

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Ämtliche Sammlung!

2335 057

Gesetz: BGB § 276 (C a); BGB § 823 (E h)

Rechtssatz: Zur Frage, ob der Chirurg verpflichtet ist,
die bei einer (Bandscheiben-) Operation ver-
wandten armierten Tupfer zahlen zu lassen.

Aktenzeichen: VI ZR 235/56

Urteil des BGH vom 4. Oktober 1957 OLG Köln

21

VI ZR 235/56

Verkündet am 4. Oktober 1957
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Konditormeisters Leo K [REDACTED] in Kö [REDACTED]
N [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Facharzt für Neurochirurgie Prof. Dr. Peter R [REDACTED]
in B [REDACTED], G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1957 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Meyer, Martin,
Hanebeck und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
26. Juli 1956 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Kläger auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

lt

- 2 -

Tatbestand:

Im Jahre 1949 erkrankte der Kläger an einem Bandscheiben-vorfall. Sein behandelnder Arzt Dr. Gr. [REDACTED] überwies ihn in die Fachbehandlung des Beklagten; dieser operierte den Kläger am 31. Mai 1949. Die Operationswunde verheilte zunächst, dann trat eine Eiterung ein, die von Dr. Gr. [REDACTED] und dessen Vertreter behandelt wurde. Auf Veranlassung von Dr. Gr. [REDACTED] stellte sich der Kläger wieder dem Beklagten vor, der gymnastische Übungen und eine Penicillin-Kur verordnete. Da sich keine Besserung einstellte, öffnete der Beklagte am 21. November 1949 die Wunde. Dabei stellte sich heraus, daß bei der ersten Operation ein Tupfer zurückgeblieben war. Der Beklagte entfernte und vernichtete diesen.

Der Kläger hat vom Beklagten Schadensersatz gefordert. Er hat diesem vorgeworfen, daß er die erste Operation nicht mit der notwendigen Sorgfalt und die zweite Operation verspätet durchgeführt habe. Der Beklagte hat ein Verschulden in Abrede gestellt und um Abweisung der Klage gebeten. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat der erkennende Senat durch Urteil vom 16. April 1955 - VI ZR 72/54 - = IM Nr. 2 zu § 282 ZPO das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger hat in der erneuten Berufungsverhandlung geltend gemacht, daß bei der zweiten Operation ein großer Teil der in Verfall übergegangenen Rückenmarksmuskulatur weggeschnitten worden sei. Hierauf und auf die monatelange



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



Eiterung seien die anhaltend großen Beschwerden zurückzuführen, die sogar zu Gehirnstörungen geführt hätten. Der Kläger hat unter Erweiterung der bisherigen Anträge beantragt,

1. an ihn einen Betrag von 41 825,30 DM zu zahlen;
2. ein angemessenes, nach richterlichem Ermessen der Höhe nach festzusetzendes Schmerzensgeld für die bis zum 30. April 1952 erlittenen Schmerzen zu zahlen;
3. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen zukünftigen Vermögens- und Nichtvermögensschaden, der diesem durch das Zurücklassen eines Tampons in der Operationswunde vom 31. Mai 1949 noch entstehen wird, zu ersetzen.

Das Oberlandesgericht hat durch das Urteil vom 26. Juli 1956 erneut die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen und auch die weiteren Klageanträge abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Der Senat hat bereits in seinem in dieser Sache ergangenen ersten Urteil vom 16. April 1955 - VI ZR 72/54 - (IM Nr. 2 zu § 282 ZPO) die Auffassung der Revision zurückgewiesen, aus dem Zurückbleiben des Tupfers in der Operationswunde müsse nach den Grundsätzen des Beweises des ersten

Anscheins zunächst auf ein Verschulden des Beklagten geschlossen werden. Die erneuten Angriffe der Revision geben dem Senat keinen Anlaß, von diesem Standpunkt abzugehen. Wenn in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beim Zurückbleiben von Fremdkörpern in Operationswunden die Regeln des prima facie-Beweises zu Lasten des operierenden Arztes angewandt sind, so hat es sich nicht um Tupfer, sondern um größere Gegenstände gehandelt (Bauchtuch: Urteil des II. Zivilsenats vom 27. Februar 1952 - II ZR 75/51 = VersR 1952, 180; 16 cm lange Arterienklemme: Urteil des VI. Zivilsenats vom 29. Juni 1953 - VI ZR 88/52 = IM Nr. 15 zu § 286 (C) ZPO = VersR 1953, 338; vgl. ferner BGHZ 4, 138, 144, - handgroße Klemme -). Bei dem Zurückbleiben eines Wattetupfers in der Wunde, das nach dem Urteil des Sachverständigen auch dem erfahrenen und vorsichtig operierenden Chirurgen unterlaufen kann, ist, wie die Rechtsprechung stets entschieden hat, erst nach Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ein Urteil darüber möglich, ob ein Verschulden des Operateurs vorgelegen hat. Ein auf ein Verschulden hinweisender Erfahrungssatz ist nicht anzuerkennen. Damit entfällt die Anwendung der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins.

2. a) Ein Verschulden des Beklagten würde dann vorliegen, wenn er die bei der Operation nach chirurgischer Erfahrung erforderlichen und in der Operationspraxis bewährten Sicherungen nicht angewendet hätte, die geeignet sind, die Gefahr eines Zurückbleibens von Tupfern in der Wunde herabzusetzen. Würde insoweit ein Vorwurf gegen den Beklagten begründet sein, dann könnte allerdings nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins angenommen werden, daß bei Beachtung der erforderlichen Sicherung der

Tupfer nicht zurückgeblieben wäre. Die Anwendung dieses - den ursächlichen Zusammenhang betreffenden - Beweises des ersten Anscheins steht aber hier nicht zur Erörterung. Vielmehr handelt es sich hier zunächst ausschließlich um die Schuldfrage. Das Berufungsgericht ist den Vorwürfen des Klägers, die die Operationsorganisation betreffen, nachgegangen. Es sieht auf Grund der Beweisaufnahme als erwiesen an, daß der Beklagte bei der Operation nur mit schwarzen Fäden armierte Wolltupfer verwandt und vor Schließung der Wunde eine Nachschau nach Fremdkörpern vorgenommen hat. Dagegen hat, wie nunmehr feststeht, eine Zählung der gebrauchten Wattetupfer durch die Operationsschwester oder einen Assistenten nicht stattgefunden. Das Berufungsgericht hat jedoch aus dem Unterbleiben dieser Zählung keinen Vorwurf gegen den Beklagten hergeleitet.

Es kann der Revision nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht die Anforderungen an die Sorgfalts- und Kontrollpflicht des Chirurgen zu gering bemessen hat, indem es in diesem Punkt der Beurteilung der Sachverständigen gefolgt ist. Den Gerichten ist nur unter Berücksichtigung ärztlicher Fachkunde und Facherfahrung ein Urteil darüber möglich, welche Methoden geeignet und erforderlich sind, um der Gefahr eines Zurückbleibens von Tupfern in Operationswunden zu begegnen. Daß die Gerichte hierbei auf die ärztliche Begutachtung und die Berücksichtigung des ärztlichen Schrifttums angewiesen sind, liegt in der Natur der Sache. Ihnen verbleibt natürlich die Freiheit und die Verpflichtung, die Gutachten im Rahmen des Möglichen kritisch zu würdigen und sie insbesondere dahin zu prüfen, ob der in den Gutachten gewählte Beurteilungsmaßstab den strengen vom Recht gestellten

Anforderungen gerecht geworden ist. Diese Aufgabe hat das Berufungsgericht erfüllt. Es hat sich dem übereinstimmenden Standpunkt beider Gutachter angeschlossen, daß es nicht erforderlich gewesen sei, die bei der Bandscheibenoperation hier verwandten armierten Tupfer zählen zu lassen. Dabei hat der Gutachter Prof.Dr.Dick auf die Fehlerquellen der sogenannten Zählmethode hingewiesen, die bei konsequenter Durchführung leicht zu einer Schädigung des Patienten führe und eben deshalb von der Mehrzahl der namhaften Chirurgen nicht angewandt werde. Der Gutachter Privatdozent Dr.Kautzky hat erklärt, er selbst lasse Tupfer der hier verwandten Art bei der Durchführung von Bandscheibenoperationen auch nicht zählen. Das Berufungsgericht hat darüber hinaus auch das ärztliche Schrifttum berücksichtigt, in dem wiederholt darauf hingewiesen ist, daß sich die Zählmethode wenig bewährt habe, weil bei Zählfehlern oder dem Übersehen eines weggelegten Tupfers eine unangemessen lange, den Operationserfolg beeinträchtigende Nachschau oder gar eine erneute Wundöffnung statfinde. So zuverlässig und praktisch dem Laien zunächst das mechanische Zählverfahren erscheine, müsse der Chirurg auf Grund seiner Erfahrungen darauf hinweisen, daß die Zählmethode keineswegs das zu leisten vermöge, was man von ihr erwarte. Entscheidend für den Erfolg einer Operation und die Vermeidung von Fehlerquellen insbesondere sei die Umsicht des Chirurgen und die richtige Organisation der Operation, zu der die Einbeziehung der Zählmethode nicht zu rechnen sei (Guleke: Der versehentlich zurückgelassene Fremdkörper in "Der Chirurg" 1934 S 505; vgl. ferner A.W.Fischer: "Der Chirurg" 1936 S. 834; Goldhahn, Hartmann: "Chirurgie und Recht" 1937 S. 87 ff, 106, 111; Perret: "Arzthaftpflichtrecht" 1956 S. 71 ff).

Es mag dahinstehen, ob es sich bei allen Operationen rechtfertigen läßt, daß die Zählmethode nicht angewandt wird. Es liegt insbesondere nahe, daß eine Zählung als unerlässlich bezeichnet werden muß, wenn es sich um größere Tücher, Klammern oder Instrumente handelt (vgl. das bei Perret aaO S. 86 mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts vom 16. Januar 1934 - III ZR 181/33). Jedenfalls sieht sich der Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht angesichts der hier vorliegenden ärztlichen Gutachten und des Standpunktes des ärztlichen Schrifttums ausserstande, dem Beklagten daraus einen Schuldvorwurf zu machen, daß er es bei der hier durchgeführten Bandscheibenoperation unterlassen hat, die armierten Tupfer kleinerer und mittlerer Größe durch eine Hilfskraft zählen zu lassen. Hierbei fällt auch ins Gewicht, daß das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 94, 4 auf die Unzuverlässigkeit der Zählmethode hingewiesen und ausdrücklich abgelehnt hat, einem Chirurgen aus der Nichtanwendung dieser Methode einen Vorwurf zu machen.

b) Geht daher der Vorwurf fehl, bereits die Organisation der Operation sei wegen Nichtanwendung einer erforderlichen Sicherungsmaßnahme zu beanstanden, so läßt sich ein Verschulden des Beklagten nur dann bejahen, wenn die Beweisaufnahme zu der Feststellung führt, der Beklagte habe die Operation sonst nicht genügend sorgsam und umsichtig durchgeführt. Nun hat das Berufungsgericht zwar keinen ausreichenden Anhaltspunkt für die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten gefunden, daß ein Herzkollaps des Klägers eine Beschleunigung der Operation über das gewöhnliche Maß notwendig gemacht habe. Vielmehr hat es aus der Beweisaufnahme den Eindruck erhalten, daß der

df

Operationsverlauf keine besonderen Komplikationen aufgewiesen habe. Trotzdem hält es das Berufungsgericht, dem Sachverständigen folgend, für möglich, daß der vom Armierungs- (Folge-) Faden gelöste Tupfer auch bei Anwendung aller Sorgfalt und Vorsicht der Aufmerksamkeit des Beklagten habe entgehen können. Dabei hat das Berufungsgericht durch Vernehmung der Zeugen Dr. Grunert und der Krankenschwester den Ablauf der Operation im einzelnen aufzuklären versucht und ferner durch Vernehmung des Zeugen Dr. K., der bei der zweiten Operation gegenwärtig war, die Lage des Tupfers in der Tiefe der Wunde sowie seine Form und Farbe festgestellt. Endlich ist jetzt Aufklärung geschaffen, daß der Tupfer bei der Einführung in das Wundgebiet eine Größe von höchstens 8 x 4 cm hatte. Die Auswertung des festgestellten Befundes war im wesentlichen eine Aufgabe des Sachverständigen. Dieser hat im einzelnen ausgeführt, wie es möglich ist, daß sich ein Folgefaden vom Tupfer lösen und mit einem anderen blutdurchtränkten Tupfer oder Faden zu einem Knäuel verbinden kann. Er hat weiter unter Berücksichtigung der Eigenart der hier vorgenommenen Operation die Gründe angegeben, weshalb ein zusammengedrückter Tupfer, der sich in seinem Aussehen alsbald dem ihn umgebenden Gewebe anpaßt, in der Tiefe einer Wundtasche verschwinden und dort der Aufmerksamkeit des Chirurgen entgehen kann. Auch bei Prüfung dieser Frage war das Berufungsgericht weitgehend auf die von den Sachverständigen vermittelte chirurgische Fach Erfahrung angewiesen, und es kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß es sich der Beurteilung des Gutachters Kautzky, eines Privatdozenten für Neurochirurgie, angeschlossen hat.

Das Ergebnis kann mit den verfahrensrechtlichen Rügen der Revision nicht erschüttert werden. Soweit die Revisionsrügen von einer unzutreffenden Beurteilung der Beweislast ausgehen, ist ein näheres Eingehen auf sie nicht erforderlich. Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Gerade weil die Zeugen der Operation in Gegenwart des Gutachters vernommen sind und dieser über einschlägige Erfahrungen in solchen Operationen verfügte, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Begutachtung der Eigenart der hier vorgenommenen Operation nicht gerecht geworden ist. Weder war das Berufungsgericht genötigt, darauf einzugehen, wie der den Kläger jetzt behandelnde Arzt die Übersichtlichkeit des damaligen Operationsfeldes beurteilte, noch läßt es sich aus dem Gesichtspunkt des § 286 ZPO beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht die genauen Maße des Operationsfeldes oder die Anzahl der verwandten Tupfer festgestellt hat. Hätte der Sachverständige hier eine weitere Aufklärung für erforderlich gehalten, die im übrigen auch vom ersten Gutachter nicht verlangt ist, so würde er sicher darauf hingewiesen haben. Außerdem hätte der Kläger bei der gerichtlichen Vernehmung des Sachverständigen entsprechende Fragen stellen können, was er unterlassen hat.

Es geht ferner der Vorwurf der Revision fehl, die Ausführungen des Berufungsurteils würden der Verpflichtung des Arztes nicht gerecht, im Interesse des Patienten alles zu tun, um Schäden von ihm fern zu halten (vgl. hierzu BGHZ 8, 138). Diese Verpflichtung ist vom Berufungsgericht durchaus erkannt und entsprechend bewertet worden. Das

Berufungsgericht durfte aber auch der ärztlichen Erfahrung Bedeutung beimessen, daß jede größere Operation unter einem gewissen Zeitdruck steht und daß eine allzu gründliche - bis zum Öffnen geschlossener Wundtaschen gehende - Nachschau wieder ernste Gefahren für den Patienten hervorruft. Wenn bei einer Operation, wie sie hier vorgenommen wurde, nach ärztlicher Auffassung auch dem sehr gewissenhaft und sorgfältig verfahrenen Chirurgen unbeschadet der angewandten Sicherungsmethoden ein Übersehen eines Tupfers unterlaufen kann, so läßt sich ein Verschulden nicht feststellen.

II.

Der Vorwurf des Klägers, der Beklagte habe die zweite Operation schuldhaft verzögert, ist vom Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Gutachten von Prof.Dr.Dick und Prof.Dr. Voßschulte zurückgewiesen worden. Die Revision rügt zu diesem Punkt, das Berufungsgericht habe eine nicht in einem Verhandlungsprotokoll niedergelegte Äußerung des Prof.Dr.Dick entgegen der Vorschrift des § 161 ZPO verwertet. Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil die dem Kläger nachteilige Entscheidung des Berufungsgerichts keineswegs auf einem solchen Verstoß beruhen würde (vgl. Urteil des I.Zivilsenats vom 30.März 1951 - I ZR 58/50 - GRUR 1951, 404; Urteil des IV.Zivilsenats vom 8.November 1951 - IV ZR 55/51 - MDR 1952 B.220/52). Denn die in dem Verhandlungstermin vom 18.März 1953 gemachte Äußerung des Prof.Dr.Dick, über deren Inhalt den Parteien die Abschrift eines Aktenvermerks des Berichterstatters zugestellt wurde und die außerdem im ersten Urteil des Oberlandesgerichts

wiedergegeben ist, war nach Ansicht des Klägers gerade geeignet, die Schuldfrage in seinem Sinne zu beantworten. Weil er aus der Äußerung des Sachverständigen über die Behandlung einer sogenannten Fisteleiterung die Folgerung zog, das Ergebnis des ersten Gutachtens sei nicht haltbar, beantragte er eine Überprüfung durch einen zweiten Gutachter. Angesichts der Tatsache, daß das Berufungsgericht diesem Antrag nachgekommen ist und einen zweiten Sachverständigen gehört hat, ist es unverständlich, wie der Kläger dadurch beschwert sein will, daß die Äußerung des Prof.Dr.Dick nicht in einer formellen Verhandlungsniederschrift niedergelegt worden ist. Auch im übrigen geht aus dem Urteil nicht hervor, daß Bekundungen des Prof.Dr.Dick entgegen der Vorschrift des § 161 ZPO zu Lasten des Klägers bei der Beweiswürdigung verwertet worden sind.

Endlich ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht davon abgesehen hat, den vom Kläger benannten Zahnarzt zu vernehmen, der über den Zustand der Operationsnarbe vor Öffnung der Wunde Bekundungen machen sollte. Denn nach dem eigenen Vortrag des Klägers hat der Beklagte eben diesen Zustand der Operationsnarbe zum Anlaß genommen, am folgenden Tage die Wundöffnung vorzunehmen. Für die Beantwortung der Schuldfrage kam es aber nur darauf an, ob schon auf Grund des früheren Befundes, wie er dem Beklagten vorlag, eine erneute Operation erforderlich gewesen wäre. Das hat das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme und der ärztlichen Gutachten insbesondere ohne Rechtsirrtum verneint.

III.

Da ein Verschulden des Beklagten nicht festzustellen war, konnte die Schadensersatzverpflichtung des Beklagten weder aus dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung, noch aus dem der fahrlässigen Körperverletzung (§ 823 BGB) bejaht werden. Die Revision erweist sich daher als unbegründet und mußte mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr.Klenewefers

Hanebeck

Dr.K.E.Meyer

Dr.Haus

Martin