

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 139 Abs. 1

Wird ein in erster Instanz gestellter Beweisantrag im Berufungsrechtszug nicht wiederholt, obwohl ihm dort erst seine eigentliche Bedeutung zukommt, und sind keine Umstände dafür zu erkennen, daß die Partei auf ihn bewußt nicht mehr zurückgreifen will, so hat das Gericht gemäß § 139 Abs. 1 ZPO nachzufragen, bevor es den Antrag für nicht mehr gestellt erachtet.

BGH, Urteil vom 3. Juni 1997 - VI ZR 133/96 - OLG Hamm  
LG Arnsberg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VI ZR 133/96

Verkündet am:  
3. Juni 1997  
Herrwerth  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Brigitte S[REDACTED],
2. Rainer S[REDACTED],  
beide wohnhaft K[REDACTED], A[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Matthias K[REDACTED], C[REDACTED]-A[REDACTED]-Straße [REDACTED], A[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1997 durch den Vorsitzenden Richter Groß und die Richter Dr. Lepa, Bischoff, Dr. v. Gerlach und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

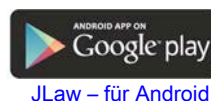
Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 22. Januar 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



### Tatbestand

Die klagenden Eheleute nehmen den Beklagten, einen niedergelassenen Frauenarzt, auf Schadensersatz in Höhe des Unterhaltsaufwands für ihren am [REDACTED] 1994 geborenen Sohn Dominik sowie auf Zahlung eines Schmerzensgeldes an die Klägerin und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht für weitere Schäden der Klägerin in Anspruch.

Die Klägerin, Mutter zweier in den Jahren 1990 und 1991 geborener Töchter, war im Jahre 1993 wegen eines Hormonmangelzustandes in der Behandlung des Beklagten. Dieser verordnete ihr nacheinander zwei Hormonsubstitutionspräparate, die beide keine empfängnisverhütende Wirkung haben. Die Klägerin setzte das von ihr zuvor eingenommene Verhütungsmittel ab; es ist während der Substitutionsbehandlung nicht indiziert.

Nach der Behauptung der Klägerin hat der Beklagte ihr mehrfach versichert, die von ihm verordneten Hormonpräparate wirkten mindestens ebenso sicher empfängnisverhütend wie die von ihr bis dahin eingenommene Anti-Baby-Pille; zusätzliche Verhütungsmaßnahmen seien überflüssig. Demgegenüber behauptet der Beklagte, er habe die Klägerin auf das - bei ihrem erschöpften Hormonhaushalt allerdings nur geringe - Restrisiko einer Schwangerschaft hingewiesen und ihr die Verwendung von Kondomen oder den Einsatz einer Spirale empfohlen; beides habe die Klägerin abgelehnt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar falle dem Beklagten nach seiner eigenen Sachdarstellung ein Behandlungsfehler zur Last, da er die Klägerin nicht deutlich genug auf das Erfordernis eines weitergehenden Empfängnis-schutzes hingewiesen habe. Die von den Klägern geltend gemachte Unterhaltsbelastung für ihr Kind Dominik stelle jedoch keinen ersatzfähigen Schaden dar. Die Klägerin könne für die schwangerschaftsbedingten Beeinträchtigungen auch kein Schmerzensgeld verlangen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Es bedürfe keiner Entscheidung, ob mit dem Landgericht ein ersatzfähiger Schaden zu verneinen sei. Die Klage müsse jedenfalls deshalb erfolglos bleiben, weil die Kläger nicht bewiesen hätten, daß der Beklagte einen Behandlungsfehler begangen habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie ihre Ansprüche weiterverfolgen.

### Entscheidungsgründe

#### I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Kläger hätten den von ihnen im ersten Rechtszug angebotenen Zeugenbeweis zu ihrer Behauptung, der Beklagte habe die von ihm verschriebenen Hormonsubstitutionspräparate als mindestens ebenso

sicher empfängnisverhütend dargestellt wie die von der Klägerin zuvor eingenommene Anti-Baby-Pille, im Berufungszug nicht wiederholt. Eine vom Kläger ohne Wissen des Beklagten gefertigte Tonbandaufzeichnung über ein vom Beklagten geführtes Beratungsgespräch sei kein zulässiges Beweismittel; der von den Klägern erst in der Berufungsverhandlung gestellte Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu ihrer Behauptung, der Beklagte habe die für die Klägerin angelegte Patientenkarte nachträglich erstellt, sei verspätet.

