

AG_ZIVILGERICHT ZOR.2023.14 vom 29. Juni 2023

Ag Zivilgericht, 2023-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZOR.2023.14

FR: AG_ZIVILGERICHT ZOR.2023.14 du 29 juin 2023

IT: AG_ZIVILGERICHT ZOR.2023.14 del 29 giugno 2023

Erwägungen

E. 1.1

Mit Klage vom 10. November 2017 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Aarau folgendes Rechtsbegehren: " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten - Fr. 1'201'314.- - zzgl. 5 % Schadenszins - über den bisherigen Erwerbs-, Haushalts-, Betreuungs- sowie Kostenschaden auf den mittleren Verfall bis Urteilstag und - über den Betrag von Fr. 100'000.- seit 7. Juli 2010 bis Urteilstag an die Klägerin zu bezahlen.

E. 1.2

Mit Klageantwort vom 7. Mai 2018 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage.

E. 1.3

Mit Replik vom 14. August 2018 reduzierte die Klägerin ihr Begehren von Fr. 1'201'314.00 auf Fr. 1'149'103.00.

E. 1.4

Mit Duplik vom 17. Oktober 2018 hielt die Beklagte am Antrag auf kosten- fällige Klageabweisung fest.

E. 1.5

Am 17. Januar 2019 fand vor dem Gerichtspräsidium Aarau eine Instruktionsverhandlung statt.

E. 1.6

Mit Eingabe vom 6. März 2019 erstatte die Klägerin eine Stellungnahme zu (behaupteten) Dupliknoten. Es folgten unaufgefordert Eingaben vom 20. März 2019 (Beklagte) und 26. März 2019 (Klägerin).

- 3 -

E. 1.7

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. Juni 2019 vor dem Bezirksgericht Aarau, der die als Zeugin vorgeladene C. unentschuldigt fernblieb, wurden die Zeugen D., E., F. und Dr. med. G. (dieser als sachverständiger Zeuge) sowie die Parteien befragt.

E. 1.8.1

Mit Verfügung vom 19. März 2020 wurde Dr. med. H. der Auftrag zur Erstellung eines Sachverständigengutachtens erteilt, das am 15. September 2020 erstattet wurde.

E. 1.8.2

Mit Beschlüssen vom 29. Januar 2021 und 2. Juni 2021 wurden dem Experten Ergänzungsfragen unterbreitet, die dieser am 28. April 2021 bzw.

E. 1.9

Am 19. Januar 2022 fand eine zweite Instruktionsverhandlung vor dem Gerichtspräsidium Aarau statt.

E. 1.10

Mit Eingaben vom 1. März 2022 (Beklagte) bzw. 14. März 2022 (Klägerin) reichten die Parteien ihre abschliessenden Stellungnahmen ein, wobei die Klägerin am Klagebegehren und die Beklagte am Antrag auf Klageabweisung festhielt.

E. 1.11

Am 18. August 2022 erging folgender Entscheid des Bezirksgerichts Aarau: " 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr für den begründeten Entscheid von Fr. 25'106.00 und den Kosten für die Beweisführung von Fr. 9'757.90 (Übersetzungskosten und Zeugenentschädigung von Fr. 757.90 sowie Kosten für das Gutachten von gesamthaft Fr. 9'000.00), insgesamt Fr. 34'863.90 werden der Klägerin auferlegt. Sie gehen infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen zu Lasten des Kantons. Die Klägerin ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO). 3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 95'500.00 (inkl. MwSt. von Fr. 6'828.00 und Auslagen von gesamthaft Fr. 529.50) zu bezahlen.

- 4 - 4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Klägerin wird mit Fr. 95'930.70 (inkl. Fr. 6'895.75 MwSt., bestehend aus 8 % MwSt. auf Fr. 13'355.25 und 7.7 % MwSt. auf Fr. 75'679.75, sowie Auslagen von gesamthaft Fr. 893.30) vom Kanton entschädigt. Die Klägerin ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO)."

2.

E. 2

Der Klägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und sie sei von jeglichen Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie von den Gerichtskosten zu befreien.

E. 2.1

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinandergesetzt (REETZ/THEILER, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Begründen bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke, auf welche sich die Kritik stützt, bedingt (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, 5A_466/2016 E. 2.3). Allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Entscheid genügt nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, 5A_466/2016 E. 2.3, 4A_651/2012 E. 4.2; OGer ZH, LB180064 E. 1.2; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 896; HURNI, Der Rechtsmittelprozess

der ZPO, ZBJV 2020, S. 76). Auch mit blossen Wiederholungen der eigenen Vorbringen vor erster Instanz, die von dieser bereits abgehandelt wurden, wird dem Begründungserfordernis nicht Genüge getan (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, 5A_466/2016 E. 2.3, 4A_651/2012 E. 4.2; OGer ZH, LB180064 E. 1.2; REETZ/THEILER, a.a.O.; HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N. 31 ZPO; SEILER, a.a.O.; HURNI, a.a.O., S. 75 f.). Der Berufungskläger hat dem angefochtenen Entscheid vielmehr eine Gegenargumentation entgegenzustellen (HURNI, a.a.O., S. 74 und 75 ff.). Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung

- 6 - und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Sie ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Sie kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 4A_397/2016 E. 3.1). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substantiierungs- und Beweislast trifft (BGE 5A_266/2015 E. 3.2.2).

E. 2.2

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). 3.

E. 3

Der Klägerin sei zur Vorbereitung und Durchführung des Klageverfahrens RA Patrick Lerch als unentgeltlicher Vertreter zu bestellen und dieser sei hierfür angemessen zu entschädigen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

E. 3.1

Die Klägerin begab sich am 6. Juli 2010 wegen eines Hämorrhoidalleidens in die Praxis der Beklagten, wobei die Parteien für den nächsten Tag die Durchführung einer Koloskopie vereinbarten (Klage, act. 4 Rz. 6; Klageantwort, act. 89 Rz. 52). Die Beklagte gab der Klägerin ein Informationsblatt mit, das einen zur Geringhaltung des Komplikationsrisikos entworfenen Fragenkatalog sowie eine vorgedruckte Einwilligungserklärung enthielt und das die Klägerin am Folgetag ausgefüllt sowie unterzeichnet in die Praxis der Beklagten brachte (Klageantwortbeilage 3). Ohne weitere mündliche Aufklärung der Klägerin durch die Beklagte wurde daraufhin am 7. Juli 2010 (Mittwoch) die Koloskopie durchgeführt, wobei ein zufällig im Darmsigma 40 cm ab ano vorgefundener Polyp entfernt und abschliessend die Hämorrhoiden mit fünf Gummibandligaturen behandelt wurden (Klage, act. 4, Bericht zur Koloskopie, Klagebeilage 4). In der Folge persistierten bei der Klä-

gerin Schmerzen, zunächst im Unterbauch, die sich nach dem 8. Juli 2010 in den Oberbauch verlagerten (so insbesondere auch das I.-Gutachten [Klagebeilage 15 S. 17 unten]). Am Morgen des 8. Juli 2010 (zweimal) und dann wieder am 12. Juli 2010 rief der damalige Lebenspartner der Klägerin in die beklagte Praxis an (Klagebeilagen 6 und 7), wobei er ihren Zustand ([starke] Schmerzen sowie zusätzliche Symptome wie Erbrechen und Fieber) bzw. dessen Veränderung (Verlagerung der Schmerzen in den Oberbauch) schilderte (vgl. Krankengeschichte, Klagebeilage 3), ohne dass die Beklagte weitere Abklärungen veranlasste. Am 13. Juli 2010

- 7 - (Dienstag) wurde die Klägerin ins J. (J.) gebracht, wo gleichentags wegen einer "gedeckten Kolonperforation der linken Flexur mit ausgedehntem subsplenischem/retrokolischem Abszess" notfallmässig eine Laparotomie mit "Hemikolektomie links mit Transverso-Sigmoidostomie" durchgeführt wurde; wegen am 31. Juli 2010 aufgetretener Abdominalschmerzen erfolgte am 2. August 2010 eine CT-gesteuerte Abszessdrainage, ehe die Klägerin am 11. August 2010 aus dem Spital entlassen werden konnte (Austrittsbericht des J. vom 19. August 2010; Klagebeilage 11). Wegen eines Abszessrezidivs erfolgte eine weitere Hospitalisation der Klägerin vom 18. bis 24. August 2010 mit CT-gesteuerter Abszessdrainage am 19. August 2010 (Austrittsbericht des J. vom 7. September 2010, Klagebeilage 12).

E. 3.2

Mit ihrer vor Vorinstanz eingereichten Klage machte die Klägerin wegen einer durch die traumatischen Ereignisse nach der Intervention vom 7. Juli 2010 verursachten depressiven Störung (atypische Depression, im Verlauf auch mittelgradige depressive Episode) mit verschiedensten psychosomatischen Beschwerden (zum einen Symptomatik von Bewegungsapparat [in/an Nacken, Rücken, Händen und Beinen], Bauch [Druckgefühl in Magen und Unterbauch] und Kopf [Schwindel], zum andern Erbrechen [zwei- bis dreimal täglich], Panikattacken und dissoziative Symptome, vgl. Klage, act. 14 f. Rz. 26 f.) diverse Schadenersatzforderungen (Erwerbsschaden, Haushaltschaden [je auch für die Zukunft], Rentenschaden, Betreuungs- und Pflegeschaden für die Zeit vom 7. Juli 2010 bis Ende 2010, Schaden im Umfang der von der Klägerin selbst getragenen und auch künftig noch zu tragenden Heilungskosten [Franchise und Selbstbehalt], vorprozessuale Anwaltskosten) sowie eine Genugtuung geltend (Klage, act. 21 ff. Rz. 40- 67). Diese gesundheitlichen Störungen setzten die Klägerin ausserstande, den häuslichen und ausserhäuslichen Alltag für sich und ihre Tochter zu bewältigen (Klage, act. 17 Rz. 33). Sie seien keinesfalls schicksalhaft aufgetreten, sondern kausal auf den durch mehrfache sorgfaltswidrige Unterlassungen der Beklagten (ungenügende Aufklärung über die Risiken des Eingriffs sowie ungenügende postinterventionelle Betreuung, Klage, act. 9 ff. Rz. 16-23) gekennzeichneten "postinterventionellen Verlauf" unter anderem mit massivsten Schmerzen, lebensbedrohlichem Zustand und die langwierige, komplikationsbehaftete Notfallbehandlung mit bleibenden grossen Narben zurückzuführen (Klage, act. 14 Rz. 26 und 28). Die Beklagte bestritt eine Haftung im Zusammenhang mit der gastroenterologischen Behandlung der Klägerin vom 7. Juli 2010. Sollte eine Sorgfaltspflichtverletzung bejaht werden, fehle es an der Kausalität zwischen dieser und den Beschwerden der Klägerin. Es werde von wesentlichen gastrointestinalen und psychischen Vorzuständen inkl. psychosozialen Belastungsfaktoren der Klägerin ausgegangen, die für die Beurteilung des

- 8 - Kausalzusammenhangs von Bedeutung seien (vgl. insbesondere Klageantwort, act. 78 f. Rz. 7-11).

E. 3.3

Zwar ging die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vorab davon aus, dass die Beklagte ihrer Dokumentationspflicht im Hinblick auf die unmittelbare Nachbetreuung des Eingriffs vom 7. Juli 2010 nicht hinreichend nachgekommen bzw. die Patientendokumentation insoweit ungenügend gewesen sei. Dies führe aber nicht zu einer Beweislasteichterung, weil die Dokumentation weder medizinisch notwendig noch üblich gewesen sei, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 III 363 E. 5.3) für den Eintritt dieser beweisrechtlichen Konsequenzen zu verlangen wäre (angefochtener Entscheid E. 6). Alsdann bejahte die Vorinstanz eine gültige Einwilligung der Klägerin in den von der Beklagten am 7. Juli 2010 vorgenommenen medizinischen Eingriff (Koloskopie mit Polypektomie) (angefochtener Entscheid E. 7) und verneinte für die Zeit vor dem

E. 3.4

In ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, dass - keine rechtsgültige Einwilligung der Klägerin in den von der Beklagten vorgenommenen Eingriff (Koloskopie mit Polypektomie) vorgelegen habe, was zu einer vollen Haftung

- 9 - der Beklagten für sämtliche Folgen des – mangels einer Einwilligung – rechtswidrigen Eingriffs führe (Berufung S. 13 ff. Rz. 26 ff., so schon Klage, act. 9 Rz. 17), - die Beklagte ihre auftragsrechtlich geschuldete Dokumentationspflicht verletzt habe, was mit einer Beweiserleichterung zu sanktionieren sei (Berufung S. 7 ff. Rz. 16 ff.), und - die Beklagte den Eintritt des mit dem vorgenommenen Eingriff (Polypektomie) verbundenen Risikos (primäre Perforation der Darmwand, Berufung S. 20 ff. und 37 Rz. 47 ff. und 84) von Beginn weg sorgfaltswidrig verkannt habe (Berufung S. 20 ff. Rz. 46 ff.). Die vollumfängliche Haftung der Beklagten ergebe sich daraus, dass - die Polypektomie rechtswidrig vorgenommen worden sei und/oder daraus, dass - die Darmwandperforation aufgrund des Fehlverhaltens der Beklagten weder am 7. Juli oder 8. Juli noch zwischen dem 9. und 13. Juli 2010 erkannt und adäquat therapiert worden sei, - das Fehlverhalten der Beklagten schuldhaft sowie kausal für den von der Klägerin geltend gemachten Schaden gewesen sei (Berufung S. 53 Rz. 130).

4. 4.1. Der Behandlungsvertrag zwischen einem Arzt und einem Patienten ist ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR (FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 185 zu Art. 394 OR). Dabei handelt es sich um ein prototypisches Auftragsverhältnis, in dem der Erfolg, für dessen Erzielung der Beauftragte vom Auftraggeber beigezogen wird (im Arztvertrag die Stellung einer korrekten Diagnose bzw. erfolgreiche Behandlung/Heilung), nicht in jedem Fall garantiert werden kann. Geschuldet ist vom Beauftragten ein sorgfältiges, auf die Verwirklichung des Erfolgs gerichtetes Tätigwerden. Im Arztvertrag geht es um sorgfältige Abklärung der vom Patienten geklagten Symptome, korrekte Behandlung sowie im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen um korrekte Überwachung und Nachkontrolle. Bleibt eine Heilung trotz sorgfältigen Tätigwerdens des Arztes aus, kann der Patient von diesem die auf die gesundheitliche Störung zurückzuführende Vermögensverminderung nicht als Schaden geltend machen. Vielmehr bleibt er zur Bezahlung der verabredeten oder üblichen Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR) verpflichtet (soweit nicht zeitlich übermässiger Aufwand betrieben wurde, wofür von vornherein keine Vergütung geschuldet ist, vgl. FELLMANN, a.a.O., N. 532 zu Art. 394

OR).

- 10 - 4.2. 4.2.1. Der Beauftragte kann den Auftraggeber bei der Erfüllung des Vertrags nicht nur dadurch schädigen, dass durch sein unsorgfältiges Tätigwerden das an sich mögliche Erreichen des vom Auftraggeber anvisierten Ziels verfehlt wird; er kann ihn auch darüber hinaus selber schädigen. So kann es bei der im Rahmen eines Arztvertrags erbrachten Heilbehandlung – statt zu einer Heilung – zu einer (unbeabsichtigten) zusätzlichen Körperschädigung kommen, etwa durch die Abgabe eines Medikaments oder anlässlich einer Operation. Ist diese zusätzliche Körperschädigung auf ein sorgfaltswidriges Vorgehen des Arztes (Kunstfehler) zurückzuführen (z.B. irrtümliche Abgabe eines falschen Medikaments im Gegensatz zu Nebenwirkungen), liegt sowohl eine Vertragsverletzung als auch eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR vor, die sowohl nach Art. 97 als auch nach Art. 41 OR eine Schadenersatzpflicht des Beauftragten nach sich zieht (zur Anspruchs konkurrenz vgl. anstelle vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., 2020, Rz. 67.06). 4.2.2. Da in einer Körperverletzung – vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrunds – eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR zu erblicken ist, ist jedenfalls nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für jeden ärztlichen Eingriff die Einwilligung des Patienten erforderlich und der ohne solche Einwilligung vorgenommene Eingriff widerrechtlich (und vertragswidrig); dies mit der Folge, dass der auf den Eingriff zurückzuführende Schaden durch den Arzt grundsätzlich selbst dann zu ersetzen ist, wenn der ärztliche Eingriff mit aller gebotenen Sorgfalt vorgenommen wurde und sich lediglich ein mit diesem verbundenes, nicht vermeidbares Restrisiko verwirklicht hat. Dabei kann der Arzt die Einwilligung des Patienten grundsätzlich nur dann als Rechtfertigungsgrund anrufen, wenn er den Patienten hinreichend über die mit der geplanten medizinischen Massnahme verbundenen Risiken aufgeklärt hat (BGE 133 III 121 E. 4.1.1). Immerhin kann sich der Arzt im Falle einer unterbliebenen Aufklärung bzw. fehlenden tatsächlichen Einwilligung darauf berufen, dass der Patient auch bei hinreichender Aufklärung eingewilligt hätte (hypothetische Einwilligung, BGE 133 III 121 E. 4.1.3; vgl. dazu E. 7.3 des angefochtenen Entscheids sowie nachfolgende E. 5.2). Dabei geht es allerdings nicht allein um die Frage der Widerrechtlichkeit, sondern darum, ob bei einem alternativen rechtmässigen Verhalten des Arztes der nun eingetretene Schaden ebenfalls eingetreten wäre, d.h. um die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens (BGE 4A_160/2015 E. 5.2.2.). 4.2.3. Da die (tatsächliche oder hypothetische) Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität und damit

- 11 - eine rechtshindernde Tatsache darstellt, trifft den Arzt die Beweislast für die Einwilligung (BGE 133 III 121 E. 4.1.3, BGE 4A_160/2015 E. 5.2.1; LARDELLI/VETTER, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2022, N. 62 zu Art. 8 ZGB). Be ruft sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung, trifft den Patienten eine Mitwirkungspflicht insoweit, als er glaubhaft zu machen oder wenigstens die persönlichen Gründe anzuführen hat, warum er sich der Operation widersetzt hätte, insbesondere wenn er die Risiken gekannt hätte. Grundsätzlich darf nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden, wenn Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätten, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist. In einem solchen Fall ist es in der Tat denkbar, dass sich der Patient, hätte er die umfassende Information erhalten, in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in einem echten Konflikt befunden und eine Überlegungszeit verlangt hätte. Nach der Rechtsprechung darf nicht auf ein abstraktes

Modell des "vernünftigen Patienten" abgestellt werden, sondern auf die persönliche und konkrete Situation des Patienten, um den es geht. Nur wenn der Patient keine persönlichen Gründe geltend macht, die ihn zur Ablehnung der vorgeschlagenen Operation geführt hätten, ist nach objektivem Massstab auf die Frage abzustellen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständlich wäre (BGE 133 III 121 E. 4.1.3; BGE 4A_160/2015 E. 5.2.1 und 5.2.2).

4.3. 4.3.1. Für eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 bzw. Art. 41 OR muss (a) ein rechtserheblicher (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen (b) der Vertragsverletzung bzw. unerlaubten Handlung und (c) dem geltend gemachten Schaden bestehen (zum Schaden im juristischen Sinn als unfreiwillige Vermögensverminderung im Sinne der Differenztheorie [BGE 128 III 22 E. 2e] vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 14.03 ff.). Zu diesen drei Voraussetzungen muss als vierte Voraussetzung (d) für beide Haftungsformen ein Verschulden hinzutreten; dieses setzt sich aus einem objektiven Komponente (Vorsatz oder – durch Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gekennzeichnete [SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 22.14] – Fahrlässigkeit) und einer subjektiven Komponente (Urteilsfähigkeit) zusammen (vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 22.01 ff.). Während das Verschulden im Rahmen eines Vertrags vermutet wird (Art. 97 OR), ist es im Zusammenhang mit einer unerlaubten Handlung nach Art. 8 ZGB von der geschädigten Person zu beweisen (vgl. immerhin BGE 117 II 231 E. 2b, wonach Urteilsfähigkeit als subjektive Seite des Verschuldens bei einer erwachsenen bzw. volljährigen Person vermutet wird).

4.3.2. Für die Schadenersatzpflicht im Zusammenhang mit einer (misslungenen) ärztlichen Behandlung sind zwei Besonderheiten zu beachten:

- 12 - 4.3.2.1. Da bei einem prototypischen Auftrag als Dienstleistungsvertrag kein Erfolg geschuldet ist, kann anders als bei einem Sach- oder Werkleistungsvertrag die Vertragsverletzung nicht im Ausbleiben des erhofften Erfolgs erblickt werden. Vielmehr besteht die Vertragsverletzung im Ausserachtlassen der geschuldeten Sorgfalt durch den Beauftragten (vgl. dazu vorstehende E. 4.1). Dadurch wird die Sorgfaltspflicht aus dem Bereich des Verschuldens (wo Sorgfaltspflichtverletzung den Fahrlässigkeitsvorwurf rechtfertigt) herausgelöst und in den Bereich der Vertragsverletzung vorverlagert. Dies hat zum einen zur Folge, dass ein geschädigter Patient, auch wenn er sich auf Art. 97 OR beruft, die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Beauftragten zu beweisen hat (während im Rahmen eines Sach- bzw. Werkleistungsvertrags ein Verschulden [Vorsatz oder Fahrlässigkeit = Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, vgl. vorstehende E. 4.3.1] des Schuldners vermutet wird). Zum andern folgt daraus, dass – nach gelungenem Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung durch den Auftraggeber – der Beauftragte sich, wenn überhaupt, nur noch schwer exkulpieren kann (vgl. dazu SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 22.18 ff., HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, 2001, Rz. 274 ff. und OSER/WEBER, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2020, N. 30a und 32 f. zu Art. 398 OR).

4.3.2.2. Was den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen einer Heilbehandlung und einem geltend gemachten Schaden betrifft, sind – gerade auch hinsichtlich des vorliegenden Falls – folgende Konstellationen auseinanderzuhalten: Misslingt eine ärztliche Behandlung trotz sorgfältigem Tätigwerden des Arztes, so hat eine – ausserhalb des Machbereichs des Letzteren – gelegene Kausalkette schicksalhaft ihren Lauf genommen und der Patient hat den damit verbundenen Vermögensschaden zu tragen (casum sentit dominus). Vorbehalten ist der Fall, dass keine rechtsgenügende (tatsächliche

oder hypothetische) Einwilligung des Patienten vorliegt; diesfalls hat der Arzt auch ohne Sorgfaltspflichtverletzung für den Schaden einzustehen, der aus der Realisierung eines nicht vermeidbaren Behandlungsrisikos entstanden ist (dazu vorstehende E. 4.2). Im Rahmen eines Arztvertrags (Heilbehandlung) kann eine zusätzliche körperliche Schädigung (mit damit verbundenem zusätzlichen [Vermögens-] Schaden) auftreten. Beruht diese auf einem Kunstfehler des Arztes, hat dieser dafür gegenüber seinem Patienten – nach Art. 97 und Art. 41 OR (vgl. vorstehende E. 4.2.1) – einzustehen. Ohne Kunstfehler hat der Patient auch diesen Schaden schicksalsmässig zu tragen (sofern er tatsächlich oder hypothetisch eingewilligt hat).

- 13 - Denkbar ist (im Sinne einer Kombination), dass sich im Rahmen der Heilbehandlung ohne ärztlichen Kunstfehler zunächst ein eingriffsimmanentes Risiko verwirklicht (das nach dem Gesagten grundsätzlich vom Patienten, der eingewilligt hat, als schicksalhaft zu tragen ist), der Arzt aber diesen Umstand verkennt, obwohl er ihn bei Aufwendung der auch im Rahmen der Nachbehandlung geschuldeten Sorgfalt hätte erkennen müssen. Diesfalls hat der Arzt (lediglich, aber immerhin) für den Teil des Schadens einzustehen, dessen Eintritt bei/mit einer sorgfältigen Überwachung/Nachbehandlung hätte vermieden werden können. Demgegenüber ist – unter Kausalitätsgesichtspunkten – der Teil des Schadens, der auch ohne die Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Nachbehandlung ohnehin eingetreten wäre, vom Patienten zu tragen (wenn er tatsächlich oder hypothetisch eingewilligt hat). 5. Vorab ist auf die Frage einzugehen, ob die – fremdsprachige (vgl. dazu das I.-Gutachten [Klagebeilage 15] S. 12, wo die Gutachter die Einschätzung abgaben, dass die Klägerin sprachlich nicht in der Lage sei, ein in Deutsch abgefasstes Dokument wie das von ihr unterzeichnete Informationsblatt [Klageantwortbeilage 3] zu verstehen) – Klägerin für den Eingriff eine rechtsgültige Einwilligung gegeben hat oder ob mangels einer solchen zumindest eine hypothetische Einwilligung bejaht werden kann. Ohne mindestens hypothetische Einwilligung gilt der ärztliche Eingriff in die körperliche Integrität als widerrechtlich und hat der Arzt von vornherein für den dabei zugefügten Schaden einzustehen, selbst wenn er nach allen Regeln der ärztlichen Kunst vorgegangen ist und sich (ausschliesslich) ein letztlich nie ganz vermeidbares Eingriffsrisiko verwirklicht hat (vgl. vorstehende E. 4.2). 5.1. Die Vorinstanz hat eine rechtsgenügende tatsächliche Einwilligung der Klägerin in die anlässlich der Koloskopie vorgenommene Polypektomie (Entfernung von Polypen der Darmwand) bejaht (angefochtener Entscheid E. 7.4 und 7.5), was von der Klägerin in ihrer Berufung (S. 13 ff. Rz. 26 ff.) gerügt wird. In der Tat kann der Vorinstanz insoweit nicht gefolgt werden: 5.1.1. Von untergeordneter Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin aufgrund einer hinreichenden Aufklärung eine rechtsgenügende tatsächliche Einwilligung erteilt hat, ist, ob das Aufklärungsformular (Klageantwortbeilage 3), das der Klägerin unbestrittenermassen am Tag vor dem Eingriff von der Beklagten mitgegeben und von jener – ebenfalls unbestrittenermassen – am Eingriffstag unterschrieben mitgebracht wurde, dem im Eingriffszeitpunkt geltenden Standard entsprach oder nicht. Denn ob ein Aufklärungsformular den vom Gesetz gestellten Anforderungen genügt, ist grundsätzlich eine (Rechts-) Frage, die jedenfalls bei unveränderter

- 14 - Rechtslage (vorliegend ist zwischen 2010 und heute keine Gesetzesänderung ergangen) gleich beurteilt werden muss. Dabei kann sich allenfalls herausstellen, dass eine Aufklärung, auch wenn sie einem früher praktizierten Standard entsprach, ungenügend

war. Neue medizinische Erkenntnisse sind bei unveränderter Gesetzeslage insoweit von Bedeutung, als neu bekannt gewordene Risiken in die Informationsblätter aufgenommen werden müssen. Es ist notorisch und wohl auch nicht streitig, dass im Rahmen einer Koloskopie vorgefundene Polypen entfernt werden, weil diese zu bösartigen Tumoren (Darmkrebs) entarten können. Daran hat sich zwischen 2010 und heute nichts geändert. Auf das mit der Entfernung eines Polypen einhergehende Risiko einer Blutung oder Verletzung des Darms, was eine Operation erfordern könne, wurde in dem (von der Klägerin unterzeichneten) Informationsblatt zur Koloskopie (Klageantwortbeilage 3) hingewiesen. Zwar macht die Klägerin geltend, sie habe stets zum Ausdruck gebracht, sie hätte sich den bei der Koloskopie zufällig entdeckten kleinen Polypen sicher nicht am 7. Juli 2010 und schon gar nicht von der Beklagten entfernen lassen; sie wäre "nie" einverstanden gewesen, dass die Beklagte sie operiere, sei sie doch "einfach" Fachärztin auf diesem Gebiet, aber nicht Spezialistin bzw. Chirurgin (Berufung S. 17 Rz. 36ii). Dies ist aber nicht zu hören. Wie die Klägerin selber erkennt, ist die Beklagte Fachärztin (und damit Spezialistin) im Bereich der Gastroenterologie. Gastroenterologen führen als Fachärzte Koloskopien durch und entfernen bei dieser Gelegenheit Polypen, ohne dass dafür ein Viszeralchirurg beigezogen wird (vgl. dazu auch nachfolgende E. 5.2). 5.1.2. Ob das von der Klägerin unterzeichnete Informationsblatt (Klageantwortbeilage 3) den damaligen und/oder heutigen Anforderungen an eine gehörige Aufklärung genüge, kann vorliegend offenbleiben. Denn eine gehörige tatsächliche Aufklärung durch den Arzt hat grundsätzlich zweistufig zu sein. Auch wenn – wie im vorliegenden Fall – dem Patienten Informationsblätter ausgehändigt wurden, hat spätestens am Tag des Eingriffs eine mündliche Aufklärung zu erfolgen, an der insbesondere Fragen des Patienten zu beantworten sind (vgl. I.-Gutachten [Klagbeilage 15] S. 12 unten). Zumindest hat sich aber der Arzt – gerade bei einem fremdsprachigen Patienten (dazu der nächste Absatz) – zu vergewissern, dass dieser die Informationsblätter gelesen und verstanden hat. Eine solche mündliche Aufklärung der Klägerin durch die Beklagte hat nicht stattgefunden und ist jedenfalls nicht bewiesen. Die entsprechende Behauptung in der Klage (act. 9 Rz. 17) konstatierte die Beklagte in der Klageantwort (act. 89 und 95 Rz. 53 und 77) einzig damit, dass sie durch die Übergabe des von der Klägerin unterzeichneten "umfassenden" Informationsblattes ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen sei; sollte es der Klägerin aus sprachlichen Gründen nicht möglich ge-

- 15 - wesen sein, die Einverständniserklärung selbständig zu verstehen und auszufüllen, sei davon auszugehen, dass sie durch jemanden sprachlich unterstützt worden sei (was von ihr auch zugestanden sei) und die Informationen vollständig verstanden habe. Die mündliche Aufklärung erlangt gerade bei einem fremdsprachigen Patienten besondere Bedeutung. Das erkannte oder erkennbare sprachliche Unvermögen eines Patienten gebietet es dem Arzt erst recht, vor dem Eingriff (mündlich) nachzufragen, ob jener vorgängig abgegebene schriftliche Informationen durch eine Drittperson verständlich übersetzt erhalten hat. Ist dies nicht der Fall oder kann der Arzt mangels Sprachkenntnis keine Gewissheit erlangen, dass eine ausreichend verstandene Übersetzung stattgefunden hat, hat er entweder die Informationsblätter mündlich zu erläutern (wenn er selber der Sprache des Patienten mächtig ist) oder einen Übersetzer beizuziehen. Tut er es nicht und nimmt er trotzdem den medizinischen Eingriff vor, tut er dies grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich einer hypothetischen Einwilligung) auf eigenes Risiko. Im vorliegenden Fall ist eine ausreichende Aufklärung der Klägerin durch die Beklagte nicht nachgewiesen, nachdem von der – für die Einwilligung als rechtshindernde Tatsache beweispflichtigen – Beklagten

nicht einmal behauptet worden ist, sie habe sich vor dem Eingriff bei der (fremdsprachigen) Klägerin erkundigt, ob ihr das am Vortag des Eingriffs mitgegebene und von ihr unterzeichnet mitgebrachte Informationsblatt (Klageantwortbeilage 3) verständlich übersetzt worden war. Allein aus der Tatsache der Unterzeichnung, aber auch aus dem Umstand, dass die im Informationsblatt gestellten Fragen beantwortet worden waren, durfte die Beklagte – entgegen der in der Klageantwort (act. 89 Rz. 53) vertretenen Auffassung – nicht ohne Weiteres bzw. ohne Rückversicherung durch entsprechende Rückfragen darauf schliessen, dass der Klägerin das ganze Informationsblatt adäquat übersetzt worden war. Denn aufklärungsbedürftig ist nicht die Person des Übersetzers, sondern allein der Patient.

5.2. 5.2.1. Zu prüfen bleibt, ob eine hypothetische Einwilligung der Klägerin angenommen werden kann, die die Beklagte schon in der Klageantwort (act. 91 Rz. 59) geltend machte. Denn auch ohne nachgewiesene tatsächliche Einwilligung kommt die Rechtsprechung um gewisse Objektivierungen nicht herum, d.h. sie hat Konstellationen zu bestimmen, in denen sich ein geschädigter Patient – letztlich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) – nicht darauf berufen kann, keine Einwilligung erteilt zu haben. An erster Stelle sind Notfallsituationen zu nennen, in denen der Patient wegen seines gesundheitlichen Zustandes (z.B. Ohnmacht) nicht in der Lage ist, innert der medizinisch gebotenen Handlungsfrist eine Ein-

- 16 - willigungserklärung abzugeben, und auch kein Angehöriger zum mutmasslichen Willen des Patienten befragt werden kann. Hier ist grundsätzlich darauf abzustellen, wie sich eine "vernünftige" Person mutmasslich entscheiden bzw. zum medizinischen Eingriff gestellt hätte. Sodann ist auch ohne Notfallsituation nicht ohne Rückgriffe auf Treu und Glauben auszukommen. So hat der Arzt nicht über allgemein bekannte Risiken medizinischer Eingriffe wie postoperative Blutungen, Infektionen aufzuklären (BGE 117 Ib 197 E. 3b), weshalb einem Patienten eine Berufung darauf, es sei eine entsprechende Aufklärung unterblieben, von vornherein abgeschnitten ist. Sodann trifft auch bei unterbliebener Aufklärung den Patienten eine Mitwirkungspflicht dahin, dass er glaubhaft zu machen hat oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte, wenn er insbesondere die Risiken gekannt hätte (vgl. vorstehende E. 4.2.3): Auch wenn dabei nicht auf ein abstraktes Modell des "vernünftigen Patienten" abgestellt werden darf, sondern auf die persönliche und konkrete Situation des Patienten abzustellen ist, um den es geht (ebenfalls vorstehende E. 4.2.3), kann es nicht in jedem Fall genügen, dass der klagende Patient ex post nach dem nicht plangemäss verlaufenen Eingriff vorbringt, er hätte sich dem Eingriff bei gehöriger Aufklärung "nie und nimmer" unterzogen. Vielmehr müssen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Anforderungen, eine solche Ablehnung plausibel zu begründen, umso höher angesetzt werden, je geringer das mit dem Eingriff bzw. der Behandlung verbundene Risiko ist. Denn es gilt: Je höher das Risiko des Eingriffs bzw. der Behandlung und/oder je schwerwiegender dessen/deren Nebenwirkungen sind, desto individueller wird die Abwägung von Vor- und Nachteilen durch den betroffenen Patienten ausfallen. Umgekehrt muss gelten: Je geringer das Risiko, desto einförmiger werden sich Betroffene entscheiden. Deshalb ist für den Fall, dass sich praktisch jedermann dem fraglichen medizinischen Eingriff trotz eines damit verbundenen Restrisikos unterzogen hätte, zu verlangen, dass die Begründung des klagenden Patienten, wieso er sich anders als fast jeder andere verhalten hätte, eine gewisse Überzeugungskraft erlangen, damit sie als glaubwürdige persönliche Gründe Beachtung finden können.

5.2.2. Für den vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass eine Koloskopie kaum zu Verletzungen des Darms führt

(die unter Umständen heftigen Bauchschmerzen, die nach einer Koloskopie wegen der beim Eingriff in den Darm gepumpten Luft auftreten, stellen keine Verletzungen dar; [vgl. dazu das Gerichtsgutachten, act. 496 zu Frage 9.2, wonach 30 % {bei Verwendung von Raumluft} bzw. 10 % {bei Verwendung von CO₂} der Koloskopierten an stark schmerzhaften, bis zu Koliken reichenden Bauchspannungen leiden). Die Entfernung der Polypen kann zwar – wie der vorliegende Fall eindrücklich zeigt – schwere Komplikationen nach sich ziehen. Doch ist (und war) dies (schon 2010) nur ganz ausnahmsweise der Fall (0.07 bzw. 0.18 pro 1000 Fälle bei Screeningkoloskopie ohne bzw. mit Polypektomie,

- 17 - vgl. Gerichtsgutachten, act. 495 zu Frage 9.1). Andererseits erfolgt die Entfernung von Polypen aus einem handfesten medizinischen Grund (Darmkrebsvorsorge). Demgemäss gibt es wohl kaum (vernünftige) Patienten, die zwar der Durchführung einer Koloskopie als solcher zustimmen, jedoch die Entfernung eines im Rahmen der Koloskopie entdeckten Polypen ablehnen. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht nachvollziehbar, wenn die Klägerin in der Parteibefragung vor Vorinstanz angab, sie sei zwar mit der Koloskopie, aber nicht mit dem Eingriff (gemeint Polypektomie) einverstanden gewesen; den zufällig entdeckten Polypen hätte sie "sicher nicht am 7. Juli 2010 und schon gar nicht von der Beklagten entfernen lassen"; sie wäre "nie" einverstanden gewesen, dass die Beklagte sie operiere, diese sei einfach Fachärztin, aber nicht Spezialistin bzw. Chirurgin; sie (die Klägerin) habe keinen Eingriff gewollt (act. 348, worauf in der Berufung S. 17 Rz 36 ii verwiesen wird). Die Differenzierungen zwischen Koloskopie und Eingriff (Polypektomie) sowie zwischen Fachärztin und Spezialistin erscheinen haarspalterisch. Eine Fachärztin ist eine Spezialistin. Koloskopien werden sodann von gastroenterologischen Fachärzten vorgenommen (die Beklagte ist eine gastroenterologische Fachärztin), wobei im Rahmen der diagnostischen Koloskopie vorgefundene Polypen grundsätzlich so gleich vom Facharzt und nicht einem auf gastroenterologische Chirurgie spezialisierten Chirurgen (Viszeralchirurgen) abgetragen werden. Sowohl die Koloskopie als solche wie auch die Entfernung eines Polypen stellen – wie im Übrigen auch die Gummiligatur von Hämorrhoiden, die bei der Klägerin gleichentags erfolgte – medizinische Eingriffe dar, wobei auch bei einer Koloskopie ohne Polypektomie das Risiko einer Perforation der Darmwand besteht. Dieses Risiko ist im Falle einer Kombination zwar gut zweieinhalbmal höher als bei einer ausschliesslichen Screeningkoloskopie, dies jedoch bei absolut gesehen sehr geringer Wahrscheinlichkeit (vgl. dazu den vorstehenden Absatz). Dabei ist nicht glaubhaft, dass die Klägerin wegen des relativ gesehen zweieinhalbmal so grossen Risikos zwar in die Koloskopie (und die Behandlung der Hämorrhoiden) eingewilligt hätte, nicht aber in die Polypektomie. Sinnfrei ist das Vorbringen der Klägerin in der Replik (act. 164 Rz. 105), dass sie sich vor der Zustimmung zu einem "invasiven medizinischen Eingriff" (Polypektomie) zuerst über den Befund (Pathologie von Darmpolypen inkl. deren Einteilung in gut- und bösartig) erkundigt hätte. Der Befund, ob ein Polyp gut- oder bösartig ist bzw. ein Entartungsrisiko birgt, kann erst aufgrund einer Biopsie nach dessen Abtragung im Rahmen einer Koloskopie erhoben werden. 5.3. Zusammenfassend ist – im Ergebnis mit der Vorinstanz – eine Einwilligung der Klägerin in die anlässlich der Koloskopie vom 7. Juli 2010 vorgenommene Polypektomie (Entfernung eines Polypen) zu bejahen, auch wenn es

- 18 - sich – entgegen der Vorinstanz – um eine hypothetische Einwilligung handelte. 6. 6.1. Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen der Sorgfaltspflichtverletzung einerseits und dem rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden

andererseits kann grundsätzlich auf die ausführlichen Darlegungen in E. 8.3 und 11.6.2 des angefochtenen Entscheids sowie vorstehende E. 4 verwiesen werden. 6.2. Es darf wohl als unbestritten gelten, dass der von der Beklagten bei der Klägerin am 7. Juli 2010 durchgeführte medizinische Eingriff (Entfernung eines Polypen mittels elektrischer Schlinge auch ohne Unterspritzung) *lege artis*, d.h. nach den Regeln der (ärztlichen) Kunst sorgfältig erfolgte. In diesem Sinne äussert sich insbesondere auch das von der Klägerin zur Untermauerung ihres Standpunktes herangezogene I.-Gutachten (Klagebeilage 15 S. 14 zuunterst). Unterschiedlich ist dagegen in den Gutachten die Beurteilung der – für die Beurteilung der Frage nach Sorgfaltspflichtverletzungen entscheidenden – Frage ausgefallen, ob sich die Perforation der Darmwand bereits anlässlich des Eingriffs (Entfernung eines anlässlich der Koloskopie entdeckten Polypen) selber verwirklicht hat (ob somit eine primäre Perforation der Darmwand vorliegt [so das I.-Gutachten, Klagebeilage 15 S. 14 f.]) oder erst später (als sekundäre Perforation infolge termischer Einwirkung bzw. Drucksteigerung auf das Darmgewebe [vgl. Gerichtsgutachten, act. 500 zu Frage 12.2 und act. 589 zu Frage 8]). 6.3. Nach wie vor scheint die Klägerin in ihrer Berufung (Berufung S. 20 ff. und 33 Rz. 47 ff. und 84) – unter Hinweis auf das I.-Gutachten (Klagebeilage 15), dem der Vorzug gegenüber dem Gerichtsgutachten zu geben sei – daran festzuhalten, dass die Perforation bereits am 7. Juli 2010 (d.h. dem Eingriffstag) vorhanden und erkennbar gewesen sei. In der Tat gingen die I.-Gutachter – in erster Linie wegen der bestrittenen (vgl. Klageantwort, act. 91 Rz.58) klägerischen Schilderung, dass sie nach dem Eingriff wegen der Schmerzen die Embryostellung habe einnehmen müssen und von einer beklaglichen Praxisassistentin die Treppe hinunter habe gestützt werden müssen davon aus, dass es bereits beim Eingriff (Polypektomie) selber (ohne Sorgfaltspflichtverletzung, d.h. im Sinne der Verwirklichung eines Eingriffsrisikos) zu einer primären Perforation gekommen sei, die von der Beklagten sogleich, d.h. nach dem Erwachen der Klägerin aus der Sedierung hätte erkannt werden müssen (Klagebeilage 15 S. 14 f.).

- 19 - Diesbezüglich ist indes klar der Beurteilung des Gerichtsgutachters zu folgen, dass die Klägerin keine primäre, sondern eine sekundäre Perforation erlitten hat. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Umstand, dass die Perforation nicht an der Stelle der Polypabtragung (Sigma im Unterbauch vgl. Bericht zur Koloskopie [Klagebeilage 4]: "Dabei findet sich im Sigma bei 40 cm ab ano ein etwa 0.8 cm grosses Polypchen, das in der Folge mit der elektrischen Schlinge entfernt und geborgen werden konnte") auftrat, sondern an einer Stelle des Dickdarms (linke Flexur im Oberbauch, vgl. Klagebeilage 8 und Gerichtsgutachten, act. 591), die deutlich, durch das Colon descendens getrennt, davon entfernt ist. 6.3.1. Dieser Umstand (verschiedene Lokalisationen von medizinischem Eingriff einerseits und Perforation andererseits), der den I.-Gutachtern (aber auch dem Gerichtsgutachter, dazu nachfolgende E. 6.3.2 in fine und 6.5) offensichtlich entgangen ist, lässt deren Beurteilung, es sei bereits anlässlich der Koloskopie selber zu einer primären Perforation gekommen und die von der Klägerin der Beklagten nach dem Eingriff am 7. Juli 2010 noch in der Praxis und am Morgen des 8. Juli 2010 telefonisch mitgeteilten (Anal- und Unterbauch-) Schmerzen seien bereits Symptome dieser primären Perforation gewesen, als nicht überzeugend bzw. schlüssig erscheinen. Erstens ist – jedenfalls ohne entsprechende medizinische Begründung – nicht nachvollziehbar, dass bzw. wie es bei der Entfernung eines Polypen in einem Darmabschnitt (hier Sigma = Colon sigmoideum) zu einer primären Perforation des Darms in einem davon deutlich entfernten anderen Darmabschnitt (hier linke Flexur [= Flexura coli sinistra], die durch das Colon descendens [= absteigendes Colon] vom Sigma getrennt ist) kommen kann (vgl.

<https://wikipedia.org/wiki/Dickdarm> "Lage und Struktur"). Es ist viel- mehr davon auszugehen, dass eine primäre Perforation bei einer Polypab- tragung stets an der Stelle auftritt, wo der Polyp entfernt wurde. Zweitens ist – wiederum ohne jedwede nachvollziehbare Begründung – nicht einsich- tig, wieso eine (primäre oder sekundäre) Perforation des Darms in der im Oberbauch befindlichen linken Flexur dort selber keine Schmerzen verur- sacht, dafür aber im Unterbauch auslösen soll (vgl. das I.-Gutachten [Kla- gebeilage 15] S. 4, wonach [noch] am Morgen des 8. Juli 2010 Schmerzen "im Analbereich aber insbesondere im Unterbauch bestanden", die sich "ab dem 09.07.2010 in den Oberbauch fortsetzten"). Mit der Beklagten (vgl. Klageantwort, act. 97 Rz. 91) ist zumindest nach einem Laienverständnis zu erwarten, dass bei einer Perforation der Schmerz an der Perforations- stelle auftritt und allenfalls von dort ausstrahlt. 6.3.2. Demgegenüber hat sich der Gerichtsgutachter in der ersten Ergänzung zu seinem Gutachten wie folgt geäußert:

- 20 - " Eine ausgebildete Gastroenterologin mit langjähriger Erfahrung hätte, in der Befundbesprechung im Anschluss an die Untersuchung mit Interven- tion, bei akuten peritonealen Schmerzen im linken Oberbauch nach Po- lypektomie im linken Oberbauch [Hervorhebung durch Kursivschrift hinzu- gefügt] die unmittelbare Verdachtsdiagnose einer Perforation gestellt. Dies war aber nicht die Symptomatik. [Hervorhebung hinzugefügt] Die analen Schmerzen sind mit der 5-fachen Ligatur gut erklärt. Die Unterbauch- schmerzen mit Krämpfen und Toilettengang mit der liegegebliebenen Luft nach einer lang dauernden Koloskopie bei Schlingenbildung mit hoher Propofol Dosis und schmerz- und ligaturbedingt verschlossenem Analka- nal. Retrospektiv lässt sich aufgrund der dokumentierten 'Wanderoute' der Schmerzen die Pathophysiologie nachvollziehen. Hier weicht meine Beur- teilung von dem sehr guten und detaillierten I. Gutachten von Kollege K. ab (Register [= Klagebeilage] 15, Seite 15). Ich gehe davon aus, dass ihm diese 'Schmerzwanderoute über die Zeit' in der Dokumentation nicht auf- gefallen ist. Mir ist diese erst bei der zweiten detaillierten Durchsicht der Akten aufgefallen. Die Perforation würde nicht am 7.7 Unterbauchschmer- zen machen, um dann am 9.7 Oberbauchschmerzen zu machen bei ver- schwindenden Unterbauchschmerzen, um dann präoperativ wieder Unter- bauchschmerzen zu machen. Ich gehe davon aus, dass es im Verlauf des Freitags, den 9.7. ('... jetzt seit Ende Woche Schmerzen im Oberbauch und Erbrechen...') zu der gedeckten Perforation gekommen ist. Dies er- klärt auch, dass es erst ab Samstag zu Fieber und einer Peritonitis Symp- tomatik kam (Beilage 11 '2 Tage vor Eintritt exazerbierten...'. Die am 7.7 und 8.7 beschriebenen analen- und Bauchschmerzen speziell im Unter- bauch, waren gemäss Telefonat bzw. Eintrag vom 12.7.10 'Schmerzen nach Kolo verschwunden' weg, neu bestanden Oberbauchschmerzen seit Ende Woche (datiert 9.7.2010 im Register 3, sowie Register 15 Seite 4). In der Anamnese bei Spitaleintritt (Register 8) werden wieder Unterbauch- schmerzen, welche seit 2 Tagen exazerbiert seien, beschrieben. Auch diese Angaben zur 'Wanderoute' der Schmerzsymptomatik ist pathophy- siologisch nachvollziehbar. Durch die gedeckte Perforation hat sich der Abszess, der Schwerkraft folgend, ab Freitag den 9.7 bis Montag den 12.7 vom Oberbauch links kontinuierlich retroperitoneal entlang der Rückseite des Descendens nach unten und hinten links bis Höhe Niere links ausge- breitet." (act. 592 zu Frage 10) Im Gegensatz zu den I.-Gutachtern hat der Gerichtsgutachter offensichtlich erkannt, dass die Darmperforation in der linken Flexur auftrat, auch wenn er offensichtlich – zu Unrecht – davon ausging, es sei am Ort der Perfora- tion auch der Polyp entfernt worden (vgl. auch Gerichtsgutachten, act. 502 zu Frage 16). Doch wird dadurch die Beurteilung des Gerichtsexperten, der auf die (von ihm

selber erst "bei der zweiten detaillierten Durchsicht" bemerkten) "Wanderroute" der Schmerzen hinweist, nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil gestärkt. Denn nachdem die Klägerin jedenfalls bis zum 9. Juli 2010 nicht an Schmerzen im Oberbauch gelitten hatte, können die bis dahin und jedenfalls am Abend des Eingriffs und am Morgen des Folgetags vorhandenen Schmerzen im Unterbauch nur von der nach der Koloskopie im Darm verbliebenen Raumluft bzw. von den Ligaturen (als Ausstrahlung der analen Schmerzen, vgl. dazu I.-Gutachten [Klagebeilage 15] S. 14 unten) hergerührt haben.

- 21 - 6.3.3. Zusammenfassend kann/muss die im I.-Gutachten postulierte primäre Perforation praktisch ausgeschlossen werden: Nachdem die Perforation in der deutlich vom Sigma entfernten im Oberbauch lokalisierten linken Kolonflexur stattfand und die Klägerin (frühestens) am 9. Juli 2010 über ("gewanderte") Oberbauchschmerzen litt, erscheint die Einschätzung des Gerichtsgutachters, dass es am 9. Juli 2010 zu einer sekundären Perforation kam, überzeugend. Die von der Klägerin am 7. sowie 8. Juli 2010 geklagten (Unterbauch- und Anal-) Schmerzen waren demgemäss noch nicht durch eine Perforation der Darmwand im Oberbauch verursacht, sondern waren durch die bei der Koloskopie eingeblasene Raumluft und/oder die Hämorrhoidenligaturen zu erklären. 6.4. Auch wenn somit von einer sekundären Perforation auszugehen ist, scheint die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung damit noch nicht entschieden. Nachdem die Klägerin unmittelbar nach dem Eingriff (und noch an den beiden Folgetagen) gerade an Schmerzen im Unterbauch litt, wo der Polyp entfernt worden war, scheint sich an sich die Frage aufzudrängen, ob wegen der Schmerzsymptomatik sich weitere medizinische Abklärungen bzw. eine Überwachung der Klägerin zum Ausschluss einer möglichen (wenn auch tatsächlich nicht gegebenen) primären Perforation (im Unterbauch) aufgedrängt hätten (so Klägerin in der Replik, act. 166 f. Rz. 112). Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass solche Abklärungen, wären sie von der Beklagten noch am Tag des Eingriffs (7. Juli 2010) oder tags darauf nach dem morgendlichen Telefonat des damaligen Lebenspartners der Klägerin veranlasst worden, gerade keine Darmwandperforation ergeben hätten, schon gar nicht an der Stelle der Polypektomie im Sigma. Mit anderen Worten hätten am 8. Juli 2010 oder gar schon am Eingriffstag selber veranlasste invasive Abklärungen im Bereich des Unterbauchs, wo der Polyp abgetragen worden war und die Schmerzen an jenem Tag noch ausschliesslich lokalisiert waren, mit grösster Wahrscheinlichkeit ergeben, dass den von der Klägerin geklagten (noch nicht im Oberbauch angelangten) Schmerzen (noch) keine Perforation der Darmwand zugrunde lag. 6.5. 6.5.1. Die Vorinstanz hat dagegen – unter Hinweis auf die Beurteilung im Gerichtsgutachten – eine von der Beklagten am 12. Juli 2010 begangene Sorgfaltswidrigkeit bejaht: Der Gerichtsgutachter habe bereits im Hauptgutachten klar festgehalten, dass in Anbetracht der Tatsache, dass es vier Tage nach der Koloskopie zu Erbrechen mit Fieber bis zu 39° und Oberbauchschmerzen gekommen sei, von einer sekundären Perforation hätte ausgegangen werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt sei eine ärztliche Beurteilung ratsam, sorgfältig und indiziert gewesen, habe es sich doch um einen medizinischen Notfall gehandelt und der Kontrolltermin vom 14. Juli

- 22 - 2010 sei keine Option mehr gewesen (act. 499 f. zu den Fragen 11.1, 11.2 und 11.3). So habe sich die Perforation klinisch am 9. Juli 2010 mit den neu auftretenden Oberbauchschmerzen und am nächsten Tag Fieber gezeigt. Für die Beklagte wäre somit am Montag 12. Juli 2010, dem Tag des Telefonanrufes der Klägerin, die Perforation bei Beachtung der notwendigen Sorgfalt erkennbar gewesen (act. 501 f. Frage 14). Die

Beklagte habe am

E. 8

August 2021 beantwortete.

E. 12

Juli 2010 durchgeführten Operation die im Wesentlichen identische entstellende Narbe entstanden wäre, wie sie durch die tags darauf vorgenommene Operation verursacht wurde. Nach dem Gesagten ist aufgrund der gerichtsgutachterlichen Beurteilung mit der Vorinstanz anzunehmen, dass der von der Klägerin in der Klage (act. 14 Rz. 26) beschriebene postoperative Verlauf im Wesentlichen gleich ausgefallen wäre.

- 23 - In diesem Zusammenhang bleibt zu ergänzen, dass nach den beiden Telefonaten am Morgen des 8. Juli 2010 die Beklagte von der Klägerin nicht mehr kontaktiert und über zwischenzeitliche Verschlechterungen des Gesundheitszustandes (insbesondere das Wiederaufflammen von Fieber [vgl. dazu die Aussage der Beklagten in der Parteibefragung, wonach Abszessfieber am Abend komme [act. 425]) informiert wurde. 6.6. Bei diesem positiven Beweisergebnis, dass am 7. Juli 2010 – entgegen der Beurteilung der I.-Gutachter (Klagebeilage 15) – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (noch) keine (primäre) Perforation vorlag, verbietet sich auch von vornherein, der von der Vorinstanz einzig bejahten Verletzung der Dokumentationspflicht durch die Beklagte dadurch, dass sie die von der Klägerin beim Verlassen der Praxis geklagten starken Schmerzen (vgl. das Zugeständnis der Beklagten in der Parteibefragung [act. 353]) nicht vermerkte (angefochtener Entscheid E. 6.4; vgl. dazu auch ergänzendes Gerichtsgutachten [act. 678]), irgendwelche Bedeutung beizumessen. Andere Dokumentationspflichtverletzungen sind nicht erwiesen. Insbesondere finden sich zu den am 8. und 12. Juli 2010 erfolgten Telefonaten (Klagebeilagen 6 und 7) Einträge in der Krankengeschichte (Klagebeilage 3), ohne dass deren Fehlerhaftigkeit nachgewiesen wäre. 7. Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Klägerin als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert von Fr. 1'149'103.00 ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 25'100.00 festzusetzen (§ 7 und 11 VKD) und beträgt die anwaltliche Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT Fr. 48'967.55. Abzüglich davon ist die von der Klägerin der Beklagten zu bezahlende zweitinstanzliche Parteientschädigung unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % wegen der entfallenen Verhandlung nach § 6 Abs. 2 AnwT, eines Abzugs von 25 % nach § 7 Abs. 2 AnwT und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % nach § 8 AnwT einerseits sowie einer Auslagenpauschale von Fr. 100.00 und der Mehrwertsteuer andererseits auf Fr. 23'839.85 (= [Fr. 48'967.55 x 0.8 x 0.75 x 0.75 + Fr. 100.00] x 1.077) festzusetzen. 8. Die Klägerin ersucht um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das vorliegende Berufungsverfahren. Die Gewährung dieser Rechtswohltat setzt die Mittellosigkeit der gesuchstellenden Partei voraus, ferner, dass ihre Begehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 ZPO). Diese beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht (hinichtlich der Mittellosigkeit vgl. die Bestätigung der Gemeinde Unterentfelden, wonach die Klägerin seit 5. März 2012 bis 3. Juni 2021 durch die Sozialhilfe unterstützt wurde [Berufungsbeilage 7] und E-Mail der Gemeinde,

- 24 - wonach der Schuldenstand der Klägerin Fr. 180'578.15 betrage [Berufungsbeilage 8], sowie die glaubwürdige Behauptung, dass sie deshalb keine Sozialhilfe mehr beziehe,

weil sie von ihrem aktuellen Konkubinats-partner unterstützt werde). Das Obergericht erkennt: 1. Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen. 2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die ungeteilte unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Patrick Lerch, Q., als un- entgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. 3. Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 25'100.00 wird der Klägerin auferlegt, ihr aber mit Blick auf die ihr erteilte unentgeltliche Rechtspflege unter Vorbehalt der Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO einstweilen vor- gemerkt. 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten die zweitinstanzlichen Partei- kosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 23'839.85 zu ersetzen. Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schrift- lichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Be- schwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und miet- rechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeu- tung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundes- gericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde - 25 - nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Be- deutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des kantonalen Verfahrens beträgt mehr als Fr. 30'000.00. Aarau, 29. Juni 2023 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 1. Kammer Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Brunner Tognella

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.