

2337 042

VI ZR 267/54

Verkündet am 22. Juni 1955
Romacker, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des praktischen Arztes Dr. med. Herbert M [REDACTED]
in H [REDACTED], Am K [REDACTED],

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

g e g e n

den Direktor Otto M [REDACTED] in H [REDACTED],
K [REDACTED] strasse [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1955 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Hanebeck, Dr. Bode,
Dr. Hauß und Erbel.

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 18. Mai 1954 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist praktischer Arzt. Er hat am 17. Juni 1949 den Kläger in Vollnarkose unter Verwendung eines Thermokauters "Thermidion A" an einem Nackenkarbunkel operiert. Der Thermokauter erzeugt zwischen dem Operationsschneider als positiver Elektrode und dem Körper des Patienten, an dem eine negative Elektrode angebracht wird, eine Hochfrequenzspannung. Der beim Schneiden fließende Strom entwickelt Wärme, die das Blut gerinnen läßt und dadurch die verletzten Blutgefäße schließt.

Während der Operation erlitt der Kläger durch den elektrischen Strom des Thermokauters Verbrennungen an der linken Hand und am rechten Arm. Später stellte sich eine Lymphangitis im linken Unterarm und bald darauf eine Plexusneuritis im linken Arm ein. Der Kläger begab sich in die Behandlung verschiedener Ärzte und in Krankenhäuser. Auf ärztliches Anraten unterzog er sich zur Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit einer Herzkur in Bad Nauheim. Der Amtsarzt der Sozialbehörde stellte bei ihm vollkommene Erwerbsunfähigkeit zunächst bis Ende 1951 fest.

Der Kläger hat behauptet, die Operation sei nicht sorgfältig vorbereitet worden. Die Sprechstundengehilfin T. des Beklagten habe ihm ein zylinderförmiges Metallstück als negative Elektrode in die linke Hand gegeben, statt am Körper eine glatt anliegende Platte zu befestigen. Wahrscheinlich habe sich während der Narkose seine Hand gesenkt und die Elektrode sei mit einem Metallgegenstand, vermutlich der Armlehne des Operationstisches in Berührung gekommen. Durch den dabei entstandenen Kurzschluß habe er die Verbren-

nungen an der linken Hand erlitten. Die Verbrennungen am rechten Arm hat der Beklagte darauf zurückgeführt, daß der Arm unsachgemäß gelagert worden und mit einem Metallteil in Berührung gekommen sei, wobei in dem Gestell vagabundierende Ströme in den Arm übergetreten seien und die Verbrennungen hervorgerufen hätten. Er habe Verbrennungen zweiten und dritten Grades erlitten und bereits 24 Stunden nach der Operation habe der erste schwere Herzanfall eingesetzt, dem ständig weitere gefolgt seien, wodurch er arbeitsunfähig geworden sei.

Der Kläger hat vom Beklagten Schadenersatz und Schmerzensgeld verlangt, ferner die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihm allen künftigen Schaden zu ersetzen habe.

Der Beklagte hat behauptet, er habe die Operation unter Beachtung der bestehenden Vorschriften und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen. Seine Gehilfin T. [REDACTED] habe als negative Elektrode eine 14 x 19 cm große rechteckige Platte an der Innenseite der linken Hand des Klägers mit einer elastischen Binde befestigt. Er selbst habe vor und nach der Operation festgestellt, daß die Platte fest an der Hand angelegen habe. Nach der Narkotisierung hätten er und seine Gehilfin den Kläger auf die rechte Seite gedreht und ihn mit breiten Gummibinden auf dem Operationstisch festgeschnallt. Der linke Arm sei in gleicher Weise längs des Körpers fixiert worden. Beim Stillen einer bei der Operation unerwartet aufgetretenen starken Blutung sei zwar seine Aufmerksamkeit zeitweilig voll in Anspruch genommen gewesen, aber der Körper des Klägers habe sich auch währenddessen nicht verschoben und der Thermokauter sei bereits abgeschaltet gewesen. Er habe schon viele Operationen mittels



Thermokauters durchgeführt, ohne daß ein Patient Schaden erlitten hätte, und seine Gehilfin T [REDACTED] habe ihm stets sachgemäß und fachkundig assistiert. Die Verletzungen des Klägers seien auf einen unglücklichen Zufall zurückzuführen. Die Verbrennungen seien auch nur ersten und zweiten Grades gewesen. Einen Herzschaden hätten sie nicht zur Folge gehabt.

Das Landgericht hat, gestützt auf das Gutachten der Universitätsklinik H [REDACTED] vom 7. Februar 1951 eine Schadenersatzpflicht des Beklagten sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung verneint, weil dem Beklagten kein Verschulden nachgewiesen werden könne.

Das Berufungsgericht hat auf Grund des physikalischen Obergutachtens des Prof. Dr. M [REDACTED] vom 15. Februar 1953 und des medizinischen Obergutachtens des Dr. med. habil. K [REDACTED] vom 18. August 1953 die Zahlungsansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und der Feststellungsklage stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das Gutachten des vom Beklagten wegen Befangenheit abgelehnten Obergutachters Dr. K [REDACTED] nicht verwenden dürfen.

Abgelehnt werden kann nur ein bestimmter Sachverständiger (§ 406 ZPO). Die Ablehnung "aller etwaiger vom Kläger vorgeschlagener medizinischer Obergutachter" im Schriftsatz vom 12. Mai 1953 stellte keine vom Berufungsgericht zu beachtende Ablehnung des erst später auf Vorschlag der Medizinischen Fakultät der Universität Hamburg vom 8. Juli 1953 mit der Erstattung des Obergutachtens beauftragten Dr. K. [REDACTED] durch den Beklagten dar. Zudem hat der Beklagte gegen die Beauftragung des Sachverständigen durch das Berufungsgericht keine Einwendungen erhoben.

Der Beklagte durfte den Sachverständigen allerdings auch noch nach der Einreichung des Gutachtens ablehnen, wenn er glaubhaft machte, daß er den Ablehnungsgrund nicht vorher geltend machen konnte (§ 406 Abs 2 Satz 2 ZPO). Hierfür hat er sich darauf berufen, er habe erst aus dem Gutachten ersehen, daß Dr. K. [REDACTED] bereits früher auf Grund einer Briefkastenansfrage in der "Medizinischen Welt" zum Falle des Klägers Stellung genommen hatte.

Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 14. Januar 1954 unter Berufung auf seine frühere allgemeine Ablehnung aller vom Kläger vorgeschlagenen Sachverständigen erklärt, er bedaure, Herrn Dr. K. [REDACTED] nicht als medizinischen Sachverständigen anerkennen zu können. Hierin liegt eine Ablehnung des Sachverständigen durch den Beklagten. In seinen späteren Schriftsätzen hat der Beklagte allerdings die Ablehnung des Sachverständigen nicht mehr erwähnt, sondern sich sachlich mit beiden Gutachten auseinandergesetzt. Ob er in den mündlichen Verhandlungen vom 22. Januar und 27. April 1954 die Ablehnung nochmals vorgetragen hat, ist nicht

ersichtlich; die Sitzungsniederschriften enthalten hierüber nichts. Es kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Beklagte durch späteres schlüssiges Verhalten das vorgebrachte Ablehnungsgesuch zurückgenommen hätte.

Dennoch kann der Beklagte mit seiner Rüge, das Berufungsgericht habe das Gutachten des Dr. K. [REDACTED] nicht verwerten dürfen, nicht mehr gehört werden, denn der Beklagte hat sein Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren. Nach § 406 Abs 4 und 5 ZPO hätte das Berufungsgericht über die nachträgliche Ablehnung des Sachverständigen Dr. K. [REDACTED], sei es ohne oder auf Grund einer mündlichen Verhandlung durch Beschluß entscheiden müssen und erst im Anschluß hieran in der Sache weiter verhandeln dürfen. Die Parteien haben Anspruch darauf, schon während des Verfahrens zu wissen, ob das Gericht das Gutachten eines abgelehnten Sachverständigen verwerten wird oder nicht, um sich im weiteren Verlauf des Rechtsstreits danach richten zu können. Eine Entscheidung über das Ablehnungsgesuch in den Gründen des Urteils widerspräche § 406 Abs 4 und 5 ZPO (RGZ 60, 111). Statt nun durch Beschluß über die Ablehnung zu entscheiden, hat das Berufungsgericht in der auf das schriftliche Ablehnungsgesuch vom 14. Januar 1954 folgenden mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 1954 ausweislich der Sitzungsniederschrift über die beiden Obergutachten sachlich verhandeln lassen und, wie der "Anhang zur Sitzungsniederschrift" beweist, weitere Erklärungen der Parteien über die Vorgänge bei der Operation und die Folgen der vom Kläger erlittenen Verbrennungen entgegengenommen. Es hat weiter in dem auf den 5. Februar 1954 anberaumten Termin einen Beweisbeschluß erlassen und darin die Vernehmung der Gehilfin T. [REDACTED] als Zeugin sowie die Einholung schriftlicher Aus-

künfte von Ärzten, die den Kläger nach dem Unfall behandelt haben, angeordnet. Zumindest dieser Beweisbeschluss ließ eindeutig erkennen, daß das Berufungsgericht, ohne auf das Ablehnungsgesuch des Beklagten einzugehen, das Gutachten des Sachverständigen seiner Entscheidung zugrunde legen werde, denn durch die angeordnete Beweiserhebung sollte nur noch geklärt werden, wie die negative Elektrode und der Arm des Klägers während der Operation befestigt waren und ob der Kläger nach der Operation Herzbeschwerden hatte. Unter diesen Umständen hätte der Beklagte in der Sitzung vom 27. April 1954, in der die angeordnete Beweisaufnahme durchgeführt, zur Sache verhandelt und erkennbar Termin zur Verkündung einer Sachentscheidung anberaumt wurde, rügen müssen, daß über die Ablehnung des Sachverständigen Dr. K. noch nicht entschieden war. Das hat der Beklagte unterlassen und damit sein Recht, eine Entscheidung über sein Ablehnungsgesuch zu verlangen, verloren (§ 295 ZPO). Daher kann der Beklagte mit der Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe das Sachverständigengutachten Dr. K. nicht verwerten dürfen, nicht gehört werden.

II.

Das Berufungsgericht folgt der Darstellung des Beklagten, daß er als negative Elektrode eine 14 x 19 cm große Platte verwandt und diese mittels Bandagen an der linken Hand des Klägers befestigt habe. Die Verbrennungen an der linken Hand führt es, gestützt auf das physikalische und das medizinische Obergutachten, auf einen unzulänglichen Kontakt zwischen der Innenseite der Hand und der Platte zurück. Die Handfläche bilde zwischen den Fingern und an den

Ballen Hohlräume und sei deshalb nicht geeignet gewesen, um an ihr die Platte glatt und fest anzulegen. Auch habe die rechteckige Platte an einigen Stellen über die Hand hinausgeragt. Der mangelhafte Kontakt zwischen Handfläche und negativer Elektrodenplatte habe einen Widerstand im Stromkreis dargestellt, der eine starke Wärmeentwicklung hervorgerufen und die Verbrennungen bewirkt habe. Die Verbrennungen am rechten Arm des Klägers hat das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Dr. K. [REDACTED] mit dem Übertritt von Hochfrequenzstrom aus dem Körper des Klägers in das Gestell des Operationstisches erklärt. Es nimmt an, daß der rechte Arm während der Operation mit einem Metallteil des Operationstisches in Berührung gekommen ist und an dieser einen Widerstand bildenden Kontaktstelle die Verbrennungen entstanden sind.

2. Diese vom Berufungsgericht angenommenen verschiedenen Ursachen für die Entstehung der Verbrennungen an der linken Hand einerseits und dem rechten Arm andererseits hält die Revision nicht auseinander, wenn sie rügt, das Berufungsgericht habe die Aussagen der Zeugin T. [REDACTED] nicht ausreichend gewürdigt (§ 286 ZPO). Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 5. Juni 1950 nur bestritten, daß die negative Elektrode den Operationstisch berührt habe und sich hierfür auf das Zeugnis seiner Gehilfin T. [REDACTED] berufen. Dagegen hat er im Schriftsatz vom 14. Januar 1954 zugegeben, daß möglicherweise Stellen des Körpers mit Metallteilen des Operationstisches in Berührung gekommen sind. Da das Berufungsgericht die gleichen Annahmen seiner Entscheidung zugrunde legt, kommt es auf die Würdigung der Aussagen der Zeugin T. [REDACTED] insoweit nicht an.

III.

1. Die Fahrlässigkeit in der Handlungsweise des Beklagten sieht das Berufungsgericht darin, daß der Beklagte nicht die Vorschriften über die Verwendung eines Thermo- kauters, deren Kenntnis von einem elektrochirurgische Eingriffe vornehmenden Arzt verlangt werden müsse, beachtet hat. In der medizinischen Fachliteratur werde, wie der medizinische Obergutachter ausgeführt habe, die Forderung aufgestellt, daß zur Vermeidung von Verbrennungen die negative Elektrode mit ihrer ganzen Fläche am Körper des Patienten anliege und der Patient auf dem Operationstisch richtig gelagert werde. Bei Beachtung dieser Regeln könnten keine Verbrennungen entstehen. Nach dem physikalischen Obergutachten hänge das Verschulden des Beklagten davon ab, ob ein Arzt, der einen elektrochirurgischen Eingriff vornehme, wissen müsse, daß die negative Elektrode mit ihrer ganzen Fläche am Körper des Patienten anliegen müsse und ob der Beklagte die negative Elektrode so am Körper des Klägers habe befestigen können, daß eine Lockerung während der Operation nicht eintrat. Beide Fragen hat das Berufungsgericht bejaht. Von einem Arzt müsse verlangt werden, daß er die einschlägige Literatur über eine von ihm angewandte Heilmethode kenne. Die negative Elektrodenplatte hätte der Beklagte auf der Brust, dem Rücken oder an einem Oberschenkel des Klägers unverschiebbar befestigen können. Es sei anzunehmen, daß auch die Bedienungs- vorschrift zum "Thermidion A" einen Hinweis auf die Möglichkeiten, wie es zu Verbrennungen kommen könne, enthalte. Sache des Beklagten wäre es gewesen, durch Vorlage dieser Bedienungs- vorschrift das Gegenteil nachzuweisen. Somit müsse von einer schuldhaften Nichtbeachtung der Anwendungsvorschriften ausgegangen werden, es sei denn, daß die Verbrennungen auf besondere vom Beklagten darzulegende Umstände, für die er nicht

verantwortlich gemacht werden könne. zurückzuführen seien. Derartige Umstände habe der Beklagte nicht vorgetragen. Ein Fehler des Thermokauters könne für die Verletzungen nicht ursächlich gewesen sein, da eine eingehende Überprüfung des Geräts nach der Operation durch die Lieferfirma dessen einwandfreie Beschaffenheit ergeben habe. Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, er sei durch das Stillen der während der Operation aufgetretenen Blutung davon abgehalten worden, auf einen festen Sitz der Elektrode zu achten. Verbrennungen hätten nur entstehen können, solange das Gerät eingeschaltet gewesen sei. Beim Einsetzen der Blutung habe der Beklagte aber nach seiner Behauptung das Gerät abgeschaltet. Der Hochfrequenzstrom fließe zudem nur, wenn das Messer den Körper berühre. Beim Stillen des Blutes habe der Beklagte aber das Messer nicht verwendet.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verschulden des Beklagten halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ob die beiden Obergutachter ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten bejahen, was die Revision in Zweifel zieht, ist unerheblich. Das Verschulden des Beklagten zu beurteilen, ist Aufgabe des Gerichts und das Berufungsgericht ist auf Grund der technischen Ausführungen in den beiden Obergutachten, die übrigens an dem Verschulden des Beklagten keinen Zweifel lassen, zu dem Ergebnis gekommen, daß der Beklagte fahrlässig gehandelt hat. Diese Würdigung des Sachverhalts ist nicht zu beanstanden.

b) Das Berufungsgericht hat auch die Beweislast nicht verkannt. Soweit es die Schadenersatzpflicht des Beklagten auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823, 847 BGB) stützt, ist es ersichtlich davon ausgegangen, daß der

Kläger die schuldhafte Verursachung der Verbrennungen durch den Beklagten beweisen muß. Mit Recht hat es dann allerdings angenommen, daß der erste Anschein für ein Verschulden des Beklagten spricht, und es dessen Sache gewesen wäre einen Sachverhalt darzutun, der die ernsthafte Möglichkeit eines von ihm nicht verschuldeten Geschehensablaufs ergibt. Wenn nach den beiden Obergutachten bei vorschriftsmässiger Bedienung des Thermokauters Verbrennungen nicht auftreten können und von einem dieses Gerät anwendenden Arzt die erforderliche Sachkunde verlangt werden muß, dann spricht die Erfahrung dafür, daß trotzdem entstandene Verbrennungen auf einer schuldhaften Nichtbeachtung der Gebrauchsvorschriften beruhen. Hierin liegt der allgemeine Erfahrungssatz, den die Revision zu Unrecht in den Ausführungen des Berufungsurteils vermißt und der es rechtfertigt, den Grundsatz des Beweises des ersten Anscheins hier anzuwenden.

c) Zu Recht hat das Berufungsgericht in dem Vorbringen des Beklagten keine besonderen für die Verbrennungen ursächlichen, vom Beklagten nicht zu verantwortenden Umstände gesehen. Die Revision geht selbst davon aus, daß das Gerät nicht fehlerhaft war. Ob der Beklagte mit dem Eintritt einer starken Blutung rechnen mußte und ob er während des Stillens der Blutung den festen Sitz der Elektrodenplatte an der Hand des Klägers zu überwachen vermochte, ist unerheblich, da die Platte nicht an der Hand, sondern an einer einen festen Kontakt ermöglichenden Körperstelle hätte angelegt werden müssen.

d) Das Berufungsgericht hat auch nicht entgegen der Ansicht des Sachverständigen Prof. Dr. M. [REDACTED] daß ein Arzt nicht die zum Verständnis der Vorgänge im Hochfrequenzkreis erforderlichen physikalischen Kenntnisse besitzen müsse, ein sol-

ches Verständnis vom Beklagten verlangt, sondern es nur darauf abgestellt, daß der Beklagte die Bedienungsvorschriften für den Thermokauter und die Hinweise im medizinischen Schrifttum nicht ausreichend beachtet hat. Hierin liegt kein Rechtsfehler. Wenn ein Arzt die physikalischen Vorgänge in einem von ihm benutzten technischen Gerät nicht kennt, so muß er sich um so genauer an die dem Gerät mitgegebenen Bedienungsvorschriften halten und die im medizinischen Schrifttum enthaltenen Hinweise auf Gefahrenquellen beachten. Auch die Folgerung des Berufungsgerichts, daß die zu dem Thermokauter "Thermidion A" gehörenden Bedienungsvorschriften die erforderlichen Belehrungen über das Anlegen der negativen Elektrodenplatte und die Lagerung des Körpers auf dem Operationstisch enthalten habe und es Sache des Beklagten gewesen wäre, durch Vorlage der Vorschriften das Gegenteil darzutun, ist unbedenklich.

IV.

Die Revision beanstandet die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Herzbeschwerden des Klägers eine Folge der erlittenen Verbrennungen seien. Damit greift sie die gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung dem Tatrichter obliegende Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Schaden an. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruhen und ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen ausser acht gelassen sind (BGH in LM Nr 4 zu § 287 ZPO). Das ist hier nicht der Fall.

. 13 .

T.

Da das Berufungsurteil auch im übrigen einer rechtlichen Prüfung standhält, war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Kleinewefers

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Hauß

Erbe.