

**Brandenburgisches Oberlandesgericht 12. Zivilsenat, Urteil vom 13.11.2008, Aktenzeichen: 12 U 104/08**

**Orientierungssatz**

**Vor Durchführung eines operativen Eingriffs an einem Hammerzeh muss der Patient darüber aufgeklärt werden, dass Infekte und Wundheilungsstörungen wegen der Keimbelastung am Fuß deutlich häufiger als bei sonstigen Operationen vorkommen und Infektionen eintreten könnten, die bis hin zur Amputation des Fußes führen könnten.**

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 8. Mai 2008 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam, Az.: 11 O 252/03, wird verworfen, soweit sich das Rechtsmittel gegen die Abweisung der von der Klägerin erhobenen Feststellungsklage richtet. Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 78 % und der Beklagte zu 22 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

1. Die Berufung der Klägerin ist bereits unzulässig, soweit sich das Rechtsmittel gegen die Abweisung der Feststellungsklage richtet. Die Berufung der Klägerin ist zwar form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 511, 517, 519 ZPO. Das Rechtsmittel ist jedoch nicht hinreichend begründet worden. Gem. § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung allein darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Die korrespondierenden Anforderungen an die Berufungsbegründung ergeben sich aus § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO für den Vorwurf der Rechtsverletzung und aus § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und 4 ZPO für den Vorwurf einer fehlerhaften Tatsachenfeststellung sowie den Fall des zulässigen Vortrages neuer Tatsachen. Im Rahmen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO hat der Rechtsmittelführer dabei diejenigen rechtlichen Gesichtspunkte aufzuzeigen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und die Gründe anzugeben, aus denen er die Fehlerhaftigkeit der Beurteilung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. Ausreichend ist die Mitteilung der Umstände, die die Unrichtigkeit des Urteils aus Sicht des Rechtsmittelführers begründen. Hingegen ist weder die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm erforderlich, noch müssen die Ausführungen schlüssig oder rechtlich haltbar sein (BGH MDR 2003, S. 1130 und 1192; NJW 2006, S. 142; Ball in Musielak, ZPO, Kommentar, 6. Aufl., § 520 Rn. 31 ff; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, Kommentar, 66. Aufl., § 520, Rn. 33). Unzureichend ist der pauschale Vortrag, die Auffassung des Erstgerichts sei unzutreffend, da hierin keine sachliche Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung zu sehen ist (BGH NJW 1995, S. 1559; 1997, S. 1787; NJW-RR 2002, S. 209, jeweils zu § 519 ZPO a. F.; Reichhold in Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar, 28. Aufl., § 520, Rn. 27). Den vorgenannten Anforderungen genügt die Berufungsbegründung der Klägerin teilweise nicht, worauf sie auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hingewiesen wurde. Die Berufung setzt sich in keiner Weise mit der Begründung des Landgerichts zur Unzulässigkeit des Feststellungsantrages auseinander, es sei weder klaggestellt, ob die begehrte Feststellung künftige materielle oder immaterielle Schäden umfassen solle, noch sei dargetan, welche Folgen die ausgeheilte Entzündung des vom Beklagten behandelten Zehs noch haben könne. Hierbei handelt es sich um einen vom übrigen Klagebegehren abgrenzbaren eigenständigen Gesichtspunkt, mit dem sich die Berufungsbegründung auch gesondert hätte ausdrücklich befassen müssen.

Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin zulässig. Die Klägerin stützt ihr Rechtsmittel darauf, das Landgericht habe den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt und deshalb zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Behandlung eines Hammerzehs nicht geboten gewesen sei und durch Einsatz eines Lasers auch nicht fachgerecht erfolgt sei. Bei zutreffender Berücksichtigung dieser Umstände sei ein Schmerzensgeld in einer Höhe von insgesamt 18.000,00 € gerechtfertigt. Auch die Berufung des Beklagten ist zulässig. Der Beklagte stützt sein Rechtsmittel unter anderem darauf, das Landgericht habe zu Unrecht einen Aufklärungsfehler seinerseits angenommen und dabei verkannt, dass infolge der Unterschrift der Klägerin unter dem Aufklärungsbogen die Beweislast

für das Vorliegen eines Aufklärungsfehlers bei dieser gelegen habe. Beide Parteien machen damit Rechtsfehler geltend, auf denen das Urteil beruhen kann, §§ 513, 546 ZPO.

2. In der Sache haben beide Rechtsmittel keinen Erfolg. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 5.000,00 € sowie auf Ausgleich materieller Schäden in Höhe von 157,57 € wegen der fehlerhaften Behandlung des vierten Zehs am rechten Fuß der Klägerin im April 2003 aus §§ 280 Abs. 1, 253 BGB in Verbindung mit dem von den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrag.

Zutreffend hat das Landgericht eine unzureichende Aufklärung der Klägerin durch den Beklagten vor der Behandlung im April 2003 und damit eine Verletzung des Behandlungsvertrages festgestellt. Ist über einen medizinischen Eingriff nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden, ist eine Einwilligung des Patienten in die Behandlung nicht wirksam, zugleich ist damit der Eingriff als Verletzung des Behandlungsvertrages und als rechtswidrige Körperverletzung zu werten (BGH VersR 1990, S. 1010; VersR 1989, S. 253; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl., C, Rn. 1 f). Vor Durchführung eines Eingriffs ist der Patient deshalb über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken aufzuklären, um unter Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit wirksam in den Eingriff einwilligen zu können. Die Aufklärung hat dem Patienten einen zutreffenden allgemeinen Eindruck von der Schwere des Eingriffs und der Art der Belastung zu vermitteln, die sich für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung aus dem Eingriff ergeben können (Brandenburgisches OLG - 1. Zivilsenat - VersR 2000, S. 1283; Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 5). Im Rahmen der Aufklärung ist auch das Risiko zu erörtern, inwieweit trotz fehlerfreier medizinischer Behandlung Schadensrisiken bestehen, seien es mögliche Komplikationen während des Eingriffs oder sonstige schädliche Nebenfolgen (BGH VersR 2005, S. 1238; Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 41; vgl. auch BGH VersR 1982, S. 147; OLG Oldenburg VersR 1986, S. 69). Darlegungs- und beweispflichtig für eine richtige und vollständige Aufklärung ist der behandelnde Arzt (BGH VersR 1992, S. 960; u. S. 747). Dabei kann aus dem Fehlen einer hinreichenden Dokumentation nicht geschlossen werden, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung nicht erfolgt ist; anders herum beinhaltet auch eine unterzeichnete Privaturkunde noch nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Formularinhaltes (Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 134). Vorliegend fehlte es bereits - wie vom Landgericht ausgeführt - an hinreichendem Vortrag des Beklagten zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung, sodass weder eine Parteivernehmung veranlasst war noch die angebotene Zeugin zu der - nach Behauptung des Beklagten - üblicherweise erfolgenden Aufklärung zu vernehmen war. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es ferner nicht zu einer Beweislastumkehr durch die nach seiner Behauptung von der Klägerin unterzeichnete Erklärung gekommen, dass diese über die bevorstehende Operation und damit mögliche Komplikationen aufgeklärt worden sei. Aus dem Schriftstück ergibt sich bereits inhaltlich nicht, worüber konkret eine Aufklärung erfolgt sein soll. Auch das Vorbringen im Schriftsatz vom 14.08.2007 ist diesbezüglich nicht ausreichend. Der Beklagte hat lediglich vortragen, er habe die Klägerin ausführlich darüber aufgeklärt, dass er mit dem Laser eine chirurgische Operation durchführen und dabei auch eine Knochenresektion vornehmen werde, sowie ihr anhand von Farbfotografien aufgezeigt, was auf sie zukommen werde. Weiter habe er erwähnt, dass bei jeder Operation - insbesondere am Fuß - ein Infektionsrisiko bestehe. Damit ist eine hinreichende Aufklärung über das Infektionsrisiko jedoch nicht gegeben. Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige Prof. Dr. med. S... hat in seinem Gutachten vom 21.11.2006 überzeugend ausgeführt, dass Operationen am Fuß weit häufiger zu Infektionen und Wundheilungsstörungen führen als Eingriffe in andere Körperregionen, da einerseits der Fuß stärker keimbehaftet sei als andere Körperteile und andererseits das Gehen auf der Erde zu einer erheblichen Kontamination mit Keimen führe. Der Sachverständige hat weiterhin nachvollziehbar dargetan, dass der Patient deshalb darauf hingewiesen werden müsse, dass Infektionen eintreten könnten, die bis hin zur Amputation des Fußes führen könnten. Eine Aufklärung in diesem Umfang behauptet der Beklagte nicht. Allein der Hinweis, bei einer Operation bestehe das Risiko einer Infektion, umfasst nicht den Hinweis, dass letztlich sogar eine Amputation des Fußes erfolgen könne. Auch eine Verdeutlichung, dass Infekte und Wundheilungsstörungen wegen der Keimbelastung am Fuß deutlich häufiger als bei sonstigen Operationen vorkommen, wird vom Beklagten nicht behauptet. Der Hinweis, bei jeder Operation bestehe ein Infektionsrisiko, ist insoweit nicht ausreichend, auch wenn er mit dem Zusatz versehen wird, dass dies insbesondere bei Operationen am Fuß gelte. Zu Recht hat das Landgericht weiterhin eine fehlende Aufklärung darüber beanstandet, dass weder die Resektion mittels Laser noch die anschließenden Laserbehandlungen eine Standardmethode darstellen.

Auch insoweit wäre eine Aufklärung bezüglich der Abweichung vom üblichen Verfahren sowie über die nach der gewählten Methode und der Standardmethode gegebenen Risiken und Erfolgchancen erforderlich gewesen (vgl. Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 21). Ebenso zutreffend sind die Ausführungen des Landgerichts zum Fehlen von Angaben über die Information betreffend die Realisierung der Anästhesie, die Dauer des Genesungsprozesses und die Art und Weise der Durchführung der Operation einschließlich der zu erwartenden Narbenbildung.

Der Klägerin ist auch ein Mitverschulden nicht anzulasten, weil sie die Wundnachsorge beim Beklagten abgebrochen und nicht mehr zur regelmäßigen Nachkontrolle bei diesem erschienen ist. Im Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass bei regelmäßiger Nachkontrolle eine Infektion nicht aufgetreten wäre. Der vom Landgericht bestellte Sachverständige hat festgestellt, dass es bei der Klägerin zu einer Infektion gekommen ist und daraus resultierend zu einer Entzündung des Knochens. Zugleich hat der Sachverständige ausgeführt, dass eine solche Infektion nach einer Operation am Fuß immer eintreten kann. Es lässt sich daher nicht annehmen, dass die Infektion bei Weiterführung der Behandlung beim Beklagten nicht aufgetreten wäre, zumal die Klägerin zunächst die Nachbehandlung beim Beklagten durchführen ließ und unwiderlegt vorträgt, sie habe erst nach dem Auftreten von Komplikationen eine Weiterbehandlung abgelehnt. Dafür, dass die Entzündung früher hätte entdeckt werden können oder nicht so schwerwiegend ausgefallen wäre, wenn die Klägerin die Nachsorge nicht abgebrochen hätte, fehlt es schließlich an nachvollziehbarem Vortrag des Beklagten.

Das der Klägerin zuzusprechende Schmerzensgeld war mit 5.000,00 € zu bemessen. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann dabei dahinstehen, ob dem Beklagten neben dem Aufklärungsfehler ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, weil er die Behandlung eines Hammerzehs vorgenommen hat, obwohl eine entsprechende Behandlungsbedürftigkeit nicht bestand, und sowohl zur Resektion des Köpchengrundgelenks des 4. Zehs wie auch zur Nachbehandlung (Biostimulation) ein Lasergerät eingesetzt hat, obwohl dies nicht fachgerecht gewesen ist. Mangels ordnungsgemäßer Aufklärung und daher fehlender wirksamer Einwilligung der Klägerin in die Behandlung sind die Eingriffe des Beklagten insgesamt als Verletzung des Behandlungsvertrages und zugleich als rechtswidrige Körperverletzung zu bewerten und auch in ihrer Gänze der Bemessung des Schmerzensgeldes zugrunde zu legen. Ob darüber hinaus der Einsatz eines Lasers zur Knochenresektion bzw. im Rahmen der Nachbehandlung fachgerecht erfolgt ist, würde nur dann zu einer weiteren Erhöhung des Schmerzensgeldes gegenüber einer konventionellen Behandlung führen, wenn der Einsatz des Lasers mit zusätzlichen Schmerzen für die Klägerin verbunden gewesen wäre. Dies wird von der Klägerin jedoch nicht behauptet. Auch führt das Fehlen einer medizinischen Indikation für den Eingriff nicht zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes, da bereits mangels wirksamer Einwilligung der Eingriff insgesamt mit allen seinen Folgen in vollem Umfang bei der Bestimmung der Schmerzensgeldhöhe zu berücksichtigen war. Es wäre allenfalls bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, wenn eine dringende medizinische Indikation für die Vornahme des Eingriffs bestanden hätte. Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben und wird auch vom Beklagten nicht behauptet. Der Beklagte beruft sich auch nicht darauf, dass ohne Vornahme der Hammerzehbehandlung der Klägerin Schmerzen entstanden wären, die die von der Klägerin erlittenen Beeinträchtigungen teilweise aufwiegen würden und deshalb schmerzensgeldmindernd berücksichtigt werden müssten.

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist in erster Linie dessen Ausgleichsfunktion zu beachten. Insoweit kommt es auf die Höhe und das Maß der Lebensbeeinträchtigung an. Maßgeblich sind Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden, Entstellungen und psychischen Beeinträchtigungen, wobei Leiden und Schmerzen wiederum durch die Art der Primärverletzung, die Zahl und Schwere der Operationen, die Dauer der stationären und der ambulanten Heilbehandlungen, den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit und die Höhe des Dauerschadens bestimmt werden (BGH VersR 1955, S. 615; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 9. Aufl., Rn. 274 ff). Dabei muss die Entschädigung zu Art und Dauer der erlittenen Schäden in eine angemessene Beziehung gesetzt werden (BGH VersR 1976, S. 968; OLG Hamm MDR 2003, S. 1249). Im Rahmen der Genugtuungsfunktion ist insbesondere die Schwere des Verschuldens des Schädigers in Ansatz zu bringen (BGH NJW 1955, S. 1675; NJW 1982, S. 985; VersR 1982, S. 1410). Vorliegend sind neben den Beeinträchtigungen durch die Operation selber und die Nachsorgebehandlungen auch die Infektion und die vom Sachverständigen Prof. Dr. med. S... festgestellten

Folgen zu berücksichtigen. Dies umfasst insbesondere die vom Sachverständigen angegebene Knochenentzündung, die aus der Infektion entstanden ist, und die der Sachverständige anhand der vorgelegten Röntgenbilder nachvollziehen konnte. Hingegen hat der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt, dass die Lymphbahnen im Zeh der Klägerin nicht geschädigt worden sind, vielmehr eine Entzündung vorgelegen hat, die zwischenzeitlich ausgeheilt ist. Die anhaltenden Dauerbeschwerden der Klägerin hat der Sachverständige überzeugend auf den ausgeprägten Spreizfuß der Klägerin zurückgeführt, der im Quergewölbe durchgetreten ist. Auch die Beschwerden der Klägerin im Rücken-Hüftbereich hat der Sachverständige nachvollziehbar damit erklärt, dass das rechte Bein der Klägerin 2 cm kürzer ist als das linke Bein (weshalb bereits mehrere Operationen des rechten Hüftgelenkes erfolgen mussten). Zutreffend hat das Landgericht entzündungsbedingte Beeinträchtigungen der Klägerin lediglich bis Ende Juli 2003 angenommen. Für den folgenden Zeitraum fehlt es bereits an nachvollziehbaren Angaben der Klägerin. Soweit sie anhaltende Beeinträchtigungen geltend macht, sind diese nach den Ausführungen des Sachverständigen, die von der Klägerin inhaltlich auch nicht in Frage gestellt werden, im Wesentlichen nicht auf die Behandlung durch den Beklagten zurückzuführen. Anhaltend beeinträchtigt wird die Klägerin nach allem lediglich durch das Erfordernis weite Schuhe tragen zu müssen sowie durch die Verwendung eines - vom Sachverständigen beschriebenen - Schaumstoffkeils, der verhindert, dass sich der 4. und 5. Zeh des rechten Fußes überkreuzen. Unter Zugrundelegung aller dieser Umstände und besonderer Berücksichtigung der Belastungen durch den bereits festgesetzten Termin zur Amputation des Zehs sowie unter Einbeziehung der veröffentlichten Vergleichsfälle (vgl. Slizyk, Beck'sche Schmerzengeldtabelle, 5. Aufl., S. 489 f) erscheint dem Senat das vom Landgericht ausgeurteilte Schmerzengeld von 5.000,00 € angemessen aber auch ausreichend. Eine andere Beurteilung ist schließlich nicht durch die vom Beklagten zitierten Referenzentscheidungen gerechtfertigt. Die Verletzungen, die der Entscheidung des AG Braunschweig vom 15.05.2002 (Az. 113 C 486/02) zugrunde lagen, sind deutlich weniger gravierend als die Schädigungen der hiesigen Klägerin. Die Entscheidung des LG Stade vom 12.06.1991 (Az. 1 S 113/90) hat zwar eine schwerwiegenere Verletzung und einen langzeitigen Krankenhausaufenthalt zum Gegenstand, das dortige Schmerzengeld von 4.500,00 € beinhaltet allerdings auch ein 50%-iges Mitverschulden des Geschädigten.

Unstreitig sind schließlich materielle Schäden der Klägerin in Höhe von 157,57 €.

Ein weitergehender Schadensersatzanspruch besteht aus den vorgenannten Gründen auch nicht aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2, 253 BGB, 229 StGB.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 286 BGB. Der Beklagte befindet sich infolge der Mahnung der Klägerin im Schreiben vom 25.08.2003 mit Fristsetzung zum 09.09.2003 seit dem 10.09.2003 in Verzug.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 Satz 1, 713 ZPO.

Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 23.157,57 € festgesetzt, § 47 Abs. 1 GKG (Berufung Klägerin: 18.000,00 € - Schmerzengeld: 13.000,00 €, Feststellungsantrag: 5.000,00 €, Berufung Beklagter: 5.157,57 €).

Wert der Beschwer für die Klägerin: 18.000,00 €,

Wert der Beschwer für den Beklagten: 5.157,57 €.