

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Wilhelm S*****, vertreten durch Dr. Frank Kalmann und Dr. Karlheinz De Cilliá, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wider die beklagte Partei L*****, vertreten durch Dr. Ernst Maiditsch M.B.L.-HSG, Rechtsanwalts-GmbH in Klagenfurt, wegen 7.267,28 EUR sA und Feststellung (Steitwert 3.633,64 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 11. Februar 2003, GZ 5 R 204/02-37, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teilzwischenurteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 5. Oktober 2002, GZ 25 Cg 179/01i-27, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Der am 28. Mai 1931 geborene Kläger leidet unter einer komplexen Erscheinung bei konsekutiv fortschreitenden Ulnarisparesie im Bereich der oberen Extremitäten. Er suchte am 20. August 1998 wegen Schmerzen an der rechten Hand (rechter Hypothenarbereich) den Facharzt Dr. K***** (im Folgenden nur Facharzt) in dessen Ordination auf, weil er zu diesem aufgrund einer 1993/1994 im Landeskrankenhaus Klagenfurt erfolgreich durchgeführten Operation einer Dupuytren'schen Kontraktur Vertrauen hatte. Der Facharzt diagnostizierte an der rechten Hand des Klägers wiederum dieselbe Erkrankung und empfahl ihm die Operation. Nachdem der Kläger zugestimmt hatte, erklärte ihm der Facharzt, er könne für ihn einen Operationstermin im Landeskrankenhaus W***** (im Folgenden nur LKH) vereinbaren. Daraufhin rief er in Gegenwart des Klägers in der Ambulanz bzw im Sekretariat der unfallchirurgischen Abteilung des LKH an, um nachzufragen, ob für den 8. oder 9. September 1998 ein Bett frei sei. Sodann vereinbarte er mit dem Sekretariat für den 9. September 1998 die Operation und ging davon aus, dass der Operationstermin, wie sonst üblich, im Terminbuch bzw. im Ordner mit den Aufnahmeblättern eingetragen werde. Der Facharzt notierte sich den Termin auch in seinem Buch, erklärte dem Kläger, dass die Operation für den 9. September 1998 fixiert sei und er am Vortag das LKH aufsuchen solle und stellte ihm einen Überweisungsschein für allgemeine

Fachärzte aus, gerichtet an die Abteilung für Unfallchirurgie des LKH, mit folgendem Inhalt: "Operative Sanierung erbeten Mb. Dupuytren DigV man dext mit Dysästh. Stationäre Aufnahme am: 080998 08Uhr nüchtern K***** ipse".

Der Facharzt ist neben seiner Tätigkeit in seiner Privatordination seit 1994 Konsiliararzt am genannten LKH und Inhaber einer halben Facharztstelle an der dortigen unfallchirurgischen Abteilung. Er ist kein Belegarzt und hat keinen Vertrag mit der beklagten Krankenhausträger, wonach er auf eigene Rechnung im LKH Patienten operieren könne. Für gewöhnlich operiert er mittwochs im LKH. Wenn ihn Patienten in seiner Privatordination aufsuchen, ruft er - wenn eine Operation durchzuführen ist - üblicherweise im LKH in der Ambulanz der unfallchirurgischen Abteilung an und fragt für den Patienten an, ob ein Bett frei sei und zu welchem Termin. Dann vereinbart und fixiert er einen Termin, der bei der beklagten Partei im Terminbuch (einem Ordner, in welchem wochenweise die Aufnahmeblätter eingelegt werden) fixiert wird. Schließlich teilt er den Operationstag dem Patienten mit und stellt einen Einweisungsschein aus, auf dem er für gewöhnlich mit dem Vermerk "K***** ipse" dem LKH zur Organisationsplanung mitteilt, dass er die Operationen selbst vornimmt. Gewöhnlich macht er dies dann auch. Der Operationsplan wird üblicherweise einen Tag vor der Operation vom Primarius erstellt und meist auch an den Facharzt per Fax in dessen Privatordination übermittelt. Dieser wird von der beklagten Partei im Rahmen der halben Facharztplanstelle vom Land Kärnten bezahlt, er erhält für die durchgeführten Operationen kein eigenes Honorar oder Sonderhonorar. Sofern nicht noch weitere Untersuchungen erforderlich sind, die eine sofortige Operation unmöglich machen, oder er nicht aus sonstigen Gründen verhindert ist,

