

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.22 vom 26. Juli 2019

BS Appellationsgericht, 2019-07-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.22

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.22 du 26 juillet 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.22 del 26 luglio 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten unterliegen der Berufung, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [SR 272, ZPO]). Dies ist vorliegend der Fall. Der begründete Entscheid ist der Berufungsklägerin am 22. März 2018 zugestellt worden. Die Berufung ist innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen erhoben worden (Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 145 Abs. 1 lit. a und 142 Abs. 3 ZPO). Auf die zudem formgerecht erhobene und begründete Berufung ist somit einzutreten.

Zum Entscheid über die vorliegende Berufung ist das Appellationsgericht als Dreiergericht zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

E. 1.2

1.2.1 Die Klägerin hat, nachdem der Instruktionsrichter mit verfahrensleitender Verfügung vom 31. August 2018 mitgeteilt hatte, es sei vorgesehen, ohne mündliche Verhandlung aufgrund der vorliegenden Rechtsschriften und Akten zu entscheiden, mit der Berufungsreplik beantragt, "eine öffentliche Gerichtsverhandlung mit Publikums- und Medienanwesenheit durchzuführen". Der Verfahrensleiter hat mit Verfügung vom 13. November 2011 an der angekündigten Entscheidfindung aufgrund der eingegangenen Rechtsschriften und der Vorakten festgehalten, vorbehaltlich eines anderslautenden Entscheids des Gerichts. Die Klägerin stützt ihre Forderung nach einer öffentlichen Verhandlung auf die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das Zivilgericht habe ihr Recht auf Abnahme gehörig angebotener Beweise und ihr Recht auf rechtliches Geh■. verletzt (Berufungsreplik, Rz 3 f.).

1.2.2 Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Diese Entscheidung liegt im pflichtgemässen Ermessen des Berufungsgerichts (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 316 N 17). Ein Entscheid aufgrund der Akten ohne Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung kommt insbesondere in Frage, wenn die Angelegenheit spruchreif ist (statt vieler AGE ZB.2017.42 vom 8. Juli 2018 E. 1.3 und ZB.2016.32 vom 4. März 2017 E. 1.3). Aus Art. 316 Abs. 1 ZPO lässt sich namentlich kein Recht auf Durchführung einer Parteiverhandlung im Berufungsverfahren ableiten (BGer 4A_65/2013 vom 17. Juli 2013 E. 4). Das Berufungsverfahren wird in der Regel als Aktenprozess geführt ohne Durchführung einer Parteiverhandlung (BGE 142 III 413 E. 2.2.1; Hurni, Zum Rechtsmittelgegenstand im

Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2018, S. 70). Entgegen dem Antrag der Klägerin sind im vorliegenden Fall in Würdigung der Vorbringen der Parteien und der Akten keine überwiegenden Gründe ersichtlich, welche für die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung im Berufungsverfahren sprechen würden. Die Klägerin rügt zwar in der Berufung unter anderen eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch das Zivilgericht. Dazu wird aber in erster Linie auf die bei der Vorinstanz eingereichten Eingaben und Beweismittel verwiesen bzw. werden zusätzliche Beweismittel eingereicht und der Antrag auf Einholung eines gerichtlichen medizinischen Gutachtens wiederholt. Eine Befragung wird in der Berufungsbegründung alleine in Bezug auf die von der Beklagten als Beweis offerierten Zeugen beantragt, wobei dieser Antrag nur hilfsweise gemacht wird, da die Berufungsklägerin zu den Fragen, auf welche sich diese Beweisofferten beziehen, ausdrücklich eine Behauptungs- und Beweislast bestreitet (Berufung, Rz 20). Wesentlicher Kritikpunkt ("Kernthematik") der Berufung ist die Ausführung im angefochtenen Entscheid, dass die Berufungsklägerin vor der Entnahme der linken Niere zu Spendezwecken rechtsgenügend über die Risiken und Nebenfolgen dieses Eingriffs informiert worden sei (Berufung, Rz 6). Aufgrund der Eingaben der Parteien ist aber nicht ersichtlich, weshalb für die Beantwortung dieser Frage in tatsächlicher Hinsicht bzw. rechtlicher Hinsicht vor dem Berufungsgericht eine öffentliche Parteiverhandlung erforderlich sein soll (zur Behandlung dieser Anträge nachstehend E. 1.2.3).

Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin (Berufungsreplik, Rz 3) steht dem Verzicht auf die Anordnung einer öffentlichen Parteiverhandlung auch Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) nicht entgegen. Dieser Bestimmung wird im schweizerischen Recht vollumfänglich dadurch Rechnung getragen, dass im erstinstanzlichen Verfahren ein Anspruch auf Durchführung einer (grundsätzlich) öffentlichen Parteiverhandlung besteht (Art. 54 Abs. 1 ZPO). Nach der Praxis des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) kann allerdings eine Partei auf die für das erstinstanzliche Verfahren in zivilrechtlichen Streitigkeiten garantierte öffentliche Verhandlung verzichten, wobei ein solcher Verzicht sogar stillschweigend erfolgen kann (Art. 233 ZPO; dazu auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016, N 4.68 ff.). Dies gilt auch für Prozesse, die wie vorliegend im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO geführt werden (BGE 140 III 450 E. 3.2 S. 452 ff.; statt vieler Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 233 N 4). Wenn die anwaltlich vertretene Klägerin wie hier im erstinstanzlichen Verfahren nach der Durchführung einer Instruktionsverhandlung am 2. Februar 2017 auf entsprechende Anfrage seitens des Gerichts hin ausdrücklich auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung verzichtet hat (Eingabe vom 1. Juni 2017), kann sie nicht gestützt auf Art. 6 EMRK verlangen, dass nun im Berufungsverfahren eine öffentliche Parteiverhandlung stattfinden soll (vgl. Entscheid des Obergerichts Zürich RT150112 vom 13. November 2015 E. III.3.8). Ein solches Wahlrecht, den Anspruch auf öffentliche Parteiverhandlung im Falle des Verzichts im erstinstanzlichen Verfahren auf das Berufungsverfahren, in welchem eben kein Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung mehr besteht, zu verschieben, ergibt sich weder aus dem schweizerischen Prozessrecht noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. BGer 5D_181/2011 vom 11. April 2012 E. 3.1.3). Zum gleichen Ergebnis führen der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs, welche auch im

Verfahrensrecht gelten (vgl. BGer 6A.47/2000 vom 23. Januar 2001, in BGE 127 II 129 nicht publizierte E. 1b mit Hinweis auf BGE 121 I 30 E. 5.f S. 37 f.).

1.2.3 Zentraler Streitpunkt des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, inwiefern die Beklagte 1 im Zeitpunkt der Nierentransplantation aufgrund des damaligen Erkenntnisstands der medizinischen Wissenschaft verpflichtet gewesen wäre, die Klägerin über das Risiko eines Chronic Fatigue Syndroms aufzuklären (dazu hinten E. 3). Die Klägerin rügt, dass das Zivilgericht ihr Recht auf den Beweis missachtet habe, indem es von der Einholung eines entsprechenden medizinischen Gutachtens abgesehen habe, welches sie rechtzeitig beantragt habe. Sie wiederholt deshalb ihren Antrag auf ein gerichtlich einzuholendes Gutachten zu dieser Frage (Berufung, Rz 12 f. und 18 f.). Des Weiteren beantragt die Klägerin auch die Befragung dreier Zeugen durch das Appellationsgericht (Berufung, Rz 20). Diesen Beweisanträgen kann nicht gefolgt werden.

Mit dem Verzicht auf eine mündliche Verhandlung vor Zivilgericht wurde auch auf weitere Beweisabnahmen im Verfahren allgemein und in der Hauptverhandlung im Besonderen verzichtet. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 ersuchte die Verfahrensleiterin die Parteien um Mitteilung, ob sie an der Durchführung einer Instruktionsverhandlung interessiert seien. Sie wies dabei darauf hin, dass es darum gehe, die Möglichkeit eines Vergleichs zu besprechen, dies unter Berücksichtigung des Prozessrisikos und der allenfalls anfallenden Prozesskosten bei Durchführung einer Expertise. Nachdem an der Instruktionsverhandlung vom 2. Februar 2017 eine Einigung zwischen den Parteien nicht zustande gekommen war, ersuchte die Verfahrensleiterin die Parteien um Mitteilung, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten wollten. Dabei machte sie explizit darauf aufmerksam, dass aus ihrer Sicht der Fall nach durchgeführtem doppelten Schriftenwechsel und weiteren Stellungnahmen der Parteien spruchreif sei, ohne dass weitere Beweise abgenommen werden müssten. Hätte die Klägerin die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens gewünscht, hätte sie bzw. ihre Rechtsvertretung spätestens mit ihrem Verzicht auf eine Hauptverhandlung (Eingabe vom 1. Juni 2017), darauf bestehen müssen, dass das Zivilgericht ein Gutachten in Auftrag gibt. Mit dem Verzicht auf eine mündliche Verhandlung ist unter den gegebenen Umständen auch ein Verzicht auf weitere Beweisabnahmen einhergegangen. Wo ein Verzicht auf eine beantragte Beweisabnahme angekündigt wird, ist die betroffene Partei aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs gehalten, innert gebotener Frist zu verlangen, dass der Entscheid in Wiedererwägung gezogen wird. Ansonsten verwirkt sie das Recht, die unterbliebene Abnahme ihres Beweises im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren zu rügen (BGE 138 III 374 E. 4.3.2 [= Praxis 2013 Nr. 4]; BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 5.3). Im Übrigen waren die jetzt angerufenen Zeugen vor erster Instanz gar nicht von der Klägerin, sondern von den Beklagten angerufen worden (vgl. Klageantwort, Rz 36), so dass die Klägerin auch gar nicht berechtigt ist, deren Befragung im Berufungsverfahren zu verlangen.

1.2.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass kein Anspruch der Klägerin auf Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung im Berufungsverfahren besteht. Der Fall erscheint spruchreif und kann aufgrund der Vorbringen der Parteien im doppelten Schriftenwechsel sowie der in den Akten liegenden Beweismittel entschieden werden. Die Abnahme weiterer Beweise, namentlich die Einholung eines Gutachtens zum Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Nierentransplantation sowie eine Befragung der durch die Klägerin erst im Berufungsverfahren beantragten

Zeugen, ist prozessual ausgeschlossen.

E. 2

2.1 Art. 61 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Bund und die Kantone betreffend die Schadenersatz- und Genugtuungspflicht von öffentlichen Beamten und Angestellten von Art. 41 ff. OR abweichende Bestimmungen aufstellen können, sofern der Schaden von ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtung verursacht worden ist. Nach § 3 des basel-städtischen Gesetzes über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz [HG], SG 161.100) haftet der Staat nach den Bestimmungen für den Schaden, den sein Personal in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt (§ 3 Abs. 1 HG). Soweit der Staat gemäss § 3 für Schaden haftet, hat die geschädigte Person auch Anspruch auf Genugtuung, wenn sie in ihren Persönlichkeitsrechten schwer verletzt worden ist (§ 4a HG). Bei der Staatshaftung des Kantons Basel-Stadt handelt es sich einerseits um eine ausschliessliche Haftung des Staates; dem geschädigten Dritten steht gegenüber dem fehlbaren Personal kein Anspruch zu (§ 3 Abs. 2 HG). Andererseits handelt es sich um eine Kausalhaftung, da es für die Begründung der Haftung nicht auf das Verschulden des Personals ankommt (Meyer, Staatshaftung, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 709 ff., 718). Die Haftung des Staates richtet sich im Übrigen nach den Bestimmungen des Zivilrechts (vgl. § 2 Abs. 1 HG). Die Schadenersatzpflicht des Staates setzt voraus, dass der Dritte den Schaden, die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Personals und den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Personals und dem Schaden beweist (vgl. Meyer, a.a.O., S. 719 ff.).

2.2 Nach Lehre und Rechtsprechung haftet der Arzt nicht nur für Kunst- bzw. Behandlungsfehler, sondern auch für unterlassene bzw. ungenügende Aufklärung des Patienten. Die ausreichende Aufklärung des Patienten soll diesen in die Lage versetzen, aus freiem Willen in die vorgeschlagene Behandlung bzw. den vorgesehenen Eingriff in seine physische bzw. psychische Integrität einzuwilligen bzw. diese abzulehnen. Der Patient muss über alle Informationen verfügen, die für eine Abwägung des möglichen Nutzens der Behandlung bzw. der Operation und der damit verbundenen Risiken erforderlich und somit für eine sachgerechte Meinungsbildung notwendig sind. Das Erfordernis einer klaren Einwilligung gründet in genereller Weise auf dem Recht des Patienten auf Leben und persönliche Freiheit wie auch auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 der Bundesverfassung [BV, SR 101]). Privatrechtlich folgt die Aufklärungspflicht aus dem Schutz der Persönlichkeit des Patienten (Art. 28 des Zivilgesetzbuchs [ZGB, SR 210]) sowie aus den vertraglichen Pflichten des Arztes gemäss Art. 398 Abs. 2 und 400 des Obligationenrechts (OR, SR 220). Im kantonalen Recht ist die Pflicht zur Aufklärung des Patienten und sein Recht, seine Einwilligung zu einem medizinischen Eingriff jederzeit zu widerrufen, in § 15 Abs. 2 lit. b und c des Gesundheitsgesetzes (GesG, SG 300.100) festgehalten. Der Arzt, der ohne (rechtsgenügende) Aufklärung und damit ohne wirksame Einwilligung des Patienten operiert oder sonstwie in dessen körperliche und geistige Integrität eingreift, handelt widerrechtlich. Er haftet für sämtliche (kausalen) Folgen des medizinischen Eingriffs grundsätzlich auch dann, wenn die Behandlung nach allen Regeln der ärztlichen Kunst (*lege artis*) und damit medizinisch korrekt ausgeführt wurde (zum Ganzen statt vieler BGE 133 III 121 E. 4.1.1 f. S. 128 f. [= Praxis 2007 Nr. 105] mit Hinweisen; BGer 4A_483/2016 vom 6. Februar 2017 E. 4.1; Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag, *Arztrecht*, Bern 2016, § 7 N 142 ff.; Landolt/Herzog-Zwitter,

Arzthaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz 44 ff. und 851 ff.).

