

V e r k ü n d e t

am 9. Mai 1958

Kriegl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Dr.med.Gerhard P. in M., La.straße, Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den Universitätsprofessor Dr.H. L. in M., W., Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1958 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. K.E.Meyer, Hanebeck, Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 7. März 1957, einschließlich des zu Grunde liegenden Verfahrens, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger litt seit dem Jahre 1947 an Schluckbeschwerden und suchte deshalb im April 1949 den Beklagten auf. Dieser untersuchte ihn und stellte auf Grund einer Röntgenaufnahme vom 5. April 1949 fest, daß sich an der Speiseröhre des Klägers ein etwa pflaumengroßes Divertikel (durch Wandschwäche hervorgerufene krankhafte Ausbuchtung) gebildet hatte. Hierauf riet der Beklagte zu einer Operation. Zur Beseitigung eines solchen Divertikels, die in ärztlichen Fachkreisen als schwieriger Eingriff gilt, kennt die ärztliche Wissenschaft verschiedene Methoden. Von ihnen spielen im jetzigen Rechtsstreit folgende Methoden eine Rolle:

1. Die von Prof. G. entwickelte Methode besteht darin, daß das Divertikel in die Speiseröhre eingestülpt und ein erneutes Heraustreten durch eine sogenannte Tabakbeutelnaht unterbunden wird.

2. Nach Prof. G. wird das Divertikel zunächst aus dem übrigen Gewebe freigelegt und unten am Divertikelhals fest abgebunden. Ist das abgebundene Divertikel nekrotisch geworden, so wird es entfernt.

3. Prof. S. will das Divertikel durch scharfes Abtrennen des freigelegten Divertikelsackes beseitigen.

Die Operation des Klägers, für die keine bestimmte Methode vereinbart war, führte der Beklagte am 13. April

... 3 ...

1949 in Gegenwart des Assistenzarztes Dr. Ba [REDACTED] aus. Im Anschluß hieran blieb der Kläger bis zum 19. April 1949 in stationärer und bis zum 11. Mai 1949 in ambulanter Behandlung des Beklagten. Als er auf noch bestehende Beschwerden hinwies, erklärte ihm der Beklagte, diese würden sich mit der Zeit legen.

Im August 1949 verspürte der Kläger wieder stärkere Beschwerden, die sich ähnlich wie in der Zeit vor der Operation dadurch kennzeichneten, daß neben den Schluckbeschwerden beim Sprechen und Husten Speisereste ausgespien wurden. Als der Kläger wegen dieser Beschwerden am 30. August 1949 den Beklagten aufsuchte, erklärte dieser, daß kein Grund zur Besorgnis vorliege.

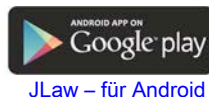
Bei seinem nächsten Besuch am 8. Oktober 1949 traf der Kläger den Beklagten nicht an. Dessen Oberarzt Dr. E [REDACTED] machte an diesem Tage eine Röntgenaufnahme und ließ den Kläger durchleuchten. Dabei zeigte sich ein Divertikel an der früheren Stelle.

Am 13. Oktober 1949 ließ der Kläger sich erneut durch den Beklagten operieren. Diese Operation führte der Beklagte in Gegenwart seines Oberarztes Dr. E [REDACTED] und des Assistenzarztes Dr. Pü [REDACTED] nach der Methode Go [REDACTED] durch. Ob der Beklagte hierbei das Divertikel oder etwa ein anderes Stück Gewebe freigelegt und abgebunden hat, und ob er dementsprechend am 26. Oktober 1949 das Divertikel oder ein anderes Stück Gewebe entfernt hat, ist unter den Parteien streitig.

Bei der Nachbehandlung wurde dem Kläger ein Magen-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schlauch eingeführt und zwar am 17. und 18. Oktober 1949 zunächst durch die Nase und, als der Kläger über Beschwerden an der Nase klagte, am 21. Oktober 1949 durch den Mund. Dieser Schlauch wurde bis zum 15. November 1949 belassen. Als in den letzten Tagen des Monats Oktober 1949 bei dem Kläger Temperaturerhöhungen bis zu 39° C auftraten, wurde ein internistischer Befund eingeholt und eine leichte Lungenentzündung festgestellt. Diese ging nach Behandlung bald zurück. Am 18. November 1949 wurde der Kläger entlassen, nachdem der Beklagte an diesem und am vorhergehenden Tage noch Röntgenbilder der Speiseröhre angefertigt hatte.

Am 2. Dezember 1949 ließ der Kläger im C. [redacted] Hospital in M. [redacted] eine Röntgenaufnahme machen. Auf dieser zeigte sich an der alten Stelle ein Divertikel in der früheren Größe. Der Kläger wollte sich nun durch einen anderen Arzt als den Beklagten operieren lassen, gab sein Vorhaben aber zunächst auf, als ihm der Internist Dr. Gr. [redacted] erklärte, daß er bei dem schlechten Allgemeinbefinden des Klägers dieses Risiko nicht vor Ablauf eines halben Jahres eingehen könne.

Im März 1950 begab der Kläger sich in die Behandlung des Prof. D. [redacted] in Essen. Es kam jedoch nicht zu der vorgesehenen Operation des Divertikels, weil der Kläger an Grippe erkrankte.

Im Juni 1950 führte Prof. S. [redacted] in Heidelberg die Divertikelooperation nach einer Methode aus, die er selbst entwickelt hatte und die zur Zeit der Operation noch nicht veröffentlicht war. Nach achttägiger stationärer

Behandlung wurde der Kläger als geheilt entlassen. Er ist seitdem beschwerdefrei.

Der Kläger hat behauptet, beide Operationen des Beklagten seien ein Mißerfolg gewesen. Er hat hierfür den Beklagten verantwortlich gemacht und behauptet, dieser habe in mehrfacher Hinsicht gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft verstoßen.

Der Kläger hat, nachdem er mit der Klage zunächst einen Teilbetrag von 1500 DM geltend gemacht hatte, im Berufungsrechtszug von dem Beklagten 13500 DM Verdienstausfall und ein vom Gericht festzusetzendes Schmerzensgeld, mindestens aber 3000 DM verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Zahlungsansprüche weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision beanstandet in erster Linie, das Berufungsgericht sei bei Erlass des angefochtenen Urteils nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO). Sie macht geltend, die Mitwirkung des Oberlandesgerichtsrats Dr. Stracke als Vorsitzender des Berufungsgerichts sei

unzulässig gewesen, weil der ordentliche Vorsitzende des 3. Zivilsenats, Vizepräsident Wo[REDACTED], zu stark durch Verwaltungsgeschäfte in Anspruch genommen worden sei, um seine Aufgabe, den Senat zu leiten, ausreichend erfüllen zu können.

Diese Rüge ist begründet.

Wie der Bundesgerichtshof übereinstimmend mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen hat, ist das Gericht ^{nur} ordnungsgemäß besetzt, wenn der zum Vorsitzenden bestellte Senatspräsident einen richtungsweisenden Einfluß auf die Rechtsprechung seines Senats ausübt (BGHZ 20, 355 [359] und die dort ausgeführte weitere Rechtsprechung). Er soll diesen Einfluß überwiegend dadurch ausüben, daß er bei der Entscheidung der einzelnen Sachen mitwirkt und als Richter im Kollegium seine reicheren Erfahrungen, seine Weisheit und sein Können zur Geltung bringt. Nur wenn er sich in einem dementsprechenden Umfang an der Rechtsprechung des Senats beteiligen kann, hat er die Stellung, die er nach dem Gesetz haben muß, damit der Senat ordnungsgemäß besetzt ist (BGH aaO). Aus der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamm und dem Bericht des Vizepräsidenten Wo[REDACTED] ergibt sich nun, daß dieser nur bei verhältnismäßig wenig Sachen an der Entscheidung selbst mitgewirkt hat. Er mußte sich, wie er selbst erklärt, seit seiner Ernennung zum Vizepräsidenten (1. Mai 1953) wegen seiner Inanspruchnahme durch Verwaltungsgeschäfte weitgehend durch das dienstälteste Mitglied des Senats vertreten lassen. Vizepräsident Wo[REDACTED] hat sich zwar alle eingehenden Berufungen vorlegen lassen und für die einzelnen Sachen den Berichterstatter bestimmt. Er hat sich

auch die abgesetzten Urteile sowie die aus dem Revisionsrechtszug zurückgekommenen Sachen vorlegen lassen und, sofern es ihm angemessen erschien, mit den Mitgliedern des Senats Fragen von grundsätzlicher Bedeutung erörtert. Entscheidend ist aber, daß Vizepräsident Wo [REDACTED] von durchschnittlich sechs Senatssitzungen im Monat nur in einer Sitzung den Vorsitz geführt hat. Es kann unentschieden bleiben, ob und für welchen Zeitraum besondere Gründe es rechtfertigen können, daß der ordentliche Vorsitzende sich nur in so geringem Maße an der Rechtsprechung des Senats beteiligt. Hier hat dieser Zustand bei der maßgebenden mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 11. Februar 1957 bereits fast vier Jahre bestanden, ohne daß ersichtlich wäre, daß ein besonderer Anlaß - etwa Krankheitsvertretung - dies hätte rechtfertigen können. Daher war das angefochtene Urteil sowie das ihm zugrundeliegende Verfahren aufzuheben (§ 564 Abs. 2 ZPO) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

II. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht sich mit den Bedenken auseinandersetzen müssen, die der Kläger gegen das Gutachten des Prof. Dr. L [REDACTED] und die Auslegung dieses Gutachtens durch das Berufungsgericht erhoben hat. Dabei wird unter anderem zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen sein:

1. Wegen der langfristigen Verwendung des Nährschlauches hat das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche des Klägers vorwiegend mit der Begründung verneint, das Belassen des Nährschlauches für einen Zeitraum von vier Wochen sei nicht ursächlich für einen etwaigen Schaden des

Klägers gewesen, weil dieser wegen seines schlechten Allgemeinzustandes sowieso erst am 3. Juni 1950 zum dritten Male habe operiert werden können. Bei dieser Erwägung wird übersehen, daß der Kläger nicht nur Verdienstausschlag verlangt, sondern auch Schmerzensgeldansprüche geltend gemacht hat. Wäre die ununterbrochene Belassung des Nährschlauches auf die Dauer von vier Wochen als eine fahrlässige Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten zu werten, so könnte der Schmerzensgeldanspruch des Klägers begründet sein, denn Prof. L. [REDACTED] hat in seinem Gutachten erklärt, daß diese Behandlungsart eine erhebliche Belästigung, ja sogar eine gewisse Gefährdung des Patienten bedeute. Die Erwägung, mit der das Oberlandesgericht bisher den ursächlichen Zusammenhang zwischen einem etwaigen Verschulden des Beklagten und dem Schaden des Klägers verneint hat, würde daher dem Schmerzensgeldanspruch des Klägers nicht entgegenstehen.

Soweit der Kläger den Beklagten für seinen schlechten Gesundheitszustand verantwortlich gemacht und von ihm Ersatz seines Verdienstausschlages verlangt hat, müßte bei Annahme eines Verschuldens geprüft werden, ob und inwieweit die Verwendung des Nährschlauches den Gesundheitszustand des Klägers beeinträchtigt und die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit verzögert hat.

Auch die Hilferwägungen zur Frage des Verschuldens geben Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Dem Beklagten, der in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, er habe nicht darauf verzichten können, den Nährschlauch so lange wie geschehen in der Speiseröhre des Klägers zu belassen (Sicherstellung der Ernährung des Klägers, Verhinderung der Verunreinigung der Operationswunde), sei auch ein Verschulden des Beklagten

nicht nachgewiesen, dies auch schon deshalb nicht, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. L. [REDACTED] das Liegenlassen des Nährschlauchs während der vier Wochen zwar als "ungeeignete Nachbehandlung", nicht aber als Verstoß gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst anzusehen sei.