nimmt er die Operation üblicherweise auch persönlich vor. Er operiert im überwiegenden Ausmaß im LKH Patienten, die von ihm selbst eingewiesen wurden, und nur selten Patienten, die von anderen Ärzten eingewiesen wurden. Die Abrechnung der Operation erfolgt jeweils über die Krankenkasse.

Der Kläger suchte am 7. September 1998 die unfallchirurgische Abteilung des LKH auf, wobei er erwartet wurde. Er fragte im Zuge des Aufnahmegesprächs nicht nach, ob er vom Facharzt operiert werde, weil er sicher war, dass dies ohnehin der Fall sein werde. Ein schriftlicher Aufnahmevertrag wurde nicht abgeschlossen, das ist auch bei der beklagten Partei nicht üblich.

Der Kläger wurde im LKH untersucht, das Aufnahmegespräch mit ihm führte ein Turnusarzt durch. In diesem Krankenhaus ist es üblich, dass Aufklärungsgespräche in der Aufnahmeambulanz stattfinden, auch von einem Turnusarzt durchgeführt werden und ein diensthabender Facharzt in der Aufnahmeambulanz anwesend ist, der die erforderliche (weitere) Aufklärung geben kann, wenn der Patient mit der Aufklärung durch den Turnusarzt nicht zufrieden ist. Der Turnusarzt handigte dem Kläger einen Vordruck aus, den er unterfertigte. Über die ärztliche Aufklärung wurde ein Protokoll verfasst, das der Kläger und der Turnusarzt unterfertigten. Der Kläger wurde zwar vor der Operation über mögliche Wundheilungsstörungen und Infekte aufgeklärt, es wurde ihm aber nicht mitgeteilt, dass ihn nicht der Facharzt, sondern ein anderer Arzt operieren werde. Die Operation war nicht dringlich und hätte ohne weiteres verschoben werden können. Wenn dem Kläger bekannt gegeben worden wäre, dass ihn nicht der Facharzt operieren werde, hätte er das LKH verlassen und einen neuen Operationstermin vereinbart. Der Kläger wurde am

9. September 1998 in Vollnarkose von zwei Ärzten operiert (1. Operation), denen dabei kein Behandlungsfehler unterlief. Erst am Tag nach der 1. Operation teilte man dem Kläger mit, dass er nicht vom Facharzt operiert worden sei.

Durch Blutergüsse und eine Entzündung im Bereich der Operationswunde kam es postoperativ zu einer Funktionsschädigung, weil durch sich ausbildende Narbenstränge und Verwachsungen eine Beeinträchtigung der Nervenfunktion eintrat. Der Kläger wurde vom 24. Jänner bis 12. Februar 1999 in einer Privatklinik stationär aufgenommen und dort am 25. Jänner 1999 operiert (2. Operation), dabei erfolgte eine mikrochirurgische Dekompression und Neurolyse des Nervus medianus als auch des Nervus ulnaris. Die neurologischen Defizite nach der 1. Operation wurden nicht durch ein Operationstrauma, sondern durch die im Verlauf der postoperativ aufgetretene Komplikation einer Hämatombildung und eines Infekts im Bereich der Hohlhand mit konsekutiver Schwellung und Narbenbildung begründet. Dabei handelt es sich um schicksalshafte Verläufe. Durch die im Operationsgebiet vorhandenen deutlichen Verwachsungen und die damit verbundene Einengung der entsprechenden Nervenäste der Fingernerven kam es zu sensiblen Defiziten in den Fingerbereichen; durch die 2. Operation kam es zu einer Besserung des Beschwerdebilds.

Der Kläger beehrte vom Krankenhausträger die Zahlung von 100.000 S = 7.267,28 EUR sA (80.000 S Schmerzensgeld, 15.000 S für "Unkosten" und 5.000 S an Selbstbehalt für die 2. Operation) sowie die Feststellung, dass ihm die beklagte Partei für sämtliche zukünftigen Schäden aus der 1. Operation hafte.

Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, brachte der Kläger vor, dass die 1. Operation

ergebnislos geblieben sei, aber zu Lähmungserscheinungen im kleinen Finger und im Ringfinger sowie zu einem tauben Gefühl im Zeigefinger geführt habe. Die Hand sei stark angeschwollen. Es seien auch Spannungsschmerzen sowie Stechen und Kraftlosigkeit aufgetreten. Er leide nach wie vor an einem dumpfen Gefühl der gesamten Hand. Es liege das typische Vollbild einer Krallenhand sowie einer Ulnarislähmung vor. Die aufgrund der Fehlbehandlung erlittenen Schmerzen rechtfertigten das geltend gemachte Schmerzensgeld. Darüber hinaus sei er in Ansehung der Operation nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Obwohl mit dem Facharzt in dessen Ordination vereinbart worden sei, dass dieser ihn operieren werde, sei aufgrund eines Irrtums im LKH die Operation von einem anderen Arzt durchgeführt worden. Er selbst habe seine Einwilligung zur Operation nur unter der Voraussetzung gegeben, dass er vom Facharzt operiert werde. Denn dieser Arzt habe bereits eine erfolgreiche Operation an der anderen Hand durchgeführt. Somit hafte die beklagte Partei analog den Folgen einer mangelnden Aufklärung zur Gänze für die eingetretenen Schäden.

Die beklagte Partei wendete, soweit hier noch wesentlich, ein, der Kläger könne nicht dartun, was an der Aufklärung mangelhaft gewesen sein solle. Der Einwand der mangelnden Aufklärung sei bewusst wahrheitswidrig und rechtsmissbräuchlich. Es sei unrichtig, dass der Kläger nur unter der Voraussetzung, vom Facharzt operiert zu werden, in die Behandlung eingewilligt habe. Da der Kläger die Dienste eines öffentlich-rechtlichen Krankenhauses in Anspruch genommen habe, stehe ihm keine freie Arztwahl zu. Er habe mit dem Facharzt keinen gesonderten Behandlungsvertrag abgeschlossen und sei weder Privatpatient gewesen noch auf

Sonderklasse gelegen. Dem Kläger sei nicht einmal der Anscheinsbeweis gelungen, dass der Operationserfolg bei einer Operation durch den Facharzt ein anderer gewesen wäre. Das LKH sei kein "Belegspital". Das Vorbringen des Klägers, der Facharzt hätte unmissverständlich darauf hingewiesen, ihn selbst zu operieren, sei bereits durch seine eigene Aussage widerlegt. Es sei nur ein Termin vereinbart worden.

Das Erstgericht erkannte mit (Teil-)Zwischenurteil das Klagebegehren dem Grunde nach als zu Recht bestehend.

Ausgehend von den eingangs im Wesentlichen wiedergegebenen Feststellungen vertrat es die Auffassung, der Kläger sei bei Übergabe des Einweisungsscheins im LKH davon ausgegangen, ein Behandlungsvertrag werde nur unter der Bedingung geschlossen, dass die Operation durch den Facharzt vorgenommen werde. Die beklagte Partei habe aufgrund der im Überweisungsschein enthaltenen Formulierung gewusst, dass der Kläger von dieser Ansicht ausgegangen sei. Es sei auch üblich gewesen, dass die beklagte Partei in ihrem Betrieb Aufnahmeverträge abgeschlossen habe, in denen vereinbart worden sei, dass der Facharzt Operationen seiner zuvor bei ihm in der Privatpraxis erschienenen Privatpatienten vornehme. Damit habe die beklagte Partei akzeptiert, dass der Kläger eine Behandlung durch den Facharzt selbst vorgenommen haben wollte und habe somit diese Bedingungen angenommen. Der Vertrag sei daher unter dieser Bedingung geschlossen worden. Daran ändere nichts, dass kein Anspruch auf Behandlung durch einen bestimmten Arzt bestanden habe.

