

37. Urteil vom 3. Juni 1904

in Sachen **Sarrer**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen **Dr. med. Bircher**,
Befl. u. Ber.=Befl.

Art. 50 ff. OR: Verantwortlichkeit des Arztes, speziell des Operateurs (i. e. bei Kropfoperation). Passivlegitimation des (kant.) Spitaldirektors. Diligenzpflicht des Arztes.

A. Durch Urteil vom 13. Februar 1904 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Appellation des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil und damit die Klage angebrachtermaßen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht gestellt, mit dem Antrage:

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und dem Kläger die Summe von 5000 Fr. mit Verzugszins zu 5 % seit 19. Juni 1901 zuzusprechen. Überdies stellt der Kläger den Antrag auf Bervollständigung der Akten und Rückweisung an die kantonalen Instanzen im Sinne der Abnahme der vom Kläger in Klage und Replik anerbauten Zeugenbeweise und der Expertise.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Kläger seine Berufungsanträge, insbesondere den Antrag auf Aktenbervollständigung.

Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an, wobei er bemerkt, er halte alle vor den kantonalen Instanzen erhobenen Einreden aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger unterzog sich am 19. Juni 1901 in der kantonalen Krankenanstalt Aarau einer Kropfoperation, die vom Beklagten, dem Direktor dieser Anstalt, vorgenommen wurde. Am 13. Juli 1901 verließ der Kläger die Krankenanstalt, wie der Beklagte behauptet, ungeheilt und gegen den Willen und Rat der Anstaltsärzte, was der Kläger bestreitet. Der Kläger unterzog sich in seinem Wohnort Luzern einer Nachbehandlung durch Dr. Siegfried Stocker. Am 26. oder 27. Oktober 1901 entdeckte der

den Kläger in Abwesenheit des Dr. Stocker behandelnde Arzt Dr. Zemp beim Verbandwechsel in der Fistelöffnung einen ziemlich festliegenden Gazetampon; dieser wurde am folgenden Tage von Dr. Siegfried Stocker entfernt. Am 26. November 1901 begab sich der Kläger wegen anhaltender Heiserkeit in die Behandlung des Spezialarztes Dr. Alfred Stocker; dieser konstatierte (laut seinem schriftlichen Zeugnis vom 30. November 1901, S. 17 der Akten) totale Lähmung des rechten Stimmbandes (Jog. Kadaverstellung), die nach Befund und Anamnese wahrscheinlich von irgend einer Läsion des rechten nervus recurrens herrühre, welche Läsion bei einer kürzlich stattgefundenen Halsoperation passiert sei. Die definitive Heilung erfolgte laut Zeugnis Dr. Zemp (Akten, S. 13) nach zwei Monaten nach Entfernung des Tampons.

2. Mit Klage vom 13. September 1902 stellt nun der Kläger gegen den Beklagten das aus Fakt. B ersichtliche Rechtsbegehren, das er auf ein bei der Kropfoperation begangenes Verschulden des Beklagten stützt. Dieses Verschulden soll sowohl im Liegenlassen des Tampons als auch in der Verletzung des nervus recurrens liegen. Er macht geltend, das Liegenlassen des Tampons und die dadurch bewirkte Eiterung habe eine völlige Arbeitsunfähigkeit von vier Monaten — bis 4. November 1901 — bewirkt, und außerdem sei er infolge der durch die Verletzung des nervus recurrens eingetretenen Lähmung des rechten Stimmbandes dauernd beeinträchtigt. Die Läsion des nervus recurrens sei entweder auf das Liegenlassen des Tampons zurückzuführen oder bei der Operation selbst erfolgt; in beiden Fällen sei sie auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen. In der Replik (S. 132 u. 133 der Akten) stellt der Kläger direkt darauf ab, daß auch die Stimmbandlähmung auf das Liegenlassen des Tampons zurückzuführen sei. Für seine Sachdarstellung und dafür, daß der Beklagte die ihm obliegende Diligenzpflicht verletzt habe, hat der Kläger sich auf Zeugen und Sachverständige berufen. Der Beklagte hat in der Antwort vorab die Einrede der mangelnden Passivlegitimation erhoben, die er damit begründet, es bestehe kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger; der Kläger habe sich nicht in seine, sondern in des Staates Behandlung begeben, daher sei für die Behandlung auch nicht der Be-

klagte, sondern der Staat verantwortlich. Materiell hat er sodann Selbstverschulden des Klägers wegen zu frühen Austrittes aus der Krankenanstalt geltend gemacht, und im weitern bestritten, daß ihm Kunstfehler und überhaupt Verschulden zur Last fallen; im einzelnen bringt er an, die Verletzung des nervus recurrens habe bei der Operation stattgefunden und könne niemals dem operierenden Arzte zum Verschulden angerechnet werden; ebenso wenig sei das Liegenlassen des Tampons als Verschulden zu qualifizieren. Während die I. Instanz die Einrede der mangelnden Passivlegitimation schützte und die Klage aus diesem Grunde angebrachtermaßen abwies, hat das Obergericht des Kantons Argau in seinem eingangs mitgeteilten Urteile diese Einrede für unbegründet erklärt, dagegen die Klage materiell mit der Begründung abgewiesen, es fehle an einem Verschulden auf Seiten des Beklagten; der Anstaltsarzt, der, als Beamter, dem Behandlungszwang unterliege, dürfe mit Bezug auf die Frage des Verschuldens nicht so rigoros behandelt werden, wie ein Privatarzt, mit dem der Patient in vertragliche Beziehungen getreten sei. Mit der gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verlangt der Kläger heute, wie aus Fakt. B und C ersichtlich, Aufhebung des Urteils und Aktenervollständigung, während der Beklagte ausdrücklich an allen gegen die Klage vorgebrachten Einreden und eventuellen Beweis-anträgen festhält.

3. Mit seiner Einrede der mangelnden Passivlegitimation kann der Beklagte nicht etwa deshalb abgewiesen werden, weil die Vorinstanz diese Einrede unbegründet erklärt und nun der Beklagte hiegegen die Berufung nicht erklärt hat. Denn zum Ergreifen des Rechtsmittels der Berufung hatte der Beklagte durchaus keine Veranlassung, da ja die Klage abgewiesen worden ist, und die Berufung, die sich nur gegen ein Motiv des vorinstanzlichen Urteils hätte richten können, wäre überdies gar nicht zulässig gewesen, da nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen nur gegen das in Rechtskraft übergehende Dispositiv unter der Voraussetzung, daß der Beschwerdeführer dadurch einen Nachteil erleidet, ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, welcher Rechtsgrundsatz sich übrigens auch aus Art. 67 Ab. 2 O.G. ergibt. (Vergl. auch Urteil des O.G. vom 19. Juni 1902 i. S. Masse Valloton c. Banque

cant. vaudoise, A. S. XXVIII, 2, Nr. 43, S. 337 ff., spez. 339 f.).

4. Ist so der Beklagte mit der Einrede der mangelnden Passivlegitimation auch heute noch zu hören, so erscheint dieselbe dagegen materiell als unbegründet. Die Einwendung, der Kläger sei mit dem Beklagten in keine vertraglichen Beziehungen getreten, wäre nur stichhältig gegenüber einer auf Vertrag gestützten Klage; nach der ganzen Begründung stützt sich nun aber die Klage nicht auf Vertrag, was gerade daraus erhellt, daß die Klage sich gegen den Beklagten als physischen Täter der behaupteten Gesundheitsschädigung richtet. Die Bestimmungen des schweiz. OR über die Deliktsklagen sodann (Art. 50 ff.) stellen es allerdings (in Art. 64) den Kantonen anheim, über die Erfassungspflicht von Schäden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, von den allgemeinen Bestimmungen des OR über unerlaubte Handlungen abweichende Bestimmungen aufzustellen; allein da nun die Vorinstanz, in der ihr allein zukommenden und vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden Auslegung des kantonalen Rechts, erklärt, eine derartige Bestimmung bestehe im Kanton Argau für die Direktoren der kantonalen Krankenanstalt nicht, so haben die allgemeinen Vorschriften über die Schadenerfassungspflicht und deren Voraussetzungen: Widerrechtlichkeit, Verschulden, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Schaden, Anwendung zu finden. Ob neben der Haftung des Täters noch eine Haftung des Staates bestünde, braucht nicht untersucht zu werden; jedenfalls schließt diese Haftbarkeit nach schweiz. OR die des Täters nicht aus.

5. Nun gründet sich die Klage auf zwei angebliche Versehen des Beklagten: die Verletzung des nervus recurrens, und das Liegenlassen des Tampons; nach der Darstellung in der Replik soll auch jene Nervenverletzung auf dieses Liegenlassen zurückzuführen sein, während in der Klage diese Frage offen gelassen war und der Beklagte behauptet hatte, die Verletzung sei bei der Operation vorgekommen. Der Kläger berief sich dafür in der Replik auf Dr. Alfred Stocker in Luzern als Zeugen. Nun hat dieser aber in einer schriftlichen Bescheinigung vom 30. November 1901 erklärt, die Läsion sei bei einer kürzlich erfolgten Halsoperation

passiert und damit bereits die andere Eventualität einer Lähmung durch den Tampon verneint. Hierauf darf um so unbedenklicher abgestellt werden, als nach Eintritt und Verlauf der Lähmung, soweit die Akten darüber Aufschluß geben, es als durchaus unwahrscheinlich angesehen werden muß, daß der Tampon die Lähmung herbeigeführt habe. Ist aber davon auszugehen, daß die Lähmung auf einer bei der Operation vorgekommenen Läsion des nervus recurrens beruht, so ist weiter zu sagen, daß in dieser Verletzung ein schuldhaftes Versehen nicht erblickt werden darf. Es ist durch die Akten erwiesen (vergl. die Auszüge aus den Werken von Prof. Dr. von Nußbaum über Unglück in der Chirurgie, S. 25 und von Bergmann, Buns u. Mukuliez, Handbuch der prakt. Chirurgie, Bd. II, S. 360) und überdies dem Gerichte bekannt, daß derartige Verletzungen bei Kropfoperationen verhältnismäßig häufig vorzukommen pflegen und zu den der Operation inhärierenden Gefahren gehören, die dem operierenden Ärzte im allgemeinen nicht zum Verschulden angerechnet werden dürfen. Der Kläger selber stellt denn auch nach dieser Richtung nicht mit großem Nachdruck auf ein Verschulden des Beklagten ab und hat keine besondern Momente geltend gemacht, aus denen sich ergäbe, daß im vorliegenden Falle die Verletzung hierauf zurückzuführen wäre. Soweit daher die Stimmbandlähmung in Betracht kommt, kann von einem Verschulden des Beklagten und von einem Kausalzusammenhang des Schadens mit einem Verschulden nicht die Rede sein. Anders verhält es sich dagegen mit dem Liegenlassen des Tampons nach Beendigung der Operation. Es handelt sich hier nicht um einen Mißgriff in der Durchführung der Operation, einen eigentlichen Kunstfehler, der dem Ärzte nur zum Verschulden angerechnet werden kann, wenn dabei gegen allgemein feststehende und zum Gemeingut gewordene Grundsätze der medizinischen Wissenschaft oder der operativen Technik verstoßen worden ist (vergl. U. G., Bd. XVIII, S. 341). Sondern das Versehen besteht darin, daß ein Fremdkörper, der allerdings zur Durchführung der Operation in die Wunde eingeführt wurde, nach Beendigung derselben darin belassen, bezw. nicht vor Beendigung daraus entfernt wurde. Den Maßstab für die Frage, ob hierin ein Verschulden des Operateurs liege, können

aber nicht oder doch nur nach einer gewissen Richtung hin die feststehenden Grundsätze der medizinischen Wissenschaft und der Operationskunst abgeben, da der Fehler ja nicht im Verfahren liegt, für welches diese Sätze maßgebend sind, sondern in der Tatsache des Liegenlassens, ein Fehler, der mit der Art der Durchführung der Operation an sich nicht in notwendigem Zusammenhang steht und bei dessen Würdigung nach der subjektiven Seite hin nicht oder jedenfalls nicht allein das Maß der aufgewendeten Fachkenntnis und Kunstfertigkeit entscheidend sein kann. Vielmehr ist bei einem solchen Versehen einfach zu fragen, ob bei gehöriger Aufmerksamkeit des Beklagten der Fehler vermieden worden wäre; und die gehörige Aufmerksamkeit ist die, welche unter gleichen Umständen jeder vorsichtige Mensch und jeder Operateur von normalen Kenntnissen und Fähigkeiten aufwendet, wobei alle Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere auch die Art und die Schwierigkeit der Operation zu berücksichtigen sind. Wenn die Vorinstanz lediglich darauf abstellt, daß solche Versehen und Fehler bei derartigen Operationen sehr häufig seien und auch besonders scharfsichtigen und erfahrenen Fachmännern unterlaufen, und damit das Liegenlassen eines Tampons auf die gleiche Linie mit der Verletzung des nervus recurrens setzt, so kann das nach dem Gesagten nicht gebilligt werden. Die Auffassung der Vorinstanz würde dazu führen, daß jedesmal, wenn bei einer Operation ein Tampon liegen bleibt, die Folgen, das Risiko der Operation vom Operierten getragen werden müssen, was gewiß zu weit gienge. Im Gegenteil wird zu sagen sein, daß solche Vorkommnisse bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht vorkommen sollen, sodas die Vermutung eher für ein Verschulden des Operateurs oder seines Hilfspersonals spricht. Zudem enthalten die Akten diesbezüglich nur eine, vom Beklagten angeführte Stelle aus der erwähnten Schrift von Nußbaum, die sich aber nur auf Bauchoperationen bezieht, woraus doch nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, daß auch bei Kropfoperationen solche Versehen verhältnismäßig häufig vorkommen. Rechtsirrtümlich ist aber auch die Ansicht der Vorinstanz, daß bei der Frage nach der Verantwortlichkeit eines Spitalarztes ein anderer Maßstab anzulegen sei, als bei einem gewöhnlichen Arzt. Die Dilligenzpflicht,

die der Arzt aus dem Gesichtspunkte der Art. 50 ff. OR zu prästieren hat, ist grundsätzlich nicht eine andere für einen Anstaltsarzt als für einen andern Arzt, und es kann bloß unter Umständen im konkreten Falle die Stellung des Anstaltsarztes insofern für die Frage des Verschuldens einige Bedeutung haben, als derselbe durch seine übrigen Pflichten gezwungen sein kann, besonders rasch zu handeln oder dergl.

6. Darüber nun, ob den Beklagten im vorliegenden Falle ein Verschulden im angegebenen Sinne treffe, kann ein Urteil nach der Aktenlage nicht gefällt werden. Da aber der Kläger bezügliche Behauptungen aufgestellt und Beweise angetragen und vor dem Bundesgericht, sogar in erster Linie, auf Rückweisung und Abnahme der angebotenen Beweise (Zeugen und Expertise) angetragen hat, so ist die Streitsache zur Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 82 U. 2 OÖ). Diese hat dabei auch die Schutzbehauptungen des Beklagten und seine Gegenbeweisangebote zu berücksichtigen. Dem Beklagten ist insbesondere Gelegenheit zu geben zur Beweisführung über das von ihm behauptete Selbstverschulden des Klägers, welches darin bestehen soll, daß der Kläger gegen den Willen der Ärzte das Spital zu früh verlassen habe. Und endlich sind die Akten zu vervollständigen über die Folgen des Versehens und das Maß des Schadens, wobei aber nach dem Gesagten nur die durch das Liegenlassen des Tampons verursachten Folgen in Betracht kommen können.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Gutheißung der Berufung des Klägers wird das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 13. Februar 1904 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung (im Sinne von Erw. 6 i. f.) an die Vorinstanz zurückgewiesen.

38. Urteil vom 18. Juni 1904

in Sachen **Besser und Genossen**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen
Ulmer-Genmann und Genossen, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Genossenschaft: Haftung der Vorstandsmitglieder, Art. 714 f. OR. *Pflicht zur richtigen Buchführung*, Art. 701 OR. *Pflicht zur Anzeige der Ueberschuldung und zur Zahlungseinstellung*, Art. 704 eod. *Erkennbarkeit der Ueberschuldung? Pflicht zur Aufstellung einer Liquidationsbilanz? — Eventuelle Anrufung von Art. 50 OR.*

A. Durch Urteil vom 17. Februar 1904 hat die II. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Sind die Beklagten unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Kläger (folgt Aufzählung nach Namen und Betrag) je nebst Zins zu 5 % seit 27. Mai 1902 zu bezahlen?

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen: Die Klage sei im vollen Umfange gutzuheissen, eventuell in dem Sinne, daß den Klägern nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Beträge zugesprochen werden; weiter eventuell sei eine Expertise anzuordnen zum Beweise dafür, daß die Beklagten im Anfang des Jahres 1901, eventuell im Juni 1901, oder eventuell in welchem spätern Zeitpunkt haben wissen müssen, daß der Konkurs, eventuell die Liquidation der Saalbaugesellschaft unvermeidlich sei.

C. In der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Kläger Gutheißung der Berufung, wobei er für den Fall der Rückweisung weiter den Antrag auf Abnahme aller seiner vor den kantonalen Instanzen anerbundenen Beweise stellt.

Die Vertreter der Beklagten haben je auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten waren Vorstandsmitglieder der am 27. Juli