

2203 047

VI ZR 229/60

V e r k ü n d e t
am 20. Juni 1961
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

der kaufmännischen Angestellten Lore A. [REDACTED] in
R. [REDACTED] b./Sch. [REDACTED], M. [REDACTED] platz [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

das Land B. [REDACTED]-W. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
das Kultusministerium B. [REDACTED]-W. [REDACTED], St. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundes-
richter Dr. K.E.Meyer, Hanebeck, Dr. Hauß und
Dr. Pfretzschner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom
8. Juni 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der Klägerin
auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die am ■. ■ 1926 geboren ist, litt seit 1943 an Schmerzen im Kopf hinter und unter dem linken Ohr. Trotz laufender Untersuchungen und Behandlungen, insbesondere auch in der medizinischen Klinik und der Nervenklinik in T■■■■, dem Bürgerhospital in St■■■■ und der Chirurgischen Klinik und Nervenklinik der Universität Str■■■■ ergab sich keine dauernde Besserung. Wegen einer neuen Verschlechterung bagab sich die Klägerin im Herbst 1944 wieder in die medizinische Klinik der Universität T■■■■, wurde am 18. Oktober 1944 in die Nervenklinik überwiesen und einige Tage danach auf ihren Wunsch aus der dritten Klasse in die zweite Klasse dieser Klinik verlegt. Die Nervenklinik wurde damals von Prof. Dr. E■■■■ kommissarisch geleitet, da der bisherige Direktor Prof. Dr. H■■■■ gestorben war. Um zur Prüfung des Verdachts auf einen Gehirntumor mit Hilfe eines Kontrastmittels Röntgenaufnahmen von dem Kopf der Klägerin anzufertigen, nahm der an der Klinik angestellte Oberarzt Dr. Br■■■■, damals Universitätsprofessor in Ma■■■■, eine Thorotrast-Injektion in die Halsschlagader vor. Dabei gelangte das Thorotrast - nach Behauptung des beklagten Landes wegen eines Krampfanfalles der Klägerin - mindestens zum Teil in das die Arterie umgebende Gewebe. Die Arteriografie mißlang. Am 21. Dezember 1944 wurde die Klägerin aus der Klinik nach Hause entlassen. Auch in der Folgezeit litt die Klägerin unter erheblichen gesundheitlichen Beschwerden. So kehrten Krampfanfälle, die schon vorher aufgetreten waren, nach ihrer Behauptung bis etwa 1953 wieder. Es kam zu Sehstörungen infolge Doppeltsehens, die es erforderlich machten, daß die Klägerin seit 1950 eine Brille trägt, die ein Auge mit Mattglas abdeckt. Seit

- 3 -

Sommer 1955 leidet die Klägerin an Schmerzen im Hals, die in die Umgebung ausstrahlen. Sie hat Schmerzen auch im Arm, leidet unter ständiger Müdigkeit, zwischendurch an Ohrendruck, manchmal auch an starkem Herzklopfen. Es hat sich ergeben, daß sich an der rechten Halsseite in Höhe des Kieferwinkels ein Extravasat von Thorotrast mit voneinander abgegrenzten harten höckerartigen Einlagerungen gebildet hat, durch das die Klägerin einer dauernden Belastung durch radioaktive Strahlen ausgesetzt ist.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Ärzte hätten Thorotrast nicht als Kontrastmittel verwenden dürfen. Sie hätten schon damals wissen müssen, daß Thorotrast nicht aus dem Körper ausgeschieden werde und durch seine radioaktiven Strahlen zu schweren Spätschäden führe. Für eine Arteriografie habe überhaupt kein hinreichender Anlaß bestanden, der Verdacht auf einen Hirntumor sei durch die Untersuchung in Straßburg ausgeschlossen gewesen. Die Ärzte hätten es schuldhafterweise unterlassen, die Eltern der Klägerin über die Gefährlichkeit des Thorotrastes zu belehren und ihre Einwilligung in die Vornahme der Arteriografie mit diesem Mittel einzuholen. Für die Folgen der Injektion, zu denen außer den Schmerzen und Sehstörungen insbesondere auch gehöre, daß ihr von einer Eheschließung und Empfängnis abgeraten worden sei, hat die Klägerin das beklagte Land schadensersatzpflichtig gemacht. Sie hat für die Zeit bis zur Schlußverhandlung vor dem angerufenen Gericht ein in gerichtliches Ermessen gestelltes Schmerzensgeld verlangt und festzustellen beantragt, daß ihr das beklagte Land nach den Grundsätzen der Haftung aus unerlaubter Handlung den gesamten weiteren Schaden zu bezahlen habe, der ihr durch die Strahlenschädigung entstanden sei und noch entstehe.



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Dienstreise nach § 87a II. UrtG geschützt.

Das beklagte Land hat geltend gemacht, durch die Verlegung in die zweite Klasse der Klinik sei die Klägerin Privatpatientin von Prof. Dr. E. [REDACTED] geworden. Die Arteriografie sei wegen des Verdachts auf einen Hirntumor indiziert gewesen. Nach dem damaligen Stand der ärztlichen Wissenschaft sei die Verwendung von Thorotrast berechtigt gewesen; als Kontrastmittel habe es die besten Röntgenbilder geliefert; man habe die geringe Menge strahlender Substanz für unschädlich gehalten. Erst später habe sich die Gefährlichkeit des Thorotrastes herausgestellt und erst seit etwa 1950 sei man von seiner Verwendung abgegangen. Da eine Thorotrast-Arteriografie nach der Auffassung, die 1944 in der ärztlichen Wissenschaft geherrscht habe, eine ungefährliche diagnostische Maßnahme gewesen sei, habe es einer Belehrung und besonderen Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters nicht bedurft. Prof. Dr. E. [REDACTED] sei nicht verfassungsmäßiger Vertreter des beklagten Landes gewesen; er und Dr. Br. [REDACTED] seien für ihre Tätigkeit sorgfältig ausgewählt worden. Das Land hat im übrigen bestritten, daß die Beschwerden der Klägerin auf die Injektion zurückzuführen seien; Ursache sei ein organisches Nervenleiden.

Das Landgericht hat der Klägerin ein Schmerzensgeld von 2.000 DM zuerkannt und dem Feststellungsbegehren in Bezug auf künftig entstehende Schäden entsprochen. Daß in der Vergangenheit Vermögensschäden entstanden seien, hat das Landgericht nicht für bewiesen gehalten; insoweit hat es die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der gegen die Teilabweisung gerichteten Anschlußberufung der Klägerin die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat eine Schadensersatzpflicht des beklagten Landes weder aus Vertrag noch aus unerlaubter Handlung für begründet gehalten.

Da sich die Klägerin, so hat das Berufungsgericht in Anlehnung an die Entscheidung BGHZ 5, 321 ausgeführt, nach der Aufnahme in die Nervenklinik aus der dritten Klasse in die zweite Klasse hat verlegen lassen, hat sich der ursprünglich einheitliche Krankenhausvertrag aufgespalten in einen auf ärztliche Behandlung gerichteten Vertrag mit Prof. Dr. E. [REDACTED] persönlich und einen auf Gewährung von Unterkunft und Betreuung gerichteten Vertrag mit der Klinik. Obwohl auf Grund des Arztvertrages mit Prof. Dr. Ederle persönlich Dr. Br. [REDACTED] von diesem mit der Arteriografie unter Verwendung von Thorotrast beauftragt worden ist, hat es sich hierbei nach Ansicht des Berufungsgerichts aber doch um eine von solchen diagnostischen Maßnahmen gehandelt, wie sie gewöhnlich mittels der personellen und sachlichen Einrichtungen des Krankenhauses auf Grund des Krankenhausvertrages ausgeführt zu werden pflegen und von dem Klinikleiter, soweit möglich und nötig, mit den entsprechenden Hinweisen an die Ärzte überwacht werden müssen. Auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Prof.