Die von einem anderen als dem vom Kläger gewünschten Arzt durchgeführte Operation sei daher ohne Einwilligung des Klägers erfolgt. Dieser sei nicht darüber

aufgeklärt worden, dass die Operation auch durch einen anderen Arzt vorgenommen werden könnte. Durch die mangelnde Aufklärung sei dem Kläger die Möglichkeit genommen worden, die nicht dringliche Operation nicht vornehmen zu lassen. Mangels rechtswirksamer Zustimmung des Klägers bestehe eine Schadenshaftung auch ohne Vorliegen eines Behandlungsfehlers dem Grunde nach zu Recht.

Das Berufungsgericht wies mit Teilurteil das Leistungsbegehren ab.

Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen als unbedenklich und verneinte in seiner rechtlichen Beurteilung das Vorliegen einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht über die Art und Schwere sowie die möglichen Gefahren und schädlichen Folgen einer Behandlung. Da die Aufklärung darüber, welcher Arzt eines öffentlich-rechtlichen Krankenhauses eine vorgesehene Operation vornehmen werde, von der bisherigen Rsp nicht als notwendig angesehen worden sei, habe der Kläger als Patient hierüber nicht von vornherein informiert werden müssen. Aus den Feststellungen sei noch nicht die vom Kläger gestellte Bedingung abzuleiten, er werde den Aufnahme- und Behandlungsvertrag mit dem LKH bzw. der beklagten Partei nur dann abschließen, wenn er tatsächlich vom Facharzt und keinem anderen Arzt operiert werde. Zwar werde ein Patient auch bei Inanspruchnahme eines öffentlich-rechtlichen Krankenhauses, selbst wenn man insoweit ein Recht auf freie Arztwahl verneine, weil dies dem Wesen einer derartigen Institution entsprechen würde, wohl das Recht haben, die Durchführung einer geplanten Operation durch einen dafür vorgesehenen Arzt abzulehnen. Er müsse aber von sich aus tätig werden und nach dem Namen des Operateurs fragen, um

dann seine Entscheidung zu treffen. Dass der Kläger dies nicht getan habe, weil er sicher gewesen sei, dass ihn ohnehin der Facharzt operieren werde, sei auf Umstände zurückzuführen, die nicht im Einflussbereich des LKH gelegen, sondern auf Verhaltensweisen des Facharztes zurückzuführen seien. Dieser habe aber entgegen auch der Auffassung des Klägers insoweit nicht als Konsiliararzt des LKH, sondern als Facharzt in seiner Privatordination gehandelt. Es wäre dessen Sache gewesen, den Kläger darüber aufzuklären, es könne aus im Vorhinein nicht absehbaren Gründen der Fall eintreten, dass er doch nicht selbst die Operation durchführen werde. Er habe weder als niedergelassener Facharzt noch als Angestellter des LKH dieses verpflichten können, ihn zum Operateur einzuteilen. Die Nichtbeachtung des über den Vermerk auf dem Überweisungsschein an das LKH bekundeten diesbezüglichen Wunsches könne daher einen Schadenersatzanspruch des Klägers für die *lege artis* durchgeführte Operation, über die er auch im erforderlichen Ausmaß aufgeklärt worden sei, nicht begründen.

Die von der zweiten Instanz - begründet mit dem Fehlen von Rsp zur Frage, ob bei einer in einem öffentlich-rechtlichen Krankenhaus vorgesehenen Operation generell Auskunft über den vorgesehenen Operateur zu erteilen sei oder jedenfalls bei Vorliegen gewisser Umstände - zugelassene Revision des Klägers ist iS ihres hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

a) Wie sich aus der Revisionschrift zweifelsfrei ergibt, stützt der Kläger seinen Anspruch in diesem Verfahrensstadium nicht mehr auf eine Fehlbehandlung oder

eine generelle Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, sondern nur mehr eine solche, die sich auf die Person seines Operateurs bezieht.

b) Zu Recht macht der Kläger geltend, er hätte unter den hier gegebenen Umständen darüber aufgeklärt werden müssen, dass nicht der ihn in das LKH einweisende Facharzt, sondern ein anderer Arzt die Operation vornehmen werde. Soweit ersichtlich, nahm der Oberste Gerichtshof noch nie zur Frage Stellung, ob Krankenhausträger bzw. deren Organe generell verpflichtet ist, Patienten über die Person eines einen Eingriff vornehmenden Arztes (allenfalls das Operationsteam) zu informieren. In dieser Allgemeinheit ist die Frage aber im vorliegenden Verfahren nicht zu beantworten. Aufgrund der besonderen Umstände der Einweisung des Klägers durch einen im LKH teilzeitbeschäftigten Facharzt ist sie jedoch unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen zu bejahen.

Grundlage für eine Haftung des Arztes oder des Krankenhausträgers wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht ist in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in dessen körperliche Integrität durch den ärztlichen Eingriff eingegriffen wird. Der Patient muss in die jeweilige konkrete Behandlungsmaßnahme einwilligen, Voraussetzung für eine sachgerechte Entscheidung des Patienten ist eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt. Fehlt es daran, so ist die Behandlung grundsätzlich rechtswidrig, auch wenn der Eingriff selbst medizinisch indiziert und *lege artis* durchgeführt worden ist. Als Fallgruppen der ärztlichen Aufklärung werden üblicherweise die Risiko-, die Diagnose- und die Verlaufsaufklärung unterschieden (Katzenmeier, Arzthaftung,

325 mwN). In diese klassischen Fallgruppen lässt sich der vorliegende Fall nicht einordnen.

Auszugehen ist nun zunächst davon, dass sich auch der Kläger selbst gar nicht darauf berufen hat, es sei ihm gegenüber der beklagten Partei das Recht zugestanden, nur von dem, von ihm wegen einer bereits erfolgreich durchgeführten Operation an seiner zweiten Hand aufgesuchten Facharzt operiert zu werden. Bei einer derartigen Rechtslage wird in Deutschland von einem "totalen Krankenhausaufnahmevertrag ohne Zusatzabrede" gesprochen (Laufs, *Arztrecht* 55 Rz 96). Wie Laufs unter Berufung auf eine deutsche OLG-Entscheidung ausführt, hängt in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten in die Operation nicht davon ab, ob er über die Person eines Operateurs aufgeklärt worden sei. Dem Krankenträger bleibe es überlassen, die Organisationspläne aufzustellen. Allerdings vertritt Laufs zutreffend die Ansicht, ein anderer Arzt dürfe den Eingriff nicht vornehmen, wenn der Patient erkläre, er wolle sich **nur** von einem bestimmten Arzt operieren lassen. Dieser Ansicht ist zu folgen, weil eben bei einer solchen Erklärung die Einwilligung des Patienten auf die Operation durch einen bestimmten Arzt beschränkt ist. Daraus folgt aber auch, dass dann, wenn - ungeachtet des Fehlens eines Anspruchs auf die Operation durch einen bestimmten Arzt - zwischen den Parteien des Behandlungsvertrags die Operation durch einen bestimmten Arzt vereinbart wurde, der Vertragspartner des Patienten verpflichtet ist, diesen darüber aufzuklären, dass an dem vorgesehenen Termin die Operation durch diesen Arzt nicht erfolgen könne und daher ein anderer den Eingriff vornehmen werde.

Der hier festgestellte Sachverhalt weicht indes von dem der Ansicht von Laufs zugrunde gelegten insofern ab, als jedenfalls eine ausdrückliche Erklärung des Klägers, er wolle nur vom Arzt seines Vertrauens (Facharzt) operiert werden, nach den Feststellungen nicht erfolgte.

