Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 605/2019

Urteil vom 27. Mai 2020

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterin Niquille,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwälte
Christoph Frey und Matthias Spinner,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwälte
Silvio Riesen und Martin Hablützel,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Anwaltshaftung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 4. November 2019 (ZK 19 169).

Sachverhalt:

A.

A.a. Bei einer Arztkonsultation im April 2003 wurden bei B._____, (Kläger; Beschwerdegegner) eine Hypertonie und eine leichte periphere Verschlusskrankheit festgestellt. Im Mai 2003 klagte er über Schmerzen in der rechten Hand mit "Weisswerden" von Mittel- und Ringfinger. Daraufhin wurde die blutdrucksenkende Medikation geändert. Am 2. Juni 2003 stellte der Hausarzt Hinweise auf eine mangelnde Durchblutung und eine beginnende Nekrotisierung im Bereich der Endglieder von Ring- und Mittelfinger der rechten Hand fest. Bei einer der zwei Hauptarterien zur Blutversorgung des rechten Unterarms war zudem kein Puls fühlbar. Daher überwies der Hausarzt den Kläger an das Spital X._____ zur weiteren Abklärung. Die dort durchgeführte Untersuchung ergab an allen Fingern der rechten Hand den Befund "schwer pathologisch" oder "Nulllinie". Zur weiteren Abklärung wurde durch Zuweisung an das von der C._____ AG (Spitalbetreiberin) betriebene Spital Y._____ die Angiografie zur Darstellung des Aortabogens und der rechten Arteria subclavia sowie der rechten Arm- und Handarterien veranlasst.

A.a.a. Bei der Abklärung durch die leitende Radiologin kam es zu Schwierigkeiten beim Einbringen des Katheters, so dass der Chefarzt Radiologie beigezogen werden musste. Kurz vor dessen Eintreffen begann der Kläger zu gähnen, was von der leitenden Radiologin als Folge des wegen Anstiegs des Blutdrucks verabreichten Phethidin interpretiert wurde. Nach Wechsel des Katheters gelang dem Chefarzt nach mehreren Versuchen die Sondierung der Arteria subclavia. Der Chefarzt übergab die Untersuchung wieder der leitenden Radiologin. Es wurde ein Kontrastmittel injiziert, ein vorübergehender Spasmus festgestellt und dem Kläger eine Kapsel Nitroglyzerin verabreicht. Es liess sich eine gute Darstellung der Handarterien erreichen, wobei dem schläfrigen Patienten die Hand gehalten werden musste, um keine verwackelten Aufnahmen zu erzielen.

A.a.b. Nach Beendigung der Angiografie war der Kläger nicht mehr in der Lage, adäquate Antworten zu geben, und dessen rechter Arm war gelähmt. Der Kläger hatte im Verlauf der Untersuchung einen ischämischen Schlaganfall erlitten und wurde auf die Intensivpflegestation der Spitalbetreiberin verlegt. Auf eine systematische Thrombolysetherapie wurde verzichtet. Am 18. Juni 2003 wurde ein Computertomogramm des Schädels erstellt. Es zeigte eine frische Schädigung des Gehirns im Bereich der betroffenen Arterie. Der Kläger ist seit dem Hirninfarkt rechtsseitig gelähmt und in seiner Sprechfähigkeit und in anderen im Alltag erforderlichen Fähigkeiten stark behindert.

A.b. Vor dem Bezirksgericht Hinwil verlangte der Kläger vertreten durch Rechtsanwalt A._____ von der Spitalbetreiberin wegen fehlender Aufklärung und mangelhafter Behandlung einen Betrag von über Fr. 1 Mio. gemäss gerichtlicher Bestimmung als Schadenersatz sowie Fr. 160'000.-- als Genugtuung. Seine Ehefrau forderte Fr. 80'000.-- Genugtuung, alles jeweils nebst Zins.

A.b.a. Auf übereinstimmenden Antrag der Parteien wurde das Prozessthema auf die gutachterlich zu klärende Frage nach Behandlungsfehlern und deren allfällige natürliche Kausalität für den aktuellen Gesundheitszustand des Klägers beschränkt. Das Bezirksgericht Hinwil holte zu dieser Frage bei Dr. med. D._____ und Prof. Dr. E._____ ein Gutachten ein. Nachdem das Gutachten am 2. Oktober 2009 erstattet worden war, wurde den Parteien Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen und eine allfällige Ergänzung oder Erläuterung zu beantragen. Während die Spitalbetreiberin diese Möglichkeit nutzte, wurden die Kläger säumig. Ihr Fristwiederherstellungsgesuch wies das Bezirksgericht ab. Daraufhin beauftragten der Kläger und seine Ehefrau einen anderen Rechtsanwalt mit der Wahrung ihrer Interessen. Nachdem die Gutachter in einem Ergänzungsgutachten die Ergänzungsfragen der Spitalbetreiberin beantwortet und die Parteien dazu Stellung genommen hatten, wies das Bezirksgericht Hinwil die Klage ab. Gleich entschied am 10. Juli 2012 das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Bezug auf den Schlaganfall erachtete es eine Pflichtverletzung für nachgewiesen. Wegen der Schläfrigkeit des Klägers hätten früher Abklärungen getroffen und dieser an das
Spital X._____ überwiesen werden müssen. Dort hätte nach notfallmässigen Untersuchungen gegebenenfalls eine thrombolytische Behandlung installiert werden können. Den Nachweis der Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden erachtete es dagegen nicht für erbracht, da gemäss Gutachten auch bei einer thrombolytischen Behandlung mit 77 % Wahrscheinlichkeit mit einem schlechten Verlauf hätte gerechnet werden müssen. Damit spreche keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und der eingetretenen körperlichen Schädigung.

A.b.b. Die vom Kläger und seiner Ehefrau gegen diesen Entscheid angestrengte Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht mit Urteil 4A 516/2012 vom 8. Februar 2013 ab, soweit es darauf eintrat.

B.
Mit Teilklage vom 20. August 2015 verlangte der Kläger vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland von seinem ursprünglichen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt A._____ (Beklagter; Beschwerdeführer), Fr. 30'000.--.

B.a. Vor Regionalgericht wurden den ursprünglichen Gutachtern D._____/E._____ mündlich Ergänzungsfragen gestellt und es wurde ein Obergutachten eingeholt. Am 15. Februar 2019 hiess das Regionalgericht die Klage gut.

B.b. Die dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Bern am 4. November 2019 ab.
Das Obergericht ging im Wesentlichen davon aus, für die Haftung des Beklagten sei entscheidend, ob ihm eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei und ob der Prozess vor den Gerichten in Zürich ohne Pflichtverletzung für den Kläger günstiger herausgekommen wäre. Die Anordnung eines Obergutachtens erachtete es als unzulässig, da das Bezirksgericht Hinwil die Mängel des Gutachtens D._____/E._____ ohne Anordnung eines Obergutachtens selbst hätte beheben können. Der Pflichtverlet zung der verpassten Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen mass es insoweit keine Bedeutung zu, als die vorgesehenen Fragen nichts am Prozessausgang geändert hätten.
Dagegen hätte der Beklagte erkennen und darauf hinweisen müssen, dass die Gutachter D._____/E._____ ihrem Gutachten einen unzutreffenden Kausalitätsbegriff zugrunde gelegt hätten. Wäre ein entsprechender Hinweis erfolgt, wäre das Bezirksgericht Hinwil nach Auffassung des Obergerichts auf eine Wahrscheinlichkeit von 72 % gekommen, dass der Kläger bei optimaler

Behandlung des Hirninfarkts mit Thrombolyse einen besseren Zustand als den mRS-Wert 5 erreicht hätte. Gestützt darauf hätten die zürcherischen Gerichte das notwendige Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erbracht angesehen. Dies wäre nach Meinung des Obergerichts vom Bundesgericht nicht beanstandet worden, das lediglich geprüft hätte, ob die Anwendung des kantonalen Rechts willkürlich ist und Art. 9 BV verletzt (vgl. zit. Urteil 4A 516/2012 E. 2 mit Hinweisen), da sich die Haftung der Spitalbetreiberin nach dem kantonalen Haftungsgesetz vom 14. September 1969 (LS 170.1, HG/ZH) beurteilte. Mangels hinreichender Beanstandung des Entscheides des Regionalgerichts in Be zug auf die Höhe des zugesprochenen Betrages erachtete das Obergericht den eingeklagten Betrag für ausgewiesen.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Beschwerdegegner schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert eine Beschwerdereplik und eine (auf einen Punkt beschränkte) Beschwerdeduplik eingereicht.

Erwägungen:

1.
Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 134 II 235 E. 4.3.4 S. 241). Immerhin prüft das Bundesgericht unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen
hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweis). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 S. 106; 138 I 171 E. 1.4 S. 176; 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53). Im Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist die Praxis zum Rügeprinzip gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG (vgl. dazu BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.) weiterzuführen (BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

1.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

1.1.1. Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1 S. 566; 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen).

1.1.2. Eine Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das

Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

1.2. Auch für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die in E. 1.1 hiervor genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Neue Vorbringen und Beweismittel sind nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was wiederum näher darzulegen ist (BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

1.2.1. Zur hinreichenden Begründung einer Sachverhaltsrüge genügt es nicht, dem Bundesgericht, ohne eine substanziierte Sachverhaltsrüge zu erheben, einfach eine eigene Version des Sachverhalts zu unterbreiten, und das angefochtene Urteil als willkürlich oder offensichtlich unhaltbar zu bezeichnen. Ein derartiges Vorgehen verkennt die grundsätzliche Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid (Art. 97 und 105 BGG). Es geht nicht an, in einer Beschwerde in Zivilsachen appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung des kantonalen Gerichts zu üben und Ergänzungen bezüglich der tatsächlichen Feststellungen vorzunehmen, als ob dem Bundesgericht im Beschwerdeverfahren die freie Prüfung aller Tatfragen zukäme (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 136 II 489 E. 2.8 S. 494; je mit Hinweisen).

1.2.2. Um eine Willkürrüge rechtsgenüglich zu begründen, ist weder notwendig noch hilfreich, den angefochtenen Entscheid, wie dies in der Beschwerde geschieht, mit möglichst blumiger oder gar herabsetzender Umschreibung (der Entscheid ist "haltlos", erfolgt in "krasser Verletzung von Recht" und gestützt auf "massiv willkürliche Sachverhaltsfeststellung"; die Vorinstanz stellt in "anmassender Weise" ihre "fachlich unkundige Beurteilung" an die Stelle der Meinungen der Fachärzte und Gutachter u.s.w.) als offensichtlich unhaltbar zu bezeichnen. Eine unzulässige appellatorische Kritik wird auch dadurch, dass der angefochtene Entscheid an deren Ende als willkürlich bezeichnet wird, nicht zu einer hinreichenden Begründung. Das Augenmerk hat sich vielmehr auf die Begründung zu richten, indem konzis dargelegt wird, inwiefern die gewürdigten Gegebenheiten unter keinen Umständen die von der Vorinstanz gezogenen Schlüsse zulassen, oder dass die Vorinstanz massgebende prozesskonform behauptete Tatsachen nicht in Betracht gezogen hat, deren Berücksichtigung zwingend zu einem anderen Ergebnis führt (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2013 E. 4.2.2). Diesen Begründungsanforderungen genügt die Beschwerde über weite Strecken nicht.

1.3. Dieselben Begründungsanforderungen gelten auch für die Beschwerdeantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; Urteil 4A 438/2010 vom 15. November 2010 E. 1.2 in fine, nicht publ. in: BGE 136 III 545; Urteil 4A 347/2009 vom 16. November 2009 E. 4.1 in fine, nicht publ. in: BGE 136 III 96).

1.4. Gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundespatentgerichts. Dabei knüpft der Begriff der Letztinstanzlichkeit an jenen von Art. 86 Abs. 1 OG an. Letztinstanzlichkeit gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, ausgeschöpft sein muss. Der kantonale Instanzenzug soll dabei nicht nur formell durchlaufen werden, sondern die Rügen, die dem Bundesgericht unterbreitet werden, müssen soweit möglich schon vor Vorinstanz vorgebracht werden (BGE 143 III 290 E. 1.1 S. 293; 134 III 524 E. 1.3 S. 527; je mit Hinweisen).

2.
In seiner Beschwerdeantwort kritisiert der Beschwerdegegner seinerseits den angefochtenen Entscheid in gewissen Punkten oder weist auf Aspekte hin, die im Falle, dass sich die Beschwerde in

gewissen Punkten als begründet erweisen sollte, abgeklärt werden müssten. Der Beschwerdeführer beantragt, auf diese Ausführungen nicht einzutreten, da eine Anschlussbeschwerde unzulässig sei.

