



4D_1/2023

Urteil vom 16. März 2023

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Hohl, Kiss,
Gerichtsschreiber Kistler.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Jäger,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Vivien Keiser und Rechtsanwalt Dr. Martin Weber,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Auftrag; subsidiäre Verfassungsbeschwerde,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 15. November 2022 (NP220006-O/U).

Sachverhalt:

A.
Die A. _____ AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) und B. _____ (Kläger, Beschwerdegegner) schlossen einen Behandlungsvertrag betreffend die Erbringung von medizinischen Leistungen ab. Die Beklagte stellte dem Kläger nach Ende der Behandlung durch Prof. C. _____ eine Rechnung von Fr. 54'687.50 aus, welche der Kläger bezahlte. Als dessen private Krankenversicherung, die D. _____ AG (nachfolgend: die Krankenversicherung), ihm lediglich Fr. 27'100.-- zurückerstattete, forderte der Kläger von der Beklagten den Restbetrag von Fr. 27'587.50 nebst Zins aus ungerechtfertigter Bereicherung zurück.

B.
Mit Klage vom 10. März 2022 beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Meilen, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 27'587.50 nebst Zins seit dem 18. Februar 2020 oder eventualiter seit dem 4. Juni 2020 zu bezahlen. Das Bezirksgericht hiess die Klage mit Urteil vom 6. Dezember 2021 gut. Gegen dieses Urteil reichte die Beklagte Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein. Mit Urteil vom 15. November 2022 wies das Obergericht die Berufung ab.
Es erwog, die Beklagte habe ihre wirtschaftliche Aufklärungspflicht gegenüber dem Kläger verletzt, indem sie ihn nicht über die finanziellen Folgen der Behandlung informiert habe. Eine hypothetische Einwilligung des Klägers liege ebenfalls nicht vor.

C.
Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde, das Urteil des Obergerichts vom 15. November 2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei die Angelegenheit an das Obergericht zwecks Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

Mit Präsidualverfügung vom 7. Februar 2023 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.
Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 117 i.V.m. Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 114 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Streitwert erreicht die erforderliche Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG nicht, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen nicht gegeben ist. Dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellen würde (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich demnach als das zulässige Rechtsmittel (Art. 113 BGG).

2.

2.1. Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann ausschliesslich die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Die Beschwerdeführerin muss angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde, und substantiiert darlegen, worin die Verletzung besteht (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 142 I 99** E. 1.7.2; **138 I 171** E. 1.4; **135 III 127** E. 1.6). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten liegt. Die Beschwerdeführerin soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als verfassungswidrig erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 86** E. 2; 115 E. 2). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (**BGE 146 IV 88** E. 1.3.1; **134 II 244** E. 2.2).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte beruht (Art. 116 i.V.m. Art. 118 Abs. 2 BGG). Wird Letzteres geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich, sein soll (**BGE 133 III 393** E. 7.1, 585 E. 4.1; je mit Hinweisen). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 117 i.V.m. Art. 99 BGG).

2.3. Macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Willkürverbots geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich (**BGE 134 II 349** E. 3). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 141 III 564** E. 4.1; **140 III 16** E. 2.1; je mit Hinweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 146 IV 88** E. 1.3.1; **141 III 564** E. 4.1; **140 III 16** E. 2.1; je mit Hinweisen).

2.4. Die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, es ohne sachlichen Grund ein wichtiges oder entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (**BGE 137 III 226** E. 4.2 mit Hinweisen). Allein dass die vom Gericht gezogenen Schlüsse nicht mit der Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmen, belegt noch keine Willkür (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweisen). Entsprechend genügt es nicht, lediglich einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem eine freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. nur etwa Urteil 4A_49/2017 vom 9. Juni 2017 E. 2 mit Hinweis).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin verkennt diese Grundsätze über weite Strecken, indem sie dem Bundesgericht in frei gehaltenen Ausführungen bloss ihre eigene Sicht der Dinge unterbreitet, ohne sich hinreichend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und im Einzelnen deren offensichtliche Unhaltbarkeit beziehungsweise Verfassungswidrigkeit aufzuzeigen. So belegt die Beschwerdeführerin keine Willkür, indem sie die vorinstanzlichen Feststellungen als "willkürlich", "stossend" oder im Ergebnis "unhaltbar" bezeichnet, in der Begründung dann aber lediglich auf ihrem im kantonalen Verfahren eingenommenen Standpunkt beharrt, ohne darzulegen, weshalb die abweichende Beurteilung der Vorinstanz geradezu unhaltbar sein soll. Eine solche Beschwerdeführung ist unzulässig, ist das Bundesgericht doch keine Appellationsinstanz, die den Rechtsstreit frei prüfen könnte.

3.2. Was den an verschiedenen Stellen der Beschwerdeschrift erhobenen Vorwurf der willkürlichen

Rechtsanwendung anbelangt, übersieht die Beschwerdeführerin, dass eine allfällige Verletzung von Bundesrecht für sich allein noch keine Willkür zu begründen vermag. Selbst wenn das Obergericht gewisse Grundsätze der ärztlichen Aufklärungspflicht oder die Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung unrichtig angewandt oder sich nicht an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten hätte, wäre darin für sich allein noch keine Verletzung des Willkürverbots zu erblicken. Die Beschwerdeführerin hätte vielmehr darlegen müssen, dass das angefochtene Urteil nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist (**BGE 140 III 16** E. 2.1).

3.3. Insofern die Beschwerdeführerin verschiedentlich eine Verletzung der Begründungspflicht rügt, weil die Vorinstanz auf bestimmte Ausführungen ihrer Berufungsschrift nicht (ausreichend) eingegangen sei, ist zu berücksichtigen, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, sich mit sämtlichen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt nur, dass das Gericht die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es ist indes nicht erforderlich, dass es sich in der Entscheidungsbegründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (**BGE 145 III 324** E. 6.1; **143 III 65** E. 5.2). Der angefochtene Entscheid erfüllt diese Voraussetzungen; so geht klar daraus hervor, von welchen Überlegungen sich die Vorinstanz hat leiten lassen und weshalb sie auf die Berücksichtigung bestimmter von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände verzichtete. Die Beschwerdeführerin war demgemäss auch in der Lage, das angefochtene Urteil sachgerecht anzufechten. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist daher nicht zu erkennen.

4.

Umstritten ist, ob der Beschwerdegegner auf die Aufklärung in wirtschaftlicher Hinsicht verzichtet hat.

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe einen Verzicht des Beschwerdegegners auf die wirtschaftliche Aufklärung willkürlich verneint. Allein der Umstand, dass es für die Beschwerdeführerin unbegreiflich ist, dass die Vorinstanz die angebliche Erklärung des Beschwerdegegners, Geld spiele keine Rolle, nicht "eindeutig" als Verzicht wertet, begründet allerdings keine Willkür. Nichts daran vermögen die weiteren von der Beschwerdeführerin dargelegten Umstände zu ändern, wonach eine Nachfrage beim Beschwerdegegner unangebracht gewesen sein soll (z.B. aufgrund dessen Vermögensverhältnisse oder des Umstandes, dass er sich wegen der Komplexität des Eingriffs bewusst für eine Privatklinik entschieden habe). Keiner dieser Umstände zeigt auf, dass es offensichtlich unhaltbar ist, wenn die Vorinstanz einen Aufklärungsverzicht des Beschwerdegegners verneint. Vielmehr ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass aus einer derart allgemein gehaltenen Äusserung (Geld spiele keine Rolle) nicht auf einen Verzicht des Beschwerdegegners auf weitere Aufklärungen geschlossen werden kann. Soweit die Beschwerdeführerin eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, weil die Vorinstanz auf die Zeugenbefragung von Prof. C. _____ verzichtet habe, vermag sie ebenfalls nicht durchzudringen. Ein Gericht darf auf ein beantragtes Beweismittel verzichten, wenn es ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen durfte, eine weitere Beweiserhebung würde seine Überzeugung nicht beeinflussen (**BGE 134 I 140** E. 5.3; **130 II 425** E. 2.1; **129 I 151** E. 4.2). Vorliegend hätte Prof. C. _____ nur die angebliche Aussage des Beschwerdegegners und deren Eindeutigkeit aus seiner Sicht bestätigt. Eine solche Bestätigung hätte allerdings nichts daran geändert, dass aus einer derart abstrakten Äusserung kein Informationsverzicht abgeleitet werden kann. Entsprechend durfte die Vorinstanz in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Aussage von Prof. C. _____ verzichten.

Soweit die Beschwerdeführerin alsdann eine willkürliche Rechtsanwendung rügt und geltend macht, gemäss der Vorinstanz sei ein Aufklärungsverzicht nur bei genauer Aufklärung des Patienten möglich, gibt sie die massgeblichen Erwägungen der Vorinstanz unzutreffend wieder. Die Vorinstanz setzte keine umfassende wirtschaftliche Aufklärung vorgängig zum Verzicht voraus. Sie hielt fest, der Patient habe zumindest Anspruch auf eine rudimentäre Aufklärung, bevor ein entsprechender Verzicht angenommen werden könne. Die Beschwerdeführerin hätte daher konkret behaupten müssen, was sie denn "genau" mit dem Beschwerdegegner angesprochen habe. Dies habe sie unterlassen und habe damit nicht einmal eine rudimentäre Aufklärung dargetan. Was an dieser Erwägung widersprüchlich sein soll, ist nicht ersichtlich. Es wird seitens der Beschwerdeführerin nicht behauptet, dass sie ausreichend dargelegt hätte, was genau mit dem Beschwerdegegner angesprochen worden sein soll. Eine willkürliche Rechtsanwendung ist daher nicht zu erkennen.

4.2. Die Vorinstanz verletzte daher keine verfassungsmässigen Rechte, indem sie einen Verzicht des Beschwerdegegners auf wirtschaftliche Aufklärung verneinte.

5.

Umstritten ist, ob eine hypothetische Einwilligung des Beschwerdegegners angenommen werden konnte.

5.1. Die Vorinstanz lehnte eine hypothetische Einwilligung des Beschwerdegegners ab. Sie erwog, der Beschwerdegegner habe glaubwürdig dargelegt, dass er bei Kenntnis der durch ihn zu bezahlenden

Arztkosten in Höhe von Fr. 27'587.50 der Operation bei Prof. C. _____ nicht zugestimmt hätte. Zudem zeige bereits die Zeitspanne von 25 Tagen zwischen der erfolgten Sprechstunde und dem Eingriff, dass die Operation nicht dringlich gewesen sei, wie sie aber hätte sein müssen, damit die Beschwerdeführerin die hypothetische Einwilligung hätte beweisen können. Es sei vor der Operation genügend Zeit verblieben, um vom Beschwerdegegner eine entsprechende Einwilligung einzuholen.

5.2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe in willkürlicher Rechtsanwendung auf das ex post Wissen des Beschwerdegegners abgestellt. So sei erst nach fünf-monatiger Korrespondenz zwischen der Krankenversicherung und der Beschwerdeführerin festgestanden, dass die Krankenversicherung nur so wenig übernehme. Die Beschwerdeführerin zeigt allerdings nicht hinreichend auf, inwiefern die Vorinstanz von einem ex post Wissen des Beschwerdegegners ausgegangen sein soll. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz befand sich der behandelnde Arzt Prof. C. _____ im Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs in einem vertragslosen Zustand mit der Krankenversicherung. Dementsprechend bestand bereits im Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs das Risiko einer (teilweisen) Nichtdeckung der Behandlungskosten. Es verletzt daher kein Bundesrecht und ist erst recht nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz die hypothetische Einwilligung danach beurteilt, ob der Beschwerdegegner in Kenntnis der möglichen, selbst zu tragenden Behandlungskosten von Fr. 27'587.80 auf eine Behandlung bei Prof. C. _____ verzichtet hätte.

5.3. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Rechtsanwendung, weil die Vorinstanz den Einwand der hypothetischen Einwilligung mit der Begründung von vornherein ausschliesse, es habe vor der Operation genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um den Beschwerdegegner über die Höhe der mutmasslichen Behandlungskosten aufzuklären.

Der Vorinstanz ist zwar nicht zu folgen, sofern sie für die Annahme der hypothetischen Einwilligung eine zeitliche Dringlichkeit zwingend vorauszusetzen scheint. Es ist jedoch im Ergebnis nicht offensichtlich unhaltbar, wenn sie aufgrund der Ausführungen des Beschwerdegegners und der fehlenden zeitlichen Dringlichkeit der Operation annimmt, die Beschwerdeführerin habe keine hypothetische Einwilligung des Beschwerdegegners darzulegen vermocht. So stellt die zeitliche Dringlichkeit bei der Beurteilung der hypothetischen Einwilligung ein zu berücksichtigender Faktor dar (AEBI - MÜLLER UND ANDERE, *Arztrecht*, 2016, S. 322; ROBERT GEISSELER, *Aufklärungspflicht des Arztes*, in: *Haftpflcht- und Versicherungsrechtstagung 1995*, S. 171; SHENBAO LIANG, *Einwilligung in medizinische Behandlungen*, 2018, S. 159; RAPHAEL HAAS, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, 2007, S. 335).

Im vorliegenden Fall kam der fehlenden Dringlichkeit der Operation auch deshalb ein besonderes Gewicht zu, weil fraglich war, ob der Beschwerdegegner die Operation bei hinreichender wirtschaftlicher Aufklärung bei einem anderen Arzt durchgeführt hätte. Bei einer fehlenden zeitlichen Dringlichkeit der Operation war umso mehr davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner aufgrund der vertragslosen Situation zwischen der Krankenversicherung und Prof. C. _____ einen anderen Arzt aufgesucht hätte. Entsprechend setzen auch diejenigen von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände, welche eine Behandlung bei Prof. C. _____ nahe legten, eine gewisse Dringlichkeit voraus (so z.B. dass der Beschwerdegegner mit dem Wunsch, den Eingriff *rasch* durchzuführen, zu Prof. C. _____ gekommen sei oder dass bei ihm jederzeit die Gefahr einer Querschnittslähmung aufgrund einer Alltagsbewegung bestanden habe). Die übrigen von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände vermögen hingegen nicht darzulegen, weshalb die Behandlung notwendigerweise bei Prof. C. _____ und nicht bei einem anderen (von der Krankenkasse gedeckten) Arzt hätte durchgeführt werden können. So schliessen die Vermögensverhältnisse des Beschwerdegegners oder der Umstand, dass es sich um einen heiklen und komplexen Eingriff handelte, nicht aus, dass die Operation bei einem anderen Arzt hätte durchgeführt werden können. Höchstens der Umstand, dass Prof. C. _____ dem Beschwerdegegner von seiner Neurologin empfohlen wurde, spricht gegen die Behandlung bei einem anderen Arzt. Allerdings genügt dieser Umstand alleine nicht, um die vorinstanzlichen Erwägungen hierzu als offensichtlich unhaltbar und daher als willkürlich auszuweisen. Schliesslich erscheint es auch in diesem Zusammenhang nicht als offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz aufgrund der angeblichen Aussage des Beschwerdegegners, dass Geld keine Rolle spiele, nicht darauf schliesst, der Beschwerdegegner wäre bereit gewesen, die Arztkosten selbst zu tragen. Denn auch hier erweist sich eine solche Äusserung (gerade bei einer fehlenden wirtschaftlichen Aufklärung) als zu abstrakt, um daraus konkrete Anhaltspunkte zugunsten einer Bereitschaft zur Übernahme der Arztkosten abzuleiten.

Folglich liegt auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, indem die Vorinstanz in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Zeugenbefragung von Prof. C. _____ und die Einholung eines medizinischen Gutachtens verzichtete (vgl. E. 4.1 hiervor). Zumal ohnehin fraglich ist, zu welchen Tatsachenbehauptungen die Beschwerdeführerin welches der genannten Beweismittel (Prof. C. _____ oder medizinisches Gutachten) vor der Vorinstanz prozesskonform angeboten hat.

5.4. Die Vorinstanz hat keine verfassungsmässigen Rechte verletzt, indem sie eine hypothetische Einwilligung des Beschwerdegegners verneinte.

6.

Umstritten ist, ob die Vorinstanz dem Beschwerdegegner zu Recht einen Anspruch von Fr. 27'587.50 aus ungerechtfertigter Bereicherung zusprach.

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und eine willkürliche

Rechtsanwendung. Im Wesentlichen macht sie geltend, es liege keine Bereicherung vor, da sie für diesen Betrag vollumfänglich eine Gegenleistung erbracht habe. Es liege auch kein Irrtum vor, da der Beschwerdegegner mit seiner Äusserung, Geld spiele keine Rolle, zum Ausdruck gebracht habe, dass die Rückerstattung durch die Krankenkasse für ihn keine Bedeutung habe. Schliesslich liege keine Entreicherung vor, da der Beschwerdegegner gegenüber der Krankenkasse einen Anspruch von Fr. 27'587.50 habe.

6.2. Mit diesen Rügen vermag die Beschwerdeführerin keine Willkür aufzuzeigen. So ist es im Ergebnis nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz implizit davon ausgeht, dass aufgrund der Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin das vereinbarte Honorar nicht im vollen Umfang sondern nur im Umfang der erfolgten Rückerstattung durch die Krankenkasse geschuldet habe (vgl. **BGE 108 II 197** E. 2a; WOLFGANG WIEGAND, Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, 1994, S. 189 sowie WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 496 ff. zu Art. 394 OR) und daher bei dem Beschwerdegegner durch Leistung des vollen Honorars eine Ent- bzw. bei der Beschwerdeführerin eine Bereicherung im Umfang des von der Krankenkasse nicht gedeckten Honorars entstand (vgl. **BGE 130 III 504** E. 6.2). Soweit die von der Beschwerdeführerin angebotenen Beweismittel (Prof. C. _____ bzw. medizinisches Gutachten) in diesem Zusammenhang überhaupt taugliche Beweismittel darstellten, durfte daher die Vorinstanz jedenfalls in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf deren Abnahme verzichten (vgl. E. 4.1 hiervor). Fraglich ist höchstens, ob dieser Rückerstattungsanspruch anstatt aufgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung gestützt auf eine positive Vertragsverletzung im Sinne von Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 OR zuzusprechen gewesen wäre (vgl. **BGE 119 II 456** E. 3b). Dies kann im vorliegenden Fall offenbleiben, da auch gestützt auf Art. 97 OR ein Schadenersatzanspruch von Fr. 27'587.50 zuzusprechen gewesen wäre. So wurde aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Aufklärung eine vertragliche (Neben-) Pflicht im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR verletzt. Hieraus entstand aufgrund der fehlenden Deckung durch die Krankenkasse beim Beschwerdegegner ein Schaden, wobei die Vertragsverletzung sowohl natürlich als auch adäquat kausal für den Schaden war. Das Verschulden der Beschwerdeführerin wäre schliesslich zu vermuten gewesen, wobei ihr die Exkulpation nicht aufgrund der angeblichen Aussage des Beschwerdegegners gelungen wäre, dass Geld keine Rolle spiele (vgl. E. 4.1. hiervor).

7.

Umstritten ist, ob der Beschwerdegegner seine Schadensminderungsobliegenheit verletzt hat.

7.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe in willkürlicher Rechtsanwendung bzw. Sachverhaltsfeststellung angenommen, der Beschwerdegegner habe seine Schadensminderungsobliegenheit nicht verletzt, indem er die Beschwerdeführerin und nicht seine Krankenkasse eingeklagt habe. Die Beschwerdeführerin vermag allerdings auch in diesem Zusammenhang keine Willkür darzutun.

Sofern anzunehmen ist, die Krankenversicherung hätte zu Unrecht die Behandlungskosten nicht zurückerstattet und damit eine Vertragsverletzung begangen, hätte zwischen der Krankenversicherung und der Beschwerdeführerin eine unechte Solidarschuldnerschaft gegenüber dem Beschwerdegegner bestanden (vgl. **BGE 115 II 42** E. 1b). Dabei verstösst es nicht gegen Bundesrecht und ist erst recht nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz analog der Bestimmung über die Solidarschuldnerschaft von Art. 144 Abs. 1 OR annimmt, der Gläubiger könne selbst bestimmen, gegen welchen Schuldner er seinen Anspruch geltend machen will (vgl. **BGE 119 II 127** E. 4b). Dieses Recht wird auch nicht durch die Schadensminderungsobliegenheit von Art. 44 Abs. 1 OR beschränkt. So kann auch bei einer unechten Solidarität der belangte Schuldner dem Geschädigten grundsätzlich nicht entgegenhalten, es hafte auch noch ein Dritter für den gleichen Schaden (**BGE 130 III 591** E. 5.5.1; **115 II 42** E. 1). Die Haftung eines Solidarschuldners wird mit anderen Worten nicht durch die Mithaftung Dritter verringert (**BGE 130 III 591** E. 5.5.1). In diesem Zusammenhang überzeugt auch das Argument der Beschwerdeführerin nicht, das vorinstanzliche Urteil führe zum offensichtlich unhaltbaren Ergebnis, dass der behandelnde Arzt nicht mehr die Rechtmässigkeit der Leistungsablehnung durch die Krankenkasse überprüfen könne. So steht einer unechten Solidarschuldnerin, die einen Mehrbetrag bezahlt, analog Art. 148 Abs. 2 OR grundsätzlich ein Rückgriffsrecht gegenüber den Mitschuldnern zu.

Nichts ändert, dass der Beschwerdegegner anwaltlich vertreten war und daher gewusst haben soll, dass das Gericht den Sachverhalt im Verfahren gegen die Krankenkasse von Amtes wegen festgestellt und keine Gerichtskosten erhoben hätte. Entsprechend durfte die Vorinstanz auch in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Berücksichtigung der weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Zumutbarkeit eines Prozesses gegen die Krankenkasse verzichten.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Annahme der Vorinstanz, dass dem Beschwerdegegner auch im Falle eines Vorgehens gegen die Krankenkasse Anwaltskosten verblieben wären, weder behauptet noch bewiesen worden sei.

7.2. Die Vorinstanz hat keine verfassungsmässigen Rechte verletzt, indem sie eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit durch den Beschwerdegegner ablehnte.

8.

Die Beschwerde erweist sich über weiteste Strecken als nicht rechtsgenügend motiviert, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Im Übrigen ist sie als unbegründet abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine

Parteienentschädigung ist nicht zu sprechen, da der Beschwerdegegner sich nicht vernehmen liess, weshalb ihm kein entschädigungspflichtiger Aufwand erwachsen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. März 2023

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Kistler