
Datum: 21.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 52/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1221.5U52.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 25 O 93/01

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 18.3.2009 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 25 O 93/01 – unter Zu-rückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird festgestellt, dass der Kläger diejenigen Kosten zu tragen hat, die damit verbunden sind, die kosmetischen Folgeschäden der am 11.2.1998 durchgeführten Liposuktion zu beseitigen.

Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 2.525,83 € (4.940,09 DM) zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 72 % und die Beklagte zu 28 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 93 % und der Beklagten zu 7 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Die am 9.1.1944 geborene Beklagte stellte sich am 16.1.1998 bei dem Kläger, der als niedergelassener Chirurg tätig und zugleich ärztlicher Direktor der N-Klinik war, mit Schmerzen und Beschwerden in beiden Füßen, rechts stärker als links, vor.

Nach stationärer Aufnahme in der N-Klinik am 28.1.1998 operierte der Kläger die Beklagte am gleichen Tag unter der Diagnose einer Hallux-valgus-Fehlstellung am Großzeh rechts sowie wegen einer Hammerzehl-Bildung am zweiten Zeh rechts. Eine Operation des dritten Zehs erfolgte nicht. Am 3.2.1998 unterzeichneten der Kläger und die Beklagte eine Vereinbarung über die Durchführung einer Fettabsaugung am Bauch (Liposuktion), in der ein Honorar von 10.000 DM für den operativen Eingriff einschließlich postoperativer Nachsorge und eines stationären Aufenthalts von maximal vier Tagen festgelegt wurde. Als Risiken waren in der Vereinbarung "Nachblutung, Infektion, Hautüberschuss-Bildung, nicht sichtbare und sichtbare Narbenbildungen, u.U. mit Beschwerden, möglicher Folgeeingriff, Dellenbildung in der Haut, Thrombose, Embolie" genannt. Auf Nachfrage erklärte der Kläger, die Risiken lägen bei 2 %, und hielt dies auf der Vereinbarung handschriftlich fest. Die Beklagte zahlte den vereinbarten Betrag mittels Scheckkarte. Am 11.2.1998 nahm der Kläger die Fettabsaugung vor. Der weitere stationäre Aufenthalt bis zur Entlassung der Beklagten am 14.2.1998 war unstreitig durch den Eingriff am Fuß bedingt. Am 16.2.1998 stellte der Kläger für den Zeitraum vom 16.1. bis 14.2.1998 eine Vergütung von 7.710,94 DM in Rechnung. Hierauf zahlte die Beklagte 3.297,59 DM.

Nach stationärer Aufnahme in der N-Klinik am 11.5.1998 entfernte der Kläger am gleichen Tag die eingebrachten K-Drähte aus dem rechten Fuß und löste am Bauch zwei Narbenadhäsionen. Die Beklagte wurde am 15.5.1998 entlassen. Am 27.5.1998 stellte sich die Beklagte mit einem Bluterguss im Bauchbereich vor, worauf der Kläger das Hämatom operativ ausräumte. Die Beklagte verblieb bis zum 29.5.1998 in der N-Klinik. Unter dem 26.6.1998 stellt der Kläger für den Zeitraum vom 8.5. bis 20.5.1998 ein Entgelt von 3.576,47 DM in Rechnung. Am 22.7.1998 erteilte er für den Zeitraum vom 27.5. bis 8.6.1998 eine weitere Rechnung über 1.507,83 DM.

Mit der im Februar 1999 beim Amtsgericht Köln eingereichten Klage hat der Kläger die Zahlung der offenen Rechnungsbeträge von insgesamt 9.479,75 DM verlangt. Die ihm vorgeworfenen Behandlungsfehler und eine unzureichende Aufklärung im Zusammenhang mit den Eingriffen vom 28.1.1998 und 11.2.1998 hat er in Abrede gestellt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.497,75 DM nebst 4 % Zinsen aus 4.413,35 DM seit dem 17.3.1998 zuzüglich außergerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 30 DM, 4 % Zinsen aus 3.576,47 DM seit dem 8.8.1998 zuzüglich außergerichtlicher Mahnkosten von 10 DM und 4 % Zinsen aus 1.507,93 DM seit dem 10.9.1998 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,	9
die Klage abzuweisen.	10
Widerklagend hat sie beantragt,	11
1. festzustellen, dass der Kläger diejenigen Kosten zu tragen hat, die damit verbunden sind, die kosmetischen Folgeschäden der unsachgemäß durchgeführten Lipolyse zu beseitigen,	12
2. den Kläger zu verurteilen, an sie 9.077,00 DM zu zahlen,	13
3. den Kläger zu verurteilen, ihr die Ambulanzkarte – eine in Form einer Aktentasche gefaltete Karte, etwa 40 cm breit und 60 cm lang, mit Werbeaufdrucken versehen und als Laufkarte für die laufende Behandlung ausgestaltet – herauszugeben,	14
4. den Kläger zu verurteilen, ihr die von ihm gefertigten und bei ihm vorliegenden, vor der Hallux-Valgus-Operation aufgenommenen Röntgenbilder ihrer beiden Füße herauszugeben.	15
Der Kläger hat beantragt,	16
die Widerklage abzuweisen.	17
Der von der Beklagten im Wege der Widerklage geltend gemachte Betrag von 9.077 DM hat sich aus einem von ihr auf 5.000 DM bezifferten Schmerzensgeld wegen der Liposuktion, einem Teilbetrag von 2.200 DM des für die Liposuktion gezahlten, aber nach Auffassung der Beklagten nicht geschuldeten Honorars und weiteren 1.877,27 DM zusammengesetzt, die die Beklagte im Zusammenhang mit dem Eingriff vom 27.5.1998 an den Anästhesisten gezahlt hat.	18
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass ein Honorar für die Fußoperation und die hierdurch bedingten Folgebehandlungen nicht geschuldet sei. Einen Eingriff am Großzeh rechts hätten die Parteien nicht besprochen und vereinbart. Eine Indikation für eine Korrektur eines Hallux valgus habe auch nicht bestanden. Zudem habe der Kläger den Eingriff am Großzeh und am zweiten Zeh fehlerhaft durchgeführt. Die abgesprochene Operation des dritten Zehs sei fehlerhaft unterlassen worden. Vor der Operation sei sie, die Beklagte, nicht ausreichend aufgeklärt worden. Der rechte Fuß sei nunmehr gefühllos, kalt, kribbele und schulle an. Die Erbringung und die medizinische Notwendigkeit der abgerechneten Leistungen hat die Beklagte bestritten.	19
Wegen der Fettabsaugung stehe ihr ein Schmerzensgeldanspruch zu. Die Vergütung dieses Eingriffs und seiner Nachbehandlung könne der Kläger ebenfalls nicht verlangen. Statt einer Liposuktion sei eine Bauchdeckenstraffung indiziert gewesen. Der Kläger habe den Eingriff zudem, wie sich an dem einer "Kraterlandschaft" gleichenden Ergebnis zeige, fehlerhaft ausgeführt. Vor der Fettabsaugung sei sie, die Beklagte, unzureichend aufgeklärt worden. Der Kläger habe die Risiken verharmlost. Auf alternative Behandlungsmöglichkeiten und auf mögliche optische Beeinträchtigungen habe er nicht hingewiesen. Im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung hätte sie sich nicht operieren lassen.	20
Mit dem Anspruch auf Rückzahlung des Honorars von 10.000 DM für die Liposuktion hat die Beklagte hilfsweise gegen die Klageforderung aufgerechnet. Der Anspruch ergebe sich in Höhe von 2.200 DM auch daraus, dass infolge der Liposuktion keine stationäre Unterbringung notwendig geworden sei (4 Tage á 550 DM). Der Kläger habe eine in diesem Umfang vereinbarte und bereits schriftlich erteilte Gutschrift aus der Handtasche der	21

Beklagten entwendet. In Höhe weiterer 2.000 DM habe der Kläger die Abrechenbarkeit der Operation gegenüber Beihilfe und Krankenversicherung zugesichert. Schließlich sei das Honorar überhöht; angemessen seien höchstens 4.000 DM. Darüberhinaus hat die Beklagte hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch von 3.000 DM aufgerechnet, den sie mit den bei einer gesonderten künftigen Operation des dritten Zehs entstehenden Mehrkosten begründet hat.

Das Amtsgericht Köln hat das orthopädische Gutachten von Prof. Dr. X vom 23.10.2000 (Bl. 380 ff. d.A.) eingeholt. Nach der Erhebung der Widerklage und der Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht hat die Beklagte, nachdem das Landgericht die Anforderung einer ergänzenden Stellungnahme von Prof. Dr. X beschlossen hatte, einen Teil des Auslagenvorschusses nicht bezahlt. Das Landgericht hat alsdann das plastisch-chirurgische Gutachten von Prof. Dr. T vom 12.11.2007 (Bl. 924 ff. d.A.) nebst ergänzender Stellungnahme vom 27.6.2008 (Bl. 1034 ff. d.A.) eingeholt. 22

Daraufhin hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es festgestellt, dass der Kläger verpflichtet sei, der Beklagten sämtliche materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der rechtswidrigen Liposuktion entstanden seien bzw. noch entstehen würden. 23
Ferner hat es den Kläger zur Zahlung von 2.525,83 € (4.940,09 DM) an die Beklagte verurteilt und die Widerklage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der in Höhe von 9.059,51 DM gerechtfertigte Klageanspruch sei durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten erloschen. Die Beklagte könne gegen den Honoraranspruch nicht einwenden, dass die Fußoperation ohne wirksame Einwilligung und fehlerhaft erfolgt sei. Bei erbrachter Dienstleistung komme ein Wegfall des Vergütungsanspruchs im Falle der Schlechterfüllung grundsätzlich nicht in Betracht, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. 24
Der Ausnahmefall einer besonders groben Pflichtverletzung lasse sich nicht feststellen. Nach den Ausführungen von Prof. Dr. X sei die zunächst durchgeführte orthopädische Behandlung vielmehr fehlerfrei gewesen. Von der Rechnung über 7.710,94 DM seien aufgrund der gebührenrechtlichen Einwendungen der Beklagten 437,74 DM abzuziehen. Hinzu kämen die Kosten für die erste Nachbehandlung von 3.576,47 DM und für die Hämatomausräumung von 1.507,83 DM abzüglich gezahlter 3.297,59 DM.

Die Beklagte habe einen Rückforderungsanspruch in Höhe von 10.000 DM für die Liposuktion. Der Kläger habe nicht nach den Regeln der GOÄ abgerechnet, wozu er grundsätzlich verpflichtet gewesen wäre. Die vorliegende Honorarvereinbarung genüge den Anforderungen an eine von der GOÄ abweichende Gebührenvereinbarung nicht. 25

Die Beklagte habe einen Schmerzensgeldanspruch wegen der Liposuktion von 4.000 DM. 26
Zwar sei die Beklagte für einen Behandlungsfehler beweisfällig geblieben, weil sie sich durch den Sachverständigen Prof. Dr. T nicht habe untersuchen lassen. Soweit der Sachverständige den Sachverhalt allein auf der Grundlage der Feststellungen des Privatgutachters der Beklagten, Prof. Dr. P, beurteile, sei dies unbeachtlich. Die Aufklärungsrüge führe aber zum Erfolg. Vor kosmetischen Operationen seien Patienten über die Erfolgsaussichten und die Risiken des Eingriffs besonders sorgfältig und umfassend aufzuklären. Den sich hieraus ergebenden Anforderungen sei der Kläger schon nach seinem eigenen Vortrag nicht nachgekommen. Nach den Ausführungen von Prof. Dr. T habe bei bestehender Fettschürze die Gefahr schlaffer, unregelmäßiger Hautfalten oder einer schlaff hängenden Hautschürze bestanden. Eine Bauchdeckenstraffung mit Nabelneueinpflanzung sei günstiger und jedenfalls als alternatives Behandlungsverfahren zu erörtern gewesen. Das Risiko ästhetischer Mängel in Form von Konturunregelmäßigkeiten und Dellen realisiere sich

wesentlich häufiger als 2 %. Damit habe der Kläger, indem er der Beklagten die Risiken der Operation mit nur 2 % angegeben habe, das Misserfolgsrisiko verharmlost bzw. die Erfolgchance der Operation nicht zutreffend dargestellt. Soweit der Kläger ohne hinreichende Substantiierung behaupte, dass er die Beklagte mit der gebotenen Offenheit über die Erfolgsaussichten und die Risiken aufgeklärt habe, sei seinem Beweisantritt nicht nachzugehen.

Die Beklagte habe außerdem einen Anspruch auf Rückzahlung des Honorars der Liposuktion in Höhe von 940,09 DM. Um diesen Betrag übersteige das von der Beklagten gezahlte Honorar den begründeten Anspruch des Klägers von 9.059,91 DM. Die weiteren mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche bestünden nicht. 27

Mit der Berufung verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag in Höhe von 9.059,91 DM nebst Zinsen sowie den Antrag auf vollständige Abweisung der Widerklage weiter. Das Landgericht habe einen Rückforderungsanspruch der Beklagten in Höhe von 10.000 DM für die Liposuktion wegen fehlender Abrechnung des Klägers nach den Regeln der GOÄ sowie wegen Verstoßes der vorliegenden Honorarvereinbarung gegen § 2 GOÄ rechtsfehlerhaft bejaht. Auf diesen Gesichtspunkt, auf den sich die Beklagte nicht berufen habe, habe das Landgericht unter Verstoß gegen § 139 ZPO nicht hingewiesen. Der Kläger hätte ansonsten noch in der ersten Instanz eine Abrechnung der Liposuktion nach den Regeln der GOÄ vornehmen können. Das Unterlassen einer Abrechnung nach GOÄ könne dem Kläger nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die GOÄ enthalte für eine Liposuktion keinen eigenen Gebührentatbestand. Soweit heute vereinzelt Analogien zu vorhandenen Gebührentatbeständen der GOÄ vorgenommen würden, habe sich diese Praxis erst in den letzten Jahren herausgebildet. Im Übrigen habe das Landgericht übersehen, dass nach § 813 Abs. 2 BGB eine fehlende Fälligkeit des Honoraranspruchs nicht automatisch dazu führe, dass zur Erfüllung dieses Honoraranspruchs geleistete Zahlungen wieder zurückgefordert werden könnten. 28

Der von der Beklagten gestellte Feststellungsantrag sei mangels Vorliegens eines Feststellungsinteresses unzulässig. Die Beklagte habe ihren angeblichen Anspruch auf Ersatz der Kosten für eine Beseitigung von kosmetischen Folgeschäden im Wege eines Leistungsantrags geltend machen können. Abgesehen davon sei das Landgericht über das von der Beklagten Beantragte hinaus gegangen, indem es eine Ersatzpflicht hinsichtlich sämtlicher materieller Schäden der Liposuktion tenoriert habe. 29

Das Landgericht habe über die vor der Liposuktion erfolgte Aufklärung Beweis erheben müssen. Das Amtsgericht habe unter dem 20.10.1999 beschlossen, über den Inhalt der Aufklärung Beweis zu erheben. Hieran sei das Landgericht nach der Verweisung des Rechtsstreits gebunden gewesen. Jedenfalls habe es, wenn es von der Erledigung des Beweisbeschlusses abgesehen habe, Gelegenheit zur Stellungnahme und Substantiierung geben und ein Absehen von der Erledigung im Urteil begründen müssen. Eine solche Begründung enthalte das angefochtene Urteil nicht. 30

Darüber hinaus habe das Landgericht übersehen, dass der Kläger nicht nur pauschal vorgetragen habe, die Beklagte mit der gebotenen Offenheit über die Erfolgsaussichten und Risiken aufgeklärt zu haben. Der Kläger habe mit Schriftsatz vom 20.2.2008 unter anderem dargelegt und unter Beweis gestellt, dass er die Beklagte besonders deutlich darauf hingewiesen habe, dass eine Bauchdeckenrekonstruktion im Zusammenhang mit der Fußoperation wegen erheblicher Risiken in einem Zeitabstand von ca. einer Woche nach ausgeführter Fußoperation nicht in Betracht komme und allenfalls – bei gutem Heilungsverlauf der Fußoperation – eine weniger risikoreiche Operationsform im Sinne einer 31

isolierten Fettabsaugung im Bauchbereich möglich sei. Der Kläger habe die Beklagte auch umfänglich über die verschiedenen Operationstechniken zur gewünschten Fettabsaugung informiert und aufgeklärt. Dabei sei die Beklagte auch über eine Fettabsaugung mit Bauchdeckenstraffung informiert und aufgeklärt worden, welche allerdings einen erheblichen Eingriff bedeuten würde. Diese Operationstechnik hätte der Kläger wegen der Risiken eines solchen Eingriffes – zeitnah zu der erfolgten Fußoperation – bei der Beklagten selbst dann nicht angewandt, wenn die Beklagte dies ausdrücklich verlangt hätte.

Entsprechende Gespräche zwischen den Parteien habe es, nachdem die Beklagte sich nach der Fußoperation nach plastisch-chirurgischen Operationen im Haus des Klägers erkundigt habe, im Zuge der Visiten im Beisein der Stationshilfe J Xa und des Arztes Dr. H gegeben. Vor der Unterzeichnung der ärztlichen Vereinbarung vom 3.2.1998 sei in den Räumlichkeiten der N-Klinik sodann ein weiteres ausführliches Aufklärungsgespräch erfolgt, an welchem auch der Lebensgefährte der Beklagten L und die Ehefrau des Klägers C teilgenommen hätten.

Jedenfalls fehle es an einem Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, weil sich bei der Beklagten nur Risiken verwirklicht hätten, über die sie aufgeklärt worden sei.

Anders als es das Landgericht offenbar angenommen habe, sei der Sachverständige Prof. Dr. T nicht zu dem Ergebnis gekommen, dass bei der Beklagten eine Bauchdeckenstraffung mit Nabelneueinpflanzung vorzugswürdig gewesen sei.

Indem der Beklagte die Risiken der Operation mit nur 2 % angegeben habe, habe er weder das Misserfolgsrisiko verharmlost noch die Erfolgchancen der Operation unzutreffend angegeben. Der Sachverständige Prof. Dr. T habe ausgeführt, dass die Häufigkeit des Eintritts chirurgischer Komplikationen bei der Fettabsaugung in der Literatur in der Größenordnung von 2 % angegeben werde. Solche Zahlen seien Anfang 1998 in der damals allgemein gültigen Literatur nicht genannt worden. Die Angabe des Klägers in der handschriftlichen Vereinbarung vom 3.2.1998 habe auf eigenen Erfahrungen und auf Gesprächen mit plastisch-chirurgisch tätigen Kollegen basiert. Validierte Studien bezüglich des Risikos einer Liposuktion hätten Anfang 1998 noch nicht existiert.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.632,26 € (9.059,91 DM) nebst 4 % Zinsen aus 2.032,70 € (3.975,61 DM) seit dem 17.3.1998 zuzüglich außergerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 15,34 € (30 DM), 4 % Zinsen aus 1.828,62 € (3.576,47 DM) seit dem 8.8.1998 zuzüglich außergerichtlicher Mahnkosten von 5,11 € (10 DM) und 4 % Zinsen aus 770,99 € (1.507,93 DM) seit dem 10.9.1998 zu zahlen.

2. die Widerklage insgesamt abzuweisen,

hilfsweise unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

43

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Insbesondere bestreitet sie das Vorbringen des Klägers zur Eingriffs- und Risikoaufklärung. Soweit es um den Vorwurf von Behandlungsfehlern im Zusammenhang mit der Liposuktion gehe, habe die Beklagte die Richtigkeit der Ausführungen der von ihr beauftragten Privatgutachter Prof. Dr. P/Dr. S unter Beweis gestellt, indem sie deren Zeugenvernehmung beantragt habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 44

. 45

B. 46

Die Berufung ist nur zu einem geringen Teil begründet. 47

Lediglich soweit das Landgericht auf die Widerklage die Verpflichtung des Klägers zum Schadensersatz festgestellt hat, war der Tenor wegen Verstoßes gegen § 308 ZPO abzuändern und auf das von der Beklagten Beantragte zu begrenzen. Der mit der Klage noch geltend gemachte Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 9.059,91 DM ist dagegen durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen. Auch stehen der Beklagten gegen den Kläger der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Rückzahlung von 940,09 DM und das zugesprochene Schmerzensgeld von 4.000 DM zu. 48

I. Klage 49

1. Das Landgericht hat angenommen, dass dem Kläger aus der Rechnung vom 16.2.1999 für die Fußoperation sowie aus den Rechnungen vom 26.6.1998 und vom 22.7.1998, die teils die Nachbehandlung des Fußes und teils die durch die Liposuktion bedingte Nachbehandlung betreffen, unter Berücksichtigung der Zahlung von 3.297,59 DM eine Forderung in Höhe von 9.059,91 DM zusteht. 50

Hieran ist der Senat gebunden. Legt gegen die Klageabweisung infolge Aufrechnung nur der Kläger ein Rechtsmittel ein, so ist im Rechtsmittelverfahren nur die Aufrechnungsforderung zu überprüfen, das (ursprüngliche) Bestehen der Grundforderung dagegen nicht (Zöller/Heßler, ZPO 27. Aufl. § 528 Rdn. 22 m.w.Nachw.). Eine Anschlussberufung hat die Beklagte nicht eingelegt. Auch wenn die Beklagte in der Berufungserwiderung pauschal auf ihre Einwendungen hinsichtlich der Fußoperation verweist (Bl. 1161 d.A.), lässt sich ihre Berufungserwiderung – was grundsätzlich möglich wäre – nicht als Anschlussberufung auslegen. Insbesondere hätte die Beklagte, wenn sie sich gegen die Beschwer, die in dem weitgehenden Verlust des Anspruchs auf Rückzahlung des Honorars von 10.000 DM infolge des Bestehens der Hauptforderung liegt, hätte wenden wollen, zugleich den im Wege der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Honorars (2.200 DM) weiter verfolgen müssen. Einen entsprechenden Antrag enthält die Berufungserwiderung nicht. 51

2. Der Beklagten steht ein Anspruch auf Rückzahlung des für die Fußoperation geleisteten Honorars von 10.000 DM aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, mit dem die Beklagte gegenüber dem Anspruch des Klägers in Höhe von 9.059,91 DM wirksam aufgerechnet hat. 52

Die Vergütungsvereinbarung vom 3.2.1998 (Bl. 28 d.A.) ist gemäß § 125 BGB i.V.m. § 2 GOÄ unwirksam. Die Gebührenordnung für Ärzte ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch auf die Abrechnung medizinisch nicht indizierter kosmetischer 53

Operationen anzuwenden (BGH NJW 2006, 1879 ff.). Den Anforderungen an eine von der GOÄ abweichende Vereinbarung, die in § 2 GOÄ geregelt sind, genügt die Vereinbarung der Parteien vom 3.2.1998 nicht. Insbesondere fehlt die Feststellung, dass eine Erstattung der Vergütung durch Erstattungsstellen möglicherweise nicht in vollem Umfang gewährleistet ist. Auch darf die Vereinbarung nach § 2 Abs. 2 Satz 3 GOÄ keine weiteren Erklärungen enthalten, was hier nicht der Fall ist. Das von den Parteien am 3.2.1998 unterzeichnete Schriftstück enthält eine Einwilligungserklärung der Beklagten und die Angabe von Operationsrisiken.

Der Kläger rügt zwar mit Recht, dass das Landgericht ihn vor Erlass des angefochtenen Urteils auf den zuvor in den Akten nicht angesprochenen Gesichtspunkt der Formunwirksamkeit der Honorarvereinbarung hätte hinweisen müssen (§ 139 ZPO). Das Urteil beruht aber nicht auf diesem Verfahrensfehler. 54

Der Kläger hätte, wie er in der Berufungsbegründung selbst erkennt, eine Abrechnung nach der GOÄ nachholen können und müssen, wodurch zugleich die Darlegung eines Rechtsgrundes für zumindest einen Teil der erlangten Vergütung erfolgt wäre. Dies ist nicht geschehen. Konkreter Vortrag zum Rechtsgrund obliegt dem Kläger nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast auch als Bereicherungsschuldner, zumal der Kläger als seinerzeit behandelnder Arzt insoweit sachkundig ist. Eine entsprechende Abrechnung hat der Kläger bisher nicht vorgenommen. Dass die GOÄ für eine Liposuktion keinen Gebührentatbestand enthält, entlastet den Kläger nicht. Selbstständige ärztliche Leistungen, die in das Gebührenverzeichnis nicht aufgenommen sind, können gemäß § 5 Abs. 2 GOÄ entsprechend einer nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertigen Leistung des Gebührenverzeichnisses berechnet werden. 55

Da die fehlende Abrechnung nach der GOÄ nicht nur dazu führt, dass die Honorarforderung nicht fällig ist, sondern dass ein Rechtsgrund für die Vergütung nicht nach Grund und Höhe dargetan ist, kann die Beklagte das Honorar insgesamt zurückverlangen. Der von dem Kläger in der Berufungsbegründung angeführte Fall der Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit, bei dem eine Rückforderung ausgeschlossen ist (§ 813 Abs. 2 BGB), liegt nicht vor. 56

II. Widerklage 57

1. Der von der Beklagten gestellte Feststellungsantrag ist entgegen der Auffassung des Klägers zulässig. Der Feststellungstenor des landgerichtlichen Urteils verstößt allerdings gegen § 308 ZPO. 58

a) Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 ZPO ist nicht deshalb zu verneinen, weil es der Beklagten möglich wäre, die zur Beseitigung der kosmetischen Folgeschäden der Fettabsaugung erforderlichen Kosten zu beziffern und im Wege der Leistungsklage vorzugehen. Eine Korrekturoperation ist bisher unstreitig nicht durchgeführt worden, so dass der Beklagten die entstehenden Kosten zum einen nicht genau bekannt sind. Die vor allem im Hinblick auf den Streitwert erfolgte Angabe von 25.000 DM ist eine auf dem Gutachten von Prof. Dr. P/Dr. S vom 22.11.2000 (Bl. 451 ff. d.A.) beruhende Schätzung. Zum anderen können die zur Beseitigung eines Personenschadens erforderlichen Behandlungskosten aus Rechtsgründen nicht fiktiv abgerechnet werden, weil der Geschädigte andernfalls entgegen der Wertung des § 253 BGB aus ideellen Schäden ein finanzielles Geschäft machen könnte. 59

b) Der Kläger rügt mit Recht, dass die vom Landgericht tenorierte Verpflichtung des Klägers, der Beklagten sämtliche aus der Liposuktion entstandenen und entstehenden materiellen Schäden zu ersetzen, unter Verstoß gegen § 308 ZPO über das hinaus gegangen ist, was 60

die die Beklagte beantragt hat, nämlich den Ersatz der mit der Beseitigung der kosmetischen Folgeschäden der Liposuktion verbundenen Kosten. Auch wenn sich die unterschiedliche Fassung von Tenor und Antrag bei einer künftigen Schadensregulierung kaum ausgewirkt hätte, sind Schadenspositionen denkbar, die vom erstinstanzlichen Tenor, nicht aber vom Feststellungsantrag der Beklagten umfasst sind. Beispielsweise hat die Beklagte durch die Liposuktion und deren Nachbehandlung, indem sich ein am 27.5.1998 operiertes Hämatom im Bauchbereich entwickelte, eine aus medizinischen Gründen zu behandelnde Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten, wodurch es zu materiellen Schäden – etwa eigenen Fahrtkosten oder ersatzfähigen Fahrtkosten von Angehörigen oder auch etwa Kosten für eine psychische Folgeerkrankung – gekommen sein kann. Diese wären nach dem erstinstanzlichen Urteilstenor, nicht aber nach dem Antrag der Beklagten vom Kläger zu erstatten.

Der Verstoß gegen § 308 ZPO ist nicht dadurch geheilt worden, dass die Beklagte sich die gegen § 308 ZPO verstoßende Entscheidung im Berufungsverfahren zu eigen gemacht und ihre Widerklage im Wege einer unselbständigen Anschlussberufung entsprechend erweitert hätte. Eine entsprechende Auslegung des Vorbringens der Beklagten kommt nicht in Betracht, erst recht nicht, nachdem sie in der Berufungserwiderung ausdrücklich die Auffassung vertreten hat, dass die im landgerichtlichen Urteil ausgesprochene Feststellung enger, nicht aber weiter gefasst sei als der von ihr gestellte Feststellungsantrag. 61

2. In der Sache stehen der Beklagten gegen den Kläger die mit der Widerklage noch geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung von 940,09 DM sowie auf ein Schmerzensgeld und Ersatz bestimmter materieller Schäden wegen der Liposuktion zu. 62

a) Die Leistung des durch die Aufrechnung nicht verbrauchten Teils des Anspruchs auf Rückzahlung des Honorars (940,09 DM) schuldet der Kläger nach den vorstehenden Ausführungen aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. 63

b) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Eingriffs- und Risikoaufklärung vor der Fettabsaugung vom 11.2.1998 selbst nach dem Vorbringen des Klägers mangelhaft war. Einer Beweisaufnahme zum Inhalt des oder der Aufklärungsgespräche und einer Vernehmung der in diesem Zusammenhang benannten Zeugen Xa, Dr. H, C sowie L bedurfte es daher nicht. 64

In verfahrensrechtlicher Hinsicht war das Landgericht entgegen der Auffassung des Klägers nicht an den Beweisbeschluss des Amtsgerichts vom 20.12.1999 (Bl. 318 d.A.) gebunden, welcher unter Ziffer II 10 das Beweisthema Aufklärung enthielt. Dies gilt schon deshalb, weil ein Beweisbeschluss selbst das Gericht, das ihn gefasst hat, nicht zur Beweiserhebung verpflichtet. Es kann nach Gewährung rechtlichen Gehörs von der Erledigung des Beweisbeschlusses ganz oder teilweise absehen (Zöller-Greger, ZPO 27. Aufl. § 360 Rdn. 1 m.w.Nachw.). Dass das Landgericht den Beweisbeschluss des Amtsgerichts in Bezug auf das Beweisthema Aufklärung nicht als maßgeblich angesehen hat, ergab sich für die Parteien aus dessen Beweisbeschluss vom 28.5.2003 (Bl. 722 d.A.), nach dessen Ziffer IV Beweisanordnungen zur Aufklärungsrüge vorbehalten blieben. 65

Für die Haftung des Klägers ist es in erster Linie maßgeblich, ob er über die aufklärungspflichtigen Risiken zutreffend aufgeklärt hat, die sich später verwirklicht haben – also in erster Linie dasjenige von Hautfaltenüberschüssen und einer Dellenbildung der Haut –, sowie über die Behandlungsalternativen im Rechtssinne, das heißt nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T über hautresezierende Verfahren wie eine untere Abdominalplastik oder eine klassische Abdominalplastik mit Nabelneueinpflanzung (vgl. Bl. 66

946 f. d.A.). Dass bei der Beklagten im Bereich der gesamten Bauchdecke Faltenaufwerfungen bestehen, haben nicht nur die von der Beklagten beauftragten Privatgutachter Prof. Dr. P/Dr. S, sondern auch der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. X aufgrund einer Untersuchung vom 1.9.2000 beschrieben (vgl. Bl. 390, 399 d.A.).

Soweit es um die Aufklärung über Behandlungsalternativen geht, ist dem Kläger zuzugeben, dass der in der Berufungsbegründung in Bezug genommene und ergänzte erstinstanzliche Vortrag ausreichend war (vgl. Bl. 159, 256, 533 ff., 983 ff. d.A.). 67

Über das Risiko von Hautfaltenüberschüssen und Dellenbildungen der Haut – das in der Vereinbarung vom 3.2.1998 (Bl. 28 d.A.) ausdrücklich erwähnt ist – hat der Kläger indessen nach seinem eigenen Vortrag nicht zutreffend aufgeklärt. Auf Nachfrage hat der Kläger im Jahr 1998 unstreitig erklärt, dass die Risiken bei 2 % lägen, und hat dies auf der Vereinbarung handschriftlich festgehalten. Wie der Sachverständige Prof. Dr. T erläutert hat, realisiert sich das Risiko ästhetischer Mängel in Form von Konturunregelmäßigkeiten, Dellen sowie Furchen- und Faltenbildung jedoch *wesentlich* häufiger (Bl. 945 d.A.). Der in der Berufungsbegründung erhobene Einwand des Klägers, dass entsprechende Zahlen in der im Jahr 1998 veröffentlichten Literatur nicht genannt worden seien und die Zahlenangabe auf der Erfahrung des Klägers und dem Gespräch mit Kollegen beruhe, greift nicht durch. Der Sachverständige ist in Übereinstimmung mit dem Kläger davon ausgegangen, dass es für das Risiko ästhetischer Mängel in der Literatur keine Zahlenangaben gebe (Bl. 945 d.A.). Wenn der Kläger das Risiko ästhetischer Mängel auf Bitte der Beklagten aufgrund eigener Erfahrung und den Erfahrungen von Kollegen quantifiziert, konnte die Beklagte als Patientin eine zumindest der Größenordnung nach richtige Angabe erwarten. Es lag auf der Hand, dass die Erfolgsaussichten und das in ästhetischer Hinsicht bestehende Misserfolgsrisiko für die Entscheidung der Beklagten, eine der Verbesserung ihres äußeren Erscheinungsbildes dienende Liposuktion durchführen zu lassen, von ausschlaggebender Bedeutung waren. 68

Entscheidend kommt hinzu, dass die Beklagte aufgrund des im Operationsbericht vom 11.2.1998 (Bl. 267 d.A.) genannten Befundes einer Fettgewebsschürze und ihres Alters von damals 54 Jahren nicht dem durchschnittlichen, sondern einem gesteigerten Risiko eines ästhetisch mangelhaften Operationsergebnisses ausgesetzt war. Der Sachverständige Prof. Dr. T hat ausgeführt, dass ein Alter von 54 Jahren eine günstige Hautqualität für eine Fettabsaugung nicht mehr erwarten lasse (Bl. 936 d.A.). Bei einer Fettschürze bestehe bei nicht ausreichender Retraktionsfähigkeit der Haut die Gefahr, durch den aushülsenden Effekt der Fettabsaugung schlaffe, unregelmäßige Hautfalten oder gar eine schlaffe, hängende Hautschürze als Resultat zu schaffen (Bl. 936, 946 d.A.). Dass der Kläger der Beklagten dieses besondere Misserfolgsrisiko verdeutlicht hätte, hat er nicht ansatzweise dargelegt. 69

Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Aufklärungsfehler und dem Schaden der Beklagten zu bejahen. Nach den vorstehenden Ausführungen hat sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht, über das – wenn es auch erwähnt worden sein mag (vgl. die Vereinbarung vom 3.2.1998) – nicht zutreffend aufgeklärt wurde. 70

Auf eine hypothetische Einwilligung der Beklagten hat sich der Kläger weder in erster noch in zweiter Instanz berufen, so dass es nicht darauf ankommt, dass der Einwand nur noch unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen gewesen wäre. 71

Wie der Kläger nicht in Zweifel zieht, ist das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld von 4.000 DM angemessen, um die immateriellen Beeinträchtigungen der Beklagten auszugleichen. 72

III. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 73
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die der Senat zugrunde gelegt hat, geklärt oder solche des Einzelfalls.

Der Berufungsstreitwert beträgt 14.549,24 €. Neben den bezifferten Beträgen von 4.632,26 € 74
(9.059,51 DM) und 2.525,83 € (4.940,09 DM) sind für den Feststellungsausspruch, der Gegenstand des Berufungsverfahrens war, 7.391,15 € anzusetzen. Von den nach dem Gutachten von Prof. Dr. P/Dr. S für eine kosmetische Revisionsoperation anfallenden Kosten von voraussichtlich 25.000 DM (12.782,30 €) setzt der Senat, da die Durchführung der seit zehn Jahren unterlassenen Revisionsoperation im für die Festsetzung des Berufungsstreitwerts maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung im Berufungsverfahren (§ 40 GKG) nicht mehr überwiegend wahrscheinlich und das Interesse der Beklagten an der Feststellung dementsprechend geringer war, nicht wie das Landgericht 100 % oder wie sonst bei Feststellungsanträgen üblich 80 %, sondern lediglich 50 % an (6.391,15 €). Hinzu kommt ein gemäß § 3 ZPO auf 1.000 € geschätzter Betrag für die sonstigen materiellen Schäden, die der erstinstanzliche Feststellungstenor über das von der Beklagten Beantragte hinaus umfasst hat. Eine Werterhöhung nach § 45 Abs. 3 GKG findet im Berufungsverfahren nicht statt, weil in diesem anders als in erster Instanz die Aufrechnung nicht hilfsweise geltend gemacht worden ist.

Eine von Amts wegen mögliche Korrektur der erstinstanzlichen Festsetzung des Werts des 75
Feststellungsantrags (12.782,30 €) hält der Senat nicht für geboten. Für die erstinstanzliche Wertbestimmung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage (Februar 2001) maßgeblich, in dem eine Revisionsoperation noch konkret im Raum stand. Dies rechtfertigt den im Vergleich zum Berufungsverfahren höheren Ansatz, dem auch die Parteien nicht widersprochen haben.