

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 15. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Haftpflichtprozess mit Personenschäden**

Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. März 2014; Proz. CG110167

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Genugtuungsbetrag in der Höhe von Fr. 80'000.00 zuzügl. Zins zu 5 % pro Jahr ab dem 3. Dezember 2001 bis zum Urteilszeitpunkt zu bezahlen.
2. Die Erhebung weiterer, über die vorliegende Genugtuungsklage hinausgehender Ansprüche wird ausdrücklich vorbehalten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) einschliesslich der Weisungskosten zulasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 19. März 2014:

(act. 82 S. 39 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'600.-- festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
 3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und soweit möglich mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.
 4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 13'095.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilungssatz und Rechtsmittelbelehrung

Berufungsanträge des Klägers:

(act. 80 S. 2):

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Genugtuungsbetrag in der Höhe von Fr. 80'000.00 zuzügl. Zins zu 5 % pro Jahr ab dem 3. Dezember 2001 bis zum Urteilszeitpunkt zu bezahlen.

3. Die Erhebung weiterer, über die vorliegende Genugtuungsklage hinausgehender Ansprüche wird ausdrücklich vorbehalten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) einschliesslich der Weisungskosten zu Lasten des Beklagten.

Berufungsanträge des Beklagten:

(act. 88 S. 3)

1. Die Berufung vom 7. Mai 2014 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Mit Klagebewilligung vom 10. November 2011 (act. 1) und Klagebegründung vom 23. Dezember 2011 (act. 2) stellte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich das eingangs genannte Rechtsbegehren. Der Beklagte beantwortete die Klage am 24. April 2012 (act. 21), der Kläger erstattete am 6. Dezember 2012 (act. 36) die Replik und der Beklagte am 7. Mai 2013 (act. 46) die Duplik. Nachdem beide Parteien wegen Terminschwierigkeiten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet haben (act. 60), nahm der Kläger am 13. Februar 2014 (act. 66) schriftlich Stellung zur Duplik. Am 27. Februar 2014 (act. 71) liess sich der Beklagte dazu vernehmen. Mit Urteil vom 19. März 2014 (act. 74 = 82) wies die Vorinstanz die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ab.

2. Das Urteil vom 19. März 2014 wurde dem Kläger am 31. März 2014 zugestellt (act. 75). Mit Eingabe vom 7. Mai 2014 (act. 80) erhob er - unter Berücksichtigung des Stillstands der Fristen vom siebten Tag vor Ostern (Ostersonntag am 20. April 2014) bis und mit dem siebten Tag nach Ostern (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) - rechtzeitig Berufung mit den oben erwähnten Anträgen. Der Beklagte beantwortete die Berufung am 9. Juli 2014 (act. 88). Am 13. November 2014 reichte

der Kläger auf Aufforderung durch das Gericht eine Klagebeilage erneut ein, da das Aktenexemplar unvollständig war (act. 92-94). Sämtliche Eingaben wurden zur Wahrung des rechtlichen Gehörs jeweils der Gegenpartei zugestellt.

II.

1. Der Beklagte ist Facharzt FMH für Gastroenterologie. Aufgrund einer Überweisung durch dessen Hausarzt führte er am 3. Dezember 2001 beim Kläger eine Magenspiegelung durch. Nach dem Eingriff kam es zu Komplikationen, und der Kläger begab sich am selben Abend wegen einer akuten Bauchspeicheldrüsenerkrankung in Spitalpflege.

In einem IV-Gutachten des Medizinischen Zentrums Römerhof (MZR) vom 23. Februar 2004 wurde festgestellt, dass der Kläger aufgrund des seit Dezember 2001 aufgetretenen gesundheitlichen Schadens voll arbeitsunfähig geworden sei. Diese vollständige Arbeitsunfähigkeit sei als Folge der chronischen Abdominalschmerzen bei grosser Pankreaspseudozyste mit sekundärer exokriner Pankreasinsuffizienz anzusehen (act. 5/22 S. 22). Dem Kläger wurde deswegen rückwirkend eine ganze Rente der IV zugesprochen, die im Mai 2008 durch eine AHV-Rente abgelöst wurde (act. 2 S. 11 Rz. 17 m.H. auf act. 5/23).

Der Kläger führt die akute Bauchspeicheldrüsenerkrankung auf eine Biopsie der Papilla duodeni maior (warzenartige Erhebung an der Einmündung von Gallenblasengang und Bauchspeicheldrüsengang in den Zwölffingerdarm, auch Papilla Vateri nach Abraham Vater) zurück, welche der Beklagte im Rahmen der Magenspiegelung entnahm, was eine bekannte Komplikation sei. Der Beklagte bezeichnet das zwar als möglich, weist aber auf mögliche Alternativursachen hin und bestreitet den Kausalzusammenhang, für den nur der zeitliche Zusammenhang spreche (act. 21 S. 23 Ziff. 79).

2. Der Kläger macht den Beklagten für diese gesundheitlichen Folgen verantwortlich. Als primären Haftungsgrund nennt er die Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts: Er habe dem Beklagten ein Verbot erteilt, Biopsien zu entnehmen, das der Beklagte missachtet habe. Ausserdem hätte ihn der Beklagte unab-

hängig davon vor der Entnahme einer Biopsie der Papille über die damit verbundenen Risiken aufklären und seine Einwilligung einholen müssen, was nicht geschehen sei. Zudem macht er Fehler bei der Nachbehandlung geltend: Der Beklagte habe ihn nach dem Eingriff nicht über das richtige Essverhalten aufgeklärt und weder ihn noch das Spital sofort und vollständig über den Eingriff orientiert, was die korrekte Diagnose und gezielte Behandlung verzögert habe.

3. Die Vorinstanz hielt fest, es sei unbestritten, dass der Beklagte beim Kläger eine Magenspiegelung durchführen sollte und der Kläger eine solche Untersuchung grundsätzlich auch wollte. Andernfalls hätte er sich nicht zum Untersuchungstermin begeben, der ja diesen Zweck hatte (act. 82 S. 29 E. 3.6). Diese Feststellung blieb unangefochten. Strittig ist hingegen, ob dieser Auftrag auch die Entnahme von Biopsien umfasste, wobei der Kläger zwischen Biopsien der Magenschleimhaut und einer Biopsie der Papille unterscheidet, welche er mit Blick auf das damit verbundene Risiko, das sich bei ihm verwirklichte, als weit gefährlicher einstuft (act. 2 S. 13 Ziff. 20).

Aus den folgenden Ausführungen von Prof. Dr. C. _____ vom 4. Januar 2005 leitet die Vorinstanz ab, dass Biopsien Bestandteil einer Magenspiegelung seien (act. 82 S. 22 E. 1.5 m.H. auf act. 5/7 = act. 94 S. 6 A. 4):

"Eine gastroscopische Abklärung (Magenspiegelung) beinhaltet die Besichtigung der Speiseröhre, des gesamten Magens sowie des Zwölffingerdarmes soweit das Endoskop reicht, in der Regel bis Pars II bis III des Duodenums. Im Pars II liegt die Papilla Vateri. Es ist selbstverständlich und würde sicher von jedem Gutachter als fahrlässige Unterlassung beurteilt werden, wenn verdächtige Befunde nicht biopsiert würden. Im Speziellen ist durch den Hinweis auf "chronisch Helicobacter positiv" indirekt ein Auftrag zur Biopsie der Duodenalschleimhaut gegeben worden, da damit bestimmt werden kann, ob noch Helicobacter in der Schleimhaut nachweisbar ist oder ob die durch den Patienten abgebrochene Therapie schon den gewünschten Effekt der Erradikation von Helicobacter erzielt hat.

Ein direkter Auftrag zur Biopsie fehlt aber im Auftrag."

Prof. Dr. C. _____ war damals Chefarzt Chirurgie im Spital D. _____ (act. 23/2). Der Kläger reichte dieses Gutachten ein, das laut seiner Darstellung im Auftrag seines vormaligen Vertreters erstellt wurde (act. 2 S. 9 Ziff. 13), wobei auch die Versicherung des Beklagten an der Formulierung der Fragen beteiligt war (act. 94

S. 1 oben lit. E). Dieses hat demnach zwar nicht den Stellenwert eines gerichtlichen Gutachtens. Das steht seiner Berücksichtigung im Rahmen der freien Beweiswürdigung jedoch nicht entgegen.

Indem der Kläger den letzten Satz, dass ein Auftrag zur Biopsie gefehlt habe, herausgreift (act. 36 S. 17 Ziff. 34), wird er dem Sinn dieser Passage nicht gerecht. Prof. Dr. C._____ begründet den Auftrag zur Biopsie der Darmschleimhaut mit der Behandlung der Helicobacter-Infektion, was auch nach der Darstellung des Klägers der Zweck der Untersuchung war (act. 36 S. 17 Ziff. 34). Beide gehen demnach von den gleichen Voraussetzungen aus. Liest man die oben zitierte Passage ganz, bleibt kein Zweifel daran, dass die Entnahme von Biopsien für Prof. Dr. C._____ zu einer Magenspiegelung gehört.

Wie er mit der Berufung zurecht rügt, bestritt der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren, dass eine Biopsie zur gastroenterologischen Standortbestimmung gehöre (act. 80 S. 9 Ziff. 11.1 m.H. auf act. 36 S. 15 Ziff. 31). Angesichts der klaren Stellungnahme von Prof. Dr. C._____, gegen welche der Kläger nichts vorbrachte, durfte die Vorinstanz jedoch den entsprechenden Nachweis für erbracht halten und musste keine weiteren Beweise abnehmen.

Auf die Frage, ob eine Papillenbiopsie aus medizinischer Sicht einen Sonderfall darstellt und deshalb rechtlich anders zu behandeln ist, wird zurückzukommen sein (unten 5). Zunächst wird auf die Behauptung des Klägers eingegangen, er habe dem Beklagten die Entnahme von Biopsien ausdrücklich untersagt.

4. Der Kläger behauptet, er habe dem Beklagten ein ausdrückliches Verbot erteilt, Biopsien zu entnehmen. Aufgrund der dazu eingereichten Urkunden und einer antizipierten Würdigung der übrigen klägerischen Beweisofferten - Parteibefragung und zwei Zeuginnen aus dem nahen Umfeld - kam die Vorinstanz zum Schluss, dem Kläger sei dieser Nachweis nicht gelungen (act. 82 S. 23 ff.).

a) Einziges direktes Beweismittel zum Verlauf des Gesprächs zwischen den Parteien am 3. Dezember 2001 sind die Aussagen der Parteien. Beide Parteien

haben dazu ihre persönliche Befragung angeboten (act. 2 S. 6 Rz. 7; act. 21 S. 14 Rz. 46).

Gestützt auf die Botschaft und eine Lehrmeinung, welche diesem in der Schweizerischen Zivilprozessordnung gegenüber dem früheren kantonalen Recht aufgewerteten Beweismittel zurückhaltend gegenübersteht, hielt die Vorinstanz fest, auf eine Parteibefragung könne nur dann abgestellt werden, wenn die Beweissituation - Glaubwürdigkeit der Beteiligten, weitere Beweismittel, namentlich Urkunden - dies nahe lege. Auch mit einer Beweisaussage könnten nur letzte Zweifel des Gerichts ausgeschlossen werden (act. 82 S. 25 E. 2.3.3 m.H. auf Botschaft ZPO S. 7326 und Müller, DIKE-Komm-ZPO Art. 191 N 32 ff. und Art. 192 N 5 ff.).

Die Vorinstanz hielt dafür, diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt, denn die übrigen Umstände sprächen gegen die klägerische Darstellung. So würden behauptete Schwierigkeiten nach einer früheren Magenspiegelung mit Biopsien, welche als Grund für das Biopsieverbot angeführt werden, in den Akten nirgendwo erwähnt. Der Kläger belasse es bei der Beweisführung durch parteinahe Beweismittel und verzichte auf die Anrufung weiterer Zeugen. Ausserdem erscheine naheliegend, dass der Beklagte bei einem ausdrücklichen Biopsieverbot den Auftrag abgelehnt hätte. Es sei daher nicht angezeigt, allein auf die persönliche Befragung / Beweisaussage des Klägers abzustellen, und es sei deshalb auf deren Abnahme zu verzichten (act. 82 S. 25 ff. E. 2.3.3 und E. 2.4.3).

Neben der Funktion eines sogenannten Beweiszuschusses um einen noch nicht voll erbrachten Beweis zu ergänzen oder einen noch nicht voll gescheiterten Beweis zu widerlegen (Weibel / Naegeli, ZK, Art. 191 ZPO N 4), auf welchen sich die Vorinstanz gestützt auf die Botschaft ausschliesslich bezieht, führt die Lehre als weiteren Grund für die Zulassung der Parteibefragung und der Beweisaussage als vollwertiges Beweismittel Konstellationen an, in denen keine anderen Beweismittel vorhanden sind, weil innere Tatsachen zu beweisen sind oder der Entscheidung davon abhängt, was die Parteien in sogenannten Vier-Augen-Gesprächen miteinander besprochen haben (Bühler, BK, Art. 191 und Art. 192 ZPO N 16a; Hafner, BSK, Art. 191 ZPO N 7; Weibel / Naegeli, Art. 191-192 ZPO N 4). Jene Tatbestandsvariante liegt hier vor.

Ein Verzicht auf die Abnahme der Parteibefragung ist zum einen dann zulässig, wenn sich das Gericht bereits ohne dieses Beweismittel eine Überzeugung gebildet hat (KUKO ZPO-Schmid, Art. 191-193 N 14). Das war hier nicht der Fall, sondern die Vorinstanz ging von Beweislosigkeit aus und entschied zulasten des Klägers, weil sie annahm, die Parteibefragung würde daran ohnehin nichts ändern. Zum andern ist ein Verzicht auf Abnahme der Parteibefragung dann zulässig, wenn direkte oder indirekte Wahrnehmungen der Parteien für die rechtliche Würdigung des streitigen Sachverhalts entweder unerheblich oder untauglich sind (Bühler, BK-ZPO, Art. 191 ZPO N 67). Auch dieser Sachverhalt liegt nicht vor, wenn der Inhalt eines Gesprächs zwischen den Parteien Beweisgegenstand ist.

Nur wegen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit, die mit ihrer Rolle im Verfahren zusammenhängen, aber ohne konkrete Verdachtsgründe von der Befragung einer Partei abzusehen, geht nicht an. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit setzt grundsätzlich eine Anhörung voraus (vgl. dazu KUKO ZPO-Schmid, Art. 152 ZPO N 7). Vorliegend hatte eine solche Anhörung auch im Rahmen des Hauptverfahrens nicht stattgefunden, weil das Gericht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet und so die Gelegenheit verpasst hatte, sich im Rahmen einer informativen Befragung der Parteien einen unmittelbaren (ersten) Eindruck zu verschaffen (vgl. dazu Bühler, BK-ZPO, Art. 191 und 192 N 22; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 35 ff.).

Dass die Parteibefragung oft nur zusammen mit anderen Beweismitteln den Beweis zu erbringen vermag, ist eine Erfahrungstatsache, die allerdings auch für andere Beweismittel gilt. Indem die Vorinstanz - beeinflusst durch die unvollständige Darstellung der Botschaft (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7236) - daraus eine Beweisregel macht und deswegen von vornherein auf die Abnahme dieses Beweismittels verzichtet, verstösst sie gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) und verletzt sein Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO), wie der Kläger zu Recht rügt (act. 80 S. 12 f. Ziff. 12.4).

Hinzu kommt noch etwas: Die Vorinstanz übersieht, dass als weiteres Beweismittel die Parteibefragung des Beklagten angeboten war. Zwar hatte nicht der Klä-

ger, sondern der Beklagte einen entsprechenden Antrag gestellt (act. 21 S. 14 Rz. 46). Beweismittel werden jedoch mit ihrer Abnahme gemeinschaftlich. Das bedeutet, von einer Partei angerufene Beweismittel können auch zugunsten der Gegenseite in die Würdigung einfließen. Aus dem Umstand, dass das Gericht die Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage verpflichten kann (Art. 192 Abs. 1 ZPO), leitet ein Teil der Lehre zudem ab, dass auch die Parteibefragung als Vorbereitung der Beweisaussage von Amtes wegen angeordnet werden könne (Bühler, BK-ZPO, Art. 191 und Art. 192 N 59; BSK ZPO-Hafner, Art. 191 ZPO N 3 und 8; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 42). Da ein entsprechender Antrag vorlag, kann offen bleiben, wie es sich damit verhält.

Wenn die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung vornahm, durfte sie diese Beweismittel daher nicht isoliert betrachten (vgl. act. 80 S. 14 E. 12.6.1, wo der Kläger der Vorinstanz eine Eliminationswürdigung vorwirft und stattdessen eine Gesamtbetrachtung fordert). Gerade wo die Parteieinvernahme bei sonst dürftiger Beweislage unverzichtbar ist, kann die Aussage bloss einer Partei ohne Anhörung auch der anderen schwer zu bewerten sein (Weibel / Naegeli, ZK, Art. 191-192 ZPO N 8). Selbst wenn beide Parteien an ihrem gegensätzlichen Standpunkt festhalten, kann die Art und Weise, wie sie das tun, doch dazu beitragen, dass sich das Gericht aufgrund dieses Beweismittels eine Überzeugung zugunsten der einen oder anderen Seite bilden kann, so dass keine Beweislosigkeit eintritt.

Die Vorinstanz durfte demnach nicht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme der persönlichen Befragung der Parteien, insbesondere des Klägers, verzichten und gestützt auf die Beweislast entscheiden. Die Berufung ist in diesem Punkt begründet.

b) Der Kläger behauptete, er habe sich am Mittwoch vor dem Termin beim Beklagten beim regelmässigen wöchentlichen Treffen mit Frau E._____ besprochen, die er dazu als Zeugin anrief. Diese habe ihn bestärkt, nicht in eine weitere Biopsie einzuwilligen, andernfalls er die Arztpraxis unverzüglich verlassen würde (act. 2 S. 5 Rz. 6). Für die Erteilung des Biopsieverbots im Gespräch mit dem Beklagten bot er seine Lebenspartnerin F._____ als Zeugin an (act. 2 S. 6 Rz. 7). In welcher Beziehung Frau E._____ zum Kläger steht, ist nicht bekannt. Aus den Ad-

ressangaben in der Klageschrift geht hervor, dass die beiden Zeuginnen nicht miteinander identisch sind. Ausführungen in der Berufungsschrift, die in eine andere Richtung deuten, stellen demnach ein Versehen des klägerischen Vertreters dar, dem auch der beklagte Vertreter unterliegt (act. 88 S. 14 Ziff. 46).

Die Vorinstanz hält fest, die angerufenen Zeuginnen seien bei den Arztkonsultationen mit dem Hausarzt des Klägers und mit dem Beklagten nicht dabei gewesen. Demnach könnten sie nur ein unzulässiges Zeugnis vom Hörensagen abgeben. Einzig eine entsprechende nachträgliche Information des Klägers hätte seine Lebenspartnerin F. _____ direkt wahrnehmen können. Eine solche habe der Kläger in ihrem Fall aber nicht behauptet (act. 82 S. 26 E. 2.4.2 m.H. auf act. 2 S. 6 N 7 und ZPO KUKO-Schmid, Art. 169 N 4). Seine Angaben zum Gespräch mit Frau E. _____ vor der Untersuchung vom 3. Dezember 2001 seien vage und unsubstanziert (act. 82 S. 24 E. 2.3.2).

Die Vorinstanz stützt sich mit der Ablehnung des Zeugnis vom Hörensagen auf den Grundsatz, dass Zeugen nur über unmittelbare Wahrnehmungen Zeugnis ablegen können (Art. 169 ZPO). Der Kläger weist allerdings zurecht darauf hin, dass auch Hörensagen ein Gegenstand der direkten Wahrnehmung sein kann (act. 80 S. 13 Ziff. 12.5). Die grundsätzliche Ablehnung eines Zeugnisses vom Hörensagen als objektiv untauglich, was die Vorinstanz postuliert (act. 82 S. 24 E. 2.3.2), verstösst gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Das anerkennt auch die Vorinstanz, indem sie einräumt, dass die Lebenspartnerin des Klägers eine nachträgliche Information des Klägers direkt wahrgenommen haben könnte (act. 82 S. 26 E. 2.4.2).

Die Vorinstanz überspannt die Anforderungen an die Substanziierung, wenn sie verlangt, dass der Kläger ausdrücklich behaupten müsste, er habe seine Lebenspartnerin nachträglich über den Verlauf des Behandlungsgesprächs informiert. Vor dem Hintergrund, dass die Zeugin ohnehin über nichts anderes berichten könnte, da sie beim Gespräch bekanntlich nicht anwesend war, kann eine solche Beweisofferte nach dem Vertrauensprinzip nicht anders ausgelegt werden, wie der Kläger zutreffend anmerkt (act. 80 S. 15 Ziff. 12.6.4). Das Gleiche gilt für die Vorbringen des Klägers zu seinem Gespräch mit Frau E. _____ einige Tage vor

der Untersuchung. Es ist nicht ersichtlich, was der Kläger dazu mehr behaupten sollte, wie er zu Recht rügt (act. 80 S. 13 Ziff. 12.5).

Zur hauptsächlich interessierenden Frage, ob der Kläger dem Beklagten ein ausdrückliches Biopsieverbot erteilte, können die beiden Zeuginnen lediglich Indizien beisteuern. Allein mit diesen Zeugenaussagen wird sich dieser Beweis nicht führen lassen. Das rechtfertigt nicht, auf ihre Abnahme zu verzichten. Wie oben erwähnt, sind bei einer antizipierten Würdigung stets sämtliche angebotenen Beweismittel in die Betrachtung einzubeziehen. Zusammen mit der Parteibefragung können die Aussagen dieser beiden Zeuginnen sehr wohl zur Überzeugungsbildung beitragen. Allenfalls verändert sich das aufgrund des Ergebnisses der Parteibefragung. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kommt ein Verzicht auf diese Zeuginnen jedoch nicht in Frage. Die Berufung ist auch in diesem Punkt begründet.

c) Der Verzicht auf die Abnahme der Parteibefragung und die Einvernahme der beiden erwähnten Zeuginnen hält den klägerischen Einwendungen nicht stand. Das Verfahren ist noch nicht spruchreif, das Beweisverfahren ist wieder aufzunehmen. Auf die prozessualen Folgen wird später eingegangen (vgl. unten 8).

5. Weiter macht der Kläger geltend, auch ohne ein ausdrückliches Verbot habe der Beklagte keinen Auftrag zu einer Papillenbiopsie gehabt. Der Beklagte habe ihn nicht über das mit einer Papillenbiopsie verbundene Risiko aufgeklärt und gefragt, ob er einer Papillenbiopsie zustimme (act. 36 S. 17 N 36). Damit beruft sich der Kläger auf eine Verletzung der Aufklärungspflicht, welche eine (allenfalls auch stillschweigend erteilte) Zustimmung unwirksam machen würde (act. 2 S. 13 f. Ziff. 21).

a) Aus dem Umstand, dass der Kläger im Dezember 1999 eine Magenspiegelung bei Dr. G._____ hatte machen lassen, wovon der Beklagte aufgrund des Überweisungsschreibens von Dr. H._____ vom 25. Oktober 2001 Kenntnis hatte (act. 5/6), leitet die Vorinstanz ab, dass der Beklagte davon ausgehen durfte, dem Kläger seien der Ablauf der Untersuchung und deren Risiko bekannt gewesen, so dass sich eine explizite nochmalige Aufklärung erübrigt habe (act. 82 S. 22 E. 1.5 und S. 29 E. 3.6).

Der Kläger nennt die nach der Magenspiegelung bei Dr. G._____ aufgetretenen Beschwerden, welche er auf die Biopsien zurückführt, als Grund dafür, weshalb er für die zweite Magenspiegelung den Arzt gewechselt und keine weiteren Biopsien gewollt habe (act. 36 S. 10 N 19; act. 80 S. 16 Ziff. 13.1). Hätte er eine Wiederholung der Untersuchung von Dr. G._____ gewünscht, hätte er ja gleich wieder zu Dr. G._____ gehen können, macht er geltend (act. 36 S. 12 N 24, S. 15 N 30).

Was der Grund für diesen Arztwechsel war, lag für einen Dritten jedoch nicht offen. Das war dem Kläger durchaus bewusst, wie der Umstand zeigt, dass er betont, er habe dem Beklagten ein ausdrückliches Biopsieverbot erteilt (act. 80 S. 16 Ziff. 13.1). Sollte das nicht der Fall gewesen sein (bzw. sich im Beweisverfahren nicht erhärten lassen), hat die Schlussfolgerung der Vorinstanz Bestand, wonach der Beklagte davon ausgehen durfte, dass sich eine Aufklärung über die mit einer Magenspiegelung üblicherweise verbundenen Risiken wegen des Vorwissens des Klägers erübrigte (BGE 133 III 121 E. 4.1.2; BGE 117 Ib 197 E. 3.b).

b) Der Kläger wendet ein, unabhängig davon, ob eine Magenspiegelung eine Biopsie umfasse, sei die Entnahme einer Papillenbiopsie aussergewöhnlich und unüblich (act. 36 S. 17 Ziff. 34 und S. 22 Ziff. 46). Daraus leitet er einen erhöhten Aufklärungsbedarf ab.

Der Beklagte schilderte in seinem Schreiben vom 6. Dezember 2001 an den Hausarzt des Klägers, wie es zur Entnahme der Papillenbiopsie kam (act. 23/8 S. 2):

"Distal fällt mit der prograden Optik eine atypisch grosse prominente Papilla Vateri auf (Formvariante? Adenom?): angesichts der Gutachten- und Schmerzsituation sowie der diesbezüglich fehlenden Beschreibung 1999 (Neubildung?) einmalig biopsiert."

Die Biopsie verdächtiger Befunde gehört laut Prof. Dr. C._____ grundsätzlich zu einer Magenspiegelung (vgl. oben 3; act. 94 S. 6 A. 4). Es liegt in der Natur der Sache, dass solche Befunde überraschend auftreten und somit keine vorgängige gezielte Aufklärung stattfinden kann, die sich spezifisch auf die mit einer solchen Biopsie verbundenen Risiken bezieht.

c) Eine Bauchspeicheldrüsenentzündung nach einer Biopsie im Bereich der Papilla Vateri sei eine bekannte und gefürchtete Komplikation, macht der Kläger unter Verweis auf Prof. Dr. C._____ geltend (act. 36 S. 24 Ziff. 49; act. 94 S. 10 oben A. 11). Der Beklagte hätte um das damit verbundene Risiko wissen und die Untersuchung abbrechen müssen, um ihn über Verdacht, Chancen und Risiko aufzuklären und sein Einverständnis einzuholen (act. 36 S. 17 N 36 und S. 19 N 40).

Der Kläger rügt, mit dem Verzicht auf die Abnahme der von ihm zur Indikation aller Biopsien und auch der Papillenbiopsie beantragten Expertise (vgl. act. 68a) habe sich die Vorinstanz medizinische Kenntnisse angemasst, welche sie nicht haben könne, diese Frage wäre mittels der beantragten Expertise zu klären gewesen. Die Folgerungen der Vorinstanz seien willkürlich; selbstverständlich bestehe (nicht nur, aber auch) diesbezüglich ein Aufklärungsbedarf (act. 80 S. 10 f. Ziff. 11.2 und S. 17 f. Ziff. 13.3).

d) Die Vorinstanz hält dem Kläger entgegen, er habe dieses Risiko an einer anderen Stelle selbst als sehr gering bezeichnet, weshalb keine zusätzliche spezifische Risikoaufklärung erforderlich gewesen sein könne (act. 82 S. 30 E. 3.8 m.H. auf act. 36 S. 18 Ziff. 38). Der Kläger wendet ein, dass er sich an dieser Stelle zu einer anderen Problematik geäußert habe, nämlich zur Auslösung einer akuten Pankreatitis wegen einer Prädisposition und ohne Verschulden des Arztes (act. 80 S. 18 Ziff. 13.4).

Wenn der Kläger in der Replik als Entgegnung auf die beklagte Behauptung, die Biopsie der Papille sei lege artis vorgenommen worden (act. 21 S. 17 Ziff. 58), geltend macht, das Risiko, dass sich bei einer Papillenbiopsie eine akute Pankreatitis ohne Verschulden des Arztes entwickle, sei statistisch gesehen sehr klein (act. 36 S. 18 Ziff. 38), und unmittelbar anschliessend schreibt, wegen des Risikos des Auslösens einer akuten Pankreatitis hätte der Beklagte die Papille bei vorbestehender Schwellung und Verengung des Papillenausgangs nicht biopsieren dürfen (act. 36 S. 18 Ziff. 39), liegt ein offensichtlicher Widerspruch vor, den die Vorinstanz in Ausübung der richterlichen Fragepflicht auflösen musste, anstatt den Kläger auf einer dieser Positionen zu behaften.

e) Anders als in Deutschland hat die Rechtsprechung in der Schweiz keine sogenannte Prozentaufklärung entwickelt. Allgemein lässt sich sagen, dass nicht nur über typische Risiken, die bei einer bestimmten Behandlung mit einer gewissen Regelmässigkeit auftreten, aufzuklären ist (so die Vorinstanz, act. 80 S. 30 E. 3.8), sondern auch über seltene Risiken, wenn ihr Eintritt das Leben des Patienten schwer belasten würde und sie trotz ihrer Seltenheit typisch, aber für den Laien überraschend sind (Kuhn / Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. A., Zürich 2007, S. 180 f.).

Aus den von der Vorinstanz an dieser Stelle unkommentiert wiedergegebenen Prozentsätzen lässt sich nur schon deshalb nichts ableiten, da der als Quelle angeführte Bundesgerichtsentscheid einen eindeutigen Fall betraf (vgl. Kuhn / Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. A., Zürich 2007, S. 180; Wiegand, *Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung*, recht 1993, 149-188, S. 154 f.): Das Bundesgericht hielt dort fest, über die vom Gesichtspunkt eines medizinischen Laien aus sehr ungünstigen Erfolgsaussichten einer Laminektomie bei einem Querschnittsyndrom (35 % Risiko einer Paraplegie, 70 % keine Verbesserungen) hätte der Kläger ausdrücklich und unter Angaben der ungefähren prozentualen Anteile aufgeklärt werden müssen (BGE 117 Ib 197 E. 4). Der Umkehrschluss, dass bei geringeren Risiken keine Aufklärung nötig sei, ist jedenfalls nicht berechtigt.

f) Die Angaben von Prof. Dr. C._____ lassen keine eindeutigen Schlüsse zu: so heisst es einmal, es sei allgemein bekannt, dass Manipulationen an der Papilla vateri bis in 25 % eine Bauchspeicheldrüsenentzündung auslösten, während laut einer anderen Untersuchung in 0,4 bis 0,6 % der untersuchten Patienten nach Einführen eines dünnen Schlauches durch die Papille und Spritzen von Kontrastmittel eine schwere Bauchspeicheldrüsenentzündung eintrete (act. 94 S. 10 A. 11). Das ist eine erhebliche Bandbreite. Auf dieser Grundlage lässt sich nicht entscheiden, ob eine spezifische Aufklärung geboten war. Das Verfahren ist demnach auch in diesem Punkt noch nicht spruchreif.

Es ist somit ein Gutachten dazu einzuholen, mit welcher Häufigkeit unter den gegebenen Umständen eine Bauchspeicheldrüsenentzündung nach einer Papillenbiopsie auftritt und ob sich dieses Risiko wesentlich von den Risiken nach anderen

Arten von Biopsie unterscheidet, um beurteilen zu können, ob es sich dabei um eine Komplikation handelt, über die der Kläger aufzuklären gewesen wäre und die nicht von der allgemeinen Aufklärung vor einer Magenspiegelung umfasst war, welche der Beklagte angesichts der ihm bekannten medizinischen Vorgeschichte (Untersuchung bei Dr. G._____ im Dezember 1999) voraussetzen durfte.

Sollte dem Kläger allerdings der Nachweis gelingen, dass er dem Beklagten ein Biopsieverbot erteilt hatte (vgl. dazu oben 4), würde sich die Einholung eines Gutachtens zu dieser Frage erübrigen, da der Kläger seinen Genugtuungsanspruch auf die Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts stützen könnte und unerheblich wäre, ob daneben auch andere Haftungsgründe erfüllt sind.

6. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe eine Sorgfaltspflichtverletzung wegen Behandlungsfehlern zu Unrecht ausgeschlossen.

a) Zur Indikation einer Papillenbiopsie hatte die Vorinstanz darauf verwiesen, dass der Beklagte geltend gemacht habe, wegen der auffälligen Papille habe sich die Frage nach der Klärung von Differentialdiagnosen (Entzündung / Adenom / Karzinom) gestellt. Die Biopsieentnahme sei notwendig gewesen, um einen Tumor auszuschliessen. Auch der Kläger habe an anderer Stelle angegeben, eine entzündliche Reaktion könne die Frage nach einem Karzinom aufwerfen. Von einem diesbezüglich nach dem fachlichen Wissensstand nicht mehr vertretbaren Vorgehen des Arztes könne somit keine Rede sein (act. 82 S. 34 E. 5.3.1 f.).

Auf die Frage, ob eine solche Biopsie "im Rahmen der durchgeführten Gastroduodenoskopie allgemein und im Besonderen in Anbetracht des auffälligen Befundes indiziert" gewesen sei, antwortete Prof. Dr. C._____, auf den die Vorinstanz in diesem Zusammenhang verweist, es sei obligatorisch, verdächtige Befunde zu biopsieren, um eine histologische Untersuchung anfertigen zu können. Als Indikationen erwähnte er namentlich Schwellungen und Geschwulste, da sich Karzinome oder Vorstufen derselben finden könnten. Er bejaht nicht nur die Notwendigkeit, sondern im Falle einer Krebsdiagnose auch die Vitalität, und da sich eine Krebsdiagnose erst durch eine histologische Untersuchung ausschliessen lasse,

sei das immer der Fall, wie er anfügt. Eine Alternative zu diesem Vorgehen gebe es nicht (act. 94 S. 7 A. 5).

Auch an dieser Stelle bringt der Kläger nichts gegen die Ausführungen des Gutachters vor. Dass er die Berechtigung des Karzinomverdachts in Frage stellt (act. 80 S. 24 Ziff. 15.3.2), geht an der Sache vorbei. Wie sich aus den Ausführungen von Prof. Dr. C._____ ergibt, handelte es sich dabei lediglich um eine Verdachtsdiagnose, die mit einer histologischen Untersuchung überprüft werden sollte. Daraus, ob sich dieser Verdacht letztlich bewahrheitete, lässt sich nichts über seine Berechtigung ableiten. Die Einholung einer Expertise erweist sich als unnötig.

b) Zum - von der Vorinstanz aufgrund der klägerischen Formulierung als Mutmassung bezeichneten (vgl. act. 82 S. 35 E. 5.4.2) - Einwand, die Biopsien seien am falschen Ort entnommen worden, ist anzumerken, dass sich dieser Einwand nicht auf die Papillenbiopsie, sondern auf die Magenbiopsien bezog (vgl. act. 36 S. 18 Ziff. 38), so dass der Kläger daraus mit Bezug auf Komplikationen, die er auf die Papillenbiopsie zurückführt, ohnehin nichts ableiten kann.

Was den Vorwurf anbelangt, es sei zu tief biopsiert worden, verwies die Vorinstanz zu Recht auf die anderslautenden Feststellungen von Prof. Dr. C._____ (act. 82 S. 35 E. 5.4 a.E.), welcher darauf hinwies, dass auch in der Tiefe Gewebe entnommen werden müsse, und die Frage, ob zu viel und zu tief biopsiert worden sei, verneinte (act. 94 S. 7 A. 5.c und S. 9 A. 8). Der Kläger setzt sich in der Berufung mit dieser Begründung nicht auseinander (act. 80 S. 24 f. Ziff. 15.4). Auch vor der Vorinstanz brachte er nichts vor, was gegen die Berücksichtigung dieser Fachmeinung sprechen würde. Die Vorinstanz durfte daher auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens verzichten, da kein Grund zur Annahme besteht, dass sich daraus etwas anderes ergeben würde. Auf die vorinstanzlichen Ausführungen zur Substanziierung und die entsprechenden Rügen des Klägers muss unter diesen Umständen nicht eingegangen werden.

c) Mit der Begründung, eine Verengung des Pankreasausgangs sei nicht nachgewiesen, hatte die Vorinstanz auf die Einholung einer Expertise zum Thema verzichtet, ob vor einer Papillenbiopsie zuerst diese Verengung hätte beseitigt

werden müssen. Die Vorinstanz verwies dazu auf den vom Kläger an jener Stelle zitierten Bericht des Beklagten vom 6. Dezember 2001 (act. 23/8), in dem von einer Verengung des Pankreasausgangs keine Rede sei (act. 80 S. 36 E. 5.5.2).

Der Kläger behauptete in der Replik, bei geschwollener Papille und stark verengtem Pankreasausgang hätte der Beklagte zur Klärung einer Differentialdiagnose keine Papillenbiopsie machen dürfen. Zum Beleg für diesen Befund verwies er auf den erwähnten Bericht des Beklagten und offerierte als Beweismittel ein Aufklärungsblatt des Universitätsspitals sowie ein Gutachten (act. 36 S. 17 Ziff. 35). Mit der Berufung verlangt er dazu erneut eine Expertise (act. 80 S. 25 Ziff. 15.5).

Es trifft zu, dass im zitierten Bericht des Beklagten lediglich von einer atypisch grossen Papilla vateri und nicht von einem verengten Pankreasausgang die Rede ist. Es ist jedoch nicht zu vermuten, dass der Kläger damit neu die Behauptung aufstellen wollte, unabhängig von der Vergrösserung der Papille bzw. zusätzlich dazu sei der Bauchspeicheldrüsenausgangs verengt gewesen, sondern vielmehr ist anzunehmen, dass er diese Beschreibungen synonym verwendete und davon ausging, dass die Vergrösserung der Papille gleichbedeutend mit einer Verengung des Bauchspeicheldrüsenausgangs war.

Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Verengung des Bauchspeicheldrüsenausgangs und Vergrösserung der Papille ist nicht haltbar. Ob die Vorinstanz zu Recht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens davon ausging, eine Verengung des Pankreasausgangs sei nicht nachgewiesen, kann somit offenbleiben. Das nützt dem Kläger jedoch nichts. Seine Forderung, der Beklagte hätte vor der Entnahme einer Biopsie der Papille zuerst die Vergrösserung der Papille (und eine allenfalls damit verbundene Verengung des Pankreasausgangs) beseitigen müssen, steht nämlich im Widerspruch zur Feststellung von Prof. Dr. C._____, dass die Biopsie der Papille die notwendige Voraussetzung für eine Diagnose und Behandlung der auffälligen Vergrösserung der Papille darstellte (act. 94 S. 7 A. 5).

Wie bereits mehrfach festgestellt, bringt der Kläger nichts vor, was dagegen spricht, auf die Ausführungen von Prof. Dr. C._____ abzustellen. Die Einholung

eines Gutachtens erübrigt sich daher. Dass der Beklagte eine Biopsie der vergrösserten Papille entnahm und nicht zuerst die Vergrösserung der Papille (und die damit verbundene Verengung des Ausgangs der Bauchspeicheldrüse) beseitigte, stellt keinen Behandlungsfehler dar. Es ist anzumerken, dass die Entnahme der Biopsie eine präzise Diagnose ermöglichen und damit die Voraussetzung für eine gezielte Therapie der Vergrösserung der Papille bzw. der damit verbundenen Verengung des Bauchspeicheldrüsenausgangs schaffen sollte.

7. Neben einer Verletzung der Aufklärungspflicht und des Selbstbestimmungsrechts des Klägers im Vorfeld des Eingriffs und der ärztlichen Sorgfaltspflichten während des Eingriffs wirft der Kläger dem Beklagten Verletzungen seiner Schutz- und Informationspflichten sowie seiner Dokumentations- und Herausgabepflichten nach dem Eingriff vor (act. 2 S. 14 ff. Ziff. 22 ff.).

a) Der Kläger macht geltend, es sei keine Nachbehandlungsaufklärung erfolgt und insbesondere habe ihn der Beklagte nicht über das erforderliche Essverhalten nach einer Papillenbiopsie orientiert. Er habe ihm sogar Kaffee und Gipfeli offeriert. Auf einen Anruf des Klägers am Abend habe der Beklagte zu spät reagiert, er habe seine Beschwerden verharmlost, seine Spitaleinweisung unterlassen und ihn auch nicht besucht. Ausserdem habe er das Universitätsspital zu spät und zunächst unvollständig über den vorgenommenen Eingriff informiert und insbesondere die Papillenbiopsie nicht erwähnt. Andernfalls hätte die Verdachtsdiagnose Bauchspeicheldrüsenentzündung bereits früher festgestanden (act. 36 S. 22 Ziff. 47 ff.).

b) Die Vorinstanz hält dem Kläger vor, er leite aus diesen Vorwürfen nichts bzw. kaum Konkretes ab. Er behaupte nicht, dass er wegen der angeblich fehlenden Instruktion zum Essverhalten nach der Papillenbiopsie von sich aus etwas zu sich genommen habe, das die Bauchspeicheldrüsenentzündung ausgelöst oder begünstigt hätte. Er leite auch keinerlei gesundheitlichen Folgen daraus ab, dass er erst später in den Besitz der Krankengeschichte gelangt sei und dass diese unvollständig, erst im Nachhinein verfasst bzw. gefälscht worden sei.

Zur verzögerten Diagnose und Behandlung gebe er nur an, die Abklärungen und die Behandlung des Klägers im USZ wären bei früherem Eintritt des Klägers ins USZ bzw. bei früherer Kenntnis des USZ über die Biopsien "ganz anders erfolgt". Was anders verlaufen wäre und inwiefern dies auf seine gesundheitliche Situation einen Einfluss gehabt hätte, lege er nicht konkret dar. Die Behauptung, eine frühzeitige Behandlung einer beginnenden Bauchspeicheldrüsenentzündung "begünstige deren Verlauf", gehe ebenfalls nicht über eine Pauschalbehauptung hinaus (act. 82 S. 31 f. E. 4.4).

c) Mit diesen Erwägungen nimmt die Vorinstanz Bezug auf die natürliche Kausalität, welche zwischen dem widerrechtlichen Verhalten und der Verletzung der Persönlichkeit gegeben sein muss, damit ein Genugtuungsanspruch entsteht. Dies verkennt der Kläger, wenn er geltend macht, er habe einen Genugtuungsbeitrag eingeklagt und sich als Grundlage auf eine Vertragsverletzung berufen, woraus sich die rechtliche Grundlage für einen Genugtuungsanspruch ergebe (act. 80 S. 20 Ziff. 14.2). Die Widerrechtlichkeit und die Kausalität sind zwei unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen, die unabhängig voneinander erfüllt sein müssen.

Dass Dokumentationsmängel beim Arzt zu Beweiserleichterungen für den Patienten führen (vgl. act. 80 S. 19 Ziff. 14.1 m.w.H.), trifft grundsätzlich zu. Die Dokumentationspflicht ist jedoch kein Selbstzweck. Der Nachweis einer allfälligen Verletzung der Dokumentationspflicht nützt dem Kläger daher nichts, solange er daraus für die Begründung seines Genugtuungsanspruchs nichts ableitet.

Wie der Kläger selbst einräumt, ist es die Aufgabe der Parteien, den Sachverhalt darzustellen (act. 80 S. 20 Ziff. 14.2). Der Kläger durfte sich nicht mit der Behauptung einer Vertragsverletzung (Dokumentationspflicht) begnügen, sondern musste darlegen, wie die geltend gemachte Verletzung der Dokumentationspflicht ursächlich zur genugtuungsbegründenden Persönlichkeitsverletzung beigetragen habe.

d) In der vorprozessualen Korrespondenz hatte der Beklagte hervorgehoben, dass er dem Kläger nach der Magenspiegelung Kaffee und Gipfeli offeriert hatte (act. 23/9 S. 2). Angesichts des bekannten Risikos einer Bauchspeicheldrüsen-

entzündung nach einer Biopsie im Bereich der Papilla vateri sei das unzulässig, wirft ihm der Kläger vor. Ferner hätte der Beklagte am Abend, als der Kläger über Beschwerden klagte, nicht die Einnahme von Flüssigkeit verordnen dürfen (act. 2 S. 14 Ziff. 22). Der Beklagte habe ihn überhaupt nicht über das nach einer Papillenbiopsie gebotene Essensverhalten orientiert (act. 36 S. 14 Ziff. 28).

Die Verabreichung von Kaffee und Gipfeli und das weitere Essverhalten werden in der selben Ziffer der Replik behandelt, zu welcher der Kläger als Beweis u.a. eine Expertise offeriert (act. 36 S. 14 Ziff. 28). Dass die Vorinstanz diese Beweisofferte (wegen der allgemeinen Umschreibung im Beweismittelverzeichnis) nur auf das Essverhalten generell, nicht jedoch auf Kaffee und Gipfeli im Besonderen bezieht (act. 82 S. 37 E. 5.6.2) rügt der Kläger zurecht als überspitzt formalistisch (act. 80 S. 26 Ziff. 15.6.1). Da der Kläger die Pflicht zu einer solchen Orientierung mit dem bekannten Risiko von Komplikationen nach einem derartigen Eingriff begründet (act. 2 S. 14 Ziff. 22), spielt zudem keine Rolle, ob unmittelbar nach der Untersuchung bereits Beschwerden auftraten und damit ein konkreter Anlass für einen solchen Verdacht bestand (act. 82 S. 37 E. 5.6.2).

Hingegen weist die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass der Kläger nicht behauptet, dass sich sein Gesundheitszustand als Folge der Einnahme von Kaffee und Gipfeli oder des Fehlens einer Nachbehandlungsaufklärung mit besonderer Berücksichtigung des Essverhaltens verschlechtert habe (vgl. act. 2 S. 14 Ziff. 22 und act. 36 S. 14 Ziff. 28). Dass Kaffee und Gipfeli die Bauchspeicheldrüsenentzündung ausgelöst haben könnten, erwähnt der Kläger erstmals im Berufungsverfahren (act. 80 S. 26 Ziff. 15.6.1). Diese Behauptung ist verspätet und damit unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Es trifft nicht zu, dass der Kläger vor der Vorinstanz zu dieser Frage eine Expertise beantragt hatte, wie er mit der Berufung geltend macht (act. 80 S. 26 Ziff. 15.6.1). Diese Beweisofferte bezog sich auf die Behauptung, dass der Beklagte nach einer Papillenbiopsie nicht Kaffee und Gipfeli offerieren durfte (act. 36 S. 14 Ziff. 28). Das ist jedoch ein anderes Thema. Da der Kläger daraus keine konkreten Folgen ableitet, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (act. 82 S. 31 E. 4.4), kann offen bleiben, ob dies einen Behandlungsfehler darstellt.

e) Auch aus der verzögerten Diagnose und Behandlung leite der Kläger nichts bzw. kaum Konkretes ab, hält die Vorinstanz dem Kläger vor. Er gebe nur an, die Behandlung des Klägers wäre bei früherer Kenntnis des USZ über die Biopsien "ganz anders verlaufen", ohne konkret darzulegen, was anders verlaufen wäre und inwiefern dies einen Einfluss auf seine gesundheitliche Situation gehabt hätte. Die Behauptung, eine frühzeitige Behandlung einer beginnenden Bauchspeicheldrüsenentzündung "begünstige deren Verlauf" bezeichnet die Vorinstanz als Pauschalbehauptung (act. 82 S. 31 f. E. 4.4).

Der Kläger rügt zu Recht, dass er (als medizinischer Laie) nicht wisse, wie die Bauchspeicheldrüsenentzündung bei rechtzeitiger Information verlaufen wäre. Er könne deshalb nur darauf hinweisen, dass der Verlauf günstiger gewesen wäre, was sich auch aus dem Gutachten von Prof. Dr. C. _____ ergebe (act. 80 S. 21 Ziff. 14.5.2; act. 94 S. 11 A. 13 a.E.).

Soweit der Kläger seinen Genugtuungsanspruch nicht ausschliesslich (im Sinne eines Eventualstandpunkts für den Fall, dass er mit den übrigen von ihm angerufenen Haftungsgrundlagen nicht durchdringt) auf die geltend gemachte Verzögerung der Diagnose und Behandlung stützt (was einen bezifferten Antrag voraussetzen würde), sondern lediglich eine Erschwerung der als Folge der Papillenbiopsie aufgetretenen Komplikationen als genugtuungserhöhende Faktoren daraus ableitet (act. 80 S. 21 Ziff. 14.5.2; act. 2 S. 18 Ziff. 30 f.), genügt grundsätzlich die Behauptung eines ansonsten günstigeren Verlaufs.

Mit den angerufenen Beweismitteln lässt sich dieser Nachweis jedoch nicht führen. So erwähnt Prof. Dr. C. _____ zwar den begünstigenden Einfluss einer frühzeitigen Behandlung auf Prognose und Verlauf einer beginnenden Pankreatitis. Er merkt jedoch an, der Verlauf könne sehr individuell sein und dieser Einfluss sei schwierig zu quantifizieren (act. 94 S. 11 A. 13 a.E.). Das ist zu unbestimmt. Eine gerichtliche Expertise zur Klärung dieser Frage wurde vom Kläger nicht beantragt (vgl. act. 36 S. 25 zu Ziff. 49). Der diesbezügliche Entscheid der Vorinstanz ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

8. Die Vorinstanz wies die Klage mit der Begründung ab, dass es an einem vertragswidrigen Verhalten fehle bzw. der Kläger ein solches nicht nachzuweisen vermöge (act. 82 S. 38 Ziff. 6). Wie gezeigt, hält das vorinstanzliche Urteil der Berufung nicht in allen Teilen stand. Das Verfahren ist noch nicht spruchreif. Zuerst ist das Beweisverfahren zu ergänzen und zu prüfen, ob kein vertragswidriges Verhalten vorliegt. Andernfalls wird sich die Vorinstanz auch mit den weiteren Anspruchsvoraussetzungen zu befassen haben - sofern alle übrigen Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere mit der Bemessung der Genugtuung.

Der Sachverhalt ist somit in wesentlichen Teilen zu vervollständigen. Für den Fall, dass die Ergänzung des Beweisverfahrens zu einem anderen Ergebnis führt, wurden zudem wesentliche Teile der Klage nicht beurteilt. Um den Parteien den doppelten Instanzenzug zu wahren, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

III.

Das ist ein Zwischenentscheid. Somit sind lediglich die Entscheidgebühr und die Höhe der Prozessentschädigung festzusetzen und ist die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Übrigen dem Endentscheid vorzubehalten.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 19. März 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt und aus dem Kostenvorschuss des Klägers bezogen.
3. Die zweitinstanzliche Prozessentschädigung wird auf Fr. 10'000.– (Mehrwertsteuer eingeschlossen) festgesetzt.

4. Im Übrigen wird die Regelung der zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie eines allfälligen Rückgriffs des Klägers auf den Beklagten dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 80'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: