

106. Nach welchen Grundsätzen bestimmt sich die Schadenersatzpflicht des Arztes, der an einem Kinde ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Operation vorgenommen hat? Darf der Leiter einer größeren Klinik seinem Personal die Verhandlungen wegen Zustimmung der Einwilligungsberechtigten überlassen? Inwiefern kann die Einwilligung vermutet werden?

VI. Zivilsenat. Urf. v. 27. Mai 1908 i. S. Dr. B. (Bekl.) w. G. (Kl.).
Rep. VI. 484/07.

- I. Landgericht Heidelberg.
- II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Beklagte hatte im April 1905 an dem damals sechs Jahre alten Kläger, der mit folg. angeborenen Hochstande des rechten Schulterblattes und Verkrümmung der Wirbelsäule behaftet und des-

wegen in die orthopädische Anstalt des Beklagten verbracht worden war, eine Operation der Schulter vorgenommen. Der Kläger belangte den Beklagten auf Schadenersatz, indem er behauptete, der Beklagte habe, ohne die Eltern des Klägers zu fragen oder auch nur zu benachrichtigen, die gewagte Operation, die übrigens fehlgeschlagen sei, unternommen und dadurch den Kläger an der Gesundheit geschädigt. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht erklärte, unter Zurückweisung der Berufung des Klägers im übrigen, den Klagenspruch insoweit, als er auf Ersatz des Schadens, der nicht Vermögensschade sei, gerichtet war, dem Grunde nach für berechtigt. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit für unbegründet erklärt, als sie auf die Behauptung gestützt ist, der Beklagte habe dadurch, daß er zur Operation schritt, oder durch die Art und Weise der Durchführung der Operation gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen. Die Verhältnisse hätten so gelegen, daß man wohl hoffen durfte, es werde sich eine Besserung in funktioneller und kosmetischer Hinsicht durch die Operation erzielen lassen. Der Beklagte habe die Operation wohl überlegt und sie, nachdem noch eine elektrische Untersuchung vorangegangen war, mit Sorgfalt und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen.

Dagegen wird die Klage für — teilweise — begründet erachtet, soweit sie darauf gestützt ist, daß der Beklagte dem Kläger durch widerrechtliche Körperverletzung Schaden zugefügt habe. Das Berufungsgericht geht im Anschlusse an das Urteil des Reichsgerichts, III. Strafsenats, vom 31. Mai 1894 (Entsch. in Straff. Bd. 25 Nr. 127 S. 375) davon aus, daß ein Arzt, der vorsätzlich für Heilzwecke eine Körperverletzung verübe, ohne sein Recht hierzu aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder einer präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrage hierfür legitimierter Personen, herleiten zu können, überhaupt unberechtigt, also rechtswidrig, handle. Die vom Beklagten vorgenommene Operation stelle sich zweifellos als eine vorsätzliche Körperverletzung dar; sie sei auch rechtswidrig. Der Vertrag, der durch Verbringung des Klägers in die orthopädische Anstalt des Beklagten geschlossen war, habe diesen zu ihrer Vornahme nicht berechtigt. Eine ausdrückliche Vereinbarung sei überhaupt nicht getroffen worden. Die

Umstände hätten aber keineswegs darauf hingewiesen, daß von seiten des gesetzlichen Vertreters des Klägers an einen solchen Eingriff gedacht worden wäre. Das Gebrechen des Klägers sei von verhältnismäßig so geringer Bedeutung gewesen, daß dem Vater eine weitgehende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Knaben durchaus nicht als selbstverständliche oder ohne reifliche Erwägung zu billigende Maßnahme habe erscheinen können. Ein zwingender Anlaß, die Operation zu gestatten, habe nicht vorgelegen. Andererseits habe die Belehrung, die der Beklagte als gewissenhafter Arzt geben mußte, daß nämlich die Operation nicht unbedingt Erfolg verspreche, eher zu einer Ver-sagung der Genehmigung führen können. Eine nachträgliche Zustimmung des Vaters sei, wie näher dargelegt wird, nicht erwiesen. Das Berufungsgericht sei auf Grund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, daß der Beklagte, wohl im Glauben, das Beste des Klägers zu fördern, die Frage, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliege oder doch unterstellt werden könne, nicht geprüft, sondern so gehandelt habe, wie wenn er an solche Zustimmung nicht gebunden wäre. Die Haftung des Beklagten sei deshalb insoweit begründet, als dem Kläger ein Schade zugegangen sei. Das Berufungsgericht nimmt aber an, daß beim Kläger eine dauernde Schädigung in der Funktion des rechten Armes durch die Operation nicht nachgewiesen, ein Vermögensschade demnach dem Kläger nicht erwachsen sei. Dagegen sei ein Schade, der nicht Vermögensschade sei, entstanden, und deswegen der Beklagte ersatzpflichtig.

Die Revision macht geltend, die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Körperverletzung des Klägers widerrechtlich erfolgt sei, verletze materielles Recht, insbesondere §§ 164 ff., § 157 B.G.B., und verstoße gegen § 286 verbunden mit § 551 Nr. 7 der R.F.D.

Die Klage ist sowohl auf den Rechtsgrund der Vertragsverletzung, als auf den der unerlaubten Handlung gestützt worden. Nur die letztere kommt als Klagefundament für den Ersatzanspruch aus § 847 B.G.B., um den es sich jetzt allein noch handelt, in Betracht.

Dem Berufungsgericht ist, was den rechtlichen Ausgangspunkt seiner Entscheidung anlangt, unbedenklich darin beizustimmen, daß sich ein Arzt, der ohne die erklärte oder doch mutmaßliche Einwilligung des Leidenden oder seines gesetzlichen Vertreters einen operativen Eingriff vornimmt, einer widerrechtlichen Körperverletzung im Sinne des

§ 823 Abs. 1 B.G.B. schuldig macht. Dieser Grundsatz ist, wie man sich auch im übrigen zu den streitigen Rechtsfragen auf dem Gebiete der Haftung des Arztes stellen mag, für dessen zivilrechtliche Verantwortlichkeit unzweifelhaft als dem bestehenden Gesetze entsprechend anzuerkennen. Der Herbeiziehung des Gesichtspunktes einer Verletzung der Freiheit (§ 823 Abs. 1, § 847) bedarf es nicht.

Vgl. Pland, B.G.B. § 823 Bem. 3 S. 978; vgl. weiter die Ausführungen von Hitzelmann, Die Haftung des Arztes (1908) S. 8 flg.; Rabel, Die Haftpflicht des Arztes S. 28 flg., 30; Hamm, in der D. Jurist.-Zeitung 1907 S. 449 flg.; v. Weirich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung u. (2. Aufl.) § 10 S. 34 flg.

Ein besonderes Berufsrecht, vermöge dessen ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des anderen ohne oder selbst gegen dessen Willen erlaubt wäre, steht grundsätzlich auch dem Arzte nicht zur Seite. Ein Ausnahmefall, wie z. B. bei Gefahr im Verzuge, ist vorliegend nicht in Frage. Darauf, ob die Operation mit völligem Erfolge gelungen ist — was übrigens im gegenwärtigen Falle keineswegs feststeht —, würde es für die Schadenersatzpflicht aus § 847 B.G.B. nicht ankommen (vgl. Hitzelmann, a. a. O. S. 9 flg.).

Daß eine Einwilligung zu der Operation von seiten des gesetzlichen Vertreters des Klägers, seines Vaters, tatsächlich nicht erteilt worden ist, hat das Berufungsgericht ohne Verletzung einer Norm des materiellen oder Prozeßrechts festgestellt. Die Revision wendet ein, es könne bei Verbringung des Patienten in eine klinische Anstalt wie die des Beklagten, wo bekanntermaßen vielfach Operationen vorgenommen würden, mit der eventuellen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Vornahme operativer Eingriffe regelmäßig gerechnet werden. Inwieweit das je nach der Art des Leidens oder der erforderlichen Operation und der Zweckbestimmung der fraglichen Anstalt in Einzelfällen richtig sein möchte, kann dahingestellt bleiben; im vorliegenden Falle trifft es sicher nicht zu. Der Kläger war, wie im Berufungsurteile hervorgehoben wird, auch aus dem Einweisungsscheine der Eisenbahn- und Dampfschiffahrts-Betriebskrankenkasse vom 15. April 1904 ersichtlich ist, in die orthopädische Anstalt des Beklagten zur Kur und Verpflegung eingewiesen und verbracht worden. In einem solchen Falle ist weder die Vornahme operativer Eingriffe selbstverständliche Voraussetzung für die ärztliche Behandlung,

noch ist ohne weiteres das Einverständnis des Patienten oder seines Vertreters mit einem etwaigen Eingriffe dieser Art zu unterstellen; namentlich berechtigt hier zu einer solchen Voraussetzung nicht der Inhalt oder die Auslegung (§ 157 B.G.B.) des Vertrages. Im übrigen hat das Berufungsgericht mit tatsächlicher Begründung festgestellt, daß im konkreten Falle die Umstände in keiner Weise so lagen, daß sie eine Zustimmung des Vaters des Klägers vermuten ließen.

Daß der Beklagte sich mit dem Vater wegen der vorzunehmenden Operation selbst ins Benehmen gesetzt hätte, ist von ihm nicht behauptet. Die Revision meint, der Leiter einer größeren Klinik sei außerstande, persönlich mit den Angehörigen zu verhandeln und ihre Zustimmung zu der Operation einzuholen. Er könne das seinem Personale überlassen. So müsse insbesondere die Krankenschwester als bevollmächtigt gelten, den Angehörigen zu eröffnen, daß eine Operation vorgenommen werden solle, und die Zustimmung oder den Widerspruch entgegenzunehmen. Wenn die Angehörigen auf die Mitteilung, daß operiert werden solle, weder Widerspruch erheben, noch sich ihre Entschließung vorbehielten, so stimmten sie zu. Die Tante des Klägers, S. M., habe im Auftrage der Eltern das Kind in die Klinik eingeliefert, habe an der ersten Untersuchung teilgenommen, das Kind vor der Operation mehrfach besucht, während die sonstigen Angehörigen, insbesondere die Eltern, das Kind vor der Operation nicht besucht und überhaupt bis dahin nichts von sich hätten hören lassen. Danach müsse angenommen werden, daß die M. vom Vater des Klägers bevollmächtigt gewesen sei, an seiner Statt die Zustimmung zu einer Operation zu erklären. Mindestens aber sei sie dazu bevollmächtigt gewesen, den Verkehr zwischen dem Vater des Klägers und dem Arzte zu vermitteln. Es hätten also für den Vater des Klägers bestimmte Erklärungen ihr gegenüber abgegeben werden, und habe erwartet werden dürfen, daß sie diese Erklärungen dem Vater unverzüglich übermittele. Somit habe die Krankenschwester die Tatsache, daß operiert werden sollte, mit Wirksamkeit gegen den Vater des Klägers der M. eröffnen können, und es habe, da der Vater nichts von sich hören ließ, angenommen werden können, daß er einverstanden sei. Aus der Bemerkung der M., „das dürfe die Mutter nicht wissen“, habe nicht entnommen werden können, daß die M. auch den Vater nicht benachrichtigen wolle.

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben. Man mag der Revision vielleicht zugeben, daß von dem Leiter einer größeren Klinik nicht schlecht hin zu verlangen sei, er habe in jedem Falle persönlich wegen der Zustimmung zur Operation mit den Angehörigen zu verhandeln. Allein wenn er hierzu nicht in der Lage ist, so muß er wenigstens Anordnungen treffen, die zuverlässige Gewähr dafür bieten, daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines zu operierenden Kindes zuvor eingeholt wird, und er muß sich darüber vergewissern, daß die Zustimmung vorhanden ist, die aus einem Schweigen des Vertreters auf die ihm gemachte Eröffnung nicht unter allen Umständen wird gefolgert werden können. Ob gerade die Krankenschwestern der Anstalt vorzugsweise dazu berufen und geeignet sind, den Verkehr zwischen dem Arzte und den Angehörigen des Kranken auch hinsichtlich der in Frage stehenden Willenserklärungen zu vermitteln, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls wäre eine Ermächtigung, auf diesem Gebiete rechtswirksam für den Anstaltsleiter zu handeln, nicht schon aus der Stellung einer Person als Krankenschwester an sich zu entnehmen. Es ist aber vom Beklagten nicht dargelegt worden, daß er entweder eine allgemeine Instruktion erlassen oder im vorliegenden Falle einen besonderen Auftrag wegen Einholung der Zustimmung erteilt hätte. Um die Ausführung eines solchen Auftrages kann es sich hier auch gar nicht handeln. Das Berufungsgericht führt aus, die Unterhaltung der Krankenschwester Gu. mit der S. M. stelle sich als ein jeder rechtsgeschäftlichen Bedeutung entbehrendes Gespräch dar; es fehle übrigens auch der Nachweis, daß der Beklagte von dem Inhalte des Gespräches vor der Operation Kenntnis erlangt habe. Mit den Feststellungen des Berufungsurteils steht auf der anderen Seite das, was die Revision über die Ermächtigung der S. M. vorbringt, gleichfalls im Widerspruch. Die S. M. war lediglich mit der Verbringung des Knaben in die Anstalt des Beklagten betraut und zur Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht befugt. Sie hätte deshalb, wie der Berufungsrichter mit Recht folgert, einer Operation mit Rechtswirkung gegenüber dem Kläger gar nicht zustimmen können. Eine Zustimmung ist aber auch gar nicht von ihr erteilt worden. Für ein Einverständnis der Eltern selbst aber hätte deren Stillschweigen doch nur allenfalls dann schlüssig sein können, wenn sie von der bevorstehenden Operation benachrichtigt worden

wären. Das ist tatsächlich nicht geschehen, und daß der Vater des Klägers durch die H. M. würde in Kenntnis gesetzt werden, war nicht schon wegen des verwandtschaftlichen Verhältnisses oder ihrer Bemühungen um die Person des Klägers sicher in Rechnung zu nehmen; noch weniger hätte zu dieser Erwartung die Bemerkung der H. M. gegenüber der Gu., „das dürfe die Mutter nicht wissen“, berechtigen können.

Von der Revision wird im weiteren gerügt, das Berufungsgericht stelle nicht oder doch nur unter Verletzung der §§ 823, 276 B.G.B., §§ 286, 139 Z.P.O. fest, daß der Beklagte fahrlässig gehandelt habe. Wenn die H. M. die fraglichen Vollmachten nicht hatte, so habe der Beklagte doch jedenfalls annehmen dürfen, daß sie solche hatte. Die Annahme des Berufungsgerichtes, der Beklagte habe nicht geprüft, ob die Genehmigung vorliege, sei willkürlich. Es hätte nötigenfalls durch Ausübung des Fragerechts aufgeklärt werden sollen, ob der Beklagte sein Personal wegen der Zustimmung des Vaters gefragt habe, und was ihm darauf erwidert worden sei. Übrigens habe der Beklagte sich nicht zu erkundigen brauchen, ob die Genehmigung vorliege; er habe annehmen dürfen, daß sein Personal ihn darauf aufmerksam machen werde, wenn sie nicht vorläge.

Auch diese Einwendungen sind nicht begründet. Das Berufungsgericht spricht allerdings nur von einer dem Beklagten zur Last fallenden vorsächlichen (widerrechtlichen) Körperverletzung. Eine solche liegt bei einem operativen Eingriff vor, wenn der Arzt weiß, daß eine gültige Einwilligung fehlt, daß er im Widerspruch gegen den Willen des Patienten oder des sonstigen Einwilligungsberechtigten handelt. Doch kann ein wenigstens eventueller Vorsatz nach Umständen auch dann angenommen werden, wenn sich der Arzt um das Vorhandensein der Zustimmung überhaupt nicht gekümmert hat. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Arzt in dem guten Glauben handelt, eine wirksame Einwilligung zu besitzen, während eine solche in Wahrheit fehlt. Auch hier ist die Handlung des Arztes objektiv widerrechtlich. Ist solchenfalls der Irrtum des Arztes ein entschuldbarer, so fehlt es an der subjektiven Widerrechtlichkeit, an einem die Schadenserzjappflicht begründenden Verschulden. Bei unentschuldbarem Irrtume dagegen bleibt die Handlungsweise immer eine schuldhaftige; der Arzt hat alsdann, obwohl er willentlich den Eingriff vorgenommen hat, den

er für erlaubt hielt, in der Richtung der Widerrechtlichkeit fahrlässig gehandelt.

Vgl. Dertmann, Schuldverh. § 823 Bem. 8; v. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. § 823 Bem. C Nr. 4 (2. Aufl.) S. 864; Entwurf I zum B.G.B. § 707; Motive Bd. 2 S. 731; Zitelmann, a. a. D. S. 15 fig.

Maßgebend ist auch hier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (B.G.B. § 276). Von Entschuldbarkeit des Irrtums kann aber nicht die Rede sein, wenn der Beklagte, wie das Berufungsgericht annimmt, die Frage, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliege oder doch unterstellt werden könne, nicht einmal geprüft hat.

Diese Feststellung, die als das mindeste den Vorwurf einer Fahrlässigkeit (in dem erwähnten Sinne) in sich schließt, wird von der Revision ohne Grund angefochten. Sie ist auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme gestützt und im Hinblick auf § 286 B.P.O. hinreichend begründet. Angesichts des sonst feststehenden Sachverhaltes und der umfangreichen Verhandlungen, die gerade über diesen Punkt in beiden Vorinstanzen gepflogen worden sind, hatte das Berufungsgericht auch keine Veranlassung, gemäß § 139 B.P.O. weitere Erörterungen über die Frage einer vermuteten Genehmigung herbeizuführen. Sache des Beklagten war es, darzutun, welche Schritte er etwa getan hatte, um sich der Zustimmung des Vaters des Klägers zu versichern, oder besondere Umstände nachzuweisen, die einen Irrtum seinerseits als entschuldbar erscheinen ließen. Grundsätzlich aber ist der Standpunkt der Revision abzulehnen, daß sich der Beklagte damit hätte begnügen dürfen, das Vorhaben einer Operation seinem Personale gegenüber kundzugeben und diesem alsdann alles weitere wegen Einholung der Zustimmung des Einwilligungsberechtigten hätte überlassen können. Daß der Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch nicht voraussetzen durfte, es seien durch die Unterbringung des Knaben in seine Anstalt alle einem Heilverfahren dienliche, selbst operative Maßregeln lediglich dem sachkundigen Ermessen des Arztes anheimgegeben, ergibt sich aus dem oben Ausgeführten ohne weiteres. . . .