

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und widerbeklagten Partei Dr. Dieter M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Anton Tschann, Rechtsanwalt in Bludenz, gegen die beklagte und widerklagende Partei Ulrike M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Battlogg, Rechtsanwalt in Schruns, wegen 3.018,37 EUR sA (Klage) sowie 9.000 EUR sA und Feststellung (Gesamtstreitwert 10.000 EUR; Widerklage), über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 19. Jänner 2009, GZ 1 R 329/08b-100, mit welchem das Urteil des Bezirksgerichts Bludenz vom 7. Oktober 2008, GZ 3 C 592/05m-88, aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die Rekurse werden zurückgewiesen.

Die Kosten der Rekursbeantwortungen werden gegeneinander aufgehoben.

### **B e g r ü n d u n g :**

Der Kläger ist Zahnarzt, seine Ordination liegt in Deutschland. Die in Österreich wohnhafte Beklagte suchte ihn dort im August 2002 auf und teilte ihm mit, dass sie (unter anderem) die Versorgung einer Zahnlücke im Oberkiefer mit Implantaten wünsche. Der Kläger klärte sie in weiterer Folge über die Operationsmethode, die Erfolgsquote und die Gefahr von Wundheilstörungen und einer Infektion der Kieferhöhle auf. Weiters informierte er sie darüber, dass ein festsitzender Zahnersatz nur mit Implantaten hergestellt werden könne; die Alternative sei ein abnehmbarer Zahnersatz. Er wies sie aber nicht darauf hin, dass der beabsichtigte Eingriff mit dem typischen Risiko eines Verschleppens von Entzündungskeimen in das Gehirn verbunden ist, was zu einer Gehirnhautentzündung mit möglicherweise tödlichem Ausgang führen kann. Weiters steht nicht fest, dass er die Beklagte über die Gefahr einer Kieferhöhlen- oder Kieferknochenentzündung oder einer Reduktion des Knochenangebots aufgeklärt hätte.

Im November 2002 setzte der Kläger die Implantate nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Danach trat bei der Beklagten eine Kieferhöhlenentzündung auf, deren Ursache das Erstgericht nicht feststellen konnte. Die Behandlung durch den Kläger war auch in dieser Phase fehlerfrei. Letztlich wurden die Implantate entfernt; danach bildete sich eine Fistel, das Knochenangebot ist nun reduziert. Die Beklagte litt an beträchtlichen Schmerzen; konkrete Feststellungen zur Frage, welche dieser Schmerzen nicht

eingetreten wären, wenn die Implantate nicht gesetzt worden wären, liegen nicht vor.

In weiterer Folge versorgte ein anderer Zahnarzt die Lücke mit einer Brückenkonstruktion. Feststellungen zur Frage, ob diese Behandlungsmethode schon zum Zeitpunkt der Behandlung durch den Kläger eine medizinisch indizierte Alternative zum Setzen der Implantate gewesen sei, liegen nicht vor.

Der Kläger begehrt ausständiges Honorar von 3.018,37 EUR sA, die Beklagte mit Widerklage Schadenersatz von (zuletzt) 9.000 EUR sA und die Feststellung der Haftung des Klägers für zukünftige Schäden. Die Verfahren sind zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Strittig ist im Rekursverfahren ausschließlich die Haftung des Klägers für Verletzungen seiner Aufklärungspflicht.

Die Beklagte bringt dazu vor, dass der Kläger verpflichtet gewesen sei, sie auf die Brückenkonstruktion als Behandlungsalternative hinzuweisen. Dabei hätte er sie über die Risiken der beiden Behandlungsmethoden, insbesondere über die Gefahr einer Gehirnhautentzündung mit potenziell tödlichem Ausgang, aufklären müssen. In diesem Fall hätte sie sich nicht für die Implantate entschieden, sondern die sicherere Variante gewählt. Ihre Schmerzen seien durch die Implantate verursacht worden.

Der Kläger wendet ein, dass er die Beklagte ausreichend aufgeklärt habe. Die letztlich vorgenommene Brückenkonstruktion sei im konkreten Fall keine schulmedizinisch anerkannte Alternative zu den Implantaten gewesen, dies insbesondere wegen der geringeren Haltbarkeit. Zudem habe ihn die Beklagte aufgesucht, weil er ein Spezialist für das Setzen von Implantaten sei, und ausdrücklich diese Behandlungsmethode gewünscht; unter

diesen Umständen habe er sie nicht auf Alternativen hinweisen müssen. Zudem hätte sich die Beklagte auch bei einer Aufklärung über die Möglichkeit einer Brückenkonstruktion für die Implantate entschieden. Die Frage, ob er über das Risiko einer Gehirnhautentzündung hätte aufklären müssen, sei unerheblich, weil sich dieses Risiko nicht verwirklicht habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und wies die Widerklage ab. Aufgrund umfangreicher Feststellungen zum Verlauf der Behandlung verneinte es das Vorliegen eines von der Beklagten ebenfalls behaupteten Behandlungsfehlers. Weiters stellte es fest, dass die Beklagte dem Eingriff auch zugestimmt hätte, wenn der Kläger sie auf das Risiko einer Kieferhöhlen- oder Kieferknochenentzündung oder einer Reduktion des Knochenangebots hingewiesen hätte. Die Ursache für die Kieferhöhlenentzündung konnte es nicht feststellen; es sei denkbar, dass diese auch ohne das Setzen der Implantate aufgetreten wäre. Die Behandlung durch den Kläger sei mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht „ursächlich“ für die „Komplikationen“ gewesen. Zwar habe sich ein „Risiko“ verwirklicht, über das der Kläger hätte aufklären müssen; die Beklagte hätte dem Eingriff aber auch zugestimmt, wenn der Kläger sie auf dieses Risiko hingewiesen hätte. Daher sei seine Haftung zu verneinen. Zur Problematik der unterbliebenen Aufklärung über die (allenfalls bestehende) Behandlungsalternative nahm das Erstgericht nicht Stellung.

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichts auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung über das Klage- und Widerklagebegehren auf. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ es zu.

Auf den Behandlungsvertrag sei deutsches Recht anzuwenden. Ein Behandlungsfehler liege nicht vor. Es stehe fest, dass die Beklagte dem Eingriff auch dann zugestimmt hätte, wenn sie über das Risiko, dass sich letztlich verwirklicht habe, aufgeklärt worden wäre. Damit könne sie aus der Verwirklichung dieses Risikos keine Haftung ableiten. Ob eine Aufklärung über andere Risiken erfolgt sei, die sich nicht verwirklicht hätten, sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unerheblich. Daher sei auch nicht zu prüfen, ob der Kläger verpflichtet gewesen sei, die Beklagte auf das Risiko einer Hirnhautentzündung mit allenfalls tödlichem Ausgang hinzuweisen. Hingegen liege möglicherweise eine mangelhafte Aufklärung über Behandlungsalternativen vor. Habe es sich bei der nachträglich angefertigten Brückenkonstruktion um eine schulmedizinisch anerkannte Alternative zu den Implantaten gehandelt, sei der Kläger verpflichtet gewesen, über diese Alternative für einen feststehenden Zahnersatz aufzuklären. Sollte das Erstgericht eine Verletzung der Aufklärungspflicht bejahen (im Original aufgrund eines offenkundigen Schreibfehlers: „verneinen“), werde es konkrete und unmissverständliche Feststellungen zur Verursachung treffen müssen. Zwar müsse auch im Arzthaftungsprozess grundsätzlich der Geschädigte den Kausalitätsbeweis führen. Habe jedoch ein Kunstfehler zu einer Risikoerhöhung geführt, so müsse der Arzt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs beweisen, dass die ihm zuzurechnende Sorgfaltsverletzung nicht zum Schadenseintritt geführt habe. Im vorliegenden Fall müsse die Beklagte daher nur beweisen, dass sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den Eingriff nicht bloß unwesentlich erhöht habe. Gelingen ihr dies, müsse der Kläger beweisen, dass sein Eingriff mit

größter Wahrscheinlichkeit nicht ursächlich gewesen sei. Die Feststellungen der Erstgerichts zur Kausalität seien zudem unklar. Da es von „Komplikationen“ gesprochen habe, liege es nahe, dass das Setzen der Implantate (zumindest) ursächlich für die Reduktion des Knochenangebots gewesen sei. Ursächlichkeit bedeute, dass es nicht zu den Komplikationen gekommen wäre, wenn der Kläger die Implantate nicht gesetzt hätte.