Dr. D. [REDACTED] ist das Berufungsgericht jedoch zu der Auffassung gelangt, daß die bei der Klägerin vorgenommene Thorotrast-Arteriografie weder dem Klinikleiter Prof. Dr. E. [REDACTED] noch auch dem Oberarzt Dr. Br. [REDACTED] zum Verschulden gereicht. Wie das Berufungsgericht dem Gutachten entnommen hat, ist Thorotrast ein Mittel, das seit 1928 fabrikmäßig hergestellt wird und der Ärzteschaft unter dem ausdrücklichen Hinweis darauf zur Verfügung gestellt wurde, daß es für die Arteriografie geeignet sei. Wenn es auch 1939 oder kurz zuvor von der Herstellerfirma aus dem freien Verkauf zurückgezogen und nur auf Einzelanforderung unter Angabe des Verwendungszweckes abgegeben wurde, so wurde es laut der sogenannten "Roten Liste" von 1939 (über deutsche pharmazeutische Spezialpräparate) und Hagers Handbuch der pharmazeutischen Praxis von 1944 von der Herstellerfirma doch weiterhin verkauft, ohne daß von einer Warnung wegen Gefährlichkeit oder von einer Ablehnung der Haftung für das Mittel die Rede war. Noch 1944 galt es als ein reizloses, verträgliches Kontrastmittel, das sehr gute Arteriogramme lieferte. Es wurde von sehr vielen und namhaften Neurochirurgen oft verwendet, so bis 1948 noch von zahlreichen Kliniken, auch Universitätskliniken, von der neurochirurgischen Universitätsklinik in Bonn sogar ausschließlich. In dem 1941 erschienenen Werk von Krause über die spezielle Chirurgie der Gehirnkrankheiten, das für einige Jahre richtungsweisend war, ist die Gefahr einer Spätschädigung als so gering bezeichnet worden, "daß sie der klinischen Anwendung nicht mehr entgegenstehen sollte". Auch das Lehrbuch "Der Chirurg" von Kirschner-Nordmann, erschienen 1948, hat den Verzicht auf Thorotrast nicht als notwendig angesehen. Das Berufungsgericht hebt aus dem Gutachten des Sachverständigen weiter hervor, daß auch der französische Neuroradiologe Dr. Fischgold in Paris erklärt hat, der Gebrauch von Thorotrast sei vor 1949 nicht als Kunst-

fehler anzusehen. Zwar seien, so hat das Berufungsgericht in Auswertung des Gutachtens weiter ausgeführt, schon vor 1944 Stimmen laut geworden, die auf die Gefährlichkeit des Thorotrastes hingewiesen hätten. Die einzelnen Hinweise hätten aber nur theoretischer Natur sein können, da Thorotrast 1928 erstmals auf den Markt gekommen sei und die Strahlenschäden normalerweise erst nach 12 bis 15 Jahren aufträten; solche Schäden seien in der ersten Zeit auch vielfach mißdeutet worden. Die spezielle Gefährlichkeit und das spezielle Risiko der Thorotrast-Einbringung sei 1944 allgemein sicher noch nicht bekannt gewesen. Der Sachverständige Prof. Dr. D. [REDACTED] habe den Besitz von Thorotrast im Jahre 1944 für jede neurochirurgisch arbeitende Klinik als eine praktische Notwendigkeit bezeichnet. Danach könne man aber unmöglich die Anwendung von Thorotrast als Kontrastmittel bei der Arteriografie im Jahre 1944 als den Regeln der ärztlichen Kunst zuwiderlaufend ansehen.

Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht auch die Annahme abgelehnt, daß wegen der Gefährlichkeit des Thorotrastes vor seiner Anwendung die Einwilligung der Klägerin oder ihrer Eltern hätte eingeholt werden müssen. Strahlenschäden seien, so hat das Berufungsgericht erwogen, schwerwiegender Natur. Entweder habe man die Gefährlichkeit des Thorotrastes erkennen müssen: dann habe man es nicht als Kontrastmittel verwenden dürfen; oder man habe die Gefährlichkeit 1944 nicht erkennen müssen: dann habe man auch keine Einwilligung einzuholen brauchen. Die ärztliche Wissenschaft habe die Verwendung von Thorotrast als Kontrastmittel im Jahre 1944 aber nicht als eine gefährliche Maßnahme angesehen, für welche die Einwilligung einzuholen gewesen wäre. In dem Falle der Entscheidung BGHZ 20, 61 sei dem Kläger ein Aufopferungsanspruch auch nur darum zugebilligt worden, weil bei ihm Thorotrast zu F o r -

s c h u n g s - zwecken verwendet worden sei, was ohne seine Einwilligung nicht habe geschehen dürfen; damit sei aber nicht gesagt, daß die Einwilligung zu einer für die Diagnose damals als notwendig und nicht schädlich angesehenen Arteriografie auch erforderlich gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat endlich auch verneint, daß sich die Indikation zur Arteriografie als Kunstfehler darstelle oder das Danebengehen der vorgenommenen Injektion auf ein fehlerhaftes Vorgehen des Arztes zurückzuführen sei. Auf die letztere Frage kommt es nach Ansicht des Berufungsgerichts überdies nicht an, weil sich das Thorotrast, wenn es in die Arterie gelangt wäre, in der Leber oder Milz konzentriert und dort ~~schwerere~~ Schäden angerichtet hätte als an der Stelle der Injektion.

2. Die Revision tritt der Ansicht des Berufungsgerichts entgegen, daß sich der ursprünglich einheitliche Krankenhausvertrag durch die Verlegung der Klägerin aus der dritten in die zweite Klasse aufgespalten habe und die Klägerin hinsichtlich der ärztlichen Behandlung in ein Vertragsverhältnis zu Prof. Dr. Ederle persönlich getreten sei. Die Revision macht geltend, eine derartige Änderung des ursprünglichen Vertrages habe bei der Minderjährigkeit der Klägerin der Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters bedurft, für deren Vorliegen nichts vorgetragen sei. Weiter vermißt die Revision überprüfbare Darlegungen, warum nicht Dr. Br. [REDACTED] Vertreter des beklagten Landes oder der Universität im Sinne des § 31 BGB gewesen ist, und bemängelt, daß nicht untersucht worden ist, ob Dr. Br. [REDACTED] nicht mit Bezug auf die Durchführung von Arteriografien zumindest ein besonderer Vertreter im Sinne des § 30 BGB gewesen ist; sie rügt es als einen Verstoß gegen § 286 ZPO,

daß nicht das Vorbringen des beklagten Landes über die Beauftragung dieses Experten mit der einschlägigen praktischen Tätigkeit in der Universitätsnervenklinik beachtet worden sei.

Es ist nicht notwendig, auf diese Angriffe der Revision einzugehen. Denn ob ein einheitlicher Krankenhausvertrag oder aufgespaltene Verträge bestanden haben und ob nur Prof. Dr. E. [REDACTED] oder auch Dr. Br. [REDACTED] Vertreter oder besonderer Vertreter des beklagten Landes gewesen ist, setzte die Schadenshaftung des beklagten Landes in jedem Falle doch ein von ihm zu vertretendes Verschulden eines dieser - unstreitig sorgfältig ausgewählten - Ärzte voraus. Das Berufungsgericht hat aber ein Verschulden weder des Klinikleiters Prof. Dr. E. [REDACTED] noch des Oberarztes Dr. Br. [REDACTED] für gegeben gehalten. Bei den Feststellungen, die das Berufungsgericht auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme und insbesondere des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. D. [REDACTED] getroffen hat, ist die Annahme eines Verschuldens eines dieser Ärzte auch nicht begründet.

a) Die Rügen, mit denen die Revision gegen die tatrichterlichen Grundlagen der Entscheidung des Berufungsgerichts angeht, sind nicht berechtigt.

Für die Frage, ob die Vornahme einer Arteriografie indiziert war, kam es, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, auf das Krankheitsbild an, das die Klägerin bei ihrer Aufnahme in die Universitätsnervenklinik in T. [REDACTED] bot. Wie bei ihrem früheren Krankenhausaufenthalt in Str. [REDACTED] ihr Zustand beurteilt worden war, bedurfte keiner Beweiserhebung, zumal nach den Feststellungen des Berufungs-

gerichts die schon über ein Jahr währenden bisherigen Behandlungen der Klägerin erfolglos geblieben waren, ihre Beschwerden sich seit der letzten Fahrt zur Str. Nervenklinik vermehrt hatten und der Klägerin von dem Straßburger Arzt das Aufsuchen einer Klinik ausdrücklich empfohlen worden war. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. D., auf dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht bezogen hat, bestand nach der Schilderung des Krankenblattes die Möglichkeit, daß eine Hirngeschwulst vorliegen konnte; eine Arteriographie mit Thorotrast war nach Auffassung des Sachverständigen daher angezeigt. Das Berufungsgericht konnte sich auf Grund dieses Gutachtens für hinreichend sachkundig beraten halten und war nicht genötigt, das Gutachten eines weiteren Sachverständigen einzuholen.

Die Revision hebt darauf ab, daß nach dem Vortrag der Klägerin schon vor 1944 in kritischen Äußerungen vor der Verwendung von Thorotrast gewarnt worden ist. Solche Äußerungen hat der Sachverständige Prof. Dr. D. in seinem Gutachten aber voll in Betracht gezogen, so insbesondere auch die von Bauer, auf die die Revision unter Bezugnahme auf das unter Beweis gestellte Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 10. Juni 1959 noch besonders verweist. Gleichwohl ist der Sachverständige in ausführlichen Darlegungen über den Stand der damaligen ärztlichen Wissenschaft zu der Feststellung gelangt, daß bis zum Zeitpunkt des Jahres 1944 die Gefährlichkeit einer cerebralen Angiographie mit Thorotrast praktisch unbekannt war. Daß sich das Berufungsgericht das Ergebnis dieser Begutachtung zu eigen gemacht hat, lag in der ihm zustehenden Freiheit tatrichterlicher Beweiswürdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht

hat nicht unterlassen, die Gründe darzulegen, die für seine Überzeugungsbildung maßgebend gewesen sind.

Die Revision kommt auf die Behauptung der Klägerin zurück, daß die chemische Fabrik v. He. als Herstellerin des Thorotrastes laut der "Roten Liste" von 1939 die Haftung für entstehende Schäden bei Verwendung des Mittels abgelehnt habe. Die entsprechenden Beweisangebote, deren Nichtberücksichtigung die Revision anscheinend rügen will, waren indessen dadurch erledigt, daß vom beklagten Land mit Schriftsatz vom 27. Juli 1957 eine Fotokopie der betreffenden Seiten der "Roten Liste" vorgelegt worden ist, die von einer Haftungsablehnung nichts besagt. Die Klägerin hat deren Richtigkeit nicht bestritten.

Was die Klägerin durch Dr. H. unter Beweis gestellt hatte, lag auf dem Gebiet sachverständiger Beurteilung und hatte durch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. D. seine Beantwortung gefunden. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß es das Berufungsgericht nicht für erforderlich gehalten hat, auch Dr. H. zu hören.

b) In der ein Verschulden des Klinikleiters oder Oberarztes verneinenden sachlich-rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhalts durch das Berufungsgericht tritt kein Rechtsfehler zutage.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe den Erfordernissen der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht hinreichend Rechnung getragen. Auf dem Gebiete der ärztlichen Wissenschaft hätten sich häufig Erkenntnisse nur langsam und gegen eine zunächst überwiegend vertretene Auffassung als richtig durchgesetzt. Die Alternative, daß man entweder die Ge-

fährlichkeit des Thorotrastes im Jahre 1944 habe erkennen müssen oder daß man sie nicht habe erkennen müssen, erschöpfe nicht die Möglichkeiten. Die Aufklärungspflicht bestehe auch dann, wenn die Gefährlichkeit eines Eingriffs zwar nicht konkret bekannt sei, Gefahren aber von fachkundiger Seite für möglich gehalten würden und auf diese Möglichkeiten hingewiesen worden sei.

Da Thorotrast nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits 1928 auf den Markt gekommen und 1944 bei den Kliniken längst in Gebrauch war, stellte sich hier nicht die Frage, wie es mit der Anwendung eines Mittels zu halten ist, das erst neu herauskommt. Vielmehr ist es hier so, daß gegen das Mittel, nachdem es in der ärztlichen Wissenschaft Anerkennung und in der Praxis verbreitete Verwendung gefunden hatte, Bedenken laut geworden waren, die vor seiner Anwendung warnten. Wie das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. D. [REDACTED] festgestellt hat, handelte es sich hierbei aber nur um Hinweise theoretischer Natur; Strahlenschäden waren als Folge der medizinischen Anwendung des Mittels noch nicht bekannt geworden. Danach war es aber eine Frage fachwissenschaftlicher Beurteilung, ob die Anwendung von Thorotrast bei Arteriografien ärztlich zu vertreten war oder nicht. Eine etwaige Belehrung der Klägerin oder ihrer Eltern hätte also nur bedeuten können, daß ein von der Wissenschaft erst noch zu lösendes Problem an sie herangebracht worden wäre. Bei dieser Sachlage kann es aber nicht als rechtsirrig angesehen werden, daß das Berufungsgericht die Frage einer schuldhaften Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht im vorliegenden Falle unter der von ihm herausgestellten Alternative gesehen hat. Dabei braucht freilich nicht darauf eingegangen zu werden, ob dem Berufungsgericht

darin zu folgen ist, daß Thorotrast, nachdem seine große Gefährlichkeit erkannt worden ist und dem behandelnden Arzt bekannt geworden sein muß, überhaupt nicht mehr verwendet werden darf, ob also auch Einwilligung des entsprechend beherrzten Patienten die Anwendung nicht zu rechtfertigen vermag. Jedenfalls ist dem Berufungsgericht aber darin beizutreten, daß, wenn dem behandelnden Arzt im Jahre 1944 die Gefährlichkeit des Thorotrastes nicht erkennbar sein mußte, ihm auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht nicht zum Schuldvorwurf gemacht werden kann.

Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt trägt hiernach die angefochtene Entscheidung.

Die Revision der Klägerin mußte daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückgewiesen werden.

Engels

Dr. K.E.Meyer

Hanebeck

Dr. Hauß

Dr. Pfretzschner