

V e r k ü n d e t

2338 063

am 25. November 1958
Hirth, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Elisabeth B [REDACTED] in N [REDACTED], O [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten, Berufungseklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Cafetierseheleute Isidor und Else H [REDACTED] in F [REDACTED],
S [REDACTED] straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. November 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. Meiß und der Bundesrichter
Dr. Engels, Hanebeck, Dr. Hauß und Heinrich Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Nürnberg vom 9. Juli 1957 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist die Erbin des am 25. November 1954 verstorbenen Facharztes für Chirurgie Dr. B. Dieser hatte am 6. November 1950 bei der Klägerin eine Kropfoperation vorgenommen. Nach der Operation stellte sich bei der Klägerin eine eiternde Fistel ein, die Dr. B. durch Einlegen von Penicillinstäbchen behandelte. Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus war die Klägerin in ambulanter Behandlung bei Dr. B. bis zu dessen Erkrankung am 3. Januar 1951. In der Folgezeit begab sich die Klägerin, da die Fistel nicht ausheilte und sich ein Abszeß mit Durchbruch in den Schlund gebildet hatte, zu dem Facharzt Dr. Sp. in Behandlung, der sie in die Städtische Krankenanstalt in N. einwies. Dort wurde sie am 21. Mai 1951 erneut operiert. Hierbei wurde nach Erweiterung der Fistel in der Tiefe eine etwa 20 cm lange und 5 cm breite Mullkompressen aufgefunden und entfernt. Am 18. Juni 1951 erlitt die Klägerin einen Anfall, wobei sie bewußtlos wurde, tonisch-klonische Zuckungen hatte und sich auf die Zunge biß. Der hinzugezogene Psychiater Dr. von B. stellte fest, daß es sich um einen epileptiformen Anfall auf tetanischer Grundlage handelte. Am 5. Juli 1951 wurde die Klägerin aus dem Krankenhaus entlassen mit der Anweisung, zur Vorbeugung gegen weitere Anfälle von Tetanie täglich 40 Tropfen des Medikaments AT 10 einzunehmen. Die Klägerin leidet seither an Schluckbeschwerden, die von einer Divertikelbildung im Schlund herrühren, an einer Bewegungsbehinderung des Kopfes und, wie sie behauptet, an Tetanie.

Die Kläger haben behauptet, die Leiden der Klägerin seien darauf zurückzuführen, daß Dr. B. unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt in der Operationswunde

- 3 -

eine Kompresse zurückgelassen habe. Sie haben Ersatz ihres Vermögensschadens, Zahlung eines ins richterliche Ermessen gestellten Schmerzensgeldes an die Klägerin sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte zum Ersatz ihrer zukünftigen Schäden verpflichtet ist.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin eine monatliche Rente von 26 DM als Ersatz für die Aufwendungen zur Beschaffung des Heilmittels AT 10 sowie ein Schmerzensgeld von 5000 DM, an den Kläger den Betrag von 250 DM als Ersatz für entgangene Dienste der Klägerin für die Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 1951 zu zahlen.

Außerdem hat es die begehrte Feststellung getroffen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden.

Das Berufungsgericht geht zwar mit Recht davon aus, daß das Zurückbleiben der Kompresse in der Operationswunde auf eine Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt durch Dr. B. zurückzuführen ist. Nach der ohne Verfahrensverstöß getroffenen, von der Revision auch nicht beanstandeten Feststellung des Urteils hat Dr. B. es unterlassen, vor und nach der Operation die verwendeten Kompressen nachzuzählen. Er hat es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts



außerdem versäumt, die Kompressen gegen das Verschwinden in der Operationswunde in der erforderlichen Weise zu sichern. Im Berufungsurteil wird hierzu ausgeführt, nach dem Gutachten von Prof.Dr. Geißendörfer vom 23. Juli 1956 sei als Vorichtsmaßnahme gegen das Verschwinden von Kompressen zumindest erforderlich, diesen eine genügende Länge zu geben, damit sie aus der Wunde herausragten. Aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten ergebe sich aber einwandfrei, daß Dr. B. diese Sicherungsmaßregel nicht angewandt habe. Sie führe im Schriftsatz vom 2. Oktober 1954 S. 5 aus, bei Kropfoperationen könnten die Tampons auch nicht durch Heraushängen eines Zäpfels gesichert werden, da sie den Zugang zum Operationsgebiet in unzulässiger Weise behindern würden. Im Schriftsatz vom 14. Oktober 1956 ergänze sie diese Ausführungen dahin, daß man die Tampons, um sorgfältig weiteroperieren zu können, auch nicht aus dem Operationsgebiet heraushängen lassen und irgendwie befestigen könne. Aus diesem Vorbringen müsse entnommen werden, daß Dr. B. die Tampons nicht durch Herausragenlassen aus der Wunde gesichert habe. Die Aussage der Operationsschwester F., die keine Angaben über die Länge der Tampons gemacht und lediglich bezeugt habe, daß sie gelegentlich eine Klemme an dem heraushängenden Teil eines Tampons zur Sicherheit befestigt habe, stehe dieser Annahme nicht entgegen.

Diese Beweiswürdigung wird von der Revision vergeblich angegriffen. Ein Verstoß gegen die Denkgesetze oder einen Erfahrungssatz ist nicht ersichtlich. Es kann der Revision auch nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten aus dem Zusammenhang gerissen und mißverstanden habe. Im Schriftsatz der Beklagten vom 2. Oktober 1954 ist ganz allgemein die Ansicht vertreten, daß ein Herausragenlassen des Tampons um deswillen nicht angängig sei, weil dadurch der Zugang zum Operationsgebiet zu sehr

behindert würde, während andererseits behauptet wird, das Absuchen der Wunde nach Fremdkörpern und das Abzählen der verwendeten Tampons sei erfolgt. Wenn das Berufungsgericht hieraus entnimmt, daß Dr. B. die Tampons nicht habe herausragen lassen, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision rügt weiter zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die schriftlichen Aussagen der Zeugen Dr. L. und Dr. St., die zurückgebliebene Kompresse sei 20 cm lang gewesen, übersehen. Das Urteil führt die Länge der Kompresse von 20 cm bereits im Tatbestand als unbestritten an und kommt auf sie zurück bei der Behandlung der Ausführungen des Landgerichts über den Anscheinsbeweis. Selbst wenn man mit der Revision die Länge von 20 cm als ausreichend erachten will, um ein Herausragen der Kompresse aus der Wunde zu ermöglichen, so steht das der Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, Dr. B. habe die Kompressen nicht herausragen lassen, weil er dies nach seinem eigenen Vorbringen als übermäßig schwierig erachtet habe, nicht entgegen. Die Feststellung des Berufungsgerichts läßt nach alledem keinen Rechtsverstoß erkennen. Damit steht fest, daß Dr. B. außer dem Absuchen des Operationsgebiets jede weitere Sicherungsmaßnahme gegen das Verschwinden von Kompressen unterlassen hat. Zwar bietet keine der erwähnten Maßnahmen für sich allein eine volle Sicherheit gegen das Zurückbleiben von Fremdkörpern in der Operationswunde. Das darf jedoch nicht dazu führen, daß der Arzt jede Sicherungsmaßnahme unterläßt. Er ist vielmehr zur Gewährleistung einer größtmöglichen Sicherheit verpflichtet, alle in der ärztlichen Praxis gebräuchlichen und von der Fachwissenschaft für erforderlich gehaltenen Sicherungsmethoden nebeneinander anzuwenden. (BGH NJW 1956, 1834; RM § 282 BGB Nr.2). Da Dr. B. dies unterlassen hat, steht sein Verschulden und damit seine Schadensersatzpflicht aus § 823 BGB sowie aus positiver Vertragsverletzung außer Zweifel.

Die Revision beanstandet schließlich zu Unrecht, das Berufungsurteil lasse bei dem Zuspruch des Betrages von 250 DM an den Kläger nicht erkennen, auf welchen Krankheitserscheinungen der Ausfall der Mitarbeit der Klägerin beruhe. Die Revision übersieht, daß das Berufungsgericht die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils als rechtsirrtumsfrei bestätigt, in denen die verminderte Arbeitsfähigkeit der Klägerin lediglich auf ihre allgemeine gesundheitliche Beeinträchtigung durch die mehrmonatige Eiterung der Operationswunde und die zweite Operation zurückgeführt und ihre Dauer sowie ihr Ausmaß in freier Schätzung nach § 287 ZPO festgelegt wird.

Mit Recht rügt dagegen die Revision, daß das Berufungsgericht die Regeln des Anscheinsbeweises, insbesondere die in dem Urteil BGHZ 11, 227 hierzu niedergelegten Grundsätze verkannt hat. In dieser Entscheidung ist folgender Grundsatz aufgestellt: Kann ein festgestelltes Krankheitsbild die Folge verschiedener Ursachen sein, liegen aber nur für eine dieser möglichen Ursachen bestimmte Anhaltspunkte vor, so spricht der Beweis des ersten Anscheins für diese Ursache, selbst wenn sie im Vergleich zu den anderen möglichen Ursachen relativ selten und das festgestellte Krankheitsbild keine typische Folge dieser Ursachen ist. Nach dieser Regel gilt für den vorliegenden Fall folgendes: Nach dem Gutachten von Prof. Dr. Geißendörfer vom 10. April 1954, dem das Berufungsgericht insoweit folgt, ist die Divertikelbildung, auf der die Schluckbeschwerden der Klägerin beruhen, die Folge einer Vernarbung in der Nähe der Speiseröhre. Für die Entstehung dieser Vernarbung kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, und zwar eine von Dr. B. verschuldete und eine unverschuldete. Die Vernarbung kann verursacht sein durch die bei der Kropfoperation, auch bei ordnungsgemäßer Ausführung, notwendig entstehende Operationswunde, sie kann aber auch auf der von Dr. B. verschuldeten Eiterung beruhen. Beide Möglichkeiten stehen

nach dem Gutachten gleichwertig nebeneinander. Für beide Möglichkeiten bestehen konkrete Anhaltspunkte, und zwar für die erste die Operationswunde, für die zweite die spätere Eiterung. Das hat das Berufungsgericht verkannt. Kann eine Verletzung auf zwei mögliche Ursachenreihen zurückgeführt werden und liegen für beide konkrete Anhaltspunkte vor, so kommt ein Anscheinsbeweis nicht in Betracht. Es ist vielmehr Sache der beweispflichtigen Kläger, die vom Beklagten nicht verschuldete Möglichkeit auszuräumen.

Gleiches gilt für die vom Berufungsgericht festgestellte Tetanie der Klägerin. Auch für ihre Entstehung bestehen dieselben beiden Möglichkeiten, für welche die gleichen konkreten Anhaltspunkte vorliegen wie bei der Divertikelbildung.

Das Berufungsurteil kann daher nicht bestehen bleiben. Das Revisionsgericht ist aber nicht in der Lage, in der Sache endgültig zu entscheiden. Einmal verbleibt der Klägerin, auch wenn sie den ihr obliegenden Beweis nicht zu führen vermag, auf Grund der von Dr. B. verschuldeten monatelangen Eiterung und zweiten Operation ein Schmerzensgeldanspruch, über dessen Höhe das Revisionsgericht nicht befinden kann. Sodann handelt es sich bei der Beweiswürdigung um die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der von Dr. B. verschuldeten Körperverletzung und den von den Klägern auf diese zurückgeführten Körperschäden, über den nach feststehender Rechtsprechung das Gericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden hat (RGZ 128; 131; 168, 48; 155, 37, 40; BGH LM § 287 ZPO Nr. 3). Ob das Berufungsgericht dies erkannt hat, ist aus den Urteilsgründen nicht zu ersehen. In den genannten Entscheidungen ist eingehend dargelegt, daß und in welchem Umfang die Vorschrift des § 287 ZPO eine Beweiserleichterung für den Geschädigten darstellt. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung zu

prüfen haben, ob es nach seiner freien Überzeugung im Rahmen des § 287 ZPO den Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten von Dr. B. und den Körperschäden der Klägerin bejahen kann. Hinsichtlich der Tetanie spricht der Sachverständige von einem nur gelegentlichen Auftreten ohne Eiterungen im postoperativen Verlauf. Das könnte dem Berufungsgericht Anlaß zur Nachprüfung geben, - gegebenenfalls unter Einholung eines neuen Gutachtens - ein wie hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Entstehung der Tetanie infolge der vom Beklagten verschuldeten Vereiterung spricht. Daß für die freie richterliche Überzeugung nach § 287 ZPO unter Umständen eine hohe oder überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen und der Richter beim Versagen menschlicher Erkenntnismittel notfalls zur freien Schätzung greifen kann, ist in den vorgenannten Entscheidungen zutreffend dargelegt.

Der Rechtsstreit war nach alledem unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Senatspräsident Prof.Dr.Meiß
ist erkrankt.

Engels

Engels

Hanebeck

Heinrich Meyer

Dr. Hauß