

## **BGer 4A\_453/2014 vom 23. Februar 2015**

Bundesgericht, 2015-02-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_453\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_453_2014)

FR: TF 4A\_453/2014 du 23 février 2015

IT: TF 4A\_453/2014 del 23 febbraio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Gegenstand des angefochtenen Entscheids sind Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche wegen fehlerhafter Behandlung in einem öffentlichen Spital nach dem kantonalen öffentlichen Haftungsrecht. Da solche Entscheide in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen, kommt dagegen nach Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG die Beschwerde in Zivilsachen in Betracht ( BGE 139 III 252 E. 1.5; 135 III 329 E. 1.1).

Das Obergericht beurteilte die ihm überwiesene Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Februar 2013 als Berufungsgericht, in analoger Anwendung der an die bundesrechtlichen Anforderungen an den doppelten Instanzenzug nach Art. 75 BGG angepassten Rechtsordnung des Kantons Obwalden. Es entschied damit als letzte kantonale Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG .

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Erwägungen 2-4) - auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116).

Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 V 136 E. 1.1 ; 138 I 171 E. 1.4 ; 136 I 65 E. 1.3.1; 134 II 244 E. 2.1/2.2; 133 III 439 E. 3.2 S. 444). Macht die beschwerdeführende Partei eine Verletzung des Willkürverbots von Art. 9 BV geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich. Sie hat vielmehr anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern dieses offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 134 II 349 E. 3 S. 352). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 136 II 489 E. 2.8; 134 V 138 E. 2.1; 133 II 396 E. 3.1. S. 399). Zu beachten ist auch, dass das Bundesgericht einen Entscheid nur aufhebt, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist, was der Beschwerdeführer aufzuzeigen hat ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 19, 167 E. 2.1 ; 131 I 217 E. 2.1).

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen ( Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 BGG ; BGE 134 II 244 E. 2.4). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf der Beschwerdeführer die Replik nicht dazu verwenden, seine

Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2).

## **E. 2.2**

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 Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, 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). Das Bundesgericht 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 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90; Urteile 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539 ; 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, 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 140 III 16 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22 ; 131 I 57 E. 2, 467 E. 3.1). 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 135 II 356 E. 4.2.1 ; 129 I 8 E. 2.1; 116 Ia 85 E. 2b). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, 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 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2 ; 129 I 8 E. 2.1). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2 ; 130 I 258 E. 1.3). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 116 Ia 85 E. 2b).

## **E. 3.1**

Mit der Behandlung in einem öffentlichen Spital wird eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Somit sind die Kantone nach Art. 61 Abs. 1 OR befugt, aber nicht verpflichtet, die Haftung für die Tätigkeit der in einem öffentlichen Spital beschäftigten Ärzte dem kantonalen öffentlichen Haftungsrecht zu unterstellen (vgl. BGE 139 III 252 E. 1.3; 133 III 462 E. 2.1; 122 III 101 E. 2a/aa S. 104). Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid auf Art. 6 des Haftungsgesetzes vom 24. September 1989 des Kantons Obwalden (Haftungsgesetz/OW; GDB 130.3), das aufgrund des in Art. 61 Abs. 1 OR enthaltenen fakultativen Vorbehalts zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts erlassen wurde. Soweit das Haftungsgesetz keine Bestimmungen enthält, erklärt es in Art. 5 das Schweizerische Obligationenrecht als ergänzendes kantonales Recht für anwendbar. Die Geltung dieser Haftungsordnung ist vorliegend unumstritten.

Das Bundesgericht prüft die Anwendung des kantonalen Rechts durch die kantonale Behörde lediglich auf Willkür ( Art. 9 BV ; BGE 135 III 513 E. 4.3 S. 521 f.). Das gilt gemäss ständiger Praxis auch für Arzthaftungsprozesse nach kantonalem öffentlichen Recht, in denen Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen wegen fehlerhafter Behandlung in öffentlichen Spitälern streitig sind ( BGE 139 III 252 E. 1.4; 133 III 462 E. 4.4.1 und 4.4.3 in fine; Urteile 4P.92/2004 vom 19. Oktober 2004 E. 1.3.2, nicht publ. in: BGE 130 I 337 ; 2P.101/1994 vom 5. Mai 1995, E. 3b, in: ZBl 97/1996 S. 278). Eine solche Prüfung setzt entsprechende Rügen voraus, in denen klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Erwägung 2 vorne).

Rügt der Beschwerdeführer eine willkürliche Anwendung von kantonalem Recht, hat er danach die Rechtsnorm, die qualifiziert unrichtig angewandt bzw. nicht angewandt worden sein soll, zu bezeichnen und anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BGE 140 III 167 E. 2.1; 134 II 349 E. 3 S. 352 ; 132 I 13 E. 5.1 S. 18; 110 Ia 1 E. 2a S. 3 f.).

### **E. 3.2**

Was das anwendbare Prozessrecht angeht, so war auf das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ergänzend die altrechtliche Zivilprozessordnung des Kantons Obwalden (aZPO/OW) anwendbar. Auf das vorinstanzliche Verfahren wandte das Obergericht gestützt auf das Gesetz des Kantons Obwalden vom 22. September 1996 über die Gerichtsorganisation (GOG/OW; GDB 134.1) die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) an. Diese ist allerdings auf ein Verfahren zur Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüchen gegen den Staat aus spitalärztlicher Behandlung nicht als Bundesrecht, sondern bloss als ergänzendes kantonales Recht anwendbar, da es sich nicht um ein Verfahren über streitige Zivilsachen im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO handelt. Dasselbe gilt, soweit sich der Beschwerdeführer auf die Bestimmung von Art. 8 ZGB beruft (ausdrücklich für Art. 8 ZGB : Urteil 4A\_329/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1 in fine., SJ 2013 I p. 289; vgl. ferner Jacques Haldy, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 6 zu Art. 1 ZPO ; Bernhard Berger, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 30 zu Art. 1 ZPO ; s. auch Markus Schmid, Die Haftung von Spitälern, in: Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts, Rütsche/Fellmann [Hrsg.], 2014, S. 105). Entsprechend kann das Bundesgericht vorliegend auch die Anwendung des Verfahrensrechts im kantonalen Verfahren nur auf Willkür prüfen.

### **E. 4**

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, trägt die vorliegende Beschwerde den vorstehend (Erwägung 2 und 3) dargestellten Grundsätzen zu grossen Teilen unzureichend Rechnung. So begnügt sich der Beschwerdeführer namentlich über weite Strecken damit, an der Beweiswürdigung und - unter Verkennung der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts im vorliegenden Verfahren - auch an der Rechtsanwendung der Vorinstanz blosser appellatorische Kritik zu üben, ohne in einer den vorstehend genannten Anforderungen genügenden Weise aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz mit ihrem Entscheid verfassungsmässiger Rechte, insbesondere das Willkürverbot, verletzt haben soll. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

## **E. 5**

Nach Art. 6 Abs. 1 Haftungsgesetz/OW haftet das Gemeinwesen für den Schaden, den seine Organe Dritten in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit widerrechtlich zufügen. Die Widerrechtlichkeit des Verhaltens kann namentlich darin liegen, dass bei der ärztlichen Behandlung in einem Spital gegen die objektiv gebotene Sorgfalt verstossen wird ( BGE 123 II 577 E. 4d/ee; 120 Ib 411 E. 4a S. 414; 115 Ib 175 E. 2a S. 180). Als widerrechtlich zu betrachten ist auch ein Eingriff, der ohne vorherige Einwilligung des ausreichend aufgeklärten Patienten erfolgt, weshalb das Spital für den eingetretenen Schaden haftet (vgl. BGE 133 III 121 E. 4.1.1/4.1.3 mit Hinweisen).

Im Zusammenhang mit der Frage der grundsätzlichen Haftung des Beschwerdeführers ist umstritten, ob die Vorinstanz zu Recht erkannte, die hinreichende Aufklärung des Beschwerdegegners über die Risiken der Operation vom 19. Juli 2001 sei nicht nachgewiesen, so dass der Beschwerdeführer für den infolge des Eingriffs eingetretenen Schaden hafte.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hielt dazu fest, es bestünden keine Aufzeichnungen über ein allfällig stattgefundenes Aufklärungsgespräch. Dem vom Verwaltungsgericht eingeholten Gutachten von PD Dr. med. Vögelin sei zwar zu entnehmen, dass gemäss dem Beschwerdegegner eine mündliche Aufklärung stattgefunden habe, jedoch ohne Erwähnung der Folgen einer Schädigung des Nervus radialis. Daraus allein lasse sich nicht schliessen, der Beschwerdegegner sei über alle relevanten Risiken aufgeklärt worden.

In diesem Zusammenhang erachtete es die Vorinstanz als zulässig, dass das Verwaltungsgericht auf die Befragung von Dr. B. \_\_\_\_\_ als Zeugen verzichtet hatte, soweit die entsprechende Rüge nicht ohnehin verwirkt sei, nachdem der Beschwerdeführer sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dem ihm angekündigten Verzicht nicht entgegengestellt habe. Das Bundesgericht habe zu diesem Thema im Entscheid 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 5.3 ausgeführt, die an einer missglückten Operation beteiligten Ärzte hätten ein erhebliches Interesse am Prozessausgang und seien daher üblicherweise befangen; andererseits habe das Bundesgericht das Abstellen auf die Aussage des Arztes im Urteil 4P.265/2002 vom 28. April 2003 E. 5.1, RDAF 2003 I S. 635 und SJ 2004 I S. 117 nicht direkt als willkürlich bezeichnet; es habe indessen zu bedenken gegeben, dass dieser als Gehilfe des beklagten Gemeinwesens gehandelt habe und dass die Erinnerung des Patienten an ein Aufklärungsgespräch meist lebhafter sei, da dies für ihn einer Ausnahmesituation entspreche, während es sich für den operierenden Chirurgen um Routine handle. Vorliegend seien zwischen der missglückten Operation und der erstinstanzlichen Entscheidfällung beinahe zwölf Jahre vergangen, weshalb nicht

anzunehmen sei, Dr. B. \_\_\_\_\_ vermöge sich noch detailliert an ein Aufklärungsgespräch zu erinnern. Angesichts der erwähnten Rechtsprechung habe das Verwaltungsgericht auf dessen Einvernahme verzichten dürfen.

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz sei in diesem Punkt ihrer Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ) nicht nachgekommen, indem sie nicht zu seiner Kritik am erstinstanzlichen Urteil (fehlende Befangenheit, falsche Sachverhaltsfeststellung, Verletzung der Dispositionsmaxime) Stellung nehme.

Zu Unrecht. Nach dem Ausgeführten lassen sich dem angefochtenen Urteil ohne weiteres die Überlegungen entnehmen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess und auf die sich ihr Entscheid in diesem Punkt stützt. Damit erfüllte die Vorinstanz die aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör folgende Verpflichtung, ihren Entscheid zu begründen, ohne dass sie sich dazu mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen musste (vgl. BGE 139 V 496 E. 5.1 S. 503 f. ; 138 I 232 E. 5.1 ; 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang noch später vorzubringen ( BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336 mit Hinweisen). Die Vorinstanz erwog, das Verwaltungsgericht habe den Verzicht auf die Befragung von Dr. B. \_\_\_\_\_ bereits mit Schreiben vom 4. Juni 2012 angekündigt. Der Beschwerdeführer habe diesen Verzicht in seinem Antwortschreiben vom 14. Juni 2012 nicht erwähnt und sich nicht dagegen gestellt. Es erscheine widersprüchlich, wenn er den Verzicht, den er zuvor kommentarlos akzeptiert habe, nach für ihn negativem Ausgang des Verfahrens rüge.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, verfängt nicht. Zunächst ist es aktenwidrig, wenn er vorbringt, er habe nicht erkennen können, aus welchem Grund der Verzicht erfolgt sei. So wurde dieser im Schreiben des Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 4. Juni 2012 damit begründet, Dr. B. \_\_\_\_\_ sei als an der Operation mitwirkender Arzt befangen. Auch ist es unbehelflich, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, das Schreiben des Verwaltungsgerichtspräsidenten sei als Beweisverfügung grundsätzlich nicht "weiterziehbar" gewesen, diese habe nur mit dem Endentscheid angefochten werden können und eine ausdrückliche Opposition dagegen sei daher nicht opportun gewesen. Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, ist eine Beweisverfügung prozessleitender Natur und kann das Gericht jederzeit darauf zurückkommen. Der Beschwerdeführer wäre somit nach Treu und Glauben gehalten gewesen, umgehend zu verlangen, dass der Verzicht auf die Zeugeneinvernahme in Wiedererwägung gezogen wird. Indem er dies unterliess, verwirkte er das Recht, den Verzicht in seiner Beschwerde gegen das zu seinen Ungunsten ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts zu rügen.

### **E. 5.4**

Unabhängig davon ist die vom Beschwerdeführer erhobene Rüge, die Vorinstanz habe mit dem Verzicht auf die Zeugeneinvernahme Art. 152 ZPO bzw. den Beweisführungsanspruch verletzt, offensichtlich unbegründet, soweit sie überhaupt in einer den Anforderungen an

eine Verfassungsfrage genügender Weise begründet ist.

Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus, verbietet dem Gericht also nicht, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abzusprechen oder auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten, wenn es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert ( BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 130 II 425 E. 2.1 S. 429; 130 III 591 E. 5.4 S. 602). Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 131 I 153 E. 3 S. 157).

Die Vorinstanz hielt dafür, das Verwaltungsgericht habe nach antizipierter Würdigung des Zeugenbeweises auf eine Einvernahme von Dr. B.\_\_\_\_\_ verzichten dürfen. Sie bezog sich dazu auf die von ihr wiedergegebene bundesgerichtliche Rechtsprechung (Erwägung 4.1 vorne), nach der Aussagen von Ärzten, die an einer missglückten Operation beteiligt waren, mit Vorsicht zu würdigen sind. Sie erwog überdies, es sei nicht anzunehmen, dass sich Dr. B.\_\_\_\_\_ nach zwölf Jahren noch detailliert an ein Aufklärungsgespräch erinnern könne. Inwiefern diese Würdigung offensichtlich unhaltbar sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht einmal im Ansatz dar und ist auch nicht ersichtlich.

#### **E. 5.5**

Die vorinstanzliche Feststellung, eine Aufklärung des Beschwerdegegners über die Risiken der Operation vom 19. Juli 2001 sei nicht nachgewiesen, ist somit nicht zu beanstanden.

#### **E. 6**

Die Vorinstanz verwarf im Weiteren auch den Standpunkt des Beschwerdeführers, die Erstinstanz hätte bei Verneinung der gehörigen Aufklärung eine hypothetische Einwilligung des Beschwerdegegners bejahen müssen.

#### **E. 6.1**

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesteht dem Arzt bzw. dem belangten Spitalträger bei gescheitertem Nachweis der ausreichenden Aufklärung den Einwand der hypothetischen Einwilligung des Patienten zu, d.h. dass sich der Patient auch bei gehöriger Aufklärung zur Operation entschlossen hätte ( BGE 133 III 121 E. 4.1 S. 130; 117 Ib 197 E. 5 S. 206 ff.). Die Beweislast für seine entsprechende Behauptung trägt der Arzt. Vom Patienten kann allerdings verlangt werden, dass er glaubhaft macht oder wenigstens behauptet, warum er bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs insbesondere aus persönlichen Gründen verweigert hätte. Insoweit ist ihm eine Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhaltes zuzumuten, weil es um Tatsachen geht, die im Allgemeinen aus seinem Wissensbereich stammen ( BGE 133 III 121 E. 4.1 S. 130; 117 Ib 197 E. 5c S. 208 f.).

Bei der Beurteilung der Hypothese ist nicht bloss darauf abzustellen, ob ein vernünftiger und besonnener Patient nach erfolgter Aufklärung seine Einwilligung verweigert hätte. Massgebend muss vielmehr sein, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen verhalten hätte. Im Fall fehlender Mitwirkung des Patienten kann aber dennoch nach objektiviertem Massstab darauf abgestellt werden, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich gewesen wäre ( BGE 133 III 121 E. 4.1 S. 130; 117 Ib 197 E. 5c S. 208 f.). Zu beachten ist, dass der Einwand der hypothetischen Einwilligung nicht leichthin bejaht werden darf, soll die Aufklärungspflicht

des Arztes und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht ausgehöhlt werden (Urteil 2P.101/1994 vom 5. Mai 1995 E. 5c, ZBl 97/1996 S. 278).

### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Gehörsanspruch verletzt, indem sie sich mit seiner Kritik in Bezug auf die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung nicht im Geringsten auseinandergesetzt habe. Der Beschwerdeführer substantiiert diese Rüge nicht hinreichend. Er legt nicht dar, mit welcher entscheidenderheblichen Kritik in Bezug auf die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung des Patienten, auf die er sich selber beruft, sich die Vorinstanz hätte auseinandersetzen müssen. Auf die Rüge kann nicht eingetreten werden. Indem die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung wiedergab und diese anwandte, brachte sie überdies hinreichend zum Ausdruck, dass sie der wie auch immer gearteten Kritik nicht gefolgt ist (vgl. Erwägung 4.2).

### **E. 6.3**

Nach den Feststellungen der Vorinstanz machte der Beschwerdegegner im Berufungsverfahren nicht mehr geltend, er hätte sich bei gehöriger Aufklärung nicht operieren lassen. Er legte hingegen dar, dass er sich in Kenntnis der Risiken von einem erfahreneren Chirurgen hätte operieren lassen.

Die Vorinstanz erwog, der die Operation leitende Arzt, Dr. B. \_\_\_\_\_, sei zum Operationszeitpunkt erst 34 Jahre alt und dementsprechend wenig erfahren gewesen. Er habe sich sogar noch in der Ausbildung zum Facharzt befunden. Der Schwierigkeitsgrad der Operation habe unbestritten im mittleren, durchschnittlichen Bereich gelegen und somit nicht nur Grundkenntnisse gefordert. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein vernünftiger Patient diese Operation mit einem zwar geringen, aber dennoch nicht zu vernachlässigenden Risiko ohne weitere Bedenken einem jungen, unerfahrenen Chirurgen anvertraut hätte. Soweit der Beschwerdegegner geltend mache, bei gehöriger Aufklärung über die Risiken hätte er zumindest eine Zweitmeinung eingeholt und die Operation gegebenenfalls durch einen Spezialisten durchführen lassen, erscheine dieses Verhalten als vernünftig und nachvollziehbar. Damit habe er glaubhaft gemacht, dass er bei gehöriger Aufklärung nicht in die erfolgte Operation eingewilligt hätte. Die Argumentation des Beschwerdeführers, die sich im Grunde genommen in der Behauptung erschöpfe, der Beschwerdegegner lege nicht überzeugend dar, warum er sich bei gehöriger Aufklärung nicht im Kantonsspital Obwalden hätte operieren lassen (was dieser im Übrigen auch nicht behauptete), vermöge diese Ansicht nicht zu widerlegen.

### **E. 6.4**

Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht lasse ausser Acht, dass der Beschwerdegegner einzig auf S. 11 seiner Replik an das Verwaltungsgericht geltend gemacht habe, dass er sich zur Operation an einer spezialisierten Klinik oder durch einen spezialisierten Arzt entschlossen hätte, wenn er einige Tage Bedenkzeit gehabt hätte und korrekt informiert und auf die Risiken hingewiesen worden wäre. Er habe dies aufgrund des Risikos begründet, aufgrund der Verletzung an beiden Armen nach der Operation beide Hände nicht mehr gebrauchen zu können. Wie das gerichtliche Gutachten von Dr. Vögelin ausdrücklich bestätige, handle es sich beim Lähmungsrisiko indessen um eine sehr seltenes Risiko. Dass sich der Beschwerdegegner bei einem sehr seltenen Risiko und einer Standardoperation mit mittlerem Schwierigkeitsgrad nicht vom Oberarzt Dr. B. \_\_\_\_\_ hätte operieren lassen,

erachte der Beschwerdeführer nicht als glaubhaft dargelegt. Der von den kantonalen Instanzen berücksichtigte Umstand, dass Dr. B. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Operation noch sehr jung und in Ausbildung bzw. wenig erfahren gewesen sei, sei vom Beschwerdegegner erst im Rahmen des obergerichtlichen Verfahrens vorgebracht worden, mithin von der Erstinstanz in Verletzung der Verhandlungsmaxime und von der Zweitinstanz, die auf die entsprechende Rüge nicht eingegangen sei, in Verletzung des Novenverbots berücksichtigt worden. Die Vorinstanz habe mit ihrer Vorgehensweise den Sachverhalt offensichtlich unrichtig und in Verletzung der Verhandlungsmaxime festgestellt. Der Beschwerdegegner habe mit seinen Vorbringen in der erstinstanzlichen Replik entgegen der vorinstanzlichen Ansicht nicht glaubwürdig dargelegt, dass er bei vollständiger Aufklärung seine Einwilligung zur Operation durch Dr. B. \_\_\_\_\_ nicht erteilt hätte.

### **E. 6.5**

In grundsätzlicher Hinsicht ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht die Handhabung des anwendbaren Verfahrensrechts und auch die Frage nach der hypothetischen Einwilligung des Beschwerdegegners im vorliegenden Verfahren nur auf Willkür prüfen kann (Erwägung 3 vorne). Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, bei der Frage der hypothetischen Einwilligung handle es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüfe, kann ihm daher von vornherein nicht gefolgt werden.

Soweit der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Feststellung bestreitet, es habe sich bei Dr. B. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Operation um einen 34 Jahre alten und dementsprechend wenig erfahrenen Arzt gehandelt, der noch in Ausbildung zum Facharzt gestanden sei, unterlässt er es, diese mit rechtsgenügender Begründung als offensichtlich unrichtig auszuweisen. Auch den Vorwurf, die kantonalen Instanzen hätten in diesem Zusammenhang das Novenverbot und die Verhandlungsmaxime verletzt, kleidet der Beschwerdeführer nicht in eine detailliert begründete Rüge der willkürlichen Rechtsanwendung. Überdies legt er nicht hinreichend dar, inwiefern eine Korrektur der kritisierten Feststellung einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben soll (Erwägung 2 vorne). Unabhängig davon kann festgehalten werden, dass in der im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten erfolgten Behauptung des Beschwerdegegners, er hätte sich, wenn er korrekt informiert und auf die Risiken der Operation hingewiesen worden wäre, zur Operation an einer spezialisierten Klinik oder durch einen spezialisierten Arzt entschlossen, implizit die Behauptung enthalten ist, dass Dr. B. \_\_\_\_\_ im Hinblick auf die konkrete Operation eben kein oder noch kein spezialisierter Arzt war, sei es wegen seines Alters, sei es wegen mangelnder Erfahrung. Auch ist nicht erkennbar, inwieweit die Feststellung, der die Operation leitende Arzt sei erst 34-jährig und dementsprechend wenig erfahren gewesen, geradezu willkürlich sein soll.

Es trifft im Weiteren zwar zu, dass die Gerichtsgutachterin das Risiko einer Läsion des Ramus profundus des Nervus radialis als sehr selten beurteilte (Gutachten S. 11, Antwort zu Frage 4). Dennoch ist fraglich, ob der Vorinstanz insoweit eine geradezu offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden kann, wenn sie ausführte, es habe sich um ein geringes, aber dennoch nicht zu vernachlässigendes Risiko gehandelt. Der Beschwerdeführer legt jedenfalls auch insoweit nicht, zumindest nicht hinreichend dar, inwiefern eine Berichtigung der diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Prozesses entscheidend sein soll und dies ist auch nicht ersichtlich:

Wie der Beschwerdeführer selber vorbringt, begründete der Beschwerdegegner seine Behauptung, er hätte sich bei hinreichender Aufklärung für eine Operation durch einen spezialisierten Arzt entschlossen, mit dem Risiko, aufgrund der Frakturen an beiden Armen nach der Operation beide Hände nicht mehr gebrauchen zu können. Wenn die Vorinstanz das Risiko als nicht vernachlässigbar bezeichnete, so liegt darin in Anbetracht dieser Begründung auch ein qualitativer Aspekt, der darin liegt, dass im Fall der Verwirklichung des Risikos schwerwiegende Folgen eintreten können. Wird dies mitberücksichtigt, ist es letztlich nicht entscheidend, ob die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des Risikos quantitativ als "gering" oder als "sehr selten" bezeichnet wird. Jedenfalls ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen, wenn sie davon ausging, angesichts dieses Risikos habe der Beschwerdegegner glaubhaft dargelegt, dass er sich bei hinreichender Aufklärung für die Operation durch einen erfahrenen Spezialisten entschieden hätte. Der Beschwerdeführer bringt denn auch nichts vor, was die Auffassung der Vorinstanz als willkürlich erscheinen liesse, sondern stellt derselben, ausgehend von seiner unrichtigen Meinung, dem Bundesgericht stehe insoweit eine volle Kognition zu, bloss in appellatorischer Weise seine eigene Sicht der Dinge entgegen, worauf nicht weiter einzugehen ist.

## **E. 7**

Im Rahmen der Feststellung des ersatzpflichtigen Schadens ist die Berechnung des hypothetischen Valideneinkommens nach dem Unfall strittig, das mit dem tatsächlich erzielten Invalideneinkommen zu vergleichen ist.

### **E. 7.1**

Die Erstinstanz hatte das hypothetische Valideneinkommen aus dem auf ein Arbeitspensum von 100 % erhöhten Grundlohn mit einer durchschnittlichen Überzeit- und Schichtzulage von Fr. 17'000.-- errechnet.

Der Beschwerdeführer vertrat in der Berufung an die Vorinstanz den Standpunkt, der Beschwerdegegner habe überhaupt keinen Erwerbsausfallschaden erlitten, da sich sein Einkommen nach dem Unfall kontinuierlich gesteigert habe, sei doch der tiefere Grundlohn mit Schicht- und Überzeitarbeit ausgeglichen worden; die Zulagen dürften nicht berücksichtigt werden, da sie ohne den Unfall nicht erarbeitet worden wären.

Die Vorinstanz folgte dem nicht. Sie hielt dazu fest, es sei zwar unbestritten, dass der Beschwerdegegner sein Einkommen durch Überzeit- und Schichtarbeit seit dem Unfall kontinuierlich habe steigern können. Die Erklärung des Beschwerdegegners, dass das gesamte Arbeitsteam die Zusatzarbeiten übernehmen müsse und bei einem Vollzeitpensum entsprechend mehr geleistet werde, vermöge jedoch zu überzeugen. Aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdegegner insbesondere auf Autobahnbaustellen/Tunnelbaustellen als Monteur beschäftigt sei und diese Arbeit üblicherweise als Team durchgeführt werde, lasse die Vorstellung, der Beschwerdegegner habe jeweils allein Überzeit- oder Wochenendarbeit geleistet, um seinen Lohn aufzubessern, als abwegig erscheinen und es sei nicht davon auszugehen, die Zulagen wären ohne den Unfall nicht erarbeitet worden. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer vor dem Unfall in deutlich geringerem Umfang Überzeit- und Schichtarbeit geleistet habe, vermöge daran nichts ändern. Das Verwaltungsgericht habe daher zu Recht einen Zuschlag zum Grundlohn addiert.

### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer beharrt in seiner Beschwerde auf seinem Standpunkt, dem Beschwerdegegner sei gar kein Einkommensausfall entstanden und er übe faktisch ein volles Arbeitspensum aus. Dessen Einkommen sei nach dem Unfall kontinuierlich gestiegen. Er habe weder substantiiert behauptet noch nachgewiesen, dass er vor dem Unfall ein Zusatzeinkommen aus Überstunden-, Schicht-, Nacht- und Sonntagsarbeit erzielt habe, geschweige denn in dieser Grössenordnung. Vielmehr habe er nach dem Unfall die 20 % weniger Grundlohn mit zusätzlichen Überstunden-, Schicht-, Nacht- und Sonntagsarbeit ausgeglichen. Die Vorinstanz habe die vom Verwaltungsgericht unter Ausserachtlassung dieser Argumentation offensichtlich falsche Berechnung des Valideneinkommens geschützt, ohne sich seinerseits mit der Argumentation des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, womit sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt habe.

Mit diesen weitgehend appellatorischen Vorbringen vermag der Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid nicht als willkürlich auszuweisen. Der Vorinstanz entging nicht, dass der Beschwerdegegner vor dem Unfall deutlich weniger Schichtarbeit geleistet hatte. Sie hielt aber dafür, dies vermöge nichts an ihrem Schluss zu ändern, dass der Beschwerdegegner bei vollem Pensum (d.h. im Rahmen des Valideneinkommens) nach dem Unfall mehr Schicht- und Überzeitarbeit geleistet hätte als bei einem um 20 % reduzierten Pensum, da diese jeweils im Team und nicht vom Beschwerdegegner allein geleistet worden sei. Damit folgte sie mit einleuchtender Begründung der Argumentation des Beschwerdegegners, die Entwicklung des Invalideneinkommens sei dadurch zu erklären, dass bei seinem Arbeitgeber in den letzten Jahren vermehrt Nacht- und Wochenendarbeit geleistet worden sei, was vor dem Unfall nicht der Fall gewesen sei, und dass es nicht denkbar wäre, dass der Beschwerdegegner an vier Tagen gleich viel verdiente, wie dies an fünf Tagen der Fall wäre. Der Beschwerdeführer setzt sich damit nicht hinreichend auseinander und tut nicht dar, weshalb die Vorinstanz damit in Willkür verfallen sein soll. Die Vorinstanz setzte sich dagegen sehr wohl mit der Argumentation des Beschwerdeführers betreffend dem steigenden Invalideneinkommen auseinander, zog aus diesem Umstand indessen nicht die gleichen Schlüsse wie jener, was sie nachvollziehbar begründete. Die Rüge erweist sich damit als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

#### **E. 8**

Der Beschwerdeführer beanstandet sodann, dass die Vorinstanz die Beiträge an die berufliche Vorsorge, die zur Berechnung des Erwerbsausfallschadens vom berechneten Bruttolohn abzuziehen seien, nicht konkret ermittelt, sondern ermessensweise festgesetzt habe, obwohl eine konkrete Berechnung der Beträge problemlos machbar und zumutbar wäre. Er unterlässt es indessen, eine Willkürüge zu substantiieren, in der er die vorinstanzliche Begründung für die Zulässigkeit einer ermessensweisen Festsetzung als offensichtlich unhaltbar und den angefochtenen Entscheid auch im Ergebnis als willkürlich ausweisen würde. Vielmehr begnügt er sich damit zu behaupten, die Vorinstanz habe Bundesrecht falsch angewendet. Auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

#### **E. 9**

Weiter rügt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz die ermessensweise Festlegung einer Entschädigung für vorprozessuale Anwaltskosten durch die Erstinstanz geschützt habe, obwohl der Beschwerdegegner die vorprozessualen Anwaltskosten nie konkret dargelegt, geschweige denn substantiiert habe, welche Aufwände für das vorliegende

Verfahren notwendig und angemessen waren, sondern bloss auf zwei Urkunden verwiesen habe. Das Vorgehen der Vorinstanz sei willkürlich und verletze den Verhandlungsgrundsatz gemäss Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB . Damit gehe auch eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR einher.

Auf die Rüge ist schon nicht einzutreten, weil der Beschwerdeführer es darzulegen unterlässt, inwiefern der angefochtene Entscheid im Ergebnis willkürlich sein soll, wenn die Vorinstanz erkannte, es sei eine Entschädigung für 30 Stunden zu gewähren, die ausgewiesenermassen für die Schadenregulierung mit der Versicherung F. \_\_\_\_\_ aufgewendet worden seien, sowie zusätzlich für einen Anteil von 15 Stunden von 34.25 zusätzlich ausgewiesenen Stunden, bei denen davon auszugehen sei, dass ein Teil davon auch für die Schadensregulierung aufgewendet worden sei (Erwägungen 2 und 3 vorne).

Überdies verkennt der Beschwerdeführer, dass sich nach dem vor der Erstinstanz anwendbaren kantonalen Prozessrecht (Erwägung 3 vorne) und nicht nach der von ihm angerufenen Bestimmung von Art. 55 ZPO , und schon gar nicht nach Art. 8 ZGB , bestimmt, in welcher Form die zum Aufbau des Klagefundaments erforderlichen Behauptungen aufzustellen sind (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299; 108 II 337 E. 2d). Er unterlässt es, im Rahmen einer hinreichend begründeten Rechtsanwendungsrüge darzulegen, hinsichtlich welcher Bestimmungen der aZPO/OW die Vorinstanz eine falsche Anwendung durch die Erstinstanz in willkürlicher Weise verneint haben soll. Auch eine willkürliche Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR , deren Verletzung er durch das prozessuale Vorgehen der kantonalen Instanzen rügt, zeigt er nicht hinreichend auf.

#### **E. 10**

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren, das vermögenswerte Interessen des Beschwerdeführers betrifft, werden diesem Ausgang entsprechend dem Beschwerdeführer auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG ; vgl. BGE 134 I 331 E. 3.2; vgl. dazu auch Thomas Geiser, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 29a zu Art. 66 BGG ; Bernard Corboz, in: Commentaire de la LTF, Corboz und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 29 zu Art. 66 BGG ). Dieser hat den Beschwerdegegner zudem für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.