
Datum: 14.05.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 7 U 74/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0514.7U74.18.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 4 O 300/15
Schlagworte: Haftung, Gutachter, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte
Normen: §§ 823 I, 253 BGB
Leitsätze:

1. Der Versicherungsnehmer eines Unfallversicherers ist nicht in den Schutzbereich des Vertragsverhältnisses zwischen dem Versicherer und dem von diesem als Gutachter beauftragten Arzt einbezogen.

2. Zu den Sorgfaltspflichten, die ein Gutachter bei der Untersuchung einzuhalten hat.

Tenor:

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Klägerin gegen das am 23.08.2018 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund (Az. 4 O 300/15) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

Die Sache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich; die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht geboten, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 ZPO.

Der Klägerin wird Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 3 Wochen nach Zugang dieses Beschlusses gegeben.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin begehrt Schmerzensgeld und die Feststellung der Schadensersatzpflicht für materielle sowie zukünftige immaterielle Schäden aus Anlass einer gutachterlichen Untersuchung ihrer durch einen Unfall verletzten rechten Hand.

3

Der Beklagte wurde von dem Unfallversicherer der Klägerin mit der Erstellung eines medizinischen Gutachtens über die Folgen des von der Klägerin erlittenen Unfalls vom 12.05.2012 beauftragt. Bei diesem Unfall war die Klägerin, die beginnend mit dem Jahr 2005 Beschwerden in der rechten Hand hatte und die deswegen bereits mehrfache Behandlungen und Operationen an der rechten Hand ausführen lassen musste (Arthrodese des rechten Handgelenks im Jahr 2009; eine Sponsiosaplastik mit Tenolyse, Operation wegen eines schnellenden Daumens und eine Re-Arthrodese im Jahr 2010; Versteifung des rechten Handgelenks mit einer Platte sowie ein Trapezektomie, eine Drahtstabilisierung des ersten und zweiten Mittelhandknochens und eine Sehnenbehandlung im Jahr 2011 und Revision der Beugensehnen sowie eine Arthrodese des rechten Daumenendgelenks) gestürzt und auf die rechte Hand gefallen. Nach dem Unfall fanden weitere Operationen statt, u.a. im Juli 2012 eine Revision der Region der Mittelhandknochen 1 und 2 mit Spongiosaanlagerung und Anlagerung eines sog. TightRopes zur Stabilisierung der Region. Neben operativen Maßnahmen im Bereich des Daumenendgelenks erfolgte im Februar die Entfernung des TightRopes von der Basis des 1. und 2. Mittelhandknochens, und es wurden zwei kanülierte Schrauben mit je einer Unterlegscheibe im Bereich des ehemaligen Daumensattelgelenks zur Versteifung der beiden Mittelhandknochen in diesem Bereich eingebracht.

4

Während der Untersuchung am 06.09.2013 spreizte der Beklagte den Daumen der rechten Hand von dem Handteller der Klägerin ab, um den Faustschluss der rechten Hand zu überprüfen, woran ihn die Stellung des Daumens unterhalb des rechten Zeigefingers hinderte. Bei dem Abspreizen des Daumens empfand die Klägerin Schmerzen. Nach Erläuterung der Notwendigkeit der Untersuchung durch den Beklagten wiederholte er das Abspreizen einmalig. Am 30.09.2013 stellte sich die Klägerin wegen Schmerzen an der rechten Hand im L Klinikum F vor, in dem sie auch sämtliche Vorbehandlungen und Operationen hatte durchführen lassen. Dort wurde die Klägerin in der Zeit vom 08.11.2013 bis zum 29.11.2013 anlässlich einer anderen Indikation an der rechten Hand operiert. Im Anschluss wurde wegen des Verdachts der Schraubenlockerung an der Arthrodese zwischen 1. und 2. Mittelhandknochen ein weiterer operativer Eingriff durchgeführt. Die zur Versteifung eingebrachten Spongiosaschrauben wurden entfernt, nachdem festgestellt wurde, dass sich um die kanülierten Schrauben bereits ein Lysesaum gebildet hatte und die Schrauben aus der Unterlegscheibe herausgetreten waren. Nach der Operation beklagte die Klägerin weiterhin Schmerzen im Bereich des ersten und zweiten Mittelhandknochens. Sie befand sich in den Jahren 2014 und 2015 auch deswegen regelmäßig in ambulanter und stationärer Behandlung des L Klinikum F, in dem weitere operative Eingriffe erfolgten. U.a. wurde im Mai 2014 im Bereich des rechten Daumens ein gelenkübergreifender Fixateur eingesetzt, der im Juli 2014 wieder entfernt wurde. Im Oktober 2014 erfolgte eine erneute Fixierung des ersten und zweiten Mittelhandknochens, die allerdings im Mai 2015 abermals entfernt wurde. Schließlich wurde im August 2015 eine Revision durchgeführt, bei der Knochenspan im Bereich des ersten und zweiten Mittelhandknochens eingebracht wurde.

5

Die Klägerin hat behauptet, sie habe unmittelbar nach dem Zugriff durch den Beklagten einen stechenden Schmerz in der rechten Hand verspürt, weswegen sie einen Schmerzensschrei

6

ausgestoßen und die rechte Hand reflexartig weggezogen habe. Unmittelbar nach der Untersuchung sei die Hand stark angeschwollen und habe sich gerötet. Die Klägerin habe seitdem unter stechenden Schmerzen an der rechten Hand gelitten. Der rechte Daumen sei fortan schräg unterhalb des Handtellers und des Zeige- und Mittelfingers der rechten Hand versteift gewesen. Die Klägerin hat behauptet, durch das Abspreizen des Daumens habe der Beklagte die bis dahin ordnungsgemäß situierte und befestigte Arthrodese zwischen dem ersten und zweiten Mittelhandknochen gelöst. Die Spongiosaschraube sei durch die heftige Überdehnung des rechten Daumens aus der Unterlegscheibe gelöst worden.

Sie hat beantragt, 7

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, welches den Betrag von 4.000,00 € nicht unterschreiten sollte, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 8

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, letztere, soweit sie nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstehen, zu erstatten, soweit sie nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind. 9

3. den Beklagten zu verurteilen, an sie 492,54 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 10

Der Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und mündlicher Erläuterung durch den Sachverständigen Dr. G sowie nach Vernehmung des Zeugen T abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stünden aus der gutachterlichen Untersuchung durch den Beklagten keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB zu, da die Klägerin nicht zu beweisen vermocht habe, dass die streitgegenständliche Behandlung fehlerhaft erfolgt sei. 13

Die Kammer gehe zunächst mit dem Sachverständigen davon aus, dass das Abspreizen des rechten Daumens vom Handteller an sich nicht fehlerhaft gewesen sei, denn der Sachverständige habe bei der handchirurgischen Untersuchung feststellen müssen, inwieweit ein Faustschluss der Hand und der einzelnen Finger überhaupt möglich sei. Da sich der Daumen der Klägerin unstreitig zumindest hälftig unterhalb des Zeigefingers befunden habe, sei zur Überprüfung der Beweglichkeit des Daumensattelgelenks die Abspreizung in der Handebene bzw. rechtwinklig zur Handebene wie in der Fachliteratur vorgesehen erforderlich gewesen. 14

Zwar spreche im Weiteren nach der Erläuterung des Sachverständigengutachtens die eigene gutachterliche Feststellung des Beklagten, dass er bei einliegendem Schraubenmaterial eine Instabilität des Daumens festzustellen gekonnt habe, dafür, dass er nicht nur mit einer leichtesten Berührung gearbeitet habe. Jedoch sprächen gegen eine zu hohe Kraftaufwendung die in der Folge gefertigten Röntgenbilder wie auch der operative Befund vom 25.11.2013. Die danach festzustellende Lockerung der Spongiosaschrauben an der Arthrodese zwischen dem ersten und dem zweiten Mittelhandknochen sowie die sichtbaren Lysesäume seien nicht Folge einer groben Krafteinwirkung, sondern vielmehr Ausdruck eines über Monate andauernden, schleichenden Lockerungs- und Instabilisierungsprozesses. Die Kammer gehe davon aus, dass sich die Schrauben über den Zeitraum von März 2013 bis 15

September 2013 langsam gelockert hätten, welches im Einzelnen ausgeführt wird. Jedenfalls habe sich die grundsätzliche Stellung des Daumens als Folge der Untersuchung durch den Beklagten nicht verändert. Ansonsten wären Bruchlinien oder ein Ausbruch von Schraubenmaterial zu erwarten gewesen.

Auch die Tatsache, dass die Klägerin im Moment des Abspreizens des rechten Daumens Schmerzen empfunden habe, spreche nicht dafür, dass die Untersuchung unter zu großer Kraftanwendung durchgeführt worden wäre oder der Daumen zu weit abgespreizt worden sei. Der Sachverständige habe hierzu ausgeführt, dass ein mäßiger Druck auf den Daumen ausgereicht habe, um die Langfinger an diesem vorbei passieren zu lassen. Dass die Klägerin hierbei Schmerzen empfunden habe, sei auf Grund der vergangenen CRPS-Erkrankungen durchaus möglich. Schmerzen seien subjektive und individuelle Empfindungen, die im Fall der Klägerin durch ihre vorangegangenen CRPS-Erkrankungen beeinflusst würden und daher nicht als Indiz dafür gewertet werden könnten, dass der Beklagte die Untersuchung unter zu großer Kraftanwendung durchgeführt habe. 16

Gegen das Urteil des Landgerichts wendet sich die klägerische Berufung, mit der gerügt wird, das Landgericht sei rechtsirrig und auf Grund falscher Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass das Abspreizen des Daumens vom Handteller nicht fehlerhaft gewesen sei. 17

Das Landgericht habe verkannt, dass dem Beklagten bei der Begutachtung bekannt gewesen sei, wie die gesundheitliche Ausgangsposition der Klägerin gewesen sei. Bereits aus dem Aktenstudium hätte der Beklagte erkennen können, dass es bei einem Abspreizen des Daumens zu Schmerzen und zu weiteren Verletzungen kommen könne. Es werde nicht kritisiert, dass der Beklagten den rechten Daumen der Klägerin überhaupt abgespreizt habe, sondern wie er es getan habe. Der Beklagte hätte vor dem Hintergrund der Klägerin das Abspreizen nur unter größter Vorsicht, entsprechend langsam und unter steter Kommunikation mit der Klägerin vornehmen dürfen. Es könne dem Landgericht auch nicht darin gefolgt werden, dass eine zu hohe Kraftanwendung nicht festgestellt werden könne. Schließlich sei es erst durch die Kraftanwendung des Beklagten zu der Verletzung gekommen. Es könne auch der Einschätzung des Landgerichts, die Spongiosaschrauben hätten sich in dem Zeitraum von März bis September 2013 langsam gelockert, nicht gefolgt werden. Die Klägerin sei in dem Zeitraum stets der gleichen Belastung/Schmerzsituation ausgesetzt gewesen. Eine Verschlimmerung, die auf schleichende Lockerungs- und Stabilisierungsprozesse zurückzuführen sei, habe nicht vorgelegen. Erst durch die Einwirkung des Beklagten sei es zur entsprechenden Verschlimmerung/Verletzung gekommen. Dabei könne dahinstehen, ob eine gewisse Lockerung der Schrauben, welche durchaus üblich sei, vorgelegen habe. Dass sich zudem, in dem OP-Bericht vom 25.11.2013 keine Erwähnung einer grob mechanischen Lockerung der Schrauben finde, lasse nicht den Schluss zu, dass diese tatsächlich nicht vorhanden gewesen sei. Die landgerichtliche Schlussfolgerung, dass sich die grundsätzliche Stellung des Daumens durch die Untersuchung des Beklagten nicht verändert habe, sei ebenfalls zurückzuweisen. 18

Die Klägerin beantragt, 19

1. unter Abänderung des am 23.08.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund, Az. 4 O 300/15, den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, welches den Betrag von 4.000,00 € nicht unterschreiten sollte, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz liegenden Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 20

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, letztere, soweit sie nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung 21

entstehen, zu erstatten, soweit sie nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind,

3. den Beklagten zu verurteilen, an sie 492,54 € nebst 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz liegenden Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 22

Der Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlage Bezug genommen. 25

II. 26

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie verspricht in der Sache jedoch keine Aussicht auf Erfolg. Das Urteil des Landgerichts beruht nicht auf Rechtsfehlern und die gemäß §§ 529, 531 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen auch keine andere – für die Klägerin günstigere – Entscheidung. 27

Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch auf Schmerzensgeld und auf Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und weitere immaterielle Schäden der Klägerin aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB verneint. 28

1. 29

Richtigerweise geht das Landgericht zunächst davon aus, dass allenfalls ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. 30

Vertragliche Ansprüche bestehen nicht, weil die Klägerin keinen Vertrag mit dem Beklagten über die Durchführung der Untersuchung zum Nachweis des Vorliegens der den Versicherungsfall aus der Unfallversicherung auslösenden Verletzung geschlossen hat. Vielmehr hat der Unfallversicherer der Klägerin unstreitig von seinem, üblicherweise mit Vereinbarung der Allgemeinen Unfallversicherungs-Bedingungen bestehenden Recht Gebrauch gemacht, Ärzte auf eigene Kosten mit der Untersuchung des Versicherungsnehmers zu beauftragen, wobei die Versicherungsnehmer die Obliegenheit trifft, an der Untersuchung mitzuwirken. Das Vertragsverhältnis bestand mithin nicht zwischen der Klägerin und dem Beklagten, sondern zwischen dem Unfallversicherer der Klägerin und dem Beklagten. Dies stand und steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit. 31

Darüber hinaus kommt auch kein Anspruch der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Denn der Versicherungsnehmer einer Unfallversicherung fällt nicht in den Schutzbereich des Vertragsverhältnisses zwischen dem Versicherer und dem von diesem beauftragten Gutachter. Zwar kommt nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung Dritter eine Haftung von Berufsgruppen in Betracht, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen, wenn deren Vertragsleistungen von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt sind und nach dem Willen des Auftraggebers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein sollen, die nicht nur für das Innenverhältnis bestimmt sind. Diese Voraussetzungen können grundsätzlich auch bei einem von einem Arzt für eine Versicherung erstatteten Gutachten oder einer der Versicherung erteilten Auskunft vorliegen. Die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte scheidet jedoch bei Einholung eines Versicherungsgutachtens im Rahmen einer allein auf eine Geldleistung gerichteten Versicherung, wie sie auch die Unfallversicherung darstellt, aus (vgl.: BGH, Urteil vom 32

17.09.2002, Az.: X ZR 237/01, Rn. 13-15, – juris; zur Gutachtenerstellung für einen Unfallversicherer: OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 09.08.2010, Az.: 4 U 105/09 -, juris).

2. 33

Das Landgericht hat zu Recht eine rechtswidrige, von dem Beklagten (ggf. nur mit-) verursachte Körper- und/oder Gesundheitsverletzung der Klägerin nicht festgestellt. 34

Die Klägerin wurde zwar durch die Lockerung des Schraubenmaterials an der zwischen dem ersten und dem zweiten Mittelhandknochen eingebrachten Arthrodeese an ihrem von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgut des Körpers und der Gesundheit verletzt. Es ist jedoch nicht festzustellen, dass diese Verletzung auf eine sorgfaltswidrige Untersuchung oder aber auf die sorgfaltswidrige Art und Weise der Untersuchung des Beklagten – wenn auch nur mitursächlich - zurückzuführen ist. 35

a. 36

So lag bereits keine - die Rechtswidrigkeit indizierende - sorgfaltswidrige Tathandlung des Beklagten im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vor. 37

(1) 38

Allein das Abspreizen des Daumens stellte keine sorgfaltswidrige Untersuchung durch den Beklagten dar. 39

Die Sorgfaltswidrigkeit der Tathandlung ist nur dann gegeben, wenn der Schädiger gegen eine Verkehrspflicht verstoßen hat. Bei der Ermittlung der Verkehrspflichten gilt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab, der auf die konkrete Handlungssituation bezogen ist sowie nach Verkehrskreisen differenziert und typisiert. Es kommt darauf an, ob die Sorgfalt beachtet worden ist, die nach den Erfordernissen des Verkehrs in der konkreten Lage erwartet werden muss; dabei ist wegen der Verkehrserwartungen auf die Verhältnisse der betroffenen Berufsgruppe oder des jeweiligen Verkehrskreises abzuheben, mithin auf das Maß von Umsicht und Sorgfalt abzustellen, das von einem Menschen in der Rolle erwartet werden kann und muss, in der der Betroffene im Verkehr auftritt (u.a.: Sprau in Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 823 Rn. 26; MüKoBGB, 7. Auflage 2017, § 823 Rn. 38; MüKoBGB, 7. Auflage 2016, § 276 Rn. 56). Vorliegend ist mithin die Sorgfalt maßgebend, die ein Arzt der orthopädischen Fachrichtung bei einer gutachterlichen Untersuchung eines vorgeschädigten Körperteils nach dem jeweiligen medizinischen Wissens- und Erkenntnisstand aufzubieten hat. 40

Nach Maßgabe dieser Grundsätze durfte der Beklagte die konkrete streitgegenständliche Untersuchung durch Abspreizen des Daumens vornehmen. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten und seiner mündlichen Erläuterung nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass bei einer handchirurgischen Begutachtung der Faustschluss, der Spitzgriff des Daumens mit sämtlichen Langfingern und das Gegenüberstellen des Daumens zu untersuchen sind, wobei das standardgemäß bei der Begutachtung eingesetzte Messblatt der oberen Gliedmaße nach der Neutral-Null-Methode ausdrücklich die Überprüfung der Beweglichkeit des Daumensattelgelenks durch Abspreizung in der Handebene bzw. rechtwinklig zur Handebene vorsieht. Gegen diese landgerichtliche Feststellung auf Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen wendet sich die Klägerin in ihrer Berufung auch nicht (mehr), wenn sie begründet, dass sie nicht kritisiere, 41

dass der Beklagte den rechten Daumen überhaupt abgespreizt, sondern vielmehr, wie er es getan habe.

(2) 42

Aber auch die Art und Weise der Ausführung des passiven Abspreizens des Daumens ist nicht sorgfaltswidrig erfolgt. 43

(a) 44

Auch bei der Ausführung der von dem Beklagten vorzunehmenden Untersuchung gelten die Sorgfaltsanforderungen, die nach den Erfordernissen des Verkehrs in der konkreten Lage erwartet werden müssen. Nach dem beschriebenen objektiven Maßstab sind jedenfalls die Maßnahmen zu unterlassen, die Verletzungen bei der zu untersuchenden Person hervorzurufen geeignet sind. Da eine Verletzung damit grundsätzlich nicht einhergeht, durfte der Beklagte den Daumen der Klägerin jedenfalls mit dem Druck abspreizen, der erforderlich war, um die im Rahmen der gutachterlichen Untersuchung erforderlichen Funktionen der rechten Hand, u.a. den Faustschluss, zu überprüfen. Insoweit hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass bereits ein mäßiger Druck auf den Daumen ausgereicht hat, um diesen an den Langfingern der rechten Hand vorbei zu führen, so dass dieser grundsätzlich aufgewandt werden durfte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass bei der Klägerin nur eine geringere Kraftanwendung geboten war, liegen nicht vor. Hierfür reicht allein eine allgemeine Kenntnis von dem gesundheitlichen Zustand der Klägerin, der durch erhebliche Beschwerden an der rechten Hand bereits seit dem Jahr 2005 und zahlreichen an der Hand bereits durchgeführten Operationen und Behandlungen geprägt war, nicht aus. Denn aus der Krankenvorgeschichte der Klägerin ergibt sich jedenfalls nicht, dass bei ihr bereits eine standardgemäße Untersuchung der rechten Hand geeignet gewesen wäre, Verletzungen hervorzurufen. Die Klägerin hat auch nicht dargelegt, dass und woraus der Beklagte bereits vor der Untersuchung hätte erkennen können, dass die streitgegenständliche Untersuchungshandlung bei geringerer Krafteinwirkung und ab welcher Krafteinwirkung konkret hätte verletzungsträchtig sein können. 45

