

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 138/79

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
27. Januar 1981
Freudenstein
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Bauführers Heinz S [REDACTED],
Sch[REDACTED]straße [REDACTED], M[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Facharzt Dr. med. Udo L [REDACTED],
Orthopädische Universitäts-Klinik (H[REDACTED]stiftung), M[REDACTED],
2. das Land Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch den Minister für Wissenschaft und Forschung,
dieser vertreten durch den Rektor der Westfälischen
W[REDACTED]-Universität M[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. März 1979 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin seine Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Münster vom 26. Februar 1976 zurückgewiesen worden ist, jedoch hinsichtlich des Zweitbeklagten mit Ausnahme der Abweisung der Klage auf Feststellung des immateriellen Zukunftschadens.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, zuletzt als Bauführer tätig, erkrankte im Jahre 1973 an einer aseptischen Hüftkopfnekrose links, die zu seiner Arbeitsunfähigkeit führte. Am 20. Februar 1974 nahm der Erstbeklagte unter Mitwirkung zweier Assistenzärzte in der orthopädischen Universitätsklinik M., dessen Träger das zweitbeklagte Land ist, an der erkrankten Hüfte

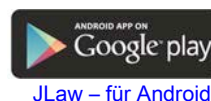
- 3 -

eine Totalendoprothese nach Charnley Müller vor. Während der Operation kam es zu einem Zwischenfall; die neue Hüftpfanne mußte, weil sie nicht richtig lag, wieder entfernt und neu eingepaßt werden. Bei der Operation verwendeten die Ärzte neben Bauchtüchern etwa 50 mittelgroße Tupfer zur Blutstillung und Trockenlegung des Operationsfeldes. Diese waren nicht markiert und nicht armiert; sie waren auch nicht gezählt. Ein Tupfer verblieb versehentlich in der Operationswunde. Diese verheilte zunächst, so daß der Kläger die Klinik am 13. März 1974 verlassen konnte. Als bald bildete sich indessen eine Fistel. Der Kläger begab sich deshalb am 21. März 1974 erneut in die Klinik, wo am 16. April 1974 eine Fistelrevision vorgenommen wurde. Da der Fistelgang augenscheinlich nicht bis zum Hüftgelenk führte, wurde lediglich das Fistelgewebe entfernt und eine Spüldrainage eingelegt. Nach Ausheilung der Wunde wurde der Kläger am 7. Juni 1974 entlassen. Bereits am 10. Juni 1974 begab er sich wieder in die Klinik wegen einer erneuten Fistelbildung. Bei der Operation am 25. Juni 1974 wurde nunmehr der Tupfer aufgefunden und entfernt. Darauf verheilte die Wunde rasch, so daß der Kläger die Klinik am 17. Juli 1974 endgültig verlassen konnte. Inzwischen hatte ihm sein Arbeitgeber am 10. Mai 1974 das Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 1974 gekündigt. Der Kläger hat seitdem nicht wieder gearbeitet und erhält eine Berufsunfähigkeitsrente.

Der Kläger nimmt den Erstbeklagten auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes, ferner beide Beklagte auf Ersatz seines Verdienstaufalles für die Zeit vom 1. Juni 1974 bis zum 30. April 1975 sowie auf Feststellung ihrer Ersatzpflicht hinsichtlich der Zukunftsschäden in Anspruch.



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



Er hält das Zurücklassen des Tupfers in der Operationswunde für einen schweren Behandlungsfehler des Erstbeklagten und trägt vor, ohne diesen Fehler bei der ersten Operation wäre er spätestens am 1. Juni 1974 für eine überwiegend sitzende Tätigkeit arbeitsfähig gewesen und hätte eine solche Arbeit auch gefunden. Die verzögerte Heilung der Operationswunde und die beiden nachfolgenden Fisteloperationen hätten im Zusammenhang mit der erforderlichen medikamentösen Behandlung dazu geführt, daß die Muskulatur seines linken Beines irreversibel geschädigt worden sei und er nach wie vor starke Schmerzen erleiden müsse. Hinzu kämen ein Leberschaden und eine chronische Magenschleimhautentzündung, ferner Potenzstörungen, was alles auf die fehlerhafte Behandlung durch den Erstbeklagten zurückzuführen sei.

Die Beklagten tragen demgegenüber vor, daß das Zurücklassen des Tupfers in der Operationswunde allenfalls ein leichtes Verschulden des Erstbeklagten begründen könne. Im übrigen bestreiten sie, daß die Erwerbsunfähigkeit und die Beschwerden des Klägers auf diesen Fehler zurückzuführen sind.

Das Landgericht hat den Erstbeklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 6.000 DM verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht ihm gegen den Erstbeklagten ein weiteres Schmerzensgeld von 2.000 DM zugesprochen, sein Rechtsmittel im übrigen jedoch zurückgewiesen. Der Erstbeklagte hat seine Verurteilung nicht angegriffen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine abgewiesenen Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht sieht in dem Zurücklassen des Tupfers in der Operationswunde zwar einen schuldhaften Behandlungsfehler des Erstbeklagten, der Schadensersatzansprüche des Klägers rechtfertige. Es hält indessen mit Ausnahme der verzögerten Heilung und der erforderlich gewordenen Zusatzoperationen weitere Gesundheitsstörungen des Klägers, die auf den Behandlungsfehler zurückzuführen sind, nicht für bewiesen. Eine Umkehr der Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und eingetretenem Schaden zu Gunsten des Klägers lehnt das Berufungsgericht ab, weil der Erstbeklagte keinen schweren Behandlungsfehler begangen habe. Zwar hätte sein Fehler durch sorgfältiges Zählen der Tupfer vermieden werden können. Indessen habe die durchgeführte Hüftoperation ein großes und schwer übersehbares Operationsgebiet verursacht, das selbst bei größter Sorgfalt einen vollgesogenen Tupfer für den Operateur nicht mehr erkennbar und ertastbar mache. Hinzu komme die bei der Operation aufgetretene Komplikation, die ein rasches Handeln des Operateurs erforderlich gemacht habe.

Die Kündigung des Klägers im Jahre 1974 sei wegen mangelnden Arbeitsanfalles ausgesprochen worden. Sie sei ebensowenig wie die andauernde Arbeitsunfähigkeit des Klägers auf die Fisteloperationen, sondern auf sein Grundleiden zurückzuführen.

II.

Das hält den Revisionsangriffen nicht stand.

1. Das Berufungsgericht prüft bei der Erörterung des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler des Erstbeklagten, den es im Zurücklassen des Tupfers erblickt, und dem behaupteten Schaden des Klägers, nämlich seinem Verdienstaussfall, ob zu Gunsten des Klägers eine Beweislastumkehr in Betracht kommt, weil dem Erstbeklagten ein grober Behandlungsfehler anzulasten sei. Dabei verkennt es offenbar Grund und Reichweite der von der Rechtsprechung entwickelten Beweisregeln für die Kausalität im Falle eines solchen groben Behandlungsfehlers. Zu Unrecht erwägt es eine entsprechende Anwendung des § 282 BGB, einer Vorschrift des Vertragsrechts, die sich ohnehin nicht mit der Kausalität, sondern dem Verschulden befaßt; daher kann die Vorschrift nicht dazu führen, das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs dem Arzt aufzubürden. Es erscheint vielmehr billig, ihn dafür einstehen zu lassen, daß er durch einen leichtfertig begangenen Fehler die Lage herbeigeführt hat, die nicht mehr erkennen läßt, ob sein Versagen oder eine andere Ursache den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat (Senatsurteil vom 11. April 1967 - VI ZR 61/66 - LM § 286 7 ZPO Nr. 55 = VersR 1967, 713; stRspr). Die besonderen Umstände des Arzthaftpflichtprozesses gebieten aber eine solche Beweiserleichterung für den Patienten nur für die Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen dem (groben) Behandlungsfehler des Arztes und der dadurch nach der Behauptung des Patienten verursachten körperlichen Schädigung. Die sich dann anschließende Frage, ob diese Schädigung bei ihm zu einer Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit und

zu einem Verdienstausschlag geführt hat, beantwortet sich nach den allgemeinen Beweisregeln des Schadensersatzrechts, mithin als Frage der haftungsausfüllenden Kausalität nach § 287 ZPO. Es ist schon nicht auszuschließen, daß die falsche rechtliche Sicht des Berufungsgerichts in diesem Punkte seine Entscheidung insgesamt beeinflußt hat.

2. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts über den Verlauf der Operation, insbesondere über die Umstände, die zu dem Zurücklassen des Tupfers geführt haben, lassen eine abschließende Beurteilung der Frage, ob dieser Fehler (von einem solchen gehen auch die Beklagten aus), auf einer groben Vernachlässigung der gebotenen ärztlichen Sorgfaltspflichten beruht, nicht zu.

a) Allerdings hängt es von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab, ob den operierenden Ärzten ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß sie im Operationsgebiet einen Fremdkörper zurückgelassen haben (so schon BGHZ 4, 139, 144 ff; ferner Senatsurteile vom 29. Juni 1953 - VI ZR 88/52 - VersR 1953, 338; vom 16. April 1955 - VI ZR 72/54 - VersR 1955, 344; vom 16. Oktober 1956 - VI ZR 308/55 - VersR 1956, 714; vom 4. Oktober 1957 - VI ZR 235/56 - VersR 1957, 786; vom 25. November 1958 - VI ZR 226/57 - VersR 1959, 365; vgl. auch Deutsch, VersR 1977, 103). Jedenfalls müssen sie alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen ein solches Mißgeschick treffen, wozu bei textilen Hilfsmitteln deren Kennzeichnung (ggf. mit Röntgenstreifen zur Erleichterung alsbaldiger späterer Auffindung), eine Markierung, das Zählen der verwandten Tupfer und dergl. gehören können. Im Einzelfall kann in der Außerachtlassung solcher gebotenen Maßnahmen auch ein grober Behandlungsfehler liegen.

b) Im Streitfall hat der Erstbeklagte, wie das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils feststellt, während der Operation zur Blutstillung etwa 50 mittelgroße rechteckige Tupfer verwendet, die ihm von dem ersten Assistenten einzeln mit einer Klemme vom Tablett zugereicht worden sind und die er nach Gebrauch sofort wieder entfernt hat. In den Entscheidungsgründen ist dann jedoch von zur Blutstillung eingelekten Tupfern die Rede, die in den unübersichtlichen Nischen des Operationsgebietes nicht mehr erkennbar und für die behandelten Finger des Operateurs nicht mehr erfaßbar seien. Das könnte darauf hindeuten, daß das Berufungsgericht der schriftsätzlichen Darstellung der Beklagten in erster Instanz über das "Tupfen" im vollen Umfang hat folgen wollen. Danach pflegte der Erstbeklagte bei größeren Blutungen mit der Hand mehrere Tupfer zugleich zu nehmen, mit denen die Blutung abgestoppt wird; diese Tupfer würden dann unter Umständen in der Operationswunde gelassen und erst später wieder herausgenommen. Eine solche Abdichtung sei wahrscheinlich im Falle des Klägers beim Wiederherausnehmen der Pfanne erforderlich geworden, bei dem wegen der schnellen Erhärtung des verwandten Knochenzementes Eile geboten gewesen sei.

Ohne Aufklärung dieses Widerspruchs ist für das Revisionsverfahren von dem geschilderten Vortrag der Beklagten auszugehen. Wie ein solches Verfahren aus medizinischer Sicht zu beurteilen ist, vermag der Senat aus eigener Sachkunde nicht zu entscheiden. Es wird durch sachverständige Beratung, an der es bisher, von allgemein gehaltenen, den konkreten Fall nicht erschöpfenden Erörterungen des bisherigen gerichtlichen Sachverständigen abgesehen, fehlt, zu klären sein, in welcher Weise

ein sorgfältiger Chirurg bei der Operation des Klägers die Tupfer verwendet hätte und welche Vorkehrungen er gegen das Zurücklassen eines Tupfers im Wundgebiet üblicherweise getroffen hätte. Von Bedeutung wird es dann auch sein, ob die während der Operation des Klägers eingetretene Komplikation für den Verbrauch von Tupfern in derart großer Menge ursächlich war, ob und wie auch für solche Zwischenfälle Vorsorge zu treffen ist und ob, wie der Kläger meint, schon die Komplikation selbst vom Erstbeklagten verschuldet ist. Zur Aufklärung der tatsächlichen Vorgänge bei der Operation wird das Berufungsgericht übrigens auch den Operationsbericht, der sich nicht bei den überreichten Krankenunterlagen befindet, heranziehen und den Sachverständigen zur Verfügung zu stellen haben. Ohne den Operationsbericht (gegebenenfalls das Narkoseprotokoll), der die wichtigste Dokumentation in Arztfehlerprozessen ist, kann sich der Richter kein verlässliches Bild über den ohnehin meist schwer aufzuklärenden Geschehensablauf einer Operation machen. Erst dann wird sich beurteilen lassen, ob dem Erstbeklagten im Zusammenhang mit der Verwendung der Tupfer ein grober Behandlungsfehler unterlaufen ist.

3. Der Fehler des Erstbeklagten, wie schwer er auch immer zu bewerten ist, hat zwar nicht die Einheilung der Hüftgelenksprothese selbst verzögert. Wohl aber hatte der in der Wunde zurückgebliebene Tupfer zu einer Fistelbildung geführt, die zwei Nachoperationen des Klägers erforderlich machte und dessen Gesundungsprozeß mindestens insoweit verzögerte, als er etwa erst vier Monate später als sonst mit den nötigen kontinuierlichen Bewegungs- und Belastungsübungen des Beines beginnen konnte. Das Berufungsgericht meint - möglicherweise, wie erörtert, unter Verkennung der

Beweislast - daß dennoch der jetzige Zustand des linken Beines und Hüftgelenkes des Klägers (durch die Fehlbehandlung verursachte internistische Schäden behauptet auch die Revision des Klägers nicht mehr) nur auf sein Grundleiden zurückzuführen sei. In diesem Zusammenhang rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht sich mit der Behauptung des Klägers, ohne die Verzögerung bei der Heilung wäre er so wiederhergestellt worden, daß er eine Erwerbstätigkeit hätte übernehmen können, nicht auseinandergesetzt hat. Der in zweiter Instanz bestellte gerichtliche Sachverständige hat sich dazu nicht geäußert. Warum das Berufungsgericht diesem Vortrag des Klägers nicht nachgegangen ist, ist aus dem angefochtenen Urteil nicht ersichtlich; mithin hat es wesentliches Vorbringen des Klägers übergangen. Ohne eine Beweiserhebung und anschließende Feststellung hierzu läßt sich nämlich nicht beurteilen, in welchem Umfang der Fehler des Erstbeklagten bei der ersten Operation für die verbliebene körperliche Schädigung des Klägers ursächlich geworden ist. Der Revision ist zuzugeben, daß die Klärung jedenfalls dieser Frage zweckmäßigerweise durch Einholung des Gutachtens eines erfahrenen Orthopäden erfolgen sollte.

4. Das angefochtene Urteil beruht auf den dargelegten Rechtsfehlern und Verfahrensverstößen.

a) Der Erstbeklagte haftet dem Kläger nach §§ 823 Abs. 1, 847 BGB auf Zahlung eines Schmerzensgeldes, soweit er durch das von ihm verschuldete Zurücklassen des Tupfers in der Operationswunde dem Kläger immaterielle Schäden zugefügt hat. Für die Bemessung des Schmerzensgeldes spielt auch eine Rolle, ob der Kläger neben den vom Berufungsgericht berücksichtigten Schmerzen und Unannehmlichkeiten infolge der verzögerten Heilung und Nachoperationen aufgrund des

Fehlverhalten des Erstbeklagten auf die Dauer erwerbsunfähig geworden ist; die darin liegende Einbuße an Lebensfreude kann nicht schon durch Ersatz des Verdienstausfalls ausgeglichen werden.

b) Beide Beklagte haften dem Kläger darüber hinaus wegen schuldhafter Verletzung des Krankenhausvertrages auf Ersatz seines Verdienstaufalles, soweit dieser auf die Fehlbehandlung zurückzuführen ist. Wieweit das der Fall ist, wird das Berufungsgericht unter Anwendung des § 287 ZPO gegebenenfalls zu prüfen haben, wenn es nach weiterer Aufklärung und erneuter Prüfung zum Ergebnis kommen sollte, daß die Herbeiführung der Erwerbsunfähigkeit des Klägers vom Erstbeklagten verursacht worden und von ihm zu vertreten ist. Das gleiche gilt für die Feststellungsanträge des Klägers hinsichtlich des materiellen Zukunftsschadens. In diesem Zusammenhang ist allerdings entgegen der Ansicht der Revision die Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die Kündigung des Klägers durch seinen bisherigen Arbeitgeber im Mai 1974 habe mit den erforderlich gewordenen Nachoperationen nichts zu tun. Insoweit hat das Berufungsgericht ohne ersichtlichen Rechtsverstoß den Inhalt des an den Kläger gerichteten Kündigungsschreibens in tatsächlich möglicher Weise gewürdigt; das muß die Revision hinnehmen. Das schließt freilich nach den bisherigen Feststellungen nicht aus, daß es dem Kläger gerade infolge der verzögerten Heilung und daraus folgenden Dauerschäden nicht möglich gewesen ist, eine andere Arbeitsstelle (etwa mit überwiegend sitzender Tätigkeit) zu finden - also nicht schon deshalb, weil er auch ohne den bei seiner Operation unterlaufenen Fehler infolge seiner schweren Hüftgelenkserkrankung erwerbsunfähig geworden wäre.

III.

Der Rechtsstreit muß demnach unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dabei wird der Kläger Gelegenheit haben, auch seine weiteren Revisionsrügen, insbesondere zu der von ihm behaupteten Beeinträchtigung seiner Potenz, dem Tatrichter vorzutragen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision bleibt zweckmäßigerweise insgesamt dem Berufungsgericht vorbehalten, das dabei die teilweise Nichtannahme der Revision des Klägers (§ 554 b ZPO) zu beachten haben wird.

Dr. Weber

Dunz

Scheffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann