

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

2336 099

-59

1. Gesetz: BGB § 426; ZPO § 887

Rechtssatz: Der schon vor einer Leistung an den Gläubiger bestehende Anspruch eines jeden Gesamtschuldners gegen die anderen Gesamtschuldner, ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken, kann in der Form des Befreiungsanspruchs im Klagewege verfolgt und notfalls nach § 887 ZPO vollstreckt werden.

2. Gesetz: BGB §§ 278, 611

Rechtssatz: Zur Frage, wann bei dem sogenannten aufgespaltenen Arzt- Krankenhaus-Vertrag die Operationsschwester Erfüllungsgehilfin des Krankenhauses ist.

Aktenzeichen: VI ZR 231/56

Urteil des BGH vom 22. Oktober 1957 OLG Neustadt/Weinstr.

39
VI ZR 231/56

Verkündet

am 22. Oktober 1957

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 Chefarztwitwe Elisabeth B. geb. G. in
Bad D., S. Straße Nr. b,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die Stadtgemeinde Bad D., vertreten durch den
Ersten Bürgermeister,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1957 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Meiß und der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Hanebeck, Dr. Bode
und Dr. Löscher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Neustadt/Weinstr. vom 3. Juli 1956 insoweit aufge-
hoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt ist.

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

Von Rechts wegen

39

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1949 verstorbene Ehemann der Klägerin, Dr. B., war leitender Arzt des Krankenhauses der beklagten Stadt. Die Klägerin nimmt die Stadt und den Vater der inzwischen ebenfalls verstorbenen, in den Diensten der Stadt tätig gewesenen Diakonissenschwester R. auf Befreiung von den Schadensersatzverpflichtungen in Anspruch, die sie als Erbin ihres Mannes gegenüber den Eheleuten Ri. in Bad D. wegen eines Versehens bei einer Operation zu erfüllen hat.

Dr. B. hatte Frau Ri. nach einer Konsultation in seiner Sprechstunde am 11. Januar 1948 als Patientin der zweiten Verpflegungsklasse in das Krankenhaus der Beklagten eingewiesen und am 22. Januar 1948 unter Mithilfe der Schwester R. als Operationsschwester wegen extrauteriner Schwangerschaft operiert. Bei einer späteren Operation der Frau Ri. in einem Krankenhaus in Zweibrücken war als Kern eines Tumors in der Bauchhöhle der Patientin ein sog. Bauchtuch festgestellt worden, das bei der Operation vom 22. Januar 1948 versehentlich dort zurückgeblieben war.

In dem Vorprozeß, den die Eheleute Ri. gegen die jetzige Klägerin als Erbin ihres Mannes geführt haben, hat das Oberlandesgericht Neustadt / Weinstr. durch Berufungs-urteil vom 14. Juli 1953 die in dem Urteil näher bezeichneten Klagansprüche auf Ersatz des Schadens, der den Eheleuten Ri. durch das Zurücklassen des Bauchtuchs bei der Operation am 22. Januar 1948 entstanden ist, dem Grunde nach aus Vertrag für gerechtfertigt erklärt und weiter festgestellt, daß die jetzige Klägerin den Vertragsschaden zu ersetzen hat, der den Eheleuten Ri. durch die



Zurücklassung des Bauchtuchs entstanden ist und noch entstehen wird. Die gegen dieses Urteil von der Klägerin eingelegte Revision hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch Urteil vom 10. März 1954 zurückgewiesen. Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs beruhen auf folgenden Erwägungen: Zwischen Dr. B. [REDACTED] und den Eheleuten Ri. [REDACTED] sei ein Vertrag auf ärztliche Behandlung der Frau Ri. [REDACTED] zustande gekommen, in dessen Durchführung Dr. B. [REDACTED] auch die Operation vom 22. Januar 1948 vorgenommen habe; an dem Zurücklassen des Bauchtuchs bei der Operation treffe ihn zwar persönlich keine Schuld, da er die nötigen Vorkehrungen gegen das Zurückbleiben von Fremdkörpern in der Operationswunde getroffen gehabt habe und seine Aufmerksamkeit während der Operation durch nicht vorhersehbare Komplikationen anderweit beansprucht gewesen sei; ein Verschulden treffe jedoch die für die Kontrolle der verwendeten Bauchtücher verantwortliche Operationsschwester R. [REDACTED], die sich entweder bei der Zählung der dem Operateur zur Verfügung gestellten oder bei der Zählung der aus der Wunde wieder herausgenommenen Tücher versehen habe; dieser Schwester habe sich Dr. B. [REDACTED] bei der Erfüllung seiner Vertragspflicht zur Durchführung der Operation bedient, so daß sie seine Erfüllungsgehilfin hinsichtlich seiner Vertragspflichten gegenüber den Eheleuten Ri. [REDACTED] geworden sei.

