

Dass das KAI bei der kontrollierten Person jeweils für verschiedene Spezialbehörden Kontrolltätigkeiten ausübt, bedingt nun in der Tat eine, einem Anwalt vergleichbare Erfassung des Aufwandes, da beide im Tages- oder Wochenverlauf jeweils für verschiedene "Mandanten" tätig sind. Diese Aufwanderfassung mag kompliziert erscheinen, ist nun aber die Kehrseite der vom BGSA angestrebten Vereinfachung, dass den kontrollierten Personen jeweils nur eine Behörde (das KAI) stellvertretend für die verschiedenen Spezialbehörden entgegentritt. Nicht zuletzt sieht auch der Bundesgesetzgeber die Bemessung der Kontrollgebühr nach Zeitaufwand vor (Art. 7 Abs. 2 VOSA), womit eine Pauschalierung, wie sie den Vorinstanzen vorzuschweben scheint, ausser Betracht fällt.

[...]

3.4 [...] Zu beachten ist ferner, dass im Strafverfahren einerseits eine relativ geringe Gebühr erhoben wurde, welche den Aufwand des KAI offenkundig nicht mitumfasst. Andererseits war eine allfällige Einziehung von Gewinnen im Strafverfahren kein Thema. Die Gebührenbemessung muss sich deshalb an der im Strafverfahren auferlegten Bussenhöhe und nicht an der dort nicht näher bezifferten Deliktsumme orientieren. Da eine allfällige Einziehung der durch Schwarzarbeit erzielten Vermögensvorteile (worunter nach der Rechtsprechung auch Kosteneinsparungen fallen können, vgl. BGE 119 IV 10 E. 4.c/bb) in die Zuständigkeit des Strafrichters fällt, wäre ein diesbezügliches Begehren im Strafverfahren zu beurteilen gewesen. Nachdem das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, können in Richtung Einziehung zielende Motive, wie sie das KAI sinngemäss geltend macht, für die vorliegend strittige Gebührenbemessung nicht herangezogen werden.

OGer, 28.05.2014

3627

Haftung für spitalärztliche Fehlbehandlung. Voraussetzungen und Grenzen der Staatshaftung.

Sachverhalt:

Die Klägerin wurde ab dem 23. Februar 2000 stationär im kantonalen Spital A. behandelt. Am Sonntag, 5. März 2000, wurde sie notfallmässig ins ausserkantonale Spital B. überführt, wo sie operiert wurde. Nach dieser Notoperation konnte sie zwar alle Extremitäten spontan bewegen, konnte aber längere Zeit noch nicht sprechen. In der Folge verbesserte sich ihr Zustand; sie leidet aber noch an einem Frontalhirn-Syndrom mit Antriebs- und Aufmerksamkeitsstörung. Sie erhob Klage gegen den Kanton Appenzell Ausserrhodon

mit dem Begehren auf Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung. Das Obergericht weist die Klage ab.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 262 Abs. 1 EG zum ZGB haftet das Gemeinwesen für Schaden, der Dritten durch Beamte, Angestellte oder Behördenmitglieder des Kantons, der Gemeinden und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursacht wurde. Die amtliche Tätigkeit umfasst sowohl hoheitliche wie auch nicht-hoheitliche Tätigkeiten. Als nicht-hoheitliche Tätigkeit gilt insbesondere die Behandlung in einem öffentlichen Spital, wobei dies grundsätzlich auch für die Behandlung von Privatpatienten in öffentlichen Spitälern gilt (vgl. *Vito Roberto*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 527; BGE 122 III 101 E. 2.a/bb f.). Die primäre Haftung des Staates ist in Art. 262 EG zum ZGB als Kausalhaftung ausgestaltet, haftet das Gemeinwesen doch unabhängig von einem allfälligen Verschulden für jeden widerrechtlichen, selbst in entschuldbarem Rechts- oder Tatsachenirrtum erlassenen Verwaltungsakt (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Totalrevision des EG zum ZGB vom 2. Januar 1968, S. 53 ff.). Einzig der nachfolgend nicht interessierende Rückgriff des Staates ist nach Art. 263 EG zum ZGB auf Fälle beschränkt, wo der Beamte vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat. Dass der Staat grundsätzlich auch für jede widerrechtliche Unterlassung haftet, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 265 Abs. 1 EG zum ZGB. Die Staatshaftung wird indessen durch die eben genannte Bestimmung auch eingeschränkt: Hat demnach der Geschädigte in die schädigende Handlung oder Unterlassung eingewilligt oder hat er für Umstände einzustehen, die zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beigetragen haben (hat er es insbesondere unterlassen, von Rechtsmitteln oder sonstigen Rechtsbehelfen zur Abwendung des Schadens Gebrauch zu machen), so kann der Richter den Ersatzanspruch herabsetzen oder gänzlich ablehnen. Für die Festsetzung des Schadens, die Bestimmung des Ersatzes und die Herabsetzungsgründe sind nach Art. 265 Abs. 3 EG zum ZGB im Wesentlichen diejenigen Grundsätze massgebend, die im zivilrechtlichen Schadenersatzrecht (Art. 42 ff. OR) gelten. Festzustellen bleibt, dass die Leistung einer Genugtuung kantonrechtlich weder ausdrücklich vorgesehen, noch durch ausdrücklichen Verweis auf Art. 47 OR vorgesehen ist; auch der erwähnte Bericht und Antrag an den Kantonsrat enthält keine Hinweise darauf, dass die Leistung einer Genugtuung beabsichtigt ist. Die materiellen Voraussetzungen der Staatshaftung sind somit folgende: 1.) ein widerrechtliches Verhalten eines kantonalen Beamten oder Angestellten, das 2.) seiner hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen amtlichen Tätigkeit zuzurechnen ist; 3.) ein dem Kläger zugefügter Schaden, und 4.) ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und Schaden. Die einzelnen Voraussetzungen, welche einen Schadenersatz begründen,

müssen kumulativ erfüllt sein, wobei die geschädigte Person deren Vorhandensein zu beweisen hat (BVR 2005, S. 3, E. 3.1; *Jost Gross*, Das schweizerische Staatshaftungsrecht, 2. A., Bern 2001, S. 370).

3. [...] (die Medikamente zur Blutverdünnung wurden korrekt dosiert)]

3.5 Dass die Medikamentenabgabe nicht widerrechtlich erfolgt ist, wird auch nachfolgend zu berücksichtigen sein. Der Klägerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie aus der angeblichen Überdosierung von Antikoagulantien ableitet, bei einer solchen Dosierung hätte erst recht auch eine engmaschige, das heisst viertelstündliche Überwachung stattfinden oder die Überführung in ein Zentrumsspital (schon) am Sonntagnachmittag (des 5. März 2000) in Betracht gezogen werden müssen. Weil die teils nebeneinander erfolgte Abgabe zweier Antikoagulantien und deren Dosierung dem damaligen Wissensstand entsprachen, hatten die behandelnden Spitalärzte insofern keinen erkennbaren Anlass, eine engmaschigere Überwachung zu veranlassen. Dies wird auch im Folgenden zu berücksichtigen sein.

4. Die Klägerin beanstandet eine fehlende Überwachung am Sonntag, 5. März 2000, und damit verbunden das Verpassen der möglichst frühzeitigen Erkennung der Hirnblutung. Umstritten ist vorab, ob zwischen den aktenkundigen Visiten um 14:00 und 20:15 Uhr noch eine weitere Arztvisite um 17:00 Uhr stattgefunden hat, wie dies der Beklagte geltend machen lässt.

4.1 [...] (Es wird festgestellt, dass um 17:00 Uhr eine Arztvisite nicht nachweislich stattgefunden hat.)]

4.2 Hat die spitalseitig nicht dokumentierte Arztvisite um 17:00 Uhr nicht nachweislich stattgefunden, stellt sich die Frage, ob diese unter den vorliegenden Umständen pflichtwidrig unterlassen wurde. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass den diensthabenden Spitalärzten an jenem Sonntagnachmittag für eine angemessene Überwachung der Patientin eine Garantenstellung zukam. Die Klägerin hält nicht nur eine zusätzliche Visite um 17:00 Uhr für angezeigt, sondern sie geht überdies davon aus, dass ab dem Arztbesuch um 14:00 Uhr eine engmaschigere Überwachung geboten gewesen wäre, wie dies Prof. T. in seinem (ersten) Gutachten bestätigt und wie sich aus den dokumentierten Symptomen wie mehrmaliges Erbrechen, unnatürliche Nahrungsaufnahme, ausgesprochene Müdigkeit und Orientierungslosigkeit nach dem Stand der medizinischen Erfahrung an jenem Sonntagnachmittag ergeben habe. Bezüglich dieser Symptome bestreitet die Klägerin nicht, dass diese als Symptome einer dialyse-assoziierten Störung interpretiert werden dürfen. Sie hält aber dafür, dass diese auch (differentialdiagnostisch) als Anzeichen einer Hirnblutung hätten beachtet werden müssen. Zur Klärung hätte nach Auffassung der Klägerin bereits am Mittag eine Blutuntersuchung angeordnet werden müssen, welche ja dann später (um 20:46 Uhr) durchgeführt und eine dialyse-assoziierte Störung ausgeschlossen habe. Die Notwendigkeit einer engmaschigeren Überwachung leitet die Klägerin – wie erwähnt – zu Unrecht auch

aus der behaupteten, aber nicht bestätigten Überdosierung der Antikoagulantien ab.

[...]

4.3 [...] Das Gericht kommt in Würdigung der gesamten Umstände und der Gutachten W./T. sowie B. indessen zum Schluss, dass es an jenem Nachmittag zwar keiner stündlichen Überwachung, aber durch das Erbrechen und den soporösen Zustand – bei allerdings unverändert normalem Blutdruck – nach der Visite um 14:00 Uhr einer zusätzlichen Arztvisite um 17:00 Uhr bedurft hätte, da differentialdiagnostisch die diensthabenden Ärzte wohl tatsächlich zunehmend auch an eine neurologisch geprägte Fehlentwicklung hätten denken müssen. Zur Klärung dieser ungelösten, potentiell bedeutsamen Situation (Gutachter T.) wäre eine zusätzliche Arztvisite um 17:00 Uhr durch die ärztliche Sorgfaltspflicht und Erfahrung nach den gegebenen Umständen sicher geboten gewesen. Dass die behandelnden Ärzte eine zusätzliche Arztvisite um 17:00 Uhr eigentlich auch selber als geboten erachten, ergibt sich daraus, dass sie selber eine solche zunächst als stattgefunden behaupten liessen, obwohl eine zusätzliche Visite um 17:00 Uhr nicht dokumentiert ist. Da sich eine zusätzliche Arztvisite um 17:00 Uhr durch die Befragung der diensthabenden Ärzte unter Hinweis auf ihre Wahrheitspflicht als Auskunftspersonen nicht bestätigen liess, ist davon auszugehen, dass an jenem Sonntagnachmittag die, zur Klärung der um 14:00 Uhr angetroffenen Situation für 17:00 Uhr notwendig scheinende Arztvisite pflichtwidrig unterlassen wurde. Zugestanden ist nun, dass der Auftrag zur Blutentnahme somit erst aufgrund der ärztlichen Visite um 20:00 Uhr erteilt wurde. Hingegen ist durch einen Eintrag in der Krankengeschichte belegt, dass die Pflegenden den Blutdruck auch an diesem Sonntag pflichtgemäss dreimal gemessen und unter der Rubrik „mo, mi, ab“ (morgen, mittags, abends) auch dokumentiert haben. Dass der Blutdruck abends jeweils um etwa 17:00 Uhr gemessen wird, und dass die Patientinnen beim Blutdruckmessen normalerweise erwachen (Angaben von Dr. A.), erscheint als überwiegend wahrscheinlich. Auch dass ein Ausbleiben der Aufweckreaktion aussergewöhnlich wäre und von der Pflegenden gegebenenfalls rapportiert worden wäre, dürfte mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen; dies vermag aber am pflichtwidrigen Unterlassen der Arztvisite um 17:00 Uhr nichts zu ändern. Immerhin ist durch die Pflegenden(n) dokumentiert, dass am Abend noch der gleiche Blutdruck (130/80) wie an jenem Sonntagmorgen gemessen wurde, und dass der Blutdruck damit unter dem Wert des Vorabends (150/70) lag.

4.4 Zu prüfen bleibt, ob das sorgfaltspflichtwidrige Unterlassen dieser zusätzlichen Arztvisite für das Outcoming (Schaden) kausal gewesen ist.

5. Die Haftung nach Art. 262 EG zum ZGB setzt, wie jede Haftung allgemein, voraus, dass zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist. Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht nach der bundesgerichtli-

chen Rechtsprechung dann, wenn das pflichtwidrige Verhalten für den eingetretenen Schaden eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) bildet, das heisst nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Ob ein natürlicher Kausalzusammenhang gegeben ist, beschlägt die tatsächlichen Verhältnisse (BGE 133 III 462 E. 4.4.2). Für den natürlichen (und auch den hypothetischen, vgl. nachfolgend) Kausalzusammenhang gilt nach ständiger Rechtsprechung und Lehre das (erleichterte) Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 133 III 81 E. 4.4.2; *Fellmann/Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, S. 148, N 412). Demnach gilt der Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.

Die Haftpflicht des Beklagten setzt ferner voraus, dass auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Ein Ereignis gilt als adäquate Ursache eines Erfolges, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint (BGE 123 III 110 E. 3.a). Um als adäquate Ursache eines Schadens zu gelten, muss der Kausalverlauf einer Handlung voraussehbar sein. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei nicht auf die persönlichen Kenntnisse und Fertigkeiten der schadenverursachenden Person an; vielmehr nimmt das Bundesgericht hinsichtlich der Voraussehbarkeit eines Schadeneintritts eine objektive nachträgliche Prognose vor. Das Gericht geht die Frage rückwärts an, vom eingetretenen Schaden ausgehend bis zur als Ursache eingeklagten Handlung, und beantwortet die Frage, ob eine solche Folge noch zu jenen zu zählen sei, die vernünftig und objektiv vorauszusehen waren. Dabei ist nicht von einer statistischen Häufigkeit der eingetretenen Folgen auszugehen, sondern es ist von den konkreten Umständen des Einzelfalles her rückwärts zu bestimmen, ob die fragliche Ursache immer noch als für den Schaden massgebend betrachtet werden kann (BVR 2007, S. 203, E. 5.2.2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss derjenige, der einen Kunst- bzw. Behandlungsfehler beklagt, neben dem eigentlichen Kausalzusammenhang überdies auch das den Schaden verursachende Verhalten des Arztes genau bezeichnen bzw. beweisen. So hat er insbesondere detailliert anzugeben, welche Handlung oder Unterlassung des Arztes (fehlerhafte Diagnose, konkreter Eingriff, konkrete Therapiebehandlung, falsche Medikamentenabgabe usw.) den Kunst- oder Behandlungsfehler bewirkte bzw. die adäquate Ursache des Schadens im Sinne einer „*conditio sine qua non*“ darstellte (*Moritz W. Kuhn*, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: *Kuhn/Poledna* [Hrsg.], *Arztrecht in der Praxis*, 2. A., Zürich 2007, S. 613).

Im Fall einer Unterlassung (vorliegend: Nichtvornahme einer zusätzlichen Arztvisite um 17:00 Uhr) bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden 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. 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 in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (Urteil BGer 4A_48/2010, E. 7.2).

Anzuführen bleibt, dass die Einräumung einer weitergehenden, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit noch zusätzlich reduzierenden Beweiserleichterung, wie sie die Klägerin für sich in Anspruch nehmen möchte, vom Bundesgericht im Fall einer Unterlassung lediglich, aber immerhin, als nicht willkürlich beurteilt wurde (vgl. Urteil BGer 4A_48/2010, E. 7.5.2). Die zivilrechtliche Lehre hält dazu fest, dass bei der überwiegenden Wahrscheinlichkeit die Zweifel zwar ernsthafter sein dürfen als bei der Anwendung des Regelbeweismasses (Beweisgrad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit), aber diese sind weiterhin auf ein stark untergeordnetes Gewicht verwiesen, weshalb die Wahrheitswahrscheinlichkeit beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auf mindestens 75 % beziffert wird (vgl. *Hans P. Walther*, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, S. 54 ff., auch zum Folgenden). Beim Beweisgrad der bloss noch einfachen Wahrscheinlichkeit müsste hingegen die numerische Wahrheitswahrscheinlichkeit lediglich noch über 50 % liegen. Für eine Reduktion des Beweisgrades auf diese einfache Wahrscheinlichkeit bedarf es nach der wohl herrschenden zivilrechtlichen Lehre stets einer gesetzlichen Grundlage (vgl. *Hans P. Walter*, a.a.O., S. 56). Dies muss erst recht auch für den Bereich der Staatshaftung gelten. Denn der in Art. 69 Abs. 2 lit. c KV verankerte Gesetzesvorbehalt gilt insbesondere auch für bedeutende staatliche Leistungen, weshalb eine richterliche Beweisgradreduktion auf lediglich noch einfache Wahrscheinlichkeit für den Bereich der Staatshaftung erst recht eine gesetzliche Grundlage voraussetzen würde. Da sich weder in Art. 262 ff. EG zum ZGB noch in Art. 70 KV eine entsprechende Grundlage findet, muss es vorliegend beim natürlichen und hypothetischen Kausalzusammenhang beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bleiben und das Gericht hat weder Anlass noch Grundlage, der Klägerin in diesem Punkt entgegen zu kommen.

Das Bestehen eines natürlichen bzw. bei der Unterlassung eines hypothetischen Kausalzusammenhangs ist vom Geschädigten zu beweisen. Er trägt die Folgen der Beweislosigkeit, wenn das Bestehen der anspruchsbegründenden Tatsache nach Abschluss des Beweisverfahrens nicht mit dem vorliegend als massgebend erkannten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt ist (vgl. *Fellmann/Kottmann*, a.a.O., N 410 ff.). Daher ist beispielsweise bei Beschwerden, welche von einem medizinischen Gutachter bloss mit einer Wahrscheinlichkeit von 51 % auf eine bestimmte Teilursache zurückgeführt werden, der natürliche Kausalzusammenhang nicht mit dem dafür erforderlichen Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, und eine Haftung dafür entfällt (vgl. Urteil BGer 4A_397/2008, E. 4.1).

Für die hypothetische Kausalität einer Unterlassung bedeutet dies, dass nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Beweis als erbracht gilt, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Der Richter muss im Rahmen der freien Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangen, dass der behauptete Kausalzusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist, wofür die blossе Möglichkeit nicht ausreicht (vgl. Pra 2005 Nr. 119, E. 2.1). Steht vorliegend eine pflichtwidrige Unterlassung bereits fest, hat der Geschädigte sodann zu beweisen, dass pflichtgemässes Verhalten den Schaden verhindert hätte. Er hat den Nachweis zu erbringen, dass nach der allgemeinen Erfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht. Der hypothetische Kausalverlauf lässt sich daher nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit und in zwingender Weise belegen (*Fellmann/Kottmann*, a.a.O., N 414).

5.1 Die Klägerin lässt geltend machen, bei rechtzeitigem Erkennen der Hirnblutung wäre der operative Eingriff wesentlich früher erfolgt. Nachdem vorliegend einzig, aber immerhin, das Unterlassen einer zusätzlichen Arztvisite um 17:00 Uhr als pflichtwidrig taxiert werden kann, stellt sich erstens die Frage, ob anlässlich dieser Arztvisite die für eine drohende Hirnblutung massgebenden Indizien schon derart manifest waren, dass sich die Blutuntersuchung zum Bestätigen bzw. zum Ausschliessen der bislang im Vordergrund stehenden Deutung der Beschwerden als dialyse-assoziierte Störung schon entsprechend früher aufgedrängt hätte. Ferner stellt sich die Frage, ob danach die Überweisung der Klägerin ins ausserkantonale Zentrumsspital für eine Computertomographie (CT) zur Abklärung einer neurologisch geprägten Fehlentwicklung auch entsprechend früher hätte angeordnet werden können und müssen. Wenn ja, stellt sich drittens die Frage, ob aus dem dann früher vorliegenden CT sich ergeben hätte, dass bereits damals eine Notwendigkeit zu einer Notoperation bestand und diese dann entsprechend früher hätte angeordnet werden können und müssen. Wären diese Fragen alle mit überwie-

gender Wahrscheinlichkeit zu bejahen, wären nach Auffassung der Klägerin die Residuen bei der Klägerin bedeutend geringer gewesen und hätte ihrer Auffassung nach sogar mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine vollständige Restitution stattgefunden. Die Klägerin ist überdies der Auffassung, die ungenügende Dokumentation bzw. die pflichtwidrig unterlassene Arztvisite um 17:00 Uhr müsse die Umkehr der Beweislast zur Folge haben.

