



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VI ZR 89/16

vom

16. Mai 2017

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 296 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2, § 531 Abs. 1, § 544 Abs. 7

- a) Ein Gehörsverstoß liegt vor, wenn der Tatrichter Angriffsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet (Fortführung Senatsbeschluss vom 31. Mai 2016 - VI ZR 305/15, NJW 2016, 3785 Rn. 11).
- b) Hat das Gericht eine Frist zur Stellungnahme zum Gutachten gemäß § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzt, so kann nach Fristablauf eingehender Parteivortrag, der sich nicht auf die im Gutachten behandelte Beweisfrage bezieht, nicht nach § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden.

BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 - VI ZR 89/16 - OLG Schleswig  
LG Kiel

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. Mai 2017 durch den Vorsitzenden Richter Galke, den Richter Offenloch, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff und den Richter Dr. Klein

beschlossen:

1. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 15. Februar 2016 im Kostenpunkt mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 1 im Urteil des Landgerichts Kiel vom 27. Februar 2015 zurückgewiesen worden ist.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur Verhandlung und neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen den vorgenannten Beschluss des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts zurückgewiesen.
4. Die Klägerin trägt die dem Beklagten zu 2 im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten (§ 97 Abs. 1 ZPO).
5. Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf bis 65.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche nach einer im Haus der Beklagten zu 1 vom Beklagten zu 2 durchgeführten Schilddrüsenresektion geltend.

2 Bei der 1966 geborenen Klägerin war im Jahr 1985 aufgrund eines papillären Schilddrüsenkarzinoms eine subtotale Schilddrüsenresektion durchgeführt worden. Im Februar 2011 wurden im Rahmen einer in der Klinik für Nuklearmedizin der Beklagten zu 1 durchgeführten Kontrolluntersuchung (Sonographie) in der Restschilddrüse drei auffällige Herdbefunde festgestellt. Zur Überprüfung einer möglichen Zellveränderung wurde eine Feinnadelpunktion vorgenommen. Die pathologische Untersuchung des entnommenen Gewebes ergab den Nachweis atypischer, bösartiger Zellen, wobei das Zellbild als vereinbar mit einem papillären Schilddrüsenkarzinom oder dessen follikulärer Variante beschrieben wurde. Die Klägerin stellte sich mit diesem Befund Anfang März 2011 bei dem Beklagten zu 2, Oberarzt in der Klinik für Allgemeine Chirurgie und Thoraxchirurgie der Beklagten zu 1, vor, der ihr zu einer totalen Schilddrüsenentfernung riet und diesen Eingriff dann auch durchführte. Im Rahmen des operationsbegleitenden Neuromonitorings wurde auf der linken Seite des Nervus vagus ein Signalverlust festgestellt; eine Quetschmarke des Recurrensnervs konnte nicht ausgeschlossen werden. Postoperativ zeigten sich eine Stimmbandparese links und eine Minderbeweglichkeit des Stimmbandes rechts. Die pathologische Untersuchung des im Rahmen der Operation entfernten Präparats ergab keinen Nachweis eines Schilddrüsenkarzinoms; es fand sich lediglich ein 1,2 cm messendes mikrofollikuläres Adenom ohne Anhalt auf Malignität.

Insbesondere mit der Behauptung, fehlerhaft behandelt worden zu sein, nimmt die Klägerin die Beklagten auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch.

3 Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines chirurgischen Sachverständigengutachtens im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe einen Behandlungsfehler im Zusammenhang mit der im Jahr 2011 in der Klinik der Beklagten zu 1 erfolgten Behandlung an der Schilddrüse nicht bewiesen. Soweit sie erstmals im Schriftsatz vom 28. Januar 2015 einen Fehler der Pathologie der Beklagten zu 1 bei der Befundung des durch die Feinnadelpunktion gewonnenen Gewebes geltend mache, sei das Vorbringen gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Die Klägerin habe die Information, dass es sich bei den im Rahmen der Feinnadelpunktion festgestellten atypischen Zellen auch um Milchglaszellen handeln könne, bereits im März 2011 erhalten. Gleichwohl habe sie den ihr danach bekannt gewordenen Behandlungsfehlervorwurf weder mit ihrer Klage noch nach Erhalt des im Verfahren eingeholten Sachverständigengutachtens innerhalb der vom Gericht zum Gutachten gesetzten Stellungnahmefrist erhoben.

4 Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde.

## II.

5 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat teilweise Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zur Aufhebung der

angegriffenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist sie unbegründet.

- 6            1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung insbesondere ausgeführt, Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts bestünden nicht. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Behandlung der Klägerin in der Klinik der Beklagten zu 1 fehlerhaft gewesen sei. Die Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 28. Januar 2015, beim Feinnadelpunktat seien Milchglaszellen mit malignen Krebszellen verwechselt worden, habe das Landgericht zu Recht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen, weshalb der Vortrag im Berufungsverfahren gemäß § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen sei.
- 7            2. Die Klägerin rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe ihren Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG dadurch verletzt, dass es ihre Behauptung, die Pathologie der Beklagten zu 1 habe bei der Untersuchung des Feinnadelpunktats Milchglaszellen fehlerhaft mit Krebszellen verwechselt, zurückgewiesen habe.
- 8            a) Nach ständiger höchstrichterlicher und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein Gehörsverstoß dann vor, wenn der Tatrichter Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 31. Mai 2015 - VI ZR 305/15, NJW 2016, 3785 Rn. 11; vom 3. März 2015 - VI ZR 490/13, NJW-RR 2015, 1278 Rn. 7; BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 1999 - 2 BvR 1292/96, NJW 2000, 945, 946). Das ist vorliegend der Fall. Die Voraussetzungen für die Zurückweisung des dargestellten Sachvortrags der Klägerin nach § 531 Abs. 1 ZPO lagen offenkundig nicht vor.

- 9            b) Nach § 531 Abs. 1 ZPO bleiben Angriffsmittel, die im ersten Rechtszug zurückgewiesen worden sind, im zweiten Rechtszug nur dann ausgeschlossen, wenn die Zurückweisung im ersten Rechtszug zu Recht erfolgt ist. Das ist bezüglich der dargestellten Behauptung der Klägerin nicht der Fall; sie hätte - wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend darlegt - schon im ersten Rechtszug nicht gemäß § 296 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO zurückgewiesen werden dürfen.
- 10           c) Die Zurückweisung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels nach § 296 Abs. 1 ZPO setzt - auch in Verbindung mit § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO - voraus, dass das betreffende Angriffs- oder Verteidigungsmittel erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist vorgebracht wurde. Im Streitfall war für die Zurückweisung der Behauptung, in der Pathologie der Beklagten zu 1 sei es zu einem Fehler gekommen, also Voraussetzung, dass auch sie von der bei Übersendung des Gutachtens vom Landgericht nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzten Frist erfasst wurde. Dies ist bereits nach dem Wortlaut des die Frist setzenden Beschlusses - und damit offenkundig - nicht der Fall.
- 11           aa) Das Landgericht hatte zur Frage von Behandlungsfehlern ein schriftliches viszeralchirurgisches Sachverständigengutachten eingeholt. Der Sachverständige führte im Gutachten unter anderem aus, auf der Grundlage der vorliegenden Befunde - sonografisch echoarmer Knoten, zytologisch atypische (böartige) Zellen, vereinbar mit einem papillären Schilddrüsenkarzinom - und der Vorgeschichte habe vom Vorliegen eines papillären Schilddrüsenkarzinoms ausgegangen werden müssen, das die vorgenommene Schilddrüsenentfernung indiziert habe. Das Ergebnis der pathologischen Untersuchung des Feinnadelpunktats legte der chirurgische Sachverständige dabei erkennbar als richtig zugrunde; ihre Überprüfung war - dem Grundsatz der fachgleichen Begutachtung

entsprechend (vgl. Senatsbeschluss vom 8. November 2016 - VI ZR 512/15, VersR 2017, 316 Rn. 12) - nicht Gegenstand des Gutachtens.

12           bb) Mit der Klägerin am 13. August 2014 zugestelltem Beschluss vom 5. August 2014 setzte das Landgericht den Parteien unter Hinweis auf § 411 Abs. 4, § 296 Abs. 1, 4 ZPO eine Frist von sechs Wochen,

*"zu [...] dem Gutachten des Sachverständigen [...] Stellung zu nehmen, insbesondere eventuelle Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem Gutachten mitzuteilen".*

13           Bereits nach dem Wortlaut des Beschlusses bezog sich die gesetzte Frist damit allein auf eine Stellungnahme, Einwendungen, Anträge und Ergänzungsfragen zum Gutachten, das sich - wie dargelegt - allein mit der Frage nach einem etwaigen Behandlungsfehler in der Chirurgie der Beklagten zu 1 befasste. Mit ihrer Behauptung, in der Pathologie der Beklagten zu 1 sei es zu einem Behandlungsfehler gekommen, hat sich die Klägerin aber gerade nicht mit der sachverständigen Bewertung ihrer Behandlung in der chirurgischen Abteilung der Beklagten zu 1 auseinandergesetzt, sondern einen anderen, von der chirurgischen Behandlung und ihrer Bewertung unabhängigen Behandlungsfehler in der Pathologie geltend gemacht. Ihr entsprechender Vortrag war damit von der vom Landgericht gesetzten Frist nicht erfasst.

14           3. Der in der Zurückweisung des dargelegten Sachvortrags der Klägerin liegende Gehörsverstoß ist in Bezug auf eine Haftung der Beklagten zu 1 entscheidungserheblich. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des dargestellten Vortrags und nach ergänzender Einholung eines pathologischen Sachverständigengutachtens zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die Behauptung der Klägerin zutrifft und dass in der behaupteten Verwechslung von Milchglas- und Krebszellen in der Pathologie der Beklagten zu 1 nicht nur ein für die Haftung der Beklagten zu 1 unbeachtlicher Diagnoseirrtum, sondern ein haftungsbegründender Behand-

lungsfehler (zur Abgrenzung von bloßem Diagnoseirrtum und Behandlungsfehler vgl. nur Senatsurteil vom 8. Juli 2003 - VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827 f., mwN) liegt.

15           4. Zurückzuweisen war die Nichtzulassungsbeschwerde hingegen, soweit sie sich auch gegen den Beklagten zu 2 richtet.

16           Dass der Beklagte zu 2 als in der Klinik für Allgemeine Chirurgie und Thoraxchirurgie der Beklagten zu 1 tätiger Oberarzt für den von der Klägerin behaupteten Fehler in der Pathologie verantwortlich sein könnte, zeigt die Nichtzulassungsbeschwerde schon nicht auf. Der dargestellte Gehörsverstoß ist damit insoweit nicht entscheidungserheblich. Auch im Übrigen legt die Nichtzulassungsbeschwerde in Bezug auf den Beklagten zu 2 nicht dar, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des

Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen.

Galke

Offenloch

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 27.02.2015 - 8 O 262/13 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 15.02.2016 - 4 U 48/15 -