

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.26 vom 17. Mai 2022

BS Appellationsgericht, 2022-05-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2021.26

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.26 du 17 mai 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.26 del 17 maggio 2022

Volltext

Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

ZB.2021.26

ENTSCHEID

vom 17. Mai 2022

Mitwirkende

Dr. Olivier Steiner, Dr. Claudius Gelzer, Dr. Andreas Traub

und Gerichtsschreiber Dr. Alexander Zürcher

Parteien

A ___ Klägerin

[...] Berufungsklägerin

vertreten durch [...], Rechtsanwalt,

[...]

gegen

B ___ Beklagter

[...] Berufungsbeklagter

vertreten durch [...], Rechtsanwalt,

[...]

Universitätsspital Basel Nebenintervenientin

Hebelstrasse 32, 4056 Basel

vertreten durch [...], Advokatin,

[...]

Gegenstand

Berufung gegen einen Entscheid des Zivilgerichts

vom 26. November 2020

betreffend Forderung

Sachverhalt

Nach einer Flugreise im Februar 2013 stellten sich bei der im Jahr 1955 geborenen A_____ (Patientin) Rücken- und Beinschmerzen ein. Sie konsultierte ihren Hausarzt B_____ (Hausarzt) am 25. und 28. Februar 2013. Dieser veranlasste eine Infiltration, die am 5. März 2013 im C_____ -Spital in Basel durchgeführt wurde. Am Morgen des 11. März 2013 erwachte die Patientin mit erheblich verstärkten Schmerzen und stellte beim Ankleiden fest, dass ihr rechtes Bein Lähmungserscheinungen zeigte. Sie meldete sich telefonisch beim Hausarzt und nahm den angebotenen Termin am Nachmittag desselben Tags wahr. Der Hausarzt veranlasste sofort eine MRI-Untersuchung, die am 13. März 2013 im C_____ -Spital stattfand. Dieses stellte eine zunehmende Gehschwäche rechts bei Diskusprolaps auf der Höhe LWK 4/5 respektive LWK 5/SWK 1 fest und erwähnte einen klinisch deutlich schwächeren Dorsalreflex im rechten Fuss. Als Befunde erhob es eine nach kranial umgeschlagene, sequestrierte Bandscheibenhernie auf der Höhe LWK 4/5 mit einer Wurzelkompression auf der Höhe LWK 4. Noch am 13. März 2013 überwies der Hausarzt die Patientin ins Universitätsspital Basel. Am 25. März 2013 wurde die Diskushernie im Universitätsspital operativ entfernt. Gemäss den Angaben der Patientin kam es trotz der Operation zu keiner Erholung und sie leidet seither an einer persistierenden Fussheberschwäche.

Mit Schlichtungsgesuch vom 27. Dezember 2016 beantragte die Patientin, es sei der Hausarzt zu verpflichten, ihr CHF 42'427.10 nebst Zins zu zahlen, dies unter dem Vorbehalt der Mehrforderung. Nachdem im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt worden war, reichte sie am 21. August 2017 beim Zivilgericht Basel-Stadt eine entsprechende Klage über noch CHF 41'503.35 nebst Zins ein. Mit Klageantwort vom 9. Oktober 2017 beantragte der Hausarzt die Abweisung der Klage. Nach einem zweiten Schriftenwechsel beantragte das streitberufene Universitätsspital Basel (Spital) ebenfalls die Abweisung der Klage. Mit Verfügung vom 14. August 2018 nahm das Zivilgericht das Spital als streitberufene Nebenpartei auf. Mit Verfügung vom 27. November 2018 beschränkte es das Verfahren auf die Fragen der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs. Sodann gab das Zivilgericht am 11. Juni 2019 ein medizinisches Gutachten bei PD Dr. D_____ in Auftrag, dies zu den Fragen der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs. PD D_____ erstattete am 29. August 2019 sein erstes und am 29. Januar 2020 sein zweites Teilgutachten. Am 26. November 2020 fand die mündliche Hauptverhandlung vor dem Zivilgericht statt. Mit Entscheid vom selben Tag wies das Zivilgericht die Klage ab.

Gegen den schriftlich begründeten Entscheid erhob die Patientin am 11. Mai 2021 Berufung beim Appellationsgericht. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass ihre heutigen gesundheitlichen Beschwerden in Form einer Fussheberlähmung ursächlich kausal durch einen (allenfalls noch zu prüfenden) Behandlungsfehler des Hausarztes am 11. März 2013 verursacht worden seien, und es sei der Fall zur Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen an das Zivilgericht zurückzuweisen. Mit Berufungsantworten vom 12. Juli 2021 beantragen der Hausarzt und das Spital, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Mit Eingaben vom 29. Oktober 2021 und 31. Januar 2022 halten die Verfahrensbeteiligten an ihren Anträgen fest. Die Akten des Zivilgerichts wurden beigezogen. Der vorliegende Entscheid wurde auf dem Zirkulationsweg gefällt.

Erwägungen

1. Eintreten

1.1 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten steht die Berufung gegen erstinstanzliche Entscheide offen, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert dieser Rechtsbegehren CHF 41'503.35. Das vorliegende Rechtsmittel ist folglich als Berufung entgegenzunehmen. Die Patientin hat ihre Berufung frist- und formgerecht eingereicht, weshalb auf die Berufung grundsätzlich eingetreten werden kann.

1.2 Der berufungsbeklagte Hausarzt wendet ein, dass die Berufungsanträge der Patientin ungenügend seien und deshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei.

Die Patientin beantragt mit ihrer Berufung, dass die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Zivilgerichtsentscheid aufzuheben sei. Es sei festzustellen, dass ihre heutigen gesundheitlichen Beschwerden ursächlich kausal durch einen (allenfalls noch zu prüfenden) Behandlungsfehler des Hausarztes am 11. März 2013 verursacht worden sei, und es sei die Streitsache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an das Zivilgericht zurückzuweisen (Berufung, S. 3). Der Hausarzt macht geltend, die Berufung sei ein reformatorisches Rechtsmittel. Die Patientin als Berufungsklägerin dürfe sich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern müsse einen Antrag in der Sache stellen. Im vorliegenden Fall lasse sich ein solcher Antrag in der Sache weder dem Berufungsantrag selbst noch der Berufungsbegründung entnehmen (Berufungsantwort des Hausarztes, Rz 12■14). Sodann beantrage die Patientin lediglich, das Berufungsgericht solle feststellen, dass ihre gesundheitlichen Beschwerden auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen seien. Ein solches Feststellungsbegehren sei unzulässig, da die Patientin ein beziffertes Leistungsbegehren hätte stellen können und das Feststellungsbegehren nur subsidiär erhoben werden dürfe (Rz 15■20). Im Weiteren sei das von der Patientin gestellte Berufungsbegehren um Rückweisung der Streitsache an das Zivilgericht unzulässig. Die Patientin müsse ein Begehren in der Sache stellen. Ein blosses Begehren um Rückweisung an das Zivilgericht genüge nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn ein Entscheid in der Sache durch das Berufungsgericht von vornherein nicht möglich sei. Eine solche Ausnahme liege hier nicht vor (Rz 21■30). Schliesslich seien auch die Voraussetzungen für eine Rückweisung nicht gegeben. Das Zivilgericht habe das Verfahren zwar auf die Fragen der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs beschränkt. Ausgeklammert vom Beweisverfahren sei lediglich die Frage des Schadens. Damit könne nicht die Rede davon sein, dass im Sinn von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden sei oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen sei. Die Schadensberechnung und die Schadensbemessung könnten ohne grösseren Aufwand im Berufungsverfahren nachgeholt werden (Rz 31■34).