5.2 Der klägerischen Auffassung, dass vorliegend zur Beweismassreduktion auf überwiegende Wahrscheinlichkeit, wie sie beim hypothetischen Kausalzusammenhang der Unterlassung nach Lehre und Rechtsprechung zu gewähren ist, kumulativ oder alternativ eine Beweislastumkehr Platz greifen müsse, kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin übersieht, dass mit der Beweismassreduktion auf überwiegende Wahrscheinlichkeit ihren durch die unterlassene Arztvisite entstandenen Beweisschwierigkeiten bereits angemessen, aber eben auch hinreichend Rechnung getragen wird. Als schärfste Sanktionierung einer Beweisvereitelung wird eine Beweislastumkehr auch in der Lehre überwiegend nur für Fälle als angemessen betrachtet, in denen der Gegner einer beweisbelasteten Partei vorhandene Beweismittel vorsätzlich vernichtet. In Fällen bloss fahrlässiger Beweisvereitelung geht die Umkehr der Beweislast zu weit und stattdessen wird eine Mittellösung befürwortet, wie sie die Beweismassreduktion auf überwiegende Wahrscheinlichkeit bereits darstellt. Die Beweisvereitelung in Form einer unterlassenen Dokumentation oder hier einer unterlassenen Arztvisite wird der fahrlässigen Beweisvereitelung zugerechnet, und dies insbesondere in Fällen wie den vorliegenden, wo keinerlei Indizien dargetan oder ersichtlich sind, die belegen, dass mit der unterlassenen Arztvisite eine Beweisvereitelung in einem späteren Prozess angestrebt worden wäre (vgl. zum Ganzen: *Tom Frey*, Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen, in: *Anwaltsrevue* 2012, S. 507 ff.). Da auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung in diese Richtung weist (vgl. *Jäger/Schweizer*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 3. A., Zürich 2012, S. 132), besteht für eine Beweislastumkehr auch vorliegend weder Anlass noch Grundlage.

5.3 Mit Beschluss vom 29. Februar 2012 wurden die Prof. Dr. B. und Dr. C. ersucht, ihre Antworten zu den Fragen 1–6 zu präzisieren. Dazu wurden in ihren Gutachten bzw. in ihren Antworten direkt Erläuterungsfragen eingefügt, welche die beiden Gutachter dann je anhand eines Antwortschemas zu beantworten hatten. Dabei sollten sie ihre zuvor in Worten gefasste Einschätzung namentlich des hypothetischen Kausalzusammenhangs in einer abgestuften Wahrscheinlichkeitstabelle durch je ein Kreuz wie folgt präzisieren: "ganz sicher nicht" / <50 % / ≥50 % – 74 % / ≥75 % – 89 % / ≥90 % / "ganz sicher". Die beiden Gutachter haben ihre ursprünglichen Gutachten in dieser Weise ergänzt.

[...].

5.4 [...](Wiedergabe der beiden Gutachten mit ihren Ergänzungen)]

6. Gutachten unterliegen als Beweismittel der freien richterlichen Prüfung. Das Abstellen auf nicht schlüssige Gutachten kann gegen Art. 9 BV verstossen (BGE 128 I 81 E. 2). In Fachfragen darf der Richter allerdings nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen und muss eine allfällige Abweichung begründen. Ein Abweichen ist zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens und werden dennoch keine ergänzenden Abklärungen vorgenommen, kann sich das als rechtswidrig erweisen (Urteil BGer 4A_48/2010, E. 6.3.2).

6.1 Für die strittige Frage, ob zwischen der um 17:00 Uhr pflichtwidrig unterlassenen zusätzlichen Arztvisite und dem Outcome (Schaden) ein hypothetischer Kausalzusammenhang besteht, kann aus den vorstehenden beiden Gutachten im Wesentlichen folgendes abgeleitet werden:

6.1.1 Die Antworten zu den Fragen und zu den Erläuterungsfragen sowie die dokumentierte Krankengeschichte lassen nun vorab darauf schliessen, dass die um 17:00 Uhr unterbliebene Arztvisite nicht als alleinige Ursache der aufgetretenen neuropsychischen Störungen und der Halbseitenlähmung, soweit diese später nicht noch abgeheilt sind, in Betracht fallen. Nachdem verschiedentlich davon die Rede ist, dass nachträglich wohl schon die um 10:00 Uhr aufgetretenen Symptome als Erstmanifestation einer intrazerebralen Hämorrhagie (ICH) beurteilt werden können, ist davon auszugehen, dass damit in diesem frühen Zeitpunkt die Schädigung der betroffenen Gehirnregion begann, welche mit der später (um 17:00 Uhr) unterlassenen Visite offenkundig in keinem Zusammenhang steht. Prof. B. bejaht aber zunächst ausdrücklich, dass die um 17:00 Uhr unterlassene Arztvisite mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bzw. mit einer Wahrscheinlichkeit $\geq 75\text{--}89\%$ als Teilursache dieser Residuen zu betrachten sei (Antworten zu Frage 4.a). In seiner Antwort zu Frage 3.a hält er vorab fest, dass eine zusätzliche Arztvisite um 17:00 Uhr überwiegend wahrscheinlich oder sogar mit einer Wahrscheinlichkeit von $>90\%$ zu einer früheren CT-Untersuchung und einer früheren Notoperation geführt hätte. In einer Vorwegnahme zur anschliessenden Frage hält er aber ausdrücklich auch dafür, es bleibe ungewiss, ob eine Vorverlegung der Diagnostik und der Intervention am Outcoming (Schaden) etwas geändert hätten und beziffert den Wahrscheinlichkeitsgrad auf $\geq 50\text{--}74\%$, wobei er handschriftlich präzisiert, es handle sich dabei um den Grad der Ungewissheit(!). Er schätzt das rechtmässige Alternativverhalten dort somit nur möglicherweise, aber nicht überwiegend wahrscheinlich als schadensverhindernd ein. In seiner Antwort zu Frage 3.c lässt Prof. B. als Neurologe sodann durchblicken, dass die Erkennbarkeit einer intrazerebralen Hämorrhagie (ICH) schwierig ist und dass insbesondere davon ausgegangen werden muss, dass diese progressive neurologische Symptomatik (Erbrechen, zunehmende Bewusstseinsstörungen) über eine gewisse Zeit missdeutet werden kann. Eine engmaschigere Überwachung wäre seines Erachtens für die Erkennbarkeit

zwar hilfreich gewesen, aber eine stündliche Arztvisite wertet er auf vergleichbaren und selbst Fachabteilungen als ungewöhnlich und auf einer Allgemeinabteilung als nicht realisierbar. Daraus hat sich ergeben (oben), dass das Unterlassen stündlicher Visiten an jenem Nachmittag nicht als pflichtwidrig zu beurteilen ist. Er hält dann aber hinsichtlich der (vom Gericht bereits als pflichtwidrig unterlassen erkannten) Arztvisite um 17:00 Uhr dafür, dass an dieser zusätzlichen Visite die progressive (neurologische) Symptomatik für den Oberarzt erkennbar gewesen wäre. Das heisst, diese zusätzliche Visite wäre notwendig, aber nach seiner Auffassung auch hinreichend gewesen, um diese progressive Symptomatik mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bzw. mit einer von Prof. B. ausdrücklich auf $\geq 75\%$ bezifferten Wahrscheinlichkeit zu erkennen. Das heisst, dem Oberarzt kann zweifellos das Unterlassen der zusätzlichen Arztvisite um 17:00 Uhr vorgeworfen werden, nicht jedoch (Klägerin), er hätte diese progressive Symptomatik schon früher, nämlich schon anlässlich der stattgehabten Visite um 14:00 Uhr pflichtwidrig nicht erkannt. Entsprechend ist davon auszugehen, dass um 14:00 Uhr noch kein Anlass bestand, eine Blutuntersuchung oder gar ein CT zu veranlassen.

6.1.2 Ob aber die unterlassene Visite um 17:00 Uhr (an der die neurologische Symptomatik differentialdiagnostisch hätte erkannt und gewürdigt werden können) am Heilverlauf tatsächlich etwas geändert hätte, beurteilt Prof. B. in seiner Antwort zu Frage 5 zwar zunächst wörtlich auch als überwiegend wahrscheinlich, aber auf gerichtliche Nachfrage hin beziffert er die Wahrscheinlichkeit, dass dies zutrifft, dann doch wiederum nur auf $\geq 50\text{--}74\%$. In seiner Antwort zu Frage 6.a (Wären die nach der Spitalentlassung noch aktenkundigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen geringer, gleich, oder gravierender ausgefallen wenn eine zusätzlich Visite um 17:00 Uhr stattgefunden hätte?) hält Prof. B. wörtlich wiederum dafür, dass diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geringer ausgefallen wären. Auf gerichtliche Nachfrage hin präzisiert er dann dahingehend, dass mit dieser Arztvisite diese Beeinträchtigungen mit einer Wahrscheinlichkeit von $\geq 50\text{--}74\%$ geringer ausgefallen wären. Das heisst, er hält geringere Beeinträchtigungen damit genau genommen zwar für möglich, aber i.S.v. Lehre und Rechtsprechung zum Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eben nicht als überwiegend wahrscheinlich. Dass zumindest ein Teil der Beschwerden ausgeblieben wären, wenn aufgrund einer zusätzlichen Arztvisite um 17:00 Uhr (und der dabei erkannten neurologischen Symptomatik) die Blutuntersuchung und die Operation entsprechend um rund drei Stunden früher angeordnet worden wäre, hält er auf gerichtliche Nachfrage hin ebenfalls nur mit einer Wahrscheinlichkeit von $\geq 50\text{--}74\%$ als zutreffend und damit genau genommen zwar als wahrscheinlich, aber nicht als überwiegend wahrscheinlich.

6.2 Nach der Rechtsprechung zur hypothetischen Kausalität einer Unterlassung gilt nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach

objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Der Richter muss im Rahmen der freien Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangen, dass der behauptete Kausalzusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist, wofür die blossе Möglichkeit nicht ausreicht (vgl. Pra 2005 Nr. 119, E. 2.1). Nachdem sich vorliegend ergeben hat, dass lediglich, aber immerhin, eine zusätzliche Arztvisite um 17:00 Uhr pflichtwidrig unterlassen wurde, hat die Geschädigte zu beweisen, dass das pflichtgemässe Verhalten den Schaden verhindert hätte. Sie hat den Nachweis zu erbringen, dass nach der allgemeinen Erfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht. Dieser Nachweis ist nach dem eben Gesagten vorliegend nicht erbracht worden. Mit der pflichtwidrig unterlassenen Arztvisite wären im Sinne einer Teilursache zwar wahrscheinlich, aber nach den auf gerichtliche Nachfrage hin quantifizierten Erkenntnissen von Prof. B. nicht überwiegend wahrscheinlich geringere Beschwerden die Folge gewesen. In Würdigung dieses, auf Nachfrage hin nun nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachtens und der gesamten Akten kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung und nebst diesem bloss als wahrscheinlich erkannten Kausalverlauf nicht ausser Betracht fallen, dass an dieser zusätzlichen Visite der über Stunden progressive Verlauf dieser intrazerebralen Hämorrhagie (ICH) mit einer gewissen, nicht zu vernachlässigenden Wahrscheinlichkeit allenfalls doch noch nicht wesentlich manifester zu Tage getreten sein könnte, als dies an der stattgehabten Visite um 14:00 Uhr schon der Fall war. Das heisst, bei dieser Sachverhaltsvariante wäre für den Oberarzt die neurologische Fehlentwicklung noch genauso wenig erkenn- und voraussehbar gewesen, wie um 14:00 Uhr. Der Oberarzt hätte dann also auch noch um 17:00 Uhr keinen Anlass gehabt, zum Ausschluss der bislang diagnostizierten dialyse-assoziierten Störung eine Blutuntersuchung anzuordnen (auch für die CT-Untersuchung hätte diesfalls noch kein Anlass bestanden, diese früher als dann tatsächlich geschehen, zu veranlassen; damit wäre es auch bei der Notoperation beim gleichen bzw. tatsächlichen Timing geblieben und selbstredend auch beim gleichen Outcoming bzw. Schaden). Mit diesem alternativen Sachverhalts- und Kausalverlauf muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden, nachdem mit Prof. B. davon auszugehen ist, dass die Hauptvariante zwar wahrscheinlicher zutrifft, aber mit der auf 50–74 % bezifferten Wahrscheinlichkeit nicht als überwiegend wahrscheinlich im Sinne der Rechtsprechung erstellt ist. Unter diesen Umständen kann die alternative Sachverhalts- und Kausalvariante (ICH um 17:00 Uhr noch nicht manifester als um 14:00 Uhr) vernünftigerweise nicht einfach ausser Betracht fallen, da sie massgebliche Zweifel an der zwar wahrscheinlicheren, aber mit 50–74 % nicht überwiegend wahrscheinlich erstellten Hauptvariante begründet. Um lediglich, aber immerhin, massgebliche Zweifel an der Hauptvariante

zu begründen, muss die alternative Sachverhalts- und Kausalvariante selber nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen. Dies verkennt die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den auf gerichtliche Nachfrage hin ergänzten Gutachten der Prof. C. und B. Für die diagnostisch schwierige Erkennung und Voraussehbarkeit der Hirnblutung spricht im Übrigen auch, dass Dr. G., Klinik für Neurochirurgie, welche die Ventrikeldrainage am 6. März 2000 (um 02:00 Uhr) im ausserkantonalen Zentrumsspital notfallmässig vornahm, diese als atypische intrazerebrale Blutung beschreibt, welche aus mehreren runden Formationen bestand, die ins Ventrikelsystem eingebrochen waren. Das führt insgesamt zum Schluss, dass der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen der um 17:00 Uhr pflichtwidrig unterlassenen zusätzlichen Arztvisite und den nach der Notoperation verbliebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen (Schaden) vorliegend nicht mit dem massgebenden Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Fehlt es trotz pflichtwidrig unterlassener Arztvisite somit am haftungsbegründenden Kausalzusammenhang, steht ohne weiteres fest, dass die Haftung des Beklagten auch diesbezüglich verneint werden muss.

6.3 Was die Klägerin in ihrer Stellungnahme sonst noch vortragen lässt, vermag an dieser Beweiswürdigung und Schlussfolgerung nichts zu ändern [...]. Die Klägerin weist im Übrigen aber zutreffend darauf hin, dass für die Bejahung eines Kausalzusammenhanges der Nachweis einer Teilkausalität genügt. Dem wurde bereits in der Fragestellung des Gerichts an die Gutachter Rechnung getragen und in der Folge hat insbesondere Prof. B. die erforderlichen Feststellungen dazu getroffen. Gestützt darauf hat sich in der vorstehenden Beweiswürdigung ergeben, dass vorliegend bestenfalls von einer Teilkausalität der unterlassenen Arztvisite hätte gesprochen werden können, nachdem die intrazerebrale Hämorrhagie schon vor der um 17:00 Uhr unterlassenen Visite begonnen haben muss und die Abgabe und Dosierung der Medikamente im massgeblichen Zeitpunkt (ab Spitaleintritt) als korrekt bezeichnet werden muss.

Zutreffend ist der Hinweis der Klägerin, dass sich vorliegend zwei alternative Kausalverläufe gegenüber stehen, nämlich die Folgen der unterlassenen zusätzlichen Arztvisite einerseits und der Ohnehinverlauf andererseits. Nicht gefolgt werden kann der Klägerin indessen, wenn sie unter Hinweis auf Kießer/Landolt (Unfall-Haftung-Versicherung, Zürich/St.Gallen 2012, N 2179 ff.) meint, für die Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge in dieser Konstellation bereits eine Wahrscheinlichkeitsquote von 51 %. Abgesehen davon, dass diese Autoren bekanntlich vorab die sozialversicherungsrechtliche Lehre vertreten, wurde oben in Erwägung 5 bereits festgehalten, dass die für den Haftpflichtprozess in dieser Frage wohl herrschende zivilrechtliche Lehre (*Hans P. Walther*, a.a.O., S. 54 ff.) im Gegenteil davon ausgeht, dass eine Wahrscheinlichkeitsquote von 51 % nicht genügt, sondern dass nach wie vor eine solche von wenigstens 75 % gefordert ist. Eine wei-

tergehende Senkung des Beweismasses (unter 75 %) könnte demnach nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage gewährt werden, wie sie im kantonalen Staatshaftungsrecht (Art. 262 ff. EG zum ZGB) nicht vorhanden ist. Weil auch die für Arzthaftungsprozesse zuständige zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bei einer Quote von 51 % selber auch ausdrücklich nicht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit spricht (vgl. Urteil BGer 4A_397/2008, E. 4.1), besteht somit weder Grundlage noch Anlass, von deren Rechtsprechung und der oben zitierten zivilrechtlichen Lehre abzuweichen. Somit bleibt es dabei, dass der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen der um 17:00 Uhr pflichtwidrig unterlassenen zusätzlichen Arztvisite und den nach der Notoperation aufgetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mit dem erforderlichen Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Damit entfällt die Haftung des Beklagten auch in diesem Punkt, und zwar ohne dass dieser, wie ihm von der Klägerin fälschlicherweise unterstellt wird, auf das Anrufen einer Reserveursache angewiesen wäre.

6.4 Ist der Kausalzusammenhang zwischen der ärztlichen Unterlassung und der Gesundheitsschädigung vorliegend nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, so hilft der Klägerin auch die in solchen Fällen schon angerufene Theorie der entgangenen Chance nicht weiter (sog. *perte d'une chance*, vgl. *Jäger/Schweiter*, a.a.O., S. 128 f.). Der Beklagte geht unter Hinweis auf BGE 133 III 462 (Pra 2008, Nr. 27) zutreffend davon aus, dass es sich angesichts der um 17:00 Uhr unterbliebenen und der erst später (um 20:00 Uhr) wieder vorgenommenen Visite sowie der entsprechend auch erst rund drei Stunden später angeordneten CT-Untersuchung und Notoperation (Ventrikeldrainage) um einen beispielhaften Fall einer "*perte d'une chance*" handelt. Dabei wird im Wesentlichen die (vorliegend zu einem früheren Zeitpunkt) entgangene Behandlungschance aufgrund der Erfolgswahrscheinlichkeit dieser Behandlung in ein hypothetisches Vermögen umgerechnet. Das Bundesgericht hat indessen erkannt, dass die Ableitung eines Schadenersatzes aus dieser Theorie nicht mit der von der Differenztheorie beherrschten Schadensberechnung nach schweizerischem Haftpflichtrecht zu vereinbaren ist (vgl. Pra 2008, a.a.O., E. 4.4.3 und Bemerkung dazu). Um den Verlust einer Behandlungschance als Schadensposition einzuführen, bedürfte es ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage, wie sie derzeit nicht nur im schweizerischen Zivilrecht, sondern auch im kantonalen Staatshaftungsrecht fehlt.

7. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Haftung des Beklagten einerseits deshalb zu verneinen ist, weil bei der Abgabe und Dosierung der Medikamente keine Sorgfaltswidrigkeit festgestellt werden konnte. Bei der pflichtwidrig unterlassenen einen Arztvisite entfällt die Haftung des Beklagten andererseits deshalb, weil ein hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen dieser Teilursache und dem geltend gemachten Schaden nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Aus diesen Gründen ist die Klage voll-

umfänglich abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, wie hoch der von der Klägerin geltend gemachte, vom Beklagten allerdings bestrittene Schaden zu beziffern wäre.

OGer, 27.02.2013

Dieses von der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Obergerichts erstinstanzlich gefällte Urteil wurde von der auf Anordnung des Bundesgerichts (Urteil BGer 4A_546/2013) als zweite Instanz eingesetzten zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts mit Urteil vom 27. Oktober 2015 rechtskräftig bestätigt.