Wie der Kläger mit Recht geltend macht, hat das Berufungsgericht in diesem Punkte das ärztliche Gutachten mißverstanden. Der Sachverständige erklärt zwar in seinem Gutachten ausdrücklich, die Einführung eines Magenschlauches sei nicht als Kunstfehler zu betrachten, und legt näher dar, daß und aus welchen Gründen in der Frage der Verwendung des Magenschlauches Meinungsverschiedenheiten zwischen den Operateuren bestehe. Dann schließt er seine Ausführungen zur Frage des Verschuldens aber mit dem Satz: "Wenn auch die Einführung eines Nährschlauches keineswegs als Verstoß gegen die ärztlichen Regeln betrachtet werden kann, so muß doch seine ununterbrochene Belassung vom 17. 10. 1949 bis 15. 11. 1949, also volle vier Wochen - und das noch dazu bei nachgewiesener Pneumonie - als ungeeignete Nachbehandlung aufgefaßt werden, die nicht nur eine erhebliche Belästigung, sondern auch eine gewisse Gefährdung des Patienten bedeutete." Damit wollte der Gutachter ersichtlich sagen, daß der Beklagte mit dieser langdauernden Belassung des Nährschlauches gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen habe. Diese Auslegung ist umsomehr berechtigt, als der Gutachter auch in seiner zusammenfassenden Schlußbemerkung erklärt, die Belassung des Nährschlauches über vier Wochen bei nachgewiesener Lungenentzündung und nicht mehr gegebener unbedingt notwendiger Sonderernährung weiche ab von aner-

kannten Nachbehandlungsmethoden. In seinem Nachtragsgutachten hebt Prof. I. [REDACTED] zudem noch die Ansicht von Köle, Chirurgische Universitätsklinik in Graz hervor, die er in seiner Schrift über die Chirurgie des Speiseröhrendivertikels vertrete. Hiernach werde der Nährschlauch nur bei der einseitigen (Kluge, Niehaus) oder zweiseitigen Exstirpation (Mayo, Lahey) angewendet und bleibe in der Regel längstens sieben Tage; bei allen anderen Operationsmethoden werde auf den Nährschlauch verzichtet. Bei diesem Inhalt der Sachverständigengutachten kann das Berufungsgericht sich für seine Meinung, ein Verstoß gegen anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst sei nicht bewiesen, nicht auf die Ansicht des Prof. Dr. Lebsche berufen.

2. Zur Frage, ob beim Vernähen Catgut verwendet werden dürfte, wird das Berufungsgericht vor allem folgende Zweifel zu klären haben: Bei der ersten Operation wurde das Divertikel in die Speiseröhre eingestülpt und mit Catgut vernäht, das sich, wie Prof. I. [REDACTED] erklärt, erfahrungsgemäß im Körper auflöst. Nach Ansicht des Sachverständigen ging nach Schwund des Nahtmaterials die operativ erreichte Einstülpung wieder verloren. Das Divertikel stülpte sich nach außen und war dadurch wieder in alter Form und Größe vorhanden. Der Gutachter meint nun, hierfür sei nicht der Operateur verantwortlich zu machen, sondern die Methode, und fährt dann fort: "Es wäre vielleicht zweckmäßiger gewesen, als Nahtmaterial Seide oder Zwirn zu verwenden. Diese Fäden werden nicht aufgelöst und gehen dadurch besseren Halt; sie lassen aber einen Mißerfolg auch nicht sicher vermeiden." Hiernach drängt sich die Frage auf, ob die Verwendung von Catgut nicht nur unzweckmäßig, wie der Sachverständige sich ausdrückt, sondern auch fehlerhaft war. Löst sich Catgut erfahrungsgemäß im Körper auf, so liegt

der Gedanke nahe, es sei für den Operateur voraussehbar, daß die Einstülpung ihren Halt verlieren müsse und die Operation daher nur einen vorübergehenden Erfolg haben könne.

3. In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird der Kläger Gelegenheit haben, seine weiteren Angriffe gegen das Gutachten und gegen die Ansicht des Berufungsgerichts erneut vorzutragen. Auch mit ihnen wird das Berufungsgericht sich in seinem neuen Urteil auseinandersetzen müssen.

Dr. Kleinewefers

Dr. K.E.Meyer

Hanebeck

Dr. Bode

Bundesrichter Dr.Hauß ist
beurlaubt und ortsabwesend
und daher verhindert zu
unterzeichnen.

Dr. Kleinewefers