

Selbst dann, wenn der Vergleich vom Gericht vorgeschlagen wird, entbindet dies den Anwalt nicht davon, den Vorschlag auf seine Validität hin kritisch zu überprüfen und dem Klienten Vor- und Nachteile des vorgeschlagenen Vergleiches einlässlich zu erörtern. Die Tatsache, dass der Vergleich vom Gericht vorgeschlagen wird, entbindet den Anwalt nicht von den von ihm zu beobachtenden Sorgfaltspflichten.³⁹ Gerade weil aber Prognosen über den Ausgang eines Rechtsstreites selten eindeutig sind, wird man dem Anwalt bloss in den Fällen einen Vorwurf machen können, in welchen der Abschluss des Vergleiches als nicht mehr vertretbar erscheint, was zum Beispiel dann der Fall wäre, wenn der Vergleichsvorschlag des Gerichts auf offensichtlich unzutreffenden Annahmen in tatsächlicher Hinsicht beruht.

Stehen Ersatzansprüche unter verschiedenen Titeln zur Diskussion, ist im Vergleich im Einzelnen aufzuführen, unter welchen Titeln welche Summe vereinbart wurde, damit die steuerrechtliche Zuordnung der unter den einzelnen Titeln bezahlten Summe möglich wird.

Sorgfaltspflicht der Ärzte

Hardy Landolt* / Iris Herzog-Zwitter**

I. Einleitung

Die ärztliche bzw. medizinische Dienstleistung zeichnet sich von alters her – verglichen mit anderen Dienstleistungen – durch einen *besonderen Ethos* aus. Das ärztliche Selbstverständnis ist der hippokratischen Tradition folgend darauf gerichtet, dem Patienten zu helfen und ihm nicht zu schaden. Das ärztliche Handeln findet zudem regelmässig an der *Schnittstelle zwischen dem Leben und dem Tod* statt. Trotz dieser Besonderheit hat das ärztliche Handeln auch in der Antike nicht im rechtsfreien Raum stattgefunden. Bereits der Codex Hammurabi (1750 v. Chr.) regelte in den §§ 218 ff. die Haftung des Arztes gegenüber Freien¹ und Sklaven.² Die Rechtsstellung des Arztes zeichnet sich seither durch eine eigentümliche Ambivalenz zwischen der ethischen Selbstverpflichtung, dem Patienten keinen Schaden zuzufügen, und der Notwendigkeit, eine rechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bestimmen zu müssen, wenn der Patient geschädigt wird, aus.

II. Ethische Verhaltenspflichten

Die ethischen Selbstverpflichtungen sind heute in zahlreichen Empfehlungen von nationalen und internationalen Ärzteverbänden konkretisiert. Der Weltärztebund hat ein «Handbuch der ärztlichen Ethik» verabschiedet.³ Auf europäischer Ebene ist die «europäische Berufsordnung» einschlägig.⁴ Die schweizerische Ärzteverbindung ihrerseits verpflichtet die Mitglieder⁵ mit der Standesordnung,

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

** Dr. iur., Rechtskonsultantin Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft, Bern.

¹ § 218 «Gesetz, der Arzt hat einem Manne mit dem Kupfermesser eine schwere Verletzung beigebracht und den Mann getötet, oder er hat die Augenhöhle des Mannes so mit dem Kupfermesser geöffnet und das Auge des Mannes zerstört, so wird man seine Hände abschneiden.»

² § 219 «Gesetz, ein Arzt hat dem Sklaven eines Muskenu mit dem Kupfermesser eine schwere Verletzung beigebracht und ihn getötet, so wird er Sklave für Sklave ersetzen.» und § 220 «Gesetz, er hat seine Augenhöhle mit dem Kupfermesser geöffnet und sein Auge zerstört, so wird er an Silber die Hälfte seines Kaufwertes zahlen.»

³ Vgl. <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/WMA_aerztliche_Ethik.pdf>, zuletzt besucht am 8. Januar 2016.

⁴ Vgl. <www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/musterberufsordnung-aerzte/medizinethik-in-der-berufsordnung/grundsatzesaerztlicher-ethik-europaeische-berufsordnung/>, zuletzt besucht am 18. Januar 2016.

⁵ Das Mitglied, das einem Beschluss betreffend Standesregeln oder medizinisch-ethischen Richtlinien nicht zugestimmt hat oder einen Vertrag, den die Organisation mit Dritten abgeschlossen hat, nicht einhalten will, ist an das Verbandsrecht nur dann nicht gebunden, wenn dieses rechtswidrig ist (Art. 19 f. OR). Bei der Beurteilung der

³⁹ MAX VOLLKOMMER/REINHARD GREGER/JÖRN HEINEMANN, *Anwaltshaftungsrecht*, München 2014, 4. Aufl., § 12, Rz. 41; BRIGITTE BORGMANN/ANTJE JUNGK/MICHAEL SCHWAIGER, *Anwaltshaftung*, 5. Aufl., München 2014, § 20, Rz. 112 ff.

das gesundheitliche Wohl der anvertrauten Menschen als oberstes Ziel zu verfolgen, menschliches Leben zu schützen, Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln, Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen.⁶ Der Anhang 1 zur Standesordnung erklärt sodann die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften als verbindlich.

Die medizinisch-ethischen Normen sind zwar *keine Rechtsnormen*. Ihnen kommt gleichwohl indirekt eine rechtliche Bedeutung zu. Gerichte ziehen mitunter ethische Standards heran, wenn eine gesetzliche Regelung umstritten ist oder sogar fehlt.⁷ Der Gesetzgeber verweist vereinzelt, etwa für den Hirntodbegriff,⁸ explizit auf einschlägige medizinisch-ethische Richtlinien. Durch eine solche Verbindlicherklärung werden die medizinisch-ethischen Richtlinien zu Rechtsnormen.⁹

III. Gesetzliche Verhaltenspflichten

A. Allgemeines

Die gesetzlichen Verhaltenspflichten der Ärzte finden sich in Ausbildungs-, Berufsausübungs- und Zulassungsvorschriften des eidgenössischen und kantonalen Rechts. Die freiwillige Übernahme einer ärztlichen Aufgabe begründet sodann eine Garantstellung des Arztes.¹⁰ Die *Ausbildungsvorschriften* konkretisieren die (Mindest-)Kompetenzen der jeweiligen Berufsgattung. Die Berufsausübungsvorschriften legen einerseits die *Voraussetzungen für den Erhalt einer Berufsausübungsbewilligung* fest und definieren andererseits die *Berufspflichten*. Die *Zulassungsvorschriften* bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Arzt zulasten der obligatorischen bzw. privaten Heilungskostenversicherung tätig sein darf.¹¹ Die diesbezüglichen Regelungen beinhalten mitunter ebenfalls *patientenrelevante Verhaltenspflichten*; insbesondere Spitäler haben eine ausreichende ärztliche Betreuung zu gewähr-

leisten, über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen zu verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung zu gewährleisten.¹²

B. Allgemeiner Arztstandard

Ärzte durchlaufen in ihrer Karriere drei Phasen: Aus-, Weiter- und Fortbildung. Die universitäre Ausbildung (Medizinstudium) vermittelt den Studierenden die Grundlagen des Arztberufes und erlaubt ihnen, nach dem *Erwerb des eidgenössischen Arztdiploms* unselbstständig in einem Spital oder einer Arztpraxis zu arbeiten. Absolventen des Studiums der Humanmedizin, der Zahnmedizin und der Chiropraktik:

- kennen die für die Berufsausübung relevanten *grundlegenden Strukturen und Funktionsmechanismen des menschlichen Körpers* von der molekularen Ebene bis zum Gesamtorganismus in allen seinen Entwicklungsphasen und im gesamten Spektrum vom gesunden bis zum kranken Zustand;
- beherrschen die *Diagnose und die Behandlung der häufigen und der dringlich zu behandelnden Gesundheitsstörungen und Krankheiten* in ihrem Berufsfeld;
- sind fähig, mit *Arzneimitteln* fach-, umweltgerecht und wirtschaftlich umzugehen;
- erkennen die *für benachbarte Berufsfelder relevanten Krankheitsbilder* und passen ihr Vorgehen den übergeordneten Problemstellungen an;
- können die *Befunde und deren Interpretation* zusammenfassen und mitteilen;
- verstehen *gesundheitliche Probleme ganzheitlich* und erfassen dabei insbesondere die physischen, psychischen, sozialen, rechtlichen, ökonomischen, kulturellen und ökologischen Faktoren und Auswirkungen und beziehen diese in die Lösung der gesundheitlichen Probleme auf individueller und Gemeinschaftsebene ein;
- verstehen *Patienten* als Personen individuell und in ihrem sozialen Umfeld und gehen auf ihre Anliegen sowie auf diejenigen ihrer Angehörigen ein;
- setzen sich für die menschliche Gesundheit ein, indem sie beratend tätig sind und die erforderlichen *präventiven und gesundheitsfördernden Massnahmen* in ihrem Berufsfeld treffen;

Zulässigkeit ist mitzuberücksichtigen, dass ein Austritt aus der Standesorganisation in der Regel zumutbar ist (vgl. BGE 104 II 6 E. 3a).

⁶ Art. 1 und 2 Standesordnung FMH.

⁷ BGE 119 Ia 460 E. 4a und 115 Ia 234 E. 3b sowie Urteil des Bundesgerichts 2P.310/2004 vom 18. Mai 2005 E. 4.3.

⁸ Anhang 1 der Verordnung vom 16. März 2007 über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung) verweist auf die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005.

⁹ BGE 123 I 112 E. 6/7.

¹⁰ Eine Garantspflicht besteht auch für eine Assistenzärztin, die für die Kontrolle und die Transfusion der Blutkonserven verantwortlich ist (vgl. Urteil des BGE 6B_174/2013 vom 20. Juni 2013 E. 3.3.3).

¹¹ Art. 38 ff. KVV.

¹² Art. 39 Abs. 1 KVG.

- respektieren die Würde und die Autonomie des Menschen, kennen die Begründungsweisen der Ethik, sind vertraut mit den ethischen Problemen ihres Berufsfeldes und lassen sich in ihrer beruflichen und wissenschaftlichen Tätigkeit von *ethischen Grundsätzen* zum Wohl der Menschen leiten.¹³

C. Facharztstandard

1. Allgemeines

Wollen Ärzte ihren Beruf selbstständig ausüben, setzt dies einen eidgenössischen *Weiterbildungstitel* und eine kantonale *Berufsausübungsbewilligung* voraus.¹⁴ Die Weiterbildung erweitert und vertieft die in der universitären Ausbildung erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten, Fähigkeiten, Verhaltensweisen und die soziale Kompetenz so, dass die Absolventen die berufliche Tätigkeit im betreffenden Fachgebiet eigenverantwortlich ausüben können.

Die Facharztausbildung befähigt namentlich dazu:

- sichere Diagnosen zu stellen und die geeigneten Therapien zu verordnen beziehungsweise durchzuführen;
- in der Behandlung der Patienten wie auch im Kontakt mit deren Angehörigen die Würde des Menschen zu respektieren;
- die Patienten bis zum Lebensende zu begleiten;
- in Notfallsituationen selbstständig zu handeln;
- Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit sowie zur Vorbeugung gesundheitlicher Störungen zu treffen;
- die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel wirtschaftlich einzusetzen;
- mit Kollegen im In- und im Ausland, mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe sowie mit den im Gesundheitswesen zuständigen Behörden zusammenzuarbeiten;
- sich während der ganzen Dauer ihrer Berufstätigkeit fortzubilden.¹⁵

Insgesamt stehen über 40 Weiterbildungsprogramme zur Verfügung, um sich in einem bestimmten Fachgebiet zu spezialisieren.¹⁶ Fachärzte können sich zudem in über 30 Schwerpunkten spezialisieren und damit ihre Kenntnisse in einem Teilfachgebiet ver-

tiefen.¹⁷ In diesen Programmen sind die Eckpunkte wie die Dauer oder der Inhalt der Weiterbildung zu einem Facharztstitel geregelt. Allgemeine, für alle Facharztstitel geltende Grundsätze, etwa die Anerkennung von Weiterbildungsstätten und die Zuständigkeitsregeln, sind in der Weiterbildungsordnung (WBO) des Schweizerischen Instituts für ärztliche Weiter- und Fortbildung aufgeführt.

2. Erhöhte Sorgfaltspflicht für fachärztliche Behandlung

Für Fachärzte gilt eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Nur sie dürfen die zu ihrem jeweiligen *Fachgebiet zählenden Eingriffe und Behandlungen* ausführen. Der Facharzt ist zudem verpflichtet, die Sorgfalt anzuwenden, die ein anderer Facharzt anwenden würde, wenn er an seiner Stelle den Eingriff ausführen würde. Der jeweilige im Behandlungszeitpunkt massgebliche Facharztstandard bestimmt sich einerseits durch das bekannte medizinische Wissen¹⁸ und andererseits durch die von den jeweiligen medizinischen Fachgesellschaften¹⁹ verabschiedeten Empfehlungen und Richtlinien.²⁰ Die Empfehlungen bzw. Richtlinien sind aber nur dann verbindlich, wenn sie *konkrete Einzelfallanweisungen* enthalten.

Soweit der Gesetzgeber spezifische Facharztspflichten vorsieht, gehen diese allfälligen Empfehlungen der Fachgesellschaft vor. Der Kanton Zürich hat etwa im Zusammenhang mit der Publikation der Spitalliste für die öffentlichen und privaten Spitäler Richtlinien erlassen. Die Zeit zwischen dem Entscheid zur Sectio und der Exzision des Kindes darf nach diesen Richtlinien 15 Minuten nicht überschreiten. Einige andere Kantone sind dem Beispiel von Zürich gefolgt und haben ebenfalls Zeitlimiten definiert (10 Minuten bis zur Ankunft im Spital und 10 Minuten bis zur Exzision des Kindes).²¹

¹⁷ Siehe dazu <www.fmh.ch/bildung-siwf/fachgebiete/faehigkeitsprogramme.html> (zuletzt besucht am 18. Januar 2016).

¹⁸ Das im Behandlungszeitpunkt bekannte fachärztliche Wissen stellt eine Tatsachenfrage dar und ist im Zweifelsfall von einem Gutachter festzustellen. Siehe dazu etwa Urteile LG Hamburg vom 30.4.2008 (323 O 175/06 und 323 O 175/06) = BeckRS 2010, 17345, OLG Hamburg vom 5.6.2009 (1 U 66/08) = BeckRS 2010, 17342, und BGH vom 6.7.2010 (VI ZR 198/09) = BeckRS 2010, 17289 = MedR 2011, 242 = NJW 2010, 3230 = VersR 2010, 1220 E. II/1.

¹⁹ Siehe <http://www.fmh.ch/ueber_fmh/aerzteorganisationen/fachgesellschaften/medizinisch_fachgesellschaften.html>, zuletzt besucht am 18. Januar 2016.

²⁰ Siehe z.B. Empfehlungen zur Ultraschalluntersuchung in der Gynäkologie. 2. Aufl. Herausgegeben von der Schweizerischen Gesellschaft für Ultraschall in der Medizin (<<http://www.sggg.ch/>>), zuletzt besucht am 18. Januar 2016).

²¹ Siehe dazu Anhang 1 zur Zürcher Spitalliste 2012, Akutsomatik: Anforderungen pro akutsomatische Leistungsgruppe (Version 2.3) (mit Änderungen vom 20. Februar 2013 und 21. August 2013; gültig ab 1. Januar 2014).

¹³ Art. 8 MedBG.

¹⁴ Art. 36 Abs. 2 MedBG.

¹⁵ Art. 17 MedBG.

¹⁶ Siehe dazu <<http://www.fmh.ch/bildung-siwf/fachgebiete/facharztstitel-und-schwerpunkte.html>>, zuletzt besucht am 8. Januar 2016.

Die von der Fachgesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe verabschiedeten Empfehlungen unterscheiden zwischen Schwangerschaften mit niedrigem oder hohem Risikoprofil. Im ersten Fall dürfen bei Auftreten einer akuten fetalen Gefährdung von der Alarmierung des Arztes mit Facharztstreife bis zur Entbindung des Kindes 30 Minuten nicht überschritten werden. Bei Risikoschwangerschaften oder Geburten mit Warnzeichen müssen demgegenüber substanziell kürzere Alarmierungs-Entbindungszeiten erreicht werden. Schwangerschaften mit hohem Risikoprofil dürfen zudem nur in Kliniken mit entsprechender Ausstattung an Personal und Infrastruktur betreut werden.²²

3. Berufspflichten

Für Ärzte, welche selbstständigerwerbend sind, gelten folgende gesetzliche *Berufspflichten* gemäss Art. 40 MedBG:

- Sie üben ihren Beruf *sorgfältig und gewissenhaft* aus; sie halten sich an die Grenzen der Kompetenzen, die sie im Rahmen der Aus-, Weiter- und Fortbildung erworben haben.
- Sie vertiefen, erweitern und verbessern ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten durch *lebenslange Fortbildung*.
- Sie wahren die *Rechte der Patienten*.
- Sie machen nur *Werbung, die objektiv ist*, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.
- Sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe *ausschliesslich die Interessen der Patienten* und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen.
- Sie wahren das *Berufsgeheimnis* nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften.
- Sie leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in *Notfalldiensten* mit.
- Sie haben eine *Berufshaftpflichtversicherung* nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen oder andere, gleichwertige Sicherheiten zu erbringen.

4. Weiterbildungspflicht

Die Fachärzte sind insbesondere verpflichtet, ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten durch lebenslange Fortbildung zu vertiefen, zu erweitern und zu verbessern.²³ Gemäss der Fortbildungsordnung (FBO) des Schweizerischen Instituts für ärztliche Weiter- und Fortbildung sind jährlich 50 Credits nachweisbarer und strukturierter Fortbildung sowie 30 Stunden Selbststudium vorgeschrieben. In allen Fachgebieten kann ein Fortbildungsdiplom erworben werden, das drei Jahre gültig ist.

IV. Vertragliche Verhaltenspflichten

A. Allgemeines

Das Rechtsverhältnis zwischen Patienten und öffentlich-rechtlich organisierten medizinischen Dienstleistungsbetrieben ist nicht vertraglicher Natur, sondern *öffentlich-rechtlich* geregelt, weshalb bei Streitigkeiten über Rechte und Pflichten der Patienten auf Verlangen eine begründete Verfügung zu erlassen²⁴ und das *kantonale Staatshaftungsrecht* anwendbar ist. Das gesetzliche Behandlungsverhältnis wird durch das kantonale Gesundheitsrecht bzw. die vom jeweiligen medizinischen Dienstleistungsbetrieb erlassenen Weisungen für das Arzt- und Pflegepersonal sowie die für Patienten und Besucher geltenden Hausordnungen konkretisiert.

Freiberuflich tätige Ärzte und privatrechtlich organisierte medizinische Dienstleistungsbetriebe sind zusätzlich zu den gesetzlichen Verhaltenspflichten dem Patienten vertraglich verpflichtet. Der *Arztbehandlungsvertrag* stellt einen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR dar.²⁵ Dasselbe gilt für den Zahnarztbehandlungsvertrag, selbst dann, wenn Brücken und Kronen hergestellt werden müssen,²⁶ und den Tierarztbehandlungsvertrag.²⁷ Entsprechend beurteilt sich die Haftung des selbstständig tätigen Arztes grundsätzlich nach *privatrechtlichen Grundsätzen*.

Ausnahmsweise ist das kantonale Staatshaftungsrecht anwendbar, wenn der privatrechtlich organisierte Dienstleistungsbetrieb einen staatlichen Leistungsauftrag erhalten hat und das jeweilige Staatshaftungsrecht auf Privatpersonen, die einen staatlichen Versorgungsauftrag erfüllen, anwendbar ist. Der Hausarzt, der eine fürsorgliche Einweisung vornimmt, handelt nicht privat-, sondern öffentlich-

²³ Art. 40 lit. b MedBG.

²⁴ Z.B. für den Kanton Zürich § 5 Abs. 1 Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004.

²⁵ BGE 132 III 359 E. 3.1 und 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

²⁶ BGE 110 II 375 = Pra 1985 Nr. 59 E. 2. Siehe ferner Urteil des Kantonsgerichts GR ZF 15/65 vom 15. Oktober 1965 = PKG 1966 Nr. E. 2–7.

²⁷ BGE 93 II 19 E. 1 und ferner Urteil des BGer 4C.345/2003 vom 11. Januar 2005 E. 3.2.

²² Siehe <<http://www.sggg.ch/fachthemen/guidelines/>>, zuletzt besucht am 8. Januar 2016.

rechtlich.²⁸ Hoheitlicher Natur ist ferner die Tätigkeit eines Arztes, der einen Ausschaffungshäftling betreut.²⁹

B. Haupt- und Nebenpflichten

Die *vertragliche Hauptpflicht* umfasst die sorgfältige Erbringung der vereinbarten medizinischen Dienstleistung bzw. die Gewährung von Kost und Logis. Daneben besteht eine *vertragliche Nebenpflicht*, die Gesundheit und Persönlichkeit des Patienten zu achten und zu schützen,³⁰ was insbesondere auch *Organisationspflichten* miteinschliesst.³¹ Die Rechtsprechung hat bis anhin nur ansatzweise Klarheit geschaffen, ob im Zusammenhang mit arbeitsteilig erbrachten medizinischen Dienstleistungen eine eigentliche Organisationshaftung besteht und folglich der Geschädigte ein individuelles Fehlverhalten der einzelnen Personen, die am Dienstleistungsprozess beteiligt gewesen sind, nachzuweisen hat oder der Nachweis ausreichend ist, dass Infrastruktur und/oder Organisation des Dienstleistungsunternehmens ungenügend bzw. schadenverursachend waren.

GROSS/PRIBNOW erachten das reibungslose Funktionieren der Verwaltung als Ganzes als Gegenstand einer umfassenden Amtspflicht, weshalb der Staat im umfassenden Sinn für eine flächendeckende medizinische Versorgung und eine funktionierende Spitalinfrastruktur zu sorgen habe, weshalb ungenügende Ressourcen keinen Haftungsausschluss- oder Reduktionsgrund darstellten.³² EICHENBERGER demgegenüber meint, dass bei offener oder versteckter Rationierung wegen knapper Ressourcen im Rahmen der sozialen Krankenversicherung ein Rechtfertigungsgrund anzunehmen sei, die Patienten aber über ein nicht «lege artis» zur Verfügung stehendes Angebot vorgängig informiert werden und der eingeschränkten Leistungsqualität zustimmen müssten.³³

Das Bundesgericht hat explizit festgehalten, dass es sich bei der primären bzw. *ausschliesslichen Staatshaftung um eine Organisationshaftung* handelt. Sie knüpft nicht an ein individuelles Fehlverhalten staatlicher Organisationsträger an, sondern rechnet die *Nichterfüllung der Amtspflicht dem verantwortlichen Gemeinwesen als Ganzes* zu.³⁴ Nach

der Auffassung der Lausanner Richter bestehen insbesondere «beachtliche Gründe», bei einer Schädigung durch Spitalangestellte von einer eigentlichen Organisationshaftung auszugehen.³⁵ Das Gemeinwesen haftet im Anwendungsbereich der Organisationshaftung auch dann, wenn ein staatlicher Funktionär im Rahmen eines strafrechtlichen Verhaltens am Arbeitsplatz Schaden verursacht, so etwa bei Diebstählen in Alters- oder Pflegeheimen³⁶ oder bei sexuellen Übergriffen.³⁷

V. Konkretisierung der ärztlichen Sorgfalt im Einzelfall

A. Einheitlichkeit des Sorgfaltsstandards

Der Arzt ist sowohl nach ethischen Grundsätzen³⁸ als auch gesetzlich³⁹ bzw. vertraglich verpflichtet, den Patienten «sorgfältig» zu behandeln. Bei dem Begriff der Sorgfalt handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*, der im Einzelfall ausgelegt werden muss. Das erkennende Gericht holt regelmässig ein Gerichtsgutachten zur Frage ein, welche Sorgfaltspflichten im zu beurteilenden Fall einschlägig waren und ob diese von den fraglichen Ärzten gewahrt wurden. Da es sich bei der Sorgfaltspflichtverletzung um eine *Rechtsfrage* handelt, ist das erkennende Gericht zwar nicht an die Auffassung des Gutachters gebunden, weicht aber nur in begründeten Fällen von der Einschätzung des beigezogenen Gerichtsgutachters ab. FMH-Gutachten kommt volle Beweiskraft zu, «sofern der Sachverständige sein Gutachten aufgrund weitgehend vollständiger Informationen erstellt und solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen».⁴⁰ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird Privatexperten unter bestimmten Voraussetzungen wie einem FMH-Gutachten «durchaus volle Beweiskraft zuerkannt».⁴¹

Da der Arzt *ethisch, gesetzlich und vertraglich zur sorgfältigen Berufsausübung verpflichtet* ist, stellt sich zunächst die Grundsatzfrage, ob die *vertragliche Sorgfaltspflicht strenger als die gesetzliche Sorgfaltspflicht* ist. Der Mangel an Sorgfalt wird im ausservertraglichen Bereich durch den Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorg-

²⁸ BGE 118 II 254 = Pra 1993 Nr. 110 E. 1b.

²⁹ BGE 130 IV 27 E. 2.3.3.

³⁰ Z.B. Urteil des BGER 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003 E. 3.

³¹ Art. 386 Abs. 1 ZGB.

³² JOST GROSS/VOLKER PRIBNOW, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2013, Rz. 151.

³³ THOMAS EICHENBERGER, Arzt am Spital, in: *Arztrecht in der Praxis*. 2. Aufl., Zürich 2007, 351 ff., 358 Fn. 28.

³⁴ Urteil des BGER 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.3.

³⁵ Urteil des BGER 2P.224/2005 vom 18. April 2006 = ZBI 2006, 596 E. 4.2.3.

³⁶ Urteil des OGer AG vom 5.1.2002 = HAVE 2003, 235.

³⁷ BGE 92 II 15 E. 4 (Haftung der psychiatrischen Klinik bejaht für strafbares Verhalten eines Assistenzarztes).

³⁸ Z.B. Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 3 und Art. 34 Standesordnung FMH.

³⁹ Art. 40 lit. a MeBG.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Urteile des BGER 4P.133/1993 vom 29. September 1993 E. 2a und des Verwaltungsgerichts Bern VGE 100.2008.23495 vom 24. Juni 2010 = BVR 2011, 97 E. 4.2.4.

fältigen Menschen in der Situation des Schädigers,⁴² im vertraglichen Bereich durch den Vergleich mit der Sorgfalt, die ein gewissenhafter Vertragspartner in der gleichen Lage bei der Erfüllung der Vertragspflichten aufwenden würde,⁴³ festgestellt.

Der durchschnittlich sorgfältige Mensch hat sich grundsätzlich nicht gleich wie ein gewissenhafter Vertragspartner zu verhalten. Der Vertragspartner erhält in der Regel einen monetären Vorteil, wenn er sich vertragskonform verhält. Der Arzt beispielsweise ist bei obligatorisch oder nicht obligatorisch versicherten medizinischen Massnahmen berechtigt, vom zuständigen Heilungskostenversicherer ein Honorar zu verrechnen. Fehlt ein Heilungskostenversicherer, richtet sich der Honoraranspruch gegen den Patienten. Nach der Auffassung des Bundesgerichtes ist an das Verhalten des Arztes der gleiche *Massstab* anzulegen, «gleichviel ob der Geschädigte sich auf eine vertragliche oder ausservertragliche Haftung berufen kann».⁴⁴ Nach diesem Diktum haben Ärzte, auch wenn kein Behandlungsvertrag zustande gekommen ist, aber gleichwohl im Rahmen einer Notfall- oder einer Gefälligkeitsbehandlung dieselbe Sorgfalt anzuwenden, wie sie ein vertraglich verpflichteter Arzt in derselben Situation schulden würde.

B. Objektivität des Sorgfaltsstandards

Der vom Arzt gesetzlich bzw. vertraglich geschuldete *Sorgfaltsstandard ist bezogen auf die konkrete Behandlungssituation für jeden Arzt gleich* festzulegen. Unerheblich ist, ob der jeweilige Arzt weniger oder mehr Erfahrung bzw. Kenntnisse in Bezug auf die von ihm vorgenommenen medizinischen Massnahmen hat. Der Patient hat Anspruch darauf, dass er der konkreten Behandlungssituation entsprechend von allen Ärzten gleich nach Massgabe des im Zeitpunkt der Behandlung verfügbaren Fachwissens versorgt wird. Der vom Arzt geschuldete Sorgfaltsstandard ist mithin objektiv.⁴⁵

Die *strafrechtliche Sorgfaltspflicht* ist demgegenüber subjektiviert auszulegen. Die Missachtung der objektiven Sorgfaltspflicht gereicht dem pflichtwidrigen Arzt strafrechtlich erst dann zum Vorwurf, wenn er die Vorsicht nicht beachtet hat, zu der «er» nach den Umständen und nach «seinen persönlichen Verhältnissen» verpflichtet ist.⁴⁶ Die strafrechtliche Rechtsprechung unterscheidet mitunter nicht

mit hinreichender Klarheit die haftungsrechtlich relevante objektive von der strafrechtlich relevanten subjektiven Sorgfaltspflicht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vorwurf der strafrechtlichen Unsorgfalt mit der Nichtbeachtung der durch die medizinische Wissenschaft aufgestellten und generell anerkannten Regeln nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft begründet wird.⁴⁷

Dies mag damit zusammenhängen, dass der Fahrlässigkeitsbegriff doppelsinnig nicht nur zur Bezeichnung der persönlichen Vorwerfbarkeit eines unsorgfältigen Verhaltens trotz fehlenden Schädigungsvorsatzes (objektives Verschulden), sondern auch zur Umschreibung der objektiv gebotenen Sorgfalt verwendet wird und in letzterem Fall die Widerrechtlichkeit meint. Das Bundesgericht meint selbst, dass die *Zuordnung der Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht «nicht restlos geklärt»* und insbesondere unklar ist, wieweit diese zum Verschulden oder zur Vertragswidrigkeit bzw. zur Widerrechtlichkeit zu rechnen ist,⁴⁸ 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».⁴⁹

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.⁵⁰ Das Bundesgericht meinte, dass die *subjektive Vorwerfbarkeit* der festgestellten Standardabweichung nicht dadurch entfällt, weil die fehlerhaft ausgeführte Operation zu den schwierigsten der plastischen Chirurgie gehört und nur quantitative Fehler begangen wurden.⁵¹ Eine mangelhafte Spitalorganisation bzw. Kompetenzaufteilung stellt ebenfalls keinen Exkulpationsgrund dar.⁵²

⁴² BGE 116 Ia 162 E. 2c, 112 II 172 E. 2c sowie Urteile des BGer 4A_22/2008 vom 10. April 2008 E. 4 und 1P.188/2005 vom 14. Juli 2005 = Pra 2006 Nr. 25 E. 5.3.

⁴³ BGE 127 III 328 E. 3.

⁴⁴ BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

⁴⁵ Statt vieler Urteil des BGer 4A_343/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.3.

⁴⁶ Art. 12 Abs. 3 StGB.

⁴⁷ Urteil des BGer 6B_408/2013 vom 18. Dezember 2013 E. 4.2.

⁴⁸ BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 1.

⁴⁹ BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a.

⁵⁰ Unentschuldigbar ist, wenn die Injektion von Kortison an der falschen Stelle erfolgt und trotz anhaltender Gelenkschmerzen keine Blut-senkung durchgeführt wird, um eine Infektion festzustellen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts VS i.S. M c. X vom 14. Oktober 1992 = ZWR 1992, 370 E. 5). Siehe ferner Urteil des AmtsGer Luzern-Stadt i.S. Laura S. vom 26. Juli 1993 = SG 1993 Nr. 895 E. 3.4 (Exkulpationsbeweis im Zusammenhang mit Bauchdeckenverschluss nach Sanierung einer Nabelhernie).