Wie aber noch zu zeigen sein wird, ergibt die Auslegung der von den Parteien schlüssig abgegebenen Erklärungen im vorliegenden Fall doch, dass eine Einigung darüber zustande kam, der Kläger werde durch den von ihm aufgesuchten Facharzt operiert werden, der ihn auch in das LKH eingewiesen hatte. Für diese Beurteilung ist es unerheblich, ob der als Konsiliararzt bezeichnete, aber in einem Angestelltenverhältnis zur beklagten Partei stehende Facharzt dazu bevollmächtigt war, dem Kläger eine Operation durch ihn persönlich zuzusagen. Wie schon aus den Feststellungen im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung zu erschließen ist, gelangte das Erstgericht im Tatsächlichen zur Auffassung, dass der Kläger wie vorgesehen die ihm mitgegebene Überweisung anlässlich seiner Aufnahme in das Krankenhaus der beklagten Partei übergeben hat, was durch eine entsprechende Passage in der rechtlichen Beurteilung (S 16 der erstinstanzlichen Urteilsausfertigung) bestätigt wird. Dies wurde auch von der beklagten Partei nicht bekämpft, was wohl auch unter dem Gesichtspunkt zu sehen ist, dass ein als Zeuge vernommener Primararzt des LKH selbst diese Überweisung bei Gericht vorlegte (Beilage I). Diese "Einweisung" enthielt den vom Facharzt angebrachten lateinischen Vermerk "*ipse*", womit er unzweifelhaft zum Ausdruck brachte, er wolle die Operation selbst vornehmen. In diesem Zusammenhang hat das Erstgericht auch noch festgestellt, dass dieser Arzt im LKH der beklagten Partei überwiegend Patienten operiert, die er selbst eingewiesen hat

und er solche Patienten auch üblicherweise selbst operiert. Daraus erlangte die beklagte Partei Kenntnis davon, mit hoher Wahrscheinlichkeit habe der Kläger erwartet und erwarten dürfen, dass gerade dieser Arzt ihn operieren werde. Selbst wenn man aber vom Zugang dieser Einweisung an das LKH der beklagten Partei nicht ausgehen könnte, würde sich an dem Wissen der Leute der beklagten Partei um die Erwartung des Klägers nichts ändern, vom einweisenden Arzt selbst operiert zu werden. Mag es auch zutreffen, dass die aus dem Verhalten des Facharztes abzuleitende schlüssige Erklärung an den Kläger, er selbst werde ihn operieren, im Rahmen seiner Ordination und nicht in Vertretung der beklagten Partei durchführte, kann doch nicht davon abgesehen werden, dass nach der festgestellten üblichen Vorgangsweise für die Leute der beklagten Partei durch die telefonische Terminvereinbarung mit dem Facharzt klar war, dass der solcherart angemeldete Patient die begründete Erwartung hegen musste, von niemand anderem als diesem Facharzt operiert zu werden.

Ist aber der klagenden Partei die Kenntnis darüber zuzurechnen, dass der Kläger mit einer Operation durch den Facharzt rechnen durfte, dann kann der Ansicht der zweiten Instanz nicht gefolgt werden, es hätte die Leute der beklagten Partei keine Verpflichtung zur Aufklärung darüber getroffen, dass entgegen diesen Erwartungen eine Operation durch einen anderen Arzt geplant war. Aufgrund der dargelegten Kenntnisse war es auch nicht erforderlich, dass der Kläger ausdrücklich nachgefragt hätte, ob auch tatsächlich der von ihm gewünschte Arzt operieren werde. Gerade im chirurgischen Bereich spielt das Vertrauen in den behandelnden Arzt eine große Rolle für die Einwilligung in den Eingriff, was auch für die beklagte Partei klar sein

musste. Demnach durfte sie mangels Information über die Änderung in der Person des Operateurs nicht davon ausgehen, dass eine wirksame Einwilligung des Klägers zur Operation vorliege.

c) Hat die ohne Einwilligung ohne ausreichende Aufklärung des Patienten vorgenommene eigenmächtige Behandlung nachteilige Folgen, haftet daher der Arzt, wenn der Patient sonst in die Behandlung nicht eingewilligt hätte, für diese Folgen selbst dann, wenn ihm - wie bereits dargestellt - bei der Behandlung kein Kunstfehler unterlaufen ist (SZ 62/18; RIS-Justiz RS0026783). Die Beweislast dafür, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zum Eingriff erteilt hätte, trifft für den Fall der Verletzung der Aufklärungspflicht den Arzt bzw. den für das Fehlverhalten seiner Ärzte haftenden Krankenhausträger (stRsp, SZ 57/207 = JBl 1985, 548; JBl 1990, 459; SZ 63/152 u.aa; RIS-Justiz RS0038485). Hat also der Arzt die erforderliche Aufklärung unterlassen und verwirklicht sich in der Folge (trotz des *lege artis* vorgenommenen Eingriffs) ein Risiko, auf welches der Arzt hätte hinweisen müssen, dann kommen Schadenersatzansprüche in Betracht, sofern der Patient darlegen kann, dass er sich bei entsprechender Aufklärung dem Eingriff nicht unterzogen hätte (SZ 62/18; 4 Ob 131/00v = ecolex 2001, 44 = RdM 2001, 21; RIS-Justiz RS0026783; Harrer in Schwimann², § 1300 ABGB Rz 43). Da feststeht, dass der Kläger bei Kenntnis davon, dass ihn nicht der Facharzt operieren werde, die Operation nicht wie geplant durchführen hätte lassen, sondern einen neuen Operationstermin vereinbart hätte, bei dem ihn der Facharzt operieren hätte können, ist der beklagten Partei der Beweis

misslungen, der Kläger hätte trotz Information über die Person des Operateurs in den Eingriff eingewilligt.

d) Um die Parteien nicht mit der neuen Rechtsansicht zu überraschen, kann nicht das erstgerichtliche Teilzwischenurteil wiederhergestellt werden, zum einen, weil der beklagten Partei die Möglichkeit gegeben werden muss, geeignete Einwendungen gegen ihre Haftung zu erheben, zum anderen, weil auch der Kläger zur Kausalität ergänzendes Vorbringen erstatten könnte. Zudem stehen die Schadensfolgen nicht fest, was aber ebenso wie der Kausalzusammenhang ungeachtet § 393 Abs 1 ZPO Voraussetzung eines positiven Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs ist (3 Ob 146/99p u.a.; Fasching, Lehrbuch² Rz 1429). Da es im vorliegenden Fall auch um die Unterlassung der gebotenen Aufklärung - wenngleich über die Person des Operateurs - geht, obliegt die Beweislast dafür, dass die körperlichen Schäden des Klägers auch bei einer Operation durch den von ihm gewünschten Operateur eingetreten wären, dem beklagten Krankenhausträger. Ebenso wie bei ärztlichen Behandlungsfehlern wäre es nicht gerechtfertigt, dem Patienten insoweit die Beweislast aufzubürden (vgl. dazu 4 Ob 554/95 = SZ 68/207).

Allerdings kann bereits jetzt gesagt werden, dass die mit der im LKH der beklagten Partei am Kläger vorgenommenen Operation verbundenen Schmerzen keinen erstazfähigen Schaden darstellen, weil sich aus den Feststellungen ergibt, dass der Kläger jedenfalls entschlossen war, diese Operation durchführen zu lassen. Demnach wären bei ordnungsgemäßer Information durch die im LKH tätigen Erfüllungsgehilfen der beklagten Partei dem Kläger diese Schmerzen jedenfalls entstanden. In Betracht kommen daher

als ersatzfähig nur jene Schmerzen, die im anderen Fall nicht aufgetreten wären.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. September 2003
Dr. S c h i e m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: