

Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess

Inhaltsverzeichnis

I.	Beweispflicht des Patienten für den Behandlungsschaden	82
	A. Phänomenologie des Behandlungsschadens	82
	B. Haftungs-, Schadens- und Kausalitätsbeweispflicht des Patienten	83
II.	Anspruch des Patienten auf Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess	85
	A. Allgemeines	85
	B. Verfassungsmässiger Anspruch auf Beweiserleichterungen	85
	C. Beweisnot als Voraussetzung für Beweiserleichterungen	87
III.	Reduzierte Beweispflicht	87
	A. Allgemeines	87
	B. Reduzierte Beweispflicht bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes	88
	C. Reduzierter Schadensbeweis	89
	1. Unbezahlte Forderungsklage	89
	2. Richterliche Schadensschätzung	89
	D. Reduzierter Kausalitätsbeweis	90
	1. Beweislast des Patienten für Teilkausalität	90
	2. Beweislast des Arztes für Reserveursachen	91
IV.	Reduktion des Beweismasses	93
	A. Allgemeines	93
	B. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	94
	1. Allgemeines	94
	2. Überwiegende und stark überwiegende Wahrscheinlichkeit	94
	3. Absolute und relative Wahrscheinlichkeit	97
	4. Massgeblichkeit des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Kausalitätsbeweis	97
	C. Weitergehende Reduktion des Beweismasses im Arzthaftungsprozess	98
V.	Umkehr der Beweislast	99
	A. Materiell- und prozessrechtliche Beweislastumkehr	99
	1. Materiellrechtliche Beweislastumkehr	99
	2. Prozessrechtliche Beweislastumkehr	100
	B. Haftungsvermutungen – Beweislastumkehr beim Haftungsbeweis	103
	1. Allgemeines	103
	2. Unterbliebene Aufklärung und Einwilligung	103
	3. Behandlungskoinzidente Verschlechterung des Gesundheitszustandes	106
	C. Kausalitätsvermutung – Beweislastumkehr beim Kausalitätsbeweis	111
	1. Allgemeines	111

2. Kausalitätsvermutung beim Vorliegen grober Sorgfaltspflichtverletzungen	111
D. Verschuldensvermutung	117

Literaturauswahl	119
-------------------------	------------

I. Beweispflicht des Patienten für den Behandlungsschaden

A. Phänomenologie des Behandlungsschadens

Ein «Behandlungsschaden» tritt ein, wenn ein Patient, der an einer Gesundheitsbeeinträchtigung leidet oder bei dem eine solche vermutet wird, als Folge einer behandlungsinhärenten oder einer behandlungskoinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung einen Schaden erleidet. Behandlungsinhärente Gesundheitsbeeinträchtigungen treten ein, wenn im Zusammenhang mit der Befunderhebung oder der eigentlichen Behandlung ein Eingriff in die physische oder psychische Integrität des Patienten, z.B. Röntgenuntersuchung¹, Blutentnahme², Gewebe- bzw. DNA-Proben³, operative Eingriffe etc., notwendig wird. Die behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung ist mittelbare Folge des gesamten Behandlungskomplexes und kann im Ausbleiben der Heilung bzw. einer verzögerten Heilung – in beiden Fällen dauert die *behandlungsindizierende Gesundheitsbeeinträchtigung* weiter an – oder einer neuen Gesundheitsbeeinträchtigung, z.B. einem Spritzenabszess, Druckstellen, fehlenden Gliedmassen etc. bestehen, wobei letztere zufällig, als Folge eines behandlungsinhärenten Risikos oder einer Sorgfaltspflichtverletzung eintreten kann. Der *inhärente⁴ Behandlungsschaden* und der *koinzidente Behandlungsschaden* sind von einem allfälligen *vorbestehenden Schaden* zu unterscheiden, der als Folge eines anderen von der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung verschiedenen haftungsbegründenden Ereignisses, z.B. Verkehrsunfall, bereits verursacht worden ist oder erst zukünftig entstehen wird⁵.

¹ Vgl. BGE 104 Ia 480 ff.

² Siehe dazu BGE 112 Ia 248 ff.

³ Vgl. BGE 124 I 80 ff.

⁴ Einen inhärenten Behandlungsschaden stellt z.B. der Schaden infolge Zwangsbehandlung dar. Siehe dazu Urteile OGer ZH vom 23. 02. 1993 = ZR 1994 Nr. 81 E. VII/2a und b (CHF 50'000 für 24 Monate Zwangsmedikation; für die «quälenden Folgen der zu hohen Medikation» und den Umstand, dass der Geschädigte dem «Gelächter der Pfleger und der Mitpatienten ausgesetzt wurde») und BezGer Zürich vom 13. 12. 1993 = plädoyer 1994/3, 58 (CHF 30'000, widerrechtliche Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik während mehr als vier Jahren).

⁵ Weiterführend infra Ziffer III/D/1.

B. Haftungs-, Schadens- und Kausalitätsbeweispflicht des Patienten

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Der geschädigte Patient hat folglich die tatsächlichen Grundlagen der Haftungsvoraussetzungen, mithin den Haftungs- (Nachweis des haftungsbegründenden Tatbestands)⁶, Schadens- (Nachweis des ersatzfähigen tatsächlichen, normativen und fiktiven Schadens) und Kausalitätsbeweis (Nachweis des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs)⁷, der mutmasslich Haftpflichtige die tatsächlichen Grundlagen von allfälligen Haftungsausschluss- und Reduktionsgründen zu beweisen⁸. In beweis- und kognitionsrechtlicher Hinsicht von besonderer Bedeutung ist, inwieweit Haftungstatbestand, Schaden und Kausalzusammenhang tatsächlicher Natur sind⁹.

Haftungs-, Schadens- und Kausalitätsbeweis werfen Tat- und Rechtsfragen auf:

- Der *Haftungsbeweis* ist erbracht, wenn der Geschädigte die Person des Schädigers individualisiert und das Tatsachenfundament des von ihm angerufenen Haftungstatbestands (Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung) substantiiert und nachweist. Ob ein haftungsbegründender Tatbestand vorliegt, ist grundsätzlich eine Rechtsfrage. Die Sorgfaltspflichtverletzung ist insoweit eine Tatfrage, als Umstände zu beurteilen sind, «aus denen auf das Mass der in einer bestimmten Situation gebotenen Sorgfalt» geschlossen werden kann¹⁰. Die Bestimmung des Todes oder einer Körper- bzw. Persönlichkeitsverletzung, insbesondere der Arbeitsunfähigkeit, ist Tatfrage. Rechtsfragen dagegen sind der Begriff der Erwerbsfähigkeit und die Einschätzung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Körper- bzw. Persönlichkeitsverletzung¹¹.
- Der *Schadensbeweis* ist geleistet, wenn der geschädigte Patient den ersatzfähigen tatsächlichen, normativen und fiktiven Schaden gehörig substantiiert und dessen Eintritt und Höhe konkret nachweist¹². Die Bestimmung des Schadens ist eine Tatfrage¹³. Rechtsfrage ist einzig, ob das kantonale Tatsachengericht den Rechtsbegriff des Schadens verkennt oder Rechtsgrundsätze

⁶ Der Haftungsbeweis ist erbracht, wenn der Geschädigte die Person des Schädigers individualisiert und das Tatsachenfundament des von ihm angerufenen Haftungstatbestands substantiiert und nachweist.

⁷ Statt vieler BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

⁸ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2a/aa.

⁹ Das Bundesgericht kann Tatfragen nur eingeschränkt überprüfen (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

¹⁰ Vgl. Urteil BGER vom 10. 04. 2008 (4A_22/2008) E. 5.

¹¹ Vgl. BGE 100 II 298 E. 4a und 72 II 198 E. 3b sowie Urteil BGER vom 11. 04. 2005 84C.8/2005) E. 2.2.

¹² Weiterführend infra Ziffer III/C.

¹³ Vgl. z.B. Urteil BGER vom 29. 10. 2008 (4D_108/2008) E. 3.

der Schadensberechnung verletzt hat¹⁴. Die Frage, ob und welche Vorteile sich der Geschädigte aus dem schädigenden Ereignis anrechnen lassen muss, ist eine Rechtsfrage; demgegenüber ist die vermögenswerte Quantifizierung dieser Vorteile eine Tatfrage¹⁵.

- Der *Kausalitätsbeweis* ist geleistet, wenn der Patient den Kausalzusammenhang zwischen Haftungstatbestand und Behandlungsschaden erfolgreich nachgewiesen hat. Erforderlich ist zunächst ein tatsächliches Bedingungsverhältnis (*natürliche Kausalität*); denn eine Haftung ohne tatsächliche oder normativ fingierte¹⁶ Schadenverursachung gibt es nicht¹⁷. Das Vorliegen eines Bedingungsverhältnisses ist zwar notwendige, aber nicht hinreichende Grundlage für eine Haftung. Die Ersatzpflicht für den Behandlungsschaden hängt ferner davon ab, ob und inwieweit dieser bei wertender Betrachtungsweise der Sorgfaltspflichtverletzung zugeordnet werden kann (*adäquate Kausalität*). Tatfrage ist, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht¹⁸, Rechtsfrage hingegen ist, ob ein hypothetischer¹⁹ bzw. ein adäquater²⁰ Kausalzusammenhang vorliegt.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 120 II 296 E. 3b und Urteil BGER vom 12. 05. 2006 (4C.55/2006) E. 1.

¹⁵ Vgl. BGE 122 III 61 E. 2c/cc und Urteil BGER vom 22. 05. 2007 (4C.9/2007) E. 2.1.

¹⁶ In den Fällen einer alternativen, kumulativen, hypothetischen oder minimalen Kausalität fehlt regelmässig eine (erwiesene) tatsächliche Schadenverursachung, gleichwohl wird mitunter eine Haftung anerkannt, was die Annahme einer fiktiven natürlichen Kausalität voraussetzt (vgl. z.B. ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 67).

¹⁷ Eine Ersatzpflicht ohne Schadenverursachung, sog. neutrale Ersatzpflicht, kann von Gesetzes wegen, z.B. im Zusammenhang mit der zwingenden Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (Art. 324a f. OR), oder gestützt auf einen Vertrag, z.B. Versicherungsvertrag, bestehen.

¹⁸ Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteile BGER vom 09. 12. 2004 (4C.47/2004) E. 2.1 und vom 02.06.2004 (4C.88/2004) E. 4.1.

¹⁹ Siehe dazu BGE 121 III 358 E. 5 und 115 II 440 E. 5a. Im Fall einer Unterlassung 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 (vgl. BGE 124 III 155 E. 3d und 121 III 358 E. 5). Der hypothetische Kausalzusammenhang ist insoweit Rechtsfrage, als der Richter seine Lebenserfahrung zur Anwendung bringt (vgl. Urteil BGER vom 22. 12. 2008 [4A_464/2008] E. 3.3.1).

²⁰ Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteil BGER vom 02. 06. 2004 (4C.88/2004) E. 4.1.

II. Anspruch des Patienten auf Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess

A. Allgemeines

Ist der Beweis geleistet, obsiegt die beweisbelastete Partei, wenn nicht verliert sie. Diese prozessrechtliche Binsenwahrheit ist mitunter ungerecht, wenn die beweisverpflichtete Partei aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht in der Lage war, den erforderlichen Beweis zu führen. Vor allem in Arzthaftungsfällen ist es dem geschädigten Patienten oft nicht möglich, den Haftungsbeweis zu führen, so wie das die einschlägigen Beweisregeln eigentlich vorsehen. Die Gründe dafür sind vielfältig: Der Patient ist während der Operation vorübergehend urteilsunfähig und kennt das tatsächliche Geschehen nicht. Zudem fehlt ihm die Sachkunde, um überhaupt beurteilen zu können, ob eine ärztliche Meinung oder Handlung *lege artis* bzw. eine behandlungsinhärente oder -koinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung die Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung oder Verwirklichung des Behandlungsrisikos sind. Schliesslich ist er oft nicht im Besitz einer vollständigen Dokumentation des Geschehens, weil keine erstellt, nicht ausgehändigt oder gar vernichtet wurde²¹.

B. Verfassungsmässiger Anspruch auf Beweiserleichterungen

In Anbetracht der *genuin erschwerten beweisrechtlichen Situation des Patienten* fragt es sich, ob und welche Beweiserleichterungen dem geschädigten Patienten im Arzthaftungsprozess zuzugestehen sind. In der Literatur wird seit den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts²² bis in die aktuelle Zeit²³ die Forderung erhoben, dem geschädigten Patienten seien im Arzthaftungsprozess Beweiserleichterungen zu gewähren. Die geforderten Beweiserleichterungen sind dabei vielfältig:

²¹ Siehe exemplarisch Urteil BGer vom 23. 11. 2004 (4C.378/1999) E. 6.

²² Vgl. z.B. GIESEN DIETER, Arzthaftungsrecht die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, Tübingen 1995, N 368, KUHN MORITZ, Ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler. Beweislastverteilung gemäss Haftungsgesetz des Kantons Zürich, in: Recht und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 49 ff., KUHN MORITZ, Ärztliche Kunstfehler, in: SJZ 1987, 353 ff., 360, KUHN MORITZ, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, in: ZSR I 1986, 469 ff., 486 f., ILERI ATILAY, Die Haftung des Arztes, in: Patient Patientenrecht, Bern 1984, 145 ff., 152, und ILERI ATILAY, Zur Haftung des Arztes. Eine Entgegnung, in: SJZ 1981, 333 f.

²³ Siehe z.B. SCHMID MARKUS, Aspekte und Thesen der Arzthaftung, in: Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, 111 ff., und SCHMID MARKUS, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtprozess? Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004 in: HAVE 2005, 232 ff.

verschärfte richterliche Fragepflicht, herabgesetzte Substantiierungspflicht, prozessuale Mitwirkung des Arztes, reduziertes Beweismass, Beweislastumkehr etc.

Die ZPO schweigt sich darüber aus. Es fragt sich, ob die *allgemeinen Verfassungsgrundsätze* (Rechtsgleichheit²⁴, Treu und Glauben²⁵, Verfahrensgerechtigkeit²⁶ und Verhältnismässigkeit²⁷) dem Patienten sowohl im Staatshaftungsverfahren als auch im zivilen Haftungsprozess einen Anspruch auf Beweiserleichterungen gewähren. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht diesbezüglich keine Erwägungen angestellt. Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die *gerechte Verteilung der Beweislast in Arzthaftungsfällen ein verfassungsrechtliches Gebot*²⁸:

«Bei dieser «Eigenart des Arzthaftungsprozesses» muss es verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, die Beweislast für ein bestimmtes Vorbringen generell einer Seite aufzubürden, die von der typischen Art der Fallkonstellation her in der Regel nicht in der Lage sein kann, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Diese im Hinblick auf die bestehenden Möglichkeiten der Beweisführung typische Situation der Parteien im Arzthaftungsprozess hat die Rechtsprechung schon frühzeitig erkannt und im Bereich des haftungsbegründenden Ursachenzusammenhangs auf verschiedene Weise durch Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr auszugleichen versucht [...] . Damit ist insbesondere von der Rechtsprechung ein Instrumentarium geschaffen worden, das auch im Arzthaftungsprozess in beweisrechtlicher Hinsicht ein faires Verfahren, eine «gerechte Interessenabwägung» [...] ermöglicht. Erforderlich ist hierzu freilich, dass die Gerichte von den entwickelten Möglichkeiten in rechter Weise Gebrauch machen. Ein solcher Gebrauch setzt voraus, dass die Gerichte sich im jeweiligen Einzelfall die typische beweisrechtliche Stellung der Parteien und mithin die beweisrechtliche Grundproblematik bewusst machen, und ihre hieraus resultierende Verpflichtung, im konkreten Fall insgesamt gesehen für eine faire, zumutbare Handhabung des Beweisrechts Sorge zu tragen, nicht aus den Augen verlieren. Dies will nicht besagen, dass Beweislastnormen nicht generell im voraus bestimmt, sondern in jeder Prozesslage erst neu zu erstellen wären; wohl aber bedeutet es, dass auch die Auswirkungen beweisrechtlicher Teilerkenntnisse – sowohl einzeln als auch gerade in ihrem Zusammenwirken – auf die Gesamtscheidung zu berücksichtigen sind; es muss von Mal zu Mal geprüft werden, ob dem Patienten «nach allem die regelmäßige Beweislastverteilung noch zugemu-

²⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1 BV.

²⁵ Vgl. Art. 9 BV.

²⁶ Vgl. Art. 29 Abs. 1 BV.

²⁷ Vgl. Art. 36 Abs. 3 BV.

²⁸ Statt vieler Urteil BVerfG vom 25. 07. 1979 (2 BvR 878/74) = NJW 1979, 1925 E. B/II/1/b.

tet werden darf» [...] . Die genannte Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines gehörigen, fairen Gerichtsverfahrens, insbesondere aus dem Gebot der «Waffengleichheit im Prozess» [...] und dem Erfordernis der «Rechtsanwendungsgleichheit». Sie ist damit jedenfalls auch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, deren Beachtung zu überprüfen dem BVerfG obliegt.»

C. Beweisnot als Voraussetzung für Beweiserleichterungen

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine Beweiserleichterung eine eigentliche «*Beweisnot*» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser *Beweisschwierigkeiten* im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen²⁹. Vereinzelt hat das Bundesgericht ausgeführt, dass nicht schon eine blosse Beweisnot des Beweisbelasteten eine Beweislastumkehr rechtfertigt, sondern ein eigentliches *rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beweisinhabers* erforderlich ist, welches insbesondere durch eine Vernichtung von Beweismitteln erfüllt wird³⁰.

III. Reduzierte Beweispflicht

A. Allgemeines

Für den *Haftungs-, Schadens- und Kausalitätsbeweis des geschädigten Patienten* gelten grundsätzlich die *allgemeinen Beweisregeln*. Insbesondere der Personen- bzw. Invaliditätsschaden ist so weit wie möglich konkret nachzuweisen und zu berechnen³¹. Dabei ist nicht bloss von der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern so weit wie möglich von den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles aus-

²⁹ Statt vieler BGE 130 III 321 E. 3.2.

³⁰ Vgl. Urteil BGer vom 26. 11. 2007 (4C.307/2006) E. 3.1. Die Vernichtung des Autowracks stellt nicht zwingend eine Beweisvereitelung dar (vgl. Urteil BGer vom 30. 10. 2009 [4D_48/2009] E. 2.5.4).

³¹ Vgl. z.B. BGE 131 III 360 E. 5.1, 117 II 609 E. 9 und 113 II 345 E. 1a sowie ferner Urteil BGer vom 09. 07. 2010 (4A_48/2010) E. 1.3.3.

zugehen, was heisst, dass diese und der sich daraus ergebende Schaden im Einzelnen zu beweisen und dazu naturgemäss oftmals umfassende Beweissmassnahmen erforderlich sind³². Bei Teilklagen ist nur der eingeklagte Schaden zu beweisen³³.

B. Reduzierte Beweispflicht bei Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes

Eine Reduktion der Beweispflicht in Bezug auf Haftungs-, Schadens- und Kausalitätsbeweis erfolgt dann, wenn im Schadenausgleichsprozess nicht Dispositions³⁴ und Verhandlungsmaxime³⁵, sondern *Offizial*³⁶ und *Untersuchungsgrundsatz*³⁷ gelten. Der Arzthaftungsprozess ist entweder Zivil- oder Staatshaftungsprozess³⁸. Im Zivilprozess gelten grundsätzlich Dispositions- und Verhandlungsmaxime³⁹, während das Staatshaftungs⁴⁰ und das sozialversicherungsrechtliche Verfahren⁴¹ vom Offizial- und Untersuchungsgrundsatz geprägt sind. Ausnahmen bestehen im Staatshaftungsprozess dann, wenn die einschlägige Haftungsordnung auf die zivilprozessualen Regeln verweist bzw. die Zivilgerichte für die Beurteilung von Staatshaftungsbegehren als zuständig erklärt⁴². Soweit die Verhandlungsmaxime anwendbar ist, hat der Richter nachzufragen⁴³ und zudem von Amtes wegen Beweis zu erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen⁴⁴.

³² Siehe etwa Urteile BGer vom 31. 07. 2008 (4A_276/2008) E. 1, vom 18. 06. 2007 (4A_7/2007) E. 2.2.2 und vom 01.07.2002 (4C.97/2002) E. 1.3.

³³ Vgl. Art. 86 ZPO und z.B. Urteil BGer vom 04. 03. 2009 (4A_490/2008) E. 1.2.

³⁴ Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO).

³⁵ Der Verhandlungsgrundsatz verlangt, dass die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben haben (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO).

³⁶ Im Anwendungsbereich des Offizialgrundsatzes ist das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO und Art. 61 lit. d ATSG).

³⁷ Der Untersuchungsgrundsatz verlangt vom Gericht, unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen von Amtes wegen festzustellen sowie die notwendigen Beweise zu erheben und diese frei zu würdigen (vgl. Art. 61 lit. c ATSG).

³⁸ Siehe dazu Art. 61 OR.

³⁹ Vgl. Art. 55 und 58 ZPO.

⁴⁰ Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 1 VG sowie § 11 Abs. 2 Haftungsgesetz AG, Art. 14 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz GR und § 15 Haftungsgesetz LU.

⁴¹ Vgl. Art. 61 lit. c und d ATSG

⁴² Vgl. z.B. Art. 4 Verantwortlichkeitsgesetz SG und § 19 Abs. 1 Haftungsgesetz ZH.

⁴³ Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (vgl. Art. 56 ZPO).

⁴⁴ Vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO.

C. Reduzierter Schadensbeweis

1. Unbezahlte Forderungsklage

Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen⁴⁵. Ist es dem Geschädigten unmöglich oder unzumutbar, seine Schadenersatzforderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann er eine *unbezahlte Forderungsklage* erheben, muss jedoch einen *Mindestwert* angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt⁴⁶. Die Schadenersatzforderung ist zu beziffern, sobald der Geschädigte nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch den mutmasslich Haftpflichtigen dazu in der Lage ist. Das angerufene Gericht bleibt zuständig, auch wenn der Streitwert die sachliche Zuständigkeit übersteigt⁴⁷.

2. Richterliche Schadensschätzung

Der Schadensnachweis gilt als erbracht, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf den Eintritt und die Höhe des Schadens zu schliessen. Der Schluss muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen⁴⁸. Ist der Schadensnachweis nicht möglich oder dem Geschädigten unzumutbar, ist der Schaden vom Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» abzuschätzen⁴⁹. Die Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR kommt nicht zur Anwendung, wenn der Schaden gestützt auf Sachverhaltshypothesen festgesetzt wird, wie das beispielsweise beim Haushaltsschaden bei Anwendung der statistischen Berechnungsmethode der Fall ist⁵⁰. Die *richterliche Schadensschätzung* bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens. Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine *bundesrechtliche Beweisvorschrift*, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtert⁵¹. Die Anwendung der richterlichen Schadensschätzung darf im Ergebnis *nicht* zu einer

⁴⁵ Vgl. Art. 42 Abs. 1 OR.

⁴⁶ Vgl. Art. 85 Abs. 1 ZPO.

⁴⁷ Vgl. Art. 85 Abs. 2 ZPO.

⁴⁸ Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.1 und 122 III 219 E. 3a.

⁴⁹ Art. 42 Abs. 2 OR darf analog auch ausserhalb des ausservertraglichen Haftungsrecht zur Anwendung kommen (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa). Siehe ferner FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: *Haftpflichtprozess 2007*, Zürich 2007, 35 ff.

⁵⁰ Vgl. Urteil BGer vom 12. April 2010 (4A_23/2010) E. 2.3.3 f.

⁵¹ Statt vieler BGE 122 III 219 E. 3a.

Umkehr der Beweislast führen⁵². Eine Festsetzung des Schadens *ex aequo et bono* ist unzulässig, wenn der genaue Schadensnachweis erbracht werden kann⁵³.

D. Reduzierter Kausalitätsbeweis

1. Beweislast des Patienten für Teilkausalität

Der Geschädigte hat bei der Führung des natürlichen Kausalitätsbeweises nicht nachzuweisen, dass der Haftungstatbestand eine Gesamtursache bzw. ausschliessliche Gesamtursache des Behandlungsschadens ist. Sowohl bei der haftungsbegründenden als auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität genügt es für die Begründung einer *Ersatzpflicht für den gesamten Schaden*, wenn der geschädigte Patient mindestens eine *Teilkausalität der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung* für die Gesundheitsbeeinträchtigung und den Behandlungsschaden nachweist⁵⁴. Eine Teilkausalität liegt beispielsweise dann vor, wenn der Geschädigte erst verkehrsunfallbedingt eine Hirnverletzung und nachfolgend während der Entlastungsoperation infolge sorgfaltswidriger Unterversorgung mit Sauerstoff eine weitere Hirnverletzung erleidet⁵⁵. Sind Verkehrsunfall und ärztliche Sorgfaltspflichtverletzungen für sich genommen nicht geeignet, das resultierende Hirn-Schädel-Trauma zu bewirken, sind sie als Teilursachen zu qualifizieren mit der Folge, dass sowohl der Motorfahrzeughalter für den mittelbaren Operationsfehler⁵⁶ als auch das Spital für den Vorzustand – und damit über ihren Kausalitätsbeitrag hinaus – mithaften. Die «*überschiessende Haftung*» des den Gesamtschaden mitverursachenden Motorfahrzeughalters kann nicht korrigiert werden, wenn die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung kein den Kausalzusammenhang unterbrechendes Drittverschulden darstellt⁵⁷. Die «*überschiessende Haftung*» des Arztes demgegenüber kann in Anwendung der zur konstitutionel-

⁵² Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

⁵³ Vgl. BGE 92 II 328 E. 4 und Urteil BGer vom 09.01.2007 (4C.350/2006) E. 2.3.2.

⁵⁴ Vgl. BGE 133 III 462 E. 4.4.2 und 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 2.1 sowie Urteile BGer vom 22. 02. 2000 (4C.416/1999) E. 2a. Ein bloss teilkausales Selbstverschulden genügt entsprechend auch für eine Reduktion des Schadenersatzes (vgl. BGE 116 II 454 = Pra 1991 Nr. 139 E. 3b).

⁵⁵ Von der teilkausalen Verursachung ist die Nichtverursachung, z.B. von psychischen Störungen nach Verkehrsunfall (vgl. Urteil BGer vom 20. 05. 2005 [4C.108/2005] E. 3.1), die überholende Verursachung desselben Schadens (vgl. Urteile BGer vom 21. 04. 2008 [4A_38/2008] E. 2.5 und vom 31. 10. 2003 [5C.125/2003] E. 3.3) und die Parallelverursachung eines anderen Schadens zu unterscheiden.

⁵⁶ Vgl. Urteil BGer vom 31.10.2003 (5C.125/2003) E. 3.2 ff. In diesem Fall erlitt der Geschädigte 1990 einen Verkehrsunfall und musste sich wegen der Verkehrsunfallverletzungen 1998 einer Operation unterziehen, welche nicht lege artis ausgeführt wurde. Das Bundesgericht bejahte sowohl die natürliche als auch die adäquate Kausalität des Verkehrsunfalls für den nachfolgenden Behandlungsschaden.

⁵⁷ Vgl. Art. 59 Abs. 1 SVG.

len Prädisposition ergangenen Rechtsprechung⁵⁸ korrigiert werden, wenn der verkehrsunfallbedingte Vorzustand zufällig bzw. nicht durch ein Drittverschulden eingetreten ist⁵⁹.

2. Beweislast des Arztes für Reserveursachen

Hat der geschädigte Patient sowohl einen Behandlungsschaden als auch eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen, ist der natürliche Kausalitätsbeweis – auch mit dem reduzierten Beweismass⁶⁰ – nicht immer leicht zu erbringen bzw. hängt massgeblich von der Beweismässigkeit des Tatsachengerichts ab⁶¹. Der Arzt kann einwenden, der angebliche Behandlungsschaden sei Folge einer vorbestehenden Gesundheitsbeeinträchtigung, stelle ein Weiterandauern der behandlungsindizierenden Gesundheitsbeeinträchtigung dar, sei Folge eines behandlungsinhärenten Risikos oder hätte sich auch bei sorgfaltsgemäsem Verhalten wegen anderer Schadenursachen früher oder später ohnehin ereignet⁶².

Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht dann, wenn «das pflichtwidrige Verhalten für den eingetretenen Schaden eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) bildet, d.h. nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen»⁶³. Der Nachweis der natürlichen Kausalität ist in Arzthaftungsfällen erbracht, wenn nachgewiesen ist, dass die Sorgfaltspflichtverletzung und nicht nur der medizinische Eingriff als Ganzes «*conditio sine qua non*» des Schadens ist⁶⁴. Die natürliche Kausalitätsformel mit der Anweisung der gedanklichen Reduktion der Pflichtwidrigkeit und der anschliessenden Prüfung, ob dann der Behandlungsschaden entfielen würde vom Patienten beim natürlichen Kausalitätsbeweis eigentlich nicht nur den *Positivbeweis eines überwiegend wahrscheinlichen Bedingungsverhältnisses der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung* für den Behandlungsschaden, sondern auch noch den *Negativbeweis* erfordern, dass der Behandlungsschaden nicht durch eine bereits eingetretene tatsächliche Reserveursache oder eine überwiegend wahrscheinlich später eintretende Reserveursache ohnehin verursacht worden wäre.

⁵⁸ Eine konstitutionelle Prädisposition des Verunfallten kann sowohl die Schadensberechnung wie die Schadenersatzbemessung beeinflussen (grundlegend BGE 113 II 86 E. 3).

⁵⁹ Der Geschädigte hat für sein eigenes Selbstverschulden und Zufall, nicht aber ein Drittverschulden einzustehen (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR und BGE 112 II 138 E. 4a).

⁶⁰ Infra Ziffer IV/B/4.

⁶¹ Exemplarisch Urteil BGER vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1 ff.

⁶² Ibid. E. 7.5.3 ff.

⁶³ Urteil BGER vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1.

⁶⁴ Vgl. z.B. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

Der Geschädigte hat diesen Negativbeweis praxismässig nicht zu führen. Wie soeben bereits ausgeführt, tritt bei einer nachgewiesenen Teil- oder Vollkausalität eine Haftungsvermutung für den gesamten Schaden ein. Es spielt dabei keine Rolle, ob eine andere Haftungsursache oder eine «neutrale» Schadenursache den Schaden vergrössert haben. Die präsumptiv Haftpflichtigen können eine «überschiessende» Haftung im Verhältnis zum Geschädigten durch den Nachweis eines Reduktionsgrundes oder im Verhältnis zu anderen Haftpflichtigen durch Regress kompensieren. Dasselbe gilt für spätere Reserveursachen bzw. für die spätere Ohnehinverursachung des Schadens. Eine solche hat der präsumptiv Haftende zu beweisen. Im Anwendungsbereich der Anwaltshaftung, die sich wie die vertragliche Arzthaftung nach dem einfachen Auftragsrecht richtet, trägt der beauftragte Rechtsanwalt beispielsweise die Beweislast für den «Ohnehinschaden», wenn er sich mit Hinweis von seiner Haftung befreien möchte, der Schaden wäre auch bei sorgfaltsgemäsem Verhalten eingetreten. Erkennt beispielsweise der Scheidungsanwalt die Rechtswirkungen der gerichtlichen Genehmigung einer Ehescheidungskonvention sorgfaltswidrig nicht, trägt er die Beweislast, dass «das Gericht die Scheidungskonvention ohne oder mit nur geringer Rente nicht genehmigt hätte» bzw. der Klient «das (teilweise) verwirklichte Risiko der Rentenzahlung ohnehin zu tragen hatte, weil eine für ihn günstigere Alternative zur getroffenen Lösung nicht möglich gewesen wäre»⁶⁵.

Andernorts wurde die *Beweispflicht des Beauftragten für den hypothetischen Schadenverlauf bei sorgfaltsgemäsem Verhalten* offen gelassen⁶⁶. Das Bundesgericht musste im fraglichen Entscheid diese Frage aber nicht beantworten, weil es unter Kausalitätsgesichtspunkten festgestellt hatte, dass der Geschädigte keine Spekulationsgeschäfte abgeschlossen hätte, wäre er über die Risiken aufgeklärt worden⁶⁷. Bei der Einwendung einer Reserveursache handelt es sich letztlich um eine *rechts- bzw. kausalitätsaufhebende Tatsache*, die vom präsumptiv Haftpflichtigen nachzuweisen ist⁶⁸. Es ist zudem kein Grund ersichtlich, warum der geschädigte Auftraggeber die Beweisschwierigkeiten bzw. die zusätzliche Beweislast für den Ausschluss einer Ohnehinverursachung tragen soll, wenn der Beauftragte durch ein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten oder Unterlassen diese Beweisschwierigkeiten verursacht hat. Im Arzthaftungsrecht trägt der Arzt denn

⁶⁵ BGE 127 III 357 E. 5b.

⁶⁶ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3d und Urteil BGer vom 18.11.2004 (4C.274/2004) E. 2.4.

⁶⁷ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3d.

⁶⁸ Ist ein grober Fehler zur Herbeiführung eines Gesundheitsschadens geeignet, so kommt eine Einschränkung der sich hieraus ergebenden Beweislastumkehr unter dem Blickpunkt einer Vorschädigung des Patienten nur dann in Betracht, wenn – was zur Beweislast der Behandlungsseite steht – eine solche Vorschädigung festgestellt ist und gegenüber einer durch den groben Fehler bewirkten Mehrschädigung abgegrenzt werden kann (vgl. Urteil BGH vom 16. 05. 2000 [VI ZR 321/98] = VersR 2000, 1146).

Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

auch – unter Widerrechtlichkeitsgesichtspunkten – die Beweislast dafür, dass der Patient in den medizinischen Eingriff eingewilligt hätte bzw. der Schaden ohnehin eingetreten wäre, wäre er sorgfaltsgemäss aufgeklärt worden⁶⁹. Was für die hypothetische Einwilligung gilt, gilt auch für andere Reserveursachen.

IV. Reduktion des Beweismasses

A. Allgemeines

Der Nachweis der zu beweisenden haftungs-, schadens- und kausalitätsrelevanten Tatsachen ist erfolgt, wenn die beweisverpflichtete Partei das je erforderliche Beweismass erfüllt hat. Prozessrechtlich sind *verschiedene Beweismasse* zu unterscheiden:

- *Beweismass der annähernden Sicherheit*: Das Beweismass der annähernden Sicherheit ist erfüllt, wenn der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen⁷⁰.
- *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen⁷¹.
- *Beweismass des Glaubhaftmachens*: Das Beweismass des Glaubhaftmachens ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Ob der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass die Tatsachenbehauptung unrichtig ist, ist unerheblich⁷².

Als Regelbeweismass gilt – auch im Haftungsrecht – das Beweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bzw. der annähernden Sicherheit⁷³. Eine *Herabsetzung des Regelbeweismasses* ist dann gerechtfertigt, wenn die

⁶⁹ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

⁷⁰ Vgl. Urteil BGer vom 08.07.2003 (4C.332/2002) E. 3.

⁷¹ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3 sowie Urteil BGer vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.3.

⁷² Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 und 102 II 393 E. 4c.

⁷³ Statt vieler z.B. Urteil BGer vom 10.04.2008 (4A_22/2008) E. 5.

Rechtsdurchsetzung an Beweisschwierigkeiten scheitern würde, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten⁷⁴.

B. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

1. Allgemeines

Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich entweder direkt aus dem Gesetz selbst oder gelten als Folge einer richterlichen Beweiserleichterung. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo der Nachweis der annähernden Sicherheit nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine «Beweisnot» besteht⁷⁵.

2. Überwiegende und stark überwiegende Wahrscheinlichkeit

Im Sozialversicherungsrecht wird zwischen den *Beweismassen der annähernden Sicherheit sowie der überwiegenden und der stark überwiegenden Wahrscheinlichkeit* unterschieden⁷⁶. Nach der Meinung der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts setzt eine ausschliessliche bzw. sichere Verursachung eine Wahrscheinlichkeitsquote von um 100 % und eine vorwiegende Verursachung eine solche von mehr als 50 % voraus⁷⁷.

Besonderheiten gelten im Zusammenhang mit Berufskrankheiten:

- Als Berufskrankheiten gelten gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. Der Bundesrat erstellt eine Liste dieser Stoffe und Arbeiten sowie der arbeitsbedingten Erkrankungen. Gestützt auf diese Delegationsnorm und Art. 14 UVV hat der Bundesrat in Anhang 1 zur UVV eine Liste der schädigenden Stoffe und der arbeitsbedingten Erkrankungen erstellt. Nach der Rechtsprechung ist eine «vorwiegende» Verursachung von Krankheiten durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten gegeben, wenn diese mehr wiegen als alle anderen mitbeteiligten Ursachen, mithin im gesamten Ursachenspektrum *mehr als 50 %* ausmachen⁷⁸. Eine Asbeststaubexposition kann als überwiegende Ursache

⁷⁴ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa und Urteil BGer vom 08.07.2003 (4C.332/2002) E. 3.

⁷⁵ Vgl. z.B. BGE 133 III 153 E. 3.3 und 130 III 321 E. 3.2.

⁷⁶ Vgl. z.B. BGE 135 V 58 E. 3.1, BGE 119 V 200 E. 2a, 117 V 354 E. 2a und 109 V 150 E. 3a.

⁷⁷ Vgl. BGE 114 V 109 E. 3c.

⁷⁸ Vgl. BGE 119 V 200 E. 2a.

für die Entwicklung eines Bronchialkarzinoms nicht zum Vornherein und aus dem alleinigen Grunde ausgeschlossen werden, dass der Versicherte infolge seines starken Zigarettenkonsums ein überdurchschnittliches Risiko der Entwicklung einer solchen Erkrankung zu gewärtigen hatte⁷⁹.

- Gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG gelten als Berufskrankheiten auch andere Krankheiten, von denen nachgewiesen wird, dass sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeit verursacht worden sind. Diese Generalklausel bezweckt, allfällige Lücken zu schliessen, die dadurch entstehen können, dass die bundesrätliche Liste gemäss Anhang 1 zur UVV entweder einen schädlichen Stoff, der eine Krankheit verursachte, oder eine Krankheit nicht aufführt, die durch die Arbeit verursacht wurde. Nach der Rechtsprechung ist die Voraussetzung des «stark überwiegenden» Zusammenhangs erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75 % durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist⁸⁰.

Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird im *Anwendungsbereich des Haftungsrechts nicht zwischen «normal» und «stark» überwiegender Wahrscheinlichkeit* unterschieden. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen⁸¹. Umstritten ist, ob überhaupt und inwieweit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine *prozentuale Wahrscheinlichkeitsquote* zugeordnet werden kann. BERGER-STEINER vertritt neuerdings den Standpunkt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit ganz generell eine mindestens 75 %-ige Eintrittswahrscheinlichkeit erfordert⁸².

Die Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Bei *zwei konkurrierenden Ursachen* bedeutet dies, dass eine Wahrscheinlichkeitsquote von 51 % und höher für die Annahme der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt⁸³. Bei *mehr als zwei konkurrierenden Ursachen* ist die

⁷⁹ Vgl. BGE 133 V 421 E. 5.

⁸⁰ Vgl. BGE 119 V 200 E. 2b, 117 V 354 E. 4c und 114 V 109 E. 3c.

⁸¹ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3 sowie Urteil BGer vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.3.

⁸² Siehe BERGER-STEINER ISABELLE, Der Kausalitätsbeweis in: Personen-Schaden-Forum, Zürich 2009, 13 ff., BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008, 269 ff., und BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007.

⁸³ Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.3.

wahrscheinlichste Ursache die überwiegend wahrscheinliche; die Eintrittswahrscheinlichkeit muss nicht notwendigerweise mindestens 50 % betragen⁸⁴. Das Bundesgericht hat dies allerdings unlängst in einem Fall, in welchem die Aussichtslosigkeit als Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung zu beurteilen war, verneint, in dem zwei Teilursachen (krankheitsbedingter Vorzustand und Verkehrsunfall) zu beurteilen waren und der Gutachter den Verkehrsunfall als 51 % ursächlich für die seit dem Unfallzeitpunkt eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes bezeichnet hat⁸⁵. Dieses Urteil wird von der Lehre mit guten Gründen als nicht präjudizierend kritisiert⁸⁶.

Dass eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit von unter 50 % bei drei und mehr konkurrierenden Schadenursachen* genügt, ist alltägliche Schadenersatzpraxis, wie sich etwa beim Haushaltschaden zeigt. Mit dem Haushaltschaden wird die Beeinträchtigung des hauswirtschaftlichen Leistungsvermögens im mutmasslichen Validenhaushalt entschädigt⁸⁷. Die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Haushaltsgrösse des mutmasslichen Validenhaushalts ist nie höher als 36 %⁸⁸. Würden absolute Wahrscheinlichkeitsquoten von über 75 % oder 50 % gelten, könnte der Geschädigte, der noch keinen Haushalt oder erst einen Einpersonenhaushalt geführt hat, nicht mit dem notwendigen Beweismass einen mutmasslichen (grösseren) Validenhaushalt nachweisen. Diesen Geschädigten wird trotz der Unmöglichkeit des Beweises einer über 50 %-igen oder gar 75 %-igen Eintrittswahrscheinlichkeit praxisgemäss ein Haushaltschaden auf der Basis eines Ein- oder Paarhaushaltes gewährt⁸⁹. Bei den Geschädigten, die bereits einen eigenen Haushalt geführt haben, wird an den Validenhaushalt im Verletzungszeitpunkt angeknüpft und der Haushaltschaden von der damaligen Haushaltgrösse ausgehend berechnet⁹⁰.

⁸⁴ Vgl. Urteil EVG vom 19.10.2001 (U.50/2001) E. 2b.

⁸⁵ Vgl. Urteil BGER vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.2 ff.

⁸⁶ Siehe z.B. PRIBNOW VOLKER, Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_397/2008 vom 23.09.2008 und 6B_649/2008 vom 15.01.2009, in: HAVE 2009, 158 ff., und HUSMANN DAVID in: plädoyer 2008/6, 83 ff.

⁸⁷ Siehe z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

⁸⁸ Im Jahr 2000 lebten 36 % der Wohnbevölkerung in einem Einpersonenhaushalt, 31,6 % in einem Zweipersonenhaushalt, 12,9 % in einem Dreipersonenhaushalt, 13,2 % in einem Vierpersonenhaushalt und 6,3 % in einem Fünf- oder grösseren Mehrpersonenhaushalt (vgl. <<http://bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/key/haushaltsgroesse.html>> – zuletzt besucht am 23.02.2011).

⁸⁹ Siehe LANDOLT, ZH-K, N 993 ff. zu Art. 46 OR.

⁹⁰ Vgl. z.B. BGE 129 III 135 E. 4.2.2.2.

3. Absolute und relative Wahrscheinlichkeit

Bei der Beurteilung, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, stellt sich unabhängig von allfälligen Mindestwahrscheinlichkeitsquoten ferner die Frage, worauf sich die Wahrscheinlichkeit bezieht. Betrachtet man isoliert die Eintrittswahrscheinlichkeit einer bestimmten Ursachenhypothese für den Schaden, erhält man eine Aussage über die absolute Wahrscheinlichkeit. Interessiert man sich indessen für die *Wahrscheinlichkeit der in Frage kommenden Ursachenhypothesen untereinander*, fragt man nach der relativen Wahrscheinlichkeit⁹¹.

Bei Patienten nach einem akuten Herzinfarkt tritt eine Blutung bei 10 von 1'000 Patienten (1 %) auf, wenn sie mit Aspirin behandelt werden, und bei 15 von 1'000 Patienten (1,5 %), wenn sie eine orale Antikoagulation haben. Das relative Risiko einer Blutung für Patienten mit der Aspirintherapie beträgt im Vergleich zu den Patienten mit einer oralen Antikoagulation $1\% / 1,5\% = 0.67$ oder 67 %. Das relative Risiko einer Blutung ist bei einem Verzicht einer Aspirintherapie um 67 % erhöht, das absolute Risiko demgegenüber steigt lediglich um 0,5 %⁹².

Würde man in der vorerwähnten Ausgangslage auf das absolute Blutungsrisiko abstellen, bestünde – selbst bei Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung beim Arzt – keine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Ist demgegenüber die relative Wahrscheinlichkeit, dass es zu keiner Blutung kommt, entscheidend, besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit beim Verzicht auf eine Aspirintherapie. Ob die Gesundheitsbeeinträchtigung überwiegend wahrscheinlich als Folge der Sorgfaltspflichtverletzung eingetreten ist bzw. auch ohne eingetreten wäre, beurteilt sich insoweit nach der *relativen Risikowahrscheinlichkeit der konkurrierenden Schadensursachen*⁹³. Unmassgeblich sind – auch im Kontext mit der Einwendung der Ohnehinverursachung⁹⁴ – die *absolute Risikowahrscheinlichkeit* und die *Fehlerwahrscheinlichkeit* des Arztes.

4. Massgeblichkeit des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Kausalitätsbeweis

Der natürliche Kausalitätsbeweis wird durch die Herabsetzung des Regelbeweismasses auf dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erleichtert⁹⁵,

⁹¹ Vgl. z.B. BALDINGER BEATRICE, Absolutes und relatives Risiko, in: MedInfo SVV 2005, 32 ff.

⁹² Beim vorliegende Beispiel handelt es sich um das von BALDINGER BEATRICE, Absolutes und relatives Risiko, in: MedInfo SVV 2005, 32 ff., 35, erwähnte Beispiel.

⁹³ Exemplarisch Urteil BGer vom 15.03.2010 (4D_151/2009) = Pra 2011 Nr. 9 E. 2.5.

⁹⁴ A.A. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A_323/2007) E. 2.3.2.

⁹⁵ Vgl. z.B. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.4.2 und Urteile BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1, 5.03.2010 (4D_151/2009) = Pra 2011 Nr. 9 E. 2.4 und vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.1.

was im Ergebnis einem *Indizienbeweis* entspricht, nicht aber eine Beweislastumkehr bewirkt⁹⁶.

C. Weitergehende Reduktion des Beweismasses im Arzthaftungsprozess

Muss in Umsetzung des verfassungsmässigen Beweiserleichterungsanspruchs dem geschädigten Patienten nicht nur beim Kausalitäts-, sondern auch beim Haftungs- und gegebenenfalls beim Schadensbeweis eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder – auch beim Kausalitätsbeweis – sogar noch darunter gewährt werden? Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wäre in jedem Einzelfall konkret zu entscheiden, welche Beweiserleichterung bzw. welches Beweismass dem geschädigten Patienten zu gewähren ist.

Das Bundesgericht resümierte in einem Entscheid von 2004, dass «in der schweizerischen Lehre vor allem Beweiserleichterungen in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt befürwortet» werden⁹⁷. Im fraglichen Entscheid hat das Bundesgericht eine mehrfache Verletzung der Dokumentationspflicht (falscher, lückenhafter und irreführender Operationsbericht und Entsorgung der Videokassetten der Operation) festgestellt, gleichwohl aber im Kontext mit dem Haftungsbeweis «nur» eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bejaht, was sich im Ergebnis aber nicht bemerkbar gemacht hat, wurde doch die Haftung des Spitals für den komatösen Zustand des Patienten nach der erfolgten Hirnoperation bejaht⁹⁸.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz dem geschädigten Patienten infolge einer mangelhaften Dokumentation des Behandlungsgeschehens *eine das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduzierende Beweiserleichterung* gewährt und die Haftung bejaht hat⁹⁹. In Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung ist dem geschädigten Patienten eine Herabsetzung des Beweismasses in dem Ausmass zu gewähren, wie seine beweisrechtliche Stellung durch das Verhalten des präsumptiv Haftpflichtigen erschwert wird; dass dabei sogar ein Beweismass unterhalb

⁹⁶ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.2.

⁹⁷ Urteil BGER vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.2.

⁹⁸ Vgl. Urteil BGER vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 6.3, 7.4 und 9.

⁹⁹ Vgl. Urteil BGER vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.5.2.

der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zulässig ist, ist seit dem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts *lege lata*.

V. Umkehr der Beweislast

A. Materiell- und prozessrechtliche Beweislastumkehr

1. Materiellrechtliche Beweislastumkehr

Der Gesetzgeber stellt zur Vereinfachung des Rechtsalltags mitunter *Rechts-¹⁰⁰ und Tatsachenvermutungen¹⁰¹* auf; diese sind in der Regel widerlegbar, können aber auch nicht widerlegbar sein¹⁰². Rechtsvermutungen, z.B. die Vermutung des Verschuldens im Vertragsrecht¹⁰³, haben regelmässig eine Umkehr der Beweislast zur Folge. Tatsachenvermutungen (auch natürliche Vermutung) dienen der Beweiserleichterung und stellen einen Indizienbeweis dar, bewirken aber keine Umkehr der Beweislast¹⁰⁴. Die daraus gezogenen Schlüsse stellen grundsätzlich Beweiswürdigung dar. Ob im konkreten Fall eine tatsächliche oder natürliche Vermutung besteht, ist ebenfalls eine Frage der Beweiswürdigung¹⁰⁵.

Von Rechts- und Tatsachenvermutungen zu unterscheiden sind *Erfahrungssätze*. Diese erfüllen die Funktion von Normen und werden den Rechtssätzen gleichgestellt. Diese Regelfunktion kommt einem Erfahrungssatz indessen bloss dann zu, wenn das in ihm enthaltene hypothetische Urteil, welches aus den in andern Fällen gemachten Erfahrungen gewonnen wird, in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht, wenn er einen solchen Abstraktionsgrad erreicht, dass er normativen Charakter trägt¹⁰⁶. Wo der Sachrichter sich demgegenüber bloss auf die *allgemeine Lebenserfahrung* stützt, um aus den Gesamtumständen des konkreten Falls oder den bewiesenen Indizien auf einen bestimmten Sachverhalt zu schliessen, liegt unüberprüfbare Beweiswürdigung vor; diese beruht zwar insoweit auch weitgehend auf allgemeiner Lebenserfah-

¹⁰⁰ Um eine Rechtsvermutung handelt es sich beispielsweise bei Art. 4 Abs. 3 VVG (vgl. BGE 134 III 511 E. 3.3.4).

¹⁰¹ Vgl. z.B. BGE 117 II 256 E. 2b (Verzugsschadensvermutung) und 117 V 153 E. 2c (widerlegbare Vermutung, dass Resterwerbsfähigkeit verwertet werden kann). Die Tatsachenvermutung eines eheähnlichen Konkubinats nach fünfjähriger Beziehungsdauer (BGE 109 II 188 ff.) gilt im Haftungsrecht nicht (vgl. BGE 114 II 144 E. 2b).

¹⁰² Vgl. BGE 124 III 355 E. 4a (zu Art. 543 Abs. 3 OR).

¹⁰³ Vgl. Art. 97 Abs. 1 OR.

¹⁰⁴ Vgl. z.B. BGE 117 II 256 E. 2b.

¹⁰⁵ Siehe z.B. BGE 115 II 484 E. 2b und 110 II 4.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 120 II 97 E. 2b und 117 II 256 E. 2b.

nung, ohne dass dies aber zur Aufhebung der für das Berufungsverfahren vom Gesetz vorgeschriebenen Kognitionsbeschränkung führen würde¹⁰⁷.

2. Prozessrechtliche Beweislastumkehr

a) Prozessuale Mitwirkungspflicht von Arzt und Patient

(1) Allgemeines

Prozessparteien und Dritte trifft eine prozessuale Mitwirkungspflicht¹⁰⁸. Die prozessrechtliche Mitwirkungspflicht besteht in der Herausgabe von Beweismitteln, die sich im Besitz der fraglichen Prozesspartei befinden (sollten)¹⁰⁹, und in der Aussage als Partei¹¹⁰ oder Zeuge¹¹¹. Die prozessuale Mitwirkungspflicht gilt auch im Arzthaftungsprozess. Der Arzt hat insbesondere beim Haftungsbeweis des Patienten mitzuwirken. Soweit *negative Tatsachen*, insbesondere ein Unterlassen eines Arztes, zu beweisen sind, wird einerseits kein strikter Beweis gefordert und trifft andererseits den Arzt eine Mitwirkungspflicht¹¹². Die *Mitwirkungspflicht des Arztes beim Nachweis negativer Tatsachen* ist von der *widerlegbaren Tatsachenvermutung beim Eintritt einer behandlungsinhärenten oder einer -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung* zu unterscheiden¹¹³.

Der Patient ist zur Mitwirkung beim vom Arzt zu erbringenden *Beweis der masslichen Einwilligung* verpflichtet. Der Patient hat glaubhaft zu machen bzw. zu behaupten, weshalb er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffes verweigert hätte. Wirkt der Patient nicht mit, kann nach objektiviertem Massstab darauf abgestellt werden, ob die Ablehnung des Eingriffes vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich ist¹¹⁴. Dabei darf nicht auf ein abstraktes Modell des «vernünftigen Patienten» abgestellt werden, sondern massgeblich sind die *persönliche und konkrete Situation des Patienten*, um den es geht. Nur wenn der Patient keine persönlichen Gründe geltend macht, die ihn zur Ablehnung der vorgeschlagenen Operation geführt hätten, ist nach objektivem Massstab auf die Frage abzustellen, ob die Ablehnung des Eingriffes vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständ-

¹⁰⁷ Vgl. BGE 117 II 256 E. 2b und 115 II 449 E. 5b.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 160 ff. ZPO.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO.

¹¹⁰ Vgl. Art. 191 ff. ZPO.

¹¹¹ Vgl. Art. 169 ff. ZPO.

¹¹² Vgl. BGE 119 II 305 E. 1b/aa.

¹¹³ Vgl. Urteil BGER vom 13.06.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2.

¹¹⁴ Vgl. Urteile BGER vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1 und HGER ZH vom 18.04.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

lich wäre¹¹⁵. Massgebliche Kriterien für die Beurteilung der hypothetischen Einwilligung sind die *Erfolgsaussichten und Risiken des geplanten Eingriffs*, das *Vorhandensein alternativer Behandlungsmethoden* und die *zeitliche Dringlichkeit der Behandlung*¹¹⁶. Wenn Art und Schwere des Risikos eine *erhöhte Informationspflicht* geboten hätten, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist, ist es denkbar, dass sich der Patient, hätte er die umfassende Information erhalten, in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in einem echten Konflikt befunden und eine Überlegungszeit verlangt hätte¹¹⁷.

Ein vernünftiger Patient willigt beispielsweise in folgende Eingriffe ein:

- Operation zwecks Teilentfernung der Rezidivstruma¹¹⁸,
- periacetabuläre Osteotomie, bei der das Risiko einer Nervenbeeinträchtigung während des Eingriffs 25 % und das Risiko einer peronealen (Wadenbein-) Nervenläsion mehr als ein Jahr nach der Operation 0,7 % betragen¹¹⁹,
- Einsetzen einer Vollprothese für das Hüftgelenk mit einem Risiko einer Unterschenkelnervverletzung von unter 1 %¹²⁰,
- Tubensterilisation nach der Methode Pomeroy mit einer Versagerquote von 0,2 bis 0,7 Prozent angenommen werden¹²¹.

Keine mutmassliche Einwilligung kann angenommen werden bei einer Nasenoperation, bei der ein «haut risque de complications et d'échecs» besteht und die vier Nachfolgeoperation zur Folge hatte¹²², und bei einer Hirnoperation, die schweizweit zwei Mal pro Jahr durchgeführt wird sowie ein Komplikationsrisiko von 20 bis 30 % und eine Sterbewahrscheinlichkeit von unter 5 % aufweist¹²³.

¹¹⁵ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

¹¹⁶ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 5d und Urteil BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1.

¹¹⁷ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

¹¹⁸ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 22.04.2002 (VGE 21136) = BVR 2003, 57 E. 6.

¹¹⁹ Vgl. Urteil HGer ZH vom 18.04.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

¹²⁰ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.2.

¹²¹ Vgl. Urteil BGer vom 01.12.1998 (4C.276/1993) = Pra 2000 Nr. 28 E. 4b. Entscheidet sich ein Ehepaar trotz fehlgeschlagener Sterilisation ein zweites Mal für die gleiche Methode, so kann davon ausgegangen werden, dass sie sich beim ersten Mal auch bei vollständiger Aufklärung über das Risiko einer Schwangerschaft für die angewendete Methode entschieden hätte (vgl. Urteil BGer vom 14.12.1995 i.S. Ehepaar X c. Spitalverband Y et. al. = Pra 1996 Nr. 181 E. 3a f.).

¹²² Vgl. Urteil BGer vom 24.03.2005 (4C.9/2005) E. 5.4.

¹²³ Vgl. Urteil BGer vom 28.04.2003 (4P.265/2002) E. 5.5.

sowie bei Schönheitsoperationen, welche der Patient ausdrücklich abgelehnt hat¹²⁴.

(2) Beweislastumkehr bei einer Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflicht

Kommt eine Prozesspartei ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht nicht nach bzw. vereitelt sie die Beweisführung der beweispflichtigen Prozesspartei, hat der Richter unabhängig von allfälligen materiellrechtlichen Beweiserleichterungen zu entscheiden, ob und welche Beweiserleichterung er der beweisverpflichteten Partei gewährt, deren Beweissituation durch die Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflicht bzw. die Beweisvereitelung der anderen Partei beeinträchtigt worden ist. Bei einer eigentlichen Beweisvereitelung kann das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung eine *prozessrechtliche Beweislastumkehr* vornehmen oder das Regelbeweismass erheblich herabsetzen¹²⁵ bzw. heraufsetzen, letzteres insbesondere für alternative Beweismittel, die dem Arzt zum Nachweis der erfolgten Aufklärung und Einwilligung zur Verfügung stehen¹²⁶.

b) Beweiswirkungen eines vor- und ausserprozessualen Geständnisses

Vor- und ausserprozessuale Erklärungen des präsumptiv Haftpflichtigen gegenüber dem Geschädigten¹²⁷, die Empathiebekundungen (Bedauern, Reue, Trost etc.) oder ein Eingeständnis, Fehler gemacht zu haben, beinhalten, stellen Tatsachen dar und können beweisrechtlich für den Haftungs- oder Kausalitätsbeweis des Patienten dann von Bedeutung sein, wenn sie eine Haftungsanerkennung beinhalten. Nur eine *zweifelsfreie Haftungsanerkennung* ist beweisrechtlich als Geständnis zu qualifizieren. Die Beurteilung, ob es sich bei solchen Erklärungen um eine eigentliche Haftungsanerkennung handelt, unterliegt der freien Beweiswürdigung; diese wird vom Bundesgericht nur unter Willkürgesichtspunkten überprüft¹²⁸. Selbst die Aussage vor den Strafbehörden, bei einem nächsten Mal nicht mehr so zu handeln und einzusehen, mitschuldig zu sein, ist keine Haftungsanerkennung¹²⁹. Diese *Zurückhaltung* ist vor allem in *Arzthaftungsfällen* gerechtfertigt; dem Arzt soll es möglich sein, den geschädigten Patienten beim Auftreten behandlungskoinzidenter Gesundheitsbeeinträchtigungen zu informieren und

¹²⁴ Vgl. Urteil BGer vom 03.12.1998 (6S.652/1997) = NZZ vom 04.01.1999, 20 (Mittelgelenkresektion der zweiten Zehe).

¹²⁵ Vgl. Urteile BGer vom 25.03.2010 (4A_459/2009) E. 5.1, vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.2 und vom 13.03.1992 (2A.103/1991) E. 5c.

¹²⁶ Vgl. Urteil OGer ZH vom 07.07.2000 = ZR 2002 Nr. 7 E. 4c.

¹²⁷ Ein aussergerichtliches Geständnis führt jedenfalls dann nicht zu einer Umkehr der Beweislast, wenn die zugestandene Tatsache von der Partei nicht selbst wahrgenommen worden ist bzw. das Geständnis nur auf einer Schlussfolgerung beruht (vgl. Urteil OLG Köln vom 20.04.1989 [7 U 20/88] = VersR 1990, 856).

¹²⁸ Vgl. Urteile BGer vom 21.04.2010 (4A_98/2010) E. 4.1.3 und vom 10.04.2008 (4A_22/2008) E. 9.

¹²⁹ Vgl. Urteil BGer vom 10.04.2008 (4A_22/2008) E. 9.

seine Empathie zum Ausdruck zu bringen, ohne befürchten zu müssen, dadurch eine Haftungsvermutung zu begründen und die Deckung der Berufshaftpflichtversicherung zu verlieren.

B. Haftungsvermutungen – Beweislastumkehr beim Haftungsbeis

1. Allgemeines

Im Anwendungsbereich der Vertragshaftung hat der Geschädigte eine *Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht* nachzuweisen¹³⁰. Bei der Delikts haftung hat der Geschädigte das Tatsachenfundament, das auf eine Widerrechtlichkeit schliessen lässt, zu beweisen. Das Bundesgericht vertritt seit je die *objektive Widerrechtlichkeitstheorie*. Danach ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (*Erfolgsunrecht*) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm (*Verhaltensunrecht*) bewirkt wird¹³¹. Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie hat in Arzthaftungsfällen *unterschiedliche Auswirkungen auf den Haftungsbeis des Patienten*.

2. Unterbliebene Aufklärung und Einwilligung

Das Bundesgericht wendet die Erfolgsunrechtstheorie im Anwendungsbereich der Delikts haftung an, wenn der Arzt aktiv gehandelt hat. Der ärztliche Heileingriff wird vor dem Hintergrund der Erfolgsunrechtslehre bzw. der objektiven Widerrechtlichkeit als *per se* und damit vermutungsweise widerrechtlich qualifiziert¹³². Die Erfolgshaftung bzw. Haftungsvermutung greift selbst dann, wenn der medizinische Eingriff selbst *lege artis* durchgeführt wurde¹³³. Weist der Patient eine behandlungsinhärente oder eine von der behandlungsindizierenden verschiedene behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung nach, entsteht als Folge der Erfolgsunrechtslehre eine *Haftungsvermutung zu Lasten des Arztes*. Der Arzt stösst diese Haftungsvermutung um, indem er einerseits die *Aufklärung*

¹³⁰ Beim Arztbehandlungsvertrag sind die vertragliche Hauptpflicht auf die Heilung und die Nebenpflicht auf die Vermeidung einer anderweitigen Schädigung des Patienten ausgerichtet (vgl. BGE 119 II 333 E. 5a, 116 II 519 E. 3, 113 II 429 E. 3a und 110 II 375 E. 1 sowie Urteil BGer vom 19.05.2003 [4C.32/2003] E. 3).

¹³¹ Vgl. BGE 133 III 323 E. 5, 123 II 577 E. 4, 119 II 127 E. 3, 116 Ib 367 E. 4b und 115 II 15 E. 3a.

¹³² Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a und 5, 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 2/4 und 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3 und Urteil BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1.

¹³³ Vgl. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

des Patienten über die wesentlichen Behandlungsrisiken und andererseits die anschliessende *Einwilligung des Patienten* nachweist¹³⁴.

Der Arzt hat über Risiken zu informieren, die eine *besondere Gefahr* beinhalten oder eine *endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität* zur Folge haben können¹³⁵. Bei gewöhnlich mit grossen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, ist der Patient zudem ausführlicher aufzuklären, als dies bei unproblematischen Eingriffen der Fall ist¹³⁶. Unklar ist, ab welcher *prozentualer Risikoeintrittswahrscheinlichkeit* aufzuklären ist. Das Bundesgericht hat unlängst offen gelassen, ob keine Aufklärungspflicht besteht, wenn die Risikowahrscheinlichkeit *unter einem Prozent* liegt, wie das von den ärztlichen Berufsverbänden gefordert wird¹³⁷. Bei einem ängstlichen Patienten muss jedenfalls nicht über das bei einer endoskopischen Entfernung eines Darmpolypen bestehende Blutungsrisiko von 2,7% und das Perforationsrisiko von 0,3% aufgeklärt werden¹³⁸. In einem anderen Fall hat das Bundesgericht die vorinstanzliche Würdigung, wonach der Patient zwar über das bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase (Cholezystektomie) bestehende Risiko einer Gallengangverletzung von 0,3% hätte aufgeklärt werden müssen, aber von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden könne, nicht beanstandet¹³⁹. Über das Risiko einer Fettembolie nach Fettinjektion im Gesicht von unter 1:10'000 muss der Arzt in jedem Fall nicht aufklären¹⁴⁰. Das Risiko einer Synkope nach einer zahnärztlichen Untersuchung ist ebenfalls derart geringfügig, dass darüber nicht aufzuklären ist¹⁴¹. Genauso verhält es sich mit dem Embolierisiko nach einer Bypass-Operation¹⁴².

Sind die Voraussetzungen für eine Aufklärungspflicht nicht erfüllt, besteht eine *widerlegbare Rechtsvermutung zu Lasten des Patienten*, dass die behandlungsin-

¹³⁴ Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4. Eine für einen bestimmten medizinischen Eingriff erteilte Einwilligung gilt nur für diesen, nicht aber auch für andere medizinische Eingriffe (vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1). Von der eigentlichen Eingriffs- sind Sicherungs- (vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b und c) und Versicherungsaufklärung (vgl. BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2c und d) sowie allgemeine Informationspflichten zu unterscheiden. Dem Patienten sind beim Klinikeneintritt allgemeine Informationen, z.B. solche betreffend Hausordnung, zu geben. Zudem hat eine Erkundigung nach einer Patientenverfügung zu erfolgen (vgl. z.B. §§ 17 f. Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 [ZH]).

¹³⁵ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

¹³⁶ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

¹³⁷ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.2 und 4.3. Verneinend Urteil KGer SG vom 21.09.1988 i.S. E c. Kanton St. Gallen = SG N. 618 E. III/2 (bei Routineeingriff).

¹³⁸ Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 5.

¹³⁹ Vgl. Urteil BGER vom 24.10.2007 (4A_323/2007) E. 2.

¹⁴⁰ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 06.03.2000 (VGE 20559) E. 7c und d.

¹⁴¹ Vgl. Urteil BGER vom 30.10.2003 (4P.169/2003) E. 2.2.2.

¹⁴² Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 08.02.1994, 56.

härente bzw. -koinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung nicht widerrechtlich verursacht worden ist. Der Patient muss in einem solchen Fall nachweisen, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung Ursache der Gesundheitsbeeinträchtigung ist. Unterblieben entweder Aufklärung und/oder Einwilligung, tritt eine *widerlegbare Rechtsvermutung zu Lasten des Arztes* ein, dass der ärztliche Eingriff widerrechtlich war. Der Arzt haftet für den inhärenten und den koinzidenten Behandlungsschaden in dem Umfang, wie der Patient den Schadens- und Kausalitätsbeweis erbracht hat. Die Haftungsvermutung entfällt nur, wenn der Arzt einen anderen Rechtfertigungsgrund¹⁴³, namentlich eine hypothetische Einwilligung¹⁴⁴, nachweist. Erfolgt Aufklärung und Einwilligung, muss der geschädigte Patient wie im Fall der nicht erfüllten Aufklärungsvoraussetzungen die *Verletzung einer anderen ärztlichen Sorgfaltspflicht* nachweisen, um eine *Haftungsvermutung mit Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes* begründen zu können. Dasselbe gilt im Anwendungsbereich der Verhaltensunrechtstheorie, die bei der Vertragshaftung¹⁴⁵ und der Deliktshaftung dann gilt, wenn dem Arzt eine pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen wird, namentlich in Suizidfällen bei Spitalaufenthalt¹⁴⁶. Der Eintritt einer behandlungsinhärenten oder -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung genügt in all diesen Fällen nicht, um eine Haftungsvermutung mit Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes zu begründen¹⁴⁷. Nachzuweisen ist eine Verletzung einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung im konkreten Einzelfall:

«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 gar garantieren müsse; denn der Erfolg als solcher gehört nicht zu seiner Verpflichtung, gleichviel ob er als Beamter oder als Beauftragter des Patienten handelt. Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht lassen sich zudem nicht ein für allemal 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 Ausbildung und Leistungsfähigkeit.»

¹⁴³ Als weitere Rechtfertigungsgründe kommen gesetzliche Rechtfertigungsgründe (siehe Art. 52 OR, insbesondere Notstandshilfe [dazu Urteil OGer ZH = NZZ vom 23.09.1994, 53] und ferner z.B. § 15 Gesundheitsgesetz [GesG] vom 02.04.2007 [ZH] und § 21 Abs. 3 Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 [ZH]) und der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision (siehe BGE 130 IV 7 E. 7) in Betracht.

¹⁴⁴ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3

¹⁴⁵ Vgl. BGE 132 III 359 E. 3.1, 120 II 248 E. 2c und 113 II 429 E. 3a.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a und 112 Ib 322 E. 2–4 sowie Urteile BGer vom 06.02.2006 (4P.244/2005) E. 2.1 und vom 13.06.2000 (4C.53/2000) E. 1.

¹⁴⁷ Siehe z.B. die Hinweise in BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 2b.

Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass seine Haftung sich nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt. Der Arzt hat Kranke stets fachgerecht zu behandeln, zum Schutze ihres Lebens oder ihrer Gesundheit insbesondere die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten, grundsätzlich folglich für jede Pflichtverletzung einzustehen (BGE 133 III 121 E. 3.1 124; 130 IV 7 E. 3.3 11; 120 Ib 411 E. 4 413, je mit Hinweisen).

Der Begriff der Pflichtverletzung darf jedoch nicht so verstanden werden, dass darunter jede Massnahme oder Unterlassung fällt, welche bei nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Der Arzt hat für jene Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind, im allgemeinen nicht einzustehen und übt eine gefahren-geneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Dem Arzt ist sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, der eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat. Eine Pflichtverletzung ist daher nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht (BGE 130 IV 7 E. 3.3 12; 120 Ib 411 E. 4 413)»¹⁴⁸.

3. Behandlungskoinzidente Verschlechterung des Gesundheitszustandes

Die unterschiedlichen Voraussetzungen der Entstehung einer Haftungsvermutung mit Beweislastumkehr und die Schwierigkeiten des Patienten im Zusammenhang mit dem Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung rufen nach der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer behandlungskoinzidenten Verschlechterung des Gesundheitszustandes Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten greifen. Das Bundesgericht anerkennt, dass durch die Behandlung verursachte neue gesundheitliche Beeinträchtigungen eine widerlegbare Tatsachenvermutung begründen, dass nicht alle gebotenen Vorkehrungen getroffen worden sind und eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt¹⁴⁹. Eine solche Haftungsvermutung besteht insbesondere beim Auftreten einer Infektion nach

¹⁴⁸ Urteil BGER vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 6.1.

¹⁴⁹ Vgl. Urteil BGER vom 13.06.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2 und BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

der Vornahme einer intraartikulären Injektion¹⁵⁰. Die Durchtrennung des Unterschenkelnervs anlässlich einer Hüftoperation stellt demgegenüber weder per se eine Sorgfaltspflichtverletzung dar noch begründet diese postoperative Gesundheitsbeeinträchtigung eine Tatsachenvermutung einer Pflichtverletzung; selbst wenn würde dadurch die Beweislast nicht umgekehrt¹⁵¹.

Das Bundesgericht betont zudem, in BGE 120 II 248 ff. nicht entschieden zu haben, «dass bei jeglicher Verschlechterung des Gesundheitszustandes während einer ärztlichen Behandlung eine natürliche Vermutung für eine Sorgfaltswidrigkeit» entstehe¹⁵². In der Literatur wird diese Relativierung unterschiedlich verstanden. Gattiker¹⁵³ und Hausheer/Jaun¹⁵⁴ lehnen die Haftungsvermutung infolge Auftretens koinzidenter Gesundheitsbeschwerden ab, nicht zuletzt weil damit eine unzulässige Kausalhaftung eingeführt würde und der Entlastungsbeweis des Arztes eine probatio diabolica wäre. Zudem wird die unterschiedliche rechtliche Würdigung bezüglich Ausbleiben des Behandlungserfolges (keine Vermutung eines Behandlungsfehlers) und Verwirklichung von Risiken (Vermutung, dass nicht alle Vorkehrungen getroffen worden sind) als unzutreffend kritisiert. Pally weist diesbezüglich darauf hin, dass behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigungen sowohl eine Verwirklichung eines Behandlungsrisikos als auch Folge eines Behandlungsfehlers sein können¹⁵⁵. Kuhn bezweifelt, ob damit der «Tendenz, die gesetzlich vorgesehene Beweislastverteilung zu Gunsten einer

¹⁵⁰ Vgl. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c: «Dass bei Injektionen das Risiko einer Infektion besteht, ist allgemein bekannt. Besonders ernst zu nehmen ist die Infektionsgefahr nach den Feststellungen der Vorinstanz bei intraartikulären Injektionen, weshalb in diesen Fällen die Regeln der Asepsis peinlich genau zu befolgen seien. Unter diesen Umständen erscheint der Schluss auf einen Fehler des Beklagten bei der Sterilisation als naheliegend. ... Mit der Berufung wird eingewendet, das Einbringen von Staphylokokken-Keimen ins Gewebe könne bei jeder Injektion eines beliebigen Medikamentes auftreten. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Um die natürliche Vermutung zu erschüttern, hätte der Beklagte dartun müssen, dass er alle Vorkehrungen getroffen hatte, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst bei der Vornahme peri- und intraartikulärer Injektionen von Cortison-Präparaten geboten sind, und dass selbst bei Anwendung dieser Sorgfalt eine Infektion solcher Art nicht vermieden werden konnte.» Siehe ferner Urteil OGER ZH vom 15.02.1979 = SJZ 1980, 383 = ZR 1979 Nr. 83.

¹⁵¹ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.2–3.4.

¹⁵² Urteil BGer vom 13.06.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2b. Siehe ferner BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1.

¹⁵³ GATTIKER MONIKA, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen - Realität oder Zukunftsmusik?, in: *AJP* 2001, 652 ff., 654 f.

¹⁵⁴ HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, in: *ZBJV* 2001, 913 ff., 921 f.

¹⁵⁵ PALLY HOFMANN URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. Zürich 2007, 214 f.

faktischen Kausalhaftung für Kunst- bzw. Behandlungsfehler zu ignorieren, ein Ende gesetzt wurde»¹⁵⁶.

Ileri erachtet die Relativierung der Haftungsvermutung als verfehlt, geradezu als Kniefall vor dem eigenen Mut¹⁵⁷, und erinnert u.a. an die auftragsrechtliche Rechtsprechung, die den geschädigten Kunden in anderen Bereichen beweismässig besser stelle¹⁵⁸. Er nimmt damit ein Argument auf, dass bereits das Obergericht Zürich 1979 dazu bewogen hat, bei behandlungskoinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigungen (i.c. Infektion an der Injektionsstelle) vom Arzt den Nachweis zu fordern, dass er die behandlungstypische Sorgfalt erbracht hat, wenn diese der geschädigte Patient verneint, so wie das für andere Beauftragte, namentlich Anwälte, gelte, wenn Geschädigte den Vorwurf der Verletzung von vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten geltend machten¹⁵⁹. Die jüngsten Meinungen sind nach wie vor geteilt. Schmid¹⁶⁰ ist für, Herzog-Zwittner¹⁶¹ gegen Haftungsvermutungen mit Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes.

Den Kritikern ist insoweit zuzustimmen, dass letztlich nur das *Verhalten des Arztes haftungsrelevante Beurteilungsgrundlage* sein kann und er nicht einer Erfolgsgarantie unterliegt. Sowohl ein Ausbleiben der Heilung als auch die Verzögerung der Heilung können insoweit keine Haftungsvermutung begründen. Eine neue behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung, die sich von der behandlungsindizierenden Gesundheitsbeeinträchtigung unterscheidet oder diese verschlimmert, kann Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung sein, muss es aber nicht – auch das ist zutreffend. Der geschädigte Patient soll auf der anderen Seite entsprechend seiner «naturegegebenen» schlechteren Beweissituation besser gestellt werden, ohne dass die «naturegegebenen» Beweisregeln ausgehebelt werden. Behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigungen können insoweit nicht gänzlich unbeachtlich sein, rechtfertigen aber *per se* nicht eine Haftungsvermutung. Weil Arzt und Patient, auch wenn sie ausservertraglich streiten, vertraglich verbunden sind und der Arzt für die gehörige Vertragserfüllung beweispflichtig ist, wenn er sich darauf beruft, liegt es nahe, eine Haftungsvermutung beim Nachweis einer behandlungskoinzidenten Gesundheitsbeeinträchti-

¹⁵⁶ KUHN MORITZ, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: *Arztrecht in der Praxis*. 2.A., Zürich 2007, 601 ff., 610.

¹⁵⁷ ILERI ATILAY, Der Richter und sein Denker, in: HAVE 2009, 362 ff., 365 ff.

¹⁵⁸ Siehe dazu BGE 124 III 155 E. 3d und Urteil HGer ZH vom 23.04.2002 = ZR 2003 Nr. 21 E. 2.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil OGer ZH vom 15.02.1979 = SJZ 1980, 383 = ZR 1979 Nr. 83 E. 2.

¹⁶⁰ Siehe SCHMID MARKUS, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtprozess? Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004 in: HAVE 2005, 232 ff.

¹⁶¹ Vgl. HERZOG-ZWITNER IRIS, Beweiserleichterung im Arzthaftungsrecht, in: HAVE 2006, 269 ff.

gung dann zu bejahen, wenn diese ihre Ursache in ärztlichen Handlungen hat, die nur vom Arzt beherrscht werden können und müssen.

Das deutsche Recht geht diesen Mittelweg und gewährt dem geschädigten Patienten im Zusammenhang mit behaupteten Sorgfaltspflichtverletzungen Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast reichen können¹⁶² wenn sich die vom Patienten nachgewiesene behandlungskoinzidente Verschlechterung seines Gesundheitszustands als Folge eines vom Arzt bzw. Spital oder Heim voll beherrschbaren Risikos – selbst mit einigem zeitlichen Abstand¹⁶³ – verwirklicht hat¹⁶⁴. Die Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf die Behandlungsseite setzt nicht voraus, dass die aus dem Klinikbetrieb oder der Arztpraxis stammende objektiv gegebene Gefahr im konkreten Fall erkennbar war¹⁶⁵. Die Beweislastumkehr erstreckt sich in den Fällen, in denen es um die Verwirklichung voll beherrschbarer Risiken geht, nur auf den Nachweis des Behandlungsfehlers, aber nicht auf den gesamten haftungsbegründenden Tatbestand. Auch im Bereich der *Haftung für voll beherrschbare Risiken* ist der Patient nicht davon befreit, Schadens- und Kausalitätsbeweis zu führen¹⁶⁶.

¹⁶² Vgl. z.B. NIXDORF WOLFGANG, Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung, Beweislastverteilung im Fluss?, in: VersR 1996, 160 ff., PALLY HOFMANN URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. Zürich 2007, 254 ff., und ZOLL KARL-HERMANN, Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Arzthaftungsprozess, in: MedR 2009, 569 ff., 571 ff.

¹⁶³ Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen einer Injektion und dem Auftreten eines Spritzenabszesses (i.c. 24 Stunden) begründet keine Tatsachenvermutung für eine mangelhafte Desinfektion als Ursache für den Abszess (vgl. Urteil OLG Köln vom 25.02.1998 [5 U 144/97] = VersR 1998, 1026). Tritt – längere Zeit – nach einer Knieoperation ein dabei verwendeter so genannter Kirschnerdraht aus dem Rücken des Patienten und steht fest, dass sich der Patient bislang keinen weiteren Operationen unterzogen hat, kommt auch dann eine Haftung des operierenden Arztes nach den Grundsätzen voll beherrschbarer Risiken in Betracht, wenn der Kirschnerdraht nicht im Operationsbereich (Kniebereich) zurückgelassen wurde (vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 16.09.2008 [5 U 3/07] = BeckRS 2008, 24329 = NJW-RR 2009, 1110).

¹⁶⁴ Eine Beweislastumkehr setzt den Vollbeweis voraus, dass der Schaden in einem Risikobereich verursacht worden ist. Beweisbelastet ist der geschädigte Patient. Zur Beweisführung genügt nicht die bloße Feststellung im abschliessenden ärztlichen Bericht, es sei während des stationären Aufenthalts zu einer Wundprellung gekommen, wenn bei längerer Verweildauer nicht mehr festgestellt werden kann, wann und bei welcher Gelegenheit der Schaden (i.c. Kompartment-Syndrom) gesetzt worden ist. Die nicht weiter belegte Möglichkeit, der Schaden könne durch das Ablegen oder die Lagerung auf dem Operationstisch verursacht worden sein, genügt nicht (vgl. Urteil OLG Köln vom 04.08.2008 [5 U 228/07] = BeckRS 2008, 21955).

¹⁶⁵ Vgl. Urteil BGH vom 20.03.2007 (VI ZR 158/06) = BeckRS 2007, 06632 = MedR 2010, 30 = NJW 2007, 1682 = VersR 2007, 847 E. II/2b.

¹⁶⁶ Vgl. Urteil OLG Braunschweig vom 07.10.2008 (1 U 93/07) = BeckRS 2008, 26305 = NJW-RR 2009, 1109 = RDG 2009, 124 E. I/1a.

Zu den voll beherrschbaren Risiken zählen etwa die *Organisation*¹⁶⁷ und *Koordination* des Behandlungsgeschehens¹⁶⁸, insbesondere die Ausbildung von medizinischem Personal¹⁶⁹, die *Handhabung medizinischer Geräte und Materialien*¹⁷⁰ sowie die *Hygiene*¹⁷¹. Ist beispielsweise ein Hygienefehler bei intraartikulärer Injektion festgestellt, muss der Arzt beweisen, dass die Schädigung des Patienten nicht auf dem Behandlungsfehler beruht, sondern durch eine allergische Entzündungsreaktion verursacht ist¹⁷². Stürze¹⁷³ und Druckgeschwüre¹⁷⁴ bzw. Lagerungsschäden¹⁷⁵ können eine Verwirklichung voll beherrschbarer Risiken sein. Eine

- ¹⁶⁷ Der Chefarzt einer Kinderklinik ist verpflichtet, durch organisatorische Massnahmen sicherzustellen, dass bei Wärmflaschen aus Gummi, die zur Verwendung in Inkubatoren bestimmt sind, zumindest das Anschaffungsdatum erfasst wird, dass sie vor jedem Einsatz äusserlich geprüft und nach vergleichsweise kurzer Gebrauchsdauer ausgedonert werden (vgl. Urteil BGH vom 01.02.1994 [VI ZR 65/93] = VersR 1994, 532).
- ¹⁶⁸ Vgl. Urteil BGH vom 20.03.2007 (VI ZR 158/06) = BeckRS 2007, 06632 = MedR 2010, 30 = NJW 2007, 1682 = VersR 2007, 847.
- ¹⁶⁹ Vgl. Urteil BGH vom 15.06.1993 (VI ZR 175/92) = VersR 1993, 1231 (Beaufsichtigung eines Assistenzarztes während dessen Narkosetätigkeit).
- ¹⁷⁰ Vgl. Urteile BGH vom 27.01.1981 (VI ZR 138/79) = VersR 1981, 462 (Zurückbleiben eines Tupfers im Operationsgebiet), vom 11.10.1977 (VI ZR 110/75) = VersR 1978, 82 (Funktionstüchtigkeit des eingesetzten Narkosegeräts) und vom 24.06.1975 (VI ZR 72/74) = VersR 1975, 952 (ordnungsgemässer Zustand eines verwendeten Tubus) sowie OLG Stuttgart vom 11.07.2006 (1 U 3/06) = VersR 2007, 548 (Berststicheit eines bei Krankengymnastik eingesetzten Gymnastikballs), OLG Köln vom 28.04.1999 (5 U 15/99) = LSK 2001, 090559 (Trennung der Schraubenverbindung zwischen arteriell liegendem Katheter und der Infiltrationspatrone [Blutwäsche bei Niereninsuffizienz]) und OLG Hamm vom 18.06.1997 (3 U 173/96) = VersR 1998, 1243 (sachgerechter Auslagerungswinkel des Infusionsarms bei einer Operation).
- ¹⁷¹ Vgl. Urteile BGH vom 08.01.2008 (VI ZR 118/06) = NJW 2008, 1304, vom 20.03.2007 (VI ZR 158/06) = BeckRS 2007, 06632 = MedR 2010, 30 = NJW 2007, 1682 = VersR 2007, 847 (Spritzenabzess), vom 03.11.1981 (VI ZR 119/80) = VersR 1982, 161 (Sterilität der verabreichten Infusionsflüssigkeit) und vom 09.05.1978 (VI ZR 81/77) = VersR 1978, 764 (Reinheit des benutzten Desinfektionsmittels) sowie ANSCHLAG MARC, Krankenhaushaftung – Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln in: MedR 2009, 513 ff.
- ¹⁷² Vgl. Urteil BGH vom 08.01.2008 (VI ZR 118/06) = NJW 2008, 1304.
- ¹⁷³ Siehe Urteile BGH vom 28.04.2005 (III ZR 399/04) = NJW 2005, 1937 E. 3 und vom 14.07.2005 (III ZR 391/04) = MedR 2005, 696 und 721 sowie SCHULTZE-ZEU RUTH/RIEHN HARTMUT, Akutes Sturzrisiko in Pflegeheimen – Verfehlte Prozeßstrategie und Prozeßleitung. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 14.07.2005 – III ZR 391/04 in: MedR 2005, 696.
- ¹⁷⁴ Vgl. Urteile OLG Braunschweig vom 07.10.2008 (1 U 93/07) = BeckRS 2008, 26305 = NJW-RR 2009, 1109 = RDG 2009, 124 und OLG Düsseldorf vom 16.06.2004 (15 U 160/03) = PflR 2005, 62. Der Grundsatz, dass sich der Krankenträger bei einem Lagerungsschaden von einer Fehlervermutung entlasten muss, gilt nicht, wenn bei dem Patienten eine ärztlicherseits nicht im voraus erkennbare, extrem seltene körperliche Anomalie vorliegt, die ihn für den eingetretenen Schaden anfällig gemacht hat (vgl. Urteil BGH vom 24.01.1995 [VI ZR 60/94] = NJW 1995, 1618).
- ¹⁷⁵ Ein Lagerungsschaden (Drucknekrose) rechtfertigt eine Umkehr der Beweislast nur dann, wenn es sich um eine vollständig beherrschbare Komplikation handelt, deren Entstehung zwingend auf einen Behandlungsfehler hinweist. Daran fehlt es, wenn die Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch dem medizinischen Standard entsprach (vgl. Urteil OLG Oldenburg vom 02.08.1994 [5 U 64/94] = VersR 1995, 1194). Keine Beweislastumkehr tritt ein, wenn bei dem Patienten eine ärztlicherseits nicht im voraus erkennbare, extrem seltene körperliche Anomalie vorliegt, die ihn für den eingetretenen Schaden anfällig gemacht hat (vgl. Urteil BGH vom 24.01.1995 [VI ZR 60/94] = VersR 1995, 539) Siehe ferner Urteile BGH vom

Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

geringe Risikowahrscheinlichkeit, die nach der herrschenden Praxis eine widerlegbare Vermutung für die Rechtmässigkeit einer behandlungsinhärenten oder -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung begründet, wäre nach der Theorie des voll beherrschbaren Risikos ein Indiz für eine Haftungsvermutung zu Lasten des Arztes, nicht zuletzt deswegen, weil die Risiko- bzw. Komplikationswahrscheinlichkeit sowohl das Zufalls- als auch das Fehlerrisiko des Arztes beinhaltet.

C. Kausalitätsvermutung – Beweislastumkehr beim Kausalitätsbeweis

1. Allgemeines

Wie beim Haftungs- stellt sich auch beim Kausalitätsbeweis die Frage, ob die besondere beweisrechtliche Situation des geschädigten Patienten eine Kausalitätsvermutung mit Beweislastumkehr rechtfertigt. Nach der Meinung des Bundesgerichts sind *Kausalitätsvermutungen mit Beweislastumkehr* nicht nur im Anwendungsbereich der Prospekthaftung, sondern auch im allgemeinen Haftungsrecht grundsätzlich «*systemfremd*»¹⁷⁶.

2. Kausalitätsvermutung beim Vorliegen grober Sorgfaltpflichtverletzungen

a) Allgemeines

Das deutsche Recht bejaht demgegenüber eine Kausalitätsvermutung mit Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes, wenn der präsumptiv Haftpflichtige eine grobe Sorgfaltpflichtverletzung zu vertreten hat, die der geschädigte Patient erfolgreich nachgewiesen hat oder die ausnahmsweise zu vermuten ist. Diese Beweiserleichterung bzw. *Beweisumkehr bei nachgewiesener grober Sorgfaltpflichtverletzung* folgt nach der Meinung des BGH nicht aus dem Gebot der prozessrechtlichen Waffengleichheit, sondern knüpft vielmehr daran an, dass:

«die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in einer Weise erschwert ist, dass der Arzt nach Treu und Glauben – also aus Billigkeitsgründen – dem Patienten den vollen Kausalitätsnachweis nicht zumuten kann. Die Beweislastumkehr soll einen Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitert oder verschoben worden ist.

24.01.1984 (VI ZR 203/82) = VersR 1984, 386 (richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch) und OLG Köln vom 02.04.1990 (27 U 140/88) = VersR 1991, 695 (Nervenschädigung durch falsche Lagerung bei Operation).

¹⁷⁶ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.2.

Unter dem Gesichtspunkt der gleichmässigen Beweislastrisikoverteilung kann ferner die Mitverursachung von Unklarheiten in der Ursachenaufklärung durch den Patienten wegen der damit verbundenen Erschwerung der Aufklärung des Behandlungsgeschehens sogar die Beweislastumkehr wegen des groben Behandlungsfehlers ausschließen. Voraussetzung ist, dass der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann»¹⁷⁷.

Eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung, die geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führt grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Behandlungsschaden. Die Kausalitätsvermutung betrifft dabei lediglich die haftungsbegründende und nicht die -ausfüllende Kausalität. Der geschädigte Patient trägt die Beweislast für die natürliche Kausalität zwischen der behandlungsinhärenten und -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung und dem Folgeschaden¹⁷⁸. Für die Umkehr der Beweislast in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität reicht es aus, dass die grobe Sorgfaltspflichtverletzung geeignet ist, die behandlungsinhärente oder -koinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung zu verursachen; nahelegen oder wahrscheinlich machen muss die grobe Sorgfaltspflichtverletzung die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht¹⁷⁹. Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast sind nach einem groben Behandlungsfehler erst dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Kausalzusammenhang äusserst unwahrscheinlich ist¹⁸⁰. Eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung führt auch dann zur Umkehr der Beweislast für den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang, wenn er die eingetretene Schädigung nur zusammen mit einer bereits vorhandenen anderen, der Behandlungsseite nicht anzulastenden Ursache herbeizuführen geeignet ist (i.c. wiederholte Ovarialzysten nach versäumter Antibiotikatherapie)¹⁸¹.

¹⁷⁷ Statt vieler Urteil BGH vom 06.10.2009 (VI ZR 24/09) = BeckRS 2009, 29124 E. II/1c/aa.

¹⁷⁸ Vgl. Urteile OLG München vom 18.02.2010 (1 U 3871/099 = BeckRS 2010, 08885 E. I/3 und OLG Karlsruhe vom 24.05.2006 (7 U 242/05) = NJOZ 2006, 304.

¹⁷⁹ Vgl. Urteile BGH vom 27.04.2004 (VI ZR 34/03) = MedR 2004, 561 = NJW 2004, 2011, und OLG Jena vom 19.12.2007 (4 U 171/06) = BeckRS 2008, 10257. Eine Eintrittswahrscheinlichkeit von etwa 10% rechtfertigt noch nicht die Annahme, dass die Schadenskausalität «ganz unwahrscheinlich» ist (vgl. Urteil Brandenburgisches OLG vom 08.04. 2003 [1 U 26/00] = MedR 2004, 226).

¹⁸⁰ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 20.09.2007 (5 U 899/07) = BeckRS 2007, 16387 = NJW-RR 2008, 541.

¹⁸¹ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 20.09.2007 (5 U 899/07) = BeckRS 2007, 16387 = NJW-RR 2008, 541.

b) *Behandlungsfehler*

Unterlässt es ein Notarzt, trotz der auf Meningitis hindeutenden Symptome zur diagnostischen Abklärung zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben, und geht er infolge fundamentalen Irrtums als Arbeitsdiagnose von einer Mandelentzündung aus, so ist sowohl wegen der unterlassenen Befunderhebung als auch wegen des groben *Diagnoseirrtums* eine Beweislastumkehr für die Kausalität gerechtfertigt¹⁸². In einer geringfügigen Verzögerung einer notfallmässigen Schnittentbindung liegt nicht ohne weiteres ein grober Behandlungsfehler, der zur Beweislastumkehr führt¹⁸³. Erleidet ein erheblich vorgeschädigter Patient während der Implantation einer Hüftgelenkprothese einen leichten Schlaganfall, liegt kein zur Umkehr der Beweislast führender Befunderhebungsmangel oder grober Diagnoseirrtum vor, wenn die Ärzte die postoperativen Symptome vertretbar als Folgen des orthopädischen Eingriffs deuten¹⁸⁴.

Ein zur Beweislastumkehr führender grober *Operationsfehler* liegt bei ungenügend überwachten Anfängernarkosen und -operationen vor¹⁸⁵. Kein grober Operationsfehler kann angenommen werden, wenn ein Orthopäde die Fehlplatzierung eines bei der Wirbelkörperverblockung eingebrachten Spans nicht sofort entdeckt, weil er zunächst übersieht, dass die postoperativ gefertigte Röntgenaufnahme interpretierbar ist und daher weitere Befunderhebungen mit Bildgebenden Verfahren erfordert¹⁸⁶. Unterlässt es ein Zahnarzt entgegen medizinischer Notwendigkeit und Üblichkeit, den ordnungsgemässen Sitz eingefügter Implantate in Bezug auf Achsneigung und genügende Tiefe röntgenologisch zu kontrollieren und das Ergebnis zu dokumentieren, trifft ihn die Beweislast, dass später auftretende Komplikationen nicht auf fehlerhafter Insertion beruhen, wenn fehlerhafte Ausführung und deren Schadensursächlichkeit jedenfalls nicht unwahrscheinlich sind¹⁸⁷.

Eine Hebamme, die es unterlässt, bei einem wegen eines tiefen Abfalls der Herztonfrequenz hochpathologischen CTG-Befund sofort den Arzt zu rufen, handelt grob fehlerhaft. Ebenso grob fehlerhaft ist es, wenn der Arzt, der als Facharzt für Allgemeinmedizin und Leiter eines Geburtshauses zwar über erhebliche Erfah-

¹⁸² Vgl. Urteil OLG Stuttgart vom 21.01.1993 (14 U 34/91) = VersR 1994, 313.

¹⁸³ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 24.05.2007 (5 U 1735/06) = MedR 2008, 511.

¹⁸⁴ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 07.05.2009 (5 U 478/09) = MedR 2010, 196

¹⁸⁵ Die zur Beweislastumkehr bei Anfängeroperationen entwickelten Grundsätze gelten entsprechend für eine Anfängernarkose. Verwirklicht sich ein typisches Narkoserisiko, wird der Kausalzusammenhang zwischen dem Einsatz des Anfängers (i.e. Assistenzarzt mit siebenwöchigem Praktikum) und dem beim Patienten eingetretenen Körperschaden vermutet. Dem Patienten kommt eine Beweiserleichterung in Form der Beweislastumkehr zugute (vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 07.10.1987 [2 U 16/86] = VersR 1988, 165).

¹⁸⁶ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 13.07.2006 (5 U 17 /06) = MedR 2007, 251.

¹⁸⁷ Vgl. Urteil OLG Köln vom 18.04.1994 (5 U 48/94) = NJW-RR 1995, 346.

rungen in der Geburtshilfe, nicht jedoch über solche im Bereich der Neonatologie verfügt, es unterlässt, sofort nach Kenntniserlangung von dem CTG-Befund ein neonatologisches Nothilfeteam anzufordern¹⁸⁸. Steht angesichts der Feststellung «sehr straffer» Hüften nach Geburt aus Beckenendlage der Verdacht auf eine Hüftfehlbildung im Raum und versäumt es das Krankenhaus, für eine umgehende sonographische Hüftuntersuchung Sorge zu tragen oder die Kindeseltern auf das dringende Erfordernis einer alsbaldigen Vorstellung des Kindes bei einem Orthopäden sowie einer sonographischen Hüftkontrolle nachdrücklich hinzuweisen, so kann darin ein grober Behandlungsfehler liegen¹⁸⁹.

c) **Organisationsfehler**

Eine Kausalitätsvermutung entsteht nicht nur bei eigentlichen groben Behandlungsfehlern, sondern auch bei groben *Organisationsfehlern*. Versäumt eine geburtshilfliche Belegklinik, den Belegärzten zuverlässig mitzuteilen, wo für den Bedarfsfall ein Schlüssel für den Operationssaal aufbewahrt wird, kann das als grober Organisationsfehler zu werten sein mit der Folge, dass der Klinik die Beweislast für das Fehlen eines Ursachenzusammenhangs zwischen der durch die Suche nach dem Schlüssel eingetretenen Verzögerung einer Operation (i.e. Schnittentbindung) und einer eingetretenen Schädigung obliegt¹⁹⁰.

d) **Dokumentationsfehler**

(1) Allgemeines

Der Arzt hat in Bezug auf Anamnese, Befunderhebung, Diagnose, Aufklärung, Einwilligung und Behandlung alle sachdienlichen Informationen zu archivieren. Diese Informationen finden Eingang in die *Patientendokumentation* (sog. Krankengeschichte)¹⁹¹. Um ihren Zweck zu erfüllen, muss die Krankengeschichte vollständig sein. Sie darf keine Lücken aufweisen und muss so abgefasst sein, dass über die wirklichen Geschehnisse informiert wird und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden¹⁹². *Bildaufzeichnungen*, insbesondere Operationsvideos, gehören auch zur Krankengeschichte¹⁹³. Ist die Patientendokumentation mangelhaft, stellt sich wie im Fall der Beweisvereitelung die Frage, ob und welche Beweiserleichterungen dem geschädigten Patienten zu gewähren sind. Denkbar sind eine Herabsetzung des Beweismasses sowie Haftungs- und

¹⁸⁸ Vgl. Urteil OLG Oldenburg vom 19.12.2007 (5 U 107/06) = BeckRS 2010, 03973.

¹⁸⁹ Vgl. Urteil Brandenburgisches OLG vom 08.04.2003 (1 U 26/00) = MedR 2004, 226.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil OLG Stuttgart vom 13.04.1999 (14 U 17/98) = VersR 2000, 1108.

¹⁹¹ Vgl. z.B. § 13 Gesundheitsgesetz (GesG) vom 02.04.2007 (ZH) und §§ 17 ff. Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 (ZH).

¹⁹² Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.3.

¹⁹³ Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.3.

Kausalitätsvermutungen, die eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes bewirken.

Zur Annahme einer haftungsindizierenden Tatsachenvermutung mit Beweislastumkehr reicht nach deutschem Recht nicht aus, wenn sich anhand von Lücken in einem Operationsbericht nicht beurteilen lässt, welches die Ursachen für die behandlungskoinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung sind¹⁹⁴. Eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung ist infolge ungenügender Dokumentation zu vermuten, wenn die Schulterentwicklung bei einem Neugeborenen, das geburtstraumatisch eine Erbsche Lähmung (Armplexusparese) erlitten hat, durch den Geburtshelfer nicht im Einzelnen dargestellt wird und es in den Krankenunterlagen nur heisst «sehr schwere Schulterentwicklung»¹⁹⁵. Eine völlig unzulängliche Dokumentation der Behandlung (i.c. dorsale Unterschenkelgipsschiene nach Distorsion des linken oberen Sprunggelenks) rechtfertigt ebenfalls eine Haftungsvermutung, dass das koinzident aufgetretene Sudecksche Syndrom durch eine unsorgfältige Gipsabnahme verursacht worden ist, insbesondere dann, wenn ein die Behandlung betreffender Text gezielt entfernt bzw. unkenntlich gemacht worden ist¹⁹⁶. Der Arzt hat die infolge ungenügender Dokumentation greifende Haftungs- oder Kausalitätsvermutung zu widerlegen, wobei ihm insbesondere Gelegenheit zu geben ist, in Gegenwart des medizinischen Gutachters auszusagen, wie er operiert hat¹⁹⁷.

Das Bundesgericht erwog 2004, dass «in der schweizerischen Lehre vor allem Beweiserleichterungen in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt befürwortet» werden¹⁹⁸. Im fraglichen Entscheid hat das Bundesgericht eine mehrfache Verletzung der Dokumentationspflicht (falscher, lückenhafter und irreführender Operationsbericht und Entsorgung der Videokassetten der Operation) festgestellt, gleichwohl aber «nur» eine Herabsetzung des Regelbeweismasses bejaht¹⁹⁹. Unlängst beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz dem geschädigten Patienten infolge einer mangelhaften Dokumentation des Behandlungsgeschehens *eine das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduzierende Beweiserleichterung* gewährt und die Haftung bejaht hat²⁰⁰. Bis anhin hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung offengelassen,

¹⁹⁴ Vgl. Urteil OLG Oldenburg vom 30.01.2008 (5 U 92/06) = MedR 2008, 374.

¹⁹⁵ Vgl. Urteil OLG Köln vom 15.11.1993 (27 U 231/92) = VersR 1994, 1424.

¹⁹⁶ Vgl. Urteil OLG Frankfurt a.M. vom 14.03.1991 (1 U 218/89) = VersR 1992, 578.

¹⁹⁷ Vgl. Urteil BGH vom 24.01.1989 (VI ZR 170/88) = VersR 1989, 512 (mangelhafter Operationsbericht über die Entfernung von Osteosynthesematerial am Oberarmknochen).

¹⁹⁸ Urteil BGER vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.2.

¹⁹⁹ Vgl. Urteil BGER vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 6.3, 7.4 und 9.

²⁰⁰ Vgl. Urteil BGER vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.5.2.

ob auch eine Haftungs- bzw. Kausalitätsvermutung mit einer Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes in Frage kommt. Diese Frage würde sich erst bzw. nur in Fällen mit offenem Beweisergebnis stellen, meinten die Lausanner Richter²⁰¹.

(2) Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler

Eine Haftungs- bzw. Kausalitätsvermutung ist nach der deutschen Rechtsprechung bei groben Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlern gerechtfertigt²⁰². Eine *fehlerhaft unterlassene Befunderhebung* führt dann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsschadens, wenn sich bei rechtzeitiger und genügender Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verknennung des Befundes als fundamental bzw. die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde²⁰³. Ein grober Befunderhebungsfehler liegt vor, wenn beim Verdacht auf eine Hodentorsion die Freilegung des Hodens unterlassen wird, nicht aber dann, wenn der Arzt einen untypischen Befund vorfindet (i.c. Schwellung des Hodens seit zehn Tagen)²⁰⁴. Zum Ausschluss des Vorliegens einer tiefen Beinvenenthrombose genügten im Jahr 2002 bei entsprechenden Befunden eine klinische Untersuchung, ein D-Dimere-Test ohne Befund und eine farbkodierte Duplex-Ultraschalluntersuchung ohne Befund; eine ascendierende Phlebographie war damals weder geboten noch gerechtfertigt²⁰⁵.

Ein Arzt hat Präparate, die zur Beurteilung der Kausalität eines Behandlungsfehlers erforderlich sind, bei einem Umzug seiner Praxis in geeigneter Weise gegen Verlust zu schützen; verstösst er gegen diese *Befundsicherungspflicht* ist eine *Umkehr der Beweislast* bzw. eine *fahrlässige Beweisvereitelung* anzunehmen²⁰⁶. Ein grober Befundsicherungsfehler stellen ferner die ungenügende Verwahrung eines im Geburtsvorgang abgeleiteten CTG-Streifens²⁰⁷ und eines zunächst eingesetzten, dann aber wieder entfernten Prothesenteils dar²⁰⁸. Fehlt eine zur Sicherung der Verlaufsbeobachtung und Weiterbehandlung gebotene Dokumentation im Zusammenhang mit der operativen Behandlung einer Augenerkrankung (i.c. Morbus Coats), handelt es sich um eine Verletzung der Befundsicherungspflicht,

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Vgl. Urteil BGH vom 21.09.1982 (VI ZR 302/80, Oldenburg) = VersR 1982, 1193

²⁰³ Vgl. Urteile BGH vom 29.09.2009 (VI ZR 251/08) = NJW-RR 2010, 833, und vom 06.07.1999 (VI ZR 290-98) = NJW 1999, 3408, sowie OLG Jena vom 18.02. 2009 (4 U 1066/04) = NJOZ 2009, 2252, OLG Koblenz vom 10.01.2008 (5 U 1508/07) = MedR 2008, 568, und OLG Saarbrücken vom 08.11.2006 (1 U 582/05-203) = MedR 2007, 486.

²⁰⁴ Vgl. Urteil OLG Oldenburg vom 28.10.1997 (5 U 191/96) = VersR 1999, 1284.

²⁰⁵ Vgl. Urteil OLG Naumburg vom 13.3.2008 (1 U 83/07) = VersR 2008, 1073.

²⁰⁶ Vgl. Urteil OLG Düsseldorf vom 30.01.2003 (8 U 159/01) = VersR 2004, 792.

²⁰⁷ Vgl. Urteil OLG Oldenburg vom 28.04.1992 (5 U 19/90) = VersR 1993, 1021.

²⁰⁸ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 12.05.1998 (5 U 35/96) = VersR 1999, 719.

Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

die zusammen mit weiteren Versäumnissen gegebenenfalls als grob angesehen werden kann²⁰⁹. Keine Verletzung der Befundsicherungspflicht ist gegeben, wenn nicht alle Einzelbefunde einer Duplex-Ultraschalluntersuchung durch dauerhafte Bilder aktenkundig gemacht werden. Es genügt, wenn sich aus der Dokumentation die Vorgehensweise bei der Befunderhebung und die vom Arzt gewonnenen Erkenntnisse ergeben²¹⁰.

(3) Nicht behandlungsrelevante Dokumentations- und Informationsfehler

Von den behandlungsrelevanten Dokumentations- und Informationsfehler sind andere Dokumentations- und Informationsfehler zu unterscheiden, die mit der eigentlichen Behandlung nichts zu tun haben bzw. keine behandlungsrelevanten Tatsachen und Vorgänge betreffen. Solche Dokumentations- und Informationsfehler stellen grundsätzlich keine haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung dar bzw. es existiert *kein eigentlicher Dokumentationsschaden* neben dem Behandlungsschaden. Eine solche Dokumentationslücke ist erst dann haftungsrechtlich relevant, wenn sie den voll beherrschbaren Risikobereich oder eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung indiziert, die Grundlage für eine Beweislastumkehr bilden²¹¹.

D. Verschuldensvermutung

Im Anwendungsbereich der Vertragshaftung ist das Verschulden, mithin die *persönliche Vorwerfbarkeit der Nichtanwendung der Regeln der ärztlichen Kunst*, Haftungsvoraussetzung²¹². Der Arzt hat bei der Vertragshaftung einen *Exkulpationsbeweis*, der Geschädigte bei der Deliktshaftung einen *Verschuldensnachweis* zu führen²¹³. Die Nichtanwendung der Regeln der ärztlichen Kunst ist vorwerfbar, wenn der Arzt urteilsfähig war (*subjektive Verschuldenskomponente*) und keine subjektiven oder objektiven Umstände genannt werden können, warum im konkreten Fall die Regeln der ärztlichen Kunst in guten Treuen nicht eingehalten werden konnten (*objektive Verschuldenskomponente*). Je nach der Intensität des Vorwurfs, der dem Pflichtvergessenen gegenüber erhoben werden kann, sind Absicht/Vorsatz für bewusste Schadenszufügung und Fahrlässigkeit für unbewusste Schadenszufügung zu unterscheiden, wobei diese wiederum in grobe und leichte Fahrlässigkeit abgestuft werden kann. Die ältere Rechtspre-

²⁰⁹ Vgl. Urteil OLG Stuttgart vom 04.04.1996 (14 U 42/95) = VersR 1997, 700.

²¹⁰ Vgl. Urteil OLG Naumburg vom 13.3.2008 (1 U 83/07) = VersR 2008, 1073.

²¹¹ Vgl. Urteile BGH vom 23.03.1993 (VI ZR 26/92) = VersR 1993, 836, vom 24.01.1989 (VI ZR 170/88) = VersR 1989, 512, und vom 28.06.1988 (VI ZR 217/87) = VersR 1989, 80.

²¹² Vgl. statt vieler BGE 129 II 353 E. 4.7.

²¹³ Vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1 OR.

chung bejahte ein *Haftungsprivileg*, indem der Arzt nur für eigentliche «Kunstfehler» haftete²¹⁴. Bloss leichtfahrlässiges Verhalten begründete keine Haftung. Die neuere Rechtsprechung hat dieses Haftungsprivileg abgeschafft²¹⁵.

Die Abgrenzung des Verschuldens einerseits von der haftungsbegründenden Vertragsverletzung/Widerrechtlichkeit und andererseits vom die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Rechtfertigungsgrund bereitet seit je erhebliche Schwierigkeiten. Das Bundesgericht meint selbst, dass die Zuordnung der Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht «nicht restlos geklärt» und insbesondere unklar ist, wieweit diese zum Verschulden oder zur Vertragswidrigkeit bzw. zur Widerrechtlichkeit zu rechnen ist²¹⁶, und gesteht sogar unumwunden ein, dass vereinzelte von ihm erlassene Urteile, namentlich BGE 105 II 284 ff., «in der Tat wegen ungenügender Unterscheidung von Vertragsverletzung und Verschulden und wegen der Folgen, die sich daraus für die Beweislastverteilung ergeben, kritisiert oder angezweifelt worden sind»²¹⁷.

Das Bundesgericht muss sich nur sehr selten mit dem Exkulpationsbeweis des Arztes befassen, da regelmässig entweder eine Sorgfaltspflichtverletzung oder die sichere Kausalität verneint werden. Der Exkulpationsbeweis des Arztes wurde in BGE 113 II 429 nicht als geglückt betrachtet²¹⁸. Das Bundesgericht meinte, dass die subjektive Vorwerfbarkeit nicht dadurch entfällt, weil die fehlerhaft ausgeführte Operation zu den schwierigsten der plastischen Chirurgie gehört und nur quantitative Fehler begangen wurden²¹⁹. Eine mangelhafte Spitalorganisation bzw. Kompetenzaufteilung stellt ebenfalls keinen Exkulpationsgrund dar²²⁰.

²¹⁴ Vgl. z.B. BGE 105 II 284 E. 1 und 57 II 196 E. 3.

²¹⁵ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e sowie Urteil BGer vom 09.01.2008 (4C.66/2007 und 4A_382/2007) E. 4.1.

²¹⁶ Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 1.

²¹⁷ BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a.

²¹⁸ Unentschuldigbar ist, wenn die Injektion von Kortison an der falschen Stelle erfolgt und trotz anhaltender Gelenksschmerzen keine Blutsenkung durchgeführt wird, um eine Infektion festzustellen (vgl. Urteil KGer VS vom 14.10.1992 i.S. M c. X = ZWR 1992, 370 E. 5). Siehe ferner Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.07.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 3.4 (Exkulpationsbeweis im Zusammenhang mit Bauchdeckenverschluss nach Sanierung einer Nabelhernie).

²¹⁹ Vgl. BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3b (Nasenoperation mit gut sichtbarer Abweichung von 1 bis 2 mm).

²²⁰ Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 29.04.2000, 47.

Literaturauswahl

- ANSCHLAG MARC, Krankenhaushaftung – Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln in: MedR 2009, 513 ff.
- BECK PETER, Die Beweisführung im Haftpflichtrecht, in: Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen, Bern 2006, 227 ff.
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007
- BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008, 269 ff.
- BERGER-STEINER ISABELLE, Der Kausalitätsbeweis in: Personen-Schaden-Forum, Zürich 2009, 13 ff.
- DEUTSCH ERWIN, Die Anfängeroperation. Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, in: NJW 1984, 650 ff.
- ENDERS PETER, Der Arzthaftungsprozess. Teil 1: Voraussetzungen für eine Haftung des Arztes, in: ZAP 2010, 15 ff.
- ENDERS PETER, Der Arzthaftungsprozess. Teil 2: Ausserprozessuale Tätigkeit, in: ZAP 2010, 65 ff.
- ENDERS PETER, Der Arzthaftungsprozess. Teil 3: Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses, in: ZAP 2010, 111 ff.
- FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: Haftpflichtprozess 2007, Zürich 2007, 35 ff.
- FISCHER KLAUS, Der Arzthaftungsprozess aus anwaltlicher Sicht, in: SchlHA 2010, 301 ff.
- GATTIKER MONIKA, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik?, in: AJP 2001, 652 ff.
- GIESEN DIETER, Arzthaftungsrecht die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, Tübingen 1995
- GÜNTER RUDOLF, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler – Grundsätze und Reichweite der Beweislastumkehr, in: AZR 2008, 94 ff.
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2'000, in: ZBJV 2001, 913 ff.

- HERZOG-ZWITTER IRIS, Beweiserleichterung im Arzthaftungsrecht, in: HAVE 2006, 269 ff.
- ILERI ATILAY, Zur Haftung des Arztes. Eine Entgegnung, in: SJZ 1981, 333 f.
- ILERI ATILAY, Die Haftung des Arztes, in: Patient Patientenrecht, Bern 1984, 145 ff.
- ILERI ATILAY, Der Richter und sein Denker, in: HAVE 2009, 362 ff.
- JORZIG ALEXANDRA, Arzthaftungsprozess – Beweislast und Beweismittel, in: MDR 2001, 481 ff.
- KARMASIN ERNST, Beweislastumkehr bei einfachen Befunderhebungsverfahren und rechtmässiges Alternativverhalten bei ärztlichen Behandlungsfehlern. Stellungnahme zu den Beiträgen von Schultze-Zeu VersR 2008, 898 und Schütz / Dopheide VersR 2009, 475, in: VersR 2009, 1200 ff.
- KAUFMANN MARTIN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, in: AJP 2003, 1199 ff.
- KLETT KATHRIN, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, in: AJP 2001, 1293 ff.
- KOZIOL HELMUT, Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges, in: Tagungsbeiträge / Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, 79 ff.
- KUHN MORITZ, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, in: ZSR I 1986, 469 ff.
- KUHN MORITZ, Ärztliche Kunstfehler, in: SJZ 1987, 353 ff.
- KUHN MORITZ, Ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler. Beweislastverteilung gemäss Haftungsgesetz des Kantons Zürich, in: Recht und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 49 ff.
- KUHN MORITZ, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: Arztrecht in der Praxis. 2.A., Zürich 2007, 601 ff.
- KUNZ-SCHMIDT SUSANNE, Bedienungsfehler beim Einsatz von Medizintechnik, voll beherrschbares Risiko und nichtärztliche Mitarbeiter, in: MedR 2009, 517 ff.
- MARTIS RÜDIGER, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, in: MDR 2009, 1082 ff.
- NIXDORF WOLFGANG, Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung. Beweislastverteilung im Fluss?, in: VersR 1996, 160
- PALLY HOFMANN URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. Zürich 2007

Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

- PRIBNOW VOLKER, Die überwiegende Undurchsichtigkeit. Wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichtes 4A_397/2008 vom 23.9.2008 und 6B_649/2008 vom 15.1.2009, in: HAVE 2009, 158 ff.
- SCHMID MARKUS, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtprozess? Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004 in: HAVE 2005, 232 ff.
- SCHMID MARKUS, Aspekte und Thesen der Arzthaftung, in: Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, 111 ff.
- SCHULTZE-ZEU RUTH, Das Vorliegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers und die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, in: VersR 2008, 898 ff.
- SCHULTZE-ZEU RUTH/RIEHN HARTMUT, Akutes Sturzrisiko in Pflegeheimen – Verfehlte Prozeßstrategie und Prozeßleitung. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 14.07.2005 – III ZR 391/041 in: MedR 2005, 696 ff.
- SÜSSKIND MARCEL, Nachweis des Personenschadens, in: Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich 2004, 111 ff.
- TEICHNER MATTHIAS, Die schriftliche Einwilligungserklärung – ein voll beherrschbares Risiko?, in: NJW 2002, 276 ff.
- VOGEL OSCAR, Umkehrung der Beweislast in Rechtsmissbrauchsfällen, in: recht 1984, 104 ff.
- WOHLFAHRT CORINNE, Die Umkehr der Beweislast, Diss. St. Gallen 1992
- WYSS LUKAS, Beweislast und Beweisanforderungen im schweizerischen Produktehaftpflichtrecht. BGE 133 III 81 (Urteil des Bundesgerichts 4C.298/2006 vom 19. Dezember 2006), in: HAVE 2007, 173 ff.
- ZOLL KARL-HERMANN, Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Arzthaftungsprozess, in: MedR 2009, 569 ff.