



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VI ZR 401/19

Verkündet am:  
18. Mai 2021  
Bürk  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1, § 823 Aa; ZPO § 138 Abs. 1

- a) Bei der Anwendung einer (noch) nicht allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode sind zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen. Dem Patienten müssen nicht nur das Für und Wider dieser Methode erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist. Eine Neulandmethode darf nur dann am Patienten angewandt werden, wenn diesem zuvor unmissverständlich verdeutlicht wurde, dass die neue Methode die Möglichkeit unbekannter Risiken birgt.
- b) Gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung ist die Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung.

Diese Hypothese ist auch der Beurteilung der Frage zugrunde zu legen, ob der Patient einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat. Der Tatrichter hat dem Patienten vor seiner - zur Feststellung der Frage, ob dieser in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich erforderlichen - Anhörung mitzuteilen, welche Aufklärung ihm vor dem maßgeblichen Eingriff richtigerweise hätte zuteilwerden müssen.

- c) Zu den Anforderungen an die Substantiierung des klagebegründenden Vortrags.

BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - OLG Oldenburg

LG Aurich

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2021 durch den Vorsitzenden Richter Seifers, die Richterinnen von Pentz und Dr. Oehler sowie die Richter Dr. Klein und Böhm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird der Beschluss des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 11. September 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die gegen die Beklagten zu 1 und 2 gerichtete Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Aurich vom 26. Februar 2019 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3 in der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der im September 1977 geborene Kläger nimmt die Beklagten auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung und unzureichender Aufklärung in Anspruch.
- 2 Am 2. März 2011 ließ sich der Kläger in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Klinikum eine Bandscheibenendoprothese implantieren. Den Eingriff

fürhte der Beklagte zu 2 durch, der damals Chefarzt der Klinik für Wirbelsäulenchirurgie war. Er verwendete eine von der mittlerweile insolventen R. T. Limited (nachfolgend: Fa. R.) hergestellte Bandscheibenendoprothese des Typs "Candisc-L", die vollständig aus Kunststoff gefertigt war und anders als die übrigen am Markt gebräuchlichen Implantate keinen äußeren Titanmantel aufwies. Am 31. März 2011 rief die Fa. R. eine Charge dieses Prothesentyps, der auch die dem Kläger implantierte Prothese angehörte, zurück. Am 29. September 2014 rief die Herstellerin sämtliche Prothesen dieses Typs zurück. Im Jahr 2014 traten beim Kläger Schmerzen im Bereich der unteren Lendenwirbelsäule auf. Die daraufhin veranlassten bildgebenden Untersuchungen zeigten, dass sich Teile des Prothesenkerns gelöst hatten, in den Spinalkanal gewandert waren und auf die Wurzel S 1 links drückten. Die Prothese wurde deshalb am 30. Juni 2014 durch den Beklagten zu 2 entfernt und durch einen Cage ersetzt. Ein weiterer Eingriff zur Fixierung des Segmentes L 4/5 erfolgte am 2. Juli 2014. Operateur war zunächst der Beklagte zu 2 und im weiteren Verlauf der ehemalige Beklagte zu 3. Wegen einer Fehlpositionierung der Pedikelschraube L 5 rechtsseitig nahm der Beklagte zu 2 einen Revisionseingriff am 7. Juli 2014 vor.

3

Der Kläger macht geltend, der Einsatz der Kunststoffendoprothese sei behandlungsfehlerhaft gewesen, weil die Herstellerin bereits im Jahr 2010 sämtliche Kliniken über Probleme mit den Prothesen der genannten Charge informiert und Rückrufaktionen durchgeführt habe und der Beklagte zu 2 hiervon Kenntnis gehabt haben müsse. Weiterhin sei der Eingriff vom 2. März 2011 mangels Aufklärung über die mit dem Einsatz der neuartigen Kunststoffprothese verbundenen Risiken nicht durch eine Einwilligung gedeckt.

- 4 Das Landgericht hat die auf Zahlung eines Schmerzensgeldes, Ersatz materieller Schäden und Feststellung der Ersatzverpflichtung der Beklagten gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom Senat in Hinblick auf die Beklagten zu 1 und 2 zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

- 5 Nach Auffassung des Berufungsgerichts war die Implantierung der Kunststoffprothese nicht behandlungsfehlerhaft, da das Produkt nach dem Medizinproduktegesetz zugelassen, mit einer CE-Kennzeichnung versehen und im Zeitpunkt der Operation am 2. März 2011 noch nicht zurückgerufen worden war. Die abweichende Behauptung des Klägers, die entsprechende Charge sei bereits im Jahre 2010 zurückgerufen worden, sei ohne Substanz ins Blaue hinein aufgestellt. Es wäre zudem wenig erklärlich, warum die Charge im März 2011 zurückgerufen worden sei, wenn der Rückruf bereits ein Jahr zuvor erfolgt sei. Der Kläger habe auch nicht hinreichend substantiiert dargetan, dass die Beklagten zu 1 und 2 bereits im Jahr 2010 über Probleme mit den Bandscheibenprothesen der Fa. R. informiert gewesen seien. Das Schreiben der Herstellerin vom 13. Februar 2014, auf das sich der Kläger in der Klageschrift bezogen habe, belege noch nicht, dass man auf Seiten der Beklagten bis zur Implantation der Bandscheibenendoprothese am 2. März 2011 Kenntnis von Umständen erlangt habe, die auf die Möglichkeit eines Versagens der Prothese hätten schließen lassen können. Zwar heiße es in dem Schreiben, die Fa. R. habe 2010 "einige Chargen der Cadisc®-L-Systeme [...] vorsichtshalber zurückgezogen [...], nachdem bei in vitro-

Langzeittests verschiedene Dinge beobachtet worden" seien; auch werde in diesem Zusammenhang der beim Kläger verwendete Prothesentyp genannt. Doch lasse sich der Mitteilung nicht entnehmen, wann genau aus wessen Beständen Chargen "zurückgezogen" worden seien und wen man wann darüber informiert habe. Die Auffassung des Klägers, der Berufungssenat habe den Beklagten zu 2 persönlich dazu anhören müssen, wann er Kenntnis von Chargenrückrufen der Fa. R. erlangt habe, vermöge nicht zu überzeugen. Dieses Ansinnen des Klägers laufe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus.

6 Dem Kläger stehe auch kein Schadensersatzanspruch wegen unzureichender Aufklärung zu. Zwar sei der Kläger vor dem Eingriff nicht darüber aufgeklärt worden, dass der Beklagte zu 2 mit der Implantierung der Kunststoffendoprothese der Fa. R. eine noch nicht allgemein anerkannte sogenannte Neulandmethode angewandt habe. Die Kunststoffprothese sei seinerzeit klinisch nicht hinreichend erprobt gewesen. Dieser Aufklärungsfehler führe aber nicht zur Haftung, da sich die Beklagten mit Erfolg auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung berufen hätten. Der Kläger habe nicht plausibel gemacht, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre. Das Landgericht habe zu Recht die Angaben des Klägers im Rahmen seiner ersten Anhörung am 4. Mai 2018 für maßgeblich gehalten, wonach er dem Beklagten zu 2 ein starkes Vertrauen entgegengebracht habe und deshalb seiner Empfehlung auch dann gefolgt wäre, wenn ihm der Beklagte zu 2 die Kunststoffprothese bereits vor der Operation vorgestellt hätte. Denn mit diesen ersten Äußerungen habe der Kläger unbefangen seine innere Haltung wiedergegeben. Seine spätere, dem widersprechende Einlassung im Termin vom 29. Januar 2019 sei offensichtlich von der Kenntnis um die juristische Relevanz der Frage beeinflusst und gebe seine innere Haltung nicht zutreffend wieder.

II.

7            Diese Erwägungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

8            1. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, eine Haftung der Beklagten wegen unzureichender Aufklärung scheide aus, weil der Kläger auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff vom 2. März 2011 eingewilligt hätte. Sie beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob der Kläger einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat, einen fehlerhaften rechtlichen Maßstab angelegt hat.

9            a) Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zu Recht davon ausgegangen, dass dem Kläger vor dem Eingriff vom 2. März 2011 keine ausreichende Aufklärung zuteilgeworden ist.

10           aa) Nach den - der rechtlichen Prüfung im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden - Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 2 bei dem Kläger ein nicht allgemein anerkanntes Behandlungskonzept angewandt. Danach handelte es sich bei der Implantation einer Kunststoffendoprothese des Systems Cadisc-L der Fa. R. um eine noch nicht etablierte Neulandmethode. Die im Gegensatz zu den herkömmlichen Implantaten ausschließlich aus Kunststoff bestehende Prothese war klinisch noch nicht hinreichend erprobt.

11           bb) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, sind bei der Anwendung einer (noch) nicht allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen. Dem Patienten müssen nicht nur das Für und Wider dieser Methode erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18, MedR 2020, 379 Rn. 19 mwN zur sog. Außenseitermethode). Will der Arzt eine neue und noch nicht allgemein eingeführte Methode mit noch nicht abschließend geklärten Risiken anwenden, so hat er den Patienten weiterhin darüber aufzuklären, dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind (vgl. Senatsurteile vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 Rn. 14; vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 31). Eine Neulandmethode darf nur dann am Patienten angewandt werden, wenn diesem zuvor unmissverständlich verdeutlicht wurde, dass die neue Methode die Möglichkeit unbekannter Risiken birgt (Senatsurteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 Rn. 14). Dies ist erforderlich, um den Patienten in die Lage zu versetzen, sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der herkömmlichen Methode mit bekannten Risiken behandeln lassen möchte oder nach der neuen Methode unter besonderer Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Vorteile und der noch nicht in jeder Hinsicht bekannten Gefahren (ebenda).

12           cc) Diesen Anforderungen genügte die dem Kläger vor dem Eingriff am 2. März 2011 zuteil gewordene Aufklärung nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist er weder darauf hingewiesen worden, dass die geplante Implantation der Kunststoffendoprothese noch nicht medizinischer Standard war, noch darauf, dass sie die Möglichkeit unbekannter Risiken mit sich brachte.

- 13            b) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht zu der Beurteilung gelangt, der Kläger hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den streitgegenständlichen Eingriff eingewilligt (hypothetische Einwilligung, nunmehr § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB).
- 14            aa) Genügt die Aufklärung nicht den an sie zu stellenden Anforderungen, so kann sich der Behandelnde nach der ständigen Rechtsprechung des Senats darauf berufen, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90, VersR 1991, 547, juris Rn. 8 f.; vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93, VersR 1994, 1302, juris Rn. 11; vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 30 f., jeweils mwN; vgl. nunmehr § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). An einen dahingehenden Nachweis sind aber schon bei einer allgemein anerkannten Behandlung strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen wird (vgl. Senatsurteile vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18, VersR 2019, 1369 Rn. 17; vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 36). Bei der Anwendung eines nicht allgemein anerkannten, den Korridor des medizinischen Standards verlassenden Behandlungskonzepts gelten besonders strenge Maßstäbe (vgl. Senatsurteile vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18, MedR 2020, 379 Rn. 19; vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 31; vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 36).
- 15            Zwar trifft den Arzt für seine Behauptung, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, die Beweislast erst dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er - wäre er ordnungsgemäß aufgeklärt worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte. Allerdings dürfen an die Substantiierungspflicht des Patienten zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden

(vgl. Senatsurteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13, VersR 2015, 196, juris Rn. 17); dies gilt in besonderem Maße, wenn der Arzt eine noch nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode angewandt hat (vgl. Senatsurteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 31).

16           bb) Wie die Revision zu Recht geltend macht, hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob der Kläger einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat, einen fehlerhaften rechtlichen Maßstab angelegt. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung stets die Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung ist (vgl. Senatsurteile vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18, VersR 2019, 1369 Rn. 18, 22; vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90, VersR 1991, 547, juris Rn. 9). Diese Hypothese ist auch der Beurteilung der Frage zugrunde zu legen, ob der Patient einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat (vgl. Senatsurteile vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18, VersR 2019, 1369, Rn. 18, 22; vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, juris Rn. 24). Dementsprechend hat der Tatrichter dem Patienten vor seiner - zur Feststellung der Frage, ob dieser in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich erforderlichen - Anhörung mitzuteilen, welche Aufklärung ihm vor dem maßgeblichen Eingriff richtigerweise hätte zuteilwerden müssen (vgl. Senatsurteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18, VersR 2019, 1369, Rn. 18 und 22). Denn Ausgangspunkt der Plausibilitätsprüfung ist die hypothetische Entscheidungssituation des Patienten bei ordnungsgemäßer und vollständiger Aufklärung (vgl. Senatsurteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, juris Rn. 24). Angaben, die der Patient in Unkenntnis des Inhalts der ihm geschuldeten Aufklärung macht, sind grundsätzlich nicht geeignet, die Plausibilität von später in Kenntnis der geschuldeten Aufklärung gemachten Angaben in Frage zu stellen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Arzt eine (noch) nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode angewandt hat. Ist dem Patienten weder bekannt,

dass der Arzt bei ihm eine solche Methode angewandt hat, noch, dass diese mit unbekanntem Risiken verbunden sein kann, vermag er die Dimension der von ihm vor der Behandlung zu treffenden Abwägungsentscheidung und damit auch die Möglichkeit eines Entscheidungskonflikts nicht zu erkennen.

17 Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung in den Blick nehmen müssen, dass das Landgericht den Inhalt der dem Kläger geschuldeten Aufklärung vor dessen Anhörung am 4. Mai 2018 noch nicht zutreffend bestimmt und dem Kläger nicht mitgeteilt hatte, welche Aufklärung ihm vor dem maßgeblichen Eingriff richtigerweise hätte zuteilwerden müssen. Es hatte den Kläger weder darauf hingewiesen, dass es sich bei dem geplanten Eingriff um eine vom medizinischen Standard abweichende Neulandmethode handelte, noch ihm in der gebotenen Weise verdeutlicht, dass die neue Methode die Möglichkeit unbekannter Risiken in sich trug (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 1 a) bb)). Das Berufungsgericht hätte die Plausibilität der Angaben, die der Kläger nach Erläuterung der ihm geschuldeten Aufklärung bei seiner Anhörung vom 29. Januar 2019 gemacht hat, deshalb nicht mit der Begründung verneinen dürfen, sie wichen von den Angaben ab, die er am 4. Mai 2018 in Unkenntnis der maßgeblichen Entscheidungsparameter gemacht hatte.

18 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch angenommen, den Beklagten sei ein Behandlungsfehler nicht vorzuwerfen. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht hinreichend substantiiert dargetan, dass den Beklagten zu 1 und 2 bereits im Jahr 2010 Umstände bekannt gewesen seien, die auf die Möglichkeit eines Versagens der Prothese hätten schließen lassen können. Sie rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht die Anforderungen an die Substantiierung des klagebegründenden Vortrags überspannt hat.

19

a) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (vgl. Senatsbeschluss vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, ZIP 2020, 486 Rn. 7; BVerfG, WM 2012, 492, juris Rn. 16, jeweils mwN). Diese Grundsätze gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrundeliegenden Vorgängen hat. Eine Partei darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von entscheidungserheblichen Einzeltatsachen hat (vgl. Senatsurteil vom 10. Januar 1995 - VI ZR 31/94, VersR 1995, 433, juris Rn. 17; Senatsbeschlüsse vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 13; vom 14. Januar 2020 - VI ZR 97/19, VersR 2020, 1069 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2017 - IV ZR 319/16, VersR 2018, 890 Rn. 17, jeweils mwN); dies gilt insbesondere dann, wenn die Behauptung innere Tatsachen einer anderen Person betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2003 - VIII ZR 218/01, NJW-RR 2004, 247 juris Rn. 14).

20 Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (vgl. Senatsurteile vom 25. April 1995 - VI ZR 178/94, VersR 1995, 852, juris Rn. 13; vom 24. Juni 2014 - VI ZR 560/13, ZIP 2014, 1635 Rn. 36 f.; Senatsbeschluss vom 14. Januar 2020 - VI ZR 97/19, VersR 2020, 1069 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 ZIP 2020, 486 Rn. 8; Urteile vom 4. März 1991 - II ZR 90/90, NJW-RR 1991, 888, juris Rn. 18; vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40; vom 4. Februar 2014 - XI ZR 398/12, BKR 2014, 200 Rn. 16; BVerfG, WM 2012, 492, juris Rn. 15, jeweils mwN). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Senatsurteil vom 25. April 1995 - VI ZR 178/94, aaO; BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, aaO).

21 b) Nach diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers nicht als unsubstantiiert ansehen. Wie die Revision zu Recht rügt, hatte der Kläger in der Klageschrift geltend gemacht, aus einem ihm zugeleiteten Schreiben mit dem Betreff "Informationen für Chirurgen über das Cadisc-System" der Fa. R. vom 13. Februar 2014 ergebe sich, dass diese sämtliche Chirurgen und Kliniken, mithin auch die Beklagten zu 1 und 2, im Jahr 2010 über Probleme mit den von ihr gefertigten Bandscheibenendoprothesen informiert und Rückrufaktionen durchgeführt habe. Zur Konkretisierung seines Vorbringens hat der Kläger das Informationsschreiben der Fa. R. vorgelegt und daraus u.a. wie folgt zitiert: *"Sie werden sich erinnern, dass R[...] Technology 2010 einige Chargen der Cadisc®-L-Systeme [...] vorsichtshalber zurückgezogen hat, nachdem bei in-vitro-Langzeittests verschiedene Dinge beobachtet worden waren. Alle unbeutzten Systeme aus den betroffenen Chargen wurden damals vorsichtshalber aus Ihrem Bestand zurückgezogen; allerdings sind laut unseren Aufzeichnungen*

*in Ihrem Zentrum verschiedene Patienten offensichtlich mit den betroffenen Systemen behandelt worden.*" Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die Fa. R. im Jahre 2010 u.a. die Charge des Prothesentyps "vorsichtshalber zurückgezogen" hatte, der die beim Kläger implantierte Bandscheibenprothese angehört. Der Kläger hatte weiter vorgetragen, die Beklagte zu 1 und/oder der Beklagte zu 2 hätten im Jahr 2010 das "Chargenrückrufschreiben" der Herstellerin erhalten. Derartige Rückrufschreiben erhielten nämlich nicht die einzelnen Patienten, sondern die Kliniken bzw. Ärzte als Verwender der Prothese. Insoweit hatte sich der Kläger auf die Angaben des Sachverständigen berufen. Dieser hatte im Rahmen seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 2018 angegeben, dass der Hersteller den Anwender der Prothesen über etwaige Probleme informiere.

22 Hiermit hatte der Kläger konkrete Anhaltspunkte vorgetragen, die die Vermutung gestatten, die Beklagten zu 1 und 2 hätten bereits vor dem streitgegenständlichen Eingriff am 2. März 2011 Kenntnis davon gehabt, dass die Fa. R. die betroffene Charge der Cadisc-L-Systeme vorsichtshalber zurückgezogen hatte, weil in in-vitro-Tests "verschiedene Dinge beobachtet worden" waren. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht die entsprechenden Behauptungen des Klägers nicht mangels Substanz als unbeachtlich ansehen und den Antrag des Klägers, den Beklagten zu 2 zu seinem Kenntnisstand anzuhören (GA II 183 R "anzuhören/zu vernehmen" i.V.m. GA 118 oben), nicht mit der Begründung ablehnen, das Ansinnen laufe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus.

23 c) Der Rechtsfehler ist auch entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, hätte es die Anforderungen an die Substantiierung des klagebegründenden Vortrags nicht in unzulässiger Weise überspannt, den Beklagten zu 2 angehört (ggf. als Partei vernommen) und aufgrund des Ergebnisses der Anhörung in freier Beweiswürdigung des Inbegriffs der mündlichen Verhandlung (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - I ZR 32/96,

NJW 1999, 363, juris Rn. 21) zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass der Beklagte zu 2 bereits vor der Operation Kenntnis von Umständen hatte, die auf die Möglichkeit eines Versagens der verwendeten Prothese schließen ließen (vgl. zur Ermittlung von inneren Tatsachen: BGH, Urteil vom 5. November 2003 - VIII ZR 218/01, NJW-RR 2004, 247 juris Rn. 14; BVerfG, NJW 1993, 2165, juris Rn. 26). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei der Anwendung einer noch nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode in besonderem Maße mit bisher unbekanntem Risiken zu rechnen ist, weshalb erhöhte Anforderungen an die medizinische Vertretbarkeit der Methode zu stellen sind und grundsätzlich der Sorgfaltsmaßstab eines vorsichtigen Arztes entscheidend ist (vgl. Senatsurteile vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 17; vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18, VersR 2020, 168 Rn. 15). Es wäre weiter nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht die Verwendung der nach der Behauptung des Klägers von der Herstellerin bereits als problematisch angesehenen Kunststoffendoprothese auf der Grundlage der Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen als grob behandlungsfehlerhaft angesehen hätte.

### III.

24 Der angefochtene Beschluss war aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen treffen kann (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird dabei Gelegenheit haben, sich auch mit

den weiteren Einwänden der Parteien in den Rechtsmittelschriften, insbesondere der von der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrüge, zu befassen.

Seiters

von Pentz

Oehler

Klein

Böhm

Vorinstanzen:

LG Aurich, Entscheidung vom 26.02.2019 - 5 O 1141/16 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 11.09.2019 - 5 U 81/19 -