

Herausgeberschaft:
Ulrich Haas
Reto Marghitola

FACHHANDBUCH

Zivilprozessrecht

EXPERTENWISSEN FÜR DIE PRAXIS

Schulthess § 2020

I. Verfahren bei eingetragener Partnerschaft

- 27.302 Die Verfahren bei eingetragener Partnerschaft orientieren sich an den eherechtlichen Verfahren. Entsprechend unterscheidet die ZPO zwischen Angelegenheiten des summarischen Verfahrens, welche den Eheschutzmassnahmen i.w.S. entsprechen (Art. 305 und 306 ZPO), und dem Verfahren auf Auflösung und Ungültigkeit der eingetragenen Partnerschaft (Art. 307 ZPO). Die entsprechenden **Vorschriften der eherechtlichen Verfahren** werden für **sinngemäss anwendbar** erklärt. Die Verweisung ändert nichts daran, dass die im PartG bestehenden Abweichungen zum Scheidungsrecht zu beachten sind.⁴⁴⁹ Bspw. schreibt Art. 29 Abs. 1 PartG keine getrennte und gemeinsame Anhörung vor, weshalb das Gericht frei ist, wie es vorgehen will.⁴⁵⁰

X. Arzthaftungsprozess

A. Prozessarten

1. Zivilprozess

- 27.303 Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) gilt für privatrechtliche Streitigkeiten. Die Zivilprozessordnung kommt zur Anwendung für privatrechtliche Streitigkeiten. Darunter fallen sowohl privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Patienten und frei praktizierenden Ärzten als auch zwischen Patienten und Privatspitälern.

2. Staatshaftungsverfahren

- 27.304 «Die Behandlung von Patienten in einem öffentlichen Spital gilt nicht als gewerbliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR, sondern als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.»⁴⁵¹ Gegen wen und unter welchen Voraussetzungen bei einer fehlerhaften Behandlung in einem öffentlichen Spital Ansprüche geltend gemacht werden können, beurteilt sich primär nach dem kantonalen öffentlichen Recht.⁴⁵²
- 27.305 Art. 61 Abs. 1 OR bestimmt, gegen wen und unter welchen Voraussetzungen der Patient aufgrund einer Fehlbehandlung in einem öffentlichen Spital Schadenersatzansprüche geltend machen kann. Nach konstanter Rechtsprechung ist die Krankenbehandlung in öffentlichen Spitälern keine gewerbliche Verrichtung, für die nach

449 GEISER, BSK ZPO, Art. 307 N 5.

450 GEISER, BSK ZPO, Art. 307 N 14.

451 BGE 115 Ib 175, E. 2b, S. 180.

452 LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Rz. 185; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/LAG, § 7, Rz. 117.

Art. 61 Abs. 2 OR die bundesprivatrechtlichen Haftungsnormen von Art. 41 ff. OR nicht durch kantonales öffentliches Recht geändert werden können. Vielmehr ist eine öffentliche Aufgabe gegeben. Schäden, die dabei entstehen, sind auf die Ausübung staatlicher Hoheit und nicht auf die Verletzung privatrechtlicher Vertragspflichten zurückzuführen. Art. 61 Abs. 1 OR «enthält einen fakultativen öffentlich-rechtlichen Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts; die Kantone sind danach befugt aber nicht verpflichtet, die öffentlich-rechtlich angestellten Ärzte der kantonalrechtlichen (Haftungs-)Regelung zu unterstellen».⁴⁵³

Das kantonale Staatshaftungsverfahren verweist einerseits auf das Zivilprozessrecht und andererseits auf die entsprechenden Bestimmungen des verwaltungsrechtlichen Beschwerde- bzw. Klageverfahrens.⁴⁵⁴ 27.306

B. Beweisverfahren

1. Im Allgemeinen

Das Beweisverfahren ist ein zentrales Element in Arzthaftungsprozessen. Insbesondere das medizinische Gutachten zur ärztlichen Sorgfalt und zur Beurteilung der Kausalität sind von besonders wichtiger Bedeutung. 27.307

Zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage präzisiert das Bundesgericht wie folgt: «Welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zu stellen sind, wann dieser insbesondere als Beauftragter den Vertrag verletzt, sind Rechtsfragen. Um solche geht es auch bei der Anwendung von Erfahrungssätzen, die den Massstab der gehörigen Sorgfalt abgeben; sie haben die Funktion von Normen und werden daher den Rechtssätzen gleichgestellt».⁴⁵⁵ 27.308

Dem FMH-Gutachten wird volle Beweiskraft zuerkannt.⁴⁵⁶ 27.309

Parteigutachten enthalten Äusserungen eines medizinischen Sachverständigen. Diese Äusserungen tragen zur Feststellung eines medizinischen Sachverhalts beweismässig bei. Ein Parteigutachten habe jedoch nicht den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder von einem Unfallversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten. «Es verpflichtet indessen – wie jede substantiiert vorgetragene Einwendung gegen ein solches Gutachten – den Richter, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend, zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassungen und Schlussfolgerungen des vom Gericht oder vom Unfallversicherer förmlich bestellten Gutachters derart zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist.»⁴⁵⁷ 27.310

453 BGer. Urteil 4C.97/2002 vom 1. Juli 2002, E. 2.1.

454 LANDOLT/HERZOG-ZWITTER. Rz. 1510.

455 BGE 113 II 429, F. 3a. S. 431.

456 BGer. Urteil 4A_521/2011 vom 5. März 2012, E. 4.

457 BGE 125 V 351. E. 3c. S. 354.

- 27.311 Ein weiteres Beweismittel im Arzthaftungsprozesse ist die Krankengeschichte. Die Dokumentationspflicht des Arztes stellt die korrekte Behandlung und deren Dokumentation sicher. Mit der Dokumentationspflicht erfüllt der Arzt seine auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht präzisiert in BGE 141 III 363 die Anforderungen an die Dokumentationspflicht des Arztes. Demnach ist massgeblich, ob die Dokumentation in casu aus medizinischen Gründen notwendig und üblich war.
- 27.312 Ein verschuldeter Dokumentationsmangel rechtfertigt eine Herabsetzung des Beweismasses.⁴⁵⁸
- 27.313 Eine Befragung der behandelnden Ärzte ist zulässig, sofern sie vom Patienten-geheimnis entbunden worden sind. Diese Befragung ist jedoch dann unzulässig, sofern Befangenheit der behandelnden Ärzte gegeben ist. Diese ist dann in casu gegeben, wenn die behandelnden Ärzte massgeblich an der missglückten Operation beteiligt sind und ein erhebliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses haben, der sich negativ auf ihre berufliche Zukunft auswirken könnte. Die Befangenheit ist gegeben mit Bezug auf sämtliche in Verfahren interessierenden Fragen, dazu gehört die Frage des Operationsverlaufs.⁴⁵⁹

2. Vorsorgliche Beweisabnahme

- 27.314 Die ZPO sieht in Art. 158 ZPO die vorsorgliche Beweisführung vor (vgl. Rz. 8.140 ff.). Die vorsorgliche Beweisführung sieht nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen vor, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen.⁴⁶⁰ «Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten kann dabei aber nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn solche Klärung eine Expertise erfordert. Nur so lassen sich aussichtslose Prozesse vermeiden, sei dies durch Förderung der Bereitschaft der Gesuchstellerin, auf Klageerhebung zu verzichten, oder aber der Bereitschaft beider Parteien, sich zu vergleichen».⁴⁶¹

3. Beweislast

- 27.315 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.⁴⁶²

458 BGer, Urteil 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 6.3.

459 BGer, Urteil 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 5.3.

460 BGE 140 III 16, F. 2.5, S. 23.

461 BGE 140 III 16, E. 2.5, S. 23.

462 Art. 8 ZGB.

Der Patient hat somit Schaden, Vertragsverletzung, Widerrechtlichkeit und Kausalität als Haftungsvoraussetzungen zu beweisen.⁴⁶³ 27.316

- Haftungsvoraussetzungen bei der vertraglichen Haftung: Schaden, Vertragsverletzung, Kausalzusammenhang sowie Verschulden;
- Haftungsvoraussetzungen bei der ausservertraglichen Haftung: Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und bei Art. 41 OR und einzelnen Verantwortlichkeitsgesetzen ein Verschulden.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die objektive Sorgfalt bei der vertraglichen Haftung von der Vertragsverletzung erfasst, bei der ausservertraglichen Haftung ist hiermit die Widerrechtlichkeit gegeben.⁴⁶⁴ 27.317

Beim Verschulden hängt die Beweislast davon ab, ob eine Vertragsverletzung oder ein ausservertragliches Verhältnis gegeben ist. Liegt ein Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient vor und wurde die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung bei einer vertraglichen Haftung bejaht, so wird das Verschulden des Arztes vermutet.⁴⁶⁵ 27.318

a) Beweislast und ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung

Die Beweislast für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und der damit ursächlich zusammenhängenden Schädigung obliegt dem Patienten.⁴⁶⁶ 27.319

Die Regeln der ärztlichen Kunst sind Regeln, die sich an den von der medizinischen Wissenschaft aufgestellten Regeln orientieren.⁴⁶⁷ Massgebend ist jener ärztliche Soll-Sorgfaltsmassstab, welcher gemäss dem anerkannten und gesicherten Stand der ärztlichen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Behandlung der Massstab war.⁴⁶⁸ Der ärztlichen Sorgfalt des Arztes bei der ärztlichen Behandlung liegt der objektive Massstab zugrunde.⁴⁶⁹ Eine Rechtsfrage ist, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zu stellen sind. Zum Sachverhalt gehört, ob eine allgemeine Berufsregel existiert, wie der Gesundheitszustandes des Patienten war und wie die ärztliche Behandlung bei dem Patienten durchgeführt wurde.⁴⁷⁰ 27.320

Die Haftung des Arztes ist gemäss Rechtsprechung nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt. Der Arzt hat Kranke «vielmehr stets fachgerecht zu behandeln, zum Schutz ihres Lebens oder ihrer Gesundheit die nach den 27.321

463 BGE 133 III 121, E. 3.1, S. 124 = Pra 2007, 713; BGE 120 Ib 411, E. 4a, S. 413; BGE 115 Ib 175, E. 2a, S. 180; BGE 113 II 429, E. 3a, S. 431.

464 BGE 115 Ib 175, E. 2b, S. 180.

465 BGE 133 III 121, E. 3.1, S. 124 = Pra 2007, 713.

466 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHETAG, § 7, Rz. 31; BGer, Urteil 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 3.2.

467 BGE 108 II 59, E. 1, S. 61 = Pra 1982, 300.

468 LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Rz. 1079.

469 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHETAG, § 7, Rz. 22.

470 BGE 133 III 121, E. 3.1, S. 124 = Pra 2007, 713.

Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt aufzuwenden und grundsätzlich für jede Pflichtverletzung einzustehen». ⁴⁷¹

- 27.322 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei eine durch eine medizinische Behandlung verursachte gesundheitliche Beeinträchtigung vom Ausbleiben der erwarteten therapeutischen Wirkung zu unterscheiden. Sofern jedoch negative Auswirkungen der Behandlung erkennbar seien, ist der Arzt angehalten, alle Vorkehrungen zu treffen, um negative Gesundheitsfolgen für den Patienten zu verhindern. «Deren Eintritt begründet dann eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen worden sind und somit eine objektive Sorgfaltpflichtverletzung vorliegt.»
- 27.323 In BGE 120 II 248 konstatierte das Bundesgericht explizit, dass diese Vermutung der Beweiserleichterung diene, aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge habe. Der Arzt könne diese Vermutung erschüttern, indem er darlegt, «welche konkreten Vorkehren er im einzelnen getroffen hat, und nachweist, dass nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft auch bei Anwendung aller Sorgfalt ein nicht beherrschbares Restrisiko verbleibt oder eine ernstzunehmende konkrete Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs besteht». ⁴⁷² In BGE 133 III 121 präzisierte das Bundesgericht, dass diese Rechtsprechung zur Haftungsvermutung einer Sorgfaltpflichtverletzung insofern relativiert werden müsse, als eine spezifische Behandlung betroffen gewesen sei und nicht auf andere Behandlungen übertragen werden könne. ⁴⁷³

b) Beweislast und ärztliche Aufklärungspflichtverletzung

- 27.324 Im Arzthaftungsrecht trägt die Beweislast für die Aufklärung und für den Rechtfertigungsgrund stets der Arzt. ⁴⁷⁴ Bei der Aufklärung unterscheidet man gemäss Rechtsprechung zwischen Eingriffsaufklärung (Risiko-, Prozent-, Diagnose- und Verlaufsaufklärung sowie Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden und Aufklärung über neue Behandlungsmethoden), Sicherungsaufklärung und wirtschaftliche Aufklärung. ⁴⁷⁵

27.325 **Wichtig: Unterteilung der Aufklärungspflichten**

- Eingriffsaufklärung: leitet sich aus dem Persönlichkeitsschutz und der körperlichen Integrität ab. Es obliegt dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt und dieser in den Eingriff eingewilligt hat.

⁴⁷¹ BGE 120 II 248, E. 2c, S. 249; BGE 116 II 519, E. 3a, S. 521; BGE 115 Ib 175, E. 2b, S. 180.

⁴⁷² BGE 120 II 248, E. 2c, S. 249.

⁴⁷³ BGE 133 III 121, E. 3.1, S. 124 = Pra 2007, 713.

⁴⁷⁴ BGE 117 Ib 197, E. 2a, S. 200; BGE 116 II 519, E. 3b, S. 521; BGE 108 II 59, E. 2, S. 299 = Pra 1982, 300.

⁴⁷⁵ LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Rz. 940; BGE 117 Ib 197, E. 2a, S. 200; BGE 116 II 519, E. 3a, S. 521.

- Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung: Ziel dieser Aufklärung ist das therapiegerechte Verhalten des Patienten. Die Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung ist Teil der Behandlung. Die Beweislast obliegt dem Patienten.
- Wirtschaftliche Aufklärung

Der Arzt hat den Beweis zu erbringen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt hat und dass er vor dem Eingriff eine Einwilligung erhalten hat, welche der Patient basierend auf einer lege artis durchgeführten Aufklärung in voller Kenntnis der Umstände abgegeben hat.⁴⁷⁶ «Die Einwilligung kann sich dabei nur auf Risiken beziehen, die bei pflichtgemässer Vornahme des Eingriffs bestehen, nicht aber auf unerwünschte Folgen, die einem Behandlungsfehler zuzuschreiben sind. Der Einwand der Einwilligung ist zudem nur zu hören, wenn der Arzt seiner Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten genügt, ihn insbesondere auf die Risiken der Operation aufmerksam gemacht hat. Der Nachweis der Einwilligung ist Teil des Entlastungsbeweises, der dem Belangten aber auch für andere Unrechtsausschließungsgründe, namentlich für notfallmässige Verhältnisse zusteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erfolg der Behandlung ausbleibt oder der Patient, wie hier, über den Eingriff hinaus in seiner körperlichen Integrität geschädigt wird, die negative Folge also auf einen Behandlungsfehler schliessen lässt.»⁴⁷⁷ 27.326

c) Beweislast und hypothetische Einwilligung

Die Haftung des Arztes für die Verletzung der Aufklärungspflicht wird in dem Sinne eingeschränkt, als der Patient bei einer Aufklärungspflichtverletzung glaubhaft machen muss, warum er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs insbesondere aus persönlichen Gründen verweigert hätte. Der Arzt hat somit die Möglichkeit, sich auf die hypothetische Einwilligung zu berufen. Er hat zu beweisen, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er in gebührender Weise aufgeklärt worden wäre. Der Patient hat insofern mitzuwirken, als er glaubhaft machen muss oder wenigstens die persönlichen Gründe anzuführen hat, warum er der Operation nicht zugestimmt hätte, insbesondere wenn er ausreichend über die Risiken informiert worden wäre.⁴⁷⁸ Diese Tatsachen stammen aus dem Wissensbereich des Patienten, insoweit ist ihm diese Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhaltes zuzumuten.⁴⁷⁹ 27.327

476 BGE 133 III 121, E. 4.1.3, S. 130 = Pra 2007, 713; BGE 117 Ib 197, E. 5a, S. 206.

477 BGE 115 Ib 175, E. 2b, S. 180.

478 BGE 133 III 121, E. 4.1.3, S. 130 = Pra 2007, 713.

479 BGE 117 Ib 197, E. 5c, S. 207.

4. Beweismass

- 27.328 Im Haftungsrecht gilt das Regelbeweismass der annähernden Sicherheit. Im Übrigen gilt der Prozessgrundsatz, dass bei vorprozessual oder während des Prozesses erfolgender Beweisvereitelung das Regelbeweismass erheblich herabgesetzt werden kann. Das Bundesgericht bestätigte, das Regelbeweismass könne auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt werden, «soweit streitig ist, ob die festgestellten Läsionen durch die Einwirkungen von Endoskopbewegungen verursacht worden sind».⁴⁸⁰
- 27.329 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt für den Beweis der natürlichen Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden, dass sich das Gericht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen kann.⁴⁸¹ «Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung (conditio sine qua non) für das geltend gemachte Schadensereignis ist. Dabei genügt – in Abweichung vom bundesgerichtlichen Regelbeweismass – der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.»⁴⁸²

XI. Haftungsprozesse bei Verkehrsunfällen

A. Zivilprozessuale Bestimmungen des SVG

- 27.330 Für strassenverkehrsrechtliche Zivilprozesse ist die ZPO anwendbar. Die ZPO kennt für Strassenverkehrsunfälle besondere Regelungen betreffend Zuständigkeit (Art. 38 ZPO). Zudem statuiert das SVG mit Bezug auf das direkte **Forderungsrecht**, den **Einredenausschluss**, die Verteilung einer ungenügenden Versicherungssumme sowie die Anfechtung einer ungenügenden **Entschädigungsvereinbarung** prozessual relevante Bestimmungen. An ein Strafurteil ist der Zivilrichter grundsätzlich nicht gebunden (vgl. Art. 53 OR, vgl. aber S. 197, Fn. 32).

B. Aktiv- und Passivlegitimation

1. Allgemeines

- 27.331 Strassenverkehrsrechtliche Zivilprozesse stellen entweder einen Direktprozess oder einen Regressprozess dar. Im Direktprozess stehen sich entweder die geschädigte Person und die haftpflichtige Person bzw. an deren Stelle der Motorfahrzeughaftpflichtversicherer (Schadenersatzprozess) oder der Versicherungsnehmer und der

480 BGer, Urteil 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 9.

481 BGE 113 Ib 420, E. 3, S. 424.

482 BGer, Urteil 4A_521/2011 vom 5. März 2012, E. 3.2.1