

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.44 vom 28. Januar 2022**

BS Appellationsgericht, 2022-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2021.44](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2021.44)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.44 du 28 janvier 2022

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.44 del 28 gennaio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 16**

oben).

Die Frage, ob das Zivilgericht zu Recht annahm, dass die Patientin die beiden Voraussetzungen der Sorgfaltspflichtverletzung und des Kausalzusammenhangs hätte glaubhaft machen müssen und dies nicht getan habe, kann offenbleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. oben E. 3.2) Tatsachen, die mit dem vorsorglich angeordneten Gutachten bewiesen werden sollen, nicht glaubhaft gemacht, sondern lediglich substantiiert und schlüssig behauptet werden müssen. Falls die beiden Voraussetzungen der Sorgfaltspflichtverletzung und des Kausalzusammenhangs gerade mit dem beantragten Gutachten hätten bewiesen werden sollen, müsste es demnach eigentlich genügen, dass die Patientin diese beiden Voraussetzungen substantiiert und schlüssig behauptet. Selbst wenn ein substantiiertes und schlüssiges Behaupten der Sorgfaltspflichtverletzung und des Kausalzusammenhangs im vorliegenden Fall genügen würde, würde sich die Frage stellen, ob die Patientin dies im vorliegenden Fall getan hat oder die an sich schlüssigen Behauptungen durch schlüssige Bestreitungen des Arztes, des C\_\_\_\_-Spital und der Herstellerin entkräftet wurden. Auch diese Frage kann offenbleiben, da die Patientin die weitere Voraussetzung ihrer materiellrechtlichen Ansprüche ■ den Schaden beziehungsweise die seelische Unbill ■ nicht glaubhaft gemacht hat, weder vor dem Zivilgericht noch vor dem Appellationsgericht.

3.3.2 Das Zivilgericht hielt zur Frage des Schadens nämlich zu Recht fest, dass die Beschreibung des Zustands, unter dem die Patientin heute leide, sich darauf beschränke, dass sie nur noch «am Rollator einige Schritte» gehen könne beziehungsweise dass sie «nach wie vor ohne Gehhilfen nicht selbständig laufen» könne (Zivilgerichtsentscheid, E. 2.3 S. 16 oben). Damit legte die Patientin vor Zivilgericht den Schaden nur rudimentär und die seelische Unbill gar nicht dar.

In ihrer Berufung wendet die Patientin nun im Wesentlichen ein, es sei «gerichtsnotorisch», dass ein invalidisierender Gesundheitsschaden «zu einem massiven finanziellen Schaden» führe. Zudem sei ihr «ein massiver Haushaltsführungs- und Pflegeschaden entstanden» und habe sie «aufgrund der erlittenen seelischen Unbill» Anspruch auf eine Genugtuung» (Berufung, Rz 28). Damit kommt die Patientin ihrer Pflicht zur Berufungsbegründung nicht nach: 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).

Im vorliegenden Fall fehlt es in der Berufung an allen drei Voraussetzungen: (1) Der Einschätzung des Zivilgerichts, dass der finanzielle Schaden und die seelische Unbill nicht genügend beschrieben sei, wird in der Berufung keine eigentliche Gegenargumentation entgegengesetzt, sondern lediglich die Behauptung aufgestellt, dass ein massiver finanzieller Schaden in Fällen wie dem vorliegenden «gerichtsnotorisch» sei und dass sie eine seelische Unbill erlitten habe; dies stellt keine eigentliche Gegenargumentation gegen die zivilgerichtliche Einschätzung dar. (2) Die Patientin bezeichnet sodann die angefochtene Erwägung des Zivilgerichts nicht. (3) Schliesslich legt sie auch nicht dar, an welcher Stelle im zivilgerichtlichen Verfahren sie den finanziellen Schaden und die seelische Unbill (hinreichend) dargelegt hat. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, das 15-seitige Gesuch der Patientin um vorsorgliche Beweisabnahme und ihre 16-seitige Replik nach den von ihr möglicherweise gemeinten Fundstellen zu durchsuchen. Auf die entsprechende Kritik kann deshalb aufgrund der ungenügenden Berufungsbegründung nicht eingetreten werden.

3.3.3 Selbst wenn die Berufungsbegründung der Patientin genügen würde und auf ihre Kritik einzutreten wäre, würde dies nichts ändern. Würde man nämlich an Stelle der Patientin die Ausführungen zusammensuchen, die sie vor Zivilgericht zum finanziellen Schaden und zur seelischen Unbill gemacht hat, wären diese nicht geeignet, einen Schaden und eine seelische Unbill glaubhaft zu machen.

Zunächst legte die Patientin vor Zivilgericht dar, dass es nach der Operation vom 18. Juni 2018 «zu diversen gesundheitlichen Komplikationen [kam], welche Folgebehandlungen nach sich zogen und die heute zu einer invalidisierenden Gesundheitseinschränkung führten und die Gesuchstellerin zum Pflegefall werden liess» (Gesuch vom 24. November 2020, Rz 7). Sodann sei sie «in ihrem Alltag auf Dritthilfe angewiesen und kann nicht mehr alleine leben, so dass ein Pflege- und Haushaltsführungsschaden besteht. Vor dem Eingriff führte die Gesuchstellerin noch eine Arztpraxis, die sie wegen der vollständigen Erwerbsunfähigkeit schliessen musste. Der erlittene finanzielle Schaden ist daher

beträchtlich» (Rz 9). Im Weiteren sei sie «bis zu ihrem Eintritt in das X\_\_\_-Spital [ ] arbeitsfähig» gewesen und habe «eine eigene Arztpraxis» betrieben. Sie sei seit dem Eingriff vom 18. Juni 2018 «invalid und kann nur noch am Rollator einige Schritte gehen. Sie ist in ihrer Wohnung gefangen und auf eine ständige Betreuerin angewiesen» (Rz 44). In ihrer Replik vom 14. Mai 2021 wiederholte sie ihre Angaben zum bisherigen uneingeschränkten Betreiben einer Arztpraxis (Replik, Rz 14), berief sich auf zwei Arztberichte, die «allein» schon belegten, dass «die hier interessierenden Eingriffe einen erheblichen Gesundheitsschaden verursachten» (Rz 22) und hielt den Einwänden des Arztes, des C\_\_\_-Spital und der Herstellerin zur Frage des Glaubhaftmachens eines Schadens im Wesentlichen entgegen, es sei «vielfältig dokumentiert», dass sie «an einem schweren persistierenden Gesundheitsschaden leidet» (Rz 27).

Wie in E. 3.2 dargelegt wurde, muss die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, das Vorliegen eines materiellrechtlichen Anspruchs nicht beweisen, sehr wohl aber glaubhaft machen (Tatsachen, die nicht mit dem vorsorglichen Beweismittel bewiesen werden sollen) oder schlüssig und substantiiert behaupten (Tatsachen, die gerade mit dem vorsorglichen Beweismittel bewiesen werden sollen). Im vorliegenden Fall hätte die Patientin den finanziellen Schaden und die seelische Unbill nicht mit dem vorsorglich anzuordnenden Gutachten beweisen können. Sie hätte den finanziellen Schaden und die seelische Unbill also vor Zivilgericht nicht nur schlüssig und substantiiert behaupten, sondern glaubhaft machen müssen. An einem Glaubhaftmachen des finanziellen Schadens fehlt es aber: So machte die Patientin vor Zivilgericht insbesondere keinerlei Angaben zur Frage, ob und allenfalls in welcher Höhe sie durch die Aufgabe ihrer Arztpraxis einen Verdienstaustausch erlitten hat; es bleibt völlig unklar, ob und allenfalls welches Einkommen die im Zeitpunkt der Operationen 73-jährige Patientin mit ihrer Arztpraxis erzielte. Zudem liegen zu dieser Frage auch keine Belege vor. Auch zur Frage des Pflege- und Haushaltsführungsschadens fehlt es an jeglichen Angaben und Belegen zu den diesbezüglichen Ausgaben der Patientin. Schliesslich fehlt es auch an substantiierten Angaben zur seelischen Unbill. Unter diesen Umständen nahm das Zivilgericht zu Recht an, dass die Patientin einen finanziellen Schaden und eine seelische Unbill nicht glaubhaft gemacht hat. Wurde aber eine zentrale Voraussetzung des Schadenersatz- und des Genugtuungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht, trat das Zivilgericht auf das Gesuch der Patientin um vorsorgliche Beweisführung zu Recht nicht ein (vgl. zu einer sehr ähnlichen Konstellation auch BGer 4A\_488/2012 vom 5. November 2012 E. 2.3 und 2.4 [Fehlen von substantiierten Behauptungen bezüglich Schaden und Genugtuung]).

#### 4. Berufungsentscheid und Prozesskosten

4.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht zu Recht annahm, dass die Patientin die materiellrechtlichen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung nicht glaubhaft gemacht hat. Es trat deshalb richtigerweise auf das Gesuch der Patientin um vorsorgliche Beweisführung nicht ein. Die gegen den Zivilgerichtsentscheid erhobene Berufung ist folglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4.2 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]). In summarischen Verfahren beträgt die Grundgebühr CHF 200.■ bis CHF 20'000.■ (§ 10 Abs. 1 GGR). Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten auf CHF 2'000.■ festzusetzen

(vgl. auch Zivilgerichtsentscheid, E. 3 zweiter Absatz).

Die Patientin bezahlt den drei Berufungsbeklagten (Arzt, C\_\_\_\_-Spital und Herstellerin) sodann eine Parteientschädigung. Diese berechnet sich im Berufungsverfahren nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Im Einklang mit den unbestrittenen Erwägungen des Zivilgerichts ist nicht von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit bestimmten oder bestimmbarem Streitwert auszugehen (vgl. dazu Zivilgerichtsentscheid, E. 3 dritter Absatz; § 3 HoR). In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten bemisst sich das Honorar nach dem Zeitaufwand (§ 11 Abs. 1 HoR). Für die Berechnung der Parteientschädigung kommt gemäss der Praxis des Appellationsgericht im Regelfall ein Stundenansatz von CHF 250.■ zur Anwendung, unabhängig vom mit der jeweiligen Parteivertretung vereinbarten Stundenansatz (AGE ZB.2016.1 vom 1. April 2016 E. 4).

Bei einem unbestrittenen Aufwand von 33 Stunden und 5 Minuten (Honorarrechnung vom 21. Oktober 2021) ergibt sich für den Arzt eine Parteientschädigung von CHF 8'270.■, zuzüglich Auslagen von CHF 248.■ (3 % der Parteientschädigung) und Mehrwertsteuer von 7,7 %.

Für die Herstellerin ergibt sich bei einem unbestrittenen Aufwand von 27 Stunden und 48 Minuten (Honorarrechnung vom 21. Oktober 2021) eine Parteientschädigung von CHF 6'950.■, zuzüglich Auslagen von CHF 209.■ (3 % der Parteientschädigung). Nach ständiger Rechtsprechung des Appellationsgerichts wird einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei, die den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern sie nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.29 vom 14. September 2017 E. 7.2 und ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3). Gemäss UID-Register ist die Herstellerin mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Mit ihrer Honorarnote hat sie zwar die Entschädigungsfolgen inklusive Mehrwertsteuer beantragt (Rechtsbegehren 4). Sie legte jedoch nicht dar, dass sie trotz Möglichkeit nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt und damit ausnahmsweise durch die Mehrwertsteuer belastet wäre (vgl. Berufungsantwort der Herstellerin, Rz 95). Die Parteientschädigung zu Gunsten der Herstellerin ist daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Dem C\_\_\_\_-Spital, das keine Honorarnote eingereicht hat, ist eine Parteientschädigung in derselben Höhe wie der Herstellerin zuzusprechen, ebenfalls ohne Mehrwertsteuer, da das C\_\_\_\_-Spital gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtig ist, das vorliegende Verfahren dessen unternehmerische Tätigkeit betrifft und nicht dargelegt wird, dass es trotz Möglichkeit nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt und damit ausnahmsweise durch die Mehrwertsteuer belastet wäre (vgl. Berufungsantwort C\_\_\_\_-Spital, S. 17).

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