

Gericht: Thüringer Oberlandesgericht 7. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 07.05.2024
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 7 U 741/23
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Normen: § 630f BGB, § 823 Abs 1 BGB

Arzthaftung: Indizwirkung eines unterzeichneten Einwilligungsf formulars des Patienten für die Ordnungsgemäßheit der ärztlichen Aufklärung

Orientierungssatz

1. Die Vorlage eines vom Patienten unterzeichneten Einwilligungsf formulars erbringt noch nicht den erforderlichen Vollbeweis für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs. Ein solches Formular ist - sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht - lediglich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs (Anschluss BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527).(Rn.27)
2. Für den dem aufklärungspflichtigen Arzt obliegenden Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist regelmäßig eine Zeugenvernehmung des aufklärenden Arztes erforderlich (Anschluss OLG Dresden, Beschluss vom 12. März 2018 - 4 U 1755/17, GesR 2018, 497).(Rn.28)

Verfahrensgang

vorgehend LG Erfurt, 3. Juli 2023, 10 O 676/21

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 03.07.2023, Az. 10 O 676/21, aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufung, an das Landgericht zurückverwiesen.
2. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten. Ausgenommen hiervon sind die Gerichtsgebühren für die Berufungsinstanz sowie gerichtliche Gebühren und Auslagen, die durch das aufgehobene Urteil verursacht worden sind. Diese Kosten werden nicht erhoben.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
5. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 50.000 € (Antrag zu 1. 30.000 € und Feststellungsantrag 20.000 €) festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der am 24.10.1984 geborene Kläger nimmt die Beklagte auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in der Folge einer ärztlichen Behandlung im August 2012 in Anspruch.
- 2 Der Kläger, damals Bundeswehrsoldat, stellte sich erstmals am 20.07.2012 auf Empfehlung des Oberfeldarztes Dipl. med. H, Facharzt für Orthopädie, bei der Beklagten wegen anhaltender Beschwerden im rechten Fuß und einer erheblichen Deformität der rechten Großzehe (Hallux valgus) vor. Auf Empfehlung der Beklagten hin erfolgte am 07.08.2012 eine operative Versorgung in Form einer Umstellungsosteotomie nach Scarf. Die bis 04.12.2012 andauernde ambulante Nachbehandlung bei der Beklagten mit Verordnung einer Hallux Schiene gestaltete sich komplikationslos.
- 3 Aufgrund mehrere Monate andauernden Beschwerden im rechten Fuß stellte sich der Kläger am 20.05.2020 erneut bei der Beklagten vor. Diese befundete nach klinischer sowie röntgenologischer Diagnostik ein Hallux valgus Rezidiv rechts mit Dysästhesie der Großzehe medial und stellte die Indikation zur Doppelosteotomie mit Materialentfernung und Korrektur des Gelenkflächenwinkels sowie einer Neurolyse.
- 4 Eine auch seitens des in der orthopädischen Praxisklinik K tätigen DM L anlässlich der klägerseitigen Vorstellung am 23.06.2020 empfohlene Revisionsoperation ließ der Kläger bislang nicht durchführen.
- 5 Erstinstanzlich hat der Kläger der Beklagten Behandlungs- und Aufklärungsfehler vorgeworfen. Er hat behauptet, die im Jahr 2012 durchgeführte Operation sei behandlungsfehlerhaft erfolgt, insbesondere habe die Beklagte eine fehlerhafte Operationsmethode gewählt und intraoperativ eine Nervenläsion herbeigeführt. Infolge der fehlerhaften Behandlung sei es am rechten Fuß zu einer dauerhaften Schmerzhaftigkeit mit Schmerzattacken, einer verkürzten Sehne, einem Nervenschaden und insgesamt zu einer erheblichen Funktionsbeeinträchtigung gekommen.
- 6 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.
- 7 Das Landgericht hat sachverständig beraten die Klage abgewiesen. Die streitgegenständliche Operation sei in der durchgeführten Form indiziert und fehlerfrei gewesen. Aufgrund der beim Kläger vorliegenden moderaten Hallux valgus Deformität mit einem tatsächlichen Intermetatarsalwinkel von 17° anstelle des fehlerhaft im Operationsbericht aufgeführten Winkels von größer als 25° und des klinischen Befundes mit Schmerzen des Klägers sei eine diaphysäre Osteotomie indiziert gewesen. Dies entspreche der aktuellen und auch damals gültigen Leitlinie. Hinweise auf eine intraoperative Nervenläsion ließen sich nicht finden. Dass die Gefühlsstörungen beim Kläger belastungsabhängig auftraten, spreche gegen einen Zusammenhang mit dem operativen Eingriff. Die beklagte Schmerzhaftigkeit und Funktionsbeeinträchtigungen seien auf eine degenerative Veränderung am Großzehengrundgelenk zurückzuführen, die bei seitengleicher Ausprägung in keinem kausalen Zusammenhang mit dem operativen Eingriff vom 07.08.2012 stünden. Entsprechend der MRT-Befundung seien die krampfartigen Schmerzen mit Brennen an der Rückseite des Oberschenkels wahrscheinlich auf eine erhebliche degenerative Veränderung im Bereich der gesamten distalen Lendenwirbelsäule zurückzuführen. Aus

einem Rezidiv lasse sich nicht ableiten, dass die Operation fehlerhaft gewesen sei. Die TNT-I-Arthrodesse sei medizinisch nicht indiziert gewesen.

- 8 Aufklärungsfehler seien nicht festzustellen. Der Kläger habe keinen Vortrag gehalten, der eine Beweisaufnahme notwendig machen würde, sondern lediglich pauschal gerügt, nicht ausreichend über Erfolgschance, Risiken und Behandlungsalternativen aufgeklärt worden zu sein. Der von dem Kläger am 06.08.2012 - und damit zu einem von dem operativen Eingriff in ausreichendem zeitlichen Abstand stehenden - unterzeichnete Aufklärungsbogen entfalte Indizwirkung für eine tatsächlich erfolgte hinreichende Aufklärung. Der Kläger habe keinerlei Ausführungen dazu gemacht, inwieweit das Aufklärungsgespräch hinter dem aus medizinischer Sicht vollständigen und sachgerechten Inhalt des Aufklärungsbogens zurückgeblieben sein sollte.
- 9 Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 10 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner auf eine fehlerhafte Aufklärung beschränkte Berufung. Das Landgericht habe gehörswidrig und rechtsfehlerhaft sowie unter Verken-
nung der Darlegungs- und Beweislast zu Unrecht eine Verletzung der Aufklärungspflicht und damit eine Haftung der Beklagten in Folge eines eigenmächtigen Heileingriffes verneint. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht keine Beweisaufnahme zum Inhalt der ärztlichen Aufklärung vor der streitgegenständlichen Operation am 07.08.2012 durchgeführt und ohne ausreichende sachverständige Beratung, eine Behandlungsalternative zur durchgeführten Operation aus vermeintlich eigener Sachkunde verneint. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht zudem ohne Parteianhörung und Vorhalt einer ordnungsgemäßen Aufklärung eine richterliche Überzeugung über das Eingreifen der hypothetischen Einwilligung allein durch den anwaltlichen Sachvortrag der Beklagtenseite sowie gutachterliche Ausführungen gebildet. Bei der mündlichen Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 14.06.2023 sei auf Nachfrage durch Herrn Prof. Dr. W klargestellt worden, dass über das Rezidivrisiko eine Aufklärungspflicht bestehe. Die Beklagte habe weder ausreichend dargelegt noch erstinstanzlich bewiesen, dass der Kläger über das Rezidivrisiko und die damit verbundenen eingeschränkten Erfolgschancen tatsächlich aufgeklärt wurde. Der Kläger habe in die Operation am 07.08.2012 in Unkenntnis des bestehenden Rezidiv-Risikos und der eingeschränkten Erfolgschancen sowie der bestehenden Möglichkeit einer konservativen Behandlungsalternative eingewilligt. Das Rezidiv-Risiko sei bei dem Kläger besonders hoch, da tatsächlich eine schwere Deformität vorgelegen habe, wie Herr Dr. med. W in der mündlichen Anhörung vom 14.06.2023 ausgeführt habe. Nach den Feststellungen des medizinischen Sachverständigen in der mündlichen Anhörung am 14.06.2023 habe sich bei dem Kläger das Rezidiv-Risiko und damit die in zeitlicher Hinsicht sehr eingeschränkten Erfolgschancen auch verwirklicht. Wäre der Kläger in verständlicher Form auf das Rezidiv-Risiko hingewiesen, insbesondere in der Art und Weise, dass ihm klargemacht worden wäre, dass nach 5 bis 7 Jahren eine erneute Operation erforderlich und die Beschwerden noch schlimmer, als vor der OP werden könnten, hätte er in den Eingriff nicht eingewilligt bzw. in einem Entscheidungskonflikt gestanden und zunächst weiter abgewartet. Da die Beschwerden des Klägers heute massiv stärker seien, als vor der OP und der linke Fuß vollständig beschwerdefrei sei, obwohl eine entsprechende Deformität in Folge der Grunderkrankung vorliege, lehne der Kläger mangels ausreichender Erfolgschancen und aufgrund des Rezidiv-Risikos einen nochmaligen Eingriff ab. Zum Zeitpunkt der Operation habe der Kläger nur noch eine sehr kurze Dauer einer aktiven Zeit bei der Bundeswehr von höchstens 6 Monaten vor sich gehabt, wobei

auch diese durch Lehrveranstaltungen, bei denen keine Stiefel zu tragen waren, geprägt gewesen sei, sodass er sich gegen die Operation entschieden hätte. In der konservativen Behandlung der präoperativen Beschwerden läge eine Behandlungsalternative, da die Operation weder absolut noch dringlich, sondern lediglich relativ indiziert gewesen sei.

- 11 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.
- 12 Der Kläger beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichtes Erfurt - Az. 10 O 67612 im Wege der Teilklage
- 13 1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger ein in das Ermessen des Gerichtes gestelltes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 30.000 Euro nebst Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
- 14 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den gesamten materiellen Schaden der Vergangenheit und Zukunft sowie den zukünftigen immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der ärztlich fehlerhaften Behandlung vom 06.08.2012 bis zum 11.08.2012 bei der Beklagten entstanden ist und zukünftig noch entstehen wird, ersterer, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden, letzterer, auch soweit sie nach Rechtshängigkeit vorhersehbar aber noch nicht eingetreten sind;
- 15 3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.753,76 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 16 hilfsweise
- 17 4. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des Landgerichtes Erfurt - Az. 10 O 676121- den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.
- 18 Die Beklagte beantragt,
- 19 die Berufung zurückzuweisen.
- 20 Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Rechtsfehlerfrei habe das Landgericht auf die Aufklärungsrüge hin keine Beweisaufnahme durchgeführt, da der Kläger trotz gerichtlichen Hinweises vermeintliche Aufklärungsversäumnisse nicht weiter substantiiert hätten, sondern mit Schriftsatz vom 14.10.2022 lediglich eine Wiederholung des bisherigen Vorwurfs einer fehlenden Aufklärung „über Behandlungsalternativen, Erfolgsaussichten und Risiken der Behandlung“ getätigt hätten. Der Sachverständige habe die sich aus dem Inhalt des Aufklärungsbogens ergebende Aufklärung nicht beanstandet, sondern vielmehr festgestellt, dass die typischen Risiken, insbesondere das behandlungsimmanente Risiko eines Rezidivs mit der Notwendigkeit einer erneuten Operation sowie das Risiko von Nervverletzungen im Bogen ausdrücklich aufgeführt gewesen seien. Einer Aufklärung über Behandlungsalternativen habe es nicht bedurft. Selbst bei Zugrundlegung eines Aufklärungsmangels habe der Kläger den ihm obliegenden Beweis, dass bei pflichtgemäßer Aufklärung der durch den Eingriff angeblich eingetretene Schaden vermieden worden wäre, nicht erbracht. Zutreffend habe das Landgericht unter Beachtung der Beweislastverteilung festgestellt, dass durch die Operation kein Schaden

eingetreten sei. Die Beklagten meinen zuletzt, dass zumindest eine hypothetische Einwilligung in Betracht komme.

- 21 Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Sachvortrags wird auf die im zweiten Rechtszug eingereichten Schriftsätze mit Anlagen verwiesen.

II.

- 22 Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 511 ZPO) und auch im Übrigen in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden; insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 Abs. 2, 3 ZPO).
- 23 In der Sache hat die Berufung vorläufigen Erfolg, denn das erstinstanzliche Urteil ist auf den entsprechenden Hilfsantrag des Klägers aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. Zu der von dem Kläger gerügten Aufklärung ist eine weitere Beweisaufnahme erforderlich, die sich im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO als umfangreich und aufwendig gestalten wird.
- 24 Nach § 538 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht zwar grundsätzlich die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Es darf gemäß § 538 Abs. 2 ZPO die Sache nur ausnahmsweise an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverweisen, u.a. soweit das Verfahren im ersten Rechtszuge an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist und eine Partei die Zurückverweisung beantragt (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). In diesem Fall kommt eine Zurückverweisung nur in Betracht, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine Instanz beendende Entscheidung sein kann. Ob ein solcher Mangel vorliegt, ist allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn das Berufungsgericht ihn nicht teilt (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2013 – VI ZR 325/11 –, Rn. 7, juris m.w.N.).
- 25 Nach diesen rechtlichen Maßstäben liegen die Zurückverweisungs Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vor. Das Urteil des Landgerichts leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruht. Für die mit der Berufung angefochtene Klageabweisung fehlt es – jedenfalls derzeit – an einer ausreichenden tatsächlichen Entscheidungsgrundlage. Das Landgericht hat eine noch nicht spruchreife Sachentscheidung getroffen. In der Folge des hierin liegenden schwerwiegenden – das rechtliche Gehör des Klägers verletzenden – Verfahrensmangels wird eine bislang unterbliebene umfangreiche Sachaufklärung nachzuholen sein.
- 26 1. Das Verfahren vor dem Landgericht leidet unter einem wesentlichen Verfahrensmangel, indem das Landgericht die Anforderungen an die Substantiierungslast des Klägers hinsichtlich der erhobenen Aufklärungsrüge zu hoch angesetzt hat und den Beweisanspruch der beweisbelasteten Beklagten auf Zeugenvernehmung zur Klärung des behaupteten Aufklärungsfehlers übergangen hat. Das Landgericht hat verfahrensfehlerhaft weder den aufklärenden Arzt E S als Zeugen (Bl. 27 LG-A) vernommen zum Inhalt des am 06.08.2012 geführten Aufklärungsgesprächs, noch den Sachverständigen hinsichtlich eines klägerseits erhöhten Rezidivrisikos aufgrund des Ausmaßes der Grunderkrankung noch über bestehende Behandlungsalternativen (hier namentlich: konservative Behandlungsalternativen) erschöpfend befragt, noch den Kläger persönlich informatorisch zum

Aufklärungsgespräch angehört. Damit liegt zugleich eine Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG vor.

- 27 Der Vortrag des Klägers in erster Instanz hinsichtlich des Vorliegens eines Aufklärungsfehlers war im Hinblick auf den beklagtenseits einzig unter Hinweis auf den aktenkundigen Aufklärungsbogen gehaltenen Vortrag zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs noch hinreichend substantiiert. Insoweit verkennt das Landgericht die Darlegungs- und Beweislast zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Aufklärung. Die Beklagte hat zwar schriftsätzlich auf den Einwilligungsbogen Bezug genommen und die dort handschriftlich genannten Risiken zitiert, jedoch nicht näher zum Inhalt eines Aufklärungsgesprächs, insbesondere zu einer Aufklärung über Behandlungsalternativen und Erfolgschancen vorgetragen. Da der Aufklärungsbogen - auf den das Landgericht die Indizwirkung einer ordnungsgemäßen Aufklärung stützen will - über die Aufklärungsinhalte Erfolgsaussichten sowie Behandlungsalternativen sich nicht verhält, bedurfte es klägerseits keiner weitergehenden Ausführungen zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs. Gleichsam verhält es sich mit dem die Risikoaufklärung betreffendem Rezidivrisiko. Dem Aufklärungsbogen ist diesbezüglich lediglich ein Hinweis auf ein Rezidiv bzw. einen Rückfall zu entnehmen, ohne auf ein erhöhtes Rezidivrisiko bei einer klägerseits behaupteten ausgeprägten Fehlstellung hinzuweisen. Das Landgericht überspannt insoweit die an den klägerischen Vortrag zu einer Aufklärungsrüge zu stellenden Substantiierungsanforderungen. Soweit das Landgericht dem Kläger auf den Vortrag der beweisbelasteten Beklagten bezüglich eines anhand eines Aufklärungsbogens geführten Aufklärungsgesprächs hin eine gesteigerte Darlegungslast auferlegt hat und bei ausbleibendem weiteren klägerseitigen Sachvortrag alleine die Indizwirkung des unstreitig klägerseits unterzeichneten Aufklärungsbogens hat ausreichen lassen, so ist dies verfahrens- und rechtsfehlerhaft. Denn die Vorlage eines vom Patienten unterzeichneten Einwilligungsformulars erbringt noch nicht den erforderlichen Vollbeweis für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs. Ein solches Formular ist - sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht - lediglich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs (vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2014 - VI ZR 143/13; OLG Dresden, Urteil vom 09.05.2017 - 4 U 1491/16 -, Rn. 26, juris).
- 28 Denn der Arzt erfüllt seine Aufklärungspflicht nicht dadurch, dass der Patient einen Einwilligungsbogen unterzeichnet oder auf diesem Wege bestätigt, einen Aufklärungsbogen zum Zeitpunkt der Unterschrift in den Händen gehalten zu haben. Für den dem aufklärungspflichtigen Arzt obliegenden Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung (vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2014 - VI ZR 143/13) ist regelmäßig eine Zeugenvernehmung des aufklärenden Arztes erforderlich (OLG Dresden, Beschluss vom 12.03.2018 - 4 U 1755/17 -, Rn. 3, juris unter Verweis auf BGH, Urteil vom 28.01.2014 - VI ZR 143/13).
- 29 Verfahrensfehlerhaft, da ohne ausreichende sachverständige Beratung, hat das Landgericht zudem eine Behandlungsalternative zur durchgeführten Operation - über die u.U. aufzuklären gewesen wäre - verneint und ausgeführt, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen die fehlende Relevanz konservativer Behandlungsverfahren, die auch in der Leitlinie dokumentiert sei, klar sei. Die im Gutachten S. 31 des Sachverständigen angegebene fehlende Relevanz bezog sich indes darauf, dass bei einer symptomatischen Hallux valgus Deformität eine operative Korrektur die einzige Möglichkeit zur Be-
seitigung der Fehlstellung darstellt und entsprechend der Angaben in den Leitlinien eine operative Versorgung zu empfehlen ist. Das Fehlen von konservativen Behandlungsmethoden ist der sachverständigen Feststellung indes nicht zu entnehmen. Zur Möglichkeit einer konservativen Behandlung wurde der Sachverständige auch nicht im Rahmen

der ergänzenden mündlichen Erörterung in der öffentlichen Sitzung am 14.06.2023 seitens des Landgerichts befragt. Soweit der Sachverständige auf S. 4 des Protokolls ausführte (Bl. 122 LG-A), dass unter Abwägung aller Umstände und Möglichkeiten die gewählte Art der Osteotomie die einzig richtige war, so bezieht sich diese Aussage auf die Indikation der operativen Behandlung sowie Operationsmethode, nicht hingegen auf eine daneben bestehende Möglichkeit einer konservativen Behandlung. Eine Beweiserhebung zu konservativen Behandlungsmethoden bei einer u. U. lediglich relativ indizierten Hallux valgus Operation hat das Landgericht unterlassen, obgleich der Kläger erstinstanzlich auf eine fehlende Aufklärung über Behandlungsalternativen (vgl. Klageschriftsatz vom 29.06.2021, Bl. 7 d. LG-A sowie Schriftsatz vom 14.10.2022, Bl. 113 d. LG-A) mehrfach hingewiesen hatte. Das Landgericht geht vielmehr ohne weitere von Amts wegen vorzunehmende Beweisaufnahme vom Fehlen einer Behandlungsalternative aus. Soweit das Landgericht seine Bewertung hierzu auf die Angabe des Sachverständigen auf S. 31 des Gutachtens stützt, so ist diese ohne weitere Begründung nicht geeignet, die landgerichtliche Feststellung zu belegen. Dass das Landgericht davon ausgeht, dass die konservative Behandlung im Falle des Klägers keine echte Behandlungsalternative mehr darstellte, ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass es eine hinreichende Aufklärung auf die Indizwirkung des Aufklärungsbogens stütze, in welchem lediglich der Passus enthalten ist: *"Da konservative Maßnahmen, wie konsequentes Tragen von Einlagen, Fußgymnastik und/oder passgerechtes Schuhwerk bei Ihnen keinen Erfolg versprechen oder brachten, raten wir zur Operation."* Gerade diese Aussage im Aufklärungsbogen wäre indes im Falle, die konservative Behandlung hätte eine echte Behandlungsalternative dargestellt, gerade falsch gewesen. Denn zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung gehört unter bestimmten Umständen auch, dass der Arzt dem Patienten Kenntnis über konservative Behandlungsalternativen verschaffen muss. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes (BGH, Urteil vom 15.10.2019, VI ZR 105/18, zit. nach juris Rn. 14). Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert aber eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (BGH, Urteil vom 07.12.2021, VI ZR 277/19, zit. nach juris Rn. 7). Dies ist gesetzlich nunmehr auch in § 630e Abs. 1 S. 3 BGB normiert. Danach ist bei der Aufklärung auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Hierzu bedurfte es einer weitergehenden Sachaufklärung von Amts wegen, einerseits durch ergänzende Befragung des Sachverständigen und andererseits des Klägers selbst. Denn es ist insoweit auch anerkannt, dass es eines gesonderten Hinweises auf konservative Behandlungsmöglichkeiten dann nicht bedarf, wenn ein Patient mit chronischen Beschwerden am Großzehenballen aufgrund der Empfehlung eines vorbehandelnden Arztes bereits konservative Behandlungsversuche unternommen und bereits seit Jahren Einlagen getragen hat und er sodann auf Empfehlung des vorbehandelnden Arztes wegen anhaltender Schmerzen eine Klinik aufsucht, um sich über eine Operation beraten zu lassen. Dann muss er dort u.U. nicht (mehr) über die Möglichkeit der Fortsetzung der konservativen Behandlung aufgeklärt werden, da diese dann keine wirkliche Alternative mehr darstellt (OLG Naumburg, Urteil vom 24.04.2013 - 1 U 67/12 - juris Rn. 52). Etwas anderes kann indes dann gelten, wenn die Beschwerden des Klägers ausweislich des Befundberichtes des Oberfeldarztes Dipl. med. H vornehmlich mit Schuhdruck (Bundeswehrstiefel)

aufgetreten waren und bei zeitnaher Beendigung des aktiven Dienstes des Klägers weitere konservative Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden haben. Zu Vorstehendem hat das Landgericht indes keine Feststellungen getroffen.

- 30 2. Die Beweisaufnahme war auch nicht aus anderen Gründen entbehrlich. Denn mit den seitens des Landgerichts getroffenen Feststellungen war im Hinblick auf die gerügte unterlassene Aufklärung über Behandlungsalternativen sowie über ein bei dem Kläger bestehendes erhöhtes Rezidivrisiko die Kausalität einer etwaigen Aufklärungspflichtverletzung für den klägerseits behaupteten Schaden in Form von Rezidivbeschwerden nicht abschließend zu beantworten. Insoweit ist zwar der Beklagten dahingehend zuzustimmen, dass der Beweis, dass der ohne rechtswirksame Einwilligung vorgenommene ärztliche Eingriff bei dem Patienten auch zu einem Schaden geführt hat, ebenso wie dies im Fall des Behandlungsfehlers Sache des Patienten ist. Dieser Grundsatz gilt sowohl bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht über die Risiken eines Eingriffs wie auch über bestehende Behandlungsalternativen (Selbstbestimmungsaufklärung). Ein Unterlassen ist für den Schaden nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte.
- 31 Im Streitfall bestünde die Pflichtverletzung ggf. in dem Unterlassen der Beklagten, den Kläger über die (unterstellte) Behandlungsalternative einer konservativen Behandlung nicht aufgeklärt zu haben. Mithin hätte der Kläger darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass bei pflichtgemäßer Aufklärung der durch den Eingriff eingetretene Schaden vermieden worden wäre (vgl. wiederum BGH, Urteil vom 07.02.2012 - VI ZR 63/11 -, BGHZ 192, 298, 303). Soweit der Beklagten ein Aufklärungsversäumnis zur Last fallen sollte, betrifft die Frage nach den Folgen des wegen fehlender Einwilligung schon an sich rechtswidrigen Eingriffs die haftungsausfüllende Kausalität, so dass die Regelung des § 287 ZPO Anwendung findet (BGH, Beschluss vom 20.09.2016 - VI ZR 432/15 -, Rn. 5, juris). Denn nach der Rechtsprechung des BGH liegt die Primärschädigung bei fehlerhafter Aufklärung bei einer Operation bereits in dem mangels wirksamer Einwilligung per se rechtswidrigen Eingriff als solchem (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2009 - VI ZR 251/08; vom 19.10.2010 - VI ZR 241/09).
- 32 Dies impliziert indes, dass in erster Ebene überhaupt umfassend Beweis erhoben wird über bestehende Behandlungsalternativen und die Risiken einer Beschwerdezunahme nebst behaupteter Arthrose bei beiden Behandlungsmethoden (ob konservativ, operativ) aufgrund der Risikofaktoren, die der Kläger mitgebracht hat.
- 33 Dass das Landgericht es als nicht bewiesen angesehen hat, dass sich hinsichtlich der vom Kläger aktuell beklagten Beschwerden ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat, bei dessen Kenntnis der Kläger (angeblich) die Einwilligung nicht gegeben hätte, steht dem nicht entgegen. Denn nach den bisherigen Ausführungen des Sachverständigen ist nicht auszuschließen, dass das Landgericht bei Anwendung des Beweismaßstabs des § 287 Abs. 1 ZPO und der gebotenen erschöpfenden Beweisaufnahme zum Rezidivrisiko des Klägers sowie zu möglichen Behandlungsalternativen nach weiterer Erörterung mit dem Sachverständigen, die Kausalität bejaht hätte. Obgleich mit dem Sachverständigen eine klägerseits behauptete Nervenverletzung nicht festgestellt werden konnte und demgemäß mit einem etwaig rechtswidrigen Eingriff sich kein intraoperatives Risiko verwirklicht hätte, so hat der Sachverständige doch unmissverständlich in der mündlichen Erörterung ausgeführt, dass sich beim Kläger jedenfalls das Rezidivrisiko verwirklicht hat. Auch die Ausführung des Sachverständigen, dass eine eingeschränkte Beweglichkeit des Großzehengrundgelenkes auch ohne operativen Eingriff eingetreten

wären, steht der Annahme eines verwirklichten Rezidivrisikos mit den Beschwerden des Klägers in Form eines sehr empfindlichen Großzehengrundgelenkes mit sehr schlechter Drucktoleranz, dem Erfordernis der nächtlichen Unterpolsterung des Fußes und der immer wieder auftretenden Taubheitsgefühle in der Großzehe rechts nicht entgegen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sind lediglich die schmerzhaften Beschwerden an der Rückseite des Oberschenkels nicht auf das operierte Gebiet zurückzuführen und konnte die belastungsabhängig auftretende Sensibilitätsstörung nicht auf eine behauptete Nervenläsion zurückgeführt werden. Den Ausführungen des Sachverständigen ist nicht zu entnehmen, dass eine Operation nicht hätte herausgezögert werden können. Mit dem Sachverständigen ist vielmehr davon auszugehen, dass eine Revisionsoperation u.U. nicht erforderlich geworden wäre und demgemäß sich der Kläger bei anhaltendem Leidensdruck insgesamt nur einer Operation zu einem späteren Zeitpunkt hätte unterziehen müssen. Es liegt nahe, dass der Beginn der Operationskette als solche bei u.U. bestehender Behandlungsalternative und lediglich relativer Operationsindikation hinausgezögert worden wäre.

- 34 3. Die insoweit unterbliebene ordnungsgemäße Beweisaufnahme stellt einen Verfahrensverstoß dar, der zur Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO führt. Denn die nachzuholende Beweisaufnahme wird sich im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO als umfangreich und aufwendig gestalten.
- 35 Der Sachverständige ist ergänzend zu Behandlungsalternativen und einem klägerseits behaupteten erhöhten Rezidivrisiko anzuhören (s.o.). Zudem sind der aufklärende Arzt als Zeuge zum Inhalt eines mit dem Kläger geführten Aufklärungsgesprächs, insbesondere bezüglich etwaig bestehender konservativer Behandlungsalternativen als auch hinsichtlich eines etwaig beim Kläger bestehenden erhöhten Rezidivrisikos zu vernehmen. Der Kläger ist informatorisch zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs und ggf. auf den bereits erhobenen Einwand der Beklagten hin zu einer möglichen hypothetischen Einwilligung anzuhören. Zudem ist prognostisch die weitere Entwicklung sich anschließender Beweiserhebungen einzubeziehen (etwa das Einholen eines weiteren Gutachtens zur Frage der Kausalität).
- 36 4. Eine Erhebung der notwendigen Beweise durch das Berufungsgericht (vgl. § 538 Abs. 1 ZPO) hält der Senat nicht für sachdienlich. Zwar ist die Zurückverweisung eine Ausnahmeregelung, die den Grundsatz der Prozessbeschleunigung nur durchbricht, wenn die Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers erfolgt und noch eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme notwendig ist. Diese Voraussetzungen liegen hier aber - wie ausgeführt - vor. Der Rechtsstreit könnte vom Senat auch nicht kurzfristig zur Entscheidungsreife gebracht werden, so dass der mit der Zurückverweisung verbundene Zeitverlust gering erscheint. Angesichts dessen ist es trotz der Verzögerung und Verteuerung des Rechtsstreits vorliegend so, dass alles für die Wahrung eines vollen Instanzenzuges und die Hinnahme der damit verbundenen Nachteile spricht.
- 37 5. Der gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 a.E. ZPO erforderliche Zurückverweisungsantrag liegt vor. Der Antrag kann auch hilfsweise gestellt werden (MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO § 538 Rn. 26-27, beck-online), wie es vorliegend der Kläger getan hat.
- 38 6. Im Rahmen der erneuten Befassung wird das Landgericht insbesondere zu beachten haben, dass, sollten konservative Behandlungsmethoden wie von dem Kläger behauptet eine echte Behandlungsalternative dargestellt haben, über diese nur dann hinreichend

aufgeklärt worden wäre, wenn sie dem Kläger auch als echte Behandlungsalternative vorgestellt worden wären - und zwar bezogen auf seine konkrete Situation bei zeitnah anstehender Beendigung seines Bundeswehrdienstes mit der dort gängigen Schuhversorgung. Es wird insoweit auch Feststellungen dazu zu treffen haben, ob der Operation eine relative oder aber absolute Indikation zu Grunde lag, da sich hieran auch die Aufklärungsanforderungen zu richten haben.

- 39 7. Die Entscheidung über die Nichterhebung von Gerichtskosten für das Berufungsverfahren beruht auf § 21 GKG. Im Übrigen war die Kostenentscheidung dem Landgericht vorzubehalten, da der endgültige Erfolg der Berufung erst nach der abschließenden Entscheidung beurteilt werden kann.
- 40 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 ZPO.
- 41 Die Revision ist nicht zuzulassen, § 543 Abs. 2 ZPO. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.