

Arzthaftung: Von Kraft- und Beweisgraden

Urteil BGer 4A_295/2022 vom 16. Dezember 2022

Entscheid Appellationsgericht Basel-Stadt ZB.2021.26 vom 17. Mai 2022

Entscheid Zivilgericht Basel-Stadt K3.2017.19 vom 26. November 2020

Marisa Bützberger*/ Jelena Trümpler**

I. Sachverhalt

Die seit einer Flugreise an Rücken- und Beinschmerzen leidende Klägerin konsultierte im Februar 2013 zweimal ihren Hausarzt, welcher eine Infiltration anordnete, die am 5. März 2013 im Spital D. durchgeführt wurde. Nachdem die Klägerin am 11. März 2013 mit erheblich verstärkten Schmerzen und Lähmungserscheinungen am rechten Bein erwachte, suchte sie am gleichen Tag ihren Hausarzt auf. Der Hausarzt veranlasste sofort eine MRI-Untersuchung, welche am 13. März 2013 im Spital D. durchgeführt wurde und eine zunehmende Gehschwäche bei Diskusprolaps ergab. Gleichentags überwies der Hausarzt die Klägerin ans Spital C., wo die Diskushernie am 25. März 2013 operativ entfernt wurde. Die Klägerin leidet trotz besagter Operation unter einer persistierenden Fussheberschwäche und macht hierfür ihren Hausarzt verantwortlich. Dieser habe es am 11. März 2013 versäumt, sie zeitnah einem Spezialisten zur operativen Entlastung des Nervs zu überweisen.

Nach Einholung eines zweiteiligen medizinischen Gutachtens wies das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt die gegen den Hausarzt gerichtete Klage mit Entscheid vom 26. November 2020 ab, indem es gestützt auf die gutachterlichen Ausführungen den kausalen Zusammenhang zwischen einer fraglichen (noch zu prüfenden) Sorgfaltspflichtverletzung und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin verneinte.

Das danach angerufene Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bestätigte diesen Entscheid mit einer Doppelbegründung. Zum einen sei nicht nachgewiesen, dass die motorischen Einschränkungen der Klägerin schwer genug gewesen seien, um zwingend eine dringliche Operationsindikation zu begründen, zum andern würden die Aussagen des Gutachters nicht mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit eine vollständige Erholung bei einer (hinsichtlich des Konsultationszeitpunkts) zeitnah durchgeführten Operation belegen.

In ihrer Beschwerde an das Bundesgericht machte die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe sowohl in Bezug auf die am 11. März 2013 vorliegenden motorischen Defizite wie auch in Bezug auf die Heilungschancen im Alternativverlauf die falschen Schlüsse aus den beiden, durch das erstinstanzliche Gericht in Auftrag gegebenen (Teil-)Gutachten gezogen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Kausalität bei Unterlassungen, Grundsatz

Das Bundesgericht handelt – wie bereits das Appellationsgericht – beide Rügen der Klägerin unter dem Titel Kausalzusammenhang ab und erinnert daran, dass sich dieser bei Unterlassungen danach bestimmt, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung, d.h. im hypothetischen Kausalverlauf, eingetreten wäre.

In Bezug auf diesen hypothetischen Kausalverlauf beschränkt das Bundesgericht seine eigene Überprüfungsbefugnis mit folgender Begründung: Da die wertenden Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle spielten, erübrige sich in der Regel eine Adäquanztprüfung. Dies habe zur Folge, dass die Feststellungen des Sachrichters im Zusammenhang mit Unterlassungen entsprechend der allgemeinen Regel über die Verbindlichkeit der Feststellungen zum natürlichen Kausalzusammenhang für das Bundesgericht bindend seien. Nur wenn die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung – und nicht gestützt auf Beweismittel – festgestellt werde, unterliege sie der freien Überprüfung durch das Bundesgericht (Bundesgericht, E. 6.2).

Schliesslich erinnert das Bundesgericht daran, dass hypothetische Kausalverläufe mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen sind. Dieser Beweisgrad ist – so das Bundesgericht – von jenem der Glaubhaftmachung zu unterscheiden. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten haben könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen, noch vernünftigerweise in Betracht fallen (Bundesgericht, E. 6.3).

* Fachanwältin Haftpflicht- und Versicherungsrecht, MAS Versicherungsmedizin, Limmatlegal.

** lic. iur., Rechtsdienst Personen Haft, Allianz Suisse Versicherungsgesellschaft. Die Verfasserin äussert ihre eigene Meinung und bindet die Arbeitgeberin nicht.

B. Anwendung auf den Einzelfall

1. Schwere der motorischen Defizite (E. 7)

Das Bundesgericht führt einleitend aus, der Gerichtsgutachter habe zur Quantifizierung der am 11. März 2013 am rechten Fuss der Klägerin vorliegenden Muskelfunktion die 6-stufige MCR-Skala (welche die Muskelkraft von M0 [komplette Lähmung] bis M5 [normale physiologische Kraft] einteilt) verwendet (Bundesgericht, E. 7.1).

Das Appellationsgericht sei zum Schluss gekommen, dass erst mit dem zweiten Teilgutachten (welches am 29. Januar 2020 und damit nach der Untersuchung der Klägerin durch den Gerichtsgutachter und gestützt auf deren Aussagen erstattet wurde) von einem am 11. März 2013 vorliegenden Kraftgrad von M3 (höhergradige Parese) oder schlechter ausgegangen wurde, weshalb der entsprechende Kraftgrad nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei (Bundesgericht, E. 7.1 – 7.3).

Demgegenüber hielt das Bundesgericht dafür, eine Einschränkung von mindestens M3 lasse sich bereits aus dem ersten Teilgutachten (welches am 29. August 2019 und damit noch vor der Untersuchung der Klägerin durch den Gerichtsgutachter gestützt auf die Dokumentation des Hausarztes erstattet wurde) ableiten. Unsicherheiten oder Spekulationen hätten lediglich eine allenfalls noch gravierendere Einschränkung betroffen. Im Übrigen stehe eine Einschränkung von mindestens M3 im Einklang mit den Aussagen des Hausarztes anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, wonach bei der Klägerin am 11. März 2013 ein Fallfuss vorgelegen habe («und hat mir den Fallfuss gezeigt»). Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, das Appellationsgericht ver falle in Willkür, wenn es erwäge, die Erstinstanz habe gestützt auf die beiden Teilgutachten annehmen dürfen, ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter am 11. März 2013 sei nicht erstellt (Bundesgericht, E. 7.4).

Eine dringende Operationsindikation war mit Gutheissung der Willkürüge in Bezug auf den Kraftgrad jedoch noch nicht erstellt. Nach Ansicht des Bundesgerichts hätten die kantonalen Gerichte die Frage, ob bei Vorliegen eines Defizites von M3 oder schlechter eine unmittelbare Operationsindikation bestanden hätte, ausdrücklich offengelassen (Bundesgericht, E. 7.5).

2. Heilungschancen (E. 8)

Gemäss erstinstanzlichem Urteil kam der Gerichtsgutachter bezüglich der Frage, ob die Klägerin bei innert 48 Stunden durchgeführter Operation genesen wäre, zum Schluss, die Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung wäre bei einer zeitgerechten Versorgung deutlich höher, jedoch keineswegs garantiert gewesen. Überall dort, wo der Gutachter die Aussicht auf Erholung durch

eine Operation einzuschätzen gehabt habe, werde ersichtlich, dass es an einem klaren wissenschaftlichen Nachweis fehle, dass eine solche Operation überhaupt zu einer statistisch erheblich höheren Erfolgschance beigetragen hätte (Bundesgericht, E. 8.1).

Nicht willkürlich war es gemäss Bundesgericht, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Kausalität nicht ausschliesslich auf die – nach Ansicht der Klägerin einzig beweiskräftige – Studie von PETR ET AL.¹ abstellte. Dies zumal die besagte Studie nicht das vorliegend interessierende langfristige Behandlungsergebnis, sondern lediglich das Ergebnis einer zeitnahen Operation (weniger als 48 Stunden) gegenüber einer verzögerten Operation (mehr als 48 Stunden) zu drei verschiedenen Zeitpunkten (bei Spitalaustritt, nach 6 Wochen und nach 3 Monaten) beleuchte. Die Frage nach dem optimalen Operationszeitpunkt bleibe auch gemäss den Autoren dieser Studie offen (Bundesgericht, E. 8.2).

Die Vorinstanz durfte gemäss Bundesgericht auch aus der Anmerkung von MARSHALL², welcher sich seinerseits auf weitere Studien abstützte – namentlich die Studie von MARICONDA ET AL.³ – und festhielt, dass hochgradige Fussheberschwächen in 5–10% der Diskushernien auftraten und deren Erholungspotential bei 50% der Fälle liege (mit und ohne Behandlung), willkürfrei ableiten, es fehle an einem klaren Nachweis, wonach eine sofortige Operation überhaupt zu statistisch erheblich höheren langfristigen Erfolgschancen (im Sinne einer überwiegender Wahrscheinlichkeit) beigetragen hätte, fehle (Bundesgericht, E. 8.3).

Auch mit dem Argument, der Gutachter sehe die geltende klinische Praxis durch die Studie PETR ET AL. bestätigt, vermochte die Klägerin nicht durchzudringen. Das Bundesgericht hielt fest, das klinische Vorgehen resultiere gemäss dem Gutachter als Konsens ohne absolute zeitliche Verbindlichkeiten einer Diskushernienoperation aus den teilweise widersprüchlichen Ergebnissen der wissenschaftlichen Publikationen zu diesem Thema und sei damit wissenschaftlich nicht untermauert. Das Bundesgericht gibt folgendes Zitat des Gutachters wieder: «Obwohl der Nutzen einer Bandscheibenoperation im Allgemeinen nachgewiesen ist, bleibt anhand der Literatur der optimale Zeitpunkt der Operation unklar. Zahlreiche Studien versuchten, sich der Frage zu stellen, ob die Dauer der Symptome oder der Zeitpunkt der Operation sich auf das Ergebnis des

¹ ONDRA PETR ET AL, Immediate Versus Delayed Surgical Treatment of Lumbar Disc Herniation for Acute Motor Deficits, *Spine Journal* 44/7, 454–456 ff.

² ROBERT W. MARSHALL, The functional relevance of neurological recovery 20 years or more after lumbar discectomy, *J Bone Joint Surg Br.* 2008, 90[5], 554 f.

³ MASSIMO MARICONDA ET AL, The functional relevance of neurological recovery after lumbar discectomy, *J Bone Joint Surg Br.* 2008, 90[5], 622 ff.

Patientenoutcomes auswirken. In Bezug auf eine hochgradige Parese (Muskelschwäche) oder Plegie (Muskelähmung) ist aber weder in der klinischen Routine noch in der Literatur klar zeitlich definiert, wann eine Operation zu erfolgen hat.» (Bundesgericht, E. 8.4).

Schliesslich verfällt die Vorinstanz gemäss Bundesgericht auch deshalb nicht in Willkür, wenn sie die überwiegende Wahrscheinlichkeit aufgrund der Schlussfolgerungen des Gutachters, die Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung wäre bei zeitgerechter Versorgung deutlich höher gewesen, nicht bejahte, zumal eine deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Genesung/Besserung die Möglichkeit einer ausbleibenden Genesung nicht ausser Betracht fallen lasse. Das Bundesgericht weist ausdrücklich darauf hin, dass die bestehende Möglichkeit einer bloss besseren Heilungschance (*perte d'une chance*) im Haftpflichtrecht nicht genüge (Bundesgericht, E. 8.5).

Insgesamt vermag das Bundesgericht keine Willkür darin zu erkennen, dass die Vorinstanz die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer langfristigen Erholung (keine bleibende Lähmung des Fusshebers) im Falle einer Operation innerhalb von 48 Stunden als nicht erwiesen erachtete (Bundesgericht, E. 8.6).

3. Schlussfolgerungen

Gestützt auf obige Überlegungen wies das Bundesgericht die Beschwerde der Klägerin ab (Bundesgericht, E 9.1).

In Bestätigung seiner Rechtsprechung hielt es weiter fest, dass einer Nebenpartei (Gründe der Billigkeit ausgenommen) keine Prozessentschädigungen zuzusprechend sind (Bundesgericht, E. 9.2).

III. Kommentar unter Einbezug der vorinstanzlichen Urteile

A. Zur Sorgfaltspflichtverletzung

1. Problematik der fehlenden Beurteilung durch die Gerichte

Zur Frage der Sorgfaltspflichtverletzung hielt das Zivilgericht fest: *«Im Übrigen ist es höchst fraglich, ob überhaupt eine Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten vorliegt»* (Zivilgericht, E. 5.4). Aus dem Entscheid des Appellationsgerichts ergibt sich, dass auch die Klägerin die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung in ihrer Berufung explizit ausklammerte, indem sie geltend machte *«das Zivilgericht hätte den Kausalzusammenhang zwischen einer (noch zu prüfenden) Vertragsverletzung des Hausarztes und den heutigen gesundheitlichen Beschwerden der Patienten [...] bejahen müssen»* (Appellationsgericht, E. 2.2, vgl. auch Sachverhalt, S.2). Die gleiche Formulierung verwendet auch das Bundesgericht, indem es von *«einer (noch zu prüfenden) Vertragsverletzung»* spricht (Bundesgericht, E. 6).

Problematisch ist nun, dass ohne Vertragsverletzung respektive erstellte Sorgfaltspflichtverletzung der Tatbestand fehlt, an dem die Haftung anknüpfen soll. Will das Gericht – wie vorliegend – den Kausalzusammenhang unabhängig von einer Sorgfaltspflichtverletzung, d.h. vorab, prüfen, muss es folglich Annahmen treffen und einen Anknüpfungstatbestand konstruieren. Dies ist nicht unproblematisch, wie nachstehende Ausführungen zeigen.

2. Beweismass der Sorgfaltspflichtverletzung

Wie das Zivilgericht zutreffend festhält, muss der Beweis der ärztlichen Vertragsverletzung *«gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts den Anforderungen des Regelbeweismasses genügen, das heisst der Beweis eines Behandlungsfehlers ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Die Richterin muss von der Wahrheit der Tatsache überzeugt sein. Absolute Gewissheit kann dabei allerdings nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsten Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen»* (Zivilgericht, E. 3.2). Es kann diesbezüglich auf die beiden – auch vom Zivilgericht zitierten – Leitentscheide BGE 128 III 271 E. 2b aa und BGE 133 III 121 E. 3.1 = Pra 96 [2007] Nr. 105 verwiesen werden, welche unlängst durch das Urteil des Bundesgerichts 4A_255/2021 vom 22. März 2021 erneut bestätigt worden sind.

3. Beweismass bezüglich Kraftgrad und/oder motorische Defizite?

Getreu dieser Rechtsprechung prüfte die Erstinstanz die Frage nach dem am 11. März 2013 am rechten Fuss der Klägerin vorliegenden Kraftgrad und der daraus abzuleitenden Dringlichkeit einer Operation nach dem Beweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit und führte aus: *«Im Nachhinein kann der Kraftgrad am 11. März 2013 bzw. die entsprechende Einteilung nach Kraftgraden M0 bis M5 nicht mehr sicher festgestellt werden»* (Zivilgericht, E. 5.3.1, S.29).

Demgegenüber erwog das Appellationsgericht nach Prüfung der unterschiedlichen Aussagen des Gutachters, ein Kraftgrad von M3 (oder gar schlechter) sei *«nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt»* (Appellationsgericht, E. 3.2).

Dieser Wechsel im Beweismass dürfte darin begründet liegen, dass das Appellationsgericht wie ausgeführt, die ihm unterbreiteten Fragen unter dem Titel Kausalzusammenhang prüfte, und hierfür das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für anwendbar erklärte. Hierzu hielt das Appellationsgericht fest: *«Wie bereits dargelegt wurde, 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 Sinne der Eventualbegründung geprüft, ob das Zivilgericht zu Recht annahm, dass auch das zweite Glied (Heilungschance bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden) nicht nachgewiesen ist» (Appellationsgericht, E. 4.1).

Auch das Bundesgericht stellte klar, dass lediglich der Kausalzusammenhang zu prüfen sei (Bundesgericht, E. 6) und verwies hierfür ausdrücklich auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Bundesgericht, E. 6.2). Im Rahmen seiner Prüfung mit eingeschränkter Kognition gelangte es zum Schluss, das Appellationsgericht ver falle in Willkür, wenn es erwäge, die Erstinstanz habe gestützt auf die beiden Teilgutachten annehmen dürfen, ein Kraftgrad von M3 oder gar schlechter sei am 11. März 2013 nicht erstellt gewesen (Bundesgericht, E. 7.4).

4. *Ex-ante Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung und Rückschafehler*

Die Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzung und Kausalität unterscheiden sich jedoch nicht nur in Bezug auf das anwendbare Beweismass. Während zur Beurteilung der Kausalität auf die gesamte wissenschaftliche Erkenntnis im Urteilszeitpunkt abgestellt werden darf, orientiert sich der Sorgfaltsmassstab nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Bei der Beurteilung der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung müssen die Umstände des Einzelfalles und insbesondere die Ausbildung und Leistungsfähigkeit des behandelnden Arztes berücksichtigt werden.⁴ Die ärztliche Sorgfalt muss sodann stets danach beurteilt werden, was der Arzt im Zeitpunkt, indem er sich für eine Massnahme entschied oder eine solche unterliess, von der Sachlage halten musste und nicht danach, wie sich der Sachverhalt nachträglich dem Richter oder dem Experten darstellt.⁵

Gutachter und Richter haben sich mit anderen Worten in die Position des behandelnden Arztes zum Behandlungszeitpunkt zu versetzen und die Beurteilung seiner Handlung aus ex ante-Sicht vorzunehmen.

Erschwert wird diese Beurteilung aufgrund der menschlichen Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses im Nachhinein zu überschätzen, was in der Psychologie als Rückschafehler (hindsight bias) bezeichnet wird.⁶

Diese Thematik, welche in den letzten Monaten v.a. in Zusammenhang mit den COVID Massnahmen Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung fand,⁷ ist bei der Beurteilung von Arzthaftungsfällen seit langem bekannt.⁸

Das Zivilgericht trug dieser Gefahr Rechnung, indem es dem Gutachter die zu beantwortenden Fragen in zwei Teilen unterbreitete. Der erste Teil der Fragen sollte noch ohne detaillierte Kenntnis der Krankenakten, des weiteren Verlaufs und des heutigen Gesundheitszustandes der Klägerin und noch vor deren persönlichen Untersuchung beantwortet werden. In einem zweiten Teil wurden weitere Fragen formuliert und Aktenstücke zugestellt. Diesen zweiten Teil der Begutachtung erstattete der Gutachter erst nach der persönlichen Untersuchung der Patientin (Zivilgericht, E. 4.2).⁹

Ob damit der Gefahr eines Rückschafehlers genügend Rechnung getragen werden konnte oder ob nicht bereits die Ernennung eines Leiters der Abteilung Wirbelsäulenchirurgie eines Universitätsspitals anstatt eines Hausarztes zum Gutachter geeignet war, einen Rückschafehler zu begünstigen, kann aufgrund der Klageabweisung offenbleiben (vgl. zum Ganzen Urteil des Zivilgerichts in Ziff. XXI und XXIII).¹⁰ Im Falle einer Rückweisung hätte jedoch auch unter diesem Titel geklärt werden müssen, ob die vom spezialisierten Gutachter verwendete Kraftgradskala und die Folgerungen daraus, dem Hausarzt als Generalisten hätte bekannt sein und als Grundlage für die im Untersuchungszeitpunkt zu ergreifenden Massnahmen hätte dienen müssen.

5. *Tragweite der bundesgerichtlichen Feststellungen rund um den Kraftgrad im Falle einer Rückweisung*

Fraglich ist, welche Bedeutung der bundesgerichtlichen Feststellungen zum im Zeitpunkt der Untersuchung vorliegenden Kraftgrad nach MCR-Skala im Falle eines Rückweisungsentscheides bei der Beurteilung einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung zugekommen wäre, wenn also die «noch zu prüfende Vertragsverletzung» im konkreten Fall tatsächlich geprüft würde.¹¹

⁴ BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁵ BGE 115 Ib 175 E. 3b.

⁶ BGer 6B_365/2010 vom 14. März 2011 E. 4.13.1.

⁷ BGE 147 I 450 E. 3.2.7, BGE 148 I 89 E. 7.4; BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 4.8, 6.4.

⁸ PETER JÄGER/ANGELA SCHWEITER, Der Hindsight Bias – ein grundsätzliches Problem in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, SAEZ 2005, 86 Nr. 32/33, 1940.

⁹ Unter Hinweis auf PETER JÄGER/ANGELA SCHWEITER, Die Interpretation medizinischer Gutachten in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, HAVE 2004, 290 ff., 293 und AILEEN OEBERST, Retrospektive ex ante Urteile – psychologische Erkenntnisse zum Rückschafehler, HAVE-Haftpflichtprozess 2019, 115 ff.).

¹⁰ HARDY LANDOLT/IRIS HERZOG ZWITTER, Arzthaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2014, N 833 m.w.H.

¹¹ Zur Bindungswirkung von Rückweisungsentscheiden LORENZ DROESE, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2015, 180 f.

Zu beachten ist, dass die bundesgerichtliche Prüfung im Rahmen einer eingeschränkten Kognition erfolgte sowie dass im konkreten Fall aufgrund der im Rahmen der Gerichtsverfahren nicht beurteilten Sorgfaltpflichtverletzung keine abschliessende Diskussion all jener Sachverhaltselemente stattfand, aufgrund derer die Diagnosestellung am 11. März 2013 und die Dringlichkeit einer Überweisung an einen Spezialisten zu beurteilen gewesen wären.

Ungeklärt ist beispielsweise, ob der Hausarzt, welcher sich in seiner damaligen Beurteilung der klägerischen Beschwerden nicht auf die vom Gerichtsgutachter verwendete MCR-Skala stützte, diese hätte zur Anwendung bringen müssen, und wenn ja, ob er gestützt darauf zwingend die gleichen Schlüsse wie der Gutachter hätte ziehen müssen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass das Zivilgericht in seiner Entscheid die Verbindlichkeit der Einteilung in die unterschiedlichen Kraftgrade in Frage stellte, zumal der Gerichtsgutachter festgehalten habe, dass diesbezüglich untersuchungsabhängige Varianzen bestehen (Zivilgericht, E. 5.3.1, S.29). Der Hausarzt selbst schien retrospektiv aufgrund der im Zeitpunkt der Untersuchung vorliegenden Restkraft von einem höheren Kraftgrad von M4 auszugehen, (vgl. Zivilgericht, E. 5.3.1, S.29).

Ausdrücklich offengelassen wurde sodann, ob bei Vorliegen eines Kraftgrades von M3 oder schlechter eine Überweisung an einen Spezialisten zwingend oder ob auch eine andere ärztliche Vorgehensweise vertretbar gewesen wäre (Zivilgericht, E. 5.4; Appellationsgericht, E. 4.5). Diese Diskussion hätte streng nach dem im Zeitpunkt der Untersuchung gültigen Wissenstand geführt werden müssen, womit die erst im Jahre 2019 publizierte Studie PETR ET AL. keine Beachtung hätte finden dürfen.

Die vom Bundesgericht in E. 8.4 erwähnte deutsche Richtlinie [recte: Leitlinie] der Fachgesellschaften zur lumbalen Radikulopathie vom Januar 2018 (AWMF-Leitlinie) hätte bei der noch zu erfolgenden Beurteilung der Sorgfaltpflichtverletzung nicht berücksichtigt werden dürfen, zumal sie im Zeitpunkt der hausärztlichen Untersuchung noch nicht in Kraft war. Auch darf nicht ohne Weiteres von der Verbindlichkeit einer deutschen Fachleitlinie für einen (Schweizer) Hausarzt ausgegangen werden.¹²

Die Herausforderung im Falle einer Rückweisung hätte somit darin bestanden, die bundesgerichtlichen Erwägungen eng genug auszulegen, um die freie Beurteilung aller entscheidrelevanten und bislang noch nicht abschliessend geklärten Sachverhaltselemente zu

erlauben und den unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben und -grundlagen Rechnung zu tragen.

Willkürlich war es gemäss Bundesgericht mithin einzig, gestützt auf die unter diesem Titel diskutierten Sachverhaltselemente, das Vorliegen einer Einschränkung von M3 oder schlechter als möglichen Ausgangspunkt der Kausalkette zu verneinen.

B. Zur Kausalität

1. Beurteilung durch die Gerichte

Zweifelsfrei unter dem Titel der Kausalität wurde der Nachweis eines besseren Outcomes bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden durch alle drei Instanzen geprüft und verneint (Zivilgericht E. 5.5; Appellationsgericht E. 5.1; Bundesgericht E. 8).

Einigkeit herrschte darüber, dass diese Beurteilung nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erfolgen hat (Zivilgericht E. 5.1, Appellationsgericht E. 3.2, E. 3.4, Bundesgericht E. 6.2).

2. Wann überwiegt die Wahrscheinlichkeit?

Die Klägerin berief sich auf die gutachterliche Einschätzung, wonach «die Wahrscheinlichkeit einer Besserung/Erholung mit einer zeitgerechten Versorgung deutlich höher gewesen wäre» und erachtete damit den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erstellt (Appellationsgericht, E. 4.6). Dies wurde von sämtlichen Instanzen verneint.

Das Bundesgericht hielt hierzu ausdrücklich fest, eine deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Genesung/Besserung lasse den Nachweis einer ausbleibenden Genesung eben gerade nicht vernünftigerweise ausser Betracht fallen und genüge zum Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht (Bundesgericht, E. 8.7).

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dann erstellt, «wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht in Betracht fallen. Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht aus, sie darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen» (Bundesgericht, E. 6.3).

Wie diese Definition im Einzelfall zu verstehen ist, gibt immer wieder zu Diskussionen Anlass. Ein Grossteil der Lehre versucht, die Grenze zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit an einem genauen Prozentgrad von 75% festzumachen, was jedoch vom Bundesgericht mit der Begründung abgelehnt wird, das sklavische Abstellen auf eine bestimmte Prozentzahl sich wohl

¹² LANDOLT/HERZOG ZWITTER (FN 10), N 815.

kaum mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbaren liesse, ganz unabhängig von der Frage, wo diese Grenze genau zu ziehen wäre.¹³

Im vorliegenden Fall liefert das Zivilgericht in der Erwägung 5.2 eine etwas detailliertere und hilfreiche Umschreibung der bundesgerichtlichen Definition der überwiegenden Wahrscheinlichkeit:

«Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – nach der Terminologie des Bundesgerichtes – ist klarerweise nicht schon dann erreicht, wenn die blossе Möglichkeit besteht bzw. wenn lediglich denkbar ist, dass eine Tatsachenbehauptung der Wahrheit entspricht. Es genügt auch nicht, wenn der geltend gemachte Sachumstand wahrscheinlicher ist als andere, ebenfalls vorstellbare Möglichkeiten. Selbst wenn die Richterin das vom Beweisbelasteten behauptete Geschehen als den wahrscheinlichsten von allen nach menschlichem Ermessen überhaupt in Betracht kommenden Hergängen einstuft, reicht dies allein noch nicht für die Einhaltung des Beweisgrades der hohen Wahrscheinlichkeit aus. Denn es lässt sich nicht ausschliessen, dass andere denkbare Sachverhaltsoptionen nur unwesentlich weniger naheliegen. Auch das Überwiegen einer Sachverhaltsdarstellung über sämtliche anderen ist mit anderen Worten ein unzureichendes Kriterium, wenn nicht zugleich eine bestimmte Schwelle erreicht wird (vgl. ISABELLE BERGER-STEINER, *Der Kausalitätsbeweis.*, in: Stephan Weber [Hrsg.] HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, S. 13 ff., S. 25). Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt als erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. HARDY LANDOLT, *Beweiserleichterung und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess* in: Walter Fellmann, Stephan Weber [Hrsg.] HAVE, *Haftpflichtprozess 2011*, S. 81 ff, S. 93 und 95 mit Hinweis auf BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3; BGE 133 III 81 E. 4.4.2).»

3. Gerichtliche Diskussionen

Bei Anwendung dieser Definition auf den konkreten Fall kam das Zivilgericht nach umfangreichen Überlegungen zum Schluss, dass selbst wenn die Klägerin am 11. März 2013 umgehend in das Spital C. überwiesen worden und dort sofort operiert worden wäre, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könnte, dass sie sich nach der Operation besser erholt und die heutigen gesundheitlichen Beschwerden damit hätten vermieden werden können (Zivilgericht, E. 5.3.1, S.30).

Das Zivilgericht orientierte sich dabei an den Ausführungen des Gerichtsgutachters. Dieser halte zur Studienlage insgesamt fest, dass zur Thematik des zeitlichen Operationszeitpunktes widersprüchliche Ergebnisse in den wissenschaftlichen Publikationen bestünden. Überall dort, wo der Gutachter die Aussicht auf Erholung durch eine Operation einzuschätzen habe, werde ersichtlich, dass es an einem klaren Nachweis fehle, dass eine solche Operation überhaupt zu einer statistisch erheblich höheren Erholungschance beigetragen hätte. Insbesondere bei der Frage, ob diese heutigen Befunde/Diagnosen bei der Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht vorliegen würden, wenn diese am 11. oder 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. Nur die statistische, durch den Gutachter nicht quantifizierte Chance einer Erholung wäre bei einer sofortigen Operation höher gewesen. Die bestehende Möglichkeit einer besseren Heilungschance je früher operiert werde genüge für die Begründung des erforderlichen Kausalzusammenhanges jedoch nicht (Zivilgericht, E. 5.3.1, S.26 und S.30).

Die Klägerin hatte bereits vor Zivilgericht gefordert, dass einzig auf die Studie PETR ET AL. abzustellen sei. Gemäss dieser Studie betrage die Wahrscheinlichkeit für eine komplette Erholung bei einer Operation innerhalb von 48 Stunden nach drei Monaten 96.2%, weshalb sie als überwiegend wahrscheinlich anzunehmen sei (Zivilgericht, E. 5.3.1 S.28).

Das Zivilgericht hielt demgegenüber fest, dass sich die im Gerichtsgutachten wiedergegebene und auf die Studie PETR ET AL. gestützte Tabelle 1, auf welche sich die Klägerin berief, lediglich auf Patienten mit schweren motorischen Defiziten (Kraftgrade M0 bis M2) beziehe (Zivilgericht, E. 5.3.1, S.28), sowie dass bei einer derart breit abgestützten und diskutierten Studienlage keinesfalls nur auf eine einzelne Studie abgestellt werden könne. Vielmehr seien alle relevanten wissenschaftlichen Publikationen zu berücksichtigen (Zivilgericht, E. 5.3.1 S.29).

Auch das Appellationsgericht folgte dem von der Klägerin geforderten alleinigen Abstellen auf die Studie PETR ET AL. nicht. Es kam zum Schluss, dass diese Studie die Frage des Behandlungsergebnisses nach drei Monaten und damit entgegen der Auffassung der Klägerin nicht «exakt» die vorliegend interessierende Frage nach der langfristigen Erfolgchance beantworte und verwies dabei, wie bereits das Zivilgericht, u.a. auf die Studie MARSHALL, wonach hochgradige Fussheberschwächen in 5% bis 10% der Diskushernien auftreten und deren potentielles Erholungspotential – mit oder ohne Behandlung – bei 50% liege (Appellationsgericht E. 4.2 f.).

¹³ BGer 4A_605/2019 vom 27. Mai 2020 E. 7.3 sowie BGer 4A_424/2020 vom 19. Januar 2021 E. 4.1 beide m.w.H.

Die Klägerin wendete schliesslich vor Bundesgericht ein, «wer nach 3 Monaten geheilt sei, sei es auch langfristig». Gemäss dem Bundesgericht seien jedoch weder spätere Rückfälle noch eine Erholung nach Ablauf von drei Monaten ausgeschlossen. Jedenfalls könne nicht davon ausgegangen werden, dass nicht auch bei den Patienten mit verzögerter Operation oder gar konservativer Behandlung zu einem späteren Zeitpunkt als 3 Monaten noch eine Erholung eintreten könnte. Das Bundesgericht liess offen, über welchen Zeitraum noch mit einer Erholung gerechnet werden könne – gemäss der Nebenintervenientin (zur Nebenintervention vgl. unten unter Ziff. 5) könne ein solcher über drei Jahre beitragen. Die Studie PETR ET AL. zeige nur, aber immerhin, dass bei Patienten mit motorischen Defiziten von M3 oder schlechter und sofortiger Operation (innerhalb von 48 Stunden) nach drei Monaten eine *raschere Erholung* einsetzt als in der Vergleichsgruppe (verzögerte Operation [nach 48 Stunden]). Die Frage nach dem besten Operationszeitpunkt bleibe jedoch auch gemäss diesen Studienautoren weiterhin offen (Bundesgericht, E. 8.2).

In seinen weiteren Erwägungen hat das Bundesgericht die vorinstanzliche Argumentation bestätigt. Es wird auf die einleitenden Ausführungen (vgl. oben II) verwiesen.

4. *Learning in Bezug auf den Umfang mit Studienlagen und medizinischer Evidenz*

Auch ohne dass die über drei Instanzen hinweg geführten umfangreichen Diskussionen zur Studienlage und deren Beweiswert im Detail wiedergegeben werden können (Zivilgericht E. 5.3.1; Appellationsgericht E. 4, Bundesgericht E. 8), zeigt sich, dass die Rechtsanwender gut daran tun, sich mit der Lektüre medizinischer Studien vertraut zu machen.

Das Gericht, dem es in der Regel an Fachwissen mangelt, wird zur Beurteilung der Haftungs- und damit auch der Kausalitätsfrage und regelmässig einen Sachverständigen beiziehen (Art. 183 ZPO). Ohne triftigen Grund weicht es von der gutachterlichen Einschätzung nicht ab.¹⁴ Kein triftiger Grund liegt vor, wenn das erstattete Gutachten vollständig, nachvollziehbar und schlüssig ist.¹⁵ Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens können jedoch insbesondere dann entstehen, wenn ein Widerspruch zwischen den vom Gutachter erörterten Grundlagen (mithin der konsultierten Studien) und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen besteht (Zivilgericht E. 4.2.2 m.w.H.). Wie aus den Erwägungen der drei Instanzen ersichtlich wird, ist im Anwendungsfall auf die von den Studien beurteilten Fragestellungen und das berücksichtigte Patientenkollektiv zu achten. Aus-

drücklich festgehalten wurde sodann, dass nicht nur auf eine einzelne Studie abgestellt werden darf, wenn sich aufgrund der Gesamtstudienlage andere Schlüsse aufdrängen. Vorliegend nicht diskutiert wurde, im Einzelfall jedoch zu berücksichtigen ist, dass nicht jeder Studie die gleiche Aussagekraft zukommt.¹⁶

Die für eine medizinische Fragestellung relevante Studienlage wird in der Regel auch in Leit- oder Richtlinien der jeweiligen Fachgesellschaften abgebildet und reflektiert. Medizinische Leitlinien oder Guidelines sind evidenzbasierte Aussagen und Empfehlungen in Bezug auf einen definierten diagnostisch-therapeutischen Bereich, welche zur Optimierung der Patientenbehandlung beitragen sollen. Problematisch ist, dass die stetige Zunahme solcher Guidelines die Überschaubarkeit des Angebotes erschwert und sich qualitativ schlechte Guidelines gar negativ auf die Behandlungsqualität auswirken können. Um die Qualität von Guidelines zu beurteilen, wurden in den letzten Jahren international unterschiedliche Standards entwickelt.¹⁷

Aus Deutschland bzw. durch die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF, www.awmf.org) ist die Klassifizierung von Leitlinien in die Evidenzklassen S1 – S3 bekannt. Bei den S1 Leitlinien handelt es sich um Handlungsempfehlungen von Experten, welchen kein systematischer Entwicklungsprozess vorausgeht. S2 Leitlinien beruhen entweder auf einer systematischen Analyse der wissenschaftlichen Belege (S2e-Leitlinien, wobei e für Evidenz steht) oder auf einer strukturierten Konsensfindung eines repräsentativen Gremiums (S2k-Leitlinien, wobei k für Konsens steht). Die höchste Verbindlichkeitsstufe bilden S3 Leitlinien, deren Entwicklung nach strengen Vorgaben sowohl evidenz- wie auch konsensbasiert erfolgt.¹⁸

Während sich die Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen im Einzelfall nur nach den im Zeitpunkt der fraglichen Behandlung gültigen Leit- oder Richtlinien richten darf,¹⁹ können zur Beurteilung von Kausalitätsfragen auch aktuellere Leit- oder Richtlinien beigezogen werden, dies jedoch nur, sofern es sich um evidenzbasierte, d.h. wissenschaftlich untermauerte, Empfehlungen handelt. Dies war im vorliegenden

¹⁴ BGE 133 II 384 E. 4.2.3, 136 II 539 E. 3.2.

¹⁵ Vgl. BGE 125 V 351 E. 3.

¹⁶ Vgl. HOLGER SCHÜNEMANN, Integrative Beurteilung der Evidenz im Gesundheitswesen: das GRADE System, ZEFQ 102 (2009) 261 f.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen STEFANIE HOSTETTLER ET AL. Grundlagenpapier der DDQ, Guidelines – Qualitätsmerkmale erkennen in SAEZ 2014, Nr. 95/3 45.

¹⁸ Vgl. auch CATHLEEN MUCHE-BOROWSKI ET AL., Medizinische und rechtliche Verbindlichkeit von Leitlinien in Zeitschrift für Herz-Thorax- und Gefässchirurgie 2015 29, 116 f.

¹⁹ vgl. zur Tragweite auch Urteil des Appellationsgerichts BS vom 24. Juli 2020, E. 5.7 sowie LANDOLT/HERZOG ZWITTER (FN 10), N 815, wonach Leitlinien nicht zwingend mit dem medizinischen Standard gleichzusetzen sind.

Fall bei der betreffenden S2k-Leitlinie aus dem Jahre 2018²⁰ nicht der Fall. Der Gerichtsgutachter wies in seinen Ausführungen denn auch mehrfach darauf hin, dass das in den Leitlinien wiedergegebene Vorgehen in den meisten Kliniken angewandt werde, sich allerdings als Konsens ohne absolute zeitliche Verbindlichkeiten aus den teilweise widersprüchlichen Ergebnissen in den wissenschaftlichen Publikationen ergebe (Zivilgericht E. 5.3.1 S.28, Appellationsgericht E. 4.5, Bundesgericht E. 8.4).

5. *Exkurs: Streitverkündung und Nebenintervention*

Von den Gerichten nicht zu Ende diskutiert wurde die Tatsache, dass die Entscheidung für oder gegen eine Operation letztlich nicht beim Hausarzt, sondern bei einem chirurgisch tätigen Facharzt bzw. einer Fachärztin für Neurochirurgie/Orthopädie oder einem Neurologen bzw. einer Neurologin gelegen hätte (Zivilgericht, E. 4.2.2 S. 21). Offen blieb damit die Frage, ob es bei dringlicher Überweisung durch den Hausarzt überhaupt zu einer Operation innert 48 Stunden gekommen wäre, da der Operationsentscheid noch von weiteren fachlichen Einschätzungen abhängig gewesen wäre.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin mehrere Tage nach der am 13. März erfolgten Überweisung ins Spital C. operiert worden ist.

Nachdem sich der Hausarzt in seiner Klageantwort auf diese zeitlichen Elemente berief, verkündete die Klägerin dem Spital C. in der Replik den Streit (Zivilgericht, Ziff. V). Hierauf entschloss sich das Spital C. zu einer Nebenintervention. Dies jedoch nicht etwa auf Seiten der streitberufenden Patientin, sondern auf Seiten des beklagten Hausarztes und beantragte Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Zivilgericht, Ziff. IX).

Ein Versuch der Patientin, sich dieser Intervention zu widersetzen, schlug fehl. Das Zivilgericht liess die Frage, ob eine Nebenintervention nach Streitberufung in analoger Anwendung von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO auch auf Seiten der Gegenpartei voraussetzungslos möglich sei, offen und bejahte stattdessen das für eine Intervention nach Art. 74 ZPO notwendige eigene, rechtliche Interesse des Spitals C. Auf entsprechenden Antrag der Klägerin hin änderte das Gericht die Bezeichnung des Spitals von «streitberufene» in «intervenierende» Nebenpartei, hielt jedoch gleichzeitig unter Verweis auf Art. 76, 77 und 80 ZPO fest, dass die Änderung der Bezeichnung ohne Einfluss auf die Konsequenzen der Nebenintervention bleibe (Zivilgericht Ziff. X – XI, E. 2).

C. **Schlussfolgerungen und Relevanz**

Im Sinne einer Zusammenfassung lassen sich aus dem Bundesgerichtsurteil 4A_295/2022 vom 16. Dezember 2022, respektive dem diesem Urteil zu Grunde liegenden Fall – über drei Instanzen betrachtet – folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- Zum Verständnis eines bundesgerichtlichen Urteils und einer allenfalls daraus folgenden Rechtsprechung kann sich die Lektüre der vorinstanzlichen Urteile lohnen bzw. als geboten oder notwendig erweisen.
- Eine Beschränkung des Prozessthemas stellt die fallführenden Richterinnen und Richter sowie die Prozessparteien vor erhebliche Herausforderungen mit Blick auf Rechtsmittelverfahren und im Falle von Rückweisungen.
- Ärztliche Sorgfaltspflichtverletzungen sind nach dem Beweisgrad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu beurteilen.
- Die Erfolgsaussichten hypothetischer Kausalverläufe beurteilen sich nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.
- Das Zivilgericht Basel-Stadt lieferte in seiner Beurteilung des konkreten Falls eine treffende Umschreibung der bundesgerichtlichen Definition der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, die Beachtung finden sollte.
- Die bestehende Möglichkeit einer bloss besseren Heilungschance (*perte d'une chance*) genügt nicht um den Kausalitätsbeweis im Haftpflichtrecht zu führen.
- «*Deutlich höher*» ist nicht zwingend mit «*überwiegend wahrscheinlich*» gleichzusetzen. Eine entsprechende Aussage des Gutachters ist in Auslegung des Gesamtgutachtens zu werten.
- Ohne medizinische Evidenz mit Beweiskraft im wissenschaftlichen Sinne lassen sich keine kausalen Zusammenhänge erstellen.
- Es ist für im Bereich der Arzthaftung tätige Juristinnen und Juristen und Fallbearbeiter in der Assekuranz unabdingbar, sich mit den Fragen der medizinischen Evidenz vertraut zu machen.

²⁰ FRANZ X. GLOCKER ET AL., Lumbale Radikulopathie, S2k-Leitlinie, 2018; in: Deutsche Gesellschaft für Neurologie (Hrsg.), Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie.