

## **BGer 4A\_160/2015 vom 13. Juli 2015**

Bundesgericht, 2015-07-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_160\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_160_2015)

FR: TF 4A\_160/2015 du 13 juillet 2015

IT: TF 4A\_160/2015 del 13 luglio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 139 III 133 E. 1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Mit dem angefochtenen Urteil bejahte die Vorinstanz wie die Erstinstanz die Haftung des Beschwerdeführers lediglich dem Grundsatz nach, ohne den Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch abschliessend zu beurteilen. Dieser Entscheid schliesst das Verfahren nicht ab, sondern stellt einen Zwischenentscheid dar (vgl. BGE 133 III 629 E. 2.2 S. 631 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2**

Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen (vgl. Art. 92 BGG ), ist die Beschwerde nur zulässig, wenn eine der folgenden alternativen Voraussetzungen erfüllt ist: Erstens, wenn der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Zweitens, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ).

Dass der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken könnte, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Hingegen beruft er sich auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG .

#### **E. 1.3**

Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll ( BGE 135 I 261 E. 1.2 S. 263; 134 III 188 E. 2.2 S. 191; 133 III 629 E. 2.1 S. 631). Die Ausnahme ist restriktiv zu handhaben, zumal die Parteien keiner Rechte verlustig gehen, wenn sie einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG nicht selbständig anfechten, können sie ihn doch mit dem Endentscheid anfechten, soweit er sich auf dessen Inhalt auswirkt ( Art. 93 Abs. 3 BGG ; BGE 133 IV 288 E. 3.2 S. 392). Dementsprechend obliegt es dem Beschwerdeführer, detailliert darzutun, dass die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind, soweit deren Vorliegen nicht offensichtlich in die Augen springt (vgl. dazu BGE 134 III 426 E. 1.2 in fine S. 429; 133 III 629 E. 2.3.1 und 2.4.2).

#### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer führt aus, sollte der Prozess weitergeführt werden, wären sowohl die Haftungsquote als auch das Schadenquantitativ umfassend abzuklären. Strittig sei unter

anderem, in welchem Ausmass die von der Beschwerdegegnerin geklagten Schmerzen einen Einfluss auf ihre Leistungsfähigkeit hätten und ob sie überhaupt invalidisierend seien. Die Beschwerdegegnerin habe hierzu eine weitere medizinische Expertise durch ein Schmerzzentrum offeriert. Auch im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Haushaltschaden habe die Beschwerdegegnerin zu mehreren Behauptungen eine medizinische Expertise offeriert. Er seinerseits habe den Haushaltschaden bestritten und den Beizug der medizinischen Akten aus der Türkei und der IV-Akten beantragt. Schliesslich habe die Beschwerdegegnerin auch zum behaupteten und von ihm bestrittenen Anspruch auf eine Genugtuung ein medizinisches Gutachten offeriert. Hinzu komme, dass bei einer Abweisung der Beschwerde das Verfahren vor der ersten Instanz nach der früheren kantonalen Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) weitergeführt würde, das Gericht dann einen weiteren Beweisbeschluss fällen müsste ( § 136 ZPO /ZH) und es den Parteien frei stünde, in der Beweisantrittungsschrift Beweismittel zu beantragen, die in den Rechtsschriften nicht offeriert worden seien ( § 137 ZPO /ZH). Es könnte daher mit einem sofortigen Endentscheid ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten eingespart werden.

### **E. 1.5**

Das Bundesgericht könnte, sollte es die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers teilen, einen verfahrensabschliessenden Endentscheid fällen. Auch die zweite Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ist erfüllt. An den vom Beschwerdeführer angegebenen Stellen in den Rechtsschriften des kantonalen Verfahrens wird in der Tat wiederholt eine medizinische Expertise beantragt. Es liegt auf der Hand, dass sich diese Weiterungen als zeitaufwändig und (angesichts des Streitwerts auch) kostspielig erweisen könnten, zumal nicht nur das Quantitative umstritten ist, sondern auch, ob die Schmerzen überhaupt invalidisierend sind.

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) - auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht des Beschwerdeführers ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und erheblich sind ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f. ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Diese Grundsätze berücksichtigt der Beschwerdeführer über weite Strecken nicht, namentlich in seinen Ausführungen unter dem Titel "2. Lückenhafte, einseitige, offensichtlich falsche und willkürliche Sachverhaltsdarstellung". Er ergänzt den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt, ohne dass - abgesehen von den nachfolgenden Punkten - eine rechtsgenügende Willkürerhebung erfolgt.

#### **E. 2.3.1**

Eine eigentliche Aktenwidrigkeit und damit Willkür rügt er hinsichtlich der vorinstanzlichen Feststellung, dass sich die Schraube gemäss den am 9. Februar 2004 angefertigten Röntgenbildern "erheblich" verbogen hätte. Es kann offen bleiben, ob diese Sachverhaltsfeststellung tatsächlich willkürlich ist. Der Beschwerdeführer legt nämlich nicht dar, inwiefern diese entscheidungserheblich sein soll und dies ist auch nicht ersichtlich. Denn die Vorinstanz ging wie das Bezirksgericht und gestützt auf das Gutachten davon aus, dass das lumboradikuläre neuropathische Syndrom LNS (nachfolgend: LNS) mit "Ameisenlaufen" und Gefühllosigkeiten etc. adäquat-kausale Folge des am 30. März 2004 diagnostizierten Schraubenbruchs war sowie dass der Beschwerdeführer die Notwendigkeit und zeitliche Dringlichkeit der Revisionsoperation bereits anlässlich seiner Untersuchung der Beschwerdegegnerin am 9. Februar 2004 erkannt habe, somit unabhängig vom Mass der Verbiegung der Schraube bis zu diesem Tag.

#### **E. 2.3.2**

Die Vorinstanz führte sodann aus: "Hätte der Beklagte die Klägerin am 9. Februar 2004 oder danach auf die zeitliche Dringlichkeit der erneuten Operation hingewiesen, hätte sie sich entsprechend rechtzeitig entscheiden können". Der Beschwerdeführer rügt, diese Feststellung sei offensichtlich falsch und aktenwidrig. Der Ehemann der Beschwerdegegnerin habe nämlich als Zeuge ausgesagt, sie hätten am Termin im Februar

2004 vom Beschwerdeführer erfahren, dass eine zweite Operation sofort notwendig sei: "Er sagte, man müsse sofort operieren". Der Ehemann habe auch ausgesagt, der Beschwerdeführer habe ihnen mitgeteilt, dass das Leben der Beschwerdegegnerin in Gefahr sei, sie gelähmt werden könnte, weil die Schraube bereits gebrochen sei. In Bezug auf die angeblich gebrochene Schraube habe es sich offensichtlich um ein Missverständnis gehandelt, denn diese sei unbestritten am 9. Februar 2004 noch nicht gebrochen gewesen. Im Übrigen ergebe sich aus der Aussage des Ehemanns aber klar, dass er die Beschwerdegegnerin und ihren Mann am 9. Februar 2004 auf die Dringlichkeit der Operation hingewiesen habe, denn unbestritten sei die Beschwerdegegnerin danach nicht mehr bei ihm in Behandlung gewesen.

Es geht bei dieser Rü ge in Wirklichkeit nicht um eine Aktenwidrigkeit, sondern um eine Kritik an der Beweiswür digung der Vorinstanz. Diese ist auf die Aussage des Ehemannes der Beschwerdegegnerin eingegangen und befand, daraus lasse sich nicht einfach schliessen, die Aufklärung über die Dringlichkeit der Operation habe am 9. Februar 2004 stattgefunden und der Zeuge habe sich lediglich in Bezug auf den Schraubenbruch geirrt. Ebenso möglich sei eine Verwechslung der Konsultationen, zumal es eine von mehreren in knapp zwei Monaten war, in denen stets eine Revisionsoperation empfohlen worden sei. Diese Würdigung des Beweismittels ist nicht willkürlich. Und insgesamt konnte die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen, eine Aufklärung über die Dringlichkeit der Revisionsoperation am 9. Februar 2004 sei nicht nachgewiesen, zumal sie zu Recht darauf hinwies, dass anlässlich dieser Besprechung erstelltermassen eine erneute Bilanzierung der Situation in vier Wochen vorgesehen wurde, was wenig Sinn machen würde, wenn der Beschwerdeführer tatsächlich zur sofortigen Operation geraten hätte.

### **E. 2.3.3**

Eine Aktenwidrigkeit erkennt der Beschwerdeführer sodann in der Wiedergabe der Anamnese. Es ist nicht ersichtlich, welchen Einfluss es für den Prozessausgang hat, ob die Beschwerdegegnerin bereits seit Geburt an einer Spondylolisthese litt. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

### **E. 3**

Die Rechtsbeziehung zwischen Patientin und Arzt ist ein Auftrag. Gemäss Art. 398 Abs. 1 OR haftet der Arzt für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Die Verletzung seiner Sorgfaltspflicht - gemeinhin "Kunstfehler" genannt - stellt eine Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Auftragspflicht dar ( BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 123 f.). Gemäss Lehre und Rechtsprechung gehört sodann zu den vertraglichen Pflichten des Arztes eine Aufklärungspflicht ( BGE 133 III 121 E. 4.1.2 S. 129 mit Hinweisen).

### **E. 4**

Die Vorinstanz folgte dem erstinstanzlichen Urteil und dem Gutachten, wonach zu unterscheiden sei zwischen dem LNS, also den Beschwerden als Folge einer Nervenwurzelschädigung und dem lumbovertebralen Syndrom LVS (nachfolgend: LVS).

### **E. 4.1**

Hinsichtlich des LNS übernahm die Vorinstanz mangels Bestreitung im Berufungsverfahren die Feststellung des Bezirksgerichts, dass das LNS auf den Bruch der Schraube zurückzuführen sei, die der Beschwerdeführer bei der Operation vom 30. Dezember 2003 zur Stabilisierung angebracht hatte. Wäre es nicht zum Schraubenbruch

gekommen, wären die Verletzungen ausgeblieben, die dann das LNS verursachten. Schliesslich sei gemäss Gutachten das Zuwarten der Beschwerdegegnerin mit der Operation nach dem Schraubenbruch mit hoher Wahrscheinlichkeit für das LNS verantwortlich, weil in der Zeit zwischen Schraubenbruch und Operation im Mai 2004 eine andauernde Nerveneinklemmung bestanden habe.

Die dem Beschwerdeführer vorzuwerfende Sorgfaltspflichtverletzung begründete die Vorinstanz dreifach. Einerseits qualifizierte sie als pflichtwidrige Unterlassung, dass der Beschwerdeführer an der Besprechung vom 9. Februar 2004 oder danach nicht auf die Dringlichkeit der erneuten Operation hingewiesen habe; diese Unterlassung sei natürliche und adäquat-kausale Ursache für den Schraubenbruch. Sodann sei der Schraubenbruch auch nach der Darstellung des Beschwerdeführers nichts Aussergewöhnliches, stelle insofern also die Verwirklichung eines allgemeinen Risikos der Operation vom 30. Dezember 2003 dar. Für dieses allgemeine Risiko hafte der Beschwerdeführer, da die Operation mangels Aufklärung widerrechtlich gewesen sei. Schliesslich war die Vorinstanz mit dem Bezirksgericht der Auffassung, gestützt auf das Gutachten sei davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer auch eine Sorgfaltspflichtverletzung in Bezug auf die Operation selber vorzuwerfen sei, nämlich die Wahl einer falschen Operationsmethode (ventral statt dorsal/ventral).

#### **E. 4.2**

Wie bereits dargelegt (E. 2.3.2 hiavor) konnte die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen, dass keine Aufklärung über die Dringlichkeit einer Revisionsoperation anlässlich der Besprechung vom 9. Februar 2004 nachgewiesen wurde. Das genügt, um die grundsätzliche Haftung des Beschwerdeführers hinsichtlich des LNS zu bestätigen, sofern nicht - was der Beschwerdeführer rügt - die Beschwerdegegnerin durch ihr Zuwarten mit der Revisionsoperation den Schraubenbruch selbst verursachte und damit den Kausalzusammenhang unterbrach.

Der adäquate Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzutritt, die einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint. Entscheidend ist die Intensität der beiden Ursachen ( BGE 130 III 182 E. 5.4; 116 II 519 E. 4b S. 524; je mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 4A\_115/2014 vom 20. November 2014 E. 6.4.1 und 4A\_385/2013 vom 20. Februar 2014 E. 5). Der Beschwerdeführer verweist wie schon vor Vorinstanz auf die am 9. März 2004 bei Dr. med. D. \_\_\_\_\_ eingeholte Zweitmeinung, aufgrund derer die Beschwerdegegnerin über die Dringlichkeit der Operation Bescheid gewusst und trotzdem anschliessend noch weitere Ärzte konsultiert und mit der Operation zugewartet habe. Das ist eine bloss appellatorische Kritik. Er setzt sich mit keinem Wort mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, wonach sich aus den Akten einzig ergebe, dass Dr. med. D. \_\_\_\_\_ auf die (objektive) Notwendigkeit der Operation hingewiesen habe, aber nicht auf deren zeitliche Dringlichkeit. Ist aber nicht nachgewiesen, dass die Beschwerdegegnerin um die zeitliche Dringlichkeit wusste, kann ihr das Zuwarten angesichts aller Umstände - u.a. bescheidener schmerzlindernder Erfolg der ersten Operation, noch keine zwei Monate zurückliegende erhebliche Operation, Risiken einer zweiten Operation - nicht als den Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden angerechnet werden, wie die Vorinstanz richtig erkannte.

Besteht somit eine Haftung der Beschwerdeführers für das LNS aufgrund der unterlassenen Aufklärung über die Dringlichkeit einer Revisionsoperation anlässlich der Besprechung vom 9. Februar 2004, muss auf seine Rügen hinsichtlich der diesbezüglichen alternativen Begründungen der Vorinstanz nicht weiter eingegangen werden.

## **E. 5**

Zum LVS führte die Vorinstanz sodann unter Hinweis auf das Bezirksgericht aus, dieses habe gestützt auf das Gutachten festgestellt, diese Beschwerden seien dem allgemeinen Risiko einer Operation zuzuordnen, da sie ein sehr häufiger Restzustand nach Wirbelsäuleneingriffen bei Spondylolyse mit ausgeprägter Spondylolisthese II-III seien und bei mehr als jedem zweiten Patienten nach einer primären, sekundären oder sekundär stabilisierenden Operation an der lumbalen Wirbelsäule vorkämen. Dies hätten die Parteien nicht in Frage gestellt. Die Häufigkeit des LVS lasse auf einen gewöhnlichen Kausalverlauf ohne konkreten Bezug zur Operationsmethode schliessen. Es sei also unbestritten, dass die Operation vom 30. Dezember 2003 natürliche und adäquat kausale Ursache für das LVS sei, dieses jedoch nicht auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit der Operation zurückzuführen sei. Mit der Erstinstanz war die Vorinstanz aber der Auffassung, mangels der gebotenen vorgängigen Aufklärung erweise sich die Operation grundsätzlich als widerrechtlich und daher hafte der Beschwerdeführer für alle mit ihr einhergehenden Risiken unbeschadet dessen, ob die Operation als solche korrekt durchgeführt worden sei.

### **E. 5.1**

Entscheidend ist somit die Frage der Aufklärung bzw. der Einwilligung der Beschwerdegegnerin in die Operation:

#### **E. 5.1.1**

Das Bezirksgericht, auf dessen Ausführungen die Vorinstanz vollumfänglich verwies, stellte zur postoperativen Aufklärung fest, es sei nachgewiesen, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin während ihres Klinikaufenthalts mehrfach visitierte und mit ihr spätestens am 29. Dezember 2003 eine Operation thematisierte. Ausserdem habe der Zeuge Dr. med. C. \_\_\_\_\_ erklärt, bei seiner Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer habe er beobachtet, dass dieser seine Patienten immer sehr ausführlich aufgeklärt habe. Das genüge aber nicht für den Nachweis, dass im konkreten Fall (überhaupt) aufgeklärt worden sei. Mit Sicherheit genüge es nicht, um zu beweisen, dass rechtsgenügend aufgeklärt worden sei. Auch sei nicht von einer Notoperation in dem Sinn auszugehen, dass eine tatsächliche Aufklärung nicht mehr möglich war und daher ausnahmsweise auf eine solche hätte verzichtet werden dürfen. Dem schloss sich die Vorinstanz an und stellte zudem fest, namentlich sei auch eine Aufklärung in dem Sinn unbewiesen geblieben, dass der Beschwerdeführer ein zweistufiges Vorgehen vorgeschlagen hätte. Mit seiner Behauptung, er habe (tatsächlich) breit aufgeklärt, anerkenne er auch, dass mit Blick auf die Art des Eingriffs und dessen Risiken eine erhebliche Aufklärung geboten gewesen sei. Hinzu komme, dass er keine Gründe dargelegt habe, die einen Verzicht auf eine Aufklärung rechtfertigen könnten.

#### **E. 5.1.2**

Zur Einwilligung seitens der Beschwerdegegnerin stellte die Vorinstanz vorerst fest, der Ehemann der Beschwerdegegnerin habe ausgesagt, er und die Beschwerdegegnerin seien in Bezug auf die Operation nicht informiert worden. Er sei mit nichts Spezifischem

einverstanden gewesen, sondern einfach damit, dass man operiere, um die Schmerzen zu beseitigen. Auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerin mit einer Operation einverstanden gewesen sei, habe er geantwortet: "Sie litt an Schmerzen und hatte keine Alternative". Das Bezirksgericht sei daher gestützt auf diese Zeugenaussage zum Ergebnis gelangt, eine tatsächliche Einwilligung der Beschwerdegegnerin sei erstellt. Diese tatsächliche Einwilligung sei jedoch nicht von Bedeutung, denn eine tatsächlich abgegebene Zustimmung ohne vorgängige Aufklärung sei unwirksam. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, seien daher nicht gegeben, und zwar nur schon deshalb, weil der Beschwerdeführer eine solche nach Auffassung des Bezirksgerichts gar nicht behauptet habe. Vielmehr halte er unter Verweis auf die Zeugenaussage des Ehemanns daran fest, dass die Beschwerdegegnerin der Operation tatsächlich zugestimmt habe. Es bleibe somit, wie das Bezirksgericht richtig erkannt habe, "kein Raum für Hypothesen bzw. für die Erörterung einer hypothetischen, also tatsächlich nicht gegebenen Einwilligung".

## **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer rügt ausführlich, dass die Vorinstanz eine tatsächlich vorgenommene Aufklärung nicht als bewiesen erachtete. Insbesondere macht er in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil von ihm beantragte Beweise nicht abgenommen worden seien. Die Frage kann offen bleiben, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

### **E. 5.2.1**

Es obliegt dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt hat und dieser in den Eingriff eingewilligt hat. Liegt keine solche Einwilligung vor, kann sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung berufen. Die Beweislast liegt auch hier beim Arzt, wobei der Patient mitwirken muss, indem er glaubhaft macht oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, 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 S. 129 f.; 117 Ib197 E. 5c S. 208 f.).

### **E. 5.2.2**

Die Beschwerdegegnerin weist in der Beschwerdeantwort (S. 2 unten) selber darauf hin, der Beschwerdeführer habe vor beiden Vorinstanzen die Auffassung vertreten, dass eine hypothetische Einwilligung angenommen werden müsse, wegen der Notfalloperation. Auch wenn keine Notfallsituation bestand, die eine umfassende Aufklärung verunmöglichte, bleibt die Frage der in diesem Zusammenhang behaupteten hypothetischen Einwilligung relevant.

Wenn die Vorinstanz ausführt, nach Auffassung des Bezirksgerichts habe der Beschwerdeführer nicht behauptet, es habe eine hypothetische Einwilligung vorgelegen und der Beschwerdeführer habe dies mit der Berufung nicht in Abrede gestellt, beruht dies offenbar auf der Annahme, im Hinblick auf die Verursachung des LVS sei massgeblich die hypothetische Einwilligung zur konkret angewendeten Operationsmethode (ventral). Das ergibt sich auch daraus, dass das Bezirksgericht an der von der Vorinstanz angeführten Stelle die Auffassung vertrat, der Beschwerdeführer könne sich auch deshalb nicht auf eine hypothetische Einwilligung berufen, weil eine solche sich nur auf einen sorgfältig durchgeführten Eingriff beziehen könne, der Beschwerdeführer aber mit der Wahl der Operationsmethode auch die ärztliche Sorgfaltspflicht verletzt habe. Nachdem es im Hinblick auf die Verursachung des LVS aber nicht auf die Wahl der Operationsmethode ankommt (vgl. E. 5 hiervor), wäre die entscheidende Frage nicht, ob über die Risiken der einen oder anderen

Operationsmethode aufgeklärt worden ist, sondern vielmehr: Hätte die Beschwerdegegnerin auf eine Operation verzichtet, wenn ihr der Beschwerdeführer vorgängig korrekt mitgeteilt hätte, es bestehe (unabhängig von der anzuwendenden Methode) ein allgemeines, häufig auftretendes (bei mehr als jedem zweiten Patienten) Risiko eines LVS als Restzustand nach einer solchen Operation (vgl. E. 5 hiervor)? Dass bzw. ob der Beschwerdeführer hinsichtlich der Wahl der Operationsmethode eine hypothetische Einwilligung behauptet hatte, ist nicht die massgebliche Frage. Indem die Vorinstanz unter der Annahme einer fehlenden Aufklärung die tatsächliche Einwilligung als ungültig und damit die Operation als rechtswidrig qualifizierte, hat sie die sich stellenden rechtlichen Fragen nur unvollständig geprüft. Sie belies es bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit. Auch wenn sich die vorliegende Einwilligung als ungültig erweist, hätte sie aber beurteilen müssen, ob von einer hypothetischen Einwilligung auszugehen ist für den Fall, dass über die in der Folge relevanten Risiken aufgeklärt worden wäre. Es geht nicht allein um die Frage der Rechtswidrigkeit, sondern darum, ob bei einem alternativen Vorgehen der nun eingetretene Schaden ebenfalls eingetreten wäre, also letztlich die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens (vgl. dazu BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119; Urteile des Bundesgerichts 4A\_61/2009 vom 26. März 2009 E. 5.2, publ. in: ZBGR 91/2010 S. 312; 4D\_67/2014 vom 26. Januar 2015 mit Hinweisen).

Beruft sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung, muss der Patient wie dargelegt (E. 5.2.1 hiervor) mitwirken, indem er glaubhaft macht oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte, wenn er die Risiken gekannt hätte. Vorliegend kann den Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht entnommen werden, dass die Beschwerdegegnerin solche Gründe angeführt hätte; ja es ergibt sich nicht einmal, dass sie überhaupt behauptet hätte, sie hätte die Operation nicht durchführen lassen. Im angefochtenen Urteil wird diesbezüglich nur festgehalten, die Beschwerdegegnerin habe geltend gemacht, einer bloss ventralen Operation hätte sie im Dezember 2003 nicht zugestimmt, wenn sie über das Risiko eines Schraubenbruchs sowie die Notwendigkeit einer zweiten Operation aufgeklärt worden wäre. Sie hätte dann die ventral/dorsale Operation vorgezogen. Aus der von der Vorinstanz zitierten Zeugenaussage des Ehemanns ergibt sich sodann, dass die Beschwerdegegnerin wegen ihrer Schmerzen "keine Alternative" sah. Angesichts des von der Vorinstanz festgestellten Zustands der Beschwerdegegnerin vor der Operation (vgl. Sachverhalt A.b) ist dies auch ohne weiteres nachvollziehbar. Hätte die Vorinstanz die Rechtsfrage richtig gestellt, hätte sie somit

bejahen müssen, dass die Beschwerdegegnerin grundsätzlich einer Operation zugestimmt hätte auch bei einer Aufklärung über die LVS-Risiken. Hätten sich aber dieselben Risiken in gleicher Weise verwirklicht, wenn eine ventral/dorsale Operation erfolgt wäre, fehlt es insoweit an einem durch die angenommenen Pflichtverletzungen (mangelnde Aufklärung vor der Operation sowie die Wahl der Operationsmethode) verursachten Schaden.

#### **E. 6**

Somit ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit sie die Haftung für den Schaden zufolge des lumbovertrebralen Syndroms LVS betrifft.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erscheint es gerechtfertigt, die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 1 und 2 BGG).

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