

# GR\_GERICHTE ZK2 2021 20 vom 23. März 2022

GR Gerichte, 2022-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2021\\_20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2021_20)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2021 20 du 23 mars 2022

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2021 20 del 23 marzo 2022

## Regeste

Schadenersatz und Genugtuung (Spitalhaftung) | Berufung OR Allgemeine Bestimmungen

## Erwägungen

### E. 5

/ 25 Entscheid grundsätzlich nur überprüfen, nicht aber ergänzen bzw. vervollständigen kann. 1.4. Die Berufungskläger belangen die Berufungsbeklagte auf Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung, weil sie bzw. ihr Personal Frau D.\_\_\_\_\_ nur ungenügend über allfällige Risiken und deren Konsequenzen aufgeklärt habe bzw. weil an Frau D.\_\_\_\_\_ wegen der bestehenden Vorerkrankungen überhaupt keine Darmspiegelung hätte durchgeführt werden sollen bzw. weil Frau D.\_\_\_\_\_ beim notfallmässigen Wiedereintritt ins Spital E.\_\_\_\_\_ nach vorausgegangener Darmspiegelung – trotz massiver Bauchschmerzen (9-10 auf der Skala von 10) – kurzfristig keine Antibiotika verabreicht wurden und weil kein bildgebendes Verfahren veranlasst worden war. Jeder der drei genannten Gründe, treffen sie denn zu, kann bejahendenfalls die Berufungsbeklagte bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen haftpflichtig machen; eine Kumulation ist nicht erforderlich. 2.1. Die Berufungskläger begründen ihre Berufungsanträge in act. A.1 zusammengefasst wie folgt: D.\_\_\_\_\_ sei ungenügend aufgeklärt worden (act. A.1 S. 16 unten). Bei den Patientenakten (KB 7/1-6) fehle der Nachweis der Information über Risiken und Alternativbehandlungen (act. A.1 S. 16 f.). Informationsblätter würden in den Akten fehlen und seien der Patientin auch nicht im Vorfeld des Spitaleintritts zugesandt worden (act. A.1 S. 18). Nach BGer 4A\_432/2020 v. 16.12.2020 E. 5.2 könne bei fehlender Aufklärung von einer hypothetischen Einwilligung dann nicht ausgegangen werden, wenn Art und Schwere des Risikos zu einer genaueren Information verpflichtet hätten. Weder genügende Aufklärung noch hypothetische Einwilligung seien von der Berufungsbeklagten nachgewiesen worden (act. A.1 S. 19). Kritisiert wird auch die Indikation (act. A.1 S. 20 ff.). Eine Leberzirrhose sei eine Kontraindikation für eine Koloskopie (act. A.1 S. 20). Die Vorinstanz nehme an, dass die Leberzirrhose an sich keine schwere Komorbidität im Sinne der Wegleitung gemäss KB 34 Ziff. 2 sei, allerdings ohne zu erklären, wie sie zu dieser medizinischen Einschätzung komme (act. A.1 S. 20). Die Gutachter würden eine Koloskopie für indiziert halten, würden aber auf eine erhöhte Brüchigkeit und Verletzungsanfälligkeit der Darmwand hinweisen, was nichts anderes bedeute, als dass von einer Koloskopie ganz hätte abgesehen werden müssen. Fragen an die Gutachter zu anderen Methoden der Abklärung von Anämien würden fehlen (act. A.1 S. 21). Wegen der vermehrten Brüchigkeit und Verletzungsanfälligkeit der Darmwand wäre die Untersuchung vorsichtiger durchzuführen und mit einer bildgebenden Methode zu kontrollieren gewesen (act. A.1 S. 22). Bei dem beim nächtlichen Wiedereintritt verabreichten Medikament "Ketesse" sei die empfohlene Dosis überschritten worden, was

die Schmerzen gemäss

### **E. 5.1**

Die Berufungskläger haben vor der Vorinstanz geltend gemacht, dass sich in den von der Berufungsbeklagten als vollständig bezeichneten Patientenakten lediglich eine Einverständniserklärung befinde (RG act. I.1 S. 6). Sie verweisen (a.a.O., S. 14) auf Art. 28 des Patientengesetzes. Ein Gesetz dieses Namens liess sich nicht finden, hingegen das Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Graubünden (Gesundheitsgesetz; BR 500.000). In der im massgeblichen Zeitpunkt, d.h. Mai 2016, geltenden Fassung ist in Art. 28 nicht die Patientenaufklärung geregelt (sondern die sog. privaten Einrichtungen), und erst in der Fassung von 2. September 2016, die noch später in Kraft trat, ist vorgesehen, dass die Aufklärung den Gesundheitszustand und die Krankheitsdiagnose, die beabsichtigten vorbeugenden, diagnostischen und therapeutischen Massnahmen sowie deren Risiken, Vor- und Nachteile und Kosten, allfällige Alternativen zu den beabsichtigten Massnahmen umfassen muss. Das heisst allerdings nicht, dass es zuvor keine vergleichbare Patientenaufklärungspflicht gegeben hat. Die Patientenrechte leiten sich nämlich ohnehin direkt aus der persönlichen Freiheit und der körperlichen Integrität ab (BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 = Pra 2007 Nr. 105): "Der Arzt, der ohne Information und ohne Einwilligung des Patienten operiert, handelt widerrechtlich und haftet für den angerichteten Schaden, ob nun in seinem Verhalten eine Verletzung der Pflichten als Beauftragter oder eine Verletzung absoluter Rechte, somit eine unerlaubte Handlung, gesehen wird [...]. Im medizinischen Bereich besteht die Rechtfertigung des Eingriffs meistens in der Einwilligung des Patienten. Damit diese wirksam ist, muss sie nach einer umfassenden Aufklärung erfolgt sein, was voraussetzt, dass der Arzt den Patienten über den Eingriff ausreichend unterrichtet, damit dieser seine Zustimmung dazu in Kenntnis der Sachlage geben kann. [...] Der Arzt muss den Patienten mit klaren und verständlichen Worten so umfassend wie möglich aufklären, und zwar über die Diagnose, die Therapie, die Aussichten über die Alternativen zur vorgeschlagenen Behandlung, die Risiken der Krankheit und über die finanziellen Fragen [...] Es obliegt dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt und dass er vor dem Eingriff eine Einwilligung erhalten hat, die der Patient in voller Kenntnis der Umstände abgegeben hat [...]. Liegt keine solche Einwilligung vor, räumt die Rechtsprechung dem Arzt die Möglichkeit ein, sich auf eine hypothetische Einwilligung des Patienten zu berufen. Der Arzt muss daher nachweisen, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er in ge-

### **E. 5.2**

Dr. med. G.\_\_\_\_\_, welche die Magen-/Darmspiegelung durchführte (wobei auf die problemlose Magenspiegelung nicht weiter einzugehen ist), hat in ihrem Gedächtnisprotokoll erwähnt, dass die Patientin das "Aufklärungsblatt" erhalten und sich genügend informiert gefühlt habe (RG act. I.1 S. 6). Die "Patientenakte Spital E.\_\_\_\_\_" (KB 7/1-6) enthält die "Einverständniserklärung zur Dickdarmspiegelung (Koloskopie/Rektosigmoidoskopie)". Frau D.\_\_\_\_\_ hatte dort folgenden Text unterzeichnet: "Ich, die/der Unterzeichnende habe von dem Informationsblatt Kenntnis genommen. Ich wurde durch die Ärztin/den Arzt über den Grund (Indikation) für die Dickdarmspiegelung aufgeklärt. Art, Ablauf und Risiken der Dickdarmspiegelung inklusive einer allfälligen Polypenentfernung habe ich verstanden. Meine Fragen sind zu meiner Zufriedenheit beantwortet worden". In der Folge wurde von Frau D.\_\_\_\_\_ das

## Einverständnis zur Durchführung der Dickdarmspiegelung

### **E. 5.3**

Im Gedächtnisprotokoll von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ (KB 7, 3-1) wird eine von ihr im November 2010 an Frau D.\_\_\_\_\_ durchgeführte notfallmässige Gastroskopie mit erfolgreicher Blutstillung aus einem Ulkus erwähnt. Im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht ist zu prüfen, ob, was das Bundesgericht angesprochen hat, deshalb weniger Informationen erforderlich sein können, weil "der Patient eine oder mehrere ähnliche Operationen hinter sich hat" (BGE 133 III 121 E. 4.1.2 = Pra 2007 Nr. 105). Diesbezüglich kann aus einer sechs Jahre zurückliegenden (notfallmässig durchgeführten) Gastroskopie nichts abgeleitet werden, zumal es für die wesentliche Frage des Risikos, das eine Darmspiegelung für Frau D.\_\_\_\_\_ bei ihrer Vornahme im Jahre 2016 bedeutete, auf den aktuellen gesundheitlichen Zustand der Patientin ankam.

### **E. 5.4**

Bezogen auf die Aufklärung ist im Gedächtnisprotokoll von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ weiter erwähnt: "Anschliessend ärztliches Aufklärungsgespräch durch die Stationsärztin, Fragebogen und Einwilligung wurden von Patientin und Stations-ärztin unterschrieben". Und weiter auf S. 2 oben: "Sie habe das Aufklärungsblatt für die beiden geplanten Endoskopien gelesen, fühle sich genügend informiert, hat diesbezüglich keine weiteren Fragen an mich, ist auch mit der Sedation durch Propofol einverstanden. Ich überprüfe die von der Pflege abgegebenen Auf- klärungsblätter und unterschreibe sie ebenfalls, des Weiteren überprüfe ich die Vitalwerte: BD 116/78 mmHg, Hf 72/min, SO<sub>2</sub> 97 % ohne Sauerstoff".

### **E. 5.5**

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass Frau D.\_\_\_\_\_ die erforderliche Aufklärung erhalten habe (act. B.1 E. 3.3.4). Eine Risikoauflklärung sei erfolgt, wie sich aus dem Informationsblatt entnehmen lasse. Am Eintrittstag (9. Mai 2016) sei ein ärztliches Aufklärungsgespräch durch die Stationsärztin erfolgt. Die Patientin habe das Aufklärungsblatt gelesen und habe sich genügend informiert gefühlt und habe diesbezüglich keine weiteren Fragen gehabt und die Einverständniser- klärung sei von ihr unterzeichnet worden (act. B.1 E. 3.3.4.2). Das Perforationsri- siko von 0.3-0.5 % sei bei Frau D.\_\_\_\_\_ höher einzuschätzen gewesen, aber selbst mit einer 10 x höheren Komplikationsrate würde ein Perforationsrisiko von nicht mehr als 3-5 % bestehen. Ob Frau D.\_\_\_\_\_ über ihr individuelles Risiko zu- sätzlich detailliert aufgeklärt worden sei, lasse sich nicht sagen und sei mithin nicht bewiesen. Das Gericht sei aber überzeugt, dass Frau D.\_\_\_\_\_ auch in Kenntnis

### **E. 5.6**

Aufgrund dessen, was im Prozess vorgebracht wird, muss das Kantonsge- richt davon ausgehen, dass Frau D.\_\_\_\_\_ lediglich diejenigen Informationen vor- lagen, wie sie sich aus dem Information-/Aufklärungsblatt ergeben und jedem "Durchschnittspatienten" im Vorfeld einer Darmspiegelung abgegeben werden. Die Hinweise auf die erfolgte Aufklärung, auch durch Dr. med. H.\_\_\_\_\_ und Dr. med. G.\_\_\_\_\_, und dass die Patientin keine Fragen hatte bzw. sich aufgeklärt fühlte, sagen über den Wortlaut des Informations-/Aufklärungsblattes hinaus nichts zum Inhalt der Information aus. Aus der Feststellung des Gerichtsmediziners, der zur Erstattung seines rechtsmedizinischen Gutachtens über die Spitalakten ver- fügte und der darauf hinwies, dass eine Aufklärung

über die durchzuführenden Untersuchungen und deren Risiken erfolgt sei und dass die Einverständniserklärung zur Dickdarmspiegelung gemäss Aufklärungsbogen in Kenntnis des Informationsblattes (über das er allerdings, da es sich nicht in der Krankengeschichte befand, nicht verfügte, wie er auch selber erwähnt), ist nicht mehr als eine beiläufige Bemerkung und hat kein Gewicht, umso mehr als er ja nicht wissen konnte, wie mit dem (fehlenden) Aufklärungsblatt informiert worden war.

#### **E. 5.7**

Ausgangspunkt ist, welche Informationen erteilt werden müssen und was eine korrekt geführte Krankengeschichte diesbezüglich enthalten muss. Im Aufklärungsgespräch, welches die Patienteninformation durch Aufklärungsformulare ("Basisinformation", Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag, a.a.O., § 4 Rz. 119 ff.) ergänzt, sind "die Besonderheiten der Situation in Bezug auf seine Person" darzulegen. "Der Arzt muss ihn in klaren und verständlichen Worten möglichst umfassend über die Diagnose, die Therapie, die Prognose, mögliche Alternativen, die Risiken und über die Heilungschancen bzw. den Spontanverlauf des Leidens ori-

#### **E. 5.8**

Wäre eine Aufklärung erfolgt, wie sie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre entspricht, hätte diese in der Krankengeschichte vermerkt werden müssen. Bereits aufgrund der als Urkunde im Prozess einzureichenden Krankengeschichte müsste die zusätzliche Risikoaufklärung ersichtlich sein. Das ist, wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ganz offensichtlich nicht der Fall. Wer das liest, was sich aus der Krankengeschichte und den weiteren Unterlagen der Berufungsbeklagten zur Information von Frau D.\_\_\_\_\_ ergibt, kann sich kein Bild davon machen, ob und was ihr zu ihrer besonderen Situation gesagt wurde. Die Vorgaben einer korrekten Patienteninformation und deren Dokumentation sind damit offensichtlich nicht erfüllt worden. Dazu kommt, dass die Berufungsbeklagte auch im Prozess in keiner Weise präzisiert hat, worin die von ihr behauptete weitergehende Aufklärung bestanden haben soll. Und für die gehörige Aufklärung ist die Berufungsbeklagte, wie sich aus den vorstehenden Zitaten ergibt, behauptungs- und beweispflichtig. Unabhängig von den Pflichten im Rahmen von medizinischen Behandlungen, wie sie vorstehend erwähnt wurden, ist in einem Verfahren, das den Regeln des Zivilprozessrechts folgt, die Verhandlungsmaxime zu beachten. Danach ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen und die Beweismittel zu nennen (Art. 55 ZPO). Spätestens im Prozess hätte von der Berufungsbeklagten ausreichend detailliert das dargelegt werden müssen, was bereits in der Krankengeschichte zu vermerken gewesen wäre. Entsprechend sind auch die Vorbringen der Berufungsbeklagten zu unbestimmt, weil es an den erforderlichen konkreten Angaben dazu, ob und wie genau die zusätzliche Aufklärung der Patientin erfolgte, fehlt, zumal die Berufungskläger verschiedentlich darauf hingewiesen haben, dass sich bezüglich dem konkreten Fall und den zusätzlichen Risiken von Frau D.\_\_\_\_\_ gar nichts ergebe (RG act. I.1 S. 24 f.; RG act. I.3 S. 17; act. A.3 S. 8). Wenn die Berufungsbeklagte in act. A.4 Rz. 10 zusammenfassend behauptet, die umfassende Aufklärung der Patientin und deren Einverständniserklärung seien "in II B. Ziff. 9, 19, 21, 23, 37 und 40 Klageantwort und II. B 3., 10. und 16. Duplik mehrfach und rechtzeitig be-

#### **E. 5.9**

Im Zusammenhang mit der Indikation ist ausgeführt worden, Dr. med. G.\_\_\_\_\_ hätte sich dazu Gedanken gemacht, die allerdings nicht in ihrem Gedächtnisprotokoll erscheinen würden. Das kann durchaus sein, weil ein Gedächtnisprotokoll ja auch nicht der Ort ist, wo fachliche Überlegungen der Behandlerin aufzuzeigen sind. Erwähnt wird und aktenkundig ist, dass Frau D.\_\_\_\_\_ nach der Koloskopie zwei Nächte im Spital verbrachte. Das weicht vom Normalprocedere zweifellos ab und es ist davon auszugehen, dass damit den erhöhten Risiken Rechnung getragen werden sollte. Dass in diesem Zusammenhang eine einlässliche Information der Patientin über die Risiken erfolgt ist, ist denkbar, jedoch weder dokumentiert noch im Prozess genügend klar behauptet. Auch hier müsste man wissen, was Frau D.\_\_\_\_\_ genau gesagt wurde. Dass sie als medizinische Laiin allein aus der Tatsache der Hospitalisation die richtigen Rückschlüsse zog,

### **E. 5.10**

Nach dem Gesagten fehlt es an den nötigen präzisen Behauptungen zu Inhalt und Umfang der weitergehenden Aufklärung von Frau D.\_\_\_\_\_. Was nicht genügend klar behauptet wird, darf auch nicht im Beweisverfahren geklärt werden, sodass von der Einvernahme der beiden Ärztinnen abzusehen ist. 6. Was schliesslich die Thematisierung von Alternativen zur Gastroskopie als Teil der Aufklärungspflicht anbelangt, sind sich die Parteien ebenfalls nicht einig. Die Berufungskläger weisen auf Alternativen hin, insbesondere die virtuelle Koloskopie und die CT-Angiografie (RG act. I.3 S. 4, S. 11, S. 13). Nach ihnen wäre als Alternative auch das Weiterleben mit Bluttransfusionen und der Gabe von Eisenpräparaten denkbar gewesen (RG act. I.3 S. 13), was ebenfalls zu thematisieren gewesen wäre. Die Berufungsbeklagte geht ihrerseits davon aus, dass es keine Alternativen zur Klärung der Blutungsquellen gegeben habe; keiner der Ärzte stelle die Indikation in Frage (RG act. I.2 Rz. 8, Rz. 23). Das Kantonsgericht kann nicht beurteilen, ob es Alternativen zur Darmspiegelung gegeben hätte; angesichts der Ausführungen der Berufungsbeklagten und der dazu eingereichten Belege kann dies jedenfalls nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Unklar ist auch, ob eine andere Reihenfolge der medizinischen Abklärungen hätte gewählt werden können und inwieweit und mit welchen Aussichten die von den Berufungsbeklagten erwähnte Möglichkeit – Weiterleben mit Eisensubstitution und EC-Transfusion – realistisch gewesen wäre. Dr. med. G.\_\_\_\_\_ schrieb in ihrem Bericht vom 11. Mai 2016 unter "Procedere: Therapie mit Panzerol fortsetzen. Eisensubstitution und auch EC-Transfusion in Betracht ziehen. Behandlung der portalen Hypertension. Bezüglich der Ösophagusvarizen ist eine Blutungsprophylaxe mittels Ösophagusvarizenligatur und Sklerosierung empfohlen, was allerdings nur im KSGR erfolgen könnte. Weiterführende Anämiebehandlung mit Sonographie des Abdomens und/oder CT Abdomen/Becken. Suche nach Hämolyse. Ev. KM-Punktion" (Dossier 4, RG act. 4/4 S. 2). Und im Bericht von PD Dr. L.\_\_\_\_\_ an den Hausarzt ist unter Procederevorschlag die weiterführende Anämieabklärung und Suche nach (Autoimmun-)Hämolyse und in diesem Zusammenhang eine Knochenmarkspunktion als sinnvoll erwähnt, die von der Patientin aktuell allerdings abgelehnt werde (Dossier 4, RG act. VIII.4/2 S. 2). Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um einen Entscheid, ob und in welcher Reihenfolge es solche Alternativen gegeben hätte, sondern um eine Klärung

### **E. 6**

/ 25 Schmerzskala von ursprünglich 10 von 10 auf 5 von 10 gesenkt habe. Um 03:04 Uhr sei eine beginnende Sepsis zu erkennen gewesen. Die Vorinstanz habe sich über die späte

und offensichtliche Diagnose der Darmperforation und die zu späte Behandlung hinweggesetzt, welche sich aus klaren Aussagen von medizinischen Fachpersonen ergebe. Die Gutachter würden sich zur Tolerierbarkeit von Untersuchungen in kleinen Spitälern äussern, was nicht ihre Aufgabe sei (act. A.1 S. 23). Trotz klaren Anzeichen einer Sepsis um 03:04 Uhr seien weder Antibiotika verabreicht noch bildgebende Dokumente erstellt worden (act. A.1 S. 24). Zur Kausalität sei von der Vorinstanz nicht klar Stellung bezogen worden, insbesondere sei die Feststellung der Privatgutachterin Dr. med. I. \_\_\_\_\_ nicht in Betracht gezogen worden, dass sich der Tod bei rascher Diagnostik und chirurgischer Therapie hätte verhindern lassen (act. A.1 S. 24). Pflichtwidriges Unterlassen sei kausal, wenn das Gericht die Überzeugung gewinne, Gesundheitsbeeinträchtigung und -schaden wären nicht überwiegend wahrscheinlich gewesen, wenn sich der präsumtiv Haftende pflichtgemäss verhalten hätte (act. A.1 S. 26). Nach der Privatgutachterin sei die Überlebensrate von Frau D. \_\_\_\_\_ beim notfallmässigen Wiederertritt bei 90 % gelegen. Falsche bzw. verzögerte Therapie sei eine klare ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung (act. A.1 S. 27). Ohne Koloskopie wäre der Tod zu jenem Zeitpunkt denn auch nicht eingetreten (act. A.1 S. 28). Auf die weiteren Ausführungen der Kläger wird im jeweiligen Zusammenhang sofern erforderlich eingegangen. 2.2. Die Berufungsbeklagte begründet ihre Anträge zusammengefasst wie folgt: Das von den Berufungsklägern verlangte Obergutachten sei nicht erforderlich (act. A.2 Rz. 2 ff.). Der Sachverhalt sei von der Vorinstanz korrekt widergegeben worden (Indikation für die Darmspiegelung [E. 3.3.2]), korrekte Durchführung, Nachbehandlung [E. 3.3.3] und Aufklärung [E. 3.3.4], kein Vorwurf wegen des Zeitpunkts des bildgebenden Verfahrens [E. 3.3.5], keine überwiegende Wahrscheinlichkeit betreffend Überleben, wenn Darmperforation früher erkannt und behandelt worden wäre [E. 4.1; act. B.1 Rz. 14]). Die Leberzirrhose sei keine Kontraindikation für eine Darmspiegelung, und zwar auch gemäss der Privatgutachterin nicht (act. A.2 Rz. 15). Der Ärztin im Nachtdienst könne angesichts der gesamten Umstände kein Vorwurf gemacht werden. Der Vorwurf der nicht genügenden Aufklärung sei grundlos (act. A.2 Rz. 19 ff.): Die Patientin habe (am 9. Mai 2016) un- terschriftlich bestätigt, dass sie vom Informationsblatt Kenntnis genommen habe; sie sei über die Indikation für die Darmspiegelung, inkl. Polypentfernung, aufgeklärt worden (act. A.2 Rz. 19) und habe das Procedere ausserdem von einer früheren gleichartigen Untersuchung gekannt. Die Untersuchung sei komplikationslos verlaufen; die Verletzung durch das Endoskop sei unbemerkt geblieben

## **E. 7**

/ 25 (act. A.2 Rz. 23) und die Patientin hätte sich dem Eingriff auch bei zusätzlichen Informationen ohnehin unterzogen. Das Restrisiko einer Darmperforation sei der Patientin bekannt gewesen (act. A.2 Rz. 25). Alternative Untersuchungsformen habe es nicht gegeben (act. A.2 Rz. 26). Dass Frau D. \_\_\_\_\_ eine Knochenmarkspunktion als zusätzliche Untersuchung abgelehnt habe, zeige ihre differenzierte Haltung (act. A.2 Rz. 27). Die Indikation zur Koloskopie sei korrekt gewesen (act. A.2 Rz. 29 f.), weil nur so die Anämie näher eingrenzbar gewesen sei (act. A.2 Rz. 32). Dr. G. \_\_\_\_\_ sei nicht sorgfaltswidrig gewesen und die Untersuchung sei stationär durchgeführt worden (act. A.2 Rz. 37); es sei denn auch kein Strafverfahren eröffnet worden. Auf das Restrisiko der Darmwandverletzung sei explizit aufmerksam gemacht worden. An Regionalspitäler könne nicht der gleiche Massstab angelegt werden wie an Zentrums- oder Universitätsspitäler (act. A.2 Rz. 43). An eine junge Assistenzärztin könnten bezüglich fachlicher Kenntnisse nicht die gleichen Ansprüche gestellt werden (act. A.2 Rz. 43). Sie

habe in der Nacht vom 13. Mai 2016 die körperlichen Untersuchungen und Laborkontrollen durchgeführt (act. A.2 Rz. 44) und mit einem Schmerzmittel hätten sich die Schmerzen schnell gebessert. Zwar habe die Notfallärztin retrospektiv nicht die richtige Entscheidung gefällt, die rückblickende Betrachtung mit dem inzwischen vorhandenen Wissen könne jedoch nicht massgeblich sein (act. A.2 Rz. 45). Die Berufungskläger hätten beweisen müssen, dass ein nicht näher substantiiertes Alternativverhalten den Tod mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (act. A.2 Rz. 52 ff.), d.h. dass die Patientin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überlebt hätte, wenn die Diagnose der Darmperforation früher gestellt worden wäre (act. A.2 Rz. 57 f.). Aufgrund der Erfahrungswerte sei eher davon auszugehen, dass Frau D.\_\_\_\_\_ auch bei einem früheren Eingriff gestorben wäre (act. A.2 Rz. 65). Auf die weiteren Äusserungen der Berufungsbeklagten wird soweit nötig im jeweiligen Zusammenhang eingegangen.

3.1. Die Berufungskläger haben im Berufungsverfahren erneut den prozessualen Antrag gestellt, ein (Ober-)Gutachten einzuholen (act. A.1). Ein solches Gutachten ist u.a. anzuordnen, wenn das ursprüngliche Gutachten nicht beweistauglich ist oder eine Verbesserung zum vornherein keinen Erfolg verspricht (Samuel Baumgartner/Hans Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 4 zu Art. 188 ZPO). Gibt es in wesentlichen Punkten ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen, so ist nötigenfalls die nicht schlüssige Expertise durch ein anderes Gutachten zu ersetzen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1 m.H.a. BGE 134 V 53 E. 4.3; BGE 137 III 226 E. 4.2). Zur Klärung der Schlüssigkeit des Gutachtens sind die übrigen Beweismittel und die Vorbringen der Parteien heranzuziehen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1).

## **E. 8**

/ 25 3.2. Das rechtsmedizinische Gutachten von Dr. J.\_\_\_\_\_ vom 14. Oktober 2016 basiert auf dem Obduktionsprotokoll vom 23. Mai 2016 und dem zusammenfassenden Obduktionsbericht/Kurzgutachten vom 28. Oktober 2016 und auch das Gutachten von Prof. Dr. K.\_\_\_\_\_ vom 29. Oktober 2018 wurde im Zusammenhang mit der am 18. Mai 2016 von der Staatsanwaltschaft Graubünden eröffneten Strafuntersuchung (RG act. VIII.1) eingeholt, welche am 3. Dezember 2018 dann eingestellt wurde (RG act. VIII.25). Logischerweise basieren diese Gutachten auf dem Kenntnisstand, wie er im Zeitpunkt der Strafuntersuchung bestand. Insbesondere die Einvernahme der diensthabenden Ärztin war damals noch nicht erfolgt.

3.3. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Zivilrichter ein Gutachten, das von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurde (z.B. ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertise), als gerichtliches Gutachten beiziehen. Die Beweistauglichkeit solcher Fremdgutachten wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass den Parteien diesbezüglich im Hauptprozess das rechtliche Gehör zu gewähren ist, wozu ausser einer Stellungnahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art. 187 Abs. 4 ZPO) auch die Möglichkeit gehört, sich nachträglich noch zur Person des Gutachters (Art. 183 Abs. 2 ZPO) zu äussern und Ergänzungsfragen (Art. 185 Abs. 2 ZPO) zu stellen. Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richtet und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhalten (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 m.w.H.). Die nachfolgenden Erwägungen werden zeigen, dass das Kantonsgericht

seinen Ent- scheid fällen kann, ohne ein Gutachten einholen zu müssen. 4.1. Bezüglich der Reihenfolge der Prüfung der gegen die Berufungsbeklagte erhobenen Vorwürfe bestehen keine Regeln. Was die Frage der medizinischen Versorgung bei Wiedereintritt in das Spital E.\_\_\_\_\_ anbelangt, ist vor allem das Gutachten von Prof. K.\_\_\_\_\_ von Bedeutung, das wie bereits erwähnt, lange be- vor die diensthabende Ärztin einvernommen wurde, erstattet worden war. In sei- nem Gutachten wies Prof. K.\_\_\_\_\_ darauf hin, dass sich in den ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen kein Bauchstatus finde (S. 2). Der fehlende Bauchstatus wird auf S. 2 unten nochmals erwähnt. Ob sich diesbezüglich aus der Einvernah- me der diensthabenden Notfallärztin etwas Schlüssiges ergibt, ist fraglich, müsste

## **E. 9**

/ 25 aber von einer Fachperson beantwortet werden. Der Gutachter weist u.a. darauf hin, dass es durchaus üblich sei, "dass eine kreislaufstabile Patientin überwacht wird, sofern sie keine Schmerzen hat" (was bei Frau D.\_\_\_\_\_, wie auch auf S. 1 des Gutachtens erwähnt wird, ja gerade der Fall war). Der Gutachter fährt dann fort, dass "im Verlauf angegeben wurde, dass die Schmerzsymptomatik sich rasch gebessert hat". Neben dem lokalen Bauchbefund erwähnt der Gutachter, dass bei Leberzirrhose, insbesondere mit Aszites, der Bauch gespannt ist und insofern eine sogenannte Peritonitis (Bauchfellentzündung) schwerer diagnostiziert werden kann. Genannt werden in der Folge drei Ursachen, die die betagte Patientin mit Atemnot und Zeichen der Kreislaufschwäche sowie bei Infektparametern haben konnte (S. 3): • Kardiale Dekompensation (Herzschwäche), was die Atemnot erklären wür- de. Leichte Infektparametererhöhung finden sich häufig bei Patienten mit schwerwiegenden Grundleiden, wie bei Leberzirrhose. • Spontane bakterielle Peritonitis, welche bei Patienten mit Leberzirrhose auf- trete und ebenfalls eine Bauchfellentzündung mit Kreislaufreaktion im Rahmen eines septischen Schocks aufweisen könne. • Kolonperforation bei einer Divertikelkrankheit, welche aufgrund des kurzzei- tig auftretenden Schmerzes die Symptomatik erklärt und ebenfalls mit einer Blutvergiftung (Sepsis) bedingten Symptomatik die Kreislaufschwäche er- klären könnte. Diese könne die Folge der Untersuchung sein oder im Rah- men der Divertikelkrankheit auch spontan auftreten (wahrscheinlichste Dif- ferenzialdiagnose). Prof. K.\_\_\_\_\_ erwähnt dann (S. 3), dass sich leider keine Dokumentation finde, ob die Ärztin beim Wiedereintritt von der stattgefundenen Darmspiegelung gewusst habe, bejahendenfalls die Darmperforation die wahrscheinlichste Diagnose sei. Die Kenntnis von der zwei Tage vorher stattgefundenen Darmspiegelung ist inzwi- schen durch die Einvernahme anlässlich der Hauptverhandlung bestätigt worden (RG act. IX.1 S. 6). Auf S. 4 kommt Prof. K.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf die untypi- schen Zeitverhältnisse – Perforationen treten in 80 % der Fälle innert 24 Stunden auf – wieder auf die Perforation infolge Divertikuloze zurück, die ihm dann wegen der plötzlich auftretenden Schmerzen als weniger wahrscheinlich erscheint. Nach Prof. K.\_\_\_\_\_ gab es Anzeichen für eine Sepsis (S. 4), während die Notfallärztin diese in der Befragung verneinte (RG act. IX.1 S. 6 bei Frage 7, S. 7 bei Frage 10). Auf S. 5 des Gutachtens fährt der Gutachter dann fort, dass "unter prospekti- ven Gesichtspunkten, wenn man sich für eine Arbeitshypothese und Differenzial-

## **E. 10**

/ 25 diagnose mit Atemnot, niederem Blutdruck, schnellem Puls als Zeichen einer Herzschwäche entscheidet, eine Therapie mit Antibiotika mehr im Hintergrund" sei. Prof. K.\_\_\_\_\_ äusserte sich auch zur Gabe von Schmerzmitteln, wozu er fest- hielt, dass bei kurzzeitiger Besserung der Schmerzen (bei Frau D.\_\_\_\_\_ mit einer milden

Schmerzmedikation) mit einer Verzögerung der weiteren Diagnostik zu rechnen sei. Die Berufungskläger berufen sich in diesem Zusammenhang darauf, dass es sich keineswegs um ein mildes Schmerzmittel handle, und dieses sei zu- dem überdosiert worden (RG act. I.3 S. 5). Prof. K.\_\_\_\_\_ wies darauf hin, dass die Mortalität bei Patienten mit Leberzirrhose und Baueingriffen deutlich erhöht sei, d.h. unter optimalen Bedingungen frühzeitiger Antibiose und frühzeitiger Diagnos- tik so oder so eine deutliche Risikoerhöhung der postoperativen Mortalität vorhan- den sei. Mit verzögerter antibiotischer Therapie und verzögerter Diagnostik sei die Prognose verschlechtert worden. Die frühzeitige antibiotische Therapie hätte die Zahl der Keime im Bauchraum möglicherweise reduziert. Hier kommt Prof. K.\_\_\_\_\_ erneut auf die ebenfalls mögliche, wenn auch weniger wahrscheinliche Perforation im Rahmen einer Divertikelentzündung zurück, ohne allerdings zu er- wähen, welchen Unterschied dies mit Blick auf die einzuleitende Therapie (Anti- biotika, Bildgebung) gemacht hätte. 4.2. Was die Indikation anbelangt, machen die Berufungskläger geltend, von einer Darmspiegelung hätte angesichts der gesundheitlichen Risiken von Frau D.\_\_\_\_\_ abgesehen werden müssen, während die Berufungsbeklagte einwendet, dass keiner der befragten Mediziner, nicht einmal die Privatgutachterin der Beru- fungskläger, die Indikation in Frage stelle (RG act. I.2 Rz. 36). Im rechtsmedizinischen Gutachten J.\_\_\_\_\_ (RG act. VIII.3/6 S. 7) steht dazu unter "Indikation und Aufklärung" ohne einschlägige Erklärung, dass aus gastroenterologischer Sicht die Indikation zur Durchführung der Untersuchung gegeben gewesen sei, wobei sich Dr. J.\_\_\_\_\_ diesbezüglich offenbar auf den von ihm beigezogenen Gastroentero- logen gestützt haben dürfte. Der für den fachspezifischen Teil beauftragte Gutach- ter, Prof. K.\_\_\_\_\_, wurde dazu nicht befragt. 4.3. Das Kantonsgericht ist ohne Veranlassung einer zusätzlichen Klärung der sich stellenden, kontroversen medizinischen Fragen bzw. vor Behebung von Wi- dersprüchen nicht in der Lage, Indikation und Sorgfalt bei Wiedereintritt ins Spital E.\_\_\_\_\_ ohne weiteres zu entscheiden. Anders verhält es sich mit der ebenfalls umstrittenen Aufklärung von Frau D.\_\_\_\_\_ im Vorfeld der Darmspiegelung. 5. Umstritten ist, ob Frau D.\_\_\_\_\_ im Vorfeld der Magen-Darmspiegelung genügend über die Risiken des vorzunehmenden Eingriffs informiert worden ist. Vorwegzunehmen ist, dass das Kantonsgericht der Ansicht ist, dass diesbezüglich

#### **E. 11**

/ 25 – anders als die Berufungskläger verlangen (vgl. (act. IV.1 S. 5) – keine weiteren Fachmeinungen eingeholt werden müssen. Das Genügen der Aufklärung von Frau D.\_\_\_\_\_ kann durch das Gericht ohne Weiterungen beurteilt werden.

#### **E. 12**

/ 25 bührender Weise aufgeklärt worden wäre. Die Beweislast liegt auch hier beim Arzt, wobei der Patient bei diesem Beweis mitwirken muss, indem er glaubhaft macht oder mindestens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Ope- ration widersetzt hätte, insbesondere wenn er die Risiken gekannt hätte. Grundsätzlich darf nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen wer- den, wenn Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätte [...]". Vergleichbar wird bereits im älteren BGE 117 Ib 197 ausgeführt, dass "der Arzt oder (wie im vorliegenden Fall) jener, der für ihn einzustehen hat, die gehörige Aufklärung und Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund zu beweisen [hat] (BGE 115 Ib 181)". In E. 3a dieses Entscheides wurde folgende Zustimmungsdokumentation als ungenügend erachtet: "Am [...] wurde mit dem Patienten gesprochen und die dringende Operation vorgeschlagen. Die möglichen

Konsequenzen eines Nichteingreifens wurden ihm klargemacht. Über Möglichkeiten von operativen Komplikationen wurde der Patient auch informiert. Er hat sich mit dem Eingriff einverstanden erklärt" (während der Patient geltend machte, dass er über das Operationsrisiko, die möglicherweise eintretenden Komplikationen und die hohe Gefahr des Eingriffs nicht aufgeklärt worden sei, andernfalls er mit der Operation nicht einverstanden gewesen wäre). In E. 4 wird u.a. darauf hingewiesen, dass ein Eintrag in der Krankengeschichte, "der Kläger sei über Möglichkeiten operativer Komplikationen informiert worden" als Nachweis der Aufklärung nicht ausreicht. Gleiche Konsequenzen wie die fehlende Aufklärung hat die Unmöglichkeit des Nachweises: Die ärztliche Behandlung ist so oder so widerrechtlich (Walter Fellmann/Josiane Magnin, Aufklärungspflicht des Arztes über den Stand seiner Ausbildung, HAVE 2016, S. 97 ff., S. 103; vgl. auch das bereits von der Vorinstanz zitierte Werk von Regina E. Aebi-Müller/Walter Fellmann/Thomas Gächter/Bernhard Rüttsche/Brigitte Tag, *Arztrecht*, Bern 2016, § 4 Rz. 142 ff.).

### **E. 13**

/ 25 inklusive einer allfälligen Polypentfernung sowie der Verabreichung von Schlaf- und/oder Schmerzmedikamenten zur Untersuchung gegeben. In der Rubrik "Unterschrift des Arztes" finden sich zwei unleserliche Unterschriften (nach den unbestrittenen Behauptungen im Prozess müssen es Dr. med. G.\_\_\_\_\_ und Dr. med. H.\_\_\_\_\_ gewesen sein). Rückseitig findet sich der von Frau D.\_\_\_\_\_ ausgefüllte "Fragebogen für alle gastroenterologischen Untersuchungen". Das "Informationsblatt", auf das in der Einverständniserklärung hingewiesen wird (und das mit dem "Aufklärungsblatt", das im Gedächtnisprotokoll von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ erwähnt ist, identisch sein dürfte) ist nicht in der Patientenakte. Dort findet sich nur ein Informationsblatt für die Magenspiegelung samt umseitiger Einverständniserklärung (KB 7, 2-7). Schliesslich hat das Informationsblatt doch noch den Weg in die Akten gefunden, indem die Berufungsbeklagte dieses zusammen mit der Klageantwort einreichte (BB 1). Dabei handelt es sich offenbar nicht um exakt jenes Exemplar, das Frau D.\_\_\_\_\_ vorgelegt wurde, sondern es scheint sich um den Standardformularsatz zu handeln, der im Vorfeld von Darmspiegelungen regelmässig abgegeben wird. Das Kantonsgericht geht davon aus, dass Frau D.\_\_\_\_\_ diese Standardinformation erhalten hat und dass sie die Einverständniserklärung aufgrund der Angaben im Informationsblattes erteilte. Ob die Formulare im Vorfeld der Operation ihr nach Hause zugestellt worden sind, ist umstritten; der Berufungskläger 1 kann sich an den Eingang solcher Post nicht erinnern. Aus der Sicht des Kantonsgerichts muss dieser Frage allerdings nicht weiter nachgegangen werden, weil sie offensichtlich am Vortag der Darmspiegelung in die Hände von Frau D.\_\_\_\_\_ gelangten, wie sich aus der Datierung der Einverständniserklärung ergibt (zur Rechtsprechung, die bei Operationen grundsätzlich eine Information schon vor der Hospitalisierung verlangt, vgl. BGer 4P.265/2002 v. 28.4.2003 E. 5.2; Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rüttsche/Tag, a.a.O., § 4 Rz. 129). Wird den Patienten stets das gleiche Informationsformular ausgehändigt, ändert auch die fehlende Aufbewahrung in der Krankengeschichte (auf die im Informationsblatt hingewiesen wird, vgl. RG act. I.2 Rz. 23) nichts. Die Berufungsbeklagte hat ausserdem darauf hingewiesen, dass die Aufklärungsunterlagen auf den Empfehlungen der Fachgesellschaft SGGSSG basierten (RG act. I.2 Rz. 23), und das wird von den Berufungsklägern nicht bestritten; es ändert aber auch nichts daran, dass sie sich notwendigerweise daran orientieren, was der Durchschnittspatient im Vorfeld einer Darmspiegelung wissen muss. Zu den Risiken enthält das Formular folgenden Hinweis: "Die Untersuchung selbst, die Entnahme von

Gewebeproben und Polypentfernungen sind risiko- arm. Es kann aber trotz grösster Sorgfalt zu Komplikationen kommen, die in Aus- nahmefällen auch lebensbedrohlich sein können. Mögliche Komplikationen sind

#### **E. 14**

/ 25 Blutungen (0.5-3 %), die meist unmittelbar nach der Abtragung von Polypen auf- treten und die direkt endoskopisch gestoppt werden können. Seltener können ver- zögerte Blutungen innerhalb der ersten Woche nach Behandlung auftreten. Sehr selten (0.3-0.5 %) sind Perforationen (Durchbrüche der Darmwand) zu beobach- ten, in denen im schlimmsten Fall eine Operation notwendig wird [...]"

#### **E. 15**

/ 25 des höheren Risikos zugestimmt hätte; die Kläger würden nichts Gegenteiliges glaubhaft machen. Die Patientin sei im Spital E.\_\_\_\_\_ aufgrund der unüblichen Hospitalisierung offensichtlich als Risikopatientin wahrgenommen worden, sodass davon ausgegangen werden könne, dass sie über die Gründe dieser bei ihr lie- genden Besonderheit informiert worden sei oder selber danach gefragt habe. Das Gericht habe keine Zweifel, dass Frau D.\_\_\_\_\_ gewusst habe, dass sie bei medi- zinischen Untersuchungen und Eingriffen aufgrund der Leberzirrhose ein höheres Risiko habe (act. B.1 E. 3.3.4.4). Die Berufungskläger führen zur Information von Frau D.\_\_\_\_\_ Folgendes an (RG act. I.3 S. 4): "Die Kläger bestreiten, dass Frau D.\_\_\_\_\_ Aufklärungsunterlagen erhalten hat. Sie habe lediglich eine Einverständniserklärung zur Darm- und Ma- genspiegelung abgegeben, eine Risikoaufklärung bzw. Aufklärung über Alternativ- behandlung wurde nicht vorgenommen. Entgegen der Auffassung der Beklagten [...] standen sehr wohl Alternativen zur Klärung der aufgeworfenen Fragen zur Verfügung, wie die virtuelle Koloskopie oder die CT-Angiografie [...]. Die Frage, ob und in welchem Umfang die Aufklärung über Risiken und Alternativtherapien erfol- gen mussten, ist strittig und daher dem Experten zu unterbreiten". Und weiter auf S. 17 wird ausgeführt, dass im Gedächtnisprotokoll von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ "hin- sichtlich der Indikation zur Koloskopie keinerlei Abwägungen vorgenommen wur- den und damit die Patientin hierüber auch nicht aufgeklärt wurde. Die Leberzirrho- se ist ein schwerwiegendes Krankheitsbild. Über die Kontraindikation und die ho- hen Risiken der Koloskopie mit eventuell anschliessender operativer Revision wurde Frau D.\_\_\_\_\_ nicht aufgeklärt. Sie hat damit nicht ihre Einwilligung zur Ko- loskopie gegeben, weshalb diese widerrechtlich ist". Die Berufungsbeklagte nahm vor Vorinstanz auf die Information von Frau D.\_\_\_\_\_ wie folgt Bezug (RG act. I.2 Rz. 9): "Zu beiden Untersuchungen (Magen- und Darmspiegelung) hatte Frau D.\_\_\_\_\_ vorgängig die Zustimmung erteilt. Sie war umfassend über die Risiken aufgeklärt worden. Die Einverständniserklärung zur Magenspiegelung und diejenige zur Dickdarmspiegelung waren der Patientin zu- sammen mit den Informationsblättern (Aufklärungsunterlagen) vor dem Eingriff mit der Einladung zum stationären Aufenthalt zugestellt worden. Die Patientin hatte die Einverständniserklärung und den Fragebogen am 9. Mai 2016 zusammen mit der Assistenzärztin Dr. med. H.\_\_\_\_\_ ausgefüllt und unterschrieben. In der KIS- Akte ist auf dem Dokument Nr. 9 nachzulesen: 'Gastro- und Koloskopie morgen um 10:30 Uhr. -> Aufklärung gemacht, alles verordnet.'" (Es folgt der Wortlaut der von Frau D.\_\_\_\_\_ unterschriebenen, vorne bereits wiedergegebenen Einver- ständniserklärung). Schliesslich weist die Berufungsbeklagte darauf hin a.a.O., Rz.

#### **E. 16**

/ 25 9), dass "Frau D.\_\_\_\_\_ auch noch von Frau Dr. med. G.\_\_\_\_\_ über den Verlauf der Untersuchung und mögliche Risiken informiert [wurde]. Die Ärztin kontrollierte die von der Patientin unterschriebene Einverständniserklärung und Fragebogen. Sie fragte die Patientin, ob sie weitere Informationen benötige, was sie verneinte. Dr. med. G.\_\_\_\_\_ unterzeichnete hierauf ebenfalls beide Einverständniserklärungen und den Fragebogen". Als Beweis wurden die Patientenakten und das Zeugnis der beiden Ärztinnen Dr. med. G.\_\_\_\_\_ und Dr. med. H.\_\_\_\_\_ offeriert (RG act. I.2 Rz. 9). Im Zusammenhang mit der Indikation bzw. den möglichen Alternativen weist die Berufungsbeklagte darauf hin, dass Dr. med. G.\_\_\_\_\_ sich durchaus Gedanken zur Indikation gemacht habe, dass diese jedoch nicht im Gedächtnisprotokoll erscheinen würden, weil dort lediglich die aus ihrer Sicht zentralen Punkte aufgeführt worden seien, wozu für sie offensichtlich klare Fragestellungen unerwähnt geblieben seien (RG act. I.4 Rz. 16).

### **E. 17**

/ 25 entieren" (Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag, a.a.O., § 4 Rz. 125; vgl. auch BGer 4P.110/2003 v. 26.8.2003 E. 3.1.1; BGer 4P.265/2002 v. 28.4.2003 E. 4.2). Da der Arzt entsprechend behauptungs- und beweispflichtig ist, muss er nicht nur entsprechend informieren, sondern im Prozessfall dem Gericht darlegen, worüber er den Patienten (zusätzlich) informiert hat. Nach dem Bundesgericht, das es für den Beweis nicht genügen lässt, wenn in der Krankengeschichte nur ganz allgemein vermerkt wird, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden (BGE 117 Ib 197 E. 3c), gilt folgendes: "Soweit nicht Formulare Anwendung finden, ist der Verlauf des Gesprächs in der Krankengeschichte in Stichworten festzuhalten. Anhand dieser Stichworte muss sich nachvollziehen lassen, über welche Risiken informiert wurde und wie sich der Patient dazu stellte, ob er mehr oder weniger wissen wollte oder ob der Arzt die Aufklärung einschränkte, um ihm nicht zu schaden und weshalb dies geschah" (Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag, a.a.O., § 7 Rz. 146). Was das bei den Akten liegende Informationsblatt anbelangt, richtet sich dieses ganz offensichtlich an den Durchschnittspatienten, für den es keine zusätzlichen besonderen Risiken gibt. Die dort aufgeführten Prozentzahlen müssen denn auch diese Patientengruppe betreffen; dies schon deshalb, weil in einer allgemeinen Information nicht auf Spezialfälle eingegangen werden kann. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen hätte zusätzlich eine spezifische, auf Frau D.\_\_\_\_\_ als Risikopatientin zugeschnittene Aufklärung erfolgen und dokumentiert werden müssen, insbesondere über die erhöhte Verletzlichkeit des Darmes und daher das gegenüber den Angaben im Aufklärungsblatt erhöhte Risiko einer Darmperforation, wobei soweit möglich das Risiko auch zu quantifizieren gewesen wäre. Nach dem rechtsmedizinischen Gutachten können kleine Perforationen meist erfolgreich ohne zusätzliche Operation wieder verschlossen werden. Bei Zerreissungen, z.B. bei einer vorgeschädigten Darmwand, bedürfe dies in ca. zwei Dritteln der Fälle einer zusätzlichen Operation. Der für das rechtsmedizinische Gutachten beigezogene Facharzt für Gastroenterologie, Dr. med. M.\_\_\_\_\_, wies darauf hin, dass bei Patienten mit Leberzirrhose eine vermehrte Brüchigkeit und Verletzungsanfälligkeit der Darmwand bestehe. Bei Grunderkrankungen wie einer Leberzirrhose oder einer Blutarmut sei die Prognose nach einer Darmperforation schlechter (Dossier 3, act. 3/6 S. 6). Der Gutachter Prof. K.\_\_\_\_\_ erwähnt – wenn auch in einem anderen Zusammenhang (Wahrscheinlichkeit des Todeseintritts beim notfallmässigen Wiedereintritt in Spital) – zur Tragweite einer schweren Leberzirrhose folgendes: "Ebenso sind alle operativen Massnahmen bei dekompensierter Leberzirrhose mit einer schlechten Prognose behaftet

[...]. Die Mortalität bei Patienten mit Leberzirrhose und Baueingriffen ist deutlich erhöht (Dossier 3, act. 3/15 S. 6). In einer

### **E. 18**

/ 25 Ergänzung des Gutachtens beziffert Prof. K.\_\_\_\_\_ (Dossier 3, act. 3/17 S. 1) das Operationsrisiko bei Patienten mit Leberzirrhose Child B und Aszites mit einer Mortalität von bis zu 60 %. Angesichts dieser Fachmeinungen konnte es offensichtlich nicht mit der Abgabe des "Standardaufklärungsblattes" sein Bewenden haben, sondern es hätte umfassender aufgeklärt werden müssen. Dass allenfalls auch eine weniger risikoreiche endoskopische Behebung einer Verletzung des Darmes hätte gelingen können, mag sein, relativiert die Aufklärungspflicht jedoch nicht.

### **E. 19**

/ 25 hauptet worden" (und auch auf die mehrfache Erwähnung der Einverständniserklärung hinweist), ist dies zwar richtig, ändert aber nichts an der völligen inhaltlichen Unbestimmtheit der Sachdarstellung. Und wegen der prozessualen Substantiierungslast genügt es – jedenfalls im Bestreitungsfall, wie er hier vorliegt – nicht, dass Tatsachen "nur in den Grundzügen" geschildert werden, sondern [sie sind] zusätzlich in einer über die Behauptungslast hinausgehenden, detaillierten Art und Weise zu schildern [...], sodass darüber Beweis abgenommen werden kann" (BGer 4A\_7/2012 v. 3.4.2012 E. 2.3.1). Was generell gilt, muss auf den vorliegenden Fall umso eher zutreffen, weil es bereits im Zusammenhang mit der Erteilung und Dokumentation der Aufklärung eine Detaillierung gebraucht hätte. Die Berufungsbeklagte hat im Zusammenhang mit der Information über den Verlauf der Untersuchung und die möglichen Risiken Dr. med. G.\_\_\_\_\_ und Dr. med. H.\_\_\_\_\_ sowohl im erstinstanzlichen Verfahren wie auch in der Berufung als Zeuginnen genannt (RG act. I.2 Rz. 9; act. A.2 Rz. 12). Inwieweit mit solchen Einvernahmen die zeitnah vorgenommenen Krankengeschichteneinträge im konkreten Fall "ersetzt" werden können, ist eine nicht generell zu beantwortende Frage: Der Unterschied liegt vor allem darin begründet, dass bis zu den Aussagen in späteren Prozessen meistens geraume Zeit verstreicht, was die Erinnerungsfähigkeit tangieren kann. Gibt es dann einen Prozess, in dem sich die Frage nach der gehörigen Aufklärung stellt, hat sich häufig eines der Risiken, über das der Nachweis der erfolgten Information zu erbringen ist, verwirklicht. Das kann dann auch die Zeuginnen betreffen, wenn sie (wie meistens und auch hier) als Medizinalpersonen in die Behandlung des Patienten involviert waren, sodass sich gegebenenfalls die Frage der Unvoreingenommenheit stellen kann. Wie es sich damit in einem konkreten Fall verhält, wäre gegebenenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung zu klären. Hätte die Berufungsbeklagte in den Rechtsschriften diejenigen Elemente der Aufklärung, wie sie bereits in der Krankengeschichte zu spezifizieren gewesen wären, entsprechend detailliert behauptet, nämlich insbesondere welche weitergehenden Informationen, die nicht schon im Aufklärungsblatt enthalten waren, erteilt, welche Risiken genannt und ob und wie allfällige Alternativen zur Darmspiegelung angesprochen worden waren, wären die als Zeuginnen angerufenen Ärztinnen einzunehmen gewesen. Das ist aber, wie nochmals zu rekapitulieren ist, bei weitem nicht geschehen: In RG act. I.2 Rz. 23 nimmt die Berufungsbeklagte auf die Ausführungen der Berufungskläger in der Klageschrift (RG act. I.1 S. 9 f.) Bezug, wo eine ungenügende Risiko- und Alternativaufklärung geltend gemacht werde, und entgegnet darauf: "Dieser Vorwurf ist haltlos. Die Patientin war von der Assistentenzärztin Frau Dr. med. H.\_\_\_\_\_ und von Frau Dr. med. G.\_\_\_\_\_ über die Unter-

## **E. 20**

/ 25 suchung und deren Risiken aufgeklärt worden. Sie hatte dem Untersuch ausdrück- lich zugestimmt. Auf dem Informationsblatt wird erwähnt, dass nur die Einver- ständniserklärung und der Fragebogen im Patientendossier abgelegt werden". Davon, ob eine Aufklärung zu den Alternativen überhaupt stattgefunden hat, ist nicht einmal die Rede. Danach wird in der gleichen Rz. 23 dazu weiter ausgeführt: "Von einer ungenügenden Aufklärung kann keine Rede sein. Wäre diese tatsäch- lich unzureichend gewesen, dann wäre dies im Strafverfahren thematisiert wor- den. Derartige Vorwürfe waren von der Staatsanwaltschaft Graubünden zurecht nie erhoben oder geprüft worden. Ebenso wenig hatten die anwaltlich vertretenen Kläger im Strafverfahren solche Vorwürfe erhoben". Und weiter in der gleichen Rz. 23: "Die Aufklärungsunterlagen wurden durch die Schweizerische Gesellschaft für Gastroenterologie SGGSSG, die Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte FMH sowie der Stiftung Patientenschutz SPO ausgearbeitet und empfoh- len". Und schliesslich (Rz. 23): "Es bestehen keine alternativen Untersuchungs- möglichkeiten, um Blutungsquellen im Darm oder Magen zu lokalisieren". In RG act. I.2 Rz. 40 ist dann nochmals der Vorwurf der mangelnden Aufklärung erwähnt und hier wie folgt kommentiert: "Frau D.\_\_\_\_\_ war umfassend aufgeklärt worden. Sie hatte das Informationsblatt zur Darmspiegelung erhalten und sich an die Wei- sungen gehalten. Sie war sowohl von der Assistenzärztin als auch der untersu- chenden Ärztin umfassend aufgeklärt worden [...]". Die Ausführungen in der Beru- fung (act. A.2 Rz. 19 ff.) unterscheiden sich nicht grundsätzlich von jenen im vor- instanzlichen Verfahren und die Berufungsbeklagte bleibt bei ihren allgemein ge- haltenen Beteuerungen. Und act. A.2 Rz. 38 lässt zudem vermuten, dass die Be- rufungsbeklagte der Meinung ist, dass es keines Hinweises auf besondere Risiken bedurft hätte, argumentiert sie doch damit, dass das Restrisiko der Darmwandver- letzung bereits im Informationsblatt ausdrücklich erwähnt gewesen sei.

## **E. 21**

/ 25 wie die Vorinstanz das meint ("[...] muss davon ausgegangen werden, dass sie über die Gründe dieser bei ihr liegenden Besonderheit informiert wurde bzw. dass sie selbst danach gefragt hat"; act. B.1 E. 3.3.4.4), ist nicht erstellt.

## **E. 22**

/ 25 der Frage, ob Frau D.\_\_\_\_\_ vor der Darmspiegelung über Alternativen aufgeklärt worden ist. Hätte die Information gelautet, es gebe keine Alternativen (wie die Be- rufungsbeklagte behauptet; vgl. RG act. I.2 Rz. 23), auch nicht das Weiterleben mit Eisensubstitution und Bluttransfusionen, so wäre der Entscheid für oder gegen die Darmspiegelung vor einem anderen Hintergrund erfolgt, als wenn es für ihren speziellen Fall ungefährlichere Optionen gegeben hätte. Die Berufungsbeklagte kann sich deshalb nicht auf die Aussage beschränken, es habe keine Alternativen gegeben, sondern sie hätte ebenfalls darlegen müssen, ob und was der Patientin diesbezüglich gesagt worden war. 7. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte bzw. diejenige Person, für deren Handeln und Unterlassen sie die Verantwortung trägt, Frau D.\_\_\_\_\_ nicht gehörig aufgeklärt hat, bleibt abschliessend im Sinne der Rechtsprechung zu klären, ob sie der Darmspiegelung auch in Kenntnis einer aus- reichenden Information zugestimmt hätte. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass es ganz konkret auf die Person von Frau D.\_\_\_\_\_ ankommt, und nicht auf eine gedachte, durchschnittlich vernünftige Patientin. Nochmals die Rechtspre- chung rekapitulierend ist aus BGer 4A\_353/2018 v. 1.4.2019 E. 2.1 zu zitieren:

"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. 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 [...]" (vgl. auch BGer 4A\_137/2015 v. 19.8.2015 E. 8.1 [die im publizierten BGE 141 III 363 nicht erscheint]). Weil Frau D.\_\_\_\_\_ verstorben ist, kann sie nicht mehr zur Mitwirkung angehalten werden und dem Gericht erklären, ob und allenfalls warum sie die Gastroskopie nicht hätte durchführen lassen. Immerhin gibt es zwei Äusserungen, die bei der Beurteilung der hypothetischen Einwilligung gewürdigt werden können. Im Rahmen der Parteibefragung hat der Berufungskläger 1 ausgesagt, seine Frau sei heikel gewesen, wenn etwas nicht gestimmt habe und hätte es dann nicht ge-

### **E. 23**

/ 25 macht. Zum Beispiel habe sie eine Knie-Operation nicht machen wollen, weil die Chancen für eine Verbesserung nur bei 50 % gewesen seien; sie hätte eher auf "alternativ" gesetzt (act. B.1 E. 3.3.4.3). Allerdings ist aus der erheblich anders gelagerten Situation bei Knieoperationen kaum etwas für den mutmasslichen Entscheid von Frau D.\_\_\_\_\_ bezogen auf die Darmspiegelung abzuleiten. Für das Kantonsgericht gibt es jedoch dennoch einen Indikator für die Haltung von Frau D.\_\_\_\_\_, die nach der durchgeführten Koloskopie wusste, dass dabei keine Blutungsquelle gefunden und das Problem deshalb nicht behoben war, die weitere Suche nach den Ursachen der Anämie durch eine Knochenmarkspunktion jedoch abgelehnt hatte, wie sich aus dem Bericht von PD Dr. L.\_\_\_\_\_ ergibt (Dossier 4, act. 4/2 S. 2). Wie ihr diese Untersuchung erklärt worden war und mit welchen Risiken sie verbunden war, ist dem Bericht von PD Dr. L.\_\_\_\_\_ nicht zu entnehmen, ging es dort auch nur um die Mitteilung der Tatsache, dass Frau D.\_\_\_\_\_ keine Knochenmarkspunktion durchführen lassen wollte. Immerhin lässt sich aus der Verweigerung der Untersuchung ableiten, dass Frau D.\_\_\_\_\_ trotz des in der Gastroskopie nicht geklärten Blutungs- und damit des fortbestehenden Anämieproblems auf eine weitere Abklärung verzichtete. Das lässt die Annahme zu, dass sie das Anämieproblem auf dem Wege von Untersuchungen nicht unbedingt gelöst haben wollte, was wiederum den Schluss zulässt, dass sie in Kenntnis der Risiken auf eine Darmspiegelung verzichtet haben würde. Anzusprechen ist noch BGer 4A\_432/2020 v. 16.12.2020 E. 5.2, auf den die Berufungskläger hinweisen (act. A.1 S. 19). Sie berufen sich darauf, dass es danach gar keine hypothetische Einwilligung gibt, wenn "Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätte, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist". Was in diesem Zusammenhang genau unter erhöhter Informationspflicht verstanden wird, ist zwar nicht restlos klar; angesichts des hohen Sterblichkeitsrisikos im Falle einer Operation am offenen Bauch kann durchaus von einer intensivierten Informationspflicht ausgegangen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist aus der Sicht des Kantonsgerichts das entscheidende Argument allerdings, dass Frau D.\_\_\_\_\_ – anders als jene Betroffenen, die ihre Verweigerung des medizinischen Eingriffs aus freien Stücken nicht erklären bzw. die

Gründe dafür nicht glaubhaft machen – überhaupt keine Angaben mehr machen kann, weil sich in ihrem Fall das der Patientin nicht nachweislich dargelegte Risiko des operativen Eingriffs verwirklicht hat und sie verstorben ist. Es wäre daher unangemessen, einfach auf den objektivierten Massstab abzustellen. Richtiger ist es hier, die Berufungsbe- klagte als beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit tragen zu lassen, wie das immer der Fall ist, wenn eine Aussage mit einem Zeugen bewiesen wer- den will und dieser nicht mehr befragt werden kann, etwa weil er verstorben ist.

#### **E. 24**

/ 25 Das bedeutet, dass es keine hypothetische Einwilligung gibt und dass die Beru- fungsbeklagte daher aus unterlassener Aufklärung haften könnte, wenn die Übri- gen von der Vorinstanz noch zu prüfenden Voraussetzungen vorliegen. 8. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, die die weitere Prüfung vorzunehmen und auf der Basis dieses Entscheides neu zu entscheiden haben wird. 9. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; vgl. hierzu etwa KGer GR ZK1 19 144 v. 9.7.2021 E. 10). Dies erscheint im vorliegenden Fall ohne Weiteres angemessen, da noch nicht absehbar ist, wel- che Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen wird (vgl. hierzu auch BGer 4A\_523/2013 v. 31.3.2014 E. 8.1). Die Kosten des Berufungsverfahrens werden in Anwendung von Art. 9 VGZ (BR 320.210) auf CHF 5'000.00 festgesetzt. Sie wer- den aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 10'000.00 bezogen. Der Restbetrag von CHF 5'000.00 wird den Berufungs- klägern zurückerstattet. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Übri- gen durch die Vorinstanz entsprechend Art. 106 ff. ZPO festzulegen sein (wobei auch der vom Kantonsgericht einbehaltene Teil des Kostenvorschusses in Höhe von CHF 5'000.00 zu berücksichtigen sein wird; vgl. hierzu KGer GR ZK2 12 33 v. 23.7.2014 E. 9b). In Bezug auf die Parteientschädigung ist sodann festzuhalten, dass die Parteien im Berufungsverfahren keine Honorarnoten eingereicht haben, sodass die Höhe der Entschädigung nach Ermessen festzusetzen sein wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 HV). Der Einwand der Berufungskläger, dass Organisationen mit öf- fentlich-rechtlichen Aufgaben keine Entschädigung zugesprochen werden dürfe (analog zu Art. 68 Abs. 3 BGG; vgl. BGer 2C\_816/2017 v. 8.6.2018 E. 5.3), wird in jenem Zusammenhang zu prüfen sein.

#### **E. 25**

/ 25

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