

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 823 Aa, 839 E

Ein beamteter Arzt haftet für Schäden aus Versäumnissen einer ambulanten Behandlung seiner Privatpatienten deliktisch nicht nach § 839 BGB, so daß er sich nicht auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen kann. Dasselbe gilt für seinen Vertreter, nicht aber für nachgeordnete Ärzte, die zur Mitwirkung bei der Behandlung herangezogen werden.

BGH, Urteil vom 8. Dezember 1992 - VI ZR 349/91 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 349/91

Verkündet am:
8. Dezember 1992
Metzger
Justizassistentin z.A.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Marud G , N Straße , K ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

Prof. Dr. Friedrich W , R straße , K ,

Beklagten zu 1) und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Kullmann, Dr. Lepa, Dr. Müller und Dr. Dressler

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. November 1991 im Kostenpunkt und ebenso wie das Teilurteil des Landgerichts Köln vom 26. Februar 1991 insoweit aufgehoben, als darin über die gegen den Erstbeklagten gerichteten Ansprüche zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ließ sich seit 1975 in der Universitäts-Frauenklinik in K. ambulant behandeln (Krebsvorsorgeuntersuchungen). Mit Prof. Dr. B., der zumindest seit 1985 beamteter Direktor dieser Klinik ist, schloß sie im August 1985 folgende Vereinbarung:

"Ich wünsche für mich die private persönliche Beratung und Behandlung durch Herrn Prof. Dr. B.

Für den Fall seiner Verhinderung durch Ortsabwesenheit, Urlaub, Krankheit oder unvorhersehbare Umstände bin ich mit der Vertretung durch einen Oberarzt einverstanden. Wenn zur Klärung der Diagnose oder zur Behandlung weitere Fachärzte zugezogen werden sollen, wünsche ich auch hier private persönliche Beratung und Behandlung.

Das von Herrn Prof. Dr. B. berechnete Honorar ist an ihn persönlich zu zahlen, gegebenenfalls das von zugezogenen Ärzten aus anderen Kliniken berechnete Honorar an diese persönlich."

Am 23. März 1988 begab sich die Klägerin als Privatpatientin für eine ambulant durchzuführende Kontrolluntersuchung in die Frauenklinik, weil sie in ihrer linken Brust einen Knoten ertastet hatte. Der Beklagte zu 1), beamteter Oberarzt der Klinik, führte eine Tastuntersuchung durch und veranlaßte eine Mammographie und eine Sonographie. Nach Kenntnisnahme vom Befundbericht des Radiologischen Instituts beschied er die Klägerin dahin, daß derzeit nichts weiter zu veranlassen sei.

Mitte Dezember 1988 meldete sich die Klägerin für eine erneute Untersuchung an, die am 4. Januar 1989 vom Beklagten zu 1) durchgeführt wurde. Am 16. Januar 1989 wurde sie zur stationären Behandlung aufgenommen; am 17. Januar 1989 kam es zu einer Probeexcision, die ein Mamma-Carcinom ergab. Daraufhin führte Prof. Dr. B. am 23. Januar 1989 eine Mastektomie mit axillärer Lymphonodektomie durch, wobei anschließend ein Skin-Expander gelegt wurde, der am 25. Oktober 1989 wieder entfernt wurde.

Die Klägerin hat von dem Beklagten zu 1) sowie von der mitverklagten Klinik und dem drittbeklagten Prof. Dr. B. Zahlung eines Schmerzensgeldes und materiellen Schadensersatz in Höhe von 5.171 DM verlangt sowie ihnen gegenüber die Feststellung der Ersatzpflicht bezüglich des ihr künftig aus der frauenärztlichen Behandlung in den Jahren 1988, 1989 und 1990 entstehenden Schadens begehrt. Sie hat ihre Klage darauf gestützt, der Erstbeklagte sei am 23. März 1988 vorwerfbar einem klar erkennbaren Krebsverdacht nicht nachgegangen. Bei richtiger Diagnostik hätte sich bereits zu diesem Zeitpunkt ein kleiner bösartiger Tumor ergeben, der problemlos hätte entfernt werden können.

Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagten zu 1) und 2) durch Teilurteil abgewiesen (gegen den Beklagten zu 1) als derzeit unbegründet). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet die Klage gegen den Beklagten zu 1) (im folgenden: der Beklagte) für derzeit unbegründet, weil vertragliche Ansprüche der Klägerin gegen diesen nicht in Betracht kämen und deliktische Ansprüche wegen des Verweisungsprivilegs in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen seien.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind vertragliche Beziehungen allein zwischen der Klägerin und dem die Privatambulanz betreibenden Prof. Dr. B. zustandegekommen. Die Klägerin habe keinen Sachverhalt vorgetragen, der eine andere Beurteilung rechtfertigen könne. Deshalb hafte der Beklagte für einen etwaigen Behandlungsfehler nur nach § 839 BGB, so daß ihm das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zugute komme. Nach dem Vortrag der Klägerin habe der Beklagte eine dieser gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, da hierzu das Vermeiden aller Handlungen gehöre, die schon aufgrund der §§ 823 ff. BGB unerlaubt seien. Dabei spiele es keine Rolle, daß der Beklagte bei Vornahme der beanstandeten Behandlung als Erfüllungsgehilfe von Prof. Dr. B. im Rahmen dessen vertraglicher Beziehungen zur Klägerin tätig geworden sei. Maßgebend sei die Eingebundenheit des Beklagten in das Krankenhaus und daß er aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung heraus tätig geworden sei. Insoweit müsse für ihn das Gleiche gelten wie für den selbst liquidierenden beamteten Chefarzt, der zum Privatpatienten privatrechtliche Beziehungen aufgenommen und in

diesem Rahmen seine Tätigkeit entfaltet habe. Der beamtete Erfüllungsgehilfe des Chefarztes könne nicht schlechter gestellt werden als der beamtete Chefarzt selbst, der sich auf das Verweisungsprivileg berufen könne, soweit es sich um deliktische Ansprüche handele.

Danach ist, wie das Berufungsgericht meint, das Klagevorbringen derzeit unschlüssig, weil den Beklagten allenfalls der Vorwurf fahrlässigen Fehlverhaltens treffe und die Klägerin selbst darlege, daß sie deswegen von Prof. Dr. B. Ersatz beanspruchen könne. Dieser hafte für den Ersatz der materiellen Schäden aus einer etwaigen Fehlbehandlung am 23. März 1988 ohne Entlastungsmöglichkeit aus dem Gesichtspunkt der schuldhaften Vertragsverletzung in Verbindung mit § 278 BGB. Wegen der immateriellen Schäden könne eine Ersatzpflicht von Prof. Dr. B. aus §§ 831, 847 BGB ohne Verweisungsmöglichkeit, aber mit der Entlastungsmöglichkeit aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehen. Solange, wie derzeit hier, nicht feststehe, ob sich Prof. Dr. B. auf diese Entlastungsmöglichkeit berufen werde und berufen könne, seien immaterielle Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten schon deshalb als derzeit unbegründet abzuweisen.

Das Berufungsgericht sieht auch keinen Rechtsfehler darin, daß das Landgericht die gegen den Beklagten gerichtete Klage vorab durch Teilurteil abgewiesen hat.

Die Voraussetzungen für den Erlaß eines Teilurteils hätten vorgelegen. Die Rechtsverhältnisse zwischen der Klägerin einerseits und dem Beklagten sowie dem mitverklagten Prof. Dr. B. andererseits seien jeweils voneinander teil-

bar. Es handele sich um selbständige Streitgegenstände; der Beklagte und Prof. Dr. B. seien nicht notwendige Streitgenossen. Der weitere Verlauf des Prozesses, nämlich der Fortgang der gegen Prof. Dr. B. gerichteten Klage, berühre die getroffene Entscheidung nicht. Das Landgericht habe die gegen den Beklagten gerichtete Klage nicht endgültig abgewiesen, sondern nur als zur Zeit unbegründet. Daraus folge, daß es der Klägerin unbenommen bleibe, noch einmal gegen den Beklagten vorzugehen, falls Prof. Dr. B. der Entlastungsbeweis gelinge oder die Ansprüche aus tatsächlichen Gründen nicht gegen diesen durchsetzbar sein sollten.

II.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Mit Erfolg wendet sich die Revision bereits dagegen, daß das Berufungsgericht die Abweisung der gegen den Beklagten gerichteten Klage durch das Landgericht in einem Teilurteil für zulässig gehalten hat.

Ein Teilurteil darf nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruches unabhängig ist, wenn also die Gefahr widersprechender Entscheidungen, auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Revisionsgericht, ausgeschlossen ist (vgl. z.B. BGHZ 107, 236, 242 m.w.N.).

Ist ein Beamter wegen einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB auf Leistung von Schadensersatz allein verklagt, so kann allerdings, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht auszuschließen ist, die Klage als (derzeit) unbegründet abgewiesen werden. Wird aber die Amtshaftungsklage wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen anderen verbunden, und ist die Frage, ob diesen eine Ersatzpflicht trifft, noch nicht entscheidungsreif, dann darf die Amtshaftungsklage nicht mit dem Hinweis auf die noch nicht geklärte Ersatzpflicht des (einfachen) Streitgenossen durch Teilurteil abgewiesen werden, weil die Entscheidung hierüber für den durch Teilurteil entschiedenen Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 1958 - III ZR 200/56 - VersR 1958, 451).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt zudem dem Beklagten das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zugute.

Rechtlich einwandfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, daß der Beklagte der Klägerin nicht aus Vertrag haftet, da ihr Vertragspartner allein Prof. Dr. B. war (BGHZ 105, 189), so daß für ein Verweisungsprivileg, das nur für die deliktische Haftung des Beamten eingreift, grundsätzlich Raum wäre.

Der Senat vermag dem Berufungsgericht jedoch nicht darin zu folgen, daß sich der Beklagte für den ambulanten Tätigkeitsbereich, für den ihn die Klägerin zur Verantwortung zieht, auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen kann.

a) Für den stationären Behandlungsbereich hat der erkennende Senat allerdings entschieden, daß der beamtete Krankenhausarzt, sogar wenn er selbst liquidationsberechtigt ist, für Behandlungsfehler deliktisch nur nach § 839 BGB haftet und sich damit auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen kann (BGHZ 85, 393; 89, 263, 274; 95, 63, 67; Senatsurteile vom 24. Juni 1986 - VI ZR 202/85 - VersR 1986, 1206 = AHRS 0510/6 und vom 19. März 1991 - VI ZR 199/90 - VersR 1991, 779).

b) Demgegenüber hat es der erkennende Senat bisher ausdrücklich offen gelassen, ob auch bei einer ambulanten Behandlung durch einen selbst liquidierenden beamteten Arzt das Verweisungsprivileg gilt (BGHZ 85, 393, 399). Im Streitfalle ist diese Frage nun zu entscheiden. Sie ist dahin zu beantworten, daß die ambulante Behandlung von Privatpatienten durch einen beamteten Arzt, auch wenn sie innerhalb des Krankenhauses erfolgt, nicht zu seinen Dienstaufgaben gehört, so daß er für Schäden aus dabei begangenen Behandlungsfehlern nicht nach § 839 BGB haftet.

aa) Jedes Krankenhaus ist, wie es der geschichtlichen Entwicklung des Krankenhauswesens und auch der Bedeutung des Wortes "Kranken"haus entspricht, ein Haus, das in erster Linie der stationären Unterbringung von Patienten dient (vgl. Siegmund-Schultze, ArztR 1987, 93). Öffentliche Krankenhäuser wie die Universitätskliniken sind, soweit es um die Krankenbehandlung geht, in Erfüllung ihres Sozialauftrages zur medizinischen Versorgung der Bevölkerung durch stationäre Behandlung eingerichtet. Um diese Aufgabe zu gewährleisten, werden Ärzte in das Beamtenverhältnis be-

rufen; das ihnen damit übertragene Hauptamt betrifft die Behandlung der (stationären) Krankenhauspatienten (vgl. BVerfGE 52, 303, 334, 339). Die ambulante Behandlung von Patienten gehört dagegen grundsätzlich nicht zu den Aufgaben eines Krankenhauses (Senatsurteile BGHZ 100, 363, 366; 105, 189, 194). Das kommt besonders deutlich in den Vorschriften über die ambulante ärztliche Versorgung von Mitgliedern der gesetzlichen Krankenkassen zum Ausdruck (vgl. früher § 368 a Abs. 8 und § 368 n Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 RVO und jetzt §§ 116 Satz 2, 118 Abs. 1 Satz 2, 119 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Hiernach sind ärztlich geleitete Einrichtungen von Krankenhäusern grundsätzlich nur bei Bedarf zur Teilnahme an der kassen- und vertragsärztlichen Versorgung zu ermächtigen, also nur soweit und solange eine Versorgungslücke besteht (vgl. hierzu auch BVerfGE 16, 286, 299; BSGE 21, 230, 231; 29, 65, 67; 48, 56, 57 und Vollmer, das Krankenhaus 1989, 260).

Wird das Krankenhaus nicht zur ambulanten ärztlichen Versorgung von Versicherten ermächtigt, sondern ist nur einer der Krankenhausärzte zu der kassenärztlichen (ambulanten) Versorgung bestellt, was unter der Geltung von § 368 a Abs. 8 RVO auf die angestellten oder im Beamtenverhältnis stehenden leitenden Krankenhausärzte beschränkt war (vgl. Vollmer, aaO, S. 261), oder wird ein Krankenhausarzt nach neuem Recht mit Zustimmung des Krankenhauses zur Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung ermächtigt (§ 116 SGB V), dann werden die ambulanten Leistungen nicht von dem Krankenhausträger angeboten und der behandelnde Arzt handelt nicht "für" den Krankenhausträger. So kommt mit der Überweisung eines Kassenpatienten ausschließlich ein Be-

handlungsvertrag zwischen dem Kassenpatienten und dem beteiligten Chefarzt (BGHZ 100, 363, 367) bzw. der Krankenkasse und dem Chefarzt zugunsten des Patienten zustande. Auch ein Privatpatient, der sich in einer solchen Ambulanz behandeln läßt, tritt grundsätzlich nur in vertragliche Beziehungen zu dem Arzt, der die Ambulanz betreibt (BGHZ 105, 189, 195). Für den Arzt ist dies eine Nebentätigkeit, die in Nordrhein-Westfalen gemäß § 4 Abs. 4 der Hochschulneben-tätigkeitsverordnung vom 11. Dezember 1981 (GVBl. S. 726) als solche u.a. nur genehmigt werden kann, wenn insoweit ein Vertrag mit der Kassenärztlichen Vereinigung über die Inanspruchnahme der Medizinischen Einrichtungen der Hochschule als sog. Institutsambulanz nicht besteht oder nicht zustande kommt.

Zwar kann ein beamteter Arzt auch dann, wenn das Eigenliquidationsrecht als private Nebentätigkeit ausgestaltet ist, aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung heraus tätig werden (vgl. BVerfGE 52, 7, 1 ff = NJW 1980, 1327, 1328), wie dies der erkennende Senat bei der stationären Behandlung von Patienten durch selbst liquidierende beamtete Ärzte angenommen hat (vgl. Senatsurteil vom 30. November 1982 - VI ZR 77/81 - VersR 1983, 244, 246 f. = AHRS 0510/3; insoweit nicht in BGHZ 85, 393; vgl. dazu Anmerkung Steffen in LM § 839 (A) BGB Nr. 44). Dort sprechen aber die Umstände für die Annahme, daß diese Tätigkeit eng mit der Institution des Krankenhauses verbunden ist. Vor allem fällt dort ins Gewicht, daß der Arzt dem Krankenhaussträger gegenüber dienstlich zur Behandlung auch der Patienten verpflichtet ist, welche die Behandlung durch den Chefarzt als gesondert berechenbare Leistung im Sinne von

§ 6 Satz 4 BPflV beanspruchen, und diese nicht wie ein Privatarzt ablehnen kann. Das führt sogar dazu, daß, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, im Falle eines Arztverschuldens dem Patienten zusätzlich noch der Krankenhausträger aus Vertrag haftet (Senatsurteil BGHZ 95, 63 = AHRS 0180/13). Bei der ambulanten Behandlung von Kassenpatienten in einer Chefarztambulanz, die aufgrund der Vereinbarungen mit der Kassenärztlichen Vereinigung von dem Krankenhaus getrennt ist, und für deren Genehmigung als Nebentätigkeit, wie ausgeführt, dienstrechtlich sogar darauf Wert gelegt wird, daß die medizinischen Einrichtungen der Hochschule nicht in Anspruch genommen werden, ist die ärztliche Tätigkeit jedoch so stark aus dem Krankenhausbetrieb ausgegrenzt, daß nicht mehr davon ausgegangen werden kann, daß die von dem Inhaber dieser Ambulanz erbrachte ärztliche Tätigkeit zu seinen Dienstpflichten gehört, die ihm als Beamten obliegen. Er kann daher auch seinen Patienten gegenüber keine Amtspflichten verletzen, so daß eine Haftung aus § 839 BGB mit dem daran geknüpften Verweisungsprivileg nicht in Betracht kommt (vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 1988, S. 101).

Behandelt der Arzt in einer solchen Praxis auch Privatpatienten, dann kann für ihre Behandlung nichts anderes gelten. Auch der Privatpatient kommt in eine Ambulanz, die auf die Person des Chefarztes als Praxisinhaber zugeschnitten ist. Der Chefarzt ist nicht nur der alleinige Vertragspartner des Privatpatienten (BGHZ 105, 189, 195); er wird ebenso wie gegenüber den Kassenpatienten auch gegenüber den Privatpatienten nicht als beamteter Arzt, sondern im Rahmen

einer genehmigungsbedürftigen Nebentätigkeit tätig. Ihm steht deshalb insoweit nicht das Verweisungsprivileg zu.

bb) War der Chefarzt nach früherem Recht nicht gemäß § 368 a Abs. 8 RVO an der kassenärztlichen Versorgung beteiligt oder ist er nicht gemäß § 116 SGB V an der Teilnahme der kassenärztlichen Versorgung ermächtigt, sondern ist ausnahmsweise eine ärztlich geleitete Einrichtung des Krankenhauses zur ambulanten ärztlichen Versorgung der Sozialversicherten ermächtigt, was seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Strukturreform im Krankenhauswesen vom 20. Dezember 1988 (BGBl I 2477) allerdings nur noch bei poliklinischen Einrichtungen der Hochschulen, psychiatrischen Institutsambulanzen und sozialpädiatrischen Einrichtungen mit ärztlicher Leitung möglich ist, und wird in einer solchen Institutsambulanz ein beamteter Arzt tätig, so gehören die dort von ihm erbrachten ärztlichen Leistungen allerdings zu seinen Dienstaufgaben (vgl. auch vorläufige Verwaltungsvorschriften zur Verordnung über die Nebentätigkeit des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen 3.1 zu § 4 und 2 zu § 7 [Gemeinsames Amtsblatt des Kultusministeriums und des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen 1982, 335]). Wird er deswegen auf Leistung von Schadensersatz in Anspruch genommen, so steht ihm dann auch ein Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

Leiter von Hochschulkliniken dürfen jedoch, auch wenn die Klinik eine Ambulanz für Kassenpatienten betreibt, aufgrund einer allgemein erteilten Genehmigung jedenfalls an

den Hochschulen in Nordrhein-Westfalen auch Patienten beraten und ambulant behandeln und selbst liquidieren, wenn diese die persönliche Leistung des leitenden Abteilungsarztes wünschen (§ 7 Abs. 1 der Hochschulnebentätigkeitsverordnung). Insoweit wird der beamtete Chefarzt, gleichgültig, ob er diese Behandlung der Privatpatienten in der Krankenhausambulanz oder einem besonderen Raum vornimmt, nicht im Rahmen des öffentlichen Auftrages seines Krankenhauses zur medizinischen Versorgung der Bevölkerung tätig; er übt diese Krankenbehandlungen vielmehr aufgrund der Genehmigung als Nebentätigkeit außerhalb seines Hauptamtes aus, für das er als Beamter bestellt worden ist. Eine solche ambulante Behandlung von Privatpatienten durch einen Chefarzt gehört daher nicht zu seinen Dienstpflichten (vgl. Luxenburger, Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, S. 129 hinsichtlich der angestellten Chefärzte), so daß er auch insoweit deliktisch nicht aus § 839 BGB, sondern aus § 823 BGB haftet, ohne daß ihm ein Verweisungsprivileg zusteht.

Aus allem ergibt sich, daß ein beamteter leitender Krankenhausarzt für Schäden aus Versäumnissen einer ambulanten Behandlung seiner Privatpatienten deliktisch stets nicht nach § 839 BGB, sondern nach § 823 BGB ohne die Möglichkeit des Verweisungsprivilegs haftet. Dasselbe gilt für eine Haftung gegenüber den Kassenpatienten seiner Chefarztambulanz, nicht dagegen gegenüber den Kassenpatienten einer vom Krankenhaus getragenen Institutsambulanz.

cc) Da die Klägerin für ihre ambulante Behandlung mit Prof. Dr. B. eine Vereinbarung geschlossen hat, wonach sie

die private persönliche Beratung und Behandlung durch ihn wünschte, fiel diese Behandlung nicht in den Aufgaben- und Pflichtenbereich von Prof. Dr. B., der ihm als Beamten übertragen war, gleichgültig ob er zur ambulanten Behandlung von Patienten zugelassen war und die Klägerin etwa in dieser Ambulanz behandelte, wofür die Bemerkung im landgerichtlichen Urteil sprechen könnte, die Behandlung habe in der "Chefarztambulanz der Universitäts-Frauenklinik" der Zweitbeklagten stattgefunden, oder ob er als Nebentätigkeit nur eine Sprechstunde für selbstzahlende (Privat)Patienten abhielt. Er kann sich deshalb, wenn er von der Klägerin auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, nicht auf das Privileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen.

Dasselbe gilt für den Beklagten. Er war zwar zur Zeit der Behandlung ebenfalls Beamter im staatsrechtlichen Sinne. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat jedoch auch er, wenn er einen Behandlungsfehler begangen hat, dadurch keine ihm der Klägerin gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Denn auch er ist insoweit nicht, wie das Berufungsgericht meint, infolge seiner Eingebundenheit in das Krankenhaus und aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung heraus tätig geworden.

Das Berufungsgericht geht davon aus, die Klägerin habe nicht den Beweis geführt, daß Prof. Dr. B. an der Behandlung vom 23. März 1988 in irgendeiner Weise selbst mitgewirkt hat. Vielmehr war der Beklagte, wie er selbst nicht in Abrede gestellt hat (Bl. 200 GA), sein Vertreter. Auch für ihn war diese Vertretung eine Nebentätigkeit neben sei-

nem Hauptamt, die außerhalb des organisatorischen Bereiches des Krankenhauses stattfand.

Selbst wenn Prof. Dr. B. nicht an der kassenärztlichen Versorgung beteiligt war, sondern nur eine Sprechstunde für Selbstzahler eingerichtet hatte oder diese in der Krankenhausambulanz behandelt wurden, dann war der aus den Reihen der beamteten Ärzte des Krankenhauses ausgewählte und als Vertreter des Chefarztes eingesetzte Beklagte nicht aufgrund seiner Beamteneigenschaft tätig geworden; er übte vielmehr die Vertretertätigkeit aufgrund der auch ihm gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 der Hochschulnebentätigkeitsverordnung von Nordrhein-Westfalen allgemein erteilten Genehmigung als Nebentätigkeit aus und war gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 dieser Verordnung seiner Leistung entsprechend am Honorar von Prof. Dr. B. zu beteiligen. Diese gehörte nicht zu seinen Dienstaufgaben, so daß er für evtl. Behandlungsfehler deliktisch nicht nach § 839 BGB, sondern nach § 823 BGB haftet, ohne die Möglichkeit zu haben, den Geschädigten auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen.

Hätte Prof. Dr. B. oder der Beklagte allerdings noch nachgeordnete Ärzte zur Behandlung der Klägerin zugezogen, so könnten diese sich gegenüber Deliktsansprüchen auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen. Sie durften nach § 14 Abs. 4 der Hochschulnebentätigkeitsverordnung von Nordrhein-Westfalen vom 11. Dezember 1981 für Nebentätigkeiten des Chefarztes nur innerhalb ihrer Arbeitszeit und "nur im Rahmen ihrer Dienstaufgaben" in Anspruch genommen werden. Sie übten damit im Gegensatz zu dem Beklagten keine Nebentätigkeit aus, wenn sie bei der ambu-

lanten Behandlung von Privatpatienten des Chefarztes mitwirkten, blieben vielmehr auch dabei in den zu ihrem Hauptamt gehörenden Tätigkeitsbereich eingebunden.

III.

Bei dieser Sachlage muß das Berufungsurteil aufgehoben werden, soweit es von der Klägerin angefochten ist. Der erkennende Senat hat auf die Berufung der Klägerin gleichzeitig auch das landgerichtliche Urteil aufgehoben, soweit darin durch Teilurteil über die gegen den Beklagten gerichteten Ansprüche zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist. Der Erlaß des Teilurteils durch das Landgericht stellte einen wesentlichen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Da das Berufungsgericht von der ihm zustehenden Befugnis, die Sache gemäß § 539 ZPO unter Aufhebung dieses Teilurteils an das Landgericht zurückzuverweisen, keinen Gebrauch gemacht hat, ist diese auf das Revisionsgericht übergegangen (BGH, Urteil vom 29. Oktober 1986

- IVb ZR 88/85 - NJW 1987, 441, 442 mit weit. Nachw.). Der erkennende Senat macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und verweist die Sache an das Landgericht zurück, damit es Gelegenheit erhält, einheitlich über die Klageansprüche gegen die Beklagten zu 1) und 3) zu befinden.

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Lepa

Dr. Müller

Dr. Dressler