



Mitwirkend: Der Obergerichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und die Obergerichterin Eleonora Lichti Aschwanden, die Handelsrichter Dr. h.c. Stephan Weber, Dr. Thomas Lörtscher und Dr. Albert Ganz sowie die Gerichtsschreiberin Mirjam Mürger

Urteil vom 22. Januar 2013

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

I. Sachverhalt und Streitgegenstand.....	4
1. Sachverhalt.....	4
2. Streitgegenstand.....	5
II. Parteistandpunkte.....	5
III. Prozessverlauf.....	6
IV. Formelles	8
1. Anwendbares Prozessrecht.....	8
2. Zuständigkeit	9
3. Klageänderung	9
4. Einschränkung des Prozessthemas.....	9
5. Teilweiser Rückzug.....	10
V. Materielles.....	10
1. Passivlegitimation	10
1.1. Vorbringen der Klägerin.....	10
1.2. Vorbringen der Beklagten	12
1.3. Spitalaufnahmevertrag.....	14
2. Haftung aus Spitalaufnahmevertrag	20
2.1. Haftungsvoraussetzungen und Beweislast.....	20
2.2. Vertragsverletzung / Sorgfaltspflichtverletzung.....	21
2.3. Kausalzusammenhang	22
3. Herausgabepflicht.....	23
4. Dokumentationspflicht	24
5. Organisationsfehler.....	26
6. Medizinische Behandlung.....	28
6.1. Vorbemerkung	28
6.2. Medizinische Behandlung und Zeitpunkt der Operation	29
6.3. Umfang der Operation (Totalausbau der Hüftgelenksprothese)	52
7. Zusammenfassung	58
VI. Kosten und Entschädigung	60
1. Streitwert.....	60
2. Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung	60

Ursprüngliches Rechtsbegehren:

(Klageschrift, act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Fr. 30'000.– übersteigende Summe als Genugtuung und Schadenersatz nach richterlichem Ermessen, nebst Zins zu 5% seit 25.02.2004, zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren:

(Replik, act. 22 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin zu bezahlen:

1. Fr. 332'876.– nebst Zins zu 5% seit dem 01.10.2005
2. Fr. 1'298'602.– nebst Zins zu 5% ab 01.07.2007
3. Fr. 8'208.– nebst Zins zu 5% seit dem 08.06.2004
4. Fr. 2'958.– nebst Zins zu 5% seit dem 01.11.2004
5. Fr. 8'892.– nebst Zins zu 5% seit dem 01.04.2006
6. Fr. 57'125.– nebst Zins zu 5% ab 01.07.2007
7. Fr. 24'007.– nebst Zins zu 5% seit dem 30.06.2004
8. Fr. 15'175.– nebst Zins zu 5% seit dem 04.06.2007
9. Fr. 33'870.– nebst Zins zu 5% seit dem 04.06.2007
10. Fr. 552'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 07.12.2006
11. Fr. 80'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 26.02.2004

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Sachverhalt und Streitgegenstand

1. Sachverhalt

1.1. Zunächst ist zur medizinischen Vorgeschichte der Klägerin festzuhalten, dass sie am 22. September 1994 in der B._____ (Beklagte) von Dr. med. C._____ am linken Hüftgelenk operiert worden war; es wurde ihr ein künstliches Hüftgelenk, eine sogenannte Totalendprothese, eingesetzt. Am 29. Mai 2000 wurde der Klägerin wiederum von Dr. med. C._____, diesmal in der D._____ Klinik, auch rechts ein künstliches Hüftgelenk (Totalendprothese) eingesetzt (act. 1 S. 4 Rz. 8; act. 26 S. 50 Rz. 177).

1.2. Die Klägerin liess sich am Mittwoch, den 25. Februar 2004, nachts zwischen 01:00 und 02:00 Uhr notfallmässig mit der Ambulanz in die Klinik der Beklagten einliefern. Auslöser der Selbsteinweisung waren am Vorabend (als die Klägerin nach der TV-Sendung "10 vor 10" aufstehen wollte) aufgetretene starke Schmerzen an der Hüfte links (act. 1 S. 2 Rz. 1 und S. 4 f. Rz. 10; act. 9 S. 4 Rz. 1 und S. 7 Rz. 14).

1.3. Am Donnerstag, den 26. Februar 2004, mittags wurde die Klägerin zur notfallmässigen Operation durch Dr. med. C._____ in die D._____ Klinik verlegt. Am darauffolgenden Tag wurde sie zur weiteren Betreuung wieder in die Klinik der Beklagten zurückverlegt (act. 1 S. 2 Rz. 1 sowie S. 10 Rz. 24 und Rz. 26; act. 9 S. 4 Rz. 1, S. 5 Rz. 4 und S. 14 f. Rz. 17 f.).

1.4. Über den Verlauf des Aufenthaltes der Klägerin bei der Beklagten ab Eintritt am frühen Morgen des 25. Februar 2004 bis zu ihrem Übertritt in die D._____ Klinik am 26. Februar 2004 mittags gehen die Darstellungen der Parteien in wesentlichen Punkten auseinander. In tatsächlicher Hinsicht ist insbesondere streitig, ob und durch wen die Klägerin bei ihrem Eintritt untersucht wurde und welche medizinischen Behandlungen sie erfuhr. Fest steht, dass am 25. Februar 2004

um 07:45 Uhr eine Röntgenaufnahme der linken Hüfte gemacht sowie um 11:00 und 13:00 Uhr eine Szintigraphie durchgeführt wurde. Um 19:45 Uhr wurde eine Punktion vorgenommen, welche eine trübe Flüssigkeit zutage förderte, die labor-mässig untersucht wurde und zum Erkennen eines Infekts des linken Hüftgelenkes führte (act. 1 S. 6 Rz. 16, S. 7 Rz. 18 und S. 9 Rz. 20 ff.; act. 9 S. 9 und S. 11 ff. Rz. 15; act. 22 S. 49). Daraufhin wurden die Vorbereitungen für die Operation getroffen, die dann aber von Dr. med. C. _____ in der D. _____ Klinik durchgeführt wurde (act. 1 S. 10 Rz. 23; act. 9 S. 14 Rz. 17). Dort erfolgte eine notfall-mässige Operation, bei welcher die linke Hüfte revidiert, die bestehende Prothese entfernt und der Abszess ausgeräumt wurde (act. 1 S. 10 Rz. 24).

2. Streitgegenstand

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Schadenersatz für den Schaden, der ihr durch Sorgfaltspflichtverletzungen der behandelnden Ärzte und Organisationsfehler entstanden sein soll, sowie Genugtuung (act. 1 S. 3 Rz. 4).

II. Parteistandpunkte

1. Die Klägerin wirft der Beklagten bzw. den für diese handelnden Personen vor, sie hätten ihre Vertragspflichten in verschiedener Hinsicht verletzt und dadurch einen erheblichen Schaden verursacht. Die Vorwürfe lauten insbesondere auf Verletzung der Dokumentationspflicht, der Herausgabepflicht, der Pflicht eine Anamnese und den status praesens aufzunehmen, somit der Verletzung der Diagnosepflicht, weiter der Verabreichung eines falschen Medikaments, der Unterlassung der rechtzeitigen und adäquaten Behandlung sowie Organisationsfehler, mithin der Verletzung verschiedener Regeln der medizinischen Wissenschaft (act. 1 S. 3 Rz. 3 und S. 45 ff. Rz. 84 ff.; act. 22 S. 6 ff. Rz. 6 ff.). Bezüglich des Bestandes eines Schadens hält die Klägerin dafür, es sei bei der Schadensdefinition von der sogenannten Wertschöpfungstheorie auszugehen und sie begründet damit insbesondere ihre Forderung, die aus dem Ausfall ihrer ehrenamtlichen Tä-

tigkeit resultiert. Sodann macht sie Barauslagen, Haushalt- und Betreuungsschaden sowie Genugtuung geltend (act. 1 S. 49 Rz. 94; act. 22 S. 21 ff. Rz. 20 ff.).

2. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage (act. 9 S. 2; act. 26 S. 2). Sie bestreitet jegliches Fehlverhalten und macht geltend, dass auch im Übrigen die Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Bestand und Umfang der geltend gemachten Schadenspositionen seien bestritten. Zudem fehle es sowohl an einem Kausalzusammenhang als auch am Verschulden (act. 9 S. 7 ff. Rz. 14 ff.; act. 26 S. 6 ff. Rz. 13 ff.).

3. Auf diese und die weiteren Vorbringen der Parteien sowie auf die Akten wird nachfolgend – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – im Rahmen der rechtlichen Erörterungen eingegangen.

III. Prozessverlauf

1. Am 29. Juni 2006 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift mit dem oberwähnten ursprünglichen Rechtsbegehren und die Weisung ein (act. 1 und 3). Mit Verfügung vom 3. Juli 2006 (Prot. S. 2) wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt, welche fristgerecht mit Datum vom 2. November 2006 einging (act. 9). Am 14. November 2006 wurden die Parteien zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung am 9. März 2007 vorgeladen (act. 11/1-4). Mit Eingabe vom 22. Januar 2007 wies die Klägerin auf Diskrepanzen zwischen diversen medizinischen Unterlagen und auf die Möglichkeit einer Urkundenfälschung hin (act. 12). Die Beklagte äusserte sich hierzu mit Stellungnahme vom 9. Februar 2007 (act. 15). An der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 9. März 2007 konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 5), sodass mit Verfügung vom 13. März 2007 die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens verfügt und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replikschrift angesetzt wurde, wobei diverse Substantiierungshinweise an sie ergingen (Prot. S. 6 f.). Mit Datum vom 4. Juni 2007 ging die Replikschrift mit den erheblich erhöhten Rechtsbegehren ein (act. 22). Die Beklagte erstattete ihre Duplik am 8. Oktober 2007 (act. 26). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2007 (Prot. S. 10 f.) wurde die Klägerin zur

Stellungnahme zu einzelnen Dupliknoven sowie zur weiteren Substantiierung aufgefordert. Ihre diesbezügliche Eingabe datiert vom 15. Februar 2008 (act. 31), die beklagtsche Stellungnahme dazu vom 14. April 2008 (act. 35).

2. Am 24. Oktober 2008 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 36; Prot. S. 13 ff.). Die Beweisantrittungsschriften reichten die Parteien mit Eingaben vom 18. Dezember 2008 ein (act. 40 und act. 42), wobei die Klägerin mit Eingabe vom 22. Dezember 2008 noch eine Korrektur anbrachte (act. 46). Am 2. März 2009 wurde der Beweisabnahmebeschluss erlassen (act. 47; Prot. S. 23 ff.). Mit Eingaben vom 26. März 2009 nahmen die Parteien zu den Expertenvorschlägen Stellung (act. 51 und act. 52). Mit Beschluss vom 30. August 2009 wurde den Parteien Experten vorgeschlagen sowie Frist zur Stellungnahme zu den Expertenvorschlägen und zur Experteninstruktion angesetzt (act. 56; Prot. S. 45 ff.). Die entsprechenden Stellungnahmen gingen von der Klägerin am 13. Oktober 2009 (act. 65) und von der Beklagten am 2. November 2009 (act. 66) ein. Mit Beschluss vom 19. November 2009 erfolgte ein weiterer Expertenvorschlag bezüglich der Beurteilung des Pflegekostenaufwands (act. 69; Prot. S. 48). Die Beklagte äusserte sich mit Eingabe vom 24. November 2009 zur Stellungnahme der Klägerin zum Beschluss vom 30. August 2009 (act. 75). Am 23. und 26. November sowie 10. Dezember 2009 fanden Beweisverhandlungen statt, anlässlich derer diverse Zeugen einvernommen wurden (Prot. S. 49-251). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2009 nahm die Klägerin zum weiteren Expertenvorschlag Stellung (act. 76). Am 20. Januar 2010 äusserte sich die Klägerin zur Stellungnahme der Beklagten vom 24. November 2009 (act. 77). Es folgten weitere gegenseitige Stellungnahmen vom 26. Januar 2010 (Beklagte; act. 78), 4. Februar 2010 (Klägerin; act. 79), 9. Februar 2010 (Beklagte; act. 80). Mit Eingabe vom 4. Mai 2010 beantragte die Beklagte verschiedene Berichtigungen des Protokolls der Zeugeneinvernahmen (act. 84). Die Klägerin äusserte sich am 6. Mai 2010 dazu (act. 85). In der Folge wurde das Protokoll der Zeugeneinvernahmen mit Beschluss vom 24. August 2010 stellenweise berichtigt (act. 86; Prot. S. 253 ff.). Mit Schreiben vom 28. September 2010 erfolgte die Experteninstruktion an die E._____ AG (act. 88) sowie an die Kantonspolizei Zürich (act. 89). Die Experteninstruktion an den stadtärztlichen Dienst Zürich geschah mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 (act. 93). Am 5.

November 2010 ging das Gutachten des stadtärztlichen Dienstes Zürich ein (act. 96). Mit Schreiben vom 9. November 2010 erfolgte die Experteninstruktion von PD Dr. med. F._____ für die orthopädische Begutachtung (act. 100). Mit Beschluss vom 14. Februar 2011 wurde Prof. Dr. med. G._____ als Sachverständiger für die infektiologische Teilbegutachtung im Rahmen der medizinischen Begutachtung unter der Leitung von PD Dr. med. F._____ ernannt (act. 109; Prot. S. 260). Das Gutachten der Kantonspolizei Zürich erfolgte am 19. Juli 2011 (act. 120). Am 17. August 2011 gingen das Gutachten von PD Dr. med. F._____ vom 11. Juli 2011 (act. 123) und das Zusatzgutachten von Prof. Dr. med. G._____ vom 5. Mai 2011 (act. 124) ein. Am 13. Dezember 2011 erfolgte schliesslich das Gutachten der E._____ AG (act. 131). Mit Verfügung vom 3. Januar 2012 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis, den Zeugen- und Parteibefragungen sowie den Gutachten, angesetzt (Prot. S. 265 f.). Die entsprechenden Eingaben der Klägerin sowie der Beklagte datieren vom 28. Februar 2012 (act. 135 und act. 137).

3. Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

IV. Formelles

1. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Zuständigkeit

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts mit Sitz in H._____ (act. 1 S. 44 Rz. 81). Die Klägerin als natürliche Person hat damit gestützt auf § 63 Ziff. 1 GVG/ZH die Möglichkeit zwischen dem Bezirksgericht und dem Handelsgericht zu wählen. Das angerufene Handelsgericht ist daher gemäss § 62 GVG/ZH und § 63 Ziff. 1 GVG/ZH sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG. Die Zuständigkeit blieb denn auch seitens der Beklagten unbestritten (act. 9 S. 6 Rz. 7).

3. Klageänderung

3.1. Die Klägerin hat mit der Replik ihr Rechtsbegehren von ursprünglich einer den Betrag von CHF 30'000.– übersteigenden Summe als Genugtuung und Schadenersatz nach richterlichem Ermessen auf neu CHF 2'413'713.– erhöht (act. 1 S. 2; act. 22 S. 2).

3.2. Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO/ZH kann der Kläger in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen andern oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird.

3.3. Da die Änderung des Rechtsbegehrens im Wesentlichen in der Substantiierung der Begehren liegt, sind die Voraussetzungen der Klageänderung erfüllt und diese dementsprechend zulässig.

4. Einschränkung des Prozessthemas

4.1. Die Klägerin beantragte bereits in der Klagebegründung, das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen vorab auf die Haftungsfrage zu beschränken (act. 1 S. 3 Rz. 7).

4.2. Das Gericht kann das Hauptverfahren gemäss § 116 ZPO/ZH zunächst auf einzelne Fragen beschränken, wenn anzunehmen ist, der Prozess lasse sich

dadurch vereinfachen. Erweist sich die Beschränkung als unbegründet, wird das Hauptverfahren ergänzt.

4.3. Eine Beschränkung des Prozessthemas vor Abschluss des Hauptverfahrens war vor allem deshalb nicht angezeigt, weil einerseits die Haftungsfrage allein verschiedene kontrovers geführte Streitpunkte enthält und andererseits die Quantifizierung der klägerischen Begehren – wie die Replik zeigte – keinen unverhältnismässigen Zusatzaufwand bedingte. Da eine formelle Abweisung des Begehrens bis heute nicht erfolgte, hat diese im vorliegenden Entscheid zu erfolgen.

5. Teilweiser Rückzug

Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis verzichtete die Klägerin gestützt auf die Erkenntnisse des Gutachtens des stadtärztlichen Dienstes (act. 96) und die damit übereinstimmende positive Beurteilung der gesundheitlichen Entwicklung der Klägerin durch den Gerichtsgutachter PD Dr. med. F. _____ (act. 123) auf den von ihr geltend gemachten Betreuungsschaden im Umfang von CHF 552'000.– (act. 135 S. 3). Dieser teilweise Rückzug der Klage ist vorzumerken.

V. Materielles

1. Passivlegitimation

1.1. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, mit der Selbsteinlieferung in die Notfallstation der von der Beklagten betriebenen Klinik und der Aufnahme der Klägerin in diese Klinik sei ein sogenannter medizinischer Behandlungsvertrag zustande gekommen, dessen wesentliche Teile dem Auftragsrecht unterstünden. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte Vertragspartnerin der Klägerin gewesen sei, und die Personen, die sie in dieser Klinik behandelt hätten, Ärzte, Pflegepersonen etc., als Hilfspersonen der Beklagten im Sinne von Art. 101 OR angesehen werden müssten. Bei der notfallmässigen Selbsteinweisung wolle die Patientin von **einem** Arzt

behandelt werden und suche sich nicht zunächst den Arzt aus, um dann in die Klinik zu gehen. In diesem Zeitpunkt wisse sie nicht, in welchem Vertragsverhältnis die sie jeweils behandelnden Ärzte mit der Klinik stünden. Als die Klägerin sich selbst in die Klinik eingewiesen habe, seien die Dres. med. I. _____ und J. _____ nicht in der Klinik gewesen. Die Klägerin habe von deren Existenz keine Ahnung gehabt. Mit den bei der Beklagten tätigen Ärzten habe kein Vertragsverhältnis bestanden und diese hätten sie auch nicht früher behandelt, sodass angenommen werden könnte, dass die Klägerin mit ihrer Einweisung auch stillschweigend mit diesen Ärzten einen Vertrag abgeschlossen hätte, oder ein bereits bestehender Behandlungsvertrag fortgesetzt worden sei. Irgendein Auftragsverhältnis zwischen diesen Ärzten und der Klägerin bestehe nicht. Auch im späteren Verlauf sei kein Vertragsverhältnis zwischen ihr und den ihr unbekannten Ärzten entstanden, zumal sich die Klägerin nicht einmal genau erinnere, von welchen Ärzten sie wann in der Klinik behandelt worden sei. Sie sei auch nicht von einem behandelnden Arzt den Ärzten Dres. med. J. _____ oder I. _____ zur Weiterbehandlung zugewiesen worden. Für die Übernachtung und Verpflegung der Klägerin käme allenfalls ein Innominatskontrakt, bzw. Beherbergungsvertrag in Frage (act. 1 S. 44 Rz. 81; act. 22 S. 4 ff. Rz. 1 ff.).

Der Klägerin sei bekannt gewesen, dass die Beklagte ein Privatspital sei. Indes sei ihr bis heute nicht bekannt gewesen, dass die Beklagte ein Belegarztspital sei, zumal dieser Begriff von der Beklagten selbst nicht näher definiert worden sei. Die Beklagte wolle damit suggerieren, dass die Klägerin in die Klinik der Beklagten gegangen sei, um dort mit irgendwelchen Ärzten, die ihr nicht bekannt gewesen seien, Behandlungsverträge abzuschliessen. Welche Ärzte für welche Tätigkeiten als sogenannte Belegärzte tätig seien und was der Inhalt dieser belegärztlichen Tätigkeit sei und wie intern die Rechte und Pflichten bzw. die Kompetenz- und Abrechnungsmodelle funktionierten, sei der Klägerin nicht bekannt. Aber auch wenn der Klägerin bekannt gewesen sein sollte, dass die Beklagte ein Belegarztspital sei, habe sie nicht gewusst, wer nun Beleg- und wer Assistenzarzt war. Sie sei von verschiedenen Personen mit Arzttitel behandelt worden. Es sei weder auf der Stirn, noch auf den Namensschildern dieser Ärzte gestanden ob sie nun Beleg- oder angestellte Assistenzärzte gewesen seien. Die Unklarheit seitens der Patien-

tin werde dadurch verstärkt, dass die sogenannten Belegärzte den Patienten keine direkte Honorarrechnung stellten. Ihre Honorarrechnung werde in die Spitalrechnung eingebaut und dem Patienten bzw. der Krankenkasse zugestellt, weil die Prüfung der Berechtigung der erbrachten Leistungen und die Bezahlung dieser Rechnungen den Krankenkassen oblägen. Die Rechnung sei dann von der Krankenkasse direkt bezahlt worden. Der Hinweis darauf, dass die Klägerin sich in dieser Klinik 1994 aufgehalten habe, gehe ebenfalls fehl, weil sie sich erstens nicht daran erinnere und zweitens auch damals die Rechnungen direkt von der Krankenkasse bezahlt worden seien. Das Schreiben vom 11. Juni 2005 sei nach der Behandlung der Klägerin im Spital der Beklagten geschrieben worden, aber das Vertragsverhältnis sei schon eineinhalb Jahre zuvor bei Einlieferung der Klägerin entstanden (act. 31 S. 2 f.).

1.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte geht davon aus, dass zwischen der Klägerin und den Dres. med. J._____ und I._____ ein Vertragsverhältnis entstanden sei (act. 9 S. 32 Rz. 77). Bei der Beklagten handle es sich um ein Privatspital mit Belegarztsystem (Belegspital). Dies bedeute, dass die dort tätigen Ärzte freiberufliche Ärzte seien, die nicht in einem Anstellungsverhältnis zum Spital stünden. Gestützt auf einen mit der Beklagten abgeschlossenen Belegarztvertrag seien die Belegärzte befugt, Patienten in der Klinik der Beklagten zu behandeln und zu operieren und, solange eine stationäre Behandlung erforderlich sei, dort nachzubehandeln bzw. vom Spitalpersonal behandeln zu lassen. Aufgabe des Spitals sei es, die Patienten unterzubringen, zu verpflegen und die für die Durchführung der stationären Behandlung der Patienten durch den Belegarzt erforderlichen Hilfen zur Verfügung zu stellen (act. 26 S. 5 Rz. 8). Diese Aufteilung führe gegenüber dem Patienten zu einer Aufspaltung der Leistungspflichten des Belegarztes einerseits und des Belegspitals andererseits und damit auch zu einer entsprechenden Aufspaltung der Haftung. Für eigene fehlerhafte Behandlungen hafte demnach der Belegarzt selbst. Das Spital müsse nicht für die fehlerhafte Behandlung des Belegarztes eintreten. Es könne einzig in Anspruch genommen werden für die fehlerhafte Behandlung durch sein ärztliches (Assistenzärzte) und nichtärztliches (Pfleger-

sonen) Personal. Die Beklagte hafte also von vornherein nur für ein fehlerhaftes Verhalten der Assistenzärzte und des Pflegepersonals. Soweit die Klägerin aus einem Verhalten eines Belegarztes oder mehrerer Belegärzte einen Anspruch ableiten wolle, fehle es an der Passivlegitimation der Beklagten. Dass es sich bei der B._____ um ein Privatspital mit Belegarztsystem handle, dürfe als "auf dem Platz H._____" allgemein bekannt bezeichnet werden. Der Klägerin sei diese Tatsache schon deshalb bekannt gewesen, weil sie im Jahre 1994 in der Klinik der Beklagten operiert worden sei. Es sei davon auszugehen, dass sie sehr wohl wisse, dass sie damals nicht von einem Spitalarzt, sondern von einem frei praktizierenden Arzt operiert worden sei, welcher im Zusammenhang mit dieser Operation die Infrastruktur der Klinik der Beklagten habe nutzen können. Im Übrigen sei der Rechtsvertreter der Klägerin im Schreiben vom 11. September 2005 ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Klinik der Beklagten ein Belegspital sei, was bedeute, dass "Klinik und Belegarzt dem Patienten gegenüber rechtlich unabhängig voneinander agierten". Gestützt darauf hätte sich die Klägerin zumindest veranlasst sehen sollen, sich gut zu überlegen, mit welchen Parteien sie in ein Vertragsverhältnis getreten sei bzw. welche Partei bzw. welche Parteien sie einklagen wolle. Aus dem rein administrativen Vorgehen der integrierten Rechnungsstellung könne die Klägerin nichts für sich ableiten. Auch der Schlussrechnung lasse sich entnehmen, dass die ärztlichen Leistungen zum einen durch Assistenzärzte, zum andern aber auch durch Belegärzte vorgenommen worden seien. Im Übrigen entziehe es sich der Kenntnis der Beklagten, ob Dr. med. I._____ der Klägerin Rechnung gestellt habe oder nicht. Mit ihm bestehe keine Vereinbarung, dass er das Rechnungswesen der Klinik der Beklagten beanspruchen könne. Der Begriff Belegarztsystem sei ein stehender Begriff. Auch auf der Homepage der Beklagten lasse sich entnehmen, dass diese als Belegarztspital geführt werde. Dass sich die Klägerin "notfallmässig selbst in die Klinik der Beklagten begeben" habe, ändere an dieser Situation nichts (act. 26 S. 6 Rz. 9 ff. und S. 15 Rz. 30; act. 35 S. 4 ff. Rz. 3 ff.).

1.3. Spitalaufnahmevertrag

1.3.1. Unabhängig davon, ob die Klägerin mit den beiden Ärzten Dr. med. I. _____ und Dr. med. J. _____ einen separaten Vertrag hatte, trat die Klägerin mit dem Eintritt in ihre Klinik mit der Beklagten in eine vertragliche Beziehung. Da es sich bei der Beklagten um eine juristische Person des Privatrechts handelt, ist diese Vertragsbeziehung ausschliesslich privatrechtlicher Natur.

1.3.2. Die Lehre unterscheidet beim Spitalaufnahmevertrag zwischen dem totalen Spitalaufnahmevertrag und dem gespaltenen. Beim totalen Spitalaufnahmevertrag verpflichtet sich das Spital gegenüber dem Patienten gegen Entgelt zur Gewährung von Unterkunft, Verpflegung, Pflege und ärztlicher Behandlung. Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag beschränkt sich demgegenüber die Leistung des Spitals auf Gewährung von Unterkunft, Verpflegung und Pflege. Die ärztliche Betreuung ist hier Gegenstand eines besonderen Vertrages zwischen dem verantwortlichen Krankenhausarzt und dem Patienten. Im gespaltenen Spitalaufnahmevertrag liegen nur die nachgeordneten ärztlichen Dienste im Pflichtbereich des Spitals. Beim Zusammenwirken von Ärzten und medizinischem Hilfspersonal stellen sich dabei mitunter schwierige Fragen, weil vorerst zu klären ist, in wessen Verantwortungsbereich das Hilfspersonal tätig ist. Schwierigkeiten könnten sich ergeben, wenn das Spitalpersonal durch den Spitalträger gestellt ist, jedoch im Auftrag und auf Weisung des Arztes handelt. Es haftete dann der Arzt für das Pflegepersonal, soweit dieses auf seine Weisung hin tätig wird, und den Patienten schädigt; hingegen haftete das Spital für typische Pflegeleistungen ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Arztes (vgl. zum Ganzen: WALTER FELLMANN, in: KUHN / POLEDNA, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl. 2007, S. 106 ff.; JOST GROSS, *Haftung für medizinische Behandlung*, Bern 1987, S. 38 und S. 247 ff.; AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 5. Aufl. 2011, N 314 ff. Einl. vor Art. 184 ff. OR). Da es dem Geschädigten in der Regel nicht möglich ist, den Haftungsanteil der verschiedenen an einer Operation beteiligten Personen auszumachen, halten AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP es für gerechtfertigt, regelmässig Solidarschuldnerschaft von Spital und Arzt anzunehmen (a.a.O., N 327 mit Hinweis auf BGE 112 Ib 334, E.2.c, S. 337, wo es

um die privatärztliche Tätigkeit eines Chefarztes an einem öffentlichen Spital (ging). Die Haftung für fremdes Verschulden wird von der Geschäftsherrenhaftung erfasst (Art. 55 bzw. Art. 101 OR), wobei das Schweizerische Bundesgericht die Sorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen beschränkt, sondern der Geschäftsherr darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation zu sorgen und allenfalls Schutzmassnahmen zu ergreifen hat, um eine Schädigung zu verhindern (BGE 110 II 456, E.3.a, S. 463 f.).

1.3.3. Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihres Rechtsstandpunktes insbesondere auf das von ihr eingereichte Privatgutachten von Prof. Dr. iur. h.c. K._____, em. Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität ... sowie ... des Schweizerischen Bundesgerichts, vom 24. November 2004, welches in einem anderen Fall ergangen war und sich mit dem Verhältnis zwischen der Haftung einer Privatklinik und der dort (in eigener Praxis) tätigen Ärzte, welche in der Klinik auch Nacht- und Pikettdienst leisteten, auseinandersetzt (act. 22 S. 4 f. Rz. 2; act. 23/1). Auch die Beklagte zitiert in der Duplik das Privatgutachten und sieht sich darin in ihrer (konträren) Meinung bestätigt (act. 26 S. 14 f. Rz. 26 ff.).

Beim "Gutachten" von Prof. K._____ vom 24. November 2004 (act. 23/1) handelt es sich um ein Partei- bzw. Privatgutachten. Als solches ist es grundsätzlich kein Beweismittel, sondern hat nur die Bedeutung einer Parteibehauptung (vgl. FRANK / STRÄULI / MESSMER, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, N 4 zu vor § 171 ff. ZPO), vorausgesetzt es hat in die Rechtsschriften Eingang gefunden. Die Ausführungen des Privatgutachters K._____ befassen sich zudem nicht mit Tatsachenfragen, sondern mit der rechtlichen Würdigung von Tatsachen. Als Rechtsauffassung, die sich mitunter auch auf die Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts stützt, mag sie aber – soweit im vorliegenden Verfahren relevant – durchaus in die durch das angerufene Gericht vorzunehmende Würdigung einfließen.

Der Privatgutachter K._____ geht davon aus, dass beim Spitaleintritt zunächst nach den Regeln des Zustandekommens und der Auslegung der Verträge der Vertragstyp festzustellen sei. Seien tatsächliche Willensäusserungen nicht festzu-

stellen, so greife die normative Auslegung Platz, welche den Vertragsinhalt aus einem objektivierten Blickwinkel bestimme. Dabei werde in der Regel im Belegarztsystem ein gespaltener Spitalvertrag geschlossen. Der Arzt stehe weder in einem Arbeitsverhältnis noch in einem arbeitsähnlichen Verhältnis zum Krankenhaus und die Spitalbehandlung stelle eine Fortsetzung einer ambulanten ärztlichen Tätigkeit dar. Gleiches gelte, wenn ein Patient aus freien Stücken oder aufgrund einer Überweisung durch einen andern Arzt einen am Spital tätigen Arzt aufsuche und mit diesem einen Vertrag schliesse, und ebenso verhalte es sich, wenn der Patient in das Spital eintrete und dieses aufgrund der internen Organisation den behandelnden Ärzten das Recht einräume, mit den Patienten privatrechtliche Verträge abzuschliessen (act. 23/1 S. 8 f.). Unter der Voraussetzung, dass das medizinische Hilfspersonal neben dem Arzt eine Schadenursache mit zu vertreten hat, nimmt der Privatgutachter in Anlehnung an die obenerwähnte Lehre Solidarhaftung von Spital und Arzt an (act. 23/1 S. 12; AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, a.a.O., N 327 Einl. vor Art. 184 ff. OR). Gestützt auf die konkreten Umstände des ihm unterbreiteten Sachverhaltes kommt der Privatgutachter zum Schluss, dass die Qualifizierung der Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient am Ehesten als selbständiges Vertragsverhältnis zu qualifizieren sei. Davon waren in jenem Fall in der gerichtlichen Auseinandersetzung auch die Parteien ausgegangen, und es stand auch fest, dass der Arzt unabhängig von der Klinik Rechnung gestellt hatte (act. 23/1 S. 11 f.). Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 22 S. 5 Rz. 2) knüpft der Privatgutachter für die direkte Haftung des Arztes aber nicht – wie die Klägerin dies tut – an die Zuweisungsart an, d.h. an die Frage, ob der Patient vom betreffenden Arzt dem Spital zugewiesen oder der (Beleg-)Arzt vom Patienten ausgesucht wurde.

1.3.4. Vorliegend wurden konkrete Willensäusserungen der Parteien über die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen nicht behauptet. Die Klägerin hat sich selbst notfallmässig eingeliefert und zu einem ersten Kontakt der Klägerin mit den Dres. med. J. _____ und I. _____ kam es nicht schon beim Eintritt ins Spital, sondern erst am Morgen (frühestens 07:00 Uhr) des 25. Februar 2004. Eingeräumt ist, dass die Klägerin wusste, dass sie sich in ein Privatspital begab, indes will sie

wie gesehen nicht gewusst haben, dass es sich bei der Beklagten um ein Privatspital mit Belegarztsystem handelt (act. 31 S. 2).

Unbestritten blieb, dass ein ausdrücklicher Vertragsschluss zwischen der Klägerin und den beiden Ärzten Dr. med. J. _____ und Dr. med. I. _____ nicht erfolgt ist. Dies schliesst aber insbesondere auch nach dem von der Klägerin eingeholten Rechtsgutachten von Prof. K. _____ nicht aus, dass eine objektivierte Auslegung zum Schluss kommt, dass allenfalls doch von einem direkten Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und den Ärzten ausgegangen werden muss. Dem Einwand der Klägerin, sie habe die fraglichen Ärzte gar nicht gekannt und es liege mit ihnen kein privatrechtlicher Vertrag im Sinne einer übereinstimmenden Willensäusserung der Beteiligten vor, kann dabei keine entscheidende Bedeutung zukommen. Wäre ein Notarzt auf den Platz gerufen worden, wäre für die medizinische Behandlung unabhängig davon, ob die Klägerin diesen gekannt hätte oder nicht, auch dieser selbst stillschweigend Vertragspartner geworden und nicht die Organisation, welche den Notfalldienst organisiert. Mit dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 419 ff. OR kann solchen Umständen angemessen Rechnung getragen werden.

Tatsächlich erscheint es aus der Sicht des Patienten als medizinischer Laie zuweilen kaum möglich, die Verantwortlichkeiten der in Frage kommenden Personen klar zu erkennen und zu unterscheiden. Im Haftungsprozess müssten dann in jedem Fall des Zusammenwirkens von Ärzten und übrigen Spitalpersonal in einem Privatspital nebst dem Spital auch alle in Frage kommenden (Beleg-)Ärzte eingeklagt werden, wobei der Patient unter Umständen nicht einmal weiss oder wissen kann, welche Personen im Einzelnen beigezogen wurden. Gerade ein solcher Fall liegt in casu aber nicht vor. Die für eine Haftung in Frage kommenden Ärzte sind bekannt. Noch in der vorprozessualen Korrespondenz schien denn auch der klägerische Rechtsvertreter davon auszugehen, dass die rechtliche Beurteilung der Verantwortung der beiden Ärzte vom Vertragsverhältnis zwischen diesen mit der Beklagten abhängt (act. 4/6 und act. 4/7). Auf entsprechende Anfrage des Rechtsvertreters erklärte dabei Dr. med. I. _____ unmissverständlich, er sei bei der Beklagten als Privatarzt tätig und auch entsprechend haftbar (act. 4/9).

Gleiches muss auch aus dem Antwortschreiben von Dr. med. J. _____ abgeleitet werden, der gegenüber dem klägerischen Rechtsvertreter erklärte, dass er seine Berufshaftpflichtversicherung orientiert habe (act. 4/8). Fest steht sodann, dass die beiden Ärzte je eine eigene Krankengeschichte (KG) geführt haben (act. 10/18+19). Auf der andern Seite ergibt sich aus der (offenbar einzigen) Rechnung der Beklagten für die zu beurteilende Behandlung der Klägerin (act. 23/8 i.V.m. act. 23/7), dass die Beklagte namentlich auch für Dr. med. J. _____s Leistungen im Rahmen der Gesamtrechnung Rechnung stellte.

1.3.5. Die Klägerin wusste nach eigener Darstellung, dass es sich bei der Beklagten um eine Privatklinik handelt. Dieses Wissen liesse sich wohl auch aus dem Umstand ableiten, dass sie sich bereits 1994 in der Klinik der Beklagten operieren liess. Trat nun die Klägerin erneut in die Privatklinik ein, dann musste sie auch wissen, dass in einer solchen Privatklinik neben allfälligen angestellten Ärzten auch Privatärzte tätig sein können. Wenn sie selbst erklärt, dass sie notfallmässig in die Klinik eingetreten sei, um sich von (irgend)einem Arzt behandeln zu lassen, nahm sie daher auch in Kauf, dass Privatärzte tätig werden würden. Ob sie wusste, dass dies tatsächlich der Fall sein wird bzw. ob sie wusste, dass es sich bei der Beklagten um ein Privatspital mit Belegarztsystem handelte, kann dabei keine entscheidende Rolle spielen. Mit dem Eintritt in das Privatspital nahm sie mindestens in Kauf, von Privatärzten behandelt zu werden.

Dass es sich bei der Beklagten um ein Privatspital mit Belegarztsystem handelt, wie die Beklagte erstmals in der Duplik behauptet hat, hat die Klägerin nicht in Frage gestellt, weshalb davon auszugehen ist. Die Klägerin beruft sich nur darauf, dies nicht gewusst zu haben, was nicht entscheidend sein kann. Ebenso wenig in Frage gestellt hat die Klägerin, dass die Dres. med. J. _____ und I. _____ als Belegärzte tätig wurden. Sie hat auch hier nur behaupten lassen, dass sie dies nicht gewusst habe, worauf es nicht ankommen kann. Ohne entscheidende Bedeutung bleibt deshalb auch, ob und wie die ärztlichen Leistungen der beiden Ärzte in die Spitalrechnung integriert wurden. Aus dem Umstand, dass die Leistungen von Dr. med. J. _____ auf der Spitalrechnung aufgeführt sind, liesse sich im Übrigen nichts Eindeutiges über die Rechtsnatur seines Verhältnisses zur Beklagten ablei-

ten und ebenso wenig könnte daraus, dass Leistungen von Dr. med. I. _____ nicht auf der Rechnung figurieren, etwas über dessen Stellung abgeleitet werden. Sowohl die klägerische wie auch die beklagte Interpretation bliebe in beiden Fällen ohne Weiteres möglich.

Eine objektivierte Auslegung muss gestützt auf die vorerwähnten Erwägungen in Anlehnung an das insoweit überzeugende Privatgutachten von Prof. K. _____, auf welches sich wie dargestellt beide Parteien stützen, dazu führen, dass die handelnden Ärzte gegenüber der Klägerin für ein allfälliges Fehlverhalten direkt haften. Die Klägerin hat keine Umstände dargetan, welche für eine organisatorische Einbindung der Ärzte in den Betrieb der Beklagten sprechen und diese als unselbständig und damit als Hilfspersonen der Beklagten erscheinen lassen. Allein die Art der Rechnungsstellung genügt hierfür jedenfalls nicht.

Wird vorliegend bei der objektivierten Auslegung an das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und den (Beleg-)Ärzten angeknüpft, dann dient dies nicht zuletzt auch der Rechtssicherheit und damit dem Schutz sämtlicher Beteiligter (Patient, Arzt, Spital). Wird dagegen die Art der Haftung bei der objektivierten Auslegung von der Einweisungsart abhängig gemacht, entstünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit, da jede Einweisung haftungsrechtlich wieder anders aussehen könnte.

1.3.6. In Übereinstimmung mit der obenerwähnten Lehre, der sich auch das klägerische Privatgutachten von Prof. K. _____ anschliesst, ist aber jedenfalls dann eine solidarische Haftung der Beklagten zu bejahen, wenn die Beklagte oder ihre Hilfspersonen den geltend gemachten Schaden mit zu vertreten haben. Dabei ist zu beachten, dass die Beklagte im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für eine zweckmässige Arbeitsorganisation zu sorgen und allenfalls Schutzmassnahmen zu ergreifen hat (vgl. BGE 110 II 456, E.3.a, S. 463 f.). Mit den von der Klägerin erhobenen Vorwürfen wird diese Mitverantwortung ausdrücklich behauptet. Der Einwand der fehlenden Passivlegitimation vermöchte somit einzig dann durchzudringen, wenn von den behaupteten Vertragsverletzungen, auf welche nachstehend einzugehen sein wird, solche sich als begründet erweisen, welche ausschliesslich den Verantwortungsbereich der Dres. med.

I. _____ und J. _____ betreffen würden und eine direkte Haftung dieser Ärzte gegenüber der Klägerin zu bejahen wäre. Demgegenüber spielt der Einwand keine Rolle, wenn die Beklagte eine Mitverantwortung trägt oder – selbstredend – wenn sich die Vorwürfe als unbegründet erweisen.

2. Haftung aus Spitalaufnahmevertrag

2.1. Haftungsvoraussetzungen und Beweislast

2.1.1. Der gespaltene Spitalaufnahmevertrag ist ein Innominatkontrakt mixti iuris. Die Pflege durch das Spitalpersonal ist auftragsrechtlicher Natur. Der Vertrag mit dem Arzt bleibt reiner Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR (FELLMANN, a.a.O., S. 107; AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, a.a.O., N 319 Einl. vor Art. 184 ff. OR; GROSS, a.a.O., S. 57 ff.). Für Hilfspersonen besteht eine Haftung aufgrund von Art. 101 OR (GROSS, a.a.O., S. 62).

2.1.2. Die Beklagte hat für den Schaden bzw. die immaterielle Unbill einzustehen, den sie oder ihre Hilfspersonen der Klägerin durch vertragswidriges (Art. 97 i.V.m. Art. 394 OR) oder widerrechtliches (Art. 41 OR) Verhalten schuldhaft verursacht hat. Im Vordergrund steht vorliegend die vertragliche Haftung.

2.1.3. Es obliegt grundsätzlich der Klägerin, sowohl die von ihr behaupteten Vertragsverletzungen als auch den Schaden sowie den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird in der Vertragshaftung das Verschulden vermutet. Die Beklagte könnte den Entlastungsbeweis erbringen (Art. 97 OR).

2.1.4. Die Beweislast für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und der damit ursächlich zusammenhängenden Schädigung obliegt der Patientin oder dem Patienten (Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, mit weiteren Hinweisen). Nach Lehre und Rechtsprechung werden der geschädigten Person indessen Beweiserleichterungen zugestanden. Das Regelbeweismass kann damit erheblich herabgesetzt werden. So kann sich das Gericht gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden mit der über-

wiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen. Auch bei fehlender oder mangelnder Dokumentation durch den Arzt kann es gemäss Lehre und Rechtsprechung zu Beweiserleichterungen kommen (Urteil des Bundesgerichts 4C.379/1993 vom 26. Juli 1994, mit Hinweisen auf BGE 113 Ib 420 und BGE 120 II 248).

2.2. Vertragsverletzung / Sorgfaltspflichtverletzung

2.2.1. Im gespaltenen Spitalaufnahmevertrag obliegt wie gezeigt die ärztliche Behandlung nicht primär dem Spital, sondern den behandelnden Ärzten, zu denen die Patienten grundsätzlich in einem eigenen privatrechtlichen Vertragsverhältnis stehen. Sache des Spitals ist es, die nachgeordneten ärztlichen Dienste zu erbringen, Unterkunft, Pflege und Verpflegung zu gewähren, eine ordentliche Dokumentation zu führen u.a.m.. Beim totalen Spitalaufnahmevertrag, der hier nicht in Frage steht, wäre das Spital auch für die ärztliche Behandlung allein verantwortlich (AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, a.a.O., N 314 und N 323 Einl. vor Art. 184 ff. OR). Bei der Spitalbehandlung, welche vorliegend im Vordergrund steht, sowie im Rahmen der auftragsrechtlichen Haftung haftet die Beklagte nach Art. 101 OR für die Handlungen ihrer Hilfspersonen.

2.2.2. Wesentliche Pflichten des Arztes bzw. des Spitals mit seinen Hilfspersonen im Rahmen des Behandlungsvertrages sind die sorgfältige Anamnese, Diagnose und Therapie. Die auftragsrechtliche Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR auferlegen dem Arzt eine umfassende Aufklärungspflicht. Weiter besteht – als Ausfluss der Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR – eine Dokumentationspflicht (FELLMANN, a.a.O., S. 122, S. 132 ff. und S. 136 ff.; JETZER, a.a.O., S. 309). Der Arzt (bzw. das Spital) schuldet dem Patienten eine auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Bei den Regeln der ärztlichen Kunst geht es um die allgemein anerkannten und gültigen Grundsätze der medizinischen Wissenschaft, die in der Praxis befolgt und angewendet werden. Der Arzt hat den Patienten fachgerecht zu behandeln und die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt walten zu lassen (FELLMANN, a.a.O., S. 118). Die Besonderheit der ärztlichen Kunst liegt darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat, was aber nicht heisst, dass er diesen auch herbeiführen oder ga-

rantieren muss; denn der Erfolg als solcher gehört nicht zu seiner Verpflichtung. Die ärztliche Sorgfaltspflicht beinhaltet, dass eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand mindestens als vertretbar erscheint und innerhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht. Dabei lassen sich die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht nicht endgültig festlegen; sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen objektiv zu erwartender Ausbildung und Leistungsfähigkeit. Die Angemessenheit und Rechtfertigung seines Verhaltens beurteilen sich nicht nach dem Sachverhalt, wie er sich nachträglich dem Experten oder dem Richter darstellt; massgebend ist vielmehr, was der Arzt im Zeitpunkt, in dem er sich für die streitige Massnahme entschied, von der Sachlage halten musste. Es geht folglich nicht an, aus einer Behandlung oder Operation die sich nachträglich als unangemessen oder sogar als verfehlt erweist, leichthin auf eine haftungsbegründende Vertragsverletzung zu schliessen (BGE 120 Ib 411, E.4.a, S. 412 f. und E.4.c.aa, S. 415; BGE 116 II 519, E.3.a, S. 521; BGE 115 Ib 175, E.2.b, S. 180 und E.3.b, S. 184; BGE 113 II 429, E.3.a, S. 432; BGE 108 II 59, E.2, S. 61).

2.3. Kausalzusammenhang

2.3.1. Zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Erfolg muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die natürliche Kausalität (als Tatfrage) ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine qua non* für den Eintritt eines Erfolgs ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2012 vom 21. Mai 2012, E.2.2, mit weiteren Hinweisen). Eine Wertungsgesichtspunkten unterliegende Rechtsfrage ist demgegenüber, ob zwischen der Ursache und dem Schadenseintritt ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2010 vom 22. März 2011, E.2.1 und E.2.2, mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E.2.2, S. 718). Ein Ereignis gilt als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des ein-

getretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint (a.a.O.).

2.3.2. Im Fall einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Erfolg auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (BGE 124 III 155, E.3.d, S. 165 f.). Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen aber in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle (Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2012 vom 21. Mai 2012, E.2.2, mit Hinweisen).

3. Herausgabepflicht

3.1. Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten.

3.2. Die Klägerin schildert in der Klagebegründung ausführlich, dass die Beklagte nur zögerlich, unvollständig und ungenügend ihrer Herausgabepflicht nachgekommen sei (act. 1 S. 11 ff. Rz. 29 ff. und S. 45 Rz. 84). Die Schilderungen der Klägerin beziehen sich auf den Zeitraum ab Juni 2004 bis November 2005, in welchem es ihr darum ging, die Vorgänge während der heute in Frage stehenden Behandlung zu klären. Die Beklagte bestreitet, Herausgabepflichten verletzt zu haben und macht insbesondere geltend, die Klägerin leite auch nichts aus ihrem Vorwurf ab (act. 9 S. 22 ff. Rz. 41 ff, insbesondere S. 24 Rz. 45). In der Replik verweist die Klägerin auf die Ausführungen in der Klageschrift (act. 22 S. 7 Rz. 6 und S. 59 f.), ohne diese allerdings zu präzisieren, wie dies mit der Substantiierungsaufforderung seitens des Gerichts verlangt worden war (Prot. S. 6). Die klägerischen Äusserungen zu dieser Substantiierungsaufforderung betreffen nur die Dokumentationspflicht, nicht aber die Herausgabepflicht (act. 22 S. 7 f. Rz. 6).

3.3. Es bleibt daher dabei, dass die Klägerin aus einer allfälligen Verletzung der Herausgabepflicht im vorliegenden Verfahren nichts Konkretes ableitet, weshalb es sich erübrigt, weiter darauf einzugehen.

4. Dokumentationspflicht

4.1. Im Zusammenhang mit der Beweisführungspflicht des Geschädigten für allfällige Behandlungsfehler ist es wesentlich, dass die ärztliche Behandlung sowie weitergehende Leistungen im Rahmen des Spitalaufnahmevertrages dokumentiert sind (vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 136 ff.; JETZER, a.a.O., S. 309; AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, a.a.O., N 323 Einl. vor Art. 184 ff. OR). So muss die Krankengeschichte vollständig sein, damit sie ihren Zweck erfüllen kann. Sie darf keine Lücken aufweisen und sie muss so abgefasst sein, dass über die wirklichen Geschehnisse informiert wird und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E.3.3).

4.2. Die Klägerin rügt sowohl die Unvollständigkeit wie auch insbesondere Ungereimtheiten der medizinischen Dokumentation. Sie macht geltend, dass die Beklagte wie auch ihre Hilfspersonen Dres. med. J. _____ und I. _____ ihrer Dokumentationspflicht nicht nachgekommen seien, da die Dokumente unvollständig und zum Teil nachträglich erstellt worden seien. Sodann macht sie detailliert auf behauptete Widersprüche in der Dokumentation aufmerksam. Sie spricht auch von Manipulationen sowie nachträglichen Änderungen und stellt damit den Fälschungstatbestand in den Raum (act. 1 S. 18 ff. Rz. 50 ff. und S. 45 f. Rz. 85; act. 12; act. 22 S. 7 f. Rz. 6 und S. 59 ff.).

Die Beklagte weist die (aus ihrer Sicht haltlosen) Vorwürfe zurück und bezeichnet die klägerische Analyse der medizinischen Akten, welche Widersprüche und Ungereimtheiten ergeben haben sollen, als falsch. Sie verweist insbesondere auch auf den Umstand, dass jeder Arzt seine eigene Krankengeschichte führe, wobei diese dann auch Kopien anderer Ärzte enthalten könne. Überdies sei bei der Beklagten durch die Notfallabteilung ebenfalls eine Dokumentation erstellt worden (act. 9 S. 22 ff. Rz. 41 ff.; act. 26 S. 17 ff. Rz. 42 ff.).

4.3. Die Verpflichtung zum Führen einer vollständigen Dokumentation ist nicht bestritten. Da die Beklagte geltend macht, dass durch die Notfallstation eine Krankengeschichte (KG) geführt wurde und sie ihr Vorgehen als korrekt betrachtet, ist davon auszugehen, dass auch sie selbst diese Aufgabe zu ihrem Pflichtenkreis zählt. Ob auch die beiden Ärzte Dres. med. J. _____ und I. _____, bei denen es sich entgegen der klägerischen Auffassung nicht um Hilfspersonen der Beklagten handelt, eine separate Krankengeschichte (KG) zu führen hatten, ist nicht klar. Im Beweisverfahren wurden die fraglichen Dokumente im Rahmen eines Gutachtens des Urkundenlabors des Forensischen Instituts der Kantonspolizei Zürich vom 19. Juli 2011 einer umfassenden Prüfung unterzogen (act. 120). Die Klägerin liess im Rahmen ihrer Stellungnahme dazu neue Behauptungen und Mutmassungen in den Prozess einbringen, welche nicht zulässig sind (§ 114 ZPO/ZH). Sie unterstellt der Beklagten massive Manipulationen, die so aus dem Gutachten nicht herauszulesen sind (act. 135 S. 7 ff.). Darauf ist nicht näher einzugehen. Fest steht – und das rügt die Klägerin unter anderem (act. 1 S. 11 f. Rz. 29) –, dass in den Akten drei KG's existieren (act. 10/17-19). Das Gutachten stellt sodann fest, dass zahlreiche der von der Klägerin beanstandeten Dokumente teilweise in mehrfacher Ausfertigung vorliegen, die Eintragungen zum Teil inhomogen und zeitlich verschoben erstellt worden sind, wobei sich die jeweiligen Zeitpunkte der einzelnen Eintragungen nicht ermitteln liessen. Sie stammen gemäss Gutachten teilweise von verschiedenen Urhebern, die indes nicht ermittelt wurden (act. 120 S. 12 ff.). Über den Grund und die Motive der erkennbaren Differenzen sagt das Gutachten nichts aus. Die seitens der Parteien nicht in Frage gestellten Erkenntnisse des Gutachtens lassen den von der Klägerin behaupteten Schluss, dass es sich bei den in Frage stehenden Dokumenten um Fälschungen handelt, nicht zu.

Für das vorliegende (Zivil-)Verfahren würde der Vorwurf der Unvollständigkeit bzw. der Unrichtigkeit der medizinischen Akten dann relevant, wenn eine mangelhafte Dokumentation und auch eine allfällige mangelhafte Dokumentationsorganisation der Beklagten für die aus Sicht der Klägerin in dieser Form vermeidbaren Operation ursächlich war. Dies wird indes nicht behauptet. Die Klägerin behauptet nicht, dass die geltend gemachten Diagnose- und Behandlungsfehler auf einer

mangelhaften oder unrichtigen Dokumentation beruhen. Einer allfälligen Verletzung der Dokumentationspflicht kann somit keine selbständige Bedeutung zukommen. Eine unvollständige Dokumentation könnte sich zulasten der Beklagten nur so auswirken, dass die Anforderungen an das Beweismass allenfalls herabgesetzt wären, wenn die fraglichen Dokumente als Beweismittel dienten. Die Klägerin, welche aufgefordert war, darzutun, was sie aus der behaupteten Verletzung der Dokumentationspflicht ableitet (Prot. S. 6), machte in der Replik einzig geltend, dass sich die Beklagte nicht auf die Krankengeschichte als Beweismittel berufen dürfe, weil die Einträge unrichtig und zum Teil nachträglich geschrieben worden seien (act. 22. S. 7 f. Rz. 6 i.V.m S. 19 Rz. 15). Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass die medizinischen Akten und damit auch die Krankengeschichte(n) als Urkundenbeweise in Frage kommen. Allfällige inhaltliche Unstimmigkeiten und vorhandene Widersprüche sind im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen und vermögen sich allenfalls wie dargetan auf deren Beweiskraft auszuwirken.

4.4. Was den strafrechtlichen Aspekt betrifft, so ergibt sich aus den klägerischen Vorbringen nicht, an wen sich die entsprechenden Vorwürfe richten. Ebenso wenig wurde in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht dargetan, inwiefern welche Straftatbestände erfüllt sein sollen. Es besteht damit auch kein Grund für eine Anzeige im Sinne von § 167 Abs. 1 GOG, wie sie von der Klägerin verlangt worden war (act. 12 S. 3 Rz. 6).

5. Organisationsfehler

5.1. Die Klägerin wirft der Beklagten schwere Organisationsfehler vor (act. 1 S. 3 Rz. 3). Es habe bei der Beklagten keinen verantwortlichen Arzt gegeben, der die medizinische Behandlung der Klägerin von Anfang an koordiniert habe. Dr. med. J._____, ein Rheumatologe, habe sich offensichtlich nur für rheumatologische Fragen interessiert, die zum Teil völlig belanglos gewesen seien und er habe offensichtlich von der Infektiologie nichts verstanden. Er habe keinen Infektiologen beigezogen. Er habe offenbar gemeint, dass sich der Infekt allenfalls an der Leiste befinden könne und dafür nun Dr. med. I._____ verantwortlich sei. Wann Dr. med. I._____ von Dr. med. J._____ informiert worden sei, wer wofür die Verant-

wortung trage, gehe weder aus den Akten hervor, noch sei der klägerische Rechtsvertreter darüber von der Beklagten und den beteiligten Ärzten informiert worden. Jeder habe vor sich her "gewurstelt" und jeder habe gemeint, der andere würde schon das Richtige tun. Bei einer derart vital gefährlichen Situation komme es sehr auf die Organisation des Krisenmanagements an. Der verantwortliche Arzt, wenn er vorhanden gewesen wäre, hätte nicht nur sofort einen Infektiologen beigezogen, um eine adäquate Behandlung des Infektgeschehens in die Wege zu leiten, sondern alle notwendigen diagnostischen Untersuchungen sofort angeordnet und die Behandlung unter den in Frage kommenden Ärzten koordiniert. Es liege ein krasser Organisationsfehler vor (act. 1 S. 48 f. Rz. 91; act. 22 S. 55).

5.2. Die Beklagte weist den Vorwurf der mangelhaften Organisation zurück und macht geltend, sie sei zweckmässig und gut organisiert. Falsch sei zudem die Behauptung, niemand habe die medizinische Behandlung der Klägerin koordiniert. Die Krankenunterlagen zeigten ein anderes Bild, Dr. med. J._____, der als Internist und für die Notfallaufnahme Dienst gehabt habe, habe Dr. med. I._____ als Fachmann der Orthopädie beigezogen. Was daran falsch sein solle, sei unerklärlich (act. 9 S. 19 f. Rz. 31 und S. 32 Rz. 78; act. 26 S. 50 Rz. 183).

5.3. Dass mit der bestehenden Organisation bei der Beklagten ein aus Sicht der Klägerin korrektes Vorgehen nicht möglich gewesen wäre, behauptet die Klägerin hingegen nicht. Sie rügt zwar das Fehlen eines koordinierenden Arztes. Dass dieser oder der Beizug eines Infektiologen notwendig gewesen wäre, macht sie aber nicht geltend. Vielmehr ergibt sich aus ihren Vorbringen, dass die tatsächlich involvierten Personen zwar in der Lage gewesen wären, eine adäquate Einschätzung vorzunehmen und entsprechend zu handeln, diese aber "gewurstelt" hätten. Dem Vorwurf der fehlerhaften Organisation kommt daher keine selbständige Bedeutung zu, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

6. Medizinische Behandlung

6.1. Vorbemerkung

Im medizinischen Bereich macht die Klägerin der Beklagten als pflichtwidriges Verhalten zum Vorwurf, dass mangels einer korrekten Anamnese und Untersuchung die Infektdiagnose nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt gestellt worden sei, dass sich dadurch die Operation verzögert habe und deshalb die Hüftgelenkprothese der Klägerin nicht habe erhalten werden können, was wiederum die behaupteten Schäden und immaterielle Unbill zur Folge gehabt habe (act. 1 S. 46 f. Rz. 86 ff.; act. 22 S. 8 ff. Rz. 7 ff., S. 15 ff. Rz. 10 ff. und S. 19 ff. Rz. 14 ff.). Demgegenüber geht die Beklagte davon aus, dass der von ihr behauptete Ablauf der Geschehnisse einem sorgfältigen und pflichtgemässen Vorgehen entsprochen habe (act. 9 S. 7 ff. Rz. 14 ff.; act. 26 S. 12 Rz. 18).

Der zentrale Vorwurf der Klägerin geht dahin, dass sie die Beklagte für die Verzögerung der am 26. Februar 2004 um 17:00 Uhr in der D._____ Klinik vorgenommenen Operation verantwortlich macht, die einen Totalausbau der Hüftgelenkprothese erforderlich gemacht habe. Sie geht davon aus, dass bei einer frühzeitigen Operation die Prothese hätte erhalten werden können (vgl. act. 22 S. 15 Rz. 10, S. 16 Rz. 11, S. 18 f. Rz. 14 und S. 20 Rz. 17). Von dem aus Sicht der Klägerin bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten bzw. der behandelnden Ärzte gebotenen frühen Operationszeitpunkt macht die Klägerin den Umfang der Operation abhängig. Der Umfang der Operation mit dem Totalausbau der Hüftgelenkprothese wiederum bildet nach Darstellung der Klägerin die Ursache für die von ihr behaupteten physischen und psychischen Beeinträchtigungen.

Ergibt sich, dass der vorgenommene Totalausbau der Prothese im Zeitpunkt der Vornahme medizinisch nicht notwendig war, dann hätten weder die Beklagte noch die Ärzte Dres. med. J._____ und I._____ für die letztlich aus diesem Totalausbau abgeleiteten Folgen einzustehen. Die der Beklagten vorgeworfenen Fehlbehandlungen bzw. Unterlassungen hätten sich diesfalls nicht im Sinne der klägerischen Behauptungen ausgewirkt und die Notwendigkeit der umfassenden Operation verursacht. War der Totalausbau am 26. Februar 2004 indes medizinisch notwendig, hätte er aber bei früherer Diagnosestellung und sofortiger Operation ver-

mieden werden können, dann ist dies der Beklagten bzw. den Ärzten Dr. med. J. _____ und Dr. med. I. _____ als pflichtwidriges Verhalten und als Vertragsverletzung dann anzulasten, wenn sie den Aufschub der Operation bis zum 26. Februar 2004 17:00 Uhr pflichtwidrig verursacht haben, d.h. wenn die vorangegangene Behandlung sowie der Prozess bis zur Diagnose pflichtwidrig und für die Verzögerung ursächlich war. Die von der Klägerin im Prozess erhobenen Vorwürfe gegenüber der Beklagten hinsichtlich der medizinischen Behandlung und Diagnostik ab Eintritt der Klägerin bis zur Verlegung in die D. _____ Klinik sind damit für die Entscheidungsfindung relevant, wenn eine frühere Operation medizinisch geboten war und diese – frühzeitig erfolgt – ohne Totalausbau der Hüftgelenkprothese erfolgt wäre. An den Zeitpunkt der geplanten Operation am 27. Februar 2004 bzw. an den Umstand, dass sie nach der Operation erfahren hat, dass sie diesen Operationszeitpunkt allenfalls nicht überlebt hätte, knüpft die Klägerin sodann die von ihr behaupteten psychischen Folgen. Zeitpunkt und Umfang der Operation erweisen sich damit als die zentralen Fragen. Der Zeitpunkt der Operation wiederum hängt von der Kenntnis bzw. Erkennbarkeit der korrekten Diagnose ab. Es ist nachfolgend auf die hierfür relevanten Vorwürfe im Einzelnen einzugehen sowie soweit notwendig auf den daran anknüpfenden behaupteten Kausalverlauf.

6.2. Medizinische Behandlung und Zeitpunkt der Operation

6.2.1. Parteivorbringen

6.2.1.1. Die Klägerin korrigierte in der Replik ihre in der Klageschrift zunächst vertretene Auffassung, dass die Operation überhaupt nicht notwendig gewesen wäre. Die von ihr beigezogenen Gutachter Dr. med. C. _____ und Prof. Dr. med. L. _____ hätten eindeutig festgehalten, dass eine Operation, und zwar sofort, notwendig gewesen wäre (act. 22 S. 20 Rz. 17). Hätte man die Patientin in der D. _____ Klinik am 26. Februar 2004 nicht sofort operiert, sondern erst am nächsten Tag, den 27. Februar 2004 um 14:00 Uhr, wie von Dres. med. I. _____ und J. _____ geplant, so hätte die Klägerin die Nacht nicht überlebt. Es habe ein Notfall vorgelegen, der mit dem Exitus der Klägerin hätte enden können (act. 1 S. 43 Rz. 80 und S. 48 Rz. 90; act. 22 S. 52 f.).

Die verspätete Diagnose habe die Klägerin psychisch stark belastet. Sie habe nach der Operation in der D._____ Klinik erfahren müssen, dass sie gestorben wäre, hätte man die Operation wie von der Beklagten bzw. ihrem ärztlichen Personal vorgesehen, am nächsten Tag um 14:00 bis 15:30 Uhr vorgenommen. Auch Prof. Dr. med. L._____ habe in seinem ersten Gutachten vom 11. Oktober 2004 ausgeführt, er nehme nicht an, dass die schon 24 Stunden vorher schwerst kranke und septische Patientin ohne konkrete Massnahmen (insbesondere Operation, Intensivmedizin) diesen Zeitpunkt erlebt, geschweige denn die Operation am 27. Februar 2004 überlebt hätte. Der Umstand, dass sie beinahe gestorben wäre sowie das Wissen um die Tatsache, dass ein Infekt sie wieder in eine lebensgefährliche Situation bringen und ihr im Falle von Unterlassungen der Ärzte gar das Leben kosten könne, habe sie psychisch sehr belastet (act. 1 S. 43 Rz. 79; act. 22 S. 17 f. Rz. 12). Die Klägerin bestreitet, dass die Beklagte jederzeit in der Lage gewesen wäre, bei Verschlechterung des Zustandes unverzüglich eine Notfallintervention durchzuführen (act. 22 S. 51 f.).

Die Klägerin geht ausserdem davon aus, dass bei rechtzeitiger Diagnose und Operation in der Klinik der Beklagten die bereits bestehende Prothese hätte erhalten werden können. Sie verweist dabei auf die von ihr beigezogenen Experten Dr. med. C._____ und Prof. Dr. med. L._____ und führt aus, die Beklagte vertrete gar die Auffassung, dass dies auch am 27. Februar 2004 um 14:00 Uhr noch möglich gewesen wäre. Die Voraussetzungen für den Erhalt der Prothese (stabile Implantate und ein guter Weichteilmantel) seien bei der Klägerin am Nachmittag des 25. Februars 2004 vorhanden gewesen. Dr. med. C._____ habe das ganze Prothesenmaterial entfernen müssen, um den fortgeschrittenen Infekt gänzlich auszuräumen, um ja nicht das Leben der Patientin noch mehr zu gefährden. Hätte man sie bereits früher operiert, so hätte man mit grosser Wahrscheinlichkeit die Prothese erhalten können (act. 22 S. 15 Rz. 10, S. 17 Rz. 12, S. 20 Rz. 17 und S. 65). Dadurch, dass eine wesentlich grössere Operation erfolgte, sei sie bis zum 31. August 2004 100% arbeitsunfähig gewesen. Ausserdem hätte sie die Prothese bis zu ihrem Lebensende behalten können, wogegen sie nun vor Erreichen des 70. Altersjahres erneut eine Prothesenoperation über sich ergehen lassen müsse. Es sei auch damit zu rechnen, dass sie im Alter früher pflegebedürftig

werde. Durch den Wechsel der Prothese sei die Klägerin in ihrer Gehfähigkeit, aber auch in ihrer Haushaltstätigkeit und der Kinderbetreuung eingeschränkt. Der Umstand, dass sie nach der Operation habe erfahren müssen, dass sie gestorben wäre, wenn die Operation am 27. Februar 2004 vorgenommen wäre, belaste sie aber auch psychisch; sie habe Angst vor Auslandsreisen und ihre Vigilanz verloren, ihre Leistungsfähigkeit und ihre Lebensfreude seien ebenfalls eingeschränkt (act. 22 S. 16 ff. Rz. 11 f.).

6.2.1.2. Die Beklagte führt dagegen aus, der Operationsentscheid sei zeitlich richtig gefällt worden und auch die Operationsplanung sei lege artis erfolgt. Da bei einer hämatogenen Infektion, die zu akuten klinischen Zeichen führe, eine antibiotische Behandlung nicht ausreiche, sei sogleich am frühen Morgen des 26. Februar 2004 der Operationsentscheid gefällt worden. Das Vorliegen eines akuten bakteriellen Infekts habe sich aus dem vor 09:00 Uhr des 26. August 2004 eingegangenen Laborbefund ergeben. Die provisorische Operationsplanung sei vorgenommen und ein anfänglicher Termin auf den nächsten Tag festgelegt worden, um die Klägerin vorher ausgiebig internistisch beurteilen zu können. In jenem Zeitpunkt habe keine Notsituation bestanden, die einen Noteingriff erfordert hätte. Selbstverständlich sei die Beklagte aber jederzeit in der Lage gewesen, bei Verschlechterung des Zustandes unverzüglich eine Notfallintervention durchzuführen. So wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, dass der operative Eingriff auch in der Klinik der Beklagten am 26. Februar 2004 hätte erfolgen können (act. 9 S. 14 Rz. 16 und S. 16 f. Rz. 24; act. 26 S. 25 Rz. 74, S. 49 f. Rz. 167 f., Rz. 171 und Rz. 173). Bereits vor dem Mittag des 26. Februars 2004 hätten jedoch der Ehemann der Klägerin, zusammen mit Dr. med. C._____, die Verlegung der Klägerin in die D._____ Klinik beschlossen, sodass die Operationsplanung nicht mehr Sache der Beklagten gewesen und nicht mehr diskutiert worden sei (act. 9 S. 14 Rz. 17 und S. 17 Rz. 24; act. 26 S. 25 Rz. 74).

Ein operativer Eingriff sei nicht zu umgehen gewesen, wobei es nicht in ihrer Verantwortung gewesen sei, dass Dr. med. C._____ einen derart grossen Eingriff gewählt habe. In der Regel sei eine Eröffnung des Gelenks mit Spülung und Débridement notwendig und werde nur bei chronischen Verläufen primär ein Ausbau

der Prothese durchgeführt. Da sich die Klägerin aber in die Behandlung von Dr. med. C. _____ begeben habe, habe dieser über den Umfang des operativen Eingriffs zu entscheiden gehabt. Ob das Ergebnis der Laboruntersuchung um 06:00 Uhr oder 09:00 Uhr vorgelegen habe, sei für das Ausmass des Eingriffs nicht entscheidend gewesen. Entscheidend sei die Beurteilung des Operators. Wenn es "um Leben und Tod" gegangen wäre, hätte Dr. med. C. _____ wohl nicht einen derart weit gehenden Eingriff gewählt. Dr. med. I. _____ hätte jedenfalls auch in Kenntnis des Laborberichts vom Morgen des 26. Februars 2004 einen weniger weit gehenden als den dann durchgeführten Eingriff vorgenommen. Er hätte bei der operativen Revision die Stabilität der Implantate überprüft und allenfalls eine gelockerte Pfanne gewechselt. Festzuhalten sei jedoch, dass sein Vorgehen selbstverständlich durch den allgemeinen Zustand der Klägerin und andererseits die lokalen Befunde sowie das Ausmass der Infektion mitbestimmt worden wäre (act. 9 S. 15 Rz. 18, S. 20 Rz. 33, S. 21 Rz. 35, S. 30 Rz. 67 und S. 31 f. Rz. 76; act. 26 S. 23 Rz. 66 und S. 56 f.). Die Beklagte bestreitet, dass die frühere Prothese bis zum Lebensende der Klägerin hätte benützt werden können, wogegen nach dem Totalausbau ein weiterer Prothesenwechsel notwendig sei. Sie bestreitet unter Verweis auf die im April/Mai 2007 erschienene ...-Kolumne auch, dass die Klägerin in ihrer Gehfähigkeit eingeschränkt sei und sie macht geltend, dass eine früher einsetzende Pflegebedürftigkeit reine Hypothese und durch nichts plausibilisiert sei. Wiederum unter Hinweis auf die ...-Kolumne bestreitet die Beklagte auch die von der Klägerin geltend gemachten psychischen Folgen (act. 26 S. 23 ff. Rz. 66 ff.). Sie verweist überdies auf zwei Auslandsreisen ins ... und an die ..., welche die Klägerin im April/Mai 2007 gemacht haben soll (act. 26 S. 26 Rz. 81).

6.2.2. Beweisverfahren

6.2.2.1. Zum Nachweis dafür, dass die Infektdiagnose spätestens am 25. Februar 2004, 14:00 Uhr, hätte gestellt werden können und müssen, die auf Seiten der Beklagten getroffenen Massnahmen nicht geeignet waren und das Punktat dringlich hätte untersucht werden müssen sowie dafür, dass am 26. Februar 2004 eine Notsituation vorlag und das Zuwarten mit der Operation bis zum Folgetag mit dem

Tod der Klägerin hätte enden können, berief sich die Klägerin im Beweisverfahren auf eine medizinische Expertise, auf den Bericht und das Gutachten des von ihr konsultierten Prof. Dr. med. L._____ (act. 23/3 und act. 23/10) sowie die Zeugen Dr. med. M._____, Prof. Dr. med. L._____ und Prof. Dr. N._____ vom ... (act. 47 S. 9, S. 10, S. 11 und S. 12; Prot. S. 29, S. 30 und S. 31). Im Rahmen des Gegenbeweises rief die Beklagte neben der ebenfalls verlangten medizinischen Expertise verschiedene Ärzte als Zeugen an, so Dr. med. O._____, Dr. med. J._____, Dr. med. I._____ und Dr. med. P._____, sowie Q._____ und R._____ (act. 47 S. 10, S. 11 und S. 12; Prot. S. 29, S. 30 und S. 31).

6.2.2.2. Bei dem von der Klägerin bei Prof. Dr. med. L._____ eingeholten Gutachten vom 11. Oktober 2004 bzw. dem Bericht vom 26. März 2007 (act. 23/3 und act. 23/10) handelt es sich wiederum um Partei- bzw. Privatgutachten, denen nur die Bedeutung von Parteibehauptungen zukommen, sofern sie in die Rechtschriften Eingang gefunden haben (vgl. FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 4 zu vor § 171 ff. ZPO). Eine allgemeine Erklärung, dass die Gutachten zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift gehörten (act. 22 S. 12 Rz. 8) genügt dabei für eine hinreichende Substantiierung nicht (ZR 95 [1996] Nr. 12 S. 44 ff.; ZR 97 [1998] Nr. 87 S. 208 f.; ZR 102 [2003] Nr. 15 S. 66 ff.). Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass ein Privatgutachten (oder eine Parteibehauptung) ein gerichtliches Gutachten zu erschüttern vermag (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 349). Der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, rechtfertigt Zweifel an ihrem Beweiswert nicht. Auch ein Parteigutachten enthält Äusserungen eines Sachverständigen, welche vom Gericht in geeigneter Weise zu würdigen sind. Daraus folgt indessen nicht, dass ein solches Gutachten den gleichen Rang wie ein vom Gericht nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzt. Es verpflichtet indessen – wie jede substantiiert vortragene Einwendung gegen ein solches Gutachten – das Gericht, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend, zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassungen und Schlussfolgerungen des vom Gericht förmlich bestellten Gutachters derart zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist (BGE 125 V 351, E.3.c, S. 354).

Auf das Gutachten von Prof. Dr. med. L. _____ vom 11. Oktober 2004 (act. 23/3) hat die Klägerin einzig im Zusammenhang mit der Notfallanamnese (act. 22 S. 10 Rz. 7) sowie den behaupteten psychischen Folgen (act. 22 S. 17 Rz. 12) hingewiesen. Sie hat dort auch die Meinung des Gutachters zitiert. Eine substantiierte Wiedergabe von Argumentation und Erkenntnissen des Gutachtens in den Rechtsschriften des Hauptverfahrens hingegen liegt nicht vor, weshalb dieses auch keine Berücksichtigung finden kann. Demgegenüber hat die Klägerin den Bericht von Prof. Dr. med. L. _____ vom 26. März 2007 (act. 23/10) im Wesentlichen in ihre Vorbringen integriert, weshalb dieser in die Beweiswürdigung einzu beziehen ist.

6.2.2.3. Der als Zeuge angerufene Prof. Dr. med. L. _____ hat in der Befragung ausgeführt, dass er die Klägerin nie untersucht habe. Er sei von den Klinikärzten der D. _____ Klinik einen Tag nach der Operation konsiliarisch angefragt worden, ob die getroffene Antibiotikawahl in Ordnung sei oder ob etwas geändert werden solle. Er habe das erste Mal von der Patientin gehört, als sie in die D. _____ Klinik transferiert worden sei (Prot. S. 71 und S. 77).

Charakteristisch für den Zeugenbeweis ist, dass es um Wahrnehmungen des Zeugen zur Streitsache geht. Es sind dies Feststellungen über für den Prozess erhebliche Tatsachen, die der Zeuge aus besonderen Umständen vorprozessual machen konnte. Dadurch unterscheidet er sich vom Experten. Der Sachverständige vermittelt dem Gericht Kenntnisse, die er anders als der Zeuge nicht besonderen vorprozessualen Beziehungen zur Streitsache verdankt, sondern die seiner persönlichen Sachkunde entspringen. Zeuge bleibt dagegen, wer seine besonderen vorprozessualen Wahrnehmungen zur Streitsache nur dank seiner Fachkunde machen konnte (so der behandelnde Arzt). Die besondere Figur des sachverständigen Zeugen soll gestatten, nicht nur derartige Wahrnehmungen wiederzugeben, sondern daran auch fachkundige Schlussfolgerungen zu knüpfen, und zwar in den Formen der Zeugenaussage. Liegt jedoch das Hauptgewicht der Zeugenaussage auf effektiven Expertenfragen, so sollten die Formen und Ausstandsvorschriften der §§ 171 ff. ZPO/ZH betreffend Gutachten gewahrt werden (FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 2 f. zu § 165).

Wie Prof. Dr. med. L. _____ selbst als Zeuge glaubhaft ausgeführt hat, ist er im Zusammenhang mit der Behandlung der Klägerin konsiliarisch beigezogen worden. Die Akten erhielt er nicht schon im Rahmen des konsiliarischen Beizugs, sondern erst im Hinblick auf das Gutachten vom 11. Oktober 2004 (Prot. S. 75 f.). Ob Prof. Dr. med. L. _____ die Charakteristika eines (sachverständigen) Zeugen erfüllen würde, kann offen bleiben. Da die konsiliarische Tätigkeit indes nicht die Behandlung der Klägerin durch die Beklagte bzw. durch die dort tätigen Ärzte im Vorfeld der Operation betraf, sind – wie auch die Beklagte im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis zu Recht festhielt (act. 137 S. 10 Rz. 25 und S. 12 Rz. 30) – seine Aussagen nicht verwertbar.

6.2.2.4. Die Klägerin lehnte es unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004 ab, dass die von der Beklagten im Rahmen des Gegenbeweises als Zeugen angerufenen Dres. med. J. _____ und I. _____ einvernommen werden können (act. 22 S. 7 f. Rz. 6).

Gemäss § 157 Abs. 1 ZPO/ZH ist grundsätzlich jedermann fähig und verpflichtet, Zeugnis abzulegen. Nach der massgeblichen zürcherischen Prozessordnung gilt dies insbesondere auch für Zeugen, die ein eigenes Interesse am Prozessausgang haben oder befangen sind. Allenfalls kann das Zeugnisverweigerungsrecht vor einem Gewissenskonflikt schützen (FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 157 ZPO). Ausnahmsweise kann aber die Vernehmung in antizipierter Würdigung abgelehnt werden, nämlich dann, wenn die Abnahme der Beweise zum vornherein als untauglich erscheint. Es handelt sich um eine auch vor Bundesrecht haltbare antizipierte Beweiswürdigung in Fällen, wo das angerufene Beweismittel seiner Natur nach überhaupt nicht geeignet ist, den erforderlichen Beweis zu erbringen, oder am bereits feststehenden Beweisergebnis zweifellos nichts mehr zu ändern vermöchte (FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 140 ZPO, mit zahlreichen Hinweisen).

Sämtliche Ärzte, die die Klägerin behandelt hatten, wurden von ihr vom ärztlichen Geheimnis entbunden (§ 159 Ziff. 3 ZPO/ZH; Prot. S. 49 und S. 50, S. 110 und S. 178). Sie sind somit grundsätzlich als Zeugen zuzulassen. Ihre Aussagen erscheinen nicht zum vornherein als untauglich. Bezüglich Dr. med. J. _____ und Dr.

med. I. _____ liegt sodann kein mit dem Bundesgerichtsentscheid 4C.378/1999 vergleichbarer Fall vor, in welchem die behandelnden Ärzte derart in eine missglückte Operation involviert waren, dass sie als befangen zu gelten hatten (a.a.O., E.5.2. und E.5.3). Zu berücksichtigen ist aber, dass sowohl Dr. med. J. _____ wie auch Dr. med. I. _____ seit 1995 bzw. seit 1988 Belegärzte bei der Beklagten sind. Dr. med. I. _____ war zudem bis vor 10 Jahren an der Beklagten beteiligt (Prot. S. 110 ff. und S. 178 ff.). Beide kennen die Klägerin ausschliesslich im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Spitalaufenthalt und beide wurden vorprozessual vom klägerischen Rechtsvertreter im Zusammenhang mit einer allfälligen Verantwortlichkeit angeschrieben (act. 4/6 und 4/7). Es muss davon ausgegangen werden, dass beide ein gewisses persönliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses haben. Sie erscheinen damit als Zeugen nicht mehr neutral, was ihre Glaubwürdigkeit einschränkt. Auch wenn ihre Aussagen nicht zum vornherein irrelevant erscheinen und sie unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt haben, müssten die Aussagen mit besonderer Zurückhaltung gewürdigt werden. Bedeutung könnte ihren Aussagen aber ohnehin nur dann zukommen, wenn der Klägerin die ihr auferlegten Hauptbeweise gelingen und sich allfällige Pflichtverletzungen auch im Sinne der Klägerin auswirken. Dies ist – wie darzulegen sein wird – nicht der Fall. Es erübrigt sich daher, die Aussagen im Einzelnen wieder zu geben und einer eingehenden Würdigung zu unterziehen. Gleiches gilt für die weiteren im Rahmen des Gegenbeweises angerufenen Zeugen Dr. med. O. _____ (Prot. S. 51 ff.) und Dr. med. P. _____ (Prot. S. 96 ff.), die damals beide als Assistenzärzte bei der Beklagten tätig gewesen waren sowie für die Zeugen Q. _____ (Prot. S. 218 f.) und R. _____ (Prot. S. 221 f.), die damals als Operationsfachmann bzw. als Operationslagerungsfachmann bei der Beklagten tätig gewesen waren, sich aber an das konkrete Geschehen nicht mehr zu erinnern vermochten.

6.2.2.5. Im gerichtlichen Gutachten vom 11. Juli 2011 (act. 123) hält PD Dr. med. F. _____ bezüglich der Frage, wie er die Dringlichkeit der Operation der Klägerin per 26. Februar 2004 beurteile, fest, am Morgen des 26. Februars 2004 sei es zu einem massiven CRP-Anstieg gekommen. Weiter habe das Direktpräparat grampositive Kokken ergeben. In Anbetracht des raschen Schmerzbeginns und der

heftigen Schmerzen bei notfallmässiger Aufnahme am 25. Februar 2004, des hohen Schmerzmittelbedarfs, des nun massiven CRP-Anstiegs und der Kenntnis, dass grampositive Kokken, mit Wahrscheinlichkeit *Staphylococcus aureus*, im Hüftgelenk massig vorhanden gewesen seien, sei nun eine Dringlichkeit zur Operation gegeben gewesen. In der Klinik der Beklagten sei die Patientin in der Nacht zum 26. Februar 2004 kreislaufmässig immer stabil gewesen. Um 11:00 Uhr sei eine Abnahme der Sauerstoffsättigung auf 91% und ein Pulsanstieg auf 91 erstmalig verzeichnet. Dies könne ein Hinweis auf eine beginnende Sepsis sein. Um 14:00 Uhr sei die Patientin verlegt worden. In welchem Zustand sie sich dabei befunden habe, sei der Akte nicht zu entnehmen. Es sei die Verlegung in die D._____ Klinik erfolgt. Der Notfalleintritt sei auf 14:00 Uhr dokumentiert. Die Diagnose einer infizierten Hüfttotalprothese sei bereits genannt, auch "mit beginnender Sepsis". Bei Aufnahme in der D._____ Klinik habe die Temperatur 38,3°C, die Sättigung 91% bei zwei Litern Sauerstoffgabe und der Puls 94 betragen. Bei Aufnahme in die D._____ Klinik sei somit bereits die beginnende Sepsis dokumentiert und erkannt worden. Unter Kenntnis dieser Sachlage habe in jenem Zeitpunkt eine grosse Dringlichkeit zur Operation bestanden (act. 123 S. 14). Zu diesem Zeitpunkt habe man nicht mehr zuwarten können. Hätte man bis zum Folgetag, dem 27. Februar 2004, gewartet, hätte eine massive Sepsis mit entsprechendem septischen Schock und der Gefahr eines Multiorganversagens gedroht. Am 25. Februar 2004, bei der notfallmässigen Aufnahme in die Klinik der Beklagten, sei die Situation noch völlig unklar gewesen. Das CRP, der Puls und die Sauerstoffsättigung seien normal gewesen, es habe keinen direkten Hinweis auf einen möglichen Infekt gegeben. Das Ergebnis der Hüftpunktion habe noch nicht vorgelegen. Eine mechanische Komplikation im Bereich der Prothese, aber auch Erkrankungen im Bereich der Wirbelsäule hätten differentialdiagnostisch noch im Raum gestanden. Erst nach Ausschluss dieser Differentialdiagnosen, aber auch der Infektionsbestätigung durch die Punktion und den massiven CRP-Anstieg habe sich eine zunehmende Dringlichkeit ergeben. 15 ml (oder 20 ml) Flüssigkeit aus dem künstlichen Hüftgelenk stellten eine relativ grosse Volumenmenge dar und seien ein deutlicher Hinweis auf ein bakterielles Geschehen. Die Flüssigkeit sei leicht trüb gewesen. Eine direkte Gramfärbung bereits am Abend des 25. Feb-

ruars 2004 hätte die Diagnose einer implantatassoziierten Infektion ergeben. Die Patientin sei zu diesem Zeitpunkt jedoch völlig klar, Puls und Sättigung regelrecht gewesen. Eine notfallmässige Operation sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht zwingend erforderlich gewesen. Am nächsten Morgen, spätestens ab 11:00 Uhr, sei die Diagnose gesichert gewesen. Ab diesem Zeitpunkt habe sich eine deutlich höhere Dringlichkeitsstufe ergeben. Mit Eintreten von ersten Zeichen einer beginnenden Sepsis (26. Februar 2004, ca. 14:00 Uhr) sei dann eine höhere Dringlichkeit für die Operation gegeben gewesen, die Operation sei dann dieser Dringlichkeit entsprechend organisiert und durchgeführt worden (act. 124 S. 14 f.).

Hinsichtlich des Zeitpunktes, wann frühestens die Infektdiagnose hätte gestellt werden können, hielt Prof. Dr. med. G. _____ in seinem infektiologischen Teilgutachten vom 5. Mai 2011 fest, dass für die Diagnose einer Protheseninfektion anfangs 2004 noch keine etablierten Kriterien bestanden hätten. Auch nach den zwischenzeitlich allgemein gültigen Kriterien habe bei der Klägerin am Eintrittstag und am Folgetag die Diagnose nicht vermutet werden können. Die Hüftpunktion am 25. Februar 2004 / 19:45 Uhr habe 15 ml trüben Erguss ergeben, wodurch aber die Diagnose Infekt noch nicht gesichert gewesen sei. Die endgültige Sicherung habe sich am 26. Februar 2004 / 11:00 Uhr mit dem Nachweis von Bakterien im Direktpräparat der Gelenkflüssigkeit ergeben (act. 124 S. 1 f.). Er sei als Spezialist für Implantatinfektionen der Meinung, dass die Infektdiagnose bei der Klägerin nicht wesentlich früher hätte gestellt werden können. Die Hüftgelenkspunktion habe bereits am Eintrittstag stattgefunden, was als zeitgerechte Diagnostik bezeichnet werden könne (act. 124 S. 2). Die bei der Klägerin durchgeführte Blutsenkungsgeschwindigkeit und das C-reaktive Protein (CRP) gälten als gute Parameter zum Ausschluss einer Protheseninfektion. Bei der Klägerin hätten diese beiden Laborwerte versagt, was dadurch erklärt werden könne, dass mit grösster Wahrscheinlichkeit die Infektion erst Stunden vor der ersten Blutentnahme begonnen habe. Beim klinischen Verdacht auf eine akute hämatogene Infektion sei neben der klinischen Untersuchung die wichtigste Diagnostik der bildgebende Nachweis eines Gelenkergusses mittels Ultraschall und anschliessend Gelenkpunktion. Die Blutentnahmen (Blutsenkungsgeschwindigkeit, CRP, weisses Blutbild, Blutkulturen) und die Gelenkpunktion mit oder ohne vorgängige Ultraschall-

untersuchung) sollten bei hochgradigem Verdacht nacheinander am gleichen Tag durchgeführt werden. Die Dringlichkeit sei abhängig vom Allgemeinzustand des Patienten. Bei der Klägerin seien am ersten Tag keine klinischen Zeichen einer Sepsis nachweisbar gewesen. Somit hätten die Abklärungen ohne Weiteres über eine Zeitspanne von 24 - 48 Stunden durchgeführt werden können. Sobald jedoch klinische Sepsiszeichen vorlägen, was bei der Klägerin offensichtlich am 26. Februar 2004 der Fall gewesen sei, müssten die Untersuchungen notfallmässig gemacht werden (act. 124 S. 3 ff.).

Mit Bezug auf das weitere Vorgehen nach der Punktion hält PD Dr. med. F. _____ im Gutachten fest (act. 123 S. 11), dass gestützt auf das Verlaufsblatt von Dr. med. J. _____ (act. 10/12/3) am 25. Februar 2004, 19:45 Uhr ca. 20 ml gelblichrötlicher, trüber Erguss abpunktiert worden sei, was er als eine für ein künstliches Hüftgelenk massive Flüssigkeitsansammlung hält, die in Anbetracht der massiven Schmerzen an eine Infektion denken lassen müsse. Er geht davon aus, dass das Punktat unmittelbar hätte untersucht werden müssen, die zeitliche Latenz zwischen Punktion und Vorliegen der Ergebnisse der bakteriologischen Untersuchung hätten nicht den allgemeinen Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprochen. Der Gutachter hält dafür, dass man noch am Abend des 25. Februar 2004 die Diagnose eines akuten implantatsassoziierten Infektes hätte stellen und noch am gleichen Abend oder gegebenenfalls am nächsten Morgen eine operative Revision des Gelenks planen oder durchführen können. Es gebe aber keine Hinweise, dass die Patientin am Abend des 25. Februar 2004 derart instabil gewesen sei, dass dieser Eingriff notfallmässig hätte stattfinden müssen.

Für den Entscheid der zu wählenden Operationsstrategie (Implantaterhalt oder ein- bzw. zweizeitiger Prothesenwechsel) habe der Zeitpunkt der Diagnosestellung keine Bedeutung, da sich die Strategie nicht durch eine Behandlungsverzögerung von 14 Stunden ändere. Die Unterlassung der sofortigen Untersuchung des Präparates berge das Risiko einer Verschlechterung des Allgemeinzustandes der Patientin, welche im Laufe des kommenden Tages auch eingetreten sei. Dies habe man erkannt und entsprechend rasch gehandelt. Einen wesentlichen Einfluss auf den Gesamtablauf habe dies nicht (act. 123 S. 12).

Prof. Dr. med. G. _____ erachtet es aus medizinischer Sicht nicht als Fehler, wenn bei einer afebrilen Patientin mit akuten Gelenkschmerzen und einem normalen CRP die Gelenkflüssigkeit nicht notfallmässig gleichentags mit einem Grampräparat untersucht werde. Das Grampräparat habe für die Diagnose einer Gelenkinfektion eine schlechte Sensitivität und sei zudem stark Untersucher-abhängig. Aus diesem Grund werde diese Untersuchung in praktisch keinem mikrobiologischen Labor als Notfalluntersuchung angeboten (act. 124 S. 1 f.).

6.2.2.6. Prof. Dr. med. L. _____ gab in seinem Bericht zuhanden des klägerischen Rechtsvertreters vom 26. März 2007 (act. 23/10) auf die Frage, nach wie viel Zeit nach dem Eintritt in die Klinik die Verdachtsdiagnose eines Infekts gestellt, bzw. wie schnell man die Diagnose einer Prothesenlockerung als Ursache der intensiven Schmerzen hätte ausschliessen können, an, dass die Verdachtsdiagnose für die involvierten Ärzte am 25. Februar 2004, um ca. 20:00 Uhr bestanden habe, nachdem das Punktat gewonnen worden sei. Die definitive Diagnose hätte man am gleichen Abend mittels einer Gram-Färbung stellen können (act. 23/10 S. 5). Mit Bezug auf die Behandlungsmöglichkeiten für den Ausschluss bzw. die Bestätigung einer Infektdiagnose hält Prof. Dr. med. L. _____ fest, dass für ihn die Punktion bei vermuteten Protheseninfektionen (lokale Schmerzen, ev. Überwärmung, ev. Rötung, Fieber) jeweils die erste Massnahme sei, die am Anfang der Abklärungen stehe und die es sehr oft erlaube, die Diagnose zuverlässig zu stellen. Eine solche wäre in seinem Spital spätestens um 14:00 Uhr des Eintrittstages abgeschlossen gewesen (act. 23/10 S. 7 f.). Im Moment des sichtbar trüben Punkttates wäre für ihn der Zeitpunkt der Operation (als primär essentielle therapeutische Massnahme) dringend und ebenso die ab sofort intensivierete Überwachung notwendig gewesen. Falls man bei einer klinisch kompensierten Patientin genug Zeit gehabt hätte, wäre allenfalls eine alleinige sorgfältige Revision erfolgt und eine breite Therapie begonnen worden. Bei instabiler Situation (Blutdruckabfall, Sepsiszeichen) wäre wahrscheinlich sicherheitshalber der vollständige Prothesenausbau gewählt worden (act. 23/10 S. 9). In der konkreten Situation sei es sinnvoll gewesen, möglichst rasch eine fremdkörperfreie Situation zu schaffen um so der parallel einsetzenden hochdosierten intravenösen Antibiotikatherapie auch eine echte Chance zu geben. In einer relativ frühen Phase des hämatogenen Pro-

theseninfektes wäre es nach Beurteilung von Prof. Dr. med. L. _____ bei der damals klinisch noch nicht instabilen Patientin vertretbar gewesen, nach der Eröffnung des Gelenks durch den Chirurgen diese Option prüfen zu lassen. Das Vorgehen werde aber nur in einer Umgebung sinnvoll, wo Orthopäde, Mikrobiologe und Infektiologe die individuelle Situation kritisch mit allen Pro und Kontras evaluierten, wobei der Chirurg letztlich entscheide. Allenfalls wäre es bei gegebenen Voraussetzungen möglich gewesen, in einer frühen Phase ein prothesenerhaltendes Vorgehen zu wählen (act. 23/10 S. 10).

6.2.2.7. Die Zeugin Dr. med. M. _____ führte anlässlich der Einvernahme vom 10. Dezember 2009 aus, sie habe die Klägerin am 26. Februar 2004 vermutlich um 15:00 oder 16:00 Uhr das erste Mal gesehen, denn sie hätten sie um 18:00 Uhr im OP gehabt. Eine Uhrzeit habe sie nicht notiert. Aus ihrer Sicht habe eine Notfallsituation vorgelegen. Die Klägerin sei schwer krank gewesen und zwar so, dass sie mit ihr kein richtiges Gespräch habe führen können, weil sie derart geschwächt gewesen sei und Fieber gehabt habe. Da sei klar gewesen, dass sie ein Notfall sei und da wolle man nicht mehr zuwarten bzw. unnötig zuwarten um keine Verschlechterung herbeizuführen (Prot. S. 226). Sie denke, dass sich aus einem Zuwarten mit der Operation bis zum nächsten Tag Risiken ergeben hätten. Man könne solche Verläufe nicht voraussagen. Sie habe die Klägerin in sehr reduziertem Allgemeinzustand gesehen. Erfahrungsgemäss werde dann nicht zugewartet. Die Klägerin habe Fieber und eine schlechte Sauerstoffsättigung gehabt. So etwas sei für sie ein Notfall. Die Folgen, würde man trotzdem zuwarten, könne man schlecht errahnen, aber es könnten sich die Organfunktionen verschlechtern, gehe man davon aus, dass es sich um den Beginn einer Sepsis gehandelt habe. Das könne sich fulminant verschlechtern, was heisse, dass andere Organe dann auch ausfielen. Die Lunge sei sowieso schon in schlechtem Zustand gewesen, sodass dann vielleicht auch ein Nierenversagen komme oder es zu einem Multiorganversagen kommen könne. Letzten Endes könne man sie so nicht behandeln (Prot. S. 227). Es sei schwierig zu sagen, ob die Klägerin eine Operation am 27. Februar 2004 nicht überlebt hätte. Das sei eine Mutmassung. Sie könne sich nicht auf irgendwelche Fakten stützen, aber die Klägerin sei schwer krank gewesen und wie sie gesagt habe, da würden sie in jedem anderen Spital auch sofort "range-

hen". Es wäre wahrscheinlich schwieriger geworden, wenn man das Übel nicht beseitigt hätte. Sei man gesund, halte man es besser aus, als wenn man alt und krank sei. Vielleicht hätte die Klägerin dann mehr Reserven gehabt, aber das könne man nicht sagen. Es sei sicher bedrohlich gewesen, das habe auch sie gefunden (Prot. S. 228).

6.2.2.8. Prof. Dr. N. _____, Leiter Mikrobiologie des Labors ..., erklärte in der Zeugenbefragung vom 10. Dezember 2009 gestützt auf die von ihm noch verfügbaren Protokolle und Berichte, dass er davon ausgehe, dass das Labor das Punktat am frühen Vormittag des 26. Februar 2004 erhalten und den Schlussbericht bei der Beklagten am 27. Februar 2004 gedruckt hätten, was sehr schnell sei. Das Labor sei über Nacht geschlossen. Für Notfälle bestehe ein Pikettdienst. Wenn das Punktat am Morgen eingetroffen sei, dann sei es daher wohl nicht als Notfall aufgegeben worden. Angesprochen darauf, dass das Resultat am 26. Februar 2004 am Morgen der Beklagten bekannt gewesen sei, erklärte der Zeuge, es sei möglich, dass die Laborantin der Beklagten telefonisch mitgeteilt habe, dass sie Staphylokokken gesehen habe. Die Information erlaube es dem Arzt bereits eine antibiotische Therapie einzuleiten (Prot. S. 216). Ein solcher Befund könne sich zu einer Sepsis entwickeln, im Labor sei das nicht erkannt worden. Im Punktat habe das Labor die Blutkulturen, die einigermaßen parallel entnommen worden seien und sie seien zu jenem Zeitpunkt und die ganze Zeit negativ geblieben (Prot. S. 217).

6.2.3. Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis

6.2.3.1. In ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 135 S. 12 ff.) verweist die Klägerin auf die vom Gutachter PD Dr. med. F. _____ festgestellte Dringlichkeit der Punktatuntersuchung, welche seitens der Beklagten unterblieben sei und sie sieht sich in ihrer Behauptung bestätigt, dass das Punktat am Abend des 25. Februar 2004 sofort hätte untersucht werden müssen. Die Klägerin bekräftigt auch die Folgerungen des Gutachters, dass die Diagnose eines akuten implantatassoziierten Infektes bereits am 25. Februar 2004 hätte gestellt und am gleichen Abend oder am nächsten Morgen eine operative Revision hätte geplant oder durchgeführt werden können und dass sich das mit der Verzögerung verbundene

Risiko – die Verschlechterung des Allgemeinzustandes der Patientin – realisiert habe (act. 135 S. 16 f.). Ebenso die Annahme des Gutachters, dass mit dem Zuwarten bis am 27. Februar 2004 eine massive Sepsis mit entsprechendem septischem Schock und der Gefahr eines Multiorganversagens gedroht habe. Multiorganversagen bedeute nichts anderes als Tod. Die gleiche Meinung habe auch der zuständige Facharzt der Beklagten, Dr. med. I._____, in seiner Einvernahme als Zeuge vertreten; er habe die Frage, ob die Klägerin die Operation am 27. Februar 2004 nicht überlebt hätte, mit einem klaren Ja beantwortet. Auch Prof. Dr. med. G._____ vertrete die Auffassung, dass eine notfallmässige Operation durchgeführt werden müsse, sobald bei einer Patientin Sepsiszeichen vorlägen. Das sei bei der Klägerin offensichtlich am 26. Februar 2004 der Fall gewesen. Somit könne zusammenfassend festgehalten werden, dass die Klägerin am 25. Februar 2004, oder spätestens am Vormittag des 26. Februars 2004 in der Klinik der Beklagten hätte operiert werden müssen und können. Die Klinik sei in der Lage gewesen, eine solche Operation durchzuführen und hätte auch die Infrastruktur dafür. Die Operation hätte nicht notfallmässig durchgeführt werden müssen, weil die Sepsiszeichen erst gegen Mittag aufgetreten seien, am Vormittag sei die Klägerin noch in einem hämodynamisch stabilen Zustand gewesen (act. 135 S. 17 f.). Hätte man die Klägerin, wie der Gerichtsexperte auch postuliert habe, am Abend des 25. Februars 2004 oder am Vormittag des 26. Februars 2004 ohne Notfallhektik operiert, so hätte man der Klägerin die Stunden in Todesangst erspart (act. 135 S. 20). Die Klägerin kritisiert im Weiteren das infektiologische Teilgutachten von Prof. Dr. med. G._____ und macht geltend, seine Beurteilungen träfen jedenfalls teilweise nicht auf die bei der Klägerin aufgetretene hämatogene Spätinfektion zu, sondern beträfen den sog. "low grade infect". Dies gelte insbesondere für die von ihm aufgelisteten Kriterien für die Diagnose einer Hüftprotheseninfektion (act. 135 S. 21 f.). Des weiteren rügt sie, dass der Gutachter auf die gefälschte Krankengeschichte abgestellt habe. Es sei davon auszugehen, dass die Patientin febril, das Gelenk gerötet und überwärmt gewesen sei (act. 135 S. 22), sodass weitere Kriterien für die Diagnose gegeben gewesen seien. Auch erachtet die Klägerin die Meinung des Gutachters zu den CRP-Werten als unrichtig. Die Meinung des Experten zur Frage, mit welcher Dringlichkeit die diagnostischen Untersuchungen

hätten durchgeführt werden müssen, sei zudem sehr bedenklich, insbesondere die Auffassung, dass eine Abklärung ohne Weiteres über eine Zeitspanne von 24 - 48 Stunden hätte durchgeführt werden können (act. 135 S. 24; Kritik zusammenfassend S. 25 f.).

Die Klägerin folgert, dass die Beklagte nicht habe beweisen können, dass sie die dringliche Operation, die dann durch die D._____ Klinik durchgeführt worden sei, auch hätte durchführen können. Aus den Akten gehe klar hervor, dass die Operation für den 27. Februar 2004 vorgesehen gewesen sei. Die Beklagte habe ihre Behauptung auch im Konjunktiv formuliert. Es gehe aus den gesamten Akten nicht hervor, welche konkreten Massnahmen die Beklagte bzw. deren Ärzte getroffen hätten, um die Operation spätestens am Nachmittag des 26. Februars 2004 durchzuführen. Dr. med. I._____, der diese Operation hätte durchführen müssen, habe schon für den 27. Februar 2004 die Vorbereitungen getroffen, wie aus seinen Notizen hervorgehe. Er habe, nachdem er von der Klinik der Beklagten die Mitteilung erhalten habe, dass eine Operation am Freitag, den 27. Februar 2004, 15:30 Uhr, in Frage komme, mehrere Telefonate geführt mit den Dres. med. J._____, S._____ und T._____. Dr. med. S._____ sollte die internistische Beurteilung vornehmen und Dr. med. T._____ sei angefragt worden, ob er assistiere (act. 135 S. 18 f.).

Es sei eigenartig, dass Dr. med. C._____ von der D._____ Klinik über diesen sehr bedenklichen Zustand der Klägerin informiert sein müsse, um eine sofortige Operation zu organisieren, andererseits die Ärzte der Klinik der Beklagten, von dieser Entwicklung völlig überrascht, nicht gewusst hätten, was zu tun sei. Dr. med. C._____ habe mit diesem mutigen Schritt ein sehr hohes persönliches Risiko auf sich genommen, um die Patientin in der D._____ Klinik zu operieren, obwohl diese Klinik selbst über keine Intensivstation verfüge. Im Anschluss an die Operation in der D._____ Klinik sei die Klägerin bekanntlich sofort wieder in die Klinik der Beklagten transportiert und dort intensiv medizinisch betreut worden (act. 135 S. 19 f.).

6.2.3.2. Die Beklagte bringt in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vor, die Operationswahl sei korrekt gewesen, der Zeitpunkt richtig: Ob eine infizierte Ge-

lenkprothese ausgebaut werde, oder nicht, sei eine Frage, über die es offensichtlich nicht eine einheitliche Auffassung gebe. Beide Möglichkeiten seien gleichwertig. Der Operationszeitpunkt gebe ebenfalls keinen Anlass zur Kritik (act. 137 S. 7 f. Rz. 17 f.). Es ergebe sich aus den Aussagen der Dres. med. I. _____ und J. _____, dass eine frühere Operation durchaus möglich gewesen und gemacht worden wäre, als das Ergebnis des Punktats festgestanden habe (act. 137 S. 11 Rz. 27). Der Zeuge Dr. med. I. _____ habe sehr überzeugend gewirkt und klar strukturierte Aussagen zur Sache gemacht. Dr. med. J. _____ habe ihn am Morgen des 26. Februars 2004 über das Vorliegen von Staphylokokken informiert. Dr. med. I. _____ habe zudem deutlich ausgeführt, die Operation wäre auch vorgezogen worden angesichts des Zustands der Patientin. Er habe die sich entwickelnde Sepsis festgestellt. Die Operation hätte jederzeit durchgeführt werden können. Dazu sei es aber wegen der Verlegung nicht mehr gekommen (act. 137 S. 14 f. Rz. 40).

6.2.4. Beweiswürdigung

6.2.4.1. Beweiskraft der abgenommenen Beweismittel

6.2.4.1.1. Die Klägerin stellt zur Diskussion, ob auf das gerichtliche medizinische Gutachten von PD Dr. med. F. _____ vom 11. Juli 2011 (act. 123) abgestellt werden könne, da sie Manipulation und Fälschung verschiedener medizinischer Dokumente geltend macht, welche diesem zugrunde liegen. Sofern sich das Gutachten indes nicht alleine auf von der Klägerin als problematisch deklarierte Dokumente stützt, kann ohne Weiteres darauf abgestellt werden. Bezüglich der Frage ob am 26. Februar 2004 eine Notsituation vorlag und das Zuwarten mit der Operation bis zum 27. Februar 2004 mit dem Tod der Klägerin hätte enden können bzw. dass die Klägerin die Operation am 27. Februar 2004 nicht überlebt hätte, stützt sich das Gutachten vorwiegend auf die Akten der D. _____ Klinik, welche von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen wurden, sowie auf allgemeines medizinisches Wissen. Folglich kann diesbezüglich auf das Gutachten abgestellt werden.

Im Zusammenhang mit dem Gutachtensteil von Prof. Dr. med. G. _____ lässt die Klägerin mit Bezug auf die Frage des Vorhandenseins von Kriterien für die Infekt-

diagnose einwenden, der Experte stütze sich auf die Krankengeschichte, die keine Echtheit für sich in Anspruch nehmen könne. Es sei deshalb anzunehmen, dass die Klägerin febril gewesen sei und dass eine Rötung und Überwärmung des Gelenkes und damit weitere wesentliche Kriterien für die Infektdiagnose gegeben gewesen seien (act. 135 S. 22).

Obwohl es hierauf für die Entscheidungsfindung letztlich nicht ankommen kann, kann diese Schlussfolgerung nicht gezogen werden: Wie bereits im Rahmen der Prüfung der Dokumentationsverletzung dargetan, kommen grundsätzlich auch die medizinischen Akten und damit auch die Krankenschichte(n) als Urkundenbeweise in Frage und es sind allfällige Unstimmigkeiten und Widersprüche im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen; eine Verletzung der Dokumentationspflicht kann dabei zu einer Reduktion des Beweismasses seitens der Geschädigten führen (Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E.3.2). Ist eine Untersuchung nicht dokumentiert wie dies die Klägerin gestützt auf den Bericht von Prof. Dr. med. L. _____ für die Untersuchung der linken Hüfte beim status praesens behaupten lässt (act. 22 S. 10 Rz. 7), dann kann hieraus allenfalls geschlossen werden, dass diese Untersuchung tatsächlich nicht erfolgt ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, a.a.O.). Daraus zu schliessen es seien Befunde (febril, gerötetes überwärmtes Gelenk) vorhanden, die eine Untersuchung allenfalls ergeben hätte, geht demgegenüber zu weit und wäre vorliegend überdies auch deshalb nicht zulässig, weil die Klägerin im Behauptungsverfahren gar nicht behaupten liess, dass diese Befunde bei der Klägerin vorhanden waren.

6.2.4.1.2. Bei der Würdigung von Zeugenaussagen sind der Inhalt einer Aussage, ihre Überzeugungskraft, ihre Übereinstimmung mit dem bereits anderweitig ermittelten, bewiesenen Sachverhalt sowie ihre Stimmigkeit und logische Schlüssigkeit im Kerngehalt zu berücksichtigen. In die Würdigung einzubeziehen sind zudem die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu den Parteien sowie andere Umstände, die ihre Glaubwürdigkeit beeinflussen können, namentlich ein persönliches Interesse am Ausgang des Prozesses. Allein die Beziehung eines Zeugen zu einer Partei oder sein persönliches Interesse am Prozessausgang lassen indes

dessen Angaben nicht von vornherein als unzuverlässig erscheinen. In einem solchen Fall sind die Aussagen vorsichtig zu würdigen. Bestätigt sich aber aufgrund der konkreten Aussage des Zeugen der Eindruck der Unglaubwürdigkeit, so ist auf seine Angaben nicht abzustellen.

Die Zeugin Dr. med. M. _____ arbeitete zum Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme vom 10. Dezember 2009 seit zehn Jahren in der D. _____ Klinik. Sie kennt die Klägerin ausschliesslich im Zusammenhang mit der fraglichen Operation vom 26. Februar 2004, zur Beklagten bestehen keine Beziehungen. Ebenso wenig ist ein Interesse der Zeugin am Ausgang des Prozesses ersichtlich. Sie erscheint als Zeugin neutral und glaubwürdig, ihre unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB ergangenen Aussagen wirken natürlich und sind widerspruchsfrei (Prot. S. 223 ff.). Dass sie sich an Details nicht mehr erinnern konnte, ist angesichts der langen Zeitdauer seit dem fraglichen Ereignis nicht weiter erstaunlich. Auf ihre Aussagen kann demnach grundsätzlich abgestellt werden.

Prof. Dr. N. _____ ist als Leiter des Labors ... regelmässig Beauftragter für Laboraufträge der Beklagten und anderer Auftraggeber (Prot. S. 206 f.), steht aber in keiner näheren Beziehung zu den Parteien. Er hat die Abläufe im Labor und gestützt auf seine noch vorhandenen Protokolle auch den konkreten Ablauf bei der Überprüfung des bei der Klägerin entnommenen Punktes soweit er sich daran erinnert, glaubhaft dargestellt. Auf seine Aussagen kann soweit erforderlich ohne Weiteres abgestellt werden.

6.2.4.2. Würdigung

Aus dem gerichtlichen Gutachten von PD Dr. med. F. _____ vom 11. Juli 2011 ergibt sich (act. 123), dass am Vormittag des 26. Februars 2004 aufgrund des massiven CRP-Anstiegs und des Vorhandenseins von grampositiven Kokken eine Dringlichkeit zur Operation gegeben war. Mit der Klägerin (act. 135 S. 17) ist gestützt auf das überzeugende Gutachten davon auszugehen, dass die Situation der Klägerin gegen Mittag des 26. Februar 2004 instabil wurde. Um 14:00 Uhr bestand aufgrund der Kenntnis einer beginnenden Sepsis grosse Dringlichkeit zur

Operation. Der Gutachter hält fest, hätte man bis zum Folgetag, dem 27. Februar 2004, gewartet, eine massive Sepsis mit entsprechendem septischen Schock und der Gefahr eines Multiorganversagens gedroht hätte. Diese überzeugend begründeten Erkenntnisse werden auch von den Zeugen Dr. med. M._____, Dr. med. J._____ und Dr. med. I._____ einhellig bestätigt. Es ist demnach dem Gutachten wie auch den Zeugenaussagen folgend davon auszugehen, dass am 26. Februar 2004 mit fortschreitender Zeit eine Notsituation gegeben war und das Zuwarten mit der Operation bis zum 27. Februar 2004 mit dem Tod der Klägerin hätte enden können. Indes ist nicht gesichert, dass die Klägerin eine Operation am 27. Februar 2004 nicht überlebt hätte. Der Gutachter und auch die Zeugen sprechen lediglich davon, dass eine massive Sepsis *gedroht* hätte und die *Gefahr* eines Multiorganversagens bzw. "Risiken" bestanden. Wie auch die Zeugin Dr. med. M._____ erklärt, lässt sich der Verlauf nicht voraussagen bzw. kann man die Folgen schlecht errahnen und lediglich Mutmassungen anstellen.

Mit Bezug auf die Frage, wann die Infektdiagnose gestellt werden konnte, sprechen die Gutachter dem Umstand, dass die Punktion eine trübe Flüssigkeit (15 bis 20 ml) zeigte, eine wesentliche Bedeutung zu. Fest steht nach dem von Prof. Dr. N._____ glaubhaft geschilderten Ablauf, dass das Punktat nicht dringlich untersucht wurde. Der Gutachter PD Dr. med. F._____ erachtet diesen Umstand als nicht den allgemeinen Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprechend (act. 123 S. 11 f.). Die definitive Sicherung der Diagnose ergab sich zwar erst mit dem Untersuchungsergebnis, doch ist dem Gutachten folgend davon auszugehen, dass diese bereits zu einem früheren Zeitpunkt möglich gewesen wäre. PD Dr. med. F._____ geht davon aus, die Diagnose eines akuten implantatassoziierten Infektes hätte bereits am Abend des 25. Februar 2004 gestellt und eine Operation am gleichen Abend oder am andern Morgen geplant oder durchgeführt werden können. Eben diese Planung der Operation erfolgte dann auch durch die Beklagte. Die Klägerin beanstandet einzig, dass sie *nicht sofort* durchgeführt wurde. Dafür, dass der am Abend des 25. Februar 2004 oder am Morgen des 26. Februar 2004 ins Auge gefasste Operationstermin am 27. Februar 2004, auf welchen Zeitpunkt der definitive Untersuchungsbericht zu erwarten war (vgl. Zeugeneinvernahme Prof. Dr. N._____, Prot. S. 208) pflichtwidrig war, lässt sich durch das

Beweisverfahren indes nicht erstellen: Prof. Dr. med. G._____ spricht in seinem Teilgutachten von einem zulässigen Abklärungszeitraum von 24 - 48 Stunden (act. 124 S. 6), was die Klägerin für bedenklich hält, ohne dies aber näher zu begründen. PD Dr. med. F._____ ging davon aus, dass man am 25. Februar 2004 abends oder gegebenenfalls am nächsten Morgen eine operative Revision des Gelenks hätte planen oder durchführen können, dass eine derart grosse und komplexe operative Massnahme jedoch der entsprechenden Infrastruktur und der entsprechenden Operateure bedürfe (act. 123 S. 12). Wenn davon auszugehen ist (und auch die Klägerin anerkennt dies in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis, act. 135 S. 17), dass die Situation der Klägerin gegen Mittag des 26. Februars 2004 instabil wurde, dann bestand am 25. Februar 2004 noch keine Notwendigkeit für einen notfallmässigen Eingriff, wie dies auch der Gutachter PD Dr. med. F._____ ausdrücklich festhält (act. 123 S. 12). Demgegenüber findet die Auffassung von Prof. Dr. med. L._____, der die Dringlichkeit der Operation bereits auf den Zeitpunkt ansetzt, in welchem die trübe Flüssigkeit sichtbar wurde, wegen der damals noch stabilen Situation der Klägerin in den gutachterlichen Erkenntnissen keine Stütze.

Nach Eintritt der Verschlechterung des Allgemeinzustandes der Klägerin wurde die erforderliche Operation notfallmässig durchgeführt. Die der Beklagten im Gutachten von PD Dr. med. F._____ (nicht hingegen von Prof. Dr. med. G._____) angelastete verzögerte Punktatuntersuchung konnte sich damit insofern nicht auswirken, als die notwendige Operation tatsächlich durchgeführt wurde. Dass die Operation nicht durch die behandelnden Ärzte der Beklagten, sondern in der D._____ Klinik von Dr. med. C._____ durchgeführt wurde, vermag hieran nichts zu ändern.

Die Klägerin wurde am 26. Februar 2004, 17:00 Uhr, operiert. Insoweit konnte sich der Entscheid der Beklagten bzw. der behandelnden Ärzte die Operation für den Folgetag, den 27. Februar 2004, vorzusehen, nicht auswirken. Der von der Beklagten geplante Operationszeitpunkt erweist sich im Prozess insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil die Klägerin aus dem Umstand, dass sie nach der Operation erfuhr, dass sie einen Operationstermin am 27. Februar 2004 allen-

falls nicht überlebt hätte, die behaupteten psychischen Folgen ableitet. (Der weitere Grund für die behaupteten psychischen Folgen des Ereignisses ist der Umfang der Operation, worauf in Ziff. 6.3. einzugehen ist). Erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis macht die Klägerin erstmals geltend, es wären ihr Stunden der Todesangst erspart worden, wenn sie am Abend des 25. Februar 2004 oder am Vormittag des 26. Februars 2004 ohne Notfallhektik operiert worden wäre (act. 135 S. 20 Rz. 7). Damit führt sie neu, prozessual indes verspätet (§ 114 ZPO/ZH) die Umstände des Eingriffs als Grund für die behaupteten psychischen Folgen in den Prozess ein, was nicht zulässig ist. Können die Umstände der Operation, d.h. die Tatsache, dass die Operation nicht ordentlich geplant, sondern notfallmässig erging, aber nicht als Grund für die behaupteten psychischen Folgen herangezogen werden, dann entfallen auch alle der Beklagten vorgeworfenen Handlungen und/oder Unterlassungen, die zur Verzögerung der Operation und damit zur Notwendigkeit eines notfallmässigen Eingriffes führten, als Ursache für diese psychischen Folgen. Eine abschliessende Beurteilung, ob die nicht dringlich angeordnete Untersuchung des Punkttates oder die der Punktion vorgelagerten Handlungen, aber auch die umstrittene Verabreichung eines cortisonhaltigen Medikamentes sorgfaltswidrig waren, kann daher unterbleiben. Nicht näher einzugehen braucht in diesem Zusammenhang auch auf die von der Klägerin erhobenen Bedenken gegenüber dem Gutachten von Prof. Dr. med. G. _____ im Zusammenhang mit der Frage, welche Kriterien für die Infektdiagnose wann vorlagen.

Nach eigenen Angaben der Klägerin wurde sie erst *nach* der Operation in der D. _____ Klinik darüber informiert (act. 22 S. 17 Rz. 12), dass sie bei einer Operation am Folgetag möglicherweise hätte sterben können. Dass sie sich bereits am 25. oder 26. Februar 2004 über Stunden in Todesangst befand, hat die Klägerin wie gezeigt nicht rechtzeitig geltend gemacht.

Die Beklagte hält dem Vorwurf der Klägerin auch entgegen, dass am 26. Februar 2004 eine *provisorische* Operationsplanung vorgenommen worden sei, sie aber jederzeit in der Lage gewesen wäre, bei Verschlechterung des Zustandes unverzüglich eine Notfallintervention durchzuführen, sodass der operative Eingriff auch in der Klinik der Beklagten am 26. Februar 2004 hätte erfolgen können (act. 9

S. 14 Rz. 16 und S. 16 f. Rz. 24; act. 26 S. 25 Rz. 74, S. 49 f. Rz. 167 f., Rz. 171; act. 137 S. 11 Rz. 27 und S. 14 f. Rz. 40). Die Klägerin hatte dies in der Replik bestritten (act. 22 S. 51 f.), indes nicht dargelegt, inwiefern dies nicht hätte möglich sein sollen. Der Beklagten wird im Prozess denn auch nicht fehlende Eignung (als Institution oder personell) vorgeworfen, sondern, dass sie bzw. die bei ihr handelnden Ärzte fehlerhaft gehandelt hatten. Im Rahmen der Stellungnahme zum Beweisergebnis geht die Klägerin auch ausdrücklich davon aus, dass die Beklagte in der Lage gewesen wäre, eine solche Operation durchzuführen und die entsprechend notwendige Infrastruktur vorhanden gewesen wäre (act. 135 S. 18). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, weshalb dies nicht auch für einen Notfall gelten soll. Nachdem unbestritten blieb, dass der Ehemann der Klägerin mit Dr. med. C._____ (welcher bei der Klägerin die früheren Hüftoperationen gemacht hatte) die Verlegung der Klägerin in die D._____ Klinik verlangt hatten (act. 9 S. 14 Rz 17; act. 22 S. 52), kann entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 135 S. 18) auch nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte hätte konkrete Massnahmen behaupten und beweisen müssen, die sie für den notfallmäßigen Eingriff am 26. Februar 2004 getroffen habe. Mit dem Verlegungsentscheid war die Operationsplanung nicht mehr Sache der Beklagten. Es bleibt deshalb auch ohne Bedeutung, was nach dem Verlegungsentscheid seitens der Beklagten bzw. der behandelnden Ärzte im Hinblick auf eine Operation in der B._____ Klinik veranlasst worden war. Soweit die Klägerin hier in der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 135 S. 18) neue Behauptungen einbringt, sind diese nicht zu hören.

Der Gedanke, dass sie bei einer Operation am 27. Februar 2004 hätte sterben können, mag die Klägerin verständlicherweise psychisch belastet haben. Diese mögliche psychische Belastung reicht jedoch der Beklagten nicht zum Vorwurf. Sie hat zwar die Operation auf den 27. Februar 2004 geplant und es ist wie ausgeführt davon auszugehen, dass wegen der sich verschlechternden Situation ein erhebliches Risiko bestand, dass die Klägerin diesen Operationszeitpunkt nicht erlebt hätte. Im Zeitpunkt, als dieser Operationszeitpunkt ins Auge gefasst wurde, lag indessen gestützt auf das Beweisergebnis (noch) kein dringender Handlungsbedarf vor und es ist nach Durchführung des Beweisverfahrens davon auszuge-

hen, dass der geplante Operationstermin innerhalb des medizinisch vertretbaren, zeitlichen Rahmens lag. Auch nach Darstellung der Klägerin war die Beklagte sodann grundsätzlich in der Lage, die notfallmässige Operation durchzuführen. Vorbereitungen für einen notfallmässigen Eingriff wurden aber mit dem Entscheid zur Verlegung, die dann um 14:00 Uhr erfolgt war, hinfällig.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Klägerin bereits in der Klagebegründung hat ausführen lassen, dass das Risiko einer Infektion eines künstlichen Hüftgelenks in der Medizin bestens bekannt sei (act. 1 S. 35 Rz. 68). Mithin ist davon auszugehen, dass die latente Infektgefahr und das daraus folgende Risiko einer Operation bei allen Trägern eines Kunstgelenks vorhanden ist. Für die – nachvollziehbare – Angst, dass sich die Gefahr realisieren könnte oder dass bei zukünftigen medizinischen Behandlungen möglicherweise Unterlassungen oder Behandlungsfehler geschehen könnten, kann die Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden.

6.3. Umfang der Operation (Totalausbau der Hüftgelenksprothese)

Bei der vorliegenden Behauptungslage hatte weiter als bestritten zu gelten, dass bei der Operation am 26. Februar 2004, 17:00 Uhr, der vollständige Ausbau der Prothese notwendig war. Da die Klägerin die von ihr behaupteten wirtschaftlichen Folgen vom Umfang der Operation abhängig macht, wurde ihr der Hauptbeweis auferlegt, dass es bei der Operation der Klägerin am 26. Februar 2004, 17:00 Uhr, durch Dr. med. C._____ notwendig war, die Prothese vollständig auszubauen und dass bei einer sofortigen Operation am 25. Februar 2004 nachmittags die Prothese hätte erhalten werden können (act. 36 S. 4; Prot. S. 15). Als Beweis berief sie sich auf die medizinische Expertise, die Urkunde act. 23/10 (S. 10 Antwort auf Fragen 8a) und b)) und Prof. Dr. med. L._____ als Zeugen. Dr. med. J._____ und Dr. med. I._____ wurden von der Beklagten zum Gegenbeweis angerufen (act. 47 S. 12 f.; Prot. S. 31 f.).

6.3.1. Beweismittel

Mit Bezug auf die als Zeugen im Rahmen des Gegenbeweises angerufenen Dres. J._____ und I._____ kann auf das Gesagte (vgl. oben Ziff. 6.2.2.4.) verwiesen werden. Wie gesehen, kann sodann auf die Zeugenaussage von Prof. Dr. med.

L. _____ nicht abgestellt werden, da seine Aussagen nicht auf eigener Wahrnehmung beruhen, was für den Zeugenbeweis vorauszusetzen wäre. Bei der Urkunde act. 23/10 handelt es sich um den bereits erwähnten Bericht von Prof. Dr. med. L. _____ an den klägerischen Rechtsvertreter vom 26. März 2007, der in den Parteivorträgen der Klägerin im Wesentlichen aufgenommen worden ist und dem als Parteigutachten die Qualität einer Parteibehauptung zukommt. Prof. Dr. med. L. _____ führt darin aus, dass es allenfalls möglich gewesen wäre, unter den richtigen Voraussetzungen in einer relativ frühen Phase ein prothesenerhaltendes Vorgehen zu wählen. In einer relativ frühen Phase des hämatogenen Protheseninfektes sei es seiner Beurteilung nach bei der damals klinisch noch nicht instabilen Patientin vertretbar gewesen nach der Eröffnung des Gelenks durch den Chirurgen diese Option prüfen zu lassen. Ein solches Vorgehen sei aber nur in einer Umgebung sinnvoll, wo Orthopäde, Mikrobiologe und Infektiologe die individuelle Situation kritisch mit allen Pro und Kontra evaluierten. Der Chirurg sei es, der letztendlich entscheide. Ob vorliegend allenfalls ein prothesenerhaltendes Verfahren zum Zuge gekommen wäre, könne er aufgrund der Daten nicht sagen. Im Lichte der sich verschlechternden Situation und dem akuten Krankheitsbild könne er es gut verstehen, wenn auch bei einer frühen Revision aus Sicherheitsgründen ein Prothesenausbau gemacht worden wäre (act. 23/10 S. 10 f.).

Im gerichtlichen Gutachten vom 11. Juli 2011 (act. 123) hält PD Dr. med. F. _____ fest, es gäbe in der orthopädischen Literatur keinen Konsens, dass infizierte Gelenkprothesen erhalten werden könnten bzw. ob immer ein Ausbau nötig sei. So sei es in den USA beispielsweise Usus, Kunstgelenke mit nachgewiesenem Infekt temporär auszubauen, den Keimnachweis mit Resistenzmuster abzuwarten, entsprechend antibiotisch zu therapieren und dann erst mit deutlichem Zeitfenster eine erneute Prothese einzusetzen. In Europa werde häufig ein differenzierteres Vorgehen praktiziert. Bei einem Akutinfekt, wie er hier vorliege, könne zunächst débridiert, die Behandelbarkeit anhand der Resistenzen überprüft und dann nach einem einmaligen Débridement entsprechend antibiotisch therapiert werden. Sollte es sich um einen schwer behandelbaren Keim handeln, könne auch sekundär noch eine vorübergehende Girdlestone-Situation (alleiniger Prothesenausbau) geschaffen werden. Im Operationsbericht der D. _____ Klinik vom 26. Februar

2004 sei beschrieben, dass sowohl Pfanne als auch Schaft fest integriert gewesen seien; die feste Verankerung der Komponenten sei Voraussetzung für eine prothesenerhaltende Débridement-Operation. Diese Voraussetzung sei somit gegeben gewesen. Am Kantonsspital ... hätte man ein alleiniges Débridement durchgeführt und die Prothese erhalten. Aus ihrer behandlungsstrategischen Sicht sei die Prothesenentfernung somit nicht notwendig gewesen. In anderen Häusern und anderen operativen Schulen werde dies jedoch anders beurteilt und immer eine Prothesenentfernung durchgeführt. Die Prothese hätte aus Sichtweise des Kantonsspitals ... somit erhalten werden können. Dies hätte einen deutlich weniger belastenden operativen Eingriff zur Folge gehabt. Das Restrisiko einer Infektionspersistenz wäre zumindest vertretbar gewesen. Von Seiten der Sepsis hätte ein Débridement die Keimlast massiv reduziert und somit auch die drohende Sepsis abzuwenden geholfen. Diese Auffassung werde überall geteilt, der sichere Weg des Prothesenausbaus werde an vielen Stellen als der goldene Standard angesehen. Bei Prothesenerhalt sei das daraus resultierende Knochen-/Weichteiltrauma wesentlich geringer und die Verankerung der Prothese sei nicht kompromittiert. Als Folgen verblieben gegebenenfalls Vernarbungen und geringere funktionelle Einbussen. Die Haltbarkeit des Implantats sei nicht beeinträchtigt. Es bleibe ein kleines Risiko der Infektpersistenz, wie dies aber auch bei einem zweizeitigen Prothesenwechsel nach implantatassoziierten Infektion vorhanden sei. Aus Sicht des Prothesenerhalts hätten sich bezüglich des 25., 26. oder 27. Februars 2004 keine unterschiedlichen Aspekte ergeben. Der Prothesenerhalt wäre aus seiner Sicht auch am 27. Februar 2004 noch möglich gewesen (act. 123 S. 15 f.).

6.3.2. Stellungnahme der Parteien

Die Klägerin führt in der Stellungnahme zum Beweisergebnis aus, der Gerichtsgutachter PD Dr. med. F. _____ vertrete die Auffassung, dass es aus Sicht des Prothesenerhalts keine Rolle gespielt hätte, ob man die Operation am 25., 26. oder 27. Februar 2004 durchgeführt hätte. Diese Aussagen bezögen sich lediglich um den Erhalt der Prothese, nicht aber um den Erhalt des Lebens der Klägerin. Die Toten bräuchten keine Prothesen. Die Experten gingen alle davon aus, dass

die Operation für die Klägerin notwendig gewesen sei. Der Gerichtsexperte stelle fest, dass das Risiko eines Multiorganversagens noch beträchtlich gewesen sei. Sogar der als Zeuge aufgerufene Dr. med. I. _____ habe die Frage, ob die Klägerin die Operation am 27. Februar 2004 nicht überlebt hätte, mit einem ganz klaren "Ja" beantwortet. Hätte man die Klägerin, wie der Gerichtsexperte auch postuliere, am Abend des 25. Februars 2004 oder am Vormittag des 26. Februars 2004 ohne Notfallhektik operiert, so hätte man der Klägerin den Totalausbau der Prothese erspart. Der Experte meine schliesslich, dass man in ... die Prothese nicht ausgebaut, sondern erhalten hätte. Im Februar 2004 sei das noch keine herrschende Lehre gewesen. Erst nach der Publikation in "The New England Journal of Medicine" vom Oktober 2004 habe sich die Ansicht durchgesetzt, dass man auch bei erheblicheren Infektionen die Prothesen erhalten könne, wenn diese nicht gelockert seien und fest sässen (act. 135 S. 20 Rz. 7 f.). Rechtlich spiele es allerdings keine Rolle, darüber zu befinden, ob in der D. _____ Klinik eine prothesenerhaltende Operation hätte durchgeführt werden können. Es sei mit sehr guten Gründen nachvollziehbar, dass die Ärzte in der D. _____ Klinik kein Risiko mehr eingehen wollten. Rechtlich sei eine kausalitätsunterbrechende Handlung durch die D. _____ Klinik nicht auszumachen. Die Beklagte habe auch nicht behauptet, dass eine alternative oder kumulative Kausalität vorliege (act. 135 S. 21 Rz. 8).

Die Beklagte führt in der Stellungnahme zum Beweisergebnis aus, ob eine infizierte Gelenkprothese ausgebaut werde oder nicht, sei eine Frage, über die es offensichtlich nicht eine einheitliche Auffassung gebe. Beide Möglichkeiten seien gleichwertig (act. 137 S. 7 Rz. 17).

6.3.3. Würdigung

Das gerichtliche medizinische Gutachten von PD Dr. med. F. _____ vom 11. Juli 2011 (act. 123) stützt sich bezüglich der Frage, ob es bei der Operation der Klägerin am 26. Februar 2004 in der D. _____ Klinik durch Dr. med. C. _____ notwendig war, die Prothese vollständig auszubauen und ob bei einer sofortigen Operation am 25. Februar 2004 nachmittags die Prothese hätte erhalten werden können, nicht auf die klägerischerseits als fehlerhaft bezeichneten medizinischen Unterla-

gen, sondern vornehmlich auf allgemeines medizinisches Wissen. Es bestehen keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Beweiskraft.

PD Dr. med. F._____ hält fest, dass in der orthopädischen Literatur kein Konsens besteht, ob infizierte Gelenkprothesen erhalten werden können oder ob immer ein Ausbau nötig sei. Ob sich erst im Oktober 2004 die Ansicht durchgesetzt habe, dass man auch bei erheblicheren Infektionen die Prothesen erhalten könne, wenn diese nicht gelockert seien und fest sässen, wie die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis festhält (act. 135 S. 21), kann letztlich offen bleiben. Zur Behandlung eines Akutinfekts bestehen nach Darstellung sowohl des gerichtlichen wie auch des Parteigutachters verschiedene Möglichkeiten: Es kann die Hüfte geöffnet und ein Débridement vorgenommen werden unter Erhalt des künstlichen Gelenkes oder es kann das Kunstgelenk vorübergehend entfernt werden (Girdlestone-Situation). Ob im Einzelfall ein prothesenerhaltendes Débridement oder ein Ausbau des Gelenks erfolgt – so ebenfalls beide Gutachter –, hat letztlich der jeweilige Operateur zu entscheiden. Aus allen Voten der medizinischen Fachpersonen lässt sich eine Tendenz zum prothesenerhaltenden Eingriff erkennen, der aber – wie ebenfalls übereinstimmend festgestellt wird – gegenüber dem Totalausbau mehr Risiken und weniger Sicherheit bietet. Der Ausbau des Gelenks erfordert als Nachteil eine weitere Operation mit neuerlichen Risiken. Eine generelle Beurteilung, das eine sei richtig und das andere falsch oder umgekehrt, ist bei diesen Verhältnissen nicht möglich. Alle zu würdigenden Voten gehen in der Tendenz ebenfalls davon aus, dass bei zunehmender Schwäche, beginnender Sepsis etc. eher zum sichereren Totalausbau geschritten wird. Gerade der Parteigutachter Prof. Dr. med. L._____ schliesst allerdings in seinem Bericht, er könne es im Lichte der sich verschlechternden Situation und dem akuten Krankheitsbild verstehen, wenn im konkreten Fall auch bei einer frühen Revision aus Sicherheitsgründen ein Prothesenausbau gemacht worden wäre (act. 23/10 S. 11). Demgegenüber hätte der gerichtliche Gutachter PD Dr. med. F._____ bei der Klägerin eine prothesenerhaltende Débridement-Operation durchgeführt und die Beklagte behauptet, dass Dr. med. I._____ einen weniger weit gehenden Eingriff vorgenommen hätte.

Bei dieser Beweislage kann nicht als hinreichend gesichert angenommen werden, dass es bei der Operation der Klägerin am 26. Februar 2004 in der D._____ Klinik durch Dr. med. C._____ medizinisch notwendig war, die Prothese vollständig auszubauen, sondern dass sowohl im Zeitpunkt der Vornahme der Operation wie auch am Abend des 25. Februar 2004 oder am Morgen des 26. Februar 2004 die Methodenwahl bestand. Da die Beklagte ausdrücklich geltend gemacht hat, dass in ihrer Klinik ein weniger weit gehender Eingriff vorgenommen worden wäre, kann mit der Klägerin (act. 135 S. 20 Rz 7) gefolgert werden, dass, hätte man die Operation am 25. Februar 2004 nachmittags oder am 26. Februar 2004 vormittags "ohne Notfallhektik" durchgeführt, der Totalausbau der Prothese zu vermeiden gewesen wäre. Insbesondere nach dem Parteigutachter wäre aber auch in jenem Zeitpunkt ein Totalausbau medizinisch vertretbar gewesen. Die Methodenwahl lag grundsätzlich und unabhängig vom Zeitpunkt des Eingriffs im Ermessensbereich des Operateurs. Der Gerichtsgutachter hält auch ausdrücklich fest, dass andere Häuser (als ...) immer eine Prothesenentfernung durchführten.

Der zentrale Vorwurf der Klägerin an die Beklagte bzw. an die behandelnden Ärzte, dass wegen der behaupteten Pflichtverletzungen der Totalausbau des Gelenks notwendig geworden war, lässt sich damit nach Durchführung des Beweisverfahrens nicht erstellen. Grundsätzlich entschied der Operateur, Dr. med. C._____ über den Umfang der Operation und das kann der Beklagten nicht angelastet werden. Die Beklagte behauptet, sie hätten keinen Totalausbau vorgenommen, sondern ein prothesenerhaltendes Débridement. Ob dies tatsächlich der Fall gewesen wäre, kann letztlich offen bleiben. Nach dem Gesagten und aufgrund des Beweisverfahrens muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass sowohl die eine wie auch die andere Methode in Betracht kam und als medizinisch korrekt zu betrachten gewesen wäre und es kann aufgrund der erhobenen Beweise auch nicht davon ausgegangen werden, dass bei frühzeitiger Operation ein Totalausbau hätte vermieden werden können. Blieb aber auch bei einer frühzeitigen Operation die Methodenwahl dem Operateur vorbehalten, dann können weder die Beklagte noch die behandelnden Ärzte für die im Vergleich mit einer kleineren Operation gravierenderen Folgen der grösseren Operation zur Verantwortung gezogen werden. Dies selbst dann nicht, wenn die vorgelagerte Behandlung Mängel

aufwies und allenfalls gar als pflichtwidrig betrachtet werden müsste. Für die tatsächlich ausgeführte Operation entfällt der Vorwurf, weil die Beklagte oder die behandelnden Ärzte nicht die Operateure waren und der Entscheid von ihnen nicht beeinflusst werden konnte. Dabei stellt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht die Frage der Unterbrechung der Kausalität. Vielmehr geht es darum, dass die Klage letztlich daran scheitert, dass der Totalausbau der Prothese vom 26. Februar 2004, an welchen Umstand die Klägerin die physischen und teilweise die psychischen Folgen knüpft, auch bei einer frühzeitigen Operation eine der medizinisch korrekten Methoden darstellte und dass nicht erstellt werden konnte, dass der Umfang der Operation die Folge der der Beklagten und den behandelnden Ärzten vorgeworfenen Pflichtverletzungen war.

7. Zusammenfassung

7.1. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, durch diverse Unterlassungen oder Fehlbehandlungen habe sich die Diagnosestellung verzögert, wodurch eine grössere Operation mit bleibenden Schäden habe durchgeführt werden müssen. Die Unterlassungen zur rechtzeitigen Diagnose und Therapie seien daher unabdingbare Ursachen des eingetretenen Schadens (act. 1 S. 19 Rz. 14 und S. 46 f. Rz. 86 ff.; act. 22 S. 8 ff. Rz. 7 ff., S. 15 ff. Rz. 10 ff. und S. 19 ff. Rz. 14 ff.).

7.2. Nach Durchführung des Beweisverfahrens muss davon ausgegangen werden, dass die Beklagte bzw. die bei ihr tätigen Ärzte die Infektdiagnose in einem früheren Zeitpunkt – wenn auch nicht mit abschliessender Sicherheit – hätten stellen können. Da in jenem Zeitpunkt die gesundheitliche Situation der Klägerin noch als stabil zu beurteilen war, bestand in jenem Zeitpunkt aber noch keine Notwendigkeit für eine sofortige Operation. Mit der Verschlechterung des Zustandes war ab ca. Mittag des 26. Februar 2004 Dringlichkeit geboten und es wurde die notfallmässige Operation in die Wege geleitet, die allerdings nach der Verlegung der Klägerin in die D._____ Klinik von Dr. med. C._____ durchgeführt wurde, die aber auch bei der Beklagten möglich gewesen wäre. Eine Verzögerung bei der Punktuuntersuchung oder allfällige andere Fehler in der Behandlung der Klägerin, welche zur Verzögerung führten, konnten sich damit insoweit auswirken, als die Ope-

ration schliesslich notfallmässig erfolgen musste, woraus indes nichts abgeleitet wird.

Die nachträgliche Information, dass die Klägerin einen Operationszeitpunkt am 27. Februar 2004 möglicherweise nicht überlebt hätte, vermag sich nicht auszuwirken, da davon auszugehen ist, dass die Operation auch bei der Beklagten notfallmässig am 26. Februar 2004 durchgeführt worden wäre. Es entfällt damit die Grundlage dafür, dass die Beklagte für die von der Klägerin behaupteten psychischen Folgen, die sie aus der Information ableitet, haftbar gemacht werden kann.

Des Weiteren ergab das Beweisverfahren, dass die Methodenwahl bei der Operation beim Operateur war und – unabhängig vom Zeitpunkt der Operation – sowohl der Totalausbau des Gelenks wie auch ein Eingriff unter Erhaltung der Prothese als mit den medizinischen Regeln der Kunst vertretbar zu betrachten ist. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Verhalten der Beklagten bzw. der für sie handelnden Ärzte die Notwendigkeit des Totalausbaus der Prothese verursacht haben. Die Beklagte bzw. die bei ihr tätigen Ärzte können daher für die physischen und psychischen Folgen, welche die Klägerin aus dem Totalausbau und den damit verbundenen Folgen, ableitet, nicht haftbar gemacht werden und es kann auf die abschliessende Beurteilung der von der Klägerin behaupteten Sorgfaltspflichtverletzungen verzichtet werden.

7.3. Da die für einen Schadenersatz- und/oder Genugtuungsanspruch der Klägerin erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist die Klage abzuweisen. Weitere Beweiserhebungen, wie insbesondere die Befragung der Zeugin U._____ und die Einholung eines psychiatrischen (Akten-)Gutachtens, wie sie die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis verlangt (act. 135 S. 32) erübrigen sich damit.

VI. Kosten und Entschädigung

1. Streitwert

1.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung massgebende Streitwert der Klage gemäss dem in der Replik modifizierten Rechtsbegehren CHF 2'413'713.– (act. 22 S. 2).

1.2. Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 2'413'713.– (§ 18 Abs. 2 ZPO/ZH; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG).

2. Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung

2.1. Nach dem Gesagten unterliegt die Klägerin vollumfänglich, d.h. sowohl hinsichtlich ihres teilweisen Rückzugs wie auch bei der im Übrigen zu ergehenden Klageabweisung. Sie wird damit kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

2.2. Nach § 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV OG) und in Anbetracht der Komplexität des Prozesses sowie des umfangreichen Beweisverfahrens ist eine doppelte Grundgebühr als Gerichtsgebühr gerechtfertigt.

2.3. Die Prozessentschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (§ 69 ZPO/ZH). Die Grundgebühr ist mit der Klagebegründung verdient; für die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 6 Abs. 1 lit. a und c AnwGebV). Es rechtfertigt sich bei den zu berücksichtigenden Zuschlägen und angesichts des erheblichen Aufwandes, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe einer doppelten Grundgebühr zuzusprechen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei, wie hier der Beklagten, eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgericht des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 (2005) 532 ff.).

Das Gericht beschliesst:

1. Der klägerische Antrag, es sei der Prozess zunächst auf die Haftungsfrage zu beschränken wird abgewiesen.
2. Im Umfang von CHF 552'000.– wird der Prozess zufolge Rückzugs der Klage erledigt abgeschlossen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 90'000.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 2'020.– für Zeugenentschädigungen und CHF 17'038.25 für Gutachten.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und soweit möglich aus den geleisteten Vorschüssen gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 91'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'413'713.–.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. iur Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Mirjam Münger