## II.

Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Keinen Erfolg hat die Revision mit der Rüge, das Berufungsgericht hätte, wie zuvor das Landgericht, einen Behandlungsfehler des Beklagten bereits aus dessen eigenem Vorbringen herleiten müssen. Den Beratungsgesprächen des Beklagten lagen die der Klägerin bekannten Gebrauchsinformationen der Hersteller der ihr verordneten Substitutionspräparate zugrunde, in denen darauf hingewiesen wurde, daß die Medikamente keine empfängnisverhütende Wirkung haben. Hat nun der Beklagte, wie er behauptet, die Klägerin auf ein bei ihrem gestörten Hormonhaushalt bestehendes geringes Restrisiko einer Schwangerschaft hingewiesen und hat er ihr deshalb die Verwendung von Verhütungsmitteln (Kondome, Spirale) empfohlen, dann ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in einem solchen In-

halt der Beratung keinen Behandlungsfehler des Beklagten sieht.

2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Überzeugung des Berufungsgerichts, die Kläger könnten den von ihnen behaupteten, von der Sachdarstellung des Beklagten abweichenden Inhalt der Beratungsgespräche nicht beweisen.

a) Ohne Verfahrensfehler hat das Berufungsgericht freilich eine beweisrechtliche Verwertung der vom Kläger gefertigten Tonaufzeichnung über ein solches Beratungsgespräch abgelehnt.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hat der Kläger mit der ohne Wissen des Beklagten gefertigten Tonaufzeichnung gegen das gemäß Art. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Persönlichkeitsrecht des Beklagten verstoßen. Über die Frage, ob eine in solcher Weise erstellte Aufzeichnung als Beweismittel in einem Zivilprozeß verwendet werden darf, ist aufgrund einer Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Verletzten und dem Interesse des Verletzers an der beweismäßigen Verwertung zu entscheiden; dabei kann dem Interesse des Verletzers nur in besonderen Ausnahmefällen der Vorrang zukommen (BVerfGE 34, 238, 245 ff; BVerfG NJW 1992, 815, 816; Senatsurteile vom 24. November 1981 - VI ZR 164/79 - VersR 1982, 191, 192 f und vom 13. Oktober 1987 - VI ZR 83/87 - VersR 1988, 379, 380 f). Das Berufungsgericht hat hier eine eingehende Abwägung der beiderseitigen Interessen vorgenommen und auf dieser Grundlage eine beweismäßige Verwertung der vom Kläger

hergestellten Tonaufzeichnung abgelehnt. Dies läßt entgegen der Rüge der Revision keinen Rechtsfehler erkennen.

b) Daß das Berufungsgericht den erstmals in der Berufungsverhandlung gestellten Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der von den Klägern behaupteten nachträglichen Erstellung der die Klägerin betreffenden Behandlungskarte durch den Beklagten wegen Verspätung zurückgewiesen hat, wird von der Revision nicht beanstandet.

c) Mit den Grundsätzen eines geordneten Verfahrens nicht zu vereinbaren und von der Revision mit Recht gerügt ist aber, daß das Berufungsgericht den von den Klägern im ersten Rechtszug gestellten Antrag auf Vernehmung einer Zeugin zu dem von ihnen behaupteten Inhalt eines mit dem Beklagten geführten Beratungsgesprächs für im zweiten Rechtszug unbeachtlich gehalten hat.

aa) Zu erwägen ist schon, ob dieser im Berufsrechtszug nicht ausdrücklich wiederholte oder in Bezug genommene Beweisantrag hier angesichts der Besonderheiten des Prozeßverlaufs von den Klägern konkludent auch zum Gegenstand ihres Berufungsvorbringens gemacht worden ist.

(a) Da das Landgericht sich bereits ohne Vernehmung der von den Klägern im ersten Rechtszug benannten Zeugin von einem Behandlungsfehler des Beklagten überzeugt und die Klage allein aus schadensrechtlichen Gründen abgewiesen hatte, war es verständlich und zur ordnungsgemäßen Begründung der Berufung auch ausreichend, daß die Kläger sich im

zweiten Rechtszug nicht mehr mit den ihnen günstigen Entscheidungsgründen des Landgerichts zum Behandlungsfehler des Beklagten, sondern allein mit den ihnen ungünstigen Ausführungen zur Frage des Schadens befaßten. Ihr Vorbringen ließ, wie sich u.a. aus den Angaben bei ihrer informatischen Anhörung vor dem Berufungsgericht ergibt, deutlich erkennen, daß die Kläger sich die ihnen günstigen Argumente der erstinstanzlichen Entscheidung zu eigen machen und ihre Berufung auch darauf stützen wollten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29. September 1993 - XII ZR 209/92 - NJW 1993, 3333, 3334 f).

(b) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum ausreichenden rechtlichen Gehör genügt ausnahmsweise eine nur pauschale Bezugnahme auf das Vorbringen der ersten Instanz den Anforderungen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, nämlich dann, wenn das erstinstanzliche Gericht ein unter Beweis gestelltes Vorbringen für unerheblich oder für bereits erwiesen erachtet hat, das Berufungsgericht diese Rechtsauffassung jedoch nicht teilt und es deshalb nunmehr auf den Sachvortrag oder ein in erster Instanz dazu angebotenes Beweismittel ankommt (BVerfGE 36, 92, 99 f; 60, 305, 311 f; BVerfG, Beschlüsse vom 16. Oktober 1991 - 2 BvR 458/89 - NJW 1992, 495 und vom 2. Januar 1995 - 1 BvR 234/94 - NJW-RR 1995, 828). In solchen Fällen kann bei zulässig erhobener Berufung der Streitstoff des ersten Rechtszuges in der Berufungsinstanz fortwirken; er kann dann von der Partei nur durch eine Änderung ihrer Behauptungen oder Anträge unerheblich gemacht werden (BVerfGE 60, 305, 309).

(c) Im Streitfall haben die Kläger nun allerdings vor dem Berufungsgericht auf ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug mit dem darin angebotenen Zeugenbeweis nicht ausdrücklich pauschal Bezug genommen. Es fragt sich jedoch, ob nicht zumindest in besonders gelagerten Fällen wie hier auch die letztlich nur formelhafte globale Bezugnahme auf den Sachvortrag der ersten Instanz als entbehrlich angesehen werden kann (so generell MünchKommZPO-Peters, § 139 Rdn. 30). Sind nämlich, wie im Streitfall, keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Berufungskläger einen im ersten Rechtszug gestellten Beweisantrag in der Berufungsinstanz fallen lassen will, obwohl diesem Antrag angesichts der vom erstinstanzlichen Gericht abweichenden Rechtsauffassung des Berufungsgerichts gerade hier erst seine eigentliche Bedeutung zukommt, dann sind an die Annahme einer stillschweigenden Weiterverfolgung des Beweisantrags jedenfalls keine zu hohen Anforderungen zu stellen. So kann sich u.U. schon aus dem in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, daß durch die Stellung der Anträge der gesamte, bis zum Termin angefallene Akteninhalt zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wird (BGH, Urteile vom 16. Juni 1992 - XI ZR 166/91 - WM 1992, 1269, 1271; vom 9. Juni 1994 - IX ZR 125/93 - WM 1994, 2113, 2115/2116 und vom 7. Dezember 1995 - III ZR 141/93 - NJW-RR 1996, 379), eine stillschweigende Bezugnahme auch auf erstinstanzliche Beweisanträge ergeben (KG NJW 1990, 844; Zöllner/Greger, ZPO 20. Aufl., Vor § 284 Rdn. 3; s. auch Ankermann, AK ZPO, § 526 Rdn. 2).

bb) Die Frage einer ausreichenden konkludenten Bezugnahme der Kläger auf ihren im ersten Rechtszug angebotenen

Zeugenbeweis bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn dem Berufungsgericht ist, wie die Revision mit Recht rügt, jedenfalls insoweit ein Verfahrensfehler unterlaufen, als es von der Beweiserhebung abgesehen hat, ohne zuvor gemäß § 139 Abs. 1 ZPO bei den Klägern nachzufragen, ob sie ihren in erster Instanz gestellten Beweisantrag aufrechterhalten wollten.

(a) Wie schon das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht von einer solchen Ausübung des Fragerechts absieht, obwohl keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Partei eine im ersten Rechtszug unter Beweis gestellte Behauptung im zweiten Rechtszug bewußt beweislos lassen will (RG JW 1904, 387 f; 1906, 114; RG Recht 1925 S. 51 Nr. 1; s. auch RGZ 156, 257, 262 f).

Die Vorschrift des § 139 Abs. 1 ZPO dient der Verwirklichung des sachlichen Rechts (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 55. Aufl., § 139 Rdn. 2). Sie begründet für das Gericht u.a. die Pflicht, darauf hinzuwirken, daß die Parteien ihre Beweismittel bezeichnen. Dadurch soll, wie sich schon aus den vorgenannten Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt, insbesondere verhindert werden, daß eine Partei, die Beweismittel beibringen kann und will, dies aufgrund eines bloßen Versehens unterläßt (s. auch BVerfG, Beschluß vom 2. Januar 1995 - aaO; BGH, Urteile vom 13. März 1981 - I ZR 65/79 - NJW 1982, 581, 582 und vom 4. April 1990 - IV ZR 69/89 - NJW-RR 1990, 831; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO, § 139 Rdn. 54).

(b) Im Streitfall hat das Berufungsgericht, wie sich aus seinen Ausführungen ergibt, keine Umstände dafür zu erkennen vermocht, daß die Kläger auf den von ihnen im ersten Rechtszug beantragten Zeugenbeweis in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückgreifen wollten. Wenn das Gericht diesen Beweisantrag dennoch für nicht mehr gestellt erachten wollte, dann gebot es die ihm obliegende Fürsorgepflicht, zuvor bei den Klägern nachzufragen.

3. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht im Sinne des § 563 ZPO aus anderen Gründen als richtig dar. Entgegen der Ansicht des Landgerichts fehlt es nicht an einem ersatzfähigen Schaden der Kläger.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats hat der Arzt, der bei einem rechtswirksamen, auf Verhinderung der Zeugung eines Kindes und der damit verbundenen wirtschaftlichen Belastung der Eltern gerichteten Behandlungsvertrag seine Beratungspflichten verletzt, so daß es zur Geburt eines Kindes kommt, den Eltern in Höhe der dadurch begründeten Unterhaltsbelastung Schadensersatz zu leisten (vgl. zuletzt BGHZ 124, 128, 135 ff; Senatsurteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - VersR 1995, 1099, 1100 f). Dies gilt bei fehlerhafter Beratung über die Sicherheit der empfängnisverhütenden Wirkung eines vom Arzt verordneten Hormonpräparats nicht anders als bei unzutreffender Auskunft über die Sicherheit eines von ihm durchgeführten Sterilisationseingriffs.

b) Die rechtlichen Bedenken, die es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verbieten, das Dasein eines Kin-

des als Schadensquelle zu qualifizieren und die Unterhaltsbelastung der Eltern als Schaden zu begreifen (BVerfGE 88, 203, 296), stehen, wie der erkennende Senat in seinen oben genannten Entscheidungen dargelegt hat, bei der zur Zeugung eines ungewollten Kindes führenden fehlerhaften Beratung eines Arztes einem Schadensersatzanspruch der Eltern nicht entgegen. Hieran hält der Senat trotz der dazu von der Revisionserwiderung erhobenen Rüge fest.

c) Dem von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzanspruch steht schließlich auch nicht der Umstand entgegen, daß der mit dem Beklagten abgeschlossene Behandlungsvertrag nicht in erster Linie auf eine Schwangerschaftsverhütung, sondern auf die Behebung eines Hormonmangelzustandes der Klägerin gerichtet war. Wie nämlich zwischen den Parteien außer Streit ist, ging es der Klägerin zugleich auch um eine Empfängnisverhütung. Aus diesem Grunde waren die vom Beklagten in dieser Hinsicht abgegebenen Erklärungen vom Inhalt des Behandlungsvertrages und den damit vom Beklagten übernommenen Schutzpflichten umfaßt mit der Folge, daß eine fehlerhafte Beratung Schadensersatzansprüche auslösen konnte.

### III.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit gemäß § 565 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Sofern dieses nach weiterer Verhandlung einen Beratungsfehler des Beklagten bejahen sollte, wird es bezüglich des Umfangs des zu ersetzenden Schadens im Rahmen

des Feststellungsbegehrens das Senatsurteil vom 4. März  
1997 - VI ZR 354/95 - FamRZ 1997, 669, 670 f - zu beachten  
haben.

Groß

Dr. Lepa

Bischoff

Dr. v. Gerlach

Dr. Greiner