2.1. Eine eigene Beschwerde müsste der Beschwerdegegner einreichen, wenn er den angefochtenen Entscheid im Ergebnis (also im Dispositiv) zu seinen Gunsten abändern wollte. Dies wäre nach Ablauf der Beschwerdefrist im Rahmen der Beschwerdeantwort nicht mehr zulässig, und in diesem Sinne besteht in der Tat keine Möglichkeit, Anschlussbeschwerde zu erheben (BGE 134 III 332 E. 2.5 S. 335).

2.2. Dagegen ist es nach konstanter Rechtsprechung zulässig, in der Beschwerdeantwort Erwägungen der Vorinstanz zu beanstanden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können. Dies entsprach konstanter Praxis unter Geltung des OG (so schon BGE 61 II 125 E. 1; 118 II 36 E. 3 S. 37) und gilt auch unter der Beschwerde in Zivilsachen unverändert weiter (zit. Urteil 4A 438/2010 E. 1.2 am Ende). Mit einer unzulässigen Anschlussbeschwerde hat das nichts zu tun.

3.
Sowohl das Bezirksgericht Hinwil als auch die Vorinstanz beurteilten das Ausmass der Behinderung des Beschwerdegegners nach der modified Rankin Scale (mRS), die in Einerschritten vom Wert 0 bis zum Wert 6 reicht.

3.1. Das Gutachten D._____/E._____ stützt sich auf die Studie Mattle, die auf der Einteilung von 57 untersuchten Patienten nach intravenöser Thrombolyse gemäss der mRS-Skala beruht:

mRS-Wert Zustand: Personen In % (rund)
keinerlei Symptome 3 Monate nach der Hirnschädigung resp.
0 3 5 %
nach der Behandlung;
keine relevante Beeinträchtigung
1 7 13 %
;
2 leichte Beeinträchtigung, kann sich ohne Hilfe selber versorgen ist aber im Alltag eingeschränkt; 3 5 %
3 mittelschwere Beeinträchtigung: benötigt im Alltag Hilfe, kann aber ohne Hilfe gehen; 12 21 %
4 höhergradige Beeinträchtigung: benötigt Hilfe bei der Körperpflege, kann nicht ohne Hilfe gehen; 19 33 %
5 Schwere Behinderung: Bettlägrigkeit, Inkontinenz, benötigt ständig pflegerische Hilfe, kaum Kommunikationsmöglichkeiten; 0 0 %
6 Tod infolge Hirnschlags. 13 23 %
Total: 57 100 %

Gestützt auf diese Studie gingen die Gutachter von einer Wahrscheinlichkeit von 18 % aus, dass beim Beschwerdegegner bei rechtzeitiger Behandlung mit einer besseren Prognose zu rechnen gewesen wäre. Dabei wandten sie eine binäre Betrachtungsweise an, bei der sie die Ergebnisse der Studie in ein gutes (mRS-Werte 0 bis 2) und ein schlechtes (mRS-Werte 3 bis 6) Resultat einteilten, wobei sie den Zustand des Beschwerdegegners als schlechtes Resultat einstuften. Vom Wert von 23 % zogen sie gestützt auf die Proact II-Studie 5 % ab, die Wahrscheinlichkeit, dass ein Patient auch ohne Thrombolyse nach drei Monaten ein unabhängiges Leben führen kann. Bei der Beantwortung der Ergänzungsfragen vor dem Regionalgericht hielten die Gutachter an der binären Betrachtungsweise fest und bestätigten, dass für den Beschwerdegegner eine Wahrscheinlichkeit von 18 % bestanden habe, bei einer Behandlung mit Thrombolyse ein gutes Resultat (mRS-Werte 0 bis 2) zu erzielen. Seinen Zustand schätzten sie zunächst auf einen mRS-Wert 4, korrigierten dies jedoch im Anschluss und gaben einen mRS-Wert 5 an.

3.2. Als kausale Pflichtverletzung warf die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er habe vor Bezirksgericht Hinwil nicht darauf hingewiesen, dass die binäre Einschätzung der Gutachter auf einem falschen Verständnis des Kausalitätsbegriffs beruhe, da für den Kausalzusammenhang nicht massgebend sei, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Beschwerdegegner ein gutes Resultat (mRS-Werte 0 bis 2) hätte erreichen können, sondern mit welcher Wahrscheinlichkeit ein besseres als das tatsächliche (mRS-Wert 5) zu erwarten gewesen wäre. Die Vorinstanz kam zum Schluss, soweit der Beschwerdeführer eine lineare Betrachtungsweise verlangt hätte, wäre das Bezirksgericht Hinwil zu einer Wahrscheinlichkeit von 72 % gelangt (Addition der Prozente der mRS-Werte 0 bis 4

der Studie Mattle [77 %] abzüglich der 5 %, die auch ohne Behandlung ein gutes Resultat erreicht hätten). Zwar hätten nach Ansicht der Vorinstanz die verstorbenen Personen bei den Prozentzahlen ausgeblendet werden müssen, nachdem feststand, dass der Beschwerdegegner überlebt hatte. Da die kantonalen Instanzen sich aber bewusst für den Einbezug dieser Werte ausgesprochen hatten, verneinte sie insoweit die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Bei einer Wahrscheinlichkeit von 72 % hätten die zürcherischen Gerichte den Beweis aber als erbracht angesehen (vgl. Sachverhalt B.b hiervor).

3.3. Begründet ist die Beschwerde, soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz vorwirft, mit ihrer Berechnung habe sie zwei Methoden vermischt. Dies anerkennt im Grundsatz auch der Beschwerdegegner. Wenn nicht massgebend ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Beschwerdegegner ein gutes Resultat (mRS-Werte 0 bis 2) hätte erreichen können, sondern mit welcher Wahrscheinlichkeit ein besseres als das tatsächliche (mRS-Wert 5) zu erwarten gewesen wäre, ist nicht nachvollziehbar, weshalb es eine Rolle spielen sollte, wie viel Prozent auch ohne Behandlung ein gutes Resultat (mRS-Werte 0 bis 2) erreicht hätten - dieser Wert beruht ebenfalls auf der von den Gutachtern angewandten binären Betrachtungsweise, welche die Vorinstanz als ungenügend erachtet. Insoweit leidet der angefochtene Entscheid nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien an einem inneren Widerspruch. Zu prüfen bleibt, ob sich dies im Ergebnis auswirkt.

4.
Der Beschwerdeführer rügt, wenn ihm vorgeworfen werde, er habe eine kritische Stellungnahme zum Gutachten in Bezug auf die darin enthaltenen Feststellungen zum Kausalzusammenhang unterlassen, setze dies nach Art. 55 Abs. 1 ZPO voraus, dass der Beschwerdegegner diesen Vorwurf im erstinstanzlichen Verfahren tatsächlich erhoben hätte. Dies stellt der Beschwerdeführer in Abrede und rügt in diesem Zusammenhang eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Der Beschwerdegegner habe seinen Vorwurf primär auf das Fristversäumnis konzentriert. Eine weitere Verletzung von Art. 55 Abs. 1 ZPO moniert der Beschwerdeführer, weil der Beschwerdegegner die von der Vorinstanz angestellte Berechnung (namentlich den Abzug von 5 %) nie behauptet habe.

4.1. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 328; Urteil des Bundesgerichts 4A 412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die anbegehrte Rechtsfolge zulässt (zit. Urteil 4A 412/2019 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).

4.1.1. Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften (Urteile des Bundesgerichts 4A 533/2019 vom 22. April 2020 E. 4.4.1; 4A 591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 3.2 mit Hinweisen). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523; 127 III 365 E. 2b S. 368 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A 443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1).

4.1.2. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche

ihrer Behauptungen sie weiter zu substanziieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A 9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3 mit Hinweisen). Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2 S. 524; 117 II 113 E. 2 S. 114).

4.2. Der Beschwerdeführer anerkennt selbst, der Beschwerdegegner habe mit der Klage vor dem Regionalgericht unter anderem ausgeführt, aufgrund der sich erheblich unterscheidenden Schweregrade müsse auch die Kausalität differenzierter betrachtet werden, so dass die Unterscheidung in "gutes Ergebnis" und "schlechtes Ergebnis" nicht ausreiche. Vielmehr müsse ganz konkret gefragt werden, welchen mRS-Schweregrad der Beschwerdegegner mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aufgewiesen hätte. Unterscheide sich dieser mRS-Schweregrad von dem tatsächlich aufgewiesenen Schweregrad 5, sei die Kausalität zu bejahen. Die Statistik (gemeint sei die Studie Mattle) zeige, wie viele von 57 behandelten Patienten welche mRS-Schweregrade aufwiesen. 19 von 57 (also 33 %) hätten Schweregrad 4 aufgewiesen, 12 von 57 (also 21 %) Schweregrad 3. Somit hätte der Beschwerdegegner bei Annahme eines schlechten Ergebnisses mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (im Rahmen der schlechten Ergebnisse) Schweregrad 3 oder 4 aufgewiesen. Zu diesem Themenkreis hätten sich die Gutachter bei Stellen der entsprechenden Ergänzungsfragen zwingend äussern und detaillierter darlegen müssen, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich der Gesundheitszustand des Beschwerdegegners wie präsentiert hätte. Hätte das Gericht bei der Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs die Einteilung in unterschiedliche Schweregrade vorgenommen, wäre die fälschlicherweise nicht vorgenommene Lyse-Therapie als kausal für den aktuellen Gesundheitszustand des Beschwerdegegners zu qualifizieren gewesen. Dies hätte zu einer Haftung der Spitalbetreiberin geführt. Ein (neutraler) Gutachter bzw. das Gericht wären bei Stellen der entsprechenden Ergänzungsfragen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Ergebnis gekommen, bei zeitnaher Durchführung einer Lyse-Therapie hätte noch ein gutes Ergebnis erzielt werden können (mRS 0-2). Selbst bei Annahme eines Schweregrades mRS 3 (eventualiter) oder mRS 4 (sub-subeventualiter) wäre im Rahmen des schlechtesten Ergebnisses der Gesundheitszustand des Klägers immer noch deutlich besser als ohne Durchführung der Lyse-Therapie.

4.2.1. Bereits aus den in der Beschwerde selbst zitierten Vorbringen, ergibt sich, dass der Beschwerdegegner in der Klage das vorhandene Gutachten als nicht hinreichend differenziert bezeichnet und dargelegt hat, wie rechtlich der Kausalzusammenhang zu beurteilen sei: Es müsse konkret gefragt werden, welchen mRS-Schweregrad der Beschwerdegegner mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aufgewiesen hätte. Unterscheide sich dieser mRS-Schweregrad von dem tatsächlich aufgewiesenen Schweregrad 5, sei die Kausalität zu bejahen. Er hat behauptet, der Beschwerdeführer hätte diesbezüglich Fragen stellen müssen, was zu einer anderen Einschätzung der Kausalität geführt hätte. Die Rüge, der Beschwerdegegner habe nie den Vorwurf erhoben, der Beschwerdeführer habe eine kritische Stellungnahme zum Gutachten in Bezug auf die darin enthaltenen Feststellungen zum Kausalzusammenhang unterlassen, ist unbegründet.

4.2.2. Sodann geht aus den Vorbringen hervor, dass die Kausalität bereits unter Verwendung der Studie Mattle bejaht werden könne. Ein Vergleich zum Prozentsatz der Patienten, bei denen sich auch ohne Behandlung bessere Resultate ergeben als beim Beschwerdegegner, wird dabei nicht angestellt und namentlich kein Abzug von 5 % behauptet, den die Vorinstanz vorgenommen hat. Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz unter diesem Gesichtspunkt eine Verletzung von Art. 55 Abs. 1 ZPO vorwirft, übersieht er, dass es im Rahmen der Verhandlungsmaxime in Bezug auf die Erfüllung der Behauptungslast grundsätzlich noch keine Rolle spielt, ob die vorgebrachten Behauptungen tatsächlich zutreffen. Dies beurteilt sich vielmehr nach Massgabe der Bestreitung im Rahmen des Beweisverfahrens. Der Beschwerdeführer konnte die Vorbringen des Beschwerdegegners im kantonalen Verfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten bestreiten (vgl. zur Massgeblichkeit dieser Frage: zit. Urteil 4A 9/2018 E. 3.1 ff.). Er konnte einerseits behaupten, die im Gutachten angewandte binäre Methode sei korrekt. Andererseits konnte er (beispielsweise mit Blick auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Prozentsatzes der Patienten, bei denen sich auch ohne Behandlung bessere Resultate ergeben als beim Beschwerdegegner) bestreiten, dass sich bei der vom Beschwerdegegner geforderten Differenzierung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Verbesserung seines Zustandes bei rechtzeitiger Behandlung ergäbe. Dass er dies getan hätte, zeigt er nicht rechtsgenüglich auf. Eine Verletzung von Art. 55 Abs. 1 ZPO zu Lasten des Beschwerdeführers scheidet damit aus. Unter diesem Gesichtspunkt ist zweifelhaft, ob der Vorinstanz ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn sie nur den sich aus dem Gutachten offensichtlich ergebenden Abzug von 5 % berücksichtigt hat oder ob sie nicht vielmehr mangels hinreichender Bestreitung nicht zu

weiteren Abklärungen verpflichtet war. Die Frage kann offenbleiben. Da der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, dass er diesen Punkt im kantonalen Verfahren aufgeworfen hat, obwohl er dazu bereits aufgrund der in seiner Beschwerde wiedergegeben Ausführungen des Beschwerdegegners in der Klage Anlass gehabt hätte, fehlte es insoweit ohnehin an der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzuges (vgl. E. 1.4 hiervor).

5.
Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, das Gutachten D._____/ E._____ sei erstens nicht mangelhaft, und zweitens hätte er einen allfälligen Mangel nicht bemerken müssen. Er macht geltend, die Vorinstanz habe nicht begründet, wieso zur Beurteilung der gesundheitlichen Verbesserungsmöglichkeiten nicht auf die medizinisch genau auf diesen Fall passende Studie Mattle beziehungsweise das darauf abgestützte Gutachten D._____/E._____ abgestellt werden sollte. Die Vorinstanz weiche ohne schlüssige Begründung von der Auffassung des gerichtlichen Experten ab und verstosse damit gegen das Willkürverbot. Angesichts der fehlenden Begründung rügt der Beschwerdeführer auch eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör.

5.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt insbesondere, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidfindung berücksichtigen (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188). Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.). Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander setzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436 mit Hinweisen).

5.2. Die Vorinstanz hat eingehend dargelegt, dass sie das Gutachten nicht aus medizinischer Sicht für mangelhaft hält, sondern mit Blick auf die Frage, welche Informationen aus juristischer Sicht (ein Teilerfolg genügt für die Annahme eines Kausalzusammenhangs) für die Beurteilung der Kausalitätsfrage massgebend sind. Diese Begründung ermöglicht eine sachgerechte Anfechtung: Es genügt, im Rahmen der Anfechtung aufzuzeigen, dass die von den Gutachtern gegebene Antwort nicht auf einem unzutreffenden Verständnis des Kausalitätsbegriffs beruht. Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt.

5.3. Aus dem Gesagten folgt auch, dass die Vorinstanz nicht in Willkür verfiel, indem sie vom Expertengutachten abwich. Denn nur in Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198 f. mit Hinweis). Hier geht es nicht um eine medizinische Fachfrage, sondern um die Rechtsfrage, nach welchen Kriterien der Kausalzusammenhang zu beurteilen ist. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

5.4. Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157; 132 III 186 E. 8.1 S. 205, 321 E. 2.2.1 S. 323 f.). Soweit zur Ermittlung des Vermögensstandes ohne schädigendes Ereignis auf Hypothesen abgestellt werden muss, ist vom gewöhnlichen Lauf der Dinge auszugehen unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände (BGE 105 II 87 E. I.3 S. 90; Urteil des Bundesgerichts 4A 27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 2.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Schaden so konkret wie möglich zu ermitteln (BGE 129 III 135 E. 4.2.1 S. 153 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A 153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 2.4).

5.5.

5.5.1. Ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem behaupteten Verhalten der beklagten Partei und einem schädigenden Erfolg besteht, wenn das Verhalten eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) bildete, d.h. das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiele (BGE 143 III 242 E. 3.7 S. 249; 132 III 715 E. 2.2 S. 719). Das Verhalten braucht nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein (BGE 143 III 242 E. 3.7 S. 249; 125 IV 195 E. 2b S. 197). Angesichts der typischen Beweisschwierigkeiten genügt nach konstanter Praxis für den Nachweis der natürlichen Kausalität das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 107 II 269 E. 1b S. 273; Urteil des Bundesgerichts 4A 262/2016 vom 10.

Oktober 2016 E. 4.4.2.1). Adäquat und damit rechtserheblich ist der natürliche Kausalzusammenhang, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder ihn jedenfalls zu begünstigen (BGE 143 III 242 E. 3.7 S. 250; 142 III 433 E. 4.5 S. 438 f.; 123 III 110 E. 3a S. 112 mit zahlreichen Hinweisen). Es ist nicht notwendig, dass dieser Erfolg regelmässig oder häufig
eintritt. Er muss aber in den Bereich des objektiv und vernünftigerweise Voraussehbaren fallen (BGE 143 III 242 E. 3.7 S. 250).

5.5.2. Bei einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (BGE 124 III 155 E. 3d S. 165 f.). Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel (vgl. zu den Ausnahmen: Urteil des Bundesgerichts 4A 87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.4) nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (BGE 132 III 715 E. 2.3 S. 718 f.; 115 II 440 E. 5a S. 447 f.; je mit Hinweisen).

5.5.3. Im Prozess vor dem Bezirksgericht Hinwil leitete sich der vom Beschwerdegegner geltend gemachte Anspruch aus dem kantonalen Haftungsgesetz ab und stützte sich nicht auf Bundesrecht (vgl. zit. Urteil 4A 516/2012 E. 2). Der Beschwerdeführer macht aber nicht geltend, das kantonale Recht gehe von einem von dem soeben dargelegten abweichenden Begriff des Schadens oder der Kausalität aus, so dass auf die dargestellte Rechtsprechung abgestellt werden kann.

5.6. Bereits aus dem allgemeinen Schadensbegriff (vgl. E. 5.4 hiervor) folgt, dass zur Beantwortung der Frage, ob im ursprünglichen Verfahren ein Schadenersatzanspruch bestanden hätte, der tatsächliche Gesundheitszustand des Beschwerdegegners nach unterbliebener Behandlung mit demjenigen zu vergleichen ist, in dem er gewesen wäre, wenn die angezeigte Behandlung nicht unterblieben wäre. Auch die Gutachter gehen davon aus, die Chancen für einen guten Verlauf hätten mit einer Behandlung besser gestanden als ohne. Die blosse Chance auf eine Verbesserung genügte indessen nach Auffassung der kantonalen Gerichte (die auch vom Bundesgericht im Rahmen der Willkürkognition nicht beanstandet wurde) nicht, solange nicht überwiegend wahrscheinlich war, dass tatsächlich eine Verbesserung erreicht worden wäre (vgl. zit. Urteil 4A 516/2012 E. 4, 8 und 9). Ist dies aber der Fall, umfasst der Schadenersatzanspruch die finanziellen Auswirkungen der Differenz zwischen dem tatsächlichen Zustand und dem besseren Zustand, in dem sich der Beschwerdegegner bei erfolgter Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit befinden würde. Dies ist der Schaden, der beweismässig als durch die unterlassene Behandlung kausal verursacht anzusehen ist.

5.6.1. Der Beschwerdeführer selbst zitiert in der Beschwerde die Vorinstanz, die das Gutachten zusammenfasst und festhält, dies führe gemäss den Gutachtern - bei binärer Betrachtungsweise - zu einer verbesserten Prognose von absolut 18 %. Er führt sodann im Wesentlichen aus, unter "verbesserter Prognose" sei demnach die Chance zu verstehen, zufolge der Behandlung statt in die Gruppe mit mRS-Werten 3 bis 6 in jene mit mRS-Werten 0 bis 2 zu fallen. Es handle sich um eine durch und durch binäre und in keiner Weise lineare Betrachtungsweise. Ohne Belang sei, ob der Beschwerdegegner in die Gruppe mit mRS-Werten 4 oder 5 einzustufen gewesen sei. Entscheidend sei, dass er bei binärer Betrachtungsweise der Gruppe mit mRS-Werten 3 bis 6 zugehöre.

5.6.2. Befasste sich das Gutachten D._____/E._____ aufgrund der binären Betrachtungsweise nach den Ausführungen des Beschwerdeführers selbst mit der Chance, statt in die Gruppe mit mRS-Werten 3 bis 6 in jene mit mRS-Werten 0 bis 2 zu fallen, ergibt sich bereits daraus, dass sich das Gutachten zumindest nicht explizit zur Wahrscheinlichkeit äussert, statt in die Gruppe mit mRS-Wert 5 in eine der Gruppen mit mRS-Werten unter 5 zu fallen. Geht man aber davon aus, der Beschwerdegegner falle in die Gruppe 5, dann ist der Kausalzusammenhang gegeben, wenn er bei einer Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Gruppe mit mRS-Wert 4 oder kleiner gehört hätte. Da sich das Gutachten zu dieser Wahrscheinlichkeit nicht äussert, kann allein gestützt auf dessen Resultat die Kausalität nicht verneint werden. Denn inwiefern aus der Wahrscheinlichkeit von absolut 18 %, zufolge der Behandlung statt in die Gruppe mit mRS-Werten 3 bis 6 in jene mit mRS-Werten 0 bis 2 zu fallen, folgen sollte, dass die Chance, zufolge der Behandlung statt in die

Gruppe mit mRS-Wert 5 in jene mit mRS-Werten 0 bis 4 zu fallen derart gering ist, dass dafür keine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist nicht ersichtlich.

5.6.3. Gestützt auf die Ausführungen des Beschwerdeführers selbst ist das Gutachten an sich zwar nicht zu beanstanden, nur beantwortet es nicht die für den Kausalzusammenhang entscheidende Frage. Dies wäre nur der Fall, wenn Schadenersatz erst ab einem bestimmten Mass der Beeinträchtigung geschuldet wäre, so dass eine Verbesserung unterhalb dieses Ausmasses (beispielsweise lediglich von der Gruppe mit mRS-Werten 5 in jene mit mRS-Werten 4) haftpflichtrechtlich nicht relevant wäre. Dass dem so ist, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Die Abstufung erfolgt vielmehr über den Umfang des geschuldeten Schadenersatzes: Bei einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdegegner bei erfolgter Behandlung einen mRS-Wert von 2 oder weniger erreicht hätte, wäre mehr Schadenersatz geschuldet als wenn der Beschwerdegegner mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nur einen mRS-Wert von 4 hätte erreichen können. Soweit der Beschwerdeführer die Mangelhaftigkeit des Gutachtens in Abrede stellt, ist seine Beschwerde unbegründet.

5.7. Ebenfalls nicht stichhaltig ist die Beschwerde, soweit der Beschwerdeführer behauptet, ihm habe das notwendige Fachwissen gefehlt, um die Mängel des Gutachtens zu erkennen. Entgegen seinen Ausführungen wurde von ihm gerade nicht verlangt, fachspezifische Mängel des Gutachtens zu erkennen und zu kritisieren. Es genügte zu erkennen, dass es im Gutachten im Wesentlichen um die Chance ging, zufolge der Behandlung statt in die Gruppe mit mRS-Werten 3 bis 6 in jene mit mRS-Werten 0 bis 2 zu fallen, wie dies der Beschwerdeführer in der Beschwerde selbst ausführt. Inwiefern dafür besondere medizinische Kenntnisse notwendig gewesen sein sollten, zeigt er nicht rechtsgenüglich auf. Ebenso behauptet er nicht, er sei davon ausgegangen, der Beschwerdegegner sei ohne Behandlung als mRS-Wert 3 einzustufen. Um zu erkennen, dass das Resultat des Gutachtens unter diesen Umständen nicht den für eine Verneinung des Kausalzusammenhangs massgebenden Punkt betraf, genügten rechtliche Kenntnisse zum Wesen des Kausalzusammenhangs. Dass diese beim Beschwerdeführer vorausgesetzt werden durften, stellt er nicht in Abrede. Zwar hätte auch das Bezirksgericht Hinwil die Mangelhaftigkeit des Gutachtens bemerken müssen. Daraus kann der Beschwerdeführer aber nichts ableiten, da sein Verhalten nicht die alleinige Ursache des Erfolgs zu sein braucht (vgl. E. 5.1.1 hiervor). Vorausgesetzt ist allerdings, dass es im Ergebnis einen Unterschied gemacht hätte, wenn er auf die Mängel des Gutachtens hingewiesen und Ergänzungsfragen gestellt hätte (vgl. hierzu: E. 5.9 hiernach).

5.8. Der Beschwerdeführer thematisiert noch die Frage, ob die Patienten mit mRS-Wert 6 zu berücksichtigen seien. Die Vorinstanz ging davon aus, an sich hätte nach den Gesetzen der Logik diese Gruppe ausgeklammert werden müssen, da feststand, dass der Beschwerdegegner auch ohne Behandlung nicht zu dieser Gruppe gehörte. Insoweit verneinte sie aber die Kausalität einer Pflichtverletzung des Beschwerdeführers, da die beiden kantonalen Instanzen diese Frage ausdrücklich geprüft und (wie die Gutachter) im Sinne der Berücksichtigung dieser Gruppe entschieden hatten, so dass allfällige Zusatzfragen des Beschwerdeführers an diesem Ergebnis nichts hätten ändern können. Immerhin ist Folgendes festzuhalten:

5.8.1. Zur Schadensberechnung sind wie dargelegt zwei Situationen zu vergleichen: Die tatsächliche mit derjenigen, die ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre. Gelingt dem Geschädigten der Nachweis, dass diese Situation für ihn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit finanziell vorteilhafter wäre, hat er Anspruch auf Schadenersatz. Die Frage ist mithin, mit welcher Wahrscheinlichkeit hätte sich die konkrete Situation des Beschwerdegegners bei rechtzeitiger Behandlung verbessert. Im Umfang, in dem eine Verbesserung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre, hätten ihm die kantonalen Gerichte in Zürich einen Anspruch auf Schadenersatz zuerkannt.

5.8.2. Es steht fest, dass der Beschwerdegegner ohne Behandlung überlebt hat. Fürs Überleben war er auf eine Behandlung nicht angewiesen. Massgebend ist die Wahrscheinlichkeit einer Verbesserung gegenüber dieser tatsächlich eingetretenen Entwicklung seines Gesundheitszustandes. Eine Berechnung, die abstrakt die Risiken mit und ohne Behandlung vergleicht, beantwortet die Frage, wie die Chancen des Beschwerdegegners ex ante mit und ohne Behandlung gestanden hätten. Sie vergleicht nicht die tatsächliche Entwicklung ohne Behandlung (der Beschwerdegegner ist nicht gestorben, sondern weist gemäss dem angefochtenen Entscheid einen mRS-Wert 5 auf) mit der zu erwartenden Entwicklung, wenn eine Behandlung erfolgt wäre. Inwieweit in diesem Zusammenhang ein Todesfallrisiko zu berücksichtigen ist, kann ohne medizinisches Fachwissen nicht beurteilt

werden. Dafür ist entscheidend, ob auch Behandlungsrisiken bestehen, also die Möglichkeit, dass die Behandlung im ungünstigsten Fall nicht zu einer Verbesserung sondern zu einer Verschlimmerung führt. Die Frage, ob der Beschwerdeführer die Unzulänglichkeit des Gutachtens in Bezug auf den rechtlich entscheidenden Punkt hätte erkennen können, ist von der Frage, ob der entscheidwesentliche Punkt ohne
Fachwissen aus den vorhandenen Unterlagen hätte abgeleitet werden können, zu trennen. Gerade deswegen kann den diesbezüglichen Fragen an die Gutachter, die über das entsprechende Fachwissen verfügen, entscheidende Bedeutung zukommen.

5.9. Auch die Rüge, einer allfälligen Pflichtverletzung des Beschwerdeführers komme keine Bedeutung zu, da der neue Rechtsvertreter des Beschwerdegegners bereits vor dem Bezirksgericht Hinwil die Einwände gegen die binäre Betrachtungsweise vorgebracht und eine lineare Betrachtung gefordert habe, was beide kantonalen Instanzen abgelehnt hätten, erweist sich damit als nicht stichhaltig:

5.9.1. Der Beschwerdeführer selbst hält in der Beschwerde fest, der neue Rechtsvertreter des Beschwerdegegners habe in Würdigung des Gutachtens die Behauptungen einer möglichen linearen Betrachtung vorgebracht und gestützt auf die Studie Mattle insbesondere konstruiert, 77 % der behandelten Personen hätten einen Schweregrad von 0 bis 4 und somit ein weit besseres Ergebnis gezeigt als der Beschwerdegegner. Das Bezirksgericht Hinwil habe diese Wahrscheinlichkeitsberechnung als nicht nachvollziehbar bezeichnet und die Annahmen über eine lineare Betrachtungsweise als wissenschaftlich nicht belegt.

5.9.2. Da der Beschwerdeführer es unterlassen hatte, den Gutachtern die notwendigen Ergänzungsfragen zu stellen, waren die Einwände des neuen Rechtsvertreters des Beschwerdegegners in der Tat wissenschaftlich nicht belegt. Es ist durchaus denkbar, dass die von ihm behaupteten 77 % nicht haltbar sind, zumal die Wahrscheinlichkeit, dass Personen auch ohne Behandlung einen besseren Wert als der Beschwerdegegner erreicht hätten, nicht berücksichtigt wird. Auch das Bundesgericht hielt dem Beschwerdegegner im Verfahren gegen die Spitalbetreiberin vor, er ziehe seine eigenen Schlussfolgerungen aus den in den Akten liegenden Studien, habe es aber versäumt, den Gutachtern Ergänzungsfragen zu stellen. Dies wäre die Gelegenheit gewesen, um den Gutachtern die Problematik der Differenzierung nach dem Schweregrad der nach der Behandlung verbleibenden Beeinträchtigung zu unterbreiten (zit. Urteil 4A 516/2012 E. 7.2). Im Rahmen dieser Ergänzungsfragen hätte beurteilt werden können, wie die Personen mit dem nötigen Fachwissen sich zur eigentlich wesentlichen Frage stellen, oder ob sie ohne nachvollziehbare Argumente einfach an ihrem Gutachten festhalten, so dass allenfalls ein Obergutachten hätte eingeholt werden müssen. Es ist nachvollziehbar,
wenn die kantonalen Instanzen, nachdem keine entsprechenden Ergänzungsfragen gestellt wurden, nicht einfach auf die Berechnung des Beschwerdegegners abstellten, wegen der Möglichkeit, dass bewusst auf das Stellen von Ergänzungsfragen verzichtet wurde. Denn aufgrund der Ergänzungsfragen hätten die Experten vielleicht zwar die Unzulänglichkeit der im Gutachten enthaltenen Berechnungen aus juristischer Sicht nachvollziehen können, es hätte aber auch die Möglichkeit bestanden, dass eine wissenschaftlich fundierte Beantwortung der aus rechtlicher Sicht relevanten Frage nicht den vom Beschwerdegegner selbst aus der Studie abgeleiteten Wert ergeben hätte, sondern einen für ihn weniger günstigen. Einer Eigenberechnung kommt insoweit nicht dieselbe Bedeutung zu wie einer Konfrontation der Experten mit derselben, die es den Gutachtern erlaubt hätte, stichhaltigen Einwänden wissenschaftlich korrekt Rechnung zu tragen, oder es dem Gericht gestattet hätte zu prüfen, ob die Argumentation der Gutachter nachvollziehbar und überzeugend ist, soweit sie trotz der Einwände am ursprünglichen Ergebnis festhalten.

5.9.3. Insoweit kommt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch der Frage, ob eine binäre oder eine lineare Betrachtung zu greifen hat, keine massgebende Bedeutung zu. Entscheidend ist vielmehr, dass der Beschwerdeführer mit seinen Ergänzungsfragen dafür zu sorgen hatte, dass - mit welcher Methode auch immer - die juristisch entscheidende Frage beantwortet wird. Es ist nicht auszuschliessen, dass auch eine binäre Betrachtungsweise zielführend sein könnte, wenn die beiden Gruppen, die verglichen werden, entsprechend der juristisch relevanten Frage gebildet würden.

6.
Dass die Vorinstanz in ihrer Berechnung zwei Methoden vermischt hat, wurde bereits aufgezeigt, ebenso, dass der Beschwerdeführer mangels hinreichender Bestreitung und Erschöpfung des Instanzenzuges daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Anzumerken bleibt, dass aus allfälligen Mängeln in der Berechnung durch die Vorinstanz weder folgt, dass auf das im Gutachten

vertretene Resultat abzustellen wäre, noch dass eine korrekte Berechnung nach dem von der Vorinstanz angewandten Muster nicht hätte erfolgen können. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte erkennen müssen, dass aufgrund der Studie Mattle kein Vergleich zwischen behandelten und nicht behandelten Personen gezogen werden könne. Dies mag zutreffen, es gilt allerdings ebenso für die binäre Methode, haben doch die Gutachter selbst den Abzug von 5 % mit Bezug auf positive Werte nicht behandelter Personen nicht auf die Studie Mattle gestützt, sondern, wie der Beschwerdeführer selbst anerkennt, weitere Daten der Proact II-Studie herangezogen. Daraus entnahmen sie die Wahrscheinlichkeit eines positiven Verlaufs ohne Behandlung. Aus der Tatsache, dass aufgrund der Studie Mattle kein Vergleich zwischen behandelten und nicht behandelten Personen gezogen werden kann, lässt
sich folglich nichts für oder gegen eine lineare oder binäre Betrachtungsweise ableiten, da nicht feststeht, dass bezüglich nicht behandelter Patienten nur Studien existierten, welche eine dem Gutachten entsprechenden binäre Aufteilung verwenden ohne Rückschlüsse auf die Aufteilung nach sämtlichen mRS-Werten zuzulassen.

7.
Schliesslich ist der Beschwerdeführer der Ansicht, selbst bei der von der Vorinstanz angenommenen Wahrscheinlichkeit von 72 % sei das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt.

7.1. Nachdem das Regionalgericht festgehalten hatte, sowohl nach dem Bezirksgericht Hinwil als auch nach dem Obergericht des Kantons Zürich sei der Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bereits bei Erreichen eines Prozentsatzes von 51 % erbracht, erkannte die Vorinstanz, das Bezirksgericht Hinwil habe sich nicht explizit zum erforderlichen Prozentsatz geäussert. Dem Entscheid könne nur implizit entnommen werden, dass ein Prozentsatz von 51 % genügt hätte, indem ausgeführt werde, die Wahrscheinlichkeit liege deutlich unter 50 %, womit offensichtlich keine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sei. Das Obergericht des Kantons Zürich habe dagegen explizit ausgeführt, von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit könne definitionsgemäss erst ausgegangen werden, wenn sie wenigstens über 50 % liege. Dass das Obergericht bei einer vertieften Prüfung von diesem Prozentsatz abgewichen wäre und einen Wert von 75 % angenommen hätte, sei nicht ersichtlich. Es habe das Abstellen auf 51 % unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung (ZR 88/1989, Nr. 67 und ZR 88/1989 Nr. 66) begründet, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, der Entscheid sei ohne eingehende Auseinandersetzung mit der Materie gefällt worden. Ob
diese Einschätzung vertretbar war, hielt die Vorinstanz für fraglich, nahm aber an, das Bundesgericht hätte angesichts der Wahrscheinlichkeit von 72 % die Annahme, der Beweis sei nach dem Mass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht, im Ergebnis nicht als willkürlich beanstandet.

7.2. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzugestehen, dass weder die Formulierung des Bezirksgerichts Hinwil noch diejenige des Obergerichts des Kantons Zürich zwingend darauf schliessen lassen, die Gerichte hätten bereits eine Wahrscheinlichkeit von 51 % als überwiegend angesehen. Die Vorinstanz hat aber nicht nur auf den Wortlaut abgestellt, sondern insbesondere auch auf die Entscheide, auf die das Obergericht des Kantons Zürich verwiesen hatte. Dass in diesen Entscheiden für das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine Wahrscheinlichkeit von über 72 % verlangt worden wäre, zeigt der Beschwerdeführer nicht rechtsgenüglich auf. Damit ist es im Ergebnis jedenfalls nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz annahm, die Gerichte im Prozess zwischen dem Beschwerdegegner und der Spitalbetreiberin hätten eine Wahrscheinlichkeit von 72 % genügen lassen.

7.3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist sodann das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit insbesondere von der Glaubhaftmachung ("la simple vraisemblance"; "la semplice verosimiglianza") abzugrenzen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612 f.; 130 III 321 E. 3.3 S. 325 mit Hinweisen). Ganz abgesehen davon, dass das kantonale Gericht im Rahmen des kantonalen Haftpflichtgesetzes von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abweichen und andere Anforderungen an den Kausalitätsnachweis stellen könnte, zeigt gerade der zu beurteilende Fall, dass ein fixes Abstellen auf einen Prozentsatz nur bedingt zu überzeugenden Ergebnissen führen würde: Die Studie beruht auf 57 Personen. Bei einer derart

geringen Anzahl Personen könnten sich bereits geringfügige Änderungen (oder die Berücksichtigung einer geringen Anzahl zusätzlicher Fälle) entscheidend auf das prozentuale Endergebnis auswirken (jeder Einzelfall repräsentiert für sich allein mehr als 1 %). Das Abstellen auf eine exakte Prozentzahl impliziert eine Genauigkeit, die mit Blick auf die Anzahl der betrachteten Fälle aufgrund der Studie gar nicht erreicht werden kann. Allein schon deswegen, liesse sich das sklavische Abstellen auf eine bestimmte Prozentzahl wohl kaum mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbaren, ganz unabhängig von der Frage, wo diese Grenze genau zu ziehen wäre.

8.
Die Beschwerde ist insgesamt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs.1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Mai 2020

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak