

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LB130013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Beschluss und Urteil vom 16. September 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

gesetzlich vertreten durch: C. \_\_\_\_\_

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 31. Januar 2013; Proz. CG070041**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2/1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 80'000.-- zzgl. 5% Zinsen p.a. seit dem 10. Juli 2002 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 31. Januar 2013:**

(act. 175 S. 63/64)

- "1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 40'000.- nebst Zins zu 5% seit 10. Juli 2002 zu bezahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 10'600.00; die Barauslagen betragen:  
Fr. 2'771.60 Gutachten  
Fr. 200.00 Zeugenentschädigungen
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien von je Fr. 1'800.-- verrechnet.
4. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
5. (...)"

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 173 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben;
2. die Klage sei abzuweisen;
3. eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, um die weiteren Voraussetzungen einer Haftung zu prüfen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu Lasten des Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 183 S. 2):

- "1. 'Die Berufung der Beklagten sei abzuweisen'
2. 'Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Januar 2013 sei zu bestätigen'
3. 'Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten'"

### **Erwägungen:**

#### **I. Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang**

1. Dem Verfahren liegt der folgende unbestrittene Sachverhalt zugrunde:  
Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) ist der unmündige Sohn von D.\_\_\_\_\_, welche am 10. Juli 2002 wegen einer chronischen Mittelohrentzündung für eine mehrtägige intravenöse Antibiotikabehandlung ins Spital A1.\_\_\_\_\_ (bis 24. Januar 2013: Stiftung Spital A1.\_\_\_\_\_, ab dann: Stiftung A.\_\_\_\_\_ und heutige Beklagte und Berufungsklägerin) eintrat. Bei der Verlegung eines Zentralvenenkatheters erlitt D.\_\_\_\_\_ unter lokaler Betäubung einen durch Kammerflimmern verursachten Herzstillstand. Die Reanimation zeigte nach über einer Stunde erste Fortschritte, sie wurde ins ...-Spital transportiert, wo schliesslich ein stabiler Sinusrhythmus eintrat. Durch die unterbrochene Sauerstoffzufuhr ins Gehirn kam es zu einem gravierenden Hirnschaden und dauernder Pflegebedürftigkeit.
2. Am 4. Mai 2007 erhob der Kläger Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich und forderte die Zusprechung einer Genugtuungssumme von CHF 80'000.-- zuzüglich Zins. Er macht im Wesentlichen drei von der Beklagten zu vertretende Sorgfaltspflichtverletzungen geltend: die Verletzung der Aufklärungspflicht, eine fehlerhafte Ausführung bei der Verlegung des Zentralvenenkatheters sowie eine fehlerhafte Reanimation. Die Beklagte bestreitet sämtliche Vorwürfe. Sie geht davon aus, die beteiligten Ärzte und Medizinalpersonen hätten in jeder Hinsicht die gebotene Vorsicht beachtet. In der Klageantwort beantragte

sie, es sei auf die Klage nicht einzutreten, weil die Beklagte als Organisation des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit im Sinne des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14. September 1969 diesem unterstellt und die Klage nach diesem Gesetz zu beurteilen sei (act. 2/18).

Nach Einholung der Stellungnahme des Klägers zur Unzuständigkeitseinrede der Beklagten verneinte das Handelsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 9. November 2007 seine Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein (act. 2/22). Auf Antrag des Klägers überwies es den Prozess mit Verfügung vom 16. November 2007 an das Bezirksgericht Horgen (act. 1).

Das Bezirksgericht Horgen beschloss nach Absprache mit den Parteivertretern, vor Durchführung des zweiten Schriftenwechsels ein medizinisches Gutachten einzuholen. Nach Abschluss des schriftlich fortgesetzten Hauptverfahrens wurde ein Beweisverfahren durchgeführt, in welchem einzelne Zeugen angehört wurden. In der Folge verzichtete der Kläger auf die Abnahme weiterer Beweismittel, die Vorinstanz änderte in antizipierter Beweiswürdigung den Beweisabnahmebeschluss und gab den Parteien Gelegenheit zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Am 31. Januar 2013 erging das angefochtene Urteil (act. 175), welches dem Kläger am 14. Februar 2013 (act. 166/2) und der Beklagten am 22. Februar 2013 (act. 166/1) zugestellt wurde.

3. Am 25. März 2013 erhob die Beklagte fristgerecht Berufung. Sie verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage (act. 173). Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses erstattete der Kläger am 17. Mai 2013 innert angesetzter Frist die Berufungsantwort, in welcher er die Abweisung der Berufung und Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Horgen beantragt (act. 183). Mit Verfügung vom 6. Juni 2013 wurde der Berufungsklägerin das Doppel der Berufungsantwort zugestellt und beiden Parteien wurde Frist angesetzt, um sich zum Verfahrensgang (insbesondere Vorverfahren nach Haftungsgesetz) sowie zur Frage der Verjährung und Verwirkung nach Haftungsgesetz zu äussern (act. 184). Die Stellungnahmen gingen innert teilweise erstreckter Frist am 13. und am 26. Juni 2013 ein (act. 187 und 190) und wurden am 3. Juli 2013 je der Gegenseite zugestellt (act. 193/1 und 2).

## II. Anwendbares Recht und Formelles

1. Die Beklagte wurde gemäss Stiftungsurkunde am 6. November 1998 unter dem Namen "...-Stiftung ...-Spital A1.\_\_\_\_\_" explizit als öffentlichrechtliche Stiftung errichtet. Sie ist im Handelsregister eingetragen und verfolgt seit ihrer Errichtung den Zweck, "die spitalmedizinische Grundversorgung und den Rettungsdienst im Einklang mit dem Gesundheitsgesetz und den übergeordneten Vorgaben und den Leistungsaufträgen des Kantons Zürich" für bestimmte Gemeinden sicher zu stellen (act. 2/19/1 Art. 1 und 3 Abs. 1; HReg. Kanton Zürich ...). Die seither ergangenen Namensänderungen, die letzte auf den heutigen Namen A.\_\_\_\_ (Publikation im SHAB am tt. Januar 2013), haben am Zweck nichts geändert. Mit dem Handelsgericht des Kantons Zürich (act. 2/22) ist davon auszugehen, dass es sich bei der Beklagten um einen öffentlichrechtlichen Spitalträger und eine Organisation des kantonalen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (HG) handelt. Die Spitalbehandlungen stellen daher nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine gewerblichen Verrichtungen dar, die Verantwortlichkeit für Spitalbehandlungen unterliegt vielmehr gestützt auf den Vorbehalt gemäss Art. 61 Abs. 1 OR den kantonalen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Entscheid 4P.283/2004 vom 12. April 2005, E.1.1. mit weiteren Hinweisen). Die Klage ist nach dem Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (HG) zu beurteilen, was die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat und von den Parteien im Berufungsverfahren auch nicht in Frage gestellt ist.

Forderungen aus Staatshaftung sind öffentlich-rechtliche Ansprüche, die indes nach dem Haftungsgesetz nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von den Zivilgerichten beurteilt werden (§ 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; §§ 19 ff. HG). Das vorinstanzliche Verfahren wurde unter der Geltung des kantonalen Zivilverfahrensrechts eingeleitet, welches bis zum Abschluss vor der ersten Instanz auch anwendbar blieb (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin die schweizerische ZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Dem gerichtlichen Verfahren nach Haftungsgesetz ist ein administratives Vorverfahren vorgelagert. Gemäss § 22 Abs. 1 lit. c HG sind bei Ansprüchen gegen Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit die Haftungsbegehren beim obersten zur Vertretung befugten Organ einzureichen. Wenn die angegangene Behörde nicht innert drei Monaten reagiert oder wenn sie den Anspruch bestreitet, hat der Geschädigte innert zwölf Monaten ohne Sühnverfahren Klage beim zuständigen Bezirksgericht einzuleiten. Das Verfahren ist zivilrechtlich, nicht verwaltungsrechtlich. Das verwaltungsrechtliche Vorverfahren ersetzt dabei das Sühnverfahren (Jaag/Rüssli, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012, N 2137 und N 3143; ZR110 (2011) Nr. 98).

3. Die Durchführung des administrativen Vorverfahrens gemäss § 22 ff. HG stellt eine Prozessvoraussetzung dar, welche zur Folge hat, dass vor dem Abschluss des Vorverfahrens durch Ablehnung des Anspruches oder Stillschweigen keine Zuständigkeit der Zivilgerichte besteht. Fehlt das Vorverfahren, so gilt das nicht als heilbarer Mangel im Sinne von § 108 ZPO/ZH (ZR 93 (1994) Nr. 75 vom 3. Dezember 1993 mit Hinweis auf Kass.-Nr. 92/036 vom 3. April 1992).

4. Im Berufungsverfahren sind zunächst von Amtes wegen die Rechtsmittelvoraussetzungen zu prüfen. Damit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden kann, müssen sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sein. Es sind dies neben der Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien das Vorliegen eines mit dem betreffenden Rechtsmittel anfechtbaren Entscheides, die Einhaltung von Frist und Streitwertgrenze, die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses soweit dieser auferlegt wird, Legitimation und Beschwer sowie die Einhaltung weiterer Erfordernisse wie das Vorliegen von Anträgen und einer hinreichenden Begründung (Oliver M. Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, vor Art. 308 ff., N 40 f.; Sterchi, BK ZPO, Vorbemerkungen zu Art. 308, N 15 ff.; Reetz, ZH ZPO-Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318 N 50; BGE 135 III 212 E. 1; ZR 106 (2007) Nr. 77).

Hier stehen dem Eintreten auf das Rechtsmittel keine Hindernisse im Wege. Die Rechtsmittelinstanz hat aber ihrerseits auch die Prozessvoraussetzungen zu prü-

fen. Kommt sie zum Schluss, dass die Vorinstanz auf die Klage gar nicht hätte eintreten dürfen, ist dies zu beachten, auch wenn es von den Parteien nicht geltend gemacht wurde. Die Rechtsmittelinstanz, an welche ein Prozess weitergezogen wird, hat die Unterlassung von Amtes wegen gutzumachen, wenn die Vorinstanz den Mangel einer Prozessvoraussetzung übersehen und einen Sachentscheid erlassen hat. Dies galt unter der früheren wie auch unter der heute geltenden Prozessordnung (ZR 106 (2007) Nr. 77 S. 287; Oliver M. Kunz, a.a.O., Vor Art. 308 ff., N 109; Reetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318, N 17). Auch die Beschränkungen gemäss Art. 317 ZPO kommen nicht zum Tragen. Vielmehr sind die Prozessvoraussetzungen in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen (Reetz/Hilber, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 317 N 15).

5.1. Gemäss dem zitierten kassationsgerichtlichen Entscheid ZR 93 (1994) Nr. 75 besteht vor Abschluss des administrativen Vorverfahrens die Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht. Es fehlt an der gehörigen Einleitung des Verfahrens und damit an einer Prozessvoraussetzung, wenn das administrative Vorverfahren nicht korrekt durchgeführt wurde. Ob dies der Fall war, ergab sich aus den vorinstanzlichen nicht. Die Parteien erhielten im Rahmen des Berufungsverfahrens Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

5.2. In seiner Eingabe vom 13. Juni 2013 macht der Kläger geltend, er habe am 11. Juni 2004 und damit vor Ablauf der zweijährigen Frist nach § 24 HG beim Zweckverband Spital A1.\_\_\_\_\_ das vom Gesetz vorgeschriebene Begehren gestellt. Seit der Übernahme des Mandates seien sodann mit der Haftpflichtversicherung der Beklagten intensive Verhandlungen geführt worden, die zu keinem Ergebnis geführt hätten. Am 11. April 2006 habe die Beklagte über ihre Stellvertretung, die Versicherung, den Anspruch gemäss § 23 HG abgelehnt, die Klage sei alsdann am 4. Mai 2007 eingereicht und das administrative Verfahren damit vollständig durchgeführt worden. Nach der Ablehnung durch das zuständige Organ habe sich die Verwirkung in eine Verjährung verwandelt, auf welche die Beklagte nach Ersuchen der Geschädigten verzichtet habe (act. 187 S. 2 und 3 und act. 188/1).

5.3. Die Beklagte verweist auf ihre Organisation und macht geltend, oberstes und zur Vertretung befugtes Organ der Beklagten sei allein der Stiftungsrat. Die an die "Verwaltungsdirektion" des Spitals, bzw. an den "Zweckverband Spital A1.\_\_\_\_\_" gerichteten Schreiben vom 7. Oktober 2002 bzw. vom 11. Juni 2004 und ebenso diejenigen vom 21. Juli und 14. August 2006 seien allesamt nicht an das zur Vertretung befugte oberste Organ der Stiftung gerichtet gewesen. Im Schreiben vom 14. August 2006 habe der klägerische Anwalt erstmals überhaupt die Frage aufgeworfen, wer eigentlich für den Betrieb des Spitals verantwortlich sei. Die Beklagte macht geltend, dass spätestens mit dem ersten Schreiben die zweijährige Verwirkungsfrist zu laufen begonnen habe, diese mithin am 7. Oktober 2004 abgelaufen sei. Innert der Verwirkungsfrist sei kein Schadenersatzbegehren an das nach § 22 Abs. 1 lit. c HG zuständige Organ gestellt worden, die Frist von § 24 Abs. 1 HG sei unbenutzt verstrichen und allfällige Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung verwirkt (act. 190).

5.4. Das administrative Vorverfahren gemäss Haftungsgesetz wurde in Analogie zum Sühnverfahren im Zivilprozess eingerichtet und soll die gleiche Funktion erfüllen; insbesondere soll der Verwaltung Gelegenheit gegeben werden, die Berechtigung des Haftungsanspruches ausserhalb eines Gerichtsverfahrens zu prüfen (Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, Zürich 1985, S. 88 f.; ZR 93 Nr. 75; Kass-Nr. AA070026, Beschluss vom 14. November 2007 E. 3 c); ZR110/2011 Nr. 98). Das Vorverfahren untersteht den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens und insbesondere auch § 5 Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG), welches die Behörde verpflichtet, Eingaben an eine unzuständige Behörde an die zuständige weiterzuleiten. Für die Einhaltung der Fristen ist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde massgebend (vgl. dazu Jaag/Rüssli, a.a.O., N 1906; Hans Rudolf Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2. Aufl. 1985, § 24 N 4 [zur alten Fassung des HG]).

Oberstes zur Vertretung befugtes Organ der Beklagten im Sinne von § 22 Abs. 1 lit. c HG ist der Stiftungsrat (act. 2/19/1 Art. 8). Die Beklagte moniert damit zu

Recht, dass das unter Hinweis auf das Haftungsgesetz und innerhalb von zwei Jahren seit dem zu beurteilenden Vorfall vom 10. Juli 2002 gestellte Begehren des Klägers vom 11. Juni 2004 nicht an das zuständige Organ gerichtet war. Dennoch ist es nach den oberwähnten allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen als fristwährend im Sinne von § 24 HG zu betrachten. Einzig diese Frist ist sodann nach dem Haftungsgesetz als - von Amtes wegen zu beachtende - Verwirkungsfrist ausgestaltet. Die weiteren Fristen, insbesondere die Einreichung der Klage nach ablehnendem Entscheid wird der Verjährung unterworfen. Auf die Verjährungseinrede hat die Beklagte zuletzt am 1. Juni 2012 bis am 30. Juni 2014 verzichtet, soweit diese noch nicht eingetreten ist (act. 188/4). Auch in ihrer jüngsten Eingabe vom 25. Juni 2013 beruft sich die Beklagte denn auch nicht auf die Verjährungseinrede (act. 190).

5.5. Die vollständige Durchführung des Vorverfahrens setzt im Weiteren voraus, (- hievon ging aufgrund der vorprozessualen Korrespondenz [act. 191/7] auch der klägerische Rechtsvertreter aus -), dass nach Einreichung des Begehrens gemäss § 23 HG die Klage beim zuständigen Gericht eingereicht wird, wenn die zuständige Behörde zum Anspruch innert drei Monaten seit seiner schriftlichen Geltendmachung nicht oder ablehnend Stellung genommen hat.

Stellung zu nehmen hat wiederum die "zuständige Behörde". Hat eine unzuständige Behörde Stellung genommen, steht der Klageweg mangels Stellungnahme offen (Hans Rudolf Schwarzenbach, Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum Zürcherischen Haftungsgesetz, N 4 zum in der massgeblichen Fassung nicht veränderten § 23 aHG).

Der Kläger liess geltend machen, die Beklagte habe über ihre Stellvertretung, die E. \_\_\_\_\_ [Versicherung] bzw. lic.iur. F. \_\_\_\_\_, in einem Telefongespräch vom 11. April 2006 über ihre Stellvertretung den Anspruch jedenfalls teilweise abgelehnt (act. 87 S. 3 i.V.m. act. 188/3). Aus der von der Beklagten ins Recht gelegten vorprozessualen Korrespondenz ergibt sich, dass der klägerische Rechtsvertreter vom Zweckverband Spital A1. \_\_\_\_\_ einen ablehnenden Entscheid gemäss § 24 Abs. 2 HG anforderte, welches Schreiben dann der Versicherung weitergeleitet wurde (act. 190 S. 4/5 i.V.m. 191/7 und 8). Am 14. August 2006 erkundigte

sich der klägerische Rechtsvertreter beim Zweckverband Spital A1.\_\_\_\_\_ nach den Verantwortlichkeiten im Hinblick auf die einzuleitende Klage (Zweckverband oder Stiftung; act. 191/9) und am 21. August 2006 nahm der Spitaldirektor des Spital A1.\_\_\_\_\_ Stellung und lehnte die Haftpflicht des Spitals ab (act. 191/11). Es ist nicht ersichtlich, dass das zuständige Organ, d.h. der Stiftungsrat, sich je äusserte, weshalb von einer fehlenden Stellungnahme im Sinne von § 23 HG auszugehen ist. Insgesamt ergibt sich, dass das Vorverfahren, wenn auch mit Mängeln behaftet, so doch vollständig und innert der Verwirkungsfrist von § 24 Abs. 1 HG durchgeführt wurde. Die Verjährungsfrage stellt sich wie gesehen nicht. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

6. Die vom Kläger erhobene Klage auf Bezahlung einer Genugtuung in der Höhe von CHF 80'000.-- wurde von der Vorinstanz im Umfang von CHF 40'000.-- gutgeheissen und im Mehrbetrag abgewiesen (act. 175 Dispositiv Ziff. 1). Mit dem Antrag auf Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides in der Berufungsantwort (act. 183 S. 2) ist das vorinstanzliche Urteil im Umfang der Klageabweisung in Rechtskraft erwachsen, was vorab vorzumerken ist.

### **III. Materielles**

1. Im Berufungsverfahren ist zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid im Lichte der geltend gemachten Berufungsgründe korrekt ergangen ist - vorliegend nach Massgabe der im vorinstanzlichen Verfahren anwendbaren kantonalen Verfahrensordnung.

Der angefochtene Entscheid bejaht die Haftung der Beklagten wegen nicht sachgerechter Reanimation. Er befasst sich nicht mit den vom Kläger behaupteten weiteren Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen der ärztlichen Aufklärung sowie der Ausführung der Verlegung des Zentralvenenkatheters, welche Themen vom Kläger auch im Berufungsverfahren wieder aufgenommen wurden. So begründet er in einem Hauptteil der Berufungsantwort die Haftung der Beklagten gestützt auf die im angefochtenen Entscheid nicht thematisierten Vorwürfe und er nimmt Stel-

lung zum Beweisergebnis zu den von der Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung aufgehobenen Beweissätzen 1 - 5 (act. 183 S. 5 - 23). Dies kann zum vornherein nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sein. Ist eine Haftung der Beklagten aus fehlerhafter Reanimation zu verneinen, muss die Vorinstanz über die weiteren Haftungsbegründe befinden, bevor sich die Berufungsinstanz dazu äußern kann.

2. Die Beklagte lehnt auch im Berufungsverfahren eine Haftung ab und bestreitet sämtliche vom Kläger erhobenen Vorwürfe. Sie macht im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, die Defibrillation sei nicht schon innert 3-4 Minuten, sondern frühestens 10 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns erfolgt. Entgegen den bundesgerichtlichen Anforderungen habe die Vorinstanz sich im Ergebnis mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis begnügt (act. 173 S. 5 Ziff. 2.2 und S. 6 - 19). Überdies habe sie ohne nähere Prüfung einen Kausalzusammenhang zwischen einer allfällig nicht rechtzeitig eingeleiteten Defibrillation und der eingetretenen Hirnschädigung bejaht, wogegen nach neueren statistischen Erhebungen die Überlebenschancen bei einem Herzstillstand im Spital sogar bei Defibrillation innert 2 Minuten deutlich unter 50% liege. Damit hätte auch bei sehr rasch durchgeführter Defibrillation eine erhebliche Schädigung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vermieden werden können. Ein Kausalzusammenhang zwischen einer allenfalls erst nach 10 Minuten erfolgten Defibrillation und der eingetretenen Hirnschädigung habe der Kläger überdies nicht behauptet, so dass die Verhandlungsmaxime verletzt worden sei (act. 173 S. 5 Ziff. 2.3 und 2.4 und S. 20 - 23 und act. 176).

Der Kläger geht davon aus, die Vorinstanz habe die Grundsätze für das Beweismass in Arzthaftungsprozessen grundsätzlich zutreffend, im Ergebnis aber wohl zu seinen Lasten angewendet. Er macht geltend, die Beklagte habe sich in der Berufung nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandergesetzt, sondern einfach ihren vorinstanzlichen Standpunkt wiederholt oder aber unzulässige Noven eingebracht (act. 183 S. 23 - 33).

Es ist nachstehend im Einzelnen auf die Einwände einzugehen, soweit dies für die Urteilsfindung erheblich erscheint.

3. Die Legitimation der Parteien ist im Berufungsverfahren nicht bestritten und wurde von der Vorinstanz zu Recht bejaht. Sodann hat die Vorinstanz die Voraussetzungen der haftungsrechtlichen Genugtuung und die Grundsätze der Beweiswürdigung sowie auch die Beweislast im Einzelnen und zutreffend dargelegt. Die Parteien setzen dem nichts entgegen. Es kann - um Wiederholungen zu vermeiden - darauf verwiesen werden (act. 175 S. 12 - 15 und S. 17 - 20).

Soweit die Beklagte in der Berufung geltend macht, die Vorinstanz habe an den Hauptbeweis des Klägers zu geringe Anforderungen gestellt und sich im Ergebnis mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis begnügt, wogegen für die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Defibrillator eingesetzt wurde, das Regelbeweismass gelte (act. 173 S. 6 Ziff. 3), ist ihr nicht zu folgen. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid über 27 Seiten die zu dieser Frage abgenommenen Beweismittel gewürdigt, um dann in Ziff. 3.10.3 (act. 175 S. 49) zum Schluss zu kommen, es stehe damit fest, dass die erste Defibrillation mehr als 10 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns erfolgte. Sie ging davon aus, der Kläger habe den ihm auferlegten Hauptbeweis rechtsgenügend erbracht (act. 175 S. 22 - 49). Damit hat sie klar gemacht, dass sie von der Richtigkeit dieses Sachverhalts überzeugt ist, was dem Regelbeweismass entspricht. Das Regelbeweismass gilt für den Haupt- wie auch den Gegenbeweis.

4.1 Die Beklagte kritisiert, dass die Vorinstanz sich auf die Zeitangaben im Überwachungsprotokoll abstützt, die im Widerspruch stehen zu den genauen Angaben des zuständigen Anästhesisten Dr. G.\_\_\_\_\_ und der Pflegefachfrau H.\_\_\_\_\_. Auch nach den Angaben der Anästhesistin, Dr. I.\_\_\_\_\_, sei die Defibrillation sogar schon vor der Alarmierung des Chefarztes Dr. J.\_\_\_\_\_ eingeleitet worden, und nach dessen Angaben müsse abgeleitet werden, dass die Defibrillation schon vor seinem Eintreffen im Aufwachraum erfolgt sei. Die Vorinstanz habe sich zwar eingehend mit den verschiedenen Aussagen zum Zeitpunkt der Defibrillation auseinandergesetzt, es dann aber unterlassen, aus dem Nebeneinander von teilweise voneinander abweichenden Aussagen verschiedener Personen, die je für sich mehrheitlich glaubwürdig scheinen und unter Relativierung der nur rückwirkend erfolgten Zeitangaben im Reanimationsprotokoll den folgerichtigen

Schluss zu ziehen, dass an der Darstellung des Klägers erhebliche Zweifel blieben und damit der Hauptbeweis gemäss Beweissatz 6 gescheitert sei (act. 173 S. 7/8 und S. 9 ff.).

Der Kläger setzt dem entgegen, die Beklagte setze sich nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander, sondern wiederhole gebetsmühlenartig ihre bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Argumente. Sie habe es unterlassen, Dr. I. \_\_\_\_\_ zu befragen und Dr. J. \_\_\_\_\_ habe sich trotz mehrfacher Befragung nie festlegen wollen, ob er bei seiner Ankunft selbst persönlich gesehen habe, ob die Patientin defibrilliert worden sei. Es bestünden mehrere Indizien, dass der sich neben dem Aufwachraum befindliche Defibrillator nie richtig betätigt worden und auch nicht zum Einsatz gekommen sei (act. 183 S. 24/25 und S. 26 ff.).

4.2 Zur Frage, wann die erste Defibrillation nach Auftreten des Kammerflimmerns erfolgte, ist Dr. I. \_\_\_\_\_ nicht als Zeugin angerufen und auch nicht befragt worden, ebenso wenig wurde ihr Bericht (act. 2/4/7) als Beweismittel bezeichnet. Hierauf ist nicht näher einzugehen. Die Vorinstanz hat sodann im Einzelnen dargelegt und begründet, warum sie nicht auf die Zeitangaben von Dr. G. \_\_\_\_\_ bzw. H. \_\_\_\_\_ abgestellt hat. Sie hat dargelegt, dass das am 11. Juli 2002 - einen Tag nach dem Vorfall - verfasste Gedächtnisprotokoll von Dr. G. \_\_\_\_\_ nur ansatzweise chronologisch sei, einzelne getroffene Massnahmen und anwesende Personen nicht erwähne und betreffend Reihenfolge der Medikamente ungenau sei. Die Analyse sei so schwierig und Abweichungen zum Reanimationsprotokoll hätten durch Befragung nicht ausgeräumt werden können, weil Dr. G. \_\_\_\_\_ als Zeuge nicht angerufen worden sei. Das Gedächtnisprotokoll sei, was den Ablauf der Reanimation betreffe, bezüglich Vollständigkeit und zeitlicher Genauigkeit sehr unpräzis und wenig aufschlussreich. Die Angabe, dass in der 4. Minute erstmals defibrilliert worden sei, sei unter Berücksichtigung des Ablaufs kaum realistisch. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass unter den gegebenen Umständen nicht auf die Zeitangabe zur ersten Defibrillation, die in der 4. Minute erfolgt sein soll, abgestellt werden könne (act. 175 S. 27 - 30). Die Beklagte setzt sich in der Berufung mit dieser differenzierten Begründung kaum auseinander (act. 173 S. 9 Ziff. 3.3.2).

Auf die Zeitangaben von H.\_\_\_\_\_ in deren Beantwortung des Fragebogens (act. 50/1 i.V.m. act. 50/3), wonach es bis zur ersten Defibrillation ungefähr 3 Minuten gegangen sein soll, stellte die Vorinstanz deshalb nicht ab, weil diese selbst sie als ungefähre Angabe bezeichnete, die Aussage über drei Jahre nach dem Vorfall gemacht wurde, und weil sich eine weitere zeitliche Angabe von H.\_\_\_\_\_ als unrichtig erwies. Die Vorinstanz erwog, dass die Zeugin zwar noch ein recht gutes Bild von der Patientin habe nachzeichnen können, hinsichtlich der Zeitangaben sei aber alles einfach "schnell" gegangen. Die von ihr angegebenen 3 Minuten seien angesichts dessen, was in dieser Zeit nach Darstellung der Zeugin alles geschehen war, unrealistisch (act. 175 S. 30 - 33). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 173 S. 10 Ziff. 3.3.3) hat die Vorinstanz damit durchaus begründet, weshalb sie auf die zeitlichen Angaben von H.\_\_\_\_\_ nicht abstellt, obwohl sie deren Aussagen im Übrigen als glaubhaft einstuft. Die Begründung erscheint lebensnah und nachvollziehbar.

4.3 Nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz die Zeugenaussage von Dr. J.\_\_\_\_\_, der bei der Beklagten als Chefarzt Anästhesie die Gesamtverantwortung trug und auch an den Gesprächen und Erörterungen im Rahmen des vorliegenden Prozesses dabei war, zurückhaltend würdigte. Die Beklagte räumt selbst ein (act. 173 S. 11 Ziff. 3.3.4), dass Dr. J.\_\_\_\_\_ nicht aus eigener Wahrnehmung sagen konnte, wie lange es vom Kammerflimmern bis zur ersten Defibrillation gedauert hatte. Gemäss seinem vier Tage nach dem Vorfall verfassten Bericht, auf den er in der Zeugeneinvernahme verwies, schloss er aus dem Vorhandensein von zwei Defibrillatoren, einer mit Multifunktionselektrode, am Stromnetz angeschlossen, der zweite einsatzbereit vor Ort (act. 2/4/9), auf die ordnungsgemässe Reanimation und auch darauf, dass bereits vor seinem Eintreffen im Aufwachraum um 17.44 Uhr defibrilliert worden war. Dass dies auch tatsächlich der Fall war, kann indes weder aus seiner Aussage noch aus seinem Gedächtnisprotokoll abgeleitet werden. Dies hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten (act. 175 S 38).

4.4 Die Beklagte schliesst aus dem Bericht von K.\_\_\_\_\_ zuhanden der Beklagten (act. 50/1 i.V.m. act. 50/2), wonach sie 2-3 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns in den Aufwachraum gekommen sei und dort schon ein "Defi" ge-

wesen sei, dass die Defibrillation schon vor Eintreffen von K.\_\_\_\_\_ stattgefunden habe oder dies mindestens die Annahme stütze, dass die Defibrillation schon rund 3 Minuten und jedenfalls nicht erst 10 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns erfolgt sei (act. 173 S. 12 Ziff. 3.3.5). Dem kann nicht gefolgt werden. Auch die Beklagte stellt weder die Glaubwürdigkeit von K.\_\_\_\_\_ noch grundsätzlich die Glaubhaftigkeit ihrer Depositionen in Abrede und sie geht selbst davon aus, K.\_\_\_\_\_ sei ca. 2-3 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns in den Aufwachraum gekommen. Auch wenn sie sich in der Zeugeneinvernahme an Details und Zeitangaben nicht konkret erinnern konnte, legte die Zeugin glaubhaft dar (Prot. VI S 49/50), dass man bei ihrem Eintreffen am Intubieren gewesen und die Herzmassage im Gang gewesen sei. Sie habe festgestellt, dass die Patientin noch keine Infusion hatte und zunächst eine Infusion gesteckt. In der Beantwortung des Fragebogens hielt K.\_\_\_\_\_ fest, dass ihrer Meinung nach am Anfang mit den Defi-Paddles defibriert wurde und später die Multifunktionselektroden aufgeklebt worden seien (act. 50/2 zu Ziff. 7), welche Reihenfolge mit der Darstellung im Gedächtnisprotokoll von Dr. G.\_\_\_\_\_ (act. 2/4/8) übereinstimmt und was auch der zeitlichen Abfolge im Überwachungsprotokoll (act. 2/4/10) entspricht. Darüber, zu welchem Zeitpunkt genau die Defibrillation stattfand, ist damit nichts ausgesagt. Der durch die Zeugin geschilderte Ablauf spricht aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht dafür, dass mit der Defibrillation bereits in der 3. oder 4. Minute nach Auftreten des Kammerflimmerns begonnen wurde.

4.5 Die Aussagen des Zeugen L.\_\_\_\_\_ werden von der Beklagten vor allem deshalb in Zweifel gezogen, weil er als einziger von einem defekten Defibrillator spricht und entgegen der Darstellung der andern Personen nur einen Defibrillator gesehen haben will. Die Beklagte weist auf weitere Widersprüche in dessen Aussagen hin und macht insbesondere geltend, L.\_\_\_\_\_ könne zu den ersten 10 Minuten und damit zur hier aktuellen frühen Phase der Reanimation überhaupt nichts sagen, was auch das nachträglich eingereichte Narkoseprotokoll von einer anderen Operation (act. 137) bestätige. Die Vorinstanz selbst zähle eine ganze Reihe von Argumenten auf, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen begründeten, ohne diese indessen folgerichtig zu würdigen (act. 173 S. 13/14 Ziff. 3.3.6 und 3.3.7). Der Kläger macht geltend, die Beklagte gehe in der Berufungsschrift (Ziff.

3.2.2) selbst davon aus, die Defibrillation mit den Multifunktionselektroden sei durch L. \_\_\_\_\_ und damit nach 17.40 Uhr erfolgt. An die Defibrillation mit Paddels habe sich niemand so recht erinnern können; sie sei einfach im Raum geblieben, ohne dass man erfahren habe, wer, wann und wie dies getan worden sei etc. Diese müsse misslungen sein, dass man mit dieser Methode nicht weitergefahren sei. Der Beklagten sei es nicht gelungen nachzuweisen oder zumindest glaubhaft darzulegen, die Patientin vor 17.40 Uhr defibriert zu haben und eine Verzögerung von 10 Minuten genüge (act. 183 S. 28/29).

Was die Parteien mit ihren Vorbringen zur Zeugenaussage L. \_\_\_\_\_ im Berufungsverfahren zu ihren Gunsten ableiten wollen, bleibt unklar. Entgegen der Auffassung des Klägers hat die Vorinstanz diesen Zeugen nur hinsichtlich seiner Stellung im Verhältnis zur Beklagten als unabhängigen Zeugen betrachtet. Mit Bezug auf den Gehalt und den latent negativen Unterton gegenüber den anderen Beteiligten äusserte sie aber durchaus Vorbehalte. Dies gilt insbesondere auch mit Bezug auf seine Zeitangaben, wonach die erste Defibrillation ca. 30 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns erfolgt sein soll. Das Eintreffen von L. \_\_\_\_\_ im Aufwachraum könne auch unter Beizug der übrigen Zeugen nicht genau eruiert werden. Es ergebe sich, dass L. \_\_\_\_\_ auch an der Reanimation beteiligt gewesen sei und die Multifunktionselektroden aufklebte, wie dies H. \_\_\_\_\_ glaubhaft erklärt habe. Wann dies der Fall gewesen sei, könne offen gelassen werden. Für die entscheidende Frage des Zeitpunktes der ersten Defibrillation sei seine Zeugenaussage nicht zweckdienlich (act. 175 S. 41 - 45). Diese Argumentation ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Ob die Beklagte, wie der Kläger unter Bezugnahme auf die Berufungsschrift (Ziff. 3.2.2) geltend macht, selbst davon ausgeht, die Defibrillation mit Multifunktionselektroden sei durch L. \_\_\_\_\_ erfolgt, kann ebenfalls offen bleiben.

4.6 Im Rahmen der Gesamtwürdigung wiederholt die Beklagte erneut ihre Kritik an der Vorinstanz, die zu Unrecht auf die ersten im Überwachungsprotokoll festgehaltenen Zeitangaben abstellt, nachdem diese erklärermassen rückwirkend erfolgt waren und damit unpräzise und gerundet seien. Sie hebt noch einmal hervor, die ex post gemachten Angaben, das Kammerflimmern sei um 17.30 eingetreten

und die ohne Bezug dazu geäusserte Annahme, die Defibrillation sei um 17.40 erfolgt, beide Zeitangaben auf 10 Minuten gerundet, seien als Grundlage für die exakte Ermittlung eines kurzen Zeitintervalles unbrauchbar (act. 173 S. 16). Dass schon die ersten Einträge im Überwachungsprotokoll detailliert seien, treffe nur für die Beschreibung der getroffenen Massnahmen zu, denen aber keine Zeitangaben zugeordnet seien. Bei den Zeitangaben "1730" und "1740" handle es sich um reine Schätzungen, erst ab 1750 seien die Zeitangaben zuverlässig. Demgegenüber seien die schriftlichen Angaben von Dr. G.\_\_\_\_\_ und von H.\_\_\_\_\_ wesentlich zuverlässiger. Die Annahme der Vorinstanz, es stehe fest, dass die erste Defibrillation mehr als 10 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns erfolgte, sei nicht haltbar und der Hauptbeweis des Klägers gescheitert (act. 173 S. 15 - 18). Die Vorinstanz habe die Beweisanforderungen an den Hauptbeweis zu tief angesetzt und die These des Klägers, die Defibrillation sei erst nach 10 Minuten erfolgt, sei jedenfalls nicht überwiegend wahrscheinlich, auch wenn die Argumente der Beklagten und ihre angebotenen Beweismittel auch eine Defibrillation nach 3-4 Minuten nicht strikt bestätigten (act. 173 S. 19).

Auch die Beklagte stellt die Zuverlässigkeit des Reanimationsprotokolls nicht grundsätzlich in Frage. Sie attestiert diesem vielmehr selbst in zeitlicher Hinsicht Genauigkeit und nimmt hievon einzig die ersten, jeweils in 10 Minuten-Schritten gemachten Angaben aus. Obwohl die Vorinstanz auf das Protokoll abstellt und die notierten Zeiten übernimmt, stützt sich die Gesamtwürdigung nicht einzig darauf. Vielmehr findet dessen Inhalt - auch hinsichtlich der zeitlichen Angaben zu Beginn der Reanimation - Unterstützung im gesamten übrigen Beweisergebnis, wie die Vorinstanz einlässlich begründet hat. Die Vorinstanz geht davon aus - und das wird im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt - dass die erste Defibrillation als wichtige und eindrückliche Massnahme ins Reanimationsprotokoll Eingang gefunden hat. Nicht in Zweifel gezogen wurde, dass K.\_\_\_\_\_, 2-3 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns in den Aufwachraum gekommen war und nach deren glaubhafter Darstellung war dann die Herzmassage und das Intubieren im Gang. Auch nach dem Gedächtnisprotokoll von Dr. G.\_\_\_\_\_ (act. 2/4/8) waren diese Massnahmen die ersten, die getroffen wurden. Das Kammerflimmern trat zeitlich gemäss Reanimationsprotokoll vor 17.30 Uhr auf, was zwar keine exakte

Zeitangabe darstellt, aber wiederum mit der Darstellung von Dr. G.\_\_\_\_\_ übereinstimmt, der in seinem Gedächtnisprotokoll den Beginn der Reanimation auf 17.30 festlegt und der das Kammerflimmern vorher festgestellt hat (act. 2/4/8). Nachdem K.\_\_\_\_\_ dazukam, steckte sie der Patientin eine Infusion am Fuss und widmete sich dann der Protokollführung. Diesen Ablauf bestätigten sie selbst (Prot. VI S. 49, S. 53) und H.\_\_\_\_\_ (Prot. VI S. 65/66) als Zeuginnen. Die Dauer um die Infusion zu stecken, gab K.\_\_\_\_\_ - ohne sich genau daran erinnern zu können - mit "ein paar Minuten" an (Prot. VI S. 58). Der Subclavia-Katheter soll fast zeitgleich mit der Infusion fertig gewesen sein (Prot. VI S. 53/54). Danach folgte die Verabreichung von verschiedenen Medikamenten (act. 2/4/10) und alsdann die erste Defibrillation mit Paddels, wie sich hinreichend gesichert aus dem Beweisergebnis ergibt, nachdem dies wiederum sowohl K.\_\_\_\_\_ als auch Dr. G.\_\_\_\_\_ bestätigen, wohingegen H.\_\_\_\_\_ davon ausging, die erste Defibrillation sei durch L.\_\_\_\_\_ mit Multifunktionselektroden erfolgt, was jedenfalls nicht innerhalb der ersten 10 Minuten geschehen sein kann, da nach dem Beweisergebnis davon ausgegangen werden muss, dass L.\_\_\_\_\_ dannzumal noch gar nicht im Aufwachraum war und er es nach seiner eigenen und der Darstellung von H.\_\_\_\_\_ war, der die Elektroden anklebte (Prot. VI S. 67 und S. 74/75).

Mit der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass das Reanimationsprotokoll hinsichtlich der getroffenen Massnahmen als zuverlässigstes Beweismittel erscheint. Dass der genaue Zeitpunkt der ersten Defibrillation nicht erwähnt ist, ändert hieran nichts. Der Ablauf der Reanimation ab Auftreten des Kammerflimmerns erscheint nach dem Gesagten im Sinne des Reanimationsprotokolls hinreichend gesichert und es steht demnach auch ausreichend fest, dass nach dem Eintreffen von K.\_\_\_\_\_ im Aufwachraum, 2-3 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns und noch vor der ersten Defibrillation weitere Reanimationsmassnahmen getroffen wurden, von denen nur schon das Stecken der Infusion jedenfalls ein paar Minuten in Anspruch nahm. Die erste Defibrillation muss damit im Bereich von 10 Minuten nach Auftreten des Kammerflimmerns gelegen haben - wie dies dem Reanimationsprotokoll zu entnehmen ist. Dass sie bereits nach drei Minuten oder in der vierten Minute erfolgt ist, erscheint dagegen ausgeschlossen. Weder das Gutachten von Prof. M.\_\_\_\_\_ (act. 31) noch die wenig konkrete Aus-

sage von Dr. J. \_\_\_\_\_ (Prot. VI S. 35f.) als Zeuge vermögen dies in Zweifel zu ziehen und selbst die Gedächtnisprotokolle von Dr. J. \_\_\_\_\_ und Dr. I. \_\_\_\_\_ (act. 2/4/8 und 2/4/9 i.V.m. act. 73 S. 18), auf welche die Beklagte mit dem Hinweis auf den Ablauf der Alarmierung (act. 173 S. 19) zu verweisen scheint, legen entgegen der Auffassung der Beklagten keinen andern Schluss nahe. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz erweist sich damit als gerechtfertigt und ist unter ergänzendem Hinweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu bestätigen.

4.7. Das im Einvernehmen der Parteien in Auftrag gegebene anästhesiologische Sachverständigengutachten von Prof. Dr. M. \_\_\_\_\_ und Dr. med N. \_\_\_\_\_ vom 16. Dezember 2008 (act. 31 S 6ff. zu Fragen 13 - 15) hält unmissverständlich fest, dass eine Defibrillation erst 10 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns eine Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst darstellt. Dies wird im Berufungsverfahren auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen. Muss nach dem Gesagten als gesichert gelten, dass die erste Defibrillation 10 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns stattfand, ist daher eine Sorgfaltspflichtverletzung ohne weiteres zu bejahen. Damit ist die Widerrechtlichkeit im Sinne des Haftungsgesetzes gegeben.

5.1 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Voraussetzungen für die Bejahung des Kausalzusammenhanges im Einzelnen und zutreffend dargelegt (act. 175 S. 51/52). Im Falle der hier in Frage stehenden Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden der eingetretenen Art auch bei (rechtzeitiger) Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um den hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (BGE 132 III 305 E. 3.5). Nicht gefordert ist, dass es sich um die einzige oder unmittelbare Schadensursache handelt.

Unter Hinweis auf das anästhesiologische Sachverständigengutachten vom 16. Dezember 2008 bejahte die Vorinstanz das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges zwischen der nicht rechtzeitig erfolgten Defibrillation und der bei D. \_\_\_\_\_ eingetretenen Schädigung. Die von D. \_\_\_\_\_ erlittene schwere Hirnschä-

digung sei auf die Mangelversorgung mit Blut resp. Sauerstoff infolge des Kreislaufstillstandes zurückzuführen und eine so hervorgerufene Hirnschädigung werde nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge umso grösser, je schwerer die Ischämie und in der Folge die Hypoxie sich ausprägen und je länger der Zustand andauere. Es könne mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die zu spät erfolgte Defibrillation die Hirnschädigung verursacht oder zumindest erheblich verschlimmert habe. Die Gefahr einer Hirnschädigung sei denn auch objektiv erkennbar und die Möglichkeit ihres Eintritts vorhersehbar gewesen (act. 175 S. 53).

5.2. Die Beklagte macht in der Berufung geltend, der Kläger habe in der vorinstanzlichen Replik einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Verzögerung der Defibrillation und der eingetretenen Hirnschädigung nicht behauptet und gar ausdrücklich verneint, indem er ausgeführt habe, dass nach übereinstimmenden Angaben der von ihm konsultierten Ärzte "bereits nach 4 Minuten erhebliche Hirnschäden entstanden sein müssen". Indem die Vorinstanz einen Kausalzusammenhang dennoch angenommen habe, habe sie die Verhandlungsmaxime verletzt (act. 173 S. 20 mit Hinweis auf act. 64 S. 30).

Der Kläger hält dem entgegen, die Beklagte bringe verschiedene Kausalitäten durcheinander. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren die Kausalität zwischen Auftreten des Kammerflimmerns und dem Entstehen des Schadens der Patientin nie in Frage gestellt und auch den Kausalzusammenhang zwischen den beiden Ereignissen nie bestritten. In der Duplik habe sie die natürliche Kausalität wegen des Seldinger-Drahtes in Zweifel gezogen, die Kausalität betreffend Kammerflimmern und REA-Massnahmen aber nicht bestritten (act. 183 S. 31).

5.3. Der Kläger hatte in der Klagebegründung einen Kausalzusammenhang zwischen der verzögerten Defibrillation und der bei D.\_\_\_\_\_ eingetretenen Schädigung jedenfalls insoweit behauptet als er geltend gemacht hat, dass der Einsatz des Defibrillators nach mehr als 10 Minuten die Überlebenschancen der Patientin praktisch auf Null reduziert habe. Er hatte eine sofortige Defibrillation als erforderlich erachtet (act. 2/1 S. 34/35). Die Beklagte hat dies nicht bestritten. In der Replik führte der Kläger aus, Dr. G.\_\_\_\_\_ habe offenbar überhaupt nicht mit dem Ri-

siko des Kammerflimmerns gerechnet und den Defibrillator nicht bereit gestellt gehabt. Er ergänzte, dass ihm Ärzte unisono mitgeteilt hätten, dass bereits nach 4 Minuten erhebliche Hirnschäden entstanden sein müssen; dies könne aber nur dann beurteilt werden, wenn man die EKG-Streifen konsultiere (act. 64 S. 29/30). Hieraus kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht abgeleitet werden, der Kläger habe den fehlenden Kausalzusammenhang zwischen einer verzögerten Defibrillation und der eingetretenen Schädigung anerkannt, weil er einräume, dass diese bereits nach 4 Minuten eingetreten sei. Letzteres erhellt so nicht aus den klägerischen Vorbringen. Vielmehr ergibt sich aus den Vorbringen des Klägers, dass er wie bereits in der Klagebegründung eine sofortige Defibrillation als notwendig erachtete und eine Verzögerung für die eingetretene Schädigung als ursächlich betrachtete. Eine Defibrillation in der 4. Minute nach Eintritt des Kammerflimmerns wäre nach dem Gutachten (act. 31 S. 9) nicht zu beanstanden gewesen und sie hätte die Sorgfaltspflichtverletzung entfallen lassen. Mit Bezug auf die eingetretene Schädigung und insbesondere deren Art und Ausmass wäre indes noch nichts gesagt.

5.4. Aufgrund der Parteivorbringen vor Vorinstanz war der Kausalzusammenhang zwischen dem Zeitpunkt der Defibrillation und dem Eintritt einer Schädigung nicht umstritten. Der anästhesiologische Gutachter hält denn auch klar fest, dass eine Defibrillation erst nach 10 Minuten mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit den Reanimationsverlauf negativ beeinflusse (act. 31 S. 8 und 9) und er hält dies auch für eine mögliche Erklärung dafür, dass bei D.\_\_\_\_\_ erst nach knapp einer Stunde wieder ein stabiler Sinusrhythmus etabliert werden konnte (a.a.O.). In seinen Schlussbemerkungen weist er nochmals darauf hin, dass der Zeitpunkt der Defibrillation einen erheblichen Einfluss auf den Erfolg einer Reanimation habe (a.a.O. S. 9 zu Frage 15). Es ist nicht zu beanstanden wenn die Vorinstanz gestützt hierauf den erforderlichen Kausalzusammenhang bejaht und gefolgert hat, dass die zu spät erfolgte Defibrillation die Hirnschädigung verursacht oder zumindest erheblich verschlimmert hat.

5.5 Ob und allenfalls in welchem Ausmass die Hirnschädigung vermeidbar gewesen wäre, wenn (- was wie gesehen nicht angenommen werden kann -) innert

4 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns defibrilliert worden wäre, haben die Parteien vor Vorinstanz nicht thematisiert. Nachdem das von der Beklagten zitierte Gutachten, gemäss welchem eine Defibrillation innert 4 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns nicht zu beanstanden gewesen wäre, bereits vor dem zweiten Schriftenwechsel erstellt worden war und den Parteien bei ihrem zweiten Parteivortrag zur Verfügung gestanden hatte (act. 32), wäre dies durchaus möglich gewesen und es kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, es habe nicht bereits vor Vorinstanz Veranlassung bestanden, sich zur Vermeidbarkeit der Schädigung bei einer Defibrillation innert 4 Minuten zu äussern. Neue Tatsachenbehauptungen oder die Bezeichnung neuer Beweismittel erweisen sich daher in diesem Zusammenhang als unzulässig.

Die (fehlende) Vermeidbarkeit der Schädigung bei einer Defibrillation innert 4 Minuten stellt auch nach der Darstellung der Beklagten eine solche neue Tatsachenbehauptung dar. Sie kann im Berufungsverfahren nach dem Gesagten nicht mehr vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Hieran ändert auch nichts, wenn die Beklagte neu auf statistische Daten hinweist, welche sie als Anwendungsfall der allgemeinen Lebenserfahrung und damit als Rechtsanwendung sehen will (act. 173 S. 21). Denn diese neuen Daten und Argumente ergingen ausschliesslich im Zusammenhang mit der neuen und nicht mehr zulässigen Behauptung der fehlenden Vermeidbarkeit der Schädigung bei einer Defibrillation innert 4 Minuten nach Eintritt des Kammerflimmerns. Sie können im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Damit erübrigt es sich, auf die vom Kläger erhobenen Einwände gegen das Parteigutachten und die statistischen Daten näher einzugehen. Es bleibt vielmehr bei dem von der Vorinstanz zu Recht bejahten Kausalzusammenhang.

6. Mit der Vorinstanz ist damit davon auszugehen, dass die Haftungsvoraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung erfüllt sind. Auf die weiteren, gegenüber der Beklagten erhobenen Vorwürfe (Verletzung Aufklärungspflicht und Führung des Seldinger-Drahtes), zu welchen sich der Kläger in der Berufungsantwort ausführlich äussert (act. 183 S. 5 - 23), obwohl sich die Vorinstanz im ange-

fochtenen Entscheid nicht damit befasst hat, ist wie gesehen (vgl. Erw. III. 1) nicht einzugehen.

7. Die Parteien äussern sich im Berufungsverfahren nicht zur Höhe der Genugtuungssumme. Der Kläger hat ausdrücklich auf eine Anschlussberufung verzichtet (act 183 S. 3). Die Vorinstanz hat die Bemessungskriterien sowie Lehre und Rechtsprechung zur Bemessung von Genugtuungsbeträgen detailliert dargelegt und alsdann die zugesprochene Genugtuung aufgrund der konkreten Umstände differenziert begründet. Auf diese Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden. Die Genugtuung ist in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides auf CHF 40'000.-- festzusetzen, welcher Betrag seit dem 10. Juli 2002 mit 5% zu verzinsen ist.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen, dann obsiegt der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren zur Hälfte und es ist auch die Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss angefochtenem Entscheid zu bestätigen. Die Höhe der Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wurde aufgrund des Umfangs und der Komplexität des Falles gegenüber der ordentlichen Grundgebühr erhöht und auf CHF 10'600.-- festgesetzt, was grundsätzlich gerechtfertigt erschien.

2. Im Berufungsverfahren obsiegt der Kläger vollumfänglich. Die Kosten sind der Beklagten aufzuerlegen und diese ist zu verpflichten, dem Kläger eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 40'000.-- ist die Entscheidgebühr auf CHF 2'500.-- festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 10 und § 4 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010), die Entschädigung auf CHF 4'000.-- (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Da der Kläger im zweitinstanzlichen Verfahren keinen Ersatz für eine zu zahlende Mehrwertsteuer verlangt hat, ist ihm kein solcher zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Januar 2013 im Umfang der Klageabweisung am 26. März 2013 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. Dispositiv- Ziffer 1 Abs. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Januar 2013 wird bestätigt und die Beklagte und Berufungsklägerin verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten eine Genugtuung von Fr. 40'000.-- nebst Zins zu 5% seit 10. Juli 2002 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 2 - 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: