

# **BGer 4A 295/2022 vom 16. Dezember 2022**

Bundesgericht, 2022-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_295\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_295_2022)

FR: TF 4A 295/2022 du 16 décembre 2022

IT: TF 4A 295/2022 del 16 dicembre 2022

## **Regeste**

Arzthaftung; Kausalität, | Haftpflichtrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), darf sich die beschwerdeführende Partei grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen. Ein blosser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen ( BGE 136 V 131 E. 1.2; 134 III 379 E. 1.3; je mit Hinweisen). Die Vorinstanzen haben sich einzig mit der Anspruchsvoraussetzung der Kausalität befasst und diese verneint. Damit könnte das Bundesgericht bei Gutheissung der Beschwerde kein Entscheid in der Sache fällen, womit vorliegend ein Rückweisungsantrag ausreicht.

### **E. 1.2**

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Beschwerde ist dabei hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1).

### **E. 3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

#### **E. 4**

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2).

#### **E. 5**

In Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen. Es hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen ( BGE 138 III 193 E. 4.3.1 mit Hinweis).

## **E. 6**

Umstritten ist der Kausalzusammenhang zwischen einer (noch zu prüfenden) Vertragsverletzung des Beschwerdegegners und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin stelle die Beweiskraft der beiden Teilgutachten nicht in Frage, kritisiere aber, dass daraus die falschen Schlüsse gezogen worden seien. Zum einen habe die Erstinstanz die am 11. März 2013 bestehenden motorischen Defizite und die damit einhergehende dringliche Operationsindikation nicht richtig eingeschätzt. Zum anderen habe sie auch die Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden nach der Konsultation falsch eingeschätzt. Die Beschwerdeführerin mache somit zweierlei geltend. Erstens, dass am 11. März 2013 - entgegen der Erstinstanz - ein (mittel-) schweres motorisches Defizit (Kraftgrad M3 oder schlechter) bestanden habe. Zweitens, dass sie bei einer fachgerechten Behandlung (Operation innerhalb von 48 Stunden) an diesem Tag mit einem Wahrscheinlichkeitsgrad von 97 % wieder vollständig genesen wäre. Hinsichtlich der zweiten Aussage stütze sie sich auf die Studie von PETR.

### **E. 6.2**

Bei 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 ( BGE 124 III 155 E. 3d). Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen ( BGE 132 III 715 E. 2.3; 115 II 440 E. 5a; je mit Hinweisen). Die Feststellungen des Sachrichters im Zusammenhang mit Unterlassungen sind daher entsprechend der allgemeinen Regel über die Verbindlichkeit der Feststellungen zum natürlichen Kausalzusammenhang für das Bundesgericht bindend (vgl. hiervor E. 3); nur wenn die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung - und nicht gestützt auf Beweismittel - festgestellt wird, unterliegt sie der freien Überprüfung durch das Bundesgericht ( BGE 132 III 305 E. 3.5, 715 E. 2.3; je mit Hinweisen; Urteil 4A\_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3).

### **E. 6.3**

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit muss insbesondere von der Glaubhaftmachung ("la simple vraisemblance"; "la semplice verosimiglianza") abgegrenzt werden. Denn zum einen umschreibt "Glaubhaftmachen" oftmals das Beweismass, das im Rahmen von vorläufigen, zumeist mit Beweismittelbeschränkungen getroffenen Entscheiden, namentlich vorsorglichen Massnahmen, gilt. Zum anderen unterscheidet sich der jeweils geforderte Grad an Wahrscheinlichkeit. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das

Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c; BGE 104 Ia 408 E. 4 ; 88 I 11 E. 5a). Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen ( BGE 130 III 321 E. 3.3 mit Literaturhinweisen).

## **E. 7**

In einem ersten Schritt ist auf die Frage nach der Schwere der motorischen Defizite der Beschwerdeführerin am 11. März 2013 einzugehen. Strittig ist dabei insbesondere die Würdigung der beiden Teilgutachten.

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz erwog mit der Erstinstanz, gemäss dem ersten Teilgutachten werde zur Quantifizierung der Muskelfunktion ein 6-stufiges Schema (M0-M5) verwendet. Der Kraftgrad M5 beschreibe die normale physiologische Kraft des Patienten. Bei M4 sei eine aktive Bewegung gegen Widerstand möglich, aber mit einer Kraftreduktion. Ab M3 spreche man von einer höhergradigen Parese (Muskelschwäche), wobei bei M3 gegen Widerstand keine Kraft mehr aufgebaut, wohl aber gegen die Schwerkraft noch eine Bewegung erfolgen könne. Bei M2 sei die Aufhebung der Schwerkraft notwendig, um die Bewegung auszuführen. Bei M1 seien keine Bewegungen mehr festzustellen, nur noch Zuckungen. Bei M0 sei die komplette Muskelfunktion erloschen (Plegie oder Lähmung).

### **E. 7.2**

Die strittigen Passagen aus den beiden Teilgutachten lauten wie folgt: Passage 1: "Im vorliegenden Fall wurde in der dokumentierten Untersuchung am 11. März keine genaue Krafteinteilung genannt. Es ist allerdings von 'deutlichen' Lähmungszeichen die Rede. Diese Terminologie wird üblicherweise bei höhergradigen Paresen, also schlechter als M3 verwendet. Bei Paresen M2 bis hin zu einer Plegie (M0) ist auch von einer massiven Beeinträchtigung beim Laufen auszugehen. Dies wird allerdings nicht eindeutig in der Anamnese oder den Untersuchungsbefunden erwähnt. Man kann deshalb nur spekulieren und von einem Kraftgrad M3 ausgehen." (Ziffer 2). Passage 2: [Frage des Gerichts: "War der Befund von 'deutlichen Lähmungszeichen' [bzw.] eines 'deutlichen Dorsalflexionsdefizits' in Bezug auf die Behandlungsnotwendigkeit gleichbedeutend mit einer Fussheberlähmung?"] "Davon kann man ausgehen" (Ziffer 3). Passage 3: "Wie hochgradig die Paresen waren und damit das konkrete Risiko, lässt sich allerdings aufgrund der nicht detaillierten neurologischen Untersuchung und einer nur rudimentär dokumentierten Anamnese nicht konkretisieren" (Ziffer 4b). Passage 4: "Die Schwäche im Fuss ist nach Angaben der Patientin am Morgen des 11.03.2013 aufgefallen. Die genaue medizinische Einteilung nach Kraftgraden (M0-5) ist bei Auftreten der Parese durch den Hausarzt nicht exakt kategorisiert. Da die Patientin angibt, dass der Fuss nicht mehr anzuheben war, muss aber von einer höhergradigen Schwäche (Kraftgrad M3 oder schlechter) zu diesem Zeitpunkt ausgegangen werden" (Ziffer 11b). Passage 5: "Frau A. \_\_\_\_\_ hat durch den lumbalen Bandscheibenvorfall eine schwere neurologische Beeinträchtigung im Sinne eines Fallfusses erlitten. Die Ausprägung der Parese bei Erstmanifestation ist durch den Hausarzt nach Kraftgraden nicht exakt kategorisiert dokumentiert. Festgehalten wurde ein 'deutliches Dorsalflexionsdefizit'. Da die Patientin

angibt, mit einem Fallfuss am 11.03.2013 aufgewacht zu sein, muss bei der Konsultation des Hausarztes gleichentags schon von einer hochgradigen Beeinträchtigung, d.h. Kraftgrad M3 oder schlechter, ausgegangen werden" (Ziffer 19). Die Passagen 1-3 stammen aus dem ersten Teilgutachten (vor Untersuchung der Beschwerdeführerin), während die Passagen 4-5 aus dem zweiten Teilgutachten (nach Untersuchung der Beschwerdeführerin) stammen.

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz erwog, entgegen der Beschwerdeführerin würden diese Passagen aus den beiden Teilgutachten nicht bestätigen, dass bei der Beschwerdeführerin am 11. März 2013 lediglich ein Kraftgrad von M3 oder schlechter bestanden habe. In der Passage 1 werde darauf hingewiesen, dass der Schweregrad der motorischen Defizite "nicht eindeutig" dokumentiert sei und man deshalb "nur spekulieren und von einem Kraftgrad M3 ausgehen" könne. Damit sei ein Kraftgrad von M3 (oder gar schlechter) nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt. Dies treffe noch stärker auf die Passage 3 zu. In der Passage 2 treffe der Gutachter sodann die Annahme, dass die vom Beschwerdegegner dokumentierten "deutlichen Lähmungszeichen" das Gleiche bedeuteten wie eine "Fussheberlähmung". Mit dieser Annahme sei ebenfalls nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass eine Fussheberlähmung vorgelegen habe; zudem weise die Nebenpartei zu Recht darauf hin, dass sich der Gutachter damit nicht zum verbleibenden Kraftgrad gemäss der sechsstufigen Skala (M0 bis M5) äussere. In den Passagen 4 und 5 habe sich der Gutachter etwas dezidierter geäussert, indem er nunmehr einen Kraftgrad M3 oder schlechter annehme. Gleichzeitig lege er aber offen, dass diese dezidiere Einschätzung im Kern auf den späteren Aussagen der Beschwerdeführerin ihm gegenüber - und damit auf einer Parteibehauptung - beruhe. Es sei somit nicht zu beanstanden, wenn die Erstinstanz zum Schluss gelangte, der Kraftgrad am 11. März 2013 habe im Nachhinein nicht mehr sicher festgestellt werden können.

### **E. 7.4**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung der beiden Teilgutachten. Die Vorinstanz berücksichtige nicht, dass der Gutachter ganz offensichtlich nur bezüglich des Vorliegens eines Kraftgrads M2 spekuliert habe. Er sei sicherheitshalber von einer geringeren Beeinträchtigung von Kraftgrad M3 ausgegangen. Wenn die Vorinstanz festhalte, ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, so gehe sie offensichtlich unrichtig davon aus, am 11. März 2013 hätte auch ein höherer Kraftgrad von M4 bestehen können. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin trifft zu. Der Gutachter stellt in Passage 1 darauf ab, dass der Begriff der "deutlichen Lähmungszeichen" üblicherweise bei höhergradigen Paresen, also schlechter als M3 verwendet werde. Er gelangt gestützt auf die dokumentierten "deutlichen Lähmungszeichen" zum Ergebnis, es müsse mindestens eine Beeinträchtigung von M3 vorliegen. Der Einwand des Gutachters - eine massive Beeinträchtigung beim Laufen (was bei höhergradigen Paresen von M2 oder schlechter vorausgesetzt wäre) werde in der Anamnese nicht erwähnt - zeigt, dass sich dessen Unsicherheit bzw. Spekulation offensichtlich nur darauf bezieht, ob gar eine Beeinträchtigung schlechter als M3 vorlag. Die Möglichkeit, dass am 11. März 2013 auch eine geringfügigere Einschränkung von bloss M4 hätte bestehen können, thematisiert er in der Passage 1 seines Gutachtens nicht. Die Passage 3 ist sodann im Zusammenhang mit der Passage 1 zu lesen. Wenn der Gutachter dort ausführt, wie hochgradig die Paresen gewesen seien, lasse sich nicht konkretisieren, bezieht er sich erneut darauf, dass er nicht beurteilen könne, ob gar eine Beeinträchtigung

von M2 vorgelegen habe. Dass er auch eine Einschränkung von (bloss) M4 als möglich erachtet, ergibt sich aus den zitierten Passagen 1 und 3 des Gutachtens offensichtlich nicht. Im Einklang damit steht auch die Passage 2, in der die Annahme getroffen wird, die vom Beschwerdegegner dokumentierten "deutlichen Lähmungszeichen" würden das Gleiche bedeuten wie eine "Fussheberlähmung". Damit trifft aber auch die vorinstanzliche Feststellung nicht zu, dass sich der Gutachter im zweiten Teilgutachten dezidiert äussere, indem er nunmehr einen Kraftgrad von M3 oder schlechter annehme. Wie gezeigt, hat der Gutachter vielmehr bereits im ersten Teilgutachten (vor der Untersuchung der Patientin) eine Einschränkung von mindestens M3 angenommen. Wie die Beschwerdeführerin im Übrigen zu Recht geltend macht, hat der Beschwerdegegner in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung anerkannt, dass bei ihr am 11. März 2013 ein Fallfuss vorlag ("und hat mir ihren Fallfuss gezeigt"). Damit wäre zumindest hinsichtlich des Vorliegens eines Fallfusses (vgl. Passage 5) - entgegen der Vorinstanz - ohnehin nicht von einer blossen Parteibeauptung auszugehen. Zusammenfassend verfällt die Vorinstanz in Willkür, wenn sie erwägt, die Erstinstanz habe gestützt auf die beiden Teilgutachten annehmen dürfen, ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter am 11. März 2013 sei nicht erstellt. Entsprechend muss nicht auf die weiteren diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin eingegangen werden.

#### **E. 7.5**

Entgegen den unzutreffenden Behauptungen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz aber nicht festgestellt, dass im Falle eines motorischen Defizits von M3 oder schlechter eine dringende Operationsindikation besteht. Sie hielt einzig fest, im Falle eines Kraftgrads von M4 bestehe unbestrittenermassen keine dringende Operationsindikation. Die Frage, ob im Falle eines Defizits von M3 eine dringende Operationsindikation bestanden hätte, liess sie hingegen vielmehr offen. Sie erwog, nur wenn am 11. März 2013 ein Kraftgrad von M3 oder schlechter nachgewiesen wäre, hätte allenfalls eine dringende Operationsindikation bestanden.

#### **E. 8**

In einem nächsten Schritt ist die vorinstanzliche Eventualbegründung zu prüfen, wonach die Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen habe, dass sie bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit genesen wäre (ohne bleibende Lähmung des Fusshebers).

#### **E. 8.1**

Die Vorinstanz erwog, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin untersuche die Studie von PETR nicht die hier interessierende Frage der langfristigen Erholungschance, sondern diejenige des Behandlungsergebnisses nach drei Monaten. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass der Gutachter und mit ihm die Erstinstanz zur Beurteilung der Heilungschancen bei einer sofortigen Operation nicht einzig auf diese Studie abgestellt habe. Zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Studie von MARICONDA (MARICONDA und andere, The functional relevance of neurological recovery after lumbar discectomy, J Bone Joint Surg Br. 2008, 90[5], S. 622 ff.) sei nicht beweiskräftig, erwog die Vorinstanz, der Gutachter erachte diese Studie als bedeutsam. Er lege seinem Gutachten die Anmerkung von MARSHALL (MARSHALL, The functional relevance of neurological recovery 20 years or more after lumbar discectomy, J Bone Joint Surg Br. 2008, 90[5], S. 554 f.) bei. Lese man diese im Original, ergebe sich, dass sich dieser nicht nur auf die

Studie von MARICONDA, sondern auch auf zahlreiche weitere Studien stütze, wie folgende Passage ergebe: " In all the quoted studies [...]. Incorporating the current study [gemeint ist die Studie von MARICONDA] into the evidence base, the state of our knowledge about the effects of lumbar disc lesions on nerve function can be summarised as follows [...]: 4.) Marked extensor weakness, including complete footdrop, occurs in 5 % to 10 % of cases, and there is potential for recovery in approximately half, with or without treatment; 5) In those with severe extensor weakness, especially painless footdrop, discectomy does [recte: does not] improve the outcome. " Zutreffend sei schliesslich auch das erstinstanzliche Verständnis der Aussagen des Gutachters, wonach die "Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung [...] mit einer zeitgerechten Versorgung deutlich höher gewesen wäre" und dass "keineswegs garantiert [gewesen wäre], dass sich Frau A.\_\_\_\_\_ durch eine zeitnahe Operation von dem Fallfuss gebessert oder erholt hätte." Diese Aussagen würden nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine vollständige Erholung bei einer zeitnahen Operation belegen. Es könne in diesem Punkt auf die zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (mit Verweis auf S. 30 E. 5.3.1). Dort erwog die Erstinstanz, zwar gehe der Gutachter nun retrospektiv davon aus, dass eine (dringliche) Operationsindikation bestanden habe. Überall dort, wo er die Aussicht auf Erholung durch eine Operation einzuschätzen habe, werde allerdings ersichtlich, dass es an einem klaren wissenschaftlichen Nachweis fehle, dass eine solche Operation überhaupt zu einer statistisch erheblich höheren Erholungschance beigetragen hätte. Wie der Beschwerdegegner zu Recht vorbringe, genüge die bestehende Möglichkeit einer besseren Heilungschance, je früher operiert werde, nicht zur Begründung des erforderlichen Kausalzusammenhangs.

## **E. 8.2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung betreffend die Studie von PETR. Die Vorinstanz gehe willkürlich davon aus, die Studie gebe keine Antwort auf den langfristigen Verlauf. Sei eine Patientin nach einer Operation innerhalb von 3 Monaten geheilt, so sei sie das auch langfristig. Die Vorinstanz hat es abgelehnt, betreffend die langfristigen Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden einzig auf die Studie von PETR abzustellen. Unbestritten ist, dass die Studie betreffend 330 Patienten das Ergebnis einer zeitnahen Operation (weniger als 48 Stunden) gegenüber einer verzögerten Operation (mehr als 48 Stunden) zu drei verschiedenen Zeitpunkten (beim Spitalaustritt, nach 6 Wochen und nach 3 Monaten) vergleicht. Damit zeigt die Studie aber - wie die Vorinstanz willkürfrei festhielt - nicht das langfristige Behandlungsergebnis. Die Beschwerdeführerin wendet ein, wer nach 3 Monaten geheilt sei, sei es auch langfristig. Sie tut aber nicht hinreichend dar und es ist auch nicht ersichtlich, dass bei der Gruppe der Patienten mit sofortiger Operation Rückfälle ausgeschlossen wären. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass nicht auch bei den Patienten mit verzögerter Operation oder gar konservativer Behandlung zu einem späteren Zeitpunkt als 3 Monaten noch eine Erholung eintreten könnte. Die Nebenpartei macht diesbezüglich geltend, der Erholungszeitraum könne mehr als drei Jahre betragen. Wie es sich damit verhält, kann hier offenbleiben; jedenfalls ist nicht ersichtlich, weshalb nach Ablauf von drei Monaten eine Erholung ausgeschlossen sein sollte. Nichts ändert der Einwand der Beschwerdeführerin, ihr tatsächlicher Krankheitsverlauf zeige, dass sie zur Gruppe von Patientinnen gehöre, bei denen eine Spontanheilung und/oder eine Heilung nach verspäteter Operation (mehr als 48 Stunden) nicht eintrete. Nicht entscheidend ist der tatsächliche Krankheitsverlauf der Beschwerdeführerin, sondern die hypothetische Frage, ob sie bei einer Operation innerhalb

von 48 Stunden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit langfristig genesen wäre. Die Studie zeigt - wie die Vorinstanz willkürfrei festhielt - nur aber immerhin, dass bei Patienten mit motorischen Defiziten von M3 oder schlechter und sofortiger Operation (innerhalb von 48 Stunden) nach 3 Monaten eine raschere Erholung einsetzt als in der Vergleichsgruppe (verzögerte Operation [nach 48 Stunden]). So führen die Studienautoren in ihrer Schlussfolgerung selbst aus: "According to this consecutive series of 330 patients with LDH [lumbar disc herniation] and acute MD [motor deficits], patients undergoing immediate surgery within 48 hours after onset of moderate/severe MD showed substantially faster recovery of paresis [...]" (Hervorhebung beigefügt). Die Nebenpartei weist zudem zu Recht darauf hin, dass die Frage nach dem besten Operationszeitpunkt auch gemäss den Studienautoren weiterhin offenbleibt. Diese führen in ihrer Schlussfolgerung selbst aus: "Given the high safety profile of surgical treatment and superior rates of neurological recovery of acute moderate and severe MDs [motor deficits], immediate surgery could be beneficial when considering timing of treatment in these patients. However, an adequately powered randomized clinical trial is urgently required to investigate the superiority of immediate surgery for LDH [lumbar disc herniation] with acute MDs " (Hervorhebung beigefügt). Diese Einschränkungen der wissenschaftlichen Evidenz der Studie von PETR können - entgegen der Beschwerdeführerin - auch nicht einfach damit beiseitegeschoben werden, dass es sich bei der Studie um die gegenwärtig beste wissenschaftliche Evidenz handeln soll. Erst Recht nicht ist der Vorwurf berechtigt, die Vorinstanz hätte einzig auf die Studie PETR abstellen sollen. Zusammenfassend ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz nicht einzig auf die Studie von PETR abgestellt hat.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung hinsichtlich der Anmerkung von MARSHALL ( der seinerseits auf weitere Studien - namentlich die Studie von MARICONDA - abstützt). Sie macht geltend, wolle die Vorinstanz dessen Anmerkungen aufgrund des Zitats, wonach eine Operation insbesondere bei einem schmerzlosen Fallfuss kein verbessertes Outcome bringe, Beweiswert zusprechen, so gehe sie aktenwidrig vom Vorliegen eines schmerzlosen Fallfusses am 11. März 2013 aus. Auch die Aussage, dass unabhängig von der Behandlung und über alles betrachtet die Genesungschancen rund 50 % betragen, sei völlig unspezifisch und für den vorliegenden Fall schlicht wertlos. Die Rüge geht fehl. Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz gerade nicht die Studie von MARICONDA ausser Acht lassen wollte, wie die Beschwerdeführerin unterstellt. Sie machte vielmehr geltend, dass die Anmerkung von MARSHALL auch auf diese Studie Bezug nimmt. Wie der Beschwerdegegner zu Recht geltend macht, besagt das Zitat von MARSHALL, dass bei Patienten mit hochgradiger Fussheberschwäche, besonders - aber eben nicht nur - bei einem schmerzlosen Fallfuss eine Operation kein verbessertes Resultat erwarten lässt. Dies zeigt, dass das Zitat nicht nur auf Fälle eines schmerzlosen Fallfusses zur Anwendung kommt. Ob die Fälle eines schmerzlosen Fallfusses in der Anmerkung besonders erwähnt worden sind, weil eine Operation bei Fällen mit Schmerzen, auch wenn sie keinen positiven Effekt auf die Muskelkraft habe, immerhin bezüglich der Schmerzen eine Verbesserung bringen könnte, wie die Nebenpartei geltend macht, kann hier offenbleiben. Auch betreffend die erste Aussage von MARSHALL zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein sollte, indem sie dessen Aussage berücksichtigte, wonach hochgradige Fussheberschwächen in 5 % bis 10 % der Diskushernien aufträten, und deren potentielles Erholungspotenzial bei 50 % der Fälle liege (mit oder ohne Behandlung). Die Vorinstanz durfte im Gegenteil daraus

willkürfrei ableiten, es fehle an einem klaren Nachweis, dass eine sofortige Operation überhaupt zu statistisch erheblich höheren langfristigen Erholungschancen (im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit) beigetragen hätte. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich auf angebliche Schwächen in der Anmerkung MARSHALL (bzw. den zugrunde liegenden Studien) hinweist, vermag sie nicht darzutun, dass diese Schwächen dergestalt wären, dass eine Berücksichtigung der Anmerkung MARSHALL einer willkürlichen Beweiswürdigung gleichkäme. Sie tut namentlich nicht hinreichend dar, dass die Studien, auf die MARSHALL abstellt, überholt wären.

#### **E. 8.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, auch der Gutachter habe (massgebend) auf die Studie PETR abgestellt. Er habe in seinem zweiten Teilgutachten in Ziff. 14 den tabellarischen Teil der Studie PETR mit Angabe der Wahrscheinlichkeit der Genesung bei rechtzeitigem (innert 48 Stunden) oder verzögerter (nach 48 Stunden) Operation eingefügt, womit er sich offensichtlich darauf habe berufen wollen. Der Gutachter sehe die geltende klinische Praxis durch die Studie PETR bestätigt. Diese Studie stelle eine wissenschaftliche Publikation dar, welche die geltende (deutsche) Richtlinie der Fachgesellschaften zur lumbalen Radikulopathie vom Januar 2018 (AWMF-Leitlinie) bzw. die klinische Praxis bestätige. Der Gutachter führte einleitend zur Darstellung der Studienlage in Ziff. 14 aus, was folgt. "Obwohl der Nutzen einer Bandscheibenoperation im Allgemeinen nachgewiesen ist, bleibt anhand der Literatur der optimale Zeitpunkt der Operation unklar. Zahlreiche Studien versuchten, sich der Frage zu stellen, ob die Dauer der Symptome oder der Zeitpunkt der Operation sich auf das Ergebnis des Patientenoutcomes auswirken. In Bezug auf eine hochgradige Parese (Muskelschwäche) oder Plegie (Muskellähmung) ist aber weder in der klinischen Routine noch in der Literatur klar zeitlich definiert, wann eine Operation zu erfolgen hat." Diese Einleitung würde aber nur beschränkt Sinn machen, wenn der Gutachter - wie die Beschwerdeführerin unterstellt - massgebend auf die Studie von PETR hätte abstellen wollen. Der Gutachter führte in Ziff. 18 aus, hätte eine Operation innerhalb der ersten 48 Stunden (also bis zum 13.11.2013 [recte: 13.3.2013]) stattgefunden, wäre die Möglichkeit einer neurologischen Erholung besser, aber nicht garantiert gewesen. Hätte der Gutachter betreffend die langfristigen Erholungschancen - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - massgebend bzw. einzig auf die Studie von PETR abstellen wollen, hätte seine Prognose viel deutlicher ausfallen müssen. Zeigt die Studie von PETR doch bei einem Kraftgrad von M3 und einer Operation innerhalb von 48 Stunden in 97,2 % aller Fälle eine komplette Erholung, wie die Beschwerdeführerin selbst geltend macht. Was die klinische Praxis bzw. die AWMF-Leitlinie betrifft, vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun, dass die Vorinstanz willkürlich erwog, diese sei wissenschaftlich nicht untermauert. Es kann diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zur Studie PETR (vgl. E. 8.2 hiervor) bzw. den Anmerkungen MARSHALL (vgl. E. 8.3 hiervor) verwiesen werden. Der Gutachter selbst führt im Übrigen aus, das klinische Vorgehen ergebe sich als Konsens ohne absolute zeitliche Verbindlichkeiten aus den teilweise widersprüchlichen Ergebnissen der wissenschaftlichen Publikationen zu diesem Thema.

#### **E. 8.5**

Zu prüfen bleibt schliesslich, ob die Vorinstanz - ohne in Willkür zu verfallen - davon ausgehen durfte, die Aussagen des Gutachters würden nicht ausreichen, um die geforderte überwiegende Wahrscheinlichkeit einer langfristigen Erholung bei einer Operation innert

48 Stunden zu beweisen. Die Aussage des Gutachters in seiner Schlussfolgerung, dass die Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung mit einer zeitgerechten Versorgung deutlich höher gewesen wäre, ist - wie die Vorinstanzen willkürfrei festhielten - nicht dahingehend zu verstehen, dass eine Genesung (keine bleibende Lähmung des Fusshebers) bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt wäre. Eine deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Genesung/Besserung lässt die Möglichkeit einer ausbleibenden Genesung gerade nicht vernünftigerweise ausser Betracht fallen (vgl. hiervor E. 6.3). Die bestehende Möglichkeit einer bloss besseren Heilungschance ( *perte d'une chance* ) genügt nicht (vgl. BGE 133 III 462 E. 4.2 und 4.4.3; Urteil 4A\_229/2020 vom 5. Mai 2021 E. 5.2.1).

### **E. 8.6**

Die Beschwerdeführerin vermag insgesamt nicht darzutun, dass die Vorinstanz die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer langfristigen Erholung (keine bleibende Lähmung des Fusshebers) im Falle einer Operation innerhalb von 48 Stunden willkürlich als nicht erwiesen erachtete. Die Beschwerdeführerin sieht diesen Nachweis durch die Studie von PETR erbracht. Sie vermag aber nicht darzutun, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen ist, indem sie nicht einzig auf diese Studie abgestellt bzw. nicht gestützt darauf den Nachweis als erbracht erachtet hat.

### **E. 9.1**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ergebnis wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

### **E. 9.2**

Die Nebenpartei, die ebenfalls die kostenfällige Abweisung der Beschwerde beantragt hat, obsiegt mit dem Beschwerdegegner. Über die Berücksichtigung der Nebenpartei im Kosten und Entschädigungspunkt befindet das Bundesgericht nach seinem Ermessen ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 69 Abs. 2 BZP [SR 273]; Urteil 4A\_679/2012 vom 1. Mai 2013 E. 3; vgl. BGE 130 III 571 E. 6; 109 II 144 E. 4). Der Nebenintervention wie auch der Streitverkündung liegt ein Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei und der Nebenpartei zu Grunde, an welchem der Prozessgegner nicht beteiligt ist. Mit ihrer Teilnahme am Prozess nimmt die Nebenpartei Interessen wahr, die in diesem Rechtsverhältnis und nicht in einem Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Prozessgegner begründet sind. Es rechtfertigt sich daher grundsätzlich nicht, der Nebenpartei einen Anspruch gegenüber dem Prozessgegner auf Ersatz ihrer Parteikosten einzuräumen ( BGE 130 III 571 E. 6 mit Literaturhinweis). Das Bundesgericht spricht deshalb der Nebenpartei im Allgemeinen keine Parteientschädigung zu, es sei denn, es bestünden Gründe der Billigkeit. Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Nebenpartei auch nicht hinreichend dargetan. Sie führt einzig aus, sie habe damit rechnen müssen, dass ihr die Erwägungen der Vorinstanzen oder des Bundesgerichts in einem Folgeprozess entgegengehalten würden. Dies genügt nicht. Der Nebenpartei ist keine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren zuzusprechen.