Nach Maßgabe der genannten Grundsätze kann dagegen nicht verlangt werden, dass die Untersuchung unter Ausschluss jeglicher Schmerzempfindungen des zu Untersuchenden zu erfolgen hat. Die dem Beklagten obliegenden Sorgfaltsanforderungen gebieten es nach Auffassung des Senats nicht, grundsätzlich jegliche im Rahmen des Zumutbaren liegenden, schmerzauslösenden Maßnahmen zu unterlassen, wenn diese auch möglichst zu begrenzen sind. Denn Ziel der gutachterlichen Untersuchung ist es gerade, nicht nur festzustellen, welche Bewegungen objektiv möglich bzw. nicht möglich sind, sondern auch, welche Funktionen/Bewegungen der Hand Schmerzen bereiten, so dass hierdurch die Funktion beeinträchtigt ist, und ob diese objektivierbar sind. Denn trotz der Vorbelastungen der Klägerin und trotz des regelmäßig auftretenden Schmerzsyndroms war der Beklagte gehalten, eine objektive, den Standards des Fachs entsprechende Begutachtung als Grundlage für die Entscheidung des von der Klägerin in Anspruch genommenen Unfallversicherers vorzunehmen, welches schlussendlich auch in ihrem Interesse lag. In diesem Umfang willigt der zu Untersuchende auch regelmäßig in die vorzunehmende Untersuchung - wenn auch nur jederzeit widerruflich - ein. 46

(b) 47

Nach Maßgabe dieser von dem Beklagten zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen hat das Landgericht zu Recht eine übermäßige Krafteinwirkung durch den Beklagten beim 48

Abspreizen des Daumens nicht feststellen können.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung ist dabei nicht auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt (vgl. BGH, NJW 2016, 713 unter Rn. 7). Bei der Berufungsinstanz handelt es sich auch nach Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes um eine zweite – wenn auch eingeschränkte – Tatsacheninstanz, deren Aufgabe in der Gewinnung einer „fehlerfreien und überzeugenden“ und damit „richtigen“ Entscheidung des Einzelfalls, besteht (vgl. BGH, NJW 2016, 713, Rn. 7 m.w.N.; BGH, NZM 2016, 718, beck-online unter Rn. 16). Aus der in § 529 I Nr. 1 ZPO vorgesehenen grundsätzlichen Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen lässt sich daher nicht ableiten, dass die Überzeugungsbildung des Erstgerichts nur auf Rechtsfehler überprüft wird. Vielmehr können sich – die Bindungswirkung des § 529 I Nr. 1 ZPO aufhebende – Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertungen, also insbesondere daraus ergeben, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme auf Grund konkreter Anhaltspunkte anders würdigt als die Vorinstanz (vgl. BGH, NZM 2016, 718, beck-online unter Rn. 16).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze sind Fehler des Landgerichts bei der Tatsachenfeststellung nicht ersichtlich. Das Landgericht hat bei seiner Beweismäßigkeit zunächst das richtige Beweismaß nach § 286 ZPO angelegt. Die von der Klägerin aufgezeigten Gesichtspunkte bieten auch keine Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, wie auch sonst Anhaltspunkte hierfür nicht ersichtlich sind.

Im Einzelnen: 51

aa) 52

Anhaltspunkte für die von dem Beklagten aufgewendete Kraftintensität ergeben sich allenfalls aus dem Umstand, dass der Beklagte zu der gutachterlichen Feststellung gelangen konnte, es zeige sich eine „Instabilität in Höhe des Sattelgelenks“. Hieraus zieht der Sachverständige die Schlussfolgerung, es habe sich um eine jedenfalls „nicht leichteste Berührung“ gehandelt. Dies geht aber über einen „mäßigen Druck“, der sich nach den obigen Ausführungen als sorgfaltsgemäß darstellte, aber nicht hinaus.

bb) 54

Zu der bei der gutachterlichen Untersuchung festgestellten Instabilität erläutert der Sachverständige, dass diese eher aus einer „en bloc-Bewegung des Konvoluts aus dem ersten und zweitem Strahl im Gelenk zwischen Metacarpale 2-Basis und Os trapezoideum“ resultiere, und gerade nicht aus einer Instabilität des Schraubenmaterials zwischen erstem und zweiten Mittelhandknochen. Schlussfolgerungen über den Grad der Krafteinwirkung auf die Arthrodese zwischen erstem und zweiten Mittelhandknochen lassen sich hieraus daher nicht ziehen.

cc) 56

- Gegen eine überhöhte Kraftereinwirkung spricht der, in dem nach der Untersuchung gefertigten Röntgenbild vom 30.09.2013 dokumentierte Zustand der Hand der Klägerin, der gerade keine bei zu hoher Kraftereinwirkung zu erwartende typische Veränderung aufwies. 57
- Denn ein Ausbruch der Schrauben im Bereich der Mittelhandknochen und/oder aufgetretene Bruchlinien sind darauf nicht zu erkennen. Im Falle einer tatsächlich relevanten Beweglichkeit im Bereich zwischen erstem und zweitem Mittelhandknochen wären diese aber zu erwarten gewesen, wie der Sachverständige festgestellt hat. Dazu passt, dass auch der Operationsbericht vom 25.11.2013 solche Veränderungen nicht aufzeigt. Der Hinweis der Klägerin in der Berufung, dass die fehlende Feststellung solcher Befunde in dem Operationsbericht nicht bedeute, dass solche nicht vorhanden gewesen seien, verhilft ihr nicht zum Erfolg, denn für das Vorliegen solcher für eine sorgfaltswidrige Behandlung sprechenden Indizien, als welche mechanische Knochenausbrüche bzw. Bruchlinien anzusehen gewesen wären, ist sie beweispflichtig. 58
- dd) 59
- Der Vergleich der Röntgenbilder vom 28.05.2013 und vom 30.09.2013 zeigte keinen durchgreifenden Unterschied in der Stellung des ersten Strahls, also des Daumens der Klägerin, vor und nach der Untersuchung durch den Beklagten, so dass auch die von der Klägerin behauptete Stellungsveränderung des Daumens nach der Untersuchung nicht gegeben war, was das Landgericht auch zutreffend erkannt hat. 60
- ee) 61
- Soweit der Sachverständige auf dem nach der Untersuchung gefertigten Röntgenbild vom 30.09.2013 tatsächlich Anhaltspunkte für eine Lockerung der Schrauben gefunden hat, vermag dies eine übermäßige Kraftereinwirkung auf das Daumensattelgelenk durch den Beklagten nicht zu belegen. Denn der Sachverständige hat ausgeführt, dass ein ebensolcher Zustand im Ansatz bereits auf dem Röntgenbild vom 28.05.2013 erkennbar war, mithin nicht von dem Beklagten verursacht worden sein kann. 62
- So ist das Landgericht zu Recht von einer schleichenden Lockerung des Schraubenmaterials zwischen erstem und zweitem Mittelhandknochen ausgegangen. Die Beweiswürdigung folgt den Ausführungen des Sachverständigen, der dies anhand der von ihm untersuchten Röntgenbilder vom 28.03.2013, 28.05.2013 und vom 30.09.2019 nachvollziehbar und in jeder Hinsicht überzeugend in der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens beschrieben hat, und lässt insoweit keine Fehler erkennen. Der Einwand der Klägerin, bei einer schleichenden Lockerung hätte sie über einen längeren Zeitraum eine Verschlimmerung der Beschwerden empfinden müssen, welches jedoch nicht der Fall gewesen sei, greift nicht durch. Ob eine schleichende Lockerung tatsächlich von der Klägerin hätte wahrgenommen werden müssen, kann dahinstehen. Denn bereits der von der Klägerin gezogene Schlussfolgerung, dass deswegen die Untersuchung des Beklagten zu der Lockerung der Schrauben geführt haben muss, kann nicht gefolgt werden. Denn eine knöcherner Ausbruchverletzung, wie sie typischerweise bei einer Verletzung, wie sie die Klägerin behauptet, eingetreten wäre, ist auf den Röntgenbildern nicht im Ansatz zu erkennen. 63
- ee) 64
- Eine objektivierbare, übermäßige Kraftereinwirkung ergibt sich letztlich auch nicht aus dem Umstand, dass die Klägerin bei der Untersuchung Schmerzen empfunden hat, wie sich dies auch nicht aus dem von dem Zeugen T bestätigten Umstand ergibt, dass die Klägerin 65

während der Untersuchung (wegen Schmerzen) aufgeschrien hat. Zu Recht verweist das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf, dass Schmerzen höchst subjektive und individuelle Empfindungen darstellen, die der Objektivierung kaum zugänglich sind. Einer Schmerzensbekundung kann daher allenfalls geringfügige Indizwirkung zugemessen werden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als dass – auch auf Grund der bei der Klägerin in der Vergangenheit immer wieder aufgetretenen CRPS-Erkrankung – in keiner Weise nachgehalten werden kann, worauf die von ihr empfundenen Schmerzen tatsächlich zurückzuführen sind.

Eine übermäßige Kraftanwendung und damit sorgfaltswidrige Ausführung der Untersuchung durch den Beklagten ist nach alledem nicht festzustellen. Dass der Beklagte die Untersuchung nicht unter der in dem konkreten Einzelfall gebotenen „größten Vorsicht“ vorgenommen hätte, ist nicht ersichtlich. Auch ist nicht ersichtlich, inwieweit die von der Klägerin geforderte „stete Kommunikation“ während der Untersuchung etwaigen, von ihr behaupteten orthopädischen Beeinträchtigungen hätte entgegenwirken können.

(3) 67

Ein Sorgfaltsverstoß des Beklagten liegt letztlich auch nicht darin, dass der Beklagte das Abspreizen des Daumens trotz geäußerter Schmerzen wiederholt hat. Der Beklagte hat die Untersuchung nicht gegen den erklärten Willen der Klägerin und damit rechtswidrig fortgesetzt. Dass der Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte dafür hatte, dass bereits das Abspreizen des Daumens mit nur mäßigen Druck Schmerzen bereiten würde, wurde bereits ausgeführt. In das daraufhin erfolgte nochmalige Abspreizen des Daumens hat die Klägerin indes – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend – eingewilligt, nachdem sie auf die Erklärung des Beklagten, dass die Untersuchung erforderlich sei, ein erneutes Abspreizen des Daumens zuließ. Die Untersuchung ist unmittelbar beendet worden, als die Klägerin bzw. ihr Vater nach dem zweiten Versuch der Untersuchung erklärt hat, „es reiche“. Ohne rechtfertigende Einwilligung der Klägerin sind mithin keine weiteren Untersuchungen des Daumensattelgelenks durchgeführt worden.

III. 69

Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Ferner erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats. Die maßgebenden Fragen sind solche des Einzelfalles. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung verspricht sich der Senat keine neuen Erkenntnisse. Auch ansonsten erscheint eine mündliche Verhandlung nach einstimmigem Votum des Senats nicht geboten.

Der Senat beabsichtigt deshalb, die Berufung gem. § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. 71

72

Aufgrund des Hinweisbeschlusses vom 14.05.2019 wurde die Berufung zurückgenommen. 73

74
