

ZH_OBERGERICHT LB090054 vom 23. Juni 2011

ZH Obergericht, 2011-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB090054

FR: ZH_OBERGERICHT LB090054 du 23 juin 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LB090054 del 23 giugno 2011

Erwägungen

E. 1

Der Beklagte operierte die Klägerin am 16. September 1993 an der rechten Hüfte. Er entfernte dabei einen Teil von Verkalkungen sowie einen Schleimbeutel. Sodann führte er eine Tractopexie durch. Dies ist eine chirurgisch-orthopädische Behandlung einer „schnellenden Hüfte“, d.h. eines über den Oberschenkelknochen schnellenden Muskels; dabei wird der Muskel am Oberschenkelknochen neu befestigt. Der Beklagte hatte die Klägerin bereits zwei Mal vorher operiert (erste Tractopexie im Jahre 1973 und Meniskusoperation im Jahre 1980). Nach der Operation traten bei der Klägerin Probleme beim Sitzen und Gehen auf, sie verspürte Schmerzen im Gesäss und am Bein. Dies veranlasste sie, sich im November 1993 während zwei Wochen im medizinischen Zentrum C._____ behandeln zu lassen; die Therapie wurde zwei Mal wöchentlich fortgesetzt. In der Folge wurde die Klägerin von mehreren Ärzten und Kliniken untersucht bzw. behandelt. Am 22. Dezember 1993 wurde sie auf Vorschlag des Beklagten durch Prof. Dr. med. D._____ (E._____ -Klinik ...) untersucht, welcher die Untersuchung durch Abklärungen des Neurologen Prof. Dr. med. F._____ bis September 1994 an der gleichen Klinik ergänzen liess. Im Jahre 1995 liess die Klägerin die andauernden Beschwerden durch Prof. Dr. med. G._____ in der or-

- 4 - thopädischen Klinik des ...krankenhauses in H._____ (I._____ [Staat in Europa]) behandeln. Dieser führte schliesslich eine weitere Operation an der rechten Hüfte der Klägerin durch, bei welcher er erneut Verkalkungen der Gelenkmuskulatur entfernte. Gleichzeitig entnahm er auch zwei Muskelproben, welche an zwei verschiedenen ... Universitätsinstituten [in I._____] ausgewertet wurden. Auf Antrag der Klägerin vergab die Gutachterstelle der Verbindung der Schweizer Ärzte im Juli 1996 einen Gutachtensauftrag an die Klinik für orthopädische Chirurgie des Kantonsspitals J._____. Das Gutachten wurde am 8. November 1996 von Chefarzt Dr. med. K._____ und Oberarzt Dr. med. L._____ erstattet. Im Juni 1997 hielt sich die Klägerin nochmals einige Tage zur stationären Behandlung im ...krankenhaus in H._____ auf. Am 6. März 1999 äusserte sich PD Dr. M._____, Oberarzt an der Orthopädischen Universitätsklinik N._____ (I._____), in einer wissenschaftlichen Stellungnahme zu diversen Fragen, welche die Klägerin ihm unterbreitet hatte. 2.1 Am 16. Oktober 2002 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen den Beklagten, mit welcher sie von diesem die Bezahlung einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Genugtuung verlangte (act. 1 und 2). Nach Durchführung des schriftlichen Hauptverfahrens und eines Beweisverfahrens fällte die Vorinstanz am 23. Januar 2007 das oben aufgeführte Urteil, mit welchem sie den Beklagten verpflichtete, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 35'000.-- zu bezahlen (act. 123). 2.2.1 Mit Eingabe vom 13. Februar 2007 erhob der Beklagte gegen dieses Urteil rechtzeitig die Berufung (act. 124). Das Verfahren wurde unter der Prozessnummer LB070023 geführt (act. 122 - act. 170).

