

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LB140004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 18. September 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. November  
2013; Proz. CG100016**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 289'567.-- sowie EURO 1'276.-- nebst Zins zu 5% seit dem 30. Juni 2007 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. November 2013:**  
(act. 266 S. 31)

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf  
CHF 19'000.00 die Barauslagen betragen:  
CHF 23'285.25 Gutachten  
**CHF 42'285.25** **Gerichtskosten total**
3. Die Kosten einschliesslich derjenigen des Berufungsverfahrens gemäss Dispositiv-Ziffer 2 des Rückweisungsbeschlusses vom 18. Januar 2010 (CHF 16'400.00) werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren von CHF 50'000.00 zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung"

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 264 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. November 2013 vollumfänglich aufzuheben, und es sei die Sache an die Erstinstanz zurückzuweisen zur Neuurteilung sowie zur Beurteilung eines wesentlichen Teils der Klage;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Appellaten;

Eventualiter:

3. Es sei der Klägerin und Appellantin Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Begründung zu geben für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz den angefocht-

tenen Entscheid vollumfänglich aufhebt und sogleich in der Sache neu entscheidet, indem auch über den wesentlichen Teil der Klage, welcher vom Bezirksgericht Meilen nicht beurteilt wurde, befunden wird;

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Appellaten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 274 S. 2):

"Es sei die Berufung in Bestätigung des Entscheids des Bezirksgerichts Meilen vom 20. November 2013 abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

### **Erwägungen:**

#### **I. Zusammengefasster Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) zog sich über Weihnachten/Neujahr im Jahr 1999/2000 bei einem Sturz beim Skifahren im Engadin eine Schulterverletzung zu, welche sie zunächst in der Klinik ... in ... und alsdann in München behandeln liess. Im März 2000 begab sie sich wegen einer Operation ihrer Tochter nach Zürich. Bei einer Konsultation am Krankenbett der Tochter erzählte sie dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) von ihren Schulterbeschwerden. Nach einer klinischen Untersuchung und der Durchführung einer Magnetresonanztomographie (MRI) diagnostizierte der Beklagte am 31. März 2000 einen (subtotalen) Riss der Supraspinatussehne. Er empfahl eine Operation und führte diese am 11. April 2000 durch. Nach der Operation litt die Klägerin unter starken Schmerzen und Bewegungseinschränkungen. Es folgte eine weitere MRI-Untersuchung. Am 9. Oktober 2000 führte der Beklagte einen zweiten Eingriff durch (Mobilisation der Schulter unter Vollnarkose), der eine Verbesserung der Beweglichkeit brachte, aber kein Nachlassen der Schmerzen. Am 25. Juni 2001 führte der Beklagte eine Arthroskopie durch. Da auch nach dem dritten Eingriff eine Linderung der Schmerzen ausblieb, begab sich die Klägerin in die Behandlung von Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_, welcher auf der Grundlage der MRI-Untersuchung eine Rotatoren-Manschetten-Ruptur diagnosti-

zierte und eine erneute Operation mit Arthroskopie durchführte. Nach Darstellung der Klägerin soll sich der Gesundheitszustand nach diesem Eingriff deutlich und schlagartig gebessert haben.

Für die verbliebenen Beschwerden macht die Klägerin den Beklagten verantwortlich. Sie wirft ihm vor, sie bei seinen Eingriffen ungenügend aufgeklärt zu haben und sie macht geltend, dass sie sich bei vollständiger Aufklärung für eine Behandlungsalternative entschieden hätte. Mit ihrer am 3. Juli 2007 bei der Vorinstanz rechtshängig gemachten Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz (im Wesentlichen Haushaltschaden) und Genugtuung. Der Beklagte bestreitet die Haftungsgrundlagen.

2. Die Vorinstanz wies die Klage in einem ersten Urteil vom 21. Oktober 2008 nach Durchführung des Hauptverfahrens ab (act. 41). Hiegegen erhob die Klägerin Berufung. Mit Beschluss vom 18. Januar 2010 hob die Kammer das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht Meilen zurück (act. 73). Nach Durchführung des Beweisverfahrens wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 20. November 2013 erneut ab (act. 266). Für die Darstellung der Prozessgeschichte im Einzelnen kann auf die entsprechenden Erwägungen dieses Urteils verwiesen werden. Am 10. Januar 2014 erhob die Klägerin erneut Berufung (act. 264). Nach Eingang des ihr auferlegten Prozesskostenvorschusses erstattete der Beklagte innert angesetzter Frist die Berufungsantwort (act. 274). Diese wurde der Klägerin am 25. August 2014 zugestellt (act. 275 f.). Die Klägerin liess sich mit Eingabe vom 4. September 2014 unaufgefordert dazu vernehmen (act. 277). Das Verfahren ist spruchreif.

## **II. Formelles und anwendbares Recht**

1. Die am 10. Januar 2014 der Post übergebene Berufungsschrift ging unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) innert gesetzlicher Frist (act. 266 i.V.m. act. 258/2) begründet und mit Anträgen versehen ein. Dem Eintreten steht damit grundsätzlich nichts entgegen.

2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Berufungsfrist einzureichen, eine Nachfrist für eine ergänzende Begründung ist grundsätzlich nicht möglich (Reetz/Theiler, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 311 N 12 und 14). Dem Antrag der Klägerin, es sei ihr im Fall, dass die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid aufhebt und sogleich in der Sache neu entscheidet, Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Begründung zu geben (act. 264 S. 2 Ziff. 3), könnte im Eventualfall nicht gefolgt werden. Eine inhaltlich mangelhafte oder ungenügende Begründung könnte prozessuale oder materielle Wirkungen zeitigen (Reetz/Theiler, a.a.O., N 33).

3. Die Klägerin sieht im Umstand, dass die verfahrensleitende vorinstanzliche RichterIn ... der Prüfungskommission der swiss health quality association für die Berufsprüfung der Pharma-Spezialisten mit eidgenössischem Fachausweis ist, einen Grund für einen möglichen Anschein der Befangenheit (act. 264 S. 6). Da sie daraus für das vorliegende Verfahren aber nichts ableitet und eine Befangenheit konkret auch nicht behauptet, erübrigen sich Weiterungen dazu.

4. Die zu beurteilende Klage wurde bei der Vorinstanz am 3. Juli 2007 rechts-hängig gemacht. Das erstinstanzliche Verfahren unterstand damit – auch nach der Rückweisung der Sache durch das Obergericht – den Regeln des bis Ende 2010 geltenden kantonalen Verfahrensrechts (ZPO/ZH und GVG/ZH; Art. 404 Abs. 1 ZPO). Es ist im Rechtsmittelverfahren zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach Massgabe des für die erste Instanz anwendbaren Verfahrensrechts korrekt ergangen ist. Für das neuerliche Rechtsmittelverfahren ist die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene schweizerische ZPO anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der zu beurteilende Behandlungsvertrag zwischen den Parteien beurteilt sich nach Schweizer Recht und ist als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat und was unbestritten ist.

### III. Materielles

1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10).

In der Berufung ist darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Im ordentlichen Verfahren darf dabei eine ausführliche Begründung verlangt werden, die sich sachbezogen mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzt. Ungenügend ist der pauschale Verweis auf eine frühere Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz (BGE 138 III 374 und 133 II 249; Reetz, ZK ZPO 2. Aufl., Vorbem. zu Art. 308 - 318 N3 und 15 sowie Art. 310 N 5 f.). Das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) steht diesem Rügeprinzip insofern nicht entgegen, als im Rahmen der erhobenen Rügen die Berufungsinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden ist (vgl. dazu BGer 5A\_13/2010 vom 30. Juli 2010; BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

2. Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe die klaren Anweisungen im obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 10. Januar 2010 missachtet und die beweismässige Abklärung hinsichtlich des Einwandes der hypothetischen Einwilligung nur unzureichend durchgeführt. Sodann macht sie geltend, die Vorinstanz habe aktenkundige Feststellungen und Aussagen offensichtlich übersehen oder unrichtig gewürdigt und alsdann die unrichtigen rechtlichen Schlussfolgerungen gezogen (act. 264 S. 5 - 7). Der Beklagte hält dem in der Berufungsantwort entgegen, der von der Klägerin als unrichtige Rechtsanwendung gerügten Annahme der hypothetischen Einwilligung fehle eine valable Grundlage. Ausserdem geht er von einer korrekten Würdigung durch die Vorinstanz aus; diese habe aufgrund der Fakten zum Schluss gelangen dürfen und müssen, dass der Beklagte keine Aufklärungspflicht gehabt habe und somit ungeachtet einer all-

fälligen Schädigung kein Rechtsgrund für eine Haftung bestehe (act. 274 S. 7 - 13). Auf die Einwendungen im Einzelnen ist nachfolgend soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

3. Aufgrund des Umstandes, dass die Vorinstanz sich direkt mit der Frage der hypothetischen Einwilligung befasst, schliesst die Klägerin, die Vorinstanz gehe davon aus, der Beklagte habe keine rechtmässige Aufklärung vorgenommen. Dies trifft nicht zu, hat die Vorinstanz die Frage doch ausdrücklich offen gelassen (act. 266 S. 14 und S. 25). Die Frage, ob eine rechtmässige Aufklärung erfolgte oder nicht, ist nur dann von Relevanz, wenn entgegen der Vorinstanz eine hypothetische Einwilligung zu verneinen ist. Dies wird nachfolgend zu prüfen sein. Gleiches gilt für die Frage, ob der Beklagte eine fehlende Aufklärung eingeräumt hat, wie die Klägerin auch im Berufungsverfahren wieder geltend macht. Sie leitet dies aus der Stellungnahme des Beklagten zum Beweisergebnis ab (act. 264 S. 9 i.V.m. act. 240 S. 19), was der Beklagte unter Hinweis auf seine anderslautenden Vorbringen bestreitet (act. 274 S. 14). Aus dem von der Klägerin in diesem Zusammenhang hervorgehobenen Satz: "...Von einer Aufklärung über eine konservative Therapie konnte folglich der Beklagte absehen.(...)" liesse sich aber selbst dann nicht ohne weiteres auf ein solches Zugeständnis schliessen, wenn man diesen Satz für sich allein betrachtet, stellt er doch eine Schlussfolgerung aus den Erkenntnissen der Zeugenaussage von Dr. E. \_\_\_\_\_ dar, welcher ausgeführt hatte, dass er die Schulterprobleme der Klägerin vor den Konsultationen beim Beklagten konservativ behandelt hatte. In diesem Zusammenhang konnte der Satz gleichwertig auch so verstanden werden, dass eine Aufklärung als nicht notwendig erachtet wurde unabhängig davon, ob sie tatsächlich erfolgte oder nicht. Nur schon innerhalb der gleichen Ziffer 6 seiner Stellungnahme liess der Beklagte überdies ausdrücklich – und zum wiederholten Male – behaupten, er, der Beklagte, habe mit den im Recht liegenden Urkunden aufgezeigt, dass er die Patientin aufgeklärt habe (act. 240 S. 17).

#### Operation vom 11. April 2000

4.1. Mit Bezug auf die Operation vom 11. April 2000 erwog die Vorinstanz, dass gestützt auf das Gutachten die Weiterführung der konservativen Behandlung im

Falle der Klägerin aus medizinischer Sicht nur dann eine empfehlenswerte Alternative dargestellt hätte, wenn sich die Klägerin als Folge der bis Ende März 2000 durchgeführten konservativen Therapiemassnahme auf dem Weg der Besserung befunden hätte. Dies habe die Klägerin im Prozess zwar wiederholt behauptet, doch widerspreche dies dem Beweisergebnis: Es stehe gestützt auf den Konsultationsbericht der Klinik ... und das Gutachten fest, dass die Klägerin nach dem Sturz bis Ende Januar 2000 unter Schmerzen gelitten habe, die Beweglichkeit und Belastbarkeit ihrer Schulter objektiv deutlich eingeschränkt gewesen und sie mit einer Cortison-Injektion behandelt worden sei. Nach der Zeugenaussage des die Klägerin in der Folge behandelnden Arztes Dr. E. \_\_\_\_\_ habe die Klägerin auch im Februar und März 2000 über anhaltende bzw. wiederkehrende Schmerzen in der Schulter geklagt und sich mit Cortison behandeln lassen; auch aus den Aussagen der Klägerin selbst sowie den Konsultationsberichten des Beklagten schliesst die Vorinstanz auf anhaltende Schulterbeschwerden vor der Operation. Die Klägerin habe in der persönlichen Befragung den Inhalt des Konsultations- und Sprechstundenberichtes sowie die Aussagen von Dr. E. \_\_\_\_\_ weitgehend bestätigt. Insgesamt müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Klägerin im Zeitpunkt der Erstkonsultation beim Beklagten am 31. März 2000 bzw. am 11. April 2000 subjektiv nicht auf dem Weg der Besserung befunden und einen erheblichen Leidensdruck gespürt habe. Sodann habe – wie sich aus Klageschrift und persönlicher Befragung ergebe – ein uneingeschränktes Vertrauen zum Beklagten bestanden, so dass davon auszugehen sei, dass bei dieser Ausgangslage bei Erteilung eines Hinweises auf die ebenfalls mit Risiken behaftete und wenig erfolgversprechende Möglichkeit einer Weiterführung der konservativen Behandlung ausgeschlossen werden könne, dass die Klägerin gegen den unbestritten klaren Rat des Beklagten entschieden hätte (act. 266 S. 18 - 23).

4.2. Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren die vorinstanzliche Würdigung der medizinischen Gutachten. Sie macht geltend, dass gestützt auf das Gutachten die konservative Therapie eine valable Alternative zur Operation dargestellt habe und bezüglich reiner Schmerzreduktion sicherlich erfolgversprechend gewesen wäre. Sie wirft der Vorinstanz alsdann vor, die Risikosituation nicht richtig dargelegt zu haben, und listet auf, worüber der Beklagte sie beim operativen Eingriff hätte auf-

klären müssen (act. 264 S. 10 - 12). Des weiteren macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe in unzutreffender Würdigung der medizinischen Unterlagen, der Zeugenaussage Dr. E.\_\_\_\_\_ sowie auch der Aussagen der Klägerin in der persönlichen Befragung, die nur verkürzt erwähnt worden seien, sowie in unzulässiger Nichtbeachtung der Zeugenaussage F.\_\_\_\_\_ die Beschwerdesituation der Klägerin vor ihrer Konsultation beim Beklagten unrichtig dargestellt. Bei korrekter Würdigung ergebe sich, dass die Klägerin leichte Schmerzen an ihrer rechten Schulter als Folge der Skiunfälle verspürt habe, dies jedoch für sie mittels Schmerzmedikation erträglich und damit keine Bewegungseinschränkung verbunden gewesen sei (act. 264 S. 13 - 16). Aus dem Gutachten und dessen Ergänzungen ergebe sich, dass die Klägerin unter der Therapie eine langsame, aber stete Besserung bemerkt habe; die Aussagen ergäben Hinweise auf eine sich einstellende Besserung der Gesamtsituation. Das vorinstanzliche Urteil äussere sich überdies widersprüchlich, was die Physiotherapie angehe (act. 264 S. 16/17).

Die Klägerin beanstandet weiter, die vorinstanzliche Annahme eines Vertrauensverhältnisses zum Beklagten sei krass aktenwidrig. Von einem speziellen Vertrauensverhältnis zum Beklagten als Schulterspezialisten könne nicht ausgegangen werden; das Vertrauen habe vielmehr auf falscher Information und mangelnder Aufklärung gegründet (act. 264 S. 18/19). Zusammenfassend hält sie fest, von der Vorinstanz nicht berücksichtigte, aktenkundige Umstände hätten den vom Gericht angenommenen Verlauf eines sich nicht bessernden Gesundheitszustandes widerlegen können, so bestimmte Aussagen der Zeugen Dr. E.\_\_\_\_\_, Dr. G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ sowie der Klägerin selbst. Das von der Vorinstanz fälschlicherweise bei der Klägerin angenommene uneingeschränkte Vertrauensverhältnis zum Beklagten könne bei korrekter Beweiswürdigung nicht angenommen werden und gänzlich willkürlich sei die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin habe den Willen bzw. die Geduld für eine längerfristige physiotherapeutische Behandlung nicht aufgebracht. Eine richtige Aufklärung hätte der Klägerin die valable Alternative der konservativen Therapie aufgezeigt und die Klägerin hätte nie in die Operation eingewilligt. Vielmehr hätte die Klägerin bei umfassender Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden und bezüglich des Eingriffs eine

Bedenkzeit verlangt, was die Annahme einer hypothetischen Einwilligung bereits ausschliesse. Selbst wenn von einer möglichen hypothetischen Einwilligung aber ausgegangen würde, seien die nach Lehre und Praxis geltenden Einschränkungen für deren Annahme zu beachten.

4.3. Der Beklagte hält auch im Berufungsverfahren dafür, dass die konservative Therapie im Falle der Klägerin keine valable Alternative dargestellt habe, was aber irrelevant sei, weil die Klägerin mit einem operativen Vorgehen einverstanden gewesen sei und dem Beklagten auch bei der Wahl des Vorgehens vollstes Vertrauen entgegengebracht habe (act. 274 S. 16 - 20). Er geht davon aus, dass aufgrund der gesamten Prozesslage nicht im geringsten fraglich sei, dass die Darstellung der Klägerin, sie sei im Zeitpunkt, als sie den Beklagten um Rat gefragt habe, medizinisch zufrieden versorgt und auf dem Wege der Besserung gewesen, wahrheitswidrig und für den Prozessstandpunkt zurecht gezimmert worden sei, was die Klägerin als "bar jeglichen Anstands" zurückweist (act. 277 S. 3). Unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz und unter Zurückweisung der von der Klägerin vorgebrachten Rügen, Ergänzungen und anderslautenden Interpretationen der Aussagen in der persönlichen Befragung der Klägerin, des Gutachtens sowie der weiteren Beweismittel verneint der Beklagte den Nachweis einer relevanten Besserung der Beschwerden der Klägerin vor der Konsultation bei ihm, dem Beklagten (act. 274 S. 20 - 29). Mit Bezug auf das Vertrauensverhältnis hält er die Ausführungen der Klägerin in der Berufungsbegründung für unangebracht. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien und damit das Faktum, dass der Beklagte von der Einwilligung der Klägerin zur operativen Behandlung der Schulterverletzung ausgegangen sei bzw. habe ausgehen können, sei generell gewesen (act. 274 S. 29/30). Der Beklagte bezeichnet es als Schönfärberei und Missinterpretation der verschiedenen Aussagen und Akten, was die Klägerin in der Berufungsschrift hinsichtlich der Ausgangslage vor dem ersten Eingriff schildere. Der Gutachter habe eine Fortsetzung der konservativen Behandlung nur deshalb als opportun erachtet, weil er – wie das Beweisverfahren gezeigt habe – fälschlicherweise von einer Besserung der gesundheitlichen Situation der Klägerin ausgegangen sei. Unrichtig sei auch die Behauptung der Klägerin, wonach die Fortsetzung der konservativen Behandlung nur geringe Risiken gebor-

gen hätten. Die Klägerin sei entschieden gewesen, sich operieren zu lassen und es sei müßig darüber zu sinnieren, was gewesen wäre, wenn sie vor einem Entscheidungskonflikt gestanden wäre; ein solcher habe nicht vorgelegen und habe sich auch nicht stellen können, da der konsumierten konservativen Behandlung kein Erfolg beschieden gewesen sei. Die Klägerin werfe der Vorinstanz vor, leichtfertig eine hypothetische Einwilligung angenommen zu haben, verschweige aber, dass sich diese Annahme auf die eigenen Aussagen der Klägerin stütze. Die Umstände, welche die Klägerin dafür ins Feld führe, dass sie die Einwilligung in Kenntnis der späteren Folgen der operativen Behandlung verweigert hätte, seien nicht zielführend; Tatsache sei, dass die Klägerin so oder so dem Rat des Beklagten gefolgt wäre und er davon ausgehen konnte (act. 274 S. 30 - 36).

4.4. Ein medizinischer Eingriff tangiert das Recht des Patienten auf persönliche Freiheit und auf körperliche Integrität und ist widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Im medizinischen Bereich besteht die Rechtfertigung meistens in der Einwilligung des Patienten. Damit diese wirksam ist, bedarf es einer umfassenden Aufklärung. Liegt keine Einwilligung vor, räumt die Rechtsprechung dem Arzt die Möglichkeit ein, sich auf eine hypothetische Einwilligung des Patienten zu berufen. Der Arzt muss dabei nachweisen, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er in gebührender Weise aufgeklärt worden wäre. Die Beweislast liegt beim Arzt, wobei der Patient insoweit mitzuwirken hat, als er glaubhaft macht oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte, wenn er die Risiken gekannt hätte. Grundsätzlich darf nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden, wenn Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätten, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist. In einem solchen Fall ist es in der Tat denkbar, dass sich der Patient, hätte er die umfassende Information erhalten, in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in einem echten Konflikt befunden und eine Überlegungszeit verlangt hätte. Nach der Rechtsprechung darf des weiteren nicht auf ein abstraktes Modell des "vernünftigen Patienten" abgestellt werden, sondern es ist auf die persönliche und konkrete Situation des Patienten einzugehen, um den es geht (BGE 133 III 121 ff. E. 4 = Pra 96 [2007] Nr. 105).

4.5. Die Klägerin hatte – wie im Rückweisungsbeschluss vom 18. Januar 2010 festgehalten (act. 73 S. 18) – vor Vorinstanz geltend gemacht, sie hätte nicht in den schwierigen Eingriff vom 11. April 2000 eingewilligt, wenn sie um die Möglichkeit einer konservativen Behandlung und um die Risiken des Eingriffs gewusst hätte; die konservative Behandlung habe sehr wohl zu einer gewissen Besserung geführt und nach schlüssiger und begründeter gutachterlicher Meinung gute Erfolgsaussichten gehabt. In der ersten Berufungsbegründung stellte sie dar, weshalb für sie bei ordnungsgemässer Eingriffsaufklärung ein Entscheidungskonflikt resultiert hätte. Als konkrete Umstände nannte sie (act. 52 S. 12 Rz 29) mitunter die Erfolgsraten von 33 bis 92 Prozent der konservativen Behandlung gemäss Gutachten Prof. Dr. H. \_\_\_\_\_ sowie die Risiken der Operation, wie neuerliche Risse der Supra-Spinatus-Sehne und der Muskelnähte, Infektion, Bewegungseinschränkung und Einsteifung, Nachblutung, Nervenverletzung, Knochenbruch, Knorpelschäden, schwere Funktionsschäden des Armes und beträchtliche Restbeschwerden, sowie gravierende und anhaltende Schmerzen.

4.6. Mit der Klägerin und der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es für die Beantwortung der Frage, ob eine hypothetische Einwilligung angenommen werden kann, entscheidend ist, ob die konservative Behandlung der Schulterproblematik eine valable Alternative zur Operation vom 11. April 2000 darstellte und ob die bis zur Erstkonsultation der Klägerin beim Beklagten erfolgte Behandlung eine Besserung der Gesundheitssituation der Klägerin bewirkte. Diese Fragen und die oben erwähnten von der Klägerin im bisherigen Verfahren im Einzelnen geltend gemachten Umstände wurden nicht direkt Gegenstand der vorinstanzlichen Beweisbeschlüsse (act. 76 und 87), im Beweisverfahren ergaben sich indes hinreichende Erkenntnisse dazu, wie auch die Klägerin annimmt. Ihre insoweit zu Recht erhobene Kritik, die Vorinstanz sei in der Beweisaufgabe den Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses nicht vollumfänglich gefolgt, was die Frage der hypothetischen Einwilligung betreffe, vermag sich daher nicht auszuwirken. Die abgenommenen Beweismittel, insbesondere das Gutachten und die Befragungen der Parteien und Zeugen geben zur Frage hinreichend Aufschluss.

Dabei erweist sich die Würdigung des gerichtlichen Gutachtens vom 29. Februar 2012 (act. 142) mit Ergänzung vom 3. April 2013 (act. 214) durch die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Klägerin nicht als unzutreffend. Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz die von der Klägerin in der Berufungsbegründung zitierte Passage des Gutachtens, in der die Fortführung der eingeleiteten physiotherapeutischen Massnahmen als valable Alternative bezeichnet wird (act. 142 S. 53, 12.1), nicht im Einzelnen im Urteil wiedergegeben hat; auch die Risiken des operativen Eingriffs im Gegensatz zu denjenigen der Fortführung der konservativen Behandlung sind nicht einzeln erwähnt. Durchaus wird aber im angefochtenen Entscheid darauf hingewiesen, dass die Empfehlung des Beklagten nicht alternativlos gewesen sei und aus medizinischer Sicht zum Zeitpunkt des 31. März 2000 auch die konservative Therapie hätte fortgeführt werden können (act. 266 S. 17 unter Hinweis auf act. 142 S. 53 und 57). Im Einklang mit den Erkenntnissen des Gutachtens steht aber insbesondere die Schlussfolgerung der Vorinstanz in der besonderen Konstellation, wie sie sich im Falle der Klägerin präsentierte: Die Gutachter schätzten "vor dem Hintergrund einer traumatisch bedingten, schmerzhaften und deutlichen Funktionseinschränkung der dominanten Schulter bei einer 63jährigen, sportlich aktiven Patientin, und MR-tomographisch dokumentierter subtotaler Rotatorenmanschettenruptur die Erfolgchancen einer weiteren konservativen Behandlung zum Zeitpunkt des 30. März 2000 als tendenziell gering" ein und hielten fest, dass bei der Klägerin erschwerend dazu komme, "dass durch eine hakenförmige Struktur des Schulterdaches (Akromion) der natürliche Raum der Rotatorenmanschette (Subacromialraum) chronisch eingeengt gewesen sei. Diese sogenannte Impingement-(Einklemmung)-Konstellation beungünstige bekannterweise den nicht-operativen Verlauf einer Rotatorenmanschetten-(teil)ruptur" (act. 142 S. 58/59). Im ergänzenden Gutachten hielten die Gutachter sodann fest, dass bei der Annahme, die Patientin habe sich nicht auf dem Weg der Besserung befunden, sondern subjektiv einen erheblichen Leidensdruck gespürt, das Weiterführen der konservativen Therapie weniger empfehlenswert gewesen wäre (act. 214 S. 3). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Fortführung der konservativen Behandlung aus medizinischer Sicht höchstens dann eine empfehlenswerte Alternative zur Operation darstellte, wenn diese bis Ende

März 2000 zu einer Besserung geführt hatte, ist gestützt auf das medizinische Gutachten nicht zu beanstanden. Sie entspricht der differenzierten Darlegung der Möglichkeiten und Risiken im Gutachten, welche nicht nur grundsätzlicher Natur sind, sondern insbesondere auch die spezifische Situation der Klägerin berücksichtigen. Das Gutachten an sich wird denn auch von der Klägerin nicht in Frage gestellt.

4.7. Die Klägerin macht zu Recht geltend (act. 264 S. 11f.), die Annahme einer hypothetischen Einwilligung setze die Würdigung der Risikosituation voraus; sie stellt dabei die gutachterliche Risikobeurteilung (act. 142 S. 49ff.) nicht in Frage: Beim operativen Eingriff steht gemäss Gutachten die Gefahr eines neuerlichen Risses im Vordergrund. Die Gutachter gehen von einer Re-Rupturrate von 33% nach einer Nachkontrollzeit von 11 Jahren aus, wobei die Mehrzahl dieser Re-Rupturen in den ersten 3 Monaten nach der Operation erfolgten. Gleichzeitig halten sie im Gutachten fest, dass die Literatur im Langzeitverlauf in ca. 90% der Fälle gute bis exzellente Resultate nach offener Rekonstruktion der Rotatorenmanschette bestätige. Die konservative Behandlung bei Rotatorenmanschettenrupturen erachten die Gutachter mit Bezug auf die Schmerzreduktion als "sicherlich erfolgversprechend". Werde Erfolg jedoch auch mit Wiederherstellung der Funktion und insbesondere der Kraft definiert, so erreiche die konservative Therapie bei aktiven Patienten mit einem hohen Anspruch an das betroffene Schultergelenk (Sport, Beruf) mit einer MR-tomografisch rekonstruierbaren Sehnenruptur Grenzen. Belastbare Daten zeigten insbesondere eine klare Tendenz der Progression der Rupturgrösse. Führe eine konservative Therapie bei einem aktiven Patienten mit dokumentierter Ruptur innert 3-6 Monaten nicht zu einer deutlichen Funktionsverbesserung, so sei in der Praxis der Gutachter eine Reevaluation des Behandlungsweges angezeigt, um die vorgängig erwähnte Progression der Ruptur und degenerativen Veränderungen nicht zu verpassen (act. 142 S. 56). Führe die fachärztlich geleitete konservative Therapie einer Rotatorenmanschettenruptur in lediglich einem Drittel der Fälle zum Erfolg (subjektiv und objektiv), müsse die Patientenselektion hinterfragt werden. Entscheidend seien die Kriterien bezüglich Rupturform, Rupturalter, Biologie der Ruptur und die patientenspezifischen Faktoren (Alter, körperlicher Anspruch, Leidensdruck). Das Risiko der Restbeschwer-

den aufgrund der Re-Rupturgefahr steige mit zunehmendem Alter des Patienten (act. 142 S. 51). Mittel- und langfristige Untersuchungen hätten aber gezeigt, dass die operative Rekonstruktion der Rotatorenmanschette zu einer signifikanten, andauernden Verbesserung der Schmerzsituation und der Funktion führe. Selbst wenn es strukturell morphologisch zu einem erneuten Riss der Sehne komme, sei die Mehrzahl der Patienten schmerzärmer und körperlich belastbarer als vor dem Eingriff. Die im konkreten Fall angewendete offene Rekonstruktionstechnik der Rotatorenmanschette werde in der medizinischen Literatur von multiplen Autoren mit guten bis exzellenten Resultaten in 90% der Fälle belegt (act. 142 S. 56/57). Weitere Risiken der Operation wie Infektion, Nachblutung, Nervenverletzung, Knochenbruch, Knorpelschäden oder schwere Funktionsschäden des Armes werden von den Gutachtern als gering eingestuft, die Gefahr der Bewegungseinschränkung und Einsteifung werde in der Literatur mit 4 -15% angegeben (act. 142 S. 49 - 51). Entgegen der Auffassung der Klägerin erweist sich nach diesen Darlegungen die Risikobeurteilung – insbesondere unter Berücksichtigung der spezifischen Situation der Klägerin (u.a. ihres Alters, ihrer sportlichen Aktivitäten) – nicht derart, dass gestützt darauf die Annahme einer hypothetischen Einwilligung ausser Betracht fallen müsste.

4.8. Zur Beschwerdesituation der Klägerin vor dem operativen Eingriff bzw. der Entwicklung seit dem Unfall und damit während der konservativen Behandlung ist zunächst festzuhalten, dass die Gutachter in ihrer Ergänzung vom 3. April 2013 (act. 214 S. 2) klar stellen, dass sich ihre Beschreibung der Schmerzsituation zwischen dem 31. Januar und 31. März 2000 auf die Aussagen der Klägerin am Tag der Begutachtung an der I.\_\_\_\_\_ Klinik stützen, welche am 16. Februar 2012 im Beisein des Ehemannes der Klägerin stattfand (act. 142 S. 1). Dies ergibt sich auch aus dem Gutachten vom 29. Februar 2012 selbst (act. 142 S. 24 ff.). Die Gutachter hielten fest, dass die Klägerin subjektiv eine deutliche Besserung während der Physiotherapiesitzungen in der Praxis Dr. E.\_\_\_\_\_ beschrieben habe, dass sie subjektiv zu diesem Zeitpunkt auf dem Weg der Besserung gewesen sei, wenngleich relevante Einschränkungen persistierten (act. 142 S. 25 und S. 33). In der ausführlichen persönlichen Befragung durch die Vorinstanz am 29. November 2012 (Prot. VI S. 95 - 132) schilderte die Klägerin zunächst aus der Erinnerung

und teilweise unter Zuhilfenahme von Unterlagen die Entwicklung vom Skiunfall am 3. Januar 2000 bis zur Erstkonsultation beim Beklagten Ende März 2000. Es ergibt sich aus ihrer Schilderung, dass sie sich in ihren Tätigkeiten nicht eingeschränkt sah, dass sie aber wiederholt ärztliche Konsultationen in Anspruch nahm, weil die Schmerzen, welche sie generell auf einer Skala von 1 - 10 bei 2 einstuft, nicht weggingen und sie weiterhin Ski fahren wollte, was sie denn auch Ende Januar 2000 und im März 2000 wieder tat. Die von der Klägerin in der Berufungsbegründung erwähnten Ergänzungen in der vorinstanzlichen Darstellung ihrer Befragung (act. 264 S. 15 Rz 36) treffen zwar zu und es mag auch zutreffen, dass die Klägerin die Schmerzen rückblickend, d.h. nach den Eingriffen durch den Beklagten, als geringfügig empfand. Die Schilderung kontrastiert hingegen auffällig mit den Angaben der Klägerin, welche sie im Anästhesiefragebogen machte (in act. 3/31), welche ihr die Vorinstanz in der Befragung denn auch vorhielt (Prot. VI S. 111 ff.). Sie korrigierte alsdann ihre Aussagen dahingehend, dass sie "ständig diesen Schmerz" gehabt habe und sich angegriffen gefühlt habe, weshalb sie ja auch zu Dr. E. \_\_\_\_\_ gegangen sei und dem Beklagten vom Schmerz erzählt habe (Prot. VI S. 112). Es sei nicht so gravierend gewesen, dass sie sich irgendwie eingeschränkt gefühlt habe. Aber es mache auch wahnsinnig, wenn da immer so etwas sei (Prot. VI S. 113 oben). Auf Vorhalt des medizinischen Berichtes der Klinik ... (act. 99/1) korrigierte sie alsdann ihre Aussage zur Einnahme von Schmerzmitteln und erklärte, es sei ihr eine Cortison-Spritze verabreicht worden (Prot. VI S. 126/27). Sie verneinte indes starke Schmerzen, welche der Beklagte in seinem Eintrag vom 31. März 2000 (act. 3/2) notiert hatte (Prot. VI S. 127). Der Ehemann der Klägerin bestätigte als Zeuge (Prot. VI S. 132 - 154) im Wesentlichen die Darstellung der Klägerin über den Verlauf ihrer gesundheitlichen Entwicklung ab Unfall bis zur Erstkonsultation beim Beklagten, dabei insbesondere die Einschätzung bezüglich der Schwere der damals erlittenen Schmerzen. Er bezeichnete sie als leicht und kontinuierlich und betonte, dass seine Ehefrau in ihren Aktivitäten nicht eingeschränkt gewesen sei. (Prot. VI S. 132 ff.). Bis zum 31. März 2000 sei der gesundheitliche Zustand seiner Frau völlig unauffällig gewesen. Ab und zu habe sie diese Prellungsgeschichte gehabt, aber sonst nichts (Prot. VI S. 140/141). Die Eintragungen auf dem Anästhesiefragebogen durch

seine Frau erklärte der Ehemann der Klägerin als Zeuge als situationsbedingt und übertrieben (Prot. VI S. 141/ 142). Sie habe damals wahrscheinlich gar nicht gewusst, was Schmerzen seien. Sie habe sich nicht vorstellen können, was für ein Leidensweg auf sie zukomme (Prot. VI S. 154). Die Situation hinsichtlich der Schulterbeschwerden vor dem ersten Eingriff des Beklagten bringt der Ehemann der Klägerin in seiner Zeugenaussage immer wieder in Beziehung zur Entwicklung nach dem ersten Eingriff des Beklagten, welcher aus Sicht des Zeugen wiederholt als schlimm und dramatisch bezeichnet wurde (z.B. Prot. VI S. 134, S. 142). Zutreffend hält die Klägerin in der Berufungsbegründung indes fest, dass der Zeuge F.\_\_\_\_\_ sowohl die Medikation wie auch die erfolgte Physiotherapie im Zeitraum von Januar bis März 2000 bestätigte. Der Beklagte selbst hatte in der persönlichen Befragung die Schmerz- und Beschwerdesituation der Klägerin nach dem Unfall – auch unter Bezugnahme auf seine Krankengeschichte – wesentlich anders geschildert. Es habe damals für die Klägerin eine schwere und erhebliche Beeinträchtigung bestanden sowohl in Bezug auf die Schmerzen als auch hinsichtlich der Funktion der Schulter (Prot. VI S. 154 ff.).

Dr. E.\_\_\_\_\_ hat als Zeuge Art und Umfang seiner Behandlung der Klägerin beschrieben. Die Richtigkeit wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt. Es steht mithin fest, dass Dr. E.\_\_\_\_\_ an der Schulter der Klägerin eine Infiltration vorgenommen und ihr abschwellende und schmerzlindernde Medikamente abgegeben hat. Sodann verordnete er Manual- und Physiotherapie. Wenn er sich zu keinen anderen Massnahmen veranlasst sah, lässt sich daraus entgegen der Auffassung der Klägerin nicht ableiten, dass keine schmerzhaften Einschränkungen der rechten Schulter vorlagen. Der Zeuge erklärte unmissverständlich, dass die Vorstellung bei ihm wegen anhaltender Schmerzen stattfand (act. 189 S. 2 unten). Die erste Injektion brachte einige Tage Besserung und die Klägerin verlangte eine nochmalige Injektion, weil sie zum Skifahren gehen wollte (act. 189 S. 3 oben). Die Spritze soll nur kurze Besserung gebracht haben, die Klägerin soll noch zweimal auf den rechten Arm gefallen sein und dem Zeugen bei der Behandlung am 29. März 2000 erklärt haben, dass sie starke Schmerzmittel brauche. Der Zeuge hielt ausdrücklich fest, dass die Untersuchung eine eingeschränkte Beweg-

lichkeit der Schulter mit schmerzhafter Bewegungseinschränkung ergeben habe (a.a.O.).

Wenn die Klägerin geltend macht, die Zeugenaussage von Dr. E.\_\_\_\_\_ sei falsch gewürdigt worden, so kann dem nicht gefolgt werden. Es kann aber mit der Klägerin davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Aussage des Zeugen Dr. G.\_\_\_\_\_, die Klägerin habe bei der Konsultation wegen eines Infektes bei ihm beiläufig von den Beschwerden an der Schulter erzählt (act. 197 S. 3 oben und act. 264 S. 15 unten), geschlossen werden kann, damals (3. Februar 2000) sei der Leidensdruck der Klägerin jedenfalls nicht derart gewesen, dass eine umgehende Behandlung oder Weiterverweisung notwendig geworden wäre. Dies allerdings bringt für die Frage, ob im Zeitraum zwischen Unfall und Erstkonsultation beim Beklagten eine Besserung eingetreten ist, keinerlei Aufschluss. Auch die Klägerin oder ihr Ehemann erwähnen dies in den Befragungen nicht. Gestützt auf die Erkenntnisse aus dem Beweisverfahren und insbesondere aufgrund der Aussagen der Klägerin in der persönlichen Befragung (Prot. VI S. 106, 108, 110, 124 und 129), aber ebenso nach der Aussage ihres Ehemannes (Prot. VI S. 151 und 152), erweist sich die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es könne nicht angenommen werden, dass sich die Klägerin im Zeitpunkt der Erstkonsultation beim Beklagten am 31. März 2000 *auf dem Weg der Besserung* befand, jedenfalls nicht als unzutreffend. Davon unabhängig ist die Frage, wie intensiv ihr Leidensdruck im damaligen Zeitraum effektiv war. Aufgrund der Vorbringen der Klägerin und ihres Ehemannes litt die Klägerin in einem späteren Zeitpunkt und damit nach den Eingriffen des Beklagten offenbar wesentlich mehr unter den Schulterbeschwerden, was aber eben nichts über die Beschwerdeentwicklung im Zeitraum zwischen Unfall und Erstkonsultation beim Beklagten auszusagen vermag. Als unergiebig erweist sich sodann der Einwand der Klägerin, sie habe dem Beklagten als Kniespezialisten, nicht aber als Schulterspezialisten vertraut (act. 264 S. 18). Die von ihr zitierten Äusserungen in der persönlichen Befragung ergingen klar im Zusammenhang mit der heute in Frage stehenden Behandlung, weshalb die Eingrenzung des Vertrauens der Klägerin in den Beklagten auf medizinische Fragen im Kniegelenk als unbehelflich erscheint. Auch die weiteren, in der Berufungsbe-

gründung unter Verweis auf das Protokoll vorgenommenen Ergänzungen lassen die Folgerung der Vorinstanz nicht als unzutreffend erscheinen.

4.9. Nach dem Gesagten erweist sich der klägerische Vorwurf der unrichtigen Beweiswürdigung als unbegründet und es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der Erkenntnisse des Beweisverfahrens davon ausging, dass im Zeitraum seit dem Unfall bis zur Erstkonsultation beim Beklagten bei der Klägerin keine Besserung der Beschwerdesituation eingetreten ist und die konservative Weiterbehandlung der Schulterbeschwerden in der besonderen Konstellation der Klägerin keine wesentlich Erfolg versprechende Alternative zur Operation darstellte. Da die Klägerin dem Beklagten sodann vollumfänglich vertraute, durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass sie dem Rat des Beklagten gefolgt wäre unabhängig davon, ob eine umfassende Aufklärung im erforderlichen Ausmass erfolgt ist oder nicht. Mithin durfte die Vorinstanz eine hypothetische Einwilligung annehmen. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### Eingriff vom 9. Oktober 2000

5.1. Auch mit Bezug auf die vom Beklagten am 9. Oktober 2000 vorgenommene Mobilisation unter Vollnarkose erwog die Vorinstanz, dass offen bleiben könne, ob über den Eingriff korrekt aufgeklärt worden sei, da der Beklagte auch insoweit mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung durchdringe. Unter den gegebenen Umständen hätten die Mobilisation unter Narkose und die arthroskopische Adhäsiolyse gleichwertige Verfahren dargestellt, deren Vor- und Nachteile naturgemäss vom behandelnden Arzt zu gewichten seien. Dass sich die Klägerin, welche dem Beklagten nach wie vor vertraute, gegen dessen Rat entschieden hätte, könne ausgeschlossen werden (act. 266 S. 25 und 26). Aus den Aussagen der Klägerin ergebe sich überdies, dass die Beweglichkeit und Belastbarkeit sich nach dem Eingriff verbessert und die Schmerzen (vorübergehend) aufgehört hätten. Negative Auswirkungen des Eingriffs auf den Zustand der Klägerin seien weder von ihr selbst, deren Ehemann noch vom Gutachter bestätigt (act. 266 S. 27).

5.2. Die Klägerin geht in ihrer Berufungsbegründung zunächst gestützt auf die Vorbringen des Beklagten in der persönlichen Befragung davon aus, dieser habe

nicht über die arthroskopische Adhäsioolyse als Alternative aufgeklärt, welche im Gegensatz zur vorinstanzlichen Auffassung im Vergleich zur Mobilisation nicht als gleichwertig, sondern als vorteilhafter betrachtet werden müsse. Sodann gehe die Vorinstanz auch hier zu Unrecht von einem hinreichenden Nachweis einer hypothetischen Einwilligung aus, dies gestützt auf eine unzutreffende Würdigung. Aufgrund des Umstandes, dass die arthroskopische Adhäsioolyse für die Klägerin eine vorteilhaftere Alternative dargestellt hätte, die Mobilisation unter Narkose das Risiko schwerwiegender Komplikationen aufwies und als Methode kaum mehr zeitgemäss war, hätte sich die Klägerin bei umfassender Aufklärung mindestens in einem Entscheidkonflikt befunden, was die Annahme einer hypothetischen Einwilligung ausschliesse. Für deren Annahme seien die zahlreichen Einschränkungen zu berücksichtigen; die Anforderungen seien vom Beklagten strikt nachzuweisen gewesen, was nicht der Fall sei (act. 264 S. 24 - 26).

5.3. Der Beklagte bestreitet auch im Berufungsverfahren eine mangelhafte Aufklärung und macht geltend, es seien sowohl die Mobilisation unter Narkose wie auch die arthroskopische Adhäsioolyse durchführbar gewesen, die Klägerin habe aber Angst vor einem invasiven Eingriff gehabt, weshalb klar gewesen sei, dass nur die Mobilisation in Frage komme. Es treffe auch nicht zu, dass die Mobilisation mit den im Gutachten erwähnten Komplikationen verbunden sei, vielmehr handle es sich um eine immer noch anerkannte Behandlungsmethode. Sodann sei die Verneinung eines Gesundheitsschadens aus dem zweiten Eingriff, wie dies die Vorinstanz festgestellt habe, zutreffend (act. 274 S. 36 ff.).

5.4. Auch in diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass die Vorinstanz – wie gesehen – entgegen der Darstellung der Klägerin in der Berufungsbegründung (act. 264 S. 24) ausdrücklich offen lässt, ob eine korrekte Aufklärung der Klägerin durch den Beklagten erfolgte oder nicht. Die Gutachter stellen sodann in ihrem Gutachten vom 29. Februar 2012 Alternativen zur Mobilisation unter Narkose dar, unter Auflistung der jeweiligen Vor- und Nachteile. Eine wertende Gegenüberstellung der Mobilisation unter Narkose und der arthroskopischen Adhäsioolyse, wie sie die Klägerin in der Berufungsschrift vornimmt, kann dem Gutachten indes nicht entnommen werden. Die Gutachter stellen wiederholt fest,

dass die arthroskopische Adhäsiole eine der erwähnten Alternativen zur geschlossenen Manipulation darstelle (act. 142 S. 61/62 zu Ziff. 14, S. 62 zu Ziff. 15.1, S. 63 zu Ziff. 15.2 lit. a), S. 64 zu Ziff. 15.2 lit. b), S. 65 zu Ziff. 15.2 lit. c) und lit. d), S. 66 zu Ziff. 15.2 lit. e). Sodann stellen sie fest: "Vergleichende wissenschaftliche Arbeiten, die die Effektivität und Sicherheit der arthroskopischen Adhäsiole direkt mit der Mobilisation unter Narkose verglichen haben, existieren unseres Wissens nicht. Beide Methoden haben sich nach Angaben von einer Vielzahl von Autoren bewährt" (act. 142 S. 65 zu Ziff. 15.2 lit. d). Hinsichtlich der diagnostischen Wertigkeit und Aussagekraft schätzen die Gutachter die arthroskopische Vorgehensweise als erheblich höher ein, sie halten indes gleichzeitig fest, dass zum Zeitpunkt der Indikationsstellung bereits postoperativ eine bildgebende Untersuchung stattgefunden hatte und nicht von einer zusätzlichen Pathologie ausgegangen werden müssen; sie werteten das Vorgehen des Beklagten als korrekt (act. 142 S. 66 zu Ziff. 15.2 lit. f).

Allein der Umstand, dass die Gutachter selbst eine andere als die vom Beklagten gewählte Alternative gewählt hätten, lässt die arthroskopische Vorgehensweise nicht ohne weiteres als vorteilhafter erscheinen, wie dies die Klägerin geltend macht. Wenn die Vorinstanz aufgrund des Gutachtens von gleichwertigen Alternativen ausging, ist diese Würdigung nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz unterstellt der Klägerin aber auch nicht "übermässige Angst vor der Operation" (act. 264 S. 27, Überschrift Ziff. 9.1), sondern zitiert aus der persönlichen Befragung, dass die Klägerin nach der ersten Operation vor einer zweiten Angst gehabt habe (Prot. VI S. 124). Aus der persönlichen Befragung ergibt sich sodann, dass die Klägerin dem Beklagten damals jedenfalls vertraute, was sich auch darin zeigt, dass sie – wie in der Berufungsbegründung zitiert (act. 264 S. 27) – in eine Operation eingewilligt hätte, wenn der Beklagte sie hievon überzeugt hätte (Prot. VI S. 124). Auf eine hypothetische Einwilligung der Klägerin auch in diesem Punkt zu schliessen, ist der Vorinstanz daher auch angesichts der grundsätzlich strengen Anforderungen nicht als unrichtige Rechtsanwendung vorzuwerfen.

5.5. Die Klägerin macht im Zusammenhang mit dem Eingriff vom 9. Oktober 2000 im Weiteren geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht aufgrund des falsch

festgestellten Sachverhaltes davon aus, dass die Klägerin "als Folge des unrechtmässigen Eingriffs vom 9. Oktober 2000 keinen Gesundheitsschaden erlitt" bzw. es nicht erstellt sei, "dass der Eingriff (...) überhaupt negative Folgen für die Klägerin hatte" (act. 264 S. 29). Wie schon im ersten Berufungsverfahren sieht die Klägerin den durch den Eingriff vom 9. Oktober 2000 erfolgten Gesundheitsschaden in der Perpetuierung und anschliessenden Steigerung der kurz unterbrochenen Schmerzsymptomatik (act. 264 S. 29/30). Dem hält der Beklagte entgegen, die Klägerin behaupte keine Verschlechterung nach der Mobilisation und könne daraus, dass eine Verbesserung nur für kurze Zeit eingetreten sei, nichts für sich ableiten (act. 274 S. 39 zu Ziff. 9.3).

Im Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 18. Januar 2010 wurde auf eben diese Vorbringen der Klägerin in der ersten Berufungsbegründung Bezug genommen (act. 71 S. 24 mit Verweis auf act. 52 S. 20 Ziff. 46). Dort wies die Klägerin darauf hin, dass nach der Operation vom 9. Oktober 2000 sich die Schmerzsymptomatik nicht besserte. Der Schaden sei in der Perpetuierung oder "allenfalls sogar Steigerung" der Schmerzsymptomatik zu erblicken. Zudem müsse mit Hinweis auf die gutachterliche Meinung von Dr. H. \_\_\_\_\_ klargestellt werden, dass auch dieser operative Eingriff, über welchen die Klägerin nicht ordnungsgemäss aufgeklärt worden war, ganz beträchtliche Risiken beinhalte, welche sich bei der Klägerin verwirklichten und zur Intensivierung ihrer Schmerzsymptomatik beitrugen (act. 53 S. 20 Ziff. 46). Die Klägerin verweist dabei auf die Stelle in der Klagebegründung (act. 1 S. 16 Ziff. 52), wo indes einzig die fehlende Aufklärung über die Alternative und die mit der Mobilisation einhergehenden Risiken bemängelt werden, und das dezidierte Verhalten des Beklagten, das als alleinige Möglichkeit die Schultermobilisation nahegelegt habe (a.a.O.). Worin konkret die Verschlechterung des Gesundheitszustandes als Folge des Eingriffs vom 9. Oktober 2000 bestanden haben soll, lässt sich aus all den von der Klägerin erwähnten Behauptungen in den vorinstanzlichen Verfahren wie auch in den Berufungsverfahren nicht herleiten, weshalb ebenfalls insoweit die Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden sind.

### Eingriff vom 25. Juni 2001

6.1. Nachdem ein MRI vom 21. Juni 2001 narbige Veränderungen am Supraspinatus gezeigt hatte, nahm der Beklagte am 25. Juni 2001 eine Arthroskopie vor. Die Klägerin hatte dem Beklagten auch in diesem Zusammenhang fehlende Aufklärung vorgeworfen, während der Beklagte geltend gemacht hatte, es habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden und im Übrigen habe die Klägerin zuvor eine Operation mit Dr. J. \_\_\_\_\_ besprochen und in Erwägung gezogen, weshalb kein Aufklärungsbedarf bestanden habe. Die Vorinstanz kam gestützt auf die gutachterlichen Feststellungen zum Schluss, dass es zur durchgeführten Arthroskopie keine Alternative gegeben habe, nachdem eine Re-Ruptur nach Durchführung des MRI verneint worden war. Es habe kein Aufklärungsbedarf über eine alternative offene Operation bestanden und es liege insoweit keine Verletzung der Aufklärungspflicht vor. Überdies habe der Eingriff für die Klägerin keine negativen Folgen gehabt (act. 266 S. 28 - 30).

6.2. Die Klägerin erachtet auch insoweit die vorinstanzliche Würdigung des Beweisverfahrens als gänzlich unzutreffend. Aus den aktenkundigen Umständen sei zu schliessen, dass weder eine korrekte und umfassende Risikoaufklärung noch eine Aufklärung über alternative Therapiemöglichkeiten und über die operative Wiederherstellung einer rupturierten Manschette erfolgte, ebenso wenig eine Aufklärung über eine im Rahmen der Arthroskopie geplante Ausräumung von Vernarbungen und über das Abschleifen eines Stücks Knochen. Zu Unrecht gehe die Vorinstanz sodann von einem fehlenden Aufklärungsbedarf aus. Diesbezüglich hätten sowohl das Gutachten wie auch die Vorinstanz übersehen, dass das am 21. Juni 2001 durchgeführte MRI nicht zuverlässig gewesen sei und die diagnostische Arthroskopie gerade zur Verifizierung des MRI-Resultates durchgeführt wurde. Hätte der Beklagte eine Re-Ruptur festgestellt, hätte ein Re-Operation (und zwar nicht die offene, sondern die arthroskopische und minimal-invasive) Sinn gemacht und durchgeführt werden können, worüber der Beklagte die Klägerin hätte informieren müssen (act. 264 S. 30 - 32). Haltlos sei sodann die Feststellung der Vorinstanz, dass der Eingriff für die Klägerin keine negativen Folgen gehabt haben soll. Der Gesundheitsschaden der Klägerin infolge dieses Eingriffs

liege in der Perpetuierung oder allenfalls Steigerung der Schmerzsymptomatik und schliesslich hätte die Klägerin in den vom Beklagten nicht ordnungsgemäss aufgeklärten Eingriff nicht eingewilligt (act. 264 S. 30 - 33).

6.3. Der Beklagte verweist mit Bezug auf den Eingriff vom 25. Juni 2001 insbesondere auf die Krankengeschichte und die dort erwähnte Besprechung zwischen dem Beklagten und der Klägerin und deren Ehemann (act. 3/2 Blatt 11 und 12). Alsdann rügt er die klägerische Interpretation seiner im Beweisverfahren deponierten Aussagen und macht geltend, dass die im Zusammenhang mit diesem Eingriff gemachten Vorwürfe alle auf der falschen Behauptung basierten, es sei nur eine Arthroskopie zu diagnostischen Zwecken besprochen worden. Der Beklagte habe das vorgenommen, was besprochen worden sei, und die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass kein Schaden resultiert habe (act. 274 S. 36 - 43).

6.4. Auch bezüglich des behaupteten Gesundheitsschadens als Folge des Eingriffs des Beklagten vom 25. Juni 2001 verweist die Klägerin im Berufungsverfahren auf den Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 18. Januar 2010 (act. 73). Dort wird festgehalten, die Klägerin habe in der Klagebegründung behauptet, dass auch durch den dritten Eingriff vom 25. Juni 2001 keine Besserung der anhaltenden Schmerzen eingetreten sei. In der Replik habe die Klägerin an ihrer Sachdarstellung festgehalten (act. 71 S. 22/23 mit Verweis auf zahlreiche Stellen in act. 1 und 23). In der ersten Berufungsbegründung erklärte sie, zum dritten Eingriff sei richtig zu stellen, dass sich ihr Gesundheitszustand infolge der Operation vom 25. Juni 2001 infolge der anhaltenden Schmerzen keinesfalls gebessert habe. Ob allenfalls eine Intensivierung der Schmerzen vorgelegen habe, habe wohl in ihrem im subjektiven Empfinden gelegen (act. 73 S. 24 mit Verweis auf act. 52 S. 21 f. Ziff. 51). In der Berufungsreplik des ersten Berufungsverfahrens hält die Klägerin an der Geltendmachung des Ersatzes allen Schadens, namentlich einer Genugtuung aus dem totalen oder partiellen Misserfolg der Operation vom 25. Juni 2001 fest. Auch dieser operative Eingriff habe klar und nachgewiesenermassen eine Perpetuierung und Intensivierung des Schmerzzustandes bewirkt (act. 63 S. 16 Ziff. 50).

In den Vorbringen der Klägerin, auf welche der Rückweisungsbeschluss der Kammer verweist, befassen sich wenige mit dem Eingriff vom 25. Juni 2001 (act. 1 S. 6 Ziff. 15, act. 23 S. 10 Ziff. 32 und 36). Aus ihnen ergibt sich die klare Behauptung, dass mit dem Eingriff *keine Besserung* eingetreten sein soll. Die konkrete Behauptung einer Verschlechterung lässt sich daraus nicht ableiten, was auch für die klägerischen Vorbringen im ersten Berufungsverfahren gelten muss. Im ersten Berufungsverfahren sprach die Klägerin in der Berufungsbegründung ebenfalls davon, dass sich der Gesundheitszustand keinesfalls verbesserte und liess offen, ob allenfalls sogar eine Intensivierung der Schmerzen vorlag (act. 52 S. 21 Ziff. 51). Erst in der Berufungsreplik wurde dies ohne Präzisierung behauptet, ohne allerdings darzutun, inwiefern die Voraussetzungen von § 115 aZPO/ZH erfüllt gewesen wären. Die Behauptung war damit nicht nur wenig konkret, sondern auch verspätet. Wenn die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid davon ausging, der Eingriff vom 25. Juni 2001 habe für die Klägerin keine negativen Folgen gehabt, ist das nicht zu beanstanden. Es fehlt damit an einer Grundlage für die Haftpflicht des Beklagten aus dem Eingriff vom 25. Juni 2001.

Ergänzend ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht dazu geäußert hat, ob die Klägerin im Zusammenhang mit dem Eingriff vom 25. Juni 2001 vom Beklagten (korrekt) aufgeklärt wurde oder nicht. Entfällt – wie gesehen – eine Haftung des Beklagten aufgrund des Eingriffes vom 25. Juni 2001 ist auf die von den Parteien in diesem Zusammenhang ergangenen Vorbringen und Vorwürfe sowie auf die gegensätzlichen Interpretationen der im Beweisverfahren ergangenen Aussagen nicht näher einzugehen. Ebenso wenig braucht die Frage beantwortet zu werden, ob es einer Aufklärung bezüglich dieses Eingriffes überhaupt bedurft hätte und ob auch hier von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin ausgegangen werden könnte oder nicht.

7. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auch die Kosten- und Entschädigungsregelung der Vorinstanz zu bestätigen und es sind die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens der Klägerin aufzuerlegen. Ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 290'000.-- ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf CHF 16'300.-- festzusetzen. Alsdann ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für das zweite Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von CHF 19'000.-- zu bezahlen. Ein Ersatz für die Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt und entfällt (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. November 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 16'300.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 19'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 277, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 290'000.--.

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. S. Bohli Roth

versandt am: