
Datum: 18.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 30/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0118.26U30.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 6 O 322/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 23. November 2011 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz werden der Beklagten auferlegt.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger hat von der Beklagten wegen des Vorwurfs eines ärztlichen Behandlungsfehler – Belassen eines Bauchtuchs nach einer Operation im Körper des Klägers – in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 20.000,00 € für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes, den Ersatz materiellen Schadens in Höhe von 22.466,14 € und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht verlangt.

Der Kläger war in den Jahren 2005 und 2006 mehrfach im Bauchraum operiert worden. Am 13.09.2007 wurde festgestellt, dass sich im Darm des Klägers ein Bauchtuch befand. In der

1

2

3

4

Folgezeit musste sich der Kläger mehreren Operationen – unter anderem zur Entfernung des Bauchtuchs – unterziehen.

Der Kläger hat zunächst erfolglos in einem Vorprozess das Evangelische Krankenhaus X in Anspruch genommen, wo er am 25.04.2005 im Wege einer Sigmaresektion operiert worden war. Die nunmehrige Beklagte war dem Verfahren nach Streitverkündung auf Seiten des Klägers beigetreten. Die Klage wurde nach Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung und sachverständige Begutachtung durch Prof. Dr. L rechtskräftig durch Urteil des Landgerichts Bochum vom 12.05.2010 – I-6 O 515/08 – abgewiesen, weil sich ein Verbleib des Tuches anlässlich dieser Operation nicht feststellen lasse. 5

Sodann hat der Kläger im vorliegenden Verfahren geltend gemacht, dass das Bauchtuch anlässlich einer Operation im Krankenhaus der Beklagten vom 19.01.2006 fehlerhaft in seinem Körper belassen worden sei. Bei dieser Operation war ein Bruchlückenverschluss einer Narbenhernie mit Implantation eines Netzes in Onlay-Technik erfolgt. 6

Das Landgericht hat der Klage nach Verwertung der Beweisaufnahme im Vorprozess und nach mündlicher Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. L teilweise stattgegeben, indem es die Beklagte in der Hauptsache zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 15.000,00 € sowie zum Ersatz materiellen Schadens in Höhe von 3.573,96 € verurteilt und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht für materielle und immaterielle Schäden getroffen hat. 7

Nach der Bewertung des Sachverständigenspreche spreche eine Wahrscheinlichkeit von 90 Prozent dafür, dass das Tuch bei der Operation im Krankenhaus der Beklagten vom 19.01.2006 im Bauchraum verblieben sei. Gegen einen Verbleib schon nach der Operation im EvK X vom 25.04.2005 sprächen die Zählangaben im Operationsprotokoll und das Nichtvermerken eines Operationstuches in dem Befundbericht eines CT vom 08.07.2005, auch wenn dieses zwischenzeitlich verloren gegangen sei. Dagegen fehle eine Zählokumentation bei der Beklagten, und die Möglichkeit des Verbringens des Tuches in den Bauchraum sei zumindest nicht auszuschließen. Das reiche zur Überzeugungsbildung der Kammer aus. 8

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die das erstinstanzliche Begehren auf Klageabweisung weiter verfolgt. 9

Der Kläger habe nicht den Beweis geführt, dass das Tuch bei der Operation im Hause der Beklagten im Bauch des Klägers zurückgeblieben sei. Der Sachverständige habe dafür eine Wahrscheinlichkeit von nur 90 Prozent angegeben, was zur Überzeugungsbildung nicht habe ausreichen dürfen. Das gelte insbesondere auch deshalb, weil diese Wertung auf der nicht verifizierbaren Basis beruhe, dass der Befundbericht zum CT vom 08.07.2005 nicht fehlerhaft sei. 10

Soweit sich das Landgericht zusätzlich darauf gestützt habe, dass bei der Beklagten die Zählkontrolle der Operationstücher nicht dokumentiert worden sei, so habe einerseits eine Dokumentationspflicht nicht bestanden, weil verbliebene Bauchtücher röntgenologisch festzustellen seien und deshalb medizinisch ein Zählergebnis nicht dokumentiert werden müsse. Andererseits sei der Beweis der Zählung anderweitig durch die Aussage der Zeugen im Verfahren LG Bochum 6 O 515/08 geführt worden. 11

Die Beklagte beantragt, 12

13

das Urteil des Landgerichts Bochum vom 23.11.2011 /I-6 O 322/10 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	
Der Kläger beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung.	16
Das Landgericht habe aus der Gesamtheit der Ergebnisse der Verhandlung und der Beweisaufnahme seine Überzeugung bilden können und auch zutreffend gebildet. Dabei habe es zu Recht die Indizwirkung der Dokumentation / Nichtdokumentation des Ergebnisses der Zählkontrolle berücksichtigt.	17
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 18.01.2013 verwiesen.	18
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	19
II.	20
Die Berufung ist unbegründet.	21
Zu Recht hat das Landgericht der Klage im erkannten Umfang stattgegeben. Der Senat stützt sich insoweit auf die vorangegangenen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen und seine überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat.	22
1.	23
Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von 15.000,00 € gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2, 823 BGB.	24
Der Klage war allerdings nicht schon im Hinblick auf § 68 ZPO stattzugeben, weil der Kläger im Vorprozess unterlegen ist und zuvor der Beklagten den Streit verkündet hat.	25
Das Landgericht hat zwar mit bindender nachteiliger Wirkung für die Beklagte festgestellt, dass ein Anspruch gegen das vorbehandelnde Krankenhaus nicht gegeben ist. Begründet worden ist das allerdings damit, dass sich ein Behandlungsfehler nicht feststellen lasse. Diese Unaufklärbarkeit nimmt zwar an der Interventionswirkung teil. Weil aber der Kläger für den Behandlungsfehler der Beklagten beweispflichtig ist, reicht dafür die Unaufklärbarkeit der Haftung der Vorbehandlerin nicht aus. Insoweit müsste positiv festgestellt werden, dass diese nicht haftet, um einen Umkehrschluss auf die Haftung der Beklagten zu begründen (dazu Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, § 68, Rdn.10).	26
Es steht aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für den Senat fest, dass das Bauchtuch bei der Operation vom 19.01.2006 im Bauchraum des Klägers verblieben ist.	27
Nach den überzeugenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen ist festzustellen, dass das Bauchtuch nur bei der Operation vom 25.4.2005 im evangelischen Krankenhaus X oder bei der Operation vom 19.1.2006 im Krankenhaus der Beklagten im Bauchraum des	28

Klägers verblieben sein kann. Denn die Möglichkeit der Einbringung hat nur bei diesen Operationen bestanden. Bei der weiteren Operation im Krankenhaus der Insel X2 am 12.07.2005 wurde der Bauchraum nicht eröffnet, so dass von daher keine Möglichkeit der Einbringung gegeben gewesen ist. Bei der weiteren Operation vom 01.12.2005 war es nach den Ausführungen des Sachverständigen wegen des minimalinvasiven Vorgehens von der Größe des Schnittes her gar nicht möglich, ein Bauchtuch einzubringen.

Hinsichtlich der allein in Betracht kommenden Möglichkeiten der Einbringung anlässlich der Operation vom 25.4.2005 oder 19.1.2006 ist zur Überzeugung des Senates bewiesen, dass sich der Behandlungsfehler am 19.1.2006 im Hause der Beklagten ereignet hat. 29

a. 30

Gegen einen Verbleib anlässlich der Operation 25.4.2005 im evangelischen Krankenhaus X spricht zum einen massiv das dokumentierte Ergebnis der Zählkontrolle. 31

Das Operationsprotokoll vom 26.04.2005 dokumentiert dazu, dass sämtliche Bauchtücher und Streifen am Ende der Operation vorhanden gewesen sind. Die Kontrolle ist danach hinsichtlich der Bauchtücher vor nach der Operation sogar jeweils von zwei namentlich benannten Personen durchgeführt worden. 32

Der Senat verkennt nicht, dass nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen bei der mündlichen Anhörung auch dokumentierte Zählkontrolle nach dem Ergebnis einer Untersuchung mit einer Fehlerquote von 12 % behaftet ist. Zu berücksichtigen ist aber hier, dass die Kontrolle nach dem 4-Augen-Prinzip jeweils von zwei Personen durchgeführt worden ist. Es müssten also zur Herbeiführung eines Zählfehlers zwei Personen nachlässig gehandelt haben, was weniger wahrscheinlich erscheint als ein Fehlverhalten einer einzigen Person. 33

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Dokumentation der Zählkontrolle im evangelischen Krankenhaus Ausfluss und Erfüllung einer aus medizinischen Gründen bestehenden Dokumentationspflicht ist. Eine solche besteht ungeachtet des Umstandes, dass ein im Körper des Patienten verbliebenes Bauchtuch wegen des röntgendichten Streifens nachträglich auch anderweitig festgestellt werden kann. Denn die Dokumentation soll nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen gerade auch bewirken, dass eine Kontrolle tatsächlich stattfindet und ein Verbleib von Operationsmaterial von vornherein verhindert wird. Das spiegelt sich darin wider, dass das EDV-Operationsprotokoll ohne die entsprechenden Einträge gar nicht geschlossen werden kann. 34

Das Bestehen der danach auch juristisch zu bejahenden Dokumentationspflicht und die dokumentierte Erfüllung der Zählkontrolle haben dann aber massive Indizwirkung zu Gunsten einer fehlerfreien Prüfung durch das evangelischen Krankenhaus. 35

b. 36

Gegen einen Fehler am 25.04.2005 spricht zum anderen insbesondere, dass das Operationstuch nachfolgend bei bildgebenden Kontrollen nicht bemerkt worden ist. 37

Die CT-Aufnahme vom 08.07.2005 existiert zwar nicht mehr. Der Befundbericht vom 15.07.2005 bezeichnet aber keinen derartigen Fremdkörper. Weil das CT den fraglichen Bereich abgedeckt hat, wäre jedoch das Erkennen und Erwähnen des mit Röntgenkontraststreifen versehenen Bauchtuchs zu erwarten gewesen. Der an dem 38

Bauchtuch befindliche Kontraststreifen war nach den Ausführungen des Sachverständigen und ausweislich der Präsentation eines vergleichbaren Tuches bei der mündlichen Anhörung vor dem Senat auch so groß und so auffällig, dass er bei sorgfältiger Behandlung hätte erkannt werden müssen. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass seinerzeit die Auswertung der Aufnahme durch Dr. W unsorgfältig erfolgt ist. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung durch den Senat im Gegenteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Befundbericht nach Inhalt und Umfang sorgfältig erstellt worden ist. Insbesondere der Umstand, dass dort wesentlich kleinere, nur wenig mehr als eine Heftklammerbreite von ca. 1 - 1,5 cm erreichende Operationsclips erkannt und aufgeführt worden sind, belegt, dass das CT umfassend und gründlich ausgewertet worden ist. Ebenfalls bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bauchtuch vorhanden gewesen und erkannt, jedoch nicht erwähnt worden ist. Allein der Umstand, dass die selbstständige radiologische Gemeinschaftspraxis am evangelischen Krankenhaus X angesiedelt ist, rechtfertigt einen solchen Verdacht keinesfalls.

c. 39

Es lässt sich demgegenüber auch nicht ausschließen, dass das Bauchtuchs bei der Operation im Krankenhaus der Beklagten am 19.01.2006 im Bauchraum verblieben ist. 40

aa. 41

Nach den objektiven Umständen die Operation vom 19.1.2006 kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Bauchtuch gar nicht erst in den Körper des Klägers gelangt sein kann. 42

Zwar hat das aufgefundene Bauchtuch mit einer Größe von 30 cm x 4,5 cm (aufgerollt) geringerem Maße als die bei der Beklagten verwendeten Bauchtücher mit einer Größe von 45 x 45 Zentimetern gehabt. Der Sachverständige hat aber plausibel erklärt, dass die Tücher im Körper des Patienten um das fragliche Maß schrumpfen können. 43

Auch die Größe des Bauchschnitts von 10 cm spricht nicht gegen eine Einbringung des Tuchs in der vorgefundenen aufgerollten Form. 44

Dass die Operation in Onlay-Technik stattgefunden hat, steht dem ebenfalls nicht entgegen. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung als Möglichkeit und durchaus übliches Verfahren in den Raum gestellt, dass ein Bauchtuch zum Zurückhalten einer Dünndarmschlinge verwendet worden sein kann. Ein solches Zurückhalten einer Dünndarmschlinge kann nach seinen Angaben angesichts des voroperieren, adipösen Klägers auch dann notwendig gewesen sein, wenn wie von den Terminsvertreter geschildert, der Tisch in Schräglage gebracht worden ist. 45

Soweit der Terminsvertreter sich bei der Anhörung durch den Senat darauf berufen hat, dass eine relativ gute Erinnerung an die Operation habe und deshalb eine Einbringung des Bauchtuchs ausschließen könne, überzeugt das nicht. Auch Dr. T hat nach seiner Aussage vor dem Landgericht schon keine Erinnerung an den konkreten Fall mehr gehabt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich das Erinnerungsvermögen der Folgezeit verbessert haben könnte. Der Senat versteht deshalb seinen Bekundungen dahin, dass der Zeuge verständlicherweise versucht hat, ein für ihn unerklärliches Geschehen mit dem üblichen Vorgehen einer solchen Operation in Übereinstimmung zu bringen. Das schließt aber nicht aus, dass im konkreten Fall anders vorgegangen worden ist. 46

bb.	
Es steht auch nicht fest, dass kein Bauchtuch im Körper des Klägers verblieben sein kann, weil nach der Operation eine umfassende korrekte Zählkontrolle stattgefunden hat.	48
Allerdings haben sämtliche Zeugen der Beklagten im Vorprozess gegen das Evangelische Krankenhaus X ausgesagt, dass die Kontrolle der Bauchtücher bei der Beklagten seinerzeit immer vorgenommen worden und nur nicht dokumentiert worden sei.	49
Dabei ist aber zunächst zu vermerken, dass bei der Beklagten die bestehende Dokumentationspflicht nicht erfüllt worden ist. Zwar schließt das nicht aus, dass der Beweis der Zählkontrolle anderweitig gefüllt wird. Sämtliche Zeugen haben aber keine konkrete Erinnerung an die hier maßgebliche Operation gehabt. Ihre Aussagen haben deshalb gegenüber der Dokumentation des konkreten Geschehens im evangelischen Krankenhaus nicht das gleiche Gewicht.	50
Auf der Basis dieses Beweisergebnisses hat der Senat keine vernünftigen Zweifel daran, dass das Bauchtuch bei der Operation vom 19.1.2006 im Hause der Beklagten im Körper des Klägers verblieben ist.	51
Der Senat war dabei von vorneherein an eine Wahrscheinlichkeitsschätzung des Sachverständigen nicht gebunden (vgl. BGH NJW 1994, S.801 [802]). Aber auch der Sachverständige hat bei seiner Anhörung vor dem Senat erklärt, dass seine erstinstanzliche Bewertung einer Wahrscheinlichkeit von 90 % auf der 12%igen Fehlerwahrscheinlichkeit bei Zählkontrollen beruhte. Im Rahmen der Gesamtbewertung aller Umstände hat er bei seiner Anhörung vor dem Senat sodann unter Berücksichtigung des CT-Befundes im Mai 2005 ebenfalls keine vernünftigen Zweifel mehr an der Verursachung im Krankenhaus der Beklagten gehabt.	52
Das Fehlen vernünftiger Zweifel bei der Bewertung durch den Senat reicht zur Überzeugungsbildung im Sinne des § 286 ZPO aus. Naturwissenschaftliche einhundertprozentige Gewissheit ist weder zu fordern noch in der Regel - insbesondere im medizinischen Bereich - zu erreichen. Erforderlich ist lediglich ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit (vgl. etwa BGH a.a.O. m.w.N.), der vorliegend gegeben ist.	53
Die Haftung dem Grunde nach ist danach gegeben.	54
Hinsicht der Höhe des Schmerzensgeldes hält auch der Senat einen Betrag von 15.000 € für ausreichend und angemessen.	55
2.	56
Daneben kann der Kläger von der Beklagten den Ersatz seines materiellen Haushaltsführungsschadens in Höhe von 3.573,96 € verlangen.	57
Der Höhe nach folgt der Senat den Ausführungen in dem landgerichtlichen Urteil. Diese sind von der Beklagten im Rahmen der Berufung auch nicht konkret angegriffen worden.	58
3.	59
Weil aufgrund der weiter bestehenden Beschwerden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Folgeschäden aus dem haftungsbegründenden Ereignis vom 19.1.2006 zu erwarten sind, war ebenfalls festzustellen, dass die Beklagte zum Ersatz des weiteren materiellen Schadens	60

und des nicht vorhersehbaren immateriellen Schadens verpflichtet ist, soweit der Kläger aktivlegitimiert ist.

4. 61

Die Beklagte ist ebenfalls verpflichtet, als Folgeschaden aus der Behandlung die anteiligen vorgerichtlichen Anwaltskosten in der erkannten Höhe zu erstatten. 62

5. 63

Der Zinsausspruch beruht auf den §§ 288, 291 BGB. 64

Eine Haftung der Beklagten ist damit im erkannten Umfang gegeben. Die Entscheidung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Die dagegen gerichtete Berufung hat keinen Erfolg. 65

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO. 66

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. 67