dem Landgericht hier ausnahmsweise möglich war, die Plausibilität des angeblichen Entscheidungskonflikts ohne persönliche Anhörung des Klägers zu beurteilen, sind nicht ersichtlich.

Nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten persönlichen Anhörung hat der Kläger einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel dargelegt. Er hat ausgeführt, er habe seinerzeit Patient des Beklagten zu 3) werden wollen in Kenntnis, dass dieser seine Ausbildung noch nicht sehr lange abgeschlossen hatte. Wenn er aber darüber aufgeklärt worden wäre, dass bei der Extraktion eines Weisheitszahnes es in äußerst geringen Fällen, nämlich in Höhe von 0 bis 2 % der Eingriffe, es dazu kommen kann, auch bei völlig korrekter Vorgehensweise des Arztes, dass der Nervus lingualis geschädigt wird, dann hätte es sein können, dass er einen älteren und erfahreneren Arzt aufgesucht hätte. Plausibel ist dies aber nicht, denn der Kläger wollte Patient des Beklagten zu 3) werden und die mit dem Eingriff verbundene Gefahr hätte sich auch bei völlig korrekter Vorgehensweise des Arztes, auch eines älteren und erfahreneren Arztes, verwirklichen können. Dann aber ist nicht nachvollziehbar, warum der Kläger ohne Weiteres das Vertrauen in den Beklagten zu 3) verloren haben will. Hierzu befragt hat der Kläger seine Unsicherheit, ob er sich damals in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, eingeräumt und erklärt, es falle ihm schwer, das rückwirkend zu beurteilen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 4, 516 Abs. 3 ZPO. Es kann – auch – kostenrechtlich dahingestellt bleiben, ob der Schriftsatz der Beklagten zu 1) und 2) vom 13.08.2005 als Anschließung aufzufassen war, da eine etwaige Anschließung zulässig gewesen wäre (§ 524 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 ZPO), dann aber ihre Wirkung verloren hätte (§ 524 Abs. 4 ZPO) und wegen der Berufung des Beklagten zu 3) ohne Auswirkungen auf die Gebühren geblieben wäre (vgl. Zöllner/Gummer, ZPO, 23. Auflage 2002, § 524 Rn. 46).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Revisionsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Billig

Tietjen

Jahn