

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 134/75

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
2. November 1976

Walz,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Professor Dr. Alfred B[REDACTED],
N[REDACTED], D[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Hausinspektor Günther M[REDACTED],
G[REDACTED], H[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Scheffen, Dr. Steffen, Dr. Ankermann und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 14. März 1974 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ließ sich im Mai 1968 wegen des Verdachts, auf seinem rechten Ohr an einer Otosklerose zu leiden, in die Hals-, Nasen-, und Ohrenklinik der Städtischen Krankenanstalten N[REDACTED] einweisen, deren Leiter der Beklagte ist. Dieser untersuchte den Kläger und stellte dabei "eine Schalleitungsstörung wie bei einer Otosklerose" fest. Um deren Ursachen nachzugehen und, falls möglich, die Schwerhörigkeit auf dem rechten Ohr zu mindern oder zu beheben, schlug er dem Kläger vor, das rechte Mittelohr zu öffnen und nach Abhilfemöglichkeiten zu suchen, zumal er befürchtete, daß auch das linke Ohr mit der Zeit

in Mitleidenschaft gezogen werden könnte. Er klärte den Kläger über den Verlauf der Operation wie folgt auf: Erst nach teilweiser Ablösung des Trommelfelles könne er in die tieferen Abschnitte des Mittelohres hineinsehen; wenn es möglich sei, einen Eingriff zur Verbesserung des Hörvermögens vorzunehmen, werde er ihn durchführen; eine etwa vorhandene Verwachsung werde er herauslösen, sofern es sich um Narbenstränge handele, müßten diese getrennt werden. Über besondere Risiken des Eingriffs, abgesehen davon, daß durch ihn eine Verbesserung des Hörvermögens nicht erzielt werden könne und auch die Möglichkeit einer Verschlimmerung nicht auszuschließen sei, wurde nicht gesprochen.

Nach Einwilligung des Klägers führte der Beklagte am 6. Mai 1968 bei örtlicher Betäubung die besprochene Operation (sog. Tympanotomie und Tympanoplastik) durch. Nach teilweiser Ablösung des Trommelfelles und Abtragung der hinteren knöchernen Gehörgangsumrandung erkannte er, daß der Amboß in einer derben Bindegewebsplatte endete, die den Zugang zur sog. ovalen Fenster-nische weiter oben verlegte. Er löste diese Platte ab. Dabei durchtrennte er, ohne es zunächst zu bemerken, eine Abzweigung des - entgegen seiner üblichen vollständigen Einbettung in seinem knöchernen Kanal außerhalb des Operationsgebietes - teilweise in dem Bindegewebe verlaufenden Gesichtsnerves (nervus facialis). Der Beklagte stellte anschließend eine knöcherne Mißbildung des Steigbügels fest und versuchte, die dadurch unterbrochene Schalleitung im Mittelohr operativ wiederherzustellen.



Die Durchtrennung des nervus facialis bewirkte eine halbseitige Gesichtslähmung des Klägers. Eine im August 1968 versuchte Operation zur Wiederherstellung der Funktionen des Nervs blieb weitgehend erfolglos.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger vom Beklagten Zahlung eines Schmerzensgeldes. Er macht im wesentlichen geltend, er habe in die vom Beklagten nach Erkennung der Mißbildung im Mittelohr vorgenommene weitere Operation nicht wirksam eingewilligt, weil dieser ihn über das nunmehr erkennbar größer gewordene Risiko eines anomalen Verlaufs des nervus facialis und die damit verbundene Komplikationsgefahr nicht aufgeklärt habe. Der Beklagte habe daher die Operation nicht weiter fortsetzen dürfen, sondern ihm Gelegenheit geben müssen, sich nach vollständiger Aufklärung über das unvorhergesehene Risiko zu entscheiden.

Der Beklagte hat demgegenüber die Ansicht vertreten, die Fortsetzung seiner Operation sei durch die Einwilligung des Klägers gedeckt gewesen. Über das Risiko einer Verletzung des Nervs habe er nicht aufzuklären brauchen, weil dessen anomaler Verlauf - Teilung des Nervs und Lage eines Astes außerhalb des knöchernen Kanals - äußerst selten sei und in der Praxis nicht als ernst zu nehmende Komplikation betrachtet zu werden brauche. Die Operation zwecks weiterer Aufklärung des Klägers und Einholung seiner Einwilligung zur Fortsetzung der Operation abubrechen, sei aus medizinischer Sicht nicht sinnvoll gewesen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 30.000 DM verurteilt. Die

Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Zunächst habe zwar der Beklagte angesichts der Vorgeschichte und der Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen seiner Aufklärungspflicht, was den Umfang der vorgesehenen Operation betraf, genügt, zumal es in erster Linie um eine Öffnung des Mittelohres zum Zwecke der Diagnostizierung gegangen sei. Er hätte aber nach Ablösung des Trommelfelles und nach Erkennen der derben Bindegewebsplatte den Eingriff abbrechen, den Kläger über den Fortgang der Operation und die dabei unter Umständen auftretenden Risiken aufklären und dessen Einwilligung für einen Fortgang der Operation einholen müssen. Der Beklagte habe nämlich nunmehr den Teil einer angeborenen Mittelohrmißbildung gesehen und deshalb jetzt mit der ernsthaften Möglichkeit eines ungewöhnlichen Verlaufes des Gesichtsnerves rechnen müssen, was bei etwa 10 % der sog. "kleinen Mittelohrmißbildungen" der Fall sei. Die Gefahr einer Verletzung und Durchtrennung des Nerven sei unter diesen Umständen auch bei der von ihm angewandten verfeinerten chirurgischen Technik nicht auszuschließen gewesen. Die Operation abzubrechen wäre möglich und unschädlich gewesen. Ihre Fortsetzung

sei nicht vital medizinisch indiziert gewesen. Es wäre daher allein Sache des Klägers gewesen, darüber zu entscheiden, ob er angesichts der nicht auszuschließenden Möglichkeit einer Schädigung des nervus facialis sich für Weiterführung der Operation oder für die Beibehaltung eines lästigen, aber jetzt als nicht gesundheitsgefährdend erkannten Zustandes seines rechten Ohres entscheiden wollte.

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes hat das Berufungsgericht im wesentlichen dem von ihm als vergleichsweise gering bewerteten Verschulden des Beklagten die seiner Ansicht nach den Kläger erheblich belastende Schädigung durch die Lähmung der linken Gesichtshälfte mit allen physischen und psychischen Folgeerscheinungen gegenübergestellt und dabei die Ergebnisse eines von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens verwertet.

II.

Diese Ausführungen beruhen auf einer möglichen tatrichterlichen Würdigung und lassen keinen Rechtsverstoß erkennen. Die auf § 286 ZPO gestützten Rügen der Revision greifen nicht durch.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß eine Aufklärung des Klägers über das erhöhte Operationsrisiko, das der Beklagte nach Öffnung des Mittelohres erkannte, erforderlich war, bevor er den Eingriff fortsetzte; denn zu diesem, über den mit dem Kläger besprochenen Umfang hinausgehenden Eingriff lag keine wirksame Einwilligung von ihm vor.

a) Dabei hält sich das Berufungsgericht an die Anforderungen, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an die Aufklärung des Patienten über den beabsichtigten Eingriff stellt. Danach muß der Arzt seinen Patienten, wenn auch nur "im großen und ganzen", auch über die möglichen Operationsrisiken aufklären (BGHZ 29, 46, 53, 54; Senatsurteil vom 22. Juni 1971 - VI ZR 230/69 - VersR 1971, 929); dabei steht nicht das Zahlenverhältnis zwischen Komplikationsdichte und der ärztlichen Hinweispflicht im Vordergrund, sondern das Gewicht, das mögliche, nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende Risiken für den Entschluß des Patienten haben können, seine Einwilligung in die Operation zu erteilen. Auch bei geringer Wahrscheinlichkeit schädlicher Folgen des Eingriffes ("entfernt selten") kommt eine Aufklärung über diese Folgen um so eher in Betracht, je weniger der mit dem Eingriff bezweckte Erfolg einem verständigen Patienten dringlich und geboten erscheinen muß (vgl. für den Fall einer bloß kosmetischen Operation - Behandlung von Warzen - das Senatsurteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - VersR 1972, 153 ff).

b) Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht sachverständig beraten festgestellt, daß in den seltenen Fällen, in denen nach Eröffnung des Mittelohres eine angeborene Mißbildung entdeckt wird, bei etwa 10 % der Fälle auch mit einem atypischen Verlauf des nervus facialis durch das Mittelohr gerechnet werden muß. Der Beklagte war nun, als er die derbe, mit dem Amboß verwachsene Bindegewebsplatte im Mittelohr entdeckte, unter Berücksichtigung dessen vor eine ungewöhnliche Situation gestellt: Selbst wenn er, was das Berufungsgericht zu seinen Gunsten

unterstellt, den knöchernen Kanal gesehen hatte, in dem gewöhnlich der nervus facialis zu verlaufen pflegt, den Nerv also - was unabdingbar war - "identifiziert" hatte, war eine Entfernung der Bindegewebsplatte erkennbar risikobehaftet. Der Beklagte brauchte nunmehr allerdings nicht, wie die Revision mit Recht bemerkt, mit der vom Berufungsgericht, insoweit dem Sachverständigen folgend, zugrundegelegten statistischen Wahrscheinlichkeit (10 % der Mißbildungsfälle) damit zu rechnen, daß der nervus facialis, dessen knöcherner Kanal vorhanden und sichtbar war, außerhalb dieses Kanals verlief. Ihm wird auch nicht vorgeworfen werden können, er habe die ungewöhnliche Abzweigung eines Nervenastes durch die Bindegewebsplatte bemerken müssen; wäre das der Fall, so hätte er mit dem Entfernen der Platte und der damit verbundenen Durchtrennung des Nervenastes sogar einen Kunstfehler begangen. Vielmehr geht es darum, daß der Beklagte auf Grund des ungewöhnlichen Befundes mit seinem Entschluß, die Bindegewebsplatte zu entfernen und weiterzuoperieren, ein ihm unbekanntes und nicht kalkulierbares Risiko eingegangen ist. Er mußte jetzt auch die recht seltene, gewiß weniger als 10 % betragende Möglichkeit eines für ihn zunächst nicht oder nicht vollständig erkennbaren atypischen Verlaufs des Nerven ernsthaft in Betracht ziehen, so daß er ihn unter den gegebenen Umständen selbst bei seiner verfeinerten Operationstechnik (Mikroskop usw.) verletzen konnte. Das ist im Kern auch die Meinung des vom Berufungsgericht gehörten Sachverständigen, der es gefolgt ist und die von der Revision in diesem Punkt nicht bekämpft wird.

Zu Recht hat deshalb das Berufungsgericht eine Abwägung des im Verwirklichungsfalle in seinen Folgen schwerwiegenden Risikos einer Verletzung des nervus facialis mit der vitalen medizinischen Indikation des

Eingriffs für erforderlich gehalten. Dabei stellt es zutreffend darauf ab, ob die Beseitigung oder Minderung der rechtsseitigen Schwerhörigkeit für den Kläger angesichts der erhöhten Operationsgefahren noch ebenso wichtig war wie vor Beginn der Operation. Es stand nunmehr nämlich fest, daß ein Übergreifen des Leidens auf das linke Ohr nicht zu befürchten war. Der Kläger hatte die Beibehaltung einer für ihn lästigen, ihn aber nicht entscheidend beeinträchtigenden Schwerhörigkeit auf dem rechten Ohr der - gewiß nicht hoch zu veranschlagenden - Gefahr einer einseitigen Gesichtslähmung mit all ihren einschneidenden physischen und psychischen Folgen gegenüberzustellen. Die Entscheidung darüber aber mußte der Beklagte dem Kläger überlassen; es kann nicht gesagt werden, daß dieser völlig unverständig gehandelt hätte, wenn er nunmehr vor dem ihm klargemachten Risiko zurückgeschreckt wäre (vgl. Senatsurteil vom 16. Oktober 1962 - VI ZR 198/61 - VersR 1963, 232 mit Bespr. von Kleinewefers in VersR 1963, 297, 300).

Das Berufungsgericht hat durchaus bedacht, welche Belastungen u.U. für den Patienten durch eine Unterbrechung oder einen Abbruch der Operation entstehen können, die aus der Sicht des Arztes sinnvollerweise fortgesetzt werden könnte. Es hat darin Recht, daß der Arzt, der während der Operation auf ein erhöhtes Operationsrisiko stößt, den Eingriff abbrechen muß, wenn er für seine Fortsetzung nunmehr mangels Aufklärung darüber keine wirksame Einwilligung des Patienten hat und die Operation ohne dessen Gefährdung unterbrochen oder abgebrochen werden kann, um die Einwilligung einzuholen. Allerdings mag es Fälle geben, in denen der Arzt die Einwilligung des Patienten voraussetzen kann, weil von ihm im Einzelfall vernünftigerweise unter Berücksichtigung der Belastungen, die ein wiederholter Ein-

griff für ihn bringen könnte, selbst bei Kenntnis des erhöhten Risikos keine andere Entscheidung erwartet werden kann, als die, daß er die Fortsetzung der Operation wünschen werde. Ein Abbruch der Operation wird deshalb dann nicht in Betracht kommen, wenn dies den Patienten mindestens ebenso gefährden würde, wie das Risiko, das in der Fortsetzung des Eingriffs liegt, wenn also der Abbruch der Operation medizinisch kontraindiziert ist (vgl. BGHSt 11, 111, 114/115). Im vorliegenden Fall kann indessen ein solcher Ausnahmefall nicht angenommen werden. Vielmehr hätte die Operation ohne schwerwiegende Folgen für den Kläger abgebrochen werden können. Es bestand kein Grund, seiner Entscheidung vorzugreifen, ob er das, wenn auch nur geringfügig erhöhte Operationsrisiko eingehen wollte.

2. Demgegenüber greifen die Rügen der Revision, die dem Berufungsgericht in dessen rechtlichem Ausgangspunkt folgt, nicht durch.

a) Soweit die Revision meint, der Einholung einer Einwilligung des Klägers, zur Fortsetzung der Operation habe es deswegen nicht bedurft, weil der Beklagte nur einzelne Fasern des nervus facialis durchtrennt habe und damit nicht schon eine Schädigung des Gesamtnervs verbunden sei, verkennt sie die entgegenstehenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, das auch insoweit von den Befunden der Sachverständigen ausgegangen ist, insbesondere auch von den Ausführungen des Sachverständigen Dr. K., der die Nachoperation vorgenommen hat. Die Darstellung im Berufungsurteil, der Beklagte habe bemerkt, daß er "alle drei Äste des rechten Gesichtsnervs" durchtrennt hatte, bedeutet nicht, daß das Be-

rufungsgericht gemeint hat, der Gesichtsnerv sei schon, bevor er sich in seine drei Äste aufteilte, vollständig in mehreren Bündeln durch das vom Beklagten vorgefundene feste Bindegewebe gelaufen. Vielmehr führt das Urteil aus, der Beklagte habe Teile des in das Bindegewebe eingebetteten Gesichtsnervs durchtrennt. Dabei hat das Berufungsgericht nicht übersehen, daß ein Strang des nervus facialis nach wie vor im knöchernen Kanal verlief, während sich ein weiterer Strang abgezweigt hatte und außerhalb dieses Kanales faserartig in der Bindegewebsplatte verlief. Nur dieser Teil ist auch nach Auffassung des Tatrichters bei der Entfernung der Platte durchtrennt worden. Das bewirkte indessen in diesem Falle, wie die Sachverständigen übereinstimmend festgestellt haben, daß die Funktion aller drei Äste des nervus facialis beseitigt wurde. Nur das ist gemeint. Von daher ist das Berufungsgericht mit Recht nicht darauf eingegangen, ob der Operateur die Verletzung einzelner Nervenfasern in Kauf nehmen darf; denn der Beklagte hat nicht nur einzelne Fasern des Nervs durchtrennt, sondern wesentliche Teile, und er hat weder erkannt, noch hatte er es während der Operation sicher beurteilen können, in welchem Umfang er den nervus facialis verletzte.

b) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht ausreichend festgestellt, ob es sich bei dem atypischen Erscheinungsbild im Mittelohr des Klägers lediglich um "Verwachsungen" gehandelt hat, die nicht den Schluß auf die Möglichkeit eines regelwidrigen Verlaufs des nervus facialis nahelegen sollen, oder um eine "Mißbildung" des Mittelohres, bei der mit einem solchen Risiko gerechnet werden muß. Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten des Sachverständigen H., der Verwachsungen der Art, wie sie der Beklagte nach Eröffnung des Mittelohres vorfand, als "kleine Mißbildungen"

bezeichnet, bei denen in etwa 10 % aller Fälle mit einem atypischen Verlauf des nervus facialis zu rechnen ist. Ein Mißverständnis des Tatrichters liegt nicht vor. Insofern als die derbe Bindegewebsplatte nichts mit dem knöchernen Aufbau des Mittelohres zu tun hat, handelt es sich um eine "Verwachsung", nicht schon um Anomalien des knöchernen Aufbaus des Mittelohres. Indessen wird eine derart gravierende "Verwachsung", die überdies auf verdeckte knöcherne Mißbildungen hinweisen konnte, als "kleine Mißbildung" angesehen. Deshalb war auch hier mit der Möglichkeit eines atypischen Verlaufs des nervus facialis zu rechnen.

Zu Unrecht meint die Revision, eine Mißbildung des Mittelohres habe der Beklagte nur in Erwägung ziehen zu brauchen, wenn die Schwerhörigkeit schon in frühester Kindheit bestanden hätte. Das vermag den Beklagten schon deswegen nicht zu entlasten, weil ihm nicht mangelnde Aufklärung vor Beginn der Operation vorgeworfen wird, sondern die Fortsetzung des Eingriffs ohne erneute Befragung des Klägers nach Eröffnung des Mittelohres, dessen Erscheinungsbild von dem Operateur ganz neue Entscheidungen verlangte.

c) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß es für den im Einzelfall erforderlich werdenden Umfang der Aufklärung nicht oder jedenfalls nicht allein auf die erfahrungsgemäß zu befürchtende Komplikationsdichte ankommt (vgl. Senatsurteil vom 26. September 1961 - VI ZR 225/60 - VersR 1961, 1039).

Das Berufungsgericht hat sich damit auseinandergesetzt, welches Interesse der Kläger an der Verbesserung der Hörfähigkeit seines rechten Ohres hatte und von welcher Bedeutung im Hinblick darauf für ihn das nach Eröffnung des Mittelohres erkennbare Operationsrisiko war. Dabei hat es die Folgen einer Ausschaltung des Gesichtsnervs für den Kläger nicht überschätzt. Ein Mißverhältnis zwischen dem Wert, den eine gelungene Operation für den Kläger haben mußte, und der mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit einer Komplikation infolge Verletzung des nervus facialis braucht nicht vorzuliegen. Die im angefochtenen Urteil enthaltene Erwähnung der Entscheidung des Patienten zwischen dem Wert, den der Erfolg einer unbedeutenden kosmetischen Operation für ihn haben kann, und der wenn auch entfernt liegenden Gefahr eines tödlichen Ausganges der Operation im Senatsurteil vom 16. November 1972 aaO diene ersichtlich nur der Verdeutlichung des Problemes und sollte keinen allgemeinen Maßstab dafür abgeben, wann eine Aufklärung auch über entfernt liegende Risiken erforderlich wird. Für den hier vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht Vor- und Nachteile einer Fortführung der Operation zutreffend abgewogen.

3. Unbegründet ist schließlich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht alle relevanten Tatsachen gewürdigt, weshalb dieses unangemessen hoch sei.

a) Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, bei der Beurteilung der vom Kläger erlittenen physischen und psychischen Beeinträchtigungen weitgehend auf ein früheres Gutachten zurückgegriffen, sondern hat ausdrücklich das von ihm eingeholte Sach-

verständigengutachten der Universitäts- und Nerven-
klinik und Poliklinik Würzburg vom 21. November 1974
zur Grundlage seiner Schätzung gemacht, von dem es
hervorhebt, es stelle die vom Landgericht zugrunde-
gelegten Bemessungsgrundlagen auf eine breitere Ba-
sis. Mit diesem Gutachten hat es sich auseinanderge-
setzt und dessen Wertungen übernommen. Wenn der Tat-
richter auch nicht ausführlich auf die im Laufe der
Jahre eingetretene Besserung verschiedener Ausfalls-
erscheinungen beim Kläger, die weitgehende Überwindung
der psychischen Beeinträchtigung durch die Entstel-
lung des Gesichtes und die mögliche künftige Verbes-
serung seines Zustandes eingeht, so hat er all das
doch nicht übersehen. Im Urteil werden nämlich
durchaus die "teilweise sich mindernden oder abklin-
genden Folgeschäden" erwähnt, und in diesem Zusammen-
hang befindet sich eine Bezugnahme auf deren "derzei-
tigen Umfang", wie er im Gutachten vom 21. November
1974 niedergelegt ist.

b) Auch im übrigen sind Rechtsfehler bei der Be-
messung des Schmerzensgeldes nicht erkennbar. Die
zuerkannte Summe mag hoch sein. Grundsätzlich ist es
indessen dem Tatrichter vorbehalten, die Höhe des
Schmerzensgeldes nach seinem Ermessen unter Würdigung
und Abwägung aller Umstände zu ermitteln. Dabei ist
er durch § 287 ZPO besonders freigestellt. Seine Be-
messung kann in aller Regel nicht schon deswegen be-
anstandet werden, weil sie als zu dürftig, oder was
hier in Betracht kommt, als zu reichlich erscheint;
insoweit ist es der Revision verwehrt, ihre Bewertung
an die Stelle der des Tatrichters zu setzen. Daß hier
die Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, ins-
besondere daß bisher übliche Sätze so deutlich verlas-

sen sind, daß das Berufungsgericht nun aus Gründen der Rechtssicherheit und zur eigenen Kontrolle gehalten gewesen wäre, die von ihm zugrundegelegten Wertkategorien nach Ausmaß und Auswirkung der Abweichung besonders aufzuzeigen (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 1976 - VI 216/74 - VersR 1976, 967), kann der Revision nicht zugegeben werden.

Dr. Weber

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Ankermann

Dr. Deinhardt