Mit seiner Berufungsbegründung beantragte er, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (act. 130 S. 2). Demgegenüber lautete der Antrag der Klägerin, die Berufung zu- rückzuweisen, d.h. – sinngemäss – das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen (act. 135 S. 2). Sie focht damit die Abweisung ihrer Klage im Fr. 35'000.-- (nebst Zins zu 5% seit dem 16. September 1993) übersteigenden Betrag (Dispositivziffer

E. 1.1

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Bezahlung einer Genugtuung. Eine solche kann das Gericht bei Körperverletzung dem Verletzten unter Würdi- gung der besonderen Umstände gestützt auf Art. 47 OR zusprechen, wenn die üblichen Haftungsvoraussetzungen, unter anderem auch die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität und der (natürliche und adäquate) Kau- salzusammenhang gegeben sind (BSK OR I, Anton K. Schnyder, N. 14 zu Art. 47).

- 9 -

E. 1.2

Eine ärztliche Operation bzw. ein chirurgischer Eingriff, wie er bei der Klägerin vorgenommen wurde, ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, die ein absolut geschütztes Rechtsgut darstellt. Ein solcher Eingriff ist grundsätzlich wi- derrechtlich, es sei denn, es bestehe ein Rechtfertigungsgrund. 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 aus- reichend unterrichtet, damit dieser seine Zustimmung dazu in Kenntnis der Sach- lage geben kann. Gemäss Lehre und ständiger Rechtsprechung gehört die Auf- klärungspflicht zu den vertraglichen Pflichten des Arztes. Es obliegt ihm zu bewei- sen, 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 Zustimmung vor, räumt die Rechtsprechung dem Arzt die Mög- lichkeit ein, sich auf eine hypothetische Einwilligung des Patien- ten zu berufen. Der Arzt muss in diesem Fall nachweisen, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er in gebührender Weise aufgeklärt worden wäre. Die Beweislast liegt auch hier beim Arzt, wobei der Patient bei die- sem Beweis mitwirken muss, indem er glaubhaft macht oder wenigstens die per- sönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte. Der Arzt, der ohne Informationen und ohne Einwilligung des Patienten operiert, handelt wi- derrechtlich und haftet für den angerichteten Schaden, ob nun in seinem Verhal- ten eine Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter oder eine Verletzung absolu- ter Rechte, somit eine unerlaubte Handlung, gesehen wird. Das widerrechtliche Verhalten betrifft den ganzen Eingriff und damit alle einzelnen Handlungen, aus denen er sich zusammen setzt, mögen sie auch medizinisch korrekt ausgeführt worden sein (BGE 133 III 121 E. 4.1). Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil festgehalten, dass der Beklagte den Be- weis nicht erbracht habe, dass er die Klägerin hinreichend über die geplante Trac- topexie und deren möglichen Folgen aufgeklärt habe. Somit habe es an einer rechtfertigenden Einwilligung für diesen Teil der Operation gefehlt; die Klägerin habe einzig in die Entfernung eines Teils der Verkalkungen und eines Schleim- beutels eingewilligt (act. 123 S. 20 ff.). Des Weiteren erachtete das Bezirksgericht

- 10 - den dem Beklagten auferlegten Beweis für die hypothetische Einwilligung als ge- scheidert (act. 123 S. 27 f.). Wie erwähnt wird dieses Beweisergebnis vom Beklag- ten im

Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt, weshalb von diesem Sachverhalt auszugehen ist. Der operative Eingriff des Beklagten vom 16. September 1993, soweit er die Tractopexie betraf, war somit widerrechtlich.

E. 1.3

Zwischen einem die Haftung begründenden Umstand und der rechtswidrigen Körperschädigung (bzw. deren Folgen), für welche eine Genugtuung verlangt wird, muss das Verhältnis von Ursache und Wirkung bestehen (ursächlicher Zusammenhang, Kausalzusammenhang). Der natürliche Zusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung (*conditio sine qua non*) für das geltend gemachte Schadensereignis ist. Dabei genügt der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BSK OR I, Anton K. Schnyder, N. 15a zu Art. 41).

E. 1.4

Nach den vorstehend erwähnten rechtlichen Grundsätzen haftet somit der Beklagte für den aus dem chirurgischen Eingriff resultierenden Schaden der Klägerin, und zwar auch dann, wenn er die Operation *lege artis*, d.h. ohne Verletzung seiner Sorgfaltspflichten, durchgeführt hat. Es ist somit nur die Frage des (natürlichen) Kausalzusammenhangs zwischen der vom Beklagten ohne Einwilligung der Klägerin an deren rechten Hüfte vorgenommenen Tractopexie und den körperlichen Beeinträchtigungen und den andauernden körperlichen Beschwerden der Klägerin zu prüfen. 2. Nach ihrer Darstellung leidet die Klägerin seit der Operation an einer Atrophie (Rückbildung, Schwund) der Hüftspreizmuskeln (*Musculus gluteus medius* und *minimus*). Sie sei wegen der schmerzhaften Funktionsstörung des rechten Hüftgelenks, die in den ersten drei Jahren zugenommen habe, jetzt seit drei Jahren stabil sei, auf die tägliche Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen und müsse zum Gehen einen Stock benutzen. Sie sei nicht mehr in der Lage gewesen, ihren Beruf voll auszuüben, habe eine halbe IV-Rente bezogen und könne sich sportlich nicht mehr betätigen. Schliesslich könne sie kaum mehr Haushaltarbeiten erledigen (act. 2 S. 11 f. und S. 22, act. 135 S. 15 f.).

- 11 - Entgegen seiner unbelegten Behauptung in der Berufungsbegründung (act. 130 S. 22) hat der Beklagte diesen gesundheitlichen Zustand bzw. dessen Folgen für die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten (vgl. act. 16 S. 35 ff. und S. 51 f.). Es ist somit davon auszugehen (vgl. FMH-Gutachten, act. 4/2 S. 3 f., S. 9 und S. 11). Letztlich kann der Entscheid bezüglich dieses Sachverhalts aber offen bleiben, da - wie nachfolgend auszuführen ist - eine Haftung des Beklagten für diese Beeinträchtigungen auf Grund des fehlenden Nachweises der Kausalität ohnehin zu verneinen ist. Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Behauptung der Klägerin, dass sie inzwischen voll invalid und pensioniert sei (act. 135 S. 15), bestreitet der Beklagte und bezeichnet sie als unzulässiges *Novum* (act. 142 S. 34). Wie es sich damit verhält, braucht nicht entschieden zu werden, da die Klägerin aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten ableitet, insbesondere verlangt sie deswegen keine höhere Genugtuung (act. 148 S. 24). Sollte dieser Sachverhalt jedoch zutreffen, d.h. sollte die Klägerin erst nach dem Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens voll invalid geworden und pensioniert worden sein, so wäre dies gemäss § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 115 Ziffer 3 ZPO ein zulässiges neues Vorbringen.

E. 2

Der Beklagte ficht mit seiner Berufung den vorinstanzlichen Entscheid über die Verletzung seiner Aufklärungspflicht ausdrücklich nicht an (act. 130 S. 4). Er bestreitet jedoch, dass die andauernden Schmerzen und Beeinträchtigungen der Klägerin auf die Operation zurückzuführen seien. Da die Muskelatrophie bereits vor der Operation bestanden habe, könne diese nicht kausal für die Entstehung des Muskelschwunds gewesen sei. Der Nervus gluteus superior und die Hüftabduktorenmuskeln seien durch die Operation nicht verletzt worden. Die Ursache der Beschwerden der Klägerin sei medizinisch nicht erklärbar. Demgegenüber hält die Klägerin an ihrem Standpunkt fest, dass ihre Muskelatrophie durch die Operation verursacht worden sei, und zwar durch eine Läsion des Nervus gluteus superior.

E. 2.1

Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung ist mit der Vorinstanz von einem Streitwert von Fr. 70'000.-- auszugehen (act. 123 S. 38).

