

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu b)

30

BGB § 823 Eh, § 839 A, E, BBG § 87 a

- a) Zur Haftung des Narkosefacharztes für die Folgen eines Narkosezwischenfalls bei einer Parallelnarkose.
- b) Der selbstliquidierende beamtete Arzt haftet für Schäden aus Versäumnissen einer stationären Behandlung deliktisch nach § 839 BGB und kann sich auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen.
- c) Übergangsfähig i.S. von § 87 a BBG sind auch vertragliche Ersatzansprüche, wenn sie der Verletzung von Pflichten entspringen, die dem Vertragsschuldner im außervertraglichen (deliktischen) Bereich kraft Gesetzes nicht geringer aufgegeben sind.

BGH, Urt. v. 30. November 1982 - VI ZR 77/81 - OLG Hamburg
LG Hamburg

30

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 77/81

URTEIL

Verkündet am
30. November 1982
W a l z ,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Hochschullehrers Prof. Dr. Karl H [REDACTED] ,
Ha [REDACTED]
2. des Arztes Axel K [REDACTED] ,
ebendort,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1): Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
- Prozeßbevollmächtigte zu 2): Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

1. den Postbeamten Günther Franz P [REDACTED] ,
vertreten durch seine Pflegerin Bärbel F [REDACTED] , Ha [REDACTED] ,
2. die Deutsche Bundespost,
vertreten durch den Präsidenten der Oberpostdirektion
Ha [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hiddemann und die Richter Scheffen, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird unter Zurückweisung der weitergehenden Revision des Erstbeklagten das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 13. Februar 1981 im Kostenpunkt sowie insoweit aufgehoben, als es über den Schmerzensgeldanspruch des Erstklägers gegen den Erstbeklagten und über Ansprüche gegen den Zweitbeklagten entschieden hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Erstkläger (im folgenden: der Kläger) begab sich zur operativen Behandlung eines Bandscheibenschadens (mediolateraler Diskusprolaps) Anfang 1976 unter Inanspruchnahme gesondert zu liquidierender



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



Arztleistungen (§ 6 Satz 4 der Bundespflegesatzverordnung - BPflV - vom 25. April 1973 - BGBl. I 333) in die Orthopädische Klinik des Universitätskrankenhauses E. Die Operation fand am 9. Februar 1976 in Intubationsnarkose statt.

Die Narkose wurde nicht von dem erstbeklagten beamteten Direktor der Anästhesieabteilung, sondern von dem Zweitbeklagten geführt, der als beamteter Assistenzarzt damals noch nicht die Anerkennung als Fachanästhesist besaß, aber schon seit Jahren die Voraussetzungen dafür erfüllte. Der Zweitbeklagte war als Narkosearzt für gleichzeitige Operationen an drei Operationstischen eingeteilt. Dazu sollten ihm nach dem Einsatzplan Frau Dr. K., die seit dem 7. Juli 1975 als Ärztin approbiert und seit dem 1. August 1975 als Assistenzärztin bei dem Erstbeklagten tätig war, sowie die seit zwei Jahren in der Anästhesieabteilung tätige Frau Dr. Sch. beigegeben werden. Frau Dr. K. sollte die Narkose an einem dem vom Zweitbeklagten selbst überwachten Patienten benachbarten Operationstisch überwachen, Frau Dr. Sch. die Narkose des Klägers in einem anderen Operationsaal, der durch einen Flur von dem Arbeitsplatz des Zweitbeklagten entfernt war. Frau Dr. Sch. meldete sich jedoch am Operationstag krank, so daß der als Ersatz von dem Erstbeklagten eingeteilte Dr. T. für sie einspringen mußte. Dieser hatte erst am 3. Dezember 1975 seine Approbation als Arzt erlangt; vom 7. Januar bis 7. Februar 1976 hatte er an 55 Narkosen unter Anleitung mitgewirkt.

Der Zweitbeklagte leitete bei dem in Bauchlage zu operierenden Kläger die Intubationsnarkose um 8.10 Uhr ein; anschließend übernahm Dr. T. die Überwachung der Narkose. Um 9.45 Uhr zeigte der Kläger körperliche Unruhe und "ruckte". Ursache dafür war eine Beatmungsblockade für das Lachgas-Sauerstoffgemisch, sei es durch Verschiebung der Manschette vor die Tubusöffnung, sei es durch Verkleben des Tubus im Luftröhrenbereich. Dr. T. nahm an, die Narkose sei nicht hinreichend tief, und verstärkte die manuelle Beatmung. Da die Maßnahme ohne Erfolg blieb, verließ Dr. T. den Operationstisch und begab sich in den anderen Operationssaal, um den Zweitbeklagten herbeizurufen. Infolge einer Namensverwechslung rief er den Namen von Frau Dr. K. Diese begab sich zusammen mit Dr. T. zu dem Kläger und stellte das Narkosegerät von manueller auf automatische Beatmung. Erst dann wurde der Zweitbeklagte geholt. Dieser schaltete das Narkosegerät um auf reine Sauerstoffbeatmung. Als dies nicht half, entfernte er die Klemme des Tubus-Zuleitungsschlauchs. Da auch diese Maßnahme erfolglos blieb, wurde der Kläger auf den Rücken gedreht, der Tubus entfernt und durch einen neuen Tubus anderer Art ersetzt. Erst jetzt war der Beatmungswiderstand behoben; jedoch setzte nun der Puls aus, so daß Herzmassagen zur Wiederbelebung des Patienten erforderlich wurden.

Infolge des Narkosezwischenfalls wurde das Hirn des Klägers schwer geschädigt; er ist dauernd erwerbsunfähig.

Die Kläger machen beide Beklagten für den Gesundheitsschaden verantwortlich. Der Erstkläger hat von den Beklagten ein Schmerzensgeld von mindestens 100.000 DM gefordert. Die Zweitklägerin nimmt gemäß § 87 a BBG wegen gezahlter Dienstbezüge, Heilungs- und Unterbringungskosten, die sie auf 64.023,27 DM beziffert hat, Rückgriff bei beiden Beklagten. Ferner hat sie verlangt, die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz von Zukunftsschäden im Rahmen des Forderungsübergangs festzustellen.

Die Beklagten sind dem entgegengetreten. Sie haben sich u.a. auf eine Unterbesetzung der Klinik mit Narkosefachärzten berufen. Trotz ständiger Vorstellungen des Erstbeklagten bei dem Krankenhaus-träger seien im Februar 1976 sechs Planstellen für Anästhesisten unbesetzt gewesen.

Das Landgericht hat die Klageansprüche für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten ihre Klageabweisungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben beide Beklagte dem Grunde nach als Gesamtschuldner für die materiellen und immateriellen Schäden Ersatz zu leisten, die der Kläger durch den Narkosezwischenfall vom 9. Februar 1976 erlitten hat.

Nach den Feststellungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts sind die Gesundheitsschäden darauf zurückzuführen, daß während der Intubationsnarkose die Sauerstoffzufuhr infolge einer Verschiebung oder Verklebung des Tubus unterbrochen und das Gehirn deshalb bis zum Erfolg der Wiederbelebungsmaßnahmen während einer Zeitspanne von mindestens fünf Minuten mit Sauerstoff unterversorgt geblieben ist, d.h. um 60 bis 90 Sekunden länger, als solche Unterversorgung ohne bleibende Schäden überstanden werden kann. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind beide Beklagte für diese Verzögerung verantwortlich. Dazu erwägt das Berufungsgericht: Zwar sei das Auftreten des Beatmungswiderstandes den Beklagten nicht anzulasten, wohl aber die verhängnisvolle Verzögerung bei der Behebung des Narkosezwischenfalls. Diese sei auf eine fehlerhafte Organisation und Planung der Narkose zurückzuführen. Dr. T., der bis dahin noch nicht an einem derartigen Eingriff ohne Anleitung mitgewirkt gehabt habe, hätte zur Überwachung der Narkose allenfalls eingesetzt werden dürfen, wenn ihm während der Narkose ein jederzeitiger Kontakt mit dem Zweitbeklagten möglich gewesen wäre. Das sei jedoch nicht sichergestellt gewesen. Sein Platz sei rund 17 m von dem Operationstisch entfernt gewesen, an dem der Zweitbeklagte tätig gewesen sei. Um zu diesem zu gelangen, habe Dr. T. den Operationsraum verlassen und über einen Flur sowie durch zwei Türen, von denen mindestens eine nicht offengestanden habe, in den Operationssaal I gehen müssen. Deshalb habe Dr. T. sich bei Auftreten des Beatmungswiderstandes nicht unverzüglich an den

Zweitbeklagten gewandt, sondern zunächst versucht, die kritische Situation selbst zu meistern; erst als dies nicht half, sei er in den Operationssaal I gelaufen, wo seine Hilferufe zunächst Frau Dr. K. auf sich bezogen habe. Diese sei mit Dr. T. an den Operationstisch des Klägers geeilt und habe selbst eine Korrektur der Beatmung versucht. Erst dann sei der Zweitbeklagte gerufen worden. Hätte dieser bei dem ersten Anzeichen des Beatmungswiderstandes sofort selbst eingegriffen, wäre die Wiederbelebung des Patienten um die entscheidenden 60 bis 90 Sekunden früher erfolgt.

Der Zweitbeklagte sei für die Folgen der Verzögerung nach Deliktsgrundsätzen gemäß §§ 839, 847 BGB verantwortlich. Er habe die Narkose nicht auf der Grundlage einer solchen mangelhaften Organisation und Planung übernehmen dürfen. Zwar habe er Dr. T. und Frau Dr. K. angewiesen, sich in einem Notfall sofort an ihn zu wenden; gleichwohl habe er mitzuverantworten, daß das Hilfeersuchen von Dr. T. in der geschehenen Weise fehlgelaufen sei. Ebensowenig entlaste ihn, daß ihm Dr. T., den er nicht oder kaum gekannt habe, erst am Tag der Operation als Ersatz für die überraschend ausgefallene Frau Dr. Sch. präsentiert worden sei; im übrigen habe er mit der Möglichkeit, Dr. T. könne ein Anfänger sein, gerechnet. Auch könne er sich nicht darauf berufen, nur die organisatorischen Anordnungen der ihm übergeordneten Oberärzte und letztlich des Erstbeklagten als seines Chefarztes ausgeführt zu haben. Das befreie ihn nicht von der eigenen Verantwortung für das Wohl des ihm anvertrauten Patienten.

Der Erstbeklagte habe für das Verschulden des Zweitbeklagten als seines Erfüllungsgehilfen nach Vertragsgrundsätzen gemäß §§ 611, 276, 278 BGB einzustehen. Ferner hafte auch er nach §§ 839, 847 BGB aus Delikt, weil er selbst an der Hinzuziehung des unerfahrenen Dr. T. anstelle von Frau Dr. Sch. mitgewirkt und sich nicht um eine sachgemäße Gestaltung der dadurch veranlaßten plötzlichen Änderung des Operationsplans gekümmert habe.

Auf die Verweisungsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB könnten sich die Beklagten nicht berufen. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, daß die Hansestadt H. als Krankenhausträgerin an dem Zwischenfall durch Unterversorgung des Krankenhauses mit Fachanästhesisten mitgewirkt habe und deshalb ebenfalls für den Schaden mitverantwortlich sei. Das berühre die Haftung der Beklagten jedoch ebensowenig wie eine etwaige Mithaftung von Dr. T. und Frau Dr. K.; im Verhältnis zu den Klägern bestehe eine gesamtschuldnerische Haftung jedes Mitverantwortlichen nach § 840 BGB.

II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revisionen nicht in allen Punkten stand.

1. Ohne Erfolg wenden sich die Revisionen allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht dem Zweitbeklagten die Schädigung des Klägers anlastet.

a) Auszugehen ist mit dem Berufungsgericht davon, daß der Zweitbeklagte aufgrund der von ihm übernommenen Aufgabe des narkoseführenden Fachanästhesisten in erster Linie die gefahrlose Durchführung der Narkose des Klägers sicherstellen mußte. In seine Eigenverantwortlichkeit fiel die Überwachung, Aufrechterhaltung und Wiederbelebung der vitalen Funktionen des Patienten. Es kann dahingestellt bleiben, ob überhaupt und in welchen Grenzen er, um selbst eine andere Narkose betreuen zu können, mit der Überwachung dieser Funktionen Dr. T. betrauen durfte, der erst zwei Monate zuvor die Approbation als Arzt erlangt, bis dahin an Narkosen nur unter Anleitung mitgewirkt hatte und für eine Intubationsnarkose noch keine ausreichende Erfahrungen hatte sammeln können, also auf die Führung der Narkose durch den Zweitbeklagten angewiesen war (zur Zulässigkeit sog. Parallelnarkosen bejahend Weißbauer/Frey DMedW 1978, 724, 725 ff; ablehnend Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2205, dort w. Nachw.). Jedenfalls mußte der Zweitbeklagte sicherstellen, daß er jederzeit einspringen und die Narkose rechtzeitig selbst weiterführen konnte, wenn wie hier Unregelmäßigkeiten in der Beatmung des Patienten auftraten. Dieser von dem Bundesgerichtshof schon in seinem Urteil vom 18. März 1974 - III ZR 48/73 = VersR 1974, 804, 806 = NJW 1974, 1424 hervorgehobene Grundsatz ist entgegen der Auffassung der Revision nicht etwa deshalb für den Streitfall abzuschwächen, weil es sich anders als in dem dort entschiedenen Fall möglicherweise nicht um eine Risikonarkose handelte. Es sind Mindestanforderungen, die sich aus der Natur des Eingriffs und der vitalen Bedeutung sofortigen fachkundigen

Eingreifens im Komplikationsfall ergeben und auch von der Medizin nicht in Zweifel gezogen werden (vgl. Weißbauer/Frey aaO). Deshalb liegen die Revisionsrügen gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den Risiken der hier in Frage stehenden Narkose neben der Sache. Nach zutreffender Ansicht des Berufungsgerichts würde es den Zweitbeklagten auch nicht entlasten, wenn er angenommen hätte, mit Dr. T. sei ihm ein vollwertiger Ersatz für Frau Dr. Sch., die seit zwei Jahren in der Anästhesieabteilung tätig gewesen war und Narkosen bereits häufig in eigener Verantwortung durchgeführt hatte, zur Verfügung gestellt worden. Seine Verantwortung für die Gesundheit des ihm anvertrauten Patienten verlangte von ihm, sich über die Richtigkeit solcher Vorstellungen bezüglich des ihm kaum bekannten Arztes durch Rückfragen zu vergewissern; das hat er versäumt. Er kann sich nicht darauf berufen, daß die Krankenhausverwaltung nach bisheriger Übung von sich aus "vorgewarnt" haben würde, wenn Dr. T. zur Vertretung von Frau Dr. Sch. nicht ausreichend qualifiziert war. Die Führung der Narkose war seine Aufgabe. Beteiligte er einen anderen Arzt daran, so mußte er sich Klarheit darüber verschaffen, wieviel er diesem zumuten konnte. Davon entband ihn auch nicht die Überlegung, daß "der Ablauf des Operationstages in Frage gestellt wurde, wenn Kritik an der Organisation zugelassen werde". Die Gesundheit des Patienten geht vor.

Im übrigen konnte das Berufungsgericht aus dem Verhalten des Zweitbeklagten folgern, daß er sich über die fehlende Fachkunde von Dr. T. nicht im Unklaren gewesen ist. Danach hat er die Narkose selbst

eingeleitet, Dr. T. nur die Überwachung im Ruhezustand überlassen, ihn in Abständen von 15 Minuten aufgesucht und ihm erklärt, er möge nicht maschinell, sondern per Hand kontrolliert beatmen, weil sich dadurch für einen weniger Erfahrenen Unregelmäßigkeiten, insbesondere ein etwa auftretender Atemwiderstand, leichter und schneller feststellen lassen würden; er will ihn angewiesen haben, ihn sofort beim Auftreten von Komplikationen zu benachrichtigen.

aa) Bei dieser Sachlage war es schon nicht zu verantworten, daß der Zweitbeklagte Dr. T. im Operationsraum allein ließ, um selbst eine andere Narkose in einem anderen Operationssaal zu betreuen, der 17 Meter von dem Operationstisch entfernt war und nur über einen Flur und durch zwei Türen, von denen mindestens eine nicht offen stand, zu erreichen war (so daß weder Blick- noch Rufkontakt zu Dr. T. bestand und dieser im Komplikationsfall seinen Patienten zeitweise allein lassen mußte, wenn er den Zweitbeklagten benachrichtigen wollte). Für die ohnehin bedenkliche Parallelnarkose ist grundsätzlich Blick- oder wenigstens Rufkontakt zu dem Fachanästhesisten zu fordern, wenn ausreichende Aufsicht an beiden Operationstischen gewährleistet sein soll (vgl. Weißbauer/Frey aa0). Jedenfalls aber kann bei so weiten Wegen, wie sie hier für eine Kontaktaufnahme mit dem narkoseführenden Arzt zurückzulegen waren, von einer sicheren Gewährleistung sofortigen Beistandes des Fachanästhesisten im Komplikationsfall keine Rede mehr sein. Mit Grund weist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht nur auf die Gefahr, daß unter solchen Umständen in der Verwirrung über den Zwischenfall die Kontaktaufnahme zusätzlich erschwert wird, sondern

auch auf die größere Versuchung für den nichtfachkundigen Betreuer hin, zunächst den Zwischenfall selbst zu beherrschen zu suchen - ganz abgesehen davon, daß unter solchen Verhältnissen bei gleichzeitig an beiden Operationstischen auftretenden Komplikationen dem Fachanästhesisten ein Beistand unmöglich ist. Hier kommt noch hinzu, daß der Zweitbeklagte die gleichzeitige Narkoseführung sogar noch in einem dritten Fall übernommen hatte. Zwar hatte die mit der Aufsicht über die Narkose von ihm betraute Frau Dr. K. eine gewisse Erfahrung als wissenschaftliche Assistentin in der Anästhesieabteilung. Für eine selbständige Bewältigung von Komplikationen schied aber auch diese Ärztin aus; die dazu erforderliche Erfahrung unterschätzt die Revision, wenn sie meint, im Streitfall vom Gegenteil ausgehen zu können.

bb) Zu Recht wirft das Berufungsgericht dem Zweitbeklagten vor, daß er - wenn er sich schon auf solche Parallelnarkose einließ - nicht wenigstens einen Tausch des Einsatzplatzes zwischen Dr. T. und Frau Dr. K. erwogen, also **nicht darauf hingewirkt hat**, Dr. T. als die am wenigsten qualifizierte Kraft in seinem Blickfeld einzusetzen. Der Hinweis der Revision, es sei davon auszugehen, daß die Organisation der Operation nicht beim Zweitbeklagten, sondern bei den "übergeordneten Oberärzten" bzw. beim erstbeklagten Chefarzt gelegen habe, geht fehl. Auf eine sachgemäße Einteilung der für die Narkoseüberwachung verfügbaren Kräfte hinzuwirken, war auch seine Aufgabe; konnte er personell eine gefahrlose Durchführung der Narkose nicht gewährleisten, durfte er sie nicht übernehmen. Keineswegs entband ihn von dieser Eigenver-

antwortung die von der Revision aufgeworfene Überlegung, daß "der Ablauf des Operationstages in Frage gestellt wurde, wenn Kritik an der Organisation zugelassen werde". Hier ging die Sicherheit des Patienten allen anderen Gesichtspunkten vor; der gebotene Sicherheitsstandard durfte nicht etwaigen personellen Engpässen geopfert werden. Entgegen der Auffassung der Revision trifft deshalb auch den Zweitbeklagten eine Verantwortung dafür, daß nach dem plötzlichen Ausfall von Frau Dr. Sch. "improvisiert" worden ist.

cc) Folgendes kommt noch hinzu: Zumindest gehörte es zur Aufgabe des Zweitbeklagten und war wegen des durch die örtlichen Verhältnisse hier erschwerten Kontaktes zwischen aushelfendem und nar-koseführendem Arzt besonders wichtig, von vornherein klar festzulegen, daß, wann und wo er bei auftretenden Komplikationen geholt werden sollte. Zwar hat der Zweitbeklagte, wovon das Berufungsgericht ausgeht, Dr. T. und Frau Dr. K. angewiesen, sich in einem Notfall sofort an ihn zu wenden. Ersichtlich ist diese Anweisung aber nicht mit der nötigen Bestimmtheit und Klarheit und dem erforderlichen Nachdruck gegeben worden, so daß nicht nur Dr. T. zunächst versucht hat, der Komplikation selbst Herr zu werden, sondern weder er noch Frau Dr. K. etwas dabei gefunden haben, daß vor einer Benachrichtigung des Zweitbeklagten zunächst Frau Dr. K. bei dem Kläger Nachschau hielt. Zudem kann der Zweitbeklagte dem Umstand, daß die mit ihm im gleichen Operationssaal tätige Frau Dr. K. in dieser Zeit nicht an ihrem Platz war, ersichtlich kaum besondere Beachtung geschenkt haben.

b) Deshalb wendet sich die Revision im Ergebnis ebenfalls erfolglos gegen die Feststellung zur Schadensursächlichkeit der Versäumnisse des Zweitbeklagten, indem sie geltend macht: Wenn Frau Dr. K. anstelle von Dr. T. den Kläger betreut hätte, würde auch diese den Zweitbeklagten nicht früher geholt haben, als dies tatsächlich geschehen sei. Wären seine Anordnungen, ihn sofort von auftretenden Unregelmäßigkeiten zu benachrichtigen und keine kostbare Zeit durch eigene Versuche zu ihrer Behebung zu verlieren, so klar und bestimmt gewesen, wie das gerade unter den gegebenen örtlichen Verhältnissen erforderlich war, dann spricht nichts dagegen, daß er nicht sofort von dem auftretenden Beatmungswiderstand benachrichtigt worden wäre, jedenfalls so rechtzeitig, daß die Unterversorgung des Gehirns noch innerhalb des Zeitraums von drei bis vier Minuten blieb, in dem sie nach dem insoweit von der Revision nicht beanstandeten Sachverständigengutachten noch keine bleibenden Schäden anrichtete und nicht Zeit durch eigenes Bemühen von Dr. T. und Frau Dr. K. um den Patienten vertan wurde.

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch eine Mitverantwortung des Erstbeklagten für die Narkoseschädigung festgestellt.

a) Erfolglos zieht seine Revision in Zweifel, daß er im Bereich einer Haftung wegen positiver Forderungsverletzung aus dem Arztvertrag, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier auch zwischen ihm und dem Kläger bestand (dazu, daß dem weder das KHG noch die BPflVO entgegenstanden, vgl. Senatsurteil vom 10. März 1981 - VI ZR 202/79 =

NJW 1981, 2002 = VersR 1981, 730), für die Fehler des Zweitbeklagten als seines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB eintreten muß. Die Rechtsauffassung der Revision, daß die "Gleichwertigkeit" des Zweitbeklagten mit dem Erstbeklagten hinsichtlich seiner Qualifikation als Fachanästhesist dem entgegenstehe, trifft nicht zu; insbesondere verlangt diese Vorschrift keine fachliche Unterordnung des Gehilfen als "funktionsbedingter Erfüllungsdiener", wie die Revision meint. Der Zweitbeklagte hat mit Willen des Erstbeklagten die Narkose des Klägers übernommen, zu deren Führung nach dem Vertrag an sich der Erstbeklagte persönlich verpflichtet war. Das genügt, um dem Erstbeklagten für seine vertragliche Haftung die vorbezeichneten Fehler und Versäumnisse des Zweitbeklagten gemäß § 278 BGB als eigene zuzurechnen.

b) Ohne Erfolg müssen auch die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts bleiben, der Erstbeklagte trage eigenes Verschulden an dem Schadensereignis, weil er an dem Einsatz von Dr. T. anstelle von Frau Dr. Sch. mitgewirkt habe, ohne sich selbst um eine sachgemäße Gestaltung der auf diese Weise "improvisierten" Operationsplanung zu kümmern.

Entgegen der Meinung der Revision war der Erstbeklagte damit, daß er Einleitung und Durchführung der Narkose ganz dem Zweitbeklagten überlassen hatte, nicht von jeder eigenen Verantwortung für die Narkose freigestellt. Vielmehr blieb sie auch "seine Sache"; dies umso mehr, als er sich vertraglich zur persönlichen Betreuung der Narkose verpflichtet hatte. Ob ihm

nicht überhaupt schon nach den anfangs gemachten Ausführungen die Zulassung von sog. Parallelnarkosen in zwei voneinander getrennten Operationssälen, noch dazu an drei Operationstischen, auf der Grundlage selbst des ursprünglichen Einsatzplanes hätte vorgeworfen werden müssen, kann offen bleiben. Jedenfalls mußten ihm gewichtige Bedenken gegen ein solches Verfahren besonders nachdrücklich vor Augen stehen und zu persönlichem Einschreiten veranlassen, nachdem er erfahren hatte, daß Frau Dr. Sch. nicht eingesetzt werden konnte und auf den in der Anästhesie noch unerfahrenen Dr. T. zurückgegriffen werden mußte. Daß er von dieser unvorhergesehenen Änderung rechtzeitig Kenntnis erhalten hatte, hat der Erstbeklagte selbst nie in Abrede gestellt; soweit die Revision nunmehr anderes behaupten will, kann sie damit im gegenwärtigen Verfahren nicht gehört werden.

Aufgrund dieser Umstände, die eine plötzliche "Improvisation" nötig machten, konnte er sich auch nicht mehr mit der Fachkunde des Zweitbeklagten beruhigen. Vielmehr erforderten die zusätzlichen erheblichen Gefahrenmomente, die durch die plötzliche Änderung des Einsatzplanes unter seiner Mitwirkung in die Behandlung hineingetragen worden waren, auch von ihm eigene Anstrengungen zur Gefahrenverhütung - wenn nicht schon durch ein Veto gegen die Weiterführung der Parallelnarkose unter diesen Umständen, so doch zumindest durch genaue Anweisungen für eine sachgemäße Zuteilung der Einsatzplätze und ihre Überwachung. Stattdessen hat der Erstbeklagte sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in keiner Weise um die von dem Zweitbeklagten zu betreuenden Narkosen gekümmert.

3. Indes können aufgrund dieser Feststellungen derzeit nur Ansprüche auf materiellen Schadensersatz gegen den Erstbeklagten dem Grunde nach zuerkannt werden. In diesem Umfang sind die Ansprüche aufgrund der Vertragshaftung des Erstbeklagten wegen positiver Forderungsverletzung gerechtfertigt. Auf sie kann auch die Zweitklägerin ihre Klageforderung gegen den Erstbeklagten wegen ihrer als Dienstherrin des Erstklägers auf den Schadensfall erbrachten Leistungen stützen. Zwar geht nach § 87 a BBG wegen solcher Leistungen des Dienstherrn nur "ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch, der dem Beamten oder seinen Hinterbliebenen infolge der Körperverletzung oder der Tötung gegen einen Dritten zusteht", über. Als übergangsfähig im Sinne der Vorschrift müssen aber auch vertragliche Ersatzansprüche jedenfalls dann angesehen werden, wenn sie der Verletzung von Pflichten entspringen, die - wie hier die Pflicht der Beklagten zur Bewahrung des Erstklägers vor Gesundheitsschäden aus ärztlicher Behandlung - dem Vertragsschuldner im außervertraglichen Bereich kraft Gesetzes nicht geringer aufgegeben sind (zur vergleichbaren Rechtslage von § 91 a Abs. 1 SoldVG vgl. Senatsurteile vom 12. März 1973 - VI ZR 12/72 = VersR 1973, 467, 469; für § 1542 RVO vgl. BGHZ 26, 365, 368 ff). Das wird auch von der Revision nicht angezweifelt.

Dagegen ist die Zuerkennung von Ansprüchen auf immateriellen Schadensersatz gegen den Erstbeklagten und auf materiellen und immateriellen Schadensersatz gegen den Zweitbeklagten derzeit nicht möglich. Solche Ansprüche können den Klägern nicht auf vertraglicher, sondern nur auf deliktischer Grundlage zustehen.

Sie würden voraussetzen, daß ihnen wegen desselben Schadens keine Ersatzansprüche gegen Dritte zustehen, auf die die Beklagten sie nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB verweisen können. Solche Ersatzansprüche kommen hier gegen die Stadt H. in Betracht, was auch das Berufungsgericht ausdrücklich für möglich hält.

a) Beide beklagten Ärzte waren am Universitätskrankenhaus E. als Beamte tätig. Daß sie bei der Behandlung des Erstklägers nicht im hoheitlichen, sondern im privatrechtlichen Bereich tätig geworden sind (BGHZ 9, 145, 148 ff; st. Rspr.), schließt zwar eine Übernahme ihrer Haftung durch ihre Anstellungskörperschaft nach Art. 34 GG aus, läßt aber grundsätzlich unberührt, daß sich ihre deliktische Eigenhaftung nach der für Beamte geltenden Sondervorschrift des § 839 BGB mit dem den Schädiger begünstigenden Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB richtet (BGH Urteil vom 18. März 1974 - III ZR 48/73 = NJW 1974, 1424 = VersR 1974, 804). Die Belastung des Geschädigten durch diese Vorschrift, die der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen hat, wird im Bereich der Arzthaftung wegen Schädigungen aus stationärer Behandlung gemildert durch die im Regelfall bestehende Möglichkeit, den Krankenhausträger nach §§ 31, 89, 831 BGB sowie - insbesondere wenn ein totaler Krankenhausvertrag geschlossen worden ist - aus Vertrag in Anspruch zu nehmen; das führt zu einer weitgehenden Konzentrierung der Schadensregulierung beim Krankenhausträger, die dem Arzt-Patienten-Verhältnis zugute kommt. Der Senat verkennt nicht, daß das Verweisungsprivileg, wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt, dem geschädigten Patienten gleichwohl die Durchsetzung seiner Ansprüche im Einzelfall erheblich erschweren kann. Er sieht jedoch keine Möglich-

keit, dem Privileg für diesen Haftungsbereich die Geltung im Grundsatz abzusprechen; das muß hier dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

Rechtliche Bedenken gegen die Anwendung des Verweisungsprivilegs könnten hier nur deshalb bestehen, weil der Kläger die Behandlung durch den Erstbeklagten als gesondert berechenbare Leistung i.S. von § 6 Satz 4 BPflV gewählt hat, die Beklagten deshalb im Behandlungsbereich des sog. Eigenliquidationsrechtes des Erstbeklagten tätig geworden sind, der dienstrechtlich als (allgemein genehmigte) Nebentätigkeit des Erstbeklagten ausgestaltet (vgl. § 6 Abs. 1 u. 4 der Hamburgischen Hochschul-Nebentätigkeitsverordnung /HmbHNVO/ vom 22. Dezember 1969 - GVBl. 294 - i.d.F. der Änderungsverordnung vom 18. Dezember 1973 - GVBl. 539 - i.V. mit der Verordnung über die Nebentätigkeit der hamburgischen Beamten /HmbNVO/ vom 15. März 1966 - GVBl. 85 -) und privatrechtlich durch seine Stellung als Vertragspartner des Patienten - sei es aufgrund eines sog. gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages oder aufgrund eines Arzt-Zusatzvertrages - gekennzeichnet ist (Senatsurteil vom 10. März 1981 - VI ZR 202/79 = NJW 1981, 2002 = VersR 1981, 730). Die Frage, ob der beamtete Arzt, jedenfalls der selbst liquidationsberechtigte Chefarzt oder Abteilungsdirektor, in diesem Bereich dem Patienten deliktisch als Beamter nach § 839 BGB, also nur nach Maßgabe des Verweisungsprivilegs, oder als "Privatmann" nach der allgemeinen Vorschrift des § 823 BGB ohne diese Vergünstigung haftet, hat der Bundesgerichtshof bisher offen lassen können (BGH Urteil vom 18. März 1974 - III ZR 48/73 = VersR 1974,

804, 807 ff; insoweit nicht in NJW 1974, 1424 abgedruckt; Senatsurteil vom 16. November 1965 - VI ZR 107/64 = VersR 1966, 262, 264). Sie ist zugunsten von § 839 BGB zu beantworten. Dabei kann es nicht darauf ankommen, auf welcher Vertragsgestaltung zum Patienten (einem sog. gespaltenen Krankenhausvertrag; einem Zusatzvertrag zu dem Krankenhausvertrag) das Eigenliquidationsrecht des Erstbeklagten beruhte und ob dienstrechtlich die Behandlung im Rahmen des Eigenliquidationsrechts von dem Dienstherrn des Erstbeklagten als Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst oder als solche außerhalb des öffentlichen Dienstes ausgestaltet war.

Zwar wird der selbst liquidierende Chefarzt oder Klinikdirektor, jedenfalls im Rahmen seiner Pflichten zur persönlichen Behandlung des Patienten aus einem sog. gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag, nicht nur für eigene Rechnung, sondern grundsätzlich auch haftungsrechtlich allein "für sich" tätig; in diesem begrenzten Aufgabenbereich ist er weder Organ noch Verrichtungsgehilfe für eine Mithaftung des Krankenhausträgers (Senatsurteil vom 22. April 1975 - VI ZR 50/74 = NJW 1975, 1463, 1465). Daß insoweit die Tätigkeit des Arztes (haftungsrechtlich) nicht dem Krankenhausträger zuzurechnen ist, weil er nicht "für" diesen tätig wird, berührt aber die Anwendung von § 839 BGB auf die Eigenhaftung des beamteten Arztes nicht. Für sie kommt es allein darauf an, daß auch die stationäre Behandlung des Sonderleistungen beanspruchenden Patienten zu der Aufgaben- und Pflichtenstellung gehört, die dem Arzt als Beamten im staatsrechtlichen (nicht notwendig auch: im haftungsrechtlichen) Sinn übertragen ist. Das muß selbst für Fallgestaltungen angenommen werden, in denen

der Dienstherr diese Behandlung aufgrund des Eigenliquidationsrechts als Nebentätigkeit "außerhalb des öffentlichen Dienstes" eingeordnet hat, was ihm grundsätzlich möglich ist (BVerwG NJW 1974, 1440; BVerwG Urteil vom 7. November 1974 - II C 22.72 = Buchholz 237.6 § 75 NdsBG Nr. 1 und vom 23. Oktober 1980 - II C 7.79 = Buchholz 237.5 § 79 HessBG; vgl. auch BVerfGE 52, 303, 344). Mit solcher Gestaltung wird allein besoldungsrechtlichen Bedürfnissen nach Anpassung an die allgemein für Beamte geltenden Besoldungsvorschriften und die Regelung des Nebentätigkeitsrechts zur Nebentätigkeitsvergütung und zur Zahlung eines Nutzungsentgelts Rechnung getragen. Weder begründet sie für den Arzt einen Doppelstatus dahin, daß er in diesem Bereich des Selbstliquidationsrechts "als Privatarzt" tätig wird, noch wird er für diesen Bereich aus seinen Beamtenpflichten entlassen. Solche Ausgliederung ließe schon nicht zu, daß der selbstliquidierende Arzt dem Krankenhaussträger gegenüber dienstlich zur Behandlung auch der Sonderleistungen beanspruchenden Patienten verpflichtet ist, diese also nicht wie ein "Privatarzt" ablehnen kann. Vor allem aber wäre sie unvereinbar mit der engen Verzahnung der Tätigkeit des selbstliquidierenden Arztes mit der Institution des Krankenhauses, in die seine Behandlungstätigkeit vor allem im stationären Bereich insgesamt eingebettet ist (BVerfGE 16, 286, 294 ff; 52, 303, 334 ff, 339, 344). Das verbindet die Aufgaben- und Pflichtenstellung des selbstliquidierenden Arztes im Krankenhaus zu einer Einheit, die zwar aus besoldungsrechtlichen Rücksichten unterschiedlich klassifiziert werden kann, um den Arzt honorarmäßig einem Privatarzt anzunähern, die jedoch hinsichtlich

der beamtenrechtlichen Dienstpflichten nicht abspaltbar ist. Daher wird der beamtete Arzt im Bereich seines Eigenliquidationsrechts, auch wenn dieses rechtlich als "private Nebentätigkeit" ausgestaltet ist, aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung heraus tätig (BGHZ 7, 1, 15 ff; BVerfGE 52, 303, 335, 338 ff, 344). Deshalb ist auch bei solcher Fallgestaltung für seine deliktische Eigenhaftung die Haftungsvorschrift des § 839 BGB anzuwenden, die allein auf den Beamtenbegriff im staatsrechtlichen Sinn abhebt. Die enge Verzahnung seiner dienstlichen Stellung mit der Institution des Krankenhauses verhindert auch, den selbstliquidierenden beamteten Arzt hinsichtlich des Verweisungsprivilegs des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB anders zu behandeln als den beamteten Arzt, der das Selbstliquidationsrecht nicht hat, auf dessen Mitarbeit er aber bei der Behandlung seiner Patienten angewiesen ist und auf die er die Behandlung organisatorisch auszurichten hat; auch in dieser Hinsicht erscheint nur eine rechtliche Bewertung der Tätigkeit als Einheit sachgerecht. Ob das auch für die ambulante Behandlung durch den selbstliquidierenden Arzt gelten muß, kann offenbleiben; für den stationären Behandlungsbereich jedenfalls läßt sich eine sachliche Trennung durch "teleologische Reduktion" des Verweisungsprivilegs (vgl. Kreft in RGRK-BGB 12. Aufl. § 839 Rdn. 490) nicht vornehmen.

b) Dem Berufungsurteil ist sonach im Ergebnis darin zuzustimmen, daß die deliktische Haftung nicht nur des Zweitbeklagten, sondern auch des Erstbeklagten nach § 839 BGB und nicht nach § 823 BGB zu beurteilen ist. Dabei nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, daß die Beklagten die Kläger gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB

weder auf die Haftung jeweils des anderen Beklagten untereinander, noch auf mögliche Ersatzansprüche gegen Dr. T. oder Frau Dr. K. verweisen können, weil eine Verweisung auf Ersatzpflichten anderer Beamter, die ebenfalls nur subsidiär haften, dem Sinn der Vorschrift zuwiderlaufen würde (BGHZ 2, 209, 218; 13, 88, 102; 31, 5, 13). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gilt das aber nicht auch für Ersatzansprüche der Kläger gegen die Stadt H. wegen einer schadensmitursächlichen Unterversorgung des Krankenhauses mit Fachanästhesisten, die das Berufungsgericht im Streitfall für möglich hält. Denn solche Ansprüche gegen den Krankenhausträger - sei es aus Vertrag oder nach §§ 31, 89, 831 BGB - wären nicht ebenfalls mit der Verweisklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB belastet. Dann aber besteht, wie oben dargelegt, kein Grund, hier den Beklagten die Verweisung zu versagen. Der Bundesgerichtshof hat deshalb auch stets in Fällen, in denen neben der subsidiären Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB eine Haftung seines Dienstherrn nach §§ 31, 89, 831 BGB in Betracht kam, das Verweisungsprivileg eingreifen lassen (Senatsurteil vom 16. November 1965 - VI ZR 107/64 = VersR 1966, 262, 264; BGH Urteile vom 14. Oktober 1963 - III ZR 30/63 = NJW 1964, 104, 105 und vom 24. Februar 1964 - III ZR 221/62 = VersR 1964, 598; Kreft aaO Rdn. 16). Daher mußte das Berufungsgericht solchen Ersatzansprüchen nachgehen; das ist - vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig - bisher nicht geschehen.

Die sonach erforderliche Feststellung, ob die Kläger wegen desselben Schadens die Stadt H. in Anspruch

nehmen können, hat das Berufungsgericht zu treffen; das bisherige Parteivorbringen reicht dem erkennenden Senat nicht aus, sich selbst über Bestehen oder Nichtbestehen solcher Ersatzansprüche ein Urteil zu bilden. Grundsätzlich werden sich die Kläger darauf beschränken können, die aus dem Sachverhalt selbst sich ergebenden Ersatzmöglichkeiten, ggfls. unter Inanspruchnahme von Streithilfe der Stadt H., zu widerlegen (vgl. Kreft aaO Rdn. 506 m.N.). Soweit es darauf ankommen sollte, ob die Kläger eine etwaige Versäumung von Ersatzmöglichkeiten verschuldet haben (Kreft aaO Rdn. 508), wird das Berufungsgericht den Umstand mitzuberücksichtigen haben, daß die schwierige Rechtsfrage, ob das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB auch im Bereich des Selbstliquidationsrechts anzuwenden ist, erst durch das vorliegende Urteil höchstrichterlich entschieden worden ist.

4. Daraus ergibt sich, daß das Berufungsurteil nur insoweit bestätigt werden kann, als es die Schadensersatzansprüche der Zweitklägerin gegen den Erstbeklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt erkannt hat. Mit diesem Anspruch hat es, zwar sprachlich ungenau, im Aussagegehalt jedoch hinreichend deutlich, auch den Feststellungsanspruch der Zweitklägerin beschieden (vgl. BGH Urteil vom 2. Dezember 1974 - II ZR 33/73 = VersR 1975, 253, 254 m.Nachw.).

Wegen der Ansprüche des Erstklägers gegen den Erstbeklagten sowie der Ersatzansprüche beider Kläger gegen den Zweitbeklagten war das Berufungsurteil dagegen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Hiddemann

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann