

## Urteil vom 1. Dezember 2009

### I. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

BESETZUNG	Präsidentin: Richter: Gerichtsschreiber-Berichterstatter:	Gabrielle Multone Josef Hayoz, Christian Pfammatter Christoph Rohrer
PARTEIEN	<p><b>X1</b>, geboren 1997, <b>Klägerin 1</b>, <b>X2</b>, geboren 1964, <b>Klägerin 2</b>, <b>X3</b>, geboren 1969, <b>Kläger 3</b>, <b>X4</b>, geboren 1993, <b>Kläger 4</b>, <b>X5</b>, geboren 1995, <b>Klägerin 5</b>, <b>X6</b>, geboren 1999, <b>Kläger 6</b>,</p> <p>alle vertreten durch Fürsprecher Rolf P. Steinegger, Hirschengraben 2, Postfach 8364, 3001 Bern,</p> <p><b>Eidgenössische Invalidenversicherung</b>, vertreten durch das Bundes- amt für Sozialversicherung, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, <b>Klägerin 7</b>,</p> <p>vertreten durch Fürsprecher Franz Müller, Herrengasse 22, Postfach 663, 3000 Bern 7,</p> <p>gegen</p> <p><b>HFR FREIBURG - KANTONSSPITAL</b>, Ch. des Pensionnats 2/6, Postfach, 1708 Freiburg, <b>Beklagter</b>,</p> <p>vertreten durch Rechtsanwalt Elmar Perler, Cité-Bellevue 6, Postfach 41, 1707 Freiburg,</p>	
GEGENSTAND	Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger Spitalhaftung Zwischenentscheid	
	Klage vom 8. Juni 2001.	

## S a c h v e r h a l t

A. Nachdem X2 in den Jahren 1993 und 1995 X4 und X5, beides gesunde Kinder, zu Welt brachte, wurde sie 1996 erneut schwanger. In der Nacht vom 14. auf den 15. Juni 1997, um etwa 01.50 Uhr, 7 Tage vor dem errechneten Entbindungstermin, begab sie sich in das Kantonsspital Freiburg, weil sie den Eindruck hatte, etwas stimme nicht; offenbar verspürte sie weniger Kindsbewegungen.

B. Um 06.31 Uhr hat X2 ihre Tochter X1, die körperlich und geistig schwerstbehindert auf die Welt kam, geboren; X1 ist irreversibel hirngeschädigt und bedarf einer lebenslangen Intensivpflege. Der Grund ist eine hypoxisch-ischämische Enzephalopathie (Hirnschädigung infolge Sauerstoffmangel und Minderdurchblutung des Gehirns). Unmittelbar nach der Geburt wurde X1 in die Medizinische Universitäts-Kinderklinik des Inselspitals, Bern, eingeliefert, wo sie bis zum 18. Juni 1997 blieb (Klagebeilage [nachfolgend: KIBI] 8).

Im Zusammenhang mit dieser Geburt waren folgende Personen des Kantonsspitals involviert:

- Dr. A, vorgesetzter Arzt
- Dr. B,
- Dr. C, vorgesetzter Arzt
- Dr. D,
- Dr. E,
- Hebamme N.

C. Die Familie X ist der Auffassung, dass die Schäden, an welchen X1 leidet, auf einen ärztlichen Kunst- und Behandlungsfehler zurückzuführen sind. Wenn die richtigen Untersuchungen rechtzeitig durchgeführt, deren Ergebnisse richtig analysiert und die richtigen Entscheidungen und Massnahmen getroffen beziehungsweise veranlasst worden wären, wäre kein Gesundheitsschaden eingetreten, insbesondere nicht, wenn rechtzeitig ein Kaiserschnitt durchgeführt worden wäre.

D. Am 24. September 1998 gaben X2 und X3 bei der FMH (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte) ein aussergerichtliches Gutachten in Auftrag. Die FMH bezeichnete die Dres. K und L zu Gutachtern. Diese kamen in ihrem Bericht vom 5. Januar 2000 zum Schluss, dass die Aktenlage einen schlüssigen Beleg für die Argumentation, dass durch eine frühzeitige Kaiserschnittentbindung der Zustand des Neugeborenen besser gewesen wäre, nicht zu liesse (KIBI 15; nachfolgend: FMH-Gutachten).

E. Am 21. Oktober 1999 gebar X2 noch X6.

F. Mit Klage vom 8. Juni 2001 leiteten die Kläger 2-6 sowie die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) beim Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg ein Klageverfahren gegen das Kantonsspital ein. Sie stellten die Begehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihnen folgende Beträge zu bezahlen (act. 1):

1. Der Klägerin 1:
  - 1.1. 450'021 Franken, nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1999, und
  - 1.2. 9'194'120 Franken, nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2001 und
  - 1.3. einen gerichtlich zu bestimmenden Betrag, nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2001 (zukünftige Heilungskosten, bauliche Anpassungen/Fahrzeug, Rentenschaden, erhöhte Bedürfnisse) sowie

- 1.4. 200'000 Franken, nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 1997;
2. den Klägern 2 und 3:  
je 100'000 Franken, nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 1997,
3. den Klägern 4 und 5:  
je 50'000 Franken, nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 1997,
4. dem Kläger 6:  
50'000 Franken, nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 1999,
5. der Klägerin 7:  
2'790'217 Franken, nebst Zins zu 5% seit 15. September 1999 auf 675'999  
Franken und seit 1. Juni 2001 auf 2'114'319 Franken.

Die Begehren Nr. 1.1., 1.2. und 1.3. betreffen einen Schadenersatz- und die Nr. 1.4. einen Genugtuungsanspruch. Die Kläger 2 - 4 machen Genugtuung und die Klägerin 7 einen Regressanspruch geltend.

Der Beklagte schliesst, soweit auf die Klage eingetreten werden könne, auf deren Abweisung (act. 10).

G. Am 25. Januar 2002 beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren einstweilig auf die Frage der grundsätzlichen Haftung des Beklagten (act. 12).

Eine erste Instruktionsverhandlung, an welcher Dres. A und D einvernommen wurden, fand am 1. März 2002 statt (act. 23). Eine zweite Sitzung wurde am 6. Juni 2002 durchgeführt und es wurden Dres. E, C, B sowie die Hebamme N zur Sache befragt (act. 38).

Am 28. Januar 2003 beauftragte der Instruktionsrichter, mit Zustimmung der Parteien, die Dres. K und L mit der Durchführung eines gerichtlichen Gutachtens (act. 53). Wegen der Emeritierung von Dr. K wurde Dr. F zum Mitexperten bestimmt (act. 57). Das Gutachten, das allein von Dr. L erstellt wurde, traf am 5. August 2004 beim Verwaltungsgericht ein (act. 65).

H. Am 18. Oktober 2004 reichten die Kläger gegen Instruktionsrichter Hayoz ein Ablehnungsgesuch ein (act. 75). Dieses wurde am 6. Dezember 2004 abgewiesen (act. 79).

I. Am 28. Januar 2005 unterbreitete der Instruktionsrichter Dr. L mehrere Zusatzfragen (act. 81), die dieser mit Eingabe vom 27. Dezember 2005 beantwortete (act. 88).

J. Mit einer prozessleitenden Verfügung vom 30. März 2006 lehnte der Instruktionsrichter ein Gesuch der Kläger um Protokollberichtigung ab und wies bestimmte, von ihnen eingereichte Akten aus dem Gerichtsossier (act. 93).

K. Am 12. April 2006 reichten die Kläger unter anderem ein von Dr. M erstelltes Privatgutachten ein (act. 98/1; Gutachten in KIBI-Ordner 4; nachfolgend: Gutachten M). Dieses wurde am 14. März 2007 dem Gerichtsgutachter Dr. L unterbreitet (act. 114), der dazu am 10. Mai 2007 Stellung nahm (act. 116).

L. Am 11. Mai 2006 fand eine weitere Instruktionsverhandlung statt, an welcher die Kläger 2 und 3 einvernommen wurden (act. 102).

M. Im Oktober 2007 liess der Instruktionsrichter die Akten der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik des Inselspitals, Bern, beziehen und sie in der Folge den Parteien zur Einsichtnahme zustellen (act. 125 ff.).

N. Am 7. März 2008 wollte der Instruktionsrichter ein Gutachten zur Klärung der Frage anordnen, wie lange Zeit die Klägerin 1 vorgeburtlich unter Sauerstoffmangel gelitten hatte (act. 139). Die Parteien widersetzten sich diesem Vorgehen (act. 144 und 145), weshalb der Instruktionsrichter gestützt auf Art. 200 Abs. 2 der Zivilprozessordnung vom 28. April 1953 (ZPO; SGF 270.1) auf sein Vorhaben verzichten musste (act. 146; vgl. unten Erwägung [Erw.] F. 3 S. 10).

O. Mit Schreiben vom 13. Mai 2008 setzte der Instruktionsrichter den Parteien eine Frist, um zu den vorhandenen medizinischen Gutachten eine Stellungnahme einzureichen (act. 146). Diese Vernehmlassungen trafen am 19. und 20. August 2008 ein (act. 151 und 152).

P. Am 22. April 2009 (act. 158) teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass das Gutachten M und weitere von den Klägern eingereichten Akten zum Dossier genommen werden. Gleichzeitig wies er die Anträge auf Einvernahme der Ärzte L sowie M ab und schloss das Beweisverfahren, soweit dieses auf den Grundsatz der Haftung beschränkt ist.

Q. Am 10. November 2009 fand vor Gericht eine öffentliche Sitzung statt. Diese war beschränkt auf den Parteivortrag. Die Parteienvertreter plädierten, replizierten und duplizierten.

Die weiteren Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit sie für die Urteilsfindung massgebend sind, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

## **E r w ä g u n g e n**

### **A. Zuständigkeit / Anwendbares Recht**

1. Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2008 wurde das Verwaltungsgericht als Verwaltungsrechtliche Abteilung in das Kantonsgericht integriert (vgl. das Gesetz vom 14. November 2007 über die Organisation des Kantonsgerichts [KGOG; SGF 131.1.1]); der Begriff Verwaltungsgericht ist aus der freiburgischen Gesetzessammlung verschwunden (Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung [FZR] 2008 S. 5 ff.).

2. a) Das Kantonsgericht urteilt im Klageverfahren als einzige kantonale Instanz über vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen oder kommunalen Rechts beteiligt ist, sofern nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben oder ein Zivilgericht zuständig ist (Art. 123 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG, SGF 150.1]; FZR 1996 S. 310, 312 ff.).

b) Die vorliegende Klage richtet sich gegen das Kantonsspital, eine juristische Person des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 11 des aufgehobenen Spitalgesetzes vom 23. Februar 1984 [Amtliche Sammlung des Kantons Freiburg, ASF, 1984 S. 68]). Seit dem 1. Januar 2007 bildet das Kantonsspital zusammen mit fünf anderen öffentlichen Spitälern des Kantons das Freiburger Spitalnetz (FSN) und für das (ehemalige) Kantonsspital wurde alsdann der Begriff Freiburger Spital gebraucht. Seit dem 24. November 2008 wird es als "HFR Freiburg - Kantonsspital" bezeichnet. Diese verschiedenen Namensgebungen haben an der Struktur des Spitals als eine selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts nichts geändert: Nach Art. 4 des Gesetzes vom 27. Juni 2006 über das Freiburger Spitalnetz

(FSNG; SGF 822.0.1) ist das FSN eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Abs. 1) und selbstständig in den Grenzen des Gesetzes (Abs. 2). Weiter hat es die Führung und die Vermögen der bestehenden öffentlichen Spitäler sowie die Rechte und Pflichten aus den Verträgen zwischen den Spitälern und Dritten übernommen (Art. 49 ff. FSNG). Damit ist das HFR Freiburg - Kantonsspital als Nachfolger des Kantonsospitals in dessen Parteistellung eingetreten (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 12. Februar 2007, 1A 02 39, Erw. 1; BGE 133 III 462 lit. B des Tatbestands).

c) Die Kläger machen Ansprüche aus der Staatshaftung geltend und stützen ihre Klage auf das Gesetz vom 16. September 1986 über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (HGG; SGF 16.1).

Nach der im Zeitpunkt des Einreichens der Klage geltenden Gesetzesbestimmungen richtete sich die Haftung der kantonalen Spitäler und der Gemeindeverbände sowie diejenige der Mitglieder der Organe und des Personals der öffentlichen Spitäler nach dem erwähnten Haftungsgesetz (vgl. Art. 6 Spitalgesetz vom 23. Februar 1984, Revision vom 1. Januar 1987 in ASF 1986 S. 258, 265). Daran hat das neue Spitalgesetz (FSNG) nichts geändert. Gemäss Art. 41 FSNG wird die Haftung eines Spitals, das im FSN zusammengeschlossen ist, für den Schaden, den seine Angestellten in Ausübung ihrer Funktion Dritten widerrechtlich zufügen, sowie die Haftung von Angestellten für den Schaden, den sie ihrem Arbeitgeber in Verletzung ihrer Berufspflichten zufügen, durch das HGG geregelt. Art. 6 Abs. 1 HGG bestimmt, dass die Gemeinwesen, dazu gehören Gemeindeverbände und andere öffentliche Körperschaften (Art. 2 Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 HGG), für den Schaden, den ihre Amtsträger in Ausübung ihres Amtes Dritten widerrechtlich zufügen, haften.

d) Die ärztliche Tätigkeit an einem öffentlichen Spital gilt nach konstanter Praxis des Bundesgerichts als amtliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220). Ein Arzt, der in einem öffentlichen Spital tätig ist, gilt als Amtsträger (Art. 3 HGG). Dies führt für Ansprüche aus fehlerhafter Behandlung zur Anwendung des öffentlichen kantonalen Verantwortlichkeitsrechts (vgl. BGE 122 III 76 Erw. 1 S. 78 ff.; Bundesgerichtsurteil 4C.97/2002 vom 1. Juli 2002; Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2004 S. 289 Erw. 1.1 S. 290 f., je mit Hinweisen). Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Klägerinnen 1 und 2 nicht Privatpatientinnen waren. Somit gilt der Vorbehalt des Abs. 2 von Art. 61 OR nicht, weil es sich bei der Tätigkeit von Ärzten an öffentlichen Spitälern nicht um eine gewerbliche, sondern um eine amtliche Tätigkeit handelt (HUBERT STÖCKLI, in Peter Gauch / Viktor Aepli / Hubert Stöckli, Präjudizienbuch OR, 7. A., Zürich 2009, Art. 61 N 3; THOMAS EICHENBERGER, Die Rechtstellung des Arztes am öffentlichen Spital, Diss. Bern 1995, S. 259, je mit Hinweisen).

3. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung des HGG gegeben sind. Die Ansprüche der Kläger sind öffentlich-rechtlicher Natur und folglich auf dem Klageweg geltend zu machen. Da das kantonale Recht für solche Begehren keine andere Behörde vorsieht, ist die Verwaltungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts für die Beurteilung der Klage zuständig.

## **B. Legitimation**

1. Die Aktivlegitimation der Klägerin 1 als unmittelbar geschädigte Person steht ausser Frage.

Die Kläger 2 - 6 stützen ihre Genugtuungsansprüche auf Art. 49 OR. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die nahen Angehörigen (Eltern, Ehegatten, Kinder, Geschwister) eines Verletzten einen selbstständigen Anspruch auf Genugtuung haben

(STÖCKLI, Art. 49 N 5; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. A., 2005, § 10 N 4 S. 112, je mit Hinweisen). Mithin ist auch deren Aktivlegitimation zu bejahen (vgl. immerhin unten Erw. D.2.c S. 8). Dieses Ergebnis bedeutet aber nicht, dass, falls die Haftung des Beklagten bejaht werden sollte, die Kläger 2- 6 auch tatsächlich einen Genugtuungsanspruch haben. Nach Art. 7 Abs. 1 HGG steht nämlich nur - aber immerhin - dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten ein Anspruch auf eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zu (Art. 7 Abs. 1 HGG).

Auch die Aktivlegitimation der Klägerin 7 lässt sich nicht bestreiten. Diese hat von Gesetzes wegen einen Regressanspruch (siehe dazu unten Erw. D.2.d S. 8 f.).

2. Gegenüber dem Amtsträger steht dem Geschädigten kein direkter Anspruch zu (Art. 6 Abs. 2 HGG). Somit ist der Beklagte Haftungssubjekt (vgl. Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates des Kantons Freiburg [TGR] 1986 S. 558 und 575) und seine Passivlegitimation ist gegeben.

### **C. Verfahrensrecht / Kognition**

1. Das Verfahren vor der Verwaltungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts richtet sich nach dem VRG. Nach Art. 101 VRG wird es im Bereich der öffentlich-rechtlichen Klage jedoch durch sinngemässe Anwendung der ZPO geregelt. Infolgedessen sind für die vorliegende Angelegenheit die Bestimmungen der ZPO heranzuziehen; vorbehalten bleiben die in Art. 101 VRG aufgeführten Ausnahmen.

2. Das Gericht ist keinerlei Kognitionsbeschränkungen unterworfen, da es prinzipiell dieselbe Stellung hat wie der erstinstanzliche Zivilrichter. Seine Kognition erstreckt sich daher auf Rechts-, Tat- und Ermessensfragen. Immerhin ist es an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 4 ZPO). Es darf somit dem Kläger weder mehr noch anderes zusprechen, als dieser verlangt hat, und nicht weniger, als der Beklagte anerkannt hat.

3. Die Untersuchungsmaxime, die grundsätzlich gemäss 45 VRG herrscht, gilt für das Klageverfahren nach der in Art. 101 VRG enthaltenen Verweisung nicht. Somit kommt die Verhandlungsmaxime (Dispositionsmaxime) zur Anwendung, aber nicht im gleichen Umfange wie im Zivilprozess. Das bedeutet, dass die Parteien durch ihre Sachvorbringen den Prozessstoff bestimmen, über den das Gericht zu entscheiden hat (Art. 192 ZPO). Das hindert den Richter indes nicht, auch von den Parteien nicht angebotene Beweismittel beizuziehen (Art. 200 ZPO; FZR 1996 S. 309, 320 f.).

### **D. Einleitungsverfahren**

1. a) Bevor der Kläger seine Klage beim Kantonsgericht einreicht, muss er seine Ansprüche beim obersten Organ des Beklagten geltend machen (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. d HGG). Dies hat schriftlich und mit einer Begründung sowie innerhalb eines Jahres seit dem Tag, an dem er Kenntnis vom Schaden und vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen erlangt hat, zu erfolgen (Art. 102 Abs. 1 VRG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 lit. b HGG; vgl. TGR 1986 S. 570 Ziff. 1.2). Wird das Vorverfahren ausgelassen, so ist die Klage in den im Gesetz vorgesehenen Fällen unzulässig (Art. 102 Abs. 2 VRG). Wenn in den übrigen Fällen der Kläger die Klage ohne das Vorverfahren einreicht, trägt die angerufene Behörde diesem Umstand bei der Festsetzung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung Rechnung (Abs. 3).

b) Die Kläger 1, 2, 3, 4 und 5 gelangten am 2. April 1998 an die damalige Gesundheits- und Sozialfürsorgedirektion (heutige Bezeichnung: Direktion für Gesundheit

und Soziales) und machten Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend, ohne indes ihre Begehren zu substantiieren. Zur Begründung brachten sie vor, es gehe in erster Linie darum, ein medizinisches Gutachten erstellen zu lassen und das weitere Vorgehen festzulegen (KIBI 1). Der Beklagte antwortete mit Schreiben vom 22. Mai 1998 (KIBI 2) und erklärte, auf die Verwirkungseinrede nach Art. 24 HGG zu verzichten und mit der Durchführung einer Expertise einverstanden zu sein. Er verlange aber, dass die Ansprüche beziffert würden. Am 31. Mai 2000 verzichtete der Beklagte auf die Einrede der Verjährung, laufend ab 14. Juni 1999 und vorläufig für ein weiteres Jahr, gegenüber den Klägern 1 - 6 (KIBI 5). Am 12. Dezember 2000 stritt er die Forderung der Kläger ab (KIBI 4a).

c) Mit dem Verzicht auf die Verjährungseinrede, so die Kläger, gelte die Anspruchsbestreitung des Beklagten auch gegenüber dem Kläger 6. Eine weitere Forderungsanmeldung für dessen Ansprüche sei nicht notwendig gewesen, andernfalls ein überspitzter Formalismus vorläge. Gleich verhalte es sich mit dem Anspruch der Klägerin 7. Wenn der Beklagte den Direktschaden vollumfänglich bestreite, sei es undenkbar, dass er die Regressansprüche der Klägerin 7 auch nur teilweise anerkennen könne. Das Vorverfahren erübrige sich somit. Aus prozessökonomischen Gründen, um keinen Parallelprozess zu veranlassen, habe sich die Klägerin 7 entschieden, sich im vorliegenden Verfahren als Streitgenossin zu beteiligen.

d) Der Beklagte macht geltend, dass lediglich die Kläger 1 - 5 eine Forderung, die nie ziffernmässig begründet worden sei, angemeldet hätten. Das Vorverfahren sei obligatorisch, eine zwingende Prozessvoraussetzung. Insofern gewisse Kläger das formelle Vorgehen nicht eingehalten hätten, sei auf die Klage nicht einzutreten.

2. a) Das Vorverfahren ist frei von Formalismus (TGR 1986 S. 570). Namentlich gibt es keine ausdrückliche Regelung darüber, dass ein Begehren auf Schadenersatz und/oder Genugtuung bereits im Vorverfahren zu substantiieren ist. Dies gilt grundsätzlich erst für das Hauptverfahren. Entsprechend sieht Art. 158 Abs. 1 ZPO vor, dass die Klageschrift insbesondere die Angabe des Streitwertes (lit. b) sowie die Rechtsbegehren (lit. c) enthält. Mithin ist die gehörige Bezifferung der Klage, mit welcher ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, eine Prozessvoraussetzung, wobei Ausnahmen zugelassen sind. Das ist etwa bei Schadenersatz bei Körperverletzung der Fall und wenn der Umfang des Schadens von künftigen Ereignissen (Verminderung der Erwerbsfähigkeit usw.) abhängt. Ein unbestimmter vom Gericht festzusetzender Betrag kann ferner eingeklagt werden, wenn die Höhe des Anspruchs erst aufgrund der vom Beklagten zu liefernden Angaben oder weiterer Beweismittel substantiiert werden kann. Das trifft generell auf Schadenersatzleistungen zu, deren Umfang in das Befinden beziehungsweise Ermessen des Gerichts gestellt wird, wobei alsdann in der Begründung die notwendigen Grundlagen zur Berechnung des Anspruchs zu liefern sind (RICHARD FRANK / HANS STRÄULI / GEORG MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 54 und N 25 ff. zu § 61; GEORG LEUCH / OMAR MARBACH / FRANZ KELLERHANS / MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 3a zu Art. 157; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 193, je mit Hinweisen).

b) Gestützt auf das Gesagte kann der Beklagte aus dem Umstand, dass im Vorverfahren keine substantiierten Begehren vorlagen, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Vorverfahren ersetzt in einem gewissen Umfang das im Zivilverfahren übliche Sühneverfahren. Wenn der Beklagte die Forderung ablehnt, ist diese Erklärung keine Verfügung, sondern eine blosser Willensäusserung (FZR 1996 S. 316). Dem Kläger entsteht kein eigentlicher Nachteil, ausser dass er nunmehr den ordentlichen Prozessweg zu

beschreiten hat. Somit ist es nicht von Belang, dass die Kläger im Vorverfahren ihre Forderung nicht beziffert hatten.

c) Der Beklagte ist der Auffassung, dass dem Kläger 6 kein Anspruch zusteht. Bedingung für einen haftpflichtrechtlichen Anspruch sei, dass man zum Zeitpunkt des die Haftung auslösenden Ereignisses Träger eines geschützten Rechtsgutes ist. Dies sei hier nicht der Fall, weil der Kläger 6 erst nach Einleitung des Vorverfahrens geboren ist.

Der Kläger 6 war am 2. April 1998, als das Vorverfahren hängig gemacht wurde, noch gar nicht geboren. Über die Frage, ob ihm ein Anspruch auf Genugtuung zusteht, ist hier nicht zu entscheiden, sondern darüber, ob auf sein Begehren überhaupt einzutreten ist, hatte er doch selbst kein Vorverfahren eingeleitet. Es wurde schon vermerkt, dass im Vorverfahren ein Formalismus zu vermeiden ist. Wenn der Beklagte bereits die Ansprüche der Kläger 2 - 5 bestreitet, wäre es einem prozessualen Leerlauf gleich gekommen, wenn auch der Kläger 6, dessen Begehren identisch sind mit jenen der Kläger 2 - 5, ein Vorverfahren eingeleitet hätte. Das Ergebnis wäre gleich gewesen. Demnach lässt es sich nicht beanstanden, wenn sich der Beklagte in einem Vorverfahren nicht mit dem Begehren des Klägers 6 zu befassen gehabt hatte.

d) Der Klägerin 7 steht ohne Weiteres ein Regressrecht zu (HONSELL, § 24 N 10 ff. S. 218; HANS RUDOLF SCHWARZENBACH-HANHART, Staatshaftungsrecht bei verfügungsfreiem Verwaltungshandeln, Bern 2006, S. 77 f.; Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG; SR 830.1]). Insofern erübrigte sich ihre Teilnahme am Vorverfahren. Im vorliegenden Verfahren ist die Klägerin 7 als Streitgenossin im Sinne der Art. 86 ff. ZPO zu qualifizieren.

## **E. Frist**

1. Nach Art. 24 Abs. 1 HGG erlischt die Haftung des Gemeinwesens, wenn der Geschädigte seinen Anspruch ihm gegenüber nicht innerhalb folgender Fristen geltend macht: a) innerhalb eines Jahres seit dem Tag, an dem er Kenntnis vom Schaden und vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen erlangt hat, b) spätestens aber innerhalb zehn Jahren seit dem Tag des schädigenden Ereignisses. Bestreitet das Gemeinwesen den Anspruch ganz oder teilweise, so muss der Geschädigte bei Verwirkungsfolge innerhalb sechs Monaten seit der Mitteilung der Anspruchsbestreitung Klage einreichen. Solange das Gemeinwesen nicht Stellung genommen hat, beginnt kein Fristenlauf (Art. 24 Abs. 2 HGG).

2. Die Klägerin 1 wurde am 15. Juni 1997 geboren und machte, zusammen mit den Klägern 2 - 5, am 2. April 1998 Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegenüber dem Beklagten geltend (KIBI 1). Die einjährige Frist des Art. 24 Abs. 1 lit. a HGG ist demnach eingehalten.

3. Der Beklagte bestritt die Ansprüche mit Schreiben vom 12. Dezember 2000 (act. 4a). Ab diesem Datum lief die sechsmonatige Frist. Diese ist unbestrittenermassen eingehalten, haben die Kläger ihre Klage doch am 8. Juni 2001 eingereicht. Der Umstand, dass sich die Kläger 6 und 7 nicht am Vorverfahren beteiligt hatten, ändert am rechtzeitigen Einreichen der Klage nichts.

## **F. Beweisverfahren**

1. Der Instruktionsrichter erklärte mit Schreiben vom 22. April 2009, dass das Beweisverfahren abgeschlossen und auf die Abnahme weiterer Beweise verzichtet werde. Weiter beschränkte er die Verhandlung vom 10. November 2009 auf die Parteivorträge (act. 158



und 159). In der damit verbundenen antizipierten Beweiswürdigung kann kein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör erblickt werden, dies aus folgenden Gründen (vgl. auch BGE 122 V 157 Erw. 1d S. 162):

Das durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) garantierte rechtliche Gehör beinhaltet das Recht, am Beweisverfahren mitzuwirken, das heisst Beweisanträge zu stellen, an den Beweiserhebungen teilzunehmen und sich zum Ergebnis des Beweisverfahrens zu äussern. Die Parteien haben namentlich Anspruch darauf, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (BGE 120 Ia 379 Erw. 3b S. 383). Die Erhebung beantragter Beweise darf indessen unterbleiben, wenn der Richter auf Grund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 124 I 208 Erw. 4a S. 211, mit Hinweisen; REINHOLD HOTZ, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV N 33; Art. 200 ZPO).

2. Das Gericht ist der Auffassung, dass über die Frage der Haftung aufgrund der umfangreichen Akten und den schriftlichen Ausführungen der Parteien ohne weitere Instruktionsmassnahmen entschieden werden kann. Namentlich ist die von den Klägern verlangte mündliche Einvernahme von Dres. L und M nicht notwendig. Das Gericht ist auch ohne deren Anhörung in der Lage, mögliche Differenzen zwischen diesen beiden Ärzten zu beurteilen.

3. Der Instruktionsrichter wollte von Amtes wegen ein zusätzliches Gutachten durchführen lassen. Diesem Ansinnen haben sich die Parteien widersetzt (vgl. oben Punkt L Tatbestand S. 4).

Der Richter ist, wie schon gesagt, nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Er tritt auf Beweismittel nicht ein, die er nach Einsicht in die Akten und auf Grund seiner Kenntnis des Rechtsstreits ohne Bedenken für überflüssig hält, selbst wenn sie angerufen werden, um erhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 200 Abs. 1 ZPO). Er kann auch von den Parteien nicht angebotene Beweismittel beiziehen, sofern nicht beide Parteien in Angelegenheiten, welche das öffentliche Interesse nicht berühren, sich formell dagegen aussprechen (Art. 200 Abs. 2 ZPO).

Die vom Instruktionsrichter vorgesehene Beweismassnahme betraf nicht das öffentliche Interesse. Wenn sich sowohl die Kläger wie auch der Beklagte gegen ein zusätzliches Gutachten aussprachen, konnte der Instruktionsrichter auf dessen Durchführung gestützt auf Art. 200 Abs. 2 ZPO verzichten. Immerhin gelten allfällige daraus resultierende Nachteile von den Parteien verschuldet und sind von diesen zu tragen.

4. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass das vorliegende Verfahren auf die Haftungsfrage beschränkt ist. Aus diesem Grund wurden zur Höhe des Schadens keine Beweise erhoben.

## **G. Gutachten**

1. Dem Gericht liegt ein aussergerichtliches Gutachten der FMH vom 5. Januar 2000 vor (KIBI 15). Die Durchführung dieser Begutachtung wurde von den Klägern angeregt, der Beklagte war damit aber einverstanden. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass es im Auftrag beider Parteien durchgeführt wurde, weshalb ihm volle Beweiskraft zuerkannt werden kann (LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZLER, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen

im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, *in Aktuelle Juristische Praxis [AJP]*, 2005 S. 73, 77).

2. Der Auftrag für das Erstellen der Gerichtsexpertise erging, wie schon gesagt, an die Dres. L und K (act. 53), die bereits das FMH-Gutachten erstellt hatten. Dr. K wurde in der Folge durch Dr. F ersetzt (act. 54 - 59). Das Gutachten wurde am 25. Juli 2004 abgegeben. Dr. F hatte dieses nicht unterzeichnet mit der Begründung, dass "er nicht von Anfang an einbezogen war" (act. 65). Die Kläger haben dieses Vorgehen in formeller Hinsicht beanstandet mit der Begründung, es sei vom Gericht ein "Co-Gutachten" angeordnet worden und nunmehr habe es Dr. L allein erstattet.

Auch wenn diese Kritik berechtigt sein mag, bleibt sie ohne Konsequenz, denn die Parteien waren in der Folge (stillschweigend) einverstanden, dass Dr. L weiterhin allein als Gerichtsgutachter tätig bleibt (vgl. act. 81).

3. Am 12. April 2006 reichten die Kläger ein medizinisches Gutachten von Dr. M ein (KIBI 1 und 2 [in Ordner 4] zur Eingabe vom 12. April 2006). Es handelt sich hierbei um ein von ihnen allein in Auftrag gegebenes Gutachten und hat deshalb grundsätzlich nur - aber immerhin - die Bedeutung einer Parteibehauptung. Jedoch ist es als Beweismittel zuzulassen, weil es sich mit der Expertise von Dr. L auseinandersetzt und weil dieser dazu Stellung nehmen konnte (act. 107 und 116; vgl. auch GLANZMANN-TARNUTZLER, S. 76 f.; PETER JÄGER / ANGELA SCHWEITER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 2. A., 2006, S. 159). Zudem kann ein Privatgutachten durch den Gehalt seiner Begründung dem Richter Anhaltspunkte dafür geben, ob das gerichtliche Gutachten, das er frei würdigt, schlüssig sei. Es kann daher eine Gerichtsexpertise ebenso gut stützen wie erschüttern. Den Parteien wird ja vor allem deswegen Gelegenheit gegeben, sich zum Beweisergebnis zu äussern, damit der Richter nachprüfen kann, ob seine Auffassung über das Beweisergebnis standhält (Extraits 1983 S. 42; PETER BECK / ROLAND SCHAER, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in den Jahren 1999 und 2000, *in* Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV], 139/2003 S. 180, 241 f.).

4. Hinsichtlich der Würdigung einer Expertise ist zu bemerken, dass der Richter nicht ohne zwingende Gründe von den Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Gerichtsgutachtens abweicht. Ein Grund zum Abweichen kann dann vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt oder wenn gegensätzliche Meinungsäusserungen anderer Fachexperten dem Richter als triftig genug erscheinen, die Schlüssigkeit des Gerichtsgutachtens in Frage zu stellen (BECK / SCHAER, S. 240 f.).

## **H. Haftungsvoraussetzungen**

### **I. Allgemeines**

1. a) Mit Art. 6 Abs. 1 HGG wird eine primäre und ausschliessliche Kausalhaftung der Gemeinwesen statuiert; dem geschädigten Dritten steht gegenüber dem Amtsträger kein Anspruch zu (Art. 1 Abs. 2 HGG). Mit dieser Kausalhaftung haften die Gemeinwesen, unabhängig von einem allfälligen Verschulden, für jeden widerrechtlichen, wenn auch in entschuldbarem Rechts- oder Tatsachenirrtum erlassenen Justiz- oder Verwaltungsakt, oder für jede widerrechtliche Unterlassung. Der Geschädigte braucht somit, im Gegensatz zur Verschuldenshaftung, das Vorhandensein eines Verschuldens nicht zu beweisen (FZR 1998 S. 109, mit Hinweisen; MORITZ W. KUHN, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, *in* Moritz W. Kuhn / Tomas Poledna [Hrsg.], *Arztrecht in der Praxis*, 2. A., 2007, S. 602).

b) Aufgrund des Verweises in Art. 9 HGG sind im Übrigen die Bestimmungen des OR anwendbar, so namentlich zur Berechnung des Schadens und zur Festsetzung der Entschädigung (zum Ganzen: JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. A., Bern 2001, S. 62 [nachfolgend zitiert: GROSS, Staatshaftungsrecht]; die von diesem Autor auf S. 63 erwähnte Sondernorm der Verantwortlichkeit im medizinischen Bereich, nämlich Art. 6 Spitalgesetz, der eine Verschuldenshaftung vorsah, wurde aufgehoben [vgl. Art. 135 des Gesundheitsgesetzes vom 16. November 1999, SGF 821.0.1, AS 1999 S. 439]. Die Haftpflicht der öffentlichen Institutionen [dazu gehören auch Gemeindeverbände] und ihres Personals wird nunmehr allein durch das HGG geregelt [vgl. Art. 108 Gesundheitsgesetz, Botschaft des Staatsrates vom 23. März 1999 zum Entwurf des Gesundheitsgesetzes *in* TGR 1999 S. 575, 586]). Überdies steht bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen, wenn die Umstände es rechtfertigen, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten ein Anspruch auf eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zu (Art. 7 Abs. 1 HGG). Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 47 OR. Nach der Botschaft des Staatsrates zum Entwurf des HGG (TGR 1998 I S. 553 insb. S. 562 ff.) ist Art. 7 HGG im gleichen Sinne auszulegen wie die entsprechenden Bestimmungen des OR. Art. 7 HGG verzichtet darauf, die Genugtuung von einem Verschulden des Amtsträgers abhängig zu machen. Ein solches Erfordernis widerspräche dem Grundsatz der Kausalhaftung.

2. Damit bestehen folgende materielle Voraussetzungen der Haftung aus Verantwortlichkeit: Erstens ein widerrechtliches Verhalten eines Beamten, das zweitens seiner amtlichen Tätigkeit zuzurechnen ist; drittens ein dem Kläger zugefügter Schaden, und viertens ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und Schaden. Die einzelnen Voraussetzungen, welche einen Schadenersatz- und einen Genugtuungsanspruch begründen, müssen kumulativ erfüllt sein (BVR 2005 S. 3 Erw. 3.1 S. 6). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist der Kläger beweispflichtig (GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 370).

## **II. Schaden**

1. a) Primäre Haftungsvoraussetzung ist das Vorliegen eines Schadens. Der Schadensbegriff im öffentlichen Recht folgt prinzipiell den privatrechtlichen Grundsätzen. Personenschäden weisen eine materielle und eine immaterielle Komponente auf. Einerseits verursachen sie Kosten für die Heilung sowie Lohnausfall zufolge Erwerbsunfähigkeit und andererseits beeinträchtigen sie das geistige und körperliche Wohlbefinden (TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, *in* Heinrich Koller / Georg Müller / René Rhinow / Ulrich Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 60 f.).

b) Die Klägerin 1 wurde mit einer schwere Anämie (hier Blutarmut infolge fetomaternaler Massentransfusion [Blutübertritt vom Fetus in den Kreislauf der Mutter]; vgl. act. 116 S. 3 mit Hinweis auf Gutachten M S. 9; act. 152) und einer schweren (metabolischen) Azidose (Übersäuerung des Blutes und des Körpers infolge langdauernder Unterversorgung des Fetus mit Sauerstoff; vgl. KIBI 15 S. 4; KIBI 7/18; infolge Angabe des Vertreters der Klägerin 7 auch REINHARD LARSEN, Anästhesie, 8. A., München 2006, S. 1009 f.) ohne Lebenszeichen praktisch tot geboren. Trotz einer unmittelbar eingeleiteten Reanimation und einer in der Folge durchgeführten Bluttransfusion bestand bei ihr ein Zustand insbesondere ohne spontane Atmung und Herzschlag noch 5 Minuten nach der Geburt und ohne spontane Herztätigkeit noch 10 Minuten nach der Geburt (neonatale Asphyxie bei einem APGAR-Wert [Punkteschema für die Zustandsdiagnostik des Neugeborenen] von 0/0/2; vgl. Akten Kantonsspital act. 2 ["feuille acc. 5"] = KIBI 7/19;

KIBI 7/21 in fine sowie die Berichte der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik, Inselspital Bern, vom 26. Juni 1997 sowie vom 29. Juni 1997; KIBI 15 S. 3 f.). Kurze Zeit nach der Geburt wurde klinisch und sonographisch ein ausgeprägtes Hirnödem (Volumenzunahme des Gehirns durch Wassereinlagerung; das Elektroenzephalogramm [EEG] war *"auffallend spannungsarm"* und registrierte multiple Anfälle) festgestellt sowie, neben einer hypoxisch-ischämischen Hepato- und Nephropathie (Leber- und Nierenschädigung infolge Sauerstoffmangels und Minderdurchblutung), eine hypoxisch-ischämische Enzephalopathie diagnostiziert (Gehirnschädigung infolge Sauerstoffmangels und Minderdurchblutung; vgl. Bericht der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik, Inselspital Bern, vom 26. Juni 1997 über die Hospitalisation vom 15. bis 18. Juni 1997; vgl. auch Bericht vom 29. Juni 1997). In der Folge wurde bildgebend unter anderem eine fast vollständige Resorption der grauen und weissen Hirnsubstanz des gesamten Kortex (Grosshirnrinde) beider Hirnhälften der Klägerin 1 bei schwerer hypoxisch-ischämischer Enzephalopathie objektiviert (vgl. Berichte der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik, Inselspital Bern, vom 4., 10. [im MRI generalisierter Infarkt des Neokortex, beide Hemisphären betreffend] und 22. Juli 1997). Es zeigten sich ein schwerer allgemeiner Entwicklungsrückstand mit spastisch-dystoner Tetraparese (incomplete Lähmung mit Befall sämtlicher Gliedmassen) und ein Anfallsleiden mit generalisierten epileptischen Anfällen. Die Klägerin 1 ist unbestrittenermassen irreversibel hirngeschädigt und bedarf einer lebenslangen intensiven Pflege und Betreuung. Das Vorhandensein eines Schadens ist somit evident.

2. Nachdem das Verfahren vorab auf die Frage der Haftung beschränkt worden ist, braucht die Höhe des Schadens hier (noch) nicht geprüft zu werden.

### **III. Amtliche Tätigkeit**

Die Haftung der Gemeinwesen wird nur dann begründet, wenn der Schaden durch Personen verursacht wird, die unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut sind, das heisst vorliegend im Auftrag des Beklagten gehandelt haben oder hätten handeln müssen. Eine hoheitliche (und damit amtliche) Verrichtung wird grundsätzlich dann angenommen, wenn das Gemeinwesen, allenfalls auch in Konkurrenz mit Privaten, wesensmässig öffentliche Aufgaben erfüllt und das Rechtsverhältnis zum Privaten ganz oder teilweise öffentlich-rechtlich eingebunden und durchnormiert ist (vgl. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 115 f.; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.78 Erw. 2a/cc).

Die ärztliche Tätigkeit an einem öffentlichen Spital gilt als amtliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 OR (vgl. oben Erw. A.2.d S. 6). Der Beklagte ist ein öffentliches Spital (vgl. oben Erw. A.2.b S. 5). Mithin ist von einer amtlichen Tätigkeit auszugehen.

### **IV. Widerrechtlichkeit**

1. a) Weiter wird für die Haftung des Gemeinwesens ein widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verlangt; ein Verschulden ist, wie eingangs dargelegt, nicht erforderlich. Haftpflichtrechtlich massgebliche Widerrechtlichkeit setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes voraus, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht), sei es, dass eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die ihrem Zweck nach vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensunrecht). Vorbehalten bleiben in jedem Fall Rechtfertigungsgründe. Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen (BGE 123 II 577 Erw. 4d S. 581; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 167 ff.; URSINA PALLY, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. Zürich 2007, S. 285 f.; BGE 123 II 577 Erw. 4d - f S. 581 ff.; Jost

GROSS, Staats- und Beamtenhaftung, *in* Münch / Geiser [Hrsg.], Schaden-Haftung-Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Basel/Genf/München 1999, N 3.41; nachfolgend zitiert: GROSS, Staats- und Beamtenhaftung).

Die Widerrechtlichkeit ist zu unterscheiden vom Verschulden. Sie ist ein rein objektives Verhalten. Beim Verschulden spielt die subjektive Einstellung der schädigenden Person eine Rolle. Eine Handlung oder Unterlassung kann objektiv rechtswidrig sein, ohne dass dem Verursacher subjektiv ein Vorwurf gemacht werden kann. Allerdings ist der Unterschied dann gering, wenn das Verschulden nach objektivierte Massstäben beurteilt wird; dies ist der Fall, wenn Verschulden als Verletzung objektivierter Sorgfaltspflichten aufgefasst wird (JAAG, N 100; FRITZ GYGI, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung *in* Mélanges André Grisel, Neuenburg 1983, S. 425).

b) Das gesetzlich geforderte Verhalten kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen. Wer allerdings eine Handlung unterlässt, zu der er nach der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Widerrechtliche Unterlassung setzt damit eine Garantenstellung für den Geschädigten voraus (BGE 123 II 577 Erw. 4d/ff S. 583; BVR 2005 S. 3 Erw. 3.3 S. 7).

Die Vernachlässigung von Aufsichtspflichten kann eine massgebliche Amtspflichtwidrigkeit darstellen (JAAG, S. 44 und 61). Dabei ist die primäre Staatshaftung grundsätzlich als Organisationshaftung zu verstehen (GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 163 ff.). Sie knüpft nicht ausschliesslich an ein individuelles Fehlverhalten staatlicher Organisationsträger an, sondern rechnet die Nicht-Erfüllung der Amtspflicht dem verantwortlichen Gemeinwesen als Ganzem zu. Liegt ein Versagen auf unterer Stufe vor, ist daher unwesentlich, ob die höhere Stufe davon Kenntnis hat oder nicht. Unerlässlich bleibt aber, dass eine Pflicht zum Einschreiten besteht, sei es unmittelbar gegenüber der zu beaufsichtigenden Organisationseinheit durch die dafür zuständige Behörde, sei es durch Information derselben durch eine andere Instanz über den Sachverhalt, der ein Einschreiten erfordert.

Der Garant muss aber nicht alle erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen treffen, sondern nur diejenigen, die sich aus besonderen Vorschriften ergeben oder aufgrund allgemeiner Vorsichtsregeln als zweckmässig und vernünftigerweise zumutbar erweisen, um eine drohende Gefahr abzuwehren. Der Umfang der Schutzpflicht hängt namentlich von der Natur des Rechtsverhältnisses und von den Kenntnissen beziehungsweise der Schutzbedürftigkeit der beteiligten Personen ab. Je hilfsbedürftiger und unselbstständiger die zu schützenden Personen sind und je grösser das Risiko ist, desto intensivere Vorsichtsmassnahmen sind erforderlich. Zu schützen ist insbesondere vor Gefahren, welche für die zu Schützenden nicht ohne Weiteres erkennbar sind und sich als eigentliche Fallen erweisen. Die blosser Tatsache, dass ein Schaden bei nachträglicher Betrachtung durch bestimmte Vorkehrungen allenfalls hätte vermieden werden können, begründet noch keine Staatshaftung. Eine solche besteht aber - wie im privaten Haftpflichtrecht - dann, wenn die Verantwortlichen eine konkret erkennbare ungewöhnliche Gefahr nicht erkennen, sie fehlerhaft einschätzen oder nicht beachten beziehungsweise trotz erkannter Gefahr die notwendigen und zumutbaren Massnahmen nicht treffen, um den Eintritt einer Schädigung zu vermeiden. Ist hingegen den Verantwortlichen eine Gefahr nicht bekannt und bei zumutbarer Sorgfalt nicht erkennbar, so besteht keine Pflicht, sie abzuwehren. Den zuständigen Stellen und Personen muss ein gewisses Ermessen in der Beurteilung der Situation zugestanden werden, insbesondere in ausserordentlichen Situationen, in denen rasches Handeln erforderlich ist. Im Rahmen der als Kausalhaftung ausgestalteten Staatshaftung kommt es für die Beurteilung, ob eine Gefahr erkennbar und Schutzvorkehrungen geboten gewesen wären, nicht auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der

handelnden Staatsangestellten an, sondern darauf, was bei objektiver Betrachtung aufgrund der gegebenen Umstände vernünftigerweise vom Staat erwartet und verlangt werden kann. Höhere Anforderungen an die Schadensabwehr gelten, wenn die in Anspruch genommene Person selber die gefährliche Lage verursacht hat (BVR 2005 S. 3 Erw. 3.4 S. 8 f., mit Hinweisen; PETER HÄNNI, Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, *in* Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 337 ff.).

c) Die Regeln der ärztlichen Kunst sind Grundsätze, die von der medizinischen Wissenschaft aufgestellt wurden, generell anerkannt sind und von den Ärzten im Allgemeinen befolgt und angewendet werden (BGE 133 III 121 Erw. 3.1, mit Hinweisen = Praxis [Pra] 9/2007 Nr. 105). Die Sorgfaltspflichtverletzung beziehungsweise der Kunst- oder Behandlungsfehler des Arztes wird der Widerrechtlichkeit zugeordnet (MORITZ KUHN, Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, *in* SJZ 89/1993 S. 257, 263).

d) Ausgangspunkt für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt stellt in dem zu beurteilenden Fall die den Arzt treffende allgemeine Pflicht dar, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben, alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte (BGE 130 IV 7 Erw. 3.3 S. 11; BGE 108 II 59 Erw. 1 S. 61). Die Besonderheit der ärztlichen Kunst liegt darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat, diesen aber nicht herbeiführen oder gar garantieren muss. Die Anforderungen an die dem Arzt zuzumutende Sorgfaltspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem nach objektivem Wissensstand gegebenen Beurteilungs- und Bewertungsspielraum (Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten), der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme. Die Haftung des Spitals beschränkt sich dabei nicht auf grobe Verstösse gegen die Regeln der ärztlichen Kunst. Vielmehr hat der Arzt Kranke stets fachgerecht zu behandeln, zum Schutze ihres Lebens oder ihrer Gesundheit insbesondere die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten, grundsätzlich folglich für jede Pflichtverletzung einzustehen. Eine Pflichtverletzung ist jedoch nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht. Der Arzt hat somit für eine unrichtige Beurteilung nur einzustehen, wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht (BGE 120 Ib 411 Erw. 4 a S. 412 f., mit Hinweisen; BGE 130 IV 7 Erw. 3.3 S. 11). Er handelt unsorgfältig, wenn sich sein Vorgehen nicht nach den durch die medizinische Wissenschaft aufgestellten und generell anerkannten Regeln richtet und dem jeweiligen Stand der Wissenschaft nicht entspricht. Ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, beurteilt sich dabei danach, was der Arzt im Zeitpunkt, in dem er sich für eine Massnahme entschied oder eine solche unterliess, von der Sachlage halten musste (Beurteilung aus damaliger Sicht; *ex ante*), nicht nach dem Sachverhalt, wie er sich nachträglich dem Experten oder dem Richter darstellt (*ex post*; BGE 115 Ib Erw. 3b S 184 f.). Welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zu stellen sind, ist eine Rechtsfrage; zum Sachverhalt gehört hingegen die Frage, ob eine allgemein anerkannte Berufsregel existiert, welches der Zustand des Patienten war und wie sich die Handlung abgespielt hat. Es obliegt dem Geschädigten, die Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst zu beweisen (BGE 133 III 121 Erw. 3.1, mit Hinweisen). Steht ein Unterlassen des Arztes in Frage, so ist der Beweisnot des Patienten dadurch Rechnung zu tragen, dass ein strikter Beweis nicht gefordert wird und den Arzt eine Mitwirkungspflicht beim Nachweis negativer Tatsachen trifft (Pra 2000 Nr. 155 Erw. 2c; zum Ganzen auch: BVR 2007 S. 203 Erw. 4 S. 205 ff.; PALLY, S. 207 ff.).

2. Der nachfolgende Zeitplan illustriert die unbestrittenen Vorkommnisse des

<b>Zeit</b>	<b>Tätigkeit</b>
14.6.1997: Vorabend	weniger Kindsbewegungen
<b>15.6.1997:</b>	
01.20	Klägerin 2 telefoniert ins Spital
01.48	Eintritt ins Empfangszimmer; vor Eintritt keine Wehen
01.48	Beginn CTG-Aufzeichnung <sup>1</sup>
vor 02.10	Vaginaluntersuchung durch Hebamme N (Muttermund 3 cm eröffnet)
02.10	CTG suspekt; Hebamme N ruft Dr. D
gegen 02.20	Verlegung Klägerin 2 in Gebärsaal
02.20	Beginn CTG-Aufzeichnung im Gebärsaal
gegen 02.45	Vaginaluntersuchung durch Dr. D (Muttermund 4 cm eröffnet) CTG nun abklärungsbedürftig
02.53-03.12	CTG nicht interpretierbar (schlechte Aufzeichnung)
03.15	schwere variable Dezeleration <sup>2</sup> Stopp Wehenmittel Intrauterine Reanimation? <sup>3</sup>
03.17	Entfernung CTG-Streifen Blatt 124 wurde nicht weiter geschrieben, Blätter 125 und 126 fehlen Tel. an Dr. C Dr. D bis gegen 03.50 Uhr abwesend
03.40	Stopp Wehenmittel
03.45-03.50	Besprechung Dr. D mit Dr. A, Entscheid zur: -Anordnung einer Periduralanästhesie (PDA) <sup>4</sup> -Anordnung der Sectio (Kaiserschnitt)-Bereitschaft
ab etwa 03.48	CTG-Aufzeichnung wieder vorhanden; Verabreichung Gynipral (wehenhemmendes Medikament)
04.00	Muttermund etwas mehr als 4 cm eröffnet; kindlicher Kopf hoch <sup>5</sup>
04.10	Eintreffen des Anästhesisten Anamnese: notiert Muttermund 3 cm eröffnet
ab 04.30	eingeschränkter Herztonverlauf bei nun regelmässigen Wehen
04.45	PDA fertig gelegt gegen Schmerzen, anschliessend Verabreichung Schmerzmittel Dr. D verlässt den Gebärsaal und ist bis gegen 06.00 Uhr abwesend
04.50	erneut Wehenmittel; CTG suspekt
05.00 oder 05.05	Anästhesist geht
05.10	Muttermund 5 cm eröffnet; kindlicher Kopf hoch CTG eingeschränkt undulatorisch (wellenförmig) bis silent (stark eingeschränkte Undulation der Herztonkurve im Zeitverlauf)
05.35	CTG (von 05.18-05.33 Uhr nicht interpretierbar) abklärungsbedürftig kindlicher Kopf nach wie vor hoch
05.40	Sauerstoff an Klägerin 2 Intrauterine Reanimation der Klägerin 1
05.50	Steigerung Wehenmittel; Gabe von Schmerzmittel nun schwere variable Dezelerationen
06.10	Eröffnung Fruchtblase
06.12	Dr. C wird gerufen
06.13	Muttermund ganz eröffnet
06.31	Geburt von X1

Geburtsvorgangs:

- 
- 1 CTG = Kardiotokogramm / fortlaufende apparative Aufzeichnung der fetalen (kindlichen) Herzfrequenz und gleichzeitig der mütterlichen Wehentätigkeit;  
Das CTG dient der Überwachung des Fetus (Bezeichnung des ungeborenen Kindes im Mutterleib ab der 9. Schwangerschaftswoche) und der frühzeitigen Erkennung einer intrauterinen Hypoxie (= Sauerstoffmangel des Kindes im Mutterleib; vgl. Fn. 3) und wird standardmässig insbesondere bei der Geburt eingesetzt ;  
Das CTG wird als normal, suspekt oder pathologisch bewertet, wobei es verschiedene Bewertungssysteme (Scores) gibt.
- 2 Als Dezeleration bezeichnet man ein mittels CTG dargestelltes, wehenabhängiges Absinken der fetalen Herzfrequenz; Dezelerationen kommen je nach Ausprägung respektive Form und ihrem zeitlichen Zusammenhang mit der Wehentätigkeit unterschiedliche Bedeutung (harmlos bis potenziell gefährlich) zu;  
Variable Dezeleration: Dezeleration wechselnd bezüglich Form und Wehenverlauf.

## Zeittabelle

3. a) Nach den Ausführungen der Kläger liegen sowohl ein Kunst- oder Behandlungsfehler wie auch eine Verletzung der körperlichen Integrität der Klägerin 1 vor. Die Unterlassungen der Ärzte im Verlaufe des Geburtsgeschehens stellten eine grobe und mehrfache Verletzung der Sorgfaltspflicht dar, hätten zu einer schweren Hirnschädigung und zu schwersten Bewegungsstörungen der Klägerin 1 geführt, mithin ein absolutes Rechtsgut verletzt. Auch sei ein Organisationsfehler (Nichtbenachrichtigung des "Hintergrunddienstes" [= medizinisches Personal, das auf Abruf bereitsteht]) begangen worden. Bei richtiger Untersuchung und Behandlung, insbesondere bei einer Sectio ab 02.30 Uhr, wäre kein Gesundheitsschaden bei der Klägerin 1 eingetreten.

b) Dres. K und L beantworteten im FMH-Gutachten vom 5. Januar 2000 (KIBI 15) die ihnen gestellten Fragen wie folgt:

1. Frage: War das CTG um 02.10 Uhr pathologisch (als nicht normal zu beurteilen)?

Antwort: Das CTG zeigt gegen 02.10 Uhr eine mittelschwere variable Dezeleration mit negativen Zusatzkriterien. Gegen 02.10 Uhr ist es mit einer Baseline (Grundfrequenz, mittlere Herzfrequenz, die langfristig besteht; kurzfristige Änderungen der fetalen Herzfrequenz werden dabei nicht beachtet) von 170 Schlägen/min. tachykard (höhere als normale Herzfrequenz) und silent (stark eingeschränkte Variation der Herzfrequenz bezogen auf die Baseline; vgl. auch unten Erw. 6.c S. 27 f. zu Oszillation). In prospektiver Analyse sei es nicht pathologisch, sondern müsse als suspekt (nicht normal, aber auch nicht pathologisch) eingestuft werden.

2. Frage: Falls das CTG in diesem Zeitpunkt pathologisch war, war der Entscheid, in dieser Lage und bei den gegebenen Kontraktionen eine Oxytocin-Belastung (man provoziert Wehen, um festzustellen, wie das Kind reagiert) durchzuführen, zweckmässig?

Antwort: Das CTG wurde wohl vom betreuenden Gebärsaalarzt wie auch von der Hebamme als suspekt eingestuft, weshalb der Entscheid, eine Oxytocin-Belastung zu indizieren, zweckmässig sei. Der Beginn dieser Massnahme, die im Partogramm (graphische Darstellung des Geburtsverlaufs anhand der Muttermundöffnung sowie des Tiefertretens und der Rotation des vorangehenden kindlichen Teiles [hier der Kopf der Klägerin 1]) um 02.20 Uhr festgehalten ist, sei jedoch ohne das Vorliegen eines vaginalen Untersuchungsbefundes erfolgt. Demzufolge könne nicht beurteilt werden, ob zu diesem Zeitpunkt bereits weitere Massnahmen hätten ergriffen werden können.

3. Frage: War das CTG auch ab 02.30 Uhr, 02.50 Uhr, 03.40 Uhr und ab 05.35 Uhr pathologisch?

Antwort: In der Zeit von 02.20 bis 02.40 Uhr seien im CTG drei weitere variable Dezelerationen mit negativen Zusatzkriterien gefolgt. Die vaginale Untersuchung um 02.45 Uhr ergebe einen auf 4 cm eröffneten

---

3 Behandlung einer fetalen Hypoxie während des Geburtsvorgangs durch medikamentöse Wehenhemmung (Tokolyse) und Lageveränderung der Gebärenden (Seitenlagerung, Beckenhochlagerung etc.) zur Vermeidung einer bzw. zur Zeitüberbrückung bis zu einer geburtshilflichen (Not)Operation (z.B. Kaiserschnitt).

4 PDA = Form der Anästhesie (durch Narkose hervorgerufener Zustand der Empfindungslosigkeit) zur segmentalen Nervenblockade an den Wurzeln von Spinalnerven (z.B. zur Ausschaltung der Geburtsschmerzen).

5 Was bedeutet, dass der Geburtsvorgang nicht weit fortgeschritten ist.



Muttermund[sbefund]. Die CTG-Veränderungen um 02.45 Uhr seien nun als abklärungsbedürftig zu bezeichnen, so dass sich die Frage stelle, weshalb hier keine Amniotomie (künstliche Eröffnung der Fruchtblase) mit nachfolgender Mikroblutuntersuchung ([MBU] Verfahren zur Überwachung des Kindes unter der Geburt durch Entnahme einiger Tropfen Blut aus der Haut des vorangehenden kindlichen Teils - hier von der Kopfhaut - und Bestimmung des pH-Werts [Säure-Base-Wert] des Blutes zur frühzeitigen Erfassung einer intrauterinen Azidose) durchgeführt worden sei. Nachdem sich im Anschluss an die Untersuchung eine weitere Dezeleration ereignet habe, sei das CTG von 02.53 bis 03.12 Uhr nicht beurteilbar. Dieser Umstand hätte eine Amniotomie mit interner Ableitung erforderlich gemacht und letztlich die Chance für eine MBU eröffnet. Durch eine solche Untersuchung hätte der Grad der Azidose festgestellt werden können und gleichzeitig wären hierdurch möglicherweise erste Hinweise auf eine fetale Anämie (Mangel an roten Blutkörperchen im Kreislauf des ungeborenen Kindes, hier der ungeborenen Klägerin 1) aufgefallen. Gegen 03.15 Uhr sei es erneut zu einem Herztonabfall gekommen. Da die CTG-Dokumentation zwischen etwa 03.17 und 03.45 Uhr fehle, könne keine Aussage zum CTG-Befund um 03.40 Uhr gemacht werden. Zudem befänden sich in der CTG-Dokumentation zwischen 05.35 und 05.45 Uhr mehrere schwere variable Dezelerationen, die abklärungsbedürftig seien.

4. Frage: Warum hat der vorgesetzte Arzt Dr. A das CTG erst um 03.40 Uhr gesehen?

Antwort: Dr. A sei um 03.40 Uhr ausserplanmässig mit dem CTG konfrontiert worden. Welcher CTG-Teil ihm gezeigt wurde und welche Anordnungen getroffen worden sind, sei nicht schriftlich festgehalten. Jedoch sei danach eine PDA durchgeführt worden. Warum der zuständige Hintergrunddienst zu diesem Zeitpunkt nicht informiert worden sei, sei unklar.

5. Frage: War es richtig, in dieser Situation (04.00 Uhr) zuzuwarten, statt eine Sectio durchzuführen?

Antwort: Bei der Geburtsbetreuung der Klägerin 2 sei nicht der Entscheid zwischen abwartendem Vorgehen und Durchführung eines Kaiserschnitts relevant. Es gehe vielmehr um die Frage, inwieweit das abwartende Vorgehen zu begründen sei, da das CTG zwar in der Lage sei, Gefahrenzustände zu erkennen, jedoch bei Weitem nicht alle auffälligen CTG's mit einer Gefahrensituation einhergehen. Daher sei bei CTG-Mustern, wie sie im Verlaufe der Geburt auftraten, eine Abklärung durch MBU angezeigt, wenn eine vaginale Geburt angestrebt werden soll.

6. Sofern die Frage 3 bejaht werden muss, war es richtig, in diesem Zeitpunkt zuzuwarten, statt eine Sectio durchzuführen?

Antwort: Die Antwort zu dieser Frage ergebe sich aus den Antworten zu den Punkten 2., 3. und 5.

7. Frage: War es richtig, in dieser Situation (05.10 Uhr) zuzuwarten, statt eine Sectio durchzuführen?

Antwort: Der Entscheid zum Kaiserschnitt ergebe sich aus der Beurteilung des aktuellen kindlichen Zustands und der Einschätzung über die vermeintliche Dauer der vaginalen Geburt, die sich mittels klinischer Erfahrung aus dem bisherigen Geburtsverlauf ergebe. Eine Indikation zum Kaiserschnitt könne daher nur aus der Kenntnis des

aktuellen kindlichen Zustands gestellt werden. Dazu wäre eine MBU notwendig gewesen.

8. Frage: War es richtig, nach der intrauterinen Reanimation (05.40 Uhr) keine Sectio durchzuführen und keinen Facharzt beizuziehen?

Antwort: Das Auftreten schwerer variabler Dezelerationen im Verlauf der Geburt rechtfertigt die Einleitung einer intrauterinen Reanimation mit Tokolytika (Wirkstoff zur Unterdrückung der Wehentätigkeit), wie sie bereits gegen 03.15 Uhr durchgeführt worden sei. Danach sei jedoch eine Evaluation des kindlichen Zustands durchzuführen, die entweder mittels einer kontinuierlichen CTG-Ableitung mit völlig unauffälligem Herztonmuster (= Herzfrequenzmuster) und/oder einer MBU zu erfolgen habe. Sollte der diensttuende Arzt diese Massnahmen nicht beherrschen, sollte er den Hintergrunddienst beiziehen. Wann der diensthabende Hintergrunddienst informiert wurde, gehe aus den Akten nicht zweifelsfrei hervor. Gegen 06.12 Uhr sei ein Telefonat dokumentiert, das Dr. C gegolten haben könnte. Inwieweit dieser zuvor informiert gewesen sei, gehe aus den Unterlagen nicht hervor.

c) Gestützt auf diese Feststellungen der Gutachter werfen die Kläger den Ärzten des Beklagten im Einzelnen vor,

- a) dass zu Beginn der Oxytocin-Belastung um 02.20 Uhr kein vaginaler Untersuchungsbefund erhoben worden sei; dieser hätte Anlass (Indikation) für weitere Massnahmen ergeben;
- b) dass um 02.05 Uhr und um 02.20-02.40 Uhr das CTG vier variable Dezelerationen mit negativen Zusatzkriterien aufzeige. Trotz abklärungsbedürftigen CTG-Veränderungen sei keine Amniotomie mit MBU durchgeführt worden;
- c) dass es auch später (nach 02.45, um 03.15 und ab 05.35 Uhr) zu mehreren schweren Dezelerationen, die abklärungsbedürftig gewesen seien, gekommen sei. Nach wie vor sei der kindliche Zustand nicht evaluiert worden;
- d) dass der diensttuende Arzt den Hintergrunddienst nicht orientiert habe. Dazu sei er verpflichtet gewesen, nachdem er offensichtlich weder schwere Dezelerationen im CTG ansprechen konnte noch die angezeigten Massnahmen beherrsche.

Zudem vertreten sie in Abweichung zum FMH-Gutachten den Standpunkt,

- e) dass die verschiedenen CTG-Sequenzen mit variablen Dezelerationen nicht nur als suspekt, sondern als hochpathologisch zu bezeichnen seien (abweichende CTG-Interpretation);
- f) dass bereits ab 02.00 Uhr eine Amniotomie mit MBU angebracht gewesen wäre (nicht spätestens um 03.00 Uhr);
- g) dass der Oxytocin-Belastungstest nicht angezeigt gewesen sei. Dieser Test werde angeordnet, wenn man nicht wisse, ob es dem Fetus schlecht gehe. Im vorliegenden Fall habe keine unklare Situation vorgelegen, sondern aufgrund des CTG's eine klare Indikation zu weiteren Abklärungen;
- h) dass den Gutachtern entgangen sei, dass einmal Syntocinon (wehenförderndes/-unterstützendes Mittel) und dann Gynipral (wehenhemmendes

Medikament) verordnet worden sei; auch die medikamentöse Behandlung sei falsch gewesen;

- i) dass der vorgesetzte Arzt Dr. A oder Dr. C persönlich hätte anwesend sein müssen und der Arzt Dr. D diese spätestens nach der CTG-Aufnahme um 02.05 Uhr hätte rufen müssen. Tatsächlich sei der Hintergrunddienst offenbar erst um 06.12 Uhr beigezogen worden, was als schwerer Fehler gerügt werde.

4. Der Beklagte bestreitet die Behauptung der Kläger, es wären Kunst- oder Behandlungsfehler sowie Organisationsfehler begangen worden. Die Hebamme und die Ärzte hätten die Klägerin 2 fachgerecht behandelt und die zum Schutze ihrer Gesundheit sowie jener des Kindes (Klägerin 1) gebotene Sorgfalt walten lassen. Die Nichtbenachrichtigung des Hintergrunddienstes habe nichts mit der Organisation des Spitals zu tun. Der diensttuende Arzt sei gestützt auf seine eigenen Feststellungen sowie auf den Ratschlag des vorgesetzten Arztes Dr. A bis kurz vor 06.00 Uhr der Auffassung gewesen, ein Kaiserschnitt sei nicht notwendig.

5. In den Instruktionssitzungen vom 1. März 2002 (act. 23) und vom 6. Juni 2002 (act. 38) wurden Dres. A, B, C, D, E sowie die Hebamme N als Zeugen zur Sache befragt.

a) Der vorgesetzte Arzt Dr. A erklärte, dass er die Klägerin 2 weder während ihrer Schwangerschaft noch während der Geburt gesehen und sie demnach auch nicht untersucht habe. Er sei um 03.45 Uhr mit einer anderen Geburt in einem anderen Gebärsaal beschäftigt gewesen. Es komme oft vor, dass kurz vor der Geburt, wie hier eine Woche vorher, weniger Kindsbewegungen zu spüren sind. Das könne daher kommen, dass das Kind weniger Platz habe; es bedeute grundsätzlich nichts Beunruhigendes.

Ein "stress test" (Oxytocin-Belastungstest) sei nicht durchgeführt und um 02.20 Uhr sei auch kein Syntocinon verabreicht worden, sondern erst nach der vaginalen Untersuchung durch Dr. D um 02.45 Uhr. Der entsprechende Eintrag für 02.20 Uhr sei von der Hebamme erst nach der Geburt gemacht worden. Er sei nicht richtig, weil um diese Zeit die Klägerin 2 erst in den Gebärsaal geführt worden und die Hebamme bei ihm im Gebärsaal (das heisst in einem anderen Gebärsaal als Klägerin 2) gewesen sei.

Um 03.45 Uhr habe er aber mit Dr. D das CTG besprochen, was ungefähr 5 Minuten in Anspruch genommen habe. Dabei habe er angeordnet, dass man der Klägerin 2 Gynipral verabreiche. Dies werde gemacht, wenn man eine Patientin in die "Sectio-Bereitschaft" (Kaiserschnitt-Bereitschaft: heisst, die betroffenen Leute, nämlich das Operationsteam, informieren, dass eventuell ein Kaiserschnitt durchgeführt werden wird) bringen und eine Periduralanästhesie (PDA) legen wolle. Diese Massnahme habe er ungefähr um 03.45 Uhr und nicht wie angegeben um 03.15 Uhr getroffen. Um 03.17 Uhr sei er nämlich noch mit einer Geburt in einem anderen Saal beschäftigt gewesen.

Dr. A ist der Auffassung, dass bis 03.50 Uhr im Spital alles richtig gemacht worden sei. Die Behandlung der Klägerin 2 sei korrekt gewesen und es seien Entscheide gefällt worden. Ob diese richtig waren, lasse er offen, aber es sei jedenfalls etwas gemacht worden. Bis 05.45 Uhr sei alles korrekt verlaufen. Die Behauptung, dass, wäre ab 02.30 Uhr ein Kaiserschnitt durchgeführt worden, kein Gesundheitsschaden eingetreten wäre, sei reine Spekulation. Ab 03.50 Uhr bis ungefähr 04.40 Uhr sei der Herzschlag des Kindes in Ordnung gewesen. Danach habe es eine Einschränkung des Herzschlags und, um 05.35 Uhr, mehrere schwere variable Dezelerationen gegeben. Man hätte um 05.40 Uhr tatsächlich überlegen können, ob man noch einen Kaiserschnitt durchführen sollte, aber der Muttermund sei so weit offen

und der Geburtsvorgang so weit fortgeschritten gewesen, dass es schwierig gewesen sei, eine Entscheidung zu treffen. Für einen Kaiserschnitt brauche es mehrere Leute (Operationsteam), die zwar im Hause waren, aber nicht zusammengerufen wurden. Beispielsweise brauche es im Frauenspital Bern im Moment eines pathologischen CTG bis zur Operation 30 Minuten. Um 06.12 Uhr sei Dr. C zur Geburt gerufen worden; es sei die Regel, dass der vorgesetzte Arzt bei jeder Geburt anwesend sei. Das Kind sei um 06.31 Uhr geboren worden. Ein Kaiserschnitt (wird im Operations- und nicht im Gebärsaal gemacht) hätte wahrscheinlich nichts geändert.

Während einiger Minuten, nämlich als die Klägerin 2 vom Empfangszimmer zum Gebärsaal geführt wurde, und auch zwischen 03.15 und 03.50 Uhr, sei kein CTG gemacht worden. Man hätte jedoch die Herztöne hören können.

Dr. A gibt an, dass es zwischen 02.20 und 02.55 Uhr variable Dezelerationen gegeben habe, wobei die letzte schwer gewesen sei. Zwischen 02.55 und 03.15 Uhr seien die Aufzeichnungen schlecht, weil sich der "capteur" (CTG-Schallkopf mit integriertem Empfänger, der an den Körper der Mutter gelegt wird, um Messwerte zur fetalen Herzfrequenz und der mütterlichen Wehentätigkeit zu erhalten) möglicherweise verschoben habe. Ab 05.45 Uhr sei für ihn der CTG-Befund pathologisch.

b) Arzt Dr. D sagte aus, dass er im Juni 1997 im [...] Jahr der Ausbildung zum Frauenarzt, inbegriffen [...] Jahr Chirurgie [...] und [...] Jahr Gynäkologie (Geburtshilfe), gewesen sei. Bis zum 15. Juni 1997 habe er in eigener Verantwortung zwischen 300 und 320 Geburten durchgeführt. Die Klägerin 2 habe er vor deren Eintritt in das Spital nicht gekannt und sie etwa um 02.11/02.12 Uhr im Empfangszimmer zum ersten Mal angetroffen. Sie sei darauf in den Gebärsaal geführt worden, weil es sich um eine Drittgeburt handelte und weil gemäss Untersuchung der Hebamme der Muttermund auf bereits 3 cm erweitert gewesen sei. Das heisse, dass sich die Klägerin 2 unter dem Geburtsvorgang befunden habe. Er habe von der Hebamme gewusst, dass die Klägerin 2 wegen verminderten Kindsbewegungen in das Spital gekommen sei. Er stimme mit den Experten darin überein, dass das CTG um 02.10 Uhr suspekt gewesen sei. Hinsichtlich einer fetomaternalen Transfusion (Blutübertritt vom Fetus in den Kreislauf der Mutter) habe man im CTG nichts feststellen können. Um 02.45 Uhr habe er eine vaginale Untersuchung durchgeführt und eine Öffnung des Muttermundes von 4 cm festgestellt, wobei der kindliche Kopf auf -3 cm gestanden habe (beim Beckeneingang, vgl. act. 23 S. 5 [tief in der Kreuzbeinhöhle]; vgl. KIBI 7/30 und 7/44). Danach habe er der Klägerin 2 per Infusion ein Wehenmittel gegeben, die Wehen seien vorher unregelmässig und unkoordiniert gewesen. Auffällig sei gewesen, dass sich die Herztöne des Kindes verlangsamt hätten. Das sei auch ein Grund gewesen, weshalb er das Wehenmittel verabreicht habe. Dann habe sich die Herztonfrequenz normalisiert und es seien keine Dezelerationen mehr festgestellt worden. Um 03.15 Uhr sei es zu einer weiteren leichten Dezeleration gekommen, worauf er die Infusion gestoppt habe. Er habe den CTG-Streifen vom Apparat entfernt und den vorgesetzten Arzt Dr. C telefonisch informiert. Auch habe er die Situation mit Dr. A, der sich nebenan befand, besprochen. Um etwa 03.40 Uhr habe diese Besprechung stattgefunden und es sei beschlossen worden, eine Sectio-Bereitschaft und eine Anästhesie zu erstellen. Zwischen 03.45 und 03.50 Uhr habe man der Klägerin im Hinblick auf die Anästhesie ein wehenhemmendes Mittel verabreicht und sie über die Sectio-Bereitschaft informiert. Um 04.10 Uhr sei der Anästhesiemediziniker eingetroffen. Bis 04.10 Uhr habe er keine weiteren Untersuchungen angestellt. Das CTG sei normal verlaufen und es hätte keine weiteren Dezelerationen gegeben. Um 04.45 Uhr sei die PDA bereit gewesen, das heisst man hatte die Klägerin 2 anästhesiert. Das CTG sei normal und die Klägerin 2 schmerzfrei gewesen, sodass man ihr ein wehenförderndes Mittel gegeben habe, um den

Geburtsvorgang wieder in Gang zu setzen. Das CTG sei in der Folge eingeschränkt, aber nicht pathologisch gewesen. Um 05.10 Uhr habe die Hebamme eine Vaginaluntersuchung gemacht. Die Öffnung des Muttermundes habe 5 cm betragen und der Kopf des Kindes sei auf -2 tiefer getreten (das heisst 1 cm tiefer als um 02.45 Uhr, auf die Höhe 2 cm oberhalb der Referenzebene [Interspinalenebene] im mütterlichen Becken; die Angabe dient der Beurteilung des Geburtsfortschritts). Um 05.30 Uhr habe die Hebamme den CTG-Apparat gewechselt, weil beim ersten Apparat der Streifen zu Ende war. Statt einen neuen Streifen einzusetzen, habe sie einen anderen Apparat genommen.

