



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VI ZR 170/08

vom

21. Januar 2009

in dem Rechtsstreit

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Januar 2009 durch die Vizepräsidentin Dr. Müller, den Richter Zoll, die Richterin Diederichsen, den Richter Pauge sowie die Richterin von Pentz

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Mai 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 134.432,44 €

Gründe:

- 1            1. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.
  
- 2            2. Mit Erfolg macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend, dass die Auffassung des Berufungsgerichts, die Unterlassung der Serientopografie vor der Operation der Klägerin stelle einen groben Befunderhebungsfehler dar, auf

einer unzureichend aufgeklärten Tatsachengrundlage beruht, weil die Ausführungen der gerichtlichen Sachverständigen die erforderliche Klarheit vermissen lassen und eine Auseinandersetzung mit dem Vortrag der Beklagten, die (im Einzelnen benannte) Fachliteratur stütze die Auffassung der Sachverständigen zur Notwendigkeit einer Serientopografie nicht sowie ein Keratokonus habe jedenfalls 1996 mangels der entsprechenden Symptome nicht vorgelegen, im Berufungsurteil fehlt. Die Sachverständige hat erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 19. März 2007 die Auffassung vertreten, die Unterlassung einer Serientopographie vor der streitgegenständlichen Operation sei ein grober Fehler. Obwohl die Beklagten daraufhin im Schriftsatz vom 29. Juni 2007 im Einzelnen dargelegt haben, dass die Auffassung der gerichtlichen Sachverständigen von der von ihr selbst zitierten einschlägigen Fachliteratur nicht gestützt wird, ist dem das Landgericht nicht nachgegangen. Trotz der Wiederholung der Einwendungen in der Berufungsbegründung hat sich das Berufungsgericht damit nur unzureichend auseinandergesetzt. Zwar hat es die gerichtliche Sachverständige erneut mündlich angehört. Vom Inhalt des Schriftsatzes vom 29. Juni 2007 hatte sich die Sachverständige jedoch zuvor keine ausreichende Kenntnis verschaffen können, da ihr mit der Ladung lediglich das landgerichtliche Urteil, die Berufungsbegründung mit der Bezugnahme auf den nicht beigelegten Schriftsatz vom 29. Juni 2007 und das Protokoll über die Anhörung vor dem Landgericht zugeleitet worden sind.

- 3 a) Die Beklagten haben im Schriftsatz vom 29. Juni 2007 darauf hingewiesen, dass von der Fachliteratur die Auffassung der gerichtlichen Sachverständigen nicht gestützt werde, es seien bereits 1996 Anhaltspunkte für einen beidseitigen Keratokonus aufgrund der hohen Werte der Hornhautbrechkraft, des unterschiedlichen Astigmatismus zwischen beiden Augen und der Achslage des stärker brechenden Meridians gegeben gewesen, denen mittels einer Serientopografie hätte nachgegangen werden müssen. Der ehemalige gerichtliche

Sachverständige Prof. Dr. Dr. S. habe trotz der Untersuchung der Klägerin im Jahre 2001 einen Keratokonus nicht feststellen können. Ebenso habe der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. G. aufgrund der gegebenen Befunde keine Anzeichen für eine derartige Erkrankung gesehen.

4 In der mündlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht wiederholte Prof. Dr. Sp. ihre im schriftlichen Gutachten und in der Anhörung vor dem Landgericht vertretene Auffassung. Der Frage nach der Vereinbarkeit mit abweichenden wissenschaftlichen Meinungen dazu, ab welchem Brechungswert ein Verdacht auf einen Keratokonus anzunehmen sei, wick die Sachverständige unter Hinweis darauf aus, dass wegen der fehlenden Linsentragepause ein belastbarer Wert für den Zustand des linken Auges vor der Operation im Jahr 1996 nicht vorhanden sei. Die Einwendungen der Beklagten erledigten sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht schon deshalb, weil eine krankhafte Verformung der Hornhaut durch das Tragen der linken Kontaktlinse bis kurz vor der Untersuchung durch Prof. Dr. Dr. S. , wie dies die Klägerin auf Nachfrage des Gerichts behauptet hat, verdeckt worden sein konnte. Die gerichtliche Sachverständige vermochte nämlich nicht auszuschließen, dass es seit 2001 zu einer Progression der Keratokonusbildung am linken Auge gekommen ist. Wäre aber im Jahr 2001 die angebliche Erkrankung noch nicht erkennbar gewesen, so könnte dies noch viel weniger im Jahr 1996 der Fall gewesen sein.

5 b) Die Beklagten haben außerdem geltend gemacht, dass ein Keratokonus in erster Linie an dem operierten Auge nachweisbar sein müsste, weil dort die Hornhaut verdünnt worden sei. Dem hat die gerichtliche Sachverständige nicht widersprochen. Sie konnte aber auf dem operierten rechten Auge auch im Januar 2007 einen Keratokonus nicht feststellen. Hierzu steht außerdem in Widerspruch, dass sich nach der Auffassung der gerichtlichen Sachverständigen

bei einer Serientopographie im Jahre 1996 der Keratokonus im linken Auge im rechten Auge wieder gespiegelt hätte.

6 Das Berufungsgericht hätte danach dem unter Beweis durch Sachverständigengutachten gestellten Vorbringen der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz vom 13. Mai 2008 nachgehen müssen, dass es sich bei dem angeblich linksseitig festgestellten Keratokonus wegen der fehlenden Anzeichen für einen Keratokonus am rechten Auge um eine Fehldiagnose der gerichtlichen Sachverständigen handle. Die Auffassung der Beklagten wird noch dadurch gestützt, dass die Untersuchung im Januar 2007 nicht unter den von der gerichtlichen Sachverständigen für eine valide Diagnose für erforderlich gehaltenen Voraussetzungen erfolgte. Nach der Auffassung von Prof. Dr. Sp. könnte ein Keratokonus durch das Tragen von Kontaktlinsen bis zu einer Tragepause von sechs Monaten vorgetäuscht und maskiert werden. Außerdem erfordere eine gesicherte Diagnose mehrfache Topografien der Augenoberfläche im wöchentlichen Abstand. Die Klägerin hat aber vor der Untersuchung im Januar 2008 nur eine Tragepause von drei Wochen eingehalten. Außerdem wurde lediglich eine einzige Untersuchung durch die Sachverständige durchgeführt.

7 3. Der erkennende Senat hat wiederholt ausgeführt, dass gerade in Arzthaftungsprozessen Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen sind. Das gilt sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen (vgl. Senatsurteile BGHZ 161, 255, 264; vom 17. September 1985 - VI ZR 12/84 - VersR 1985, 1187, 1188; vom 7. April 1992 - VI ZR 216/91 - VersR 1992, 747, 748 sowie vom 14. Dezember 1993 - VI ZR 67/93 - VersR 1994, 480, 482) als auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger, selbst wenn es dabei um Privatgutachten geht (vgl. Senatsurteil vom

4. Oktober 1989 - VI ZR 319/88 - VersR 1989, 1296, 1297). Auch der beklagte Arzt hat Anspruch auf eine ordnungsgemäße Befassung des Gerichts mit seinem Vortrag (vgl. Senatsurteil vom 13. Februar 2001 - VI ZR 272/99 - VersR 2001, 722). Eine eigene Sachkunde des Berufungsgerichtes ist nicht ausgewiesen und auch nicht anzunehmen. Unter diesen Umständen bedurfte es einer weiteren Aufklärung des Sachverhaltes. Diese kann einer Partei im Arzthafungsprozess nicht deswegen verwehrt werden, weil sie kein dem gerichtlichen Sachverständigengutachten entgegenstehendes Privatgutachten vorgelegt oder einen anderen Sachverständigen nicht benannt hat. Hierzu waren die Beklagten nicht verpflichtet. Ausreichend ist, dass neue und ernst zu nehmende Bedenken gegen Teile des Gutachtens erhoben werden. Dem entspricht die Pflicht des Gerichtes, von sich aus verbleibende Zweifel zu klären. Das Berufungsgericht hätte dem rechtzeitigen Vortrag der Beklagten nachgehen und die Widersprüche und Unklarheiten in den Ausführungen der gerichtlichen Sachverständigen zumindest durch deren nochmalige Anhörung oder auch durch Beauftragung eines weiteren Gutachters (§ 412 ZPO) aufklären müssen (vgl. Senatsurteile vom 3. Juni 1985 - VI ZR 95/85 - VersR 1986, 1079, 1080 und vom 23. März 2004 - VI ZR 428/02 - VersR 2004, 790, 792).

- 8                    5. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsurteil auf der unterbliebenen Aufklärung der Unklarheiten und Widersprüche in den Ausführungen der gerichtlichen Sachverständigen und der hierdurch gegebenen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) beruht, war das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Müller

Zoll

Diederichsen

Pauge

von Pentz

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 25.07.2007 - 9 O 11447/98 -

OLG München, Entscheidung vom 29.05.2008 - 1 U 4499/07 -