Die Klägerin hat nunmehr gegen die Stadt, der sie bereits während des Revisionsverfahrens zum Berufungsurteil vom 14. Juli 1953 den Streit verkündet hatte, und gegen den Vater der Schwester R. [REDACTED] als deren Alleinerben darauf geklagt, daß sie als Gesamtschuldner verpflichtet seien, sie von den Verbindlichkeiten gegenüber den Eheleuten Ri. [REDACTED] zu befreien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstantz hat die Klägerin klargestellt, daß Rechtsgrundlage ihres Begehrens die Ausgleichungspflicht unter mehreren Gesamtschuldnern sein solle. Sie hat ausgeführt, daß den Eheleuten Ri. [REDACTED] gegenüber auch die Schwester R. [REDACTED] auf Grund ihres persönlichen Verschuldens und die Stadt auf Grund des Krankenhausvertrages schadensersatzpflichtig geworden seien; die Tätigkeit einer Operationsschwester gehöre auch gegenüber den Patienten auf der Privatstation zu den vom Krankenhaus geschuldeten Leistungen, so daß die Schwester R. [REDACTED] im Verhältnis zu den Eheleuten Ri. [REDACTED] sowohl Erfüllungsgehilfin des Arztes wie des Krankenhauses gewesen sei; da die Schuld an dem schadenstiftenden Ereignis zumindest überwiegend bei der Schwester R. [REDACTED] gelegen habe, müßten die beiden Beklagten - und zwar als Gesamtschuldner - der Klägerin gegenüber die Ausgleichung voll übernehmen.

Das Oberlandesgericht hat den Vater R. [REDACTED] unter Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung verurteilt, die Klägerin von ihren Verpflichtungen als Erbin ihres Mannes : gegenüber den Eheleuten Ri. [REDACTED] nach dem Urteil vom 14. Juli 1953 zu befreien; die weitergehende, gegen die Stadt gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren gegenüber der beklagten Stadt mit einem der Formel des Berufungsurteils gegen R. [REDACTED] nachgebildeten Antrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus § 426 BGB eine gesamtschuldnerische Haftung der Klägerin und der von ihr in Anspruch genommenen Personen einerseits gegenüber den Eheleuten Ri[REDACTED] andererseits für den aus der Operation vom 22. Januar 1948 entstandenen Schaden voraussetzt. Zuzustimmen ist auch den - zur Verurteilung h[REDACTED] gemachten - Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Klägerin ihren Anspruch schon jetzt verfolgen kann, obwohl sie selbst ihren Verpflichtungen gegenüber den Eheleuten hi[REDACTED] noch nicht nachgekommen ist. Denn wie sich aus einer Gegenüberstellung von § 426 Abs. 1 Satz 1 und § 426 Abs. 2 BGB ergibt, entsteht die in § 426 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Verpflichtung der Gesamtschuldner untereinander von vornherein mit der Entstehung der Gesamtschuld, nicht erst durch die Befriedigung des Gläubigers (RGZ 79, 288 [290]; 92, 143 [151]; 160, 148 [151]). Es besteht danach schon vor einer Leistung an den Gläubiger der im Klagewege verfolgbare Anspruch eines jeden Gesamtschuldners aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen die anderen Gesamtschuldner, ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken und dadurch so zu handeln, daß es später gar nicht mehr zu einer Ausgleichung im Wege des Rückgriffs zu kommen braucht (RGZ 79, 290 ff.). Dieser Anspruch findet in dem von der Klägerin gewählten Antrag, sie von ihren Verbindlichkeiten gegenüber den Eheleuten Ri[REDACTED] zu befreien, einen passenden Ausdruck. Der Antrag trägt auch dem Umstand Rechnung, daß wegen der Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber den Eheleuten Ri[REDACTED] bisher nur ein Grundurteil nach § 304 ZPO und ein Feststellungsurteil, jedoch noch kein Betragsurteil vorliegt. Daß eine etwaige Vollstreckung des von der Klägerin teils schon

erwirkten, teils noch erstrebten Urteils nach § 887 ZPO zu erfolgen hätte und damit nach § 887 Abs. 2 ZPO sogar zur Erzwingung einer Vorauszahlung an die Klägerin vor ihrer eigenen Leistung an die Eheleute Richter führen könnte (KGZ 45, 20 237; 150, 77 807; OLG Naumburg HRR 1937 Nr. 1614), ist eine Besonderheit des Vollstreckungsrechts, die der schlüssigen Herleitung eines Befreiungsanspruchs aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegensteht, auch wenn unmittelbar aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch des einen Gesamtschuldners gegen die anderen auf Zahlung an sich selbst vor der Leistung an den Gläubiger nicht herzu-leiten ist (BGH NJW 1957, 747 Nr. 3). Keine Bedenken be- stehen schließlich auch dagegen, daß das Berufungsgericht das ursprünglich eindeutig als Feststellungsantrag formulier- te, in der Berufungsbegründung aber ohne neue Formulierung als Verurteilungsantrag bezeichnete Klagebegehren als Lei- stungsklage behandelt hat und die Klägerin ihr Begehren nunmehr ausdrücklich in dieser Form weiterverfolgt. Der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage ist als spätestens in der zweiten Instanz erfolgt zu betrachten.

II. Das Berufungsgericht hat die Schadensersatzpflicht der Schwester R. [REDACTED] und nunmehr ihres Vaters - als Gesamt- schuldner mit der Klägerin - gegenüber den Eheleuten Ri. [REDACTED] auf Grund des § 825 Abs. 1 BGB bejaht, eine gleiche Pflicht der beklagten Stadt dagegen weder aus § 831 BGB noch aus Vertrag für gegeben erachtet. Eine Haftung der Beklagten aus Vertrag hat das Berufungsgericht deshalb verneint, weil bei Frau Ri. [REDACTED] als Privatpatientin der zweiten Ver- pflegungsklasse die ärztliche Betreuung einschließlich der Operation von den Vertragspflichten der Beklagten aus dem Krankenhausaufnahmevertrag ausgenommen gewesen sei und weil die vom Krankenhaus zur Operation gestellte Schwester R. [REDACTED] bei der nachlässig ausgeführten Verrichtung der Bauchtuch- kontrolle nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten in

deren vertraglichem Aufgabenkreis gegenüber der Patientin, sondern im Rahmen des von Dr. B. selbst vorzunehmenden und allein zu verantwortenden Operationsvorgangs tätig geworden sei.

III. Hiergegen wendet sich die Revision zunächst mit der Sachrüge, daß es nicht nur, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheine, einen totalen Krankenhausvertrag und einen aufgespaltenen Krankenhaus- Arzt-Vertrag, sondern auch einen totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag gebe. Das Berufungsgericht hätte daher bei entsprechender Berücksichtigung des Chefarztvertrags zwischen Dr. B. und der Beklagten sowie der in BGHZ 7, 1 [13] und BGHZ 5, 321 näher umrissenen Rechtslage zu dem Ergebnis kommen müssen, daß von den Eheleuten R. neben dem Arztvertrag mit Dr. B. ein totaler Krankenhausvertrag mit der beklagten Stadt geschlossen worden sei, der auch die Operation umfaßt habe.

Diese Rüge kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil sie auf einen in der Revisionsinstanz unzulässigen neuen Tatsachenvortrag hinausläuft. Die Begriffe "totaler Krankenhausvertrag" und "gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag" sind zwar an sich Rechtsbegriffe, deren richtige Zuordnung zu den tatsächlichen Gegebenheiten eine Aufgabe des Richters ist und daher auch in der Revisionsinstanz nachprüfbar sein kann. Unter einem "totalen Krankenhausvertrag" wird ein Vertrag verstanden, bei dem sich das Krankenhaus gegenüber dem Patienten zu allen bei einer stationären Krankenhausbehandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Behandlung und der Operation verpflichtet; von einem "gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag" dagegen wird gesprochen, wenn dem Patienten gegenüber das Krankenhaus nur einen Teil dieser Leistungen schuldet,

einen anderen Teil aber nicht das Krankenhaus, sondern nur der Arzt persönlich (vgl. z.B. Nipperdey, "Chefarzt und Krankenhaus" in "Der Krankenhausarzt" 1949 Heft 4 S. 4 [5]; Hübener/Drost, Ärztliches Haftpflichtrecht 1955 S. 8; Perret, Arzthaftpflicht 1956 S. 28 ff; Geigel, Haftpflichtprozeß 8. Aufl. S. 408; BGHZ 5, 321 [323]; BGH VI ZR 289/55 vom 15. Februar 1957; OLG Hamburg vom 30. Dezember 1953 VersR 1954, 125 .. "Der Krankenhausarzt" 1954, 240; der Sache nach auch schon RG vom 30. Juni 1936 JW 1936, 3182 Nr. 6 = HRR 1936 Nr. 1415 = SeuffArch. 90 Nr. 165 und RG vom 9. Oktober 1936, abgedr. bei Goldhahn/Hartmann, Chirurgie und Recht 1937 S. 195/196). Dabei ist es in diesem Zusammenhang zunächst noch gleichgültig, wo im Falle des gespaltenen Vertrags die Grenze zwischen dem Pflichtenkreis des Krankenhauses und dem des Arztes zu ziehen ist. Jedenfalls gehört bei einem gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag die ärztliche Tätigkeit des dem Patienten vertraglich verpflichteten Arztes selbst und insbesondere seine eigene Tätigkeit als Operateur nur zu seinem Pflichtenkreis, nicht zu dem des Krankenhauses. Angesichts der Prozeßführung der Parteien und insbesondere der Klägerin hat es jedoch in diesem Rechtsstreit in den Tatsacheninstanzen gar nicht zur Aufgabe der Gerichte gehört, zu prüfen, ob nach den von den Parteien vorgetragenen und gegebenenfalls bewiesenen tatsächlichen Gegebenheiten die eine oder die andere Art der möglichen Rechtsverhältnisse zwischen Krankenhaus und Patient vorgelegen hat. Denn die Klägerin selbst hat die hier maßgeblichen Rechtsbeziehungen wiederholt und ausschließlich durch Verwendung des Begriffs des gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages gekennzeichnet, ohne auf die eine solche Kennzeichnung rechtfertigenden tatsächlichen Gegebenheiten zurückzugehen. Da die Beklagte insoweit den Ausführungen der Klägerin nicht widersprochen

hat, ist der von der Klägerin verwendete Rechtsbegriff in diesem Rechtsstreit mithin als eine unstreitige sogenannte juristische Tatsache zu behandeln gewesen (vgl. BGH IM BGB § 260 Nr. 1; Stein/Jonas, ZPO 18. Aufl. § 282 II 2 a; Wieczorek, ZPO § 282 B II c 2). Dabei ist angesichts des sonstigen Vorbringens der Klägerin in den Tatsacheninstanzen, das sich gegenüber der beklagten Stadt im wesentlichen auf die Abgrenzung der Pflichtenkreise von Krankenhaus und Arzt beim gespaltenen Vertrag bezogen hat, kein Zweifel möglich, daß die Parteien und insbesondere die Klägerin mit dem Begriff des gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages etwa einen anderen Gedankeninhalt verbunden haben könnten, als es hier zur vorläufigen Bestimmung dieses Begriffs dargelegt worden ist. Der Vertreter der Klägerin selbst ist es gewesen, der das bereits erwähnte Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 30. Dezember 1953 im vollen Wortlaut zu den Gerichtsakten eingereicht hat, in dem gerade auch dieser Begriff eingehend abgehandelt ist. Im Vorprozeß gegen die Eheleute Ri. hatte die Klägerin ihre Haftung diesen gegenüber allerdings u.a. auch damit verneinen wollen, daß sie behauptete, es habe ein totaler Krankenhausvertrag und kein Arztvertrag bestanden. Nachdem aber im Vorprozeß das Bestehen eines Arztvertrages angenommen worden war, ist die Klägerin in den Tatsacheninstanzen dieses Rechtsstreits auf ihr damaliges Vorbringen nicht zurückgekommen. Auch in ihrer allgemeinen Bezugnahme auf den Inhalt der Vorprozeßakten kann angesichts ihres sonstigen Vorbringens in diesem Rechtsstreit ein Zurückgreifen auf jenes damalige Vorbringen nicht erblickt werden.

Die Ausführungen der Revision, daß ein totaler Krankenhausvertrag (mit Arztzusatzvertrag) vorgelegen habe, haben mithin ein in diesem Rechtsstreit neues tatsächliches Vorbringen zur Voraussetzung und zum Gegenstand, das nach § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO in der Revisionsinstanz nicht mehr

beachtet werden kann. Damit erledigen sich zu diesem Punkt auch die von der Revision noch erhobenen Verfahrensrügen, mit denen sie dem Berufungsgericht Mängel bei der Sachaufklärung (§ 139 ZPO) und bei der Ausschöpfung des Verhandlungsergebnisses (§ 286 ZPO) vorwirft. Denn eine Nachprüfung des von den Parteien als Tatsache verwendeten Begriffs des gespaltenen Vertrags auf seine richtige Ableitung aus den tatsächlichen Gegebenheiten ist nicht Aufgabe des Berufungsgerichts gewesen. Damit erledigt sich schließlich auch die von der Revision besonders herausgestellte Verfahrensrüge, daß das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils unzulässigerweise summarisch auf den Inhalt der Vorprozeßakten Bezug genommen und nicht ausdrücklich die dort befindliche Originalkrankengeschichte aus dem Krankenhaus der Beklagten genannt habe, deren äussere Form für das Vorliegen eines totalen Krankenhausvertrages spreche.

IV. Ist demnach zwar mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß die vertraglichen Beziehungen der Beklagten und des Dr. B. zu den Eheleuten R. nach dem Typ des gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages gestaltet waren, so kann doch den Angriffen der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es im Rahmen dieser gespaltenen Vertragsbeziehungen das schadensstiftende Versehen der von der Beklagten gestellten Operationsschwester R. ausschließlich dem Aufgaben- und Gefahrenkreis des operierenden Arztes zuweist, der Erfolg nicht versagt werden. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu vermögen das Ergebnis nicht zu tragen, sind nicht frei von Rechtsirrtum und sind durch eine von der Revision gerügte Verletzung der §§ 139 und 286 ZPO beeinflusst.

1. Das Berufungsgericht hat sich selbst den Zugang zu einer zutreffenden Erörterung der einschlägigen Rechtsverhältnisse dadurch erschwert, daß es von dem erst zu beweisenden Ergebnis ausgeht, daß im gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag zum Aufgabenkreis des Krankenhauses außer der Unterbringung und Verpflegung nur die "Wartung und Pflege" des Kranken, zum Aufgabenkreis des Arztes aber als Teil der ärztlichen Betreuung die "Operation" schlechthin gehöre. Das Berufungsgericht erkennt zwar dann in einem gewissen Widerspruch dazu an, daß die Beklagte zu der Operation Operationsräume, Instrumente und Operationschwester zur Verfügung zu stellen hatte. Es schließt auf eine solche Verpflichtung der Beklagten jedoch nur aus der langjährigen tatsächlichen Übung, ohne der Frage nachzugehen, worauf diese Verpflichtung rechtlich beruhen könnte, und läßt es sogar ausdrücklich dahingestellt, ob es sich um eine Verpflichtung nur gegenüber dem Arzt oder auch gegenüber der Patientin gehandelt hat. Wenn es als Inhalt dieser Verpflichtung nur die Pflicht zur Gestellung der Operationsschwester, also eine bloße Dienstverschaffungspflicht der Beklagten ansieht, so stützt es sich dabei im wesentlichen auf eine isolierte Betrachtung gerade der schadenstiftenden Verrichtung der Operationsschwester, die es in einer nur auf das Tatsächliche gerichteten Betrachtungsweise dem eigentlichen Operationsvorgang und damit dem Pflichtenkreis des Arztes zuordnet. Mit Recht rügt die Revision demgegenüber, daß das Berufungsgericht die Stellung und den Aufgabenkreis einer Operationsschwester verkannt habe. Die Darlegungen des Berufungsgerichts, mit denen es die schadenstiftende Verrichtung der Operationsschwester sehr betont als einen unselbständigen Handlangerdienst für den Operateur unter dessen alleiniger Verantwortung kennzeichnet, stehen auch in einem gewissen Widerspruch zu den Ausführungen in seinem Urteil im Vorprozeß

vom 14. Juli 1953 und zu den auf R. [REDACTED] bezüglichen Ausführungen im jetzt angefochtenen Urteil. Denn dort hat es gerade auf die Eigenverantwortlichkeit der Operationschwester bei der ihr zukommenden Aufgabe der Bauchtuchkontrolle abgehoben und diese Verantwortlichkeit noch besonders für die kritischen Momente der Operation unterstrichen, in denen sich die Aufmerksamkeit des Operateurs vordringlich auf andere Dinge richten muß. Mit Recht hält die Revision auch den Gedankengang des Berufungsgerichts für bedenklich, daß die Tätigkeit der Schwester bei der Operation außerhalb des Einflusses und demgemäß außerhalb des Gefahrenkreises der Beklagten gelegen habe. Es wäre rechtsirrig, aus diesem Grunde die Eigenschaft der Operationsschwester als Erfüllungsgehilfin der Beklagten gegenüber der Patientin verneinen zu wollen, falls sich aus anderen Gründen ergäbe, daß die Tätigkeit der Operationsschwester zum Pflichtenkreis der Beklagten gehörte. Denn es schließt die Anwendung des § 278 BGB nicht aus, wenn die Leistung, zu der sich der Schuldner verpflichtet hat, ihrer Natur nach ein selbständiges und nicht in jeder Lage einer Einzelweisung des Schuldners zugängliches Handeln einer von ihm heranzuziehenden sachkundigen dritten Person erfordert (vgl. RGZ 64, 231 und Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts 2. Aufl. erster Band S. 184). Mit Recht wird von der Revision schließlich der in der Tat als grundlegend anzusehende Mangel gerügt, daß das Berufungsgericht zwar die Entscheidung RGZ 118, 41 zitiert, aber gerade nicht die dort für erforderlich gehaltenen Feststellungen getroffen hat, welche Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Krankenhaus, zwischen Krankenhaus und Arzt und zwischen Patient und Arzt hinsichtlich der vom Krankenhaus gestellten Schwester (dort einer Röntgenschwester zur Durchleuchtung) bestanden haben.

2. Es geht andererseits aber auch nicht an, so, wie es der Revision vorschwebt, angesichts der Schwierigkeiten einer Grenzziehung zwischen den Handlungen einer Schwester im Aufgabenbereich des Arztes und denen im Aufgabenbereich des Krankenhauses die Schwester im gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Verhältnis grundsätzlich als Erfüllungsgehilfin sowohl des Arztes wie des Krankenhauses anzusehen und in Anlehnung an BGH NJW 1952, 217 Nr. 2 (= L-M BGB § 278 Nr. 2/3 = BB 1952, 43, 67) die Operation als eine unteilbare Leistung im Sinne des § 431 BGB zu behandeln, bei der die beiden "Unternehmer" - hier Krankenhaus und Arzt - wegen der Notwendigkeit ihres Zusammenwirkens und wegen der Unmöglichkeit der Trennung ihrer Leistungen jeder auch für Vertragsverletzungen des anderen und der von diesem zugezogenen Erfüllungsgehilfen haften würden. Denn anders als in BGH NJW 1952, 217 Nr. 2 handelt es sich bei der Operation sowohl für den Arzt wie für das Krankenhauspersonal nicht um die Erstellung eines Werkes, sondern um die Erbringung von Diensten; und anders als dort ist es gerade das Wesen des gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages, daß die Verpflichtung zur Erbringung der Dienste dem Patienten gegenüber "gespalten" ist. Aus dem dienstrechtlichen Charakter der bei einer Operation zu erbringenden Leistungen folgt, daß die beiden Teile - Krankenhaus und Arzt -, sofern sie insoweit überhaupt beide dem Patienten zur Dienstleistung verpflichtet sind, jeder nur die ihm zukommende "Mitwirkung" (Werner in Staudinger, BGB 9. Aufl. § 431 III 2) bei der Operation schulden können.

3. Wie in BGHZ 5, 321 ausgeführt ist, gehört im gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag gemäß den Erwartungen des Patienten und den diesen Erwartungen entsprechenden, dem Patienten auch berechneten Maßnahmen des Krankenhauses zu dessen Vertragspflichten außer der Gewährung von Unterkunft

und Verpflegung auch die Gewährung derjenigen erforderlichen Heilbehandlung, die nicht durch den behandelnden Arzt selbst, sondern gewöhnlich nur mittels der personellen und sachlichen Einrichtungen eines Krankenhauses gewährt zu werden pflegt. Nach diesem Grundsatz hat das Oberlandesgericht Hamburg in seiner bereits genannten Entscheidung vom 30. Dezember 1953 auch die Tätigkeiten einer Operationsschwester bei einer Operation einzuordnen gesucht. Trotz der Zustimmung, die diese Entscheidung in Fachkreisen gefunden hat (Schmelcher in "Der Krankenhausarzt" 1954, 243), erscheint es jedoch zweifelhaft, ob sich damit wirklich in jedem Falle eine eindeutige und einleuchtende Abgrenzung finden läßt, welche Leistungen der Schwester bei der Operation "der Arbeitssphäre des operierenden Arztes" und welche dem Pflichtenkreis des Krankenhauses zuzurechnen sind. Die Tätigkeiten, die das Krankenhauspersonal bei einer Operation verrichtet, sind letzten Endes sämtlich Hilfeleistungen zu der im Mittelpunkt stehenden Tätigkeit des Operateurs. Will man sie danach scheiden, ob sie der Arbeitssphäre des Operateurs angehören oder nicht, so reißt man unter Umständen Verrichtungen auseinander, die aus anderer Sicht eine Einheit bilden. Gerade die "assistierende Hilfstätigkeit" (Nipperdey aaO S. 7) einer Operationschwester ist kein zusammenhangloses Neben- und Nacheinander einzelner Verrichtungen, die einmal dem und einmal jenem Kreise zugeordnet werden können, sondern ein zusammenhängendes Ganzes, das trotz seiner Ausrichtung auf die Tätigkeit des Operateurs dieser gegenüber doch eine mehr oder weniger große Eigenständigkeit aufweist und trotz seiner Verkettung mit der Arbeitssphäre des operierenden Arztes zu der davon zu scheidenden Sphäre der Operationsassistenz gehört. Auch die assistierende Hilfstätigkeit der Operationsschwester als Ganzes kann im Sinne von BGHZ 5, 321 ein Stück der

Mitwirkung bei der Heilbehandlung sein, die dem Krankenhaus als dessen eigene Leistung gegenüber dem Patienten obliegt. Anders als bei den in BGHZ 5, 321 beispielsweise genannten Maßnahmen der Heilbehandlung kann jedoch hier wegen der engen Verkettung der assistierenden Tätigkeit mit den eigenen Vertragspflichten des Arztes nicht der Grundsatz aufgestellt werden, daß die assistierende Tätigkeit im gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag immer zu den Vertragspflichten des Krankenhausvertrages gegenüber dem Patienten gehören müßte (anders anscheinend Nipperdey aaO; vgl. auch Janssen in "Der Krankenhausarzt" 1954, S. 38, aber auch S. 39). Die Rechtsverhältnisse können vielmehr so liegen, daß das Krankenhaus nur verpflichtet ist, die Schwester zu dieser Tätigkeit dem Arzt derart zur Verfügung zu stellen, daß dieser sich ihrer Hilfe in seinem eigenen Pflichtenkreis unter seiner eigenen Verantwortung und auf seine eigene Gefahr bediene; die Rechtsverhältnisse können aber eben auch so sein, daß die assistierende Hilfstätigkeit selbst eine dem Patienten vom Krankenhaus geschuldete und vom Krankenhaus mit seinem Personal durchzuführende Vertragsleistung an den Patienten ist (vgl. zu diesen Unterscheidungen die gleichliegenden Ausführungen in der bereits genannten Entscheidung RGZ 118, 41 zur Tätigkeit der Röntgenschwester bei einer Durchleuchtung). Im letzteren Falle würde die ganze Tätigkeit der Operationsschwester bei der Operation ohne Unterscheidung der einzelnen Verrichtungen der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Krankenhauses gegenüber dem Patienten dienen und das Krankenhaus daher nach § 278 BGB dem Patienten für ein Verschulden der Schwester bei dieser Tätigkeit haften. Dem würde es nicht im Wege stehen, daß die Schwester bei einer einzelnen Verrichtung wegen der Beziehung dieser Verrichtung zu der eigenen Vertragspflicht des Arztes zugleich als dessen Erfüllungsgewählerin gegenüber dem Patienten tätig werden kann, wie es

hier im Vorprozeß hinsichtlich der Verrichtung der Schwester R. bei der Bauchtuchkontrolle angenommen worden ist. Es würde dem, wie bereits erwähnt, auch nicht im Wege stehen, daß der Einfluß des Krankenhauses auf die einzelnen Verrichtungen des assistierenden Personals während der Operation selbst naturgemäß beschränkt oder sogar ausgeschlossen ist. Voraussetzung für eine Haftung des Krankenhauses aus § 278 BGB bliebe aber immer ein eigenes Verschulden der assistierenden Person; ginge eine Fehlleistung der assistierenden Person bei einer ihrer Verrichtungen auf eine nur dem Arzt vorzuwerfende falsche Maßnahme oder Anordnung zurück, so würde die Haftung des Krankenhauses mangels eines Verschuldens seines Erfüllungsgehilfen an dem schadenstiftenden Ereignis entfallen.

4. Das Berufungsgericht hätte daher unter Ausschöpfung des bereits vorliegenden und gegebenenfalls nach § 39 ZPO zu ergänzenden Prozeßstoffes und unter Berücksichtigung der von der Klägerin angebotenen Beweise (§ 286 ZPO) die rechtlichen Beziehungen zwischen der Patientin R. und der Beklagten, zwischen der Patientin und Dr. B. und notfalls auch die zwischen der Beklagten und Dr. B. im einzelnen prüfen müssen, um daraus feststellen zu können, in wessen vertraglichen Pflichtenkreis gegenüber der Patientin die assistierende Hilfstätigkeit der Schwester R. und damit auch die schadenstiftende Verrichtung gefallen ist.

Von der Klärung dieser Frage allein hängt die Entscheidung des Rechtsstreits ab. Denn die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob die Operationsschwester nicht Erfüllungsgehilfen im Vertragsverhältnis zwischen Krankenhaus und Arzt gewesen sei,

steht nicht nur mit der eigenen Einlassung der Klägerin im Berufungsrechtszug im Widerspruch, sondern geht auch rechtlich fehl, da für die von der Revision dazu herangezogene Entscheidung des Oberlandesgerichts Breslau in DR 1943, 517 Nr. 10 ein hier gerade nicht gegebener Umstand, nämlich die allgemeine Ungeeignetheit der vom Krankenhaus gestellten Schwester, wesentlich gewesen ist.

5. In die zur Klärung dieser Frage erforderlichen Erörterungen tatsächlicher Art kann das Revisionsgericht selbst nicht eintreten. Der Senat mußte sich daher darauf beschränken, die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten hinsichtlich der assistierenden Hilfstätigkeit der Schwester R. bei der Operation an Frau Ri. einer näheren Prüfung zu unterziehen haben wird.

Unmittelbare Anhaltspunkte dafür, ob die Tätigkeit der Schwester eine von der Beklagten oder eine von Dr. B. der Patientin geschuldete Leistung gewesen ist, könnten sich bereits in den etwaigen schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen der Eheleute Ri. mit der Beklagten und mit Dr. B. oder in den möglicherweise bestehenden allgemeinen Aufnahmebedingungen oder Satzungen des Krankenhauses der Beklagten finden. Sollte sich hieraus nichts wesentliches ergeben, so würde es ein weiterer Anhaltspunkt sein können, inwieweit in den von der Beklagten einerseits und von Dr. B. andererseits erteilten Rechnungen eine Vergütung für die Operationskosten ausdrücklich eingesetzt oder anderweit einkalkuliert gewesen ist. Denn ein bedeutsames Anzeichen, wer die Tätigkeit der Schwester der Patientin geschuldet hat, würde es zwar noch nicht sein, wer die

Schwester besoldet hat, wohl aber, wer die Kosten der Schwester bei der Patientin eingehoben hat. Dabei wäre gegebenenfalls der unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin zu berücksichtigen, daß in den Pflegesätzen für die Patienten der sogenannten Privatstationen üblicherweise auch die Kosten der Operationsschwester einberechnet sind. Andererseits wäre dabei aber auch zu prüfen, wie im Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und Dr. B. die Verteilung der Operationsunkosten bei den Patienten der höheren Verpflegungsklassen und ihre Einhebung bei den Patienten nach dem Chefarztvertrag zwischen der Beklagten und Dr. B. gedacht gewesen und in der Praxis gehandhabt worden ist. Denn es wäre denkbar, daß Dr. B. die Operationsunkosten von den Patienten der höheren Verpflegungsklassen durch entsprechende Gestaltung seiner Rechnungen im Rahmen der ärztlichen Gebührenordnungen eingehoben und im einzelnen oder allgemein, etwa schon durch entsprechend niedrigere Bemessung seines Fixums als Chefarzt (§ 6 des Vertrags), mit dem Krankenhaus verrechnet hat, wie das z.B. hinsichtlich der Assistenz des Dr. D. bei der Operation der Fall gewesen zu sein scheint, für den er allerdings auch die Hälfte des Gehalts zu tragen hatte (§ 4 Abs. 3 des Vertrags). Es wäre aber auch denkbar, daß man in etwa bereits nach den Grundsätzen verfahren ist, wie sie jetzt in den Richtlinien für die Gestaltung von Chefarztverträgen ("Der Krankenhausarzt" 1957, 88 = "Das Krankenhaus" 1957, 137) niedergelegt sind. Dabei sei zur Auslegung der typischen Klauseln des Chefarztvertrages zwischen Dr. B. und der Beklagten gegenüber den vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang gemachten Ausführungen klargestellt, daß das in § 5 niedergelegte Recht Dr. B. zur Eigenliquidation bei den stationären Patienten der ersten und zweiten Verpflegungsklasse etwas völlig anderes als sein in § 3 genanntes Recht zur Führung einer Privatpraxis gewesen ist. Schließlich wurde dafür, war die Tätigkeit der Operationsschwester

geschuldet hat, auch die Klärung der von den Parteien in erster Instanz erörterten Frage von Bedeutung sein können, wer die Schwester für ihre Assistenz bei den Patienten der ersten und zweiten Verpflegungsklasse gegen Haftpflicht versichert hat oder hätte versichern sollen.

6. Sollte das Berufungsgericht danach zu dem Ergebnis gelangen, daß die assistierende Hilfstätigkeit der Schwester R. bei der Operation Gegenstand der Vertragspflicht der Beklagten gegenüber den Eheleuten K. gewesen ist und daß demnach auch die Beklagte den Eheleuten K. Richter für die Folgen des Versehens der Schwester haftet, so würden keine Bedenken bestehen, die Haftung der Klägerin und der Beklagten gegenüber den Eheleuten K. ebenfalls als eine gesamtschuldnerische anzusehen. Denn wenn auch die Verpflichtungen der Beklagten einerseits und des Dr. B. andererseits aus dem gespaltenen Vertrag gegenüber den Eheleuten K. nicht und auch nicht teilweise auf dasselbe gingen, so würde doch nunmehr ihre aus dem Versehen ihrer gemeinsamen Erfüllungsgehilfin entstandenen Schadensersatzverpflichtungen gegenüber den Eheleuten K. auf dasselbe gehen. Der Entstehungsgrund einer Gesamtschuld braucht nicht notwendig gemeinschaftlich zu sein (Danckelmann bei Palandt, EGB 16. Aufl. § 421 Anm. 1). Es ist insbesondere in der Rechtsprechung anerkannt, daß auch die zum selben Schaden beitragenden Vertragsverletzungen mehrerer Personen, deren Verträge mit dem Geschädigten zunächst nichts miteinander gemeinsam haben, zu einer gesamtschuldnerischen Schadensersatzpflicht führen können (vgl. RG Warn. 1909 Nr. 197 und RAG EHR 1932 Nr. 1324). Ob innerhalb der Gesamtschuldnergemeinschaft die Beklagte ihrerseits wieder in

Gesamtschuldnerschaft mit Hammel der Klägerin zur Befreiung von der gemeinsamen Verbindlichkeit verpflichtet sein würde (vgl. dazu Danckelmann aaO § 426 Ann. 2 b) dd) und BGHZ 6, 27) und ob die Beklagte die Klägerin von der gesamten oder nur von einem Teil dieser Verbindlichkeit zu befreien hätte, wird wesentlich von dem Ergebnis der noch erforderlichen Erörterungen über die Stellung der Operationsschwester im Verhältnis zum Krankenhaus, zum Arzt und zur Patientin abhängen.

Meiß

Dr. Kleinewefers

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Löcher