
Datum: 22.08.1994
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 92/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1994:0822.5U92.94.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 9 O 330/92

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 1. Februar 1993 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 330/92 - wird zurückgewiesen. Die Kosten der Berufung trägt der Kläger. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von 16.000,-- DM abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlichen Sparkasse, Raiffeisenkasse oder Volks- oder Genossenschaftsbank zu erbringen.

Tatbestand

1

##blob##nbsp;

2

Der 1961 geborene Kläger leidet ebenso wie seine Brüder A. und An. seit seiner Geburt an Hämophilie A. Als Folge der lebensnotwendigen Behandlung mit Blutgerinnungsmitteln (Faktor-8-Konzentrate) zog er sich bereits im frühen Lebensalter eine Hepatitisinfektion zu. Etwa im Jahre 1975 erlernten der Kläger und seine Brüder im Rahmen eines 8-tägigen Kursus in der Hämophilieambulanz des Instituts für Experimentelle Hämatologie und Bluttransfusionswesen der Universität die Fähigkeit zur Heimselbstbehandlung, so daß sie fortan in der Lage waren, die verordneten Dosen des Faktor-8-Konzentrats selbst zu injizieren.

3

##blob##nbsp;

4

Der Beklagte war damals als Beamter auf Lebenszeit in der Hämophilieambulanz tätig, die er zunächst als akademischer Oberrat und seit 1984 als akademischer Direktor leitete. Er war mit der ärztlichen Betreuung des Klägers und dessen Brüder persönlich befaßt. Er verordnete Art und Mengen der Präparate und kontrollierte deren Wirksamkeit. Ab 1980/81 verordnete er zur Verbesserung des Behandlungsergebnisses die Injektion höherer Dosen des Faktor-8-Konzentrats. Der Kläger erhielt damals ein Präparat der Tropon-Werke, dessen Bruder An. ein solches der Firma Travenol.

##blob##nbsp;

Da im Rahmen der Übertragung von Blut oder Blut-produkten die relativ hohe Gefahr bestand, daß der Empfänger mit Hepatitis auslösenden Viren infiziert wurde, arbeiteten die Pharmahersteller seit langem an Verfahren, sogenannte virusinaktive Präparate herzustellen. Die Behring-Werke brachten im Frühjahr 1981 ein infolge Hitzebehandlung virusinaktiviertes Faktor-8-Präparat (Haemate HS) auf den Markt, das Sicherheit vor einer Hepatitisinfektion bot. Von diesem Präparat stellte das Unternehmen in den Jahren 1981 bis 1985 jeweils 4,5; 9,2; 12,5; 20,1 bzw. 48 Millionen Einheiten her. Gleichzeitig produzierte und verkaufte es weiter-hin nicht virusinaktivierte Präparate. Zur Herstellung von hitzebehandelten Konzentraten wurde relativ viel Frischplasma benötigt, weil davon nur etwa 10 % Fertigprodukt gewonnen wurde. Der Preis war erheblich höher als für nicht virusinaktivierte Konzentrate. Andere Pharmahersteller brachten virusinaktivierte Präparate erst später auf den Markt, und zwar die Travenol GmbH am 20. Mai 1983, die Alpha Therapeutic GmbH am 6. Dezember 1983 und die Tropon Werke GmbH am 22. Dezember 1983, wobei die Daten den Zeitpunkt der Zulassung durch das Bundesgesundheitsamt angeben.

##blob##nbsp;

Im Februar 1983 erschien im Deutschen Ärzteblatt ein Aufsatz, in dem über eine seit Mitte 1981 in den USA auftretende Erkrankung berichtet wird, die als Aids bezeichnet werde und die gehäuft unter anderem bei Empfängern von Faktor-8-Präparaten vorkomme, deren Ursache unbekannt sei, man jedoch annehmen müsse, daß sie auf ähnlichem Wege wie z.B. Hepatitis B übertragen werde. Im April 1983 wurde im Bundesgesundheitsblatt ein Aufsatz über Aids abgedruckt, in dem die wissenschaftlich begründete Vermutung geäußert wird, Aids beruhe auf einer Virusinfektion. Es seien gesicherte Fälle von Aids bei Hämophiliepatienten zu verzeich-nen, die mit Faktor-8-Präparaten behandelt worden seien.

##blob##nbsp;

Die Hämophilieambulanz der Universität betreute Anfang der 80er Jahre etwa 800 Hämophiliepatienten und hatte einen Jahresbedarf von rund 100 Millionen Einheiten des Faktor-8-Konzentrats. In der Zeit von 1981 bis 1983 wurden die Patienten vom Beklagten nach einer Prioritätsliste mit virusinaktivierten Faktor-8-Präparaten der Behring-Werke, also mit Hämate HS, versorgt. Zunächst erhielten solche Patienten dieses Präparat, die noch keine Hepatitisinfektion durchlitten hatten, ferner Kleinkinder und schließlich schwer lebergeschädigte Patienten. Mit Wirkung ab 29. August 1983 wurde An. auf das virusinaktivierte Präparat der Trave-nol GmbH umgestellt. Der Kläger und sein Bruder A. wurden am 29. März 1984 umgestellt.

##blob##nbsp;

Das Bundesgesundheitsamt legte fest, daß die Um-stellung sämtlicher Hämophiliepatienten auf viru-sinaktivierte Faktor-8-Konzentrate mit Wirkung ab 1.

Oktober 1985 zu erfolgen habe.

##blob##nbsp;	14
Im Oktober 1985 erhielten der Kläger und seine Brüder aufgrund eines von der Hämophilieambulanz der Universität veranlaßten Tests Kenntnis davon, daß sie mit dem HI-Virus infiziert sind.	15
##blob##nbsp;	16
In der Folgezeit kam es zwischen der Deutschen Hämophiliegesellschaft einerseits und den Herstellern von Faktor-8-Konzentraten sowie deren Versicherern andererseits zu Verhandlungen über Schadensersatzleistungen wegen eingetretener HIV-Infektionen. Man einigte sich auf Abfindungsverträge, die mit inhaltlich gleichlautenden Formulierungen zwischen den einzelnen Anspruchstellern und dem jeweils betroffenen Versicherer abgeschlossen werden sollten. Der damals anwaltlich beratene Kläger schloß gemeinsam mit seiner Ehefrau im Februar 1988 mit dem Gerling-Konzern folgende Ver-einbarung:	17
##blob##nbsp;	18
##blob##nbsp;	19
"Wir, Eheleute, erklären uns für al-le Ersatzansprüche, die von uns oder unseren Rechtsnachfolgern und von den durch uns gesetzlich vertretenen Personen gegen	20
##blob##nbsp;	21
##blob##nbsp;	22
1. Firma Tropon-Werke GmbH	23
##blob##nbsp;	24
##blob##nbsp;	25
2. deren Haftpflichtversicherer Gerling-Konzern, Allgemeine Versicherungs AG,	26
##blob##nbsp;	27
##blob##nbsp;	28
3. andere pharmazeutische Unternehmen, die Gerinnungsfaktor-Präparate und sonstige Blutprodukte hergestellt oder in den Verkehr gebracht haben sowie deren Haftpflichtversicherer;	29
##blob##nbsp;	30
##blob##nbsp;	31
4. jeden anderen Dritten, sofern er als Gesamtschuldner in Betracht kommt,	32
##blob##nbsp;	33
##blob##nbsp;	34

geltend gemacht werden können, gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von	35
##blob##nbsp;	36
##blob##nbsp;	37
116.000,-- DM	38
##blob##nbsp;	39
##blob##nbsp;	40
für vollständig und endgültig abgefunden. Dies gilt auch für alle nicht vorhersehbaren Schäden und Spätfolgen. Uns ist bekannt, daß mit der Zahlung kein Anerkenntnis einer Haftung verbunden ist. Unsere behaupteten Ansprüche sind weder abgetreten noch gepfändet."	41
##blob##nbsp;	42
Im Mai 1988 erklärte sich der Gerling-Konzern ferner bereit, zum Ausgleich der Beisetzungskosten weitere 7.500,-- DM an den Kläger zu zahlen.	43
##blob##nbsp;	44
Mit Anwaltsschreiben vom 6. September 1988 meldete der Kläger gegenüber dem Institut für Experimentelle Hämatologie und das Bluttransfusionswesen der Universität Ansprüche auf Schmerzensgeld an, weil Anhaltspunkte bestünden, daß er zu spät auf hitzebehandelte Präparate umgestellt worden sei. Die Universität wies die Ansprüche mit Schreiben vom 16. September 1988 zurück, weil ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten nicht ersichtlich sei. Im übrigen greife der Exkulpationsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB durch, so daß sich der Kläger an den Beklagten persönlich bzw. dessen Haftpflichtversicherer wenden möge.	45
##blob##nbsp;	46
##blob##nbsp;	47
##blob##nbsp;	48
In der Folgezeit kam es zu einer Korrespondenz zwischen dem anwaltlich vertretenen Kläger und dem Beklagten sowie dessen Versicherer, die beide die erhobenen Ansprüche zurückwiesen. Der Versicherer erklärte auf Bitten des Klägers den Verzicht auf die Einrede der Verjährung, jeweils befristet zum 31. Dezember 1989 bzw. 31. Dezember 1990. Am 14. August 1992 hat der Kläger Klage eingereicht, die am 2. September 1992 zugestellt worden ist.	49
##blob##nbsp;	50
Er hat behauptet, er habe sich durch Injektion mit vom Beklagten verordneten nicht virusinaktivierten Präparaten mit dem HI-Virus infiziert. Er meint, dem Beklagten sei vorzuwerfen, daß er ihn nicht bereits ab Frühjahr 1981 auf Hämate HS umgestellt habe. Die Behring-Werke wären in der Lage gewesen, auf ärztliche Anforderung die erforderliche Menge an Präparaten zu liefern. Es sei völlig unverständlich, daß er ihn nicht wenigstens zeitgleich mit seinem Bruder An. umgestellt habe. Zumindest habe der Beklagte in Kenntnis	51

des Aids-Risikos, wovon zumindest ab Anfang 1983 auszugehen sei, von der Hochdosierungstherapie abgehen müssen, um das Infektionsrisiko zu vermeiden. Ferner sei er nicht über die Risiken und die Möglichkeit, virusinaktivierte Präparate zu bekommen, aufgeklärt worden. Er hätte sich gegen eine Fortsetzung der Therapie mit hochdosierten nicht virusinaktivierten Präparaten entschieden.

##blob##	52
##blob##	53
##blob##	54
Die Abfindung vom Februar 1988 könne seinem Anspruch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Davon seien Schmerzensgeldansprüche nicht erfaßt. Ferner verstoße die Drittausschlußklausel gegen die Vorschriften des AGBG. Auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten im Sinne von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB könne er nicht verwiesen werden, weil solche nicht bestünden. Schließlich seien seine Ansprüche auch nicht verjährt. Er habe frühestens durch ein Schreiben des Bundesgesundheitsamtes vom 5. September 1989 Kenntnis im Sinne von § 852 Abs. 1 BGB erlangt, daß ihm eine Fehlbehandlung zuteil geworden sei.	55
##blob##	56
Der Kläger hält als Ausgleich des erlittenen immateriellen Schadens eine Schmerzensgeldrente von mindestens 1.000,-- DM monatlich für angemessen. Er hat beantragt,	57
##blob##	58
##blob##	59
den Beklagten zu verurteilen,	60
##blob##	61
##blob##	62
1.	63
##blob##	64
##blob##	65
an ihn für die Zeit vom 1. November 1985 bis zum 31. Juli 1992 ein Schmerzensgeld in Höhe von 81.000,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 2. September 1992 zu zahlen,	66
##blob##	67
##blob##	68
2.	69
##blob##	70
	71

###blob###nbsp;	
ab dem 1. August 1992 an ihn ein monatliches Schmerzensgeld in Höhe von 1.000,-- DM, zahlbar zum jeweils 2. des Monats, zu zahlen.	72
###blob###nbsp;	73
###blob###nbsp;	74
###blob###nbsp;	75
###blob###nbsp;	76
Der Beklagte hat beantragt,	77
###blob###nbsp;	78
die Klage abzuweisen.	79
###blob###nbsp;	80
Er hat die Einrede der Verjährung erhoben, ist den Vorwürfen entgegengetreten und hat die Auffassung vertreten, die Klage müsse aus Rechtsgründen wegen der Wirkungen des Abfindungsvergleichs und des Verweisungsprivilegs nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern.	81
###blob###nbsp;	82
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klageforderung verjährt sei.	83
###blob###nbsp;	84
Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt, die er prozeßordnungsgemäß begründet hat. Er macht geltend, daß der Schmerzensgeldanspruch nicht verjährt sei. Er habe erst durch ein Schreiben der Behring- Werke vom 25. Mai 1991 erfahren, daß sich die Produktion von Hämate HS nach der Nachfrage gerichtet habe. Da nur eine verhältnismäßig geringe Nachfrage bestanden habe, sei eben wenig produziert worden. Bei entsprechend höherer Nachfrage wäre die benötigte Menge produziert worden. Erst die Kenntnis dieser Umstände habe den Schluß erlaubt, daß es vorwerfbar gewesen sei, ihn bis März 1984 mit nicht virusinaktivierten Präparaten zu behandeln. Die Verjährung habe mithin erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen. Im übrigen wiederholt	85
###blob###nbsp;	86
und vertieft er sein Vorbringen erster Instanz. Er beantragt,	87
###blob###nbsp;	88
###blob###nbsp;	89
unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach seinen Schlußanträgen erster Instanz zu erkennen.	90
###blob###nbsp;	91

Der Beklagte beantragt,	92
##blob##nbsp;	93
die Berufung zurückzuweisen.	94
##blob##nbsp;	95
Er verteidigt das angefochtene Urteil und hält die Einrede der Verjährung aufrecht.	96
Außerdem beruft er sich auf das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Er habe die Hämophilieambulanz völlig selbständig und unabhängig von Weisungen des Institutsdirektors geleitet, mit der Folge, daß die Universität für etwaiges fehlerhaftes Handeln seinerseits ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen habe (§§ 31, 89 BGB). Jedenfalls komme bei dieser Sachlage eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht in Betracht.	
##blob##nbsp;	97
Ihm seien keine Behandlungsfehler vorzuwerfen. Er habe bereits ab 1981 seine Patienten nach Maßgabe einer Prioritätenliste mit Hämate HS versorgt. Die Behring-Werke seien nicht in der Lage gewesen, den vollständigen Bedarf zu befriedigen, so daß ihm gar nichts anderes übrig geblieben sei. Die Behandlung der Hämophiliepatienten mit nicht virusinaktivierten Faktor-8-Konzentraten sei bis 1985 in der Bundesrepublik gängiger Standard gewesen. Die Ambulanz der Universität sei die erste in Deutschland gewesen, die sämtliche Patienten bis etwa Mitte 1984 umgestellt habe. Von einer Hochdosierungstherapie könne im übrigen keine Rede sein. Er habe die therapeutischen notwendigen Dosen verordnet, wie sie nach den jeweiligen Zuständen der Patienten angemessen gewesen seien.	98
##blob##nbsp;	99
Der Kläger könne nicht den Nachweis führen, daß er erst zu einem Zeitpunkt mit HI-Viren infiziert worden sei, zu dem Hämate HS auf dem Markt erhältlich gewesen sei. Eine Beweislastumkehr komme nicht in Betracht. Schließlich stehe dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Abfindungsvergleich vom Februar 1988 entgegen.	100
##blob##nbsp;	101
Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils und die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze verwiesen.	102
##blob##nbsp;	103
Der Senat hat Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung. Wegen des Ergebnisses wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16. Juni 1994 verwiesen.	104
##blob##nbsp;	105
Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 14. Juli 1994 um Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gebeten, um ihm Gelegenheit zu geben, die teilweise Unrichtigkeit der Aussage des Zeugen Prof. E. darzutun.	106
##blob##nbsp;	107

Entscheidungsgründe	108
##blob##nbsp;	109
Die nach §§ 511, 511 a ZPO statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 516, 518, 519 ZPO) und damit zulässig. Sie ist sachlich jedoch nicht gerechtfertigt.	110
##blob##nbsp;	111
Der Beklagte kann dem Schadensersatzbegehren des Klägers zum einen mit Erfolg das sogenannte Verweisungsprivileg nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB entgegenhalten; zum anderen fehlt es am Nachweis, daß die HIV-Infektion auf einer vorwerfbaren Fehlbehandlung beruht. Ob die Klage auch deshalb keinen Erfolg hat, weil der geltend gemachte Anspruch verjährt ist, wie das Landgericht gemeint hat, oder sich der Kläger seiner Ansprüche durch den Abschluß des Abfindungsvergleichs vom Februar 1988 begeben hat, braucht nicht entschieden zu werden.	112
##blob##nbsp;	113
I.	114
##blob##nbsp;	115
Die Haftung des Beklagten für den geltend gemachten Schmerzensgeldanspruch, der seine Grundlage ersichtlich nur im Deliktsrecht (§ 847 BGB) finden kann, ist ausschließlich nach § 839 BGB zu beurteilen. Der Beklagte ist seit 1974 Beamter im staatsrechtlichen Sinne. Er hat den Kläger im Rahmen und in Ausübung seiner beamtenrechtlichen Stellung behandelt. Dabei oblag ihm gegenüber jenem die Amtspflicht, die Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchzuführen. Daß die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger als Patienten einerseits und dem Behandlungsträger andererseits bürgerlichrechtlicher Natur waren und der Beklagte damit im privatrechtlichen Rechtskreis seines Dienstherrn tätig geworden ist, vermag nichts daran zu ändern, daß sich die Eigenhaftung des Beklagten für Amtspflichtverletzungen auch in diesem Bereich nach § 839 BGB richtet (vgl. BGH AHRS 510/2; BGH Z 85, 393).	116
##blob##nbsp;	117
Nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Beamte im Falle einer fahrlässigen Pflichtverletzung nur in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Letzteres gehört zur Klagebegründung, das heißt der Verletzte hat darzulegen und zu beweisen, daß eine anderweitige Ersatzerlangung unmöglich ist (vgl. BGH NJW 1991, 1171), wobei freilich an die Darlegungs- und Beweislast keine unzumutbar hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH VersR 1978, 252). Im Streitfall hat der Kläger nicht bewiesen, daß eine anderweitige Ersatzerlangung unmöglich ist. Der Senat muß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Gegenteil davon ausgehen, daß der Kläger für den Fall einer (grob) fahrlässigen schadensursächlichen Fehlbehandlung des Beklagten mit Erfolg die Universität gem. §§ 831, 847 BGB in Anspruch nehmen kann.	118
##blob##nbsp;	119
Der Beklagte hat die Behandlung als Verrichtungsgehilfe der Universität vorgenommen. Die Hämophileambulanz des Instituts ist nämlich vom Institutsdirektor (damals Prof. E.)	120

nicht etwa als sogenannte Chefarztambulanz mit der Rechtsfolge betrieben worden, daß die Patienten, also auch der Kläger, ausschließlich und unmittelbar Rechtsbeziehungen nur zum Chefarzt unterhielten, so daß die vertragliche und deliktische Haftungszuständigkeit beim Chefarzt lag, der nach §§ 278, 831 BGB wiederum auch für Fehlbehandlungen des ihm nachgeordneten ärztlichen Personals einzustehen gehabt hätte (vgl. BGH Z 105, 189). Die Zeugen F. und Prof. E. haben übereinstimmend bekundet, daß die ambulante Behandlung des Klägers als Kassenpatient nicht aufgrund vertraglicher Beziehung zu einem die Ambulanz kraft kassenärztlicher Zulassung gem. § 368 a Abs. 8 RVO (heute §§ 95, 116 SGB V) betreibenden Chefarzt durchgeführt wurde. Die ambulante Behandlung und Versorgung des Klägers mit Faktor-8-Konzentraten erfolgte vielmehr im Rahmen einer sogenannten Institutsambulanz gem. § 368 n RVO (vgl. dazu BGH Z 120, 376, 383). Wegen der Besonderheiten der Behandlung und Versorgung der Hämophiliepatienten (Heimselfstbehandlung nach Maßgabe ärztlicher Verordnung) bestand eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Kassen und der Universität, wonach jene zur ambulanten Behandlung ermächtigt war und die Kosten unmittelbar den Kassen in Rechnung stellte. Dem Institutsdirektor flossen insoweit keine Honorare zu, auch nicht mittelbar und anteilig über die Universität.

##blob##nbsp; 121

Danach würde die Universität als Geschäftsherr im Sinne von § 831 BGB für 122
schadensursächliches rechtswidriges Fehlverhalten des Beklagten nur dann nicht haften, wenn ihr der Beweis gelänge, daß sie bei Auswahl und Überwachung des Beklagten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hat walten lassen. Daran hat es jedenfalls in bezug auf die Überwachung gefehlt.

##blob##nbsp; 123

Die Anforderungen an die Überwachung eines ärztlichen Verrichtungsgehilfen richten 124
sich nach den Umständen des Einzelfalles. Ein sorgfältig ausgesuchter (Ober-) Arzt, der sich jahrelang bewährt hat, muß grundsätzlich nur in geringem Umfang und mit geringer Intensität überwacht werden (vgl. Senat VersR 1989, 708). Deshalb mag es sein, daß im Streitfall die Anforderungen an die Überwachung des offenbar bewährten, auf Hämophiliebehandlung spezialisierten, im Dienstgrad eines akademischen Oberrats stehenden Leiters der Ambulanz eher gering zu bemessen sind. Die Überwachung durfte indessen nicht völlig aufgegeben werden, weil sich die Universität andernfalls hinsichtlich ihres Ambulanzleiters dadurch einen haftungsfreien Raum hätte schaffen können, daß sie ihm einerseits die Stellung eines verfassungsmäßigen Vertreters vorenthielt, andererseits aber wegen der herausgehobenen Tätigkeit die nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB geforderten Überwachungsaufgaben nicht wahrnahm (vgl. BGH VersR 1980, 768, 769, 770). Es genügte auch nicht, daß die Universität eine Organisationsstruktur schaffte, die eine Überwachung des Ambulanzleiters durch den Institutsdirektor vor-sah; maßgebend ist, daß die Überwachung (Leitung) auch tatsächlich im erforderlichen Umfange wahrgenommen wird. Das ist nicht geschehen.

##blob##nbsp; 125

Prof. E. hat vor dem Senat bekundet, daß er damals als Institutsdirektor auch für den 126
Bereich der Hämophilieambulanz weisungsbefugt gewesen sei, auf sein Weisungsrecht gegenüber dem Beklagten als Ambulanzleiter praktisch aber verzichtet habe. Der Beklagte habe insbesondere in bezug auf die Behandlung der Patienten und die gesamte ärztliche Tätigkeit außerordentlich weitgehend weisungsfrei gearbeitet. Er habe sich nicht darum

gekümmert, welcher Patient welche Medikamente in welcher Dosierung bekommen solle. Es hätten keine Besprechungen mit dem Beklagten über den Einsatz bestimmter Präparate in bestimmten Fällen gegeben. Dies habe der Beklagte allein entschieden. Es sei auch nicht anders verfahren worden, als der Einsatz virusinaktivierter Präparate und die Umstellung der Patienten hierauf zur Diskussion gestanden habe.

##blob##nbsp; 127

Danach kann von einer Überwachung im Sinne der in § 831 BGB vorgesehenen Ausübung der Leitungsfunktion keine Rede sein. Der Institutsdirektor ist, wenn überhaupt, auf Initiative des an sich zu Überwachenden einbezogen worden. Es läßt sich daher eher sagen, daß der Institutsdirektor in bezug auf die ärztlichen Belange in der Hämophilieambulanz vom Beklagten "geleitet" wurde als umgekehrt. 128

##blob##nbsp; 129

Der Senat hat keine durchgreifenden Zweifel an der Wahrheit der Zeugenaussage. Soweit der Zeuge in Interviews auf Fragen danach, welche Maßnahmen seitens der Hämophilieambulanz in dieser oder jener Angelegenheit damals ergriffen worden seien, die Vokabel "wir" benutzt hat, ist dies damit zu erklären, daß er nach außen für die Maßnahmen verantwortlich war und er die getroffenen Maßnahmen im übrigen auch für richtig hielt (und hält), so daß es aus seiner Sicht keinen Grund gab (und gibt), sich davon zu distanzieren. Der Senat sieht vor diesem Hintergrund keinen Anlaß, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. 130

##blob##nbsp; 131

II. 132

##blob##nbsp; 133

Die Klage ist ferner deshalb unbegründet, weil der Kläger nicht den ihm obliegenden Beweis erbracht hat, daß er die HIV-Infektion infolge eines vom Beklagten zu verantwortenden Behandlungsfehlers und/oder Aufklärungsversäumnisses erlitten hat. 134

##blob##nbsp; 135

Es mag richtig sein, daß die Infektion durch die Injektion von mit HI-Viren verseuchten Faktor-8-Konzentraten hervorgerufen worden ist, die der Beklagte dem Kläger in der Zeit von 1975 bis 28. März 1984 verordnet hat. Es ist indessen nicht feststellbar, zu welchem Zeitpunkt die Infektion erfolgt ist. Sie kann innerhalb des genannten Zeitraums (möglicherweise auch früher) zu jedem beliebigen Zeitpunkt eingetreten sein. Der Kläger behauptet selbst nicht, daß es medizinischwissenschaftliche Methoden gäbe, den Zeitpunkt näher einzugrenzen. Sonach läßt sich nicht ausschließen, daß die Infektion (= Schaden) bereits vor 1981 eingetreten ist, und zwar infolge einer Behandlung des Beklagten, die damals ohne jeden Zweifel vital indiziert war, zu der es keine Alternative gab und deren Risiken im wesentlichen in einer Hepatitisinfektion lag, die unvermeidlich in Kauf genommen werden mußte. Etwaige ab 1981 vorgekommene Behandlungsfehler des Beklagten würden sich dann als rechtlich irrelevant erweisen, eben weil zu diesem späteren Zeitpunkt der Schaden bereits eingetreten gewesen sein kann. 136

##blob##nbsp; 137

138

Somit könnte die Klage nur Erfolg haben, wenn eine Vermutung dafür spräche, daß die Infektion (erst) später durch Pflichtverstöße eingetreten ist mit der Folge, daß der Beklagte beweisen müßte, daß der Schaden damals bereits eingetreten war (was er nicht kann). Der Streitfall bietet indessen keinen Anlaß, dem Kläger derartig weitreichende Beweiserleichterungen zuzubilligen.

##blob##nbsp;

139

Es ist in der Arzthaftungsrechtsprechung seit langem anerkannt, daß Erleichterungen für den Kausalitätsnachweis ausnahmsweise gewährt werden können, wenn ein grober Behandlungsfehler festgestellt ist. Das ist keine Sanktion für Arztverschulden, sondern ein Ausgleich dafür, daß das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitert bzw. verschoben worden ist (vgl. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., S. 153 mit Rechtsprechungsnachweisen). In Frage kommen vor allem Verstöße gegen elementare Behandlungsregeln, elementare Erkenntnisse der Medizin, die aus objektiv ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich sind, wodurch die Aufklärung des Behandlungsverlaufs besonders erschwert wird (vgl. BGH NJW 1992, 754; Senat, Urteil vom 28. März 1990 - 27 U 125/89). Solche Fehler sind dem Beklagten nicht anzulasten.

##blob##nbsp;

141

Es steht außer Zweifel, daß der Arzt zur Vermeidung eines Behandlungsfehlervorwurfs gehalten ist, nur solche Medikamente einzusetzen, die geeignet sind, die Krankheit wirksam zu bekämpfen und von denen möglichst geringe Gefahren für die Gesundheit des Patienten im übrigen ausgehen. Bei mehreren gleich geeigneten Präparaten ist das Mittel zu wählen, das bei dem Patienten in seiner konkreten Befindlichkeit neben dem primär erstrebten Heilerfolg die wenigsten Schäden verursacht. Bei der Auswahl des Medikaments steht dem Arzt grundsätzlich ein therapeutisches Ermessen zu, das freilich dort seine Grenzen hat, wo eine vermeidbare Schädigung des Patienten droht. Dann kann die falsche Auswahl in einen Behandlungsfehler umschlagen, der sich als grob erweisen kann, wenn die getroffene Wahl medizinisch nicht mehr verständlich ist.

##blob##nbsp;

143

Voraussetzung ist allerdings, daß der Arzt überhaupt zwischen mehreren geeigneten Medikamenten unterschiedlicher Gefahrträchtigkeit wählen kann. Bis Februar 1981 bestand in bezug auf die Behandlung des Klägers keine echte Wahlmöglichkeit. Er benötigte Faktor-8-Konzentrate, die sämtlich das Risiko einer Hepatitisinfektion bargen. Das mußte als unvermeidlich in Kauf genommen werden. Erst als ab Frühjahr 1981 Hämate HS "auf dem Markt" war, bestand - theoretisch - die Möglichkeit, dem Kläger das lebensnotwendige Faktor-8-Konzentrat zu verordnen, ohne ihn zugleich des Risikos einer (nochmaligen) Hepatitisinfektion auszusetzen, weil dieses Präparat durch Hitzebehandlung virusinaktiviert war. Unter den damals gegebenen Umständen erscheint es jedoch nachvollziehbar, daß der Beklagte den Kläger nicht sofort umstellte, sondern die Verordnung beibehielt.

##blob##nbsp;

145

Nach Angaben des Zeugen Dr. K. haben die Behringwerke damals Hämate HS aus Gründen der aufwendigen Produktionstechnik nur in geringen Mengen herstellen können. Einer Jahresproduktion von 4,5 Millionen Einheiten stand ein theoretischer Bedarf von rund 100 Millionen Einheiten allein der Universität entgegen, was etwa einem Drittel des

bundesweiten Bedarfs entsprach, wie der Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat. Es leuchtet ein, daß eine Umstellung aller Patienten auch dann nicht in Betracht kommen konnte, wenn die Dosen auf ein aus Sicht des Beklagten therapeutisch bedenkliches niedrigeres Niveau gesenkt worden wäre. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, jedenfalls nicht im Sinne eines groben Behandlungsfehlers, daß der Beklagte das neue Präparat nach Maßgabe der im Tatbestand näher dargelegten Prioritätenliste verordnete. Danach genoß der Kläger keine Priorität. Dabei darf ferner nicht außer Acht gelassen werden, daß sich der Beklagte damals im Rahmen des bundesweit geübten ärztlichen Standards der Hämophiliebehandlung bewegte. In sämtlichen Hämophiliezentren wurden die Patienten weiterhin durchweg mit nicht virusinaktivierten Faktor-8-Konzentraten versorgt. Eine Umstellung sämtlicher Patienten auf Hämate HS war kurzfristig unmöglich, wie der Zeuge K. glaubhaft bekundet hat. Desweiteren hatte sich nach dem damaligen Kenntnisstand der Behandler die "Risikolage" für die Patienten nicht verändert, so daß die Fortsetzung der Behandlung mit dem "alten" Mittel nicht gänzlich untragbar schien. An dieser Situation hat sich auch in Ansehung der Verfügbarkeit von Hämate HS auch im Jahre 1982 nichts geändert.

##blob##nbsp; 147

##blob##nbsp; 148

##blob##nbsp; 149

Nach Auffassung des Senats ist dem Beklagten die Fortsetzung der Verordnung von nicht virusinaktivierten Faktor-8-Konzentraten auch für die Zeit ab Frühjahr 1983 nicht als grober Behandlungsfehler anzulasten. Allerdings mußten die Hämophilie-behandler seit den Veröffentlichungen über die neue Erkrankung Aids im Februar 1983 im Deutschen Ärzteblatt und im April 1983 im Bundesgesundheitsblatt zumindest mit der ernsthaften Möglichkeit rechnen, daß ein diese Erkrankung auslösendes Virus über Faktor-8-Konzentrate in den Körper der Patienten gelangen könne. Es lag deshalb nahe anzunehmen, daß virusinaktivierte Konzentrate insoweit zumindest weniger gefährlich sein würden. Indessen war auch zu diesem Zeitpunkt eine sofortige Umstellung aller Patienten mangels Verfügbarkeit von Hämate HS nicht möglich. Außerdem hatte sich die wissenschaftliche Erkenntnis der Gefährlichkeit von Blutprodukten in bezug auf Aids offensichtlich noch nicht durchgesetzt. Weder hatte das zur Überwachung von Arzneimitteln zuständige Bundesgesundheitsamt unter Setzung bestimmter Fristen vorgesehen, nicht virusinaktivierte Produkte alsbald vom Markt zu nehmen, noch hatten die Hämophiliezentren ihre bisherige Behandlungspraxis geändert. Im übrigen ist der Beklagte auch nicht untätig geblieben. Nach Angaben des Zeugen Dr. K. hat er 1983 um die Lieferungen größerer Mengen von HS-Präparaten gebeten, einem Wunsch, dem die Behring-Werke jedoch nur zum Teil nachkommen konnten. Um die Jahreswende 1983/84 hat er (sogar) angekündigt, ab 1984 ausschließlich virusinaktivierte Konzentrate einzusetzen. Tatsächlich hat der Beklagte dann auch ab Mitte 1983 seine Patienten abweichend von der Prioritätenliste sukzessive auf virusinaktive Präparate umgestellt, sobald ein solches Konzentrat von dem jeweiligen Hersteller des Faktor-8-Präparats zur Verfügung stand, auf das der jeweilige Patient eingestellt war. Dies war beim Kläger am 29. März 1984 der Fall. Diese Vorgehensweise mag insoweit fehlerhaft gewesen sein, als der Beklagte den Kläger nicht zeitgleich mit dessen Bruder An. auf das dem Kläger bis dahin nicht verordnete Präparat der Firma Travenol umzustellen; gänzlich unverständlich ist die Vorgehensweise indessen nicht, weil der Kläger eben auf das Präparat der Tropon-Werke eingestellt war und die nicht virusinaktivierten Konzentrate auch anderweitig weiterhin vom Bundesgesundheitsamt unbeanstandet

verwendet wurden.

##blob##nbsp;	151
Der Senat sieht sich nicht gehalten, der Behauptung des Klägers nachzugehen, der Beklagte habe ihn mit unnötig hohen Dosen des Faktor-8-Präparats therapiert. Selbst wenn dies zutrifft, liegt darin offensichtlich kein grober Behandlungsfehler, durch den das Spektrum der für die HIV-Infektion in Betracht kommenden Ursachen besonders verbreitet oder verschoben worden ist.	152
##blob##nbsp;	153
Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob dem Beklagten rechtserhebliche Aufklärungsversäumnisse anzulasten sind. Dies läßt die Frage des Kausalitätsnachweises im Streitfall unberührt. Der Kläger hat die Beweislast dafür, daß die HIV-Infektion als Schadensfolge auf eigenmächtiger fortgesetzter Verordnung von nicht virusinaktivierten Konzentraten beruht. Diesen Beweis hat er nicht geführt.	154
##blob##nbsp;	155
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	156
##blob##nbsp;	157
Wert der Beschwer für den Kläger: über 60.000,-- DM	158
##blob##nbsp;	159
Streitwert für das Berufungsverfahren: 141.000,-- DM	160