- 26 -

E. 2.2

Im Berufungsverfahren war nur noch die von der Vorinstanz zugesprochene Genugtuung von Fr. 35'000.-- umstritten. Gerichtsgebühr und die Grundgebühr der Prozessentschädigung für die zweite Instanz sind somit nach diesem Streitwert zu berechnen (§ 13 Abs. 2 VO über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007, § 12 Abs. 3 VO über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006).

E. 3

Zentrale strittige Frage ist somit im vorliegenden Berufungsverfahren der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den chronischen körperlichen Beeinträchtigungen der Klägerin und der vom Beklagten anlässlich der Hüftoperation am 16. September 1993 ausgeführten Tractopexie. IV.

E. 3.1

Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 2) ist zu bestätigen.

E. 3.2

In Anwendung von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VO über die Gerichtsgebühren ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 5'000.-- festzusetzen

E. 3.4

Die Klägerin macht in ihren Rechtsschriften wiederholt geltend, dass sich ihr Zustand gegenüber demjenigen vor der Operation deutlich verschlechtert habe (act. 135 S. 12, act. 148 S. 12). Sie weist dabei insbesondere auf die Feststellungen im FMH-Gutachten hin, wo festgehalten wird, dass der Zustand nach der Operation schlechter sei als vorher, und wo die bleibende Behinderung durch die Schädigung der Glutealmuskulatur als mittelschwer angegeben wird (act. 4/2 S. 11 f.). Ebenso beruft sie sich auf die Untersuchungen von Dr. Q.____, der zu Beginn der Therapie in C.____ im November 1993 bei ihr eine Muskelschwäche im Gesäss und im Oberschenkelbereich auf der operierten Seite festgestellt habe (act. 135 S. 18, vgl. act. 4/8). Auch wenn eine stärkere Atrophie nach der Operation angenommen werden muss, hilft dies der Klägerin nichts. Entgegen ihrer Auffassung (act. 148 S. 20) ist dies nicht das entscheidende Beweisthema. Denn dieser

Umstand allein reicht nicht aus, um die hier entscheidende Frage zu klären, ob die Operation die Ursache für diese Verschlechterung ist. Auch wenn eine solche Verschlechterung als Indiz für eine Verursachung durch die Operation gelten kann, so ist einzig damit

- 25 - die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Eingriffs als Ursache für die entstandene körperliche Beeinträchtigung nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Würde darauf abgestellt, würde damit nur der unzulässige Schluss "post hoc propter hoc" gezogen. Bei diesem Ergebnis spielt es im Übrigen keine Rolle mehr, dass die Klägerin die Atrophie, die sie in der vorinstanzlichen Replik noch als "deutlich" bezeichnet hatte, in der Berufungsduplik nur noch als "gering" einstuft (act. 148 S. 4).

E. 4

Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.

E. 4.1

Bei der Bemessung der Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist die Grundgebühr auf Fr. 8'800.-- festzusetzen und für die Verhandlungen und zusätzlichen Rechtsschriften sind zwei Zuschläge von insgesamt Fr. 7'200.-- hinzuzurechnen. Dies ergibt eine Entschädigung für die erste Instanz von Fr. 16'000.--. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wurde nicht beantragt.

E. 4.2

Ausgehend von einer Grundgebühr von Fr. 3'700.-- im Sinne von § 12 und § 3 Abs. 1 VO über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 und unter Berücksichtigung von zwei Zuschlägen für zusätzliche Rechtsschriften im Verfahren LB070023 von insgesamt Fr. 2'800.-- und drei Zuschlägen für weitere Eingaben im Verfahren LB090054 im Betrag von insgesamt 1'500.-- ist die zweitinstanzliche Prozessentschädigung für den Beklagten mit Fr. 8'000.-- (ohne Mehrwertsteuer) zu bemessen. Es wird erkannt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.

- 27 -

E. 5

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren (LB070023 und LB090054) zusammen eine Prozessentschädigung von Fr. 24'000.-- zu bezahlen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich,

E. 7

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 35'000.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende

Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die
Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. K. Findeisen versandt am:

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