

# ZH\_OBERGERICHT NP220006 vom 15. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP220006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP220006)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP220006 du 15 novembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT NP220006 del 15 novembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien schlossen einen Behandlungsvertrag betreffend die Erbringung von medizinischen Leistungen ab. Die Beklagte (Berufungsklägerin) stellte dem Kläger (Berufungsbeklagten) nach Ende der Behandlung durch Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ eine Rechnung in Höhe von Fr. 54'687.50 aus, welche der Kläger bezahlte. Als dessen private Krankenversicherung D. \_\_\_\_\_ AG ihm lediglich Fr. 27'100.– zurückerstattete, forderte der Kläger den Restbetrag von Fr. 27'587.50 nebst Zins zu 5% von der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Mit Einreichung der Klagebewilligung vom 10. Dezember 2020 (act. 1) machte der Kläger die Klage am 5. März 2021 bei der Vorinstanz anhängig (act. 2). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 65 S. 3 f.). Am 6. Dezember 2021 erliess diese den eingangs zitierten Entscheid (act. 65).

### E. 1.1

Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsschrift auf den Seiten 4 bis 7 vor, dass die Vorinstanz den unbestrittenen Sachverhalt unzulänglich festgehalten habe und dieser zu ergänzen sei (vgl. act. 63 S. 4 ff. ("E. 1.2 Überweisungsbericht"; "E.

### E. 1.3

Sprechstunde"; "E. 1.5 kein Vertrag"; "E. 1.6 Resultat der Operationen" und "E. 1.7 Korrespondenz mit D. \_\_\_\_\_")). Es genügt nicht, wenn die Beklagte gel-

- 6 - tend macht, dass der Sachverhalt durch die Vorinstanz verharmlosend (S. 4), unzulänglich (S. 5) bzw. befremdend (S. 6) dargestellt werde und dieser zu ergänzen sei (S. 6 f.). Damit rügt sie zwar (teilweise) eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz. Doch inwiefern eine Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend wäre, führt sie nicht aus. Dementsprechend sind diese Vorbringen unerheblich.

### E. 2

Zur Pflicht der wirtschaftlichen Aufklärung

### E. 2.1

Die Vorinstanz ging davon aus, dass zwischen den Parteien ein Behandlungsvertrag abgeschlossen wurde, welcher als einfacher Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR qualifiziert wird (act. 65 E. IV.2.). Sodann setzte sie sich mit der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht auseinander und bejahte diese (act. 65 E. IV.6).

### E. 2.2

Unstrittig ist vorliegend, dass zwischen den Parteien ein Behandlungsvertrag abgeschlossen wurde, was von der Vorinstanz auch richtig festgestellt wurde (act. 65 E. IV.2.1.) und was von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird.

### **E. 2.3**

Die Beklagte rügt, dass der Kläger hätte beweisen müssen, dass die Voraussetzungen überhaupt erfüllt gewesen seien, dass eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung seitens der Beklagten bestanden habe. Diesen Beweis, das heisst, dass Zweifel oder Anhaltspunkte für eine Nichtdeckung durch die Krankenkasse vorgelegen hätten, habe er aber nicht erbracht (act. 63 S. 8, 10). Weiter macht die Beklagte geltend, dass im vorliegenden Fall keine Aufklärungspflicht bestanden habe, weil es für die Beklagte trotz des vertragslosen Zustands zum damaligen Zeitpunkt weder Zweifel noch Anhaltspunkte für eine Nichtdeckung durch die D.\_\_\_\_\_ gegeben habe (act. 63 S. 9). Sie rügt, dass der von ihr offerierte Zeuge Prof. C.\_\_\_\_\_ nicht zur Behauptung befragt worden sei, ob es bis zur Operation des Klägers noch nie Differenzen zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der Beklagten betreffend Honorarzahungen gegeben habe (act. 63 S. 9). Auch sei die Vorinstanz nicht darauf eingegangen und habe keinen Beweis abgenommen zur Behauptung, dass die Honorarrechnung dem ortsüblichen Tarif entspreche

- 7 - (act. 63 S. 9). Die Beklagte führt diesbezüglich aus, dass sie damit hätte beweisen können, dass es für die Beklagte trotz des vertragslosen Zustandes zum damaligen Zeitpunkt weder Zweifel noch Anhaltspunkte für eine Nichtdeckung durch die D.\_\_\_\_\_ gegeben habe (act. 63 S. 9). Indem die Vorinstanz diese zwei Punkte nicht berücksichtigt habe bzw. der Beklagten keine Gelegenheit gegeben habe, Beweis dafür zu erbringen, habe die Vorinstanz das Recht auf Beweis im Sinne von Art. 152 ZPO verletzt.

### **E. 2.4**

Der Behandlungsvertrag richtet sich nach den Regeln des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR). Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR trifft den Auftragnehmer respektive hier den Arzt bzw. die Beklagte eine umfassende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht. Die Pflicht des Arztes, den Patienten vor einem ärztlichen Eingriff in angemessener Weise aufzuklären, gehört zu den allgemeinen Berufspflichten des Arztes. Zur Aufklärung gehört mithin auch, den Patienten auf die wirtschaftlichen Besonderheiten der Behandlung aufmerksam zu machen (BGE 116 II 519 E. 3.b). Mit anderen Worten: Der Arzt hat die Pflicht, den Patienten vor Beginn der Behandlung über die wirtschaftlichen und versicherungstechnischen Aspekte der vorgeschlagenen Behandlung zu informieren. In BGE 119 II 456 E. 2d = Pra 84 Nr. 72 E. 2d führte das Bundesgericht aus, dass es dem Arzt obliegt, den Patienten darauf aufmerksam zu machen, wenn er weiss, dass eine Behandlung, ein Eingriff oder seine Honorare von der Krankenkasse nicht gedeckt sind oder wenn er darüber im Zweifel ist oder sein muss. Die Respektierung dieser Pflicht ist umso strenger zu beurteilen, je höher das betreffende Honorar ist. In BGE 133 III 121 E. 4.1.2 hielt das Bundesgericht sodann zur (wirtschaftlichen) Aufklärungspflicht fest, dass der Arzt den Patienten in klaren Worten, verständlich und auch so vollständig wie möglich über - unter anderem - die finanziellen Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Versicherung, informieren muss ("Le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur (...) les questions financières, notamment relatives à l'assurance"). Der Patient hat ein Interesse daran, auf Kosten der Krankenkasse behandelt zu werden. Daher muss der Arzt gemäss der

Rechtsprechung des Bundesgerichts all jene Fälle erkennen, bei welchen die Krankenkassendeckung nicht gewährleistet bzw. zweifelhaft ist ("Il lui appartient d'attirer l'attention du patient

- 8 - lorsqu'il sait qu'un traitement, une intervention ou ses honoraires ne sont pas couverts par l'assurance-maladie ou lorsqu'il éprouve ou doit éprouver des doutes de sujet.", vgl. BGE 119 II 456 E. 2.d). Der Arzt hat durch entsprechend geeignete Beratung oder durch Aufforderung an den Patienten, die Kostendeckung seiner anstehenden Behandlung selber abzuklären, denselben vor gegebenenfalls fatalen wirtschaftlichen Folgen zu bewahren (vgl. Roggo, Roadmap Aufklärung von Patienten, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003, S. 99). Dem Arzt bzw. vorliegend der Beklagten obliegt es sodann zu beweisen, dass die Aufklärung über die Höhe des Honorars und die versicherungstechnischen Folgen erfolgt ist, auf die Aufklärung verzichtet wurde oder die Einwilligung auch bei erfolgter Aufklärung gegeben worden wäre. Die Beweislast für die Aufklärung trägt dementsprechend der Arzt bzw. die Beklagte (Art. 8 ZGB; vgl. dazu auch Fellmann, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 218; Wiegand, Ärztliche Sorgfalts- und Aufklärungspflichten im Lichte der Veränderungen im Gesundheitswesen, in: Festschrift Hausheer, Bern 2002, S. 764 f.).

### **E. 2.5**

Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Das Recht auf Beweis ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV. Das Recht auf Beweis hindert das Gericht indessen nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würden durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (Urteil des Bundesgerichts 4A\_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.2; BGE 141 I 60 E. 3.3 und BGE 134 I 140 E. 5.3).

### **E. 2.6**

Gemäss BGE 119 II 456 hat der Arzt gegenüber dem Patienten (unter anderem dann) eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht, wenn er darüber im Zweifel ist

- 9 - oder sein muss, ob seine Honorare von der Krankenkasse gedeckt sind oder nicht. Unbestritten ist, dass sich die Beklagte mit der D.\_\_\_\_\_ in einem vertragslosen Zustand befand. Ein vertragsloser Zustand bedeutet, dass die volle Kostendeckung bei Behandlungen gefährdet sein könnte. Mit anderen Worten, die Beklagte musste aufgrund des vertragslosen Zustands im Zweifel sein, ob die Honorare von der klägerischen Krankenkasse gedeckt würden. Auch wenn die Beklagte beweisen könnte, dass es noch nie Differenzen zwischen der D.\_\_\_\_\_ und ihr betreffend Honorarzahleungen gegeben hat und dass die Honorarrechnung dem ortsüblichen Tarif entsprach, würden diese Zweifel bestehen bleiben. Die Beklagte führte vor Vorinstanz selber aus, dass im damaligen Zeitpunkt, d.h. im Zeitpunkt der Bezahlung der Honorarforderung durch den Kläger, davon auszugehen war, dass ein Teil der Honorarforderung durch die Krankenkasse nicht gedeckt sein könnte (act. 33 S. 21), was sich auch im Schreiben der Beklagten an den

Kläger vom 17. Dezember 2019 manifestiert, in welchem sie dem Kläger empfahl, die Honorarvereinbarung dem Krankenversicherer vorzulegen, um Klarheit über die Deckung der Honorare und Kosten zu erhalten (act. 20/4). Schliesslich handelte es sich vorliegend um eine beträchtliche Honorarforderung (Fr. 54'687.50), was die Beklagte umso mehr in die Pflicht nimmt, ihrer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nachzukommen. Aufgrund dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht der Beklagten gestützt auf den Behandlungsvertrag zu bejahen ist. Es war vor Vorinstanz unstrittig, dass ein vertragsloser Zustand bestand. Die Beklagte verkennt daher, dass der Kläger die Voraussetzungen dafür zu beweisen habe, dass überhaupt eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung bestanden habe. Es liegt insofern auch keine Rechtsverletzung vor. Auch hat die Vorinstanz das Recht der Beklagten auf Beweis nicht verletzt. Es ist nicht entscheidend, ob die Beklagte beweisen könnte, dass es bis zur Operation des Klägers noch nie Differenzen zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der Beklagten betreffend Honorarzahleungen gegeben und dass die Honorarrechnung dem ortsüblichen Tarif entsprochen hat. Wie ausgeführt, trifft die Beklagte vorliegend grundsätzlich eine wirtschaftliche und versicherungstechnische Aufklärungspflicht, wie

- 10 - dies auch die Vorinstanz festgehalten hat (act. 65 E. IV.6.). Daran ändert nicht, ob die Beklagte diese zwei Behauptungen beweisen könnte. Ob die Beklagte die Aufklärungspflicht verletzt hat oder ob der Kläger auf die Aufklärungspflicht verzichtet hat bzw. ob eine hypothetische Einwilligung vorliegt, ist im Folgenden zu prüfen.

### **E. 3**

Zum Verzicht des Klägers auf wirtschaftliche Aufklärung

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte aus, dass aufgrund der Vorbringen der Beklagten feststehe, dass diese anlässlich eines Gesprächs zwischen dem Kläger und Prof. C.\_\_\_\_\_ am 13. Dezember 2019 ihrer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nicht nachgekommen sei und kein Beweisverfahren hierüber geführt werden müsse (act. 65 E. IV.6.8.). Auch wenn die Behauptungen der Beklagten (von der Vorinstanz zitiert mit: "er - der Kläger - sei privatversichert und zudem spiele Geld keine Rolle") als wahr unterstellt würden, hätte Prof. C.\_\_\_\_\_ aufgrund des nicht eindeutigen Verhaltens des Klägers - so die Vorinstanz - nicht darauf schliessen dürfen, dass der Kläger nicht über die wirtschaftlichen Folgen des Eingriffs hätte informiert werden wollen. Prof. C.\_\_\_\_\_ hätte den Kläger direkt ansprechen und fragen müssen, ob er wirklich nicht wissen wolle, was der Eingriff in etwa koste. Er hätte sich zudem erkundigen müssen, ob die Aussage des Klägers bedeute, dass der Kläger die Kosten der Behandlung auch dann tragen werde, wenn die Krankenkasse dafür nicht aufkomme. Auch hätte der Verzicht in irgendeiner Form dokumentiert werden müssen. Dementsprechend kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beklagte nicht auf einen expliziten Verzicht des Klägers auf wirtschaftliche Aufklärung hätte schliessen dürfen (act. 65 E. IV.6.9).

#### **E. 3.2**

Die Beklagte macht einerseits geltend, dass die Vorinstanz die Behauptung der Beklagten unzutreffend wieder gebe und dass der Kläger auf eine Aufklärung verzichtet habe. Dies habe er mit seiner Äusserung "er sei zwar privatversichert, dass aber Geld keine Rolle spiele" eindeutig kundgetan (act. 63 S. 11). Indem die Vorinstanz den von ihr offerierten Zeugen Prof. C.\_\_\_\_\_ zu dieser Aussage nicht einvernommen habe und diese Äusserung

nicht als eindeutig erkannt habe, habe sie das Recht der Beklagten auf Beweis (Art. 152 ZPO) verletzt. Schliesslich habe

- 11 - die Vorinstanz unzulässigerweise aus der fehlenden Dokumentation auf das Fehlen des Verzichts geschlossen (act. 53 S. 13).

### **E. 3.3**

Ein Verzicht auf Aufklärung kann ausdrücklich oder konkludent (durch schlüssiges Verhalten) erfolgen. Blosses Stillschweigen muss nicht bedeuten, dass der Patient auf eine Aufklärung verzichtet. Dies gilt auch, wenn dieser keine Fragen stellt (vgl. dazu Roggo, a.a.O. (Diss.), S. 219 m.w.H.).

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz legte in ihrem Urteil nachvollziehbar dar, weshalb Prof. C.\_\_\_\_\_ nicht darauf hat schliessen dürfen, dass der Kläger nicht über die wirtschaftlichen Folgen des Eingriffs informiert werden wollte (act. 65 E. IV.6.9). Auch wenn die (vor Vorinstanz bestrittene) Behauptung der Beklagten als wahr unterstellt würde (er, der Kläger sei zwar privatversichert, dass aber Geld keine Rolle spiele), ändert dies nichts daran, dass die Beklagte aus dieser allgemeinen Aussage nicht auf einen expliziten Verzicht des Klägers auf wirtschaftliche Aufklärung schliessen durfte. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die wirtschaftliche Aufklärung in klaren, unmissverständlichen Worten ergehen (BGE 133 III 121 E. 4.1.2). Der Patient hat mindestens Anspruch auf eine rudimentäre Information, bevor ein Verzicht auf Aufklärung angenommen werden kann (BGE 105 II 284 E. 6c; vgl. auch Roggo, Aufklärung des Patienten, Diss., Bern 2002, S. 220). Auch darf ein Arzt nicht daraus schliessen, dass ein Patient auf die Aufklärung verzichtet, wenn er keine Fragen stellt. Behauptet wurde von der Beklagten vorliegend lediglich wiederholt, dass Prof. C.\_\_\_\_\_ gegen Ende der Konsultation das Honorar und die Versicherungssituation angesprochen habe (act. 19 S. 6; act. 63 S. 11). Daraufhin sei die zitierte Äusserung des Klägers erfolgt. Was Prof. C.\_\_\_\_\_ aber konkret mit "das Honorar und die Versicherungssituation angesprochen" gemeint habe, substantiierte die Beklagte nicht. Aus act. 20/5 ist ersichtlich, dass das Honorar ca. Fr. 54'487.- betragen würde und sich aus diversen Positionen zusammensetzt. Die Beklagte hat beispielsweise nicht einmal ansatzweise behauptet, dass sie den Kläger über die Höhe des Honorars bzw. dessen Zusammensetzung informiert habe. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, hat die Beklagte weder in der Klageantwort noch in der Duplik explizit vorgebracht, dass sie den Kläger am 13. Dezember 2019 über die

- 12 - mutmasslichen Kosten der Operation aufgeklärt hat. Über den vertragslosen Zustand mit der Krankenkasse des Klägers hat sie diesen ebenfalls nicht aufgeklärt. Die Beklagte hat diesbezüglich nichts behauptet. Ebenso legte die Beklagte nicht dar, dass Prof. C.\_\_\_\_\_ dem Kläger geraten habe, bei seiner Krankenkasse bezüglich der Kosten irgendwelche Informationen einzuholen. Wenn die Beklagte nun aber in der Berufungsschrift rügt, dass Prof. C.\_\_\_\_\_ als Zeuge hätte einvernommen werden müssen, ändert dies nichts daran, dass die Beklagte ihrer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht - zumindest anlässlich des Gespräches vom 13. Dezember 2019 - nicht nachgekommen ist. Es genügt im Lichte der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Erfüllung der Aufklärungspflicht bei einer Operation mit einem Honorar von Fr. 54'687.50 nicht, "das Honorar und die Versicherungssituation anzusprechen" (act. 19 S. 6, act. 33 S. 6; act. 63 S. 10). Die Beklagte hätte konkret behaupten müssen, was sie denn genau angesprochen hat, beispielsweise die

Zusammen- setzung des Honorars, den vertragslosen Zustand, etc. Aufgrund der Vorbringen der Beklagten ist klar, dass nicht einmal eine rudimentäre wirtschaftliche Aufklä- rung erfolgt ist. Die Beklagte hat den Kläger über die finanziellen allgemeinen und konkreten Folgen der Behandlung nicht informiert. Daher muss der offerierte Zeu- ge Prof. C.\_\_\_\_\_ auch nicht zur beklagischen Behauptung einvernommen wer- den, ob der Kläger gesagt habe, er sei zwar privatversichert, aber Geld spiele keine Rolle. Auch wenn die Beklagte dies beweisen könnte, ändert dies nichts da- ran, dass sie ihrer wirtschaftlichen und versicherungstechnischen Pflicht nicht nachgekommen ist und der Kläger gar nicht auf sein Recht auf Aufklärung ver- zichten konnte. Es muss somit kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Ent- sprechend hat die Vorinstanz das Recht auf Beweis nicht verletzt. Auf die Frage der fehlenden Dokumentierung kommt es bei dieser Sachlage nicht an.

#### **E. 4**

Zur Frage der schriftlichen Aufklärung

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Beklagte den Kläger auch nicht schriftlich über die wirtschaftlichen Folgen des Eingriffs aufgeklärt habe. Mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln könne die Beklagte nicht beweisen, dass der Kläger den Inhalt der Dokumente, welche diese an ihn versandt haben

- 13 - soll, vor dem medizinischen Eingriff auch tatsächlich wahrgenommen habe. Auf die Befragung der angerufenen Zeugen könne verzichtet werden (act. 65 E. IV.6.12.).

##### **E. 4.2**

Die Beklagte macht nun in der Berufungsschrift geltend, dass sie den Klä- ger, obwohl dieser auf eine Aufklärung verzichtet habe, schriftlich aufgeklärt habe. Sie habe diesen im Dokument "Arztbehandlungsvertrag" (act. 20/4) darauf hinge- wiesen, dass der Krankenversicherer das Honorar möglicherweise nur teilweise übernehmen werde, so dass ihm empfohlen worden sei, die Kostentragung mit dem Versicherer zu klären. Zudem sei der Kläger im Dokument "Honorarvereinba- rung" über die mutmasslichen Behandlungskosten informiert worden (act. 20/5). Diese beiden Dokumente seien dem Kläger zusammen mit dem Dokument "Ein- willigung zur Operation" postalisch zugestellt worden. Die Vorinstanz habe zutref- fend in E. IV.6.13 festgestellt, dass der Kläger nicht bestritten habe, dass er letzt- genanntes Dokument erhalten habe. Die Vorinstanz habe aber das Recht der Be- klagten auf Beweis verletzt bzw. eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, indem sie ausgeführt habe, dass ihr - der Beklagten - der Beweis der erfolgten wirtschaftlichen Aufklärung misslinge, weil sie nur für den Versand der Dokumente, nicht aber für die Kenntnisnahme der Dokumente (act. 20/4 und 20/5) durch den Kläger Beweismittel angeboten habe. Wenn die Vorinstanz von der Beklagten verlange, dass sie auch kontrolliere, ob der Kläger alle drei Doku- mente aus dem Kuvert nehme, lese und verstehe, käme dies einer Bevormun- dung gleich und stelle eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung bzw. eine Verletzung des Rechts auf Beweis dar (act. 63 S. 17 f.).

##### **E. 4.3**

Wie die Vorinstanz richtig ausführte, trägt die Beklagte die Beweislast, ob der Kläger (schriftlich) wirtschaftlich aufgeklärt worden ist. Hierzu gehört auch, dass die Beklagte zu

beweisen hat, dass der Kläger Kenntnis vom Dokument "Honorarvereinbarung" (act. 20/5) bzw. "Arztbehandlungsvertrag" (act. 20/4) erhalten hat. Allerdings geht es zu weit, wenn der Beklagte nicht nur den Versand, sondern auch die Kenntnisnahme dieser Dokumente beweisen müsste. Diesbezüglich ist der Vorinstanz nicht zuzustimmen (vgl. E. IV.6.12). Mit der Zustellung eines Doku-

- 14 - ments geht die Kenntnisnahme desselben Dokuments einher. Vorliegend ändert dies aber nichts daran, dass die Beklagte den Kläger nicht über die wirtschaftlichen Folgen der Operation schriftlich aufgeklärt hat, auch wenn die Beklagte mit den von ihr offerierten Beweismitteln (Auszug aus dem Patientenmanagement-System [act. 34/2-4], Befragung von Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) die Zustimmung / Kenntnisnahme von act. 20/4 und 20/5 beweisen könnte. Der vertragslose Zustand zwischen der Beklagten und der D.\_\_\_\_\_ einerseits und die Höhe der Operationskosten andererseits hätten im konkreten Fall verlangt, dass die Beklagte den Kläger bereits mündlich hierzu aufgeklärt hätte. Die Beklagte wies den Kläger aber weder mündlich anlässlich der Sprechstunde vom 13. Dezember 2019 in irgendeiner Weise noch später schriftlich ausdrücklich darauf hin, dass sie sich in einem vertragslosen Zustand mit der D.\_\_\_\_\_ befand. Weder act. 20/4 noch act. 20/5 genügen den Anforderungen an die wirtschaftliche Aufklärungspflicht im vorliegenden Fall, notabene bei einer Operation in Höhe von Fr. 54'687.50, für welche die Krankenkasse lediglich im Umfang von Fr. 27'100.- aufgekommen ist. Die generellen schriftlichen Hinweise der Beklagten in den genannten Dokumenten sind nicht als klar, verständlich und vollständig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 133 III 121 E. 4.1.2) zu werten. Der Kläger musste bei dieser Ausgangslage nicht damit rechnen, dass nicht die ganzen Kosten übernommen werden würden. Vielmehr durfte er davon ausgehen, auf Kosten seiner Krankenversicherung behandelt zu werden. Gerade in Bezug auf diesen essentiellen Punkt des vertragslosen Zustands hätte die Beklagte den Kläger im konkreten Fall bereits im mündlichen Gespräch aufklären müssen. Aufgrund dessen, dass die Beklagte aber vorliegend nicht einmal ansatzweise behauptet, dass sie den Kläger über den vertragslosen Zustand anlässlich des Gesprächs am 13. Dezember 2019 aufgeklärt hat, wird klar, dass sie ihrer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist. Schliesslich fehlt auch eine klare und verständliche, schriftliche Aufklärung. Allgemeine Hinweise genügen bei dieser Ausgangslage nicht. Insbesondere der Umstand des vertragslosen Zustands und dessen finanziellen Folgen hätten dem Kläger klar und verständlich erklärt werden müssen. Daran würde auch ein Beweisverfahren nichts ändern.

- 15 -

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte auch ihre schriftliche Aufklärungspflicht verletzt hat. Im Ergebnis hat die Vorinstanz keine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen bzw. das Recht der Beklagten auf Beweis nicht verletzt.

#### **E. 5**

Zur Frage der hypothetischen Einwilligung

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanz verneinte eine hypothetische Einwilligung des Klägers, weil diesem das Dokument "Einwilligung zur Operation" vor der Operation nicht nur rechtzeitig habe zugestellt werden können, sondern auch mit den notwendigen Unterschriften des Patienten und des behandelnden Arztes hätte versehen werden können. Wenn vor der Operation genügend Zeit geblieben sei, um den Kläger in schriftlicher Form über die medizinischen Risiken zu informieren, so hätte dies auch gereicht, um den Kläger über die Höhe der mutmasslichen Behandlungskosten aufzuklären (act. 65 E. IV.6.14).

### **E. 5.2**

Die Beklagte rügt, dass die Vorinstanz das materielle Recht falsch angewendet und das Recht der Beklagten auf Beweis verletzt sowie eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe, indem sie den Einwand der hypothetischen Einwilligung als Eventualstandpunkt von vornherein ausgeschlossen habe (act. 63 S. 18 ff.). Die Vorinstanz habe entschieden, dass vor den Operationen genügend Zeit geblieben sei, um den Kläger über die Höhe der mutmasslichen Behandlungskosten aufzuklären. Dabei vertrete die Vorinstanz aber eine unzutreffende Rechtsauffassung. So gehe es bei der hypothetischen Einwilligung nicht um die Frage, ob genügend Zeit für eine Aufklärung vorhanden gewesen sei, sondern darum, ob der Patient dem Eingriff auch zugestimmt hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre (act. 63 S. 18).

### **E. 5.3**

Bei der hypothetischen Einwilligung geht es darum, ob der Kläger, welcher wie vorstehend erörtert durch die Beklagte nicht nachweisbar wirtschaftlich aufgeklärt wurde, dem Eingriff mit grosser Wahrscheinlichkeit auch dann zugestimmt hätte, wenn er vorgängig rechtsgenügend aufgeklärt worden wäre. Der Nachweis an eine hypothetische Einwilligung unterliegt strengen Voraussetzungen (vgl. dazu Geisseler, Aufklärungspflicht des Arztes, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und

- 16 - Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 171; Roggo, a.a.O. (Diss.), S. 227). Massgebend für die Frage der hypothetischen Einwilligung ist, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen verhalten hätte. Während der Arzt die Beweislast trägt für die Behauptung, dass der Patient auch bei hinreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, kann vom Patienten verlangt werden, dass er glaubhaft macht oder wenigstens behauptet, warum er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs insbesondere aus persönlichen Gründen verweigert hätte (BGE 117 Ib 197 E. 5c; BGE 133 III 121 E. 4.1.3).

### **E. 5.4**

Vorliegend behauptete der Kläger, dass er der Operation nicht zugestimmt hätte, wenn er gewusst hätte, dass ihm Arztkosten in Höhe von Fr. 27'587.50 entstehen würden, die er selber hätte bezahlen müssen. Er sei berechtigterweise davon ausgegangen, dass seine Krankenkasse, bei welcher er privatversichert sei, den medizinisch notwendigen Eingriff vollumfänglich bezahlen würde. Er hätte bei entsprechender Aufklärung die Behandlung bei Prof. C.\_\_\_\_\_ abgelehnt und einen anderen Arzt aufgesucht (act. 27 Rz. 23).

### **E. 5.5**

Damit wird vom Kläger glaubwürdig dargelegt, dass er bei genügender wirtschaftlicher und versicherungstechnischer Aufklärung die Behandlung nicht bei Prof. C.\_\_\_\_\_ bzw. bei der Beklagten durchgeführt hätte. Zudem wird bereits aufgrund der Zeitspanne zwischen

der erfolgten Sprechstunde am 13. Dezember 2019 und des Eintritts bzw. Eingriffs am 8. bzw. 9. Januar 2020, somit einer Zeitspanne von 25 Tagen, klar, dass die Operation nicht dringlich gewesen ist, wie sie aber hätte sein müssen, damit der Beklagten der Nachweis gelingen würde, die hypothetische Einwilligung zu beweisen. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, blieb genügend Zeit, dem Kläger das Dokument "Einwilligung zur Operation" (act. 4/5) vor der Operation nicht nur rechtzeitig zuzustellen, sondern auch mit den notwendigen Unterschriften des Patienten und des behandelnden Arztes zu versehen. Auch wenn der Beklagten der Nachweis gelingen sollte, dass der Kläger gesagt hat, er sei zwar privatversichert, aber Geld keine Rolle spiele, wäre die hypothetische Einwilligung trotzdem zu verneinen. Diese klägerische Aussage wäre lediglich ein Indiz, welches jedoch für eine hypothetische Einwilligung nicht genügen

- 17 - würde. Die Vorinstanz ist daher im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass eine hypothetische Einwilligung des Klägers ausgeschlossen werden kann. Auf die weiteren Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungsschrift (act. 63 S. 19 ff.) muss daher nicht weiter eingegangen werden.

## **E. 6**

Zur ungerechtfertigten Bereicherung und Entreichung

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz bejahte einen Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung (act. 65 E. IV.5.1 und 8.1). Da der Kläger nicht verpflichtet gewesen wäre, der Beklagten die von seiner Krankenkasse nicht gedeckten Krankheitskosten in Höhe von Fr. 27'587.50 zu bezahlen und er diesen Betrag dennoch überwiesen habe, habe er eine Leistung ohne Rechtsgrund erbracht. In diesem Umfang sei die Beklagte unrechtmässig bereichert.

### **E. 6.2**

Die Beklagte macht geltend, dass sich die Vorinstanz nicht mit den beklagteschen Vorbringen in der Klageantwort und der Duplik auseinandergesetzt habe, dass sie - die Beklagte - nicht ungerechtfertigt bereichert sei. Dies stelle eine Rechtsverletzung dar (act. 63 S. 23). Sie sei nicht ungerechtfertigt bereichert, weil ihr das vom Kläger bezahlte Honorar geschuldet gewesen sei. Ihre Honorarabrechnung habe dem ortsüblichen Tarif entsprochen und die Ablehnung der vollen Rückerstattung durch die D.\_\_\_\_\_ sei nicht nachvollziehbar. Zudem hätte der Kläger die ungerechtfertigte Bereicherung beweisen müssen, was ihm nicht gelungen sei (act. 63 S. 23 f.). Auch sei der Kläger nicht entreichert, da er die Entreichung weder behauptet noch bewiesen habe (act. 63 S. 25).

### **E. 6.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss derjenige, welcher ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, die Differenz auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 133 III 356 E. 3.2.1.). Anders liegt der Fall, wenn die erbrachte Leistung tatsächlich vertraglich geschuldet war, aber eine spätere Abrechnung vorbehalten wurde (BGE 126 III 119 E. 3e). Vorliegend besteht kein vertragliches Abrechnungsverhältnis wie in BGE 126 III 199, so dass für die Rückforderung des zu viel bezahlten Betrages kein vertragli-

- 18 - cher Anspruch geltend gemacht werden kann. Die Vorinstanz hat daher zu Recht aufgrund der Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung geprüft, ob für das zu viel

bezahlte Honorar eine Rückforderung von Fr. 27'587.50 geltend gemacht werden kann.

#### **E. 6.4**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR kann bei einer freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld das Geleistete nur dann zurückgefordert werden, wenn der Betreffende nachweisen kann, dass er sich über die Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat. Es bedarf somit des Nachweises des Irrtums durch die Partei, welche die Rückforderung anstrebt und behauptet, sie habe irrtümlich das Bestehen einer Verbindlichkeit angenommen (BGer 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.3). Neben des Nachweises des Irrtums bedarf es einer Bereicherung seitens des Schuldners bzw. einer Entreicherung seitens des Gläubigers (vgl. Art. 62 Abs. 1 OR).

#### **E. 6.5**

Unstrittig ist vorliegend, dass der Kläger die beklagte Honorarrechnung im Betrag von Fr. 54'687.50 am 18. Februar 2020 bezahlte (act. 2 Rz. 9; act. 19 S. 10; act. 4/6) und die Krankenkasse D.\_\_\_\_\_ dem Kläger am 30. Mai 2020 lediglich Fr. 27'100.– zurückerstattete (act. 2 Rz. 10; act. 19 S. 11; act. 4/7). Es ist daher richtig, wie die Vorinstanz festgehalten hat, dass die Beklagte im Umfang von Fr. 27'587.50 bereichert ist (vgl. act. 65 E. IV.8.1). Weiter bezahlte der Kläger unbestrittenermassen die ganze Honorarrechnung, weil er (irrtümlich) davon ausging, dass ihm seine Krankenkasse das Honorar rückvergüten würde (act. 27 Rz. 33; act. 33 S. 25; act. 65 E. IV.8.1). Daran ändert nichts, dass er die Rechnung vorbehaltlos bezahlte, wie die Beklagte vor Vorinstanz geltend macht (act. 33 S. 25). Aufgrund dessen, dass die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht nicht nachkam, bezahlte der Kläger jedoch zu viel. Er wäre nicht verpflichtet gewesen, die von der Krankenkasse D.\_\_\_\_\_ nicht gedeckten Krankheitskosten in der Höhe von Fr. 27'587.50 zu bezahlen und bezahlte somit irrtümlich eine Nichtschuld.

#### **E. 7**

Zur Schadenminderungspflicht

##### **E. 7.1**

Die Vorinstanz hielt fest, dass der Kläger zwei Möglichkeiten gehabt habe, um den von der Krankenkasse nicht vergüteten Anteil der Honorarforderung gel-

- 19 - tend zu machen. Einerseits hätte er direkt gegen die D.\_\_\_\_\_ vorgehen können oder er hätte einen Prozess gegen die Beklagte anstreben können. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger berechtigterweise Klage gegen die Beklagte erhoben habe. Die Beklagte habe den Beweis nicht erbringen können, dass der Kläger im Sinne einer Schadenminderungspflicht verpflichtet gewesen wäre, zunächst prozessual gegen die Krankenversicherung vorzugehen (act. 65 E. IV.7).

##### **E. 7.2**

Die Beklagte macht geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht entschieden habe, dass der Kläger die Schadenminderungspflicht nicht verletzt habe. Die Krankenkasse habe zu Unrecht nicht das volle Honorar übernommen und dem Kläger wäre möglich und zumutbar gewesen, gegen diese vorzugehen (act. 63 S. 27 ff.).

##### **E. 7.3**

Die Schadenminderungspflicht verpflichtet den Geschädigten, im Rahmen des Zumutbaren dafür zu sorgen, dass der Schaden möglichst klein bleibt. Diese Obliegenheit der

geschädigten Person stellt einen allgemeinen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des gesamten Schadenausgleichsrechts dar. Ob eine Schadenminderungsobliegenheit im Einzelfall besteht, muss anhand der individuellen Zumutbarkeit und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände (z. B. berufliche Fähigkeiten, Bildung, Alter, Anpassungsfähigkeit, Intelligenz etc. des Geschädigten) geprüft werden (vgl. dazu BGer 4C.177/2006 vom 22. September 2006 E. 2.2.3; BGE 130 III 182 E. 5.5.1; BSK-Kessler, Art. 44 OR Rz. 13).

#### **E. 7.4**

Vorliegend standen dem Kläger - wie die Vorinstanz in act. 65 E. IV.7.7 richtig feststellte -, zwei Möglichkeiten zur Verfügung, um den von der Krankenkasse nicht vergüteten Anteil der beklagischen Honorarrechnung für sich erhältlich zu machen. Und zwar hätte er entweder gegen die Krankenkasse gestützt auf den zwischen ihm und der Krankenkasse abgeschlossenen Vertrag oder gegen die Beklagte aufgrund des zu viel bezahlten Betrages prozessrechtlich vorgehen können. Der Kläger beschritt den zweiten Weg. Welcher Weg erfolgreich bzw. erfolgreicher sein würde, musste der Kläger für sich selber abschätzen. Es ist in einem solchen Fall für einen Gläubiger nicht zumutbar, beide Wege zu beschreiten. Auch wenn - wie von der Beklagten vorgebracht - keine Gerichtskosten für ein - 20 - Verfahren vor Sozialversicherungsgericht anfallen, bedeutet dies nicht, dass dieses Vorgehen für den Kläger gratis gewesen wäre. Anwaltlich vertreten wäre er so oder so gewesen. Wenn zwei verschiedene Verfahren zur Verfügung stehen, verlangt die Schadenminderungspflicht nicht, dass beide Verfahren beschritten werden müssen. Dies wäre unzumutbar. Vielmehr muss der Gläubiger die Wahl haben, zwischen zwei möglichen Rechtswegen zu entscheiden. Es kann ihm nicht im Rahmen der Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden, dass er den anderen Weg als den gewählten hätte verfolgen müssen, ansonsten er seine Schadenminderungspflicht verletze. Analog zur Solidarschuldnerschaft hat der Gläubiger die Wahl, gegen welchen Solidarschuldner er vorgeht (Art. 144 Abs. 1 OR). Dies muss auch im vorliegenden Fall gelten. Es liegt demnach keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor. Auf die übrigen Ausführungen der Beklagten zur Schadenminderungspflicht muss daher nicht mehr eingegangen werden (act. 63 S. 27 ff.).

#### **E. 8**

Zum Schaden

##### **E. 8.1**

Die Beklagte bringt vor, dass die Vorinstanz nicht darauf eingegangen sei, dass dem Kläger überhaupt kein Schaden entstanden sei. Die Vorinstanz habe zu gewissen Ausführungen in der Stellungnahme der Beklagten und in der Duplik keine Stellung genommen (act. 63 S. 36 ff.). Was die Beklagte damit eigentlich rügen will, bleibt unklar.

##### **E. 8.2**

Die Forderung des Klägers stützt sich auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Er bezahlte eine Nichtschuld bzw. einen zu grossen Betrag (Fr. 27'587.50) und fordert dies im vorliegenden Verfahren zurück. Die Beklagte verkennt, dass es vorliegend weder um einen körperlichen Schaden ("ohne Durchführung der Operationen bestand jederzeit das Risiko, dass der Kläger (...) querschnittsgelähmt sein konnte", vgl. act. 63 S. 36) noch um einen Schaden als Voraussetzung einer vertraglichen Haftung geht. Vielmehr handelt es sich um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten, die mit einem Betrag von Fr. 27'587.50 bereichert ist, was auch

von der Vo-

- 21 - rinstanz so entschieden wurde (act. 65 E. IV.8.1.). Auf die Ausführungen der Beklagten muss daher nicht näher eingegangen werden.

### **E. 8.3**

Die Berufung ist demzufolge auch in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 9**

Zum Eventualstandpunkt

#### **E. 9.1**

Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger keinen Anspruch aus ungerichteter Bereicherung habe. Er habe aber auch keinen Anspruch aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung (act. 63 S. 37 f.).

#### **E. 9.2**

Wie vorstehend ausgeführt, hat der Kläger gegenüber der Beklagten einen bereicherungsrechtlichen Anspruch. Somit entfällt eine Prüfung eines Anspruchs aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung. Der Eventualstandpunkt der Beklagten erübrigt sich.

### **E. 10**

Zu den Verzugszinsen Die Beklagte macht keine Ausführungen zu den Verzugszinsen. Dementsprechend ist das Urteil der Vorinstanz diesbezüglich zu bestätigen. Verzugszinsen von 5% sind somit ab 18. Februar 2020 auf den Betrag von Fr. 27'587.50 geschuldet. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens hat die Beklagte die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens im dort festgelegten Umfang zu tragen, deren Bemessung und Festsetzung durch das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen unangefochten blieb (vgl. act. 63 S. 2). Es sind der Beklagten zudem die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidungsgebühr ist im Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG festzusetzen. Die Grundgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG zu ermitteln, und zwar ausgehend von dem im Berufungsverfahren strittigen Betrag von Fr. 27'587.50 (vgl. § 12 Abs. 2 GebV OG). Dementsprechend beträgt die Entscheidungsgebühr Fr. 3'700.-.

- 22 - Zur Liquidation der Kosten ist der Vorschuss heranzuziehen, den die Beklagte geleistet hat (act. 69). Parteienschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen; der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm kein Aufwand entstanden ist, den es zu entschädigen gölte. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 6. Dezember 2021 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 3'700.- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 3'700.- verrechnet. 3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 63 und act. 64/1-2), sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen

die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen 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).

- 23 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'587.50. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw M. Schnarwiler versandt am:

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