

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtl. Sammlung!

2336 010

Gesetz: ZPO § 282 - Beweislast.

Rechtssatz: Lücken in der Beweisführung gehen dann zu Lasten der nicht beweispflichtigen Partei, wenn sie die Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat.

Aktenzeichen: VI ZR 72/54

Urt. des BGH v. 16. April 1955

LG Bonn

OLG Köln

Verkündet
am 16. April 1955
Malessa, Justiz-
sekretär, als Ur-
kundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

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

Klägers, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Facharzt für Neurochirurgie Professor Dr. Peter R [REDACTED]
in B [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündli-
che Verhandlung vom 6. April 1955 unter Mitwirkung der Bundes-
richter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Dr. Meyer, Hanebeck und
Dr. Bode

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
27, Januar 1954 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war im Frühjahr 1949 an Bandscheibenvorfall erkrankt. Sein behandelnder Arzt, Dr. G. in K. über-
wies ihn in die Behandlung des Beklagten. Dieser operierte
den Kläger am 31. Mai 1949. Bei der Operation wurden kleine
und mittlere Wattetupfer verwendet, die mit schwarzen, aus
der Wunde heraushängenden Fäden versehen waren, sowie große
Gazetupfer, die mit Klemmen befestigt waren. Die Tupfer
wurden vor Gebrauch und bei Beendigung der Operation gezählt.
Ihre Zahl stimmte überein. Nachdem die Operationswunde bereits
verheilt war, trat plötzlich eine Eiterung ein, die zunächst
von Dr. G. und seinem Vertreter behandelt wurde. Der Klä-
ger stellte sich dann wieder dem Beklagten vor. Dieser verord-
nete Bäder und später eine Penicillinkur, die keinen Erfolg
hatte. Am 21. November 1949 öffnete der Beklagte erneut die
Operationswunde. In dieser fand sich ein bei der ersten Opera-
tion zurückgebliebenes Tupferstück, das von dem Beklagten ent-
fernt wurde. Die Wunde heilte danach schnell ab.

Der Kläger hat behauptet, daß er durch das Zurücklassen
des Tupferstücks in der Wunde und die Verzögerung der zweiten
Operation große Schmerzen erlitten und sehr schwere Gesund-
heitsschäden davongetragen habe. Infolgedessen habe er seinen
Betrieb umstellen und zusätzliche Arbeitskräfte beschäftigen
müssen, wodurch ihm erhebliche Geschäftsverluste entstanden
seien. Er hat mit der Klage die Feststellung begehrt, daß
der Beklagte ihm zum Ersatz allen auf die Operation und die
weitere Behandlung zurückzuführenden Schadens verpflichtet
sei. Das Landgericht hat durch Versäumnisurteil diesen Anträge
entsprochen. Der Beklagte hat gegen das Versäumnisurteil
Einspruch eingelegt. Das Landgericht hat darauf das Versäumnis-
urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.



Im Berufungsrechtszuge hat der Kläger seine Anträge geändert. Er hat nunmehr Zahlung von 16 916,20 DM, des durch einen Sachverständigen zu ermittelnden Geschäftsverlustes und eines angemessenen Schmerzensgeldes für die bis zum 30. April 1952 erlittenen Schmerzen sowie die Feststellung verlangt, daß der Beklagte zum Ersatz allen zukünftigen Vermögens- und Nichtvermögensschadens verpflichtet sei. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die weiteren Klageanträge abgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die von ihm im Berufungsrechtszuge gestellten Anträge weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, allein aus der Tatsache, daß ein Tupferstück bei der ersten Operation des Klägers in der Wunde zurückgeblieben sei, sei noch nicht zu folgern, daß den Beklagten ein Verschulden treffe, ist entgegen den Darlegungen der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die von ihr vertretene Meinung, nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheines sei ein Verschulden des operierenden Arztes als nachgewiesen anzusehen, wenn ein Fremdkörper in der Wunde zurückgelassen ist, steht nicht in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 97, 4; 165, 336; JW 1933, 1389 Nr 4 und 2701 Nr 7; JW 1936, 644 Nr 3), der der Bundesgerichtshof gefolgt ist (BGHZ 4, 138 [144]; VersR 1952, 180 = Zeitschrift für das gesamte Arztrecht 1952, 240 - dort fälschlich als Urteil des Oberlandesgerichts in Neustadt an der Weinstraße bezeichnet).

2. Nach dieser Rechtsprechung hängt es jeweils vielmehr von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab, ob das Zurückbleiben von Gegenständen im Körper des Operierten dem operierenden Arzt als Verschulden anzurechnen ist. Hier besteht nach dem Gutachten des Sachverständigen Hofrat Professor Dr. D[REDACTED], dem das Berufungsgericht gefolgt ist, die naheliegende Möglichkeit, daß den Beklagten an dem Zurückbleiben des Tupfers kein Vorwurf trifft. Schon aus diesem Grunde muß die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises entfallen.

3. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Beklagten ein Verschulden, das seine Haftung begründen würde, nicht nachgewiesen ist. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist zwar von der Revisionsinstanz im allgemeinen nicht nachprüfbar, mit der Revision können jedoch Rechtsmängel der Beweiswürdigung gerügt werden. Hier beruft sich der Kläger auf von ihm vorgetragene Beweisanzeichen (Indizien) für ein Verschulden des Beklagten. Bei einem solchen Anzeichenbeweis unterliegt der Prüfung des Revisionsgerichts, ob das Berufungsgericht die vorgetragenen besonderen Umstände, aus denen der Kläger ein Verschulden des Beklagten herleiten will, vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei ermittelt und alle Beweisanzeichen rechtsirrtumsfrei gewürdigt und erschöpfend berücksichtigt hat.

mit Recht

4. Wie die Revision/geltend macht, genügt das Berufungsurteil in dieser Hinsicht nicht allen Anforderungen.

a) Das Berufungsgericht hat entgegen dem Vorbringen des Beklagten nicht für erwiesen gehalten, daß sich bei der ersten Operation des Klägers Zwischenfälle ereignet hätten, die ihre beschleunigte Beendigung erforderlich gemacht hätten. Trotzdem könne jedoch, so hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Gutachten des Sachverständigen, Hof-

rat Prof. Dr. D. weiter ausgeführt, ein Verschulden des Beklagten nicht festgestellt werden. Der Beklagte habe alle drei in Frage kommenden Sicherungsmethoden angewandt, um ein Zurückbleiben des Tupfers in der Wunde zu verhindern, nämlich das Zählen, die Armierung mit aus der Wunde herausragenden Gegenständen, sowie das Absuchen der Wunde am Schluß der Operation. Wenn auch der Beklagte bei dieser Nachschau den Tupfer übersehen habe, so könne daraus dennoch nicht auf eine Fahrlässigkeit des Beklagten geschlossen werden. Wie der Sachverständige, Prof. Dr. D., ausgeführt habe, sei es möglich, daß sich Tupfer in Buchten und Nischen der Wunden versteckten, zudem nähmen blutgetränkte Tupfer das Aussehen von Muskulatur und Gewebe an, so daß sie beim Absuchen am Schluß der Operation leicht der Entdeckung entgehen könnten. Da die Beweisaufnahme ergeben habe, daß der zurückgebliebene Tupfer in der Tiefe der Wunde gelegen habe und nicht bis nahe an das äußere Ende der Wunde gereicht habe, könne nicht festgestellt werden, daß der Beklagte die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen habe.

b) Zu der Annahme des Berufungsgerichts, daß der Tupferrest auch bei sorgfältiger Nachschau der Operationswunde am Schluß der Operation dem Beklagten habe entgehen können, hat nach der wiedergegebenen Begründung des angefochtenen Urteils die dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. D. entnommene allgemeine Erwägung beigetragen, Tupfer könnten sich in Buchten und Nischen der Wunde verstecken. Demgegenüber weist die Revision mit Recht darauf hin, daß der Kläger behauptet hatte, es habe sich bei ihm um eine glatte Wunde ohne Taschen und ähnliche Hohlräume gehandelt und der Tupfer habe an völlig übersichtlicher Stelle gelegen. Diesen Behauptungen, zu deren Beweis sich der Kläger auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen hatte, ist das Berufungsgericht nicht nachgegangen. Ließen sie sich beweisen, so wäre es ausgeschlossen,

daß der Tupfer sich bei der ersten Operation an versteckter Stelle befunden hat. Durch die Übergehung dieser unter Beweis gestellten Behauptungen kann daher die Entscheidung zu Ungunsten des Klägers beeinflußt sein.

c) Schon aus diesem Grunde muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden, ohne daß es noch eines Eingehens auf die weiter von der Revision erhobenen Rügen bedarf. Da eine Entscheidung in der Sache selbst nicht möglich ist, sondern weitere Aufklärung zu erfolgen hat, wobei es sich als zweckmäßig erweisen kann, das Gutachten eines auf dem Gebiete der Neurochirurgie besonders erfahrenen Sachverständigen einzuholen, muß die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Kläger bleibt es unbenommen, die übrigen zur Begründung seiner Revision angestellten Erwägungen in der neuen Verhandlung dem Berufungsgericht zu unterbreiten.

5. Für die neue Verhandlung erscheint noch folgender Hinweis angebracht:

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob das in der Operationswunde zurückgebliebene Tupferstück aus Watte oder aus Gaze bestanden hat. In dem Berufungsurteil finden sich auch keine genauen Angaben über die Größe des bei der zweiten Operation entfernten Tupferstücks. Für die Frage, ob den Beklagten an dem Zurücklassen des Tupferstücks ein Verschulden trifft, wird es aber möglicherweise gerade auf die Art und die Größe des Tupfers ankommen, insbesondere, ob es sich um das größere Stück eines mittleren Wattetupfers gehandelt hat. Sollte sich insoweit eine genaue Klärung nicht ermöglichen lassen, so würde das zu Lasten des Beklagten gehen. Wenn auch der Kläger für die Umstände, die für ein Verschulden des Beklagten sprechen, beweispflichtig ist, so hat doch die Lücke in der Beweisführung, die dadurch entstanden ist, daß das bei der zweiten Operation entfernte Tupferstück nicht mehr vor-

handen ist, nicht der Kläger sondern der Beklagte zu vertreten. Durch das Zurückbleiben des Tupferstücks in der Wunde hatte der Kläger nach der ersten Operation erhebliche Beschwerden erduldet. Der Beklagte mußte, als er das Tupferstück bei der zweiten Operation fand und entfernte, damit rechnen, daß der Kläger ihn wegen des Zurückbleibens des Tupfers in Anspruch nehmen würde, und er konnte auch erkennen, daß bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Parteien Art und Größe des Tupfers eine Rolle spielen würden. Er hätte daher dafür sorgen müssen, daß der herausoperierte Tupfer nicht verloren ging, oder doch wenigstens Art, Größe und Beschaffenheit des Tupfers genau festlegen müssen. Das hat er unterlassen. Eine durch diese schuldhaftige Unterlassung etwa verursachte Unaufklärbarkeit kann daher nicht dem Kläger zum Nachteil gereichen, sondern sie muß sich zu Ungunsten des Beklagten auswirken (RGZ 128, 121 [125]; BGHZ 6, 224 [227]; Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 282 Anm IV 7 b).

6. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß dem Beklagten das Hinausschieben der zweiten Operation bis zum 21. November 1949 nicht zum Verschulden gereiche, lassen dagegen keinen Rechtsirrtum erkennen, sie werden auch von der Revision nicht bekämpft.

Sollte auf Grund der neuen Verhandlung das Berufungsgericht ein Verschulden des Beklagten an dem Zurückbleiben des Tupferrestes bejahen, so wird es weiter zu prüfen haben ob und inwieweit die schweren Gesundheitsschäden des Klägers ursächlich auf diesen Fehler des Beklagten zurückzuführen sind.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist aus Zweckmässigkeitsgründen dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Kleinewefers

Dr. Gelhaar.

Dr. Karl E. Meyer

Hanebeck

Dr. Bode