

# Medizinalhaftung

## Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung

Hardy Landolt\*

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Grundsätze der Medizinalhaftung, insbesondere der Spital- und Arzthaftung, wobei die aktuellen Entscheide des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte besonders berücksichtigt worden sind. Schwerpunkt bilden Ausführungen zu den Haftungsvoraussetzungen, namentlich der ärztlichen Sorgfaltspflicht.

La présente contribution offre un aperçu des principes régissant la responsabilité médicale, en particulier la responsabilité du médecin et de l'hôpital à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux. Elle se concentre sur les conditions de la responsabilité, spécialement sur le devoir de diligence du médecin.

### I. Haftungsarten

#### A. Öffentlich- versus privatrechtliche Haftung

Der *Arztbehandlungsvertrag* stellt einen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR dar<sup>1</sup>. Dasselbe gilt für den *Zahnarztbehandlungsvertrag*, selbst dann, wenn Brücken und Kronen hergestellt werden müssen<sup>2</sup>, und den *Tierarztbehandlungsvertrag*<sup>3</sup>. Entsprechend beurteilt sich die Haftung des Arztes grundsätzlich nach privatrechtlichen Grundsätzen<sup>4</sup>. Die Spitalbehandlung in einem Privatspital erfolgt in der Regel gestützt auf einen privatrechtlichen *Spitalaufnahmevertrag*, der einen gemischten Vertrag bzw. einen Innominatvertrag darstellt<sup>5</sup>. Die Haftung der Privatspitäler beurteilt sich

deshalb grundsätzlich nach der privatrechtlichen Vertrags- bzw. Deliktshaftung<sup>6</sup>. Die Spitalbehandlung in einem öffentlichen Spital erfolgt je nach kantonalem Recht im Rahmen eines privatrechtlichen Spitalaufnahmevertrags oder eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses<sup>7</sup>.

Bei der Spitalbehandlung ist im Hinblick auf Art. 61 OR zu unterscheiden, ob die Behandlung *gewerblich* oder *amtlich bzw. hoheitlich* zu qualifizieren ist. Die Kantone sind nach Art. 61 Abs. 1 OR befugt, aber nicht verpflichtet, die im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstellung erfolgende amtliche bzw. hoheitliche Arzttätigkeit der kantonalrechtlichen Haftungsordnung zu unterstellen<sup>8</sup>. Für die spitalärztliche Haftung ist eine möglichst *einheitliche Haftungsregelung* angezeigt. Spricht sich das kantonale Recht explizit gegen, wie z.B. im Kanton Thurgau<sup>9</sup>, oder zumindest nicht klar für die Annahme einer kantonalen Staatshaftung aus, so ist die zivilrechtliche Haftung als einheitliche Haftungsregelung heranzuziehen<sup>10</sup>. Wenn die Kantone von ihrer Befugnis gemäss Art. 61 Abs. 1 OR keinen Gebrauch machen, haften die Ärzte für ihr Verhalten unmittelbar nach den bundesprivatrechtlichen Normen der Art. 41 ff. OR<sup>11</sup>.

Die Rechtsnatur des Behandlungsverhältnisses, die Rechtsform der Spitalträgerschaft, der Versichertenstatus des Patienten, der Erhalt von Subventionen und die rechtliche Beziehung zwischen dem behandelnden Arzt und dem Spital sind ungeeignete Kriterien, um zu

\* PD Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar, Glarus. Schriftliche Fassung eines Vortrages, der an der Tagung vom 26. August 2009 zu Fragen der Arzthaftpflicht gehalten wurde (Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen).

<sup>1</sup> Vgl. BGE 132 III 359 E. 3.1 und 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 110 II 375 = Pra 1985 Nr. 59 E. 2. Siehe ferner Urteil KGer GR vom 15.10.1965 (ZF 15/65) = PKG 1966 Nr. E. 2-7.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 93 II 19 E. 1 und ferner Urteil BGer vom 11.1.2005 (4C.345/2003) E.3.2 (Impffehler).

<sup>4</sup> Der Hausarzt, der eine FFE-Einweisung vornimmt, handelt nicht privat-, sondern öffentlich-rechtlich (vgl. BGE 118 II 254 = Pra 1993 Nr. 110 E. 1b). Hoheitlicher Natur ist ferner die Tätigkeit eines Arztes, der einen Ausschaffungshäftling betreut (BGE 130 IV 27 E. 2.3.3).

<sup>5</sup> Beim totalen Spitalaufnahmevertrag tritt der Patient lediglich in ein Rechtsverhältnis zum Spital, welches als Vertragspartner sämtliche Leistungen einerseits hinsichtlich der ärztlich-medizinischen Versorgung und andererseits hinsichtlich Unterkunft und Verpflegung erbringt. Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag hingegen entstehen zwei getrennte Rechtsverhältnisse; einerseits zwischen Patient und Spital (eigentlicher Spitalaufnahmevertrag), andererseits zwischen Patient und Arzt. Siehe BGE 92 II 15 E. 3 sowie Urteile KGer GR vom 20.5.2008 (ZF 08-11) E. I/2, ATC VS vom 16.8.2005 i.S. X. c. Dr. Y. et Association de l'Hôpital régional de Z. = RVJ 2007, 150 E. 26, HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/A, Rekurskommission TG vom 19.2.1996 (BR 96 1) = RBOG 1996 Nr. 16 E. 2b, KGer VS vom 13.10.1994 = SG Nr. 966 E. 4b, ATC VS vom 13.10.1994 i.S. Caisse-Maladie X c. Hôpital régional de Y, Dr. B et Dr. C. = RVJ 1995, 140 E. 6b, AmtsGer Luzern Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. c. Dr. X = SG Nr. 895 E. 6 und BezGer Zürich vom 30.6.1988 = ZR 88 (1989) Nr. 27 E. 1.1.

<sup>6</sup> Weiterführend GROSS JOST, Haftung von privatisierten Spitälern, in: Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, St. Gallen 2003, 121 ff., und HOFER MARTIN/SCHMID-GEENE SASKIA, Die Haftung privatisierter Spitäler. Ein Überblick, in: HAVE 2002/3, 196 ff.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. BGE 102 II 45 E. 2.

<sup>8</sup> Siehe z.B. Urteil BGer vom 1.7.2002 (4C.97/2002) E. 2.1.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil BGer vom 27.10.2005 (6P.50/2005 und 6S.143/2005) E. I/1.

<sup>10</sup> Vgl. Urteil VerwGer SZ vom 31.10.2001 (1011/01) E. 7f.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/bb und cc.

entscheiden, ob eine gewerbliche oder amtliche bzw. hoheitliche Behandlung i.S.v. Art. 61 OR vorliegt<sup>12</sup>. Nach konstanter Rechtsprechung ist die *Behandlung in öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich<sup>13</sup> organisierten Spitälern mit staatlichem Versorgungsauftrag keine gewerbliche Verrichtung*, für die nach Art. 61 Abs. 2 OR die bundesprivatrechtlichen Haftungsnormen von Art. 41 ff. OR durch kantonales öffentliches Recht nicht geändert werden können. Es handelt sich vielmehr um eine öffentliche Aufgabe, sodass Schäden, die dabei entstehen, auf die Ausübung staatlicher Hoheit und nicht auf die Verletzung privatrechtlicher Vertragspflichten zurückzuführen sind<sup>14</sup>. Dies gilt insbesondere für die *Chefarztstätigkeit* bzw. die *Behandlung von Privatpatienten<sup>15</sup>* und die *Spitalapotheke<sup>16</sup>*. Einzig die *veterinärmedizinische Tätigkeit* an öffentlichen Spitälern, namentlich am Tierspital der Universität Zürich, stellt eine gewerbliche Tätigkeit dar<sup>17</sup>.

## B. Vertrags- versus Deliktshaftung

### 1. Vertragshaftung

Soweit die Arztbehandlung im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses erfolgt, ist die Vertragshaftung anwendbar<sup>18</sup>. Der Arzt haftet für den Schaden seines Patienten, den er oder eine seiner Hilfspersonen<sup>19</sup> bzw. einer seiner Substituten<sup>20</sup> als Folge einer Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht rechtserheblich verursacht hat, sofern und soweit ihn ein Verschulden trifft<sup>21</sup>. Der ärztliche Behandlungsvertrag entfaltet vertragliche Schutzwirkung grundsätzlich nur zugunsten des Patienten, der Ver-

tragspartner des Arztes ist. Einen eigentlichen *Vertrag zugunsten eines Dritten* stellt der *Geburtshilfevertrag* dar<sup>22</sup>; dessen vertragliche Schutzwirkung gilt auch für das Neugeborene, nicht aber für dessen Vater<sup>23</sup>.

## 2. Deliktshaftung

### i. Allgemeine Deliktshaftung

Der geschädigte Patient kann alternativ zur Vertragsdie ausservertragliche Deliktshaftung<sup>24</sup> geltend machen, während mitgeschädigten Dritten, insbesondere Angehörigen, nur ausservertragliche Haftungsansprüche zustehen<sup>25</sup>. Der Arzt haftet für den Schaden, den er oder eine seiner Hilfspersonen<sup>26</sup> widerrechtlich und rechtserheblich verursacht hat, sofern und soweit ihn ein Verschulden trifft<sup>27</sup>.

### ii. Spezialgesetzliche Haftungstatbestände

In besonderen Einzelfällen besteht eine Arzthaftung nach Massgabe spezialgesetzlicher Haftungstatbestände. Zu diesen zählen einerseits die in Art. 54 ff. OR und Art. 333 ZGB erwähnten besonderen Haftungstatbestände, wobei insbesondere die Haftung von und für urteilsunfähige Personen<sup>28</sup> und die Werkeigentümerhaftung zu erwähnen sind, und andererseits die in Spezialgesetzen geregelten Haftungstatbestände<sup>29</sup>. Entweicht z.B. ein selbstmordgefährdeter Patient aus einer psychiatrischen Klinik und begeht Selbstmord, stellt sich u.U. auch die Frage, ob das Entweichen als Folge eines Werkmangels möglich war<sup>30</sup>. Eine ungenügende Fenstersicherung in einer psychiatrischen Klinik stellt keinen Werkmangel dar<sup>31</sup>.

<sup>12</sup> Vgl. Urteil VerwGer SZ vom 31.10.2001 (1011/01) E. 7a–d.

<sup>13</sup> Siehe z.B. Urteil BGer vom 31.8.2000 (4P.67/2000) E. 1 (trotz privatrechtlicher Rechtsform [Inselspital Bern] Anwendbarkeit der Staatshaftung).

<sup>14</sup> Vgl. BGE 122 III 101 E. 2a/aa, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2 und 101 II 177 E. 2a sowie Urteil BGer vom 1.7.2002 (4C.97/2002) E. 2.1.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/aa, 112 Ib 334 = Pra 1987 Nr. 59 E. 2c und 111 II 149 = Pra 1985 Nr. 208 E. 5.

<sup>16</sup> Vgl. Urteil VerwGer OW vom 8.2.1985 = OWVVG VII Nr. 66 E. 4e. Der Tierarztbehandlungsvertrag richtet sich nach denselben Regeln, wie sie beim Arztbehandlungsvertrag zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil BGer vom 11.1.2005 [4C.345/2003] E. 3.1 und BGE 93 II 19 E. 1).

<sup>17</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 8.12.2003 (VB.2000.00311) = RB 2000 Nr. 57 = ZBI 2001, 378.

<sup>18</sup> Die Vertragshaftung ist eine Verschuldenshaftung mit widerlegbarer Verschuldensvermutung (vgl. Art. 97 ff. OR).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 101 OR und BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3c (Haftung des Hausarztes für Arztgehilfin). Die Hilfspersonenhaftung umfasst auch strafbare Handlungen bei Gelegenheit der Vertragserfüllung (vgl. BGE 92 II 15 E. 4 und 5 [Unzucht mit Anstaltspfinglingen durch Arzt]).

<sup>20</sup> Der substituierende Arzt haftet bei der unbefugten Substitution uneingeschränkt, bei der befugten Substitution nur für Auswahl, Instruktion und Überwachung des Substituten (vgl. Art. 399 Abs. 1 und 2 OR). Bestehen sehr enge Beziehungen zwischen dem substituierenden Arzt und dem beigezogenen Arzt bzw. erfolgt die Substitution nicht im Patienteninteresse, gelangt Art. 101 OR zur Anwendung (vgl. BGE 112 II 347 = Pra 1986 Nr. 234 E. 2).

<sup>21</sup> Dazu infra Ziffer II/D.

<sup>22</sup> Weiterführend PALLY HOFMANN URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. Zürich 2007.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.5.2003 (4C.32/2003) = Pra 2003 Nr. 196 E. 2.2.

<sup>24</sup> Die allgemeine Deliktshaftung ist eine Verschuldenshaftung ohne widerlegbare Verschuldensvermutung (vgl. Art. 41 ff. OR).

<sup>25</sup> Selbständige Genugtuungsansprüche von Angehörigen verjähren grundsätzlich nach Art. 60 Abs. 1 OR, auch wenn die Ansprüche des Direktgeschädigten gegenüber dem Haftpflichtigen der vertragsrechtlichen Verjährung gemäss Art. 127 OR unterliegen (vgl. BGE 123 III 204 E. 2).

<sup>26</sup> Vgl. Art. 55 OR. Die Hilfspersonenhaftung umfasst auch strafbare Handlungen bei Gelegenheit der Vertragserfüllung (vgl. Urteile BGer vom 18.4.2006 [2P.224/2005] E. 4.2.3 [Begehung von Vermögensdelikt eines Spitalangestellten] und vom 28.1.2003 [2P.248/2002] [Haftung für Diebstahl durch Krankenschwester]).

<sup>27</sup> Dazu infra Ziffer II/D.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 54 OR und Art. 333 ZGB.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. a Ziffer 5 HMG und Art. 7 VKlin (Haftung für heilmittelversuchsbedingte Schäden) sowie Art. 39 f. StSG (vgl. Urteil ZivGer GE vom 3.5.1974 = SJ 1975, 55 E. XXIII [Haftung für radioaktive Verstrahlung mit nachfolgendem Tod]). Siehe ferner infra Ziffer II/A/4.

<sup>30</sup> Siehe dazu BGE 112 Ib 322 E. 4b–d.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Urteil BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 4c und d.

## II. Haftungsvoraussetzungen

### A. Haftungsbegründender Tatbestand

#### 1. Vertragsverletzung

Der Arztbehandlungsvertrag umfasst die vertragliche *Hauptpflicht*, eine auf die Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorzunehmen, und die *Nebenpflicht*, anderweitige Schädigungen des Patienten zu verhindern<sup>32</sup>. Verletzt der Arzt die Nebenpflicht bzw. den Vertragszweck, begeht er eine positive Vertragsverletzung<sup>33</sup>.

Das *Ausbleiben eines Behandlungserfolgs trotz sorgfältiger Behandlung* stellt keine Vertragsverletzung dar. Eine durch die *Behandlung verursachte neue gesundheitliche Beeinträchtigung* ist vom blossen Ausbleiben des Behandlungserfolgs zu unterscheiden<sup>34</sup> und stellt an sich keine Verletzung der Nebenpflicht dar, begründet aber eine widerlegbare tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen worden sind und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt<sup>35</sup>.

#### 2. Rechtsgutverletzung

Nach der *Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit*, die sowohl bei der Delikts- als auch der Staatshaftung gilt<sup>36</sup>, ergibt sich die Widerrechtlichkeit eines durch aktives Verhalten verursachten Schadens daraus, dass entweder ein absolutes Recht des Geschädigten, wozu das Leben und die Gesundheit zählen<sup>37</sup>, beeinträchtigt wird, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (*Erfolgsunrecht*), oder eine Rechtsnorm verletzt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (*Handlungsunrecht*)<sup>38</sup>.

Nach der *Erfolgsunrechtstheorie* ist die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, wie sie zum Beispiel im Rahmen eines chirurgischen Eingriffs stattfindet, *per se* widerrechtlich, falls kein Rechtfertigungsgrund

gegeben ist<sup>39</sup>. Bei der ärztlichen Behandlung steht als Rechtfertigungsgrund die Einwilligung des ausreichend aufgeklärten Patienten im Vordergrund<sup>40</sup>. Die Einwilligung in einen medizinischen Eingriff stellt ein *relativ höchstpersönliches Recht* dar. Die unzweideutige Ablehnung eines operativen Eingriffs durch den urteilsfähigen Unmündigen bzw. Entmündigten ist für den Arzt verbindlich, selbst wenn der gesetzliche Vertreter eingewilligt hat<sup>41</sup>. Aufklärung und Einwilligung dürfen nicht unmittelbar vor dem bevorstehenden Eingriff erfolgen<sup>42</sup>. Fehlt eine rechtsgültige Einwilligung<sup>43</sup> des urteilsfähigen Patienten oder seines gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreters<sup>44</sup>, ist der Eingriff als Ganzes widerrechtlich und haftet der Arzt oder das Gemeinwesen für den rechtserheblich durch den Arzt eingriff verursachten Schaden<sup>45</sup>. Die Erfolgshaftung besteht selbst dann, wenn der medizinische Eingriff selbst *lege artis* durchgeführt wurde<sup>46</sup>.

Die Erfolgsunrechtstheorie wird – nicht zuletzt im Hinblick auf die ärztliche Behandlung – kritisiert<sup>47</sup>. Es wird geltend gemacht, es sei widersinnig, mit der Vornahme eines Eingriffs in den menschlichen Körper, der mit der Absicht des Heilens erfolge, eine Haftungsvermutung anzunehmen, von deren Widerlegung aber auszugehen, wenn der Arzt ein sorgfältiges Verhalten bzw. eine Einwilligung nachweist. Es wäre konsequenter, den Arzt von allem Anfang an nur dann haften zu lassen, wenn er sorgfaltswidrig gehandelt hat, nicht zuletzt deshalb, weil die Erfolgsunrechtstheorie nicht anwendbar ist, wenn ein Unterlassen oder Dulden eines Drittverhaltens den Schaden «verursacht» hat.

Ein Unterlassen oder Dulden ist erst dann widerrechtlich, wenn eine *Garantenpflicht* bestand, mithin ein Handlungsunrecht vorliegt. Der Arzt hat gegenüber

<sup>32</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3, 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a und 110 II 375 = Pra 1985 Nr. 59 E. 1 sowie Urteil BGer vom 19.5.2003 (4C.32/2003) E. 3.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3, 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a und 110 II 375 = Pra 1985 Nr. 59 E. 1 sowie Urteil BGer vom 19.5.2003 (4C.32/2003) E. 3.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 2.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

<sup>36</sup> Statt vieler z.B. BGE 132 II 449 E. 3.3 und 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 2a sowie Urteile BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.1, vom 5.8.2004 (2A.350/2003) E. 5.2 und vom 4.4.2003 (2C.2/2000) E. 2.2.

<sup>37</sup> Die fahrlässige Tötung eines Fötus ist nicht strafbar (vgl. BGE 119 IV 207 = Pra 1995 Nr. 155 E. 2a c). Die Entnahme von Augen einer Leiche zu Transplantationszwecken ohne Zustimmung der Angehörigen stellt eine Störung des Totenfriedens dar (vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 4.1.1997, 43).

<sup>38</sup> Statt vieler BGE 124 III 297 E. 5b, 123 II 577 E. 4c, 122 III 176 E. 7b und 120 Ib 411 E. 4a.

<sup>39</sup> Der Rechtfertigungsgrund ist vom Arzt nachzuweisen (vgl. z.B. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4).

<sup>40</sup> Als weitere Rechtfertigungsgründe kommen gesetzliche Rechtfertigungsgründe (siehe Art. 52 OR, insbesondere Notstandshilfe [dazu Urteil OGer ZH = NZZ vom 23.9.1994, 53] und ferner z.B. § 15 Gesundheitsgesetz [GesG] vom 2.4.2007 [ZH] und § 21 Abs. 3 Patientinnen- und Patientengesetz vom 5.4.2004 [ZH]) und der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision (siehe BGE 130 IV 7 E. 7) in Betracht.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 134 II 235 E. 4.1 und 114 Ia 350 = Pra 1989 Nr. 266 E. 7.

<sup>42</sup> Vgl. Urteil BGer vom 28.4.2003 (4P.265/2002) E. 5.3 f.

<sup>43</sup> Eine für einen bestimmten medizinischen Eingriff erteilte Einwilligung gilt nur für diesen, nicht aber auch für andere medizinische Eingriffe (vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1).

<sup>44</sup> Der Stellvertreter «wird nicht zulassen, dass sein Schützling wissenschaftlichen Versuchen oder einem verstümmelnden oder seine körperliche Integrität schwer verletzenden Eingriff ausgesetzt wird» (BGE 114 Ia 350 = Pra 1989 Nr. 266 E. 7a/aa). Das Verstümmelungsverbot gilt nicht nur für medizinische Behandlungen, sondern auch für medizinische oder wissenschaftliche Versuche (Art. 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966).

<sup>45</sup> Siehe z.B. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.1.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

<sup>47</sup> Siehe z.B. die Hinweise in BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 2b.

seinem Patienten, nicht aber gegenüber beliebigen Dritten eine Garantspflicht<sup>48</sup>. So ist insbesondere ein Urologe, der in seiner Praxis in eine Untersuchung vertieft ist, als er zweimal von Passanten telefonisch aufgefordert wird, bei einem Notfall in der Nähe der Praxis zu Hilfe zu eilen, dazu nicht verpflichtet<sup>49</sup>. Wird einem Arzt telefonisch ein Krankheitsbild vorgetragen, hat er bei objektiv gegebenem Verdacht auf eine bestimmte Krankheit nötigenfalls die gebotenen Untersuchungen durchzuführen und bei Unvermögen des Patienten, die Praxis aufzusuchen, einen Hausbesuch vorzunehmen oder andere geeignete Massnahmen (Spitaleinweisung usw.) zu veranlassen<sup>50</sup>.

### 3. *Schutznormverstoss*

Soweit die Erfolgsunrechtstheorie nicht anwendbar ist, liegt eine Widerrechtlichkeit vor, wenn der Arzt Normen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts, die den Patienten vor einer Beeinträchtigung des Lebens und der Gesundheit schützen<sup>51</sup>, mithin die *Regeln der ärztlichen Kunst* verletzt<sup>52</sup>. Ob dies der Fall ist, wird nach objektiven Kriterien beurteilt und ist vom Geschädigten nachzuweisen. Der *Beurteilungsmassstab* und die *Grundsätze der Sorgfaltspflicht* sind bei der ausservertraglichen und der vertraglichen Haftung gleich<sup>53</sup>.

Eine *strafrechtliche relevante Sorgfaltspflichtverletzung* stellt in der Regel auch eine Widerrechtlichkeit dar<sup>54</sup>. Das Bundesgericht bejaht im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verurteilung bei Unterlassungen die hypothetische Kausalität aber nur dann, wenn eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Gesundheitsbeeinträchtigung durch ein pflichtgemässes Handeln des Arztes hätte verhindert werden können<sup>55</sup>. Im Haftungsrecht genügt für den Nachweis der hypothetischen Kausalität der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit<sup>56</sup>, weshalb eine Haftung bei ärztlichen Unterlassungen trotz eines Freispruchs möglich ist<sup>57</sup>.

### 4. *Rechtmässige Schadenzufügung*

Eine weder vertragswidrige noch widerrechtliche Schadenverursachung begründet grundsätzlich keine Haftung. Das öffentlich-rechtliche Entschädigungsrecht kennt jedoch vereinzelt Entschädigungstatbestände, die auch bei einer rechtmässigen Schadenzufügung eine Ersatzpflicht des Staates vorsehen. Eine *Ersatzpflicht für rechtmässige Schädigung* besteht im medizinischen Kontext für Aussonderungs-<sup>58</sup>, Impf-<sup>59</sup> und Hersteller-<sup>60</sup> sowie Heilmittelversuchsschäden<sup>61</sup>. Diese besonderen gesundheitsrechtlichen Entschädigungstatbestände werden ergänzt einerseits durch die *Billigkeitshaftung des Staates* für rechtmässige, aber unzumutbare Personenschäden<sup>62</sup> und die *Haftung des Sozialversicherers für Behandlungsschäden im Rahmen angeordneter Heilmassnahmen*<sup>63</sup> sowie die *Rückerstattungspflicht anerkannter Leistungserbringer für die Mehrkosten bei einer unwirtschaftlichen Behandlung*<sup>64</sup>.

## B. Schaden

### 1. *Vermögensschaden*

#### i. Grundsatz

Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der *unfreiwilligen Differenz* zwischen dem gegenwärtigen, nach dem

<sup>48</sup> Eine Notfallhilfepflicht besteht u.U. gestützt auf das kantonale Gesundheitsrecht.

<sup>49</sup> Vgl. Urteil BezGer Zürich = NZZ vom 9./10.3.2002, 46.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3d/bb.

<sup>51</sup> Siehe z.B. Art. 40 MedBG.

<sup>52</sup> Vgl. z.B. BGE 123 II 577 E. 4d/ee, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 2.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a und 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.1.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 53 OR.

<sup>55</sup> Vgl. Urteil BGer vom 15.1.2009 (6B\_649/2008) E. 2.

<sup>56</sup> Infra Ziffer II/C/1/ii.

<sup>57</sup> Vgl. PRIBNOW VOLKER, Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A\_397/2008 vom 23.9.2008 und 6B\_649/2008 vom 15.1.2009, in: HAVE 2009/2, 158 ff., 161.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 3 Bundesgesetz vom 13. Juni 1928 betreffend Massnahmen gegen die Tuberkulose.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 3 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz). Die Entschädigungspflicht besteht sowohl bei obligatorischen als auch bei freiwilligen, von den Behörden empfohlenen Impfungen. Ersatz ist der Natur der Ausfallhaftung entsprechend nur und so weit zu leisten, als keine ausreichende Deckung von primär Ersatzpflichtigen (Arzt-/Berufshaftpflichtversicherung, Sozialversicherungen etc.) erlangt werden kann (vgl. BGE 129 II 353 E. 4). Weiterführend LANDOLT HARDY, Grundlagen des Impfrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Infektionsschäden, in: AJP 2004/3, 280 ff., und LANDOLT HARDY, Haftung für Impfschäden. Anmerkungen zu BGE 129 III 353 ff., in: HILL 2003, Nr. 10.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 32c EpG.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. a Ziffer 5 HMG und Art. 7 VKlin. Dazu SCHNELLER FRANZ, Schadensdeckung im Rahmen klinischer Versuche mit Heilmitteln. Die Position von Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, in: Medizinische Forschung – Haftung und Versicherung, Zürich 2006, 19 ff., und ferner GERBER MICHAEL, Überlegungen mit Blick auf die Regelung der Haftung und Schadensdeckung im Humanforschungsgesetz, in: Medizinische Forschung – Haftung und Versicherung, Zürich 2006, 1 ff.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 Gesetz über die Staatshaftung (SHG) vom 5.12.2006 (GR) und Art. 7 Abs. 2 Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (Staatshaftungsgesetz) vom 5.5.1991 (GL).

<sup>63</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 3 UVG (siehe dazu BGE 128 V 169 E. 1c und 118 V 286 ff. sowie Urteil BGer vom 12.3.2008 [8C\_288/2007] E. 6.1) sowie Art. 11 IVG und Art. 23 IVV (siehe dazu BGE 120 V 95 ff. und 119 V 250 ff. sowie Urteil EVG vom 13.12.2004 [I 390/04] E. 3.1). Die Ersatzpflicht für angeordnete Behandlungsschäden stellt keine Haftung, sondern eine Versicherungsleistung dar (vgl. z.B. Urteil BGer vom 12.3.2008 [8C\_288/2007] E. 6.1 und BGE 119 V 250 E. 1b).

<sup>64</sup> Vgl. Art. 56 KVG und BGE 130 V 377 ff.

schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte<sup>65</sup>. Kein Vermögensschaden, sondern ein immaterieller Schaden liegt vor, wenn der haftungsbegründende Tatbestand ein Affektionsinteresse beeinträchtigt. Beruht die Beeinträchtigung des Affektionsinteresses auf einer widerrechtlichen Beeinträchtigung des Lebens, der Gesundheit oder der Persönlichkeit, ist u.U. eine Genugtuung geschuldet<sup>66</sup>.

## ii. Ausnahmen

Hat der haftungsbegründende Tatbestand keinen Vermögensschaden zur Folge, stellt sich in den Fällen, in welchen der vom haftungsbegründenden Tatbestand Betroffene Kosten eingespart hat, die bei einem anderen in vergleichbarer Lage angefallen wären, die Frage, ob gleichwohl Ersatz zu leisten ist.

Der *normative Schaden* umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis beim Geschädigten oder Dritten einen *Mehraufwand* verursacht, der ausnahmsweise nicht mit finanziellen Nachteilen verbunden ist, weil der Geschädigte oder der Dritte den Mehraufwand unentgeltlich trägt. Die *eingesparten Lohnkosten einer Ersatzkraft* können z.B. bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)<sup>67</sup> oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)<sup>68</sup> beansprucht werden. Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass besteht, die Ersatzpflicht für normative Personenschäden auf Sach- und Vermögensschäden auszudehnen<sup>69</sup>.

Der *fiktive Personenschaden* umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis bzw. die dadurch verursachte Körper- oder Persönlichkeitsverletzung weder beim Betroffenen noch bei Dritten einen Mehraufwand verursacht, weil der Betroffene auf die Inanspruchnahme von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen verzichtet, die eine andere Person in vergleichbarer Lage beanspruchen würde. Die Rechtsprechung bejaht bald die Ersatzfähigkeit fiktiver Heilungskosten<sup>70</sup>, bald wird sie verneint<sup>71</sup>. Ausländische Urteile, die fiktive Heilungskosten zusprechen, sind in jedem Fall vollstreckbar<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 47 und 49 OR.

<sup>67</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

<sup>68</sup> Vgl. Urteil BGER vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

<sup>69</sup> Vgl. Urteil BGER vom 19.12.2005 (4C.337/2005) E. 3.3.2.

<sup>70</sup> Vgl. Urteil OGH vom 4.12.1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, 90 (Operationskosten).

<sup>71</sup> Vgl. Urteile OLG Köln vom 19.5.1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, 1021 (Kosten eines Zahnimplantats) und BGH vom 14.1.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = MDR 1986, 486 = JZ 1986, 638 E. II/2b (Operationskosten).

<sup>72</sup> Vgl. Urteil BGH vom 4.6.1992 (IX ZR 149/91) = BGHZ 118, 312 = EWIR 1992, 827 = NJW 1992, 1935 = ZIP 1992, 1256.

## 2. Unfreiwilligkeit

Nur unfreiwillig erlittene Vermögensnachteile sind ersatzfähig. Eine freiwillige Selbstschädigung oder ein schweres Selbstverschulden schliessen eine Haftung eines Dritten aus. Lange war umstritten, ob die Unterhaltskosten eines unerwünschten gesunden bzw. unerwünschten behinderten Kindes ersatzfähig sind<sup>73</sup>. Das Bundesgericht hat unlängst entschieden, dass die *Unterhaltskosten eines unerwünschten gesunden Kindes*, das als Folge eines Sterilisationsfehlers geboren wird, zu einem materiellen Schaden führen<sup>74</sup>. Als klagender Elternteil trat die Mutter des Kindes auf. Der Vater hatte ihr seine allfälligen vertraglichen Haftungsansprüche abgetreten<sup>75</sup>.

Da der *Geburtshilfevertrag* keine Schutzwirkung zugunsten des Vaters entfaltet<sup>76</sup>, stehen den Vätern unerwünschter Kinder an sich nur ausservertragliche Haftungsansprüche zu und besteht eine solche Haftung, wenn die unerwünschte Vaterschaft eine Persönlichkeitsverletzung<sup>77</sup> darstellt. Ist dies zu bejahen, können Väter unerwünschter Kinder gegenüber allen, auch der Mutter, Haftungsansprüche erheben, wenn ihnen der Nachweis gelingt, dass sie kein Kind wollten.

## C. Kausalzusammenhang

### 1. Sichere Kausalität

#### i. Allgemeines

Der Geschädigte muss nachweisen, dass zwischen dem haftungsbegründenden Tatbestand, für den der präsumptiv Haftende einzustehen hat, und seinem an sich ersatzfähigen Schaden ein sicheres Kausalverhältnis besteht. Der Nachweis dieses Kausalverhältnisses erfordert zwei Beweise:

- Der Geschädigte hat zunächst nachzuweisen, dass zwischen dem *haftungsbegründenden Tatbestand*, für den der präsumptiv Haftende einzustehen hat (in der Regel Sorgfaltspflichtverletzung), und der *erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigung* ein sicherer Kausalzusammenhang besteht (*haftungsbegründende Kausalität*).

<sup>73</sup> Weiterführend MÜLLER CHRISTOPH, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von Wrongful birth- und Wrongful life-Klagen im schweizerischen Recht in: AJP 2003/5, 522 ff., und MÜLLER CHRISTOPH, Les frais d'entretien d'un enfant non planifié. Dommage réparable?, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2006/3, 119.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 132 III 359 E. 4 (zugesprochen wurden CHF 50 000.– samt Zins als Schadenersatz, CHF 85 000.– als Unterhaltersatz und CHF 5000.– nebst Zins als Genugtuung). Siehe ferner MÜLLER CHRISTOPH, Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als Schaden? Kommentar zu BGE 132 III 359, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2008/11, 51 ff.

<sup>75</sup> Siehe BGE 132 III 359/361.

<sup>76</sup> Vgl. Urteil BGER vom 19.5.2003 (4C.32/2003) = Pra 2003 Nr. 196 E. 2.2.

<sup>77</sup> S.c. Verletzung der Fortpflanzungsautonomie.

- Der Geschädigte hat schliesslich nachzuweisen, dass zwischen der *erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigung* und dem *relevanten Schaden* ein sicherer Kausalzusammenhang besteht (*haftungsausfüllende Kausalität*)<sup>78</sup>.

ii. Natürliche Kausalität

a. *Conditio sine qua non*-Regel

Voraussetzung für die Annahme der haftungsbegründenden und der -ausfüllenden Kausalität ist, dass das pflichtwidrige Verhalten des präsumptiv Haftenden *conditio sine qua non* für die erlittene Gesundheitsbeeinträchtigung und den relevanten Schaden ist (*natürlicher Kausalzusammenhang*)<sup>79</sup>. Pflichtwidrige Unterlassungen sind natürlich kausal, wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, Gesundheitsbeeinträchtigung und Schaden wären überwiegend wahrscheinlich nicht eingetreten, hätte sich der präsumptiv Haftende pflichtgemäss verhalten (*hypothetischer Kausalzusammenhang*)<sup>80</sup>.

b. Wegfall des natürlichen Kausalzusammenhangs bei Hinzutreten von Reserveursachen?

