

BGHZ: nein

a) Allgemeine Grundsätze für das Beweisverfahren im
Arztfehler-Prozeß.

b) Zur Pflicht des Arztes, vor einer Leistenbruch-Operation über die Gefahr der Hodenatrophie aufzuklären.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1980 - VI ZR 7/79 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 7/79

URTEIL

Verkündet am
24. Juni 1980
W a l z ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Benito L [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED], E [REDACTED]-B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Mohamed Waffaa C [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 13. Dezember 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 9. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der damals dreiunddreißigjährige, verheiratete Kläger, ein in der Bundesrepublik berufstätiger italienischer Staatsangehöriger, hatte im August 1974 Beschwerden im Leistungsbereich. Als Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung suchte er zunächst seinen Hausarzt Dr. Z. auf, der ihn an die chirurgische Abteilung der Evangel. Diakonissenanstalt K. überwies. Die Untersuchung ergab einen beiderseitigen Leistenbruch. Deshalb wurde der Kläger dort nach stationärer Aufnahme am 27. August 1974 von dem Beklagten nach der "Methode Bassini" operiert. Am 7. September 1974 wurde der Kläger in ambulante Behandlung seines Hausarztes entlassen.



Eine klinische Nachuntersuchung Anfang Oktober 1974 ergab eine deutliche Verkleinerung des rechten Hodens bei Schwellung und Hämatombildung im Bereich des linken. Der weitere Verlauf brachte eine beiderseitige Hodenatrophie mit Unfruchtbarkeit und Verlust der Beiwohnungsfähigkeit.

Der Kläger begehrt Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes. Er behauptet: Der Beklagte habe ihn über das mit dem Eingriff verbundene Risiko des Hodenverlustes nicht aufgeklärt. Außerdem habe er den Zwischenfall durch fehlerhaftes Vorgehen bei der Operation verursacht und auch eine ordnungsgemäße Nachbehandlung versäumt.

Das Landgericht hat dem Kläger ein Schmerzensgeld von 50.000 DM zugesprochen. Die Berufung des Beklagten führte zur Abweisung der Klage. Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des ersten Urteils.

Entscheidungsgründe

I

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Der Beklagte habe seine Aufklärungspflicht hinsichtlich des Risikos der Hodenatrophie nicht verletzt, obwohl nicht festgestellt werden könne, daß er den Kläger auf das Risiko, das sich dann verwirklicht hat, vorher hingewiesen habe. Eines Hinweises auf die Gefahr der Hodenatrophie habe es nämlich nicht bedurft. Es müsse nicht auf Gefahren

hingewiesen werden, die sich so selten verwirklichten, daß sie für den Entschluß eines verständigen Patienten keine Rolle spielten. "Ebenso" könne eine Aufklärung entbehrlich sein, wenn mögliche Nebenwirkungen so viel weniger gravierend seien als die Folgen des Unterbleibens der Behandlung, daß sie ein verständiger Patient demgegenüber nicht als bedeutsam ansehe. Angesichts der Beschwerden und Risiken des Leistenbruchs habe dies zugetroffen.

Mit einem weitergehenden Aufklärungswunsch des Klägers habe der Beklagte nicht rechnen müssen. Das ergebe sich daraus, daß jener zunächst sogar bestritten habe, überhaupt über das Vorliegen eines doppelten Leistenbruchs belehrt worden zu sein; er habe also an einer Aufklärung kein Interesse gehabt.

2. Auch einen für den Schaden ursächlichen Fehler des Beklagten bei der Operation oder der Nachbehandlung hat das Berufungsgericht nach Anhörung eines Sachverständigen verneint. Insbesondere lasse die Tatsache der Hodenatrophie nicht auf einen Behandlungsfehler schließen.

II

Mit dieser Begründung kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben.

1. Schon soweit das Berufungsgericht einen schuldhaften Behandlungsfehler des Beklagten als Ursache des Operationszwischenfalls verneint, hält die Entscheidung den Verfahrensrügen der Revision nicht stand. Diese rügt nämlich

insgesamt zurecht, daß das Beweisverfahren des Berufungsgerichts, bei dem die Entscheidung des Rechtsstreits im wesentlichen auf sachverständige Beratung angewiesen war, die in solchen Fällen nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats in besonderem Maße erforderliche kritische Sorgfalt vermissen läßt.

a) Das kommt schon dadurch zum Ausdruck, daß das gesamte Beweisverfahren dem Einzelrichter überlassen war, während der vollbesetzte Senat den Sachverständigen nicht gesehen hat. Der darin liegende Verstoß gegen § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO könnte mangels einer speziellen Verfahrensrüge (vgl. § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO) auf sich beruhen, ist aber ein erstes Anzeichen dafür, daß das Berufungsgericht allgemein der besonders schwierigen und verantwortungsvollen richterlichen Aufgabe der Tatsachenfeststellung im Arztfehlerprozeß nicht die gebührende Bedeutung beigemessen haben dürfte.

