
Datum: 20.02.1997
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 66/96
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1997:0220.3U66.96.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 6 O 343/94

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 3. Januar 1996 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 90.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 17. August 1994 zu zahlen.

Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen materiellen und künftigen immateriellen Schaden aus der Operation vom 3. November 1992 zu erstatten, vorbehaltlich eines Forderungsüberganges auf Sozial- und Krankenversicherungsträger.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Vollstreckung aus dem Urteil durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von 130.000,00 DM abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Beide Parteien können die Sicherheitsleistung auch durch eine unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines in der Bundesrepublik als Zoll- oder Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Tatbestand:

	1
Der am 3. November 1940 geborene Kläger, der sich bereits im Dezember 1991 einer Operation am rechten Ohr unterzogen hatte, wurde am 22. Oktober 1992 zur Abklärung erneuter Beschwerden am rechten Ohr stationär im ...-Hospital in ... in dem der Beklagte als Oberarzt tätig war, aufgenommen. Am Folgetage nahm der Beklagte eine Tympanoskopie vor, bei der er Gewebemasse aus dem Innenohr entnahm und durch den Zeugen ... Prof. ... histologisch untersuchen ließ. Im Bericht des Zeugen heißt es u.a.: "Im vorliegenden Material läßt sich nicht sicher entscheiden, ob es sich um narbig alterierte ortständige reife Drüsen handelt oder ob hier möglicherweise diskrete Anteile eines adenoid-zystischen Karzinoms vorliegen." Der Beklagte veranlaßte daraufhin weitere Diagnostik mittels Ultraschall und Computertomographie. Am 2. November 1992 unterzeichnete der Kläger eine Einwilligungserklärung für eine weitere Tympanoskopie. Der Beklagte nahm diesen Eingriff am Folgetage vor und übersandte dem Zeugen Prof. ... erneut Gewebe, das der Zeuge mittels Schnellschnitts untersuchte. Er teilte dann dem Beklagten, der sich mit dem Operationsteam zur Fortsetzung des Eingriffs bereit hielt, nach den Angaben des Beklagten im ersten Kammertermin telefonisch mit, nur der Paraffinschnitt könne Sicherheit bringen. Der Beklagte entschloß sich in der Annahme, es liege ein adenoid-zystisches Karzinom vor, zur radikalen Ausräumung des rechten Felsenbeines und nahm diesen Eingriff (Petrosektomie) vor. Als Folge des Eingriffs ist das rechte Ohr des Klägers ertaubt, die Kontinuität des Gesichtsnerven unterbrochen. Es liegt eine Teilparese der Gesichtsmuskulatur vor. Die histologische Untersuchung des entnommenen Gewebes durch den Zeugen ... hat ein adenoid-zystisches Karzinom nicht bestätigt. Sein Befund vom 09. November 1992 lautet: "Ein adenoid-zystisches Karzinom liegt nicht vor."	2
Der Kläger hat den Beklagten auf Zahlung eines Schmerzensgeldes und Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz materiellen und künftigen immateriellen Schadens in Anspruch genommen und ihm fehlerhaftes Vorgehen vorgeworfen. Der Beklagte hat Behandlungsfehler in Abrede gestellt. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien und ihrer in erster Instanz festgestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.	3
Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens, das der Gutachter der Kammer auch mündlich erläutert hat, abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er beantragt,	4
in Abänderung des angefochtenen Urteils	5
1.)	6
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld nicht unter 90.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	7
2.)	8
festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen materiellen und immateriellen zukünftigen Schaden aus der Operation vom 03.11.1992 vorbehaltlich eines Forderungsüberganges auf Sozial- und Krankenversicherungsträger zu erstatten,	9
3.)	10
	11

im Unterliegensfalle dem Kläger nachzulassen, Sicherheitsleistung durch Bürgschaft einer Deutschen Großbank oder Sparkasse zu erbringen.

Der Beklagte beantragt, 12

1. 13

die Berufung zurückzuweisen; 14

2. 15

ihm nachzulassen, Sicherheit durch selbstschuldnerische Bankbürgschaft einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Großbank oder eines öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts zu erbringen. 16

Beide Parteien wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Wegen der Einzelheiten ihres Vorbringens in zweiter Instanz wird auf die in dieser Instanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 17

Der Senat hat die Parteien angehört, Zeugen vernommen und den Sachverständigen zur nochmaligen Erläuterung seines Gutachtens veranlaßt; wegen des Ergebnisses wird auf den Vermerk des Berichterstatters zum Senatstermin vom 20.11.1996 verwiesen. 18

Entscheidungsgründe: 19

Die zulässige Berufung ist auch in der Sache begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten aus den §§823 Abs. 1, 847 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld und den mit der Klage verfolgten Feststellungsanspruch. 20

Der Senat läßt offen, ob der Beklagte bei der Operation vom 3. November 1992 fehlerhaft vorgegangen ist. Objektiv war der radikale Eingriff mit seinen für den Kläger weitreichenden Folgen nicht erforderlich, da ein adenoid-zystisches Karzinom, zu dessen Beseitigung er notwendig gewesen wäre, beim Kläger nach dem Ergebnis der histologischen Untersuchung nicht vorlag. Dementsprechend hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten die Einschätzung der Situation durch den Beklagten als falsch bezeichnet und dem Operateur eine in ihrem Grad freilich als niedrig eingeschätzte Fahrlässigkeit attestiert. Er hat es weiter als bekannt bezeichnet, daß adenoid-zystische Karzinome langsam wüchsen und es aus onkologischen Gesichtspunkten sicherlich vertretbar gewesen wäre, eine gesicherte Histologie abzuwarten. Bei seiner Anhörung vor der Kammer hat er ausgeführt, daß er, der Sachverständige, sich persönlich für ein Abwarten entschieden hätte. Alsdann hat er freilich die Entscheidung des Beklagten zur radikalen Operation aus onkologischer Sicht als im Zweifel richtig bezeichnet. In gleicher Weise hat er sich auch vor dem Senat geäußert und seine früheren anders lautenden Feststellungen als solche aus forensischer Sicht bezeichnet. 21

Indessen bedarf das keiner weiteren Klärung. Denn der Beklagte schuldet dem Kläger bereits deshalb Schadensersatz, weil der konkrete Eingriff in seiner Tragweite nicht von einer wirksamen Einwilligung des Klägers getragen und gerechtfertigt war; denn die Aufklärung des Klägers, die Grundlage seiner Einwilligung war, reichte nicht aus. Zwar glaubt der Senat dem Zeugen ..., daß er den Kläger am Vortrage der Operation und damit unter den gesamten Umständen rechtzeitig über das operative Vorgehen einschließlich einer etwaigen Tumorausräumung und über die handschriftlich auf der Einwilligungserklärung vermerkten Risiken aufgeklärt hat. Eine solche Aufklärung wäre ausreichend gewesen, wenn dem operativen Vorgehen sichere histologische Feststellungen über das Vorliegen eines 22

Karzinoms, das ein solches Vorgehen gerechtfertigt hätte, zugrundegelegen hätten. Indessen traf das nicht zu. Dem Beklagten war, wie er bei seiner Anhörung vor der Kammer eingeräumt hat, bekannt, daß der Pathologe nach der Untersuchung des mittels Schnellschnitt aufgearbeiteten Präparats den Tumorverdacht nicht als gesichert angesehen hat. Der Senat glaubt dem Zeugen Prof. ... auch, daß er dem Beklagten am Telefon vorgeschlagen hat, den Paraffinschnitt abzuwarten oder weiteres Gewebe zur Schnellschnittuntersuchung zu entnehmen. Die zuvor vom Beklagten veranlaßten diagnostischen Maßnahmen, nämlich die Untersuchungen mittels Ultraschall und Computertomographie, hatten keine zusätzlichen Anhaltspunkte für das vom Beklagten angenommene Karzinom ergeben. Überdies war die Lage für ein solches Karzinom untypisch. Die Entschließung zur radikalen Operation fußte nach alldem gerade nicht auf einer gesicherten Grundlage, wie sie sich der Kläger bei Abgabe seiner Einwilligungserklärung vorstellen mußte. Vielmehr hat der Beklagte in der Sache eine Abwägung zwischen den Nachteilen eines Operationsabbruchs bei Vorliegen eines Karzinoms und den unvermeidlichen Schädigungen einer vielleicht unnötigen Petrosektomie vorgenommen. Diese Abwägung hätte dem Kläger selbst überlassen bleiben müssen. Sein personaler Anspruch, nicht Objekt, sondern Subjekt der Behandlung zu sein, gebot, daß er nach entsprechender ärztlicher Unterrichtung selbst die Entscheidung traf, ob er im Interesse eines medizinisch sicheren Weges so belastende Folgen wie eine halbseitige Ertaubung und die mit der zwangsläufigen Nervenläsion verbundenen Lähmungserscheinungen bei nicht optimal gesicherter Diagnose auf sich nehmen oder ob er lieber die mit Operationsabbruch und -verschiebung verbundenen Risiken eingehen wollte. Folgt man der Auffassung, die der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat - deutlich abweichend vom schriftlichen Gutachten - zur Gefährlichkeit des Tumors vertreten hat, so hätte der Beklagte den Kläger bei der Aufklärung vor dem Eingriff im ersteren Sinne beraten dürfen; die Entscheidung abnehmen durfte er ihm indessen nicht. Das müßte selbst bei einem hohen Abbruchrisiko Geltung beanspruchen, um so mehr aber bei einem Tumor, der nach den Angaben des Sachverständigen langsam wächst und selten streut.

Als Operateur mußte der Beklagte, zumal angesichts des unsicheren Ergebnisses der ersten Schnellschnittuntersuchung, der Unergiebigkeit der weiteren Diagnostik und des offensichtlich ungewöhnlichen klinischen Bildes beim ersten Eingriff, damit rechnen, daß auch die zweite Schnellschnittuntersuchung evtl. keinen sicheren Befund ergeben würde; die intraoperative Situation, in der sich der Beklagte beim zweiten Eingriff befand, war als möglich vorhersehbar. Sie hätte deshalb in das Aufklärungsgespräch mit einbezogen werden müssen, was nach der eigenen Einlassung des Beklagten im Senatstermin nicht geschehen ist. 23

Daß sich der Kläger bei vollständiger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hatte, erscheint dem Senat schon angesichts der Schwere der Folgen des radikalen Eingriffs einerseits und der verhältnismäßig geringfügigen Verzögerung bei Durchführung eines Paraffinschnitts andererseits ohne weiteres einleuchtend. Er glaubt dem Kläger, daß er sich jedenfalls mit seiner Familie darüber beraten hätte, ob er die zwangsläufigen Nachteile des medizinisch sichereren Weges oder die Risiken einer sicheren diagnostischen Abklärung auf sich nehmen sollte. 24

Bei der Bemessung der Höhe des geschuldeten Schmerzensgeldes waren neben der Ertaubung des rechten Ohres und der Teillähmung im Gesichtsbereich, die deutlich sichtbar ist und auch im Senatstermin wahrzunehmen war, die Schmerzen zu berücksichtigen, unter denen der Kläger nach seinen glaubhaften Angaben operationsbedingt leidet; sie finden nach den Ausführungen des Sachverständigen ihre plausible Erklärung in Vernarbungen. Zu 25

berücksichtigen war ferner, daß der durch den Eingriff bedingte Verlust des Arbeitsplatzes und die seither vorliegende Erwerbsunfähigkeit nicht nur materielle Nachteile, sondern auch psychische Beeinträchtigungen mit sich bringen. Andererseits war zu beachten, daß auch die beim Kläger tatsächlich gegebene gutartige Erkrankung einen - wenn auch weniger weitreichenden - operativen Eingriff erfordert hätte. Bei Abwägung all dieser Umstände erschien dem Senat ein Schmerzensgeld von 90.000,00 DM angemessen.

Der Zinsanspruch beruht auf den §§291, 288 Abs. 1 BGB. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Das Urteil beschwert den Beklagten mit mehr als 60.000,00 DM.

26