

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

112

BGB § 823 Aa, Eh; ZPO § 402

- a) Der Arzt muß, wenn gewichtige Stimmen in der medizinischen Literatur unwiderlegt darauf hinweisen, daß eine hergebrachte Operationsmethode unter den gegebenen Umständen zu schwerem Schaden führen muß, den Patienten hierüber aufklären, sofern er sich über diese Bedenken hinwegsetzen will.
- b) Zur Würdigung ärztlicher Gutachten im Arztfehlerprozeß.

BGH, Urt. v. 27. September 1977 - VI ZR 162/76 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

12

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 162/76

URTEIL

Verkündet am

27. September 1977

W a l z ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Egon P. B [REDACTED] ,
A [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Stadt K [REDACTED] ,
vertreten durch ihren Oberstadtdirektor, K [REDACTED] , Rathaus,
2. den Facharzt für Chirurgie Dr. med. Kurt K [REDACTED] ,
W [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Oktober 1975 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld vom 21. November 1974 wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten der Rechtsmittel fallen den Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger wurde am 23. August 1963 wegen eines periproktischen Abszesses mit einer Analfistel als "Kassenpatient" in die Chirurgische Klinik der erstbeklagten Stadt aufgenommen. Am 24. August 1963 wurde der Abszeß von dem Zweitbeklagten, der in der Klinik als Oberarzt tätig war, gespalten. Am 17. September 1963 operierte dieser den Kläger erneut wegen der Fistel, die sich als extrasphinkterische herausgestellt hatte. Dabei fand sich eine weitere kleine intrasphinkterische Analfistel,



die Verbindung zu der tieferen extrasphinkterischen Fistel hatte. Zunächst öffnete der Zweitbeklagte die intrasphinkterische Fistel zum After hin und legte durch die äußere Fistel einen Faden, der den gesamten Schließmuskel und Teile des Levators (Heber) umschloß. Er wollte nach der sogenannten Fadenmethode, die auf Hippokrates zurückgeht und nach ihm benannt wird, die extrasphinkterische Fistel in mehreren operativen Schritten spalten **sie so zur Ausheilung bringen**. In einer weiteren Operation am 25. September 1963 erneuerte er den Faden und zog ihn zur Durchtrennung des Schließmuskels erstmals an. Ebenso verfuhr er am 3. Oktober 1963. Danach hatte der Faden den Levator durchschnitten und lag nur noch um den Afterschließmuskel. Diesen durchtrennte der Beklagte zu 2 am 14. Oktober 1963 mit der Gigli-Säge zunächst zu einem Drittel von oben. In einer letzten Operation am 24. Oktober 1963 wurde der Afterschließmuskel völlig durchtrennt.

Der Kläger nimmt die Beklagten wegen der Folgen der operativen Behandlung auf Schadensersatz in Anspruch. Er behauptet, durch die Durchtrennung des gesamten Afterschließmuskels sei bei ihm eine völlige Stuhlinkontinenz eingetreten. Das sei auf die vom Zweitbeklagten angewandte Operationsmethode zurückzuführen. Dieser habe zudem bei der Durchführung der Operationen **Fehler begangen**, weil er nicht sorgfältig abgewartet habe, bis der vorangehend durchtrennte Muskelring wieder zusammengeheilt sei, bevor er den nächsten Muskelring durchtrennt habe.

Vor allem habe er ihn nicht darüber aufgeklärt, daß die von ihm angewandte Operationsmethode zu einer völligen Stuhlinkontinenz führen könne.

Der Kläger, der infolge seines Leidens heute von der Sozialversicherung als berufs- und erwerbsunfähig anerkannt ist, verlangt Ersatz des Unterschieds zwischen seiner Rente und dem Einkommen, das sonst für ihn erzielbar gewesen wäre, zu einem Teilbetrag von 20.000 DM und Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für weitere Schäden.

Das Landgericht hat dem bezifferten Klaganspruch teils durch Endurteil und teils dem Grunde nach stattgegeben und die begehrte Feststellung bezüglich des weiteren Schadens getroffen. Das Oberlandesgericht hat die Klage indes abgewiesen. Die Revision verfolgt sie weiter.

Entscheidungsgründe

I

Das Berufungsgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, daß der Zweitbeklagte (demnächst: der Beklagte) bei seinem Vorgehen im Jahre 1963 einen ärztlichen "Kunstfehler" begangen habe; auch glaubt es keine Verletzung der dem Beklagten hinsichtlich des Eingriffs obliegenden Aufklärungspflicht feststellen zu können.

Sachverständig beraten geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Stuhlinkontinenz auf die vom Be-

klagten vorgenommene völlige Durchtrennung des Afterschließmuskels (sphincter ani) zurückzuführen ist. Es folgt dem Sachverständigen auch darin, daß nach heute gültiger Erkenntnis die völlige Durchtrennung des Sphinkter immer zur Inkontinenz führen muß, und zwar gleich ob sie einzeitig oder - wie es der Beklagte getan hatte - mehrphasig erfolgt. Entscheidend sei - so meint das Berufungsgericht - allein die Durchtrennung des Fascienansatzes des obersten Anteils des Afterschließmuskels, der sogenannten pars pubo-rectalis. Diese trichterlichen Feststellungen dürften insoweit unstreitig sein, als der vom Beklagten vorgenommene Eingriff aus heutiger Sicht objektiv verfehlt war und notwendig zur Inkontinenz führen mußte (vgl. auch die Berufungsbegründung der Bkl. S. 7). Dabei hat das Revisionsgericht keinen Anlaß zur Prüfung, ob das Berufungsurteil in medizinischer Hinsicht den Ausführungen des Sachverständigen auch in fachlichen Einzelheiten immer gerecht wird.

1. Indessen meint das Berufungsgericht, daß dem Beklagten sein Vorgehen angesichts des im Operationszeitpunkt noch herrschenden medizinischen Meinungsstandes nicht zum Verschulden gereiche. Eine pelvirektale oder extrasphinkterische Fistel sei eine Seltenheit, deren Beurteilung deshalb schwierig sei. Infolgedessen seien vielfach ischiorektale Fisteln fälschlich als pelvirektale angesehen und nach der seit Jahrhunderten geübten Fadenmethode mit zufriedenstellendem Ergebnis behandelt worden. Daraus hätten die Anhänger der Fadenmethode abgeleitet, die Muskelpartien würden, wenn sie nicht einzeitig durchtrennt würden, rasch wieder "verheilen", so daß die Funktion des Schließmuskelorgans erhalten bleibe.

Noch im Sommersemester 1962 sei nach Bekundung des Sachverständigen die Fadenmethode an einer "berühmten, großen deutschen Universität" gelehrt worden. Für einfache Fisteln habe man sie noch 1973 empfohlen.

2. Demnach sei die vom Beklagten angewandte Fadenmethode im Jahre 1963 noch anerkannter Bestandteil der medizinischen Wissenschaft gewesen, wenn auch schon damals in Veröffentlichungen wiederholt erörtert worden sei, daß die völlige Durchtrennung des Schließmuskels stets zur Inkontinenz führe. Daher könne das Vorgehen des Klägers im damaligen Zeitpunkt nicht als Kunstfehler angesehen werden.

3. Auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Beklagten vermag das Berufungsgericht nicht anzuerkennen. Der Beklagte habe dem Kläger gegenüber die Operation als notwendig, aber nicht besonders schwerwiegend bezeichnet; demnach habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden. Dabei habe er nach seiner eigenen Aussage auch auf die Möglichkeit "gewisser Funktionsbeeinträchtigungen" hingewiesen, nicht aber auf die Gefahr der Inkontinenz. Zu einem Hinweis auf die Gefahr der Inkontinenz sei er nicht verpflichtet gewesen, denn als Anhänger der Fadenmethode habe er dazu keinen Anlaß gehabt. Er habe vielmehr davon ausgehen dürfen, daß nach diesem "hergebrachten Irrglauben" (so BU S. 12) die schrittweise durchtrennten Muskelfasern rasch verheilten und so die Funktion des Schließmuskels erhalten bleiben würde. Daß diese Methode damals schon "vereinzelt" angegriffen worden sei, habe er nicht sagen müssen, denn über eine abweichende Mindermeinung in der medizinischen Literatur brauche der Patient nicht aufgeklärt zu werden.

II

Diese Ausführungen des angefochtenen Urteils halten der rechtlichen Prüfung nicht stand. Das Berufungsgericht das selbst keinen neuen Sachverständigenbeweis erhoben hat, würdigt die schriftlichen und mündlichen Bekundungen des vom Landgericht gehörten Sachverständigen in unsachgemäßer Weise. Dadurch kommt es zu einem durch sie nicht gestützten Ergebnis, wobei es überdies die Anforderungen verkennt, die an den Arzt hinsichtlich der kritischen Prüfung von in der Wissenschaft vertretenen Meinungen und hinsichtlich der Aufklärung des Patienten über die (möglichen) Risiken eines vorgeschlagenen Eingriffs zu stellen sind.

1. Das Berufungsgericht folgt zwar dem Sachverständigen dahin, daß jede Durchtrennung des ganzen Schließmuskels, gleich ob einzeitig oder mehrzeitig, insbesondere unter Anwendung der "schleichenden" Fadenmethode, aus heutiger Sicht notwendig zur Inkontinenz führen muß. Wenn das Berufungsgericht trotzdem meint, daß dem Beklagten die Anwendung der "hippokratischen" Methode nicht zum Verschulden ("Kunstfehler") gereicht habe, dann muß das schon Bedenken erregen, wie die Revision zurecht rügt.

a) Nicht ganz klar wird bereits, ob das Berufungsgericht hinreichend zwischen der Anwendung der (heute fast allgemein aufgegebenen) Fadenmethode überhaupt und andererseits in solchen Fällen unterscheidet, in denen sie wegen der extrasphinkteralen Lage der Fistel zur gänzlichen Durchtrennung des Schließmuskels und gegebenenfalls, wie hier, eines Levatoransatzes führen muß. Zumindest hinsichtlich der letzteren Fälle galt es für den Beklagten **die schon seit**

Jahrzehnten veröffentlichten Stellungnahmen zu beachten, nach denen die gänzliche Durchtrennung zwangsläufig zur Inkontinenz führen mußte, was der Anwendung der Fadenmethode in sonstigen Fällen nicht notwendig widersprach. Wenn das Berufungsgericht insoweit davon ausgeht, bei jenen warnenden Stimmen habe es sich - sinngemäß - um eine nicht notwendig zu beachtende Mindermeinung gehandelt, dann kann ihm darin schon angesichts der Bekundungen des Sachverständigen nicht gefolgt werden. Dieser hat bereits in seiner schriftlichen Äußerung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß aus der Anwendung der Fadenmethode "theoretisch" auch die Erlaubnis zur schrittweisen Totaldurchtrennung des Schließmuskels abgeleitet worden sei, bzw. daß die noch heute angewandte Fadenmethode "in ihrer Theorie" auch die Durchtrennung der pelvirektalen Fistel erlaube (Gutachten S. 12). Schon hier lag offensichtlich eine der bei Gutachtern im Arztfehlerprozeß verbreiteten Formulierungen vor, die zwar zurückhaltend, im Grunde aber nicht irreführend sind, und auf deren richtiges Verständnis durch den Richter der Gutachter vertraut; auf diese Erfahrung der forensischen Praxis hat der erkennende Senat mehrfach hingewiesen. Das Berufungsgericht ist aber dem Sinn der Äußerung nicht voll gerecht geworden.

Damit kommt es nicht mehr darauf an, daß nach dem schriftlichen Gutachten die Anwendung der Fadenmethode sogar bei nicht pelvirektalen Fisteln schon seit den Zwanzigerjahren in namhaften Lehrbüchern abgelehnt worden ist.

Bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht hat der Sachverständige (Facharzt für Chirurgie an einer Universitätsklinik) wörtlich ausgeführt:

"Daß der Schließmuskel auch in einer mehrzeitigen Operation nicht durchgetrennt werden darf, ist heute fester Bestand der Schulmedizin. Leider vertreten jedoch immer noch einige Chirurgen, auch solche von Rang und Namen, z.B. S. [REDACTED] in M. [REDACTED] 1972 noch, die gegenteilige Auffassung. In den Med. Fachzeitschriften, insbesondere in den chirurgischen, ist das aber schon seit langem in Frage gestellt und wird als Problem behandelt; insbesondere Prof. S. [REDACTED] hat seit 1956 wiederholt veröffentlicht, daß eine Durchtrennung des Schließmuskels stets zu Darminkontinenz führt. Auch in den Jahren 1960 bis 1963 ist das in den - allen Ärzten zugänglichen Periodica - immer wieder erörtert worden. Wer nur in diesen Jahren in den allg. Med. Fachzeitschriften gelesen hat, mußte wissen, daß das Durchtrennen des Schließmuskels, zumindest von einzelnen Fachleuten, als höchst gefährlich angesehen wurde, und mußte auch dann auf das Problem gestoßen sein, wenn er es seinerseits während seiner Studienzeit anders gelernt hatte und ihm nur Fachliteratur derart persönlich zur Verfügung stand, in der die gegenteilige Auffassung vertreten wurde."

Der Sachverständige hat anschließend erläutert, daß die scheinbaren Erfolge der verfehlten Methode sich nur daraus erklären, daß vielfach die in dieser Hinsicht besonders problematischen pelvirektalen Fisteln (hier hatte der Beklagte alsbald zutreffend eine solche diagnostiziert) zuunrecht angenommen worden waren.

Schon angesichts dessen erscheint es kaum vertretbar, wenn das Berufungsgericht die Warnungen vor der gänzlichen Durchtrennung des Schließmuskels als eine vom Beklagten nicht notwendig zu beachtende Mindermeinung abtun will. Der erkennende Senat entnimmt überdies auch schon aus der ersten Nachkriegsauflage eines damals im akademischen Unterricht geschätzten Lehrbuchs der Chirurgie (Stich/Bauer 14./15. Auflage 1949 S. 411) die uneingeschränkte Forderung, daß der sphincter externus - damit

auch der gesamte Sphinkter - in keinem Fall durchtrennt werden dürfe, weil die sonst drohende Inkontinenz oft mehr belästige als das Grundleiden (aaO S. 413).

Angesichts dessen kann es schon - entgegen der Meinung des Berufungsgerichts - zweifelhaft erscheinen, ob ein moderner, naturwissenschaftlicher Denkweise verpflichteter Arzt eine Überlieferungen aus vorwissenschaftlicher Zeit verbundenen Lehrmeinung nicht allgemein kritischer an neueren Erkenntnissen messen mußte. Denn daß jemals ein Fall einer verheilten Sphinkterdurchtrennung belegt worden wäre, behaupten auch die Beklagten nicht; nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann es einen solchen Fall auch nicht gegeben haben. Übrigens scheint dem Beklagten auch der von ihm selbst beschriebene Operationsverlauf keinen Anlaß gegeben zu haben, die der Fadenmethode zugrundeliegende Annahme, nämlich das stufenweise Wiederverheilen des Gewebes schon während des mehrphasigen Eingriffs, bestätigt zu sehen.

2. Diese Fragen bedürfen indessen keiner abschließenden Entscheidung. Denn jedenfalls soweit das Berufungsgericht meint, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber seiner Pflicht zur Aufklärung über Natur und Tragweite des Eingriffs nachgekommen sei, kann ihm nicht gefolgt werden.

a). Zwar wird mehrfach mit Recht darauf hingewiesen, daß der Vorwurf versäumter Aufklärung über das Risiko eines Eingriffs oft von Patienten mißbräuchlich dann erhoben wird, wenn er nach einem Mißerfolg den Nachweis

eines ärztlichen Behandlungsfehlers nicht hat führen können (vgl. etwa Laufs, Arztrecht Rdz. 67, 68). Von einem Mißbrauch dieses Klagegrundes kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn der Eingriff zu seiner Rechtfertigung schon objektiv der Zustimmung des Patienten bedarf, weil er mit seiner Entscheidung für eine nicht **unangefochtene ärztliche Lehrmeinung verbunden ist** (vgl. etwa Deutsch, VersR 1977, 101, 102). In solchen Fällen besteht zwischen dem **Vorwurf eines Behandlungsfehlers und demjenigen versäumter Aufklärung** eine echte Wechselbeziehung, weil der Arzt dem Patienten einerseits die Entscheidung für oder gegen eine ernstlich umstrittene Behandlungsmethode nicht vorenthalten darf, andererseits aber durch dessen Zustimmung, wenn sie auf genügender Aufklärung beruht, in der Regel auch dann gerechtfertigt wird, wenn sich die Behandlung aus späterer Sicht als schon im Ansatz verfehlt erweist, zunächst aber immerhin als vertretbar angesehen werden konnte.

b) Im vorliegenden Falle hatten seit Jahrzehnten gewichtige Literaturstimmen, die dem Beklagten bekannt sein mußten (vgl. Senatsurteil vom 15. März 1977 - VI ZR 201/75 - VersR 1977, 546, 547; ferner die einschlägigen Vorschriften der ärztlichen Berufsordnungen, zuletzt § 7 der Muster-Berufsordnung 1976 - Dt. Ärzteblatt 1976, 1543, 1544), die Anwendung der Fadenmethode bei außerhalb des Schließmuskels verlaufenden Gefäßfisteln als gefährlichen Irrweg entlarvt. Selbst wenn also der verfehlt Eingriff damals noch überwiegend geübt worden sein sollte - wie das Berufungsgericht schon angesichts der unstreitigen Seltenheit solcher Fisteln in kaum überzeugender Weise annimmt -, dann hätte sich der

Beklagte über diese gewichtigen Warnungen allenfalls hinwegsetzen dürfen, wenn er den Kläger an dieser Entscheidung beteiligt und die Gründe für sein Festhalten an der hergebrachten Methode erläutert hätte; letzteres wäre allerdings deshalb schwierig gewesen, weil es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verlässliche empirische Belege für die Tauglichkeit der Fadenmethode auch bei Pelvirektalfisteln gar nicht geben konnte.

Die Forderung nach solcher Aufklärung ergibt sich hier aus den von der höchststrichterlichen Rechtsprechung ständig betonten Grundsätzen, die (entgegen gelegentlichen Angriffen im Schrifttum, zuletzt Brügemann, NJW 1977, 1473) zur Sicherung der Selbstbestimmung des Patienten unabdingbar sind. Sie führt keineswegs dazu, daß der Patient immer in ärztliche Meinungsstreitigkeiten verwickelt werden müßte. Im Streitfall handelte es sich nicht um relative Vorzüge und Nachteile der einen oder anderen Methode. Und die Stimmen, die bereits auf die gänzliche Verfehltheit der vom Beklagten angewandten Methode hingewiesen hatten, stellten sich schon damals jedenfalls nicht als unbeachtliche Außenseitermeinungen dar. Soweit das Berufungsgericht dies annehmen sollte, findet es in den gutachtlichen Bekundungen keine Stütze; die Bedenken waren vielmehr u.a. von einem in Deutschland besonders angesehenen Proktologen erhoben worden.

Verfehlt ist schließlich die Erwägung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte gerade "als Anhänger der Fadenmethode" keinen Anlaß gehabt habe, auf die Gefahr der Inkontinenz hinzuweisen. Es entnimmt diesen Gedanken ersichtlich einer Schlußbemerkung des Gutachters bei

seiner Anhörung vor dem Landgericht. Der Gutachter hatte aber zuvor unmißverständlich bekundet, daß er selbst angesichts der massiven Warnungen einen Hinweis für unerläßlich hielt. Damit stellt seine Schlußbemerkung nur eine (möglicherweise nicht allzu ernst gemeinte) **r e c h t l i c h e** Stellungnahme dar, die als solche für das Gericht ohnehin unbeachtlich war. Sie war auch sachlich verfehlt. Andernfalls würde der Grundsatz, daß ernstliche Bedenken gegen die gewählte Behandlungsart (oder im Extremfall ihre fast allgemeine Ablehnung - vgl. etwa RG JW 1957, 3087 = HRR 1937 Nr. 1429) eine besondere Aufklärungspflicht begründen können, in sein Gegenteil verkehrt. Denn der Arzt wird die **u m s t r i t t e n e** Methode in der Regel eben deshalb wählen, weil er persönlich sie für richtig hält. Das aber kann ihn von seiner Verantwortung gegenüber dem Patienten nicht entlasten.

III

Nach allem sind die Voraussetzungen für eine Haftung beider Beklagter entgegen der Meinung des Berufungsgerichts gegeben. Die erstbeklagte Stadt haftet schon aus Verletzung des Behandlungsvertrages (§§ 611, 278 BGB), denn Ansprüche auf Ersatz immateriellen Schadens (§ 847 BGB) sind nicht erhoben. Die Haftung des zweitbeklagten Arztes ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB. Daneben kommt unter den Voraussetzungen des § 831 BGB freilich auch eine deliktische Haftung der Erstbeklagten in Betracht. Daß die Ansprüche deshalb entfielen, **weil der Kläger etwa trotz der gebotenen Aufklärung über die gegen die vorgeschlagene Behandlung bestehenden Bedenken in diese Behandlung eingewilligt haben würde**, ist weder festgestellt, noch auch nur behauptet.

Schon das Landgericht (das Berufungsgericht brauchte sich damit nach seinem Rechtsstandpunkt nicht zu befassen) hat jedenfalls im Ergebnis richtig ausgeführt, daß die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede nicht durchgreift. Eine Verjährung nach § 852 BGB kommt ohnehin nur gegenüber den allein aus dem Rechtsgrund der unerlaubten Handlung haftenden Zweitbeklagten in Betracht. Indessen ist für sie schon deshalb kein Raum, weil nicht ersichtlich ist, daß der Kläger zu einem früheren Zeitpunkt über die wissenschaftlichen Veröffentlichungen unterrichtet war, die den Anlaß zur Aufklärung über die gegen den Eingriff bestehenden Bedenken begründeten.

Dr. Weber

Dunz

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Deinhardt