Im Streitfall sind überdies besondere Ansatzpunkte für die gesteigerte Aufmerksamkeit vorhanden, zu der der Richter hier mehr als im durchschnittlichen Parteiprozeß aufgerufen ist (zuletzt Senatsurteil vom 15. Mai 1979 - VI ZR 70/77 - NJW 1979, 1933, 1934 = VersR 1979, 720, 721; vgl. auch BVerfG NJW 1979, 1925). So wird schon in dem Arztbrief des Andrologen Prof. Dr. K. (Bl. I 31) ein Behandlungsfehler als Ursache des Zwischenfalls keineswegs ausgeschlossen. Der Verfasser bemerkt lediglich, daß er dazu "natürlich" nicht dem Kläger gegenüber, sondern "höchstens" auf Anforderung des Gerichts Stellung nehmen könne. Der Chefarzt Dr. Kü. bezeichnet in seinem Hausarztbrief die Atrophie als "erstaunlich", offenbar im

Hinblick auf die gegeben gewesene Operationslage. Schließlich hat der Gerichtsgutachter Prof. J. in dem von ihm zunächst erstatteten schriftlichen Gutachten die Beweisfrage nach einem ursächlichen "Kunstfehler" einfach ausgelassen. Erst auf Anmahnung brachte er eine ergänzende Äußerung, die sich indes in vermeintlich rechtlichen Erörterungen erschöpfte und deren Wertlosigkeit als sachverständige Aussage einem qualifizierten Gutachter selbst kaum entgehen konnte.

b) Wenn diese Vorgeschichte dem Einzelrichter noch keinen Anlaß gegeben hatte, in die - im späteren Urteil des Berufungsgerichts allzu knapp bejahte - Objektivität des Gutachters nachhaltige Zweifel zu setzen, dann erforderte es doch das Gebot der "Waffengleichheit der Parteien", dem der Richter im Arzthaftungsprozeß in besonderem Maße verpflichtet ist, den Sachverständigen im Zuge der ihm gleichwohl anvertrauten mündlichen Bekundungen zu Erläuterungen zu veranlassen, die seine sachkundige Meinungsbildung auch für einen aufgeschlossenen Nichtmediziner in möglichst weitem Umfang logisch überprüfbar und nachvollziehbar machten. Der Revision ist zuzugeben, daß der Vorderrichter, der in wenigen Zeilen die Verneinung eines Behandlungsfehlers durch den Sachverständigen übernimmt, dieser Kontrollpflicht zumindest in wesentlichen Punkten nicht in der erforderlichen Weise nachgekommen ist. Dabei kann es hier nur auf das Herausgreifen beispielhafter Aussagen ankommen, während es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein kann, im einzelnen darzulegen, wie eine korrekte und hinreichend kritische Vernehmung des Sachverständigen insgesamt zu gestalten gewesen wäre.

aa) Die logisch im Ausgangspunkt stehende Frage, ob nämlich eine Ursächlichkeit der Operation für die Atrophie feststellbar sei, hat der Gutachter, als sie ihm schließlich vorgelegt wurde, mit der Begründung verneint, daß man aus dem zeitlichen Zusammenhang darauf "nicht unbedingt wissenschaftlich schließen könne". Mit dieser Antwort hat sich der Einzelrichter ohne eine Ergänzungsfrage begnügt, obwohl sich bei ihr der Verdacht geradezu aufdrängt, daß der Gutachter hier auf ein rein theoretisches, praktisch als Möglichkeit zu vernachlässigendes zeitliches Zusammentreffen abstellt, was forensisch außer Betracht bleiben müßte. Anders wäre es gewesen, wenn etwa nicht nur die Operation, sondern auch schon Leistenbrüche der Art, wie sie beim Kläger vorgelegen hatten, für sich allein zu dieser Folge hätten führen können. Ohne daß der Sachverständige aber, etwa auf Fragen, seine Beurteilung dieses Punktes in solcher Weise erläuterte, war seine Stellungnahme nicht verwertbar, wenn das Berufungsgericht auf sie Wert legte und nicht die Kausalität gleichwohl bejahte, was aus seinen Ausführungen nicht sicher zu entnehmen ist.

bb) Daß die Durchtrennung beider Samenstränge bei einer normalen Operation (die vorlag) ein Kunstfehler sei, hat der Sachverständige eingeräumt. Die anschließende Formulierung, daß man sie "im Falle des Klägers möglicherweise dann als Kunstfehler ansehen dürfte", hätte aber wiederum erhebliche Bedenken gegen seinen Willen und seine Fähigkeit zur absoluten Objektivität, wie sie von einem gerichtlichen Sachverständigen zu fordern ist, auslösen müssen.

cc) Diese Bedenken hätten das Gericht veranlassen müssen, die anschließende, für einen Nichtmediziner jedenfalls erstaunliche Äußerung nicht ohne die Bitte um Erläuterung hinzunehmen:

"Erfahrungsgemäß ist es auch so, daß nicht einmal das Durchtrennen des Samenstranges, wie ich in meinem Gutachten auch ausgeführt habe, zwar unbedingt zu einer Hodenatrophie führen muß, sondern nur in einem geringen Prozentsatz zur Hodenatrophie führt, denn das Durchtrennen des Samenstranges ist ein häufig geübtes Verfahren, eine männliche Sterilität zu erreichen, führt aber nur in wenigen Fällen dann auch zur Hodenatrophie."

Der Samenstrang (funiculus spermaticus) enthält, worüber sich auch der Nichtmediziner unschwer zu orientieren vermag, neben dem Samenleiter (ductus deferens), dessen Durchtrennung zwecks Sterilisation allgemein bekannt ist, fast alle den Hoden versorgenden Nerven und Gefäße. Daß ihre Durchtrennung ein gängiges Mittel zur Sterilisation (nicht Kastration) des Mannes sei, hätte deshalb der vom Richter zu erfragenden Erläuterung bedurft, etwa dahin, daß es genügend Kollateralen (welche?) gebe, die im Regelfall die Lebensfähigkeit des Hodens und damit seine innersekretorischen Funktionen weiterhin gewährleisten. Hätte der Sachverständige auf diese naheliegende und unerläßliche richterliche Ergänzungsfrage keine befriedigende Erläuterung zu geben oder diese nicht aus der wissenschaftlichen Literatur zu belegen vermocht, dann wäre es kaum mehr vertretbar gewesen, seiner Objektivität oder seiner Sachkunde zu vertrauen. Denn daß die Richter des Berufungsgerichts etwa infolge überdurchschnittlicher eigener Sachkunde sich selbst einer solchen Erklärung bewußt gewesen wären, ist nicht ersichtlich, und hätte gegebenenfalls auch eines Ausweises im Urteil bedurft.

Selbst die etwaige Erwägung, daß sich der Sachverständige insoweit nur im Ausdruck vergriffen und statt vom Samenstrang vom Samenleiter gesprochen haben könnte, konnte das Gericht nicht von der Pflicht zu einer Klärung entbinden. Denn gerade auf die Durchtrennung der Samenstränge, deren Schädigung wohl die naheliegendste Ursache für die Atrophie sein dürfte, war der Sachverständige angesprochen worden. Mit einer Äußerung über die Wirkung der Durchtrennung der Samenleiter war die Frage, wenn nicht "überspielt", so doch mindestens nicht beantwortet.

c) Schon diese Beispiele zwingen zu der Feststellung, daß das Beweisverfahren des Berufungsgerichts den besonderen Anforderungen nicht entspricht, die gerade im Arztprozeß gestellt werden müssen und die erfahrungsgemäß am besten durch im Rahmen der Geschäftsverteilung ständig mit Arzthaftungssachen betraute Richter erfüllt werden können. Das Berufungsurteil muß daher, soweit es einen Behandlungsfehler verneint, aufgehoben werden. Ein Arztfehler als Schadensursache ist derzeit jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Berufungsgericht auch anhand rechtsmedizinischer Lehrbücher meint, daß der eingetretene Zwischenfall als solcher noch nicht zur Annahme eines Behandlungsfehlers zwingt. Dürfte sich das Gericht bei einem klagabweisenden Urteil mit einer derartigen Feststellung begnügen, dann würde die (an sich schon ungünstige) Beweislage des Patienten dem Arzt gegenüber bis zur Aussichtslosigkeit verschlechtert. Denn es gibt zahllose Zwischenfälle, welche zumeist auf unzulänglicher ärztlicher Leistung beruhen, unter besonderen Umständen aber auch schicksalhaft eintreten können. Deshalb muß sich der Richter in Zusammenarbeit mit dem Sachverständigen inner-

halb des für einen Nichtmediziner Möglichen selbst ein Bild davon machen, wie es im einzelnen zu dem Zwischenfall kommen kann. Das trifft gerade auch auf die Leistenbruchoperation zu, deren "auffallend häufige Komplikationen vermeidbar sein sollten" (Carstensen auf dem 97. Kongreß der Deutschen Chirurgengesellschaft in München, zitiert nach dem Bericht in "selecta" 1980, 2638, 2639). Hier aber erfährt man aus den Akten kaum, welche Ursachen außer der ggf. doch wohl auf einen Kunstfehler hinweisenden Durchtrennung der Samenstränge eine postoperative Hodenatrophie haben kann. Auch über den Operationsverlauf (den Operationsbericht hat sich der Tatrichter nicht vorlegen lassen) wird nur bekannt, daß nach der "Methode Bassini", der meistangewandten, vorgegangen worden sei. Für die Annahme indes, daß diese Methode Fehler des Arztes ausschließe, ist nichts ersichtlich. Deshalb durfte sich das Gericht nicht mit der Bekundung des Sachverständigen begnügen, die im Grunde darauf hinausläuft, die Operation sei nach der Methode Bassini, "also richtig" erfolgt. Es fehlen schon durchweg Feststellungen darüber, worin sich diese Methode von anderen unterscheidet, was bei ihr falsch gemacht werden kann, und inwieweit der Operationsbericht in seiner Kürze über wesentliche Umstände Aufschluß gibt.

d) Keine Feststellungen trifft das Berufungsgericht auch über die streitige Frage, ob nach der Operation Fehler unterlaufen sind (bei denen allerdings festgestellt werden müßte, ob sie gegebenenfalls gerade dem Beklagten als dem Operateur zur Last fallen). Hier fragt sich zunächst, ob das vom Kläger behauptete alsbaldige Auftreten heftiger Schmerzen besondere Maßnahmen hätte auslösen müssen. Wenn der Sachverständige sich hier im wesentlichen auf die sub-

jektiven Faktoren der Schmerzempfindung zurückzieht (ohne daß ihm allerdings vom Gericht Tatsachen über Art und Zeitpunkt oder angeblichen Schmerzáußerungen des Klägers überhaupt anhand gegeben worden wären), dann kann auch hier das Verfahren des Tatrichters nicht befriedigen. Schließlich erfüllt der Sachverständige seine Aufgabe nicht, wenn er - insoweit offensichtlich eine Stellungnahme der behandelnden Ärzte zitierend - nur berichtet, daß bei der Wiedereinlieferung des Klägers, nachdem Hodenveränderungen manifest geworden waren, eine chirurgische Revision "nicht indiziert schien". Gerade hier wäre das eigene Urteil des Gutachters zu erfragen gewesen. Daß dieser aus einleuchtenden Gründen nach Eintritt des kastrationsähnlichen Endstadiums eine Wiedereröffnung des Operationsbereichs bloß zu Beweis Zwecken nicht für gerechtfertigt hält, hat mit der ersten Frage nichts zu tun.

e) Schließlich wird das Berufungsgericht bei der anderweiten Verhandlung nicht umhin können, über die allgemeine und spezielle chirurgische Erfahrung des Beklagten Feststellungen zu treffen. Dieser hat darüber zwar wiederholt (zuletzt bei seiner Anhörung in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht) konkrete Angaben gemacht, die allerdings nicht widerspruchsfrei sind, und auch nicht erkennen lassen, inwieweit sie sich auf seine chirurgische Erfahrung insgesamt oder aber bis zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Zwischenfalls beziehen. Vor allem aber hat der Kläger diesen Vortrag, für den der Beklagte beweispflichtig ist, von Anfang an bestritten, und es ist nicht erkennbar, daß er insoweit später seine Einlassung geändert hätte.

Ohne die (hier nur stichwortartig umrissene) Erweiterung seiner tatsächlichen Feststellungen wird das Berufungsgericht nicht zu entscheiden vermögen, ob sich der Kläger mit den bekannten allgemeinen Beweisschwierigkeiten dem Arzt gegenüber bescheiden muß, die ihre Rechtfertigung darin finden, daß auch das Zwischenfallrisiko des Eingriffs seine Wurzeln in seiner Krankheit hatte, oder ob ihm ausnahmsweise Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen des ersten Anscheins oder im Anschluß an festgestelltes fehlsames Verhalten des Arztes (dazu würde auch das Unternehmen einer Operation ohne angemessene Ausbildung und Übung gehören) zugutekommen können. In diesem Zusammenhang wird auch der Umstand, daß sich hier der Zwischenfall sogar beidseitig ereignet hat, was selten ist, auf seine indizielle Bedeutung zu prüfen sein.

2. Auch soweit das Berufungsgericht eine Aufklärungspflicht bezüglich der Gefahr einer Hodenatrophie überhaupt verneinen will, halten seine Ausführungen dem Revisionsangriff nicht stand. Insofern ist jedenfalls für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß der Beklagte dem Kläger eine entsprechende Aufklärung nicht erteilt hat, weil das Berufungsgericht jenem seine dahingehende Behauptung nicht glaubt.

a) Schon auf eine Uninteressiertheit des Klägers an der Art des Eingriffs konnte das Berufungsgericht kaum aus dem Umstand schließen, daß er sich anfangs an eine Aufklärung hierüber (doppelte Leistenbruchoperation) nicht mehr erinnern konnte und diese erst später eingeräumt hat. Jedenfalls erlaubt dies nicht den Schluß, daß er auch an der Aufklärung über ein spezifisches Risiko des Eingriffs, von dem er eben durch die geschuldete Aufklärung erst hätte erfahren sollen, nicht interessiert gewesen sei.

b) Im übrigen erscheint schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts bedenklich, wenn es meint, daß angesichts der seltenen Verwirklichung des Risikos und der Wichtigkeit des Eingriffs von einem verständigen Patienten eine Entscheidung gegen die Operation nicht habe gewärtigt werden müssen. Das läßt nicht sicher erkennen, ob das Berufungsgericht sich bewußt gewesen ist, daß die unbedingt zu wahrende Entscheidungsfreiheit des Patienten auch das Recht zu einer Entscheidung umfaßt, die aus der Sicht des Arztes unvernünftig scheint. Das bedeutet, wie der Senat erst unlängst ausgesprochen hat (Urt. v. 22. Januar 1980 - VI ZR 263/78 - VersR 1980, 428), zunächst, daß die objektive Gebotenheit des Eingriffs nicht etwa schon die Feststellung erlaubt, der Patient würde sich auch bei ordnungsmäßiger Aufklärung zur Einwilligung entschlossen haben; denn damit würde die Entscheidungsfreiheit des Patienten unterlaufen.

Sie würde aber auch dann unterlaufen, wenn man bei der Prüfung der Frage, ob der Arzt mit einem Aufklärungswunsch überhaupt rechnen mußte (vgl. BGHZ 29, 46, 60 und 29, 176, 179; Senatsurteil vom 16. Oktober 1962 - VI ZR 198/61 - VersR 1963, 232 = NJW 1963, 393, 394 m.w.Nachw.) allzusehr auf eine vom Arzt selbst objektiv für richtig gehaltene Abwägung abstellen wollte, wie dies das Berufungsgericht hier tun will. Denn dies würde im Ergebnis doch wieder dem Arzt erlauben, seine Ansicht an die Stelle der des Patienten zu setzen. Jedenfalls kann dem Berufungsgericht im Sinne der entscheidenden Frage, ob der Beklagte mit der Ablehnung des Eingriffs durch den Kläger aus Furcht vor dem später verwirklichten Risiko vernünftigerweise hier gar nicht habe rechnen müssen, nicht gefolgt werden.

Der Eingriff stand nicht etwa unter Zeitdruck; auch war er nach eigener Einräumung des Beklagten nicht absolut unerläßlich.

Auf der anderen Seite war der drohende Hodenverlust (worauf die Atrophie im Falle des Klägers hinauslief) eine sehr schwerwiegende Folge. Das gilt entgegen der Meinung des Sachverständigen, dem das Berufungsgericht darin wohl folgen will, schon für den Verlust eines einzigen Hodens. Auch über diese Gefahr muß zweifelsfrei aufgeklärt werden, wenn sie nicht statistisch ganz unerheblich ist, und zwar schon deshalb, weil der Verlust eines von paarigen Organen den Verlust auch des anderen zu einer ständigen schweren Bedrohung macht (vgl. etwa den vom OLG Celle NJW 1979, 1251 entschiedenen Fall). Wenn indessen das Berufungsgericht von dem Sachverständigen übernehmen will, daß das eingegangene Risiko sich in "weit weniger als 1% der Fälle" verwirkliche, dann schließt das zunächst (entgegen der Meinung des dafür nicht zuständigen Gutachters) eine Aufklärungspflichtigkeit nicht grundsätzlich aus. Vor allem aber erscheint das Häufigkeitsurteil mit den von ihm angeführten Literaturstellen höchstens noch vereinbar, wenn man es nur auf den Fall der beiderseitigen Hodenatrophie bezieht. Das Berufungsgericht hat versäumt, dazu im einzelnen kritisch Stellung zu nehmen und ist nur in wenig genauer Weise der abschließenden Beurteilung durch den Sachverständigen gefolgt. Deshalb kann ihm derzeit nicht in seiner Meinung gefolgt werden, daß der Beklagte mit einer Weigerung des Klägers, sich einer Operation zu unterziehen, schlechterdings nicht habe rechnen müssen.

Vor allem aber hat das Berufungsgericht nicht bedacht, daß die Verweigerung einer Operation überhaupt für den Kläger nicht die einzige Alternative gewesen wäre. Gerade ein verständiger Patient wird, wenn es bei einer Operation ein seltenes, aber schwerwiegendes Risiko in Kauf zu nehmen gilt, Wert darauf legen, daß dieses Risiko durch optimale Operationsbedingungen möglichst klein gehalten wird. So liegt es in diesem Falle nicht fern, sich möglichst einem für gerade diesen Eingriff besonders qualifizierten Chirurgen anzuvertrauen, aber nicht der eigenverantwortlich (d.h. wohl ohne auch nur die Anwesenheit eines Fachchirurgen) durchgeführten Operation durch einen als Chirurg noch nicht qualifizierten Assistenzarzt, wie dies der Beklagte damals war. Ob einem Patienten, der sich gerade einer chirurgischen Klinik anvertraut hat, derlei überhaupt ohne Hinweis zugemutet werden darf, mag in diesem Zusammenhang dahinstehen. (Dafür, daß gerade bei der Leistenbruchoperation die Zwischenfallshäufigkeit durch Unerfahrenheit und unzulängliches Können des Operateurs sehr erhöht werden kann, vgl. Carstensen aaO).

Es liegt deshalb mindestens nicht ganz fern, daß ein qualifizierter Operateur den verhängnisvollen Zwischenfall beim Kläger vermieden hätte; das muß für die auf versäumter Aufklärung beruhende Haftung genügen. Es ändert auch nichts, daß der Beklagte nicht allzulange Zeit später durch Vollendung der vorgeschriebenen Ausbildungszeit die Qualifikation als Fachchirurg erlangt hat (von ihr allerdings inzwischen als niedergelassener Allgemeinarzt keinen Gebrauch mehr machen dürfte).

Nach allem hätte der Beklagte hier nicht darauf verzichten dürfen, den Kläger über ein Risiko des nicht dring-

lichen oder vital indizierten Eingriffs aufzuklären, das zwar einer nur mäßig hohen Zwischenfallsdichte entspricht, aber als aus ärztlicher Sicht gerade für diesen Eingriff typisch, andererseits für den Patienten nicht schon aus dessen Natur und allgemeinem Schweregrad abzulesen ist (vgl. dazu das Senatsurteil vom 22. April 1980 - VI ZR 37/79 - demnächst abgedruckt in VersR 1980).

III

Nach alledem wird das Berufungsgericht den Klageanspruch sowohl unter dem Gesichtspunkt eines Fehlers bei der Operation wie unter dem der verletzten Aufklärungspflicht erneut zu prüfen haben.

Bei der Zurückverweisung macht der Senat von der durch § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO gebotenen Möglichkeit Gebrauch.

Dr. Weber

Dunz

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Deinhardt