Um 05.35 Uhr sei es zu einer weiteren mittelschweren Dezeleration gekommen, was sich wiederholte. Um 05.34 Uhr sei durch die Hebamme erneut eine vaginale Untersuchung durchgeführt worden. Die Muttermundserweiterung habe zu diesem Zeitpunkt 7 cm betragen. Die Hebamme habe versucht, die Fruchtblase zu sprengen. Es handelte sich wahrscheinlich um eine Vorblase, weil kein Fruchtwasser abgegangen sei. Um 05.40 Uhr habe die Hebamme eine intrauterine Reanimation durchgeführt und um 05.50 Uhr der Klägerin 2 das Medikament Buscopan (Arzneimittel mit krampflösender und damit schmerzlindernder Wirkung) abgegeben. Um 06.09 Uhr habe sie wieder eine vaginale Untersuchung durchgeführt und dabei die Fruchtwasserblase definitiv gesprengt. Die Muttermundsöffnung sei auf 8 cm erweitert gewesen und der Kopf des Kindes auf die Interspinal-Ebene (Beckenenge) des Beckens tiefer getreten. Es habe sich eine rasche Spontangeburt abgezeichnet. Um 06.13 Uhr habe die Hebamme eine vollständige Öffnung des Muttermundes festgestellt (10 cm gemäss Partogramm). Dr. C sei informiert worden, weil sich die Geburt abgezeichnet habe und der vorgesetzte Arzt bei der Geburt dabei sei.

Dr. D sagte weiter aus, dass er um 04.45 Uhr auf die Abteilung gerufen worden und kurz vor 06.00 Uhr zur Klägerin 2 zurückgekommen sei, das heisse auf Rufdistanz zur Hebamme.

Er könne nicht sagen, ob am Morgen des 15. Juni 1997 innert 30 Minuten die Sectio hätte durchgeführt werden können, weil er nicht wisse, ob der Anästhesist zur Verfügung stand.

Weshalb die Hebamme die Verabreichung des Medikaments (gemeint Gynipral) auf 03.15 statt auf 03.50 Uhr eingetragen hat, wisse er nicht; wahrscheinlich habe sie die Eintragung einfach auf das Ende des Streifens gemacht.

c) Mit den im FMH-Gutachten gegebenen Antworten auf die acht Fragen der Kläger konfrontiert, erklärten Dres. A und/oder D anlässlich der Befragung vom 1. März 2002 (act. 23):

1. beide (Dres. A und D): dass sie mit der Beurteilung des CTG um 02.10 Uhr als suspekt einverstanden seien;
2. beide: dass um 02.20 Uhr kein Oxytocin-Belastungstest durchgeführt worden sei;  
Dr. D: aber der Befund der vaginalen Eingangsuntersuchung vorgelegen habe;
3. Dr. A: dass das CTG zwischen 02.20 und 02.55 Uhr variable Dezelerationen aufgewiesen habe, wobei die letzte schwer war, und mit der MBU nur der pH-Wert, nicht jedoch eine Anämie hätte festgestellt werden können;  
Dr. D: dass zu diesem Zeitpunkt eine MBU gefährlich gewesen wäre, weil der kindliche Kopf sehr hoch stand;

Dr. A: dass zwischen 02.55 und 03.12 Uhr die Aufzeichnungen schlecht seien, dass man wegen der PDA um 03.50 Uhr die Wehen gestoppt habe und dass das CTG von 03.50 bis 04.40 Uhr normal gewesen sei und ab 05.45 Uhr pathologisch;

4. beide: dass der zuständige Hintergrunddienst (gemeint Dr. C) sehr wohl informiert (um 03.15 Uhr) und danach der vorgesetzte Arzt (das heisst Dr. A) beigezogen worden sei;
5. beide: dass das CTG um 04.00 Uhr normal gewesen sei und  
Dr. A: dass das CTG nicht absolut gelte; es weise eine "gute Sensibilität" auf, aber eine "schlechte Spezifität". Bei abnormaler Registrierung komme es trotzdem bei 30-40% der Kinder immer noch gut;
6. (...);
7. Dr. D: dass es richtig gewesen sei, um 05.40 Uhr zuzuwarten;
8. Dr. D: dass Dr. C zwischen 03.50 und 06.13 Uhr nicht weiter informiert worden sei. Um 05.45 Uhr könne das CTG als pathologisch bezeichnet werden. Hätte man sich dann für eine Sectio entschieden (die Zeit, um eine Sectio durchzuführen bis zum Beginn des Kaiserschnitts [Hautschnitt] dauere 30 Minuten [genauso Dr. E, Befragung vom 6. Juni 2002, act. 38 S. 2], der Kaiserschnitt selbst zwischen 30 und 60 Minuten, act. 23 S. 11;), und die noch erwähnten 30 Minuten berücksichtigt, wären bis zur vaginalen Geburt somit noch 15 Minuten zur Verfügung gestanden; es habe sich eine rasche Spontangeburt abgezeichnet (act. 23 S. 11).

d) Dr. E erklärte, dass er bei der Klägerin 2 eine PDA nicht im Hinblick auf einen Kaiserschnitt gelegt habe, sondern gegen die Schmerzen der Patientin. Normalerweise bleibe er dann bei der Patientin bis das Medikament wirke, was etwa zwischen 15 und 20 Minuten dauere. Wie es sich im vorliegenden Fall verhalten habe, wisse er nicht mehr. Er habe die Klägerin 2 um 04.10 Uhr angetroffen und nach den Vorbereitungen um 04.45 Uhr das Medikament gespritzt. Wenn er noch 15 bis 20 Minuten zur Beobachtung geblieben sei, dann habe er die Patientin zwischen 05.00 und 05.05 Uhr verlassen; gesehen habe er sie dann nicht mehr.

e) Dr. C war in der Nacht vom 14. auf den 15. Juni 1997 bei sich zu Hause. Er sei damals diensthabender vorgesetzter Arzt gewesen. Um 03.15 Uhr sei er von Dr. D telefonisch kontaktiert worden. Dieser habe ihm mitgeteilt, dass die Klägerin 2 eingetroffen sei und dass es sich nicht um eine dringliche Angelegenheit handle. Das CTG habe er (Dr. D) mit einem anderen [...]arzt besprechen wollen, weil es einige Dezelerationen aufweise, es sich aber nicht um einen extremen pathologischen Fall handle. Dr. D habe vorgeschlagen, die Angelegenheit mit dem anwesenden Dr. A zu besprechen, womit er (C) einverstanden gewesen sei; er habe aber über die weiteren Massnahmen informiert werden wollen.

In ganz normalen Fällen habe der Arzt den vorgesetzten Arzt nicht zu informieren. Das geschehe erst dann, wenn etwas nicht normal sei sowie, wenn der Geburtsvorgang "aktuell" werde; dann sei der vorgesetzte Arzt obligatorisch anwesend.

Um 03.50 Uhr habe er einen zweiten Anruf erhalten. Dr. D habe ihm mitgeteilt, dass man die Wehen unterstützen, eine PDA legen und den Verlauf beobachten würde. Auch sei eine Sectio-Bereitschaft erstellt worden und er (C) müsse gegebenenfalls anwesend sein.

Um 06.12 oder 06.13 Uhr sei er telefonisch informiert worden, dass es zur Geburt kommen würde und er in das Spital kommen sollte. Er sei unmittelbar vor der Geburt eingetroffen.

f) Dr. B sagte aus, dass er die Klägerin 2 zum ersten Mal am 3. Juni 1997 getroffen habe. Es sei darum gegangen, mit ihr ein Vertrauensverhältnis aufzubauen. Sie sei etwas enttäuscht gewesen, dass sie in das Kantonsspital Freiburg kommen musste; ihre anderen Geburten hätte sie in Bern gehabt. Er habe damals eine allgemeine Untersuchung durchgeführt und dabei nichts Aussergewöhnliches festgestellt. Er habe sie für zwei Wochen später wieder aufgeboten, sie aber bereits wieder am 8. Juni 1997 gesehen. Sie habe sich selbst angemeldet, weil Wehen eingesetzt hätten. Sie sei von der Hebamme betreut worden. Diese habe ein CTG und eine gynäkologische Untersuchung gemacht. Das CTG (Monitoring) habe nichts Aussergewöhnliches aufgewiesen, weshalb die Patientin wieder nach Hause gehen konnte. Später sei sie wieder in das Spital zur Hebamme gekommen, weil sie erneut Wehen hatte. Er habe sie nicht gesehen, aber vermutlich sei er telefonisch über ihre Anwesenheit informiert worden. Da der Geburtsvorgang nicht begonnen hatte, habe sie zwei Tabletten erhalten, um die Wehen zu unterdrücken. Sie sei dann wieder nach Hause gegangen; das Monitoring (CTG) sei in Ordnung gewesen. Die Klägerin 2 habe er erst wieder am Tag nach der Geburt gesehen, und zwar lediglich, um sie zu begrüßen. Bei der Geburt sei er nicht anwesend gewesen. Er hätte nicht Bereitschaftsdienst gehabt und sei über die Anwesenheit der Klägerin 2 im Spital nicht informiert worden.

g) Hebamme N erinnerte sich nicht mehr, wann sie die Klägerin 2 zum ersten Mal gesehen hat. Nach deren Eintritt in das Spital am 8. Juni 1997 sei die Klägerin 2 zuerst von einer anderen Hebamme behandelt worden. Nachdem diese ihren Dienst beendet hatte, habe sie (N) die Behandlung abgeschlossen. Sie habe das Monitoring mit der Patientin besprochen, weil diese etwas verängstigt gewesen sei, aber keine gynäkologische Untersuchung gemacht.

Am 15. Juni 1997 sei sie (Klägerin 2) um 01.50 Uhr eingetroffen, nachdem diese sie um 01.20 Uhr angerufen hatte. Nach deren Ankunft habe sie sie an das Monitoring angeschlossen und sei dann zu einer anderen Patientin gegangen. Die Klägerin 2 habe ihr anlässlich des Telefongesprächs gesagt, dass sie in Sorge sei, ihr Kind bewege sich weniger. Sie (N) habe nicht schriftlich festgehalten, wann sie die erste vaginale Untersuchung durchgeführt habe. Das (die Untersuchung) habe sie gemacht, als sie feststellte, etwas sei nicht in Ordnung. Die Herzschläge des Kindes hätten sich etwas verlangsamt und es hätte auch einige Wehen gegeben. Darauf habe sie Dr. D angerufen.

Das Krankenblatt (KIBI 7/30), ausser die letzte Linie, habe sie ausgefüllt. Der Eintrag um 02.20 Uhr stamme ebenfalls von ihr. O sei eine Krankenschwester, welche die Klägerin 2 vom Empfangszimmer in den Gebärsaal geführt habe. Das erwähnte Blatt habe sie (N) nach dem Ende ihres Dienstes, um etwa 07.00 oder 08.00 Uhr ausgefüllt. Normalerweise würden die Eintragungen sofort gemacht. Es gebe aber Situationen, wo dies nicht möglich sei.

Es sei kein "stress test" durchgeführt worden. Bei diesem Eintrag handle es sich um einen Lapsus. Man habe ihr nicht gesagt, sie solle diesen Eintrag machen. Sie könne nicht sagen, in wie vielen Fällen ein solcher Test durchgeführt werde. Er werde normalerweise während der Schwangerschaft gemacht und nicht mehr, wenn die Patientin in das Spital kommt, um zu gebären. Auf dem Blatt KIBI 7/19 ("Feuille acc. 5") habe sie den Eintrag "stress test - prov. au synto" gemacht (vgl. diesbezüglich KIBI 7/30: Eintrag um 02.20 Uhr "stress test", Sign. O); das Blatt sei aber nicht von ihr unterschrieben. Diesen Eintrag habe sie ebenfalls nach dem Dienst um etwa 07.00 oder 08.00 Uhr gemacht.

Sie könne nicht sagen, wann genau sie im Gebärsaal war. Sie hätte noch eine andere Patientin zu betreuen gehabt. Zwischen dieser Patientin und der Klägerin 2 sei ein anderer Saal, in dem sich niemand befunden habe. Die Säle seien durch Türen geschlossen.

Wenn das Monitoring abgestellt oder das Papier ausgewechselt werde, könne es vorkommen, dass keine Aufzeichnungen stattfänden. Die Eintragungen könnten abgestellt werden. Die akustischen Signale würden aber bestehen bleiben, ausser man würde diese absichtlich abstellen. Als sie bei der Patientin von Dr. A gewesen sei, habe sie die Herztöne aus dem Apparat vom Zimmer der Klägerin 2 nicht hören können.

Sie hätte zwischen 04.45 und 06.00 Uhr viel Arbeit mit der Klägerin 2 und der anderen Patientin gehabt. Solche Situationen würden sich immer wieder ereignen. Sie hätte sich gestresst gefühlt und viel zu tun gehabt. Ob sie überfordert gewesen sei, wisse sie nicht. Die Herztöne würden sie nicht stören; sie müsse diese hören. Wenn sie diese nicht mehr höre, müsse sie etwas unternehmen.

6. a) Gestützt auf die von Dres. A und D anlässlich der gerichtlichen Befragung gemachten Aussagen "präzisierte" Dr. L in seiner Expertise (act. 66) den im FMH-Gutachten geschilderten Sachverhalt dahingehend, dass erstmals um 02.45 Uhr, das heisst nach der vaginalen Untersuchung durch Dr. D, Syntocinon verabreicht worden sei. Da Dr. D gemäss der Äusserung von Dr. A in der Lage gewesen sei, eine Geburt selbstständig durchzuführen, habe Dr. D auch ohne Rücksprache mit dem vorgesetzten Arzt "gegen 02.20 Uhr die Entscheidung getroffen", Syntocinon zur Unterstützung der Wehentätigkeit zu geben.

Dr. L hält weiter fest, dass das Vorgehen der Ärzte bis 03.15 Uhr vertretbar war. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, dass aufgrund des CTG's mit bis 03.00 Uhr wiederholt auftretenden mittelschweren und einer schweren Dezeleration, wobei nicht jede Wehe mit einer Dezeleration assoziiert war, je nach innerklinischen Gepflogenheiten zu erwägen war, den vorgesetzten Arzt zu rufen oder weitere Massnahmen zur Abklärung des kindlichen Zustands zu treffen (vgl. act. 66 S. 4).

Dres. K und L hatten bereits im FMH-Gutachten den Verlauf der kindlichen Herzfrequenz im Detail nachgezeichnet und festgehalten, dass sich um 02.05 Uhr eine mittelschwere variable Dezeleration mit negativen Zusatzkriterien ereignete. Darauf sei das CTG tachykard und silent und der Arzt gerufen worden (vgl. KIBI 15 S. 2 und 4). Von 02.20-02.40 Uhr, die Klägerin 2 war in den Gebärsaal verlegt worden, seien drei weitere variable Dezelerationen mit negativen Zusatzkriterien aufgetreten. Nachdem sich im Anschluss an die Untersuchung um 02.45 Uhr eine schwere Dezeleration ereignet hatte, gefolgt von einer erhöhten Baseline mit eingeschränkter Undulation (vgl. auch KIBI 88 ad Frage 1), sei das CTG abklärungsbedürftig geworden (vgl. KIBI 15 S. 4 Frage 3). Von 02.53 bis 03.12 Uhr sei das CTG nicht beurteilbar (was eine Amniotomie mit interner Ableitung erforderlich gemacht hätte, wodurch die Chance für eine MBU eröffnet worden wäre; das Syntocinon wurde um 02.55 Uhr erhöht) und um 03.15 Uhr habe sich ein weiterer Herztonabfall ereignet (das Syntocinon wurde gestoppt und vermutlich Gynipral verabreicht; vgl. KIBI 15 S. 2).

Dr. L hält in seinem Gutachten (act. 66) dazu fest, dass sich Dr. D noch während des Herztonabfalls um 03.15 Uhr entschieden habe, den eingeschlagenen Weg, über die Stimulierung der Wehentätigkeit zur Geburt zu kommen, zu beenden. Sicherlich hätte man bereits gegen 03.15 Uhr eine Entbindung durch Kaiserschnitt vertreten können, zumal man auf eine MBU verzichtet habe. Ein Entscheid zur Sectio unmittelbar nach der Aufnahme wäre aber voreilig gewesen.



Bei einer mittelschweren variablen Dezeleration überwache der Arzt gemeinsam mit der Hebamme die Herztöne des Ungeborenen kontinuierlich und schreite erst bei wiederholtem Auftreten oder Zunahme des Schweregrades der Dezeleration ein (act. 66 S. 3 unten).

Wiederholt auftretende mittelschwere variable Dezelerationen seien signifikant verbunden mit einem Abfall des fetalen pH-Wertes (act. 66 S. 4). In derartigen Situationen seien alle Massnahmen zu treffen, um gegebenenfalls rasch einen Kaiserschnitt zu machen. Falls die Sectio-Bereitschaft gewährleistet ist, sei lediglich eine technisch einwandfreie fetale Überwachung nötig (dies sei mittels MBU möglich). Bei unklaren CTG-Befunden (aus dem CTG könne nur eine potenzielle Gefährdung abgelesen werden; act. 66 S. 10) werde, wenn zur fetalen Überwachung allein das CTG herangezogen werde, meist die Zweitmeinung eines erfahrenen Arztes eingeholt und auf dieser Grundlage die Entscheidung zur Sectio getroffen. Denn die CTG-Interpretation sei sehr subjektiv und das abwartende Verhalten allein auf der Basis des CTG berge die Gefahr einer Fehleinschätzung des kindlichen Zustands. Aufgrund der lokalen Gegebenheiten werde im Kantonsspital Freiburg keine MBU gemacht. Der Verzicht auf eine MBU stelle auch keinen Kunstfehler dar (act. 66 S. 12 unten). Vielmehr hänge das klinische Vorgehen von der Veränderung der CTG-Befunde und der Progredienz (Fortschreiten) der Muttermundsöffnung ab. Die Indikation zum Kaiserschnitt ergebe sich aus der Beurteilung des kindlichen Zustands und der Einschätzung über die vermeintliche Dauer einer vaginalen Geburt (act. 66 S. 5 f.).

Vorliegend sei versucht worden, mittels PDA die Chance eines raschen Geburtsfortschritts zu nutzen. Dieses Vorgehen berge in Unkenntnis des Säure-Base-Status des Ungeborenen aber das Risiko für eine intrauterine Notfallsituation (act. 66 S. 11). Da vorliegend eine PDA erst ab 04.50 Uhr Schmerzfremheit bewirkt habe und der Muttermund um 05.10 Uhr nur auf 5 cm eröffnet gewesen sei, was nicht für einen raschen Geburtsfortschritt spreche, hätte aus damaliger Sicht spätestens um 05.10 Uhr bei Verzicht auf eine Evaluation des kindlichen Zustands durch eine MBU ein Kaiserschnitt vorgenommen werden müssen (act. 66 S. 11).

Weiter geht, entgegen der Äusserung von Dr. A, aus dem Gutachten L zweifelsfrei hervor, dass mit einer MBU neben dem pH-Wert auch das Hämoglobin (wichtiger Bestandteil der roten Blutkörperchen, dessen Hauptaufgabe der Transport von Sauerstoff ins Gewebe darstellt) und der Hämatokrit (Anteil der zellulären Bestandteile am gesamten Blutvolumen, ausgedrückt als Vol.%) des kindlichen Blutes der Klägerin 1 bestimmt worden wären (der Gutachter verweist dabei auf das im Kantonsspital Freiburg verwendete Gerät, vgl. act. 66 S. 10 oben). Der Gutachter verneint, dass bei der Aufnahme der Klägerin 2 ein Kleihauertest (gibt Hinweise auf eine fetomaternalen Transfusion) hätte gemacht werden müssen (act. 66 S. 8). Schliesslich hält er fest, dass die Dienstbesetzung den Anforderungen an ein nicht-universitäres Spital vollumfänglich entsprochen habe, vorausgesetzt, dass der Hintergrund (vorgesetzter Arzt) innerhalb von wenigen Minuten im Spital sein konnte, um eine E-E-Zeit (Entschluss-Entbindungszeit; Spanne vom Entschluss zur Notsectio bis zur Geburt des Kindes) von 20 Minuten zu gewährleisten (act. 66 S. 11 unten).

b) In seinem Ergänzungsgutachten vom 28. Januar 2005 (act. 88) bestätigte Dr. L, dass die schwere variable Dezeleration um 02.45 Uhr stattfand, und ergänzte, dass um 02.45 Uhr ein suspektes CTG vorlag (Anmerkung: Dies steht im Widerspruch zum FMH-Gutachten KIBI 15 S. 4 Frage 3 [siehe oben], sowie zu seinem ersten Gutachten [act. 66 S. 12 und S. 4 oben f.], wo das CTG zu diesem Zeitpunkt als abklärungsbedürftig bezeichnet wird). Offenbar sei sich Dr. D in der Beurteilung des CTG's nicht sicher gewesen und habe daher eine Zweitmeinung durch einen seiner Vorgesetzten eingeholt (act. 88 S. 5/6). Am Telefon hätten sich Dres. D und C dahingehend verständigt, dass diese

Zweitmeinung durch den zufällig vor Ort befindlichen Dr. A erfolgen soll. Um 03.15 Uhr habe keine akute Notsituation vorgelegen, auch nach Dr. A nicht (act. 88 S. 6). Anschließend stellte der Gutachter die von den Ärzten vorgenommenen Abklärungsmassnahmen chronologisch dar (act. 88 S. 3-4). Bis 03.15 Uhr sei das Vorgehen mit den Empfehlungen der AWMF (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften) zum Stellenwert des CTG unter der Geburt vereinbar gewesen (act. 88 S. 9).

Auf die Frage, ob das Vorgehen der Ärzte ab 03.15 Uhr nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand vertretbar war oder nicht, äusserte sich der Gutachter dahingehend, dass man sich fragen müsse, warum bei wiederholten variablen Dezelerationen und mangelndem Geburtsfortschritt nach dem Legen der PDA der Weg der vaginalen Geburt fortgesetzt wurde. Das Vorgehen sei risikobehaftet, zumal der aktuelle Zustand des Feten nicht durch eine MBU abgesichert wurde (act. 88 S. 9). Möglicherweise habe man sich um 05.10 Uhr nicht zu einem Kaiserschnitt entschlossen, weil um 05.30 Uhr der Muttermund auf 7 cm eröffnet gewesen sei. In Anbetracht des Geburtsverlaufs habe jedoch keine akute Notsituation vorgelegen (act. 88 S. 7). Beim Entscheid zur Sectio wäre das Kind zwischen 05.30 und 05.40 Uhr geboren worden. Aus statistischen Überlegungen sei das Vorgehen der Ärzte jedoch vertretbar (act. 88 S. 9). Dennoch hält er fest, dass, nachdem man sich um 03.45 Uhr zur Fortsetzung der vaginalen Geburt entschlossen habe, die Reaktion (des Beklagten) bei erneut suspektem CTG (um 05.10 Uhr sei das CTG nach wie vor suspekt, vgl. act. 88 S. 3 oben) und nur zögerlichem Geburtsfortschritt schwerlich nachvollziehbar sei. Möglicherweise habe der "betreuende Arzt" durch den raschen Geburtsfortschritt nach 05.10 Uhr keinen Anlass gesehen, das Geburtsprozedere zu ändern (Anmerkung: Der letzte Satz erstaunt, denn es war, wie die Befragung ergeben hatte, seit 04.45 Uhr und bis kurz vor 06.00 Uhr kein Arzt der Gynäkologie mehr im Gebärsaal bei der Klägerin 2 und es wurde offenbar auch keiner gerufen, um die Geburt zu betreuen und Entscheide zu fällen).

Dres. K und L haben den CTG-Verlauf nach 03.45 Uhr wie folgt beschrieben: Ab 04.30/04.47 Uhr, als die PDA platziert und das Anästhetikum gespritzt wurde, zeigte das CTG einen eingeschränkten Herztonverlauf mit gelegentlichen Akzelerationen bei nun regelmässigen Wehen (um 04.45 Uhr verliess Dr. D den Gebärsaal). Um 04.50 Uhr erfolgte die erneute Infusion von Syntocinon mit 15 ml/h (das CTG ist ab 04.50 Uhr erneut suspekt, vgl. Dr. L act. 88 S. 2 f.; um 05.05 Uhr verliess auch Dr. E den Gebärsaal). Um 05.10 Uhr (die Vaginaluntersuchung durch die Hebamme ergibt einen auf 5 cm eröffneten Muttermund, der Kopf steht bei -2, das heisst 2 cm über interspinal) ist die Herzfrequenzkurve eingeschränkt undulatorisch bis silent. Von 05.18 bis 05.33 Uhr kann das CTG wegen mangelhafter Qualität nicht beurteilt werden. Um 05.35 ist eine (mittel)schwere variable Dezeleration erkennbar (die vaginale Untersuchung der Hebamme ergibt einen auf 7 cm eröffneten Muttermund). Da sich die abklärungsbedürftigen Dezelerationen in den nächsten Minuten wiederholen, wird Sauerstoff verabreicht und um 05.40 Uhr eine Notfalltokolyse mit 3 ml Gynipral durchgeführt (das heisst, eine intrauterine Reanimation der Klägerin 1 durch die Hebamme; das CTG ist abklärungsbedürftig). Um 05.50 Uhr wird die Syntocinoninfusion auf 60 ml/h erhöht und der Klägerin 2 zur Linderung ihrer Wehenschmerzen Buscopan intravenös gegeben. Bei nun schweren variablen Dezelerationen und einer Muttermundsöffnung von 8 cm (der Kopf steht interspinal; Untersuchung durch die Hebamme) wird die Fruchtblase gegen 06.10 Uhr eröffnet. Um 06.15 Uhr ist die Herztonkurve kaum mehr zu beurteilen und zeigt schwerste variable Dezelerationen (KIBI 15 S. 3 und 5; act. 23 S. 10; KIBI 7/57ff. und KIBI 9; KIBI 7/18). Die Geburt erfolgte um 06.31 Uhr.

c) Privatgutachter Dr. M schildert das Vorgehen in seinem Gutachten wie folgt: Nach einem unproblematischem Schwangerschaftsverlauf sei die Geburt nicht allein in Gang gekommen, sondern die Hebamme habe die Klägerin 2 am 15. Juni 1997 in das Spital

kommen lassen, weil diese darüber besorgt war, weniger oder keine Kindsbewegungen mehr zu spüren. Nach ihrem Eintritt sei zügig ein CTG aufgenommen worden. Gegen 02.10 Uhr - 20 Minuten nach Beginn der CTG-Aufzeichnung - seien die zuständigen Geburtshelfer mit fehlenden Kindsbewegungen als möglichem Zeichen einer Befindlichkeitsstörung des Feten, die ausgeschlossen werden sollte, sowie einem pathologischen CTG konfrontiert gewesen. Pathophysiologisch interpretiert (die Pathophysiologie beschreibt, wie der Körper unter den krankhaften Veränderungen abweichend funktioniert und welche Funktionsmechanismen zu der krankhaften Veränderung führen), weise der Fetus zu diesem Zeitpunkt ein grosses Problem auf, weshalb er sich wenig oder gar nicht mehr bewegte, keine spontanen Akzelerationen (gelegentlicher sprunghafter Anstieg der fetalen Herzfrequenz) im CTG aufwies und nicht zuletzt auf eine schwere variable Dezeleration mit einer tachykarden Herzfrequenz ohne Akzelerationen (kurzfristige Herzfrequenzanstiege) oder Oszillationen (Variationen der Herzfrequenz im Zeitverlauf bezogen auf die mittlere fetale Herzfrequenz, wobei zwischen Oszillationsfrequenz [Häufigkeit der Änderung] und Oszillationsamplitude [Ausmass der Änderung der Herzfrequenz] unterschieden wird) vollkommen inadäquat reagierte. Es könne um diese Zeit (02.10 Uhr) kaum mehr davon ausgegangen werden, dass unter den gegebenen Umständen die Geburt auf vaginalem Weg problemlos zu Ende gebracht werden könne. *"Beim Versuch, den vorliegenden Geburtsverlauf zu verstehen, kann der Gutachter eigentlich nur annehmen, dass die ungünstigen Zeichen wie verminderte Kindsbewegungen und pathologisches CTG quasi vor Geburtsbeginn nicht als gravierend ungünstig bezüglich der Geburtsprognose angesehen wurden, sodass sogar Wehen stimuliert wurden, obwohl das CTG schon ohne Auslösung von Wehen pathologisch war"*. Dieses Konzept des Weitermachens um einen unbekanntem Preis habe sich über die gesamte Geburt fortgesetzt (Gutachten M S. 6).

d) Nach Auffassung von Dr. M hätten die folgenden Zeitpunkte besonderer Aufmerksamkeit verlangt und sind den behandelnden Ärzten folgende Behandlungsfehler vorzuwerfen (Gutachten M S. 6 ff.):

1. Die Wehenstimulation, mit welcher wahrscheinlich gegen 03.00 Uhr begonnen wurde, sei bei vorbestehendem pathologischem CTG erfolgt, was "eigentlich als kontraindiziert gilt", da dafür keine Erklärung vorliege;
2. Das letzte CTG um 03.15 Uhr sei pathologisch, weshalb unklar sei, mit welchem Ziel nach den Vorbefunden seit 01.45 Uhr die Anordnungen zwischen 03.15 und 03.50 Uhr getroffen wurden; ebenso sei unklar, warum das CTG Blatt 124 nicht weitergeschrieben wurde und die CTG-Blätter 125 und 126 fehlten;
3. Nach Wehenhemmung sei das CTG um 03.50 Uhr nicht normal, wenn auch weniger dramatisch (Zwischenphase einer relativen Besserung);
4. Nach Rückkehr der Wehentätigkeit hätte das CTG ab 04.40 Uhr erhöhter Aufmerksamkeit bedurft;
5. Bis gegen 05.10 Uhr habe im Prinzip ein Geburtsstillstand vorgelegen, ganz offensichtlich infolge fehlender effizienter Wehentätigkeit, was wiederum das zwischenzeitlich weniger auffällige CTG erklären könnte;
6. Nach qualitativ ungenügenden Aufzeichnungen und Wechsel des CTG-Geräts um 05.35 Uhr würden sich bei nach wie vor keinem entscheidenden Geburtsfortschritt und nun scheinbar kräftigen Wehen schwere Reaktionen im CTG zeigen; dieses sei als hochpathologisch – kaum steigerungsfähig – zu bezeichnen; eine Sauerstoffgabe und erneute Wehenhemmung hätten sich "quasi erwartungsgemäss" nicht als erfolgreich erwiesen;
7. Von 05.35 bis zur Geburt um 06.31 Uhr liege eine hochpathologische Schlussphase von wenigstens 55 Minuten vor. Schwere Dezelerationen ohne Kompensationsmöglichkeiten folgen einander und Oszillationen seien kaum auszumachen. Gegen 06.10 Uhr habe

sicher nicht von einer zügigen vaginalen Geburt ausgegangen werden können, da weder der Muttermund vollständig eröffnet war noch der Kopf ausreichend tief stand. Es wäre ein Kaiserschnitt im Sinne einer sicher schnellen Geburtsbeendigung angezeigt gewesen. Auch nach definitiver Eröffnung der Fruchtblase um 06.13 Uhr sei keine vaginal-operative Geburtsbeendigung ins Auge gefasst, sondern auf den vorgesetzten Arzt gewartet worden. Der einzige Eingriff, der schliesslich geburtsbeschleunigend gewirkt haben mag, sei der Dammschnitt gewesen. *"Die Synopsis von Anamnese und klinischem Befund hätten schon vor Geburts- bzw. stimuliertem Wehenbeginn einen Kaiserschnitt als für das Kind schonende Geburtsform gerechtfertigt, die für das Kind unter den gegebenen kritischen und unklaren Umständen die geringste Belastung beinhaltet hätte"* (Gutachten M S. 11).

e) In seiner Stellungnahme vom 9./10. Mai 2007 (act. 116) zum Gutachten M bezeichnet Dr. L die CTG-Interpretation von Dr. M zwischen 01.50 und 02.10 Uhr aufgrund des Fehlens einer einheitlichen Definition der Ruhefrequenz als *"zumindest fragwürdig"*. Zudem sei der Fischer-Score (Punkteschema zur Beurteilung des fetalen Zustands nach Fischer und Mitarbeiter) nur für antepartuale (vorgeburtliche) Situationen festgelegt. Hinsichtlich der CTG-Interpretation im Allgemeinen verweist er auf die in der Literatur beschriebene grosse Interobserver-Variabilität (hier: Beurteilungsunterschiede zwischen verschiedenen Gynäkologen, die dasselbe CTG analysieren). Es gebe kein einheitliches Vorgehen bei suspektem CTG. Alle Empfehlungen würden aber zunächst ein konservatives abwartendes Vorgehen vorsehen, wobei er diesbezüglich auf die AWMF-Leitlinie 2004 hinweist. Am Schluss hält Dr. L fest: *"Für die Bewertung der klinischen Entscheidung darf meines Erachtens nicht auf die subjektive Einschätzung von Experten abgestellt werden, welche den Ausgang der Geburt kennen. Vielmehr ist auf der Basis der wissenschaftlichen Evidenz eine Beurteilung zu treffen und klinisch zu entscheiden. Leider ist diese Basis sehr schwach, was auch in den Expertisen Berücksichtigung finden muss"*.

7. a) Am 13. Mai 2008 (act. 146) setzte der Instruktionsrichter den Parteien eine Frist, um sich zu sämtlichen bei den Akten liegenden Gutachten zu äussern. Aus der Eingabe der Kläger vom 19. August 2008 (act. 151) lassen sich folgende Vorwürfe gegen die Ärzte des Beklagten entnehmen:

für die Zeit bis 03.00 Uhr:

- Nichtbeizug des vorgesetzten Arztes bereits in der Initialphase, keine adäquate CTG-Interpretation und Nichtbeachtung der fehlenden Kindsbewegungen durch den Arzt;
- Verstärkung der kindlichen Belastung durch Wehenstimulation bei pathologischem/suspektem CTG;
- Arzt ruft vorgesetzten Arzt nicht;
- Nichtvornahme eines Kaiserschnitts nach 03.00 Uhr, weil sorgfaltswidrig keine Klärung des aktuellen kindlichen Zustands erfolgt sei, obwohl die CTG-Aufzeichnungen seit Beginn eine zunehmende potenzielle Gefährdung der Klägerin 1 angezeigt hätten, welche spätestens ab 02.45 Uhr abklärungsbedürftig gewesen seien (dies deute auf ein fehlendes Handlungskonzept der Ärzte hin, die in Ermangelung eines solchen eine Geburtsbeschleunigung gar nie ins Auge gefasst hätten);

für die Zeit von 03.00 bis 06.31 Uhr:

- unzureichende/irreführende Informationen des Arztes an seine vorgesetzten Ärzte Dr. C und Dr. A;

- Abwesenheit eines vorgesetzten Arztes im Gebärsaal (Dr. A war bis 03.45 Uhr mit einer Parallelgeburt beschäftigt, Dr. C zu Hause);
- Konzept des Weitermachens um einen unbekanntem Preis trotz bei Wehenstimulation "beängstigenden Veränderungen" im CTG bei nicht nachvollziehbarem Sicherheitsstandard der Geburtsleitung, wodurch mit zunehmendem Zeitablauf das schon in der Initialphase nicht verständliche Abwarten immer weniger nachvollziehbar werde;
- es werde keine einzige Massnahme zur Abklärung des aktuellen kindlichen Zustands getroffen, und die getroffenen Massnahmen (wie PDA, Tokolyse [Wehenhemmung], Sauerstoff, Buscopan gegen Schmerzen, Eröffnung der Fruchtblase) seien ohne Weiteres als Ausdruck einer völlig überforderten Geburtsleitung ohne jedes Handlungskonzept zu erklären;
- inakzeptable Versorgung von Mutter und Kind ab 04.45 bis gegen 06.00 Uhr, wo allein eine überforderte Hebamme, welche noch eine andere Geburt zu betreuen hatte, zur Verfügung stand;
- weder der praktische Geburtsstillstand noch das hochpathologische CTG (kaum mehr steigerungsfähig) hätten zu einer raschen Geburtsbeendigung geführt;
- in der Schlussphase sei keine vaginal-operative Geburtsbeendigung durchgeführt worden.

b) Mit Eingabe vom 20. August 2008 (act. 152) hält der Beklagte fest, dass der Arzt das CTG ab 03.00 Uhr als pathologisch angesehen, weisungsgemäss den vorgesetzten Arzt C informiert, das CTG mit dem vorgesetzten Arzt A besprochen und in der Folge Massnahmen eingeleitet habe, namentlich die Sectio-Bereitschaft. Aufgrund der Nichtwürdigung aller Massnahmen und Schritte, welche getroffen worden seien, und unter Nichtbeachtung der *"Tatsache, dass das CTG phasenweise (z.B. 03.50 Uhr) kaum mehr pathologisch war und den Entscheid, den eingeschlagenen Weg der natürlichen Geburt zu verlassen, erschwerte bzw. hinauszögerte"* (S. 2), entstehe der Eindruck, dass dem Gutachten M eine gewisse Parteilichkeit anhafte. Auch scheine dieser teilweise aus der retrospektiven Warte Schlüsse zu ziehen. Jedenfalls sei es nach überzeugter Auffassung beider Experten nicht möglich, verlässliche Äusserungen zur Frage zu machen, wie und wann die fetomaternalen Transfusion stattgefunden habe, welche zur schweren Anämie des Kindes geführt habe. Auch ein weiteres Gutachten vermöge keine Klarheit zu schaffen.

8. a) Nach Aussagen von Dr. C gilt beim Beklagten der Grundsatz und damit folgende Handlungsregel für das ärztliche Vorgehen während der Eröffnungsphase einer Geburt: Der Arzt ruft den vorgesetzten Arzt, wenn das CTG suspekt oder pathologisch ist. Wenn das CTG sich wieder normalisiert hat, ist die Anwesenheit des vorgesetzten Arztes nicht (mehr) notwendig. Diesen Grundsatz relativiert er dann insofern, als der Arzt den vorgesetzten Arzt nicht unbedingt ruft, wenn sich bei schlechtem CTG die Schwierigkeiten mit den üblichen Massnahmen korrigieren lassen. Solche Massnahmen seien zum Beispiel die Abgabe von Gynipral, die Umlagerung der Patientin, eventuell die Zuführung von Sauerstoff. Wenn der Verlauf nicht normal sei, werde Sectio-Bereitschaft erstellt und demzufolge sollte auf einen Kaiserschnitt hingearbeitet werden. Bei schlechtem CTG hänge der Entscheid, Kaiserschnitt oder MBU oder (dritte Möglichkeit) *"Wehen hemmen, Blase sprengen"*, von der Lage des Kindes ab (act. 38 S. 5 f.).

b) Gemäss dem Gerichtsgutachter ist bei "schlechtem CTG" (bei präpathologischem, pathologischem und unklarem CTG, insbesondere bei suspekten mittelschweren variablen Dezelerationen) die Informierung des vorgesetzten Arztes abhängig von der Schwere des Befundes und dem Ausbildungsgrad des Arztes. Bei einer mittelschweren variablen Dezeleration überwache der Arzt gemeinsam mit der Hebamme die Herztöne des Ungeborenen *"kontinuierlich"* und schreite erst bei wiederholtem Auftreten oder Zunahme

des Schweregrades der Dezeleration ein. Es werde der vorgesetzte Arzt gerufen oder je nach innerklinischen Gepflogenheiten weitere Massnahmen zur Abklärung des kindlichen Zustands getroffen (act. 66 S. 3f.). Bei unklaren CTG-Befunden werde meist die Meinung eines erfahrenen Arztes eingeholt. Auf dieser Grundlage erfolge üblicherweise die Indikation zur Kaiserschnittentbindung, wenn zur fetalen Überwachung allein das CTG zur Verfügung stehe (act. 66 S. 3 und 6).

Bei wiederholt mittelschweren variablen Dezelerationen, welche signifikant mit einem Abfall des kindlichen pH-Wertes einhergehen können und damit eine potenzielle Gefährdung des Feten darstellen können (Ausführungen zum suspekten CTG von 02.20 bis 02.40 Uhr, als nicht jede Wehe mit einer Dezeleration assoziiert war; das CTG wurde vorliegend ab 04.50 Uhr erneut suspekt), seien alle Massnahmen zu treffen, um gegebenenfalls sehr rasch eine Entbindung durch Kaiserschnitt herbeiführen zu können. Wenn in einer Klinik die Sectio-Bereitschaft rund um die Uhr gewährleistet ist, sei lediglich eine *"technisch einwandfreie fetale Überwachung"* notwendig. Dies sei mit einer MBU möglich, wobei der übergeordnete Dienst beigezogen werde (act. 66 S. 4). Es gebe aber bei einem suspektem CTG kein einheitliches Vorgehen (act. 116 S. 2). Alle Empfehlungen würden jedoch ein zunächst konservatives abwartendes Vorgehen enthalten. Er verweist auf die AWMF-Leitlinie 2004 Nr. 015/036 zur "Anwendung des CTG während Schwangerschaft und Geburt" der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe und auf die dort beschriebenen und zu treffenden konservativen Massnahmen (zum Beispiel Lagewechsel, Infusion, O<sub>2</sub>-Gabe).

Der Entscheid zum Kaiserschnitt ergebe sich (bei schlechtem CTG, vgl. act. 66 S. 5) aus der Beurteilung des aktuellen kindlichen Zustands und der Einschätzung der vermeintlichen Dauer der vaginalen Geburt, welche sich mittels klinischer Erfahrung aus dem bisherigen Geburtsverlauf ergebe (vgl. FMH-Gutachten KIBI 15 S. 5; act. 38 S. 11; act. 116 S. 2 f.; act. 116 S. 3, mit Hinweis auf das technische ACOG-Bulletin Nr. 207 vom Juli 1995 [ACOG = The American College of Obstetricians and Gynecologists = Amerikanische Gesellschaft für Geburtshelfer und Gynäkologen] für die Entscheidung bei "non-reassuring" ["nicht-beruhigende", respektive suspekten/fraglich pathologischen] CTG-Mustern), mit anderen Worten: aus der Veränderung des CTG-Befundes und der Progredienz der Muttermündöffnung (act. 66 S. 5, wobei gegebenenfalls je nach CTG-Veränderung eine MBU angezeigt sei, wenn eine vaginale Geburt angestrebt werde, weil das CTG nur eine potenzielle Gefährdung anzeige).

c) Ob die erwähnte AWMF-Leitlinie aus dem Jahre 2004 vorliegend anwendbar ist, kann offen gelassen werden, da die dargestellten Handlungsgrundsätze mit dieser Leitlinie offenbar grundsätzlich übereinstimmen. Gemäss der AWMF-Leitlinie sollte bei suspektem CTG eine wiederholte Beurteilung nach etwa 30 Minuten dokumentiert werden mit Angabe der suspekten Parameter; bei pathologischem CTG muss eine ständige Beurteilung erfolgen (mit Dokumentation der Beurteilung alle 10 Minuten). Im ersten Fall können zur Klärung des CTG-Musters konservative Massnahmen erfolgen (zum Beispiel Lagewechsel, Infusion, O<sub>2</sub>-Gabe). Im zweiten Fall ist neben dem Ergreifen konservativer Massnahmen (z.B. Tokolyse, Weckversuch, Lagewechsel, Infusion, O<sub>2</sub>-Gabe) eine MBU vorzunehmen, wenn dies möglich oder sinnvoll ist und, falls keine Verbesserung des CTG-Musters erzielbar ist beziehungsweise die MBU eine drohende Azidämie (Synonym von Azidose; Störung im Säure-Basen-Haushalt mit Abfall des arteriellen pH-Wertes unter etwa 7.25 während der Eröffnungsperiode) des Feten anzeigt, die rasche Entbindung indiziert (vgl. AWMF-Leitlinien 2004 Ziff. 5.4 f.).

d) Zusammengefasst ergeben sich folgende Handlungsregeln für die ärztliche Betreuung einer Geburt: Ist das CTG suspekt oder pathologisch, ist eine kontinuierliche CTG-Aufzeichnung erforderlich. Im Sinne eines konservativen Abwartens erfolgt eine CTG-Beurteilung nach spätestens 30 Minuten bei suspektem CTG, beziehungsweise fortlaufend bei pathologischem CTG. Je nach Schweregrad und Entwicklung des CTG-Musters sind dabei konservative Massnahmen (Lagewechsel, Wehenhemmung, Sauerstoffgabe, Infusion) sowie, abhängig von der Lage des Kindes und der Einschätzung der vermeintlichen Dauer bis zur vaginalen Geburt aufgrund des bisherigen Geburtsfortschritts, weitere Abklärungsbeziehungsweise Handlungsmassnahmen (Sectio-Bereitschaft erstellen, vorgesetzten Arzt rufen, MBU zur Abklärung des aktuellen kindlichen Zustands, Sectio) zu ergreifen.

e) Der Gerichtsgutachter kommt, wie erwähnt, zum Schluss, dass dem diensthabenden Arzt für den Geburtsverlauf bis 03.15 Uhr kein Vorwurf gemacht werden könne. Diese Schlussfolgerung ist nicht ganz überzeugend. Aufgrund der vorliegenden Akten ist erstellt, dass die Hebamme N den Arzt Dr. D um 02.10 Uhr telefonisch informierte, nachdem sie mittels CTG-Ableitung festgestellt hatte, etwas sei nicht in Ordnung (zwei Dezelerationen mit anschliessender fetaler Herzfrequenz von 170 Spm [Schläge pro Minute], vgl. ihre Aufzeichnung in KIBI 7/30 sowie CTG-Blätter 108-110 in KIBI 9). Gemäss KIBI 7/30 wurde mit Dr. D zusammen entschieden, die Klägerin 2 in den Gebärsaal zu verlegen (vgl. auch CTG-Blätter 110-111 in KIBI 9), was durch die Krankenschwester O bis um etwa 02.18 Uhr geschehen war (Beginn der neuen CTG-Aufzeichnung, vgl. KIBI 7/30, CTG-Blätter 111 ff. in KIBI 9). Das CTG ist für die Abschnitte zwischen 02.20 und 02.30 Uhr durch Dr. D visiert (KIBI 7/41 und 42), ebenso finden sich zwischen 02.40 und 02.45 Uhr auf dem CTG-Streifen die Ergebnisse der vaginalen Untersuchung von Dr. D vermerkt ("*0,5 cm / mi sac. /mi mou / 4 cm dil*") [CTG Blatt 117 KIBI 7/44], was offenbar bedeutet: Muttermund 4 cm offen, 0.5 cm dick und halb weich, halb ....?, vgl. KIBI 7/30), wobei Angaben zum Stand des kindlichen Kopfes zu fehlen scheinen, es sei denn, "*mi sac.*" heisst "in der Mitte der Kreuzbeinhöhle" (vgl. KIBI 7/44; act. 23 S. 9; vgl. dagegen Höhenangabe oben Erw. 5.b S. 21). Im Anschluss an diese Untersuchung erfolgte bei nun abklärungsbedürftigem CTG offenbar ein Klärungsversuch durch die Massnahme von Lagewechseln (vgl. Vermerke auf dem CTG-Streifen KIBI 7/44 f.: "*DLG*" / "*DLD*" = *décubitus latéral gauche* [Linksseitenlage]/ *décubitus latéral droit* [Rechtsseitenlage], act. 156) und danach zwischen 02.55 und 03.00 Uhr eine Erhöhung der Syntocinon-Gabe (vgl. Eintragungen auf KIBI 7/44 und 45). Da das CTG bereits ab 02.53 bis 03.12 Uhr wegen schlechter Aufzeichnung nicht mehr beurteilbar war, konnte somit in dieser Zeit (rund 20 Minuten lang) auch nicht überprüft werden, ob die ergriffenen konservativen Massnahmen den gewünschten Erfolg, eine Besserung des CTG-Befundes, zeitigten. Diese Situation hätte gemäss Dres. L und K um 03.00 Uhr eine Amniotomie mit interner Ableitung erforderlich gemacht mit allenfalls nachfolgender MBU (KIBI 15 S. 4). Da diese Einschätzung mit den dargestellten Handlungsmaximen, welche nach einer mittelschweren variablen Dezeleration eine kontinuierliche CTG-Überwachung sowie das Einschreiten bei sich wiederholenden Dezelerationen oder bei Zunahme des Schweregrades fordern, übereinstimmt, umso mehr als das CTG seit 02.45 Uhr abklärungsbedürftig war, ist die spätere Schlussfolgerung des Gerichtsgutachters Dr. L, dass dem diensthabenden Arzt bis 03.15 Uhr kein Vorwurf gemacht werden könne, somit nicht überzeugend. Gemäss den dargestellten Handlungsmaximen und der Einschätzung der FMH-Gutachter lag hier zwar ein medizinischer Entscheidungsspielraum vor. Dieser liess bei pflichtgemäßem Ermessen um 03.00 Uhr jedoch nur noch die Wahl zwischen der Abklärung des tatsächlichen Zustands der Klägerin 1 (mittels Ableitung eines unauffälligen CTG's [via Amniotomie] oder mittels Vornahme einer MBU – sofern die sectio-Bereitschaft gewährleistet ist [was nicht der Fall war, vgl. unten Erw. 8.h S. 35 f.], vgl. act. 66 S. 4 mit KIBI 15 S. 4 und 6) und der Einholung einer Zweitmeinung zu (zur Evaluation, ob ein Kaiserschnitt vorzunehmen sei, vgl. act. 66 S. 4) und erlaubte ein weiteres Zuwarten nicht

mehr. Dreissig Minuten, nachdem das CTG abklärungsbedürftig geworden war, wurde nach einer schweren variablen Dezeleration um 03.15 Uhr das Wehenmittel gestoppt und vermutlich 4 ml Gynipral als Notfalltokolyse gegeben (KIBI 7/45-47; act. 88 S. 3 f.; KIBI 15 S. 2). Offenbar ging Dr. D nun von einem unklaren (schlechten) CTG-Befund aus und entfernte sich mit dem CTG-Streifen, den er seiner Aussage zu Folge um 03.15 Uhr (03.17 Uhr, vgl. CTG-Blatt 124 act. 7) vom Apparat abgenommen hatte (act. 23 S. 9; vgl. auch Eintrag auf KIBI 7/47 beziehungsweise am Ende des letzten CTG-Blatts 124 dieses Streifens: "vu par Dr. A"), um eine Zweitmeinung einzuholen. Er ist sich nicht sicher, vor 03.45 Uhr wieder in den Gebärsaal zurückgekehrt zu sein (act. 23 S. 9). Das Vorgehen bis 03.15 Uhr entspricht damit entgegen der Ansicht des Gerichtsgutachters den oben dargestellten Handlungsgrundsätzen nicht, wenngleich eine Wehenhemmung mittels Gynipral als eine Massnahme bei schlechtem CTG angesehen werden kann. Vielmehr wäre das CTG kontinuierlich zu überwachen und, da es nicht interpretierbar war und keine Sectio-Bereitschaft erstellt war, eine Zweitmeinung bereits um 03.00 Uhr einzuholen gewesen, nicht erst um 03.17 Uhr. Denn es stand zur Überwachung der Klägerin 1 allein das CTG zur Verfügung, welches nicht unauffällig, sondern bereits um 02.45 Uhr abklärungsbedürftig war (und pathologisch, wie weiter unten dargestellt wird). Da es sich ab 02.53 bis 03.12 Uhr infolge schlechter Aufzeichnung nicht mehr interpretieren liess, war in dieser Zeit (knapp 20 Minuten lang) nicht überprüfbar, ob es durch konservative Massnahmen verbessert werden konnte. Aufgrund des Dargelegten lässt sich jedoch nicht folgern, dass nach den Regeln der ärztlichen Kunst bereits um 03.00 Uhr ein Kaiserschnitt hätte vorgenommen werden müssen. Denn um 03.00 Uhr lag eine Situation vor, welche unter Beizug des vorgesetzten Arztes eine Entscheidung über das weitere Vorgehen verlangte.

f) Im Weiteren kann man sich fragen, ob die Syntocinongabe, welche gemäss den vorliegenden Akten und dem Gerichtsgutachter ab 02.20 Uhr, das heisst nach dem Eintritt in den Gebärsaal und demnach rund 25 Minuten vor der Vaginaluntersuchung durch den Arzt erfolgte (act. 88 S. 3) - was von Dr. A bestritten wird (act. 23 S. 7; act. 66 S. 2) -, den anerkannten ärztlichen Handlungsregeln entsprach. Wenn gemäss Dr. A der Arzt ohne Vaginaluntersuchung nichts unternimmt (act. 23 S. 7), lässt sich eine negative Antwort auf die Frage erwarten. Jedenfalls könnte der Arzt den Entscheid, Syntocinon zu verabreichen, nicht fällen, bevor er eine Vaginaluntersuchung durchgeführt hat, was vorliegend jedoch von Dr. L behauptet wird (act. 66 S. 3; oben Erw. 6.a S. 25). Die von Dr. A vorgebrachten Argumente gegen einen Beginn der Abgabe des Wehenmittels bereits um 02.20 Uhr vermögen nicht zu überzeugen. Wie oben dargelegt, war die Klägerin bereits um 02.18 Uhr im Gebärsaal, weshalb es möglich war, mit Syntocinon um 02.20 Uhr zu beginnen. Zudem bedeutet der Eintrag auf Blatt 121 der CTG-Aufzeichnung "30 ml/h" (KIBI 7/45; gegen 03.00 Uhr) nicht unbedingt, dass vorher noch kein Syntocinon abgegeben worden war. Aus KIBI 7/30 geht vielmehr hervor, dass um 02.20 Uhr mit 15 ml/h Syntocinon begonnen wurde (Partogramm KIBI 7/18; KIBI 15 S. 2; vgl. auch act. 88 S. 3). Den CTG-Eintrag auf Blatt 121 hatten die FMH-Gutachter denn auch als Erhöhung der Syntocinongabe verstanden, ohne dass sie diesbezüglich eine Nachfrage beim Beklagten für nötig erachteten (KIBI 15 S. 2). Zudem war Dr. A gemäss seiner Aussage gar nie im Gebärsaal bei der Klägerin 2 (act. 23 S. 4/5). Im Übrigen bestreitet Dr. D zwar, dass zu Beginn ein Oxytocin-Belastungstest durchgeführt worden sei, nicht jedoch eine Syntocinon-Abgabe ab 02.20 Uhr. Er wusste, wie er anlässlich der Befragung erklärte, durch die erfahrene Hebamme N, welche selber kurz vor dem Anruf um 02.10 Uhr eine Vaginaluntersuchung durchgeführt hatte, dass der Muttermund um 3 cm eröffnet war (act. 23 S.9; dieser Befund ist nirgends dokumentiert). Dies bedeutete für Dr. D, dass die Klägerin 2 sich "*unter dem Geburtsvorgang*" befand (act. 23 S. 9; act. 38 S. 10 Mitte). Ob diese Aussage stimmt, oder ob nicht noch zusätzlich Wehen erforderlich sind, kann offen gelassen werden (vgl. jedoch Dr. M: die Geburt war nicht allein in Gang gekommen, Gutachten M S. 4). Im Weiteren



dürfte die Aussage von Dr. D, dass der Muttermund gemäss Partogramm um diese Zeit bereits gar um 4 cm eröffnet war, nicht zutreffen, denn das Partogramm enthält diesbezügliche Werte erst ab 03.00 Uhr (act. 23 S. 9 Mitte; KIBI 7/18). Ob es unter der Annahme einer Syntocinon-Abgabe ab 02.20 Uhr den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht, dass sich Dr. D diesbezüglich auf eine erfahrene Hebamme verlassen durfte, kann indes offen gelassen werden, da dies von den Klägern nicht explizit als sorgfaltswidrig gerügt wird, sondern lediglich die Syntocinon-Abgabe vor einer Vaginaluntersuchung. Auch die Frage, ob sich die Klägerin 2 tatsächlich "unter dem Geburtsvorgang" befunden hat oder nicht vielmehr via Syntocinon-Abgabe eine künstliche Geburtseinleitung erfolgte (und, falls dem so war, ob der Arzt dies ohne Rücksprache mit dem vorgesetzten Arzt tun durfte), braucht nicht weiter geprüft zu werden, weil dem Arzt in diesem Kontext nur - aber immerhin - vorgeworfen wird, die CTG-Befunde in Kombination mit den fehlenden Kindsbewegungen nicht richtig interpretiert zu haben.

g) Bei schlechtem CTG, und ein solches lag ab 02.45 Uhr unbestritten vor (es war abklärungsbedürftig), wird gemäss den dargestellten Handlungsgrundsätzen, wenn der erfahrene Arzt dieses durch die üblichen Massnahmen nicht korrigieren kann, der vorgesetzte Arzt gerufen. Damit ist davon auszugehen, dass der vorgesetzte Arzt in den Gebärsaal kommt, um mit dem Arzt die Situation zu analysieren. Gleichzeitig wird die CTG-Aufzeichnung nach mehreren variablen Dezelerationen kontinuierlich fortgesetzt, denn das CTG stellt eine Entscheidungsgrundlage dar und muss erneut beurteilt werden können (vgl. auch act. 66 S. 3 f.), gemäss AWMF-Leitlinie nach rund 30 Minuten, wenn ein suspektes CTG vorliegt, beziehungsweise fortlaufend mit Dokumentation (Auswertung) alle 10 Minuten, wenn ein pathologische CTG vorliegt. Aufgrund der vorliegenden Akten ist auf den ersten Blick keine der beiden Handlungsmaximen erfüllt. Die Erstere ist bereits deshalb nicht erfüllt, da als gesichert gelten kann, dass nie ein vorgesetzter Arzt in den Gebärsaal kam. Dr. A war gemäss seiner Aussage zufolge, was Dr. D bestätigte, gar nie im Gebärsaal bei der Klägerin 2 (act. 23 S. 4/5 und 11), und Dr. C war bis unmittelbar vor der Geburt zu Hause (act. 38 S. 4). Im Weiteren scheint die Behauptung von Dr. A, zwischen 03.15 und 03.45 Uhr sei keine CTG-Aufzeichnung gemacht worden (act. 23 S. 6) zuzutreffen, womit auch die zweite Handlungsmaxime - kontinuierliche CTG-Aufzeichnung - nicht erfüllt wäre. Ein genauerer Blick auf das Original des CTG-Blatts 127 lässt jedoch hinsichtlich der Richtigkeit dieser zweiten Aussage Zweifel entstehen. Links oben auf diesem CTG-Blatt ist nämlich, da wo es an das CTG-Blatt 126 anschliessen würde, eine handgeschriebene Eintragung "DD." (= *décubitus dorsal* [Rückenlage], vgl. act. 156) angebracht (vgl. auch Kopie davon in act. 7/47), welche teilweise abgeschnitten ist. Dies lässt vermuten, dass ein CTG-Blatt 126 geschrieben worden sein muss, welches den abgeschnittenen Teil von dieser Eintragung "DD." getragen hat. Wenn man im Übrigen die CTG-Streifen durchsieht, kann man feststellen, dass die Eintragung "DD." auch andernorts angebracht wurde (vgl. KIBI 7/42 und 7/57). Wird schliesslich bedacht, dass Dr. D zu Protokoll gab, er wisse nicht, warum die CTG-Aufzeichnungen zwischen 03.17 und 03.45 Uhr "*fehlen*" (act. 23 S. 12, das heisst die CTG-Blätter 125 und 126), so liegen Indizien vor, dass das CTG, wie es den dargestellten Regeln entspricht, auch zwischen 03.17 und 03.45 Uhr weitergeschrieben wurde (auch die FMH-Gutachter gehen davon aus, dass die CTG-Dokumentation zwischen 03.17 und 03.45 Uhr "*fehlt*", vgl. KIBI 15 S. 3 und S. 5 oben). Die gegenteilige Erklärung des Beklagten vermag nicht zu überzeugen (vgl. act. 10 S. 8). Im Übrigen verzeichnet auch das Partogramm eine durchgehende CTG-Aufzeichnung (vgl. KIBI 7/18). Mit Blick auf die Aussage von Dr. A fragt sich daher, warum das CTG den Gutachtern und dem Gericht nicht vollständig vorliegt und wie das nicht vorliegende CTG fachärztlich zu qualifizieren wäre. Jedenfalls wäre das CTG gemäss den dargestellten Handlungsgrundsätzen ständig zu registrieren und zu beurteilen gewesen. Wenn im Übrigen gemäss Gerichtsgutachter das CTG von der Aufnahme bis 03.15 Uhr mit einer Grundfrequenz von 150-170 Schlägen pro

Minute und variablen Dezelerationen von bis zu drei Minuten Dauer zwei suspekta Kriterien aufwies (vgl. act. 88 S. 8 unten), wäre es auch gemäss der von ihm erwähnten AWMF-Leitlinie 2004 (Tabelle 5) als pathologisch zu bezeichnen und damit jedenfalls ständig zu beurteilen gewesen, wobei die Beurteilung alle 10 Minuten schriftlich festzuhalten ist. Eine solche kontinuierliche Beurteilung konnte von 02.53 Uhr bis 03.12 Uhr, wie ausgeführt, allein schon mangels nicht interpretierbaren CTG's nicht erfolgen, und ist auch anschliessend nicht geschehen, da Dr. D den Gebärsaal um 03.17 Uhr verlassen hatte, um offenbar erst nach der Besprechung um 03.45 Uhr wieder zu den Klägerinnen 1 und 2 zurückzukehren. Weil aber die CTG-Aufzeichnungen zwischen 03.17 und 03.45 Uhr nicht vorliegen, kann folglich die Frage nicht beantwortet werden, ob ein Kaiserschnitt, welcher bei Verzicht auf eine MBU gemäss Gerichtsgutachter bereits um 03.15 Uhr vertretbar war (act. 66 S. 6 unten), als keine akute Notsituation vorgelegen habe (act. 88 S. 6; ebenso M im Schreiben vom 4. Januar 2006 S. 2 in Ordner 2 Beilage 10 vom 12. April 2006; die Gutachter sagen dies, obwohl der aktuelle kindliche Zustand zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt war und ist), aufgrund der folgenden CTG-Entwicklung bis 03.40 Uhr, in Kombination mit dem bisherigen und prospektiv abzuschätzenden Geburtsverlauf, gegen 03.40 Uhr tatsächlich indiziert gewesen wäre. Bekannt ist nur, dass das Syntocinon um 03.40 Uhr wieder gestoppt wurde (vgl. KIBI 7/18 und 30; act. 88 S. 4) und das CTG zu Beginn der wieder vorliegenden Aufzeichnung ab etwa 03.48 Uhr eingeschränkt undulatorisch war bei nach wie vor unregelmässiger und unkoordinierter Wehentätigkeit (vgl. KIBI 15 S. 3 oben). Damit wurde das Syntocinon offenbar bereits vor der Besprechung mit Dr. A, welcher gemäss seiner Aussage ja um 03.17 bis um 03.45 Uhr mit einer anderen Geburt in einem anderen Saal beschäftigt war und erst um 03.45 Uhr zur Besprechung zur Verfügung stand (act. 23 S. 6), gestoppt, somit nicht erst im Hinblick auf eine PDA. Aufgrund des Dargelegten folgt, dass auch die Handlungsweise von 03.00 bis 03.45 Uhr allein schon aufgrund der fehlenden ärztlichen Überwachung der Klägerin 2 dem medizinischen Standard offensichtlich nicht entspricht. Ob bei erfolgter und regelkonformer Überwachung ab 03.17 Uhr spätestens gegen 03.40 Uhr der Entscheid für einen Kaiserschnitt hätte gefällt werden müssen, kann jedoch infolge der fehlenden CTG-Aufzeichnung nachträglich nicht mehr festgestellt werden.

Mit Blick auf die dargestellten Handlungsgrundsätze kann zumindest festgehalten werden, dass Dr. D angesichts eines pathologischen und bereits ab 02.45 Uhr abklärungsbedürftigen CTG bei nicht gewährleisteter Sectio-Bereitschaft zu lange auf eine Zweitmeinung gewartet und infolge seiner Abwesenheit in der Zeit von 03.17 bis 03.45 Uhr die Klägerin 1 und 2 regelwidrig nicht betreut und überwacht hat. Dr. C hat denn auch bestätigt, dass er (Dr. C) hätte anwesend sein müssen. Er habe nicht gewusst, dass Dr. A noch für eine halbe Stunde mit einer anderen Patientin beschäftigt war (act. 38 S. 6). Die nicht kontinuierliche Auswertung des CTG's ab 03.17 Uhr sowie die Nicht-Anwesenheit eines vorgesetzten Arztes für eine Lageanalyse hinsichtlich der Klägerin 1 ab 03.00 Uhr stellen damit offensichtliche Verletzungen des medizinischen Standards dar. Infolge dieser Unterlassungen lässt sich, unabhängig davon, ob nun ein Teil des CTG's fehlt oder ob zwischen 03.17 und 03.45 Uhr tatsächlich keine CTG-Aufzeichnung erfolgte, auch die Frage, ob vorliegend bereits gegen 03.40 Uhr ein Kaiserschnitt indiziert gewesen wäre, nicht beantworten.

h) Über die um 03.45 bis 03.50 Uhr stattgefundene Besprechung, welche nicht dokumentiert ist, ist nichts weiter bekannt, als dabei das CTG bis 03.17 Uhr besprochen wurde mit dem Ergebnis, dass eine Sectio-Bereitschaft und eine Anästhesie zu erstellen seien (act. 23 S. 9 und 5). Dass die Informationen, welche Dr. D seinem vorgesetzten Arzt A dabei gegeben hatte, wirklich unzureichend oder gar irreführend waren, wie die Kläger vorbringen, kann in Unkenntnis des genauen Inhalts des Gesprächs nicht beurteilt werden. Die getroffene Entscheidung erscheint unter dem gemachten Vorbehalt (vgl. oben Erw. 8.g

Abs. 2 S. 35) allgemein als richtig. Die Anordnung einer Sectio-Bereitschaft bei schlechtem CTG entspricht den genannten Handlungsregeln, wobei mit einer PDA gemäss Gerichtsgutachter die Chance für einen raschen Geburtsfortschritt genutzt werden kann (act. 66 S. 11). Auch ist erstellt, dass die Klägerin 2 eine PDA gegen die Schmerzen wollte (act. 102 S. 3). Ob diese Massnahmen jedoch genügend waren und sich ein Abwarten nach den ärztlichen Handlungsregeln rechtfertigte, lässt sich aufgrund des fehlenden CTG's, wie ausgeführt, nicht beurteilen. Fest steht immerhin, dass aufgrund der bisherigen Geburtsentwicklung nach Ansicht des Gerichtsgutachters eine Sectio bereits um 03.15 Uhr zumindest vertretbar war. Jedenfalls hätte im Anschluss an die intrauterine Reanimation um 03.15 Uhr der kindliche Zustand (unter Sectio-Bereitschaft) abgeklärt werden müssen, entweder mittels einer kontinuierlichen CTG-Aufzeichnung mit unauffälligem Herztonmuster oder mittels einer MBU, um gegebenenfalls rasch eine Entbindung durch Kaiserschnitt herbeiführen zu können (vgl. FMH-Gutachten KIBI 15 S. 5 sowie act. 66 S.4).

Im Anschluss an die Besprechung wurde gemäss den Aussagen der befragten Ärzte Dres. D und C eine Sectio-Bereitschaft erstellt (act. 23 S. 9; act. 38 S. 5), aktenkundig vermerkt ist sie jedoch nicht. Die Frage, ob eine Sectio demnach innert 30 Minuten hätte durchgeführt werden können, konnte Dr. D nicht beantworten, weil er nicht wusste, ob der Anästhesist zur Verfügung stand (act. 23 S. 11). Die Befragung von Dr. E hat ergeben, dass er vom Anästhesiedienst aufgeboten wurde und sich bei der Hebamme (also vor Ort) über den Grund der Massnahme informiert habe, offenbar darüber, warum er gerufen wurde, eine PDA zu legen (act. 38 S. 3). Dies kann wohl nur bedeuten, dass zumindest er von der Anordnung einer Sectio-Bereitschaft nichts wusste, weshalb Dr. D auch nicht sagen konnte, ob der Anästhesist für eine Sectio innert nützlicher Frist zur Verfügung gestanden wäre. Zudem führte Dr. E aus, dass er die PDA nicht im Hinblick auf einen Kaiserschnitt gelegt habe, die PDA aber eine Narkose für einen späteren Kaiserschnitt nicht ausgeschlossen hätte. Dass er über die Anordnung einer Sectio-Bereitschaft informiert worden wäre, gab er nicht zu Protokoll (vgl. act. 38 S. 3). Dr. D hatte sich offenbar entschieden, den eingeschlagenen Weg einer vaginalen Geburt fortzusetzen (vgl. act. 66 S. 4; Aussage D: act. 23 S. 9 unten). Die zweite Massnahme wurde umgesetzt. Um die PDA zu legen, wurde nach der Besprechung ein wehenhemmendes Mittel verabreicht (vgl. act. 23 S. 9 unten), wobei sich das CTG, nach bereits vorab gestopptem Syntocinon, bei nach wie vor unkoordinierter und unregelmässiger Wehentätigkeit gegen 03.50 Uhr "gebessert" hatte (vgl. act. 88 S. 9 oben; FMH-Gutachten KIBI 15 S. 3 oben; KIBI 7/47 ff.). Es war aber bei normaler Baseline eingeschränkt undulatorisch (KIBI 15 S. 3 oben). Dr. E sei um 04.10 Uhr bei der Klägerin 2 eingetroffen, hatte bis 04.45 Uhr die PDA gelegt und bis 05.00 Uhr, spätestens 05.05 Uhr das Anästhetikum "pour le confort maternel" vollständig verabreicht, oder wie er selber sagte, gegen die Schmerzen der Klägerin 2 und nicht im Hinblick auf einen Kaiserschnitt (vgl. act. 38 S. 3; diese Angaben weichen zeitlich von den Eintragungen im Anästhesieprotokoll etwas ab; vgl. KIBI 7/34). Danach hat er den Gebärsaal verlassen (act. 38 S. 2 f.; act. 7/33f.). Ob ein erster Versuch vorausgegangen war, bereits früher eine PDA zu legen, kann nicht mit Sicherheit eruiert werden. Darauf könnte eine Aktennotiz von Dr. D hindeuten (vgl. KIBI 7/19), die Eintragung auf dem CTG-Streifen (KIBI 7, Blatt 124), ebenso die Aussage der Klägerin 2 (vgl. act. 102 S. 3). Unklar ist auch, warum Dr. E auf dem Anästhesieprotokoll um 04.10 Uhr (KIBI 7/33) eine Muttermundsöffnung von 3 cm notierte, wenn gemäss der nur auf dem CTG-Streifen notierten Untersuchung von Dr. D bereits um 02.45 Uhr eine Muttermundsöffnung von 4 cm vorgelegen haben soll, welche laut Partogramm um 04.00 Uhr etwas mehr als 4 cm betragen hat.

i) Angesichts der regelwidrig nicht erfolgten Abklärung des CTG-Befundes um 03.00 Uhr, nach der intrauteriner Reanimation um 03.15 Uhr und angesichts der nicht erfolgten beziehungsweise nicht vorliegenden CTG-Aufzeichnung von 03.17 bis 03.45 Uhr - somit im

Nichtwissen darum, ob gegen 03.40 Uhr bereits eine Sectio-Indikation vorgelegen hatte - , bleibt zu fragen, ob in prospektiver Betrachtung (ex ante) es regelkonform war, ab 03.40 Uhr die vaginale Geburt bis zum Ende fortzusetzen (zuwartendes Verhalten), oder ob im Verlauf ein Kaiserschnitt indiziert war.

Auf die Frage, ob das zuwartende Verhalten um 04.00 Uhr richtig war, haben die FMH-Gutachter geantwortet, dass *"bei CTG-Mustern, wie sie im Verlaufe der Geburt von X2 auftraten, eine Abklärung durch Mikroblutuntersuchung angezeigt (ist), wenn eine vaginale Geburt angestrebt werden soll"*. Relevant sei aber die Frage, inwieweit das abwartende Verhalten zu begründen ist. Denn das CTG sei zwar in der Lage, Gefahrenzustände zu erkennen, es würden aber bei weitem nicht alle auffälligen CTG's mit einem Gefahrenzustand einhergehen. *"Die Entscheidung zum Kaiserschnitt ergibt sich aus der Beurteilung des aktuellen kindlichen Zustandes und der Einschätzung über die vermeintliche Dauer der vaginalen Geburt, die sich mittels klinischer Erfahrung aus dem bisherigen Geburtsverlauf ergibt. Eine Indikation zum Kaiserschnitt kann daher nur aus der Kenntnis des aktuellen kindlichen Zustands gestellt werden. Dazu wäre eine Mikroblutuntersuchung notwendig gewesen"* (FMH-Gutachten KIBI 15 S. 5 zu Fragen 5 und 7). Demgegenüber hätten nach Ansicht des Beklagten die Ärzte *"auf die Dynamik der Geburt bei einer mehrfachgebärenden Frau abgestellt. Aus diesem Grund wurden alle Vorkehrungen im Hinblick auf eine natürliche Geburt getroffen und die Patientin entsprechend begleitet, betreut und behandelt. Eine Mikroblutuntersuchung wurde nicht in Erwägung gezogen"* (act. 10 S. 11).

Vorliegend zeigte das CTG ab 04.30 Uhr bei nun regelmässigen Wehen einen eingeschränkten Herztonverlauf mit gelegentlichen Akzelerationen (FMH-Gutachten KIBI 15 S. 3). Um 04.50 Uhr wurde erneut Syntocinon gegeben (vgl. KIBI 7 CTG-Blatt 135; act. 10 S. 9; act. 23 S. 10). Das CTG war um diese Zeit erneut suspekt (act. 88 S. 2 f.). Um 05.10 Uhr (die Klägerin war nach Applikation des Anästhetikums möglicherweise schmerzfrei) war das CTG eingeschränkt undulatorisch bis silent geworden und der Muttermund hatte bei hoch stehendem kindlichem Kopf eine Öffnung von 5 cm aufgewiesen (FMH-Gutachten S. 3; act. 7/18). Dr. D war um diese Zeit nicht mehr im Gebärsaal. Er wurde, wie gesagt, um 04.45 Uhr auf die Abteilung gerufen, um erst gegen 06.00 Uhr wieder zurückzukehren (act. 23 S. 10). Aufgrund des sich bisher entwickelnden Geburtsverlaufs kommt der Gerichtsgutachter zum Schluss, dass spätestens um 05.10 Uhr eine Evaluation des kindlichen Zustands angezeigt und bei Verzicht auf eine MBU ein Kaiserschnitt vorzunehmen gewesen wäre (act. 66 S. 11 oben). Zur Begründung führt er an, dass das vom Arzt gewählte Vorgehen, über den Versuch, mittels PDA die Chance für einen raschen Geburtsfortschritt zu nutzen, für das Ungeborene ein erhöhtes Risiko für eine intrauterine Notsituation berge. Dies deshalb, weil der aktuelle kindliche Zustand (in Unkenntnis des Säure-Base-Status) nicht bekannt war. Nachdem sich *"die Hoffnung auf einen raschen Geburtsfortschritt nicht erfüllt hatte"* - *"die Periduralanästhesie bewirkte erst ab 04:50 Uhr Schmerzfreiheit und der Muttermund[sbefund] ist um 05:10 Uhr nur auf 5 cm eröffnet, was nicht für einen raschen Geburtsfortschritt spricht"* - *"wäre"* daher *"spätestens hier"* *"eine Evaluation des kindlichen Zustands angezeigt und bei Verzicht auf eine MBU ein Kaiserschnitt vorzunehmen gewesen"* (act. 66 S. 11). Hinzuzufügen ist, dass, wie dargelegt, auch um 05.10 Uhr der kindliche Kopf nach wie vor hoch stand (denn dies halten die FMH-Gutachter noch für die Zeit um 05.34 Uhr fest, vgl. KIBI 15 S. 3), was nicht für eine rasche Geburt sprach.

Diese Schlussfolgerung des Experten vermag zu überzeugen. Sie entspricht den dargelegten medizinischen Handlungsgrundsätzen und sagt aus, dass angesichts der bisher aufgezeichneten CTG-Muster und der kaum fortschreitenden Geburtsentwicklung ein weiterhin

abwartendes Verhalten in Unkenntnis des wirklichen Zustands der Klägerin 1 spätestens um 05.10 Uhr nicht mehr gerechtfertigt war. Dies trifft umso mehr zu, als vorliegend, mit der dargelegten Begründung, um diese Zeit prospektiv nicht mit einer raschen Spontangeburt gerechnet werden konnte. Der Gerichtsgutachter hält insbesondere fest, dass das CTG bereits unmittelbar nach Aufnahme suspekt und nach dem Auftreten einer schweren variablen Dezeleration als abklärungsbedürftig zu bezeichnen war, es jedoch keine exakte Dokumentation des kindlichen Zustands unter der Geburt gebe (act. 66 S. 11 f.). Da die CTG-Interpretation sehr subjektiv sei (geringe Reproduzierbarkeit) und der kindliche Zustand alleine aufgrund des CTG's beurteilt wurde, das nur eine potenzielle Gefährdung anzeige (act. 66 S. 10), war mit der damit verbunden Gefahr der Fehleinschätzung und angesichts des sich nicht rasch abzeichnenden Geburtsvorgangs in Unkenntnis über den wirklichen Zustand des Kindes (der Klägerin 1) kein anderes Vorgehen mehr kunstgerecht (vgl. act. 66 S. 6), eben weil der aktuelle Zustand des Feten nicht durch eine MBU abgesichert war (act. 88 S. 9). Spätestens um 05.10 Uhr bestand somit, da bei der Beklagten in der Regel keine MBU's durchgeführt werden und eine solche vorliegend unbestritten nicht in Betracht gezogen wurde (vgl. act. 10 S. 11) - es war ja seit 04.45 Uhr auch kein Gynäkologe mehr im Gebärsaal der Klägerin 2 - nach den Regeln der geburtsärztlichen Kunst nur noch eine Handlungsoption: der Kaiserschnitt.

j) Es scheint, dass der Gerichtsgutachter diese Beurteilung später bei der Beantwortung der Zusatzfragen zumindest relativiert hat. Er erklärte nämlich, dass das Vorgehen der Ärzte auch ab 03.15 beziehungsweise ab 03.45 Uhr vertretbar sei (act. 88 S. 9), denn gemäss einer Studie würde nur eines von 516 Kindern bei auffälligem CTG von einer Kaiserschnittentbindung profitieren (act. 88 S. 9). Auch hielt er zusammenfassend fest, dass die Überwachung der Geburt mit den ärztlichen Standards vereinbar gewesen sei, weil die Diagnose "Fetomaternale Transfusion" bei Aufnahme in den Gebärsaal nicht zu erkennen gewesen sei und erst im Nachhinein, das heisst nach der Geburt habe gestellt werden können (act. 88 S. 11). Dass diese Argumentation nicht überzeugt und auch nicht zulässig ist, ergibt sich von selbst. Denn der Gutachter argumentiert nicht mehr prospektiv, aus der damaligen Situation heraus, als die Entscheidungen zu fällen waren, sondern retrospektiv vom Geburtsergebnis der hirngeschädigten Klägerin 1 aus. Nur so konnte er zum Ergebnis gelangen, dass die Handlungsweise der Ärzte insgesamt vertretbar war, weil gemäss der angeführten Studie die Wahrscheinlichkeit, dass mit einem Kaiserschnitt ein besseres Ergebnis hätte erreicht werden können, statistisch gesehen sehr gering gewesen wäre. Und zum Ergebnis, dass sich erst im Nachhinein herausstellen konnte, dass der aktuelle kindliche Zustand während der Geburt tatsächlich nicht gut war (das heisst, dass die im CTG angezeigte potenzielle Gefährdung in Wirklichkeit bestanden hat), eben weil eine fetomaternale Transfusion (und eine fetale Anämie) "vorlag", welche von den Ärzten vor der Geburt nicht hätte erkannt werden müssen. Letzterem ist überdies entgegenzuhalten, dass entgegen der gegenteiligen Behauptung von Dr. A (act. 23 S. 7) mittels MBU auch im Kantonsspital Freiburg eine Anämie der Klägerin 1 hätte erkannt werden können, auf die gleiche Weise und mit dem gleichen Gerät, wie dies nach der Geburt mit dem Nabelschnurblut der Klägerin 1 geschehen ist (act. 66 S. 9 f. mit Hinweis auf "feuille acc. 4" [KIBI 7/18]). Daran ändert nichts, dass bei der Beklagten die Durchführung einer MBU grundsätzlich selten sei (act. 23 S. 8). Schliesslich führte der Gerichtsgutachter, wiederum in retrospektiver Betrachtungsweise an, dass der betreuende Arzt möglicherweise durch den raschen Geburtsfortschritt nach 05.10 Uhr keinen Anlass gesehen habe, das Vorgehen zu ändern (act. 88 S. 9 unten). Und dies behauptet er, obwohl gemäss Aktenlage der kindliche Kopf, wie dargelegt, auch noch um 05.35 Uhr hoch stand, wobei das erneut suspektere CTG nun abklärungsbedürftig geworden war, und seit 04.45 Uhr, wie die Befragung ergeben hatte, kein betreuender Arzt mehr im Gebärsaal bei den Klägerinnen 1 und 2 war, der die Entscheidung zur Kaiserschnittentbindung hätte fällen können.

Da nach Auffassung des Gerichtsgutachters geburtshilfliche Entscheidungen immer prospektiv auf dem Boden der verfügbaren Fakten zu treffen sind (act. 116 S. 3), kann nichts anderes für deren richterliche Überprüfung gelten. Der Gerichtsgutachter bemerkt denn anlässlich der Beantwortung von Zusatzfragen am 20. Dezember 2005, dass im Sinne einer prospektiven Geburtshilfe, die sich (allein) zu einer kontinuierlichen CTG-Ableitung unter der Geburt entschlossen hat, aus auffälligen CTG-Mustern Konsequenzen gezogen werden müssen. Dabei kommt er zum Schluss: *"Nachdem man sich um 03.45 Uhr zur Fortsetzung der vaginalen Geburt entschlossen hat, ist die Reaktion bei erneut suspektem CTG und nur zögerlichem Geburtsverlauf schwerlich nachvollziehbar"* (act. 88 S. 9). Angesichts dieser klaren Äusserung muss daran erinnert werden, dass ab 04.45 Uhr - "trotz erneut suspektem CTG (ab 04.50 Uhr, vgl. act. 88 S. 2 f. Antwort zu Frage 2) und nur zögerlichem Geburtsverlauf" - bis kurz vor 06.00 Uhr kein Arzt der Gynäkologie bei der Klägerin 2 anwesend war, um den Geburtsvorgang zu überwachen und die notwendigen Entscheidungen zu treffen. Hinzu kommt, dass in dieser Zeit die Hebamme N zwei Patientinnen (in verschiedenen Gebärsälen) gleichzeitig betreuen musste: *"Ich fühlte mich gestresst und hatte viel zu tun"* (act. 38 S. 12). Im Übrigen räumte sie ein, dass sie die Herztöne nebenan nicht hören konnte (act. 38 S. 11), ganz abgesehen davon, dass eine solche Überwachungsmethode weder vom Gerichtsexperten noch in der AWMF-Leitlinie als regelkonform aufgeführt wird. Damit muss nicht nur die Nichtvornahme eines Kaiserschnitts bei Verzicht auf eine MBU, sondern auch die fehlende ärztliche Überwachung in dieser langen Zeit als klarer Verstoss gegen die medizinischen Berufsregeln qualifiziert werden. Dabei ist die Frage, ob sich durch einen Kaiserschnitt am Ergebnis etwas geändert hätte, nicht Gegenstand der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung, sondern der Kausalität.

k) Das Gutachten M weicht zumindest in Einzelheiten vom Gerichtsgutachten ab. Die Unterschiede beruhen primär auf unterschiedlicher Bewertung des CTG's, wobei das Problem insbesondere der Interobserver-Variabilität bei der CTG-Beurteilung (abweichende Beurteilung desselben CTG's durch verschiedene Gynäkologen) bekannt ist. Die teilweise abweichende CTG-Beurteilung hat beim Gutachten M zur Folge, dass nach den Regeln der ärztlichen Kunst bereits zu einem früheren Zeitpunkt Massnahmen hätten ergriffen oder unterlassen werden müssen. So war die Wehenstimulation mit Syntocinon bei auffälligem CTG, ob sie nun um 02.20 Uhr oder erst später begann (um 02.45 Uhr gemäss Dres. D/A beziehungsweise nach Dr. M am ehesten gegen 03.00 Uhr), *"eigentlich kontraindiziert"*, da eine plausible Begründung für dieses von den Regeln der ärztlichen Kunst abweichende Verhalten nicht vorliege und nicht erkennbar sei (vgl. Gutachten F S. 6 unten mit Brief M vom 4. September 2005 in Ordner 2 Beilage 5 vom 12. April 2006). Und der vorgesetzte Arzt hätte nach den Angaben der Kläger - der Privatgutachter hält dies nicht explizit fest - spätestens um 03.00 Uhr gerufen werden müssen, nicht erst um 03.15 Uhr (Gerichtsgutachter). Wenn die Kläger jedoch an anderer Stelle folgern, dass spätestens um 02.45 Uhr eine zwingende Indikation zum Kaiserschnitt vorgelegen habe, so können sie sich für diese Behauptung auch nicht auf den Privatgutachter abstützen (act. 151 S. 8). Denn nach dessen Ansicht wäre es bereits insbesondere um 03.00 Uhr (Syntocinon trotz "pathologischen" CTG's) und 04.25 Uhr (erneut Dezelerationen nach Rückkehr der Wehentätigkeit) *"möglich und sinnvoll gewesen, eine Entscheidung in Richtung einer Geburtsbeendigung auf anderem Weg zu treffen"* (Brief M vom 4. September 2005 zu Gutachten S. 6 in Ordner 2 Beilage 5 vom 12. April 2006). Dies ergebe sich einerseits aus der Beobachtung, dass das CTG, welches auch nach Ansicht des Beklagten bereits zu Beginn nicht normal war, sich unter Wehentätigkeit beziehungsweise Syntocinongabe jeweils verschlechterte (*"Wenn Wehen ausreichend stimuliert werden, kommt es zu entsprechenden beängstigenden Veränderungen im CTG"* [Gutachten M S. 4]: z.B. um 02.05 Uhr, als eine singuläre Wehe eine schwere variable Dezeleration auszulösen scheint [vgl. Gutachten M S. 3 unten und 10 oben, act. 23 S. 7 oben, KIBI 9]; ab 02.20 Uhr, als

eine unregelmässige und unkoordinierte Wehentätigkeit einsetzte [KIBI 15 S. 2] und ab ungefähr 04.30 Uhr, als sich regelmässige Wehen einstellten [KIBI 15 S. 3 und 9]). Andererseits wies das CTG in Phasen der Wehenhemmung und praktisch fehlender/keiner Wehentätigkeit insbesondere von 03.50 bis gegen 04.30 Uhr eine Phase relativer Besserung auf (vgl. Gutachten M S. 6), respektive war gemäss dem Beklagten phasenweise kaum mehr pathologisch (act. 152 S. 2). Daraus folgt gemäss Dr. M, dass bei konsequenter Analyse der aufgelaufenen Reaktionen des Feten (vgl. das vorliegende CTG) – wobei bis 05.10 Uhr im Prinzip ein Geburtsstillstand zu konstatieren sei – hätte auffallen können, dass dieser Fetus Belastungen durch Wehen nicht folgenlos verträgt. Entsprechend unverständlich und nicht nachvollziehbar sei das Handlungskonzept der Ärzte (*"Konzept des Weitermachens um einen unbekanntem Preis"*), welche das abgeleitete CTG nicht adäquat interpretiert und keine nachvollziehbar adäquaten Konsequenzen aus den vorliegenden Befunden gezogen, das heisst nichts zur Beschleunigung der Geburt unternommen hätten (vgl. Gutachten M S. 6). Dies nicht zuletzt eingedenk des Umstands der klinischen Angabe fehlender Kindsbewegungen. Die Feststellung abnehmender Kindsbewegungen war alleiniger Grund für die Klägerin, sich sieben Tage vor dem errechneten Geburtstermin in das Spital zu begeben, wie sie dem Beklagten bereits vor und auch bei Spitaleintritt mitgeteilt hatte. Dr. M hält schliesslich fest, dass um 03.15 Uhr, im Sinne einer kontinuierlichen Zuspitzung einer Problemsituation, eine entscheidungsfähige Situation mit eindeutigem Ergebnis vorgelegen hätte. Ebenso wäre man um 05.10 Uhr, auch wenn wiederum keine eigentliche Notfall-Situation vorgelegen habe, in einer Bilanz dazu gekommen, ein Kaiserschnitt sei indiziert (Schreiben Dr. M vom 4. September 2005 und 4. Januar 2006 S. 2, Beilagen 5 und 10 vom 10. April 2006).

l) Damit kommen sowohl der Gerichts- als auch der Privatgutachter letztlich zum gleichen Ergebnis, nämlich, dass aufgrund der aufgelaufenen CTG-Befunde und der Tatsache, dass bis 05.10 Uhr praktisch ein Geburtsstillstand vorlag (offensichtlich lag bisher keine effiziente Wehentätigkeit vor), nach den Regeln der geburtsärztlichen Kunst spätestens um diese Zeit ein Kaiserschnitt vorzunehmen war. Zum Gutachten M sei noch bemerkt, dass der Verfasser bei der Analyse der Vorgehensweise des Beklagten teilweise aus nachträglicher Sicht argumentiert, weshalb es nicht als primäre Beurteilungsbasis herangezogen wird. Eine Argumentation ex post scheint insbesondere etwa bei folgender Feststellung durch: *"Bei konsequenter Analyse der aufgelaufenen Reaktionen des Feten hätte (...) auffallen können, dass dieser Fet Belastungen durch Wehen nicht folgenlos verträgt"* (Gutachten M S. 6), oder zu 02.10 Uhr: *"Pathophysiologisch weist der Fet zu diesem Zeitpunkt ein grosses Problem auf (...), auf jeden Fall fehlt ihm ganz offensichtlich die Möglichkeit zur adäquaten Kompensation einer Dezeleration (...)"* mit der Folgerung, dass zu diesem Zeitpunkt kaum mehr davon ausgegangen werden kann, *"dass unter den gegebenen Umständen die Geburt auf vaginalem Weg problemlos zu Ende gebracht werden kann (...)"* (Gutachten M S. 4). Diese Äusserungen erstaunen angesichts der Tatsache, dass das CTG nur potenzielle Gefährdungen des Ungeborenen anzuzeigen vermag, weshalb sich ja gerade die Abklärung solch unklarer und sich verschlechternder CTG-Befunde nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebietet. Im Übrigen überzeugt auch der von Seiten der Kläger gegen das Gerichtsgutachten vorgebrachte Einwand, dieses wäre so unklar, dass es ergänzende Fragen nötig machte, nicht. Denn auch sie haben dem Privatgutachter Ergänzungsfragen zu dessen Gutachten gestellt, welches ihnen ursprünglich offenbar datiert vom 31. März 2005 vorlag, dem Gericht aber mit 31. Dezember 2005 datiert eingereicht wurde (vgl. Schreiben M vom 4. September 2005 sowie Gutachten M in Ordner 2 Beilagen 5 und 2 vom 12. April 2006). Im Weiteren begründen die Kläger auch ihre Behauptung, dem Gerichtsgutachter fehle es an klinischer Erfahrung, weshalb auf das Gutachten des Praktikers Dr. M abzustellen sei, nicht.

m) Zusammenfassend ergibt sich, dass den Ärzten des Beklagten im Hinblick auf die Regeln der ärztlichen Kunst vorzuwerfen ist:

- dass nicht schon um 03.00 Uhr der vorgesetzte Arzt beigezogen wurde;
- dass für das Einholen einer Zweitmeinung jedenfalls zu lange gewartet wurde, umso mehr, als das CTG seit längerem mindestens als abklärungsbedürftig zu bezeichnen war und sich durch konservative Massnahmen nicht korrigieren liess;
- dass zudem – bei seit 02.45 Uhr abklärungsbedürftigem CTG – das CTG von 03.17 bis 03.50 Uhr infolge Abwesenheit des Arztes beziehungsweise eines vorgesetzten Arztes im Gebärsaal der Klägerin 2 während über 30 Minuten nicht fortlaufend beurteilt wurde;
- dass demzufolge während über 30 Minuten gar keine Beurteilung und Klärung des aktuellen kindlichen Zustands trotz vorausgegangenen Anzeichen einer zunehmenden potenziellen Gefährdung der Klägerin 1 erfolgte;
- dass die Sectio-Bereitschaft nur unvollständig angeordnet wurde;
- dass ab 04.45 bis gegen 06.00 Uhr kein Arzt der Gynäkologie bei der Klägerin 2 im Gebärsaal anwesend war, um den Verlauf zu beurteilen und die nötigen Entscheidungen zu treffen, sondern nur eine Hebamme, die gleichzeitig noch eine andere Geburt zu betreuen hatte;
- dass bei Verzicht auf eine MBU nicht spätestens um 05.10 Uhr ein Entscheid zu einer Kaiserschnittentbindung gefällt (und umgesetzt) wurde;
- dass auch nach 05.15 Uhr keine Massnahmen zur Abklärung des tatsächlichen kindlichen Zustands unternommen wurden (pathologisches CTG führt nicht zu rascher Geburtsbeendigung);
- dass es selbst in der Schlussphase zu keiner vaginal-operativen Geburtsbeendigung kam.

9. Damit steht für das Gericht fest, dass das Vorgehen der Ärzte des Beklagten spätestens ab 03.17 Uhr nicht mehr den Regeln der ärztlichen Kunst entsprach und spätestens um 05.10 Uhr bei Verzicht auf eine MBU und insbesondere in Unkenntnis des tatsächlichen Zustandes der Klägerin 1 aufgrund der gesamten Umstände ein Kaiserschnitt hätte vorgenommen werden müssen. Infolgedessen muss sich der Beklagte in diesem Zeitraum mehrere und teilweise schwere Sorgfaltspflichtverletzungen vorhalten lassen.

## **V. Kausalzusammenhang**

1. a) Bei Klage wegen eines Kunst- oder Behandlungsfehlers muss der Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen der fehlerhaften Behandlung und dem Schaden beweisen (JÄGER / SCHWEITER, S. 105). Ursache im Rechtssinne ist jede Bedingung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfiel, die also "conditio sine qua non" war (BGE 132 III 715 Erw. 2.2 S. 718; ROLAND BREHM, in Berner Kommentar, Art. 41 N 106; GROSS, S. 193). Der Geschädigte hat den Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen Ursache und Schaden nicht wissenschaftlich genau und zwingend zu erbringen, sondern es genügt, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die natürliche Kausalität spricht. Dies bedeutet, dass nicht ein strikter und absoluter Beweis erforderlich ist. Vielmehr hat sich der Richter mit derjenigen Gewissheit zufrieden zu geben, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten nicht massgeblich in Betracht fallen. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 133 III 121 Erw. 3 S. 123 ff.; BGE 133 III 462 Erw. 4.4.2 S. 470;



Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, BVGE, 2008 Nr. 6 Erw. 4.2.2.1 S. 81, mit Hinweisen; CHRISTOPH MÜLLER, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes in AJP 2003 S. 522, 534; PALLY, S. 29).

b) Die Haftpflicht des Beklagten setzt weiter voraus, dass zwischen der Handlung/Unterlassung und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Adäquat und somit rechtserheblich ist ein Kausalverlauf, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet erscheint, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. Es genügt, wenn ein Schaden zwar relativ selten auftritt, aber doch als mögliche Folge ärztlichen Handelns im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit betrachtet werden muss (MORITZ W. KUHN, S. 610 ff., mit Hinweisen; BGE 119 Ib 334 Erw. 5b S. 345).

c) Um als adäquate Ursache eines Schadens zu gelten, muss der Kausalverlauf einer Handlung voraussehbar sein. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei nicht auf die persönlichen Kenntnisse und Fertigkeiten der schadensverursachenden Person an; vielmehr nimmt das Bundesgericht hinsichtlich der Voraussehbarkeit eines Schadenseintritts eine objektive nachträgliche Prognose vor: Das Gericht geht die Frage rückwärts an, vom eingetretenen Schaden ausgehend bis zur als Ursache eingeklagten Handlung, und beantwortet die Frage, ob eine solche Folge noch zu jenen zu zählen sei, die vernünftig und objektiv vorauszusehen waren. Dabei ist nicht von einer statistischen Häufigkeit der eingetretenen Folge auszugehen, sondern es ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls her rückwärts zu bestimmen, ob die fragliche Ursache immer noch als für den Schaden massgebend betrachtet werden kann (BVR 2007 S. 203 Erw. 5.2.2 S. 212, mit Hinweisen).

d) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der aus einem Kunst- beziehungsweise Behandlungsfehler Klagende neben dem eigentlichen Kausalzusammenhang überdies auch das den Schaden verursachende Verhalten des Arztes genau bezeichnen beziehungsweise beweisen. So hat er insbesondere detailliert anzugeben, welche Handlung oder Unterlassung des Arztes (fehlerhafte Diagnose, konkreter Eingriff beziehungsweise konkrete Therapiebehandlung, falsche Medikamentenabgabe usw.) den Kunst- oder Behandlungsfehler bewirkte beziehungsweise die adäquate Ursache des Schadens im Sinne einer "conditio sine qua non" darstellte (MORITZ W. KUHN, S. 613). Weil ein Gesundheitsschaden in der medizinischen Behandlung oft verschiedene Ursachen haben kann, die gewissermassen multifaktoriell zusammenwirken, ist der direkte Nachweis eines natürlichen Kausalzusammenhangs bei ärztlicher Pflichtverletzung oft schwierig, bei Unterlassung im naturwissenschaftlichen Sinne gar nicht zu erbringen. Wie oben ausgeführt, muss sich das Recht in solchen Fällen mit dem indirekten, dem Indizienbeweis begnügen. Er ist erbracht, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs dargetan ist. Ist gegen anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst verstossen worden, und liegt demnach ein Kunstfehler im medizinischen Sinne vor, so ist im Falle einer Schädigung des Patienten die Wahrscheinlichkeit des schädigenden Kausalverlaufs regelmässig gegeben. Diese Grundsätze sind in Lehre und Rechtsprechung anerkannt (GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 194 f., mit Hinweisen).

2. Vorliegend ist erstellt, dass die hauptsächlich vorwerfbaren Sorgfaltspflichtverletzungen in der nicht rechtzeitigen Vornahme von Massnahmen zur Abklärung des kindlichen Zustands unter der Geburt bestehen, insbesondere bei Verzicht auf eine MBU in der Nicht-Vornahme eines Kaiserschnitts spätestens um 05.10 Uhr. Es fällt auf, dass abgesehen von der kurzen Besprechung zwischen Arzt D und vorgesetztem Arzt A kein vorgesetzter Arzt sich um die Klägerinnen 1 und 2 gekümmert hat. Mithin mangelt es an einer

eigentlichen Betreuung der Klägerin 1 durch einen vorgesetzten Arzt. Angesichts des Geburtsverlaufs und der Tatsache der zeitweise völligen Abwesenheit einer notwendigen ärztlichen Geburtsbegleitung der Klägerin 2 namentlich von 04.45 bis kurz vor 06.00 Uhr - während über einer Stunde - fehlte es insbesondere auch an den Voraussetzungen, dass in dieser Zeit überhaupt die notwendigen ärztlichen Entscheide hätten gefällt werden können. Es handelt sich somit überwiegend um Unterlassungen, welche die Kläger dem Beklagten vorwerfen. Der Beweis der natürlichen Kausalität ist, wie oben dargelegt, bei ärztlicher Unterlassung im naturwissenschaftlichen Sinne nicht zu erbringen. Darum erstaunt es nicht, dass Dres. L und K die Frage der Kausalität dahingehend beantworten, es sei rein spekulativ zu sagen, inwieweit eine, zu welchem Zeitpunkt auch immer vorgenommene Schnittentbindung das Ausmass der Schädigung der Klägerin 1 reduziert hätte (ähnlich Gutachten M S. 10 f.). Denn es fehlt hierfür, wie der Gerichtsgutachter ausführt, eine exakte Dokumentation des kindlichen Zustands unter der Geburt als Ausgangswert. Die Gutachter argumentieren somit in rein naturwissenschaftlichem Sinne, wobei feststeht, dass die Ärzte des Beklagten, die entschieden haben, auf eine MBU zu verzichten und die Geburt per Wehenstimulation durchzuziehen, das Fehlen der genannten Dokumentation zu vertreten haben. Gemäss dargestellter Rechtslage genügt in einem solchen Fall der indirekte Beweis. Dieser ist erbracht, indem sowohl eine Schädigung der Klägerin 1 als auch schwere Sorgfaltspflichtverletzungen des Beklagten erstellt sind. Daraus folgt, dass die natürliche Kausalität zwischen den sorgfaltswidrigen Unterlassungen und dem Eintritt der Schädigung der Klägerin 1 zu bejahen ist. Diese Schlussfolgerung ist umso mehr gerechtfertigt, als nach 03.17 Uhr trotz des Verzichts auf eine MBU auch keine durchgehende CTG-Aufzeichnung vorliegt respektive keine durchgehende CTG-Auswertung erfolgte und das Geburtsgeschehen somit nicht vollständig dokumentiert ist, wodurch die Beweislage der Kläger teilweise vereitelt beziehungsweise zumindest erschwert wird, weshalb das Beweismass aufgrund dieser Umstände vorliegend ohnehin herabgesetzt wäre.

3. a) Zu prüfen bleibt, ob der vorliegende Schaden durch den Beklagten auch adäquat kausal verursacht worden ist, mithin, ob die ärztlichen Unterlassungen auch als rechts-erheblich zu betrachten sind. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob die Schädigung der Klägerin 1 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mögliche Folge der Unterlassungen des Beklagten ist. Bei Beantwortung dieser Rechtsfrage kann der Richter insbesondere auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellen.

Aus den Akten ergibt sich, dass die Klägerin 2, mit dem dritten Kind schwanger, nach unauffälligem Schwangerschaftsverlauf, nahe am Geburtstermin, am 14. Juni 1997 gegen Abend feststellte, dass sich das Kind nicht mehr so intensiv bewegte wie vorher. Darum trat sie aus Besorgnis darüber, jedoch ohne Wehen zu haben (vgl. KIBI 7/30), in der Nacht gegen 01.50 Uhr in das Spital ein. Das CTG war nicht normal, zeigte aber auch nicht das in der Literatur bei der seltenen fetomaternalen Transfusion mehrfach beschriebene sinusoidale Muster (spezielles wellenförmiges CTG-Muster). Nach künstlich weheninduzierter vaginaler Geburt wurde, wie dargestellt, die Klägerin 1 geboren, reanimiert und notfallmässig in das Universitätsspital nach Bern (Inselspital) verlegt. Aufgrund von Blutanalysen nach der Geburt wurde eine fetomaternalen (Makro)transfusion diagnostiziert, welche dazu geführt hatte, dass die Klägerin 1 bis zum Zeitpunkt der Geburt schätzungsweise 75% ihres Blutes verloren hatte (vgl. Gutachten M S. 9; vgl. auch KIBI 15 S. 4). Sie wurde aufgrund der vorliegenden Akten mit einem Hämoglobin von 3.9 g/dl (vgl. KIBI 7/19; ein Geräteausdruck dieser ersten Blutentnahme liegt nicht vor; Normalwert: 16.8 g/dl [M.H. KLAUS / A.A. FANAROFF, Care of the high-risk neonate, Philadelphia 2001, vgl. Gutachten M S. 9]), einem pH von rund 7.04 (vgl. KIBI 7/18 [Ausdruck ohne Zeitangabe, KIBI 7/19: 15 Minuten nach Geburt]; pH-Minimum: 6.9, vgl. Bericht der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik, Inselspital Bern, vom 26. Juni 1997; pH von 6.998 um 07.12 Uhr, vgl. KIBI 7/18) und

einem APGAR von 0/0/2 als praktisch totes Kind geboren (KIBI 7/35) und wies namentlich eine schwere Hirnschädigung auf.

Es stellt sich damit die Rechtsfrage, ob die bei Geburt festgestellte schwere Hirnschädigung (hypoxisch-ischämische Enzephalopathie, vgl. KIBI 7/35) der Klägerin 1 bei ausgeprägter Anämie (Mangel an roten Blutkörperchen im Kreislauf des Kindes) auf der Basis einer fetomaternalen (Makro)transfusion (ICD-10 P50.4; infolge eines bis zum Zeitpunkt der Geburt stattgefundenen Übertritts von kindlichem Blut in den Blutkreislauf der Mutter) und ausgeprägter Azidose (schwerer Sauerstoffmangel im Gewebe der Klägerin 1, insbesondere im Hirngewebe) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und allgemeiner/medizinischer Erfahrung letztlich durch die sorgfaltswidrige Unterlassung eines Kaiserschnitts durch den Beklagten (ein Kaiserschnitt wäre vorliegend, wie ausgeführt, bis spätestens um 05.10 Uhr, eventuell bereits gegen 03.40 Uhr vorzunehmen gewesen) herbeigeführt worden ist, oder aber diese Unterlassung zumindest allgemein geeignet war, den Eintritt eines Hirnschadens in der Art des eingetretenen zu begünstigen.

b) Die Frage, inwieweit der Gesundheitszustand der Klägerin 1 durch ein anderes Vorgehen unter der Geburt beeinflussbar gewesen wäre, kann gemäss dem FHM-Gutachten nicht aufgrund von eindeutigen Fakten beurteilt werden. Es bestehe hier ein weiterer Raum für Spekulationen. Es sei völlig unklar, zu welchem Zeitpunkt die fetomaternale Transfusion (Blutübertritt vom Fetus in den Kreislauf der Mutter) eingesetzt habe. Am 8. Juni 1997 sei das Herzfrequenzmuster völlig unauffällig gewesen und auch unmittelbar nach der Aufnahme der Klägerin 2 habe das CTG kein sinusoidales Muster gezeigt. Allerdings sei das CTG bereits um 02.10 Uhr suspekt gewesen (rund 20 Minuten nach Beginn der CTG-Aufzeichnung) und hätte spätestens gegen 03.00 Uhr eine MBU gerechtfertigt. Bei dieser hätte man dann nicht nur den aktuellen pH-Wert aus dem kindlichen Kapillarblut (Blut aus den Endstrombahnabschnitten des Gefässsystems) feststellen, sondern auch Hinweise auf eine möglicherweise bestehende Anämie des Feten gewinnen können. Hätte man zu diesem Zeitpunkt bereits eine schwere Azidose und eine fetale Anämie festgestellt, hätte der Kaiserschnitt möglicherweise keine wesentliche Verbesserung der Gesundheitssituation des Neugeborenen bewirkt. Wenn die MBU jedoch eine leichte Azidose ergeben hätte, so wäre nach einem Kaiserschnitt mit grosser Wahrscheinlichkeit der Zustand des Neugeborenen besser gewesen als nach einer vaginalen Geburt drei Stunden später. Zusammenfassend kamen die Experten zum Schluss, dass es zu einer ausgeprägten fetomaternalen Transfusion gekommen sei, die im Aufnahme-CTG nicht mit einem pathologischen Herzfrequenzmuster assoziiert gewesen sei. Da keine MBU durchgeführt worden sei, lasse sich der kindliche Zustand unter der Geburt nicht eindeutig beurteilen. Die Aktenlage lasse einen schlüssigen Beleg für die Argumentation, dass durch eine frühzeitige Kaiserschnittentbindung der Zustand des Neugeborenen besser gewesen wäre, nicht zu (vgl. KIBI 15).

Sämtliche Gutachter vermuten aufgrund des unspezifischen Symptoms der verminderten Kindsbewegungen, dass die ausgeprägte fetomaternale (Makro)Transfusion bereits vor dem Spitaleintritt erfolgt sei (KIBI 15 S. 6; act. 88 S. 11; Gutachten M S. 10 f.). Dres. L und K sagen aber gleichzeitig, dass die fetomaternale Transfusion auch erst unter der Geburt eingetreten sein könnte (KIBI 15 S. 4; act. 88 S. 8 oben), der Zeitpunkt sei letztlich unklar. Jedenfalls war das CTG bei Eintritt gemäss den FMH-Gutachtern nicht mit einem pathologischen beziehungsweise sinusoidalen Muster assoziiert (KIBI 15 S. 6). Diese CTG-Interpretation wird durch den Austrittsbericht des Inselspitals Bern vom 26. Juni 1997 gestützt, in dem das CTG bei Eintritt als "leicht eingeschränkt" beurteilt wurde (KIBI 8). Damit ist entgegen der späteren Äusserung von Dr. L (vgl. act. 116 S. 3) nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass bereits bei Spitaleintritt eine ausgeprägte fetomaternale Transfusion vorlag, welche in der Folge über eine Anämie eine Azidose

bewirkt hatte (vgl. act. 88 S. 11). Infolgedessen ist auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass bei Spitaleintritt bereits eine Schädigung der Klägerin 1 bestanden hatte (act. 116 S. 3). Vielmehr ist mit den FMH-Gutachtern davon auszugehen, wie weiter unten ausgeführt wird, dass es in Folge der Anämie *"unter der Geburt"* zur schweren Azidose der Klägerin 1 gekommen ist (KIBl 15 S. 4).

Zur Frage, wann die Schädigung der Klägerin 1 eingetreten ist, antwortete Dr. L später, dass dies möglicherweise bereits vor der Geburt der Fall war, möglicherweise mit Verschlimmerung unter der Wehentätigkeit. Eine Schädigung könnte aber auch erst unter der Geburt eingetreten sein. Allerdings sei (statistisch) die häufigste Ursache (90%) für eine kindliche Schädigung vor der Geburt zu suchen. Nur 10 % der Schädigungen träten während der Geburt auf. Dabei beruft er sich auf die Studien von Parer, Gaffney und Nelson (J.T. PARER / T. KING, Fetal heart rate monitoring: is it salvageable? *Am J Obstet Gynecol* 2000 S. 982 ff.; G. GAFFNEY et al., Case-control study of intrapartum care, cerebral palsy, and perinatal death, *BMJ* 1994 S. 743 ff.; K.B. NELSON et al., Uncertain value of electronic fetal monitoring in predicting cerebral palsy, *N Engl J Med* 1996 S. 613 ff.). Er fährt fort, dass gemäss Scheller (J.M. SCHELLER / K.B. NELSON, Does cesarean delivery prevent cerebral palsy or other neurologic problems of childhood? *Obstet Gynecol* 1994 S. 624 ff.) mittels eines Kaiserschnitts die Risiken für neurologische Schädigungen und eine Zerebralparese nicht zu reduzieren seien (act. 88 S. 8). Zu den ersten Studien bemerkt Dr. M in seinem Schreiben vom 4. Januar 2006, dass diesen nicht ein spezifisches Kollektiv von Fällen mit pathologischem CTG zugrunde liege. Er hat in seinem Gutachten dargelegt, dass das Symptom der verminderten oder fehlenden Kindsbewegungen in nicht wenigen Fällen mit einer schweren Störung einhergehe, deren Konsequenz schwerste hypoxisch-ischämische Enzephalopathie oder Tod sein können. Wenn allerdings die Geburt zügig erfolgte, habe eine Reihe von Kindern auch folgenlos überlebt (Gutachten M S. 9, mit Hinweis). Mit Blick auf die Geburtsbetreuung hielt er fest, dass der seltenen fetomaternalen Transfusion höchstens durch rechtzeitige adäquate Reaktion auf Frühzeichen wie eingeschränkte Kindsbewegungen und CTG-Veränderungen erfolgreich begegnet werden könne. Werden diese Chancen nicht rechtzeitig genutzt, müsse in schweren Fällen mit erheblichem Blutverlust des Feten und zusätzlichen respiratorischen und metabolischen Belastungen mit einem ungünstigen Ausgang gerechnet werden (Gutachten M S. 11). In Erwiderung auf Dr. M und gestützt auf eine Studie von Leveno von 1986 (KJ. LEVENO / FG. CUNNINGHAM / S. NELSON / M. ROARK / ML. WILLIAMS / D. GUZICK et al., A prospective comparison of selective and universal electronic fetal monitoring in 34'995 pregnancies, *N Engl J Med* 1986 S 615 ff.) führte Dr. L daraufhin aus, dass es sehr schwer sei, aus dem CTG eine Ursache-Wirkungsbeziehung abzuleiten (act. 116 S. 2).

c) Zunächst ist festzuhalten, dass Dr. L hinsichtlich der von ihm zitierten Studien nicht angibt, ob ihnen ein Kollektiv zugrunde liegt, bei dem eine fetomaternalen Transfusion stattfand. Zudem ist bei der Beantwortung der Frage der adäquaten Kausalität nicht auf statistische Werte abzustellen. Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern diesen Aussagen vorliegend Beweiswert zukommt. Hinsichtlich der erwähnten Studie Leveno und insbesondere der Wertigkeit des subpartualen CTG stellt das Gericht vielmehr fest, dass der von Dr. L erwähnten AWMF-Leitlinie 2004 Nr. 015/036 (Ziff. 4.2) Folgendes entnommen werden kann: *"Die zunächst vorliegenden prospektiv randomisierten Studien (..., Leveno 1986, ...) fanden selbst in Hochrisikokollektiven keine Verbesserung des perinatologischen "outcome", abgesehen von Krämpfen im Neugeborenenalter. (...) Neuere Auswertungen der vorliegenden Studien (nach Herausnahme von Studien mit methodischen Fehlern) ergeben allerdings Vorteile der elektronischen CTG-Registrierung: Nach Vintzileos führt das CTG zu einer Reduktion der perinatalen Mortalität (...) und zu einer signifikant verbesserten Erkennung der verschiedene Formen der Geburtsazidose (Vintzileos 1995a, EL Ib)".* Zudem

hat das Beweisverfahren ergeben, dass bei schlechtem CTG es nur in 30-40% der Fälle zu keinem abnormalen Verlauf für das Kind kommt (vgl. unter anderem act. 38 S. 6). Das bedeutet, dass es in 60-70% der Fälle mit schlechtem CTG tatsächlich zu einem abnormalen Verlauf kommt. Das wiederum heisst, dass bei im CTG angezeigter bloss potenzieller Gefährdung sich in 60-70% dieser Fälle herausstellt, dass das Kind im Mutterleib tatsächlich gefährdet war. Aus dem Gesagten kann somit wohl nur der Schluss gezogen werden, dass sich im Einzelfall eine regelkonforme CTG-Überwachung lohnt, wenn aus schlechten CTG's, gemäss den Regeln der ärztlichen Kunst, rechtzeitig die nötigen Konsequenzen gezogen werden und mithin ein Kaiserschnitt vorgenommen wird, wenn weiteres Zuwarten nicht mehr vertretbar ist. Dies war vorliegend mit Sicherheit um 05.10 Uhr der Fall, möglicherweise bereits gegen 03.40 Uhr.

d) Hätte eine Mikroblutuntersuchung um 03.00 Uhr eine leichte Azidose gezeigt, wäre nach einem Kaiserschnitt mit grosser Wahrscheinlichkeit der Zustand des Neugeborenen besser gewesen als nach einer vaginalen Geburt drei Stunden später (KIBI 15 S. 6; act. 88 S. 12). Dass eine asphyktische Schädigung in der Regel somit kumulativ und progressiv verläuft, wie auch die Kläger einbringen (vgl. act. 151 S. 33; Gutachten M S. 9 ff.), dürfte eine Erfahrungstatsache darstellen. Der zeitliche Verlauf, der Schweregrad und die Dauer des Sauerstoffmangels beeinflussen das Ausmass der Gehirnverletzung und der sekundären asphyktischen Schädigung. Entsprechend stellt eine (durch Abklärung objektivierte) *"fetale Azidose"* eine absolute Sectio-Indikation dar, was bedeutet, dass ein Kaiserschnitt *"aus zwingenden geburtsmedizinischen Gründen, namentlich zur Rettung von Leben und Gesundheit des Kindes"* (AWMF online 2006, Leitlinie Nr. 015/054: Absolute und relative Indikation zur Sectio caesarea und so genannte Sectio auf Wunsch, Kp. 2 Ziff. 1 lit. a) rasch vorzunehmen ist (vgl. auch AWMF online 2004, Leitlinie Nr. 015/036 zur Anwendung des CTG während der Schwangerschaft und Geburt, Kp. 5 Ziff. 5.5.1). Dasselbe gilt bei der relativen Sectio-Indikation, bei der namentlich infolge *"pathologischen CTG's, protrahierter Geburt (und) Geburtsstillstand"* eine Abwägung der geburtsmedizinischen Risiken für Mutter und Kind geboten (AWMF online 2006, Leitlinie Nr. 015/054, Kp. 2 Ziff. 1 lit. b) und eine Sectio durchzuführen ist, sobald ein weiteres Abwarten aufgrund der medizinischen Handlungsregeln nicht mehr vertretbar ist. Auch wenn der Gerichtsgutachter somit anmerkt, dass es *"wegen fehlender exakter Dokumentation des kindlichen Zustandes unter der Geburt"* rein spekulativ sei, inwieweit ein Kaiserschnitt um 05.10 Uhr oder zu einem früheren Zeitpunkt einen günstigeren postpartalen (nachgeburtlichen) Verlauf ermöglicht hätte (act. 66 S. 11; act. 116 S. 3 unten), ist davon auszugehen, dass solche Leitlinien und Handlungsregeln einer gynäkologischen Fachgesellschaft, welche im Übrigen, wie dargestellt, auch bei der Beklagten galten, auf langjähriger klinischer Erfahrung beruhen und nicht grundlos erstellt werden. Mithin ist davon auszugehen, dass ihre Befolgung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geeignet ist, Schäden der eingetretenen Art zu verhindern oder zumindest zu vermindern.

e) Vorliegend war, wie dargestellt, spätestens um 05.10 Uhr eine rasche Schnittentbindung indiziert. Bei erstellter Sectiobereitschaft wäre die Klägerin 1 spätestens um 05.30 bis 05.40 Uhr geboren worden. Stattdessen wurde sie durch die Hebamme um diese Zeit bei schweren variablen Dezelerationen (05.40 Uhr) erneut intrauterin reanimiert. Danach dauerte es nach Erhöhung der Syntocinongabe um 05.50 Uhr (und damit unter künstlich erhöhtem Geburtsstress für das Kind) bei pathologischem CTG (mit schweren variablen Dezelerationen) noch 41 Minuten bis zur vaginalen Geburt, wobei das CTG um 06.15 Uhr *"schwerste"* variable Dezelerationen aufweist (KIBI 15 S. 3 und 5). Wie aus dem Zustand der Klägerin 1 bei Geburt geschlossen werden muss - sie war, wie dargelegt, ohne jedes Lebenszeichen praktisch tot geboren worden (APGAR 0 noch 5 Minuten nach der Geburt) mit insbesondere schwerer Anämie und schwerer metabolischer Azidose (vgl. unter

anderen KIBI 7/18, 7/19 und KIBI 15 S. 4 Mitte sowie oben II. 1. b sowie V. 3 zu Beginn) - , bestand die im CTG angezeigte potenzielle schwere Gefährdung der Klägerin 1 tatsächlich. Dies bedeutet, dass die Klägerin 1 nach erneuter intrauteriner Reanimation um 05.40 Uhr und nach Erhöhung des Syntocinon 10 Minuten später, vorgeburtlich während mindestens 20 bis 40 Minuten einem zunehmend erheblichen Sauerstoffmangel ausgesetzt gewesen sein musste, welcher jedenfalls geeignet war, nach unauffälligem Schwangerschaftsverlauf die festgestellte schwere hypoxisch-ischämische Hirnschädigung zu verursachen (vgl. dazu gemäss Angaben des Vertreters der Klägerin 7 etwa LARSEN, S. 1009 f. sowie KAY GOERKE / JOACHIM STELLER / AXEL VALET, *Klinikleitfaden Gynäkologie / Geburtshilfe*, 7. A., 2008, S. 345) und welcher letztlich praktisch zum Tod der Klägerin 1 noch kurz vor der Geburtsbeendigung geführt hatte (vgl. APGAR 0/0/2). Da eine Hirnschädigung gemäss allgemeiner Erfahrung progressiv verläuft und sich je schwerer ausprägt, je mangelhafter die Versorgung des Gehirns wird und je länger dieser ungünstige Zustand andauert, ist vorliegend aufgrund des Dargelegten somit mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass eine rechtzeitige Kaiserschnittentbindung die Hirnschädigung der Klägerin 1 verhindert hätte oder zumindest geeignet gewesen wäre, das Ausmass der Hirnschädigung erheblich zu begrenzen. Jedenfalls war die Gefahr, dass die Klägerin 1 bei Fortsetzung der vaginalen Geburt tatsächlich Schaden nehmen könnte, spätestens um 05.10 Uhr aufgrund der gesamten Umstände klar erkennbar, mithin eine mögliche Schädigung vorhersehbar; es war und ist bekannt, dass schlechte CTG's mit einer Gesundheitsschädigung des Neugeborenen, namentlich einer Hirnschädigung, einhergehen können und dass daher rechtzeitig die nötigen Massnahmen ergriffen werden müssen, um solches zu verhindern.

f) Wäre hingegen die Klägerin 1 bei Spitaleintritt infolge einer bereits stattgefundenen fetomaternalen Transfusion erheblichen Ausmasses bereits hirngeschädigt gewesen, so könnte nicht plausibel erklärt werden, wie sie in einem solchen Zustand schwerer Anämie und Azidose die Belastungen der geschilderten stundenlangen Geburt physisch überhaupt hätte überleben können.

Damit ist vorliegend gemäss dargestellter Rechtslage die Wahrscheinlichkeit des schädigenden Kausalverlaufs infolge unterlassenen Kaiserschnitts zu bejahen und mithin die adäquate Kausalität zwischen der sorgfaltswidrigen Betreuung der Geburt durch den Beklagten und der Schädigung der Klägerin 1 erstellt.

4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich nach unauffälligem Schwangerschaftsverlauf bei der Klägerin 1 im Rahmen des Geburtsgeschehens eine durch schweren Blutverlust entstandene schwere Anämie (Blutung via fetomaternale Transfusion) und damit einhergehend eine mangelnde Organversorgung mit Sauerstoff ereignet hat. Eine so hervorgerufene Hirnschädigung wird nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge umso grösser, je schwerer die Anämie und im Gefolge die Hypoxie sich ausprägt und je länger dieser Zustand ohne medizinische Abhilfe andauert. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die bei der Geburt erkannte schwere Hirnschädigung der Klägerin 1 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mögliche Folge der äusserst mangelhaften Geburtsüberwachung ist, indem gegen die Regeln der ärztlichen Kunst bei Verzicht auf eine MBU und unter alleinigem Abstellen auf das CTG nicht spätestens um 05.10 Uhr die Entscheidung zu einem raschen Kaiserschnitt getroffen wurde. Insbesondere war aufgrund des bisherigen Geburtsverlaufs und des aufgezeichneten CTG's die Gefahr einer Hirnschädigung der Klägerin 1 vernünftig und objektiv erkennbar und die Möglichkeit ihres Eintritts vorhersehbar und daher ein längeres Zuwarten ab 05.10 Uhr nach den Regeln der geburtsärztlichen Kunst nicht mehr vertretbar.

Dass die Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten rechtserheblich ist, darf im Übrigen auch aus dem Umstand abgeleitet werden, dass aufgrund der nicht vollständigen CTG-Dokumentation letztlich nicht beurteilt werden kann, ob ein Kaiserschnitt nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht bereits gegen 03.40 Uhr hätte vorgenommen werden müssen. Jedenfalls wäre nach Ansicht der FMH-Gutachter der Zustand der Klägerin 1 bei Geburt mit grosser Wahrscheinlichkeit besser gewesen, wenn eine MBU um 03.00 Uhr eine leichte Azidose gezeigt hätte und danach eine Kaiserschnittentbindung erfolgt wäre. Aufgrund allgemeinmenschlicher Überlegung darf auch angenommen werden, dass die künstliche Stimulierung von Wehen geeignet war, die fetomaternale Blutung und mithin die Anämie und Azidose der Klägerin 1 zu fördern. Ganz abgesehen davon dürfte ein anämisches und azidotisches Ungeborenes Wehenstress umso weniger unbeschadet überleben, je länger es diesem Stresszustand ausgesetzt ist und je schlechter seine physische Kondition durch den Blutverlust wird. Anders gewendet, wäre die Klägerin 1, welche durch fetomaternale Blutung zum Zeitpunkt der Geburt rund 75% ihres eigenen Blutes verloren hatte, schwer azidotisch und praktisch tot war, bereits bei Spitaleintritt durch eine bereits stattgehabte fetomaternale Blutung erheblichen Ausmasses geschädigt gewesen, wofür es keine sicheren Hinweise gibt (denn abnehmende Kindsbewegungen am Ende der Schwangerschaft gelten als unspezifisches Zeichen, vgl. Gutachten M S. 4 unten, act. 116 S. 2), könnte nicht vernünftig nachvollzogen werden, wie sie mit einer solchen Vorschädigung den Stress einer vaginalen Geburt von mehreren Stunden Dauer überhaupt hätte überleben können. Aufgrund des Dargelegten ist somit zwischen dem eingetretenen Schaden und den pflichtwidrigen Unterlassungen des Beklagten, insbesondere in der Nichtvornahme eines Kaiserschnitts, ein adäquatkausaler und damit ein rechtserheblicher Zusammenhang zu bejahen. Eine andere Lösung würde nicht zuletzt dem Grundgedanken der gesetzlichen Haftpflicht widersprechen, dass ein Handlungsträger sich dadurch einer möglichen Haftung entziehen könnte, indem er im Einzelfall medizinisch indizierte Abklärungsmassnahmen unterlässt.

## **I. Schlussfolgerungen**

1. Nach dem Gesagten ist die Haftpflicht des Beklagten im Grundsatz zu bejahen. Gründe für eine Herabsetzung (vgl. Art. 44 OR) der Ersatzpflicht liegen nicht vor und werden im Übrigen auch nicht geltend gemacht. Folglich haben die Kläger Anspruch auf Schadenersatz. Dessen Höhe wird in einem späteren Verfahren festzusetzen sein.
2. Nebst dem Schadenersatz machen die Kläger auch Genugtuungsansprüche geltend. Die Genugtuung ersetzt immateriellen Schaden. Zur Anwendung wird wohl der bereits zitierte Art. 7 Abs. 1 HGG gelangen. Ob und in welchem Umfang solche Verletzungen vorliegen, ist eine Frage der Schadenshöhe und wird im nachfolgenden Verfahren zu prüfen sein (vgl. BVR 2003 S. 241 Erw. 7 S. 253).
3. Die Akten sind an den Instruktionsrichter zurückzuweisen zur Fortführung des Verfahrens, nämlich zur Feststellung des Schadensersatz- und Genugtuungsanspruchs. Dazu wird insbesondere auch die Frage gehören, ob der Kläger 6, der nach der Geburt der Klägerin 1 auf die Welt kam, Anspruch auf Genugtuung haben kann.

## **J. Rechtsmittel**

Der vorliegende Entscheid ist ein Zwischenentscheid, mit welchem die Voraussetzungen der Haftung des Beklagten bejaht werden. Ein Rechtsmittel ist nicht gegeben (vgl. BGE 132 III 785; Urteil des Bundesgerichts 4A\_109/2007 vom 30. Juli 2007).

**K. Kosten**

Die Kosten dieses Entscheids bleiben vorbehalten.

**D e r H o f e r k e n n t :**

- I. Die Klage wird insofern gutgeheissen, als die Haftpflicht des Beklagten im Grundsatz bejaht wird.
- II Die Akten gehen zurück an den Instruktionsrichter.
- III. Die Kosten bleiben vorbehalten.

*105.1; 105.2; 105.7*