Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 29. Juni 2021

Interessenvertretung einer geschädigten Person zufolge einer behaupteten ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung an lässlich einer Darmspiegelung, bei welcher der behandelnde Arzt gleich an mehreren Stellen den Darm perforierte.

KANTON AARGAU

Obergericht
Zivilgericht, 1. Kammer

EINGEGANGEN
02. Aug. 2021

ZVE.2020.46 / rb
(VZ.2015.2)
Art. 33

Entscheid vom 29. Juni 2021

Besetzung	Oberrichter Brunner, Oberrichter Oberrichterin Massari Ersatzrichter Schneuwly Gerichtsschreiber Tognella
Kläger	**M O D D** vertreten durch lic. iur. Markus Schmid, Rechtsanwalt, Lange Gasse 90, 4052 Basel
Beklagte	[redacted] vertreten durch Dr. iur. Thomas Kaufmann, Rechtsanwalt, Centralbahnstrasse 7, 4010 Basel
Gegenstand	Vereinfachtes Verfahren betreffend Forderung

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.
Am Vormittag des 17. März 2009 wurde M D (im Folgenden ehemalige Klägerin) bei der Beklagten von Dr. med. [redacted] einer Koloskopie (Darmspiegelung) unterzogen. Dabei wurden im Zökum (Blinddarm) vier bis fünf je einen Zentimeter grosse Angiodysplasien festgestellt und mit dem Argonbeamer ohne vorgängige Unterspritzung mit einer NaCl-Lösung koaguliert (Klagebeilagen 8 f.). Noch am Nachmittag des 17. März 2009 wurde die ehemalige Klägerin wegen Darmperforationen notfallmässig bei der Beklagten eingeliefert und in der Nacht notfallmässig operiert. Es folgten mehrere Operationen.

2.
2.1.
Mit Teilklage vom 9. Januar 2015 stellte die ehemalige Klägerin beim Bezirksgericht Aarau folgendes Rechtsbegehren:

> " 1.
> Die Beklagte sei zu verpflichten, der [ehemaligen] Klägerin Fr. 30'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 17. März 2009 zu bezahlen. Die Mehrforderung bleibt vorbehalten.
>
> 2.
> Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

2.2.
Mit Klageantwort vom 30. April 2015 stellte die Beklagte folgende Anträge:

> " 1.
> Es sei die Klage abzuweisen.
>
> 2.
> Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der [ehemaligen] Klägerin."

2.3.
Mit Replik vom 7. September 2015 hielt die ehemalige Klägerin am Klagebegehren) und mit Duplik vom 10. November 2015 hielt die Beklagte am Antrag auf Klageabweisung fest.

2.4.
2.4.1.
Mit Verfügung vom 4. April 2016 wurde ein Gutachten angeordnet. Mit Verfügung vom 6. September 2016 wurde Prof. Dr. med. [redacted] Gastroenterologie und Hepatologie des Universitätsspitals Zürich, als Gutachter eingesetzt und der Gutachterauftrag erteilt. Das Gutachten

wurde am 24. November 2016 erstattet. Die Parteien nahmen dazu mit Eingaben vom 16. Februar 2017 (Beklagte) bzw. 13. März 2017 (ehemalige Klägerin) Stellung.

2.4.2.
Mit Verfügung vom 25. April 2017 wurden dem Gutachter Ergänzungsfragen unterbreitet. Am 27. Juni 2017 wurde das Ergänzungsgutachten erstattet.

2.5.
Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 24. Januar 2018 vor dem Gerichtspräsidium Aarau konnten sich die Parteien nicht einigen.

2.6.
Mit Verfügung vom 11. April 2018 erliess die Gerichtspräsidentin diverse Beweisanordnungen, wies die Parteien darauf hin, dass sie an der Hauptverhandlung zum Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 Stellung nehmen könnten, setzte der Beklagten eine Frist an, um zur Eingabe der Klägerin vom 12. Juli 2017 bzw. 19. Januar 2018 eine Stellungnahme einzureichen und wies den von der Beklagten mit Eingabe vom 11. Januar 2018 gestellten Antrag, die medizinische Begutachtung zu wiederholen, ab.

2.7.
Mit Eingabe vom 17. April 2018 orientierte der Rechtsvertreter der ehemaligen Klägerin das Gerichtspräsidium Aarau über deren Tod vom 24. März 2018, worauf das Verfahren bis 31. Juli 2018 sistiert wurde (Verfügungen vom 18. April 2018 bzw. 29. Mai 2018). Nachdem der Kläger mit Eingabe vom 24. Juli 2018 mitgeteilt hatte, dass er anstelle seiner Mutter (der ehemaligen Klägerin) in den Prozess eintrete, wurde das Verfahren mit Verfügung vom 3. August 2018 wieder aufgenommen.

2.8.
Anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. September 2019 vor dem Gerichtspräsidium Aarau wurden die Zeugen

befragt. Danach stellte die Beklagte ein Wiedererwägungsgesuch betreffend die Einholung eines Obergutachtens, das abgewiesen wurde. Dann nahmen beide Parteien zum Beweisergebnis Stellung. Es folgten die zweiten Vorträge der Parteien, womit die Verhandlung beendet wurde.

2.9.
Mit Entscheid vom 15. Oktober 2019 erkannte das Gerichtspräsidium Aarau:

" 1.
Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 25'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 17. März 2009 zu bezahlen.

2.
Die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr für das Dispositiv von Fr. 2'315.00, den Kosten für die Begründung des Entscheides von Fr. 775.00 sowie den Auslagen für die Zeugen und für das Gutachten (inkl. Ergänzungsgutachten) von Fr. 5'882.50, insgesamt Fr. 8'972.50, werden der Beklagten auferlegt.

Diese werden mit dem Vorschuss des Klägers von Fr. 3'090.00 verrechnet, so dass die Beklagte dem Kläger Fr. 3'090.00 direkt zu ersetzen hat. Die Beklagte hat dem Gericht Fr. 5'882.50 nachzuzahlen.

3.
Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 18'460.30 (inkl. Fr. 1'319.30 MWSt.) zu bezahlen."

3.

3.1.

Gegen diesen ihr am 30. Juli 2020 in vollständiger Ausführung zugestellten Entscheid erhob die Beklagte am 14. September 2020 (Postaufgabe gleichentags) unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen:

" 1.
Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Aarau, Präsidium des Zivilgerichts, vom 15. Oktober 2019 (VZ.2015.2) vollumfänglich aufzuheben, die Klage abzuweisen, die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens dem Kläger (Berufungsbeklagten) aufzuerlegen und dieser sei insbesondere zu verurteilen, der Beklagten (Berufungsklägerin) eine Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) für das vorinstanzliche Verfahren zu bezahlen.

2.
Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Aarau, Präsidium des Zivilgerichts, vom 15. Oktober 2019 (VZ.2015.2) vollumfänglich aufzuheben und die Sache zwecks Einholung eines Obergutachtens und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.
Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dieser sei insbesondere zu verurteilen, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) für das Berufungsverfahren zu bezahlen."

3.2.

Mit Berufungsantwort vom 2. November 2020 stellte der Kläger den Antrag, die Berufung sei kostenfällig abzuweisen.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.
Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Beklagte hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist dort teilweise unterlegen, sodass sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Der für die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten erforderliche Mindeststreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist erreicht. Nachdem auch die Frist- und Formvorschriften von Art. 311 ZPO eingehalten sind und die Beklagte den Gerichtskostenvorschuss (Art. 98 ZPO) fristgerecht geleistet hat, steht einem Eintreten auf ihre Berufung nichts entgegen.

2.
2.1.
Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl. 2016, Art. 311 N. 36). Es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke, auf welche sich die Kritik stützt, bedingt (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1). Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Das Obergericht kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Das Berufungsgericht ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Es kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 4A_397/2016 E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substantiierungs- und Beweislast trifft (BGE 5A_266/2015 E. 3.2.2).

2.2.
Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3.
3.1.
Im vorliegenden Verfahren machte die ehemalige Klägerin einen Genugtuungsanspruch gegenüber der Beklagten für immaterielle Unbill geltend, die sie dadurch erfahren habe, dass es im Rahmen der Koloskopie (mit Koagulation von Angiodysplasien) durch Dr. med. [redacted] (Beklagte) am 17. März 2009, über deren Risiken sie nicht (ausreichend) aufgeklärt und die sorgfaltswidrig vorgenommen worden sei, zu Darmperforationen gekommen sei. Diese hätten mehrere Operationen notwendig gemacht und bei der ehemaligen Klägerin zu bleibenden gesundheitlichen Folgen geführt.

Die Klage wurde (ausschliesslich) gegen die Beklagte (als Vertragspartnerin eines Spitalaufnahmevertrags, vgl. Klage, act. 20) erhoben. Die Passivlegitimation der Beklagten blieb in der Klageantwort unbestritten (act. 87) und die Vorinstanz hat – ebenfalls mit den Parteien (vgl. Klage, act. 4 f., und Klageantwort, act. 81) – eine dem Privatrecht unterstehende Streitigkeit bejaht (vgl. angefochtener Entscheid E. I/2 mit Hinweis auf § 9 und § 12 Abs. 1 SpiG).

3.2.
Mit der vorliegenden Klage wurde (ausschliesslich) ein Genugtuungsanspruch in der Höhe von Fr. 30'000.00 zufolge Köperverletzung geltend gemacht. Bei einer solchen kann der Richter für die damit einhergegangene Unbill unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Art. 47 OR ist keine eigenständige Haftungsnorm, sondern regelt bloss die Voraussetzungen und die Bemessung der Genugtuung als Folge einer aufgrund anderer Bestimmungen bestehenden Haftung (BGE 123 III 204 E. 2e; BREHM, Berner Kommentar, 4. Aufl., 2013, Art. 47 OR N. 15; KESSLER, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., 2020, Art. 47 N. 14). Aufgrund von Art. 99 Abs. 3 OR kann Art. 47 OR auch bei Vertragsverletzungen zur Anwendung gelangen (BGE 116 II 519 E. 2c; FISCHER, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, 2016, Art. 47 OR N. 9; KESSLER, a.a.O., Art. 47 N. 2).

Der eingeklagte Genugtuungsanspruch wurde in der Klage alternativ auf Deliktsrecht (Art. 41 ff. OR) und Vertragsrecht (Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR) gestützt (Klage, act. 5 und 19 f.), was die Beklagte zu "keinen Bemerkungen" veranlasste (Klageantwort, act. 81 und 87; vgl. dazu auch E. III des angefochtenen Entscheids, wo einerseits davon die Rede ist, dass die eingeklagte Forderung auf das Vorliegen einer Vertragsverletzung gestützt werde [E. III/2], und anderseits Ausführungen zur Widerrechtlichkeit gemacht werden [E. III/3]).

Der (privatrechtliche) Behandlungsvertrag zwischen einem Arzt und einem Patienten stellt einen Auftrag nach Art. 394 ff. OR dar (FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, Art. 398 OR N. 185). Auch bei ärztlicher Behandlung in einem Spital richtet sich die (vertragliche) Haftung des Spitals (als Vertragspartner des Patienten) nach Auftragsrecht (Art. 398 OR; STEHLE/ REICHLE, Voraussetzungen der Arzthaftung – Ein Überblick gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, in Landolt/Stehle [Hrsg.], HAVE – Arzthaftpflicht 2019, S. 22). Eine sich auf Art. 398 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 97 OR stützende *vertragliche* Arzthaftung setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung, einen Schaden, einen (natürlichen und adäquaten) Kausalzusammenhang zwischen den beiden sowie – an sich (für den vorliegenden Fall vgl. nachfolgend E. 3.3) – ein Verschulden voraus (BGE 4A_297/2015 E. 3.2; ausführlich LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Arzthaftungsrecht, 2015, N. 454 ff.). Für eine Genugtuung müssen – somit (vgl. den ersten Absatz der vorliegenden E. 3.2) – diese Haftungsvoraussetzungen (mit Ausnahme des Schadens) gegeben sein (FISCHER, a.a.O., Art. 47 OR N. 17; KESSLER, a.a.O., Art. 47 N. 14); anstelle des Schadens ist das Vorliegen einer immateriellen Unbill zu prüfen.

Werden bei der Erfüllung einer vertraglichen Schuld absolut geschützte Rechtsgüter des Gläubigers (darunter die körperliche Integrität) verletzt, kann Ersatz des Schadens auch nach den Regeln des Deliktsrechts (Art. 41 ff. OR) verlangt werden (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020, N. 67.06). Die Voraussetzungen der *deliktischen* Haftung nach Art. 41 ff. OR sind eine widerrechtliche Handlung (oder Unterlassung), ein Schaden bzw. im Zusammenhang mit einer Genugtuung eine immaterielle Unbill, ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen den beiden sowie – wiederum an sich – ein Verschulden (vgl. anstelle vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 50.01; KESSLER, a.a.O., Art. 41 N. 26).

Für die Bejahung eines vertraglichen oder deliktischen Anspruchs eines anlässlich einer medizinischen Behandlung geschädigten Patienten auf Schadenersatz und/oder Genugtuung ist somit eine (widerrechtliche bzw. vertragswidrige) Handlung eines Arztes, ein Schaden und/oder eine immaterielle Unbill, ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen den beiden sowie ein Verschulden vonnöten. In dieser Konstellation

(Schädigung anlässlich einer ärztlichen Behandlung) ist die (deliktische) Widerrechtlichkeit (= Rechtswidrigkeit) – naturgemäss – nicht bereits durch den medizinischen und damit ein absolut geschütztes Rechtsgut (körperliche Integrität) betreffenden Eingriff als solchen begründet, sondern wie die Vertragswidrigkeit nur durch ein sorgfaltswidriges ärztliches Handeln (BGE 120 Ib 411 E. 4a). Denn an der Widerrechtlichkeit einer aus einer medizinischen Behandlung resultierenden gesundheitlichen Schädigung und/oder immateriellen Unbill fehlt es, wenn eine gültige (ausdrückliche oder hypothetische) Einwilligung des Patienten vorliegt (KESSLER, a.a.O., Art. 52 N. 18) und sich – ohne Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung – lediglich ein mit dem Eingriff verbundenes Risiko verwirklicht. Umgekehrt stellt ein ärztlicher Eingriff, obwohl der Heilung dienend, eine widerrechtliche Körperverletzung dar, wenn es an einer (rechtsgenügenden) Einwilligung fehlt (BGE 117 Ib 197 E. 2b/c).

Der Vorteil der vertraglichen Haftung gegenüber der deliktischen liegt darin, dass der Geschädigte das Verschulden des schädigenden Vertragspartners, weil ein solches nach Art. 97 OR vermutet wird, nicht beweisen muss (vgl. dazu WIEGAND, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., 2020, Einleitung zu Art. 97 – 109 N. 15). Allerdings ist zu beachten, dass bei der Arzthaftung die Sorgfaltspflichtverletzung nicht (erst) im Rahmen des (objektiven) Verschuldens, sondern, weil die Sorgfaltspflichtverletzung die Vertragsverletzung bzw. die Widerrechtlichkeit begründet, (schon) in diesem Rahmen geprüft wird. Der Beweis der Vertragsverletzung bzw. der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR obliegt der geschädigten Person (Art. 8 ZGB; WIEGAND, a.a.O., Art. 97 N. 60; KESSLER, a.a.O., Art. 41 N. 54).

3.3.

3.3.1.

Zu beachten ist im vorliegenden Fall allerdings, dass (ausschliesslich) eine Haftung der Beklagten als Vertragspartnerin der ehemaligen Klägerin für das Verhalten des bei ihr angestellten Arztes Dr. med. [redacted] nach Art. 101 Abs. 1 OR (Hilfspersonenhaftung) bzw. Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) zur Debatte steht.

3.3.2.

Der *Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR* kann der Geschäftsherr (hier die Beklagte) durch den Nachweis entgehen, dass er als alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten. Dieser sogenannte Entlastungsbeweis gelingt durch den Nachweis des Geschäftsherrn, dass er als übergeordnete Person die Hilfsperson als untergeordnete Person sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat (KESSLER, a.a.O., Art. 55 N. 7 und 16 ff.). Im vorliegenden Fall muss indes aufgrund der Stellung von Dr. med. [redacted] als hochqualifizierte Fachkraft der Beklagten als fraglich erscheinen, ob dieser trotz seiner Anstellung bei der Beklagten in dem von Art. 55 OR geforderten

Subordinationsverhältnis zur Beklagten steht (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 20 Rz. 65 mit Hinweis auf BGE 33 II 150 E. 7).

3.3.3.

Anders als bei der Geschäftsherrenhaftung ist bei der *Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR* ein Entlastungsbeweis nicht möglich (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 23.10; WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, 2. Aufl., 2020, Art. 101 OR N. 136). Es ist stattdessen lediglich zu prüfen, ob – im Sinne einer hypothetischen Vorwerfbarkeit – die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er sie selber vorgenommen hätte (vgl. WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl., 2020, Art. 101 N. 13 mit Hinweisen, SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 23.10; WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 101 OR N. 133). Unerheblich ist deshalb, ob ein tatsächliches Verschulden (inkl. der nach BGE 144 III 264 E. 6.1.2 vermuteten Urteilsfähigkeit als subjektive Seite des Verschuldens) auf Seiten der Hilfsperson (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 23.10; WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 101 OR N. 135), aber auch der Geschäftsherrin (WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 101 OR N. 136) vorgelegen hat. Eine Haftung entfällt immerhin grundsätzlich dann, wenn die Hilfsperson über grössere Sachkunde als der Geschäftsherr verfügt und nur der Ersteren gemessen an ihrer höheren fachlichen Qualifikation ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann. Denn nach Art. 101 OR soll ein Gläubiger nicht allein deshalb besser gestellt werden, weil der Geschäftsherr eine Hilfsperson beigezogen hat, statt selber zu handeln (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 23.11, dazu, dass beim Abschluss eines Vertrags grundsätzlich jede Partei selber die Fertigkeiten mitbringen muss, die für die Erfüllung der daraus hervorgehenden vertraglichen Verpflichtungen notwendig sind, andernfalls sie sich ein ebenfalls zum Verschulden gereichendes Übernahmeverschulden vorwerfen lassen; zum Übernahmeverschulden vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 22.19). Ausnahmsweise kann sich aber jemand (insbesondere eine juristische Person) vertraglich zu Leistungen verpflichten, die von vornherein nur eine mit dem Schuldner nicht identische (hochqualifizierte) Fachkraft erbringen kann. Dann kann sich der Geschäftsherr nicht zu seiner Entlastung auf seine eigenen tieferen fachlichen Qualifikationen berufen; vielmehr ist der Geschäftsherr dann so zu behandeln, wie wenn er selber sachkundig gewesen wäre (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 101 N. 14, SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 23.11; WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 101 OR N. 139 ff.).

3.3.4.

Nach dem Gesagten ist für den Fall, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung durch Dr. med. [redacted] zu bejahen ist (vgl. dazu nachfolgende E. 6), ein Entfallen der Haftpflicht der Beklagten als Geschäftsherrin durch den

Nachweis, dass Dr. med. [redacted] kein Verschulden getroffen hat (Art. 97 Abs. 1 OR), von vornherein ausgeschlossen.

4.
4.1.
Die Vorinstanz erwog, der Kläger klage im vorliegenden Verfahren die auf ihn als Erbe übergegangene Genugtuungsforderung der ehemaligen, mittlerweile verstorbenen Klägerin ein, wobei die Forderung auf die fehlerhafte Aufklärung und Behandlung durch die Beklagte sowie zusätzlich die Verletzung der Dokumentationspflicht gestützt werde (angefochtener Entscheid E. III/1–3).

Dabei habe die ehemalige Klägerin aufgrund einer ungenügenden vorgängigen Risikoaufklärung durch Dr. med. [redacted] (als beklagtische Hilfsperson nach Art. 101 OR, vgl. dazu vorstehend E. 3.3) zwar nicht ausdrücklich in die Behandlung von Angiodysplasien eingewilligt (angefochtener Entscheid E. III/4.3.2). Jedoch habe Dr. med. [redacted] (Beklagte) von einer hypothetischen Einwilligung der ehemaligen Klägerin ausgehen dürfen (angefochtener Entscheid E. III/4.4.4). Da im konkreten Fall keine Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht vorliege, sei nicht von einer Umkehr der Beweislast auszugehen (angefochtener Entscheid E. III/5.4).

In Bezug auf die Sorgfaltspflichtverletzung folgte die Vorinstanz im Wesentlichen dem eingeholten Gut- und Ergänzungsgutachten. Sie bejaht einen Behandlungsfehler aus mehreren Gründen. So habe es sich vorliegend weder um eine Notoperation gehandelt noch habe Dr. med. [redacted] (Beklagte) unter zeitlichem Druck gestanden. Für einen erfahrenen Arzt habe es sich um keine schwierige Operation gehandelt. Ein gleichzeitiges Auftreten von drei Perforationen des Zökums sei bei einem regelkonformen Einsatz des Argonbeamers nicht vorstellbar, woraus geschlossen werden müsse, die Perforationen seien behandlungsbedingt. Die unterlassene vorgängige Unterspritzung der Angiodysplasien habe sodann das Risiko einer Komplikation unnötigerweise erhöht, vorliegend umso mehr, als die Grösse der Angiodysplasien und deren Lage im Zökum besondere Risiken berge. Gerade weil bei der ehemaligen Klägerin sehr grossflächig koaguliert worden sei, hätte Dr. med. [redacted] (Beklagte) sein Augenmerk auf Schmerzen nach der Behandlung richten müssen, weil daraus auf eine allfällige Perforation hätte geschlossen werden können. Die ehemalige Klägerin sei vor ihrer Entlassung aus dem Spital von Dr. med. [redacted] (Beklagte) noch kurz untersucht worden. Dabei habe sie über leichten Meteorismus geklagt. Da die ehemalige Klägerin mithin noch im Spital über Abdominalschmerzen geklagt habe, hätte der Verdacht auf eine Perforation umgehend abgeklärt werden müssen und die Patientin hätte nicht nach Hause entlassen werden dürfen. Das konkrete Vorgehen von Dr. med. [redacted]

[redacted](Beklagte) erscheine nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand als nicht mehr vertretbar und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst (angefochtener Entscheid E. III/6.5).

Zum Kausalzusammenhang erwog die Vorinstanz, es sei erstellt, dass die Darmperforationen der ehemaligen Klägerin zufolge der Behandlung mit dem Argonbeamer verursacht worden seien. Ohne diese wären alle nachfolgenden Operationen nicht notwendig geworden. Es liege auch keine den Kausalzusammenhang unterbrechende konstitutionelle Prädisposition vor. Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang sei gegeben (angefochtener Entscheid E. III/6.6.2).

Das Verschulden werde vermutet, sodass die Beklagte den Nachweis des fehlenden Verschuldens der für sie handelnden Personen hätte erbringen müssen, was aber nicht der Fall sei (angefochtener Entscheid E. III/6.7).

Zur Bemessung der Genugtuungssumme wendete die Vorinstanz die sogenannte Zwei-Phasen-Methode an. Ausgehend von einem Integritätsschaden von 10 % bei einem unfallversicherten Höchstbetrag von Fr. 126'000.00 betrage die Basisgenugtuung Fr. 12'600.00. Die ehemalige Klägerin habe aufgrund des Behandlungsfehlers sieben Nachfolgeoperationen über sich ergehen lassen müssen, wobei die erste sogar lebensbedrohlich gewesen sei. Es habe eine dauerhafte und irreversible Schädigung der Bauchwand mit erheblicher Gefahr von Rezidivhernien vorgelegen. Die Lebensfreude und Bewegungsfreiheit der ehemaligen Klägerin sei dadurch beeinträchtigt worden. Bis zu ihrem Tod habe die ehemalige Klägerin mit einer offenen Wunde unter der Bauchfalte leben müssen. Weiter habe sie häufig Schmerzen empfunden. Wegen der Art und Schwere der Verletzung und der Intensität und Dauer der Persönlichkeitsverletzung rechtfertige sich eine Erhöhung aufgrund von individuellen Zuschlägen um (recte wohl: von je) 50 % auf Fr. 25'000.00 (angefochtener Entscheid E. III/8.3.2). Dieser Betrag rechtfertige sich auch bei einem Vergleich mit anderen zugesprochenen Genugtuungssummen (angefochtener Entscheid E. III/8.3.3).

4.2.

4.2.1.

In ihrer Berufung rügt die Beklagte in erster Linie die vorinstanzliche Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung durch Dr. med. [redacted] Eine solche liege nicht vor (Berufung Rz. 85 ff.; hierzu nachstehend E.6). Im Übrigen sei die medizinische Begutachtung fehlerhaft abgelaufen und deshalb eventualiter zu wiederholen (Berufung Rz. 14 ff.; vgl. hierzu nachstehend E. 5).

4.2.2.

Demgegenüber ist im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht (mehr) bestritten, dass

- der ärztliche Eingriff (Koloskopie mit Koagulation der dabei vorgefundenen Angiodysplasien), den Dr. med. [redacted] (Beklagte) am Vormittag des 17. März 2009 an der ehemaligen Klägerin vorgenommen hat, zu Perforationen der Darmwand führte (evtl. anders noch Klageantwort, act. 97, vgl. dazu nachfolgend E. 6.4.1),
- diese Perforationen der Darmwand weitere operative Eingriffe notwendig machten und
- die letztlich auf die Perforationen zurückzuführenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei der ehemaligen Klägerin eine immaterielle Unbill bewirkten.

Damit sind folgende Voraussetzungen einer (vertraglichen) Haftung der Beklagten für die eingeklagte Genugtuungsforderung erfüllt:
- Handeln eines angestellten Arztes als Hilfsperson nach Art. 101 OR (zur Frage, ob dieses Handeln sorgfaltswidrig war vgl. nachstehend E. 6),
- (über eine Köperverletzung eingetretene) immaterielle Unbill bei der ehemaligen Klägerin (Art. 47 OR) sowie
- (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen den beiden.

Ebenso wenig beanstandet ist die Höhe der zugesprochenen Genugtuung.

Auf diese Punkte ist deshalb im Folgenden nicht weiter einzugehen, sofern der Vorinstanz hinsichtlich der Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung zu folgen ist. Dies gilt auch für die weitere Haftungsvoraussetzung des Verschuldens. Erstens fehlt eine Rüge von E. III/6.7 des angefochtenen Entscheids, wo festgehalten wurde, dass die Beklagte den Nachweis für das Fehlen eines Verschuldens der für sie handelnden Personen nicht erbracht habe. Zweitens ist nach dem in vorstehender E. 3.3 Dargelegten für den Fall, dass mit der Vorinstanz eine Sorgfaltspflichtverletzung durch Dr. med. [redacted] zu bejahen wäre (vgl. dazu nachfolgend E. 6), – entgegen vorinstanzlicher Auffassung (vgl. angefochtener Entscheid E. III/6.7) – ein Entfallen der Haftpflicht der Beklagten als Geschäftsherrin durch den Exkulpationsbeweis nach Art. 97 Abs. 1 OR (Nachweis eines fehlenden Verschuldens von Dr. med. [redacted] von vornherein ausgeschlossen.

4.2.3.
Die Beklagte erhebt zwar weitere Rügen, auf die allerdings nicht weiter einzugehen ist, weil ein Rechtsmittel nicht zur Berichtigung allfälliger unzutreffender Feststellungen und Überlegungen in den Urteilserwägungen, die am Urteilsspruch (Urteilsdispositiv) nichts zu ändern vermögen, zur Verfügung steht (REETZ, ZPO-Kommentar, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308 – 318 N. 33 f.).

Dies trifft zunächst auf die beklagtische Rüge zu, die Vorinstanz hätte nicht bloss von einer hypothetischen, sondern von einer ausdrücklichen Einwilligung der ehemaligen Klägerin ausgehen müssen (Berufung Rz. 82 ff.). Denn wie die Beklagte selber erkennt (Berufung Rz. 84 in fine), reicht für die Bejahung eines rechtsgültigen, d.h. die Widerrechtlichkeit ausschliessenden medizinischen Eingriffs aus, dass eine hypothetische Einwilligung vorliegt. Dementsprechend braucht auch nicht auf die von der Beklagten aufgeworfene Frage eingegangen zu werden, ob sich das Gutachten vom 24. November 2016 und das Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 bei der Beantwortung der von der Vorinstanz zugunsten der Beklagten bejahten (Rechts-) Frage, ob die ehemalige Klägerin bei Aufklärung über die Risiken einer Koagulation von Angiodysplasien dieser (Koagulation) zugestimmt hätte, widersprechen (Berufung Rz. 58 ff.).

Das Gleiche gilt hinsichtlich der Rügen der Beklagten, es sei – entgegen der Vorinstanz (vgl. angefochtener Entscheid E. III/6.5 und III/6.6) – weder durch eine vorzeitige Entlassung der ehemaligen Klägerin (Berufung Rz. 132 ff.) noch anlässlich der Nachoperation durch Dr. med. [redacted] (Berufung Rz. 141) zu weiteren Sorgfaltspflichtverletzung gekommen. Jedenfalls für den Fall der Bejahung einer Dr. med. [redacted] (Beklagte) anlässlich der Koagulation unterlaufenen Sorgfaltspflichtverletzung (dazu nachfolgend E. 6) hätte – unter dem Gesichtspunkt der Kausalität – eine Entdeckung der Perforationen der Darmwand vor der Spitalentlassung der ehemaligen Klägerin den Eintritt der gesundheitlichen Schädigung und damit der immateriellen Unbill höchstens noch (teilweise oder ganz) verhindern können (vgl. dazu immerhin das Ergänzungsgutachten [act. 383], wonach nicht sicher beurteilbar sei, ob durch eine frühzeitigere Intervention eine signifikant anderer Krankheitsverlauf hinsichtlich der Langzeitkomplikationen erreicht worden wäre). Auch wenn Dr. med. [redacted] (Beklagte) somit – entgegen der Vorinstanz, aber wie in der Berufung geltend gemacht – vor der Spitalentlassung der ehemaligen Klägerin nach der Koloskopie keine medizinischen Alarmzeichen (bretthartes Abdomen) übersehen hätte, wäre mit anderen Worten die (mit immaterieller Unbill verbundene) gesundheitliche Beeinträchtigung gleichwohl bzw. erst recht eingetreten. Was die von der Vorinstanz bejahte weitere Sorgfaltspflichtverletzung durch Dr. med. [redacted] anlässlich der Operation vom 26. März 2009 anbelangt, zeigt die Beklagte nicht auf, inwiefern diese für die Bemessung der Genugtuung durch die Vorinstanz von Belang gewesen ist (vgl. vielmehr den Hinweis der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid [E. III/6.6.2] auf BGE 5C.125/2003, wonach ein Arzt, der in haftpflichtbegründender Weise die Ursache für eine weitere Operation setze, auch für deren Misserfolg einzustehen habe, soweit kein den Kausalzusammenhang unterbrechendes ärztliches Verhalten im Rahmen der Nachoperation zur Diskussion stehe).

5.
Im Zusammenhang mit dem von der Vorinstanz veranlassten Begutachtung (inkl. Ergänzungsgutachten) macht die Beklagte das Ausserachtlassen eines zentralen Satzes des Gutachtens vom 26. November 2016 sowie eine fehlerhafte Prozessleitung durch die Vorinstanz geltend (dazu nachfolgend E. 5.1 und E. 5.2). Ferner rügt sie die Widersprüchlichkeit der Begutachtung in vier Punkten (nachfolgend E. 5.3).

5.1.
Als Erstes rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt. Sie habe folgenden entscheidenden Satz aus dem Gutachten vom 24. November 2016, "[d]ies trifft im hier vorliegenden Fall zu, sodass die Therapie aus unserer Sicht indiziert war und gemäss medizinischem Standard erfolgte", fälschlicherweise ignoriert. Das Gutachten vom 24. November 2016 bilde daher keine Grundlage, um mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Sorgfaltspflichtverletzung anzunehmen (Berufung Rz. 15 ff.).

Der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Sie bezieht sich auf die Beantwortung der Frage 6 durch den Gutachter (act. 312). Die Frage 6 war in drei Unterfragen gegliedert: Erstens wurde gefragt, ob Angiodysplasien gemäss medizinischem Standard direkt anlässlich einer Ileokoloskopie koaguliert würden, wenn sie dabei entdeckt würden. Die zweite Frage lautete, ob es riskanter sei, das Endoskop in einem solchen Fall zu entfernen und die ganze Behandlung ein paar Tage später zu wiederholen. Die dritte Frage beschlug die mögliche Einwilligung bzw. Ablehnung der medizinischen Behandlung durch eine Patientin (act. 302). Wie der Kläger richtig ausführt (Berufungsantwort Rz. 5), wurde in der Frage 6 *nicht* danach gefragt, ob die Koagulation der Angiodysplasien bei der ehemaligen Klägerin gemäss dem medizinischen Standard erfolgte, sondern einzig danach, ob es dem medizinischen Standard entsprochen habe, anlässlich einer Ileokoloskopie vorgefundene Angiodysplasien sogleich zu koagulieren. Nur diese Frage hat der Gutachter beantwortet und in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die direkte Koagulation während der Ileokoloskopie im vorliegenden Fall indiziert war und daher dem medizinischen Standard entsprach. Zur konkreten Durchführung der Koagulation äusserte sich der Gutachter an der von der Beklagten monierten Stelle demgegenüber nicht.

5.2.
5.2.1.
Als Zweites rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe das Verfahren in Bezug auf das Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 in mehrfacher Hinsicht falsch geführt und damit ihr Recht auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör verletzt (Berufung Rz. 19 ff.). Dabei nennt sie zehn spezifische Fehler, die die Vorinstanz begangen haben soll.

5.2.2.
Zwar steht den Parteien gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK das rechtliche Gehör zu, womit sie das Recht haben, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht; vgl. BGE 142 III 48 E. 4.1.1 mit zahlreichen Hinweisen). Indessen führt nicht jede Verletzung des an sich formellen Anspruchs auf rechtliches Gehör zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine solche Aufhebung erscheint nur angebracht, wenn eine Heilung der Anspruchsverletzung in oberer Instanz ausser Betracht fällt. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt keinen Selbstzweck dar. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des Entscheids. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Es wird deshalb für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich vorausgesetzt, dass die das Rechtsmittel erhebende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie in das kantonale Verfahren bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (BGE 4A_241/2020 E. 3.6, 4A_438/2019 E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Diesen Begründungsanforderungen kommt die Beklagte in ihrer Berufung nicht nach. Sie nennt zwar jeden einzelnen von der Vorinstanz angeblich begangenen Verfahrensfehler (dazu nachfolgend E. 5.2.3). Sie äussert sich in ihrer Berufung allerdings nirgends dazu, was sie bei nach ihrer Auffassung korrekter Verfahrensleitung durch die Vorinstanz zusätzlich in das Verfahren eingebracht hätte und inwiefern dieses Vorbringen erheblich, d.h. geeignet gewesen wäre, das Ergebnis des angefochtenen Entscheids zu ändern. Vielmehr beantragt die Beklagte die Rückweisung an die Vorinstanz bloss eventualiter, weil ein Entscheid in der Sache – trotz Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren – möglich sei, nachdem bei richtiger Würdigung der vorhandenen medizinischen Einschätzungen eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht vorliege (Berufung Rz. 29). Entsprechend kann von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden. Im Übrigen kann das Obergericht den Sachverhalt und die Rechtsfragen im Rahmen der vorliegenden Berufung umfassend überprüfen und die Beklagte hatte in ihrer Berufung die Möglichkeit, sich zu allen Verfahrensakten zu äussern, sodass auch deswegen von einer Heilung allfälliger Gehörsverletzungen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ausgegangen werden kann.

5.2.3.
Ergänzend ist zu den von der Beklagten aufgelisteten Fehlern Folgendes auszuführen:

Zunächst behauptet die Beklagte, die Vorinstanz habe die Eingaben der Parteien vom 16. Februar 2017 (Beklagte) und vom 13. März 2017 (ehemalige Klägerin) der jeweiligen Gegenseite nicht zugestellt (*Fehler Nr. 1*; Berufung Rz. 19). Zwar kann in der Tat keiner Verfügung der Vorinstanz explizit entnommen werden, dass diese Eingaben kreuzweise zugestellt wurden. Indessen behauptet die Beklagte selbst, die gegenseitige Zustellung sei mit der Verfügung der Vorinstanz vom 25. April 2017 (act. 365 ff.) erfolgt (Berufung Rz. 21).

Als *Fehler Nr. 2* und *Nr. 4* moniert die Beklagte, die Vorinstanz habe dem Gutachter Ergänzungsfragen gestellt, ohne dass die Parteien vorgängig zu diesen hätten Stellung nehmen können (Berufung Rz. 20 und 22). In der Tat hätte die Vorinstanz den Parteien in Nachachtung von Art. 185 Abs. 2 ZPO und Art. 53 Abs. 1 ZPO wohl die Möglichkeit gewähren sollen, zu den von ihr beabsichtigten Ergänzungsfragen bzw. den Ergänzungsfragen der jeweiligen Gegenpartei Stellung zu nehmen, bevor diese dem Gutachter mitgeteilt wurden. Wie es sich damit verhält, kann aber offengelassen werden, da die Beklagte nirgends vorbringt, welche Ergänzungsfragen geändert/präzisiert/berichtigt worden, unterblieben oder dem Gutachter zusätzlich unterbreitet worden wären. Eine Rückweisung an die Vorinstanz käme daher einem formalen Leerlauf gleich, wovon abzusehen ist.

Fehler Nr. 3 besteht gemäss der Beklagten darin, dass die Vorinstanz den Parteien ihre Verfügung vom 25. April 2017 erst am 22. Mai 2017 zugestellt habe (Berufung Rz. 21). Aus den Akten ergibt sich nicht, weshalb sich die Zustellung der Verfügung vom 25. April 2017 verspätete. Eine Gehörsverletzung kann aber von vornherein nur bei einer unterbliebenen, nicht aber bei einer lediglich verzögerten Zustellung vorliegen. Da sodann die Verzögerung bei der Zustellung beide Parteien gleichermassen betraf, ist auch keine Ungleichbehandlung oder unfaire Prozessleitung zu erkennen.

Als *Fehler Nr. 5* rügt die Beklagte, dass die ehemalige Klägerin ihre Eingabe vom 12. Juli 2017 auf das Ergänzungsgutachten habe abstimmen können und damit der Grundsatz der Gleichbehandlung im Verfahren verletzt worden sei (Berufung Rz. 24). Inwiefern der Beklagten daraus ein Nachteil erwuchs, ist nicht erkennbar. Selbst wenn die Klägerin ihre Eingabe vom 12. Juli 2017 auf das Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 abgestimmt haben sollte, so würde es sich dabei bloss um eine vorweggenommene Stellungnahme der ehemaligen Klägerin zum Beweisergebnis handeln. Der Beklagten stand es ebenfalls offen, sich zum Beweisergebnis – und damit auch zum Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2016 – zu äussern, was sie denn auch sowohl in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 11. Januar 2018 (act. 406 ff.) als auch im Rahmen der Hauptverhandlung (vgl. Art. 232 Abs. 1 ZPO; act. 521 ff.) tat. Zudem wusste die Beklagte aufgrund der vorinstanzlichen Verfügungen vom 31. Mai 2017 (act. 372 ff.) und vom 21. Juni 2017 (act. 377), dass die ehemalige Klägerin bei der

Vorinstanz mit Eingabe vom 26. Mai 2017 ein Gesuch gestellt hatte (act. 369 ff.), ihr für eine Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 16. Februar 2017 (act. 346 ff.) eine Frist anzusetzen. Obwohl es der Beklagten freistand, auch für sich eine solche Frist zu beantragen, unterliess sie dies. Im Übrigen erhielt die Beklagte mit der Verfügung vom 11. April 2018 (act. 438 ff.) bzw. 3. August 2018 (act. 452 ff.) von der Vorinstanz explizit die Möglichkeit, sich – in Kenntnis der beiden Gutachten – zu den Eingaben der ehemaligen Klägerin vom 12. Juli 2017 und 19. Januar 2018 zu äussern.

Soweit die Beklagte als *Fehler Nr. 6, Nr. 9* und *Nr. 10* rügt, ihre Eingabe vom 13. Juli 2017 (act. 392 f.) sei von der Vorinstanz unbearbeitet geblieben (Berufung Rz. 25 ff.), so zeigt sie nicht auf, inwiefern sie das nachteilig getroffen haben soll, womit sie ihren Begründungsanforderungen nicht nachkommt. Soweit die Beklagte daraus ableitet, die Vorinstanz habe sich auf diese Weise alleine aufgrund der Stellungnahme der ehemaligen Klägerin eine Meinung zum Ergänzungsgutachten gebildet (Berufung Rz. 29), so handelt es sich dabei um eine reine Mutmassung, die in den Akten keinerlei Stütze findet.

Als *Fehler Nr. 7* rügt die Beklagte, ihr sei die Eingabe der ehemaligen Klägerin vom 12. Juli 2017 (act. 389 f.) nicht zugestellt worden (Berufung Rz. 25). Dies ist offensichtlich falsch. Die Beklagte führt selbst aus, ihr sei diese Eingabe am 5. Oktober 2017 (act. 396) zugestellt worden (Berufung Rz. 26).

Fehler Nr. 8 hat gemäss Beklagter darin bestanden, dass die Vorinstanz alleine gestützt auf die Eingabe der ehemaligen Klägerin vom 12. Juli 2017 entschieden habe, eine Instruktionsverhandlung durchzuführen (Berufung Rz. 26). Allerdings sind keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Vorinstanz ihren Entscheid, eine Vergleichsverhandlung durchzuführen, auf die Eingabe der ehemaligen Klägerin vom 12. Juli 2017 gestützt hat. Selbst wenn dem so wäre, ist darin weder eine Ungleichbehandlung der Parteien noch eine anderweitige Rechtsverletzung zu erblicken. Das Gericht kann jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen (Art. 226 Abs. 1 ZPO). Weiter verhält sich die Beklagte wider Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), wenn sie einer Vorladung vorbehaltlos Folge leistet, und sie erst nachträglich als mangelhaft rügt (BGE 105 Ia 307 E. 4; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 52 N. 23).

5.2.4.
Es ist demnach nicht von einer Verletzung des beklagtischen Anspruchs auf ein faires Verfahren auszugehen. Insoweit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen sollte, rechtfertigt sich keine Rückweisung an die Vorinstanz, da dies bloss einem formellen Leerlauf gleichkäme.

5.3.
Die Beklagte rügt in ihrer Berufung (Rz. 54 ff.) die Widersprüchlichkeit des von der Vorinstanz veranlassten Begutachtung in vier Punkten: (1.) Bezeichnung der Unterspritzung als etabliertes Verfahren, obwohl anderseits festgestellt worden sei, dass eine Unterspritzung nicht in jedem Fall zwingend sei; (2.) Bejahung einer hypothetischen Einwilligung der ehemaligen Klägerin im Gutachten und deren Verneinung im Ergänzungsgutachten; (3.) Beurteilung im Ergänzungsgutachten, dass die gleichzeitige Präsenz von drei Darmwandperforationen für eine Fehleinstellung des verwendeten Argonbeamers oder eine falsche Applikation der Argonbeamer-Sonde spreche, obwohl sowohl im Gutachten als auch im Ergänzungsgutachten festgehalten worden sei, es könnten keine Aussagen zur Sorgfalt bei der Anwendung des Beamers gemacht werden; (4.) Bejahung eines risikoerhöhenden Faktors "weibliches Geschlecht" für eine Perforation im Gutachten, Verneinung im Ergänzungsgutachten. Diese Widersprüche weckten Zweifel an der Qualität und Verlässlichkeit der gutachterlichen Aussagen bzw. an der "fachlichen Konsistenz" und Schlüssigkeit (Berufung Rz. 63 und 73 ff.).

An gegebenen Ort wird aufzuzeigen sein, dass hinsichtlich der beiden (entscheidrelevanten) Punkte (1.) und (3.) – entgegen beklagtischer Behauptung – keine Widersprüche in den gutachterlichen Ausführungen auszumachen sind (vgl. dazu nachfolgend E. 6.4.2 und 6.5). Auch wenn bezüglich (2.) und (4.) Widersprüche vorlägen, wäre Folgendes festzuhalten: Der Frage, ob das weibliche Geschlecht der ehemaligen Klägerin das Risiko einer Darmperforation erhöhte (4.), kommt im vorliegenden Fall, wie die Beklagte selber ausführt (vgl. Berufung Rz. 73), keine Bedeutung zu. Bezüglich des angeblichen Widerspruchs (2.) ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die letztlich von ihr als Gericht zu beantwortete Rechtsfrage nach dem Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung zugunsten der Beklagten bejaht hat (angefochtener Entscheid E.III/4.4.4).

6.
6.1.
Damit ist das Vorliegen einer oder mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen, d.h. von Verstössen gegen die (damaligen) Regeln der ärztlichen Kunst, durch Dr. med. [redacted] Beklagte) zu prüfen. Die Vorinstanz hat als Sorgfaltspflichtverletzungen bejaht: fehlerhafte Behandlung der Angiodysplasien mittels Argonbeamer, Unterlassung der Unterspritzung der Angiodysplasien, Unterlassung der sofortigen stationären Aufnahme der ehemaligen Klägerin, nachdem diese beim Untersuch vor der Entlassung über Abdominalschmerzen geklagt hatte (angefochtener Entscheid E. III/6.5; zur fehlenden Kausalität zwischen der letzteren Unterlassung und der Körperverletzung und der Unbill vgl. vorstehend E. 4.2.3. zweiter Absatz).

6.2.
Der Arzt schuldet (als Beauftragter) dem Patienten zwar nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, so doch eine darauf ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst (BGE 120 II 248 E. 2c). Er übt sodann eine gefahrengeneigte Tätigkeit aus, welchem Umstand es auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen gilt, und zwar durchaus auch zugunsten der Patienten, weil sie andernfalls Gefahr liefen, dass gewisse risikobehaftete Diagnose- und/oder Therapieverfahren, insbesondere Operationen, a.a.O., Art. 398 OR N. 382). Deshalb haben Ärzte für jene Gefahren und Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind, im Allgemeinen nicht einzustehen (sofern der Patient ordnungsgemäss über die mit der ärztlichen Handlung verbundenen Risiken aufgeklärt worden ist und einwilligt, vgl. vorstehend E. 3.2). Dem Arzt ist sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat. Eine Pflichtverletzung ist daher nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht (BGE 120 Ib 411 E. 4; 130 IV 7 E. 3.3). Demgemäss darf der Begriff der Pflichtverletzung nicht so weit gefasst werden, dass darunter jede Massnahme oder Unterlassung fällt, welche aus nachträglicher Betrachtungsweise den Schaden bewirkt oder vermieden hätte (BGE 130 IV 7 E. 3.3). Sehr wohl aber haben Ärzte aber für *jede* Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst, d.h. für Kunstfehler einzustehen (FELLMANN, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: Fellmann/Poledna [Hrsg.], Die Haftung des Arztes und des Spitals, 2003, S. 56 ff.; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, a.a.O., N. 759 ff.; STEHLE/REICHLE, a.a.O., S. 41 f. und 44 f.).

Die Regeln der ärztlichen Kunst sind Grundsätze, die von der medizinischen Wissenschaft aufgestellt wurden, die allgemein anerkannt sind und von den Ärzten im Allgemeinen befolgt und angewendet werden (BGE 133 III 121 E. 3.1). Dabei darf nicht allein aus dem Umstand, dass in Bezug auf gewisse Fragen eigentliche Guidelines fehlen, die von den Ärzten zu befolgen wären, darauf geschlossen werden, es liege keine Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst vor (BGE 6B_999/2015 und 6B_1003/2015 E. 5.5). Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht beurteilen sich sodann nach dem Zeitpunkt, indem die umstrittene ärztliche Behandlung erfolgte (BGE 120 Ib 411 E. 4c/aa, 4A_403/2007 E. 6). Sie richtet sich schliesslich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum,

den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt zur Verfügung stehen, sowie nach Ausbildung und Leistungsfähigkeit (BGE 113 II 432 E. 3). Dabei kann sich unter Umständen (etwa bei einer im Zustand der Übermüdung vorgenommenen Notfalloperation, für die innert nützlicher Frist keine frischen Ärzte beigezogen werden können) die Frage stellen, ob eine Sorgfaltswidrigkeit im Sinne einer Vertragsverletzung/Widerrechtlichkeit vorliegt oder ob es sich um eine Sorgfaltswidrigkeit im Sinne eines objektiven Verschuldens handelt (WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 99 OR N. 86).

Ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist eine Rechtsfrage (BGE 4A_403/2007 E. 5.3; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Sorgfaltspflicht der Ärzte, HAVE 1/2016, S. 110). Die Regeln der ärztlichen Kunst sowie der Behandlungsablauf sind jedoch Tatfragen (LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, a.a.O., N. 777), weshalb der Behandlungsablauf und die damit verbundene Verletzung der ärztlichen Kunstregeln vom Geschädigten zu beweisen sind (BGE 133 III 121 E. 3.1). Dabei stützt sich der Arzthaftungsprozess ganz entscheidend auf medizinische Gutachten ab, insbesondere in Bezug auf die Frage, welche Sorgfaltspflichten (Regeln der ärztlichen Kunst) im konkreten Fall einschlägig waren. Bei der Würdigung eines Gerichtsgutachtens ist das Gericht frei (Art. 157 ZPO). Ohne triftige Gründe darf das Gericht in Fachfragen von solchen Gutachten jedoch nicht abweichen (BGE 141 IV 369 E. 6.1; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, a.a.O., S. 110; STEHLE/REICHLE, a.a.O., S. 68). Auf der anderen Seite kann das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen. Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügliche Grundlage dar, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernsthaft erschüttern. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die gestellten Fragen nicht beantwortet werden, die Erkenntnisse oder die Schlussfolgerungen nicht begründet werden oder diese in sich widersprüchlich sind (BGE 141 IV 369 E. 6.1, 6B_999/2015 und 6B_1003/2015 E. 5.2).

6.3.

Vorab ist mit Bezug auf die beiden Sorgfaltspflichtverletzungen, die die Vorinstanz Dr. med. [redacted] und damit der Beklagten vorwirft (einerseits fehlende Unterspritzung der Angiodysplasien, anderseits falsche Einstellung und/oder falsche Verwendung des Argonbeamers), darauf hinzuweisen, dass sie sich mit Bezug auf die Frage der Kausalität hinsichtlich des von der ehemaligen Klägerin erlittenen Schadens voneinander grundlegend unterscheiden. Bei der fehlenden Unterspritzung handelt es sich im Gegensatz zur Einstellung bzw. Verwendung eines (Operations-) Instruments um eine Unterlassung. Eine Unterlassung vermag naturgemäss keine (kausalen) Änderungen in der physischen Welt zu bewirken. Die Vornahme der unterlassenen Handlung (hier Unterspritzung mittels NaCl-Lösung) hätte aber unter Umständen den Eintritt der Körperschädigung (hier

Darmperforationen) bei der Vornahme einer gefahrgeneigten Tätigkeit (Koagulation der Dysplasien mittels Argonbeamer im Rahmen der Darmspiegelung, die gemäss eingeholtem Gerichtsgutachten entgegen der von klägerischer Seite erstinstanzlich eingenommenen Standpunkt medizinisch indiziert war) verhindern können.

Es handelt sich mit anderen Worten um die in BGE 120 II 248 behandelte Situation, dass nämlich anlässlich einer medizinischen Heilbehandlung eine neue gesundheitliche Beeinträchtigung (hier Perforation der Darmwand) aufritt. Im erwähnten Entscheid hält das Bundesgericht für diese Konstellation fest, dass medizinische Behandlungen in gewissem Mass mit Risiken verbunden seien, die auch bei Anwendung aller notwendigen Sorgfalt nicht vermeidbar seien, dass aber, soweit die Möglichkeit negativer Auswirkungen erkennbar sei, vom Arzt alle Vorkehrungen zu treffen seien, um deren Eintritt zu verhindern. Der Eintritt der neuen gesundheitlichen Beeinträchtigung begründe dann eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehrungen getroffen worden seien und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliege; die Vermutung könne erschüttert werden, indem dargetan werde, welche konkreten Vorkehren tatsächlich getroffen worden seien, und nachgewiesen werde, dass nach dem aktuellen Stand der medizinische Wissenschaften bei Anwendung aller Sorgfalt ein nicht beherrschbares Restrisiko verbleibe oder eine ernstzunehmende Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs bestehe (BGE 120 II 248 E. 2c).

Diese Ausführungen des Bundesgerichts gehen unter dem Gesichtspunkt, dass den geschädigten Auftraggeber die Beweislast bezüglich einer Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes trifft (vgl. dazu vorstehend E. 3.2), sehr weit. Zumindest für den Fall, dass im Rahmen eines hochriskanten medizinischen Heileingriffs (etwa Operation am Gehirn oder an der Wirbelsäule) eine neue gesundheitliche Schädigung eingetreten ist, leuchtet es nicht ohne Weiteres ein, dass deren blosser Eintritt eine Vermutung für eine Sorgfaltspflichtverletzung begründet. Aber auch für seltene(re) Komplikationen eines Routineeingriffs erscheint es – wiederum unter beweisrechtlichem Aspekt – nicht unproblematisch, vermutungsweise anzunehmen, es habe sich nicht das (unbeherrschbare) eingriffsimmanente Risiko verwirklicht. Allerdings besteht eine auftragsrechtliche und damit materiellrechtliche Verpflichtung eines Beauftragten zur lückenlosen Rechenschaftsablegung (Art. 400 Abs. 1 OR; vgl. FELLMANN, a.a.O., Art. 400 OR N. 33 f. sowie Art. 398 OR N. 453 und 455). Zu deren Durchsetzung steht dem Auftraggeber entweder die Stufenklage oder ein beweisrechtliches Editionsbegehren (vgl. Klage, act. 6) zur Verfügung (vgl. Art. 85 Abs. 2 ZPO). Kommt der Beauftragte seiner Pflicht zur Rechenschaftsablegung nicht nach, ist dies zulasten des beauftragten Arztes bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (vgl. dazu auch den von der Beklagten in der Duplik [act. 210] erwähnten BGE 4A_137/2015 E. 5.2).

Wie es sich beweisrechtlich verhält, braucht im vorliegenden Fall indes nicht entschieden zu werden. Denn von beklagtischer Seite wurde nie behauptet, Dr. med. [redacted] habe eine Unterspritzung der Angiodysplasien (als Vorsichtsmassnahme) vorgenommen, die nach gutachterlicher Beurteilung eine Argonbeamerbehandlung im rechtsseitigen Kolon sehr sicher macht (act. 382) und deshalb das Perforationsrisiko deutlich gesenkt hätte (vgl. act. 381, wo sich auch die umgekehrte Formulierung findet, dass die Unterlassung der Unterspritzung zu einer deutlichen Erhöhung des Perforationsrisikos geführt habe). Es rechtfertigt sich darum, vorab zu prüfen, ob die von Dr. med. [redacted] (Beklagte) im Rahmen der Koloskopie vorgenommene ärztliche Handlung (Koagulation der Angiodysplasien mit dem Argonbeamer) auch abgesehen von der unterlassenen Unterspritzung unsorgfältig ausgeführt wurde. Nur für den Fall der Verneinung stellt sich überhaupt erst die Frage, ob die Schädigung (Darmperforation) dadurch hätte verhindert werden können, dass *vorgängig* der Koagulation der Angiodysplasien diese mit einer NaCl-Lösung unterspritzt worden wären.

6.4.

6.4.1.

Was die (drei) Perforationen in der Darmwand anbelangt, welche noch am Tag der Koloskopie (17. März 2009) zum Spitaleintritt mit Notfalloperation führte, kann keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, dass sie auf die am Vormittag von Dr. med. [redacted] (Beklagte) vorgenommene Koagulation der Dysplasien zurückzuführen waren. Soweit die Beklagte vor Vorinstanz mit ihrer Behauptung, allfällige Perforationen seien, weil Dr. med. [redacted] (Beklagte) die ehemalige Klägerin nach der Koloskopie und vor dem Verlassen des Spitals untersucht und dabei keine Hinweise auf eine zwischenzeitlich eingetretene Perforation festgestellt habe, mit grosser Wahrscheinlichkeit nach der Entlassung entstanden (Klageantwort act. 97), hätte geltend machen wollen, die Perforationen wären (ausgerechnet) am Tag der Koloskopie (mit Koagulation) auch ohne diesen Eingriff eingetreten, könnte dem nicht gefolgt werden, zumal eine plausible, von der Koloskopie bzw. der in diesem Rahmen durchgeführten therapeutischen Handlung (Koagulation) unabhängige Genese von beklagtischer Seite nie auch nur ansatzweise benannt wurde (vgl. auch Klageantwort act. 86, wo die Beklagte ausführte, die nach der "Therapie vom 17. März 2009" [gemeint Koloskopie mit Koagulation] entdeckten "Läsionen" [gemeint Darmperforationen] könnten zwar durch die Koloskopie und Koagulation verursacht worden sein, es werde jedoch bestritten, dass sie "*während* dem Eingriff [Hervorhebung durch Kursivschrift im Original]" entstanden seien; vgl. dazu auch nachfolgend E. 6.4.2.3.). Dass die Darmperforation an drei Stellen in ursächlichem Zusammenhang mit der Koloskopie bzw. der in diesem Rahmen durchgeführten therapeutischen Handlung (Koagulation) steht, ist zumindest im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht (mehr) bestritten.

6.4.2.
6.4.2.1.
Die Vorinstanz erwog, der Gutachter habe aufgrund der vorhandenen Daten nicht sicher beurteilen können, wie der Argonbeamer bei der ehemaligen Klägerin eingesetzt worden sei. Indessen sei ein gleichzeitiges Vorhandensein von drei Perforationen bei einem regelkonformen Einsatz des Argonbeamers gemäss dem Gutachter nicht vorstellbar. Aus den Umständen sei daher zu schliessen, dass die Beklagte einen Behandlungsfehler begangen habe (angefochtener Entscheid E. III/6.5).

6.4.2.2.
Die Beklagte rügt, der Gutachter widerspreche sich in seinen Gutachten in Bezug auf die Frage der Anwendung des Argonbeamers. Die gutachterliche Aussage, wonach die gleichzeitige Präsenz von drei Perforationen im vorliegenden Fall entweder für eine Fehleinstellung des Argonbeamers oder dessen falsche Applikation spreche, widerspreche der vom Experten andernorts gemachten Aussage, wonach er zur Handhabung des Argonbeamers keine Angabe machen könne. Davon abgesehen, reiche aber selbst die Angabe im Ergänzungsgutachten nicht, um das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erreichen. Der Beweis für eine sorgfaltswidrige Handhabung des Argonbeamers sei somit nicht erbracht worden (Berufung Rz. 64 ff. und 128 ff.).

6.4.2.3.
Im Gutachten vom 24. November 2016 führt der Gutachter aus, es könne nicht sicher gesagt werden, ob die Perforationen während oder nach der Argonbeamer-Behandlung, d.h. während der Behandlung oder im weiteren Verlauf "aufgrund der behandlungsbedingten Schädigung der Zökumwand" (vgl. vorstehende E. 6.4.1) entstanden seien, weil Perforationen mit blossem Auge häufig nicht erkennbar seien. Es sei aber davon auszugehen, dass die Argonbeamer-Behandlung die Perforationen verursacht habe (act. 313). Mit grosser Wahrscheinlichkeit sei die Argonbeamer-Behandlung Ursache für die Perforationen der Darmwand der ehemaligen Klägerin (act. 315). Ob eine Berührung der Argonbeamer-Sonde mit der Darmwand erfolgt sei sowie über die Höhe der angewendeten Wattzahl bzw. die Behandlungsdauer könne anhand der vorliegenden Unterlagen keine Aussage gemacht werden (act. 315). Somit könne letztlich keine eindeutige Aussage gemacht werden, ob eine Missachtung der sorgfaltsgemässen Handhabung des Argonbeamers vorliege (act. 315).

Im Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 wird festgehalten, aufgrund derjenigen Bilder in den Unterlagen, die das koagulierte Gewebe der ehemaligen Klägerin zeigten, sei nicht beurteilbar, ob der Argonbeamer regelkonform eingesetzt worden sei (act. 383). Das gleichzeitige Vorhandensein

von drei Perforationen wäre bei einem regelkonformen Einsatz des Argonbeamers demgegenüber sehr unwahrscheinlich und spreche für einen fehlerhaften Einsatz des Argonbeamers (act. 383). Die gleichzeitige Präsenz von drei Perforationen in einem Bereich des Dickdarms spreche entweder für eine Fehleinstellung des verwendeten Argonbeamers oder eine falsche Applikation der Argonbeamer-Sonde durch den untersuchenden Arzt (act. 384).

Entgegen den Ausführungen der Beklagten widersprechen sich das Gutachten vom 24. November 2016 und das Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 nicht: An keiner Stelle im Gutachten oder im Ergänzungsgutachten wurde festgehalten, die Argonbeamer-Behandlung durch Dr. med. [redacted] (Beklagte) sei sorgfältig erfolgt. Vielmehr gelangen sowohl das Gutachten als auch das Ergänzungsgutachten zum Schluss, dass im Ergebnis die konkrete Argonbeamer-Behandlung für die Perforationen ursächlich war (act. 313, 315 und 383), was die Beklagte an sich auch nicht (mehr) rügt (vgl. vorstehende E. 6.3.1). Zudem spricht im Sinne eines Indizienschlusses das Behandlungsergebnis (dreifache Perforation) deutlich für einen Behandlungsfehler (so explizit nur das Ergänzungsgutachten, act. 384). Nur die Frage, ob die genaue Fehlbehandlung ausgemacht werden könne, wurde – in beiden Gutachten übereinstimmend – dahingehend beantwortet, es sei aufgrund der vorhandenen Unterlagen (Behandlungsbericht, Fotografien, etc.) nicht beurteilbar, ob eine Berührung der Argonbeamer-Sonde mit der Darmwand erfolgte oder eine zu hohe Wattzahl bzw. zu lange Behandlungsdauer angewendet worden sei. Mit anderen Worten blieb in der Begutachtung nur offen, welche Unsorgfalt (fehlerhafte Einstellung des Argonbeamers oder dessen fehlerhafte Handhabung) Ursache der Perforationen waren, doch geht aus der Begutachtung klar hervor, dass nur entweder die falsche Einstellung des Beamers oder dessen falsche Handhabung die Perforationen bewirkt haben kann.

6.4.2.4.

Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz, der gutachterlichen Auffassung folgend, davon ausging, Dr. med. [redacted] (Beklagte) habe den Argonbeamer nicht korrekt angewendet. Der Schluss, dass der Umstand, dass nicht nur eine, sondern Perforationen der Darmwand gleich an drei von vier bis fünf behandelten Stellen aufgetreten waren, nur durch eine falsche Einstellung des Argonbeamers und/oder dessen falsche Handhabung erklärbar sei, ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Die Beklagte vermag denn auch nicht ansatzweise zu erklären, wie es trotz korrekter Einstellung des Beamers und sorgfältiger Bedienung gleich zu mehreren Perforationen kommen konnte. Unter diesen Umständen muss das Auftreten von drei Perforationen der Darmwand ohne Sorgfaltspflichtverletzung als bloss theoretische Möglichkeit aufgefasst werden. Demgemäss ist die Sorgfaltspflichtverletzung mit dem notwendigen Regelbeweisgrad (vgl. dazu LARDELLI/VETTER, Basler Kommentar, ZGB I, 6. Aufl., 2018,

Art. 8 N. 17) erstellt. Welche Fehlmanipulation im Detail vorliegt (Fehleinstellung des Argonbeamers und/oder eine falsche Anwendung der Argonbeamer-Sonde), ist letztlich nicht tatbestandsrelevant. Es reicht aus, dass mit der nötigen Gewissheit feststeht, dass die körperliche Schädigung (und die damit einhergehende immaterielle Unbill) ohne die ärztliche Handlung, der die eine und/oder andere Sorgfaltspflichtverletzung anhaftet, nicht eingetreten wäre. Die blosse Verwirklichung eines behandlungsimmanenten Risikos erscheint im Lichte des eingeholten Gutachtens nur als theoretisch, zumal in der Literatur kein vergleichbares Behandlungsergebnis ausgemacht werden konnte.

6.4.3.
Als Fazit kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Argonbeamer von Dr. med. [redacted] Beklagte) im vorliegenden Fall nicht regelkonform und daher unsorgfältig angewendet wurde. Darin ist ein Behandlungsfehler und damit eine Sorgfaltspflichtverletzung zu erblicken.

6.5.
Nach dem Gesagten könnte an sich offenbleiben, ob nach den im Zeitpunkt des Eingriffs (Koloskopie vom 17. März 2009) gültigen Regeln der ärztlichen Kunst eine den Heileingriff (Koagulation der Dysplasien) vorbereitende Unterspritzung der Dysplasien geboten war (die die Perforationen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte). Dennoch sei im Folgenden auch auf die von der Beklagten insoweit in der Berufung erhobenen Rügen eingegangen:

6.5.1.
Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe die klägerische Behauptung, wonach bei einer Argon-Plasma-Koagulation im Kolonascendens und Zökum die Unterspritzung der Angiodysplasien vor der Therapie notwendig sei, um eine Perforation zu vermeiden, nicht bestritten. Demnach wäre diesbezüglich gar kein Gutachten einzuholen gewesen. Dennoch ergebe sich aus dem Gutachten dasselbe, wie die ehemalige Klägerin behauptet habe. Dr. med. [redacted] (Beklagte) hätte also die Angiodysplasien unterspritzen sollen und habe dies nicht getan. Darin liege ein Behandlungsfehler von Dr. med. [redacted] (Beklagte) (angefochtener Entscheid E. III/6.5).

6.5.2.
6.5.2.1.
Dagegen wendet die Beklagte zunächst ein, dass die Vorinstanz – unter Mitwirkung der Parteien, die beide damit einverstanden gewesen seien – in Anwendung von Art. 226 Abs. 3 ZPO Beweis darüber abgenommen habe, ob es eine anerkannte Regel der [ärztlichen] Kunst sei, Angiodysplasien vor der Koagulation mit dem Argonbeamer zu unterspritzen. Sie könne das Ergebnis dieser Beweisabnahme nicht einfach aus der Welt schaffen, indem sie in ihrem Urteil zur Überraschung aller festhalte, über die Frage

der Unterspritzung werde kein Beweis abgenommen. Ein solches Vorgehen sei willkürlich. Das Thema der Unterspritzung sei von klägerischer Seite in der Replik (act. 159 f.) tatsächlich aufgeworfen worden. Indes habe die Beklagte diesbezüglich in der Duplik unter Verweis auf ihre Ausführungen in der Klageantwort erneut die Gegenbehauptung aufgestellt, sodass das vorinstanzliche Argument, es sei zwischen den Parteien unbestritten, dass Dr. med. [redacted] (Beklagte) bei der Koagulation nicht lege artis gehandelt habe, überspitzt formalistisch und willkürlich sei (Berufung Rz. 116 f.).

Es ist nicht restlos klar, was die Beklagte in welcher Reihenfolge einwenden will. Obwohl an sich dem Aufbau der Berufung widersprechend, ist zunächst zu prüfen, ob eine (genügende) Bestreitung vorliegt (Berufung Rz. 117). Nur bei Verneinung einer rechtsgenügenden Bestreitung kann sich die Anschlussfrage stellen, ob – wie die Beklagte zumindest sinngemäss geltend zu machen scheint – eine unbestrittene Tatsache dadurch zu einer bestrittenen wird, dass das Gericht ohne Einspruch der Parteien über eine an sich unbestrittene und damit nach Art. 150 Abs. 1 ZPO grundsätzlich keines Beweises bedürfende Tatsache (dennoch) Beweis abnimmt.

6.5.2.2.
Was die Frage nach dem Vorliegen einer rechtgenügenden Bestreitung anbelangt, ist wohl zutreffend, dass die durch Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangte substanziierte Bestreitung auch durch eine eigene Sachdarstellung des Beweisgegners erfolgen kann, die, falls zutreffend, die Richtigkeit der klägerischen Behauptung ausschliesst. Für den vorliegenden Fall ist eine solche (implizite) Bestreitung, die in einem der Verhandlungsmaxime unterliegenden Verfahren wie dem vorliegenden vorbehältlich zulässiger Noven im Behauptungsverfahren vorzubringen ist (Art. 229 ZPO), entgegen der Auffassung der Beklagten zu verneinen. Wie diese selber erkennt (Berufung Rz. 116), war in der Replik von klägerischer Seite (neu) vorgebracht worden, dass dann, wenn Dr. med. [redacted] (Beklagte) vor der Therapie die (in keinem Aktenstück vermerkte und somit auch nicht erfolgte) Unterspritzung der Angiodysplasie "beherzigt" hätte, keine Darmperforation aufgetreten wäre (act. 160). Diese Behauptung enthält nicht bloss eine (Rechts-) Behauptung, dass eine (von der Beklagten in der Klageantwort bestrittene) Sorgfaltspflichtverletzung stattgefunden habe, sondern zwei *Tatsachen*behauptungen, nämlich zum einen die Behauptung, dass (2009) eine ärztliche Regel dahingehend bestanden habe, zur Vermeidung einer Perforation die Angiodysplasien vorgängig der Koagulation zu unterspritzen, und zum andern die Behauptung, dass bei einer Unterspritzung die Perforationen ausgeblieben wären. Diese beiden neuen Tatsachenbehauptungen konnte die Beklagte in der Duplik (act. 229) nicht mit dem blossen Verweis darauf, dass an den Ausführungen in der Klageantwort festgehalten werde, bestreiten. Denn dort war der ehemaligen Klägerin entgegengehalten worden, sie

habe mit ihren knappen Äusserungen und Rückschlüssen die von ihr behauptete Sorgfaltspflicht nicht substanziiert. In der Replik wurde diese Substanziierung mit den neuen Behauptungen betreffend Unterspritzung nachgeholt, sodass die Beklagte nun ihrerseits gehalten gewesen wäre, diese neuen Behauptungen (substanziiert) zu bestreiten.

6.5.2.3.
Selbst wenn man bei Bejahung einer ungenügenden Bestreitung nicht von vornherein ausschliessen wollte, dass eine nicht streitige Behauptung dadurch zu einer bestrittenen werden kann, dass – entgegen Art. 150 Abs. 1 ZPO – ohne Einspruch der dadurch belasteten Partei darüber Beweis abgenommen wird, erscheint fraglich, ob dies zulässig ist, wenn die belastete Partei – wie hier (vgl. klägerische Eingabe vom 12. Juli 2017 [act. 389]) – noch im erstinstanzlichen Verfahren geltend macht, es hätte richtigerweise keine Beweisabnahme stattfinden dürfen. Wie es sich damit verhält, kann indes offenbleiben, wenn die Beweisabnahme den Nachweis für die (an sich nicht bestrittene[n]) Behauptung(en) erbracht hat und sich die sich im Rechtsmittel dagegen vorgebrachten Einwendungen als unbegründet erweisen (vgl. nachfolgend E. 6.5.3).

6.5.3.
6.5.3.1.
In Bezug auf die Frage, ob die Angiodysplasien bei der vorliegend umstrittenen Behandlung durch Dr. med. [redacted] (Beklagte) vor ihrer Koagulation nach den Regeln der ärztlichen Kunst mit einer NaCl-Lösung zu unterspritzen gewesen wären, bringt die Beklagte Folgendes vor: Das Gutachten vom 24. November 2016 und das Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 könnten – trotz ihrer Widersprüchlichkeit (Berufung Rz. 54 ff.) – letztlich nur so verstanden werden, dass im Jahr 2009 die Unterspritzung von Angiodysplasien vor der Koagulation keine zwingend anwendbare Regel der Kunst dargestellt habe, sondern eine mögliche, im Ermessen des behandelnden Arztes stehende Massnahme gewesen sei (Berufung Rz. 88). Letzteres leitet die Beklagte hauptsächlich daraus ab, dass sich der Gutachter auf Studien gestützt habe, die es im Behandlungszeitpunkt (März 2009) noch gar nicht gegeben habe (Berufung Rz. 43 ff.). Dies betreffe insbesondere die Frage, ob die Angiodysplasien vorgängig mit einer NaCl-Lösung zu unterspritzen gewesen wären. Die Vorinstanz habe daher in ihrer Darstellung des Inhalts des Ergänzungsgutachtens entscheidende Aspekte ignoriert und es krass einseitig und damit willkürlich zulasten der Beklagten wiedergegeben (Berufung Rz. 30 f.).

6.5.3.2.
6.5.3.2.1.
Es ist der Beklagten zuzugestehen, dass allein aus der Guideline aus dem Jahr 2016 nicht abgeleitet werden kann, was den Regeln der ärztlichen Kunst im Jahr 2009 entsprach. Indes hat sich der Gutachter nicht nur und

auch nicht hauptsächlich auf die Guideline aus dem Jahr 2016 abgestützt, um die im Jahr 2009 geltenden Regeln der ärztlichen Kunst darzulegen. Wie die Beklagte selber ausführt, hat der Gutachter schon im Gutachten vom 24. November 2016 neben der American College of Gastroenterology Clinical Guideline aus dem Jahr 2016 drei Studien aus dem Jahr 2006 (Olmos et al., Kwan et al., und Suzuki et al.) berücksichtigt (Berufung Rz. 45). Zum Verhältnis der drei Studien aus dem Jahr 2006 einerseits und der Guideline aus dem Jahre 2016 anderseits ergibt sich aus dem Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 Folgendes: Im ersten Absatz (act. 380) fasste der Gutachter zusammen, welche medizinischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse sich den drei Studien aus dem Jahr 2006 (Olmos et al., Kwan et al., und Suzuki et al.) entnehmen lassen. Im zweiten Absatz (act. 381) wird dann weiter ausgeführt, dass "die Unterspritzung von Angiodysplasien vor einer APC-Behandlung aufgrund der vorliegenden medizinischen Erkenntnisse Eingang in die Empfehlungen der internationalen Fachgesellschaften gefunden [hat] und [...] routinemässig praktiziert [wird] auf der Basis der Good Clinical 'Practice'". Dies kann nur so verstanden werden, dass in den Guidelines 2016 lediglich das zum Ausdruck gebracht wird, was bereits aufgrund früher gewonnener Erkenntnisse, womit nur die drei Studien aus dem Jahre 2006 gemeint sein können, ohnehin schon als Regel der ärztlichen Kunst galt. Damit im Einklang steht, dass in dem im November 2016 und damit nur einige Monate nach der Publikation der Guidelines (offenbar März 2016) verfassten (Haupt-) Gutachten ausgeführt wurde, dass die Unterspritzung von Angiodysplasien im Zökum vor deren Behandlung mit dem Argonbeamer in "unserer" Klinik (gemeint Klinik für Gastroenterologieund Hepatologie am Universitätsspital Zürich) und anderen Kliniken Standardmassnahme sei, um die Perforationsgefahr einer solchen Behandlung zu senken. Diese Praxis stützte der Gutachter dort einzig auf die beiden Studien Kwan et al. und Suzuki et al. aus dem Jahr 2006 (act. 313).

Dem Einwand der Beklagten, der Gutachter habe nicht bereits aus den Studien aus dem Jahr 2006 einen medizinischen Standard abgeleitet, ist aus den dargelegten Gründen nicht zu folgen. Vielmehr führt der Gutachter explizit aus, die zwei bereits 2006 und damit deutlich vor 2009 publizierten Studien hätten Dr. med. [redacted] (Beklagte) bekannt sein müssen. Diese Studien bezögen sich auf genau dieselbe Behandlung, wie sie vorliegend umstritten sei (Einsatz des Argonbeamers zur Behandlung von Angiodysplasien im rechtsseitigen Kolon). Es sei offensichtlich, dass eine Unterspritzung die Argonbeamer-Behandlung im rechtsseitigen Kolon sehr sicher mache. Somit sei nicht einzusehen, warum eine Unterspritzung hätte unterlassen werden sollen (act. 382 f.). Wenn der Gutachter somit aus zwei Studien aus dem Jahr 2006 ableitet, es sei nicht ersichtlich, warum eine Unterspritzung unterlassen werden sollte, dann hat er aus diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine ärztliche Kunstregel abgeleitet.

An den Ergebnissen des (ausführlichen, begründeten) Gutachtens vom 24. November 2016 und des (ebenfalls ausführlichen, begründeten) Ergänzungsgutachtens vom 27. Juni 2017 ändert die von der Beklagten eingereichte (etwa einseitige) Stellungnahme von Prof. Dr. med. [redacted] vom 31. Dezember 2017 (vgl. vorinstanzliche Beilage der Beklagten zu ihrer Eingabe vom 11. Januar 2018 = Berufungsbeilage 14) nichts. Darin wird dem Gerichtsgutachter vorgeworfen, er zitiere zwar zwei Studien aus dem Jahr 2006. Diese würden auf eine Reduktion des Perforationsrisikos hindeuten, eine solche aber nicht beweisen; es habe also im Jahr 2009 keine klare wissenschaftliche Evidenz vorgelegen, die eine Unterspritzung von Angiodysplasien gefordert hätte. Wie Prof. Dr. med. [redacted] zu diesem Schluss kommt, lässt sich der Stellungnahme nicht entnehmen. Weder setzt er sich mit dem Inhalt der beiden genannten Studien aus dem Jahr 2006 auseinander noch ist behauptet oder sonst ersichtlich, dass Prof. Dr. med. [redacted] eigene Recherchen betreffend die streitgegenständliche Frage angestellt hätte. Es handelt sich somit um schlichte Behauptungen. Daran ändert auch BGE 141 III 433 E. 2.6 nichts (so wohl aber Berufung Rz. 39), denn die Form, in der eine Behauptung vorgetragen wird – ob in einer Stellungnahme eines Fachexperten (Privatgutachten) oder einer Rechtsschrift – ändert nichts daran, dass es sich in beiden Fällen um Parteibehauptungen handelt. Selbst wenn die Vorinstanz die Stellungnahme von Prof. Dr. med. [redacted] daher berücksichtigt hätte, hätte sie gestützt darauf keine ernsthaften Zweifel am Inhalt des Gutachtens vom 24. November 2016 und des Ergänzungsgutachtens vom 27. Juni 2017 haben dürfen. Die Fragen, ob die Beklagte die Stellungnahme von Prof. Dr. med. [redacted] überhaupt rechtzeitig in das vorinstanzliche Verfahren einbrachte (vgl. Berufung Rz. 32 ff.) und ob die Vorinstanz den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör dadurch verletzte, dass sie die Stellungnahme von Prof. Dr. med. [redacted] nicht beachtete (vgl. Berufung Rz. 37 ff.), können somit mangels Relevanz dieser Stellungnahme für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens offengelassen werden.

6.5.3.2.2.

Die Beklagte wendet weiter ein, für die Bejahung einer aus wissenschaftlichen Erkenntnissen abgeleiteten Kunstregel genüge es nicht, dass allgemein anerkannt sei, dass eine Unterspritzung das Risiko einer Perforation vermindere und ein sicheres Verfahren darstelle (Berufung Rz. 44 und 47). Vielmehr müsse ein eigentliches Behandlungsprinzip gegeben sein (Berufung Rz. 49), worunter die Beklagte offenbar eine Regel der ärztlichen Kunst versteht, die zwingend, d.h. wohl ausnahmslos, angewandt sein will. Denn solange eine Behandlungsmassnahme bloss eine mögliche sei, die im Ermessen des behandelnden Arztes stehe, könne – so die Beklagte – keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen (bspw. Berufung Rz. 5, 88, 90, 106 und 125). Auch dem ist nicht zu folgen:

Es geht nicht an, eine Regel der ärztlichen Kunst – und gestützt darauf eine Sorgfaltspflichtverletzung des behandelnden Arztes – nur dann zu bejahen, wenn diese Regel eine bestimmte Behandlungsmethode als *zwingend* einzuhalten umschreibt. Die Komplexität des Lebens dürfte es kaum je erlauben, eine bestimmte Behandlungsmethode für alle Fälle als zwingend zu bezeichnen. Vielmehr kommt dem behandelnden Arzt in aller Regel immer ein gewisser Entscheidungsspielraum zu, wie sowohl der Gutachter für den vorliegenden Fall (act. 382) als auch das Bundesgericht generell (BGE 130 IV 7 E. 3.3, 120 Ib 411 E. 4a) festgehalten haben. In den soeben erwähnten Entscheiden liess es das Bundesgericht für die Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung denn auch genügen, dass eine Therapie nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand *als nicht mehr vertretbar* erschien. Unzulässig ist es demgegenüber, die Haftung eines Arztes bereits dann zu bejahen, wenn er sich *ex post* betrachtet bloss nicht für die objektiv beste Lösung entschied. Ebenfalls darf ein Arzt nicht bereits deshalb haftpflichtig werden, weil sich bloss die mit einer bestimmten Behandlungsform verbundenen Risiken an sich verwirklicht haben (vgl. oben E. 6.2).

Nach dem Gesagten ist in Bezug auf die Frage, ob eine Regel der ärztlichen Kunst vorliegt, entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. Berufung Rz. 54 ff.) kein Widerspruch zwischen dem Gutachten vom 24. November 2016 und dem Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 auszumachen. Zwar wird im Gutachten vom 24. November 2016 ausgeführt, dass in der Guideline aus dem Jahr 2016 eine Unterspritzung der Angiodysplasie nur als möglicherweise durchzuführende Vorsichtsmassnahme erwähnt und nicht zwingend verlangt werde (act. 315). Im Gutachten vom 24. November 2016 wird aber – anders als es die Beklagte behauptet (Berufung Rz. 56) – gerade nicht gesagt, die Unterspritzung stelle keine zu beachtende Regel der Kunst dar. Vielmehr wurde dort (act. 313) ausgeführt, in mehreren Kliniken stelle die Unterspritzung eine Standardmassnahme vor der Behandlung von Angiodysplasien im Zökum mit dem Argonbeamer dar. Wenn derselbe Gutachter im Ergänzungsgutachten vom 27. Juni 2017 gleichzeitig festhält, die Unterspritzung gelte als Standard in der Medizin und stelle ein anerkanntes und etabliertes Behandlungsprinzip dar, so widerspricht dies nicht den Ausführungen im Gutachten, wonach die Unterspritzung nicht in jedem einzelnen Fall zwingend vorzunehmen ist.

6.5.3.3.
Nach dem Gesagten ist vorliegend nicht zu prüfen, ob es im Jahr 2009 einen auf der medizinischen Wissenschaft beruhenden, allgemein anerkannten Grundsatz gab, der von Dr. med. [redacted] (Beklagte) zwingend verlangte, die bei der ehemaligen Klägerin diagnostizierten Angiodysplasien vor der Behandlung mit einer NaCl-Lösung zu unterspritzen. Es ist (nur) zu prüfen, ob es aus objektiver Perspektive gestützt auf den allgemeinen fachlichen Wissensstand im Jahr 2009 und aufgrund sämtlicher Umstände des vorliegenden Falles als nicht mehr vertretbar erscheint, dass

Dr. med. [redacted] (Beklagte) von einer vorgängigen Unterspritzung der Angiodysplasien bei der ehemaligen Klägerin absah.

Dabei ist von folgender unbestrittener Ausgangslage auszugehen: Bei der ehemaligen Klägerin wurden im Zökum, d.h. einem Darmabschnitt, der für seine dünne Darmwand bekannt ist, Angiodysplasien koaguliert. Durch die Lage der Angiodysplasien im Zökum war deren Koagulation wegen der dünneren Darmhaut im konkreten Fall bereits mit einem erhöhten Risiko behaftet (act. 312 und 381; vgl. auch Klageantwort der Beklagten Rz. 96 [act. 95]). Hinzu kommt, dass Dr. med. [redacted] (Beklagte) nicht bloss eine kleine Angiodysplasie koagulierte, sondern gleich 4–5 Stück, die aufgrund ihrer Grösse von jeweils ca. 1cm als nicht mehr klein gelten (act. 384). Insgesamt ergibt sich somit aus der Anzahl und der Grösse der Angiodysplasien sowie deren Lage bei der ehemaligen Patientin ein deutlich erhöhtes Perforationsrisiko (act. 381).

Dr. med [redacted] (Beklagte) entschied sich zur Koagulation der Angiodysplasien unter Verwendung eines Argonbeamers, was vom Gutachter als Therapie der "ersten Wahl" bezeichnet wird und deshalb nicht zu beanstanden ist (act. 308, 311 und 312). Zwar ist einem behandelnden Arzt grundsätzlich ein Entscheidungsspielraum zuzugestehen, ob er die Behandlung der ehemaligen Klägerin mit oder ohne Unterspritzung durchführte (act. 382). Allerdings ist im Lichte der bereits im Jahr 2006 publizierten Studien, die dem auf Gastroenterologie spezialisierten (act. 504) Dr. med. [redacted] (Beklagte) bekannt sein mussten, nicht mehr nachvollziehbar, dass er in Anbetracht des im Fall der ehemaligen Klägerin erhöhten Perforationsrisikos (Anzahl, Grösse und Lage der Angiodysplasien) vorgängig der Koagulation der vorgefundenen Angiodysplasien deren als sicher geltende Unterspritzung von Angiodysplasien mit einer NaCl-Lösung unterliess, mit der das vorliegend erhöhte Perforationsrisiko deutlich hätte vermindert werden können (act. 381, 382 und 385). Dr. med. [redacted] sagte zwar in der Befragung vor Vorinstanz aus, durch die Unterspritzung wären die Gefässe weniger gut sichtbar geworden, womit eine gezielte Koagulation erschwert worden wäre (vgl. angefochtener Entscheid E. II/4.4). Dabei handelt es sich indes bloss um eine allgemeine Aussage zur Unterspritzung. Auf den vorliegenden Fall bezogen bezeichnete der Gutachter die Angiodysplasien als gut sichtbar, womit die Unterspritzung einzig der Sicherheit der ehemaligen Klägerin gedient hätte (act. 382). Damit standen Dr. med. [redacted] (Beklagte) am 17. März 2009 im Fall der ehemaligen Klägerin nicht zwei oder mehrere mehr oder weniger gleichwertige und damit vertretbare Behandlungsmöglichkeiten offen. Die Entscheidung von Dr. med. [redacted] (Beklagte), nicht zu unterspritzen, war vielmehr nicht mehr vertretbar. Dies gilt vorliegend umso mehr, als kein Notfalleingriff vorlag (für den unter Umständen die für eine vorgängige Unterspritzung notwendigen Mittel nicht zur Verfügung gestanden hätten).

6.5.3.4.
Nach dem Gesagten wäre der Vorinstanz auch insoweit zu folgen, als sie es als Sorgfaltswidrigkeit qualifiziert hat, dass Dr. med. [redacted] vorgängig der Koagulation der anlässlich der Koloskopie vorgefundenen Angiodysplasien diese nicht mit einer NaCL-Lösung unterspritzt hat (welche Vorsichtsmassnahme mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Perforationen verhindert hätte, Ergänzungsgutachten, act. 381 f.).

7.
Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Ausgangsgemäss wird die Beklagte im Berufungsverfahren für die Gerichts- und die Parteikosten kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO).

Der (Kosten-) Streitwert beläuft sich auf Fr. 25'000.00. Gestützt darauf beträgt der Grundansatz für die Entscheidgebühr Fr. 2'790.00 (§ 11 Abs. 1 VKD in Verbindung mit § 7 Abs. 1 VKD). Aufgrund ausserordentlich hoher Aufwände wegen der über 700 Seiten Akten und mehreren Hundert Seiten Beilagen sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 11 Abs. 1 VKD in Verbindung mit § 7 Abs. 3 VKD um 50 % auf Fr. 4'185.00 zu erhöhen. Im Umfang von Fr. 2'790.00 werden sie mit dem von der Beklagten in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Obergerichtskasse den Fehlbetrag von Fr. 1'395.00 nachzubezahlen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Die Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT beträgt Fr. 5'590.00. Ausgehend davon ist die der Klägerin zustehende zweitinstanzliche Parteientschädigung unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung, einem Zuschlag von 50 % zufolge des ausserordentlich umfangreichen Aktenmaterials und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 und 3 AnwT sowie § 8 AnwT) einerseits und einer Auslagenpauschale von Fr. 150.00 sowie der Mehrwertsteuer anderseits auf gerundet Fr. 5'579.95 (= [Fr. 5'590.00 x 0.8 x 1.5 x 0.75 + Fr. 150.00] * 1.077) festzusetzen.

Das Obergericht erkennt:

1.
Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

2.
Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 4'185.00 wird der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von

Fr. 2'790.00 verrechnet, sodass die Beklagte der Obergerichtskasse den Differenzbetrag von Fr. 1'395.00 zu bezahlen hat.

3.
Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine zweitinstanzliche Parteientschädigung in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 5'579.95 (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

Zustellung an:
die Parteien (Vertreter, je zweifach)
die Vorinstanz

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 25'000.00.**

Rechtsmittelbelehrung für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 29. Juni 2021

Obergericht des Kantons Aargau
Zivilgericht, 1. Kammer

Der Präsident:

Brunner

Der Gerichtsschreiber:

Tognella

GERICHTE KANTON AARGAU
OBERGERICHT