2.3 Bezüglich der Form der Aufklärungspflichten kann unterschieden werden zwischen der Eingriffsaufklärung, der Sicherungsaufklärung und der wirtschaftlichen Aufklärung (Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 859). Die Eingriffsaufklärung dient dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Der Patient soll sämtliche entscheidungsrelevanten Vor- und Nachteile des medizinischen Eingriffs erfassen können, die nötig sind, um das Selbstbestimmungsrecht selbstverantwortlich auszuüben. Die Eingriffsaufklärung umfasst die Diagnoseaufklärung (Aufklärung über den medizinischen Befund und dessen Bedeutung), die Verlaufsaufklärung (Information über den Eingriffs- bzw. Behandlungsverlauf einschliesslich der Heilungschancen), die Risikoaufklärung (Aufklärung über die mit dem Eingriff bei ordnungsgemässer Durchführung verbundenen Risiken) sowie die Aufklärung über Behandlungsalternativen einschliesslich deren Vor- und Nachteile, gegebenenfalls auch über neue Behandlungsmethoden (eingehend dazu Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 940 ff.; Aebi-Müller et al., a.a.O., § 8 N 106 ff.; ferner BGE 133 III 121 E. 4.1.2 S. 129). Die Sicherungsaufklärung (auch therapeutische Aufklärung genannt) soll den Patienten zu einem therapiegerechten Verhalten anhalten, um dergestalt den Erfolg der Behandlung sicherzustellen. Sie ist Teil der medizinischen Behandlung. Ihre Verletzung ist dementsprechend als Behandlungsfehler einzustufen (Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 1025 ff.; Aebi-Müller et al., a.a.O., § 7 N 164 ff.). Die wirtschaftliche Aufklärung umfasst die gebotenen Informationen über die finanziellen und versicherungstechnischen Folgen der Behandlung bzw. des Eingriffs. Die Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht kann Schadenersatzforderungen des Patienten bzw. den Verlust des Arzthonorars nach sich ziehen (Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 1044 ff.; Aebi-Müller et al., a.a.O., § 8 N 110).

Der Arzt hat den Patienten in klaren und verständlichen Worten so umfassend wie möglich aufzuklären (BGE 133 III 121 E. 4.1.2 S. 129). Dem Patienten muss die Tragweite des operativen Eingriffs bzw. der medizinischen Behandlung bewusst gemacht werden (Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 996). Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht wird massgeblich von den Umständen des Einzelfalls geprägt. Der Patient soll alle Informationen erhalten, um selbstbestimmt seine Entscheidung zu treffen, ob er sich dem vorgeschlagenen Eingriff bzw. der vorgesehenen Behandlung unterziehen oder davon absehen will. Die Aufklärung des Patienten berücksichtigt soweit erkennbar dessen Vorkenntnisse, Lebenssituation und Bildungsgrad. Sie findet im Rahmen eines persönlichen Gesprächs zwischen behandelndem Arzt und Patient statt, ergänzt durch Merk- und Informationsblätter. Umgekehrt können Basisinformationen vorab durch Aufklärungsformulare vermittelt werden, auf welche das persönliche Gespräch mit dem Arzt folgt, in welchem auf die individuelle Situation des Patienten eingegangen werden kann (sog. Stufenaufklärung). Zu beachten ist indessen, dass die Aufklärungsanforderungen an den Arzt nicht überspannt werden dürfen. Aufklärung soll den Patienten informieren und nicht verwirren oder gar ängstigen (Gefahr der Desinformation durch Überinformation). Sie muss in jedem Fall so rechtzeitig vor dem Eingriff bzw. der Behandlung stattfinden, dass dem Patienten genügend Zeit zur freien Entscheidungsfindung in Ruhe verbleibt; je schwerer der Eingriff ist, eine desto längere Bedenkfrist muss eingeräumt werden (zum Ganzen Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 863 ff.; Aebi-Müller et al., a.a.O., § 4 N 111 ff. und § 8 N 112 ff.).

Ärzte sind verpflichtet, nicht nur sämtliche bedeutsamen Feststellungen (Anamnese, Untersuchungen) und durchgeführte Therapien (Medikation, operative Eingriffe, Pflegemassnahmen), sondern auch die Aufklärung des Patienten und deren wesentlicher Inhalt ■ sei es in der handschriftlichen Krankenakte oder in elektronischer Aufzeichnung ■ zu dokumentieren. Die Dokumentationspflicht folgt zivilrechtlich als Nebenleistungspflicht aus der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht des Arztes (Art. 400 Abs. 1 OR). Öffentlich-rechtlich wird sie für das Behandlungsverhältnis etwa in § 29 GesG statuiert. Die Aufzeichnungen sollten alles umfassen, was für den Patienten, soweit für den Arzt erkennbar, mit der Behandlung medizinisch oder rechtlich relevant ist. Die Dokumentation sollte fortlaufend und zeitnah erfolgen (Aebi-Müller et al., a.a.O., § 9 Rz 12 ff.; Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 1057 ff.). Dokumentationsversäumnisse als solche bilden keine Grundlage für eine vertragliche oder deliktische Haftung. Sie können aber bei der Beweiswürdigung eine entscheidende Rolle spielen. Allerdings können aufzeichnungspflichtige Tatsachen auch auf anderem Weg bewiesen werden (eingehend dazu Aebi-Müller et al., a.a.O., §§ 7 N 31 ff. und 9 N 22 f.; ferner Landolt/Herzog-Zwitter, a.a.O., Rz 1073 ff.; anschaulich etwa BGE 4P.237/2006 vom 16. Januar 2007 E. 3 und 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3). Die Beweislast für den Nachweis einer ausreichenden Aufklärung des Patienten und damit für das Vorliegen einer Einwilligung zum vorgesehenen Eingriff liegt beim behandelnden Arzt bzw. Spital (BGE 133 III 121 E. 4.1.3 S. 129 mit Hinweisen [in BGE 141 III 363 nicht publizierte Erwägung]; BGE 4A_137/2015 vom 19. August 2015 E. 8.1)

2.4 Im Bereich der Lebendorganspende findet sich eine spezialgesetzliche Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Gemäss Art. 12 lit. b des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, SR 810.21) dürfen einer lebenden Person Organe, Gewebe oder Zellen nur entnommen werden, wenn sie umfassend informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat. In Ausführung dieser Bestimmung hat der Bundesrat in Art. 9 der Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung, SR 821.211) eine detaillierte Regelung erlassen, welche Informationen die Aufklärung von Lebendspendern beinhalten muss (eingehend dazu Tresp, Lebendspende in der Schweiz, Basel 2010, S. 24 ff.; ferner Erläuternder Bericht zur Transplantationsverordnung, S. 9 ff. [abrufbar unter [https:// www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1261/Erlaeuterungen_Transplantationsverord-ung_d.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1261/Erlaeuterungen_Transplantationsverord-ung_d.pdf)]). Die Bedeutung einer umfassenden Aufklärung ergibt sich aus dem Umstand, dass die Lebendspende anders als der ärztliche Heileingriff grundsätzlich nicht eigennützig, sondern zugunsten des Organempfängers und damit fremdnützig erfolgt. Allerdings kann bei gerichteten Spenden die Heilung eines Angehörigen auch im Interesse und Nutzen des Spenders selbst sein (dazu Büchler/Michel, Medizin ■ Mensch ■ Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/ Genf 2014, S. 250 ff.). Abs. 1 von Art. 9 Transplantationsverordnung schreibt den Ärzten, welche Organe, Gewebe oder Zellen entnehmen, in genereller Weise vor, dass sie die für eine Spende in Frage kommenden Personen vor der Entnahme sowohl in mündlicher als auch in schriftlicher Form umfassend und verständlich zu informieren haben. Abs. 2 konkretisiert den Inhalt der ärztlichen Informationspflicht. Mit Blick auf den vorliegenden Fall ist in erster Linie die Pflicht zur Aufklärung über den Zweck und Ablauf der Vorabklärungen und des Eingriffs zwecks Organentnahme (lit. a) zu erwähnen, dann die Pflicht zur Aufklärung über die Kurz- und Langzeitriskien für die Gesundheit des Spenders (lit. c) sowie die möglichen psychischen Folgen einer Lebendspende und die Möglichkeit einer psychologischen

Betreuung (lit. j). Bedeutsam erscheint auch die Information über das Recht, die Spende ohne Angabe von Gründen abzulehnen oder die erteilte Einwilligung formlos zu widerrufen (lit. i), welches der Sicherstellung der Freiwilligkeit der Spende dient (Tresp, a.a.O., S. 29). Die Pflicht, sowohl in mündlicher wie auch in schriftlicher Form zu informieren (Abs. 1), macht deutlich, dass die Abgabe von Informationsbroschüren das mündliche Aufklärungsgespräch nicht zu ersetzen vermag. Die Aushändigung schriftlicher Informationen soll es dem Spender ermöglichen, dieses in Ruhe durchzugehen, Unklarheiten zu beseitigen, eine allfällige Spende mit einer Vertrauensperson zu besprechen, die Folgen und Risiken einer Spende gegeneinander abzuwägen und sich auf das oder die nachfolgenden persönlichen Gespräche mit den Ärzten vorzubereiten. Dieses mehrstufige Aufklärungsprozedere räumt dem potenziellen Spender die notwendige Bedenkzeit (Art. 9 Abs. 3 Transplantationsverordnung) ein (Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 11; Tresp, a.a.O., S. 30 ff.). Die Pflicht zur Dokumentation des Informationsablaufs (Art. 9 Abs. 4 Transplantationsverordnung) dient der Beweissicherung (Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 11).

E. 3

3.1 Zentraler Punkt der vorliegenden Berufung bildet, wie die Klägerin selber ausführt, die Frage, ob die Beklagte 1 nach dem damaligen Stand der medizinischen Wissenschaft vor und im Zeitpunkt der Spende der Niere im Jahre 2008 verpflichtet gewesen war, die Klägerin sowohl mündlich wie auch schriftlich über ein mögliches Auftreten "eines Fatigue Syndrom, fatigueartigen Symptomen bzw. langanhaltender Müdigkeit als mögliche Folge einer Lebendnierenspende aufzuklären" (Berufung, Rz 16; Berufungsreplik, Rz 7).

E. 3.2

3.2.1 In formeller Hinsicht ist umstritten, ob die Beklagte 1 die Klägerin wie von Art. 9 Abs. 1 Transplantationsverordnung vorgeschrieben überhaupt in schriftlicher Form über die Risiken einer Nierenspende informiert hat. Die Beklagte 1 hatte vor Zivilgericht auf ihre Broschüre "Das Wichtigste zur Lebendnierenenspende" verwiesen, welche sie ihrem Schreiben an die Klägerin vom 18. März 2008 zwecks Vorbereitung eines Gesprächs vom 7. April 2008 auf der Nephrologie beigelegt habe (Klageantwort, Rz 28; Duplik, Rz 60). Die Klägerin hatte bestritten, die Broschüre erhalten zu haben, und die Beklagte 1 aufgefordert, die Aushändigung zu beweisen (Klage, Rz 20; Replik, Rz 20).

Das Zivilgericht hat indessen das Vorbringen der Klägerin nicht für glaubhaft erachtet. Sie habe diese Broschüre selber auszugsweise mit der Klageschrift als Beilage eingereicht und nicht ausgeführt, wann und unter welchen Umständen sie diese erhalten habe. Dass die Klägerin das Schreiben vom 18. März 2008 nicht erhalten hätte, mache sie nicht geltend. Sie sei denn auch über den Termin vom 7. April 2008 informiert gewesen und habe diesen wahrgenommen. Wenn die Klägerin diese Broschüre mit dem Schreiben vom 18. März 2008 nicht erhalten hätte, so hätte sie spätestens beim Gespräch vom 7. April 2008 bereits danach gefragt, zumal im besagten Schreiben bereits darauf verwiesen worden sei. Die Geschwister der Klägerin dürften zudem dasselbe Einladungsschreiben wie die Klägerin erhalten haben, denn das Aufklärungsgespräch habe mit allen vier Geschwistern gemeinsam stattgefunden. Wenn auch bei ihnen die Broschüre im Anhang gefehlt hätte, wäre dies bestimmt zur Sprache gekommen, ebenso wenn diese nur bei der Klägerin gefehlt hätte.

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