

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 397, 398, 402, 411 Abs. 3

Das Berufungsgericht darf einen erstmals im zweiten Rechtszug gestellten Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen zu seinem in erster Instanz erstatteten schriftlichen Gutachten jedenfalls dann nicht ablehnen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen der Sachverständige bei pflichtgemäßer Ermessensausübung von Amts wegen zu laden ist.

BGH, Urt. v. 10. Januar 1989 - VI ZR 25/88 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 25/88

Verkündet am:
10. Januar 1989
Recknagel
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Menno F [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED],

Klägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt W [REDACTED], vertreten durch den Oberstadt-
direktor, Ra [REDACTED]platz, W [REDACTED],

Beklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Dr. [REDACTED] -

WII

1

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Ankermann, Dr. Macke, Dr. Lepa und Bischoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 16. Dezember 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



1

Tatbestand

Der damals 13-jährige Kläger erlitt am 15. Juni 1973 bei einem Verkehrsunfall schwere Verletzungen. Er wurde bewußtlos in das R.-N.-Krankenhaus eingeliefert, dessen Trägerin die Beklagte ist, und dort ab 17. Juni 1973 durch eine Magensonde ernährt. Nach mehreren Sondenwechseln kam es bei einem erneuten Wechsel am 24. August 1973 zu einer Perforation der Speiseröhre. Dem Kläger wurde sofort operativ eine Speiseröhrenprothese eingesetzt, die er auch nach seiner Entlassung am 1. Juni 1974 weiter trug. Sie wurde erst am 14. Dezember 1983 wieder entfernt.

Der Kläger macht geltend, er sei im Krankenhaus der Beklagten fehlerhaft behandelt worden. Diesen Vorwurf stützt er allein noch auf das Vorbringen, die Überbrückungsprothese sei nicht, wie geboten, bereits 1974 wieder entfernt worden. Während ihres über 10-jährigen Verbleibens sei seine eigene Speiseröhre außer Funktion gewesen. Es habe ungehindert Magensaft in die natürliche Speiseröhre laufen können, wodurch diese sich immer mehr zusammengezogen habe. Sie müsse seit der Entfernung der Prothese mehrmals wöchentlich geweitet werden, was erhebliche Schmerzen verursache.

Der Kläger hat die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von (zuletzt) mindestens 40.000 DM sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihm zum Ersatz seines künftigen materiellen und im-

materiellen Schadens verpflichtet sei. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht meint, der Kläger könne nicht beweisen, daß die Ersatzspeiseröhre zu lange in seinem Körper belassen worden sei; auch sei nicht festzustellen, daß ihr langes Tragen die Verengung der natürlichen Speiseröhre des Klägers herbeigeführt habe. Der vom Landgericht hinzugezogene Sachverständige Prof. van H. habe eine schon vor dem Unfall bestehende Verengung der Speiseröhre nicht ausschließen können, sie vielmehr für wahrscheinlich gehalten. Die Einholung eines weiteren Gutachtens sei nicht erforderlich; das gleiche gelte für eine mündliche Erläuterung des von Prof. van H. erstatteten Gutachtens. Ein Antrag auf Anhörung dieses Sachverständigen sei vom Kläger erst im Berufungsrechtszug und damit verspätet gestellt worden; für eine Ladung von Amts wegen habe kein Anlaß bestanden.

II.

Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es beruht auf unzureichender Sachaufklärung und damit auf einem Verstoß gegen zwingende Verfahrensgrundsätze (§§ 286 Abs. 1, 411 Abs. 3 ZPO).

1. Das Berufungsgericht verweist zur Begründung seiner Ansicht, der Kläger könne eine zu späte Herausnahme der Speiseröhrenprothese nicht beweisen, auf das Urteil des Landgerichts, das sich insoweit auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. van H. stützt. Dieses bietet aber, wie die Revision mit Recht rügt, für eine solche Beurteilung keine ausreichende Grundlage. Das Berufungsgericht hätte deshalb, wenn es dem Antrag des Klägers auf Einholung eines weiteren Gutachtens nicht nachkommen wollte, gemäß § 411 Abs. 3 ZPO Prof. van H. zur mündlichen Verhandlung laden müssen, damit er sei Gutachten erläuterte und ergänzte, bevor es den Kläger als beweisfällig ansehen konnte.

a) Allerdings hatte der Kläger, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, im ersten Rechtszug weder innerhalb der ihm vom Landgericht mit der Übersendung des Gutachtens gesetzten Frist noch im anschließenden Termin, in dem über das Gutachten mündlich verhandelt wurde (§§ 137 Abs. 3, 285 Abs. 2 ZPO), eine Anhörung des Sachverständigen beantragt (§§ 397, 402 ZPO). Nach der Rechtsprechung hatte er damit seinen Anspruch darauf, daß das Erscheinen des Sachverständigen angeordnet wurde, verloren (BGHZ 35, 370, 372 ff; BGH, Urteil vom 27. Mai 1982 - III ZR 201/80 - NJW 1982, 2874, 2875). Die Entscheidung, dem erstmals im Berufungsrechtszug gestellten Antrag des Klägers nicht zu entsprechen, unterliegt jedoch der revisionsrechtlichen Überprüfung dahin, ob das Berufungsgericht sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die

Ladung des Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO schon von Amts wegen geboten war, weil sein Gutachten zur Behebung von Zweifeln oder zur Beseitigung von Unklarheiten und Widersprüchen der mündlichen Erläuterung bedurfte (BGH, Urteil vom 27. Mai 1982 = aaO). Insoweit gelten für die Ermessensausübung nach § 398 Abs. 1 ZPO dieselben Grundsätze wie für den Ermessensgebrauch nach § 411 Abs. 3 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 21. September 1982 - VI ZR 130/81 - VersR 1982, 1141, 1142).

b) Im Streitfall lagen mehrere Umstände vor, die eine mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch Prof. van H. zu dem vom Kläger behaupteten Behandlungsfehler erforderlich machten.

aa) Im Gutachten wird ausgeführt, daß zur Überbrückung von Perforationen eingesetzte Speiseröhrenprothesen nach dem Verschluß der Verletzung durch Vernarbung wieder entfernt werden. Das läßt es geboten erscheinen, daß der Chirurg, der die Prothese eingesetzt hat, das Abheilen der Verletzung in gewissen Zeitabständen überprüft oder, etwa durch den einweisenden Arzt, überprüfen läßt, wobei letzteres wiederum entsprechende Hinweise auf die Notwendigkeit solcher Kontrollen an diesen Arzt und den Patienten nahelegt. Zu dem Erfordernis derartiger Überwachungsmaßnahmen, die möglicherweise mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Patienten hier eine verstärkte ärztliche Eigeninitiative geboten erscheinen ließen, hat sich Prof. van H. mangels entsprechender Fragestellung in seinem schriftlichen Gutachten nicht geäußert. Ohne die deshalb erforderliche Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens durfte das Berufungsgericht nicht zu dem Ergebnis gelangen, es sei nicht ersichtlich, daß der Zustand der Prothese hier hätte überprüft werden müssen.

bb) Prof. van H. teilt in seinem Gutachten mit, die den Kläger behandelnden Ärzte seien im Oktober 1974 der Meinung gewesen, daß die Überbrückungsprothese noch verbleiben müsse. Ob diese Meinung fachlich richtig war und welche Gründe für sie sprachen, legt er nicht dar. Auch dazu wäre eine mündliche Erläuterung geboten gewesen, zumal die Ärzte der Beklagten bereits im April 1974 einen aus unbekannten Gründen fehlgeschlagenen Versuch zur Entfernung der Prothese unternommen hatten, sie selbst also offenbar schon zu dieser Zeit einen weiteren Verbleib der Ersatzspeiseröhre nicht mehr für erforderlich gehalten haben.

cc) Der Sachverständige führt aus, es sei anhand der vorliegenden Akten schwer zu beantworten, ob die Entfernung der Überbrückungsprothese 1976, 1977 oder in den Folgejahren zwingend notwendig gewesen sei. Dazu weist er auf die damaligen Lungenentzündungen des Klägers hin, die als Folge des seinerzeitigen Pleuraempyems (eitriger Erguß in den Brustraum) gedeutet worden seien. Auch das hätte der näheren Erläuterung bedurft. Denn zum einen läßt sich dem schriftlichen Gutachten nicht klar entnehmen, welche Zusammenhänge zwischen dem Empyem und einer etwa fortbestehenden Perforation der Speiseröhre als Grund für den weiteren Verbleib der Prothese bestanden. Zum anderen finden die Ausführungen des Sachverständigen, "anhand der vorliegenden Akten" lasse sich die Notwendigkeit einer Entfernung der Prothese in den Jahren ab 1976 schwer beantworten, möglicherweise ihren Grund darin, daß bei den Aufenthalten des Klägers im Krankenhaus der Beklagten in diesen Jahren in den Krankenunterlagen nichts über Kontrollen der Speiseröhrenprothese vermerkt worden ist,

was wiederum den Schluß nahelegt, daß solche Maßnahmen nicht getroffen wurden. Auch zu der Frage, ob derartige Überprüfungen mit entsprechender Dokumentation aus ärztlicher Sicht erforderlich waren, wäre deshalb der Sachverständige zu befragen gewesen. Dabei hätte es insbesondere der Erläuterung bedurft, ob nicht gerade dann, wenn die Ärzte der Beklagten die seinerzeit schon mehr als drei Jahre zurückliegende Perforation der Speiseröhre noch für die Ursache der 1976 und 1977 aufgetretenen Erkrankungen des Klägers hielten, weil möglicherweise, wie die Beklagte vorgetragen hat, die Perforationsstelle immer noch nicht wieder vollständig verheilt war, besonderer Anlaß bestanden hätte, die Speiseröhre des Klägers mit der Lage und dem Zustand der Prothese zu dieser Zeit zu überprüfen und den Befund festzuhalten.

Im schriftlichen Gutachten nicht erörtert und deshalb der Erläuterung bedürftig war überdies die Frage, ob und ggfls. welche Gründe es aus ärztlicher Sicht vertretbar erscheinen lassen konnten, auch in den Jahren von 1977 bis 1983 jegliche Kontrolle der Speiseröhrenprothese zu unterlassen.

dd) Ergänzende Ausführungen dazu, welche Prothesenliegezeit im Streitfall ärztlich noch vertretbar war, waren schließlich auch deshalb geboten, weil der Sachverständige sich zu diesem Punkt schriftlich nur sehr pauschal geäußert hat. So spricht er in seinem Gutachten von einer hier sicher angemessenen "besonders langen" Prothesenliegezeit und hält es für nicht beantwortbar, wie lang diese Zeitspanne beim Kläger wirklich sein mußte. Dazu, ob sie, wie geschehen, sogar bei einem noch im Wachstum befindlichen Patienten auch eine Frist von 10 Jahren überschreiten durfte, sagt er in

seinem Gutachten nichts. Hierzu hätte er deshalb mündlich befragt werden müssen, wobei ihm u.a. die Äußerung von Prof. S. vorzuhalten gewesen wäre, der die Prothese 1983 entfernt und zuvor erklärt hat, keiner der von ihm befragten mehreren Experten habe bei benignen Erkrankungen jemals von einer so langen Verweildauer einer Endoprothese gehört.

2. Den Rügen der Revision nicht stand hält auch die weitere Urteilsbegründung des Berufungsgerichts, es lasse sich nicht feststellen, daß die lange Verweildauer der Prothese die Verengung der natürlichen Speiseröhre des Klägers verursacht habe.

a) Die nach den obigen Ausführungen erforderliche weitere Sachaufklärung zu Mängeln bei der ärztlichen Versorgung des Klägers kann zu dem Ergebnis führen, daß ein als schwer einzustufender Behandlungsfehler vorliegt, der nach ständiger Rechtsprechung eine Beweislastumkehr mit der Folge bewirken kann, daß hier die Beklagte die fehlende Schadensursächlichkeit zu beweisen hat (BGHZ 72, 132, 133 ff; 85, 212, 216 f; Senatsurteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 217/87 - NJW 1988, 2949, 2950 f.). Eine solche Beweislastumkehr kann sich unter Umständen auch daraus ergeben, daß die Ärzte der Beklagten, wie oben zu 1 cc) ausgeführt, nach dem Einsetzen der Überbrückungsprothese, insbesondere bei den in den Jahren 1976 und 1977 erfolgten weiteren stationären Behandlungen des Klägers, keine Befunde erhoben und gesichert haben, die für die Beurteilung der Notwendigkeit des weiteren Verbleibens der Prothese von Bedeutung sind (vgl. Senatsurteil vom 28. Juni 1988 = aaO m.w.N.). Die hiernach möglicherweise

beweisbelastete Beklagte hat den Nachweis einer Nichtursächlichkeit des Verhaltens ihrer Ärzte bislang nicht erbracht.

b) Ergibt die weitere Sachaufklärung einen nicht als schwer zu bewertenden Behandlungsfehler der Ärzte der Beklagten mit der Folge, daß die Beweislast für die Schadensursächlichkeit beim Kläger verblieben ist, so ist zu beachten, daß schon der Nachweis einer Mitursächlichkeit des Verhaltens der Ärzte für eine Haftung der Beklagten jedenfalls dem Grunde nach ausreicht. Die von Prof. van H. vermutete Vorschädigung der Speiseröhre des Klägers steht deshalb für sich allein einer Einstandspflicht der Beklagten nicht entgegen. Dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen ist nicht zu entnehmen, ob neben einem solchen Vorschaden auch eine zu lange Verweildauer der Prothese zu den Beschwerden des Klägers beigetragen haben kann. Auch dazu wäre deshalb der Sachverständige zu befragen gewesen, und zwar unter Vorhalt der Ausführungen des Prof. S., der als wahrscheinliche Ursache für den von ihm und vom Röntgenarzt P. beim Kläger festgestellten Rückfluß von Magensaft neben dem Tubus her in die Speiseröhre den Umstand ansieht, daß der Mageneingang mit dem dortigen Schließmuskel infolge der langen Überbrückung durch die Prothese seine physiologische Schließfunktion verloren habe.

Mit Recht beanstandet die Revision schließlich in diesem Zusammenhang als Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO, daß das Berufungsgericht die vom Sachverständigen vermutete Vorschädigung der Speiseröhre für wahrscheinlich gehalten hat, ohne dem vom Kläger auf das sachverständige Zeugnis seines

Arztes Dr. M. gerichteten Beweisantrag zu der Behauptung nachzukommen, daß er vor dem Unfall niemals an einer verkürzten Speiseröhre oder an einer Refluxerkrankung gelitten habe.

III.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit gemäß § 565 Abs. 1 ZPO zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Steffen

Dr. Ankermann

Dr. Macke

Dr. Lepa

Bischoff