

[AZA 0]

4C.170/1996/odi

I. Z I V I L A B T E I L U N G

1. Juli 1997

Es wirken mit: Bundesrichterin und Bundesrichter Walter,
Präsident, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler und Gerichtsschreiber Gelzer.

In Sachen

L. _____, Beklagter und Berufungskläger,

gegen

T. _____, Kläger und Berufungsbeklagten,

betreffend

Auftrag, Schadenersatz, Genugtuung,

hat sich ergeben:

A.- Am 12. Dezember 1986 gelangte T. _____ notfallmässig an den Zahnarzt Dr. L. _____, welcher feststellte, dass sowohl im Ober- wie auch im Unterkiefer der Ersatz mehrerer Zähne durch eine Prothese notwendig war. T. _____ erklärte sich mit dieser Behandlung einverstanden, welche von Dr. L. _____ vom 21. Januar bis 13. März 1987 ausgeführt wurde. In der Folge bemängelte T. _____ die eingesetzte Prothese in verschiedener Hinsicht und machte geltend, sie halte schlecht, er könne nicht richtig kauen und es würden zunehmend starke Schmerzen auftreten. Zudem sei die Prothese zu dick. Nach Angaben von Dr. L. _____ wurde diese deshalb unter Hinweis auf das Bruchrisiko abgeschliffen. In der Folge brach die Prothese, worauf T. _____ sie von Dr. F. _____ in der Zeit vom 7. September bis 28. Dezember 1987 reparieren liess.

Am 24. März 1987 erhielt T. _____ von Dr. L. _____ die Schlussabrechnung über Fr. 18'827.--, welche sich aus dem rein zahnärztlichen Honorar von Fr. 13'949.-- sowie den Laborkosten und den Kosten des Zahntechnikers von Fr. 4'878.-- zusammensetzte. Vom Rechnungsbetrag wurde der bereits am 12. Februar 1987 bezahlte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- abgezogen. T. _____ weigerte sich, die Rechnung zu bezahlen, und wandte sich an die Honorarprüfungskommission der Graubündner Zahnärzte-Gesellschaft. Diese liess die Rechnung durch Dr. J. _____ und Dr. W. _____, Chur, überprüfen und stellte gestützt auf deren Berichte mit Entscheid vom 2. Februar 1988 fest, dass die Honorarforderung von Dr. L. _____ den Maximalansatz des Tarifrahmens um mindestens Fr. 4'044.50 überschreite und die Prothese ungenügend und fehlerhaft gewesen sei. Die Honorarprüfungskommission unterbreitete daher den Einigungsvorschlag, die Rechnung auf Fr. 14'782.50 zu kürzen und die

geschätzten Kosten für die Sanierung des Zahnersatzes von Fr. 5'000.-- abzuziehen. T. _____ erklärte sich im Gegensatz zu Dr. L. _____ mit dem Einigungsvorschlag nicht einverstanden.

In der Zeit vom 23. März bis 6. Juli 1988 liess sich T. _____ bei Dr. X. _____ in Varese eine neue Zahnprothese anfertigen und einpassen, wofür er insgesamt 10 Mio Liren bzw. umgerechnet nach dem damaligen mittleren Lirakurs von 0.112 Fr. 8'928.-- bezahlte.

B.- Am 10. Februar 1988 machte T. _____ beim Vermittleramt Oberengadin gegenüber Dr. L. _____ eine Klage auf Zahlung von Fr. 12'318.-- nebst Zins zu 5 % seit 10. Februar 1988 hängig, mit der er insbesondere die Erstattung der Sanierungskosten bei Dr. X. _____ und der damit verbundenen Spesen verlangte. Der Kläger machte zudem eine Genugtuungsforderung in der Höhe von Fr. 5'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 16. März 1987 geltend. Der Beklagte bestritt diese Ansprüche und erhob Widerklage auf Bezahlung von Fr. 4'782.50 nebst Zins zu 5 % seit 24. Dezember 1987.

Mit Urteil vom 6. Dezember 1994 wies das Bezirksgericht Maloja die Klage ab und hiess die Widerklage im Umfang von Fr. 4'610.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 10. Februar 1988 gut. Auf Berufung des Klägers hin hob das Kantonsgericht von Graubünden das erstinstanzliche Urteil auf, wies die Widerklage ab und hiess die Klage insoweit gut, als es den Beklagten verpflichtete, dem Kläger Fr. 4'035.50 nebst 5 % Verzugszins ab 10. Februar 1988 sowie eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- nebst 5 % Zins seit 16. März 1987 zu bezahlen.

C.- Der Beklagte hat sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch eidgenössische Berufung erhoben. Das Bundesgericht hat die Beschwerde mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Mit der vorliegenden Berufung stellt der Beklagte das Begehren, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Der Kläger und das Kantonsgericht schliessen auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift anzugeben, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie der angefochtene Entscheid verletzt. Unzulässig sind dagegen Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweismwürdigung der Vorinstanz richten (BGE 120 II 97 E. 2b S. 99, 119 II 84 E. 3, 116 II 93 E. 2, 489 E. d, 749 mit Hinweisen), es sei denn, es werde dieser zugleich ein offensichtliches Versehen, eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) oder unvollständige Ermittlung des Sachverhalts vorgeworfen (Art. 64 OG).

Gegen diese Vorschriften verstösst der Beklagte, wenn er, ohne eine der genannten Ausnahmen geltend zu machen, versucht, das vom Obergericht festgehaltene Beweisergebnis in Zweifel zu ziehen und die im angefochtenen Entscheid getroffenen tatsächlichen Feststellungen durch andere zu ersetzen. Dies gilt insbesondere für die Behauptung des Beklagten, die Dauer der Behandlung des Klägers bei Dr. X. _____ zwischen dem 23. März und dem 6. Juli 1988

und die dafür bezahlten Kosten seien nicht nachgewiesen. Unzulässig ist auch die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung.

2.- Der Beklagte macht sodann sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie auf die Herstellung der Hybridprothesen die Bestimmungen über den Auftrag und nicht diejenigen über den Werkvertrag angewendet habe.

Die Rüge ist unbegründet. Gemäss BGE 110 II 375 E. 1b untersteht die gesamte Tätigkeit des Zahnarztes dem Auftragsrecht (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl. 1996, S. 14 Rz. 44). Auf diese Rechtsprechung zurückzukommen, besteht kein Anlass. Ob der Zahnarzt im Rahmen der Behandlung gewisse technische Vorrichtungen selber herstellt oder durch einen Zahntechniker herstellen lässt, spielt daher entgegen der Ansicht des Beklagten keine Rolle.

3.- Weiter rügt der Beklagte, die Vorinstanz verkenne die Bedeutung des im Vergleichsvorschlag der Honorarprüfungskommission vom bereinigten Honorar abgezogenen Betrages von Fr. 5'000.--. Dieser sei für die Anfertigung neuer Prothesen bestimmt gewesen und umfasse auch die Kosten des Zahnarztes für die Einsetzungsarbeiten.

Der Beklagte übersieht, dass die geschätzten Sanierungskosten von Fr. 5'000.-- nicht entscheidungserheblich sind, weil das Kantonsgericht den durch die mangelhafte Prothese verursachten Schaden im Gegensatz zur Honorarprüfungskommission nicht abstrakt schätzte, sondern konkret anhand der bei Dr. X. _____ vorgenommenen Behandlung beurteilte.

Auf die Berufung kann daher bezüglich der geschätzten Sanierungskosten von Fr. 5'000.-- mangels Beschwer nicht eingetreten werden.

4.- Die Vorinstanz ging davon aus, dass der vom Kläger für die Behandlung in Varese geltend gemachte Arbeitsausfall von vierzig Stunden für zehn Sitzungen (inklusive Fahrzeit) gewiss an der unteren Grenze liege. Dieser Arbeitsausfall sei damit ausgewiesen, zumal der Stundenlohn von Fr. 25.-- nicht zu beanstanden sei. Aber auch die Fahrspesen von Fr. 3'500.-- seien ausgewiesen. Es könne dem Kläger nicht vorgehalten werden, dass er sich zu einem Zahnarzt nach Varese begab, zumal er in der fraglichen Zeit für die Firma Benetton sowohl in der Schweiz wie auch in Italien arbeitete. Hätte sich der Kläger für die Sanierung der Hybridprothesen nach Chur begeben, wären wohl die Fahrspesen um einiges tiefer ausgefallen. Hingegen wäre der Arbeitsausfall für eine Sanierung in Chur bedeutend höher ausgefallen, so dass sich betragsmässig kein Unterschied ergäbe. Dem Kläger sei somit unter dem Titel Spesen ein Betrag von Fr. 4'500.-- zuzusprechen.

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe sich in diesem Zusammenhang keine Rechenschaft über die Schadensminderungspflicht des Klägers gegeben. Richtigerweise habe dieser die Spesen für die Behandlung in Varese selber zu übernehmen, weil sie unnötig waren. Weswegen der Arbeitsausfall für eine Sanierung in Chur höher ausgefallen wäre, sei nicht auszumachen.

a) Bestand und Höhe des Schadens sind Tatfragen, über die das kantonale Sachgericht grundsätzlich abschliessend befindet. Das Bundesgericht kann auf Berufung hin aber

prüfen, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verstossen hat (BGE 122 III 219 E. 3b S. 222 mit Hinweisen).

Schaden im Rechtssinne ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Diese kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 115 II 474 E. 3a S. 481; 116 II 441 E. 3a/aa S. 444 mit Hinweis).

b) Die Vorinstanz geht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, der Kläger hätte sich auch in Chur behandeln lassen können, was dazu geführt hätte, dass die Fahrspesen um einiges tiefer ausgefallen wären. Daraus ergibt sich, dass der Kläger nicht gezwungen war, die Behandlung in Varese vorzunehmen. Er wählte diesen Behandlungsort offenbar, weil er die Reisen dorthin mit seiner beruflichen Tätigkeit in Italien verbinden konnte. Die Vorinstanz hat demnach missachtet, dass die Fahrten nach Varese grundsätzlich freiwillig erfolgten und die entsprechenden Spesen daher nur insoweit als Schaden qualifiziert werden können als sie alleine aufgrund der Zahnbehandlung notwendig waren. Der Kläger kann bezüglich der beruflich mitbedingten Fahrten entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch keinen Arbeitsausfall geltend machen. Ein solcher ist nur für die Zeit zu bejahen, während der der Kläger durch die Behandlung bei Dr. X. _____ und den ausschliesslich dadurch verursachten Anfahrtsweg an seiner Arbeitstätigkeit gehindert wurde. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz erlauben es nicht, die Höhe dieser Spesen zu ermitteln. Die Sache ist daher gemäss Art. 64 Abs. 1 OG zur Sachverhaltsergänzung und Neuentscheidung im Sinne dieser Erwägung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.- Das Kantonsgericht sprach dem Kläger eine Genugtuungssumme von Fr. 1'000.-- zu. Es nahm an, es liege in bezug auf die Anfertigung der Prothese eine Vertragsverletzung vor, welche dazu geführt habe, dass der Kläger nach Abschluss der Behandlung durch den Beklagten bis zur Fertigstellung der neuen Prothese über ein Jahr mit völlig unbrauchbaren Prothesen leben müssen, welche ihn insbesondere beim Essen und Sprechen behindert sowie ihn in seinem Aussehen beeinträchtigt hätten. Sodann habe er sich aufgrund der teilweise misslungenen Behandlung des Beklagten einer zweiten Behandlung unterziehen müssen, was einen mit erneuten Schmerzen und weiteren Unannehmlichkeiten verbundenen Eingriff in die körperliche Integrität des Klägers zur Folge hatte, welcher bei sorgfältiger Ausführung des Auftrages nicht notwendig gewesen wäre. Unter diesen Umständen seien die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung gegeben.

Der Beklagte verneint dies und macht geltend, die Zahnbehandlung stelle keine unerlaubte Körperverletzung dar. Zudem wäre diese nicht schwer und ohne dauernde Folgen gewesen, so dass nach der Judikatur und Literatur keine Genugtuung zuzusprechen sei.

a)aa) Die körperliche Integrität ist ein absolut geschütztes Rechtsgut, weshalb ihre Verletzung widerrechtlich ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Bei ärztlicher Behandlung steht die Rechtfertigung durch die Einwilligung des Patienten im Vordergrund (BGE 113 Ib 420 E. 4 S. 424).

bb) Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat gemäss Art. 49 Abs. 1 OR Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. Bei Tötung eines Menschen oder

Körperverletzung kann der Richter gemäss Art. 47 OR dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten unter Würdigung der besonderen Umstände eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Da diese Bestimmung ein Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 1 OR darstellt, ist als besonderer Umstand insbesondere die Schwere der Verletzung zu beachten (BGE 89 II 396 E. 3 S. 400, 112 II 131 E. 2). Körperverletzungen rechtfertigen daher grundsätzlich nur dann eine Genugtuung, wenn sie erheblich sind. Dies ist im allgemeinen dann der Fall, wenn sie wie beim Verlust eines Auges oder des Gehörs auf einem Ohr zu dauernden Schädigungen führen (BGE 121 II 369 E. 3c/bb S. 374; 110 II 163 E. 1c S. 166 mit Hinweisen). Bei vorübergehenden Beeinträchtigungen ist eine entsprechende Schwere erforderlich, die sich zum Beispiel aus einer Lebensgefährdung, einem langen Spitalaufenthalt oder besonders heftigen oder langandauernden Schmerzen ergeben kann (Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. II., S. 117; Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, S. 79; Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, 2. Aufl. 1982, S. 93 Rz. 24 f.; Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, S. 90 f. Rz. 456; vgl. auch Brehm, *Berner Kommentar*, N 163 zu Art. 47 OR; Hütte/Ducksch, *Die Genugtuung*, Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide aus den Jahren 1984 - 1996, 3. Aufl. 1996, Tabelle VIII 1984 - 1986 Nr. 3 und 10; Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, Bd. I, S. 444 Rz. 59). Ein Arm- oder Beinbruch, der rasch und ohne Schwierigkeiten verheilt, rechtfertigt grundsätzlich keinen Genugtuungsanspruch (Keller, a.a.O., S. 117; vgl. auch Hütte/Ducksch, a.a.O., S. 64 Fn. 191; Oftinger/Stark, a.a.O., S. 432 Rz. 32 und Fn. 69).

cc) Bei der Beurteilung der Frage, ob besondere Umstände eine Genugtuung rechtfertigen, steht dem Richter ein weites Ermessen zu (BGE 115 II 156 E. 1). Solche Ermessensentscheide kann das Bundesgericht im Berufungsverfahren frei

überprüfen. Es auferlegt sich dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn der Sachrichter grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung ermittelten Grundsätzen abgewichen ist, wenn er Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn er umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die er in seinen Entscheid hätte miteinbeziehen müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig bzw. als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 123 III 10, E. 4c/aa mit Hinweisen).

b) Im vorliegenden Fall liegt entgegen der Ansicht des Beklagten ein widerrechtlicher Eingriff in die körperliche Integrität des Klägers vor, weil die Einsetzung einer mangelhaften Zahnprothese gegen die ärztlichen Sorgfaltspflichten versties und der Kläger dazu nicht einwilligte. Die verursachten Schmerzen des Klägers sind damit geeignet, eine Genugtuung zu rechtfertigen, wenn sie die erforderliche Schwere erreichen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Kläger aufgrund der mangelhaften Prothese beim Sprechen und Kauen behindert und in seinem Äusseren beeinträchtigt war, was erfahrungsgemäss aufgrund der wichtigen sozialen Bedeutung der Kommunikation und der Empfindlichkeit des Mundes zu einer erheblichen Beeinträchtigung des physischen und psychischen Wohlbefindens führt. Da diese über ein Jahr lang andauerte, hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, indem sie die für eine Genugtuung erforderliche Schwere der Persönlichkeitsverletzung bejahte.

6.- Nach dem Gesagten ist die Berufung teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der blosse Teilerfolg des Beklagten rechtfertigt es, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 156 Abs. 3 und Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 6. September 1995 wird aufgehoben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.-- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.- Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht von Graubünden schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Juli 1997

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: