

BUNDESGERICHTSHOF

20

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 231/87

Verkündet am:
29. November 1988
Recknagel
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Frau Rosemarie H[REDACTED], Ha[REDACTED], Up'n D[REDACTED], W[REDACTED],

Klägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Chefarzt Dr. med. Friedrich K[REDACTED], S[REDACTED] Straße [REDACTED],
N[REDACTED],

2. Landkreis Friesland, vertreten durch den Oberkreis-
direktor, L[REDACTED]allee [REDACTED], J[REDACTED],

Beklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Dr. [REDACTED] -

WII

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Kullmann, Dr. Ankermann, Dr. Lepa und Bischoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 1. Juli 1987 aufgehoben.

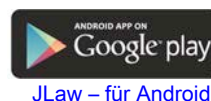
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die früher als Serviererin tätige Klägerin litt seit 1976 nach längerem Stehen an Beschwerden im Bereich beider Großzehenballen, die im Jahre 1978 zunahmen. Nachdem ihr Hausarzt sie am 27. Dezember 1978 krankgeschrieben hatte, erwog sie gegen dessen Rat eine Operation. Der Erstbeklagte diagnostizierte als leitender Arzt der Chirurgischen Kliniken des von dem Zweitbeklagten betriebenen Nordwest-Krankenhauses S. bei ihr eine Hallux valgus-Stellung beider Großzehen und führte am 9. Januar 1979 beidseitig eine Hallux valgus-Operation nach Brandes durch. Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus am 1. Februar 1979 konnte die Klägerin die rechte Großzehe nicht bewegen. Sie begab sich daraufhin in die Behandlung eines Facharztes für Orthopädie, der eine Beugesehnedurchtrennung vermutete und sie zum Zwecke einer Sehnenplastik in das Krankenhaus S. in L. einwies. Dort wurde festgestellt, daß die Beugesehne völlig durchtrennt und die Sehnenenden zusammengeschrumpft waren. Die Sehnenplastik wurde am 8. Juni 1979 operativ vorgenommen. Im September 1979 war eine weitere Operation der Klägerin erforderlich.

Die Klägerin hat mit der Behauptung, sie sei über das Operationsrisiko nicht aufgeklärt worden und der Beklagte habe bei der Operation schuldhaft die Beugesehne durchtrennt, von beiden Beklagten ein angemessenes Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen vermehrter Bedürfnisse infolge der Notwendigkeit des Tragens orthopädischer Schuhe verlangt sowie die Feststellung der Ersatzpflicht beider Beklagter wegen ihres Zukunftsschadens begehrt.



Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 11.000 DM nebst Zinsen verurteilt und die beantragte Feststellung getroffen, im übrigen jedoch die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Sachverständig beraten stellt das Berufungsgericht fest, die Beugesehnenverletzung sei kein spezifisches Risiko der Operation nach Brandes. Es hält deshalb eine Aufklärung des Patienten über die Gefahr einer solchen Verletzung vor Durchführung dieser Operation nicht für erforderlich. Daß der Erstbeklagte die Klägerin nicht über das Risiko eines schlechten postoperativen Ergebnisses von Hallux valgus-Operationen und der dann erforderlichen Nachoperation aufgeklärt hat, ist diesem nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht anzulasten, da sich dieses Risiko bei der Klägerin nicht verwirklicht habe.

Einen Behandlungsfehler des Beklagten hält das Berufungsgericht nicht für nachgewiesen. Dem Beklagten sei auch nicht vorzuwerfen, daß nicht alsbald eine Nachoperation durchgeführt worden sei.

II.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Beklagten falle kein Behandlungsfehler zur Last, ist von Rechts- bzw. Verfahrensfehlern beeinflusst.

1. Soweit sich das Berufungsgericht für seine Überzeugung, die Klägerin habe keinen Behandlungsfehler nachgewiesen, auf die Aussage des Sachverständigen Prof. M. in der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 1987 stützt, rügt die Revision mit Recht, daß diese Aussage nicht nachprüfbar ist. Sie ist weder protokolliert noch in einem Berichterstattevermerk niedergelegt oder im Urteil deutlich getrennt von den Würdigungen erwähnt. § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO, nach dem eine Protokollierung bei einer wiederholten Vernehmung nur eingeschränkt erforderlich ist, ist im Streitfall schon deshalb nicht anwendbar, weil es um die erste mündliche Befragung des Sachverständigen ging, die der Erläuterung und Ergänzung seines schriftlichen Gutachtens diene.

a) Zur Frage der Durchtrennung der Beugesehne während der Operation durch den Beklagten ist dem Berufungsurteil nur zu entnehmen, daß der Sachverständige bei seiner Anhörung erklärt hat, heute seien sichere Feststellungen darüber, ob die Beugesehne operativ beschädigt worden ist, nicht mehr möglich (BU S. 6 Mitte); infolge von Narbenbildungen sei auch ein halbes Jahr nach der Operation nicht mehr feststellbar gewesen, ob die Sehnenschädigung ihre Ursache in einem Riß oder einer Durchtrennung gehabt habe (BU S. 7 beim Übergang zur Seite 8).

b) Soweit das Berufungsgericht unter Hinweis auf diese Aussage von Prof. M. den Angaben im Bericht über die Nach-

operation von Dr. W. (BU S. 7) keine Bedeutung beimißt, worin dieser Arzt von einer Durchtrennung der Sehne spricht, ist nicht zu erkennen, ob es dem Sachverständigen diese Aussage und die gleichlautende schriftliche Aussage von Dr. D. (GA Bl. 67) vorgehalten hat, die beide dahin verstanden werden können, daß diese Ärzte mit einem "Durchtrennen" der Sehne ein "Durchschneiden" gemeint haben. Ein Vorhalt in dieser Richtung war schon deshalb erforderlich, weil der Sachverständige in seiner ersten gutachterlichen Äußerung (GA Bl. 92) offenbar davon ausgegangen ist, daß man aus dem Zustand der Sehnenenden anläßlich einer Nachoperation unter Umständen doch Rückschlüsse darauf ziehen kann, ob eine Sehne durchschnitten worden oder gerissen ist. Er hat nämlich damals im Hinblick auf diese Frage beanstandet, daß im Bericht über die Nachoperation eine genaue Beschreibung der Sehnenenden nicht erfolgt und ein aufklärender Befund nicht vermerkt ist. Nur dann, wenn der Sachverständige auch bei Vorhalt der Aussagen von Dr. W. und Dr. D. an seiner Meinung festgehalten hätte, man könne auf gar keinen Fall ein halbes Jahr nach der Operation noch feststellen, ob die Sehne gerissen oder durchtrennt worden ist, und er den evtl. Irrtum der beiden anderen Ärzte erläutert hätte, wäre es dem Berufungsgericht gestattet gewesen, ohne erneute Anhörung dieser Ärzte dem Sachverständigen zu folgen.

c) Die Verfahrensverstöße sind nicht dadurch geheilt, daß die Parteien im Anschluß an die Anhörung des Sachverständigen mündlich verhandelt haben (BGH, Urteil vom 18. September 1986 - I ZR 179/84 - NJW 1987, 1200).

2. Rechtsfehlerhaft hat sich das Berufungsgericht, nachdem es eine Sehnedurchtrennung während der Operation nicht für nachgewiesen angesehen hat, nicht mehr mit dem vom Landgericht gegenüber dem Erstbeklagten erhobenen Vorwurf auseinandergesetzt, dieser habe den Eingriff nicht vorsichtig und umsichtig genug durchgeführt und dadurch eine Beugesehenverletzung herbeigeführt. Zu dieser Auseinandersetzung bestand um so mehr Veranlassung, als der Sachverständige Prof. M., wie das Berufungsgericht selbst hervorhebt, davon ausgegangen ist, die Beugesehne sei beim Ansetzen des Hohmann-Hebels geschädigt worden und die so vorgeschädigte Sehne sei dann postoperativ gerissen, als die Zehe nach der Operation in einem Gips mit Gummibandextension fixiert und die Beugesehne der Zugkraft dieser Extension ausgesetzt worden sei.

Der Operateur muß nicht nur darauf achten, daß er eine Durchtrennung vermeidet, sondern auch sonstige Schädigungen, die alsbald zu einem Sehnenriß führen können. Der Sachverständige M. hatte in seinem Gutachten vom 30. Mai 1984, wie die Revision rügt, darauf hingewiesen, daß man die Schädigung durch vorsichtiges Handhaben der Instrumente hätte vermeiden können. Mangels Protokollierung seiner mündlichen Anhörung läßt sich nicht erkennen, daß er diese Ausführungen dabei abgeschwächt oder in Frage gestellt hätte; solches ergibt sich auch nicht aus dem Berufungsurteil. Danach hat der Sachverständige seine Ausführungen nur dahin eingeschränkt, daß man die Verletzung hätte vermeiden können, wenn "man um die Gefahr einer zufälligen Sehnenverletzung gewußt hätte". Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß dem Beklagten diese Gefahr nicht bekannt war.

Das Berufungsgericht war einer Erörterung dieses in Betracht kommenden Verlaufs nicht deshalb enthoben, weil es aufgrund der Anhörung des Sachverständigen zu dem Ergebnis kommt, der Beklagte hätte eine etwaige Schädigung nicht zu bemerken brauchen, da die Sehne nach Freilegung des Operationsgebietes durch Weichgewebe verdeckt gewesen sei. Zum einen berücksichtigt das Berufungsgericht dabei nicht, wie die Revision ausdrücklich rügt, daß der Beklagte selbst eingeräumt hat, bei der von ihm durchgeführten Operation und insbesondere nach der Knochenteilresektion liege die Beugesehne sichtbar frei. Darüber hinaus würde die Verantwortlichkeit des Beklagten für eine unvorsichtige Handhabung des Hohmann-Hebels auch dann nicht entfallen, wenn er dadurch verursachte Schädigungen der Sehne nicht sogleich erkennen konnte.

III.

Bei dieser Sachlage war das Berufungsurteil aufzuheben. Der erkennende Senat ist, da noch weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind, nicht in der Lage, abschließend in der Sache zu entscheiden. Diese war deshalb zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem wurde zugleich die vom endgültigen Ausgang des Verfahrens abhängige Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen.

Für die neue Verhandlung wird noch auf folgendes hingewiesen:

Ein weiterer Behandlungsfehler des Beklagten kann darin liegen, daß er die Klägerin, als sich postoperativ ein negatives Ergebnis abzeichnete, nicht auf die Möglichkeit einer Nachoperation und deren Erfolgsquote hingewiesen hat. War bei dieser Operation mit einer Erfolgsquote von 50 bis 60 % zu rechnen, wie das Berufungsgericht den Ausführungen von Prof. Dr. M. entnimmt, dann muß das Unterlassen einer entsprechenden therapeutischen Beratung mit der Revision als Behandlungsfehler angesehen werden.

Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, daß dem Beklagten ein Behandlungsfehler nicht vorzuwerfen ist, so kann ihm allerdings entgegen der bisherigen Annahme des Berufungsgerichts als Aufklärungsversäumnis doch der unterlassene Hinweis auf das Mißerfolgsrisiko bei Hallux valgus-Operationen anzulasten sein. Sofern er nämlich die Klägerin vor der Operation über die Erfolgschancen aufzuklären hatte (vgl. dazu Senatsurteil vom 22. Dezember 1987 - VI ZR 32/87 - VersR 1988, 493), kann nicht ohne weiteres gesagt werden, das Risiko eines schlechten postoperativen

Ergebnisses habe sich bei der Klägerin nicht verwirklicht. Zu prüfen wird dann jedoch sein, ob die Klägerin, die offenbar operationswillig war, in die Operation auch dann eingewilligt hätte, wenn der Beklagte ihr gesagt hätte, in etwa 10 % der Fälle sei das Operationsergebnis "schlecht".

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann

Dr. Lepa

Bischoff