⁵¹ BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3b (Nasenoperation mit gut sichtbarer Abweichung von 1 bis 2 mm).

⁵² Urteil des OGer ZH = NZZ vom 29. April 2000, 47.

C. Relativität des Sorgfaltsstandards

Die frühere Rechtsprechung gewährte dem Arzt – geprägt vom antiken Verständnis des Arztes als einem Grenzgänger zwischen Leben und Tod – ein Haftungsprivileg und erwog, dass die Haftung des Arztes einen «klaren Kunstfehler» voraussetze und insbesondere auf dem Gebiet der Chirurgie mit der Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung Zurückhaltung geboten sei.⁵³ Seit dem Ende der Achtzigerjahre des vorigen Jahrhunderts ist das Bundesgericht dazu übergegangen, die Haftung des Arztes oder einer Klinik *nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst* zu beschränken. Vielmehr sind Kranke stets fachgerecht zu behandeln, und es ist zum Schutz ihres Lebens oder ihrer Gesundheit die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt aufzuwenden. Ein Arzt oder eine Klinik hat folglich – wie alle anderen Dienstleistungsverpflichteten – grundsätzlich für *jede Pflichtverletzung* einzustehen.⁵⁴

Eine Pflichtverletzung ist dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem *allgemeinen fachlichen Wissensstand* nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht.⁵⁵ Die *Anforderungen an die medizinische Sorgfaltspflicht* lassen sich dabei 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 medizinischen Personal im einzelnen Fall zur Verfügung steht, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.⁵⁶ Je schwieriger der Eingriff, je weniger der jeweilige 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.⁵⁷

Zur Sorgfaltshaftung von Finanzdienstleistungserbringern

Monika Roth*

I. Zur Einleitung und zur Stimmungslage

Ich bin eingeladen worden, einen – so habe ich es jedenfalls verstanden – launigen Beitrag zu den Sorgfaltspflichten der Finanzdienstleister im Geschäft der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung zu schreiben. Launig, so habe ich dann mal nachgeschaut, heisst von guter Laune zeugend und witzig-humorvoll. Das versuche ich sehr gerne. Es fällt mir nicht schwer, obwohl es durchaus Kreise gibt, die wenig Freude an mir haben und mir eher das Attribut launisch zubilligen, weil sie meine Unabhängigkeit als Unberechenbarkeit empfinden und meine Beharrlichkeit als Ausdruck schlechter Laune, die nervt und eigentlich bei den anderen Verärgerung auslöst und den unkollegialen Hinweis, ich wisse nichts von Dogmatik. Dies vor allem dann, wenn wieder einmal über Retrozessionen und Interessenkonflikte debattiert wird. Letztere werden gerne und ebenso konsequent verdrängt.

Die gute Laune vergeht einer Vielzahl von Vertretern der Finanzdienstleistungsbranche ebenso, wenn sie an Regulierungen denken, die sich in der Pipeline befinden. Damit ist insbesondere das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) angesprochen, zu welchem der Bundesrat am 4. November 2015 die Botschaft verabschiedet hat.

Das neue Gesetz soll vorab der Verbesserung des Kundenschutzes dienen. Das ist insofern für diesen Beitrag relevant, als das Privatrecht im Aufsichtsrecht für diejenigen «ausgedeutet» werden muss, die es anders nicht lernen, und das sind dann keineswegs zufällig meist die Gleichen, die sich über die Regulierungsflut beklagen. Es geht dabei vor allem um die Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Auftragsrecht, welches diesbezüglich – seit es das OR gibt – unverändert geblieben ist (vorbehalten Änderungen, die sich aus dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ergeben haben).

PETER NOBEL hat einmal festgehalten, es sei der «nackte Konsumentenschutz» eingekehrt, und Finanzgeschäfte seien Konsumgeschäfte geworden mit der Folge, dass vor allem beim Privatkunden ge-

⁵³ BGE 105 II 284 = Pra 1980 Nr. 135 E. 1.

⁵⁴ BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1, 130 IV 7 E. 3.3 und 120 Ib 411 E. 4a.

⁵⁵ BGE 130 IV 7 E. 3.3 und 120 Ib 411 E. 4.

⁵⁶ BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁵⁷ 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).

* Prof. Dr. iur., Dozentin am Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ der Hochschule Luzern – Wirtschaft und selbständige Advokatin, Kanzlei roth schwarz roth, Binningen (BL).