

PROF. DR. IUR. HARDY LANDOLT LL.M.

Rechtsanwalt und Notar | eingetragen im Anwaltsregister des Kt. Glarus
Mitglied des Schweizerischen und Glarner Anwaltsverbandes

Schweizerhofstrasse 14 | Postfach 568 | 8750 Glarus
Telefon: + 41 55 646 50 50 | Telefax: + 41 55 646 50 51
landolt@lare.ch | www.lare.ch | www.hardy-landolt.ch

Einschreiben

Herr
Dr. iur. Felix Rüegg
Rechtsanwalt
St. Urbangasse 2
8024 Zürich

Glarus, 8. April 2011

Gutachten M. A., Oetwil am See

Sehr geehrter Herr Kollege

1. In eingangs erwähnter Angelegenheit haben Sie mich mit Schreiben vom 27.09.2010 beauftragt, einerseits den Betreuungs- und Pflegebedarf Ihres Klienten M. A. festzustellen und den daraus resultierenden Schaden zu berechnen sowie andererseits zur umstrittenen Kausalitäts- bzw. Beweislastfrage gutachterlich Stellung zu beziehen.
2. Sie haben mir die pflegerelevanten Unterlagen der IV, den Korrespondenzwechsel mit der Axa-Winterthur Versicherung sowie die Gutachten von Prof. Dr. med. Waespe, Uster, vom 05.10.2001, von Prof. Dr. med. Konrad / Dr. med. Schüpfer, Luzern, vom 16.03.2009, und von Prof. Dr. med. Müller, Luzern, vom 17.02.2010 übergeben.

1. Sachverhalt

3. M. A. ist zu 100 % erwerbsunfähig und erhält eine Hilflosenentschädigung mittlerer Schwere. Ursache für Erwerbsunfähigkeit und mittelschwere Hilflosigkeit bildet ein Schädel-Hirn-

Trauma, das durch einen Verkehrsunfall und eine Fehlbehandlung im Kantonsspital Winterthur verursacht worden ist.

4. M. A. hat am 08.07.2000 einen Verkehrsunfall erlitten und wurde mit Verdacht auf ein Schädel-Hirn-Trauma (Glasgow Coma Scale 14) ins Kantonsspital Winterthur eingeliefert. Der Gesundheitszustand von M. A. verschlechterte sich in der Nacht vom 17./18. Juli 2000. Gemäss Gutachten von Prof. Dr. med. Konrad / Dr. med. Schüpfer vom 16.03.2009 erlitt M. A. einen Kollaps des linken Lungenflügels, der auf Grund einer Fehldiagnose zu spät entdeckt und adäquat behandelt wurde. Die Sauerstoffversorgung von M. A. war während maximal 120 Minuten ungenügend. Die ungenügende Sauerstoffversorgung hat am Ort der vorbestehenden Traumaläsion und global eine weitere Hirnschädigung verursacht.

5. Unklar ist, welcher Anteil des Schädel-Hirn-Traumas auf den Verkehrsunfall vom 08.07.2000 und auf die ungenügende Sauerstoffversorgung vom 17./18. Juli 2000 zurückzuführen ist. Im Gutachten von Prof. Dr. med. Müller vom 17.02.2010 wird diesbezüglich von einer Unmöglichkeit ausgegangen, Hypoxie- und Traumaanteil prozentgenau zu unterscheiden, und zudem erwogen, dass die Erstverletzung (Unfalltrauma) eine Erholung der Zweitverletzung (Hypoxie) des Hirns eingeschränkt hat und die Zweitverletzung im Verhältnis zur Erstverletzung dominierend ist. Er erwägt, dass die verkehrsunfallbedingte Hemiataxie rechts 30 % der späteren durch die Fehlbehandlung verursachten Hemiataxie links ausmacht.

II. Standpunkte der Parteien

6. Der erste Streitpunkt der Parteien betrifft die *Beweislast*:

- Die Axa-Winterthur Versicherung, Haftpflichtversicherer des Kantonsspitals Winterthur, stellt sich auf den Standpunkt, dass der heute vorhandene Gesundheitsschaden als Folge des Verkehrsunfalls vom 08.07.2000 vor der durch das Kantonsspital Winterthur zu verantwortenden Sorgfaltspflichtverletzungen bereits eingetreten war bzw. auch ohne Hypoxie eingetreten wäre und deshalb M. A. zu beweisen hat, dass und welcher Anteil des Gesamtschadens haupt- oder teilursächlich auf die Fehlbehandlung bzw. Sauerstoffunterversorgung zurückzuführen ist. Die Axa-Winterthur Versicherung erachtet diesen Beweis gestützt auf das Gutachten von Prof. Dr. med. Müller vom 17.02.2010 als nicht möglich.

- Der Rechtsvertreter von M. A. demgegenüber vertritt die Meinung, dass die durch das Kantonsspital Winterthur zu verantwortenden Sorgfaltspflichtverletzungen zumindest teilweise den Gesamtschaden verursacht haben und das Kantonsspital Winterthur zu beweisen hat, dass und welcher Anteil des Gesamtschadens ausschliesslich durch den Verkehrsunfall verursacht worden ist. Er stützt sich dabei auf die Praxis zur konstitutionellen Prädisposition.

7. Der zweite Streitpunkt der Parteien betrifft das *Beweismass*: Die Parteien sind sich über die Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zwar einig, streiten aber über die Konkretisierung. Insbesondere die Formulierungen zur Wahrscheinlichkeit in den vorerwähnten Gutachten sind auslegungsbedürftig. Anhand der Akten ist nicht ersichtlich, ob die Gutachter im Vorfeld des Gutachtensauftrags über die Verwendung des juristischen Begriffs der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» aufgeklärt und instruiert worden sind.

III. Gutachterliche Erwägungen

A. Beweislastverteilung

8. Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Der geschädigte Patient hat folglich die tatsächlichen Grundlagen der Haftungsvoraussetzungen, mithin den Haftungs- (Nachweis des haftungsbegründenden Tatbestands), Schadens- (Nachweis des ersatzfähigen tatsächlichen, normativen und fiktiven Schadens) und Kausalitätsbeweis (Nachweis des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs)¹, der mutmasslich Haftpflichtige die tatsächlichen Grundlagen von allfälligen Haftungsausschluss- und Reduktionsgründen zu beweisen².

9. Hat der geschädigte Patient sowohl einen Behandlungsschaden als auch eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen, ist der natürliche Kausalitätsbeweis – auch mit dem reduzierten Beweismass (dazu infra Ziffer B.) – nicht immer leicht zu erbringen bzw. hängt massgeblich von der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts ab³. Der Arzt kann einwenden, der angebliche Behandlungsschaden sei – wie hier – Folge einer vorbestehenden Gesundheitsbeeinträchtigung, stelle ein Weiterandauern der behandlungsindizierenden Gesundheitsbeein-

¹ Statt vieler BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

² Vgl. BGE 128 III 271 E. 2a/aa.

³ Exemplarisch Urteil BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1 ff.

trächtigung dar, sei Folge eines behandlungsinhärenten Risikos oder hätte sich bei sorgfaltsgemäsem Verhalten wegen anderer Schadenursachen früher oder später ohnehin ereignet⁴.

10. Die natürliche Kausalitätsformel mit der Anweisung der gedanklichen Reduktion der Pflichtwidrigkeit und der anschliessenden Prüfung, ob dann der Behandlungsschaden entfielen, würde vom Patienten beim natürlichen Kausalitätsbeweis nicht nur den *Positivbeweis eines überwiegend wahrscheinlichen Bedingungsverhältnisses der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung* für den Behandlungsschaden, sondern auch noch den Negativbeweis erfordern, dass der Behandlungsschaden nicht durch eine bereits eingetretene tatsächliche Reserveursache oder eine überwiegend wahrscheinlich später eintretende Reserveursache ohnehin verursacht worden wäre.

11. Der Geschädigte hat diesen *Negativbeweis* nicht zu führen. Bei einer nachgewiesenen Teil- oder Vollkausalität besteht eine Haftungsvermutung für den gesamten Schaden (infra Ziffer C/2). Es spielt dabei keine Rolle, ob eine andere Haftungsursache oder eine «neutrale» Schadenursache den Schaden vergrössert haben. Die präsumptiv Haftpflichtigen können eine «überschiessende» Haftung im Verhältnis zum Geschädigten durch den Nachweis eines Reduktionsgrundes oder im Verhältnis zu anderen Haftpflichtigen durch Regress kompensieren. Dasselbe gilt für spätere Reserveursachen bzw. für die spätere Ohnehinverursachung des Schadens. Eine solche hat der präsumptiv Haftende zu beweisen.

12. Im Anwendungsbereich der Anwaltshaftung beispielsweise trägt der beauftragte Rechtsanwalt die Beweislast für den «Ohnehinschaden», wenn er sich mit Hinweis von seiner Haftung befreien möchte, der Schaden wäre auch bei sorgfaltsgemäsem Verhalten eingetreten. Erkennt beispielsweise der Scheidungsanwalt die Rechtswirkungen der gerichtlichen Genehmigung einer Ehescheidungskonvention sorgfaltswidrig nicht, trägt er die Beweislast, dass «das Gericht die Scheidungskonvention ohne oder mit nur geringer Rente nicht genehmigt hätte» bzw. der Klient «das (teilweise) verwirklichte Risiko der Rentenzahlung ohnehin zu tragen hatte, weil eine für ihn günstigere Alternative zur getroffenen Lösung nicht möglich gewesen wäre»⁵.

13. Andernorts wurde die *Beweispflicht des Beauftragten für den hypothetischen Schadenverlauf bei sorgfaltsgemäsem Verhalten* offen gelassen⁶. Das Bundesgericht musste im fraglichen Entscheid diese Frage aber nicht beantworten, weil es unter Kausalitätsgesichtspunkten festgestellt hatte, dass der Geschädigte keine Spekulationsgeschäfte abgeschlossen hätte, wäre er

⁴ Ibid. E. 7.5.3 ff.

⁵ BGE 127 III 357 E. 5b.

⁶ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3d und Urteil BGer vom 18.11.2004 (4C.274/2004) E. 2.4.

über die Risiken aufgeklärt worden⁷. Bei der Einwendung einer Reserveursache handelt es sich letztlich um eine *rechts- bzw. kausalitätsaufhebende Tatsache*, die vom präsumptiv Haftpflichtigen nachzuweisen ist⁸. Es ist zudem kein Grund ersichtlich, warum der geschädigte Auftraggeber die Beweisschwierigkeiten bzw. die zusätzliche Beweislast für den Ausschluss einer Ohnehinverursachung tragen soll, wenn der Beauftragte durch ein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten oder Unterlassen diese Beweisschwierigkeiten verursacht hat.

14. Im Arzthaftungsrecht trägt der Arzt denn auch – unter Widerrechtlichkeitsgesichtspunkten – die Beweislast dafür, dass der Patient in den medizinischen Eingriff eingewilligt hätte bzw. der Schaden ohnehin eingetreten wäre, wäre er sorgfaltsgemäss aufgeklärt worden⁹. Was für die hypothetische Einwilligung gilt, gilt auch für andere Reserveursachen.

B. Beweismass

1. Allgemeines

15. Der Nachweis der zu beweisenden haftungs-, schadens- und kausalitätsrelevanten Tatsachen ist erfolgt, wenn die beweisverpflichtete Partei das je erforderliche Beweismass erfüllt hat. Prozessrechtlich sind *verschiedene Beweismasse* zu unterscheiden:

- *Beweismass der annähernden Sicherheit*: Das Beweismass der annähernden Sicherheit ist erfüllt, wenn der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen¹⁰.
- *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen¹¹.

⁷ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3d.

⁸ Ist ein grober Fehler zur Herbeiführung eines Gesundheitsschadens geeignet, so kommt eine Einschränkung der sich hieraus ergebenden Beweislastumkehr unter dem Blickpunkt einer Vorschädigung des Patienten nur dann in Betracht, wenn – was zur Beweislast der Behandlungsseite steht – eine solche Vorschädigung festgestellt ist und gegenüber einer durch den groben Fehler bewirkten Mehrschädigung abgegrenzt werden kann (vgl. Urteil BGH vom 16.05.2000 [VI ZR 321/98] = VersR 2000, 1146).

⁹ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

¹⁰ Vgl. Urteil BGer vom 08.07.2003 (4C.332/2002) E. 3.

¹¹ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3 sowie Urteil BGer vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, S. 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.3.

- *Beweismass des Glaubhaftmachens*: Das Beweismass des Glaubhaftmachens ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Ob der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass die Tatsachenbehauptung unrichtig ist, ist unerheblich¹².

16. Als Regelbeweismass gilt – auch im Haftungsrecht – das Beweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bzw. der annähernden Sicherheit¹³. Eine *Herabsetzung des Regelbeweismasses* ist dann gerechtfertigt, wenn die Rechtsdurchsetzung an Beweisschwierigkeiten scheitern würde, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten¹⁴. Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich entweder direkt aus dem Gesetz selbst oder gelten als Folge einer richterlichen Beweiserleichterung.

17. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo der Nachweis der annähernden Sicherheit nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine «Beweisnot» besteht¹⁵. Eine solche Beweisnot wird von der Rechtsprechung in Bezug auf den natürliche Kausalitätsbeweis bejaht und das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zugelassen¹⁶, was im Ergebnis einem Indizienbeweis entspricht, nicht aber eine Beweislastumkehr bewirkt¹⁷.

2. *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*

18. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird im Anwendungsbereich des Haftungsrechts nicht – wie im Unfallversicherungsrecht – zwischen «normal» und «stark» überwiegender Wahrscheinlichkeit unterschieden. Umstritten ist, ob überhaupt und inwieweit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine prozentuale Wahrscheinlichkeitsquote zugeordnet werden kann. BERGER-STEINER vertritt neuerdings den Standpunkt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit im Haftpflichtrecht – wie stark überwiegende Wahrscheinlichkeit im Sozi-

¹² Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 und 102 II 393 E. 4c.

¹³ Statt vieler z.B. Urteil BGer vom 10.04.2008 (4A_22/2008) E. 5.

¹⁴ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa und Urteil BGer vom 08.07.2003 (4C.332/2002) E. 3.

¹⁵ Vgl. z.B. BGE 133 III 153 E. 3.3 und 130 III 321 E. 3.2.

¹⁶ Vgl. z.B. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.4.2 und Urteile BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1 und vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.1.

¹⁷ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.2.

alversicherungrecht – ganz generell eine mindestens 75 %-ige Eintrittswahrscheinlichkeit erfordert¹⁸.

19. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen¹⁹. Bei *zwei konkurrierenden Ursachen* bedeutet dies, dass eine Wahrscheinlichkeitsquote von 51 % und höher für die Annahme der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt²⁰. Bei *mehr als zwei konkurrierenden Ursachen* ist die wahrscheinlichste Ursache die überwiegend wahrscheinliche; die Eintrittswahrscheinlichkeit der überwiegend wahrscheinlichsten Ursache muss nicht notwendigerweise mindestens 50 % betragen²¹.

20. Das Bundesgericht hat dies allerdings unlängst in einem Fall verneint, in welchem die Aussichtslosigkeit als Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung zu beurteilen war. Im fraglichen Fall waren zwei Teilursachen (krankheitsbedingter Vorzustand und Verkehrsunfall) zu beurteilen; der Gutachter hat den Verkehrsunfall als zu 51 % ursächlich für die seit dem Unfallzeitpunkt eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes bezeichnet, gleichwohl bejahte das Bundesgericht die Aussichtslosigkeit²². Dieses Urteil wird von der Lehre mit guten Gründen als kausalitätsrechtlich nicht präjudizierend kritisiert²³.

21. Bei der Beurteilung, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, stellt sich unabhängig von allfälligen Mindestwahrscheinlichkeitsquoten ferner die Frage, worauf sich die Wahrscheinlichkeit bezieht. Betrachtet man isoliert die Eintrittswahrscheinlichkeit einer bestimmten Ursachenhypothese für den Schaden, erhält man eine Aussage über die absolute Wahrscheinlichkeit. Interessiert man sich indessen für das *Wahrscheinlichkeitsverhältnis der in Frage kommenden Ursachenhypothesen untereinander*, fragt man nach der relativen Wahrscheinlichkeit²⁴.

¹⁸ Siehe BERGER-STEINER ISABELLE, Der Kausalitätsbeweis in: Personen-Schaden-Forum, Zürich 2009, 13 ff., BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008, 269 ff., und BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007.

¹⁹ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3 sowie Urteil BGer vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, S. 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.3.

²⁰ Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.3.

²¹ Vgl. Urteil EVG vom 19.10.2001 (U.50/2001) E. 2b.

²² Vgl. Urteil BGer vom 23.09.2008 (4A_397/2008) = plädoyer 2008/6, S. 83 (Bemerkungen von David Husmann) E. 4.2 ff.

²³ Siehe z.B. PRIBNOW VOLKER, Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_397/2008 vom 23.09.2008 und 6B_649/2008 vom 15.01.2009, in: HAVE 2009, 158 ff., und HUSMANN DAVID in: plädoyer 2008/6, S. 83 ff.

²⁴Vgl. z.B. BALDINGER BEATRICE, Absolutes und relatives Risiko, in: MedInfo SVV 2005, 32 ff.

22. Bei Patienten nach einem akuten Herzinfarkt tritt eine Blutung bei 10 von 1000 Patienten (1 %) auf, wenn sie mit Aspirin behandelt werden, und bei 15 von 1000 Patienten (1,5 %), wenn sie eine orale Antikoagulation haben. Das relative Risiko einer Blutung für Patienten mit der Aspirintherapie beträgt im Vergleich zu den Patienten mit einer oralen Antikoagulation $1\% / 1,5\% = 0.67$ oder 67 %. Das relative Risiko einer Blutung ist bei einem Verzicht einer Aspirintherapie um 67 % erhöht, das absolute Risiko demgegenüber steigt lediglich um 0,5 %²⁵.

23. Würde man in der vorerwähnten Ausgangslage auf das absolute Blutungsrisiko abstellen, bestünde – selbst bei Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung beim Arzt – keine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Ist demgegenüber die relative Wahrscheinlichkeit, dass es zu keiner Blutung kommt, entscheidend, besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit beim Verzicht auf eine Aspirintherapie. Ob die Gesundheitsbeeinträchtigung überwiegend wahrscheinlich als Folge der Sorgfaltspflichtverletzung eingetreten ist bzw. auch ohne eingetreten wäre, beurteilt sich insoweit nach der *relativen Risikowahrscheinlichkeit bzw. des Verhältnisses der Eintrittswahrscheinlichkeiten der konkurrierenden Schadensursachen*. Unmassgeblich sind – auch im Kontext mit der Einwendung der Ohnehinverursachung²⁶ – die *absolute Eintrittswahrscheinlichkeit* und die *Fehlerwahrscheinlichkeit* des Arztes.

3. Weitergehende Beweismasserleichterung in Arzthaftungsfällen?

24. In Anbetracht des Umstandes, dass die Beweissituation des geschädigten Patienten generell erschwert ist, fragt es sich, ob auch beim Haftungsbeweis das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bzw. für den Kausalitätsbeweis ein noch tieferes Beweismass gelten soll. Das Bundesgericht resümierte in einem Entscheid von 2004, dass «in der schweizerischen Lehre vor allem Beweiserleichterungen in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt befürwortet» werden²⁷.

25. Im fraglichen Entscheid hat das Bundesgericht eine mehrfache Verletzung der Dokumentationspflicht (falscher, lückenhafter und irreführender Operationsbericht und Entsorgung der Videokassetten der Operation) festgestellt, gleichwohl aber im Kontext mit dem Haftungsbeweis «nur» eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bejaht, was sich im Ergebnis aber nicht bemerkbar gemacht hat, wurde doch die

²⁵ Beim vorliegende Beispiel handelt es sich um das von BALDINGER BEATRICE, Absolutes und relatives Risiko, in: Med-Info SVV 2005, 32 ff., 35, erwähnte Beispiel.

²⁶ A.A. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A_323/2007) E. 2.3.2.

²⁷ Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.2.

Haftung des Spitals für den komatösen Zustand des Patienten nach der erfolgten Hirnoperation bejaht²⁸.

26. In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz dem geschädigten Patienten infolge einer mangelhaften Dokumentation des Behandlungsgeschehens *eine das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduzierende Beweiserleichterung* gewährt und die Haftung bejaht hat²⁹. In Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung ist dem geschädigten Patienten eine Herabsetzung des Beweismasses in dem Ausmass zu gewähren, wie seine beweisrechtliche Stellung durch das Verhalten des präsumptiv Haftpflichtigen erschwert wird; dass dabei sogar ein Beweismass unterhalb der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zulässig ist, ist seit dem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts klar.

C. Kausalitätsbeweis

1. Allgemeines

27. Der Kausalitätsbeweis ist geleistet, wenn der geschädigte Patient, vorliegend M. A., den Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Behandlungsschaden erfolgreich mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen hat. Erforderlich ist zunächst ein tatsächliches Bedingungsverhältnis (*natürliche Kausalität*); denn eine Haftung ohne tatsächliche oder normativ fingierte³⁰ Schadenverursachung gibt es nicht³¹.

28. Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht dann, wenn «das pflichtwidrige Verhalten für den eingetretenen Schaden eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) bildet, d.h. nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen»³². Der Nachweis der natürlichen Kausalität ist in Arzthaftungsfällen erbracht, wenn nachgewiesen ist, dass die Sorgfaltspflichtverletzung und nicht nur der medizinische Eingriff als Ganzes «*conditio sine qua non*» des Schadens ist³³.

²⁸ Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 6.3, 7.4 und 9.

²⁹ Vgl. Urteil BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.5.2.

³⁰ In den Fällen einer alternativen, kumulativen, hypothetischen oder minimalen Kausalität fehlt regelmässig eine (erwiesene) tatsächliche Schadenverursachung, gleichwohl wird mitunter eine Haftung anerkannt, was die Annahme einer fiktiven natürlichen Kausalität voraussetzt (ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 67).

³¹ Eine Ersatzpflicht ohne Schadenverursachung, sog. neutrale Ersatzpflicht, kann von Gesetzes wegen, z.B. im Zusammenhang mit der zwingenden Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (Art. 324a f. OR), oder gestützt auf einen Vertrag, z.B. Versicherungsvertrag, bestehen.

³² Urteil BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010) E. 7.1.

³³ Vgl. z.B. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

29. Das Vorliegen eines Bedingungsverhältnisses ist zwar notwendige, aber nicht hinreichende Grundlage für eine Haftung. Die Ersatzpflicht für den Behandlungsschaden hängt ferner davon ab, ob und inwieweit dieser bei wertender Betrachtungsweise der Sorgfaltspflichtverletzung zugeordnet werden kann (*adäquate Kausalität*). Tatfrage ist, ob ein natürlicher *Kausalzusammenhang* besteht³⁴, Rechtsfrage hingegen ist, ob ein hypothetischer³⁵ bzw. ein adäquater³⁶ Kausalzusammenhang vorliegt.

30. Ich gehe in Anbetracht der gutachterlichen Feststellungen und Erwägungen (supra Ziffer I) davon aus, dass der Verkehrsunfall und die Fehlbehandlung überwiegend wahrscheinlich natürliche und adäquate Teilursachen für die aktuellen Gesundheitsbeeinträchtigungen von M. A. und den dadurch verursachten Schaden sind. Beide Schadensursachen können zunächst nicht weggedacht werden, ohne dass die aktuelle Gesundheitsbeeinträchtigung (schweres Schädel-Hirn-Trauma) entfielen. Zudem sind Verkehrsunfälle, die ein Schädel-Hirn-Trauma verursachen, und Fehlbehandlungen im Zusammenhang mit einem kollabierten Lungenflügel erfahrungsgemäss an sich geeignet, die Sauerstoffversorgung im Hirn zu beeinträchtigen und Gesundheitsbeeinträchtigungen, wie sie vorliegend eingetreten sind, zu bewirken.

2. Der Nachweis einer Teilursächlichkeit genügt

31. Der geschädigte Patient hat bei der Führung des natürlichen Kausalitätsbeweises nicht nachzuweisen, dass der Haftungstatbestand eine Gesamtursache bzw. ausschliessliche Gesamtursache des Behandlungsschadens ist. Sowohl bei der haftungsbegründenden als auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität genügt es für die Begründung einer *Ersatzpflicht für den gesamten Schaden*, wenn der geschädigte Patient mindestens eine *Teilkausalität der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung* nachweist³⁷. Dass allenfalls eine Mitursache den Behandlungsschaden vergrössert hat, spielt keine Rolle.

32. Eine Teilkausalität liegt beispielsweise dann vor, wenn der Geschädigte erst verkehrsunfallbedingt eine Hirnverletzung und nachfolgend während der Entlastungsoperation infolge

³⁴ Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteile BGER vom 09.12.2004 (4C.47/2004) E. 2.1 und vom 02.06.2004 (4C.88/2004) E. 4.1.

³⁵ Siehe dazu BGE 121 III 358 E. 5 und 115 II 440 E. 5a. Im Fall einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (vgl. BGE 124 III 155 E. 3d und 121 III 358 E. 5). Der hypothetische Kausalzusammenhang ist insoweit Rechtsfrage, als der Richter seine Lebenserfahrung zur Anwendung bringt (vgl. Urteil BGER vom 22.12.2008 [4A_464/2008] E. 3.3.1).

³⁶ Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteil BGER vom 02.06.2004 (4C.88/2004) E. 4.1.

³⁷ Vgl. BGE 133 III 462 E. 4.4.2 und 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 2.1 sowie Urteile BGER vom 22.02.2000 (4C.416/1999) E. 2a. Ein bloss teilkausales Selbstverschulden genügt entsprechend auch für eine Reduktion des Schadenersatzes (vgl. BGE 116 II 454 = Pra 1991 Nr. 139 E. 3b).

sorgfaltswidriger Unterversorgung mit Sauerstoff eine weitere Hirnverletzung erleidet³⁸. Sind Verkehrsunfall und ärztliche Sorgfaltspflichtverletzungen für sich genommen nicht geeignet, das resultierende Hirn-Schädel-Trauma zu bewirken, sind sie als Teilursachen zu qualifizieren mit der Folge, dass sowohl der Motorfahrzeughalter für den mittelbaren Operationsfehler³⁹ als auch das Spital für den Vorzustand – und damit beide über ihren Kausalitätsbeitrag hinaus – für den Gesamtschaden haften. Die «überschiessende Haftung» des Arztes/Spitals ist gemäss Art. 43 f. OR bzw. in Anwendung der zur konstitutionellen Prädisposition ergangenen Rechtsprechung zu reduzieren⁴⁰.

D. Abschliessende Würdigung

33. Gestützt auf die Gutachten von Prof. Dr. med. Waespe, Uster, vom 05.10.2001, von Prof. Dr. med. Konrad / Dr. med. Schüpfer, Luzern, vom 16.03.2009, und von Prof. Dr. med. Müller, Luzern, vom 17.02.2010 gehe ich davon aus, dass M. A. den «Kausalitätsbeweis» und das Kantonsspital Winterthur den «Reduktions- bzw. Vorzustandsbeweis» mit dem hinreichenden Beweismass erbringen können.

34. Vorliegend ist von einem vorbestehenden Schädel-Hirn-Trauma auszugehen, das sich ohne die nachfolgende Sorgfaltspflichtverletzung des Kantonsspitals Winterthur nicht so schlimm entwickelt hätte, und die Heilung der durch die Fehlbehandlung verursachten Zweitverletzung beeinträchtigt hat. In Anbetracht der Erwägung von Prof. Dr. med. Müller in seinem Gutachten vom 17.02.2010, dass die verkehrsunfallbedingte Hemialexie rechts 30 % der späteren durch die Fehlbehandlung verursachten Hemialexie links ausmacht, kommt von vornherein eine *Reduktion der Haftung des Kantonsspitals Winterthur für den Gesamtschaden um maximal 30 %* in Frage.

35. Soweit ersichtlich wurde von den medizinischen Gutachtern noch nicht beurteilt, ob das Schädigungspotential der beiden «Hirnblutungen» für die Funktionsweise des Gehirns, insbesondere den Frontallappen, gleich war oder die Sauerstoffunterversorgung «aggressiver» wirkte.

³⁸ Von der teilkausalen Verursachung ist die Nichtverursachung, z.B. von psychischen Störungen nach Verkehrsunfall (vgl. Urteil BGER vom 20.05.2005 [4C.108/2005] E. 3.1), die überholende Verursachung desselben Schadens (vgl. Urteile BGER vom 21.04.2008 [4A_38/2008] E. 2.5 und vom 31.10.2003 [5C.125/2003] E. 3.3) und die Parallelverursachung eines anderen Schadens zu unterscheiden.

³⁹ Vgl. Urteil BGER vom 31.10.2003 (5C.125/2003) E. 3.2 ff. In diesem Fall erlitt der Geschädigte 1990 einen Verkehrsunfall und musste sich wegen der Verkehrsunfallverletzungen 1998 einer Operation unterziehen, welche nicht lege artis ausgeführt wurde. Das Bundesgericht bejahte sowohl die natürliche als auch die adäquate Kausalität des Verkehrsunfalls für den nachfolgenden Behandlungsschaden.

⁴⁰ Eine konstitutionelle Prädisposition des Verunfallten kann sowohl die Schadensberechnung wie die Schadenersatzbemessung beeinflussen (grundlegend BGE 113 II 86 E. 3).

Eine tiefere Reduktionsquote wäre dann ausgewiesen, wenn die Unterversorgung mit Sauerstoff ein höheres Schadenpotential gehabt hätte.

IV. Schadenberechnung

A. Allgemeines

36. Gemäss der in meinem Auftrag von Cécile Fäh und Martina Tröger, beides dipl. Pflegefachfrauen und Mitarbeiterinnen des Kompetenzzentrums für Pflegerecht, erstellten Bedarfsabklärung vom 20.01.2011 (Beilage 13) besteht bei M. A. folgender behinderungsbedingter Mehraufwand:

Art der Betreuungs- und Pflegeleistung	Aufwand pro Woche	Ehefrau	M. A.
Grundpflege	13 h 37'	10 h 17'	3 h 20'
Behandlungspflege	14'		14'
Betreuung	13 h 40,6'	13 h 40,6'	
hauswirtschaftlicher Mehraufwand	7 h 35'	7 h 35'	

37. M. A. ist nicht darauf angewiesen, dass eine Hilfsperson rund um die Uhr in seiner Nähe ist. Er benötigt aber Hilfe, wenn er stürzt und nicht mehr selbst aufstehen kann. Eine Person muss deshalb auf Abruf verfügbar sein. Unerlässlich ist ein Notrufsystem, z.B. dasjenige des Roten Kreuz.

38. Cécile Fäh und Martina Tröger weisen ferner darauf hin, dass die Ehefrau von M. A. mit der Betreuung stark belastet ist und sich an ihrer Leistungsgrenze befindet.

39. In der Bedarfsabklärung vom 20.01.2011 nicht erfasst wurde der Besuchsschaden der Angehörigen. Dieser ist ebenfalls ersatzpflichtig⁴¹.

⁴¹ Vgl. LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A_500/2009), in: HAVE 2011/1, 3 ff.

B. Angehörigenbetreuungsschaden

40. Der Angehörigenbetreuungsschaden von aktuell 31 Stunden und 33 Minuten pro Woche bzw. von gerundet von 1 641 Stunden pro Jahr sind nach der Kramis-Rechtsprechung⁴² zu entschädigen.

41. Der Pflegebedarf ist mit dem Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson, der übrige Angehörigenaufwand mit dem Haushaltstundenansatz zu bewerten. Das Handelsgericht Zürich hat 2003 einen Stundenansatz von CHF 26.50 brutto und Arbeitgeberbeiträge von 10 % herangezogen. Unberücksichtigt wurden die sog. Stellvertretungskosten bei Krankheit, Unfall und sonstiger Abwesenheit, die rund 14 % betragen. Nachfolgend gehe ich von einem Pflegestundenansatz von CHF 33.25 und einem Haushaltstundenansatz von CHF 28.– aus.

Berechnung Pflegestundenansatz:

Pflegestundenansatz brutto	CHF 26.50
Arbeitgeberbeiträge (10 %)	CHF 2.65
Pflegestundenansatz brutto-brutto	CHF 29.15
Stellvertretungskosten (14 %)	CHF 4.10
Pflegestundenansatz	CHF 33.25

42. Nach der Meinung des Handelsgerichts Zürich können Angehörige längstens bis zu ihrem 70. Altersjahr innerfamiliär Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringen. Entsprechend ist der Angehörigenbetreuungsschaden befristet bis Alter 70 der Ehefrau (2040) zu kapitalisieren. Nachher entsteht ein Heimbetreuungsschaden.

43. Der Angehörigenbetreuungsschaden per Austrittstag aus der Klinik Bellikon (06.12.2000) berechnet sich wie folgt:

– Pflegeschaden (535 Stunden pro Jahr x CHF 33.25)	CHF 17 789.–
– Betreuungsschaden (1 106 Stunden pro Jahr x CHF 28.–)	CHF 30 968.–
Angehörigenbetreuungsschaden pro Jahr	CHF 48 757.–

⁴² LANDOLT HARDY, Der Fall Kramis - Pflegeschaden quo vadis? Anmerkungen zum Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12.6.2001(E01/0/HG950440) (publiziert in: plädoyer 6/2001, 66 ff., plädoyer 1/2002, 67 ff., und ZR 2002 Nr. 94) sowie zum in gleicher Sache ergangenen Urteil des Bundesgerichts vom 26.3.2002 (4C.276/2001/rnd) (publiziert und teilweise besprochen in: plädoyer 5/2002, 57 ff., HAVE 4/2002, 276 ff., und Pra 2002 Nr. 212, 1127 ff.), gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs vom 13.2.2002 (358/II2001) (publiziert in: ZBJV 12/2002, 831 ff.), in: ZBJV 2003, 394 ff.

Kapitalisiert per 06.12.2000 nach Mortalität bis Alter 70 der Ehefrau CHF 1 184 211.–
(siehe CAPITALISATOR-Beilage 1)
zuzüglich Zins zu 5 % seit 06.12.2000

C. Selbstpflegeschieden

44. M. A. pflegt sich teilweise selbst. Der diesbezügliche Mehraufwand macht 3 Stunden 34 Minuten pro Woche bzw. gerundet 185 Stunden pro Jahr aus.

45. Gegen eine Ersatzpflicht des Selbstpflegeaufwandes spricht der Umstand, dass der blosser Zeitverlust (sprich: Freizeitverlust) kein materieller Schaden ist, wohl aber ein Umstand darstellt, der bei der Bemessung des immateriellen Schadens zu berücksichtigen ist. Betrifft die Selbstpflege einen Zeitraum, in welchem der Geschädigte erwerbstätig oder hauswirtschaftlich tätig gewesen wäre, ist eine Entschädigung ausgeschlossen, weil der Geschädigte für diesen Zeitraum entschädigt wird und es ihm zumutbar ist, den Zeitgewinn mit dem Selbstversorgungsmehraufwand zu kompensieren⁴³.

46. Trotz dieser Vorbehalte ist eine Ersatzpflicht für den Selbstpflegeschieden zu bejahen. Bei nicht selbstpflegefähigen Geschädigten wird der Zeitgewinn infolge Erwerbs- und Hausarbeitsunfähigkeit nicht als Vorteil in Abzug gebracht. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist deshalb bei selbstpflegefähigen Geschädigten der erhöhte Zeitaufwand zu entschädigen. Beim Haushaltschaden wird ebenfalls die im Zusammenhang mit der hauswirtschaftlichen Selbstversorgung anfallende erhöhte zeitliche Inanspruchnahme bzw. ein Qualitätsverlust bei entsprechendem Selbstversorgungsverzicht als entschädigungspflichtig erachtet⁴⁴. Der Selbstversorgungsmehraufwand wird sodann bei der Hilflösenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insbesondere bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege⁴⁵.

47. Vorliegend ist von einer vollumfänglichen Ersatzpflicht auszugehen, weil M. A. die Selbstpflegeleistungen ausführt, wenn sich seine Ehefrau in Rufdistanz befindet, um bei Bedarf einschreiten zu können. Der Selbstpflegeschieden per Austrittstag aus der Klinik Bellikon (06.12.2000) berechnet sich wie folgt:

⁴³ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 391 zu Art. 46 OR und N 177 zu Art. 47 OR.

⁴⁴ Statt vieler BGE 127 III 403 E. 4b.

⁴⁵ Vgl. BGE 121 V 88 E. 6b/c und 106 V 153 E. 2 sowie Urteile EVG vom 04.02.2004 (H 128/03) E. 3.1 und vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d, wie das z.B. für das Ausräumen des Darms von Hand zutrifft (vgl. Urteil EVG vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d).

Selbstpflegeschieden pro Jahr (185 Stunden x CHF 28.–) CHF 5 180.–

Kapitalisiert nach Mortalität CHF 151 288.–

(siehe CAPITALISATOR-Beilage 2)

zuzüglich Zins zu 5 % seit 06.12.2000

D. Notfallbetreuungsschieden

48. M. A. sollte sich wegen seiner Sturzanfälligkeit ein Notrufsystem beschaffen. Die Mietkosten eines Rot-Kreuz-Notrufsystem belaufen sich im ersten Jahr auf CHF 858.– und betragen ab dem zweiten Jahr CHF 708.–. Wird von einem jährlichen Kostenanstieg von 1 % ausgegangen, ergibt sich per Rechnungstag 01.01.2011 ein nach Mortalität kapitalisierter Betrag von CHF 18 225.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 3) zuzüglich die einmalige Beratungspauschale von CHF 150.–, je mit Zins zu 5 % seit 01.01.2011.

E. Heimbetreuungsschieden

49. Spätestens ab Alter 70 der betreuenden Ehefrau (2040), bei Eintritt der zu befürchtenden Überforderung der Ehefrau von M. A. bereits früher, entsteht ein Heimbetreuungsschieden. Dieser besteht in den von den privaten Schaden- und Sozialversicherungen nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei einem Heimaufenthalt entstehen (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und Pflegekostenselbstbehalt), sowie in den Besuchskosten der nächsten Angehörigen bei einem vorzeitigen Heimeintritt. Die Heimkosten setzen sich bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim aus Pensions- und Pflgetaxe und bei einem Aufenthalt in einer Behinderteneinrichtung aus der Einheitstaxe zusammen.

50. Das Handelsgericht Zürich hat folgende Berechnungsmethode entwickelt⁴⁶:

- In einem ersten Schritt sind die vom Geschädigten im Urteilszeitpunkt zu bezahlenden Pensions- und Pflgetaxen (Aufenthalt in einem Pflegeheim) bzw. Einheitstaxe (Aufenthalt in einer Behinderteneinrichtung) sowie allfällige weitere Auslagen zu ermitteln.

⁴⁶ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 E. VI.

- Von diesem Betrag sind die vom Unfall- bzw. Krankenversicherer übernommenen sachlich kongruenten Pflegeversicherungsleistungen als Folge der Subrogation des Sozialversicherers in Abzug zu bringen. Sachlich kongruent ist insbesondere die Hilflosenentschädigung.
- Die infolge des Heimaufenthalts eingesparten Lebenshaltungskosten sind in Abzug zu bringen. Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1 465.– und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LIKP steigt.
- Der Saldo ergibt den Heimbetreuungsschaden.

51. In unmittelbarer Umgebung des Wohnortes des Geschädigten befinden sich mehrere Alters- und Pflegeheime. Die Taxen (Stand 2011) dieser Heime machen bei einem Pflegebedarf nach Besa 2 folgende Beträge aus:

<i>Pflegeheim</i>	<i>Grundtaxe</i>	<i>Pflegetaxe (Besa 2/neu Besa 6)</i>	<i>Zuschläge</i>	<i>Total</i>
Stadt Uster / Dietenrain	CHF 120.00	CHF 71.75	CHF 35.– (EZ) CHF 45.– (BT)	CHF 271.75
Stadt Uster / Im Grund	CHF 120.00	CHF 71.75	CHF 35.– (EZ) CHF 45.– (BT)	CHF 271.75
Wetzikon / IWAZ	CHF 130.00	CHF 54.00		CHF 184.00
Zürich / Pflegezentrum Erlenhof	CHF 198.00	CHF 51.00		CHF 249.00
Rüschlikon / Pflegezentrum Nidelbad	CHF 200.00	CHF 41.00	CHF 60.00 (BT)	CHF 301.00
Rämismühle / Pflegeheim	CHF 141.00	CHF 69.00	CHF 15.00 (BT)	CHF 225.00
Wald / Pflegezentrum	CHF 201.60 Grund- und Pflegetaxe pauschal		CHF 50.– (EZ)	CHF 251.60
Grünungen / Sonnhalde	CHF 179.75 Grund- und Pflegetaxe pauschal		CHF 40.– (EZ)	CHF 219.75
Durchschnitt	CHF 151.50		CHF 54.–	CHF 246.73

* EZ: Einzelzimmerzuschlag – BT: Betreuungstaxe

52. Die «Pflegetaxe» wird vom Krankenversicherer bezahlt. Der Geschädigte beteiligt sich diesbezüglich mit Franchise, allgemeinem Selbstbehalt und dem ab 01.01.2011 neu eingeführten Pflegekostenselbstbehalt (siehe Art. 25a Abs. 5 KVG und § 9 Abs. 2 Pflegegesetz ZH vom 27.09.2010). Die «Pensionstaxe» (Grundtaxe und Zuschläge) trägt der Geschädigte grundsätzlich vollumfänglich, sofern nicht der jeweilige Kanton bzw. die Gemeinde einen Teil freiwillig übernimmt (siehe § 12 Pflegegesetz ZH vom 27.09.2010).

53. Zu entschädigen sind Franchise und allgemeiner Selbstbehalt von aktuell CHF 1 000.– pro Jahr. Ab 01.01.2011 sind vom Versicherten zudem jährlich 20 % der von der Krankenkasse bezahlten Spitex- bzw. Heimpflegekosten bis zu einem Maximalbetrag von CHF 5 822.– (Spitexpflege) bzw. CHF 7 880.– (Heimpflege) zu bezahlen. Die aktuellen Selbstbehaltskosten bei einem Heimaufenthalt von CHF 8 880.– erhöhen sich bei einer Teuerungsrate von 1 % bis Alter 70 auf CHF 11 850.–. Der per Rechnungstag 01.01.2011 kapitalisierte Selbstbehaltsschaden von CHF 11 850.– pro Jahr ab Alter 70 ergibt bis Mortalität bei einem jährlichen Kostenwachstum von 1 % einen Betrag von CHF 43 122.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 4), zuzüglich Zins zu 5 % seit 01.01.2011.

54. Der Schadenberechnung wird nachfolgend eine ungedeckte Pensionstaxe von CHF 206.– täglich bzw. CHF 75 190.– pro Jahr zu Grunde gelegt. Vom Heimbetreuungsschaden in Abzug zu bringen sind die eingesparten Lebenshaltungskosten von CHF 18 000.– (CHF 1 500.– x 12), was einen Betrag von CHF 57 190.– pro Jahr (Stand 2011) ergibt. Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Heimpflegekosten (Pensions- und Pflorgetaxe bzw. Einheitstaxe) bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten von 5,5 % ab⁴⁷.

55. Die allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten entspricht aber nicht der Teuerung der ungedeckten Heimpflegekosten, die der Geschädigte zu tragen hat. Diese bestimmt sich danach, wie viel die Pensionstaxe und die Selbstbehaltskosten der Krankenkasse pro Jahr ansteigen. Die Pensionskosten, die dem Heimbewohner verrechnet werden, hängen einerseits davon ab, wie viel die Heimkosten insgesamt ansteigen und wie viel der Kanton mittels Subventionen übernimmt.

56. Die Heimkosten setzen sich im Wesentlichen durch die Lohnkosten des Personals sowie die Bau- bzw. Amortisations- und Betriebskosten des Heims zusammen. Bei den Lohnkosten fällt die Teuerung gemäss dem Nominal- bzw. Reallohnindex an, während sich die Amortisations- und Betriebskosten nach Massgabe der Bauteuerung und des Anstiegs der Konsumentenkosten verändern. Die Teuerung der Heimkosten kann insoweit als Durchschnitt der Teuerung gemäss Reallohn-, Bauteuerungsindex und Landesindex der Konsumentenkosten verstanden werden.

57. Bei einer angenommenen Betriebsdauer eines Heims von 50 ergeben sich für die drei vorgenannten Indices folgende jährliche Teuerungsraten:

⁴⁷ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.6.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 = plädoyer 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 E. VI, S. 44.

Index	Stand 1960	Stand 2010	Jährliche Veränderung (in %)
LIKPI	184,6	758,8	311,1 % pro Jahr 6,2%
Reallohnindex	147	298	102,7 % pro Jahr 2 %
Zürcher Bauteuerungsindex	219,7	1042,6	374,6 % pro Jahr 7,5 %
Durchschnitt			pro Jahr 5,23 %

58. Die vom Handelsgericht Zürich angenommene Teuerungsrate von 5,5 % mag unzutreffend berechnet worden sein, betragsmässig ist sie vertretbar, wenn auf einen langen Zeithorizont abgestellt und angenommen wird, der Teuerungsverlauf in der Vergangenheit entspreche dem zukünftigen. Nachfolgend wird deshalb trotz der betreffend Berechnung geäusserten Vorbehalte auf die handelsgerichtliche Teuerungsrate abgestellt.

59. Die per Rechnungstag 01.01.2011 ungedeckten Heimkosten von aktuell CHF 57 190.– pro Jahr erhöhen sich bei einer jährlichen Teuerungsrate von 5,5 % per Alter 70 auf CHF 270 173.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 5). Der per Rechnungstag 01.01.2011 ab Alter 70 eintretende Heimbetreuungsschaden von CHF 270 173.– pro Jahr ergibt kapitalisiert bis Mortalität bei einem jährlichen Kostenwachstum von 5,5 % einen Betrag von CHF 1 627 068.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 6), zuzüglich Zins zu 5 % seit 01.01.2011.

60. Da sich die Lebenshaltungskosten nach Massgabe des Landesindex der Konsumentenpreise um 2,53 %, die Heimkosten aber um 5,5 % pro Jahr erhöhen, entsteht in Bezug auf den für eingesparte Lebenshaltungskosten zwar in Abzug zu bringenden, als Heimkosten aber gleichwohl zu finanzierenden Betrag von CHF 18 000.– ein Finanzierungsschaden von 2,97 % bzw. von CHF 540.– pro Jahr für eingesparte Lebenshaltungskosten (Stand 2011). Per Alter 70 (2040) erhöht sich dieser Betrag auf CHF 1 114.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 7) und macht kapitalisiert per Rechnungstag 01.01.2011 ab Alter 70 bis Mortalität bei einem jährlichen Kostenwachstum von 2,5 % CHF 4 524.– aus (siehe CAPITALISATOR-Beilage 8), zuzüglich Zins zu 5 % seit 01.01.2011.

F. Zusammenfassung

61. Der Betreuungs- und Pflegeschaden (ohne Besuchsschaden) bei Annahme eines Heimübertritts ab Alter 70 beträgt:

– Angehörigenbetreuungsschaden (per 06.12.2000)	CHF 1 184 211.–
– Selbstpflegeschaden (per 06.12.2000)	CHF 151 288.–
– Notfallbetreuungsschaden (per 01.01.2011)	CHF 18 375.–
– Heimbetreuungsschaden	
· Selbstbehaltsschaden betreffend Pflorgetaxe (per 01.01.2011)	CHF 43 122.–
· Pensionstaxe (per 01.01.2011)	CHF 1 627 068.–
· Finanzierungsschaden (per 01.01.2011)	<u>CHF 4 524.–</u>
	CHF 3 028 588.–

62. Hiervon ist die Hilflosenentschädigung in Abzug zu bringen. Die aufgelaufenen Hilflosenentschädigungen belaufen sich auf CHF 25 101.– (IV – 01.07.2001 bis 30.09.2004), CHF 49 224.– (SUVA – vom 01.07.2004 bis 31.12.2007) und CHF 49 824.– (SUVA – vom 01.01.2008 bis 31.12.2010), d.h. total CHF 124 149.–, zuzüglich Zins zu 5 % seit 01.07.2001 bis 31.12.2010 bei mittlerem Verfall.

63. Die ab 01.01.2011 nach Mortalität kapitalisierte Hilflosenentschädigung macht bei einer jährlichen Teuerungsrate von 1 % CHF 427 504.– (siehe CAPITALISATOR-Beilage 9) aus. Da M. A. eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung erhält, entfällt die bei den Hilflosenentschädigungen der IV erfolgende Kürzung bei einem Heimaufenthalt um die Hälfte (Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG).

64. In der vorliegenden Schadenberechnung nicht erfasst worden ist der aufgelaufene Besuchsschaden während der Hospitalisationsphase (vom 08.7.2000 bis 06.12.2000) und der zukünftig ab Alter 70 der Ehefrau nach erfolgtem Heimeintritt von M. A. eintretende Besuchsschaden.

* * *

Das vorliegende Gutachten wurde auf Grund der gemachten Angaben und übergebenen Unterlagen sowie den persönlich gemachten Feststellungen und Abklärungen nach bestem Wissen und Gewissen weisungsfrei erstellt.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Hardy Landolt

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'H' followed by a smaller 'L' and a flourish.

Einschreiben

3-fach im Original (und elektronisch auf CD)

Beilagen:

- Ihre Unterlagen retour
- CAPITALISATOR-Beilagen 1 bis 9
- Bestätigungen IV und SUVA (Beilagen 10 und 11)
- Bedarfsabklärung Cécile Fäh und Martina Träger vom 20.01.2011 (Beilage 12)
- Honorarnote (mitsamt ES)