

# OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 24. Oktober 2018 – 5 U 102/18

## Leitsatz

1. Hat der Operateur den Verdacht, dass die Trokarspitze im Kniegelenk des Operierten verblieben ist, muss er diesem Verdacht umgehend nachgehen. Verzichtet er darauf, begeht er einen groben Behandlungsfehler.
2. Jedenfalls im Falle bedingten Vorsatzes oder gröbster Fahrlässigkeit ist das Verschulden des Schädigers auch bei ärztlichen Behandlungsfehlern mit Blick auf die erforderliche Genugtuung des Patienten schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen.

## Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 11. Mai 2018, Az. 2 O 788/17 geändert und werden die Beklagten zu 1) und 3) als Gesamtschuldner verurteilt, dem Kläger ein Schmerzensgeld von 20.000 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zur Höhe von 1.335,07 € jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.05.2016 zu zahlen. Im Übrigen werden Berufung und Anschlussberufung zurückgewiesen.

2. (...)

## Gründe

I.

- 1 Der Kläger hat von den Beklagten Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden begehrt mit dem Vorwurf, sie hätten ihn während bzw. in Folge eines arthroskopischen Knieeingriffs vom 28.01.2015 fehlerhaft behandelt.
- 2 Im Rahmen der OP löste sich die Metallspitze des verwendeten Trokars und verblieb unerkannt im Kniegelenk. Erst am Ende des OP-Tages fiel dem Beklagten zu 1) das Fehlen der Spitze auf. Da diese in den Behandlungsräumen nicht aufgefunden werden konnte, machte sich der Beklagte zu 1) eine Notiz, für den Fall dass sich die Spitze intraoperativ gelöst haben sollte. Indessen nahm er keinen Kontakt zu den operierten Patienten auf und

veranlasst auch beim Kläger, der sich am 29.01. zum Verbandswechsel und am 05.02. zum Fädenziehen jeweils in der Praxis einfand, keine weitergehende Untersuchung. Er informierte den Kläger auch nicht über den entsprechenden Verdacht. Erst am 26.02., nachdem sich der Kläger wegen extremer Schmerzen im Knie wiedervorge stellt hatte, veranlasste der Beklagte eine Röntgenuntersuchung, die dann den Befund erbrachte, dass die Trokarspitze im Kniegelenk verblieben war. In einer Revisionsoperation ist der Fremdkörper dann entfernt worden.

- 3 Der Kläger hat behauptet, die Trokarspitze habe tiefe Riefen im Knorpel des Kniegelenks hinterlassen. Er könne wegen des verbliebenen Dauerschadens seinem Hobby Bergwandern nur sehr eingeschränkt und seinem weiteren Hobby Volleyball spielen gar nicht mehr nachgehen. Längeres Stehen und das Gehen mittlerer Strecken bereite ihm Schmerzen.
- 4 Das Landgericht hat Beweis erhoben, indem es ein unfallchirurgisch-orthopädisches Gutachten eingeholt hat, und sodann die Beklagten zu 1) und 3) zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 12.000 € verurteilt sowie die etwaige Ersatzpflicht für zukünftige Schäden festgestellt. Es stelle einen groben Behandlungsfehler, dass der Beklagte zu 1), nachdem er das Fehlen der Trokarspitze bemerkt hatte, keine Untersuchung aller am Tage operierten Patienten veranlasst hatte. Dies habe zu massiven tiefen Verletzungen des Knorpels im Knie geführt. Wegen der Begründung im Einzelnen, der erstinstanzlichen Anträge und der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.
- 5 Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er ist der Ansicht, dass das Landgericht die bei ihm verbliebenen Dauerfolgen zu gering gewichtet habe. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.
- 6 Nachdem der Kläger ursprünglich auch Berufung hinsichtlich des Beklagten 2) eingelegt hatte, hat er diese vor mündlicher Verhandlung zurückgenommen.

- 7 Der Kläger beantragt,
- 8 1. Die Beklagten zu 1 und 3 als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm für die aus dem Behandlungsfehler vom 28.1.2015 und danach erlittenen Verletzungen und gesundheitlichen Schäden ein angemessenes Schmerzensgeld zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 6.5.2016 zu zahlen;
- 9 2. Die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn weitere 2.994,04 € zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz zu zahlen.
- 10 Die Beklagten zu 1 und 3 beantragen,
- 11 die Berufung des Klägers zurückzuweisen,
- 12 im Wege der Anschlussberufung beantragen sie weiterhin, das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 11.5.2018, Az. 20788/17, aufzuheben, soweit mit dem Tenor zu 1) ein Schmerzensgeld von mehr als 7500 € zugesprochen worden ist, und die Klage auch insoweit abzuweisen.
- 13 Der Kläger beantragt,
- 14 die Anschlussberufung zurückzuweisen

15 Sie verteidigen das angefochtene Urteil nach Maßgabe ihrer Berufungserwiderung sind zudem der Ansicht, dass ein Schmerzensgeld von 7.500 € ausreiche, um den immateriellen Schaden des Klägers auszugleichen und ihm die notwendige Genugtuung angedeihen zu lassen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung Bezug genommen.

II.

16 Die Berufung hat zu einem Teil Erfolg, die Anschlussberufung nicht.

17 Dem Senat erscheint ein Schmerzensgeld von 20.000 € erforderlich, um den Kläger in den Genuss eines angemessenen Ausgleichs und einer entsprechenden Genugtuung kommen zu lassen.

18 Dabei hat der Senat die nachfolgenden Beschwerden in die Abwägung eingestellt:

19 - Notwendigkeit einer Revisionsoperation

20 - erhebliche Schmerzen bis zur Revisionsoperation

21 - dauerhafter Knorpelschaden verbunden mit erheblichen Schmerzen bei längerem Stehen und dem Gehen mittlerer Strecken

- 22 - dauerhafter Verzicht auf das Hobby Volleyball
- 23 - Einschränkungen beim Hobby Bergwandern
- 24 Schmerzensgelderhöhend hatte der Senat weiterhin zu berücksichtigen:
- 25 - die erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger auf ein künstliches Kniegelenk angewiesen sein wird
- 26 - das erhebliche Verschulden des Beklagten zu 1)
- 27 Schmerzensgeldmindernd ist in Rechnung zu stellen, dass das Knie des Klägers vorgeschädigt war.
- 28 Im Einzelnen:
- 29 Entgegen den Ausführungen der Beklagten hegt der Senat keine ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtlichen Feststellung zu den genannten Schadensfolgen (§ 529 ZPO).
- 30 Bei der danach vorzunehmenden Abwägung erscheint dem Senat eine Anhebung des vom Landgericht zuerkannten Betrages geboten. Bei der Einordnung stehen für den Senat zwei

Gesichtspunkte im Vordergrund: Zum einen der Dauerschaden im Knie, der den vormals sportlich aktiven Kläger in seiner Lebensführung erheblich einschränkt. Angesichts eines Lebensalters von 46 Jahren kommt diesem Gesichtspunkt noch erhebliche Bedeutung bei. Zum anderen ist das erhebliche Verschulden des Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen. Soweit teilweise die Ansicht vertreten wird, dass im Arzthaftungsprozess der Verschuldensgrad bei der Schmerzensgeldbemessung generell außer Betracht zu bleiben habe (OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. August 2003 - 8 U 190/01 -, juris Rn. 40; für [grob] fahrlässige Pflichtverletzungen: Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 26. März 2002 - 3 U 84/01 -, juris Rn. 7; OLG Köln, Teilurteil vom 09. Januar 2002 - 5 U 91/01 -, juris Rn. 32; a.A. Soergel-Ekkenga/Kuntz, 13. Aufl., § 253 Rn. 20; diff. MünchKomm-Oetker, 7. Aufl. § 253 Rn. 48), tritt dem der Senat jedenfalls für Fälle der vorliegenden Art, in denen die Grenze zum bedingten Vorsatz berührt ist, nicht bei (so ebenfalls für „leichtfertiges“ Verhalten OLG Köln, Teilurteil vom 23. Januar 2002 - 5 U 85/01 -, juris Rn. 15).

- 31 Tatsächlich hat der Beklagte es am Abend des 29.01. für möglich gehalten, dass die Trokarspitze im Knie eines Patienten verbleiben war; aus diesem Grund hat er sich, wie er im Prozess vorgetragen hat, eigens eine Notiz gemacht, nachdem die Spitze in der Praxis nicht aufzufinden war. Der Senat ist davon überzeugt, dass dem Beklagten bewusst gewesen sein muss, dass die verbliebene Spitze geeignet ist, Schäden am Knie zu verursachen. Indem er gleichwohl nichts veranlasst hat, hat er deutlich gemacht, dass er sich mit der etwaigen Verwirklichung dieses Risikos abgefunden hatte. Dahin deutet zudem der Umstand, dass sich der Beklagte zu 1) die Notiz offensichtlich nur für den Fall gemacht hatte, dass ein Patient, der an diesem Tage operiert worden war, mit Beschwerden im Knie vorstellig werden würde, was wiederum nur der Fall sein würde, wenn die Trokarspitze bereits zu Verletzungen geführt hatte. Dass der Beklagte zu 1) die Notiz nicht zur Kontrolle der Operierten unabhängig von konkreten Beschwerden verwenden wollte, zeigt sich schon daran, dass er den Kläger weder beim Verbandswechsel noch beim Fädenziehen auf das entsprechende Risiko angesprochen hatte, sondern erst als er mit erheblichen Beschwerden im Knie vorstellig wurde. Dies begründet den Vorwurf einer Verletzung des Klägers mit Eventualvorsatz.
- 32 Selbst, wenn man zu Gunsten des Beklagten zu 1) unterstellen wollte, er habe die Möglichkeit gesehen, aber im Sinne bewusster Fahrlässigkeit auf das Ausbleiben einer Schädigung gehofft und vertraut (dann ergäbe die Notiz indessen wenig Sinn), begründete dies einen so erheblichen Vorwurf grösster Fahrlässigkeit, dass zur Genugtuung des Klägers gleichwohl eine deutliche Erhöhung des Schmerzensgeldes erforderlich ist.

- 33 Den Umstand, dass das Knie des Klägers vorgeschädigt gewesen ist, hat der Senat berücksichtigt. Er misst diesem Faktor indessen kein großes Gewicht bei. Vor der Operation haben sich die Beschwerden des Klägers auf gelegentliche Schmerzen beim Volleyballspielen und beim Treppensteigen beschränkt; Sinn der Operation war es, ihn insoweit beschwerdefrei zu stellen. Hätte der Beklagte zu 1) mithin den Fehler nicht begangen, hätte der Kläger begründeten Anlass gehabt, auf Beschwerdefreiheit zu hoffen.
- 34 Ein noch höherer Betrag, wie vom Kläger begehrt, scheint dem Senat indessen mit Blick auf Summen, die für vergleichbare Schadensbilder eines dauerhaften Knieschadens zugesprochen worden sind, nicht vertretbar (OLG Frankfurt, Urteil vom 23.05.2006, 8 U 29/05, indexiert 11.620 € für 39-jährige Frau bei Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge. 36. Aufl., Nr. 34.269; OLG Celle, Urteil vom 29.09.2010, 14 U 9/10, indexiert 9.800 €, bei Hacks/Wellner/Häcker a.a.O. Nr. 36.245; OLG Köln, Urteil vom 18.9.2014, 15 U 138/14, indexiert 7.131 € für 50-jährige Frau bei Hacks/Wellner/Häcker a.a.O. Nr. 36.169). Jene Fälle, in denen für einen (leicht) fahrlässig verursachten Knieschaden höhere Beträge zugesprochen worden sind, zeichnen sich dadurch aus, dass die Verletzungsoffer in merklich größerem Maße als der Kläger vorliegend beeinträchtigt worden sind (z.B. KG, Urteil vom 03.12.2001, 12 U 1762/00-, indexiert 27.838 € für 42-jährige Klavierlehrerin, MdE 100 % 3 Monate, 80 % 6 Monate, 60 % 12 Monate, 40 % als Dauerschaden, bei Hacks/Wellner/Häcker a.a.O. Nr. 36.254; LG München, Urteil vom 20.11.1997, 19 O 17389/95, indexiert 22.844 €: 19-jähriger Geschädigter u.a. 3 Monate MdE 100 % bei Dauerschaden von 5 - 10 %, bei Hacks/Wellner/Häcker a.a.O. Nr. 34.269).
- 35 Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 1 2. Var., 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.