Ist das pflichtwidrige Verhalten oder Unterlassen für die erlittene Gesundheitsbeeinträchtigung und den Schaden natürlich kausal, stellt sich die Frage, ob der natürliche Kausalzusammenhang entfällt, wenn Gesundheitsbeeinträchtigung und Schaden auch dann eingetreten wären, wenn der Arzt sorgfaltsgemäss gehandelt (*Einwendung des rechtmässigen Alternativverhaltens*) oder der Patient sich ohne Sorgfaltspflichtverletzung selbstschädigend verhalten hätte (*Einwendung des selbstschädigenden Patientenverhaltens*) oder der Schaden ohnehin aufgrund einer – späteren – Drittursache (Zufall oder Drittverhalten) eingetreten wäre (*Einwendung der Reserveursache*)<sup>81</sup>.

1) Rechtmässiges Alternativverhalten

Keine Haftung besteht, wenn der Patient über ein Risiko aufgeklärt wurde und sich dieses Risiko in der Folge verwirklicht hat und eine andere Sorgfaltspflichtverletzung nicht nachgewiesen werden kann<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Siehe z.B. Urteil BezGer Zürich vom 29.9.1987 i.S. Gladys F. = SG Nr. 500 E. IV/12 (Umfang der Ersatzpflicht für Kosten der Krustenbehandlung bei einer fehlerhaften kosmetischen Gesichtsoperation, die zu einer Nekrose und einer Infektion des Haarbodens geführt hat).

<sup>79</sup> Der Nachweis der natürlichen Kausalität ist erbracht, wenn nachgewiesen ist, dass die Sorgfaltspflichtverletzung und nicht nur der medizinische Eingriff als Ganzes «*conditio sine qua non*» des Schadens ist (vgl. z.B. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3).

<sup>80</sup> Vgl. BGE 121 III 358 E. 5 und 115 II 440 E. 5a.

<sup>81</sup> Weiterführend STUDHALTER BERNHARD, Die Berufung des präsumptiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe. Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, Diss. Zürich 1995.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.2–3.4.

Eine Haftungsbefreiung bei nachgewiesener Sorgfaltspflichtverletzung setzt den Nachweis voraus, dass *die-selbe* Gesundheitsbeeinträchtigung auch bei pflichtgemässigem Verhalten überwiegend wahrscheinlich eingetreten wäre, weil sich das behandlungstypische Risiko verwirklicht hätte, und, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung darin besteht, dass der Patient nicht aufgeklärt wurde und eingewilligt hat, die Voraussetzungen für die Annahme einer hypothetischen Einwilligung erfüllt sind.

Der erste Nachweis ist erbracht, wenn die *Verwirklichung des behandlungstypischen Risikos bei einem sorgfaltsgemässen Verhalten überwiegend wahrscheinlich* ist. Das Verwaltungsgericht Freiburg verneinte eine Haftung bei einem Geschädigten, der an einer Hirnhautentzündung litt, sich notfallmässig ins Spital begab, dort mit Antibiotika behandelt wurde, alsbald ins Koma fiel und Monate später mit einem Gehörschaden erwachte, weil auch bei recht- bzw. frühzeitiger Gabe der Antibiotika ein hohes Risiko für Folgeschäden bestanden hat<sup>83</sup>. Der Nachweis ist auch dann erbracht, wenn es für die fehlerhaft nicht erkannte Gesundheitsschädigung keine erfolgversprechende Behandlung gibt<sup>84</sup>.

Ein behandlungsimmanentes Risiko ist nach der Meinung des Bundesgerichts auch dann eingetreten, wenn der operierende Chirurg bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase sorgfaltswidrig einen Klipp falsch setzt, was zu einer Gallengangverletzung führt, weil 34 bis 49% aller Chirurgen in ihrer Karriere einmal eine derartige Verletzung verursachen. Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, dass es nicht ohne Weiteres verständlich sei, weshalb eine Sorgfaltspflichtverletzung (s.c. fehlerhafter Handgriff) als immanentes Operationsrisiko gelten soll, die vorinstanzliche Rechtsauffassung gleichwohl als nicht willkürlich bezeichnet<sup>85</sup>.

2) Selbstschädigendes Patientenverhalten

Eine Haftung entfällt auch dann, wenn der Patient in Kenntnis des richtigen Laborbefundes sich genau gleich selbstschädigend verhalten, z.B. auf ungeschützten Geschlechtsverkehr verzichtet hätte<sup>86</sup>. Liegt die tatsächliche Wahrscheinlichkeit einer Erblindung bzw. von zusätzlichen Behinderungen des Kindes einige Prozente höher als die vom Arzt erwähnte Wahrscheinlichkeit, entfällt der natürliche Kausalzusammenhang, wenn die Eltern in vollem Bewusstsein einer

<sup>83</sup> Vgl. Urteil VerwGer FR vom 12.2.2006 (1A 02 39) = RFJ 2007, 31 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Urteil BezGer Hinwil vom 21.4.1981 i.S. k c. Kreisspitalverband Rüti = SG Nr. 177 E. IV/3c/bb (Serratusepese).

<sup>85</sup> Vgl. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.3.2.

<sup>86</sup> Vgl. Urteil BGer vom 28.11.2003 (4C.255/2003) E. 4.2.

weit überdurchschnittlichen Erblindungswahrscheinlichkeit von über 10% ein Kind gewollt und gezeugt haben<sup>87</sup>.

Im Zusammenhang mit einer pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung und nicht erfolgten Einwilligung betonte das höchste Gericht zunächst, dass der geschädigte Patient «nicht zu beweisen (hat), welche Haltung er vermutlich eingenommen hätte unter Umständen, die nicht eingetreten sind»<sup>88</sup>. Die neuere Rechtsprechung lässt nun aber den Arzt zumindest zum Beweis darüber zu, dass der Patient eingewilligt hätte, wäre er hinreichend aufgeklärt worden<sup>89</sup>. Vereinzelt verweisen auch öffentlich-rechtliche Gesundheits- und Patientenschutzgesetze auf die *mutmassliche Einwilligung* als Rechtfertigungsgrund, namentlich im Zusammenhang mit der Ausdehnung einer Operation<sup>90</sup>, die nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig ist<sup>91</sup>.

### 3) Andere Reserveursachen

Ob andere – zeitlich später eintretende – Reserveursachen, welche die Gesundheitsbeeinträchtigung und den Schaden ohnehin herbeigeführt hätten, zu beachten sind, hat das Bundesgericht offengelassen<sup>92</sup>, andernorts den rechtserheblichen Kausalzusammenhang trotz nicht geklärter Frage, ob die Gesundheitsbeeinträchtigung ausgeblieben wäre, wenn der Eingriff nicht stattgefunden hätte, bejaht<sup>93</sup>. In einem anderen Fall wurde die Haftung des Motorfahrzeughalters für Gesundheitsbeeinträchtigungen verneint, die als Folge eines Operationsfehlers eingetreten sind, selbst wenn die Operation im Zusammenhang mit der Behandlung der Unfallfolgen notwendig war<sup>94</sup>. Schliesslich

erwogen die Bundesrichter, dass es nicht willkürlich ist, die natürliche Kausalität zu verneinen, wenn eine aufgrund eines Diagnosefehlers (s.c. irrtümliche Bejahung der Bösartigkeit eines Gebärmuttertumors) operativ entfernte Gebärmutter ohnehin wegen der Grösse der gutartigen Gewebeveränderung hätte entfernt werden müssen<sup>95</sup>.

### 4) Kritik

Der Wegfall des natürlichen Kausalzusammenhangs einer Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes beim Hinzutreten hypothetischer oder tatsächlicher Reserveursachen ist mit dem Bundesgericht<sup>96</sup> zu hinterfragen: Warum soll der Arzt, der eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen und eine Gesundheitsbeeinträchtigung beim Patienten tatsächlich verursacht hat, nicht für den Schaden haften, nur weil dieser (später) ohnehin eingetreten wäre? Sind ein ohnehin selbstschädigendes Patientenverhalten und weitere Reserveursachen nicht viel eher Teilursachen und sollte, wenn überhaupt, nur eine Haftungsreduktion zugelassen werden?

Das Bundesgericht hat *keine konstante Praxis zur überholenden Kausalität*<sup>97</sup>. In den vorerwähnten Arzthaftungsfällen und anderen Haftungsfällen<sup>98</sup> lässt das Bundesgericht den Einwand der überholenden Kausalität zu. In einem neueren Straffall im Zusammenhang mit einem Psychoanalytiker, der eine unzutreffende Unbedenklichkeitserklärung ausgestellt hat, hat das Bundesgericht nunmehr festgehalten, dass sich der Arzt zwar auf die alternative Kausalität, nicht aber auf die überholende Kausalität berufen kann<sup>99</sup>. Wenn schon im Strafrecht der Einwand der überholenden Kausalität nicht gilt, dann sollte er noch viel weniger im Haftungsrecht zur Anwendung gelangen.

Die Berufung auf die Verwirklichung des behandlingstypischen Risikos hat letztlich eine *Wahrscheinlichkeitshaftung* zur Folge. Wenn das Zürcher Obergericht im Fall eines Diagnosefehlers den Schadenersatz um 40% kürzt, weil die Genesungs- bzw. Überlebens-

<sup>87</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 24.11.2003 (VGE 21322) = BVR 2004, 289 E. 5.5.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

<sup>89</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.3 und 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 5 sowie Urteile BGer vom 9.1.2008 (4C.66/2007 und 4A\_382/2007) E. 5 (Laparoskopie, Laparotomie, Entfernung des Appendix, Kolostomie), vom 24.3.2005 (4C.9/2005) E. 5.4 (keine mutmassliche Einwilligung in eine Nasenoperation, die mit einem hohen Komplikationsrisiko verbunden ist), vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1 und vom 1.12.1998 (4C.276/1993) = Pra 2000 Nr. 28 E. 4 (hypothetische Einwilligung und Vasektomie). Siehe ferner Urteile BGer vom 14.12.1995 i.S. Ehepaar X c. Spitalverband Y et. al. = Pra 1996 Nr. 181 E. 3a und b (hypothetische Einwilligung und fehlgeschlagene Tubensterilisation) und Urteil HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 105 (2006) Nr. 26 E. I/C/3.4 (hypothetische Einwilligung bei einer periacetabulären Osteotomie). Siehe ferner infra Ziffer V/B/3.

<sup>90</sup> Vgl. z.B. § 22 Patientinnen- und Patientengesetz vom 5.4.2004 (ZH).

<sup>91</sup> Eine Ausdehnung der Operation ist zulässig, wenn der notwendige erweiterte Eingriff keine wesentlich grösseren Risiken in sich trägt als der ursprünglich vorgesehene bzw. die Risiken sich zwar erhöhen, aber eine Gefahr in Verzug ist und sich jedes Zuwarten verbietet oder kein besonders wichtiges Organ entfernt werden muss, es sei denn in Abwendung einer tödlichen Gefahr (vgl. Urteil KGer SG vom 21.8.1991 i.S. Z = SGGVP 1991 Nr. 1 E. 3d).

<sup>92</sup> Vgl. BGE 115 II 440 E. 4a und b.

<sup>93</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 6.

<sup>94</sup> Vgl. Urteil BGer vom 31.10.2003 (5C.125/2003) E. 3.2 f.

<sup>95</sup> Vgl. Urteil BGer vom 12.4.2005 (4P.283/2004) E. 3.2.

<sup>96</sup> Vgl. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.3.2.

<sup>97</sup> Mit der sog. überholenden Kausalität sind generell alle jene Fälle gemeint, in denen ein bestimmter Haftungstatbestand zwar an sich geeignet wäre, einen Schaden zu bewirken, derselbe Schaden aber im Einzelfall als Folge eines anderen dazwischen getretenen Haftungstatbestandes oder eines anderen Ereignisses eintritt (siehe z.B. Urteil BGer vom 26.4.2005 [5P.93/2004] E. 5.3.2).

<sup>98</sup> Vgl. z.B. Urteile BGer vom 26.4.2005 (5P.93/2004) E. 5.3.2 und vom 31.10.2003 (5C.125/2003) E. 3.2 f.

<sup>99</sup> Vgl. BGE 135 IV 56 E. 3.1.2: «Der Täter, der durch sein Verhalten eine Bedingung für den Eintritt des Erfolgs gesetzt hat, kann sich daher nicht damit entlasten, dass der Erfolg – wie in den Konstellationen der «Doppelkausalität, der «alternativen Kausalität» sowie der «hypothetischen Ersatzursachen» – auch ohne die von ihm gesetzte Bedingung, etwa infolge des Verhaltens eines andern, gleichwohl eingetreten wäre.»

wahrscheinlichkeit bei rechtzeitiger Behandlung nur 60% ausmacht<sup>100</sup>, dann erhält der geschädigte Patient keinen vollen Schadenersatz trotz an sich bestehender Haftung. Wird gleichzeitig zugunsten des Patienten eine Wahrscheinlichkeitshaftung für eine «Perte d'une chance» verneint<sup>101</sup>, besteht ein *Haftungsungleichgewicht*.

Der Wegfall des natürlichen Kausalzusammenhangs bei einem selbstschädigenden Ohnehinverhalten des Patienten kontrastiert mit der *Unterbrechung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei einem schweren Selbstverschulden oder einem schwerwiegenden Vorzustand*<sup>102</sup>. Wieso soll die an sich gegebene Haftung des Arztes bei einer hypothetischen Mitverursachung durch den Patienten, selbst wenn die Selbstschädigung rechtmässig und schuldlos verursacht worden wäre, in jedem Fall entfallen, bei einer tatsächlichen Mitverursachung des Patienten aber nur dann, wenn ihn an der Selbstschädigung ein schweres Verschulden trifft?

Widersprüchlich gehandhabt wird ferner die *konstitutionelle Prädisposition*. Wenn der Motorfahrzeughalter nicht für Gesundheitsbeeinträchtigungen haftet, die als Folge eines Operationsfehlers eingetreten sind, selbst wenn die Operation im Zusammenhang mit der Behandlung der Unfallfolgen notwendig war<sup>103</sup>, besteht *e contrario* auch keine Haftung des Arztes für Gesundheitsbeeinträchtigungen, die als Folge einer von ihm zu vertretenden Sorgfaltspflichtverletzung verursacht worden sind, wenn der geschädigte Patient später verunfallt oder erkrankt und Unfall oder Krankheit geeignet sind, dieselbe Gesundheitsbeeinträchtigung herbeizuführen. Ein bereits geschädigter Patient stellt aber nicht *per se* einen Haftungsausschlussgrund dar, sondern ist blosser Teilursache, die je nach ihrer Intensität entweder bei der Schadenberechnung oder bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen ist<sup>104</sup>.

Schliesslich ist die Berufung auf eine hypothetische oder tatsächliche Reserveursache von vornherein nur dann statthaft, wenn der Arzt deren Verwirklichung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen hat, was eine Schädigungswahrscheinlichkeit von über 50% voraussetzt. Keine *überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Ohnehineintritt des Behandlungsrisikos* ist entgegen der bundesgerichtlichen Meinung gegeben, wenn bei der sorgfaltswidrigen Durchtrennung des Unterschenkelnervs anlässlich einer Hüftoperation das 0,5% betragende Risiko, den Unterschenkelnerv auch bei sorgfältiger Vorgehensweise zu verletzen, be-

rücksichtigt wird<sup>105</sup>. Genauso verhält es sich, wenn die Haftung mit dem Hinweis entfällt, dass 34 bis 49% aller Chirurgen in ihrer Karriere einmal bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase einen Klipp falsch setzen und den Gallengang verletzen<sup>106</sup>. Diese Wahrscheinlichkeit bedeutet, dass erstens mindestens 51% aller Chirurgen während ihrer gesamten Karriere diese Sorgfaltspflichtverletzung nie begehen und zweitens die Fehlerwahrscheinlichkeit bei den anderen Chirurgen viel tiefer ist, vorausgesetzt, sie entfernen während ihrer Karriere nicht nur einmal eine Gallenblase laparoskopisch, was ohnehin einem Übernahmeverschulden gleich käme.

### iii. Adäquate Kausalität

Von den unabdingbaren Schadenursachen sind schliesslich die Schadenursachen zu bestimmen, die nach dem *gewöhnlichen Lauf der Dinge* und der *allgemeinen Lebenserfahrung* an sich geeignet sind, Gesundheitsbeeinträchtigung und Schaden der eingetretenen Art herbeizuführen<sup>107</sup>. Bei *pflichtwidrigen Unterlassungen* genügt es, wenn der Richter den hypothetischen Kausalzusammenhang bejaht. Ob der hypothetisch-natürliche Kausalzusammenhang auch adäquat erscheint, ist nicht zu prüfen<sup>108</sup>. Dem Gutachter darf die Adäquanzproblematik nicht zur Beurteilung unterbreitet werden, da es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt<sup>109</sup>.

Der Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung und des Schadens des Patienten muss durch das pflichtwidrige Handeln des Arztes begünstigt worden und zudem für diesen objektiv vorhersehbar sein<sup>110</sup>. Bei der Beurteilung der *objektiven Voraussehbarkeit* hat der Richter rückwärts, d.h. vom eingetretenen Schaden ausgehend bis zur haftungsrelevanten Schadenursache, vorzugehen und zu fragen, ob der Schaden noch zu den Schäden gezählt werden kann, die objektiv voraussehen waren<sup>111</sup>. Entscheidend sind nicht die statistische Schadenshäufigkeit, sondern die *konkreten Umstände des Einzelfalles*<sup>112</sup>. Wird ein medizinischer Eingriff (s.c.

<sup>100</sup> Vgl. ZR 1989, 209.

<sup>101</sup> Dazu infra Ziffer II/C/2/ii.

<sup>102</sup> Dazu infra Ziffer III/B.

<sup>103</sup> Vgl. Urteil BGER vom 31.10.2003 (5C.125/2003) E. 3.2 f.

<sup>104</sup> Vgl. z.B. BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 4.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.2–3.4.

<sup>106</sup> Vgl. Urteil BGER vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.3.2.

<sup>107</sup> Statt vieler BGE 129 II 312 E. 3.3 und 119 Ib 334 E. 5b. Vom haftpflichtrechtlich relevanten adäquaten Kausalzusammenhang ist der sozialversicherungsrechtlich relevante adäquate Kausalzusammenhang zu unterscheiden, der u.U. qualifiziert sein muss (vgl. Urteil EVG vom 4.6.1991 i.S. BSV c. M = Pra 1991 Nr. 214 E. 2.5).

<sup>108</sup> Vgl. BGE 115 II 440 E. 5a.

<sup>109</sup> Vgl. Urteile BGER vom 2.6.2004 (4C.88/2004) E. 4.1 und vom 23.10.2003 (5C.156/2003) E. 3.2.

<sup>110</sup> Vgl. Urteile BGER vom 16.1.2007 (4P.237/2006) E. 6 (nicht vorhersehbar sind Embolie und Hirninfarkt bei einer irrtümlichen Punktion der Arterie) und vom 24.3.2005 (4C.9/2005) E. 6.3 (voraussehbar sind vier Nachfolgeoperationen und eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes bei einer Nasenoperation, die mit einem hohen Komplikationsrisiko verbunden ist).

<sup>111</sup> Vgl. BGE 119 Ib 334 E. 5b, 112 II 439 E. 1d und 101 II 69 E. 3a.

<sup>112</sup> Vgl. Urteil BGER vom 26.4.2005 (5C.61/2004) E. 5.4.

Injektion von Kortison) an einem nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechenden und eine aussergewöhnliche Entwicklung (s.c. Infektion durch *Staphylococcus aureus*) begünstigenden Ort vorgenommen, ist die objektive Vorhersehbarkeit zu bejahen<sup>113</sup>.

Das Unterlassen einer kardiokografischen Überwachung zwecks Feststellens einer Nabelschnurumschlingung<sup>114</sup> bzw. einer lückenlosen CTG-Überwachung, das Verabreichen von wehenfördernden Mitteln (Oxytocin) als Reaktion auf eine Bradykardie sowie das Unterlassen einer intrauterinen Reanimation, von wehenhemmenden Mitteln und gegebenenfalls des Hochschiebens des kindlichen Kopfes zur Druckentlastung und (falls möglich) einer sofortigen vaginal-operativen Entbindung sind adäquat kausal für eine Hirnschädigung des Neugeborenen<sup>115</sup>. Eine Infektion mit Streptokokken B hätte bei regelmässiger Temperaturkontrolle der Mutter und sachkundiger Interpretation der Herzfrequenz des Fötus von der Hebamme erkannt werden können<sup>116</sup>. Die Adäquanz ist demgegenüber zu verneinen, wenn die Hebamme in Abwesenheit des diensthabenden Gynäkologen bei einer schweren Bradycardie des Fötus die Geburt einleitet, ohne einen Scheiden-Damm-Schnitt vorzunehmen, weil letztere Massnahme die Totgeburt überwiegend wahrscheinlich nicht hätte verhindern können<sup>117</sup>.

## 2. Unsichere Kausalität

### i. Allgemeines

Der Doppelbeweis der haftungsbegründenden und der -ausfüllenden Kausalität ist entweder geleistet oder nicht. Im ersten Fall der sicheren Kausalität haftet der Arzt, im zweiten Fall der unsicheren Kausalität nicht. Misslingt der Beweis der haftungsbegründenden Kausalität, besteht keine Haftung, weil die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht auf ein sorgfaltswidriges Verhalten des Arztes zurückgeführt werden kann. Misslingt der Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität, besteht zwar eine Haftung, weil die Gesundheitsbeeinträchtigung auf ein sorgfaltswidriges Verhalten des Arztes zurückgeführt werden kann, doch ist der als Folge der Gesundheitsbeeinträchtigung eingetretene Schaden nicht rechtsgenüchlich nachgewiesen<sup>118</sup>.

### ii. Teilhaftung für eine «Perte d'une chance»?

In beiden Fällen einer unsicheren Kausalität stellt sich – vor allem im Kontext der Arzthaftung – die Frage, ob

im Umfang der nachgewiesenen Wahrscheinlichkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung, einer Gesundheitsbeeinträchtigung oder des Schadens eine Teilhaftung besteht. Die Vertreter der Theorie der «Perte d'une chance»<sup>119</sup> propagieren die Auffassung, dass *Schadenersatz nach Massgabe der Wahrscheinlichkeitsquote* zuzusprechen ist. Sie verweisen auf ein Urteil des Zürcher Obergerichts vom 17.11.1988<sup>120</sup> bzw. des Zürcher Kassationsgerichts vom 30.10.1989<sup>121</sup>.

Das Zürcher Obergericht bejahte einen Diagnosefehler und qualifizierte die Genesungs- bzw. Überlebenswahrscheinlichkeit bei rechtzeitiger Behandlung mit 60%, kürzte aber den Schadenersatz wegen des Risikos, trotz rechtzeitiger Behandlung ohnehin am Krebs zu sterben, um 40%. Das Bundesgericht meint, dieses Urteil sei kein Anwendungsfall der «Perte d'une chance»<sup>122</sup>; die überwiegende Lehre ist anderer Meinung, wertet dieses Präjudiz aber als einen Einzelfallentscheid<sup>123</sup>. Das Bundesgericht hat betreffend dieses Zürcher Entscheids immerhin klargestellt, dass voller Schadenersatz dann geschuldet wird, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass das haftungsbegründende Ereignis zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung geführt hat, bloss 60% beträgt und damit vom Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität auszugehen ist<sup>124</sup>.

Die Theorie der «Perte d'une chance» hat vom Bundesgericht unlängst eine Abfuhr erlitten. In BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27<sup>125</sup> hatten die Lausanner Richter einen Spitalhaftungsfall zu beurteilen. Der nachmalig Geschädigte litt an einer Hirnhautentzündung und begab sich notfallmässig ins Spital, wo die Diagnose einer Grippe gestellt und dem Patienten Schmerzmittel verschrieben wurden. Diese brachten keine Linderung. Der Geschädigte musste erneut notfallmässig ins Spital. Dieses Mal erhielt er Antibiotika. Er fiel alsbald ins Koma und erwachte Monate später mit einem Gehörschaden. Die Vorinstanz<sup>126</sup> verneinte eine Haftung mit der Begründung, dass die haftungsbegründende Kausalität nicht nachgewiesen bzw. entfallen sei, weil auch bei recht- bzw. frühzeitiger Gabe der Antibiotika ein hohes Risiko für Folgeschäden bestanden habe.

<sup>113</sup> Vgl. Urteil KGer VS vom 14.10.1992 i.S. M c. X = ZWR 1992, 370 E. 6e.

<sup>114</sup> Vgl. Urteil BGer vom 22.3.1999 (4C.170/1997 und 4P.304/1998) = NZS 29.6.1999, 13.

<sup>115</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.5.2003 (4C.32/2003) E. 4.

<sup>116</sup> Vgl. Urteil BGer vom 3.3.2009 (6B\_842/2008) E. 8.3.

<sup>117</sup> Vgl. Urteil BGer vom 18.3.2004 (6S.20/2004) E. 2.2.2.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Art. 42 Abs. 2 OR.

<sup>119</sup> Siehe z.B. die Hinweise bei MÜLLER CHRISTOPH, Hat die «perte d'une chance» in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, in: ZBJV 2007/12, 862 ff.

<sup>120</sup> ZR 1989, 209.

<sup>121</sup> ZR 1989, 216.

<sup>122</sup> Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.3.

<sup>123</sup> So z.B. DUPONT ANNE-SYLVE, Dommage vers une nouvelle definition?, in: SJ 2003 II, 471 ff., 476.

<sup>124</sup> Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.3.

<sup>125</sup> Siehe dazu LANDOLT HARDY, Perte d'une chance – Verlorene oder vertane Chance? Anmerkungen zu BGE 133 III 462 ff. und weiteren Urteilen des Bundesgerichts im Jahr 2007 (4C.234/2006, 4C.49/2007 und 4A\_227/2007), in: HAVE 2008/1, 68 ff., und MÜLLER CHRISTOPH, Hat die «perte d'une chance» in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, in: ZBJV 2007/12, 862 ff.

<sup>126</sup> Urteil VerwGer FR vom 12.2.2006 (1A 02 39) = RFJ 2007, 31 ff.

Der Geschädigte wollte eventualiter Schadenersatz für die durch die verspätete Medikamentenvergabe erfolgte Erhöhung des Risikos. Die Verwaltungsrichter verneinten einen anteilmässigen Schadenersatz und damit eine Teilhaftung für die nachgewiesene Risikoerhöhung. Das Bundesgericht erachtete diese zum kantonalen Staatshaftungsrecht vertretene Auffassung nicht als willkürlich, nicht zuletzt deshalb, weil die Theorie der «Perte d'une chance» umstritten sei und bislang weder ein höchstrichterliches noch ein kantonales Urteil vorliege, das trotz verneinter haftungsbegründender Kausalität anteilmässig Schadenersatz zugesprochen habe<sup>127</sup>.

Bei der umstrittenen Wahrscheinlichkeitshaftung sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Die haftungsbegründende, nicht aber die haftungsausfüllende Kausalität ist nachgewiesen.

Kurz nach der Heirat mit Anna, 25-jährig, wird bei Hans, 30-jährig, ein Hirntumor festgestellt, der bei rechtzeitiger Diagnose erfolgreich operiert werden kann, bei nicht rechtzeitiger Behandlung aber innert kürzester Zeit zum Tod führt. Infolge eines Diagnosefehlers erfolgt die Operation nicht rechtzeitig. Hans stirbt. Kann Anna einen Versorgungsausfallschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) geltend machen? Nein, aber nicht, weil keine Haftung besteht, sondern weil die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit bei 20- bis 29-jährigen Frauen über 50% liegt<sup>128</sup> und damit der Versorgungsausfallschaden nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Das Bundesgericht misst der statistischen Heiratswahrscheinlichkeit jedoch wenig Bedeutung zu und bejaht einen Versorgungsausfallschaden auch bei einer Heiratswahrscheinlichkeit von über 50%, kürzt diesen aber einfallweise<sup>129</sup>, was letztlich eine *Quotenhaftung bei nicht nachgewiesener haftungsausfüllender Kausalität* darstellt.

- Die haftungsausfüllende, nicht aber die haftungsbegründende Kausalität ist nachgewiesen.

Bei Hans, 70-jährig, wird ein Krebsleiden festgestellt. Dieses kann bei rechtzeitiger Diagnose behandelt und in 40% aller Fälle geheilt werden. Bei nicht rechtzeitiger Behandlung tritt innert kürzester Zeit der Tod ein. Infolge eines Diagnosefehlers erfolgt die Behandlung nicht rechtzeitig. Hans stirbt und hinterlässt seine Ehefrau Anna, 65-jährig. Kann Anna einen Versorgungs-

ausfallschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) geltend machen? Nein, aber nicht, weil der Versorgungsausfallschaden nicht überwiegend wahrscheinlich ist, sondern weil der Verlust der 40%igen Überlebenswahrscheinlichkeit keine überwiegend wahrscheinliche hypothetische Kausalität darstellt. Soll in diesem Fall eine *Quotenhaftung bei nicht nachgewiesener haftungsbegründender Kausalität* von 40% bestehen?

- Weder haftungsausfüllende noch haftungsbegründende Kausalität sind nachgewiesen.

Bei Hans, 30-jährig, wird ein Krebsleiden festgestellt. Dieses kann bei rechtzeitiger Diagnose behandelt und in 40% aller Fälle geheilt werden. Bei nicht rechtzeitiger Behandlung tritt innert kürzester Zeit der Tod ein. Infolge eines Diagnosefehlers erfolgt die Behandlung nicht rechtzeitig. Hans stirbt und hinterlässt seine Ehefrau Anna, 25-jährig. Kann Anna einen Versorgungsausfallschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) geltend machen? Nein, weil der Verlust der 40-%igen Überlebenswahrscheinlichkeit keine überwiegend wahrscheinliche hypothetische Kausalität darstellt und der Versorgungsausfallschaden nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Wäre die Überlebenschance 60%, bestünde eine Haftung für die Versorgungsausfallquote.

Wie auch immer die künftige Rechtsprechung sich in Bezug auf die Wahrscheinlichkeitshaftung entscheiden wird, eine *Haftungsungleichbehandlung* ist zu vermeiden. Wenn das Zürcher Obergericht im Fall eines Diagnosefehlers den Schadenersatz um 40% kürzt, weil die Genesungs- bzw. Überlebenswahrscheinlichkeit bei rechtzeitiger Behandlung nur 60% ausmacht<sup>130</sup>, dann erhält der geschädigte Patient keinen vollen Schadenersatz trotz an sich bestehender Haftung. Wird gleichzeitig zugunsten des Patienten eine Wahrscheinlichkeitshaftung für eine «Perte d'une chance» verneint, entsteht ein sachlich nicht gerechtfertigtes Haftungsungleichgewicht. Wieso soll eine Schadenersatzreduktion um 40% erfolgen, nicht aber eine Haftung für 40% bestehen? Das Ungleichgewicht verstärkt sich dann, wenn der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bzw. von hypothetischen Reserveursachen zulasten des Patienten berücksichtigt werden.

#### D. Verschulden

Im Anwendungsbereich der Verschuldenshaftung ist das Verschulden, mithin die *persönliche Vorwerfbarkeit der Nichtanwendung der Regeln der ärztlichen Kunst*, Haftungsvoraussetzung<sup>131</sup>. Der Arzt hat bei der Vertragshaftung einen *Exkulpationsbeweis*, der *Geschädigte* bei der Deliktshaftung einen *Verschuldensnachweis* zu führen<sup>132</sup>. Die Nichtanwendung der Re-

<sup>127</sup> Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.2 ff.

<sup>128</sup> Siehe LANDOLT, ZH-K, N 135 ff. zu Art. 45 OR.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3c (21% bei 33-jähriger Witwe), 97 II 123 = Pra 1971 Nr. 209 E. 8 (10% bei 35-jähriger Witwe), 95 II 411 = Pra 1970 Nr. 43 E. 2 (10% bei 39-jähriger Witwe), 91 II 218 E. 4 (30% bei 28-jähriger Witwe), 89 II 396 = Pra 1964 Nr. 31 E. 2 (25% bei 27-jähriger Witwe) und 72 II 214 = Pra 1946 Nr. 123 E. 7 (offengelassen, höchstens aber 20% bei 33-jähriger Witwe bzw. Bäuerin mit vier Kindern).

<sup>130</sup> Vgl. ZR 1989, 209.

<sup>131</sup> Vgl. statt vieler BGE 129 II 353 E. 4.7.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1 OR.

geln der ärztlichen Kunst ist vorwerfbar, wenn der Arzt urteilsfähig war (*subjektive Verschuldungskomponente*) und keine subjektiven oder objektiven Umstände genannt werden können, warum im konkreten Fall die Regeln der ärztlichen Kunst in guten Treuen nicht eingehalten werden konnten (*objektive Verschuldungskomponente*).

Je nach der Intensität des Vorwurfs, der dem Pflichtvergessenen gegenüber erhoben werden kann, sind Absicht/Vorsatz für bewusste Schadenszufügung und Fahrlässigkeit für unbewusste Schadenszufügung zu unterscheiden, wobei diese wiederum in grobe und leichte Fahrlässigkeit abgestuft werden kann. Die ältere Rechtsprechung bejahte ein *Haftungsprivileg*, indem der Arzt nur für eigentliche «Kunstfehler» haftete<sup>133</sup>. Bloss leichtfahrlässiges Verhalten begründete keine Haftung. Die neuere Rechtsprechung hat dieses Haftungsprivileg abgeschafft<sup>134</sup>.

Die *Abgrenzung des Verschuldens von der haftungsbegründenden Vertragsverletzung/Widerrechtlichkeit einerseits und vom die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Rechtfertigungsgrund andererseits* bereitet seit je erhebliche Schwierigkeiten. Das Bundesgericht meint selbst, dass die Zuordnung der Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht «nicht restlos geklärt» und insbesondere unklar ist, wie weit diese zum Verschulden oder zur Vertragswidrigkeit bzw. zur Widerrechtlichkeit zu rechnen ist<sup>135</sup>, und gesteht sogar unumwunden ein, dass vereinzelte von ihm erlassene Urteile, namentlich BGE 105 II 284 ff., «in der Tat wegen ungenügender Unterscheidung von Vertragsverletzung und Verschulden und wegen der Folgen, die sich daraus für die Beweislastverteilung ergeben, kritisiert oder angezweifelt worden sind»<sup>136</sup>.

Das Bundesgericht muss sich nur sehr selten mit dem Exkulpationsbeweis des Arztes befassen, da regelmässig entweder eine Sorgfaltspflichtverletzung oder die sichere Kausalität verneint werden. Der Exkulpationsbeweis des Arztes wurde in BGE 113 II 429 nicht als geglückt betrachtet<sup>137</sup>. Das Bundesgericht meinte, dass die subjektive Vorwerfbarkeit nicht dadurch ent-

fällt, weil die fehlerhaft ausgeführte Operation zu den schwierigsten der plastischen Chirurgie gehört und nur quantitative Fehler begangen wurden<sup>138</sup>. Eine mangelhafte Spitalorganisation bzw. Kompetenzaufteilung stellt ebenfalls keinen Exkulpationsgrund dar<sup>139</sup>.

### III. Haftungsausschlussgründe

Es bestehen verschiedene Haftungsausschlussgründe:

#### A. Zeitablauf

Der Eintritt der absoluten oder relativen Verjährung oder der Ablauf von Verwirklichungsfristen<sup>140</sup> schliessen eine Haftung infolge Zeitablaufs aus. Die absolute Verjährung tritt nach zehn Jahren seit der Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestandes ein<sup>141</sup>. Die relative Verjährungsfrist beträgt ein Jahr seit der Kenntnis des Schadens und des/der Haftpflichtigen<sup>142</sup>. Die Schadenskenntnis besteht frühestens im Zeitpunkt, in dem ein stabiler Gesundheitszustand eingetreten ist<sup>143</sup>, bzw. im Zeitpunkt der Anmeldung bei der IV<sup>144</sup>. Sofern und soweit eine strafbare Handlung vorliegt, sind die allenfalls längeren strafrechtlichen Verfolgungsfristen anwendbar<sup>145</sup>.

#### B. Schweres Selbstverschulden und Vorzustände

Ein Haftungsausschluss erfolgt ferner bei einem *schweren Selbstverschulden* des Geschädigten<sup>146</sup> oder beim Vorhandensein von *Vorzuständen*, welche den haftungsbegründenden Tatbestand, für den der Arzt einzustehen hat, überlagern<sup>147</sup>. Ein mittleres oder leichtes Selbstverschulden, insbesondere eine Verletzung der Schadenminderungspflicht, z.B. bei einem vorzeitigen Spitalaustritt<sup>148</sup>, berechtigt nur zu einer

Vgl. z.B. BGE 105 II 284 E. 1 und 57 II 196 E. 3.

Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e sowie Urteil BGER vom 9.1.2008 (4C.66/2007 und 4A\_382/2007) E. 4.1.

Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 1.

BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a.

Unentschuldigbar ist, wenn die Injektion von Kortison an der falschen Stelle erfolgt und trotz anhaltender Gelenkschmerzen keine Blutsenkung durchgeführt wird, um eine Infektion festzustellen (vgl. Urteil KGER VS vom 14.10.1992 i.S. M. c. X = ZWR 1992, 370 E. 5). Siehe ferner Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 3.4 (Exkulpationsbeweis im Zusammenhang mit Bauchdeckenverschluss nach Sanierung einer Nabelhernie).

<sup>138</sup> Vgl. BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3b (Nasenoperation mit gut sichtbarer Abweichung von 1 bis 2 mm).

<sup>139</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 29.4.2000, 47.

<sup>140</sup> Das kantonale Staatshaftungsrecht kennt in der Regel kurze Verwirklichungsfristen (siehe z.B. Urteil BGER vom 29.1.2007 [4P.294/2006] E. 4).

<sup>141</sup> Vgl. Art. 60 Abs. 1 und Art. 127 OR.

<sup>142</sup> Vgl. BGE 131 III 61 E. 3.1.1. Kommen mehrere Haftpflichtige in Betracht, beginnt die Frist unabhängig davon, ob der Kausalanteil der beteiligten präsumptiv Haftenden, insbesondere eines Hausarztes, quantifiziert werden kann (vgl. Urteil BGER vom 14.3.2008 [4A\_12/2008] E. 5.3).

<sup>143</sup> Vgl. Urteil BezGer SG vom 6.7.1990 i.S. R. c. Kanton St. Gallen = SG Nr. 702 E. 5b.

<sup>144</sup> Vgl. Urteil BGER vom 29.1.2007 (4P.294/2006) E. 4.4.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 60 Abs. 2 OR. Die rechtswidrige Entfernung eines Eileiters und des Blinddarms sind als einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) zu qualifizieren (Urteil BGER vom 19.3.2002 [4P.9/2002] E. 2e). Siehe ferner zum Fristenlauf Urteil VerwGer BE vom 3.7.1995 (VGE 19251) = BVR 1997, 313 E. 5.

<sup>146</sup> Siehe z.B. BGE 117 II 50 E. 2c.

<sup>147</sup> Eine konstitutionelle Prädisposition ist entweder bei der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen (statt vieler BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 4).

<sup>148</sup> Vgl. BGE 128 III 34 E. 5c.

Reduktion des Schadenersatzes<sup>149</sup>. Eine Reduktion um 50% ist angemessen, wenn der Patient, der von seinem Arzt über die Nebenwirkungen des abgegebenen Medikaments ungenügend aufgeklärt wurde, zusätzlich ein anderes Medikament einnimmt, das die Nebenwirkungen des ersten Medikaments verstärkt<sup>150</sup>.

### C. Schweres Drittverschulden

Haftpflichtige haften solidarisch neben und mit anderen Haftpflichtigen<sup>151</sup>. Ein Drittverschulden unterbricht den rechtserheblichen Kausalzusammenhang erst dann, wenn es schwer ist und den haftungsbe gründenden Tatbestand, für den der Arzt einzustehen hat, gänzlich in den Hintergrund drängt. Kein grobes Drittverschulden liegt vor, wenn die Eltern eines Kindes nach erfolgtem Hausarztbesuch bei einer wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Kindes nicht unverzüglich einen Arzt oder die Notfallstation eines Spitals aufsuchen<sup>152</sup>. Eine mangelhafte Spitalorganisation bzw. Kompetenzaufteilung stellt keinen Reduktionsgrund dar<sup>153</sup>.

## IV. Sorgfaltspflichtverletzung

### A. Allgemeine Beurteilungskriterien

#### 1. Haftung für jede Sorgfaltspflichtverletzung

Die ältere Rechtsprechung hat die Widerrechtlichkeit/ Vertragsverletzung bzw. ein Verschulden nur bei einer Missachtung von gravierenden Regeln der ärztlichen Kunst angenommen. Das Bundesgericht hat mittlerweile festgestellt, dass nicht nur ein eigentlicher «Kunstfehler», sondern *jede Sorgfaltspflichtverletzung haftungsbegründend* ist<sup>154</sup>. Umgekehrt besteht ohne Sorgfaltspflichtverletzung keine Haftung, selbst dann nicht, wenn der Einzelfall tragisch ist. Die privatrechtliche Haftungsordnung kennt im Gegensatz zur Staatshaftung<sup>155</sup> *keine Billigkeitshaftung*<sup>156</sup>.

#### 2. Wahlfreiheit und Einzelfallermessen

Der Arzt hat sich in Bezug auf die Diagnose und die Bestimmung der therapeutischen und anderen Massnahmen nach dem *objektiven Wissensstand* bzw. den *gesetzlichen Berufs-<sup>157</sup> und Verhaltenspflichten<sup>158</sup>* zu

richten. Über die Anwendung der objektiv angezeigten Massnahmen entscheidet der Arzt im Rahmen seines Ermessens<sup>159</sup>. Im Umfang *der ärztlichen Wahlfreiheit* steht dem Patienten kein Weisungsrecht zu; er hat *keine Therapie-, sondern lediglich eine Arztwahlfreiheit<sup>160</sup>*.

Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht lassen sich nicht ein für allemal festlegen; sie richten sich vielmehr nach den *Umständen des Einzelfalles*, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit<sup>161</sup>. Je schwieriger der Eingriff, je weniger der Arzt spezialisiert ist und je weniger Mittel und Zeit ihm zur Verfügung stehen, desto näher liegt es im Fall einer Schädigung, die Ersatzpflicht zu ermässigen oder überhaupt zu verneinen und umgekehrt. In Notfällen und bei heiklen Diagnosen sind der Haftung enge Grenzen gesetzt<sup>162</sup>.

Es bestehen trotz der Relativität der ärztlichen Sorgfalt auch *absolute Sorgfaltspflichten*. Solche bejaht die Rechtsprechung in Bezug auf die Diagnose einer schweren Krankheit beim Vorliegen der typischen Symptome<sup>163</sup>, den Beizug eines Spezialisten beim Auftreten schwerwiegender Komplikationen<sup>164</sup> oder die Auswahl des richtigen Organs<sup>165</sup>.

#### 3. Ex-post-Beurteilung

Ob und inwieweit der behandelnde Arzt eine Regel der ärztlichen Kunst missachtet hat, beurteilt sich nicht *ex ante*, sondern *ex post*. Der Handlungszeitpunkt und nicht der Begutachtungs- bzw. Urteilszeitpunkt ist massgeblich<sup>166</sup>.

### B. Delegationsfehler

Der Arzt hat seine vertraglichen oder gesetzlichen Verhaltenspflichten grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Der Beizug einer Hilfsperson oder eines Substituten ist grundsätzlich nur zulässig, wenn der Patient eingewilligt hat oder die Delegation üblich und zulässig ist<sup>167</sup>.

jedoch nur auf systematische Forschungsuntersuchungen und nicht auch auf individuelle Heilversuche anwendbar (vgl. BGE 134 IV 175 E. 3).

<sup>149</sup> Vgl. Art. 44 OR.

<sup>150</sup> Vgl. Urteil BGer vom 27.11.2001 (4C.229/2000) E. 5.

<sup>151</sup> Vgl. Art. 50 f. OR.

<sup>152</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 4a–c.

<sup>153</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 29.4.2000, 47.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e.

<sup>155</sup> Siehe supra Ziffer I/A.

<sup>156</sup> Vgl. Urteil BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 1c.

<sup>157</sup> Siehe z.B. Art. 40 MedBG.

<sup>158</sup> Die Sorgfaltspflichten bei einem experimentellen Einsatz eines Medikaments richten sich nach den Bestimmungen über klinische Versuche mit Heilmitteln (vgl. Art. 53 ff. HMG). Die Vorschriften sind

<sup>159</sup> Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3.

<sup>160</sup> Vgl. Urteil BGer vom 16.1.1998 (2P.207/1997) = Pra 1988 Nr. 97 E. 2a und b.

<sup>161</sup> Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a.

<sup>162</sup> Vgl. BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3 E. 3a und ferner BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 (Haftung des Chirurgen im Fall einer Notoperation).

<sup>163</sup> Vgl. BGE 57 II 202 E. 3.

<sup>164</sup> Vgl. BGE 67 II 23.

<sup>165</sup> Vgl. BGE 70 II 207 E. 2c.

<sup>166</sup> Statt vieler BGE 130 I 337 E. 5.3.

<sup>167</sup> Vgl. Art. 398 Abs. 3 OR.

Der Arzt darf bzw. muss in Notsituationen Hilfspersonen<sup>168</sup> oder Substituten<sup>169</sup> beiziehen. An nichtärztliches Hilfspersonal können keine genuin ärztlichen Aufgaben delegiert werden. Eine Delegation ist in Bezug auf Eingriffs- und Sicherungsaufklärung<sup>170</sup> sowie Psychotherapie möglich<sup>171</sup>, nicht aber betreffend die Diagnose<sup>172</sup> und chirurgische Eingriffe bzw. Eingriffe in den Leichnam<sup>173</sup> sowie die Abgabe von verschreibungspflichtigen Medikamenten<sup>174</sup>.

## C. Untersuchungs- und Diagnosefehler

Der Arzt hat Anamnese<sup>175</sup> und Diagnose<sup>176</sup> sorgfältig vorzunehmen und zudem über die diagnostischen Grundlagen, insbesondere über Laborbefunde, aufzuklären<sup>177</sup>. Eine *Fehldiagnose* ist nicht *per se* sorgfaltswidrig und muss von *eigentlichen Untersuchungs- und Diagnosefehlern* unterschieden werden<sup>178</sup>.

Einen eigentlichen Diagnosefehler stellt zum Beispiel die Diagnose einer Lungenembolie bei einer 43-jährigen Patientin dar, die an einem Adult respiratory distress syndrome leidet<sup>179</sup>. Ein Diagnosefehler ist ferner zu bejahen, wenn der Hausarzt starke Genitalblutungen einer 36-jährigen Patientin als verstärkte Regelblutung einstuft und eine abortierende Eileiterschwangerschaft übersieht<sup>180</sup>. Sorgfaltswidrig ist auch das Nichterkennen der gefährlich tiefen Lage einer Katheterspitze auf einem postoperativen Kontrollröntgenbild<sup>181</sup>. Eine Hebamme handelt sodann nicht *lege artis*, wenn sie bei einer Hausgeburt nach erfolgtem Blasensprung mehrfach manuelle Vaginaluntersuchungen vornimmt, ohne

vorher abzuklären, ob eine Besiedelung mit Streptokokken B vorliegt<sup>182</sup>. Bei anhaltend starken Gelenkschmerzen nach einer Injektion eines Medikaments ist eine Blutsenkung durchzuführen, um eine allfällige Infektion festzustellen<sup>183</sup>.

*Mehrdeutige Krankheitsbilder* müssen durch die dem Arzt zur Verfügung stehenden Diagnosemittel geklärt werden<sup>184</sup>. Klagt eine 81-Jährige über einen längeren Zeitraum über Bauchschmerzen, umfasst eine sorgfältige Untersuchung die Palpation, d.h. das Betasten des Bauches, die Auskultation und eine Rektaluntersuchung sowie eventuell auch technische Untersuchungen (Röntgen, Ultraschall)<sup>185</sup>. Der Hausarzt kann sich mit einer *Telefondiagnose* begnügen<sup>186</sup>, muss u.U. aber einen Hausbesuch vornehmen<sup>187</sup>. Die telefonische Fragepflicht kann nicht generell definiert werden, sondern muss an die konkrete Situation angeknüpft werden<sup>188</sup>. Wird einem Arzt telefonisch ein Krankheitsbild vorgetragen, hat er bei objektiv gegebenem Verdacht auf eine bestimmte Krankheit nach angenommenem Auftrag nötigenfalls die gebotenen Untersuchungen durchzuführen und bei Unvermögen des Patienten, die Praxis aufzusuchen, einen Hausbesuch vorzunehmen oder andere geeignete Massnahmen (Spitaleinweisung usw.) zu veranlassen<sup>189</sup>.

In *Notfällen* ist an die Sorgfaltspflicht des Arztes wegen der zeitlichen Dringlichkeit ein weniger strenger Massstab anzulegen als in den Fällen, in denen dem Arzt für seine Diagnose und die Wahl der zu treffenden Behandlung oder der sonstigen Massnahmen genügend Zeit zur Verfügung steht. Bei der Stellung der Verdachtsdiagnose darf sich der Notarzt nicht allein auf die Darstellung der Ereignisse durch den Verletzten und die mündliche Orientierung eines Rettungssanitäters beschränken, sondern muss insbesondere das von den Rettungssanitätern ausgefüllte Formular «Notruf 144» beachten<sup>190</sup>.

<sup>168</sup> Vgl. Art. 55 und 101 OR.

<sup>169</sup> Vgl. Art. 399 OR.

<sup>170</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b und c. Der Spitalarzt ist selbst aufklärungspflichtig und darf nicht darauf vertrauen, dass der Frauenarzt die Patientin ausreichend über Vor- und Nachteile sowie Risiken der geplanten Sterilisation nach der Methode Pomeroy aufgeklärt hat (vgl. Urteil BGer vom 1.12.1998 [4C.276/1993] = Pra 2000 Nr. 28 E. b/bb).

<sup>171</sup> Vgl. BGE 110 V 187 = Pra 1985 Nr. 26 E. 5.

<sup>172</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3 (Haftung für Telefondiagnose bzw. Auskünfte der Arztgehilfin).

<sup>173</sup> Vgl. BGE 129 IV 172 = Pra 2003 Nr. 182 E. 2.3.

<sup>174</sup> Vgl. Art. 24 HMG.

<sup>175</sup> Der Arzt ist verpflichtet, eine vollständige Anamnese aufzunehmen (vgl. Urteil HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 105 [2006] Nr. 26 E. I/C 2.2).

<sup>176</sup> Die Diagnose ist durch direkte und persönliche Beobachtung und Befragung des Patienten zu stellen. Dabei sind – soweit zumutbar – die gebräuchlichen und erforderlichen Untersuchungsmassnahmen zu ergreifen (vgl. Urteil HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 105 [2006] Nr. 26 E. I/C 2.2).

<sup>177</sup> Vgl. z.B. BGE 57 II 196 E. 3 und 34 II 32 ff. sowie Urteil BGer vom 28.11.2003 (4C.255/2003) E. 3.3.

<sup>178</sup> Vgl. BGE 130 IV 7 E. 3.3 und 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b. Siehe ferner Urteile BGer vom 5.8.2008 (4A\_238/2008) (Diagnosefehler betreffend Herzinfarkt) und VerwGer BE vom 2.7.2001 = SG Nr. 1581 (Nichterkennen einer tiefen Beinvenenthrombose).

<sup>179</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 22.10.1997, 53.

<sup>180</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 14.6.1996, 53.

<sup>181</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 29.4.2000, 47.

<sup>182</sup> Vgl. Urteil BGer vom 3.3.2009 (6B\_842/2008) E. 8.3.

<sup>183</sup> Vgl. Urteil KGer VS vom 14.10.1992 i.S. M c. X = ZWR 1992, 370 E. 5c.

<sup>184</sup> Vgl. BGE 130 IV 7 E. 3.3.

<sup>185</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.2.2001 (2P.21/2001) E. 3.1.

<sup>186</sup> Weiterführend MÜLLER CHRISTOPH, (Télé)radiologie et nouvelles responsabilités médicales, in: Protection de la santé, sécurité des patients et nouvelles responsabilités professionnelles, Bern 2006, 75 ff., und MÜLLER CHRISTOPH, Telemedizin und Arzthaftpflichtrecht im Lichte des schweizerischen und internationalen Privatrechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2004/2, 37 ff.

<sup>187</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3d/bb.

<sup>188</sup> Vgl. Urteil BezGer Horgen vom 15.6.1990 i.S. P c. Dr. med. X = SG Nr. 704 E. III.

<sup>189</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3d/bb.

<sup>190</sup> Vgl. BGE 130 IV 7 E. 4.3.

## D. Aufklärungs- und andere Informationsfehler

### 1. Aufklärungsfehler

Der Arzt hat den Patienten vor einem Eingriff umfassend und risikogerecht aufzuklären<sup>191</sup>, wobei die Aufklärung Voraussetzung für die Einwilligung und damit die Rechtmässigkeit des Eingriffs ist (*Eingriffsaufklärung*)<sup>192</sup>. Der Patient ist ferner über ein für die Behandlung erforderliches therapiegerechtes Verhalten (*Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung*)<sup>193</sup> und darüber aufzuklären, ob die beabsichtigte Behandlung von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckt ist (*Versicherungsaufklärung*)<sup>194</sup>.

Die Eingriffsaufklärung bezieht sich auf die Risiken bzw. *unerwünschten Folgen, die der sorgfältig ausgeführte medizinische Eingriff*<sup>195</sup> beinhaltet, nicht aber auch auf Risiken im Zusammenhang mit einem allfälligen Behandlungsfehler<sup>196</sup>. Der Arzt hat auch über *alternative Behandlungsmöglichkeiten* aufzuklären<sup>197</sup>. Bestehen konkrete Alternativen zur vom Arzt primär beabsichtigten Behandlung<sup>198</sup>, sind diese einschliesslich der Vor- und Nachteile dem Patienten aufzuzeigen. Es müssen nicht alle medizinischen Möglichkeiten dargestellt oder gar die vom Arzt bevorzugt gewählte Methode einlässlich begründet werden. Gilt eine Behandlungsmethode als allgemein anerkannt und weitgehend überlegen, ist die Wahl einer anderen weniger qualifizierten, wenn auch noch adäquaten Behandlungsform fehlerhaft<sup>199</sup>.

Ausgangspunkt für die Risikobeurteilung sind die vom Arzt gestellte Diagnose und die nach den medizinischen Kenntnissen im *Aufklärungszeitpunkt*<sup>200</sup> mit

dem Eingriff verbundenen Risiken<sup>201</sup>. Ob die Diagnose rückblickend richtig war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich<sup>202</sup>. Der Arzt hat über Risiken zu informieren, die eine *besondere Gefahr* beinhalten oder eine *endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität* zur Folge haben können<sup>203</sup>. Bei gewöhnlich mit grossen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, ist der Patient zudem ausführlicher aufzuklären, als dies bei unproblematischen Eingriffen der Fall ist<sup>204</sup>.

Eine Laminektomie zur Entfernung einer thorakalen Diskushernie beinhaltet ein grosses Risiko. Über die 35%ige Gefahr einer Paraplegie ist der Patient ausdrücklich und unter Angabe des ungefähren prozentualen Risikos (*Prozentaufklärung*) aufzuklären<sup>205</sup>. Eine Aufklärung hat ebenfalls über das bei einer Hirnoperation bestehende Komplikationsrisiko von 20- bis 30% und die Sterbewahrscheinlichkeit von unter 5%<sup>206</sup> und das hohe Komplikationsrisiko einer Nasenoperation<sup>207</sup> zu erfolgen. Aufzuklären ist auch über das 10- bis 12% betragende Risiko, dass bei einer Plattenentfernung aus dem Oberarm der *nervus radialis* beschädigt wird<sup>208</sup>.

Das Bundesgericht hat unlängst offengelassen, ob keine Aufklärungspflicht besteht, wenn die *Risikowahrscheinlichkeit unter einem Prozent* liegt, wie das von den ärztlichen Berufsverbänden gefordert wird<sup>209</sup>. Bei einem ängstlichen Patienten muss jedenfalls nicht über das bei einer endoskopischen Entfernung eines Darmpolypen bestehende Blutungsrisiko von 2,7% und das Perforationsrisiko von 0,3% aufgeklärt werden<sup>210</sup>. In einem anderen Fall hat das Bundesgericht die vorinstanzliche Würdigung, wonach der Patient zwar über das bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase (Cholezystektomie) bestehende Risiko einer Gallengangverletzung von 0,3% hätte aufgeklärt werden müssen, aber von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden könne, nicht beanstandet<sup>211</sup>. Über das Risiko einer Fettembolie nach

<sup>191</sup> Weiterführend PAVLLIER PASCAL, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung. Unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Diss. Zürich 1998.

<sup>192</sup> Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4.

<sup>193</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b und c.

<sup>194</sup> Vgl. BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2c und d. Vom Arzt kann auch «erwartet werden, dass er die zweifelhaften Fälle erkennt, die möglicherweise von den Krankenkassen nicht übernommen werden» (BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2d).

<sup>195</sup> Die Medikamentenabgabe ist ebenfalls ein medizinischer Eingriff; der Arzt hat den Patienten über allfällige Nebenwirkungen aufzuklären (vgl. Urteil BGER vom 27.11.2001 [4C.229/2000] E. 3a/aa).

<sup>196</sup> Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

<sup>197</sup> Vgl. BGE 114 Ia 350 = Pra 1989 Nr. 266 E. 6 und Urteil KGER AR vom 12.3.1999 = ARGVP 1999, 109 E. 2b.

<sup>198</sup> Dazu zählt auch eine Verschiebung des medizinischen Eingriffs (siehe z.B. Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 4.1 [Operation zwecks Sanierung einer Nabelhernie]).

<sup>199</sup> Vgl. Urteil HGER ZH vom 18.4.2005 = ZR 105 (2006) Nr. 26 E. I/C/3.2/a.

<sup>200</sup> Die Aufklärung hat ein bis zwei Tage vor der Operation zu erfolgen, damit der Patient genügend Zeit hat, Vor- und Nachteile abzuwägen und sich zu entscheiden (vgl. Urteil BGER vom 28.4.2003 [4P.265/2002] E. 5.4). Eine Aufklärung über ein 10- bis 12%iges Risiko einer Schä-

digung des *nervus radialis* am Nachmittag vor der Operation ist verspätet (vgl. Urteil KGER AR vom 12.3.1999 = ARGVP 1999, 109 E. 2c).

<sup>201</sup> Die blosse Beschreibung der gewählten Operationsart durch den Arzt ohne Nennen der damit verbundenen Risiken reicht nicht aus (vgl. Urteil OGER ZH vom 7.7.2000 = ZR 2002 Nr. 7 E. 4e).

<sup>202</sup> Das Stellen einer falschen Diagnose bildet allenfalls einen selbstständigen Haftungstatbestand (supra Ziffer IV/C).

<sup>203</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

<sup>204</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

<sup>205</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 4.

<sup>206</sup> Vgl. Urteil BGER vom 28.4.2003 (4P.265/2002) E. 5.3 und 5.4.

<sup>207</sup> Vgl. Urteil BGER vom 24.3.2005 (4C.9/2005) E. 5.3.

<sup>208</sup> Vgl. Urteil KGER AR vom 12.3.1999 = ARGVP 1999, 109 E. 2a.

<sup>209</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.2 und 4.3. Verneinend Urteil KGER SG vom 21.9.1988 i.S. E c. Kanton St. Gallen = SG N. 618 E. III/2 (bei Routineeingriff).

<sup>210</sup> Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 5.

<sup>211</sup> Vgl. Urteil BGER vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.

Fettinjektion im Gesicht von unter 1:10 000 muss der Arzt in jedem Fall nicht aufklären<sup>212</sup>. Das Risiko einer Synkope nach einer zahnärztlichen Untersuchung ist ebenfalls derart geringfügig, dass darüber nicht aufzuklären ist<sup>213</sup>. Genauso verhält es sich mit dem Embolierisiko nach einer Bypass-Operation<sup>214</sup>.

Eine Aufklärung kann unterbleiben in *Notfällen*, mit Bezug auf mit einem grösseren Eingriff verbundene *übliche Komplikationen*, wozu zum Beispiel Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien zählen, sowie bei *vorbestehender Risikokenntnis*, wenn sich der Patient bereits einmal einem gleichen oder ähnlichen medizinischen Eingriffen unterzogen hat<sup>215</sup>, und *allgemein unproblematischen Eingriffen*<sup>216</sup>. Umstritten ist, ob eine Eingriffsaufklärung aus therapeutischen Gründen ausbleiben darf. Die haftungsrechtliche Rechtsprechung lässt das *therapeutische Privileg* zu, wenn die Aufklärung einen für die Gesundheit «schädlichen Angstzustand» hervorrufen würde<sup>217</sup>. Die patienten- bzw. datenschutzrechtliche Praxis äussert Zurückhaltung und lässt eine Informations- bzw. Auskunftsverweigerung nur bei psychisch Erkrankten bzw. akuter Selbstgefährdung zu<sup>218</sup>.

## 2. Dokumentationsfehler

Der Arzt hat über die Eingriffs-, Sicherungs- und Versicherungsaufklärung hinaus alle sachdienlichen Informationen zu archivieren und offenzulegen. Dazu gehören neben einer ordentlichen *Patientendokumentation* (sog. Krankengeschichte)<sup>219</sup>, auch allgemeine Informationen, z.B. eine Eintrittsinformation und die Erkundigung nach einer Patientenverfügung<sup>220</sup>. Um ihren Zweck zu erfüllen, muss die Krankengeschichte vollständig sein. Sie darf keine Lücken aufweisen und muss so abgefasst sein, dass über die wirklichen Geschehnisse informiert wird und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden<sup>221</sup>. *Bildaufzeichnungen*, insbesondere Operationsvideos, gehören auch zur Krankengeschichte<sup>222</sup>.

## 3. Beratungsfehler

Wird der Arzt nicht im Zusammenhang mit der Vornahme eines medizinischen Eingriffs oder einer Behandlung aufgesucht, sondern um seinen fachlichen Rat gefragt, hat er diesen im Hinblick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles zu erteilen. Eine fachgerechte *genetische Beratung* darf sich nicht darauf beschränken, nur Risikowerte anzugeben<sup>223</sup>. So können etwa auch die Art der Erkrankung und allfällige Massnahmen für Prävention und Behandlung wesentlich sein<sup>224</sup>.

## E. Behandlungsfehler

Von besonderer Bedeutung sind Behandlungsfehler. Dazu zählen etwa Dosierungsfehler<sup>225</sup>, Medikationsfehler<sup>226</sup>, Narkose<sup>227</sup> und Operationsfehler<sup>228</sup>, einschliesslich postoperative Behandlungsfehler<sup>229</sup>, Injektionsfehler<sup>230</sup>, Hygienefehler<sup>231</sup> sowie technische Fehler an Geräten<sup>232</sup> bzw. Bedienungsfehler<sup>233</sup>. Ein Behandlungsfehler liegt auch vor, wenn eine Behandlung unterbleibt, sei es, dass eine vereinbarte Behandlung vergessen wird, z.B. eine Eileiterunterbrechung nicht erfolgt<sup>234</sup>, oder der Arztbetrieb oder das Spital, insbesondere der ärztliche Pikettdienst, mangelhaft organisiert sind. Die Tatsacheninstanz hat in letzteren Fällen abzuklären, warum das notwendige Personal nicht anwesend war oder diensthabendes Personal verspätet im Spital eintraf und ob die Spitalorganisation so organisiert ist, dass Notfälle innert nützlicher bzw. kurzer Frist behandelt werden<sup>235</sup>.

<sup>212</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 6.3.2000 (VGE 20559) E. 7c und d.

<sup>213</sup> Vgl. Urteil BGer vom 30.10.2003 (4P.169/2003) E. 2.2.2.

<sup>214</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 8.2.1994, 56.

<sup>215</sup> Der Patient muss bei einer lebensnotwendigen, aber äusserst komplizierten Herzoperation von einer erhöhten Gefahr für Leben und Gesundheit ausgehen, insbesondere dann, wenn diese Operation die dritte ist (vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 3a).

<sup>216</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b und BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 1.

<sup>217</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b, 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 6 und 108 II 61 E. 2.

<sup>218</sup> Vgl. BGE 122 I 153 = Pra 1996 Nr. 233 E. 6c/cc.

<sup>219</sup> Vgl. z.B. § 13 Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2.4.2007 (ZH) und §§ 17 ff. Patientinnen- und Patientengesetz vom 5.4.2004 (ZH).

<sup>220</sup> Vgl. z.B. §§ 17 f. Patientinnen- und Patientengesetz vom 5.4.2004 (ZH).

<sup>221</sup> Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.3.

<sup>222</sup> Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2004 (4C.378/1999) E. 3.3.

<sup>223</sup> Siehe MÜLLER CHRISTOPH, *Vers une responsabilité médicale pour les handicaps congénitaux?*, in: *Droit, santé mentale et handicap*, Chêne-Bourg/Genève 2003, 19 ff.

<sup>224</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 24.11.2003 (VGE 21322) = BVR 2004, 289 E. 5.4.1.

<sup>225</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 22.9.2004, 57 (sorgfaltswidrige Heraussetzung der Methadondosis).

<sup>226</sup> Vgl. Urteile OGer ZH vom 23.2.1993 = ZR 1994 Nr. 81 E. VI/2/b/aa-cc (nicht notwendige Dauermedikation in der Psychiatrie) und BezGer Dielsdorf vom 1.12.1982 i.S. S c. H S = SG N. 259 E. IV/4c (Valiumabhängigkeit).

<sup>227</sup> Vgl. Urteil OGer LU vom 30.3.1990 = SG Nr. 726 E. 3a (tödlich verlaufende Periduralanästhesie).

<sup>228</sup> Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 7 und Urteil BGer vom 6.6.2000 (4C.331/1997) E. 5 (zu kraftvolles Platzieren eines Herzkatheters).

<sup>229</sup> Vgl. Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 5 (Bauchdeckenverschluss nach Sanierung einer Nabelhernie).

<sup>230</sup> Vgl. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2 sowie Urteile KGer VS vom 14.10.1992 i.S. M c. X = ZWR 1992, 370 E. 5 (Injektion von Kortison an der falschen Stelle) und OGer ZH vom 15.2.1979 = SJZ 1980, 383 = ZR 1979 Nr. 89 (Injektion eines Verödungsmittels statt in die zu verödende Vene in die Arteria tibialis posterior).

<sup>231</sup> Vgl. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2.

<sup>232</sup> Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 7c.

<sup>233</sup> Z.B. das nicht korrekte Öffnen der Sauerstoffflasche (vgl. Urteil OGer BE = NZZ vom 17.3.1997, 36).

<sup>234</sup> Siehe BGE 132 III 359 ff.

<sup>235</sup> Vgl. Urteil BGer vom 18.3.2004 (6S.20/2004) E. 2.3 f.

Beim *aufgespaltenen Spitalaufnahmevertrag*<sup>236</sup> ist im Zusammenhang mit Behandlungs- bzw. Organisationsfehlern festzustellen, ob das vom Spital angestellte Pflegepersonal auf Weisung des Belegarztes hin tätig geworden ist und dabei den Patienten geschädigt oder typische Spitalleistungen ausserhalb des Verantwortungsbereichs des Belegarztes vorgenommen hat<sup>237</sup>. Ob ein Belegarztspital über einen eigenen ärztlichen 24-Stunden-Betrieb verfügen muss, hat das Amtsgericht Luzern-Stadt offengelassen<sup>238</sup>.

## F. Überwachungsfehler

Patienten, die sich selbst oder Dritte, namentlich das Personal<sup>239</sup>, gefährden, sind angemessen zu überwachen. Dazu zählen urteilsunfähige Patienten<sup>240</sup>, Betagte<sup>241</sup>, Suizidgefährdete<sup>242</sup> sowie Kleinkinder. Als geeignete Sicherungsmassnahmen gelten u.a. eine *Sitzwache*<sup>243</sup> oder eine *Rückverlegung auf eine andere Abteilung*, z.B. die Intensivpflegestation oder eine geschlossene Abteilung<sup>244</sup>. Restriktive Massnahmen wie Fesselung oder ständige Kameraüberwachung sind nur dann vorzunehmen, wenn sie absolut notwendig sind<sup>245</sup>. Bei suizidalen Patienten sind in der Akutphase sehr restriktive Massnahmen wie Fesselung oder ständige Kameraüberwachung nicht notwendig, weil dadurch das Vertrauensverhältnis gestört und das Suizidrisiko erhöht wird; auch bei suizidalen Patienten haben nur so viel Freiheitsbeschränkung und Kontrolle zu erfolgen wie absolut notwendig<sup>246</sup>.

## V. Prozessuale Grundsätze

### A. Anwendbare Verfahrensordnung

Die privatrechtliche Haftung des Arztes ist Gegenstand eines Zivilprozesses, während es bei der Staatshaftung darauf ankommt, welche Verfahrensart die ein-

schlägige Haftungsordnung vorschreibt. Das kantonale Staatshaftungsrecht verweist in unterschiedlicher Weise auf die Regeln des zivilprozessualen oder des verwaltungsrechtlichen Beschwerde- bzw. Klageverfahrens<sup>247</sup>. Im Bund sind grundsätzlich die verwaltungsrechtlichen Prozessgrundsätze für Staatshaftungsbegehren anwendbar<sup>248</sup>. Streitigkeiten betreffend die Haftung des Staates für Behandlungsfehler im öffentlichen Spital gelten als zivilrechtlich im Sinne der EMRK, weshalb eine öffentliche Verhandlung beantragt werden kann<sup>249</sup>.

### B. Beweisgrundsätze

#### 1. Beweisrecht

Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei das Recht, in einem Verfahren, welches in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind<sup>250</sup>. Das *Recht auf den (Gegen-) Beweis* hindert das Gericht nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind, eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert<sup>251</sup>.

#### 2. Beweislastverteilung

Der Geschädigte hat die tatsächlichen Grundlagen der Haftungsvoraussetzungen (haftungsbegründender Tatbestand bzw. Sorgfaltspflichtverletzung<sup>252</sup>, Schaden und Kausalzusammenhang)<sup>253</sup>, der Haftpflichtige die tatsächlichen Grundlagen von allfälligen Haftungsausschluss- und Reduktionsgründen<sup>254</sup> zu beweisen<sup>255</sup>.

<sup>236</sup> Siehe supra Fn. 5.

<sup>237</sup> Siehe z.B. Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 7.2.

<sup>238</sup> Vgl. AmtsGer Luzern-Stadt vom 26.7.1993 i.S. Laura S. = SG Nr. 895 E. 7.4.1.

<sup>239</sup> Siehe dazu den Anwendungsfall BGE 130 I 337 ff.

<sup>240</sup> Vgl. BGE 130 I 337 ff. und Urteil BGer vom 27.3.2003 (4P.271/2002) E. 3 (postoperative Überwachung).

<sup>241</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 6.2.1995 i.S. Spitalverband B. c. M. = BVR 1996, 127 E. 5 (Haftung für sturzbedingten Oberschenkelhalsbruch einer 91-Jährigen).

<sup>242</sup> Die Haftung des Arztes für einen Selbstmordversuch des Patienten setzt eine konkret erkennbare Suizidgefährdung voraus (vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4 E. 4b/c). Siehe ferner BGE 123 III 204 ff. und 112 Ib 322 E. 2.4 sowie Urteile BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2 f. und vom 25.10.1994 i.S. G c. Kanton Aargau = SG Nr. 972 E. 4.

<sup>243</sup> Die Kosten einer einwöchigen Sitzwache sind «finanziell ohne weiteres zumutbar» (Urteil BGer vom 6.2.2006 [4P.244/2005] E. 4.3).

<sup>244</sup> Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3 sowie Urteile BGer vom 6.2.2006 (4P.244/2005) und 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 3b.

<sup>245</sup> Siehe dazu Zwangsmassnahmen in der Medizin. Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 24.5.2005.

<sup>246</sup> Vgl. Urteil BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 3a.

<sup>247</sup> Weiterführend dazu BERGER MAX B., Fallgruben im kantonalen Verantwortlichkeitsrecht, in: *Haftpflichtprozess 2008*, Zürich 2008, 163 ff., und BERGER-STEINER ISABELLE, *Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozessführung*, in: ZBJV 2006/2, 101 ff.

<sup>248</sup> Vgl. Art. 10 VG. Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung aus der Amtstätigkeit von Personen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. a–c VG beurteilt das Bundesgericht im Klageverfahren, für welches die Regeln der BZP gelten (vgl. Art. 120 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 BGG).

<sup>249</sup> Vgl. Urteil BGer vom 16.7.2007 (4D\_22/2007) E. 2.4.

<sup>250</sup> Vgl. z.B. BGE 131 I 153 E. 3 und 124 I 241 E. 2 sowie Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.4.2.

<sup>251</sup> Vgl. z.B. BGE 131 I 153 E. 3 und 130 II 425 E. 2.1 sowie Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.4.2.

<sup>252</sup> Statt vieler BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

<sup>253</sup> Statt vieler BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

<sup>254</sup> Supra Ziffer III/B.

<sup>255</sup> Siehe ferner KUHN MORITZ, *Ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler. Beweislastverteilung gemäss Haftungsgesetz des Kantons Zürich*,

Von besonderer Bedeutung sind der Rechtfertigungs-<sup>256</sup> und der Exkulpationsbeweis des Arztes<sup>257</sup>. Sofern und soweit für den Nachweis einer bestimmten Tatsache eine *Beweislasterleichterung* besteht, trägt der Prozessgegner ausnahmsweise die Beweislast, weil eine *Beweislastumkehr* erfolgt, oder kann der Tatsachennachweis mit einem *reduzierten Beweismass* geführt werden<sup>258</sup>.

Eine *durch die Behandlung verursachte neue gesundheitliche Beeinträchtigung* begründet eine *widerlegbare Tatsachenvermutung*, dass nicht alle gebotenen Vorkehrungen getroffen worden sind und eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt<sup>259</sup>; eine solche besteht insbesondere beim Auftreten einer Infektion nach der Vornahme einer intraartikulären Injektion<sup>260</sup>. Die Rechtsprechung ist aber uneinheitlich. Die Durchtrennung des Unterschenkelnervs anlässlich einer Hüftoperation stellt nach der Meinung des Bundesgerichts weder *per se* eine Sorgfaltspflichtverletzung dar noch begründet diese Gesundheitsbeeinträchtigung eine Vermutung einer Pflichtverletzung. Zudem ist zu berücksichtigen, dass selbst bei Beachten der Regeln der ärztlichen Kunst das Risiko, den Unterschenkelnerv zu verletzen, 0,5% beträgt<sup>261</sup>.

Ist die Patientendokumentation mangelhaft, ist einzelfallweise zu entscheiden, ob eine eigentliche *Beweisvereitelung* oder ein blosser *Dokumentationsmangel* vorliegt. Im ersten Fall erfolgt eine Beweislastumkehr zulasten des Arztes in Bezug auf die sorgfaltswidrig nicht dokumentierten Tatsachen, im letzten Fall eine Herabsetzung des Regelbeweismasses zugunsten des beweispflichtigen Patienten<sup>262</sup> bzw. eine Heraufset-

zung des Regelbeweismasses für alternative Beweismittel, die dem Arzt zum Nachweis der erfolgten Aufklärung und Einwilligung zur Verfügung stehen<sup>263</sup>.

### 3. Beweisführungspflicht

Die Partei, welche für eine bestimmte Tatsache die Beweislast trifft, hat den Eintritt derselben substantiiert darzulegen und mit den zulässigen und zur Verfügung stehenden Beweismitteln nachzuweisen. Den Prozessgegner trifft eine prozessuale Mitwirkungspflicht. Soweit *negative Tatsachen*, insbesondere ein Unterlassen eines Arztes, zu beweisen sind, wird einerseits kein strikter Beweis gefordert und trifft andererseits den Arzt eine Mitwirkungspflicht<sup>264</sup>. Die *Mitwirkungspflicht des Arztes beim Nachweis negativer Tatsachen* ist von der *widerlegbaren Tatsachenvermutung beim Eintritt einer neuen Gesundheitsbeeinträchtigung zu unterscheiden*<sup>265</sup>.

Der Patient ist seinerseits zur Darlegung und Mitwirkung beim vom Arzt zu erbringenden *Beweis der mutmasslichen Einwilligung* verpflichtet. Der Patient hat glaubhaft zu machen bzw. zu behaupten, weshalb er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffes verweigert hätte. Wirkt der Patient nicht mit, kann nach objektiviertem Massstab darauf abgestellt werden, ob die Ablehnung des Eingriffes vom *Standpunkt eines vernünftigen Patienten* aus unverständlich ist<sup>266</sup>.

Ein vernünftiger Patient willigt in eine Operation zwecks Teilentfernung der Rezidivstroma<sup>267</sup> oder eine periacetabuläre Osteotomie ein, bei der das Risiko einer Nervenbeeinträchtigung während des Eingriffes 25% und das Risiko einer peronealen (Wadenbein-) Nervenläsion mehr als ein Jahr nach der Operation 0,7% betragen<sup>268</sup>. Keine mutmassliche Einwilligung kann angenommen werden bei einer Nasenoperation, bei der ein «haut risque de complications et d'échecs» besteht und die vier Nachfolgeoperation zur Folge hatte<sup>269</sup>, und bei einer Hirnoperation, die schweizweit zwei Mal pro Jahr durchgeführt wird sowie ein Komplikationsrisiko von 20 bis 30% und eine Sterbewahrscheinlichkeit von unter 5% aufweist<sup>270</sup>, sowie bei Schönheitsoperationen, welche der Patient ausdrücklich abgelehnt hat<sup>271</sup>.

<sup>256</sup> Recht und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Hans Ulrich Malder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 49 ff.

<sup>257</sup> Statt vieler BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b (Notfallnachweis) und 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4 (Einwilligungsnachweis). Der Arzt trägt auch die Beweislast für die mutmassliche Einwilligung (vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 5c).

<sup>258</sup> Dazu supra Ziffer II/D.

<sup>259</sup> Dazu infra Ziffer V/B/4.

<sup>260</sup> Vgl. Urteil BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2 und BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

<sup>261</sup> Vgl. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c: «Dass bei Injektionen das Risiko einer Infektion besteht, ist allgemein bekannt. Besonders ernst zu nehmen ist die Infektionsgefahr nach den Feststellungen der Vorinstanz bei intraartikulären Injektionen, weshalb in diesen Fällen die Regeln der Asepsis peinlich genau zu befolgen seien. Unter diesen Umständen erscheint der Schluss auf einen Fehler des Beklagten bei der Sterilisation als naheliegend. Mit der Berufung wird eingewendet, das Einbringen von Staphylokokken-Keimen ins Gewebe könne bei jeder Injektion eines beliebigen Medikamentes auftreten. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Um die natürliche Vermutung zu erschüttern, hätte der Beklagte dartun müssen, dass er alle Vorkehrungen getroffen hatte, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst bei der Vornahme peri- und intraartikulärer Injektionen von Cortison-Präparaten geboten sind, und dass selbst bei Anwendung dieser Sorgfalt eine Infektion solcher Art nicht vermieden werden konnte.»

<sup>262</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.2–3.4.

<sup>263</sup> Vgl. Urteil BGer vom 13.3.1992 (2A.103/1991) E. 5c und vom 23.11.2004 (4C.378/2004) E. 3.2 und 6.3.

<sup>263</sup> Vgl. Urteil OGer ZH vom 7.7.2000 = ZR 2002 Nr. 7 E. 4c.

<sup>264</sup> Vgl. BGE 119 II 305 E. 1b/aa.

<sup>265</sup> Vgl. Urteil BGer vom 13.6.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 2.

<sup>266</sup> Vgl. Urteile BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1 und HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

<sup>267</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 22.4.2002 (VGE 21136) = BVR 2003, 57 E. 6.

<sup>268</sup> Vgl. Urteil HGer ZH vom 18.4.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

<sup>269</sup> Vgl. Urteil BGer vom 24.3.2005 (4C.9/2005) E. 5.4.

<sup>270</sup> Vgl. Urteil BGer vom 28.4.2003 (4P.265/2002) E. 5.5.

<sup>271</sup> Vgl. Urteil BGer vom 3.12.1998 (6S.652/1997) = NZZ vom 4.1.1999, 20 (Mittelgelenkresektion der zweiten Zehe).

#### 4. Beweismass

##### i. Allgemeines

Der Nachweis der zu beweisenden Tatsachen ist erfolgt, wenn die beweisverpflichtete Partei das je erforderliche Beweismass erfüllt hat. Prozessrechtlich sind verschiedene Beweismasse zu unterscheiden:

- *Beweismass der annähernden Sicherheit*: Das Beweismass der annähernden Sicherheit ist erfüllt, wenn der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen<sup>272</sup>.
- *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen<sup>273</sup>.
- *Beweismass des Glaubhaftmachens*: Das Beweismass des Glaubhaftmachens ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Ob der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass die Tatsachenbehauptung unrichtig ist, ist unerheblich<sup>274</sup>.

Im Haftungsrecht gilt als *Regelbeweismass* das *Beweismass der annähernden Sicherheit*<sup>275</sup>. *Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich entweder direkt aus dem Gesetz*<sup>276</sup> *selbst oder gelten als Folge einer richterlichen Beweiserleichterung. Eine Herabsetzung des Regelbeweismasses ist dann gerechtfertigt, wenn die Rechtsdurchsetzung an Beweisschwierigkeiten scheitern würde, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten*<sup>277</sup>.

##### ii. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo der Nachweis

der annähernden Sicherheit nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine «Beweisnot» besteht<sup>278</sup>. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt nach ständiger Rechtsprechung namentlich für den natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhang<sup>279</sup>.

Unklar ist, ob und inwieweit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine *prozentuale Wahrscheinlichkeitsquote* zugeordnet werden kann. Im Sozialversicherungsrecht zum Beispiel wird eine Gesundheitsbeeinträchtigung nur dann als Berufskrankheit anerkannt, wenn die Berufstätigkeit stark überwiegend Ursache der Gesundheitsbeeinträchtigung ist. Das *Beweismass der stark überwiegenden Wahrscheinlichkeit* ist gegeben, wenn der *berufsbedingte Verursachung mindestens 75%* beträgt<sup>280</sup>. Nach der Meinung der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts setzt eine ausschliessliche bzw. sichere Verursachung eine Wahrscheinlichkeitsquote von um 100% und eine vorwiegende Verursachung eine solche von mehr als 50% voraus<sup>281</sup>.

Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird im Anwendungsbereich des Haftungsrechts vorausgesetzt, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Bei zwei konkurrierenden Ursachen bedeutet dies, dass eine Wahrscheinlichkeitsquote von 51% und höher für die Annahme der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt<sup>282</sup>. Bei mehr als zwei konkurrierenden Ursachen ist die wahrscheinlichste Ursache die überwiegend wahrscheinliche; die Wahrscheinlichkeitsquote muss nicht notwendigerweise mindestens 50% betragen<sup>283</sup>. Das Bundesgericht hat dies unlängst in einem Fall verneint, in dem zwei Teilursachen (krankheitsbedingter Vorzustand und Verkehrsunfall) zu beurteilen waren und der Gutachter den Verkehrsunfall als 51% ursächlich für die seit dem Unfallzeitpunkt eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes bezeichnet hat<sup>284</sup>. Dieses Urteil wird von der Lehre mit guten Gründen kritisiert<sup>285</sup>.

<sup>272</sup> Vgl. Urteil BGer vom 8.7.2003 (4C.332/2002) E. 3.

<sup>273</sup> Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1 und 130 III 321 E. 3.3 sowie Urteil BGer vom 23.9.2008 (4A\_397/2008) = plädoyer 2008/6, S. 83 (Bemerkungen von DAVID HUSMANN) E. 4.3.

<sup>274</sup> Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 und 102 II 393 E. 4c.

<sup>275</sup> Statt vieler z.B. Urteil BGer vom 10.4.2008 (4A\_22/2008) E. 5.

<sup>276</sup> Art. 42 Abs. 2 OR enthält für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll (vgl. z.B. BGE 122 III 219 E. 3a).

<sup>277</sup> Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa und Urteil BGer vom 8.7.2003 (4C.332/2002) E. 3.

<sup>278</sup> Vgl. z.B. BGE 133 III 153 E. 3.3 und 130 III 321 E. 3.2.

<sup>279</sup> Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.4.2 und Urteil BGer vom 23.9.2008 (4A\_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von DAVID HUSMANN) E. 4.1.

<sup>280</sup> Siehe BGE 117 V 354 E. 4c und 114 V 109 E. 3c.

<sup>281</sup> Vgl. BGE 114 V 109 E. 3c.

<sup>282</sup> Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.3.

<sup>283</sup> Vgl. Urteil EVG vom 19.10.2001 (U.50/2001) E. 2b.

<sup>284</sup> Vgl. Urteil BGer vom 23.9.2008 (4A\_397/2008) = plädoyer 2008/6, 83 (Bemerkungen von DAVID HUSMANN) E. 4.2 ff.

<sup>285</sup> Siehe z.B. PRIBNOW VOLKER, Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A\_397/2008 vom 23.9.2008 und 6B\_649/2008 vom 15.1.2009, in: HAVE 2009/2, 158 ff., und HUSMANN DAVID in: plädoyer 2008/6, 83 ff.

Bei der Beurteilung, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, sind im arzt haftungsrechtlichen Kontext einerseits *absolute und relative Wahrscheinlichkeiten je nach Referenzgruppe*<sup>286</sup> und andererseits *beim Arzt dessen Fehler- und beim Patient die Risikowahrscheinlichkeit* auseinanderzuhalten. Die Risikowahrscheinlichkeit, dass beim behandelten Patient eine Gesundheitsbeeinträchtigung oder der Tod eintritt, hängt von verschiedenen Teilaspekten ab. Zu unterscheiden sind u.a. *Unfall- bzw. Erkrankungs-, Heilungs- und Nebenwirkungswahrscheinlichkeit*:

Tritt eine ohne adäquate Behandlung tödlich verlaufende Krankheit bei zwei Prozent auf (*Erkrankungswahrscheinlichkeit: 2%*), sterben von tausend Personen, die ein Arzt betreut, zwanzig Personen, wenn sie nicht rechtzeitig zum Arzt gehen. Nimmt man an, dass die Hälfte der erkrankten Personen, d.h. zehn Personen, rechtzeitig zum Arzt gehen und dieser bei sorgfältiger Diagnose und Behandlung achtzig Prozent heilen kann (*Heilungswahrscheinlichkeit: 80%*), ohne dass Nebenwirkungen zu befürchten sind (*Nebenwirkungswahrscheinlichkeit: 0%*) sterben von tausend insgesamt zwölf Personen, zehn Personen, weil sie nicht zum Arzt gegangen sind, und zwei andere, die trotz sorgfältiger Diagnose und Behandlung sterben. Das absolute Risiko aller (Referenzgruppe: Bevölkerung), an der Krankheit zu sterben, beträgt 1,2% (*absolute Risikowahrscheinlichkeit*). Die Risikowahrscheinlichkeit der zehn Personen, die nicht zum Arzt gehen (Referenzgruppe: Nichtpatienten von Arzt X.Y.), liegt bei 100%, bei den anderen (Referenzgruppe: Patienten von Arzt X.Y.) macht sie 20% aus (*relative Risikowahrscheinlichkeit*).

Beträgt die Nebenwirkungswahrscheinlichkeit nicht 0%, sondern 50%, dann sterben fünf von zehn sorgfältig gemäss behandelten Patienten. Von tausend sterben in diesem Fall insgesamt sechzehn Personen, zehn Personen, weil sie nicht zum Arzt gegangen sind, und zwei andere, die trotz sorgfältiger Diagnose und Behandlung sterben, weil die Behandlung nicht wirksam ist, und vier der acht behandelten Patienten, weil bei ihnen tödliche Nebenwirkungen aufgetreten sind<sup>287</sup>. Das absolute Risiko aller, an der Krankheit zu sterben (Referenzgruppe: Bevölkerung), beträgt 1.6% (*absolute Risikowahrscheinlichkeit*). Die Risikowahrscheinlichkeit der zehn Personen, die nicht zum Arzt gehen (Referenzgruppe: Nichtpatienten von Arzt X.Y.), liegt bei 100%, bei den anderen (Referenzgruppe: Patienten von Arzt X.Y.) macht sie 60% aus (*relative Risikowahrscheinlichkeit*).

<sup>286</sup> Vgl. z.B. BALDINGER BEATRICE, Absoluten und relatives Risiko, in: Med-Info SVV 2005/1, 32 ff.

<sup>287</sup> Nicht berücksichtigt wird, dass ein erfolgreich behandelter Patient trotzdem an den Nebenwirkungen stirbt.

Ob die Gesundheitsbeeinträchtigung überwiegend wahrscheinlich als Folge der Sorgfaltspflichtverletzung eingetreten ist bzw. auch ohne eingetreten wäre, beurteilt sich nach der *Risikowahrscheinlichkeit*. Die Fehlerwahrscheinlichkeit des Arztes ist unerheblich, auch im Kontext mit der Einwendung der Ohnehinverursachung<sup>288</sup>. Da das absolute und das relative Risiko unterschiedlich steigen können, stellt sich die Frage, *ob die überwiegende Wahrscheinlichkeit in Bezug auf die absolute oder die relative Risikoerhöhung zu beurteilen ist*.

Bei Patienten nach einem akuten Herzinfarkt tritt eine Blutung bei 10 von 1000 Patienten (1%) auf, wenn sie mit Aspirin behandelt werden, und bei 15 von 1000 Patienten (1,5%), wenn sie eine orale Antikoagulation haben. Das relative Risiko einer Blutung für Patienten mit der Aspirintherapie beträgt im Vergleich zu den Patienten mit einer oralen Antikoagulation 1%/1,5% = 0,67 oder 67%. Das relative Risiko einer Blutung ist bei einem Verzicht einer Aspirintherapie um 67% erhöht, das absolute Risiko demgegenüber steigt um 0,5%<sup>289</sup>.

## C. Rechtsmittel

### 1. Allgemeines

Die Zulässigkeit der bundesrechtlichen Rechtsmittel beurteilt sich danach, ob die privat- oder die öffentlich-rechtliche Haftungsordnung anwendbar bzw. eine Zivilstreitigkeit zu beurteilen ist. In ersterem Fall kommt die *Beschwerde in Zivilsachen*<sup>290</sup> bzw. die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde*<sup>291</sup>, im letzteren Fall die *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*<sup>292</sup>, sofern das eidgenössische Verantwortlichkeitsgesetz ausnahmsweise anwendbar ist und das Bundesverwaltungsgericht einen Entscheid gefällt hat<sup>293</sup>, oder die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* in kantonalen Staatshaftungsfällen infrage.

Die Erste zivilrechtliche Abteilung behandelt die Beschwerden in Zivilsachen und die subsidiären Verfassungsbeschwerden, welche die medizinische Staatshaftung betreffen<sup>294</sup>. Die Zweite öffentlich-rechtliche

<sup>288</sup> A.A. Urteil BGER vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.3.2.

<sup>289</sup> Beim vorliegende Beispiel handelt es sich um das von BALDINGER BEATRICE, Absoluten und relatives Risiko, in: MedInfo SVV 2005/1, 32 ff., 35, erwähnte Beispiel, welches vorliegend aus didaktischen Gründen abgeändert wurde.

<sup>290</sup> Vgl. Art. 72 ff. BGG. Die Haftung eines öffentlichen Spitals gegenüber einem Patienten für die Handlungen eines angestellten Arztes steht in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht i.S.v. Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG (vgl. Urteil BGER vom 6.2.2009 [4A\_533/2008] E. 1).

<sup>291</sup> Vgl. Art. 113 ff. BGG.

<sup>292</sup> Vgl. Art. 82 ff. BGG.

<sup>293</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 VG und Art. 2 Abs. 3 Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30.12.1958.

<sup>294</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. d BGER.

Abteilung behandelt Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in Staatshaftungsfällen, die keine medizinische Tätigkeit betrifft<sup>295</sup>. Für solche Beschwerden ist die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig. Die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung ist für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten für geltend gemachte Staatshaftung in Bezug auf Handlungen der kantonalen Arbeitsärztin zuständig, welche jährliche Kontrollen bei einem Entsoorgungsangestellten des Kantons durchzuführen hatte und eine festgestellte chronisch obstruktive Bronchopathie nicht an den Hausarzt des Betroffenen meldete, worauf dieser – ein Raucher – wenige Jahre später im Alter von 65 Jahren an Lungenkrebs verstarb<sup>296</sup>.

## 2. Beschwerde in Zivilsachen

Gegen letztinstanzliche kantonale Endentscheide<sup>297</sup> kann Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden, mit der eine Verletzung der bundesrechtlichen Haftungsbestimmungen oder – wenn der Streitwert unter CHF 30 000.– liegt – eine Verletzung einer grundsätzlichen Rechtsfrage gerügt werden kann<sup>298</sup>.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat<sup>299</sup>. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht<sup>300</sup>. Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein<sup>301</sup>. Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden<sup>302</sup>.

Von besonderer Bedeutung ist deshalb, welche der Haftungsvoraussetzungen und -ausschlussgründe rechtlicher oder tatsächlicher Natur sind. Die Sorgfaltspflichtverletzung ist insoweit eine Tatfrage, als Umstände zu beurteilen sind, «aus denen auf das Mass der in einer bestimmten Situation gebotenen Sorgfalt»

geschlossen werden kann<sup>303</sup>. Tatfrage ist, ob ein natürlicher bzw. hypothetischer Kausalzusammenhang besteht<sup>304</sup>, Rechtsfrage hingegen ist, ob ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegt<sup>305</sup>. Die Bestimmung der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit ist Tatfrage. Rechtsfragen dagegen sind der Begriff der Erwerbsfähigkeit und die Einschätzung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Körperverletzung<sup>306</sup>. Die Bestimmung des Schadens ist eine Tatfrage<sup>307</sup>; Rechtsfrage ist einzig, ob das kantonale Tatsachengericht den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verletzt hat<sup>308</sup>. Die Frage, ob und welche Vorteile sich der Geschädigte aus dem schädigenden Ereignis anrechnen lassen muss, ist eine Rechtsfrage; demgegenüber ist die vermögenswerte Quantifizierung dieser Vorteile eine Tatfrage<sup>309</sup>.

Sofern und soweit das kantonale Haftungsrecht auf privatrechtliche Haftungsbestimmungen des Bundes, z.B. Art. 41 ff. OR, verweist, liegt kantonales Recht vor und ist eine Beschwerde in Zivilsachen unzulässig. Das Bundesgericht kann im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen und der subsidiären Verfassungsbeschwerde lediglich prüfen, ob die Anwendung kantonalen Rechts willkürlich ist und Art. 9 BV verletzt<sup>310</sup>.

## 3. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts oder letztinstanzliche kantonale Endentscheide<sup>311</sup> kann in Staatshaftungsfällen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn der Streitwert über CHF 30 000.– liegt<sup>312</sup>. Gerügt werden kann wie mit der Beschwerde in Zivilsachen eine Verletzung der bundesrechtlichen Haftungsbestimmungen. Liegt der Streitwert unter CHF 30 000.–, ist die Beschwerde zulässig, wenn eine Verletzung einer

<sup>295</sup> Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 BGerR.

<sup>296</sup> Vgl. Urteil BGer vom 15.4.2009 (2C\_910/2008) E. 1.1.

<sup>297</sup> Vgl. Art. 90 BGG. Nur sehr eingeschränkt können Teil-, Vor- und Zwischenentscheide angefochten werden (vgl. Art. 91 ff. BGG). Siehe z.B. Urteil BGer vom 5.8.2008 (4A\_238/2008) E. 1.

<sup>298</sup> Vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

<sup>299</sup> Vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG.

<sup>300</sup> Vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG.

<sup>301</sup> Vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG.

<sup>302</sup> Siehe z.B. Urteil BGer vom 5.5.2008 (4A\_15/2008) E. 3.3.

<sup>303</sup> Vgl. Urteil BGer vom 10.4.2008 (4A\_22/2008) E. 5.

<sup>304</sup> Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteile BGer vom 9.12.2004 (4C.47/2004) E. 2.1 und vom 2.6.2004 (4C.88/2004) E. 4.1. Der hypothetische Kausalzusammenhang ist insoweit Rechtsfrage, als der Richter seine Lebenserfahrung zur Anwendung bringt (vgl. Urteil BGer vom 22.12.2008 [4A\_464/2008] E. 3.3.1).

<sup>305</sup> Statt vieler BGE 128 III 22 E. 2d und 127 III 453 E. 5d sowie Urteil BGer vom 02.06.2004 (4C.88/2004) E. 4.1.

<sup>306</sup> Vgl. BGE 100 II 298 E. 4a und 72 II 198 E. 3b sowie Urteil BGer vom 11.4.2005 84C.8/2005) E. 2.2.

<sup>307</sup> Vgl. z.B. Urteil BGer vom 29.10.2008 (4D\_108/2008) E. 3.

<sup>308</sup> Vgl. z.B. BGE 120 II 296 E. 3b und Urteil BGer vom 12.5.2006 (4C.55/2006) E. 1.

<sup>309</sup> Vgl. BGE 122 III 61 E. 2c/cc und Urteil BGer vom 22.5.2007 (4C.9/2007) E. 2.1.

<sup>310</sup> Siehe z.B. Urteile BGer vom 14.3.2008 (4A\_12/2008) E. 2 und vom 1.7.2002 (4C.97/2002) E. 2.2.

<sup>311</sup> Vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. a und d BGG.

<sup>312</sup> Vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG.

<sup>313</sup> Vgl. Art. 85 Abs. 2 BGG.

grundsätzlichen Rechtsfrage gerügt wird<sup>313</sup>. Im Übrigen gelten dieselben Verfahrensgrundsätze wie für die Beschwerde in Zivilsachen.

## 4. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann sowohl die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung als auch die Rechtsanwendung vom Bundesgericht auf die Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte<sup>314</sup>, insbesondere des Willkürverbots überprüft werden. Willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft<sup>315</sup>. Willkür liegt zudem nur vor, wenn nicht bloss die Begründung des Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist<sup>316</sup>.

## 5. Willkür in Arzthaftungsfällen

### i. Allgemeines

In Arzthaftungsfällen wird regelmässig eine willkürliche Tatsachenfeststellung oder Beweiswürdigung gerügt. Der Willkürvorwurf kann, da es sich beim Willkürverbot um ein Grundrecht handelt<sup>317</sup>, mit der Rüge der Bundesrechtsverletzung erhoben werden.

### ii. Willkürliche Tatsachenannahmen

Nicht willkürlich sind u.a. die Tatsachenannahmen:

- der Infarkt hätte sich kaum anders entwickelt, wenn der Geschädigte nicht aus dem Spital entlassen worden wäre, da sich die Therapiemöglichkeiten im Frühstadium eines Infarktes im Wesentlichen auf pflegerische Massnahmen und die Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen (Atmung, Herz-Kreislauf) beschränkt hätten<sup>318</sup>,
- die Abgabe von Pagern, Trillerpfeifen oder Pfeffersprays an das Pflegepersonal sei den Verhältnissen eines Wohnheims für geistig und psychisch Behinderte nicht angemessen<sup>319</sup>,

- der an einer schwerwiegenden Harninkontienz leidende Patient hätte mutmasslich in eine Blasenoperation, die mit einem geringen Risiko einer bleibenden Lähmung eines Beins verbunden ist, eingewilligt, wäre er ordnungsgemäss aufgeklärt worden<sup>320</sup>,
- es liege keine Sorgfaltspflichtverletzung vor, wenn der schmerzfreie Patient aus dem Spital entlassen wird, ohne zu kontrollieren, ob der Bauchkatheter richtig liegt, und das Risiko einer Lageveränderung des Katheters 5% beträgt<sup>321</sup>,
- es liege keine Sorgfaltspflichtverletzung vor, wenn der Chirurg bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase einen Klipp falsch setzt und den Gallengang verletzt<sup>322</sup>.

Willkürlich ist die Annahme, der Patient hätte in eine Hirnoperation, die in der Schweiz bloss zwei Mal pro Jahr durchgeführt wird sowie ein Komplikationsrisiko von 20 bis 30% und eine Sterbewahrscheinlichkeit von unter 5% aufweist<sup>323</sup>, mutmasslich eingewilligt.

### iii. Willkürliche Beweiswürdigung

Eine Beweiswürdigung ist insbesondere dann willkürlich, wenn sie einseitig einzelne Beweise berücksichtigt<sup>324</sup> oder auf eine nicht schlüssige Expertise abstellt bzw. auf gebotene zusätzliche Beweismittel verzichtet<sup>325</sup>. Willkürlich ist das Nichteinholen einer Expertise zur Arbeitsunfähigkeit einer infolge fehlerhafter Operation geschädigten Patientin<sup>326</sup> und das grundlose und nicht begründete Nichtbeachten einer Expertenmeinung und die Annahme der Berechenbarkeit des Patientenverhaltens, wenn der Patient einen durch ein unberechenbares Verhalten gekennzeichneten Krankheitszustand aufweist<sup>327</sup>. Nicht willkürlich ist aber die Verweigerung eines dritten Gutachtens, das sich zur behaupteten Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst äussern soll, nachdem bereits zwei Gutachten eine Sorgfaltspflichtverletzung verneinen<sup>328</sup>.

<sup>313</sup> Vgl. Art. 7 ff. BV.

<sup>314</sup> Statt vieler Urteile BGer vom 5.5.2008 (4A\_15/2008) E. 5 und vom 9.1.2006 (4P.216/2005) E. 1.1.

<sup>315</sup> Vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1.

<sup>316</sup> Vgl. Art. 9 BV. Siehe aber BGE 133 I 185 E. 6.

<sup>317</sup> Vgl. Urteil BGer vom 9.1.2006 (4P.216/2005) E. 2.2.

<sup>318</sup> Vgl. Urteil BGer vom 30.9.2005 (2P.93/2005) E. 2.5.

<sup>319</sup> Vgl. Urteil BGer vom 26.8.2003 (4P.110/2003) E. 3.2.

<sup>320</sup> Vgl. Urteil BGer vom 27.3.2003 (4P.271/2002) E. 4.

<sup>321</sup> Vgl. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A\_323/2007) E. 2.3.2.

<sup>322</sup> Vgl. Urteil BGer vom 28.4.2003 (4P.265/2002) E. 5.5.

<sup>324</sup> Vgl. BGE 118 Ia 28 E. 1b. Siehe ferner Urteil BGer vom 10.11.2003 (4P.192/2003) E. 1.

<sup>325</sup> Vgl. BGE 118 Ia 144 E. 1c.

<sup>326</sup> Vgl. Urteil BGer vom 18.3.2002 (4P.203/2001) E. 5b/bb.

<sup>327</sup> Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.5.

<sup>328</sup> Vgl. Urteil BGer vom 9.1.2008 (4C.66/2007 und 4A\_382/2007) E. 3.