Der Rekurs sei zuzulassen, weil eine gesicherte Rechtsprechung zum Umfang der Aufklärungspflichten beim Setzen von Zahnimplantaten und zur Haftung für die unterbliebene Auskunft über nicht verwirklichte Risiken fehle.

Gegen diese Entscheidung richten sich Rekurse beider Parteien. Der Kläger strebt die Wiederherstellung des Urteils des Erstgerichts an, die Beklagte die Abweisung des Klagebegehrens und den Zuspruch des von ihr beehrten Schadenersatzes. In den Rekursbeantwortungen beantragen die Parteien die Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite wegen des Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage; hilfsweise soll diesem Rechtsmittel nicht Folge gegeben werden.

Die Rekurse sind unzulässig, soweit sie sich auf den Honoraranspruch des Klägers beziehen. In Bezug auf den mit Widerklage geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Beklagten sind sie zwar zulässig, aber im Ergebnis nicht berechtigt.

#### **A. Zum Honoraranspruch des Klägers**

1. Nach § 519 Abs 2 ZPO darf das Berufungsgericht den Rekurs gegen einen

Aufhebungsbeschluss nur dann zulassen, wenn es die Voraussetzungen für gegeben erachtet, unter denen nach § 502 ZPO die Revision zulässig ist. Damit ist auch die absolute Revisionsbeschränkung des § 502 Abs 2 ZPO anzuwenden. Aus diesem Grund ist der Ausspruch des Gerichts zweiter Instanz über die Zulässigkeit des Rekurses nach ständiger Rechtsprechung wirkungslos, wenn der Entscheidungsgegenstand 4.000 EUR nicht übersteigt (RIS-Justiz RS0043025, insb [T1, T7, T8]).

Die Zulässigkeit der Revision - und damit auch des Rekurses - ist nach ständiger Rechtsprechung für die Entscheidung über die Klage und die Widerklage gesondert zu prüfen (4 Ob 2336/96z = SZ 69/266; RIS-Justiz RS0042941 [T4]); dabei sind die Entscheidungsgegenstände des Berufungsgerichts auch bei einer Verbindung der Verfahren nicht zusammenzurechnen (RIS-Justiz RS0037271, RS0042626).

2. Im vorliegenden Fall beträgt der mit der Klage geltend gemachte Honoraranspruch des Klägers nur 3.018,37 EUR. Daher sind die Rekurse gegen die Entscheidung über das Klagebegehren - mangels Zusammenrechnung mit dem Widerklagebegehren - jedenfalls unzulässig nach § 519 Abs 2 iVm § 502 Abs 2 ZPO. Insofern sind sie daher ohne inhaltliche Prüfung zurückzuweisen.

### **B. Zum Schadenersatzanspruch der Beklagten**

1. Es ist unstrittig, dass auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nach Art 4 Abs 2 EVÜ deutsches Recht anzuwenden ist. Die Sonderregel des Art 5 EVÜ (Verbraucherverträge) greift schon deshalb nicht ein, weil der Kläger seine Dienstleistungen ausschließlich in Deutschland zu erbringen hatte (Art 5 Abs 4 lit b EVÜ). Das Vertragsstatut erfasst nach Art 10 lit c EVÜ auch vertragliche

Schadenersatzansprüche (3 Ob 67/05g = JBl 2006, 178; *Verschraegen* in *Rummel3* Art 10 EVÜ Rz 14); für damit konkurrierende deliktische Ansprüche besteht nach dem hier noch anwendbaren § 48 Abs 1 Satz 2 IPRG ebenfalls eine stärkere Beziehung zum Vertragsstatut (*Verschraegen* in *Rummel3* § 48 IPRG Rz 30; *Neumayr* in *KBB2* § 48 IPRG Rz 3, beide mwN; vgl nun auch Art 4 Abs 3 der nach ihren Art 31 und 32 hier noch nicht anwendbaren VO [EG] Nr 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [Rom II - VO]). Da im (bisherigen) deutschen Kollisionsrecht nach Art 41 Abs 2 Z 1 EGBGB dieselbe Regel galt (*Junker* in Münchener Kommentar BGB4 Art 41 EGBGB Rz 14 ff) und die Verweisung daher jedenfalls angenommen wurde, kann offen bleiben, ob § 48 Abs 1 Satz 2 IPRG als Gesamt- oder Sachnormverweisung zu verstehen war (vgl dazu *Verschraegen* in *Rummel3* § 48 IPRG Rz 31).

2. Der Oberste Gerichtshof ist nicht dazu berufen, für die Einheitlichkeit oder Rechtsfortbildung fremden Rechts Sorge zu tragen. Eine erhebliche Rechtsfrage liegt daher in solchen Fällen nur vor, wenn das fremde Recht unzutreffend ermittelt oder eine im ursprünglichen Geltungsbereich in Rechtsprechung und Lehre gefestigte Ansicht hintangesetzt wurde oder wenn dabei Subsumtionsfehler unterlaufen sind, die aus Gründen der Rechtssicherheit richtig gestellt werden müssen (RIS-Justiz RS0042940, RS0042948). Das ist hier deswegen der Fall, weil das Berufungsgericht die Frage der Beweislast für die Kausalität einer allfälligen Aufklärungspflichtverletzung abweichend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelöst hat.

3. Der Kläger wendet sich in seinem Rekurs gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, er hätte die



Beklagte über die Möglichkeit einer Brückenkonstruktion aufklären müssen, wenn es sich dabei - was noch festzustellen sei - um eine echte Behandlungsalternative gehandelt hätte. Die Wahl der Behandlungsmethode obliege allein dem Arzt; die vom Berufungsgericht angenommene Aufklärungspflicht sei überzogen.

**3.1.** Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen ist (auch) nach deutschem Recht erforderlich, wenn für den konkreten Behandlungsfall mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, die gleichwertig sind, aber unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen haben (VI ZR 238/86 = BGHZ 102, 17; VI ZR 65/87 = VersR 1988, 190; VI ZR 329/94 = NJW 1996, 776; VI ZR 48/99 = BGHZ 144, 1; zuletzt etwa VI ZR 313/03 = NJW 2005, 1718). Insbesondere ist ein Zahnarzt verpflichtet, den Patienten über medizinisch gleichermaßen indizierte Alternativen einer prothetischen Versorgung aufzuklären (OLG Koblenz 5 U 180/06 = VersR 2007, 651). Kommen zur zahnärztlichen Versorgung einer Zahnlücke mehrere Alternativen in Betracht (im konkreten Fall eine viergliedrige, bogenförmige Brücke, implantatgetragene Einzelbrücken oder eine herausnehmbare Prothese), die eine gleichwertige Versorgungschance bieten, aber eine deutlich unterschiedliche Beanspruchung des Patienten durch die Behandlung zur Folge haben, so hat der Zahnarzt seinen Patienten über diese Behandlungsalternativen aufzuklären (OLG Naumburg 1 U 105/03 = VersR 2004, 1460). Ohne solche Aufklärung liegt keine wirksame Zustimmung vor; die Behandlung ist daher rechtswidrig (VI ZR 289/03 = BGHZ 162, 320; VI ZR 108/06 = NJW 2007, 2771; *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*6 [2009] 146).

**3.2.** Auf dieser Grundlage ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Beklagte unter Umständen auf die Möglichkeit einer Brückenkonstruktion hinweisen müssen, nicht zu beanstanden. War die später angefertigte Zahnbrücke tatsächlich eine medizinisch indizierte Alternative zum Setzen von Implantaten - und nicht bloß eine nach dem Scheitern der Behandlung durch den Kläger gewählte Notlösung -, so bestand nach der oben dargestellten Rechtsprechung auch insofern eine Aufklärungspflicht des Klägers. Das gilt auch dann, wenn der Patient den Arzt - wie hier - schon zum Zweck einer bestimmten Behandlung aufgesucht hat. Auch in einem solchen Fall ist der Arzt aufgrund des Behandlungsvertrags verpflichtet, ein insofern im Einzelfall nicht ausgeschlossenes Informationsdefizit des Patienten auszugleichen.

**4.** Die Beklagte bekämpft in ihrem Rekurs die Auffassung des Berufungsgerichts, die unterbliebene Aufklärung über ein Risiko, dass sich nicht verwirklicht habe, begründe keine Haftung.

**4.1.** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt bei Verwirklichung eines aufklärungspflichtigen Risikos, über das aufgeklärt wurde, keine Haftung ein, wenn über andere an sich aufklärungspflichtige, jedoch im konkreten Fall nicht verwirklichte Risiken nicht aufgeklärt wurde; Überlegungen dazu, ob der Patient die Zustimmung bei Hinweis auf ein anderes Risiko möglicherweise versagt hätte, seien „notwendigerweise spekulativ“ und könnten daher nicht Grundlage für einen Schadenersatzanspruch sein (VI ZR 48/99 = BGHZ 144, 1; VI ZR 353/99 = NJW 2001, 2798; VI ZR 323/04 = BGHZ 168, 103). In solchen Fällen fehlt der Zurechnungs- bzw

Rechtswidrigkeitszusammenhang (*Geiß/Greiner* aaO 303 f; *Wagner* in Münchener Kommentar BGB5 § 823 Rz 798 mwN).

**4.2.** Die Beklagte zeigt in ihrem Rekurs nicht auf, dass die Argumentation des Berufungsgerichts im Widerspruch zur oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stünde. Aus der unterbliebenen Aufklärung über die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs kann daher für sich allein kein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden. Davon zu trennen ist zwar die Frage, wie bei einer unterbliebenen Aufklärung über Behandlungsalternativen die Frage der hypothetischen Einwilligung zu beurteilen ist. Auch insofern ist aber die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden (dazu unten 5.2.3.).

**5.** Im fortgesetzten Verfahren wird daher zu prüfen sein, ob eine Brückenkonstruktion eine medizinisch indizierte Alternative zum Setzen von Implantaten gewesen wäre. Trifft das zu, dann war der tatsächlich vorgenommene Eingriff mangels wirksamer (aufgeklärter) Einwilligung der Klägerin rechtswidrig. Damit wäre die Haftung des Klägers aber noch nicht begründet.

**5.1.** Zum einen haftet der Kläger jedenfalls nur für den durch den Eingriff verursachten Schaden.

**5.1.1.** Eine Beweislastumkehr findet hier - anders als in Fällen grober Behandlungsfehler - (auch) nach deutschem Recht nicht statt (BGH IV ZR 19/84 = NJW 1986, 1541; IV ZR 389/90 = NJW 1992, 754; *Geiß/Greiner* aaO 298; *Steffen/Pauge*, *Arzthaftungsrecht*10 [2006] Rz 570; *Wagner* in Münchener Kommentar BGB5 § 823 Rz 823). Soweit sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bezieht, wonach der Arzt bei einer nicht unwesentlichen Erhöhung des Risikos

durch einen Kunstfehler den Beweis führen müsse, dass der Schaden nicht durch den Eingriff verursacht worden sei (RIS-Justiz RS0026768; zuletzt etwa 4 Ob 137/07m = Zak 2007, 375), unterliegt es einem doppelten Irrtum: zum einen ist diese Auslegung des österreichischen Rechts für die Beurteilung der Haftung des Klägers, die nach deutschem Recht zu erfolgen hat, nicht maßgebend; zum anderen erfasst (auch) die österreichische Rechtsprechung nur Behandlungsfehler, nicht aber die mangelhafte Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden (so zuletzt ausdrücklich 4 Ob 137/07m).

Im konkreten Fall muss daher die Beklagte beweisen, dass die dem Widerklagebegehren zugrunde liegenden Schmerzen nicht eingetreten wären, wenn der Eingriff nicht stattgefunden hätte. Gelingt ihr dieser Nachweis nicht, wäre ihr Begehren abzuweisen.

**5.1.2.** Das Erstgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die „Ursache der implantatseitigen Kieferhöhlenentzündung“ nicht festgestellt werden könne. Die konkrete Frage, ob und gegebenenfalls welche Schmerzen auch dann aufgetreten wären, wenn der Kläger die Implantate nicht gesetzt hätte, hat das Erstgericht damit aber nicht eindeutig beantwortet. Denn es hat in weiterer Folge ausgeführt, dass sich „nach“ Entfernung des Implantats eine (offenbar ebenfalls schmerzvolle) Fistel gebildet habe, und es hat die Reduktion des Knochenangebots als „Komplikation“ des Eingriffs bezeichnet. Konkrete Feststellungen zur Frage, ob es zur Fistelbildung oder zur Reduktion des Knochenangebots auch dann gekommen wäre, wenn die Implantate nicht gesetzt worden wären, hat das Erstgericht, wie schon das Berufungsgericht zutreffend darlegte, nicht getroffen.

Damit blieb letztlich offen, ob nicht doch zumindest ein Teil der Schmerzen durch das Setzen der Implantate verursacht wurde. Zwar können - aufgrund der diesbezüglichen Negativfeststellung des Erstgerichts - die allein durch Kieferhöhlenentzündung verursachten Schmerzen dem Kläger nicht zugerechnet werden. Dennoch könnte aber ein Schadenersatzanspruch bestehen, wenn und soweit das wegen einer mangelhaften Aufklärung rechtswidrige Setzen der Implantate zu zusätzlichen Schmerzen geführt hatte, die sonst - dh bei einer Kieferhöhlenentzündung ohne Setzen der Implantate - nicht eingetreten wären. Solche Schmerzen wären durch den (allenfalls) rechtswidrigen Eingriff des Klägers verursacht und begründeten daher seine Haftung.

**5.2.** Zum anderen haftete der Kläger auch bei einer mangelhaften Aufklärung über Behandlungsalternativen nicht, wenn die Beklagte auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Behandlung eingewilligt hätte (zuletzt etwa VI ZR 55/05 = BGHZ 172, 1; VI ZR 108/06 = NJW 2007, 2771; VI ZR 35/06 = BGHZ 172, 354; *Geiß/Greiner* aaO 289; *Steffen/Pauge* aaO Rz 566).

**5.2.1.** Anders als nach österreichischem Recht hat dabei zunächst der Patient plausibel darzulegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre; nur wenn ihm das gelingt, hat der Arzt den Beweis zu führen, dass der Patient im konkreten Fall dennoch zugestimmt hätte (VI ZR 174/82 = BGHZ 90, 103; VI ZR 108/06 = NJW 2007, 2771; *Geiß/Greiner* aaO 290; *Steffen/Pauge* aaO Rz 568). Wurden daher bestimmte Schmerzen durch den im Fall einer Aufklärungspflichtverletzung rechtswidrigen Eingriff verursacht, wird die Beklagte plausibel darzulegen haben, weshalb sie im konkreten Fall bei ordnungsgemäßer

Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre. Gelingt ihr das, könnte der Kläger beweisen, dass sich die Beklagte dennoch für die Implantate entschieden hätte.

**5.2.2.** Das Erstgericht hat in diesem Zusammenhang zwar festgestellt, dass die Beklagte dem Eingriff auch dann zugestimmt hätte, wenn sie über die Risiken einer Kieferhöhlenentzündung und eines Knochenschwunds aufgeklärt worden wäre. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass sie diese Zustimmung auch dann erteilt hätte, wenn sie auch die (allenfalls bestehende) Behandlungsalternative und deren (wahrscheinlich) unterschiedliche Risiken gekannt hätte. Auch insofern sind daher - wenn die Beklagte das Bestehen eines Entscheidungskonflikts plausibel darlegt - weitere Feststellungen erforderlich.

**5.2.3.** Das Berufungsgericht nimmt erkennbar an, dass der Prüfung der hypothetischen Einwilligung nur eine Aufklärung über jene Risiken zugrunde zu legen ist, die sich später tatsächlich verwirklichten. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage liegt, soweit ersichtlich, nicht vor. Die Ansicht des Berufungsgerichts ist allerdings wertungsmäßig durch die oben dargestellten Entscheidungen zur Beschränkung des Zurechnungszusammenhangs gedeckt (oben 4.1.). Begründet die fehlende Aufklärung über Risiken, die sich später nicht verwirklichten, keine Haftung, so kann daraus in vertretbarer Weise abgeleitet werden, dass dieser Umstand auch bei der Prüfung der hypothetischen Einwilligung in Bezug auf andere Aufklärungsmängel nicht zu berücksichtigen ist. Jedenfalls ist der Oberste Gerichtshof nicht dazu berufen, das deutsche Zivilrecht in diesem Punkt weiterzuentwickeln; das Fehlen diesbezüglicher

Rechtsprechung führt daher nicht zur Zulässigkeit des Rekurses.

6. Aus diesen Gründen sind die Rekurse auch in Bezug auf den mit Widerklage geltend gemachten Schadenersatzanspruch zurückzuweisen. Da beide Parteien auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels der Gegenseite hingewiesen haben, sind die Kosten der Rekursbeantwortungen gegeneinander aufzuheben.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 9. Juni 2009

D r. S c h e n k

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: