

**19. Zur Beweislastverteilung und Beweiswürdigung in Arzt-  
prozessen.**

BGB. §§ 276, 611 ffg., 823; ZPO. §§ 286, 287.

III. Zivilsenat. Urt. v. 28. März 1930 i. S. Eheleute D. (Pl.) w.  
M. (Befl.). III 236/29.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 1. Juni 1926 erlitt die klagende Ehefrau beim Turnen einen Unfall. Ein sofort zugezogener Arzt stellte einen Bluterguß im rechten Knie fest. Am Tag darauf übernahm der Beklagte die ärztliche Behandlung der Klägerin. Auch er stellte einen Bluterguß fest, nahm eine Verstauchung an und behandelte die Klägerin demgemäß; eine Röntgenuntersuchung wurde nicht vorgenommen oder veranlaßt. Erst am 1. November 1926 fand im Krankenhaus eine solche statt. Sie zeigte, daß der Kopf des Schienbeins gebrochen und der Bruch unter Knorpelbildung und Deformierung des Beins verheilt war. Es wurde nun im Krankenhaus eine Operation, vorgenommen, die ein dauerndes Steifwerden des Beins zur Folge hatte. Die Klägerin und der mitklagende Ehemann halten ihre Behandlung durch den Beklagten für fehlerhaft und fordern Schadensersatz. Sie verlangen teils bezifferte Beträge, teils die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten wegen desjenigen Schadens, der ihnen durch die weitere Behandlung des verletzten Beins und infolge der geminderten Erwerbsfähigkeit im Zusammenhang mit der Gebrauchsunfähigkeit des Beins entstehen wird.

Das Landgericht erklärte den Klagenspruch im ganzen dem Grunde nach für gerechtfertigt. Auf die Berufung des Beklagten erkannte das Oberlandesgericht durch Teilurteil die bezifferten Beträge teilweise zu, zu einem kleinen Teil sprach es sie ab und zum Teil behielt es sie dem Schlussurteil vor; im übrigen wies es die Klage ab. Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Das Berufungsurteil wird nur von den Klägern und nur in beschränktem Umfang angefochten, insoweit nämlich, als der Berufungsrichter den mit dem Feststellungsanspruch verfolgten Antrag der Kläger abgewiesen hat, der Beklagte habe ihnen auch dafür zu haften, daß als Folge seiner nicht glücklichen ärztlichen Behandlung eine Versteifung des Beins der klagenden Ehefrau zurückgeblieben ist. Für den Rechtszug der Revision bedeutet das, daß von einem Verschulden des verklagten Arztes auszugehen und nur der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Beklagten und der besonderen nachteiligen Folge, der Versteifung, nachzuprüfen ist.

Der Berufungsrichter führt aus: Halte man die Ergebnisse der beiden Sachverständigen, des Professors Dr. R. im ersten und des Professors Dr. A. im zweiten Rechtszug, nebeneinander, so könne

nicht als erwiesen gelten, daß der Klägerin die Beweglichkeit des Beins erhalten geblieben wäre, wenn unmittelbar nach dem Unfall eine Röntgenaufnahme stattgefunden hätte und die Operation, die später vorgenommen worden ist, damals alsbald vorgenommen worden wäre. Nicht einmal eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spreche dafür, daß das Knie nicht steif geworden wäre, wenn die Klägerin sofort sachgemäß behandelt worden wäre. Die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit, daß trotz gelungener sofortiger Operation später Komplikationen eingetreten und infolge dieser Komplikationen später das Knie versteift wäre, sei nach dem Gutachten des Professors Dr. A. so groß, daß nicht gesagt werden könne, das Knie wäre wahrscheinlich beweglich geblieben. Auch diese möglichen späteren Komplikationen wären unmittelbare Unfallfolgen gewesen. Daher könnten die Kläger wegen der Versteifung des Beins keinen Schadenersatz vom Beklagten verlangen.

Diese Erwägungen liegen im Rahmen des § 287 ZPO. Die Revision untersteht zwar nicht mehr der zeitlichen Herrschaft des Entlastungsgesetzes, aber § 287 ZPO. gewährt dem Richter ein besonders freies Ermessen. Die Revision kann nur gehört werden, soweit sie dem Berufungsrichter einen angefichts des § 287 ZPO. beachtlichen Rechtsverstoß nachweisen kann.

An erster Stelle rügen die Revisionskläger Verlehnung der Beweislast. Die Verteilung der Beweislast in solchen Prozessen mag nicht unzweifelhaft sein, soweit das Verschulden des Arztes in Frage steht. Soweit der Kläger den Anspruch aus unerlaubter Handlung herleitet, hat zwar ohne weiteres er selbst das Verschulden des Arztes darzutun. Soweit aber der Kläger als Dienstvertragsberechtigter dem Arzte gegenübersteht, läßt sich darüber streiten, ob nicht der Arzt sich über die mangelfreie Erfüllung seiner ärztlichen Vertragspflichten auszuweisen hat (§ 282 BGB.). In RGZ. Bd. 78 S. 432 hat der erkennende Senat die Frage nach ihrer grundsätzlichen Seite dahingestellt gelassen und nur für den Fall, daß sich bei einem operativen Eingriff der ursächliche Verlauf nicht mehr aufklären läßt, der zur Schädigung des Kranken führte, ausgesprochen, daß der Arzt die Gefahr der völligen Unaufklärbarkeit des Ursachenverlaufs nicht trägt. Hieran hat der Senat seitdem stets festgehalten (ZB. 1913 S. 32 Nr. 10 und 1928 S. 2213 Nr. 10; WarnRspr. 1922 Nr. 7 und 1926 Nr. 155; Gruch. Bd. 69 S. 86, sowie die Urteile vom 14. Mai 1929

III 390/28 und vom 8. Oktober 1929 III 541/28). Diese gefestigte Rechtsprechung steht auch hier der Revision entgegen, und zwar um so mehr, als sie sich vorwiegend auf die Frage bezieht, ob dem Arzt ein Verschulden zur Last fällt. Hier steht dieses Verschulden fest; nur der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden und einer ganz bestimmten schweren Schädigung ist in Frage. Die Beweispflicht des Schadenerschaftklägers für den ursächlichen Zusammenhang ist aber schon nach den allgemeinen Grundsätzen nicht in Zweifel zu ziehen.

Darin also, daß der Berufungsrichter von der Beweispflicht der Kläger ausgegangen ist, tritt kein Rechtsirrtum zutage. Die Revision hat denn auch ihre Behauptung, daß der Berufungsrichter die Beweislast verkannt habe, nicht weiter begründet. Wie der übrige Inhalt der Revisionsbegründung erkennen läßt, rügt sie in Wahrheit vielmehr, daß der Berufungsrichter die Anforderungen an das Maß der Beweisführungspflicht überspannt habe. Sie führt aus: das Berufungsgericht gehe zu weit, wenn es im Beweisbeschluß dem Sachverständigen die Frage unterbreite, ob bei richtiger Behandlung mit Sicherheit die völlige Bewegungsfreiheit des Weins erhalten geblieben wäre; richtigerweise hätte der Richter fragen müssen, wie sich der Verlauf bei richtiger Behandlung im Regelfalle abgespielt haben würde; mehr als den Verlauf im Regelfall, „in der Mehrzahl der Fälle“, hätten die Kläger nicht zu beweisen. Indessen sagt der Beweisbeschluß zunächst nicht „mit Sicherheit“, sondern „mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“. Aber auch sonst ist die Rüge nicht begründet. Eine Verletzung des Rechtsbegriffs des ursächlichen Zusammenhangs ist im Berufungsurteil nicht enthalten. Wer für eine Tatsache beweispflichtig ist, hat grundsätzlich vollen Beweis zu erbringen. Das kann für die beweispflichtige Partei schwere Nachteile im Gefolge haben, wenn sich der Ursachenablauf nicht mehr endgültig aufklären läßt. Um dieser Gefahr eintigermassen zu begegnen, hat das Gesetz dem Richter in der Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs eine besonders freie Stellung eingeräumt (§ 287 ZPO.). Der Richter kann sich sonach mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen. Keinesfalls kann es aber, wie die Revision will, genügen, daß bloß die ziffermäßige Mehrzahl der Fälle maßgebend ist, also z. B. auch die Mehrheit von 51 unter 100. Dem Gedanken, daß eine stark überwiegende Wahrscheinlichkeit schon

Aussicht habe, als Beweis zu gelten, hat der Berufsrichter mit der Fassung des Beweisbeschlusses Rechnung getragen. Seine Befugnisse aus § 287 BPO. hat er damit nicht überschritten. Als eine denkgesetzliche (logische) Abschwächung des Begriffs des ursächlichen Zusammenhangs darf die richterliche Befugnis des § 287 BPO. nicht gedeutet werden. Übrigens entscheidet schließlich nicht sowohl die Fassung des gerichtlichen Beweisbeschlusses als vielmehr das darauf erstattete Gutachten des Sachverständigen und die Würdigung, die das Gericht dem Sachverständigengutachten zuteil werden läßt. Hier ist nicht ersichtlich und nicht behauptet, daß sich der Sachverständige oder das Gericht durch die etwa zu weit gehende Fassung des Beweisbeschlusses zu einer den Klägern gegenüber unbillig strengen Beurteilung des Sachverhalts hätte bestimmen lassen.

Nicht ungerechtfertigt ist dagegen die letzte Rüge, welche die Revision in diesem Zusammenhang erhoben hat. Sie weist darauf hin, daß es gerade der Beklagte war, der durch seinen Kunstfehler, nämlich das monatelange Hinausschieben der Röntgendurchleuchtung, die Feststellung der anderweitigen Heilungsmöglichkeiten erschwert hat. Diese Behauptung findet ihre Stütze in dem Gutachten des Professors Dr. A. Der Sachverständige nimmt an, daß bei alsbaldiger Röntgendurchleuchtung und bei der dem Röntgenbefund entsprechenden richtigen ärztlichen Behandlung eine Versteifung des Beins als unmittelbare Folge nicht eingetreten wäre. Dagegen läßt er die Möglichkeit offen, daß die Versteifung als mittelbare Folge doch eingetreten wäre, nämlich als Folge späterer Komplikationen, wie sie bei derlei Verletzungen erfahrungsgemäß zuweilen eintreten. Gerade in diesem entscheidenden Punkt vermag der Sachverständige, wie er sagt, eine bindende Antwort nicht zu geben; „denn es fehlt ein Röntgenbild, welches uns einen Einblick gibt über die Schwere des Schienbeinkopfbruchs und seine Verschiebungen unmittelbar nach dem Unfall“. Gerade diese Lücke in der Beweisführung hat der Beklagte selbst zu vertreten, und zwar als Folge seines ärztlichen Mißgriffs. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß der Richter befugt ist, aus einem solchen Sachverhalt Folgerungen für die Beweiswürdigung zuungunsten desjenigen Teils zu ziehen, der die Unauflösbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat. Das ist allerdings nur eine aus dem Grundsatz des § 286 BPO. abzuleitende richterliche Befugnis. Hätte der Berufsrichter diesen rechtlichen

Gesichtspunkt erwähnt, es aber trotzdem abgelehnt, daraus nachteilige Folgen für den Beklagten zu ziehen, so wäre die Revision gemäß §§ 286, 287 ZPO. nicht instande, daraus die Klage einer Rechtsverletzung abzuleiten. Der Berufungsrichter hat aber diesen Gesichtspunkt überhaupt nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen. Es besteht die Möglichkeit, daß er sich rechtsirrigerweise dieser ihm zustehenden Befugnis gar nicht bewußt geworden ist. Aus diesem Grunde muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird nun zu prüfen haben, ob sich unter Beachtung des hervor-gehobenen Gesichtspunkts eine den Klägern günstigere Beurteilung ermöglichen läßt.