

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 276 Hb, 611

Die Behandlung eines Arztes durch einen anderen Arzt geschieht in der Regel auch dann auf vertraglicher Grundlage, wenn beide davon ausgehen, daß der Behandelnde aus kollegialen Gründen kein Honorar fordern wird.

ZPO §§ 286 E, 402

Zur Frage, inwieweit sich der Richter seine Überzeugung unter Verzicht auf Sachverständigenbeweis bei einem ihm nicht von Hause aus vertrauten Sachgebiet durch Benutzung der Fachliteratur bilden darf.

BGH, Urt. v. 7. Juni 1977 - VI ZR 77/76 - OLG Frankfurt
LG Wiesbaden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 77/76

URTEIL

Verkündet am
7. Juni 1977
W a l z ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dr. med. Helmut P [REDACTED] ,
W [REDACTED]-E [REDACTED] , Wa [REDACTED]straße [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Dr. med. Robert B [REDACTED] , Chefarzt des Krankenhauses
"Pa [REDACTED]" , W [REDACTED] , F [REDACTED]straße [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Dr. Kullmann, Dr. Ankermann und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Januar 1976 wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung des Schmerzensgeldanspruchs richtet.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben; die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 18. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, früher praktischer Arzt, begab sich am 10. April 1967 im Alter von 56 Jahren wegen einer schweren phlegmonösen Entzündung des rechten Oberschenkels in das Krankenhaus Pa[REDACTED] in W[REDACTED], dessen Chefarzt der Beklagte ist. Dieser operierte ihn am 11. April 1967, wobei sich viel übel riechender Eiter entleerte. Obwohl Leucomycin gegeben wurde, breitete sich die Entzündung aus. Aus diesem Grunde operierte der Beklagte am 15. April den Kläger erneut, wobei sich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wiederm der gleiche übel riechende Eiter entleerte. Es mußten Gummidrainagen angebracht werden und es entstand nekrotisches Gewebe, das die Gefahr einer Sepsis begründete. Eine Keimaustestung ergab, daß es sich bei den Erregern der Entzündung um pseudomonas pyocyanea handelte. Diese Erreger erwiesen sich als nur durch die Mittel Colymycin, Polymycin B, Neomycin und Kanamycin beeinflufbar, die sämtlich in hohen Dosen verabreicht schädigende Auswirkungen auf den Organismus zur Folge haben. Am 21. April 1967 entschied sich der Beklagte für eine Gabe von 2 g Kanamycin täglich. Gleichwohl blieb die Entzündung bestehen. Eine solche trat auch am linken Oberarm auf, der am 13. Mai 1967 inzidiert wurde. Wiederm trat dickflüssiger, übel riechender Eiter zutage.

Der Kläger erhielt mindestens bis zum 14. Mai 1967 die täglichen Kanamycingaben von 2 g, also insgesamt 48 g, nach seiner eigenen zeitweiligen Darstellung jedoch weiterhin bis zum 19. Mai 1967, mithin insgesamt 58 g. Dem Beklagten war aufgrund der medizinischen Literatur bekannt, daß Kanamycin in hohen Dosierungen vor allem bei älteren Patienten schädliche Wirkungen, insbesondere irreversible Gehörschädigungen zur Folge haben kann. Tatsächlich ist der Kläger im Anschluß an die Behandlung auf einem Ohr völlig ertaubt und hat auf dem anderen Ohr eine an Taubheit grenzende Innenohrschwerhörigkeit erlitten. Er übt seinen Arztberuf seitdem nicht mehr aus.

Der Kläger hält die Behandlung mit Kanamycin für an sich verfehlt und für unvertretbar hoch dosiert.

Nach seiner Meinung habe er mit Colymycin behandelt werden müssen, dessen Nebenwirkungen seltener und überdies reversibel seien. Auf die verfehlte Medikation führt er neben der Gehörschädigung auch eine Ulnaris-lähmung links zurück.

Der Kläger verlangt Ersatz seines Verdienstausfalles und Zahlung eines Schmerzensgeldes von nunmehr mindestens 75.000 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war erfolglos; er verfolgt mit der Revision sein Klagbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

1. Ansprüche aus unerlaubter Handlung

Die Abweisung des Schmerzensgeldanspruchs wird jedenfalls durch die vom Berufungsgericht bejahte Verjährung gerechtfertigt (§ 852 BGB).

Daß der Gehörschaden auf dem ihm verabreichten Antibiotikum beruhte, war dem Kläger spätestens Ende Mai 1967 bekannt, wie das Berufungsgericht anhand der Aussage des vom Beklagten Mitte Mai 1967 zugezogenen Ohrenarztes fehlerfrei feststellt. Übrigens war der Zusammenhang für den Kläger als Arzt ohnehin offensichtlich. Die Verfahrensrügen der Revision gegen diese Feststellung greifen nicht durch (vgl. § 565 a ZPO).

Die am 16. Juni 1970 erhobene Klage war demnach verspätet. Die Verjährung war nicht deshalb gemäß

§ 203 BGB gekehrt, weil der Kläger am 15. Mai 1970 ein Armenrechtsgesuch eingereicht hatte, über das erst am 15. Juni 1970 (zunächst bewilligend) entschieden worden ist. Dabei kann im vorliegenden Falle dahinstehen, ob der Kläger mit der Einreichung des Armenrechtsgesuchs überhaupt bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist warten durfte (vgl. dagegen BGHZ 17, 199, 202). Es kann auch offen bleiben, ob sich der Kläger unverschuldet für arm i.S. von § 114 Abs. 1 ZPO halten durfte, weil ihm seine Rechtsschutzversicherung zunächst die Deckung verweigert hatte (dieser erst in der Revisionsinstanz gebrachte Vortrag des Klägers könnte indessen nicht mehr berücksichtigt werden). Denn der Kläger hat jedenfalls deshalb nicht alles ihm Zumutbare zur Einhaltung der Verjährungsfrist getan, weil das schließlich eingereichte Armenrechtsgesuch nach dem zutreffenden Hinweis des Berufungsgerichts unvollständig war und notwendige Unterlagen vermisst ließ. Auch das Bestehen der Rechtsschutzversicherung, und ihre angebliche Weigerung zu leisten, hätten nicht verschwiegen werden dürfen.

Die Revision bleibt deshalb insoweit erfolglos.

2. Ansprüche aus Verletzung des ärztlichen Behandlungsvertrages.

I. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung scheiden nicht etwa schon deshalb aus, weil der Beklagte gegenüber dem Kläger für seine Bemühungen nach ärztlichem Brauch nicht liquidiert hat. Wer als Arzt die beruflichen Dienstleistungen eines anderen Arztes in Anspruch nimmt, will

im Zweifel auch dann einen Behandlungsvertrag üblichen Inhalts schließen, wenn sich beide darüber im Klaren sind, daß der Behandelnde kein Honorar fordern werde. Von einem bloßen, für den behandelnden Arzt weithin unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnis auszugehen, würde den berechtigten Belangen des Patienten nicht gerecht, dem in der Regel der Anspruch auf volle ärztliche Sorgfalt und entsprechenden Ersatzanspruch bei ihrer Verletzung wichtiger sein wird als ein in Aussicht stehender Honorarverzicht. Übrigens legt schon die große Zahl von Grenzfällen, in denen der - vorweg praktisch nie ausdrücklich besprochene - Honorarverzicht mindestens nicht von vornherein selbstverständlich ist (etwa bei der Behandlung von nichtausübenden Ärzten und Medizinstudenten) die rechtliche Deutung dahin sehr viel näher, daß zunächst ein üblicher entgeltlicher Arztvertrag abgeschlossen wird, der Behandelnde dann aber nachträglich Übungsgemäß auf die Geltendmachung seiner reinen Dienstleistungsvergütung (anders meist bei Entschädigung für Sachleistungen) verzichtet (ähnlich Uhlenbruck Deutsche Medizinische Wochenschrift 1968, 1777, 1778). Jedenfalls spricht nichts dafür, daß in solchen Fällen ein reines Gefälligkeitsverhältnis ohne Vertragscharakter gewollt ist. Auch erscheint es abwegig, anzunehmen, daß - wie dies hier der Beklagte zu erwägen gegeben hat - die vertraglich geschuldete Sorgfalt auf eine geringere Stufe, etwa die "eigenübliche" (diligentia quam in suis) und damit praktisch auf das Verbot grober Fahrlässigkeit (vgl. § 277 BGB) reduziert sei. Richtigerweise muß - vorbehaltlich einer ausdrücklichen abweichenden Vereinbarung - davon ausgegangen werden, daß die Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt unteilbar sind (vgl. Laufs, Arztrecht 1977, S. 11 Fn. 1; Uhlenbruck aaO).

Übrigens ist, soweit festzustellen, auch die Rechtsprechung bisher mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen, daß bei der Gratisbehandlung von ärztlichen Kollegen und deren Angehörigen die üblichen Anforderungen an die dem Arztvertrag entspringende Sorgfaltspflicht weder entfallen noch abgeschwächt werden (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 20. Januar 1976 - VI ZR 15/74 - VersR 1976, 565, wo es um einen Fehler bei der Gratisbehandlung eines Arztkindes ging).

Damit ist auch für den vorliegenden Fall von dem Bestehen vertraglicher Schadensersatzansprüche des Klägers auszugehen, soweit der Beklagte bei dessen Behandlung den allgemeinen Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt nicht gerecht geworden sein sollte.

II. Der Kläger leitet solche Schadensersatzansprüche aus ("positiver") Verletzung des Behandlungsvertrags, insbesondere aus dem Vorwurf gegen den Beklagten her, dieser habe unter den in Frage kommenden Antibiotika das Mittel Kanamycin zu Unrecht ausgewählt und überdies zu stark dosiert. Darauf führt er nicht nur seinen an Taubheit grenzenden Gehörschaden, sondern auch noch eine minder bedeutende Nervenschädigung am linken Arm zurück.

1. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß der jedenfalls weitaus gravierendere Gehörschaden eine Folge der Behandlung mit Kanamycin ist. Es meint jedoch, dem Beklagten könne insoweit kein Verstoß gegen die schuldische Sorgfalt vorgeworfen werden. Dabei stützt sich das Berufungsgericht, das ebenso wie das Landgericht zu dieser Frage keinen eigenen Sachverständigenbeweis

erhoben hat, auf die - sonach urkundenbeweisliche - Verwertung eines Gutachtens von Ärzten der Chirurgischen Klinik der Universität Erlangen vom 21. Januar 1970, das im Zuge eines auf Betreiben des Klägers eingeleiteten Ermittlungsverfahrens gegen den Beklagten erhoben worden ist (die übrigen Akten des Ermittlungsverfahrens waren schon im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung vernichtet).

So kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß dem Beklagten hinsichtlich der Medikation ein Vorwurf nicht zu machen sei. Es führt aus:

Nach dem Antibiogramm sei der beim Kläger ermittelte Erreger nur gegen Polymycin B, Neomycin, Colimycin und Kanamycin empfindlich gewesen. Die Entscheidung für Kanamycin sei richtig gewesen. Zwar bezeichne das Erlanger Gutachten die sonst in Betracht kommenden Antibiotika nur als "nicht ungefährlicher als Kanamycin". Das Berufungsgericht wägt aber an Hand der ihm von dem Beklagten in der Schlussverhandlung vorgelegten "Antibiotikafibel" von Walter/Hatemeier (3. Aufl.) selbst die dort beschriebenen Vorteile und Gefahren der in Frage stehenden Mittel ab und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß Kanamycin den Vorzug verdient habe, wenn auch damals Colistin bei Bekämpfung eines Befalls durch den Erreger *Pseudomonas pyocyanea* als das Mittel der Wahl gegolten habe. Dem stehe nämlich entgegen, daß sich im Falle des Klägers eine Empfindlichkeit auch gegenüber Kanamycin ergeben habe. Das Berufungsgericht hat angesichts dessen geglaubt, auf einen Sachverständigenbeweis im gegenwärtigen Rechtsstreit verzichten zu können.

2. Der Revisionsangriff gegen dieses Verfahren des Berufungsgerichts erscheint nicht unbegründet.

a) Zwar steht es dem Richter grundsätzlich frei, sich Kenntnisse auf einem ihm von Haus aus fremden Fachgebiet auch aus einschlägiger Fachliteratur zu verschaffen und daher auf Sachverständigenbeweis zu verzichten. Dies muß aber dort seine Grenze finden, wo sich das gesuchte Ergebnis nicht unmittelbar aus der Literatur entnehmen läßt, sondern einer Auswertung bedarf, die ihrerseits wieder fachliche Kenntnisse voraussetzt. Die Abwägung, welche der in der "Antibiotikafibel" allgemein geschilderten Wirkungen und Nebenwirkungen schließlich im konkreten Fall des Klägers den Ausschlag für die Wahl der Therapie geben mußte, war eine solche ärztliche Entscheidung. Die dafür über die Angaben des Buches hinaus erforderlichen Fachkenntnisse hat das Berufungsgericht jedenfalls nicht ausgewiesen.

b) Dies wäre allerdings unschädlich, wenn das Erlanger Gutachten aus dem Ermittlungsverfahren für sich allein eine tragfähige Grundlage für die Entscheidung hätte bilden können. Insoweit hat aber der Kläger mehrfach zu Recht auf Lücken und Zweifel hingewiesen, und daher um die Erhebung eines Sachverständigenbeweises im gegenwärtigen Verfahren gebeten. Die Revision rügt mit Erfolg, daß das Berufungsgericht dem durch Bestellung des früheren oder eines anderen Gutachters zum Sachverständigen nach der Sachlage hätte nachkommen müssen. Wenn die Revisionsbeantwortung in diesem Zusammenhang meint, der Kläger hätte, wenn er das Ergebnis des Erlanger Gutachtens bezweifelte, die mündliche Anhörung des Sachverständigen rechtzeitig beantragen müssen, dann verkennt sie schon, daß die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. etwa BGHZ 35, 370 m.w.Nachw.)

sich auf Fälle bezieht, in denen im Verfahren selbst Sachverständigenbeweis erhoben worden ist.

Daß das Er[REDACTED] Gutachten in der Tat Zweifel nicht ausschließt, ergibt sich aus folgendem:

Dem Gutachten und damit auch dem Berufungsurteil ist zwar unbedenklich in seinem Ausgangspunkt zu folgen, daß die schwere, lebensbedrohliche Erkrankung des Klägers auch eine sehr riskante Therapie rechtfertigen konnte. Das entthob den Beklagten aber nicht der Prüfung, welche Medikation im jeweiligen Zeitpunkt bei voraussichtlich gleichwertigem therapeutischem Erfolg die noch tragbarste Gefahr schädlicher Nebenwirkungen mit sich brachte; auch das Berufungsgericht verkennt diesen Grundsatz an sich nicht.

Nun führt aber das Gutachten aus, daß nach einem ausdrücklichen Hinweis der Herstellerfirma Gr[REDACTED] durch dieses Antibiotikum Erreger der Pyocyaneus-Stämme in der Regel durch therapeutisch erreichbare Konzentrationen nicht mehr gehemmt werden. Dies wird durch einen Erfahrungsbericht in der ärztlichen Literatur bestätigt. Ob trotzdem, wie das Berufungsgericht meint, die anfängliche Wahl von Kanamycin vertretbar war angesichts der Tatsache, daß der in der Kultur in Erscheinung getretene Erreger in vitro auf dieses Mittel empfindlich erschien und die Anwendung beim Kläger alsbald einen Fieberabfall bewirkte, mag dahinstehen. Auf jeden Fall war - dieses Bedenken muß sich jedenfalls dem medizinisch in diesem besonderen Punkt nicht beratenen oder sachkundigen Richter aufdrängen - offenbar zu gewärtigen, daß Kanamycin möglicherweise nur

bei besonders hoher Dosierung einen vollen Erfolg versprechen konnte. Nun lag die Gesamtgabe an den Kläger nach der Feststellung des Sachverständigen "über den in der Weltliteratur bekannten Höchstsätzen". Dabei geht der Sachverständige, was im Ermittlungsverfahren geboten gewesen sein mag, nur von der vom Beklagten selbst eingeräumten Gesamtmenge von insgesamt 48 g aus, während das Revisionsgericht, weil das Berufungsgericht insoweit keine Feststellung trifft, sogar von der vom Kläger - wenn auch vielleicht weniger überzeugend - behaupteten Gesamtmenge von 58 g auszugehen hat.

Angesichts dessen halten die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht die von ihm selbst als solche erkannte "Überdosis" von Kanamycin für gerechtfertigt erachtet, den Verfahrensrügen der Revision nicht stand. Selbst wenn nämlich der Beklagte das Mittel wählen durfte, obwohl er gewärtigen mußte, daß es nur in einer Überdosis wirksam war (das Berufungsgericht vergleicht die Risiken der in Frage stehenden Antibiotika nur allgemein und ohne Berücksichtigung der Gefahren, die eine Überdosierung mit sich bringen mußte), dann wird jedenfalls aus dem Erlanger Gutachten und dem darauf beruhenden Berufungsurteil nicht einsichtig, ob der Beklagte die Behandlung mit Kanamycin noch fortsetzen durfte, als klar wurde, daß eine in der Weltliteratur bisher nicht bekannte Gesamtdosis erforderlich sein würde, oder ob es nicht möglich, daher geboten war, die Behandlung mit einem anderen Mittel (etwa Colymycin) fortzusetzen, auf das der Erreger in vitro ebenfalls angesprochen hatte, dessen spezifische Risiken sich aber vielleicht für die kurze Restzeit weniger

11

verderblich auswirken konnten. Das Er[REDACTED] Gutachten gibt zumindest auf diese Frage, die sich dem medizinischen Laien aufdrängt, keine Antwort. Daß es darauf deshalb nicht eingegangen wäre, weil es eine dem Beklagten günstige Antwort als selbstverständlich betrachtete, konnte aus der Schlußfolgerung, daß der Beklagte die schädlichen Folgen habe in Kauf nehmen können, nicht ohne weiteres entnommen werden; dies insbesondere deshalb, weil das Gutachten die Bedenken, die gegen die Therapie des Beklagten immerhin bestehen konnten, an anderer Stelle möglicherweise nicht ohne Anlaß deutlich hervorhebt (vgl. dazu Senatsurteil vom 22. April 1975 in NJW 1975, 1463, 1464).

III. Das angefochtene Urteil hat somit jedenfalls deshalb keinen Bestand, weil das Berufungsgericht durch den Verzicht auf eine eingehende Klärung dieser umstrittenen Frage gegen seine Aufklärungspflicht verstoßen hat (§ 286 ZPO).

1. Sollte das Berufungsgericht nach weiteren Feststellungen seine Ansicht bestätigt finden, daß die vom Beklagten gewählte Therapie entgegen den soeben erörterten Zweifeln gerechtfertigt war, dann wird es allerdings - sofern nicht weitere Feststellungen das verhindern - nicht davon ausgehen müssen, daß der Beklagte dennoch hafte, weil er es schuldhaft versäumt habe, dem Kläger über die spezifischen Gefahren des Kanamycin aufzuklären. Dem Kläger mußte als Arzt - soweit er nach seinem Befinden solchen Erwägungen überhaupt zugänglich war - klar sein, daß sein Zustand den Einsatz gefährlicher Antibiotika notwendig machte, und hätte - falls er auf ihre Auswahl Einfluß nehmen wollte - fragen müssen.

2. Schließlich wird die erneute Verhandlung vor dem Berufungsgericht dem Kläger Gelegenheit geben, auf den Vortrag seiner Verfahrensrügen zurückzukommen, die sich gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts richten, daß der Beklagte auch hinsichtlich der rechtzeitigen Erkennung und Verhinderung des sich anbahnenden Gehörschadens nichts versäumt habe. Damit kann sich das Revisionsgericht ein Eingehen auf diese Fragen versagen.

IV. Bei der Zurückverweisung macht der Senat von der durch § 565 Abs. 1 Satz 2 gebotenen Möglichkeit Gebrauch.

Dr. Weber

Dunz

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann

Dr. Deinhardt