

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.29 vom 16. März 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2020.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2020.29)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.29 du 16 mars 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.29 del 16 marzo 2021

## **Erwägungen**

### **E. 18**

Mai 2010 von der Einwilligung der Patientin gedeckt und somit nicht widerrechtlich war. Die Frage wurde im Ergebnis bejaht (E. 5). In einem weiteren Schritt prüfte und bejahte das Zivilgericht die Frage, ob der Assistenzarzt Dr. B \_\_\_\_ berechtigt und befähigt war, die Bronchoskopie vorzunehmen (E. 6). Anschliessend prüfte es, ob der Assistenzarzt einen Behandlungsfehler beging und so seine Sorgfaltspflicht verletzte. Dabei prüfte es eingehend die von der Patientin erhobenen Vorwürfe und verneinte jeweils einen Behandlungsfehler (E. 7). Darüber hinaus prüfte und bejahte das Zivilgericht die Frage, ob das Spital den Behandlungsablauf hinreichend dokumentierte (E. 8). Nachdem das Zivilgericht Sorgfaltspflichtverletzungen verneint hatte (E. 6■8), prüfte es ausserdem, ob zwischen den (verneinten) Sorgfaltspflichtverletzungen und der eingetretenen Hirnschädigung gegebenenfalls ein Kausalzusammenhang bestünde. Es verneinte einen solchen Kausalzusammenhang (E. 9).

#### **3. Allgemeine Ausführungen der Patientin**

In ihrer Berufung macht die Patientin unter dem Titel «Sachverhalt» allgemeine Ausführungen zum Fall (Berufung, Rz 1■34). Dabei äussert sie sich zu den Beweismitteln (Rz 1■4), zu ihrer Krankheitsgeschichte (Rz 5■8), zur Bronchoskopie vom 18. Mai 2010 (Rz 9■21), zur Sorgfaltspflichtverletzung (Rz 22■24), zum Beweismass (Rz 25■31) und zur Kausalität (Rz 32■34).

Mit der Einlegung der Berufung setzt die Berufungsklägerin einen eigenständigen Kontrollprozess vor der Rechtsmittelinstanz in Gang. Sie stellt die Behauptung auf, der angefochtene Entscheid leide an Mängeln, müsse auf diese hin kontrolliert und bei ausgewiesener Unrichtigkeit durch einen besseren Entscheid ersetzt werden. Diese Behauptung muss sie begründen, indem sie die Mängelvorwürfe im Einzelnen erklärt und auf genau bezeichnete Erwägungen im angefochtenen Entscheid bezieht.

Beurteilungsgegenstand im Berufungsprozess ist damit nicht mehr primär, ob die vor Zivilgericht gestellten Begehren gestützt auf den angeführten Lebenssachverhalt begründet sind, sondern ob die gegen den angefochtenen Entscheid formulierten Beanstandungen zutreffen. Die Berufungsbegründung muss sich begriffsnotwendig auf den angefochtenen Entscheid beziehen (zum Ganzen vgl. Hurni, Der Rechtsmittelprozess der ZPO. Grundlagen und einige wichtige Aspekte, in: ZBJV 2020, S. 71 ff., 75). Den Begründungsanforderungen genügt daher eine Berufungsklägerin nicht, wenn sie lediglich auf die vor der ersten Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der

Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass die Berufungsklägerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014 E. 2.4). Erforderlich ist also (1) die Formulierung einer Gegenargumentation (2) gegenüber konkreten Erwägungen (3) unter Angabe von Belegstellen. Unter Letzteren sind nicht etwa Textstellen aus Kommentaren oder Lehrbüchern gemeint, sondern konkrete, in den Akten liegende Beweismittel (Hurni, a.a.O., S. 76 mit Nachweisen).

In ihren Ausführungen unter dem Titel«Sachverhalt» gibt die Patientin über weite Strecken nicht an, auf welche konkreten Erwägungen des Zivilgerichts sie Bezug nehmen möchte. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht nach. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, den 33-seitigen Zivilgerichtsentscheid nach Stellen abzusuchen, auf welche die Patientin mit ihren Ausführungen (Berufung, Rz 1■34) möglicherweise abzielt. Dies gilt auch für ihre Ausführungen in der Replik. Auf die entsprechenden Ausführungen kann deshalb aus prozessualen Gründen nicht eingetreten werden. Einzig in den Rz 16 (bis 21) und 24 (bis 31) ihrer Berufung bezeichnet die Patientin die zivilgerichtlichen Erwägungen, die sie anfecht; auf diese Ausführungen ist denn auch nachfolgend einzugehen (E. 5. und 6.5). Im Kern ihrer Berufung kritisiert die Patientin den Zivilgerichtsentscheid in fünf Punkten:

- (1) Das Zivilgericht nehme zu Unrecht an, dass die Patientin in die Bronchoskopie vom 18. Mai 2010 gültig eingewilligt habe (vgl. dazu E. 4).
- (2) Das Zivilgericht stelle zu hohe Anforderungen an den Beweis von Behandlungsfehlern (E. 5).
- (3) Es verneine zu Unrecht Behandlungsfehler des Spitals (E. 6).
- (4) Es verneine zu Unrecht Dokumentationsfehler des Spitals (E. 7).
- (5) Es verneine zu Unrecht die Kausalität der Behandlungsfehler für die Hirnschädigung der Patientin (E. 8).

#### 4. Einwilligung der Patientin

4.1 Das Zivilgericht führte zur Frage der Einwilligung der Patientin in die Bronchoskopie vom 18. Mai 2010 zunächst aus, dass ein ärztlicher Eingriff grundsätzlich widerrechtlich sei und unter anderem durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden könne. Der Patient müsse vor dem Eingriff umfassend aufgeklärt werden, allerdings nur über bekannte Risiken, wie sie sich bei ordnungsgemässer Durchführung des Eingriffs realisieren können, und nur dann, wenn er die Risiken nicht bereits aus einem früheren Eingriff kenne (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.1). Diese rechtlichen Ausführungen werden von der Patientin zu Recht als korrekt anerkannt (Berufung, Rz 59).

4.2 Das Zivilgericht führte sodann aus, dass die Patientin das Einwilligungsformular des Spitals unterzeichnet habe und dieses Formular als mögliches Risiko auch einen Kollaps der Lunge erwähne. Der Gutachter PD C\_\_\_\_ komme klar zum Schluss, dass keine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliege (Gutachten, Ziffer 3.4). Sodann nahm das Zivilgericht zum Einwand der Patientin Stellung, sie hätte sich gegen eine Behandlung durch den Assistenzarzt Dr. B\_\_\_\_ entschieden, wenn sie gewusst hätte, dass Komplikationen mit einer stark erhöhten Wahrscheinlichkeit auftreten könnten; sie sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass sie eine Risikopatientin sei. Dazu hielt das Zivilgericht fest, dass die Patientin

vor der Bronchoskopie vom 18. Mai 2010 nicht als Risikopatientin eingestuft worden sei. Der Gutachter PD C\_\_\_\_ lege dar, dass aufgrund der höhergradigen Atemwegsverengung (Trachealstenose) ein erhöhtes Risiko für eine Sauerstoffsättigung bestanden habe, aber kein erhöhtes Risiko für den eingetretenen Pneumothorax (Lungenkollaps). Dies decke sich mit den Aussagen der Zeugen Dr. B\_\_\_\_ und Prof. F\_\_\_\_ sowie den Beurteilungen von Prof. I\_\_\_\_ und Dr. D\_\_\_\_. Zusammenfassend habe die Patientin im Vergleich mit anderen Patienten, die mit einer Stenose bronchoskopiert würden, kein erhöhtes Risiko gehabt, das eine umfassendere Aufklärung notwendig gemacht hätte. Folglich sei die Aufklärungspflicht nicht verletzt worden (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.2 und 5.3).

Die Patientin wendet dagegen ein, dass sie hätte aufgeklärt werden müssen über die Risiken bei einer Bronchoskopie, bei welcher ■ wie in ihrem Fall ■ eine Stenose für längere Zeit passiert werde. Andernfalls liege eine Sorgfaltspflichtverletzung vor. Sie sei der Ansicht gewesen, dass die Bronchoskopie die Kontrolle und das kurzfristige Passieren dieser Stenose umfasse, nicht aber ein längeres Verweilen hinter der Stenose. Darüber sei sie nicht aufgeklärt worden. Die Patientin wirft dem Assistenzarzt Dr. B\_\_\_\_ zudem vor, er habe vor und während dem Eingriff keinerlei Risikoprüfung vorgenommen; er habe gemäss den Gutachtern PD C\_\_\_\_ und Dr. D\_\_\_\_ gegen anerkannte Regeln der Pneumologie verstossen (Berufung, Rz 60■63).

Die Patientin gibt nicht an, dass und an welcher Stelle sie dies bereits vor Zivilgericht vorgebracht hätte. Zudem verweist sie zum Beleg, dass der Assistenzarzt Dr. B\_\_\_\_ gegen anerkannte Regeln der Pneumologie verstossen habe, integral auf die Gutachten von PD C\_\_\_\_ und Dr. D\_\_\_\_, ohne die genaue Fundstelle in den Gutachten zu bezeichnen. Damit kommt sie ihrer Pflicht zur Begründung der Berufung (vgl. E. 3) nicht nach. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, die umfangreichen Rechtsschriften der Patientin (Klage von 57 Seiten und Replik von 108 Seiten) und die umfangreichen Gutachten von PD C\_\_\_\_ (39 und 12 Seiten) und Dr. D\_\_\_\_ (4 und 2 Seiten) nach den von ihr möglicherweise gemeinten Fundstellen zu durchkämmen. Auf ihre Kritik kann deshalb aus prozessualen Gründen nicht eingetreten werden. Somit ist die zivilgerichtliche Feststellung nicht in Frage zu stellen, dass die Patientin vor der Bronchoskopie hinreichend aufgeklärt wurde und gültig in den Eingriff einwilligte. Im Übrigen wäre nicht ersichtlich, inwiefern die zivilgerichtlichen Erwägungen auf unzutreffenden Tatsachen beruhen oder rechtsfehlerhaft sein sollten.

## 5. Anforderungen an den Beweis von Behandlungsfehlern

5.1 Zur Frage des Beweises von Behandlungsfehlern (Sorgfaltspflichtverletzungen) hielt das Zivilgericht fest, dass sich das Bundesgericht gegen eine Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtrecht ausgesprochen habe. Der Beweis müsse zudem den Anforderungen des Regelbeweises genügen: Der Patient habe den Behandlungsfehler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Bei negativen Tatsachen, insbesondere beim Vorwurf einer sorgfaltspflichtwidrigen Unterlassung, könne aber kein strikter Beweis gefordert werden und den Beklagten treffe eine Mitwirkungspflicht (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.2).

5.2 Die Patientin beruft sich zunächst auf BGE 120 II 248: Danach bestehe eine tatsächliche Vermutung, dass eine durch eine peri- und intraartikuläre Injektion verursachte Infektion auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zurückgehe. Aufgrund dieses Entscheids müsse auch im vorliegenden Fall «aufgrund des gleichen Sachverhaltes» eine Sorgfaltspflichtverletzung

vermutet werden. Die Sachverhalte seien deckungsgleich, weswegen das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Anwendung finde (Berufung, RZ 24■27 und 49■53).

Dem angerufenen Entscheid BGE 120 II 248 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Damenschneiderin suchte am 6. Juni 1986 ihren Hausarzt wegen Schmerzen in der rechten Schulter auf. Dieser injizierte ihr periartikulär und drei Tage später intraartikulär eine Mischung von Xyloneural und Monocortin. Da die Beschwerden nicht zurückgingen, injizierte der Hausarzt am 1. Juli 1986 erneut intraartikulär ein Cortisonpräparat. Am 5. August 1986 überwies er die nach wie vor unter grossen Schmerzen leidende Patientin an einen Spezialarzt für orthopädische Chirurgie zur weiteren Behandlung. Dieser stellte bei der Operation des rechten Schultergelenks am 2. November 1986 fest, dass der Oberarmkopf und die Gelenkpfanne des rechten Schultergelenks zufolge einer Infektion weitgehend zerstört waren (BGE 120 II 248 S. 249).

Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid zur Frage des Beweiserleichterung Folgendes fest: Eine durch die Behandlung verursachte Gesundheitsbeeinträchtigung kann nicht an sich schon als Sorgfaltspflichtverletzung qualifiziert werden, da medizinische Behandlungen und Eingriffe in einem gewissen Mass mit Risiken verbunden sind, die auch bei Anwendung aller notwendigen Sorgfalt nicht vermeidbar sind. Soweit die Möglichkeit negativer Auswirkungen der Behandlung aber erkennbar ist, muss der Arzt alle Vorkehren treffen, um deren Eintritt zu verhindern. Deren Eintritt begründet dann eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen worden sind und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. Diese Vermutung dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Die daraus gezogenen Schlüsse stellen grundsätzlich Beweiswürdigung dar, weshalb sie im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren nicht überprüft werden. Die tatsächliche Vermutung kann vom Arzt erschüttert werden, indem er zum Beispiel dartut, welche konkreten Vorkehren er im Einzelnen getroffen hat, und nachweist, dass nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft auch bei Anwendung aller Sorgfalt ein nicht beherrschbares Restrisiko verbleibt oder eine ernstzunehmende konkrete Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs besteht (BGE 120 II 248 E. 2c S. 250).

In Bezug auf den konkreten Fall führte das Bundesgericht Folgendes aus: Eine solche tatsächliche Vermutung liegt der Annahme einer Vertragsverletzung im angefochtenen Urteil zugrunde. Die festgestellte Sterilitätslücke wird als solche nicht als Vertragsverletzung qualifiziert. Vielmehr wird daraus im Sinn einer tatsächlichen Vermutung auf das Vorliegen eines Sterilitätsfehlers geschlossen. Dieser Schluss kann hier, wie bereits festgehalten, nicht überprüft werden. Im Übrigen wäre er aber auch dann nicht zu beanstanden, wenn er auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen würde und deshalb mit der Berufung ans Bundesgericht anfechtbar wäre. 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. In der Literatur wird denn auch befürwortet, bei solchen Sachverhalten allgemein einen Fehler des Arztes zu bejahen. Die Vorinstanz durfte somit von einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten ausgehen, obwohl sein Vorgehen bei der Injizierung der Cortison-Präparate nicht in allen Einzelheiten beweismässig abgeklärt

werden konnte. Anzumerken ist allerdings, dass die hier zur Diskussion stehende tatsächliche Vermutung nicht ohne Weiteres übertragen werden darf auf Infektionsfälle, die mit einer anders gearteten ärztlichen Behandlung zusammenhängen. Um die tatsächliche 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. Wenn die Vorinstanz deshalb aus der Verursachung der Infektion im Schultergelenk durch die Cortisoninjektionen auf eine Vertragsverletzung des Beklagten geschlossen hat, kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie sei von einem unzutreffenden Begriff der Vertragsverletzung ausgegangen (BGE 120 II 248 E. 2c S. 251 f.).

Zusammenfassend nahm das Bundesgericht in BGE 120 II 248 an, in Arzthaftungsfällen könne der tatsächliche Eintritt eines Schadens (Infektion) unter bestimmten Voraussetzungen die tatsächliche Vermutung begründen, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung (Behandlungsfehler) vorliege. Allerdings hielt es einschränkend fest, dass diese tatsächliche Vermutung bei peri- und intraartikulären Injektionen nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe auf Infektionsfälle, die mit einer anders gearteten ärztlichen Behandlung zusammenhängen. In einer späteren Entscheidung nahm das Bundesgericht ausdrücklich Bezug auf BGE 120 II 248 und dessen eingeschränkten Anwendungsbereich (BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2b [Suizid in einer Klinik]):

Das Bundesgericht hat in BGE 120 II 248 namentlich nicht entschieden, dass bei jeglicher Verschlechterung des Gesundheitszustandes während einer ärztlichen Behandlung eine natürliche Vermutung für eine Sorgfaltswidrigkeit spreche. Vielmehr hat es die Tragweite des Entscheids ausdrücklich auf die in Frage stehende konkrete Art der Injektion beschränkt und ausgeführt, die natürliche Vermutung dürfe selbst auf Infektionsfälle, die mit einer anders gearteten ärztlichen Behandlung zusammenhängen, nicht ohne Weiteres übertragen werden. In der Lehre wurde der Entscheid denn auch dahingehend interpretiert, dass die darin entwickelten Grundsätze nicht für Nachteile aus anderen medizinischen Behandlungen gelten (BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2b; vgl. ebenso BGer 4A\_248/2013 vom 25. November 2013 E 4.3 [Einsetzen einer Hüftprothese]).

In weiteren Entscheiden konnte das Bundesgericht die Frage der Übertragbarkeit von BGE 120 II 248 auf weitere Fälle offen lassen (BGE 133 III 121 E. 3.4 S. 127 f. [Verletzung eines Nerven durch einen Wundhaken]; BGer 4A\_137/2015 vom 19. August 2015 E. 6.3.1 [Dammschnitt und Riss des Schliessmuskels]); BGer 4A\_216/2016 vom 26. September 2016 E. 3.3 und 3.4 [Einsetzen einer Zahnbrücke und Okklusion]).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob BGE 120 II 248 auf den Sachverhalt übertragbar ist. Die Frage ist zu verneinen ■ und zwar aus mindestens zwei Gründen. Erstens: Bei der vom Bundesgericht beurteilten Behandlung (intraartikuläre Injektion) bestand eine besonders ernstzunehmende Gefahr der Schädigung (Infektion) (BGE 120 II 248 E. 2c S. 251: «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»). Bei der vorliegend zu beurteilenden Behandlung (Bronchoskopie) dagegen war das Risiko der schliesslich eingetretenen Schädigung (doppelter Pneumothorax) «nur theoretisch denkbar» (Gutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffer 5.1). Es fehlt hier also an einer Schadensneigung, die wenig Raum für alternative Ursachen liesse. Zweitens: Bei der vom Bundesgericht beurteilten

intraartikulären Injektion hatte der behandelnde Arzt nicht behauptet, die üblichen Hygienemassnahmen eingehalten zu haben, und er hatte die Infektion mehrfach übersehen. Bei der vorliegend zu beurteilenden Bronchoskopie sind keine solch gravierenden Versäumnisse festzustellen. Aus diesen beiden Gründen ■ Fehlen einer besonders naheliegenden Schädigungsgefahr und von gravierenden Versäumnissen ■ ist der vorliegende Sachverhalt mit dem in BGE 120 II 248 beurteilten Sachverhalt nicht vergleichbar. Fehlt es an vergleichbaren oder gleichartigen Sachverhalten, kommt die Übertragung von BGE 120 II 248 auf den vorliegenden Fall nicht in Betracht. Eine tatsächliche Vermutung einer Sorgfaltspflichtverletzung ist folglich im Einklang mit dem Zivilgericht abzulehnen.

5.3 Die Patientin beruft sich sodann auf die Entscheide BGE 128 II 271 und BGE 130 III 321, um eine Milderung des Beweismasses zu begründen. Den Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises liege die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern dürfe, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten aufträten (BGE 128 III 271). Die Beweiserleichterung setze demnach eine Beweisnot voraus; eine solche liege vor, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar sei, insbesondere dann, wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden könnten (BGE 130 III 321). Im vorliegenden Fall ■ so die Patientin ■ könne der Sachverhalt aufgrund der Natur der Sache nicht strikt bewiesen werden: Sie sei während der Bronchoskopie nicht bei Bewusstsein gewesen und könne keine eigenen Wahrnehmungen schildern; sie könne sich nur auf die Dokumentation und die Aussagen der Spitalmitarbeiter verlassen. Demnach sei im vorliegenden Fall vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auszugehen (Berufung, Rz 28 ■ 31).

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine 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 führen (zum Ganzen vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 mit Nachweisen).

Die Auffassung der Patientin ist unzutreffend: Eine Beweisnot ergibt sich nicht bereits aus dem Umstand, dass sie während der Bronchoskopie nicht bei Bewusstsein war. Die Bewusstlosigkeit der Patientin ändert nichts daran, dass die von ihr behaupteten Tatsachen unmittelbar bewiesen werden könnten. Wie der Kanton und das Spital in ihrer

Berufungsantwort zutreffend ausführen, wäre es ihr durchaus möglich gewesen, die These von PD C\_\_\_\_ (Barotrauma, das zu einer Luftembolie führte) unmittelbar zu beweisen ■ wenn denn die These zutreffend wäre (vgl. eingehend Berufungsantwort, Rz 125■131). Besteht aber die Möglichkeit eines unmittelbaren Beweises, liegt keine Beweisnot vor, die eine Herabsetzung des Beweismasses auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit rechtfertigen würde.

5.4 Zusammenfassend ist im Einklang mit dem Zivilgericht festzuhalten, dass die Patientin nicht von einer tatsächlichen Vermutung des Vorliegens einer Sorgfaltspflichtverletzung profitiert und dass sie für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung den vollen Beweis erbringen muss.

## 6. Vorliegen von Behandlungsfehlern

6.1 Das Zivilgericht nahm eingehend zu den Behandlungsfehlern (Sorgfaltspflichtverletzungen) Stellung, welche die Patientin dem Spital vorwirft:

- (1) Dr. B\_\_\_\_ habe ein Bronchoskop mit einem zu grossen Durchmesser verwendet (Zivilgerichtsentscheid, 7.2.2).
- (2) Er habe pflichtwidrig eine Inspektion über die Stenose hinaus vorgenommen (E. 7.2.3).
- (3) Er habe nach Abfall der Sauerstoffsättigung unter 74 % pflichtwidrig unter Druck Sauerstoff zugeführt (E. 7.2.4).
- (4) Er habe pflichtwidrig ein Barotrauma verursacht (E. 7.2.5).
- (5) Er habe den Reanimations-Alarm zu spät ausgelöst (E. 7.3.1).
- (6) Er habe den Pneumothorax zu spät erkannt (E. 7.3.2).
- (7) Die zweite Bülow-Drainage sei zu spät eingelegt worden (E.7.3.3).

In ihrer Berufung hält die Patientin an den Vorwürfen (1) bis (3) sowie (5) fest. Die weiteren Vorwürfe greift sie nicht mehr auf. Nachfolgend ist im Einzelnen ihre Kritik an der zivilgerichtlichen Beurteilung der vorgeworfenen Behandlungsfehler (1) bis (3) sowie (5) zu prüfen (E. 6.2 bis 6.5). Die Prüfung wird dadurch erschwert, dass die Patientin der einleuchtenden Systematik des Zivilgerichtsentscheids nicht folgt.

6.2 Zum Vorwurf (1) der Patientin, Dr. B\_\_\_\_ habe ein Bronchoskop mit einem zu grossen Durchmesser verwendet, hielt das Zivilgericht Folgendes fest: Gemäss dem Gutachter PD C\_\_\_\_ liege es im Ermessen des Untersuchers, ein Bronchoskop seiner Wahl zu verwenden. Der Gutachter verweise zwar auf eine Publikation aus dem Jahr 2003, welche die Vorteile eines ultradünnen Bronchoskops beschreibe, halte jedoch auch fest, dass es ein vertretbares Vorgehen sei, ein Bronchoskop Modell EB-1970 K zu verwenden und gegebenenfalls während der Bronchoskopie auf ein dünneres zu wechseln, sofern die Bronchoskope in unmittelbarer Nähe gelagert würden (mit Hinweis auf das Ergänzungsgutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffer 4). Hinzu komme ■ so das Zivilgericht ■, dass Dr. B\_\_\_\_ glaubhaft ausgeführt habe, dass er die Stenose problemlos passieren können. Dies lasse darauf schliessen, dass entgegen der Annahme von PD C\_\_\_\_ kein zu grosses Bronchoskop gewählt worden sei. Die Wahl des Bronchoskops sei somit zum damaligen Zeitpunkt vertretbar gewesen (Zivilgerichtsentscheid, E. 7.2.2).

Zur Wahl des Bronchoskops führt die Patientin zum einen aus, dass bei der Bronchoskopie eine erste Sauerstoffuntersättigung eingetreten sei, in deren Folge Dr. B\_\_\_\_ die Bronchoskopie möglichst rasch hätte unterbrechen müssen (Berufung, Rz 79). Mit dieser Frage setzte sich das Zivilgericht in der angefochtenen E. 7.2.2, welche die Wahl des Bronchoskops betrifft, gar nicht auseinander (zur Frage der Sauerstoffuntersättigung vgl. aber auch unten E. 6.5).

Zum anderen wendet die Patientin Folgendes ein: Wie das Zivilgericht in E. 7.2.5.3 ausführe, möge es zutreffen, dass die Wahl des Bronchoskops nicht in einer Richtlinie der medizinischen Fachgesellschaft geregelt gewesen sei. Dies ■ so die Patientin ■ bedeute aber nicht freie Handhabe des Arztes. Das Zivilgericht folge der Ansicht des Gutachters PD C\_\_\_\_, dass die Wahl des Bronchoskops im Ermessen des Arztes liege. Ermessen bedeute ■ so die Patientin weiter ■, dass eine Abwägung vorzunehmen sei. Es gebe keinen Anhaltspunkt, dass sich der Arzt vor Beginn der Bronchoskopie Gedanken über die Wahl des Bronchoskops gemacht habe. Dazu wäre er vor dem Eingriff und bei jeder Komplikation beziehungsweise Sauerstoffuntersättigung verpflichtet gewesen (mit Verweis auf Gutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffern 4.6 und 5.4 sowie Ergänzungsgutachten, Ziffer 2). Ein Ermessensentscheid sei besonderes angezeigt, weil seine Vorgesetzten bei den vergangenen Bronchoskopien Bronchoskope mit kleinerem Durchmesser verwendet hätten (mit Verweis auf Gutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffer 4.6) (Berufung, Rz 80). Mit diesen Ausführungen behauptet die Patientin im Kern, Dr. B\_\_\_\_ habe bei der Wahl des Bronchoskops einen ■ im Rückblick ■ falschen Ermessensentscheid getroffen beziehungsweise hätte einen besseren Entscheid treffen können. Möglicherweise ist diese Behauptung richtig, möglicherweise aber auch nicht. Für den Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung genügt dies jedenfalls nicht. Entscheidend ist, dass die Wahl des Bronchoskops mit dem gewählten Durchmesser zum damaligen Zeitpunkt vertretbar war (Zivilgerichtsentscheid, E. 7.2.2). Mit anderen Worten: Eine Sorgfaltspflichtverletzung lässt sich nicht bereits aus dem Umstand ableiten, dass ■ im Rückblick ■ ein anderer Ermessensentscheid möglicherweise besser gewesen wäre.

6.3 Zum Vorwurf (2), Dr. B\_\_\_\_ habe pflichtwidrig eine Inspektion über die Stenose hinaus vorgenommen, führte das Zivilgericht Folgendes aus: Die Patientin stelle die Indikation zur Bronchoskopie zu Recht nicht mehr in Frage. Sie mache jedoch gestützt auf das Gutachten von PD C\_\_\_\_ (Ziffer 4.10) geltend, dass keine Indikation für die Inspektion nach Passieren der Stenose vorgelegen habe und dieses Vorgehen nicht von ihrer Einwilligung gedeckt gewesen sei. Die Stenose ■ so das Zivilgericht ■ sei auch bei früheren Untersuchungen wiederholt und ohne Probleme passiert worden (Ergänzungsgutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffer 8). Prof. F\_\_\_\_ habe als Zeuge ausgesagt, dass in der pneumologischen Abteilung des Spitals Stenosen eigentlich immer passiert würden. Man müsse schauen, wie es dahinter ausschaue, ob es zum Beispiel Eiter gebe. Auch Dr. B\_\_\_\_ habe dies bestätigt. Zudem habe Prof. F\_\_\_\_ erläutert, dass es bei der Ausführung von Bronchoskopien zwischen Deutschland und der Schweiz erhebliche Unterschiede gebe, die bei der Würdigung des Gutachtens von PD C\_\_\_\_ zu beachten seien ■ so etwa den Umstand, dass in Deutschland aus finanziellen Gründen fast ausschliesslich starre Bronchoskopien durchgeführt würden. Der Schweizer Gutachter Dr. D\_\_\_\_ habe festgehalten, dass es bis Mai 2010 weder ihm bekannte wissenschaftliche Publikationen noch Richtlinien gegeben habe, welche die Dauer der Inspektion jenseits einer subglottischen Stenose vorgeschrieben hätten. Es liege im Ermessen des Untersuchers, vor allem bei engen Stenosen, die Dauer der Untersuchung auf

ein Minimum zu reduzieren (mit Verweis auf das Gutachten von Dr. D\_\_\_\_, Ziffer 3.2). Daraus ■ so das Zivilgericht ■ sei entgegen der Auffassung der Patientin zu schliessen, dass in der Schweiz bei flexiblen Bronchoskopen selbst enge Stenosen regelmässig passiert würden. Hinzu komme, dass es keine Richtlinien gebe, wann und wie lange eine Stenose passiert werden dürfe. Auch wenn der Gutachter PD C\_\_\_\_ der Meinung sei, dass das Passieren der Stenose nicht unbedingt notwendig gewesen sei, könne daraus noch keine Sorgfaltspflichtverletzung abgeleitet werden. Es habe vielmehr im Ermessen der Ärzte gelegen zu entscheiden, ob die Stenose passiert werden soll oder nicht. Zudem liege wohl auch hier ein Rückschaufehler vor: Nachträglich ■ also nach Kenntnis der eingetretenen Komplikationen ■ neige man eher dazu den Schluss zu ziehen, dass das Passieren hätte unterbleiben sollen oder zumindest ein dünneres Bronchoskop hätte gewählt werden sollen. Der Kanton und das Spital machten zu Recht geltend, dass alle Ärzte (auch der Gutachter PD C\_\_\_\_) anerkennen würden, dass eine flexible Bronchoskopie ohne Gewebeentnahme ein üblicherweise völlig komplikationsloser und ungefährlicher Eingriff sei, dass die Patientin kein erhöhtes Risiko für einen Pneumthorax gehabt habe, dass die früher durchgeführten Bronchoskopien (mit Passieren der Stenose) allesamt problemlos verlaufen seien und dass es somit nicht vorhersehbar gewesen sei, dass es beim Passieren der Stenose zu einem doppelseitigen Pneumothorax komme könnte (mit Verweis auf das Gutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffern 4.5 und 5.1) (Zivilgerichtsentscheid, E. 7.2.3).

Gestützt auf das Gutachten von PD C\_\_\_\_ (Ziffer 4.10) und das Gutachten von Dr. D\_\_\_\_ (Ziffer 3.2) wendet die Patientin dagegen ein, dass eine Kontrolle hinter der Stenose weder vorgesehen noch indiziert gewesen sei. Ob das Überschreiten der Indikation auf mangelhafte Instruktion oder eine Kompetenzüberschreitung von Dr. B\_\_\_\_ zurückzuführen sei, spiele haftpflichtrechtlich keine Rolle (Berufung, Rz 10■14). Die Patientin gibt zunächst nicht an, welche zivilgerichtlichen Erwägungen sie kritisiert. Sodann setzt sie sich mit dem Entscheid ■ gemeint ist wohl die soeben zusammengefasste E. 7.2.3 ■ nicht auseinander, sondern legt lediglich ihre Sicht der Dinge dar. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht nach. Diese umfasst unter anderem die Pflicht, die angefochtene Erwägung genau zu bezeichnen, und die Pflicht, sich mit der ■ im Übrigen eingehenden und überzeugenden ■ zivilgerichtlichen Argumentation auseinanderzusetzen und eine Gegenargumentation zu formulieren (zur Begründungspflicht vgl. E. 3). Die Patientin unterlässt es namentlich, die vom Zivilgericht vorgebrachten Argumente ■ wiederholtes problemloses Passieren der Stenose bei früheren Bronchoskopen, Fehlen von Richtlinien zur Dauer des Passierens von Stenosen, Einsatz eines flexiblen Bronchoskops, Vorliegen eines Rückschaufehlers von PD C\_\_\_\_ ■ zu entkräften. Mangels hinreichender Begründung kann auf die Kritik der Patientin nicht eingegangen werden. Die zivilgerichtliche Einschätzung, dass das Passieren der Stenose keinen Behandlungsfehler darstellt, ist somit nicht zu beanstanden.

6.4 Zum Vorwurf (3), Dr. B\_\_\_\_ habe nach Abfall der Sauerstoffsättigung unter 74 % pflichtwidrig unter Druck Sauerstoff zugeführt, hielt das Zivilgericht fest, dass gemäss dem Gutachter PD C\_\_\_\_ bei einem Abfall der peripher gemessenen Sauerstoffsättigung die Erhöhung des Sauerstoffangebots durchaus geboten sei. Üblicherweise erfolge diese Erhöhung über eine Nasensonde. Die Applikation des Sauerstoffs direkt über den Arbeitskanal des Bronchoskops habe jedoch einen stärkeren Effekt, da der Sauerstoff direkt in die Atemwege gelange. Dieses Vorgehen sei nicht unüblich. Allerdings sei zu beachten, dass es dadurch nicht zur Drucksteigerung komme (Gutachten von PD C\_\_\_\_, Ziffer 4.9).

Der Gutachter PD C \_\_\_\_ ■ so das Zivilgericht ■ halte zusammengefasst fest, dass die Applikation des Sauerstoffs über den Arbeitskanal keine Sorgfaltspflichtverletzung darstelle; dies habe auch die Patientin an der Hauptverhandlung anerkannt (Zivilgerichtsentscheid, E. 7.2.4).

Die Patientin führt in der Berufung aus, dass eine weitere Sauerstoffuntersättigung Dr. B \_\_\_\_ veranlasst habe, die Bronchoskopie abubrechen. Danach sei das weitere Vorgehen nicht dokumentiert. Es sei «davon auszugehen, dass Dr. B \_\_\_\_ weiterhin Luft in die zusammengefallenen Lungen presste und so unter anderem ■ das massive [ ] Hautemphysem ■» auslöste (Berufung, Rz 81). Wiederum bezeichnet die Patientin die zivilgerichtliche Erwägung nicht, die sie kritisieren möchte. Sodann setzt sie sich mit dem Entscheid ■ gemeint ist wohl E. 7.2.4 ■ nicht auseinander, sondern legt einfach ihre Sicht der Dinge dar ■ ohne diese mit Beweismitteln zu belegen. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht erneut nicht nach (vgl. dazu E. 3 und E. 6.3).

6.5 Zum Vorwurf (5), Dr. B \_\_\_\_ habe den Reanimations-Alarm (REA-Alarm) zu spät ausgelöst, erwog das Zivilgericht Folgendes: Der Kanton und das Spital legten dar, dass ein vorübergehender Abfall der peripher gemessenen Sauerstoffsättigung bei Bronchoskopien nichts Ungewöhnliches sei und auch nichts Beunruhigendes, weil die Patienten unter dem Einfluss des Schlafmittels weniger tief atmeten. Dies ■ so das Zivilgericht ■ habe auch der Zeuge Prof. F \_\_\_\_ bestätigt. Weiter brächten der Kanton und das Spital vor, dass Dr. B \_\_\_\_ nicht habe annehmen müssen, es liege eine schwere Komplikation vor; die vorübergehenden Abfälle der peripheren Sauerstoffsättigung während der Bronchoskopie seien nicht von einem Pneumothorax verursacht worden; wenn ein Abfall der Sättigung von einem Pneumothorax verursacht werde, könne sich die Sauerstoffsättigung ohne Einlage einer Bülau-Drainage nicht wieder erholen. Gemäss dem Ausdruck des Pulsoxymeters ■ so das Zivilgericht weiter ■ sei die Sauerstoffsättigung während der gesamten Bronchoskopie nie unter 74 % gesunken (mit Hinweisen auf die Klageantwortbeilage 29 und das Gutachten von PD C \_\_\_\_, Ziffer 5.7). Ein Abfall auf nicht unter 74 % während weniger Minuten reiche nicht aus, um eine Hirnschädigung zu verursachen. Der Zeuge Prof. F \_\_\_\_ habe glaubwürdig ausgesagt, dass es sich beim Pulsoxymeter-Ausdruck um denjenigen der Patientin vom 18. Mai 2010 handle. Damit ■ so das Zivilgericht ■ sei erstellt, dass die Patientin während der Bronchoskopie und der Einlage der Bülau-Drainagen keinen länger dauernden Abfall der Sauerstoffsättigung erlitten habe. Das Herbeirufen des REA-Teams trotz vorhandenen Kreislaufs sei unter diesen Umständen als Vorsichtsmassnahme zu werten; das REA-Team habe sodann auch gar nicht eingreifen müssen, da die Patientin immer ausreichend Blutdruck gehabt habe (Zivilgerichtsentscheid, E. 7.3.1).

Die Patientin wendet in der Berufung ein, dem Bericht von Dr. B \_\_\_\_ lasse sich nicht entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Sauerstoffuntersättigung eingetreten sei und wie lange diese gedauert habe. Sie habe die vorhandenen echtzeitlichen Dokumente ausgewertet und den Verlauf in einem Diagramm dargestellt (mit Verweis auf die Klage, Rz 36). Es sei sinnvoll, hier auf die Pulsoxymeter-Kurven einzugehen, die den Verlauf der Sauerstoffsättigung und des Pulses wiedergäben. Sie habe bisher bestritten, dass diese Kurven den Verlauf der Bronchoskopie vom 18. Mai 2010 wiedergäben, mit der Begründung, dass die im Bericht von Dr. B \_\_\_\_ erwähnte Sauerstoffuntersättigung nicht aufgezeichnet sei. Das Zivilgericht habe aber nun gerade mit diesen Kurven begründet, dass der Nachweis einer Schädigung nicht erbracht sei. Die Bedeutung, die der Pulsoxymeter-Ausdruck im Zivilgerichtsentscheid erhalten habe, habe die Patientin

«veranlasst, ihn noch einmal ganz genau zu prüfen». Das Zivilgericht und auch die Gutachter hätten unbesehen die Behauptung übernommen, die sinkenden Kurven seien auf das Abfallen des Clips zurückzuführen. Der Pulsoxymeter-Ausdruck sei insofern irreführend, als er verkleinert worden sei und die beiden Kurven auf der Zeitachse verschoben seien. Die Patientin sei somit «über die Bedeutung dieses Beweismittels getäuscht» worden. Sie reiche deshalb die Kurven im korrekten Format und in korrekter zeitlicher Darstellung ein. Die zeitliche Synchronisierung der beiden Kurven habe «einen bedeutenden Einfluss auf die Wertung des Verlaufs der Bronchoskopie». Wenn man die Kurven genau analysiere, sehe man das Abfallen der Sauerstoffsättigung von über 90 % bis auf die Messgrenze von 60 %. Die Pulsfrequenz hingegen steige an. Damit sei zweierlei gezeigt: Erstens sei der Abfall der Sauerstoffsättigung nicht auf einen Clip-Abfall zurückzuführen, sonst wäre auch keine Messung des Pulses möglich. Zweitens weise der Pulsanstieg darauf hin, dass das Herz bemüht sei, den Organen mehr Sauerstoff zuzuführen (Berufung, Rz 15■21; Replik, Rz 22■27).

Die Patientin geht auch hier nicht wirklich auf die eingehende zivilgerichtliche Argumentation ein, sondern legt ihre Sicht der Dinge dar, nämlich, dass die Sauerstoffsättigung bis auf die Messgrenze von 60 % gefallen sei. Diese Sicht findet allerdings im Gutachten von PD C\_\_\_\_\_ keine Stütze (Ziffer 5.7) ■ und auch in den weiteren ärztlichen Stellungnahmen nicht. Hinzu kommt, dass die Patientin Gelegenheit gehabt hätte, dies bereits vor Zivilgericht vorzutragen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Patientin die angebliche Irreführung durch die leicht verkleinerten und versetzten Sauerstoffsättigungs- und Pulskurven bei zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Zivilgericht hätte thematisieren können. Mit anderen Worten: Bei den in der Berufung aufgestellten Tatsachenbehauptungen handelt es sich um unzulässige Noven, die nicht berücksichtigt werden können (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

6.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht einen Behandlungsfehler (Sorgfaltspflichtverletzung) der behandelnden Ärzte zu Recht verneint hat.

## 7. Dokumentation der Behandlung

Zur Frage der Dokumentation der Behandlung durch das Spital gab das Zivilgericht zunächst die Beanstandungen der Patientin wieder: Es seien nicht alle Tatsachen dokumentiert worden, die für die weitere Behandlung relevant gewesen seien. So seien weder der Zustand der Patientin bei Abbruch der Bronchoskopie noch die Folgebehandlung mit dem Einlegen der Bülau-Drainagen erwähnt. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ■ so das Zivilgericht ■ müsse das Spital nur das dokumentieren, was aus medizinischen Gründen notwendig und üblich sei. Sofern eine Dokumentation hingegen aus medizinischen Gründen nicht notwendig und üblich sei, könne mit deren Fehlen nicht eine Beweiserleichterung begründet und der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung erbracht werden. Der Arzt komme seiner Dokumentationspflicht auch dann nach, wenn er mittels Skizzen, Stichworten, fachspezifischen Abkürzungen oder für andere Fachpersonen verständlichen Kürzeln dokumentiere; selbstverständliche Routinehandlungen und -kontrollen brauchten nicht dokumentiert zu werden. Im vorliegenden Fall ■ so das Zivilgericht weiter ■ sei dem Gutachten von PD C\_\_\_\_\_ zu entnehmen, dass das Einlegen der Bülau-Drainagen nicht gut dokumentiert worden sei. Gleichzeitig halte das Gutachten aber auch fest, dass die gesamte Dauer für die Einlage der Drainagen angemessen gewesen sei und bei der Einlage der Drainagen keine Sorgfaltspflichtverletzung erfolgt sei. Demnach seien die Aufzeichnungen von Dr. B\_\_\_\_\_ detailliert genug, damit der Gutachter diese Frage

habe beantworten können. Hinzu komme, dass sich die korrekte Lage der Bülau-Drainagen aus den CT-Bildern ergebe. Ob zuerst die rechte oder die linke Drainage angelegt worden sei, sei weder aus medizinischen noch beweistechnischen Gründen relevant. Auch die exakte Zeit, die für das Einlegen benötigt worden sei, sei nicht entscheidend, dies angesichts der Tatsache, dass die Sauerstoffsättigung gemäss dem Pulsoxymeter-Ausdruck in der gesamten Zeit nicht unter 74 % gesunken sei. Somit könne die Patientin aus einem eher knapp gehaltenen Bericht nichts zu ihren Gunsten ableiten (Zivilgerichtsentscheid, E. 8).

Die Patientin wendet dagegen ein, dass der Bericht von Dr. B\_\_\_\_ die Komplikationen nicht erwähne, die bereits weit vor Abbruch der Bronchoskopie stattgefunden hätten. Der Bericht ■ gemeint ist möglicherweise die Pulsoxymeterkurve ■ sei nicht nach den Regeln über die Dokumentationspflicht erstellt und widerspreche der Behauptung von Dr. B\_\_\_\_, die Sauerstoffsättigung sei nie unter 74 % gefallen. Damit entfielen auch die Spekulationen des Zivilgerichts über die Möglichkeiten einer Hirnschädigung wegen Sauerstoffuntersättigung. Sie komme genauso in Frage wie die Möglichkeit einer Hirnembolie. Sicher nachweisbar sei schliesslich der Hirnschaden. Ob dieser nun durch eine Sauerstoffuntersättigung oder eine Embolie eingetreten sei, sei für die Haftung irrelevant. Die Hirnschädigung sei die adäquat kausale Folge der Sorgfaltspflichtverletzungen und Kompetenzüberschreitungen von Dr. B\_\_\_\_ (Berufung, Rz 69■71; vgl. auch Rz 9).

Mit diesen Ausführungen legt die Patientin wiederum ihre Sicht der Dinge dar, ohne sich mit der konkreten Erwägung des Zivilgerichtsentscheids auseinanderzusetzen. Zudem unterlässt sie es, ihre Sicht der Dinge mit Beweismitteln zu belegen. Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht (vgl. E. 3) nicht nach. Auf ihre Ausführungen ist deshalb nicht einzugehen. Im Übrigen sind die Ausführungen der Patientin zu den Komplikationen und zum Sauerstoffabfall unter 74 % unzutreffend: Das Zivilgericht stellte in E. 7.3.1 korrekt dar, dass die Sauerstoffsättigung während der gesamten Bronchoskopie nie unter 74 % fiel (vgl. dazu oben 6.5). Unter diesen Umständen ist die Feststellung des Zivilgerichts nicht zu beanstanden, dass die Patientin aus den festgestellten Mängeln in der Dokumentation nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

## 8. Kausalität der angeblichen Behandlungsfehler

8.1 Das Zivilgericht stellte fest, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung des Spitals nicht nachgewiesen ist (Zivilgerichtsentscheid, E. 7 und 8) ■ dies zu Recht, wie oben dargelegt wurde (E. 5 bis 7). Deshalb ■ so das Zivilgericht ■ müsse die Kausalität nicht mehr geprüft werden. «Der Vollständigkeit halber» hielt es aber fest, dass die Patientin auch die Kausalität zwischen den (unbewiesen gebliebenen) Sorgfaltspflichtverletzungen, dem doppelten Pneumothorax und der nachfolgenden Hirnschädigung nicht nachgewiesen habe. Es führte aus, dass zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung, der Gesundheitsbeeinträchtigung und dem Schaden ein Bedingungsverhältnis (natürliche Kausalität) und ein Zurechnungsverhältnis (adäquate Kausalität) gegeben sein müsse. Die natürliche Kausalität müsse von der geschädigten Patientin mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden (Zivilgerichtsentscheid, E. 9.1 und 9.2).

Das Zivilgericht fasste in diesem Zusammenhang sodann die wesentlichen Aussagen des Gutachters PD C\_\_\_\_ zur natürlichen Kausalität zusammen (Gutachten, Ziffer 6.1):

Demnach sei es bei der Patientin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem Barotrauma (Druckverletzung) der Lunge gekommen. Bei einem schweren Barotrauma könne es nicht nur zu einem peripheren Lungenriss (mit der Konsequenz Pneumothorax) kommen, sondern auch zu einem zentralen Lungenriss (mit nachfolgendem Einströmen von Sauerstoff in die Blutgefäße). Wie bei einem schweren Barotrauma beim Tauchen sei auch hier eine arterielle Gasembolie ein häufiges Ereignis. Die als eher diffus zu beschreibenden neurologischen Ausfälle passten gut zu diesem Krankheitsbild. Der fehlende Nachweis intrazerebraler Gasblasen schliesse eine zerebrale Gasembolie nicht aus. Im von Prof. J\_\_\_\_\_ am 28. Mai 2010 erstellten Befund der CT-Untersuchung ■ so PD C\_\_\_\_\_ ■ werde ein Bildmuster umschrieben, das sowohl Komponenten einer Gasembolie als auch einer Hypoxämie (Sauerstoffmangel im arteriellen Blut) zeige. Es sei nicht auszuschliessen, dass es sekundär durch die Gasembolie zu einer passageren Hypoxämie gekommen sei. Mit ziemlicher Sicherheit sei die Hypoxämie im Vergleich zur Gasembolie von untergeordneter Bedeutung für die Entstehung des Hirnschadens. Die Ursache des Hirnschadens sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die gleiche wie die Ursache der beiden Pneumothoraxes, so dass die Frage nach dem Kausalzusammenhang mit ja beantwortet werden müsse. Zu diesen Ausführungen des Gutachters PD C\_\_\_\_\_ hielt das Zivilgericht fest, dass PD C\_\_\_\_\_ den Kausalzusammenhang pauschal bejahe, ohne sich differenziert mit den diesbezüglichen Anforderungen auseinanderzusetzen. Eine genauere Betrachtung seiner Ausführungen ergebe, dass die Anforderungen an die überwiegende Wahrscheinlichkeit eben gerade nicht gegeben seien. In Ziffer 6.4 seines Gutachtens halte er fest, dass das seiner Meinung nach bei der Bronchoskopie entstandene Barotrauma mit Wahrscheinlichkeit ursächlich für den Hirnschaden sei. Hier gehe er selbst nicht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus. Sodann halte er nur mit ziemlicher Sicherheit die Hypoxämie im Vergleich zur Gasembolie für von untergeordneter Bedeutung. Es sei demnach keineswegs so ■ so das Zivilgericht ■, dass nicht auch eine Hypoxämie vernünftigerweise als Ursache für die Hirnschädigung in Betracht komme. In Ziffer 8.1 seines Gutachtens halte PD C\_\_\_\_\_ weiter fest, dass es bei der Patientin mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Barotrauma gekommen sei. Eine hohe Wahrscheinlichkeit ■ so das Zivilgericht ■ sei aber keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, bei welcher die Möglichkeit, dass es sich auch anders zugetragen haben könnte, vernünftigerweise nicht mehr in Betracht fallen dürfe. Ausserdem ziehe sich die bereits gezeigte Schwachstelle im Gutachten auch bei der Beurteilung des Kausalverlaufs weiter: PD C\_\_\_\_\_ stelle zum möglichen Ablauf eines Barotraumas nach Verschluss der Stenose mit nachfolgender Hirnschädigung eine These auf, die er nicht zu beweisen vermöge. Unter diesen Umständen sei der Kausalzusammenhang zwischen dem Vorgehen von Dr. B\_\_\_\_\_ während der Bronchoskopie und dem erlittenen Hirnschaden nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen (E. 9.3).

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Kausalität wies das Zivilgericht schliesslich erneut auf das Problem des Rückschaufehlers im Gutachten von PD C\_\_\_\_\_ hin: Der Gutachter versuche, eine Erklärung für die tragische Hirnschädigung der Patientin zu finden; in Kenntnis des eingetretenen Schadens versuche er retrospektiv den Vorgang zu erklären. Als Mediziner sei dies seine Aufgabe, als medizinischer Gutachter in einem Haftpflichtprozess sei dies aber falsch. Vielmehr müsse er den Sachverhalt beurteilen, wie er sich bei der konkreten Bronchoskopie präsentiert habe, und ergründen, ob damals damit zu rechnen gewesen sei, dass es durch die Wahl des Bronchoskops, beim Passieren der Stenose oder beim Einblasen von Sauerstoff zu einem Pneumothorax und in der Folge zu einer Hirnschädigung komme. Dies sei hier gerade nicht der Fall gewesen. Damit misslinge

der Nachweis der Kausalität (E. 9.4 und 9.5).

8.2 Die Patientin kritisiert, das Zivilgericht verneine die Kausalität zwischen den (unbewiesenen) Sorgfaltspflichtverletzungen von Dr. B.\_\_\_\_\_ und dem doppelten Pneumothorax und der nachfolgenden Hirnschädigung deshalb, weil der Gutachter PD C.\_\_\_\_\_ nicht «überwiegend wahrscheinlich» geschrieben habe. Es sei überspitzt, die Kausalität zu verneinen, weil der Gutachter von einer «hohen Wahrscheinlichkeit» ausgehe statt von einer «überwiegenden Wahrscheinlichkeit», wie sie im schweizerischen Haftpflichtrecht verlangt werde. Von einem Gutachter, der mit dem schweizerischen Haftpflichtrecht nicht vertraut sei, könne nicht verlangt werden, dass er sich der unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser Begriffe bewusst sei. Aus seinen Ausführungen gehe klar hervor, dass er es für «überwiegend wahrscheinlich» halte, dass die Hirnschädigung aufgrund der mangelhaft durchgeführten Bronchoskopie entstanden sei; er habe dies mehrfach deutlich zum Ausdruck gebracht, nämlich in den Ziffern 5.1, 5.2, 5.4, 5.9, 6.1 und 6.2 seines Gutachtens (Berufung, Rz 72-76).

8.3 Die Kritik der Patientin ist nicht stichhaltig: Das Zivilgericht hielt fest, dass der Gutachter PD C.\_\_\_\_\_ in Ziffer 6.1 zwar «mit überwiegender Wahrscheinlichkeit» einen Kausalzusammenhang bejahe zwischen dem Einströmen von Sauerstoff bei gleichzeitigem Verschluss des trachealen Querschnitts und einem Barotrauma. Allerdings legte das Zivilgericht auch drei Schwachstellen des Gutachtens dar: (1) In Bezug auf das erste Glied der vom Gutachter angenommenen Kausalkette (zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Barotrauma) sei die vom Gutachter vertretene These eines Barotraumas nicht bewiesen. (2) In Bezug auf das zweite Glied der Kausalkette (zwischen Barotrauma und Hirnschädigung) bestehe nur «mit Wahrscheinlichkeit» ein Kausalzusammenhang ■ und nicht mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit. (3) Der Gutachter unterliege schliesslich einem Rückschaufehler. Die Kritik der Patientin, das Zivilgericht verneine die Kausalität nur deshalb, weil der Gutachter nicht «überwiegend wahrscheinlich» (sondern nur «hoch wahrscheinlich») geschrieben habe, ist somit unzutreffend. Mit den weiteren Überlegungen des Zivilgerichts setzt sich die Patientin nicht auseinander. Ebenso unterlässt sie es auszuführen, inwiefern genau die von ihr angegebenen Stellen im Gutachten (Ziffern 5.1, 5.2, 5.4, 5.9, 6.1 und 6.2) deutlich zum Ausdruck brächten, dass der Gutachter es für «überwiegend wahrscheinlich» halte, dass die Hirnschädigung aufgrund der mangelhaft durchgeführten Bronchoskopie entstanden sei. An den von ihr bezeichneten Stellen spricht der Gutachter nämlich nicht von einer «überwiegenden Wahrscheinlichkeit»: In Ziffer 5.1 findet sich der Begriff oder ein ähnlicher Begriff gar nicht, in Ziffer 5.2 ist von «ziemlicher Sicherheit» die Rede, in Ziffer 5.4 von «ziemlicher Wahrscheinlichkeit», in Ziffer 5.9 von einer fehlenden (!) «überwiegenden Wahrscheinlichkeit», dass die Behandlung auf der Intensivstation kausal für den Hirnschaden der Patientin war, und in Ziffer 6.2 wiederum von «ziemlicher Sicherheit». Die Stellen bringen also keineswegs zum Ausdruck, dass der Gutachter die Kausalität zwischen der Bronchoskopie und dem erlittenen Hirnschaden als «überwiegend wahrscheinlich» erachtet. Mit der Ziffer 6.1, in welcher der Gutachter von «überwiegender Wahrscheinlichkeit» spricht, befasste sich das Zivilgericht eingehend (vgl. oben E. 8.1). Unter diesen Umständen erschüttert die Kritik der Patientin die zivilgerichtliche Annahme eines fehlenden Kausalzusammenhangs nicht, zumal die Bronchoskopie keinesfalls eine typische Ursache für die eingetretenen Schädigungen darstellt (vgl. oben E. 5.2).

9. Sachentscheid und Kostenentscheid

9.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht zu Recht eine Sorgfaltspflichtverletzung (vgl. dazu oben E. 5 bis 7) und einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen (angeblicher) Sorgfaltspflichtverletzung und Hirnschädigung bei der Patientin als nicht nachgewiesen erachtet hat (vgl. dazu oben E. 8). Der angefochtene Zivilgerichtsentscheid ist folglich nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Berufung ist abzuweisen.

9.2 Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend sind die Prozesskosten der unterliegenden Patientin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens richten sich nach den erstinstanzlichen Ansätzen (§ 12 des Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SG 154.810]). Bei einem Streitwert von CHF 84'285.■ beträgt die Grundgebühr zwischen CHF 3'000.■ und 6'000.■. Angesichts der vergleichsweise hohen Komplexität des Falls ist dieser Rahmen auszuschöpfen und sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren mit CHF 6'000.■ festzusetzen.

Die Patientin bezahlt dem Kanton und dem Spital sodann eine Parteientschädigung. Diese berechnet sich im Berufungsverfahren nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 der Honorarordnung [HO, SG 291.400]). Bei einem Streitwert von CHF 84'285.■ beläuft sich das erstinstanzliche Grundhonorar auf CHF 5'200.■ bis 9'100.■ (§ 4 Abs. 1 lit. b Ziffer 9 HO). Wie im erstinstanzlichen Verfahren ist dieser Rahmen auch im Berufungsverfahren auszuschöpfen und ein Komplexitätszuschlag von 50 % zuzulassen. Demnach beträgt das erstinstanzliche Grundhonorar CHF 13'650.■. Aufgrund des Drittelsabzugs für das Berufungsverfahren beträgt die Parteientschädigung im vorliegenden Fall CHF 9'100.■. Auslagen machen der Kanton und das Spital nicht geltend. Sie verlangen hingegen die Zusprechung der Mehrwertsteuer, da sie nach der Pauschalsteuermethode abrechnen würden. Sie könnten deshalb die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuer abziehen (Berufungsantwort, Rz 259). Dies wird von der Patientin nicht bestritten, sodass dem Antrag zu folgen ist.

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