Die Berufungsinstanz kann Beweise abnehmen und reformatorisch ■ also neu ■ entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Ein Berufungsantrag muss deshalb ■ wie ein Rechtsbegehren ■ in der Regel so bestimmt sein, dass er im Fall der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Daraus folgt, dass der auf Geldzahlung gerichtete Berufungsantrag zu beziffern ist. Auf einen formell mangelhaften Antrag ist dennoch einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist (BGE 137 III 617 E. 4.3 und 6.2). Ein Rückweisungsantrag reicht hingegen dort aus, wo das Berufungsgericht, sollte es die Auffassung der Berufungsklägerin als begründet erachten, ausnahmsweise kein

Sachurteil fällen, sondern nur kassatorisch entscheiden könnte und die Sache zur weiteren Ergänzung des Sachverhalts an die erste Instanz zurückweisen müsste. Eine solche Rückweisung (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO) ist insbesondere dann geboten, wenn die Klage nach einer Beschränkung des Verfahrens ■ etwa wegen fehlender Zuständigkeit des Gerichts, Verwirkung oder Verjährung des Klageanspruchs, Verneinung der Haftung im Grundsatz ■ abgewiesen wurde und das Berufungsgericht diese Frage gegenteilig entscheidet. Das Berufungsgericht bleibt an die von der ersten Instanz verfügte Verfahrensbeschränkung gebunden. Eine Rückweisung ist auch dann geboten, wenn das Berufungsgericht, um selbst entscheiden zu können, ein ausgedehntes Beweisverfahren durchführen müsste (vgl. zum Ganzen Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 318 N 34; Entscheid des Obergerichts Zürich NP 160019 vom 7. Dezember 2016 E. 1.3; vgl. auch Entscheid des Obergerichts Bern ZK 18 514 vom 12. April 2014 E. 13).

Im vorliegenden Fall enthält der Berufungsantrag der Patientin keinen bezifferten Geldbetrag. Ein solch bezifferter Antrag lässt sich auch der Berufungsbegründung nicht entnehmen. Es gibt allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass die Patientin mit ihrer Berufung auf etwas anderes oder auf weniger abzielen würde als auf die Zusprechung der gemäss dem angefochtenen Entscheid eingeklagten CHF 41'503.35 nebst Zins (vgl. Zivilgerichtsentscheid, S. 3 oben und E. 1). Zudem beschränkte das Zivilgericht das Verfahren mit Verfügung vom 27. November 2018 auf die Prüfung der Grundsatzfragen der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs. In dieser Konstellation bleibt das Berufungsgericht an die vom Zivilgericht verfügte Verfahrensbeschränkung gebunden und ein reformatorischer Entscheid kommt nicht in Frage. Es genügt diesfalls, dass die Berufungsklägerin für den Fall, dass ihre Auffassung als begründet erachtet wird, den Antrag stellt, dass die Sache an die erste Instanz zurückgewiesen wird zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen (vgl. auch AGE ZB.2021.20 vom 8. November 2021 E. 1). Der vorliegende Berufungsantrag auf Feststellung des Kausalzusammenhangs und auf Rückweisung der Streitsache an das Zivilgericht zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ist somit prozessual genügend. Entgegen der Auffassung des berufungsbeklagten Hausarztes ist auf die Berufung einzutreten.

1.3 Zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

2. Entscheid des Zivilgerichts und Kritik der Patientin im Überblick

2.1 Das Zivilgericht hielt in seinem Entscheid zunächst fest, dass die Patientin einen Schadenersatzanspruch für Erwerbsausfall und einen Genugtuungsanspruch aus einem Behandlungsvertrag mit dem Hausarzt geltend mache (Zivilgerichtsentscheid, E. 1). Sodann führte es aus, dass es für das vorliegende Verfahren keinen Unterschied mache, ob das Spital als Streitberufene Nebenpartei oder als intervenierende Nebenpartei behandelt werde (E. 2).

In Bezug auf den Schadenersatzanspruch führte das Zivilgericht aus, dass die Patientin den Schaden, die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Hausarztes (Vertragsverletzung) und dem Schaden beweisen müsse. Sodann legte es die Voraussetzungen dar an das Vorliegen und den Beweis der Vertragsverletzung und des

Kausalzusammenhangs (E. 3). Zum Beweis der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs holte das Zivilgericht bei PD D____ ein zweiteiliges Gerichtsgutachten ein. Das Zivilgericht erachtete dieses Gutachten als vollständig, nachvollziehbar, klar und schlüssig (E. 4). Aufgrund dieses Gutachtens und des Aktengutachtens von Dr. E____ hielt es fest, dass der Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Vertragsverletzung durch den Arzt und dem geltend gemachten Schaden nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei. Folglich bestehe kein Anspruch auf Schadenersatz (E. 5).

In Bezug auf den Genugtuungsanspruch führte das Zivilgericht aus, dass es auch hier bereits am Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen angeblicher Vertragsverletzung und der geltend gemachten seelischen Unbill fehle. Folglich bestehe auch kein Anspruch auf Genugtuung (E. 6).

2.2 In ihrer Berufung macht die Patientin im Kern geltend, das Zivilgericht habe zu Unrecht den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden als nicht nachgewiesen erachtet. Sie stellt die Beweiskraft des Gerichtsgutachtens von PD D____ nicht in Frage, kritisiert aber, dass das Zivilgericht aus dem Gerichtsgutachten die falschen Schlüsse gezogen habe. Zum einen habe es die am 11. März 2013 bestehenden motorischen Defizite der Patientin und die damit einhergehende dringliche Operationsindikation nicht richtig eingeschätzt. Zum anderen habe es auch die Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden nach der Konsultation falsch eingeschätzt. Die Patientin macht somit geltend, (1) dass entgegen der zivilgerichtlichen Einschätzung am 11. März 2013 ein (mittel-)schweres motorisches Defizit (Kraftgrad M3 oder schlechter) bestand und (2) dass bei einer fachgerechten Behandlung durch den Hausarzt an diesem Tag die Patientin mit einem Wahrscheinlichkeitsgrad von über 97 % wieder vollständig genesen wäre ■ dies gestützt auf eine neuere Studie von Petr et al. Das Zivilgericht hätte den Kausalzusammenhang zwischen einer (noch zu prüfenden) Vertragsverletzung des Hausarztes und den heutigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Patientin mit anderen Worten bejahen müssen (Berufung, Rz 5■16).

Diese Kritik wird in den nachfolgenden Erwägungen näher ausgeführt und geprüft. Dabei befasst sich E. 3 mit der Schwere der motorischen Defizite der Patientin im Zeitpunkt der Konsultation beim Hausarzt. E. 4 beschlägt die Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden nach der Konsultation.

3. Schwere der motorischen Defizite

3.1 Das Zivilgericht holte bei PD Dr. D____, Leiter Wirbelsäulenchirurgie am [...], ein Gerichtsgutachten ein. Zur Vermeidung eines allfälligen Rückschaufehlers stellte es PD D____ die Fragen in zwei Teilen zu. Im ersten Teil wurden ihm allgemeine Fragen gestellt, die er ohne detaillierte Kenntnis der Krankenakten beantworten konnte; im zweiten Teil wurden ihm weitere Fragen vorgelegt und weitere Akten zugestellt (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.2).

In einem ersten Schritt beurteilte das Zivilgericht die beiden Teilgutachten vom 29. August 2019 (Teilgutachten I) und vom 29. Januar 2020 (Teilgutachten II) als vollständig (E. 4.2.1).

In einem zweiten Schritt prüfte das Zivilgericht, ob die beiden Teilgutachten auch nachvollziehbar, klar und schlüssig seien. Zur Frage der Schwere der motorischen Defizite

■ der erste von zwei im Berufungsverfahren strittigen Punkten ■ verwies das Zivilgericht einleitend auf das Teilgutachten I, wonach zur Quantifizierung der Muskelfunktion ein 6-stufiges Schema von Kraftgraden verwendet werde, von M5 bis M0: 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 werden, 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). Im vorliegenden Fall sei gemäss dem Teilgutachten I in der dokumentierten Untersuchung des Hausarztes vom 11. März 2013 keine genaue Krafteinteilung genannt, aber von «deutlichen» Lähmungszeichen die Rede ■ eine Terminologie, die üblicherweise bei höhergradigen Paresen (schlechter als M3) verwendet werde. Bei Kraftgraden von M2 bis M0 sei auch von einer massiven Beeinträchtigung beim Laufen auszugehen. Dies werde allerdings nicht eindeutig in der Anamnese oder den Untersuchungsbefunden erwähnt. Man könne deshalb spekulieren und bei der Patientin von einem Kraftgrad von M3 ausgehen (E. 4.2.2, S. 20 mit Verweis auf das Teilgutachten I, Ziffer 2). Das Zivilgericht gab sodann die weiteren Ausführungen des Gutachters wieder, wonach sich der am 11. März 2013 bestehende Schweregrad der Parese (Muskelschwäche) und das damit verbundene Risiko nicht konkretisieren liessen ■ dies aufgrund der nicht detaillierten neurologischen Untersuchung und der nur rudimentär dokumentierten Anamnese. Der Gutachter gehe von einer höhergradigen Schwäche aus und schätze den Kraftgrad im Teilgutachten I ohne Kenntnis des weiteren Verlaufs auf M3 und im Teilgutachten II auf M3 oder schlechter ein. Zudem halte er fest, dass die Einschätzung der Dynamik zwischen dem 11. und 13. März 2013 retrospektiv nur eingeschränkt möglich sei, aber wahrscheinlich handle es sich von Beginn an um eine hochgradige und relevante Schwäche des Fusses (E. 4.2.2, S. 20 f. mit Verweisen auf das Teilgutachten I, Ziffern 2 und 4b, und das Teilgutachten II, Ziffer 11b). Zusammenfassend hielt das Zivilgericht fest, dass die Teilgutachten I und II insgesamt nachvollziehbar, überzeugend und widerspruchsfrei seien (E. 4.2.3).

In einem dritten Schritt folgerte das Zivilgericht aus den beiden Teilgutachten, dass der Kraftgrad am 11. März 2013 im Nachhinein nicht mehr sicher festgestellt werden könne. Aufgrund der Darlegungen des Gutachters (und weiterer Mediziner) sei nicht erstellt, dass die Patientin am 11. März 2013 in die Gruppe mit schweren motorischen Defiziten (Kraftgrade M0 bis M2 oder M3) einzuordnen gewesen wäre. Für Patienten mit leichten Schwächen (Kraftgrad M4) könne gemäss der Studie Petr et al. kein signifikanter Unterschied festgestellt werden zwischen der Gruppe, die innert 48 Stunden operiert worden sei, und der Gruppe, die später operiert worden sei. Selbst wenn man einzig auf diese Studie abstelle und die übrigen Studien ausser Acht liesse, könnte die Patientin folglich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beweisen, dass sie sich bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden erholt hätte (E. 5.3.1, S. 28 f.).

3.2 Die Patientin macht in Bezug auf die Schwere ihrer motorischen Defizite erstens geltend, die beiden Teilgutachten bestätigten, dass bei der Untersuchung durch den Hausarzt vom 11. März 2013 lediglich ein Kraftgrad von M3 oder schlechter bestanden und damit eine dringliche Operationsindikation vorgelegen habe. Zur Untermauerung ihres Standpunkts zitiert sie kurze Passagen aus dem Teilgutachten I (Ziffern 2 und 3) und dem

Teilgutachten II (Ziffern 11b und 19). Das Zivilgericht weiche zu Unrecht von der Einschätzung des Gutachters ab und erachte den Beweis eines Kraftgrads von M3 oder schlechter als nicht erbracht (Berufung, Rz 17■27).

Im Folgenden werden zunächst die vier von der Patientin bezeichneten gutachterlichen Passagen zur Frage des Umfangs der motorischen Defizite am 11. März 2013 zitiert, und zwar etwas ausführlicher, als es die Patientin in ihrer Berufung tut. Zudem wird eine fünfte Passage (Teilgutachten I, Ziffer 4b) wiedergegeben. In seinem Teilgutachten I ■ vor der persönlichen Untersuchung der Patientin ■ äusserte sich PD D_____ zum Umfang der motorischen Defizite am 11. März 2013 so:

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■ beziehungsweise 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).

In seinem Teilgutachten II ■ nach der persönlichen Untersuchung der Patientin ■ äusserte sich der Gutachter zu den motorischen Defiziten so:

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).

Entgegen der Auffassung der Patientin bestätigen diese fünf Passagen in den Teilgutachten nicht, dass bei ihr am 11. März 2013 lediglich ein Kraftgrad von M3 oder schlechter bestand. Zu den einzelnen Passagen ist Folgendes festzuhalten: In der zitierten Passage 1 wird darauf hingewiesen, dass der Schweregrad der motorischen Defizite «nicht eindeutig» dokumentiert sei und man deshalb «nur spekulieren und von einem Kraftgrad M3 ausgehen» könne. Mit dieser Aussage ist ein Kraftgrad von M3 (oder gar schlechter) nicht

mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt. Dies trifft noch stärker auf die Passage 3 zu. In der Passage 2 trifft der Gutachter die Annahme, dass die vom Hausarzt dokumentierten «deutlichen Lähmungszeichen» das Gleiche bedeuteten wie eine «Fussheberlähmung». Mit dieser Annahme ist ebenfalls nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass eine Fussheberlähmung vorlag; zudem weist das Spital zu Recht darauf hin, dass sich der Gutachter damit nicht zum verbleibenden Kraftgrad gemäss der sechsteiligen Skala M0 bis M5 äussert (Berufungsantwort, Rz 29). In den Passagen 4 und 5 äussert er sich etwas dezidierter, indem er nunmehr einen Kraftgrad M3 oder schlechter annimmt. Gleichzeitig legt er offen, dass diese dezidiere Einschätzung im Kern auf den späteren Aussagen der Patientin ihm gegenüber ■ und damit auf einer Parteibehauptung ■ beruht. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht zum Schluss kam, dass im Nachhinein der Kraftgrad am 11. März 2013 nicht mehr sicher festgestellt werden kann (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.2.2, S. 20 f. und E. 5.3.1, S. 29).

3.3 Die Patientin kritisiert zweitens, das Zivilgericht habe im Zusammenhang mit der Schwere der motorischen Defizite zu Unrecht auf die Behauptungen des Hausarztes in der Hauptverhandlung vom 26. November 2020 abgestellt (Berufung, Rz 28■36).

Das Zivilgericht hielt in seiner Entscheidung fest, der Hausarzt habe in der Hauptverhandlung zum Kraftgrad ausgesagt, dass im Gegensatz zu einer Plegie (Muskellähmung) nur eine Teilparese bestanden habe; die Patientin habe sehr wohl noch Aktivität gehabt. Zur Frage, wie er die von ihm in der Klageantwort angegebene Restkraft von 75 % auf der Skala M0 bis M5 einordne, habe er angegeben, dass 100 % volle Kraft wäre, er würde somit sagen M2 [gemeint M4]. Aber dies sei sehr unpräzise. Man müsse wissen, dass es verschiedene Kräfte seien. Die Grosszehe etwa könne weniger Kraft aufweisen als die anderen. M0 bis M5 sei dann die Gesamtkraft. Dazu könne er keine Aussage machen (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 29 oben mit Verweis auf das Verhandlungsprotokoll, S. 7). Im Weiteren verwies das Zivilgericht auf einen Bericht von Dr. F____ (C____-Spital) vom 13. März 2013, wonach eine zunehmende Gehschwäche rechts bestanden habe, und die Aussagen des Gutachters (die oben in E. 3.2 zitiert sind). Im Nachhinein ■ so das Zivilgericht ■ könne der Kraftgrad am 11. März 2013 nicht mehr festgestellt werden. «Aufgrund der dargelegten Ausführungen der Mediziner» könne es jedenfalls nicht als erstellt gelten, dass die Patientin am 11. März 2013 in die Gruppe mit schweren motorischen Defiziten (M0 bis M2 oder M3) einzuordnen wäre (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 29 Mitte).

Es ist einzuräumen, dass die vom Zivilgericht gewählte Formulierung «aufgrund der dargelegten Ausführungen der Mediziner» auch die Parteiaussagen des Hausarztes in der Hauptverhandlung umfasst und das Zivilgericht damit ■ zumindest am Rand ■ auch auf dessen nachträgliche Behauptungen abstellte. Allerdings ist dies nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, dass bereits aufgrund der gutachterlichen Aussagen von PD D____ ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwiesen ist (vgl. oben E. 3.2). Die Behauptungen des Hausarztes sind mit anderen Worten zumindest nicht geeignet, die gutachterlichen Aussagen von PD D____ in Zweifel zu ziehen. In diesem Sinn ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht die Aussagen des Hausarztes erwähnte und würdigte.

3.4 Die Patientin wendet drittens ein, dass es der Hausarzt gewesen sei, der durch seine lückenhafte Dokumentation der Befunde am 11. März 2013 einen allfälligen Spielraum für Interpretationen zum Umfang der motorischen Defizite geschaffen habe. Man könne nicht

sagen, dass es medizinisch üblich gewesen wäre, auf die Einteilung der medizinischen Kraftgrade zu verzichten. Sie beabsichtige aber nicht, im vorliegenden Berufungsverfahren neu eine Dokumentationspflichtverletzung geltend zu machen. In sinngemässer Anwendung von BGE 100 II 298 seien aber durch den Hausarzt verursachte Ungewissheiten, die PD D_____ allenfalls zur «Spekulation» veranlasst hätten, vom Hausarzt «in Kauf zu nehmen» (Berufung, Rz 37■39).

Der Bundesgerichtsentscheid BGE 100 II 298 betrifft unter anderem die Schätzung der zukünftigen Erwerbseinbusse eines verunfallten Kinds. Der Umstand, dass bei Kindern eine spätere Erwerbseinbusse nur schwer abzuschätzen sei, dürfe das Gericht nicht daran hindern, die Schätzung der späteren Erwerbseinbusse trotzdem vorzunehmen. Dabei dürfe sich die noch verbleibende Ungewissheit nicht zu Ungunsten des Kinds auswirken, sondern müsse vielmehr vom Ersatzpflichtigen in Kauf genommen werden (BGE 100 II 298 E. 4a). Es ist zunächst nicht ersichtlich, inwiefern die Fragestellung in BGE 100 II 298 (Schätzung einer künftigen Erwerbseinbusse in unsicheren Verhältnissen) und die Fragestellung im vorliegenden Fall (Feststellung eines vergangenen medizinischen Sachverhalts) vergleichbar sein sollen und dies eine sinngemässe Anwendung im vorliegenden Fall begründen soll. Sodann bleibt unklar, wie eine sinngemässe Anwendung auf den vorliegenden Fall erfolgen sollte. Schliesslich bleibt auch unklar, welchem Verhältnis diese sinngemässe Anwendung von BGE 100 II 298 zu den vorliegend anwendbaren Grundsätzen der ■ der Patientin obliegenden ■ Beweislast und des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit steht. Die von der Patientin angeregte sinngemässe Anwendung kommt mit anderen Worten nicht in Frage.

3.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht gestützt auf die beiden Teilgutachten von PD D_____ zu Recht annahm, dass am 11. März 2013 ■ bei der Untersuchung durch den Hausarzt ■ ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter nicht erstellt ist (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.2.2, S. 20 f. und E. 5.3.1, S. 29). Da ein solch gravierendes motorisches Defizit nicht nachgewiesen ist, stellt sich die Frage nach den Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden eigentlich nicht mehr. Denn: Nur wenn am 11. März 2013 ein Kraftgrad von M3 oder schlechter nachgewiesen wäre, hätte allenfalls eine dringende Operationsindikation bestanden. Bei einem höheren Kraftgrad bestand unbestrittenermassen keine dringende Operationsindikation. Die Frage der Heilungschancen bei einer sofortigen Operation wird deshalb in der nachfolgenden E. 4 nur im Sinn einer Eventualbegründung geprüft.

4. Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden

4.1 Wie bereits dargelegt wurde (vgl. oben E. 2.2 und E. 3.5), besteht die These der Patientin aus zwei Gliedern: (1) Bei der Untersuchung durch den Hausarzt am 11. März 2013 bestand ein Kraftgrad von M3 oder schlechter. (2) Bei einer fachgerechten Behandlung (Operation innerhalb von 48 Stunden) wäre die Patientin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit genesen. In E. 3 wurde dargelegt, dass nicht erstellt ist, dass am 11. März 2013 ein Kraftgrad von M3 oder schlechter vorlag. Damit entfällt das erste Glied der Thesenkette und gleichzeitig auch die Grundlage für das zweite Glied. Nachfolgend wird deshalb nur im Sinn einer Eventualbegründung geprüft, ob das Zivilgericht zu Recht annahm, dass auch das zweite Glied (Heilungschancen bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden) nicht nachgewiesen ist.

Zur Frage der Heilungschancen bei einer sofortigen Operation legte das Zivilgericht die zentralen gutachterlichen Aussagen dar. Gemäss dem Gutachten von PD D_____ hätte eine Operation in einem Zeitraum von 48 Stunden «sehr wahrscheinlich» einen positiven Effekt auf die Erholung der Nervenfunktion gehabt und jeder spätere Zeitpunkt der Operation nach dem 13. März 2013 habe die Chance auf Erholung der neurologischen Ausfälle reduziert (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 11). Wieviel höher diese statistische Chance gewesen wäre, werde vom Gutachter nicht quantifiziert. Er führe aus, dass der ideale Zeitpunkt einer Operation und die Wahrscheinlichkeit der Erholung einer höhergradigen Parese bis heute nicht vollständig geklärt seien (mit Verweis auf das Teilgutachten I, Ziffer 5). Obwohl der Nutzen einer Bandscheibenoperation im Allgemeinen nachgewiesen sei, bleibe der optimale Zeitpunkt der Operation anhand der Literatur unklar (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14). Zur Studienlage halte der Gutachter einleitend fest, dass sich seit der Behandlung der Patientin im März 2013 die allgemeine Vorgehensweise in Bezug auf eine absolute Operationsindikation und das Zeitmanagement nicht geändert hätten. Die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften zur lumbalen Radikulopathie von Januar 2018 (AWMF-Leitlinie) sprächen von einer absoluten Operationsindikation bei progredienten und akut aufgetretenen schweren, funktionell relevanten motorischen Ausfällen (schlechter als Kraftgrad 3/5). Unter Verweis auf die Studien von Weinstein et al. sowie Overdevest et al. halte der Gutachter fest, dass der Nutzen einer Bandscheibenoperation im Allgemeinen nachgewiesen sei. Anhand der Literatur bleibe der optimale Zeitpunkt der Operation aber unklar. Bei einer hochgradigen Parese (Muskelschwäche) oder Plegie (Muskellähmung) sei weder in der klinischen Routine noch in der Literatur zeitlich klar definiert, wann eine Operation erfolgen müsse. Overdevest et al. berichteten bei chirurgisch und bei konservativ (mit Infiltrationen) behandelten Gruppen, dass sich die chirurgisch behandelte Gruppe deutlich schneller erholte, aber in der Folgeuntersuchung nach drei Monaten keine Unterschiede zwischen den Gruppen mehr vorhanden gewesen seien; bei dieser Studie müsse allerdings erwähnt werden, dass Patienten mit hochgradiger Parese (M2 oder kleiner) nicht eingeschlossen gewesen seien. Der Gutachter verweise schliesslich auf eine neuere Studie von Petr et al., die zu einem anderen Ergebnis gekommen sei. Dabei sei bei 330 Patienten das Ergebnis einer zeitnahen (unter 48 Stunden) gegenüber einer verzögerten Operation (über 48 Stunden) untersucht worden. In dieser Studie seien alle Kategorien der Lähmungserscheinungen (M4 bis M0) repräsentiert, was bei vielen anderen Studien nicht der Fall sei. Die Studie zeige, dass Patienten mit einer relevanten Schwäche (M3 bis M0) und einer Operation innerhalb von 48 Stunden eine signifikant schnellere Erholung nach 3 Monaten gehabt hätten als Patienten, die nach mehr als 48 Stunden operiert worden seien. Bei leichten Schwächen (M4) sei kein signifikanter Unterschied in der Erholungsrate festzustellen. Bei frühzeitiger Operation wegen einer hochgradigen Schwäche (M2 bis M0) habe eine neurologische Besserung stattgefunden und die meisten Patienten hätten sich sogar komplett erholt. Auch wenn die Studie bestätige, dass eine frühzeitige Dekompression ein besseres Outcome in Bezug auf die Nervenfunktion habe, folge diese Erkenntnis der Logik, dass bei neurologischen Störungen durch Kompression diese rasch operativ beseitigt werden müsse, damit der Nerv sich möglichst rasch erholen könne (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14). In der klinischen Routine habe sich etabliert, bei M3-Paresen und schlechter unmittelbar eine Diagnostik durchzuführen und dann zeitnah zu operieren. Der richtige Operationszeitpunkt sei nicht absolut definiert und richte sich in der Praxis nach der Dauer und dem Ausmass der Muskelschwäche: Bei

hochgradigen Schwächen, die seit kurzer Zeit bestünden, werde möglichst sofort oder innerhalb weniger Stunden operiert; bestehe die Schwäche schon seit mehreren Tagen, werde zwar dringlich, aber nicht notfallmässig operiert. Bei besonders ausgeprägten neurologischen Störungen, wie etwa dem Wurzeltod, werde nach einer Zeit von mehr als 48 Stunden teilweise gar nicht mehr operiert. Dieses Vorgehen werde in den meisten Kliniken angewandt und ergebe sich als Konsens ohne absolute zeitliche Verbindlichkeiten aus den teilweise widersprüchlichen Ergebnissen der wissenschaftlichen Studien (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14) (vgl. zum Ganzen Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 26-28).

Im Weiteren nahm das Zivilgericht zum Vorbringen der Patientin Stellung, wonach gemäss der Studie von Petr et al. die Wahrscheinlichkeit für eine komplette Erholung bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden nach drei Monaten 96,2 % betrage und die Erholung damit überwiegend wahrscheinlich sei. Die Tabelle im Teilgutachten II ■ so das Zivilgericht ■ beziehe sich auf Patienten mit schweren motorischen Defiziten (M2 bis M0). Im vorliegenden Fall sei ein Kraftgrad M3 oder schlechter aber nicht erstellt (vgl. zum Ganzen Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 28 f.).

Für Patienten mit leichten Schwächen (M4) stelle die Studie von Petr et al. hingegen keinen signifikanten Unterschied fest zwischen der Gruppe, die innert 48 Stunden operiert worden sei, und der Gruppe, die später operiert worden sei. Selbst wenn man im Einklang mit der Patientin einzig auf die Studie von Petr et al. abstelle und die übrigen Studien ausser Acht liesse, könnte sie den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer Erholung in ihrem Fall nicht erbringen (da ein Kraftgrad von M3 oder schlechter nicht erstellt sei). Bei einer so breiten Studienlage könne jedoch keinesfalls nur auf eine einzelne Studie abgestellt werden. Der Gutachter PD D_____ halte zur Studienlage insgesamt fest, dass zur Frage des optimalen Operationszeitpunkts widersprüchliche Ergebnisse in den wissenschaftlichen Publikationen bestünden. Er verweise einerseits auf eine im 2008 publizierte Studie von Mariconda et al. zum Langzeit-Outcome zur neurologischen Erholung nach lumbaler Diskektomie. Dazu gebe es eine Anmerkung von Marshall im 2008 mit Interpretation der Studienlage: Demnach würden hochgradige Fussheberschwächen in 5 bis 10 % der Diskushernien auftreten und deren Erholungspotential liege bei 50 % der Fälle ■ mit oder ohne Behandlung. Zudem halte Marshall fest, dass bei solchen Patienten mit hochgradiger Fussheberschwäche, besonders bei schmerzlosem Fallfuss, eine Operation kein verbessertes Outcome bringe (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14). Ebenso komme die vom Gutachter zitierte Studie von Overvest et al. von 2014 zum Ergebnis, dass sich Patienten mit einem Kraftgrad von M3 oder besser nach 3 Monaten durch eine rasche Operation nicht besser erholten hätten als solche, die später oder gar nicht operiert worden seien (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14). Zusammenfassend sei ■ so das Zivilgericht ■ festzuhalten, dass die wissenschaftlichen Publikationen widersprüchliche Ergebnisse enthielten und somit kein wissenschaftlicher Nachweis vorliege, dass eine Operation innert der von der Patientin postulierten 48 Stunden bei ihr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Erholung geführt hätte. Zwar gehe der Gutachter nun retrospektiv aus, dass eine dringliche Operationsindikation bestanden habe (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 14). Überall dort, wo er die Aussicht auf Erholung durch eine Operation einzuschätzen habe, werde aber ersichtlich, dass es an einem klaren wissenschaftlichen Nachweis fehle, dass eine solche Operation zu einer statistisch erheblich höheren Erholungschance beigetragen hätte (mit Verweis auf das Teilgutachten I, Ziffer 5 und das

Teilgutachten II, Ziffern 11b, 12 bis 14, 18 und 19). Auf die Frage, ob die heutigen Befunde bei der Patientin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht vorlägen, wenn sie spätestens am 12. März 2013 notfallmässig operiert worden wäre, halte der Gutachter fest, dass bei einer Operation bis am 13. März 2013 die Möglichkeit einer neurologischen Erholung besser, aber nicht garantiert gewesen wäre (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 18). Die Möglichkeit einer besseren Heilungschance bei einer früheren Operation genüge nicht zur Begründung des erforderlichen Kausalzusammenhangs. Die geforderte überwiegende Wahrscheinlichkeit werde auch nicht durch die abschliessende Feststellung des Gutachters bewiesen, wonach es zu einer relevanten Verzögerung der operativen Versorgung gekommen sei und sich dadurch die Aussicht auf neurologische Erholung deutlich reduziert habe beziehungsweise die Wahrscheinlichkeit einer Erholung mit einer zeitgerechten Versorgung deutlich erhöht gewesen wäre (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 19). Selbst wenn die Patientin ■ so das Zivilgericht abschliessend ■ am 11. März 2013 vom Hausarzt sofort überwiesen und operiert worden wäre, sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass sie sich nach der Operation besser erholte hätte (vgl. zum Ganzen Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 29 f.; vgl. auch E. 5.4).

4.2 Im Zusammenhang mit den Heilungschancen bei einer sofortigen Operation beruft sich die Patientin erstens auf die ■ ihrer Ansicht nach einzig beweiskräftige ■ Studie von Petr et al. Diese habe «exakt» die Frage untersucht, die im vorliegenden Fall zu beantworten sei, nämlich das Behandlungsergebnis bei Patienten mit akut aufgetretenen motorischen Defiziten von M0 bis M4, bei denen entweder innerhalb von 48 Stunden oder mehr als 48 Stunden nach Auftreten der Beschwerden ein chirurgischer Eingriff vorgenommen worden sei. Es sei verblüffend, wie passend die Studie von Petr et al. für den Fall der Patientin sei, würden doch die tatsächlichen Umstände ihres Falls passgenau abgebildet: motorisches Defizit von M3 oder schlechter, Operation erst später als 48 Stunden, Behandlung im Jahr 2013 (Studie erfasst Fälle aus den Jahren 2013 bis 2015). Die Studie sei folglich repräsentativ und beweiskräftig für den vorliegenden Fall (Berufung, Rz 51■54; vgl. auch Rz 66■76).

Entgegen der Auffassung der Patientin untersucht die Studie von Petr et al. nicht «exakt» die vorliegend interessierende Frage: Sie beantwortet die Frage des Behandlungsergebnisses nach 3 Monaten ■ und nicht die vorliegend interessierende Frage der langfristigen Erholungschance (vgl. zum Ganzen auch Berufungsantwort des Spitals, Rz 53■58 und 72; Berufungsantwort des Hausarztes, Rz 107 und 108). Beschlägt die Studie von Petr et al. aber nicht die vorliegend interessierende Frage der langfristigen Erholung, ist es nicht zu beanstanden, dass der Gutachter und mit ihm das Zivilgericht zur Beurteilung des Kausalitätsnachweises (Heilungschancen bei einer sofortigen Operation) nicht einzig auf diese Studie abstellten.

Selbst wenn einzig auf die Studie von Petr et al. abzustellen wäre, ist daran zu erinnern, dass dies der Patientin nicht helfen würde. Aus der Studie liesse sich nämlich nur bei einem Kraftgrad von M3 (oder schlechter) eine dringende Operationsindikation ableiten. Bei einem Kraftgrad von M4 lässt sich gemäss der Studie kein signifikanter Unterschied feststellen zwischen Patienten, die innerhalb von 48 Stunden operiert wurden, und solchen, die später operiert wurden (vgl. Teilgutachten II Ziffer 14 S. 7 oben). Wie dargelegt wurde (E. 3), ist im vorliegenden Fall ein Kraftgrad von M3 oder schlechter aber gerade nicht erstellt. Eine dringende Operationsindikation bestand mit anderen Worten selbst bei einem alleinigen Abstellen auf diese Studie nicht.

4.3 Im Zusammenhang mit den Heilungschancen bei einer sofortigen Operation macht die Patientin zweitens geltend, dass die Studie von Mariconda et al. von 2008 nicht beweiskräftig sei. Gegenstand dieser Studie sei gerade nicht die Frage, ob bei Operationen innerhalb von 48 Stunden im Vergleich zu späteren Operationen relevante Unterschiede bestünden. Untersucht werde vielmehr das Langzeit-Outcome zur neurologischen Erholung nach lumbaler Diskektomie, ohne dass der Zeitpunkt der Operation überhaupt erfasst worden wäre. Darüber hinaus basiere die Studie auf Operationen, die beginnend im Jahr 1988 vorgenommen worden seien, und berücksichtige damit nicht mehr zeitgemässe Operationsmethoden. Im Weiteren sei die Aussage der Studie, dass das «potentielle Erholungspotential» mit oder ohne Operation bei 50 % der Fälle liege, im vorliegenden Fall irrelevant, in welchem zwei unterschiedliche Operationszeitpunkte und deren Effekt zu untersuchen seien (Berufung, Rz 55-58).

Der Gutachter erachtet die Studie von Mariconda et al. für die vorliegende Fragestellung als bedeutsam. Er führt dazu wörtlich Folgendes aus (Teilgutachten II, Ziffer 14, S. 8 oben; vgl. auch Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 29 f.):

«Mariconda et al. publizierten das Langzeit-Outcome zur neurologischen Erholung nach lumbaler Diskektomie. Dazu verfasste Marshall eine Anmerkung mit Interpretation der Studienlage. In seiner Zusammenfassung sind Punkt 4 und 5 von bedeutend im vorliegenden Fall. Unter 4. wird beschrieben, dass hochgradige Fussheberschwächen in 5 bis 10 % der Diskushernien auftreten, und dass deren potentielles Erholungspotenzial bei 50 % der Fälle ■ mit oder ohne Behandlung ■ liegt. 5. Bei solchen Patienten mit hochgradiger Fussheberschwäche, besonders bei schmerzlosem Fallfuss, bringt die Operation kein verbessertes Outcome».

Der Gutachter legt seinem Gutachten die Anmerkung von Marshall von 2008 bei (Beilage zum Teilgutachten II). Liest man die Zusammenfassung von Marshall im Original, ergibt sich, dass sich diese nicht nur auf die Studie von Mariconda et al. stützt, sondern auf zahlreiche weitere Studien (Marshall, Annotation, The Journal of Bone and Joint Surgery 2008, S. 554, 555 1. Spalte unten):

«In all the quoted studies []. Incorporating the current study [gemeint ist die Studie von Mariconda et al.] 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 improve the outcome».

Der Gutachter stützt sich mit anderen Worten nicht direkt auf die Studie von Mariconda et al., sondern auf die soeben zitierte Anmerkung von Marshall, die sich wiederum auf die Studie von Mariconda et al., aber darüber hinaus auch auf zahlreiche andere Studien stützt. Der Einwand der Patientin, die Studie von Mariconda et al. sei im vorliegenden Fall nicht beweiskräftig, zielt somit ins Leere. Mit anderen Worten: Es ist nicht zu beanstanden, dass der Gutachter und das Zivilgericht zur Beurteilung des Kausalitätsnachweises ■ den Heilungschancen bei einer sofortigen Operation ■ auch auf die Anmerkung von Marshall abstellten (die wiederum die Studie von Mariconda et al., aber eben auch weitere Studien berücksichtigt).

4.4Drittens bestreitet die Patientin auch die Beweiskraft der vom Gutachter berücksichtigten Studie von Overdevest et al. Auch diese Studie untersuche nicht, ob sich nach dem Auftreten akuter Symptome frühere und spätere Operationen im Resultat unterscheiden und ob insbesondere frühere Operationen ein besseres Outcome hätten. Die Studie vergleiche chirurgisch behandelte Patienten mit Patienten, die konservativ mit Infiltrationen behandelt worden seien. Zudem sei die Studie für den vorliegenden Fall unvollständig, da sie Patienten mit hochgradigen Paresen (M2 bis M0) nicht einschliesse. Ziel der Studie sei es gewesen herauszufinden, welches Vorgehen ■ Operation oder konservative Behandlung ■ vorzuziehen sei, sofern beide Vorgehen medizinisch vertretbar seien; bei der Patientin habe aber eine konservative Behandlung gar nie zur Diskussion gestanden (Berufung, Rz 59■62).

Entgegen der Darstellung der Patientin untersucht die Studie von Overdevest et al. von 2014 durchaus die Bedeutung des Zeitpunkts der Behandlung, allerdings nur in Bezug auf eine Operation nach 2 Wochen, eine Operation nach 15 Wochen oder eine Behandlung ohne Operation. Der Gutachter führt in diesem Punkt aus (Teilgutachten II, Ziffer 14, S. 6; vgl. ebenso Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1 S. 27 f.):

«Overdevest et al. berichten bei chirurgisch und mit Infiltrationen (konservativ) behandelten Patienten, dass sich die chirurgische Gruppe deutlich schneller erholt, aber Unterschiede zwischen den Gruppen in der Folgeuntersuchung nach 3 Monaten nicht mehr vorhanden sind. Die Erholung der Muskelkraft unterschied sich nicht bei Patienten, die nach 2, 15 Wochen oder ohne Operation behandelt wurden. Bei dieser Untersuchung muss allerdings erwähnt werden, dass Patienten mit hochgradiger Parese ($M \leq 2$) nicht eingeschlossen waren.»

Zur vorliegend interessierenden Frage, ob und inwiefern eine Operation innerhalb von 48 Stunden die Heilungschancen verbessert, gibt die Studie von Overdevest et al. also tatsächlich keine Antwort. Dies wurde aber weder vom Gutachter noch vom Zivilgericht behauptet. Insofern zielt der Einwand der Patientin an der Sache vorbei. Jedenfalls ist unbestritten, dass die Studie von Overdevest et al. nicht geeignet ist nachzuweisen, dass eine Operation innerhalb von 48 Stunden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur einer vollständigen Erholung der Patientin geführt hätte.

4.5Viertens befasst sich die Patientin auch mit der gesamthaften Einschätzung der Studienlage durch den Gutachter und das Zivilgericht. Das Zivilgericht ■ so die Patientin ■ nehme aufgrund des Gutachtens an, dass in der Literatur der optimale Zeitpunkt einer Operation unklar sei und dass es dazu widersprüchliche Ergebnisse gebe. Halte man sich die Ausführungen des Gutachters «gesamthaft» vor Augen, zeige sich, dass er keineswegs von einer widersprüchlichen Studienlage und einem fehlenden wissenschaftlichen Nachweis ausgehe. Vielmehr stelle er massgebend auf die Studie von Petr et al. und die klinische Praxis ab, wonach bei Kraftgraden von M3 und schlechter unmittelbar eine Diagnostik zur Bestätigung der Nervenkompression durchgeführt und dann zeitnah operiert werde. Gestützt auf die Studie von Petr et al. und die klinische Praxis erachte der Gutachter den Kausalzusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als erstellt (Berufung, Rz 78■86).

Es wurde bereits dargelegt, dass der Gutachter und mit ihm das Zivilgericht zu Recht nicht einzig auf die Studie von Petr et al. abstellten. Auf diese Erwägungen kann an dieser Stelle verwiesen werden (vgl. oben E. 4.2 bis 4.4).

Zur Frage des Vorgehens in der klinischen Praxis verweist der Gutachter zunächst auf die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften zur lumbalen Radikulopathie von Januar 2018 (AWMF-Leitlinie) (Teilgutachten II, Ziffer 14, S. 5 f.):

«Seit der Behandlung von Frau A_____ im März 2013 hat sich die allgemeine Vorgehensweise in Bezug auf eine absolute Operationsindikation und das Zeitmanagement bis dato nicht geändert. Die AWMF-Leitlinie zur lumbalen Radikulopathie in der Version von Januar 2018 spricht von einer absoluten Operationsindikation bei ■progredienten und akut aufgetretenen schweren, funktionell relevanten motorischen Ausfällen (schlechter als KG 3/5)■. ■Es muss bei passendem morphologischem Befund frühzeitig die operative Intervention in Betracht gezogen werden■, wenn zunehmende Lähmungserscheinungen auftreten. Im Vergleich zu früheren AWMF Versionen und anderen internationalen Leitlinien sowie einer allgemeingültigen klinischen Praxis hat sich an dieser Aussage nichts geändert. Demnach wird leitliniengerecht in der klinischen Routine eine Diskushernie, die schwere neurologische Defizite verursacht, als eine dringende und absolut notwendige Operation eingestuft».

Zur Frage der klinischen Praxis hielt der Gutachter sodann Folgendes fest (Teilgutachten II, Ziffer 14, S. 7 f.):

«Auch wenn diese Daten [aus der Studie von Petr et al.] bestätigen, dass eine frühzeitige Dekompression für den Patienten ein besseres Outcome in Bezug auf die Nervenfunktion hat, folgt diese Erkenntnis der Logik, dass bei neurologischen Störungen durch Kompression des Nervs diese rasch operativ beseitigt werden muss, damit der Nerv sich möglichst schnell erholen kann. In der klinischen Routine hat sich deshalb etabliert, bei M3-Paresen und schlechter unmittelbar eine Diagnostik zur Bestätigung der Nervenkompression durchzuführen und zeitnah zu operieren. Der richtige Operationszeitpunkt ist nicht absolut definiert und richtet sich in der Praxis nach der zuvor bestehenden Dauer und dem Ausmass der Muskelschwäche. So wird bei hochgradigen Schwächen, die seit kurzer Zeit bestehen, möglichst sofort oder innerhalb weniger Stunden operiert. Besteht die Schwäche schon seit mehreren Tagen, wird zwar dringlich, aber nicht notfallmässig operiert. In besonders ausgeprägten Fällen von neurologischen Störungen, wie zum Beispiel dem Wurzeltod, wird nach einer Zeit länger als 48 Stunden teilweise gar nicht mehr operiert. Dieses Vorgehen wird in den meisten Kliniken angewandt und ergibt sich als Konsens ohne absolute Verbindlichkeiten aus den teilweise widersprüchlichen Ergebnissen zu den wissenschaftlichen Publikationen zu diesem Thema».

In diesem Zusammenhang deutete das Zivilgericht zutreffend an, dass die vom Gutachter geschilderte klinische Praxis (unmittelbare Diagnostik bei Kraftgraden von M3 und schlechter und dann zeitnahe Operation) wissenschaftlich nicht untermauert sei. Es wäre in diesem Zusammenhang zu beurteilen, ob die vom Gutachter geschilderte Praxis «trotz fehlender wissenschaftlicher Evidenz» ein anderes ärztliches Vorgehen als die sofortige Operation als nicht mehr vertretbar erscheinen liesse und ob ein anderes ärztliches Vorgehen eine Vertragsverletzung darstelle (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.4). Darüber hinaus wäre die weitere Frage zu beantworten, ob die vom Gutachter geschilderte Praxis, die sich zentral auf die oben zitierte deutsche AWMF-Leitlinie stützt, auch für die Schweiz im Jahr 2013 nachgewiesen ist. Diese beiden Fragen können im vorliegenden Fall aber offen gelassen werden, da ein Kausalzusammenhang nicht nachgewiesen ist.

4.6 Schliesslich kritisiert die Patientin die zivilgerichtliche Einschätzung, dass mit der vom Gutachter angenommenen «deutlich erhöhten Wahrscheinlichkeit» das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht erreicht werde. Die Patientin räumt ein, dass der Gutachter auf die in Ziffer 18 gestellte Frage nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Kausalzusammenhangs keine klare Antwort gibt (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 18, S. 12). Es sei aber nicht besonders erstaunlich, dass der Gutachter eine vollständige Genesung nicht «garantieren» könne; mit dieser Wendung verneine er lediglich, dass der Kausalzusammenhang mit dem Beweisgrad der Sicherheit angenommen werden könne. Der Gutachter verweise in diesem Zusammenhang auf die aktuelle Datenlage und damit auf die Studie von Petr et al. mit dem Ausweis einer Wahrscheinlichkeit von 97,2 % für eine vollständige Erholung bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden. Damit beantworte er die Frage nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit positiv. Ganz am Schluss seines Gutachtens halte er nämlich fest, «dass die Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung [] mit einer zeitgerechten Versorgung deutlich höher gewesen» wäre (mit Verweis auf das Teilgutachten II, Ziffer 19, S. 14). Diese deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit sei ■ so die Patientin ■ mit dem Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gleichzusetzen (Berufung, Rz 87■93).

Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Studie von Petr et al. für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, da sie das Behandlungsergebnis nach 3 Monaten zum Gegenstand hat ■ und nicht das vorliegend interessierende langfristige Behandlungsergebnis (vgl. oben E. 4.2). Es ist deshalb richtig, dass das Zivilgericht nicht allein auf die Studie von Petr et al. abstellte. Richtig ist sodann auch das zivilgerichtliche Verständnis der Aussagen des Gutachters, dass «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 beweisen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine vollständige Erholung bei einer zeitnahen Operation. Es kann in diesem Punkt auf die zutreffenden Erwägungen des Zivilgerichts verwiesen werden (Zivilgerichtsentscheid, E. 5.3.1, S. 30).

5. Entscheid und Prozesskosten

5.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht zu Recht den Kausalzusammenhang zwischen der (angeblichen) Vertragsverletzung und den schweren motorischen Defiziten der Patientin als nicht nachgewiesen erachtete. Der angefochtene Zivilgerichtsentscheid ist folglich nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Berufung ist abzuweisen.

5.2 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 41'503.35 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 Hausarzt sodann eine Parteientschädigung. Diese bemisst sich im Berufungsverfahren nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren. Das Grundhonorar beträgt in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren; es umfasst einen einfachen Schriftenwechsel ohne

Hauptverhandlung (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Bei einem Streitwert von CHF 41'503.35 beläuft sich das erstinstanzliche Grundhonorar auf CHF 4'500.■ bis 10'000.■ (§ 5 Abs. 1 HoR). Wie im erstinstanzlichen Verfahren ist dieser Rahmen auch im Berufungsverfahren auszuschöpfen und ein Komplexitätszuschlag von 50 % zuzulassen. Demnach beträgt das erstinstanzliche Grundhonorar CHF 15'000.■. Aufgrund des Abzugs von einem Drittel für das Berufungsverfahren beträgt die Parteientschädigung im vorliegenden Fall CHF 10'000.■ zuzüglich Auslagen von 3 % oder CHF 300.■ (§ 23 HoR). Hinzu kommt die Mehrwertsteuer (§ 24 HoR), da der Hausarzt mangels Eintrag im UID-Register mehrwertsteuerpflichtig und somit nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Als Nebenpartei, die mit ihrem Standpunkt obsiegt, hat das Spital in der Regel keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Nebenintervention und der Streitverkündung liegt ein Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei (Hausarzt) und der Nebenpartei (Spital) zugrunde, an welchem die Prozessgegnerin (Patientin) 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 der Prozessgegnerin begründet sind. Daran ändert auch nichts, dass die Nebenpartei ein direktes Interesse am Verfahrensausgang haben mag. Es rechtfertigt sich deshalb grundsätzlich nicht, der Nebenpartei einen Anspruch gegenüber der Prozessgegnerin auf Ersatz ihrer Parteikosten zuzusprechen. Der Nebenpartei steht daher im Allgemeinen keine Parteientschädigung zu, es sei denn, es bestünden Gründe der Billigkeit (BGE 130 III 571 E. 6; BGer 4A_635/2018 vom 27. Mai 2019 E. 5.2; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 106 N 19). Weder die Interessenlage des Spitals als Nebenpartei an sich (vgl. dazu Berufungsantwort des Spitals, Rz 115) noch das Obsiegen des Hausarztes als Hauptpartei stellen solche Billigkeitsgründe dar. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, dem Spital einen Anspruch gegenüber der Patientin auf Ersatz der Parteikosten einzuräumen.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Dreiergericht):

://: Die Berufung gegen den Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 26. November 2020 (K3.2017.19) wird abgewiesen.

Die Berufungsklägerin trägt die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 6'000.■ und zahlt dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 10'000.■ zuzüglich Auslagen von CHF 300.■ und Mehrwertsteuer von CHF 793.10 (7,7 % von CHF 10'300.■).

Mitteilung an:

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Alexander Zürcher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG

erreicht (CHF 15'000.■ bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.■ in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.

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