

# Haftung für Pflegefehler

Hardy Landolt\*/Iris Herzog-Zwitter\*\*

Die Pflegeberufe befinden sich in einem Emanziationsprozess. Einerseits sind diplomierte Pflegefachpersonen als Leistungserbringer anerkannt, andererseits entwickelt sich der Pflegeberuf in Richtung Akademisierung. Beides hat zur Folge, dass sich die Problematik der eigenständigen Verantwortung der Pflegeberufe zunehmend akzentuiert, was auch Auswirkungen auf deren Haftung hat. Im ersten Teil des Beitrags werden die Haftungsarten und -voraussetzungen dargelegt. Der zweite Teil widmet sich dem Begriff des Pflegefehlers, der von unerwünschten Ereignissen im Pflegealltag zu unterscheiden ist. Von einem eigentlichen Pflegefehler kann erst gesprochen werden, wenn vertragliche oder ausservertragliche Sorgfaltspflichten missachtet worden sind. Entsprechend thematisieren die Verfasser die pflegespezifischen Sorgfaltspflichten und gehen auch der Frage nach, ob pflegerelevante Leitlinien als Entscheidungshilfe in einem konkreten Haftungsfall herangezogen werden können.

Les professions de soins se trouvent dans une phase d'émancipation. D'une part, les soignants diplômés sont reconnus comme étant des prestataires de soins, d'autre part leur profession devient de plus en plus académique. Il s'ensuit une responsabilisation accrue des professions de soins, ce qui a des incidences en matière de responsabilité civile. La première partie de la contribution traite des différentes causes de responsabilité et de leurs conditions. La deuxième est consacrée à la notion d'erreur dans l'administration des soins, à distinguer des incidents indésirables qui surviennent dans la vie quotidienne. Il ne peut être question de véritables erreurs qu'en cas de violation d'une obligation contractuelle ou non contractuelle de diligence. En conséquence, les auteurs analysent les obligations de diligence en matière de soins et traitent de la question de savoir si des directives en la matière peuvent être érigées en critères de décision dans un cas concret de responsabilité.

## I. Einleitung

Die Pflegeberufe befinden sich seit Längerem in einem Emanziationsprozess. Mit der Einführung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) wurden die diplomierten Pflegefachpersonen im Leistungsbereich der Sozialversicherung als Leistungserbringer anerkannt.<sup>1</sup> Die grundsätzliche Anerkennung als Leistungserbringer bedeutet jedoch nicht eine vollständige Emanzipation. Die Erbringung von versicherten Pflegeleistungen setzt einen ärztlichen Auftrag voraus. Das Bestreben der Pflegebranche, die Erbringung von versicherten Pflegeleistungen von einem vorgängigen ärztlichen Auftrag loszukoppeln, ist im Bundesparlament im Jahr 2016 gescheitert.<sup>2</sup>

Mit der Teilrevision der Bundesverfassung von 1999 wurde dem Bund die Regelungskompetenz über sämtliche Berufsbildungsbereiche übertragen. Mit dem neuen Berufsbildungsgesetz von 2004 und der Teilrevision des Fachhochschulgesetzes 2005 wurden die

Gesundheitsberufe auch auf Gesetzesstufe integriert. Bestehende Ausbildungen wurden neu positioniert und neue Ausbildungen – von der beruflichen Grundbildung bis zur Fachhochschulstufe – geschaffen. Neu geregelt wurden etwa folgende Gesundheitsberufe:

- Assistentin Gesundheit und Soziales/Assistent Gesundheit und Soziales,<sup>3</sup>
- Fachfrau Betreuung/Fachmann Betreuung,<sup>4</sup>
- Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit,<sup>5</sup>
- diplomierte Pflegefachperson HF und
- Fachfrau Langzeitpflege und -betreuung/Fachmann Langzeitpflege und -betreuung.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vgl. Verordnung des SBF vom 20. Dezember 2010 über die berufliche Grundbildung Assistentin Gesundheit und Soziales/Assistent Gesundheit und Soziales mit eidgenössischem Berufsattest (EBA) (SR 412.101.221.57 – <[www.gesundheitsberufe.ch/berufe/assistentin-gesundheit-und-soziales/](http://www.gesundheitsberufe.ch/berufe/assistentin-gesundheit-und-soziales/)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

<sup>4</sup> Vgl. Verordnung des SBF vom 16. Juni 2005 über die berufliche Grundbildung Fachfrau Betreuung/Fachmann Betreuung (SR 412.101.220.14 – <[www.savoirsocial.ch/grundbildung-fachfrau-fachmannbetreuung/](http://www.savoirsocial.ch/grundbildung-fachfrau-fachmannbetreuung/)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

<sup>5</sup> Vgl. Verordnung des SBF vom 5. August 2016 über die berufliche Grundbildung Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) (SR 412.101.220.96 – <[www.gesundheitsberufe.ch/berufe/fachmann-frau-gesundheit/](http://www.gesundheitsberufe.ch/berufe/fachmann-frau-gesundheit/)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

<sup>6</sup> Vgl. Verordnung des SBF vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüs-

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

\*\* Dr. iur., Bildungsbeauftragte Swiss Insurance Medicine; Wissenschaftliche Mitarbeiterin asim Versicherungsmedizin.

<sup>1</sup> Vgl. Art. 49 KVV und Art. 7 Abs. 1 KLV.

<sup>2</sup> Der Nationalrat ist auf die Initiative Joder («Gesetzliche Anerkennung der Verantwortung der Pflege») am 27.4.2016 nicht eingetreten (weiterführend <[www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20110418](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20110418)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

Neben der Integration der nichtakademischen Gesundheitsberufe in das Berufsbildungsgesetz des Bundes hat das Bundesparlament am 30. September 2016 das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) verabschiedet.<sup>7</sup> Das Gesundheitsberufegesetz trägt dabei der zunehmenden Akademisierung des Pflegeberufes Rechnung. Das neue Gesundheitsberufegesetz regelt einerseits die Studiengänge,<sup>8</sup> wobei im Bereich der Pflege lediglich der Bachelorstudiengang vom neuen Bundesgesetz erfasst wird, und andererseits die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung.<sup>9</sup> Wie die Berufsbildungsverordnungen bei den nichtakademischen Gesundheitsberufen konkretisiert das Gesundheitsberufegesetz die allgemeinen und berufsspezifischen Kompetenzen der jeweiligen Studienabgänger; im Unterschied zu den Berufsbildungsverordnungen konkretisiert das Gesundheitsberufegesetz auch die Berufspflichten.<sup>10</sup>

Der Emanzipationsprozess ist mit diesen gesetzlichen Konkretisierungen nicht abgeschlossen. Mit dem stetigen Anstieg von Absolventen pflegewissenschaftlicher Studiengänge wird sich der Pflegearbeitsmarkt neu positionieren müssen. Von den Berufsverbänden wird dabei die Implementierung und Regulierung von Pflegeexperten (APN)<sup>11</sup> gefordert.<sup>12</sup> Ein Pflegeexperte (APN) ist eine registrierte Pflegefachperson, die sich durch akademische Ausbildung Expertenwissen, Fähigkeiten zur Entscheidungsfindung bei hoch komplexen Sachverhalten und klinische Kompetenzen für eine erweiterte pflegerische Praxis angeeignet hat. Pflegeexperten sind fähig, in unterschiedlichsten Settings vertiefte und erweiterte Rollen zu übernehmen und diese in eigener Verantwortung im interprofessionellen Team auszufüllen. Die Kernkompetenzen eines Pflegeexperten sind unter anderem direkte klinische Praxis, Experten-Coaching, Beratung, ethische Entscheidungsfindung, interdisziplinäre Zusammenarbeit,

klinisches und fachspezifisches Leadership und Forschungskompetenz.<sup>13</sup>

Die zunehmende Verselbständigung des Pflegeberufes wird dazu führen, dass sich auch in haftungsrechtlicher Hinsicht vermehrt die Frage stellen wird, ob Pflegefachpersonen, insbesondere wenn sie eigenverantwortlich tätig sind, beim Auftreten von unerwünschten Ereignissen schadenersatzpflichtig sind. Neben der Frage der eigenständigen Haftung von Pflegefachpersonen wird der Emanzipationsprozess ebenfalls zu einer «Verschiebung» der Haftung im Medizinalbereich zur Folge haben. Die Übernahme von ärztlichen Tätigkeiten durch Pflegeexperten bzw. Pflegefachpersonen mit akademischem Abschluss sowie die Delegation von pflegerischen Verrichtungen in vertikaler und horizontaler Hinsicht wird die Frage aufwerfen, ob weiterhin der Arzt die haftungsrechtliche Verantwortung trägt, wenn eigenverantwortlich tätige Pflegefachpersonen in der Behandlungskette mitgewirkt haben, oder zusätzlich Pflegefachpersonen haften, weil sie medizinische Verrichtungen vorgenommen haben, die sie nicht selber hätten ausführen dürfen oder nicht lege artis ausgeführt haben.

## II. Unerwünschte Ereignisse in der Pflege

### A. Vom unerwünschten Ereignis ...

Die unerwünschten Ereignisse in der Medizin werden in die Beinahezzwischenfälle (near miss), Zwischenfälle (incidents – errors) und – sofern Medikamente verabreicht worden sind – als Nebenwirkungen (adverse reaction) unterteilt. Die Beinahezzwischenfälle umfassen Verhaltensweisen, die an sich geeignet sind, Patienten zu schädigen, sich aber im jeweiligen Fall nicht schädigend ausgewirkt haben. Bei den eigentlichen Zwischenfällen werden die Patienten durch ein aktives oder passives Verhalten einer Pflegefachperson in ihrer physischen oder psychischen Integrität beeinträchtigt.

Die Zwischenfälle umfassen bewusste und unbewusste Verhaltensweisen:<sup>14</sup>

- *Slips* sind Überwachungsspannen, nicht absichtliche Verhaltensweisen. Entweder wird ein häufiges, aber für das aktuelle Problem ungeeignetes Schema verwendet, oder die richtige Handlung wird am falschen Objekt angewendet.
- «Rule-based errors» resultieren, wenn die falsche Regel befolgt wird, oder wenn eine Regel falsch angewendet wird.

se der Berufsbildung eingestuften Berufsabschlüsse (SR 412.105.12 – <[www.gesundheitsberufe.ch/berufe/fachfrau-mann-fuer-langzeitpflege-und-betreuung/](http://www.gesundheitsberufe.ch/berufe/fachfrau-mann-fuer-langzeitpflege-und-betreuung/)> – <[www.epsante.ch/fileadmin/epsante.ch/docs/Pruefungsordnung\\_BP\\_Langzeitpflege\\_u.\\_-betreuung\\_7.5.2015.pdf](http://www.epsante.ch/fileadmin/epsante.ch/docs/Pruefungsordnung_BP_Langzeitpflege_u._-betreuung_7.5.2015.pdf)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

<sup>7</sup> Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Bundesgesetzes steht noch nicht fest. Die Vernehmlassung zu den Ausführungsverordnungen wird voraussichtlich im Herbst 2018 stattfinden.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 3 ff. GesBG.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 11 ff. GesBG.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 16 GesBG.

<sup>11</sup> Die Abkürzung «APN» steht für Advanced Practice Nurse.

<sup>12</sup> Am 19. September 2017 ist offiziell das Projekt zur Reglementierung der Rolle Advanced Practice Nurse gestartet. Vertreter aus verschiedenen Institutionen haben sich zusammengeschlossen und einen Arbeitsplan sowie einen Projektauftrag erarbeitet (weiterführend <[www.sbk.ch/bildung/karriere-in-pflege/apn.html](http://www.sbk.ch/bildung/karriere-in-pflege/apn.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

<sup>13</sup> Siehe ferner <[www.swiss-anp.ch](http://www.swiss-anp.ch)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>14</sup> Vgl. URS HALLER et al., Von der Schuldfrage zur Fehlerkultur in der Medizin. Risiken, Fehler und Patientensicherheit, SÄZ 2006, 1665 ff., 1667 m.w.H.

- «Knowledge-based mistakes» entstehen, wenn zu wenig Wissen vorhanden ist oder wenn das Problem falsch verstanden wird.

Wird der Patient nicht durch ein menschliches Verhalten, sondern durch die Wirkungsweise eines Medikaments geschädigt, liegt eine unerwünschte Nebenwirkung (Arzneimittelwirkung) vor. Eine unerwünschte Arzneimittelwirkung ist jede unerwartete, oft schädliche Reaktion, die nach der Anwendung eines Medikaments auftritt. Als unerwünschte Nebenwirkungen gelten insbesondere:<sup>15</sup>

- Unwirksamkeit (lack of efficacy) der (Tier-)Arzneimittel (inkl. Resistenz gegen Antibiotika oder Antiparasitika),
- Überempfindlichkeitsreaktionen,
- Missbrauch von (Tier-)Arzneimitteln,
- Gewöhnung/Abhängigkeit,
- zu hohe Rückstandswerte in Lebensmitteln nach vorgeschriebener Absetzfrist,
- diverse Qualitätsmängel und
- Ökotoxizität.

Für Personen, die Heilmittel gewerbmässig anwenden oder abgeben, gilt eine Verpflichtung, unerwünschte Wirkungen der Swissmedic zu melden.<sup>16</sup> Keine gesetzliche Meldepflicht besteht demgegenüber für medizinische Beinahezwischenfälle und Zwischenfälle.<sup>17</sup> Eine Ausnahme besteht lediglich in Bezug auf aussergewöhnliche Todesfälle, insbesondere den Tod auf dem Operationstisch («mors in tabula»). Die diesbezügliche Meldepflicht besteht nach dem kantonalen Gesundheitsrecht bzw. der Strafprozessordnung.<sup>18</sup> Im Gegensatz zur schweizerischen Regelung ordnet das deutsche Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013<sup>19</sup> in § 630c Absatz 2 eine Informationspflicht für Behandlungs- bzw. Pflegefehler an.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Siehe <[www.swissmedic.ch/marktueberwachung/00135/00136/00175/index.html?lang=de](http://www.swissmedic.ch/marktueberwachung/00135/00136/00175/index.html?lang=de)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 59 Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG) und Art. 35–39 Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 (VAM).

<sup>17</sup> Die Abgrenzung einer unerwünschten Arzneimittelwirkung von einem Medikationsfehler hängt davon ab, ob das Arzneimittel sachgerecht angewendet wurde. Die unerwünschte Arzneimittelwirkung («adverse drug reaction») ist eine Gesundheitsstörung bei sachgerechtem Gebrauch eines Arzneimittels, während der Medikationsfehler («medication error») eine Gesundheitsstörung bei unsachgerechtem Gebrauch eines Arzneimittels darstellt.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 253 Abs. 4 StPO.

<sup>19</sup> BGBl. 2013 I Nr. 9, 277; siehe dazu IRIS HERZOG-ZWITTER, Das Patientenrechtegesetz in Deutschland, *Pflegerecht – Pflegewissenschaft* 2013, 112 ff.

<sup>20</sup> Besagte Bestimmung lautet: «Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung

## B. ... zum eigentlichen Pflegefehler

Nicht jedes aus Sicht des Pflegenden bzw. des Pflegebedürftigen unerwünschte Ereignis stellt einen Pflegefehler dar. Ein Fehler liegt erst dann vor, wenn von einer rechtlichen Verhaltenspflicht abgewichen worden ist, deren Zweck darin bestand, den Patienten vor einer gesundheitlichen Beeinträchtigung zu bewahren. Insoweit ist der eigentliche Pflegefehler von anderen unerwünschten Ereignissen in der Pflege abzugrenzen. Weder national noch international existieren verlässliche statistische Erhebungen mit Bezug auf Art, Häufigkeit und Ursachen von unerwünschten Ereignissen in der Pflege.<sup>21</sup>

In Deutschland werden die Pflegefehler im Rahmen der Begutachtung allfälliger medizinischer Behandlungsfehler berücksichtigt. Gemäss der Jahresstatistik 2016 zur Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft wurde in Deutschland in 681 Fällen das Vorliegen von Pflegefehlern überprüft und in 51,2% festgestellt.<sup>22</sup> Die häufigsten Pflegefehler (über 60%) ereignen sich dabei im Rahmen der Mitarbeit bei der ärztlichen Diagnostik und Therapie.<sup>23</sup> Die Fehlerquote bei den ärztlichen Behandlungsfehlern variiert zwischen 23,4% (Frauenheilkunde und Geburtshilfe) und 36,5% (Zahnmedizin).<sup>24</sup> Verglichen mit diesen durchschnittlichen Arztfehlerquoten ist die vorerwähnte Pflegefehlerquote als überdurchschnittlich zu qualifizieren.

In der Schweiz fehlen entsprechende Erhebungen. Die FMH-Gutachterstelle klärt zudem ausschliesslich ab, ob ärztlicherseits ein Fehlverhalten zu verantworten ist.<sup>25</sup> Die Ausklammerung von Pflegefehlern im medi-

gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweiszwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bussgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden.»

<sup>21</sup> Siehe dazu MONIKA HABERMANN/Ronja FORAITA et al., Categories of errors and error frequencies as identified by nurses: results of a cross-sectional study in German nursing homes and hospitals, *J Public Health* 2013/21, 3 ff.

<sup>22</sup> Siehe <[www.mds-ev.de/presse/pressemitteilungen/neueste-pressemitteilungen/2017-05-30.html](http://www.mds-ev.de/presse/pressemitteilungen/neueste-pressemitteilungen/2017-05-30.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>23</sup> Vgl. MONIKA HABERMANN/HENNING CRAMER, Schlussbericht. Projekt. Pflegefehler, Fehlerkultur und Fehlermanagement in stationären Versorgungseinrichtungen, <[www.hs-bremen.de/internet/de/forschung/projekte/detail/index\\_15025.html](http://www.hs-bremen.de/internet/de/forschung/projekte/detail/index_15025.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>24</sup> Vgl. MEDIZINISCHER DIENST DES SPITZENVERBANDES BUND DER KRANKENKASSEN E.V. (MDK), Jahresstatistik 2014. Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft, München 2015, 13 f.

<sup>25</sup> Die Verbindung der Schweizer Ärzte FMH führt eine Gutachterstelle zur Begutachtung von vermuteten ärztlichen Diagnose- und Behandlungsfehlern ihrer Mitglieder (vgl. Art. 1 Reglement der aussergerichtlichen Gutachterstelle der FMH vom 1. Februar 2002/Stand 1. Juni 2015).

zinischen Begutachtungsprozess hat letztlich zur Folge, dass die schweizerischen Gerichte sehr selten ein vermutetes Fehlverhalten in der Pflege haftungsrechtlich zu beurteilen haben.<sup>26</sup>

### III. Haftungsarten

#### A. Anwendbare Haftungsordnung

Ob und inwieweit für Pflegefehler Ersatz verlangt werden kann, bestimmt sich nach der jeweiligen Haftungsordnung. Befindet sich die pflegebedürftige Person in einem privatrechtlich organisierten Pflegebetrieb oder wurde sie im Rahmen eines privatrechtlichen Pflegevertrags<sup>27</sup> betreut, ist die privatrechtliche Haftungsordnung (Delikts-<sup>28</sup> und/oder Vertragshaftung<sup>29</sup>) anwendbar. Wurde demgegenüber die pflegebedürftige Person in einem staatlichen bzw. öffentlich-rechtlichen organisierten Pflegebetrieb geschädigt, ist die öffentlich-rechtliche Haftungsordnung, auch Staatshaftung genannt, massgeblich.

Im Einzelfall können sich hinsichtlich der anwendbaren Haftungsordnung heikle Abgrenzungsfragen stellen, insbesondere in den Fällen, in denen der Pflegebetrieb zwar privatrechtlich organisiert ist, aber öffentlich subventioniert wird.<sup>30</sup> Während für gewerblich ausgeführte Pflegedienstleistungen die privatrechtliche Haftungsordnung anwendbar ist, können die Kantone eine eigene Haftungsordnung für amtlich/hoheitlich erbrachte Pflegeleistungen vorsehen.<sup>31</sup> Die kantonalen Staatshaftungsgesetze unterscheiden drei Modelle:

- ausschliessliche Kausalhaftung für Staatsangestellte oder im Eigentum des Staates befindliche Pflegedienstleistungserbringer,
- subsidiäre Haftung des Staates für ausserhalb der Verwaltung befindliche Pflegedienstleistungserbringer, die staatliche Aufgaben erfüllen, oder
- Anordnung einer Kausal- statt der Verschuldenshaftung für ausserhalb der Verwaltung befindliche Pflegedienstleistungserbringer.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Siehe etwa Urteil des Verwaltungsgerichts Bern vom 6. Februar 1995 = BVR 1996, 127.

<sup>27</sup> Je nachdem handelt es sich beim Pflegevertrag um einen einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder um einen Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR). Beim Spitexvertrag handelt es sich um einen einfachen Auftrag (vgl. Urteil des BGer 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2).

<sup>28</sup> Vgl. Art. 41 ff. OR.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 97 ff. OR.

<sup>30</sup> Eine öffentliche Subventionierung erfolgt beispielsweise in all den Fällen, in denen der obligatorische Krankenpflegeversicherer für die erbrachten Pflegeleistungen vergütungspflichtig ist (vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG).

<sup>31</sup> Vgl. Art. 61 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. § 4a Haftungsgesetz des Kantons Zürich am 14.9.1969 und Art. 19 Abs. 1 Gesundheitsgesetz des Kantons Glarus vom 6.5.2007.

Delegiert das versorgungspflichtige Gemeinwesen Pflegedienstleistungen an private Dienstleistungserbringer, wird dadurch die Anwendbarkeit der Staatshaftung für das Gemeinwesen nicht prinzipiell ausgeschlossen. Wird beispielsweise ein Betagter durch einen angestellten Krankenpfleger einer Spitex-Organisation getötet, welche als privatrechtlicher Verein organisiert ist, haftet die versorgungspflichtige Gemeinde.<sup>33</sup>

#### B. Individualhaftung

##### 1. Individualisierungsgrundsatz

Sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Haftungsrecht gilt der Grundsatz, dass diejenige Person haftungsrechtlich verantwortlich ist, die den Schaden verursacht hat. Der geschädigte Konsument einer medizinischen Dienstleistung hat nachzuweisen, dass die natürliche bzw. juristische Person, von der er Schadenersatz verlangt, den Schaden rechtswidrig, d.h. vertragswidrig oder widerrechtlich, verursacht hat.<sup>34</sup> Die Verursachung eines Schadens an sich ist nicht rechtswidrig; für rechtmässig verursachten Schaden wird nur ausnahmsweise gehaftet.<sup>35</sup>

Bei arbeitsteilig vorgenommenen Dienstleistungen, wie das für medizinische Dienstleistungen typisch ist, bedeutet das Prinzip der Individualhaftung, dass der Geschädigte nachzuweisen hat, welche Personen am Arbeitsprozess beteiligt gewesen sind und welche dieser Personen in rechtlich vorwerfbarer Weise den Schaden verursacht hat. Die Individualisierung des Schadensverursachers ist dann erschwert, wenn der Geschädigte keine Kenntnis davon hat, wer alles am Arbeitsprozess beteiligt war, wie das etwa exemplarisch für den sedierten Patienten zutrifft, dem die Person des Operators bekannt ist, nicht aber alle anderen Mitglieder des Operationsteams. Vor diesem Hintergrund kommt der Dokumentationspflicht eine besondere Bedeutung zu.<sup>36</sup> Je schwieriger die Individualisierung des Geschehensablaufes im konkreten Einzelfall ist, umso konkreter muss die Dokumentation sein.

Nicht erforderlich ist, dass der Geschädigte Kenntnis von allen Schadenverursachern hat. Insbesondere auch für die Einleitung des Staatshaftungsverfahrens kommt es nicht darauf an, sämtliche Personen zu kennen, denen allenfalls ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen wäre. Es genügt, dass die von den Geschädigten aus ihrer Sicht in erster Linie als verantwortlich erachteten Personen bekannt sind.<sup>37</sup> Als haftpflichtig können jedoch nur Personen erklärt werden, denen mit dem

<sup>33</sup> Vgl. Entscheid Regierungsrat des Kantons Obwalden vom 20.8.2004 = VVGE. 2003/2004 Nr. 32.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR.

<sup>35</sup> Siehe dazu HARDY LANDOLT, Haftung für rechtmässige Schadenverursachung, HAVE 2014, 3 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu infra Ziffer V/A/4.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_640/2011 vom 1. Februar 2012 E. 2.7.

erforderlichen Beweisgrad nachgewiesen werden kann, dass sie die gesundheitliche Beeinträchtigung bzw. den daraus resultierenden Schaden (mit-)verursacht haben.

## 2. *Solidarische Haftung bei Mitverursachung*

Ist eine Mitverursachung nachgewiesen, haftet die betroffene Person solidarisch mit anderen (unbekannten) Schadenverursachern, wobei die echte solidarische Haftung<sup>38</sup> und die unechte solidarische Haftung<sup>39</sup> zu unterscheiden sind. Eine echte solidarische Haftung besteht dann, wenn die am Pflegeprozess mitwirkenden Personen, die letztlich beim Patienten einen Schaden verursacht haben, als Organisationseinheit gehandelt haben. Eine unechte solidarische Haftung tritt dann ein, wenn verschiedene Personen, ohne dass diese eine Organisationseinheit gebildet haben, bei der pflegebedürftigen Person gesundheitliche Beeinträchtigungen verursacht haben. Im Unterschied zur echten solidarischen Haftung kann bei der unechten solidarischen Haftung ein Ersatzpflichtiger persönliche Reduktionsgründe geltend machen und beurteilt sich die Verjährung je nach ersatzpflichtiger Person.<sup>40</sup>

Ob eine Organisationseinheit besteht, beurteilt sich nach Massgabe der Umstände des Einzelfalles. Wird eine pflegebedürftige Person beispielsweise von mehreren Spitex-Organisationen (gleichzeitig) betreut, haften die beteiligten Spitex-Organisationen bzw. deren Arbeitnehmer unecht solidarisch, während die Arbeitnehmer einer Spitex-Organisation untereinander echt solidarisch haften. Zuordnungsschwierigkeiten bestehen in den Fällen des Personalverleihs<sup>41</sup> und der 24-Stunden-Betreuung. Spitex-Angestellte sind meist alleine unterwegs, arbeiten unbeaufsichtigt und sehr autonom, und zwar für einzelne Stunden in verschiedenen privaten Haushalten von Klienten, um im Rahmen dieser Einsätze – oft in minutengenauer Zeiterfassung – pflegerische Leistungen oder weitere spezifisch vereinbarte Dienstleistungen zu erbringen. Spitex-Angestellte bleiben organisatorisch vollständig in die zuständige Spitex-Einheit eingegliedert und erhalten für ihre einzelnen Einsätze in den verschiedenen Haushalten detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung direkt von der Spitex-Organisation.<sup>42</sup>

Betreuungspersonen, die Hilfestellungen rund um die Uhr erbringen, stehen demgegenüber der zu betreuenden Person grundsätzlich rund um die Uhr primär als Haushalts- und Betreuungshilfen für die Alltagsbewältigung und (nur sehr untergeordnet) für medizinische

Hilfeleistungen zur Verfügung. Es ist nicht denkbar, dass solche Hilfeleistungen für die Alltagsbewältigung jeden Tag nach einem durch die Pflegedienstleiterin vorgegebenen fixen Ablauf ausgeführt werden müssten. Vielmehr ist es den Kunden gemäss den Bedarfsanalysen und den Verlaufsberichten offenbar möglich, ihre Bedürfnisse einerseits (in den Grundzügen) zum Vorneherein kundzutun, andererseits aber auch während des laufenden Betreuungseinsatzes und diese mittels Weisungen an die mit ihnen zusammenlebenden Betreuungspersonen zu konkretisieren.<sup>43</sup>

## C. **Organisationshaftung**

### 1. *Allgemeines*

Bei arbeitsteilig erbrachten Dienstleistungen bzw. hergestellten Produkten bereitet das Prinzip der Individualhaftung in haftungsrechtlicher Hinsicht mehrere Probleme. Der Geschädigte kann den erforderlichen Haftungsnachweis je Schadenverursacher dann nicht erbringen, wenn er keine Kenntnis davon hat, welche Personen am Arbeitsprozess beteiligt gewesen sind bzw. welche der beteiligten Personen die ihnen obliegende Sorgfalt missachtet haben. Der Haftungsnachweis wird durch die Hilfspersonenhaftung zwar gemildert; aber auch diese setzt voraus, dass der Geschädigte in der Lage ist, nachzuweisen, dass eine Hilfsperson des Geschäftsherrn den Schaden in rechtserheblicher Weise verursacht hat. Eine Haftung scheidet zudem dann, wenn der Schadenverursacher keine Verhaltenspflichten verletzt hat, sondern der Schaden wegen organisatorischer Mängel verursacht wurde.

### 2. *Organisationshaftung im privaten Haftungsrecht*

Einem Nichtschadenverursacher wird als Folge des Prinzips der Individualhaftung ein allfälliges schadenverursachendes Drittverhalten grundsätzlich nicht angerechnet. Ausnahmen bestehen beim Beizug von Hilfspersonen<sup>44</sup> oder im Geltungsbereich der Gefährdungshaftung, wo nicht für das schadenverursachende Verhalten, sondern für die Verwirklichung der Betriebsgefahr haftungsrechtlich eingestanden werden muss.<sup>45</sup> Die Zurechnung eines schadenverursachenden Verhaltens von Hilfspersonen erfolgt sowohl im vertraglichen

<sup>38</sup> Vgl. Art. 50 OR.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 51 OR.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 133 III 6 ff.

<sup>41</sup> Siehe dazu Urteil des BGER 2C\_543/2014 vom 26. November 2014.

<sup>42</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 55 und 101 OR sowie Art. 55 ZGB.

<sup>45</sup> Die Diskussion um die Einführung einer Gefährdungshaftung für medizinische Sach- und Dienstleistungen wurde in der Schweiz im Zusammenhang mit der Revision des Haftpflichtrechts geführt. WIDMER/WESSNER schlugen zwar eine allgemeine Gefährdungshaftungsnorm vor, vertraten aber die Ansicht, dass die Arztstätigkeit keine genuin «besonders gefährliche» Tätigkeit sei (siehe Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, 145; online verfügbar <[www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_abgeschlossene\\_projekte/ref\\_haftpflicht.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_haftpflicht.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018).

als auch im ausservertraglichen Bereich, wobei ausservertraglich lediglich als Hilfsperson gilt, wer sich in einem Subordinationsverhältnis zum Beauftragten bzw. Geschäftsherrn befindet.<sup>46</sup> Ein Subordinationsverhältnis besteht insbesondere in Bezug auf Arbeitnehmer. Spitex-Organisationen können insbesondere pflegende Angehörige, die sozialversicherte Pflegeleistungen erbringen, als Arbeitnehmer anstellen.<sup>47</sup>

Der Geschäftsherr hat im ausservertraglichen Bereich die Möglichkeit, sich von der Haftung zu befreien, wenn er nachweist, dass er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, instruiert und kontrolliert hat.<sup>48</sup> Bei einer Substitution des Pflegeauftrages erstreckt sich die Sorgfaltspflicht des Beauftragten lediglich auf die gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.<sup>49</sup> Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist gilt bei der Haftung des Geschäftsherrn für Hilfspersonen nicht, weil die Hilfsperson selber sich keines schadenverursachenden bzw. strafrechtlichen Verhaltens schuldig gemacht hat.<sup>50</sup>

Sind die Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung nicht erfüllt, scheidet der Haftungsanspruch, wenn der Geschädigte dem Geschäftsherrn nicht nachweisen kann, dass er durch ein eigenes widerrechtliches Verhalten den Schaden verursacht hat. Das Bundesgericht hat – vor Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes – im Zusammenhang mit der Herstellung von Produkten erkannt, dass sich die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt nicht nur auf die richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen erstreckt, sondern der Geschäftsherr darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen hat, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann.<sup>51</sup>

Diese im Zusammenhang mit fehlerhaften Produkten eingeführte Haftung für Organisationsmängel gilt auch für Dienstleistungen. Entsprechend haften Pflegebetriebe für gesundheitliche Beeinträchtigungen von pflegebedürftigen Personen, wenn diese durch eine unzureichende Arbeitsorganisation bzw. eine unge-

nügende Kontrolle der Pflegequalität verursacht worden sind. Die Organisationsorgane von Pflegebetrieben wird vom Gesetzgeber nur rudimentär konturiert. Art. 77 KVV verpflichtet die Leistungserbringer bzw. deren Verbände dazu, Konzepte und Programme über die Anforderungen an die Qualität der Leistungen und die Förderung der Qualität zu erarbeiten. Die kantonalen Gesundheitsgesetze sehen mitunter spezifische Organisationspflichten, beispielsweise bestimmte Personalquoten, für Pflegeheime vor.<sup>52</sup>

### 3. *Organisationshaftung im Staatshaftungsrecht*

Im Geltungsbereich der Staatshaftung besteht in der Regel eine ausschliessliche Kausalhaftung. Das jeweilige Gemeinwesen haftet ausschliesslich für den Schaden, den seine staatlichen Funktionäre widerrechtlich verursacht haben. Der schadenverursachende staatliche Funktionär kann lediglich im Innenverhältnis vom ersatzpflichtigen Gemeinwesen belangt werden, sofern er grobfahrlässig gehandelt hat.<sup>53</sup> Eine ausschliessliche Kausalhaftung privilegiert den Geschädigten insofern, als er kein Verschulden des schadenverursachenden staatlichen Funktionärs nachzuweisen hat und sich der Nachweis eines schadenverursachenden Verhaltens einer Hilfsperson auf den Nachweis beschränkt, dass irgendein staatlicher Funktionär den Schaden verursacht hat.

Die Staatshaftung nähert sich insoweit einer Organisationshaftung an, bei welcher es nachzuweisen genügt, dass der Schaden als Folge eines unzulässigen Organisationsversagens des Gemeinwesens verursacht worden ist. Das Bundesgericht hat mitunter explizit festgehalten, dass es sich bei der primären bzw. ausschliesslichen Staatshaftung um eine Organisationshaftung handelt. Sie knüpft nicht ausschliesslich an ein individuelles Fehlverhalten staatlicher Organisationsträger an, sondern rechnet die Nichterfüllung der Amtspflicht dem verantwortlichen Gemeinwesen als Ganzes zu.<sup>54</sup> Nach der Auffassung der Lausanner Richter bestehen insbesondere «beachtliche Gründe», bei einer Schädigung durch Spitalangestellte von einer eigentlichen Organisationshaftung auszugehen.<sup>55</sup>

Die zivilrechtlich relevante Unterscheidung zwischen Zufügung eines Schadens bei Gelegenheit der amtlichen Tätigkeit und Schadenszufügung in Ausübung amtlicher Verrichtung verliert bei einer solchen Betrachtungsweise ebenfalls an Bedeutung.<sup>56</sup> Das Ge-

<sup>46</sup> Statt vieler Urteile des BGer 5C.36/2001 vom 29. Oktober 2002 E. 2.5; ferner BGE 116 II 519 E. 3c (Arztgehilfin als Hilfsperson eines Hausarztes) und BGE 92 II 15 E. 2 (Assistenzarzt als Hilfsperson einer psychiatrischen Klinik) und SJZ 1979, 379 (in Spital tätige Krankenschwester als Hilfsperson des Spitals).

<sup>47</sup> Vgl. Urteile des BGer 9C.597/2007 vom 19. Dezember 2007 und K 156/04 vom 21. Juni 2006.

<sup>48</sup> Vgl. z.B. BGE 90 II 86 E. 3c. Im Fall gültiger Kompetenzdelegation hat der Verwaltungsrat grundsätzlich nur für die «cura in eligendo, in custodiendo et in instruendo» einzustehen (BGE 122 III 195 E. 3a).

<sup>49</sup> Vgl. Art. 399 Abs. 2 OR.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 122 III 225 E. 5.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 110 II 456 E. 3a.

<sup>52</sup> Siehe <[www.curaviva.ch/files/OAFMM99/vorgabe\\_kantone\\_dt.pdf](http://www.curaviva.ch/files/OAFMM99/vorgabe_kantone_dt.pdf)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 3 ff. VG.

<sup>54</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.3.

<sup>55</sup> Vgl. Urteil des BGer 2P.224/2005 vom 18. April 2006 = ZBl 2006, 596 E. 4.2.3.

<sup>56</sup> Ibid.

meinwesen 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 Pflegeheimen<sup>57</sup> oder bei sexuellen Übergriffen.<sup>58</sup>

#### IV. Haftungsvoraussetzungen

##### A. Allgemeines

Der Schadensersatzanspruch entsteht, wenn sämtliche haftungsbegründenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die vom geschädigten Patienten nachgewiesene Schadenverursachung begründet eine Haftung, wenn der Schadenverursacher rechtswidrig gehandelt hat. Rechtswidrig ist der Schaden dann verursacht, wenn entweder ein absolutes Rechtsgut, insbesondere Leben, Gesundheit oder Persönlichkeit, oder eine vertragliche oder gesetzliche Verhaltenspflicht verletzt worden ist, ohne dass sich der pflichtwidrig Handelnde auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.<sup>59</sup>

Bestehen mehrere Sicherheitssysteme hintereinander, um den Ausfall des primären Systems nach dem Prinzip der Mehrfachsicherung durch ein sekundäres aufzufangen, wie das für die Sorgfaltspflichten der verschiedenen Berufsgruppen zutrifft, kann sich der für das eine System Verantwortliche nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen.<sup>60</sup> Entsprechend ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung des für das primäre Sicherheitssystem Verantwortlichen und dem eingetretenen Erfolg auch dann zu bejahen, wenn die nachgeschalteten Sicherheitssysteme versagen.<sup>61</sup>

Zwischen dem haftungsbegründenden Verhalten und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die ihrerseits unerwünschte finanzielle Nachteile, mithin einen Schaden, zur Folge haben, muss ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehen. Ein derartiger Kausalzusammenhang liegt vor, wenn das haftungsbegründende Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass die gesundheitliche Beeinträchtigung, welche beim Patienten eingetreten ist, entfielen. Das haftungsbegründende Verhalten muss zudem an sich geeignet gewesen sein, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen, welche beim Patienten eingetreten sind, herbeizuführen. Tritt das unerwünschte Ereignis in der Pflege schicksalhaft

auf<sup>62</sup> oder wäre es später ohnehin eingetreten,<sup>63</sup> besteht kein rechtserheblicher Kausalzusammenhang.

Ein Unterlassen kann erst dann als widerrechtlich oder vertragswidrig bezeichnet werden, wenn der Betroffene hätte handeln sollen, mithin Sorgfaltspflichten verletzt hat und die gesundheitliche Beeinträchtigung der pflegebedürftigen Person bei einem sorgfaltsgemässen Verhalten verhindert worden wäre. Lässt sich nicht nachweisen, dass der Unfall beim Beachten der erforderlichen Sorgfalt, beispielsweise einer fehlerfreien Beobachtung des Patienten aus dem Dienstzimmer heraus, vermieden worden wäre, besteht keine hypothetische Kausalität und besteht trotz nachgewiesener Sorgfaltspflichtverletzung keine Haftung.<sup>64</sup>

Im Anwendungsbereich der privatrechtlichen Verschuldenshaftung setzt der Schadensersatzanspruch sodann ein Verschulden beim Schadenverursacher voraus.<sup>65</sup> Die rechtswidrige Schadenverursachung begründet ein Verschulden, wenn der Schadenverursacher im Zeitpunkt seines rechtswidrigen Verhaltens urteilsfähig war und die Abweichung vom Sorgfaltsstandard entweder vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Der Pflegebetrieb hat das Verschulden des Pflegepersonals in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.<sup>66</sup> Stürzt eine zwar hochbetagte, aber körperlich und geistig rüstige, pflegebedürftige Patientin bei dem Versuch, das Bett zu verlassen, das zuvor von der Pflegekraft versehentlich nicht auf die niedrigste Höhe eingestellt wurde, so tritt das Verschulden der Pflegekraft vollständig hinter dem Eigenverschulden der Patientin zurück.<sup>67</sup>

##### B. Sorgfaltspflichtverletzung als zentrale Haftungsvoraussetzung

###### 1. Standardabweichung

Der Mangel an Sorgfalt wird im ausservertraglichen Bereich durch den Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers,<sup>68</sup> im vertraglichen Bereich

<sup>57</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Aargau vom 5. Januar 2002 = HAVE 2003, 235.

<sup>58</sup> Vgl. BGE 92 II 15 E. 4 (Haftung der psychiatrischen Klinik bejaht für strafbares Verhalten eines Assistenzarztes).

<sup>59</sup> Vgl. HARDY LANDOLT/IRIS HERZOG-ZWITTER, *Arzthaftungsrecht*, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 591 ff.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 120 IV 300 = Pra 1995 Nr. 282 E. 3d/bb.

<sup>61</sup> *Ibid.* E. 3e.

<sup>62</sup> Vgl. Urteil des OLG Hamm 26 U 151/08 vom 21. April 2009 = PflR 2009, 392 (schicksalshafte Entstehung eines Dekubitus).

<sup>63</sup> Die Beweislast dafür, dass der Dekubitus ohnehin aufgetreten wäre, liegt beim Pflegebetrieb (vgl. Urteil OLG Köln 5 U 27/10 vom 26. Juli 2010 = BeckRS 2012, 02892).

<sup>64</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I-8U137/02 vom 24. Juli 2003 = PflR 2005, 134 (Sturz aus einem normalen Krankenhausbett der anästhesiologischen Intensivstation).

<sup>65</sup> Im Anwendungsbereich der Vertragshaftung wird das Verschulden vermutet (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR).

<sup>66</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14. Oktober 1999.

<sup>67</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 73/10 vom 25. August 2008 = MedR 2011, 438.

<sup>68</sup> Vgl. 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.

durch den Vergleich mit der Sorgfalt, die ein gewissenhafter Vertragspartner in der gleichen Lage bei der Erfüllung der Vertragspflichten aufwenden würde,<sup>69</sup> festgestellt.

Der objektive Sorgfaltsbegriff gilt sowohl für die Verschuldens- als auch die Kausalhaftung.<sup>70</sup> Der jeweilige objektivierte Sorgfaltsmassstab gilt jedoch nicht starr für alle Personen, sondern nur für die dem schadengeneigten Verhalten ausgesetzten Personen. So gelten beispielsweise spezifische Sorgfaltspflichten des medizinischen Personals nur während der Ausübung der beruflichen Tätigkeit und nur zugunsten der schutzbefohlenen Personen, nicht aber während der Freizeit oder für Personen, für die das Arzt- oder das Pflegepersonal nicht verantwortlich ist.

Nach der früheren Rechtsprechung haftete das medizinische Personal, insbesondere Ärzte, nur für eigentliche «Kunstfehler», mithin nur für die Verletzung elementarer Sorgfaltspflichten. Das Bundesgericht hat mittlerweile festgestellt, dass nicht nur ein eigentlicher «Kunstfehler», sondern jede Sorgfaltspflichtverletzung haftungsbegründend ist.<sup>71</sup> Umgekehrt besteht ohne Sorgfaltspflichtverletzung keine Haftung, selbst dann nicht, wenn der Einzelfall tragisch ist. Die privatrechtliche Haftungsordnung kennt im Gegensatz zur Staatshaftung keine Billigkeitshaftung.<sup>72</sup>

Das medizinische Personal (Arzt- und Pflegepersonal) hat sich in Bezug auf die Diagnose und die Bestimmung der therapeutischen und anderen Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand<sup>73</sup> bzw. den gesetzlichen Berufs-<sup>74</sup> und Verhaltenspflichten zu richten. Über die Anwendung der objektiv angezeigten Massnahmen entscheidet der jeweilige Arzt bzw. die jeweilige Pflegefachperson im Rahmen ihres Ermessens.<sup>75</sup> Im Umfang dieser Wahlfreiheit steht dem Patienten kein Weisungsrecht zu; er hat keine Therapiewahlfreiheit gegenüber dem Leistungserbringer, sondern lediglich eine Wahlfreiheit unter den zugelassenen Leistungserbringern.<sup>76</sup>

Ob und inwieweit das medizinische Personal eine Sorgfaltspflicht missachtet hat, beurteilt sich nicht ex

post, sondern ex ante.<sup>77</sup> Die Anforderungen an die medizinische Sorgfaltspflicht lassen sich nicht ein für allemal festlegen; sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls, 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.<sup>78</sup> Je schwieriger der Eingriff, je weniger der jeweilige Arzt bzw. die jeweilige Pflegefachperson spezialisiert ist und je weniger Mittel und Zeit ihm oder ihr 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>79</sup>

## 2. *Pflegeverhaltenspflichten*

### a. *Gesetzliche Verhaltenspflichten*

Die für Pflegende massgeblichen Verhaltenspflichten basieren entweder auf dem Gesetz oder dem mit dem Pflegebedürftigen abgeschlossenen Vertrag. Ethische Verhaltenspflichten – beispielsweise die pflegerelevanten medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW<sup>80</sup> oder des SBK<sup>81</sup> – sind rechtlich erst dann verbindlich, wenn eine gesetzliche Bestimmung auf diese verweist oder sie zur Konkretisierung einer unklaren gesetzlichen oder vertraglichen Verhaltenspflicht im Einzelfall herangezogen werden.

Die gesetzlichen Verhaltenspflichten finden sich in Ausbildungs-, Berufsausübungs- und Zulassungsvorschriften des eidgenössischen und kantonalen Rechts. Die Ausbildungsvorschriften konkretisieren die (Mindest-)Kompetenzen der jeweiligen Berufsgattung. Die Kompetenzen einer diplomierten Pflegefachperson sind im Rahmenlehrplan für den Bildungsgang Pflege umschrieben.<sup>82</sup> Die Berufsausübungsvorschriften legen einerseits die Voraussetzungen für den Erhalt einer Berufsausübungsbewilligung fest und definieren andererseits die Berufspflichten.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 127 III 328 E. 3.

<sup>70</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.386/2004 vom 2. März 2005 E. 2.3.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1; BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a; BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und BGE 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e.

<sup>72</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 = Pra 2000 Nr. 155 E. 1c.

<sup>73</sup> Statt vieler Urteil des BGER 4A\_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 6.1.

<sup>74</sup> Siehe z.B. Art. 40 MedBG.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3.

<sup>76</sup> Vgl. Urteil des BGER 2P.207/1997 vom 16. Januar 1998 = Pra 1988 Nr. 97 E. 2a und b.

<sup>77</sup> Statt vieler Urteile des OLG Köln 5 W 10/10 vom 5. Mai 2010 = MedR 2011, 290, und OLG Zweibrücken 5 U 13/00 vom 26. März 2002 = PfIR 2004, 26.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a.

<sup>79</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>80</sup> Siehe <[www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html](http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>81</sup> Siehe <[www.sbk.ch/pflegethemen/ethik.html](http://www.sbk.ch/pflegethemen/ethik.html)>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

<sup>82</sup> Der Rahmenlehrplan für den Bildungsgang Pflege zur dipl. Pflegefachfrau HF/zum dipl. Pflegefachmann HF wurde am 4. September 2007 von der OdASanté und der Schweizerischen Konferenz Pflegebildungen im Tertiärbereich (SKP) erlassen und am 24. September 2007 vom Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) genehmigt. Der Rahmenlehrplan ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten.

Personen, die einen Gesundheitsberuf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, haben folgende Berufspflichten zu wahren:<sup>83</sup>

- Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.
- Sie vertiefen und erweitern ihre Kompetenzen kontinuierlich durch lebenslanges Lernen.
- Sie halten sich an die Grenzen der Kompetenzen, die sie im Rahmen der Studiengänge erworben haben und die sie sich kontinuierlich aneignen.
- Sie wahren die Rechte der zu behandelnden Personen.
- Sie machen nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.
- Sie wahren das Berufsgeheimnis nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften.
- Sie schliessen eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, ab oder weisen eine solche Versicherung auf, es sei denn, die Ausübung ihrer Tätigkeit unterliegt dem Staatshaftungsrecht.
- Sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der zu behandelnden Personen und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen.

Die gesetzlichen Berufspflichten gelten nicht nur für die akademischen Pflegeberufe, welche vom Gesundheitsberufegesetz geregelt sind, sondern auch für nicht akademische Pflegeberufe, sofern die diplomierte Pflegefachperson in eigener fachlicher Verantwortung erwerbstätig ist.<sup>84</sup> Für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Berufspflichten ist es unerheblich, ob die diplomierte Pflegefachperson unselbständig- oder selbständigerwerbend ist. Die mit dem Gesundheitsberufegesetz vorgenommene Akzentuierung der Berufspflichten der akademischen Gesundheitsberufe stellt sodann die Berufsverbände vor die Aufgabe, die allgemein gehaltenen Berufspflichten, insbesondere die Sorgfaltspflicht, zu standardisieren.<sup>85</sup>

In Deutschland und Österreich bestehen zahlreiche Pflegeleitlinien und Standards, welche zur Förderung der Pflegequalität verabschiedet worden sind. Von privaten Organisationen erlassene «Expertenstandards» werden von den Gerichten als verbindliche Handlungsanweisungen im Pflegealltag verstanden, sofern und so weit sich diesen für den Einzelfall eine konkrete Handlungsanweisung entnehmen lässt.<sup>86</sup> Die Datenbank «ZQP» enthält folgende deutschsprachigen Pflegeleitlinien und Standards:<sup>87</sup>

- Bedeutung der intensivierten Pflege
- Bundesqualitätsleitlinie zum Aufnahme- und Entlassungsmanagement in Österreich (BQLL AUF-EM)
- Dekubitusprophylaxe bei erwachsenen Patienten im Akutbereich
- Dekubitusprophylaxe und -therapie
- Demenzen
- Die Pflege von erwachsenen Personen mit Blasen-katheter
- Evidenzbasierte Praxisleitlinie zur Hautpflege bei Harn- oder Stuhlinkontinenz für Spitäler und Langzeitpflegeeinrichtungen
- Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege
- Expertenstandard Entlassungsmanagement in der Pflege
- Expertenstandard Ernährungsmanagement zur Sicherstellung und Förderung der oralen Ernährung in der Pflege. 1. Aktualisierung 2017
- Expertenstandard Förderung der Harnkontinenz (1. Aktualisierung)
- Expertenstandard nach § 113a SGB XI Erhaltung und Förderung der Mobilität in der Pflege. Abschlussbericht
- Expertenstandard Pflege von Menschen mit chronischen Wunden. 1. Aktualisierung 2015 einschliesslich Kommentierungen und Literaturstudie

<sup>83</sup> Vgl. Art. 16 GesBG.

<sup>84</sup> Die Bewilligung zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung wird entweder den Inhabern Bachelor of Science in Pflege FH/UH oder eines Berufsdiploms als diplomierte Pflegefachperson HF erteilt (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. a GesBG).

<sup>85</sup> Art. 77 KVV verpflichtet die Leistungserbringer bzw. deren Verbände dazu, Konzepte und Programme über die Anforderungen an die Qualität der Leistungen und die Förderung der Qualität zu erarbeiten.

<sup>86</sup> Vgl. Urteil des LG Augsburg 42 O 598/11 vom 3. Dezember 2013 E. I; Urteil des VGer München M 17 K 11.287 vom 23. August 2012; Urteil des bayerischen VGH 12 ZB 09.3198 vom 28. Juli 2011 E. 1.1.6.3; Urteil des OLG Düsseldorf I-24 U 16/10 vom 13. Juli 2010 E. II/2a; Urteil des OLG Hamm 26 U 151/08 vom 21. April 2009 E. II/2; Urteil des OLG München 20 U 3322/08 vom 12. November 2008 E. II/1b; Urteil des saarländischen OLG 4 U 318/07 – 115 vom 29. Januar 2008; Urteil des OLG Düsseldorf I-8 U 163/04 vom 2. März 2006 E. II/b und BGH III ZR 399/04 vom 28. April 2005 E. 3.

<sup>87</sup> Weiterführend <<https://lls.zqp.de/leitlinien.php?lang=de>>, zuletzt besucht am 17.4.2018.

- Expertenstandard Schmerzmanagement in der Pflege bei akuten Schmerzen
- Expertenstandard Schmerzmanagement in der Pflege bei chronischen Schmerzen. Entwicklung – Konsentierung – Implementierung
- Expertenstandard Sturzprophylaxe (1. Aktualisierung)
- Klinische Ernährung in der Onkologie
- Klinische Leitlinie. Hautschutz und Hautpflege beim Frühgeborenen < 32 Schwangerschaftswoche
- Kontinente Harnableitung
- Kontinenzförderung durch Aufforderung zur Blasenentleerung
- Lagerungstherapie und Frühmobilisation zur Prophylaxe oder Therapie von pulmonalen Funktionsstörungen
- Leitlinie FEM – Evidenzbasierte Praxisleitlinie. Vermeidung von freiheitseinschränkenden Massnahmen in der beruflichen Altenpflege. 1. Aktualisierung 2015
- Leitlinie Mundpflege
- Leitlinie Pflegerische Mitwirkung bei der Antiemetika-Medikation für Patienten mit chemotherapiebedingten Beschwerden
- Leitlinie Thromboseprophylaxe im Krankenhaus
- Leitlinie zur Palliativen Sedierungstherapie (Langversion). Ergebnisse eines Delphiprozesses der Österreichischen Palliativgesellschaft (OPG)
- Lokaltherapie chronischer Wunden bei Patienten mit den Risiken periphere arterielle Verschlusskrankheit, Diabetes mellitus, chronische venöse Insuffizienz
- Mechanische Freiheitsbeschränkende Massnahmen (FBM) im Akutspital
- Nichtinvasive Beatmung als Therapie der akuten respiratorischen Insuffizienz
- Palliativmedizin für Patienten mit einer nicht heilbaren Krebserkrankung
- Pflegerische Beratung von Frauen mit vulvären Neoplasien und chirurgischem Eingriff
- Pflegerische Versorgungskonzepte für Personen mit Demenzerkrankung
- Prävention und Behandlung von Dekubitus: Kurzfassung der Leitlinie
- Qualitätsniveau I: Mobilität und Sicherheit bei Menschen mit demenziellen Einschränkungen in stationären Einrichtungen
- Qualitätsniveau II: Orale Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung von Menschen in Einrichtungen der Pflege und Betreuung
- Rahmenempfehlung Evidenz-basierte Mundpflege bei Patienten in Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen
- Rahmenempfehlungen zum Umgang mit herausforderndem Verhalten bei Menschen mit Demenz in der stationären Altenhilfe
- Reanimation 2015
- S3-Leitlinie Analgesie, Sedierung und Delirmanagement in der Intensivmedizin (DAS-Leitlinie 2015)
- Schmerzassessment bei älteren Menschen in der vollstationären Altenhilfe
- Sturzprophylaxe bei älteren Menschen in ihrer persönlichen Wohnumgebung
- Sturzprophylaxe für ältere und alte Menschen in Krankenhäusern und Langzeitpflegeeinrichtungen
- Supportive Therapie bei onkologischen PatientInnen – interdisziplinäre Querschnittsleitlinie

Das kantonale Recht reguliert für Pflegeheime, Pflegebetriebe und selbständigerwerbende Pflegefachpersonen, welche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen,<sup>88</sup> welchen qualitativen und sonstigen Erfordernissen die Pflegedienstleistungserbringung zu genügen hat,<sup>89</sup> welche Patientenrechte zu berücksichtigen sind<sup>90</sup> und welche Sicherstellungspflichten für das für die Pflegeversorgung zuständige Gemeinwesen gelten.<sup>91</sup> Die kantonale Regelung zeichnet sich durch eine sehr grosse Heterogenität aus. Bewilligungsvorschrif-

<sup>88</sup> Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 4 Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007.

<sup>89</sup> Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 5 ff. Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007.

<sup>90</sup> Die im Kanton Zürich geltenden Patientenrechte werden im Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004 geregelt. Für ambulante Pflegedienstleistungserbringer gilt dabei lediglich der 3. Abschnitt des Gesetzes, welcher die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen, die Voraussetzungen für die Verwendung von patientenrelevanten Daten an Lehrveranstaltungen und für die Forschung, die Behandlung und Betreuung Sterbender sowie die Zulässigkeit von Obduktions- und Transplantationsmassnahmen regelt. Die Vorschrift betreffend Aufnahme, Verlegung und Entlassung, Aufklärung, Information und Einwilligung sowie Patientendokumentation gelten lediglich für Spitäler und Pflegeheime (vgl. § 1 Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004).

<sup>91</sup> Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 5 ff. Verordnung über die Pflegeversorgung vom 22. November 2010.

ten schützen in jedem Fall pflegebedürftige Personen, weshalb deren Verletzung als haftungsbegründend zu qualifizieren ist.

Von den Bewilligungsvorschriften zu unterscheiden sind Zulassungsvorschriften. Die Zulassungsvorschriften bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Pflegefachperson zulasten der obligatorischen bzw. privaten Heilungskostenversicherung tätig sein darf.<sup>92</sup> Die diesbezüglichen Voraussetzungen beinhalten mitunter ebenfalls pflegerelevante Verhaltenspflichten; insbesondere Pflegeheime haben in sinngemässer Anwendung der Zulassungsvoraussetzungen, die für Spitäler gelten, eine ausreichende ärztliche Betreuung zu gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen zu verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung zu gewährleisten.<sup>93</sup> Da die Zulassungsvorschriften im Verhältnis zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Leistungserbringer gelten, stellt die Verletzung von Zulassungsvorschriften durch den Leistungserbringer im Verhältnis zur pflegebedürftigen Person nur dann eine Widerrechtlichkeit dar, wenn eine entsprechende gesetzliche Verhaltenspflicht bestand.

#### b. Vertragliche Verhaltenspflichten

Das Rechtsverhältnis zwischen Patienten und öffentlich-rechtlich organisierten Pflegebetrieben bzw. -heimen ist nicht vertraglicher Natur, sondern öffentlich-rechtlich geregelt, weshalb bei Streitigkeiten über Rechte und Pflichten der Pflegebedürftigen auf Verlangen eine begründete Verfügung zu erlassen ist.<sup>94</sup> Freiberuflich tätige Pflegefachpersonen und privatrechtlich organisierte Pflegebetriebe, insbesondere Pflegeheime, die pflegebedürftige Personen betreuen, sind zusätzlich zu den gesetzlichen Verhaltenspflichten dem pflegebedürftigen Vertragspartner vertraglich verpflichtet.<sup>95</sup>

Die vertragliche Hauptpflicht umfasst die sorgfältige Erbringung der vereinbarten Pflegedienstleistungen bzw. die Gewährung von Kost und Logis. Daneben besteht eine vertragliche Nebenpflicht, die Gesundheit und Persönlichkeit des Pflegebedürftigen zu achten und zu schützen, was insbesondere auch eine Dekubitus- bzw. Sturzprophylaxe miteinschliesst.<sup>96</sup> Missachtet die Pflegefachperson diese Obhutspflicht, begeht

sie eine positive Vertragsverletzung.<sup>97</sup> Eine Missachtung von Vertragspflichten berechtigt zur Kürzung des vereinbarten Honorars und darüber hinaus zu Schadenersatz.<sup>98</sup>

Vertraglicher Natur sind sodann Weisungen des Arbeitgebers, welche dieser dem angestellten Pflegepersonal erteilt. Unselbständigerwerdende Pflegefachpersonen sind verpflichtet, allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihnen erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.<sup>99</sup> Werden Weisungen des Arbeitgebers bzw. des Pflegeunternehmens nicht eingehalten, muss im konkreten Einzelfall geklärt werden, welches der Schutzzweck der fraglichen Weisung war. Eine Verletzung von Weisungen wirkt nur in Bezug auf diejenigen Personen haftungsbegründend, deren Schutz die fragliche Weisung bezweckte.

Eine Weisung, wonach Geldspenden von Heimbewohnern, Angehörigen oder Dritten, die das Personal für geleisteten Einsatz belohnen und für künftigen stärken sollen, in einen Personalfonds einzulegen sind, der dem gesamten Personal zugutekommt, ordnet nicht eine Herausgabepflicht an die Arbeitgeberin betreffend Geldbeträge an, die nicht für sie bestimmt waren, sondern regelt das Vorgehen bei Geldspenden zuhanden des Personals. Eine Verletzung der Befolgungspflicht stellt somit eine Vertragsverletzung der Arbeitnehmerin dar.<sup>100</sup> Eine leitende Angestellte, welche eine diesbezügliche Weisung der Arbeitgeberin für unrechtmässig hält, darf nicht ohne Rücksprache mit der Arbeitgeberin einfach ihren Untergebenen ihre eigene Rechtsauffassung kundtun und sie so indirekt zur Nichtbefolgung der Weisung anhalten; ein solches Vorgehen verstösst gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers.<sup>101</sup>

Regelmässig besteht ein geteiltes Weisungsrecht des Arbeitgebers des Pflegepersonals und des Kunden des Pflegebetriebs. Aufgrund ihrer verfassungsmässig garantierten persönlichen Freiheit<sup>102</sup> und des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes<sup>103</sup> steht es einem Kunden eines Pflegebetriebes jederzeit frei, in medizinische Eingriffe einzuwilligen oder diese zu verweigern und letztlich selbst über die Behandlung zu bestimmen; ein so verstandenes «Weisungsrecht» bzw. das Recht auf Selbstbestimmung besteht neben dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Ein geteiltes Weisungsrecht liegt

<sup>92</sup> Vgl. Art. 49 KVV.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 1 und 3 KVG.

<sup>94</sup> Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 5 Abs. 1 Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004.

<sup>95</sup> Beim Pflegevertrag handelt es sich um einen einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder um einen Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR). Vom Pflegevertrag ist der Betreuungsvertrag zu unterscheiden (vgl. Art. 382 ZGB).

<sup>96</sup> Vgl. Art. 386 Abs. 1 ZGB.

<sup>97</sup> Statt vieler Urteil des OLG Düsseldorf 24 U 16/10 vom 13. Juli 2010 = NJOZ 2011, 1042 E. 1/2.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Vgl. Art. 321 d OR.

<sup>100</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_613/2010 vom 25. Januar 2011 = ARV 2011, 104 E. 4.2.

<sup>101</sup> Ibid. E. 5.

<sup>102</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 28 ZGB.

dann vor, wenn ein Teil der Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers auf den Kunden übergehen. Dieser kann demnach weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt treffen, als dies im Rahmen der Erfüllung eines Auftrages möglich wäre.<sup>104</sup>

Spitex-Angestellte bleiben organisatorisch vollständig in die zuständige Spitex-Einheit eingegliedert und erhalten für ihre einzelnen Einsätze in den verschiedenen Haushalten detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung direkt von der Spitex-Organisation.<sup>105</sup> Eine 24-Stunden-Betreuung und die vollständige Eingliederung der Hilfsperson in den Haushalt unterscheidet sich demgegenüber von den spezifischen (Pfleger-)Dienstleistungen, welche Spitex-Organisationen typischerweise anbieten.<sup>106</sup> Das in diesen Fällen bestehende geteilte Weisungsrecht ist ein starkes Indiz dafür, dass ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt.<sup>107</sup>

### 3. Einfache und grobe Pflegefehler

Die deutsche Rechtsprechung unterscheidet einfache und grobe Pflegefehler. Beim Vorliegen von groben Pflegefehlern und bei voll beherrschbaren Pflegerisiken werden den geschädigten Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast zugestanden. Ein einfacher Pflegefehler liegt beispielsweise vor, wenn die Patientin über 2½ Tage hinweg nur ungefähr 0,7 Liter täglich trinkt.<sup>108</sup> Eine nicht durchgeführte Dekubitusprophylaxe, die standardgemäss eine etwa zwei-, zumindest dreistündliche Umlagerung erfordert, stellt demgegenüber einen groben Pflegefehler dar.<sup>109</sup>

### 4. Voll beherrschbare Pflegerisiken

Das Risiko des Auftretens von Druckgeschwüren gehört letztlich aber nicht zu einem Bereich, der vom Pflegebetrieb und dem Pflegepersonal voll beherrscht werden kann.<sup>110</sup> Liegt die Ursache eines Sturzes einer Pflegeheimpatientin allein im vom Heimträger beherrschten Gefahrenbereich und steht der Sturz im Zusammenhang mit dem Kernbereich der geschuldeten Vertragspflichten, genügt es, wenn der Anspruchsberechtigte dies vorträgt. Der Heimträger hat dann nach-

zuweisen, dass der Sturz nicht auf einem Fehlverhalten des mit der Pflege und Betreuung des Patienten betrauten Personals beruht.<sup>111</sup>

Von der Rechtsprechung wird eine derartige Beweislastumkehr in den Fällen angenommen, in denen alle Risikofaktoren und somit auch solche, die sich aus der körperlichen Konstitution des Patienten ergeben, regelmässig vom Personal eingeplant und voll umfänglich ausgeschaltet werden können.<sup>112</sup> Ein voll beherrschbares Risiko besteht, wenn der Patient stürzt, während die mit seiner Begleitung beschäftigte Pflegekraft sich bei ihm befindet. Dagegen gilt eine Situation nicht als voll beherrschbar, wenn sich der Patient bzw. Bewohner eines Pflegeheims in seinem Zimmer selbst frei bewegt und dabei zu Fall kommt.<sup>113</sup>

Von einer Beweislastumkehr ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Heimbewohner beim Ent- und Ankleiden der besonderen Betreuung und Fürsorge bedarf und in einer derartigen Situation zu Schaden kommt<sup>114</sup> oder wenn sich der Pfleger während des Wechsels der Bettwäsche von der Heimbewohnerin entfernt, die er vorher in den Sessel gesetzt hat.<sup>115</sup>

## V. Praktische Haftungsfälle

### A. Organisationsmängel

#### 1. Kliniksuiizid

Bringt sich ein Patient in der Klinik um oder entweicht er, um sich anschliessend selbst töten zu können, ist im Zusammenhang mit der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit unklar, ob dem diensttuenden Personal eine Missachtung von individuellen Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden muss oder der Nachweis genügt, dass der Suizid durch eine mangelhafte Organisation der Klinik ermöglicht wurde. Mitunter verlangt das Bundesgericht den Nachweis eines individuellen Fehlverhaltens bzw. einer konkret erkennbaren Suizidgefährdung.<sup>116</sup>

<sup>104</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.

<sup>105</sup> Ibid. E. 4.3.2.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5, 3.4.1 und 5.

<sup>108</sup> Vgl. Urteil des OLG München 1 U 221/13 vom 18. Juli 2013 = BeckRS 2013, 12145 E. I/1b.

<sup>109</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14. Oktober 1999 = NJW-RR 2000, 762 = PfIR 2000, 262 = RDG 2004, 129 = BeckRS 1999 30077171.

<sup>110</sup> Vgl. Urteil des OLG Braunschweig 1 U 93/07 vom 7. Oktober 2008 = NJW-RR 2009, 1109 = PfIR 2009, 194 = RDG 2009, 124.

<sup>111</sup> Vgl. Urteil des OLG Dresden 6U882/99 vom 21. Juli 1999 = MedR 2005, 159 = NJW-RR 2000, 761 = PfIR 2004, 31.

<sup>112</sup> Vgl. statt vieler ALEXANDRA JORZIG, Zur haftungsrechtlichen Problematik von Sturzfällen in Alten- und Pflegeheimen, PfIR 2003, 379 ff., 381 ff., sowie Urteil des OLG Schleswig 4 U 70/02 vom 6. Juni 2003 = NJW-RR 2004, 237, und Urteil des OLG Dresden 6U882/99 vom 21. Juli 1999 = MedR 2005, 159 = NJW-RR 2000, 761 = PfIR 2004, 31 (Sturz während des begleiteten Gangs zur Toilette) und Urteil des LG Heilbronn 10195/08 vom 29. Juli 2009 = PfIR 2010, 444 = VersR 2010, 121 (Sturz einer zuvor bereits mehrfach gestürzten Heimbewohnerin während des begleiteten Gangs zur Toilette).

<sup>113</sup> Vgl. Urteil des OLG Bremen 5U25/09 vom 22. Oktober 2009 = MedR 2010, 566 = PfIR 2010, 440.

<sup>114</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I 24 U 78/11 vom 17. Januar 2012 = BeckRS 2012, 04286.

<sup>115</sup> Vgl. Urteil des OLG Hamm I-19 U 86/11 vom 4. November 2011 = BeckRS 2011, 28421.

<sup>116</sup> Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4b.

In der Regel indizieren Stürze aus dem Fenster – einer psychiatrischen Klinik – aber einen haftungsbegründenden Organisationsmangel.<sup>117</sup> Eine konkrete Vorhersehbarkeit einer Verwirklichung der Selbstgefährdung durch das Klinikpersonal ist dann nicht erforderlich, wenn beim Patienten eine offenkundige Verwirrtheit bestand, die mögliche Selbstschädigungen mitein-schloss.<sup>118</sup> Nicht gerechnet werden muss aber mit dem Umstand, dass eine bestehende Fenstersicherung durch einen kräftigen Mann nur mit grossem Kraftaufwand anlässlich eines raptusartigen, plötzlich einschies-senden heftigen Suizidimpulses gelöst wird.<sup>119</sup>

Hatte der verstorbene Patient die Möglichkeit, aus der geschlossenen Abteilung mit dem Lift zu entweichen, besteht ein haftungsbegründender Organisationsman-gel. Einer Klinik, die einen Bestand an Pflegepersonal für 120 bis 130 Patienten hat, ist es durchaus zumut-bar, dafür zu sorgen, dass Patienten nicht entweichen können.<sup>120</sup> Ist ausnahmsweise nach dem anwendbaren Staatshaftungsrecht der Nachweis eines Verschuldens für den Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruch erforderlich, liegt ein solches beim Klinikpersonal nicht vor, wenn das Entweichen aus der Klinik ledig-lich durch einen organisatorischen Mangel, der nicht schwer wiegt, ermöglicht worden ist.<sup>121</sup>

## 2. Sitznachtwache

Eine Sitznachtwache ist bei psychisch Kranken nicht per se geboten, weil der mit einer dauernden Überwa-chung verbundene Vertrauensverlust die Prognose im Hinblick auf spätere Suizidversuche verschlechtert.<sup>122</sup> Das Unterlassen, eine Sitzwache oder eine Rückverle-gung auf die Intensivpflegestation anzuordnen, ist aber dann pflichtwidrig, wenn nur mit dieser Massnahme negative oder gar fatale Auswirkungen des durch den operativen Eingriff bedingten Zustandes des Patienten verhindert werden können.<sup>123</sup> Eine einwöchige Sitzwa-che, welche mit Kosten von 1680 Franken verbunden ist, ist in jedem Fall geboten.<sup>124</sup>

## 3. Delegationsfehler

An nichtärztliches Hilfspersonal können keine genuin ärztlichen Aufgaben delegiert werden.<sup>125</sup> Eine Delega-

tion ist in Bezug auf Eingriffs- und Sicherungsaufklä-rung<sup>126</sup> sowie Psychotherapie möglich,<sup>127</sup> nicht aber be-treffend die Diagnose<sup>128</sup> und chirurgische Eingriffe<sup>129</sup> bzw. Eingriffe in den Leichnam<sup>130</sup> sowie die Abgabe von verschreibungspflichtigen Heil- und Betäubungs-mitteln.<sup>131</sup> Es liegt kein Verstoss gegen die Regeln der ärztlichen Kunst vor, wenn intramuskuläre Injektionen durch entsprechend ausgebildetes Pflegepersonal bzw. Medizinische Praxisassistenten durchgeführt wer-den.<sup>132</sup>

Die Delegation einer intramuskulären Injektion auf einen im Nachtdienst eingesetzten, in der Spritzen-technik ungeübten Medizinstudenten stellt jedoch eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung dar.<sup>133</sup> Offenge-lassen wurde, ob ein Arzt die intramuskuläre Injek-tion eines besonders gefährlichen Medikaments der als Krankenschwester ausgebildeten und bewährten

unter besonderer Berücksichtigung zivilrechtlicher, arbeitsrechtli-cher und versicherungsrechtlicher Aspekte. 1. Teil, PflR 2003, 95 ff.; DERS. Zur Problematik der Delegation ärztlicher Tätigkeiten an das Pflegefachpersonal auf Allgemeinstationen unter besonderer Berücksichtigung zivilrechtlicher, arbeitsrechtlicher und versiche-rungsrechtlicher Aspekte. 2. Teil, PflR 2003, 139 ff.; MICHAEL S. SAFFÉ/ HEINZ STRÄSSNER, Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nichtärztliches Personal aus haftungsrechtlicher Sicht. 1. Teil, PflR 1997, 98 ff.; DIES., Die Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf nichtärztliches Personal aus haftungsrechtlicher Sicht. 2. Teil, PflR 1998, 30 ff.; DIES., Die De-legation ärztlicher Tätigkeiten auf nichtärztliches Personal aus haf-tungsrechtlicher Sicht. 3. Teil, PflR 1998, 226 ff.; ANDREAS SPICKHOFF/ MAXIMILIAN SEIBL, Haftungsrechtliche Aspekte der Delegation ärztli-cher Leistungen an nichtärztliches Medizinpersonal – unter beson-derer Berücksichtigung der Anästhesie, MedR 2008, 463 ff.; HEINZ R. STRÄSSNER, Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nichtärztliches Perso-nal im Spannungsverhältnis von wirtschaftlicher Notwendigkeit und rechtlicher Zulässigkeit, PflR 2008, 518 ff., und M. TÖNNIES, Delegation und Durchführungsverantwortung – Rechtliche Grundlagen und beru-fliche Verpflichtung, Pflege aktuell 2000/5, 290 ff.

<sup>126</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b und c. Der Spitalarzt ist selbst aufklärungspflichtig und darauf nicht darauf vertrauen, dass der Frauenarzt die Patientin ausreichend über Vor- und Nachteile sowie Risiken der geplanten Sterilisation nach der Methode Pome-roy aufgeklärt hat (vgl. Urteil des BGer 4C.276/1993 vom 1. Dezember 1998 = Pra 2000 Nr. 28 E. b/bb).

<sup>127</sup> Vgl. BGE 110 V 187 = Pra 1985 Nr. 26 E. 5.

<sup>128</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3 (Haftung für Telefondiagnose bzw. -auskünfte der Arztgehilfin).

<sup>129</sup> Das Anlegen eines zentralvenösen Katheters ist immer eine ärztliche Leistung (vgl. Urteil des OLG Celle 1 36/88 vom 6. Februar 1989). Es ist ein grober Behandlungsfehler, wenn angesichts einer besonderen Gefährdungssituation bei einem Patienten die täglichen Verbands-wechsel nicht von einem Arzt durchgeführt, sondern einer Kranken-schwester übertragen werden (vgl. Urteile des OLG Köln 5183/94 vom 18. Dezember 1995 und 7189/74 vom 26. September 1985).

<sup>130</sup> Vgl. BGE 129 IV 172 = Pra 2003 Nr. 182 E. 2.3.

<sup>131</sup> Vgl. Art. 24 ff. HMG und Art. 9 ff. BetmG. Natrium-Pentobarbital kann einem Sterbewilligen weder nach dem Betäubungsmittelrecht noch nach dem Heilmittelrecht ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden (vgl. BGE 133 I 58 E. 4).

<sup>132</sup> Vgl. Urteil des OLG Hamm 3164/89 vom 14. März 1990; Urteil des AG Karlsruhe 13 C 448/95 vom 4. April 1997; Urteil des LG Osnabrück 8 O 314/83 vom 22. Dezember 1983 und Urteil des LG Hannover 19 O 221/82 vom 3. Mai 1983 und Urteil des LG Nürnberg-Fürth 3 O 8067/81 vom 10. Februar 1983.

<sup>133</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 7193/86 vom 22. Januar 1987.

<sup>117</sup> Vgl. BGE 123 III 204 = SG 1997 Nr. 1200.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Ibid. E. 4d.

<sup>120</sup> Vgl. BGE 112 Ib 322 = Pra 1987 Nr. 91 E. 6: Ein 19-Jähriger, der wegen akuter Suizidgefahr in die Kantonale Psychiatrische Klinik Liestal eingewiesen wird, kann sich unbemerkt entfernen und wirft sich vor einen Zug.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 3b.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3.

<sup>124</sup> Vgl. Urteil des BGer 4P.244/2005 vom 06. Februar 2006 E. 4.3.

<sup>125</sup> Siehe rechtsvergleichend LUDGER RISSE, Die Delegation ärztlicher Tätigkeiten an Pflegende aus pflegerischer Sicht, PflR 2006, 457 ff.; ROBERT ROSSBRUCH, Zur Problematik der Delegation ärztlicher Tätigkeiten an das Pflegefachpersonal auf Allgemeinstationen

Arzthelferin überlassen darf.<sup>134</sup> Ebenfalls zulässig ist die Delegation einer intravenösen Injektion an entsprechend ausgebildetes Pflegepersonal bzw. Medizinische Praxisassistenten,<sup>135</sup> insbesondere zur Vorbereitung von Diagnosemassnahmen, sofern für eine regelmässige Kontrolle und Überwachung durch den Arzt Sorge getragen wird.<sup>136</sup>

Weder die kantonalen Gesundheitsgesetze noch die verfügbaren Delegationsempfehlungen der Fachverbände definieren die delegierbaren Pflegeverrichtungen. Vereinzelt finden sich allgemeine Delegationsnormen in der Art von § 11 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes.<sup>137</sup> Diesen lässt sich entnehmen, dass delegierbare ärztliche Aufgaben nur an Pflegefachpersonal delegiert und Pflegeverrichtungen, die besondere Kenntnisse und Erfahrungen erfordern, nicht an nicht diplomierte Hilfskräfte delegiert werden dürfen. Welche konkreten Pflegeverrichtungen an nicht diplomierte Hilfskräfte delegierbar sind und welche nicht, wird gesetzlich nirgends genau geregelt.

Das Landgericht Waldshut-Tiengen hat 2004 die Leiterin einer Seniorenresidenz wegen Anstiftung zur Körperverletzung verurteilt, weil sie die – ärztlich verordnete und medizinisch notwendige – Gabe von Insulin in zahlreichen Fällen an eine angelernte Hilfskraft delegiert hatte. Die Strafkammer stellte fest, dass die Delegation der ärztlichen Massnahme «Injektion» auf Pflegefachkräfte dem in einer stationären Pflegeeinrichtung zu erwartenden üblichen und ordentlichen Standard entspricht. Demgegenüber erfüllt die Übertragung dieser Verrichtung auf angelernte Hilfskräfte nach Ansicht der Strafrichter diesen Standard bereits deshalb nicht, weil die Ärzte in das Delegationsgeschehen nicht involviert sind.<sup>138</sup> Das Sozialgericht Speyer hat in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren den Einsatz von angelernten Pflegekräften im Tätigkeitsbereich der Behandlungspflege als Qualitätsmangel eingestuft. Konkret wurde die Gabe von Medikamenten, Verbandswechsel bei enteraler Nahrungsversorgung per Sonde und subrapubischem Dauerkatheter und die Einbringung von Augentropfen durch angelernte Pflegefachkräfte beanstandet.<sup>139</sup> Zu-

lässig ist das Verabreichen von Einläufen durch einen Krankenpflegeschüler.<sup>140</sup>

#### 4. Dokumentationsfehler

Die vollständige Dokumentation der Krankengeschichte dient in haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten der Beweissicherung.<sup>141</sup> Dokumentationsmängel führen zu Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast.<sup>142</sup> Die Dokumentationspflicht kann im Rahmen der Organisationskompetenz im Einzelfall vom Arzt auf das Pflegepersonal delegiert werden. Aus Sicht des Patienten zielt die Dokumentationspflicht dahingehend ab, dass ein Zustandsvergleich vor und nach der Behandlung gegeben ist.<sup>143</sup> Werden die Pflegeleistungen von mehreren Personen ausgeführt, beispielsweise beim Hinzuziehen einer Spitex-Organisation, ist in der Pflegedokumentation festzuhalten, welche Personen für welche Pflegeverrichtungen verantwortlich (gewesen) sind.

Eine Organisationshaftung trifft einen Heimbetrieb dann, wenn eine ordentliche Dokumentation jeglicher Pflegeleistungen und des Gesundheitszustandes der Heimbewohner nicht erfolgt ist. Unabdingbar für den Ablauf eines Heimbetriebes sind das Zurverfügungstellen von Medikamenten, das gewissenhafte Einhalten des Dienstplanes, der nachvollziehbar zu führen ist, und betreuende Tätigkeiten sind nur durch Fachkräfte durchzuführen bzw. unter angemessener Beteiligung von besagten Fachkräften.<sup>144</sup>

Nach der Rechtsprechung sind die zur Verhinderung eines Dekubitus notwendigen Massnahmen zu dokumentieren.<sup>145</sup> Zu dokumentieren sind dabei nicht nur das Dekubitusgefährdungsrisiko<sup>146</sup> gemäss standardisierter Gefährdungsskala, z.B. Norton- oder Braden-Skala, und die angeordneten Vorbeugemassnahmen, sondern auch deren Wirksamkeit.<sup>147</sup> Neben der Wort-

<sup>134</sup> Vgl. Urteil des OLG Stuttgart 14 1/86 vom 23. Oktober 1986.

<sup>135</sup> Vgl. Urteil des OLG Stuttgart 4 54/93 vom 21. April 1994; Urteil des LG Berlin 6 O 330/92 vom 28. Juni 1993 und ferner Urteil des BGH VI ZR 176/79 vom 7. Oktober 1980.

<sup>136</sup> Vgl. Urteil des OLG Dresden 4 U 1857/07 vom 24. Juli 2008 = RDG 2008, 240.

<sup>137</sup> § 11 Abs. 1 GesG ZH lautet: «Es dürfen ihnen nur Verrichtungen übertragen werden, zu deren Ausführung auch die selbständig Tätigen berechtigt sind und die nicht deren persönliche Berufsausübung erfordern.»

<sup>138</sup> Vgl. Urteil des LG Waldshut-Tiengen 2 S 13 Js 10959/99 vom 23. März 2004 = PflR 2004, 511 = RDG 2007, 178.

<sup>139</sup> Vgl. Urteil des SG Speyer S 3 P 122/03 vom 27. Juli 2005 = PflR 2006, 188 = RDG 2006, 117.

<sup>140</sup> Vgl. Urteil des OLG Frankfurt 1184/83 vom 5. April 1984.

<sup>141</sup> BGE 141 III 363.

<sup>142</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004; Urteil des BGH VI ZR 139/10 vom 25. Oktober 2011 = MedR 2012, 454 = VersR 2012, 362.

<sup>143</sup> Vgl. LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 59), Rz. 1061 ff.

<sup>144</sup> Vgl. Urteil des VG Hannover 11 A 443/06 vom 9. März 2006 = PflR 2006, 281.

<sup>145</sup> Statt vieler Urteil des BGH VI ZR 215/84 vom 18. März 1986 = NJW 1986, 2365 = JZ 1986, 958 = MDR 1986, 836 = VersR 1986, 788 = LM Nr. 84 § 611 BGB = MedR 86, 324 = r + s 1986, 205 = RDG 2010, 43; Urteil des OLG Düsseldorf I-15 U 160/03 vom 16. Juni 2004 = BeckRS 2009, 13717 = PflR 2005, 62 = RDG 2005, 61, und Urteil des OLG München 1 U 4265/08 vom 30. April 2009 = RDG 2010, 43.

<sup>146</sup> Bei Risikopatienten ist es – im Hinblick auf die Dekubitusgefahr – schon zur Gewährleistung der erforderlichen Prophylaxe erforderlich, in den Krankenunterlagen die ärztliche Diagnose, dass der Patient ein Risikopatient ist, und die ärztlichen Anordnungen zu den durchzuführenden besonderen Pflegemassnahmen zu dokumentieren (vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 27/10 vom 26. Juli 2010 = BeckRS 2012, 02892).

<sup>147</sup> Vgl. Urteil des BGH VI ZR 215/84 vom 18. März 1986 = NJW 1986, 2365 = JZ 1986, 958 = MDR 1986, 836 = VersR 1986, 788 = LM Nr. 84 § 611

ist auch eine Bilddokumentation vorzusehen.<sup>148</sup> Die Lagerung des Patienten auf einer Antidekubitusmatte zählt zu den routinemässigen Standards und muss nicht notwendigerweise in den OP-Bericht aufgenommen werden.<sup>149</sup> Eine mangelhafte Dokumentation führt zu einer Beweislastumkehr, wenn diese die Feststellung der Geschehnisse erschwert.<sup>150</sup>

Die Entscheidung, welche Massnahmen bei Dekubitus-Risikopatienten zu treffen sind, sind nicht allein dem Pflegepersonal zu überlassen.<sup>151</sup> «Notwendig sind vielmehr ärztliche Anordnungen und Anweisungen zu den zur Vermeidung von Druckgeschwüren durchzuführenden Pflegemassnahmen und deren Überwachung. Dies ist nach zutreffender Rechtsprechung auch zu dokumentieren.»<sup>152</sup> Angesichts des Vorhandenseins formularmässig vorgefertigter Pflegebögen gehört es zum pflegerischen Standard, eine ausreichende Dekubitusprophylaxe durchzuführen und auch zu dokumentieren.<sup>153</sup>

## B. Stürze

Ein Pflegebetrieb hat die üblichen sturzprophylaktischen Massnahmen, die mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind, zu ergreifen. Massstab für die Üblichkeit müssen das Erforderliche und das für die Heimbewohner und das Pflegepersonal Zumutbare sein. Dabei ist insbesondere auch zu beachten, dass beim Wohnen in einem Heim die Würde sowie die Interessen und Bedürfnisse der Bewohner vor Beeinträchtigungen zu schützen und die Selbständigkeit, die Selbstbestimmung und die Selbstverantwortung der Bewohner zu wahren und zu fördern sind.<sup>154</sup>

Eine lückenlose Überwachung von Schwerstpflegebedürftigen (i.c. Tetraplegiker) durch die Mitarbeiter des Pflegeheims geht über das einem Pflegeheim wirtschaftlich Zumutbare hinaus und widerspricht zudem auch den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Heimbewohner an der Wahrung ihrer Privatsphäre.

re.<sup>155</sup> Eine regelmässige Überwachung des Patienten genügt grundsätzlich, auch wenn er schon gestürzt ist.<sup>156</sup> Eine ständige Überwachung von Heimbewohnern ist selbst bei einer konkreten Gefahrensituation nicht geboten.<sup>157</sup> Immerhin ist die Obhutspflicht in einer Gefahrensituation insoweit gesteigert, als der Pflegebetrieb im Schadenfall nachzuweisen hat, dass alle notwendigen sturzprophylaktischen Massnahmen ergriffen worden sind.<sup>158</sup>

Für Patienten, die willkürlich aufstehen, sind Video- sowie Sensorenüberwachung untaugliche Mittel, einen Sturz zu verhindern. Gleiches gilt im Hinblick auf die Zurverfügungstellung einer Klingel, die ein eigenmächtiges alleiniges Aufstehen des Heimbewohners sowie ein unwillkürliches Fallen nicht verhindern kann.<sup>159</sup> Es besteht aber keine generelle Pflicht für die Anbringung eines Bettgitters bei körperlich mässiggradig limitierten, insbesondere sehbehinderten Patienten.<sup>160</sup> Bettgitter sind demgegenüber anzubringen bei uneinsichtigen bzw. dementen Patienten, die eine sog. Bettflüchtigkeit zeigen und sich hierdurch selbst erheblich gefährden.<sup>161</sup> Entfernt eine Krankenschwester eigenmächtig ein ärztlich angeordnetes Bettgitter einer sturzgefährdeten Patientin und stürzt diese zu Boden, so verletzt der Krankenträger seine vertraglichen Obhutspflichten.<sup>162</sup>

Eine ständige Begleitung ist nur dann angezeigt, wenn der Heimbewohner wegen seines Gesundheitszustands beim Gehen nicht nur gelegentlich, sondern ständig einer Stütze oder jedenfalls einer Hilfsperson bedürft hätte, die sich in seiner unmittelbaren Nähe bereit hielt und ihn jederzeit halten konnte.<sup>163</sup> Eine Sorgfaltspflichtverletzung wurde seitens des Verwaltungsgerichts Bern bejaht, als bei einer 91-jährigen Patientin, die notfallmässig mit Verdacht auf eine Oberschenkelhalsfraktur eingeliefert wurde, hinsichtlich des Einweisungsgrundes und der Erfahrungen während der ersten 24 Stunden (Herumirren in der Abteilung) ein anderes Überwachungskonzept eingesetzt hätte werden müs-

BGB = MedR 86, 324 = r + s 1986, 205 = RDG 2010, 43.

<sup>148</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 19/99 vom 4. August 1999 = NJW-RR 2000, 1267 = MDR 2000, 643 = PflR 2001, 40 = RDG 2004, 129 = VersR 2000, 76, und Urteil des LG Hagen 2 O 134/98 vom 8. November 2000 = PflR 2002, 228 = RDG 2011, 155.

<sup>149</sup> Vgl. Urteil des LG Hagen 2 O 134/98 vom 8. November 2000 = PflR 2002, 228 = RDG 2011, 155.

<sup>150</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I-15 U 160/03 vom 16. Juni 2004 = BeckRS 2009, 13717 = PflR 2005, 62 = RDG 2005, 61, und Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14. Oktober 1999 (= NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262 = RDG 2004, 129 = BeckRS 1999 30077171).

<sup>151</sup> Vgl. Urteil des LG Bonn Az. 9 O 364/08 vom 23. Dezember 2011; Urteil des BGH VI ZR 174/86 vom 2. Juni 1987 = VersR 1987, 1238 = NJW 1988, 762 = MDR 1987, 1017.

<sup>152</sup> Urteil des LG Bonn Az. 9 O 364/08 vom 23. Dezember 2011; Urteil des BGH VI ZR 174/86 vom 2. Juni 1987 = VersR 1987, 1238 = NJW 1988, 762 = MDR 1987, 1017.

<sup>153</sup> Urteil des OLG Köln 5 U 19/99 vom 4. August 1999.

<sup>154</sup> Vgl. Urteil des BGH III ZR 399/04 vom 28. April 2005 = PflR 2005, 267.

<sup>155</sup> Vgl. Urteil des LG Itzehoe 70246/08 vom 29. Oktober 2009 = PflR 2010, 321.

<sup>156</sup> Vgl. Urteil des KG 14U37/03 vom 25. Mai 2004 = PflR 2005, 233.

<sup>157</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I-24 U 141/09 und 24 U 141/09 vom 16. Februar 2010 = BeckRS 2010, 12224.

<sup>158</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I-24U165/07 vom 11. November 2008 = PflR 2009, 568.

<sup>159</sup> Vgl. Urteil des OLG Frankfurt a.M. 14 U 168/04 vom 24.5.2005 = BeckRS 2006, 00138.

<sup>160</sup> Vgl. Urteil des OLG Bremen 5U25/09 vom 22. Oktober 2009 = MedR 2010, 566 = PflR 2010, 440.

<sup>161</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 5 W 10/10 vom 5. Mai 2010 = MedR 2011, 290.

<sup>162</sup> Vgl. Urteil des OLG Bamberg 4 U 197109 vom 1. August 2011 = PflR 2011, 590.

<sup>163</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 12 U 66/03 vom 15. Januar 2004 = BeckRS 2009, 19469.

sen. Insofern sei der Sturz der Patientin vorhersehbar gewesen. Mit einem strengeren Überwachungskonzept in der zweiten Nacht hätte sich der Sturz mit grosser Wahrscheinlichkeit vermeiden lassen.<sup>164</sup>

### C. Dekubitus und Lagerungsschäden

Die für mobilitätsbehinderte Patienten verantwortlichen Pflegebetriebe bzw. Personen (Arzt- und Pflegepersonal) sind zur Dekubitusprophylaxe verpflichtet.<sup>165</sup> Die pflegerischen Massnahmen zur Vorbeugung eines Dekubitus bestehen u.a. in der Mobilisation des Patienten und der Vermeidung von Bettlägerigkeit, Hautpflege und Hautschutz, einer ausgewogenen Ernährung und einer ausreichenden Flüssigkeitszufuhr, der Verwendung von Antidekubitusmatratzen oder Luftkammer- bzw. Wechseldrucksystemen zur Druckreduktion sowie einer regelmässigen Umlagerung nach Lagerungsplan in individuell an den Patienten angepassten Zeitintervallen. Eine nicht durchgeführte Dekubitusprophylaxe, die standardgemäss eine etwa zwei- zumindest dreistündliche Umlagerung erfordert, stellt einen groben Pflegefehler dar.<sup>166</sup> Bei besonders dekubitusgefährdeten Personen ist eine systematisch geplante und konsequent durchgeführte Dekubitusprophylaxe angezeigt.<sup>167</sup>

Es ist allgemein anerkannt, dass das Auftreten eines Dekubitus zu 90% auf eine mangelhafte pflegerische Versorgung zurückgeführt werden kann.<sup>168</sup> Umstritten ist, ob deshalb generell<sup>169</sup> oder zumindest bei groben Pflegefehlern<sup>170</sup> von einem Anscheinsbeweis bzw. einer Beweislastumkehr in Bezug auf eine Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen ist, wenn ein Dekubitus eintritt. Dies hätte zur Folge, dass nicht der Geschädig-

te das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung, sondern der Pflegebetrieb beweisen müsste, alle notwendigen Prophylaxemassnahmen ergriffen zu haben. Ein solcher Anscheinsbeweis wird von der Rechtsprechung bei Dekubiti nach operativen Eingriffen verneint.<sup>171</sup>

Das Auftreten eines erheblichen Druckgeschwürs bzw. eines präsakralen Dekubitus vierten Grades lässt demgegenüber regelmässig auch bei einem Schwerstkranken auf grobe Pflege- und/oder Lagerungsmängel schliessen.<sup>172</sup> Selbst wenn infolge eines schweren Pflegefehlers von einer Beweislastumkehr auszugehen ist, erstreckt sich diese nur auf die Sorgfaltspflichtverletzung, nicht aber auch auf den Schadens- und Kausalitätsbeweis.<sup>173</sup>

Tritt ein Dekubitus auf, sind die zu dessen Behandlung erforderlichen Massnahmen unverzüglich einzuleiten und zu dokumentieren. Eine Dekubitusversorgung nach erst elf Tagen ist ungenügend.<sup>174</sup> Werden ungeeignete Behandlungsmassnahmen ergriffen, ist zu unterscheiden, ob diese den Dekubitus Schaden verschlimmert haben oder nicht. Die Medikation von Ringelblumensalbe (*Calendula*) ist für die Behandlung eines bakteriell infizierten Dekubitus bedeutungslos und stellt deshalb keinen Behandlungsfehler dar.<sup>175</sup> Grob fehlerhaft ist, wenn das Pflegepersonal des Heimes bei Nichteintritt einer Besserung keine zeitnahe erneute Vorstellung der Heimbewohnerin beim Arzt veranlasst.<sup>176</sup> Für die Beförderung von Patienten mit einem Dekubitus 4. Grades, die einer fachgerechten Betreuung bedürfen, ist ein Ambulanzfahrzeug zu verwenden; wer nur die Genehmigung zur Personenbeförderung hat, darf keine Krankentransporte durchführen.<sup>177</sup>

<sup>164</sup> Vgl. Urteil des VerwGer BE vom 06. Februar 1995 = BVR 1996, 127.

<sup>165</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf I-15 U 160/03 vom 16. Juni 2004 = BeckRS 2009, 13717 = PflR 2005, 62 = RDG 2005, 61 (Schadensersatz wegen fehlender Dekubitusprophylaxe) sowie weiterführend VOLKER GROSSKOPF, Haftungsrisiko «Dekubitus» – Vermeidung der Inanspruchnahme durch strategische Interventionen, RDG 2011, 116 ff., und NILS LAHMANN/JAN KOTTNER, Dekubitusprophylaxe: Die neuesten rechtlichen und tatsächlichen Erkenntnisse, RDG 2010, 12 ff.

<sup>166</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14. Oktober 1999 = NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262 = RDG 2004, 129 = BeckRS 1999 30077171.

<sup>167</sup> Vgl. Urteil des LG München9 O 10239/04 vom 14. Januar 2009 = PflR 2009, 344.

<sup>168</sup> Vgl. z.B. SABINE PHILBERT-HASUCHA, Dekubitus – Prophylaxe in der Pflege. 2. Teil, Heilberufe 2008/2, 33 ff., und J. KOTTNER/ T. DASSEN et al., Dekubitus in deutschen Pflegeheimen. Häufigkeiten, Grade und Entstehungsorte, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2011, 318 ff. Siehe ferner Urteil des OLG Hamm 26 U 151/08 vom 21. April 2009 = PflR 2009, 392 (schicksalshafte Entstehung eines Dekubitus).

<sup>169</sup> Kritisch K. WERDAN, Ist ein Dekubitus immer vermeidbar?, Der Internist 2002, 414 ff.

<sup>170</sup> Bejahend die deutsche Rechtsprechung, siehe Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14. Oktober 1999 = NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262 = RDG 2004, 129 = BeckRS 1999 30077171.

<sup>171</sup> Vgl. Urteil des OLG Zweibrücken 5 U 7/95 vom 13. Mai 1997 = PflR 1998, 88 = VersR 1997, 1281 = NJWE-VHR 1997, 282 (Dekubituschäden im Anschluss an eine Herzklappenimplantation am offenen Herzen begründen keinen Anscheinsbeweis für einen fehlerhaften Einsatz eines bei der Operation verwendeten Hochfrequenzchirurgiegeräts [hier: Elektrokauter]). Ferner Urteil des LG Hagen 2 O 134/98 vom 8. November 2000 = PflR 2002, 228 = RDG 2011, 155 (Haftung verneint bei Dekubitus nach Operation an einer an krankhafter Fettsucht leidenden Patientin mit Diabetes mellitus) und Urteil des LG Saarbrücken 16 O 329/07 vom 26. Februar 2009 = BeckRS 2011, 23771 (Haftung verneint für Lagerungsschaden nach Operation).

<sup>172</sup> Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 19/99 vom 4. August 1999 = NJW-RR 2000, 1267 = MDR 2000, 643 = PflR 2001, 40 = RDG 2004, 129 = VersR 2000, 767. Ibid.

<sup>173</sup> Vgl. Urteil des LG Münster 11 O 164/94 vom 7. Dezember 1995.

<sup>174</sup> Vgl. Urteil des OLG Zweibrücken 5 U 7/95 vom 13.5.1997 = PflR 1998, 88 = VersR 1997, 1281 = NJWE-VHR 1997, 282.

<sup>175</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 1 U 121/98 vom 14.10.1999 = NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262 = RDG 2004, 129 = BeckRS 1999 30077171.

<sup>176</sup> Vgl. Urteil des OLG Hamm I-4 U 186/10 vom 22.3.2011 = RDG 2011, 155.

**Ergänzende Literatur**

- BACHEM JÖRN/BÖRNER KARLHEINZ et al., Notwendiger Umfang der Pflegedokumentation aus haftungsrechtlicher Sicht. «Kasseler Erklärung» der Juristischen Expertengruppe Entbürokratisierung der Pflegedokumentation (Januar 2014), MedR 2014, 295 ff.
- BAUERNFEIND GONDA, Dekubitusprophylaxe und -behandlung. Praxisleitfaden zum Expertenstandard «Dekubitusprophylaxe in der Pflege», Stuttgart 2015
- BERGMANN KARL OTTO, Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliches Personal, MedR 2009, 1 ff.
- BERGMANN KARL OTTO, Haftungsrechtliche Aspekte der Neuordnung von Aufgaben des Pflegedienstes, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht (Hrsg.), 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft – 25 Jahre Arzthaftung. Von der Krähentheorie bis zum groben Behandlungsfehler, Berlin/Heidelberg 2011, 11 ff.
- BISCHOFBERGER GISÈLE/KESSELRING ANNEMARIE et al., Stürze im Pflegeheim. Bericht eines Gemeinschaftsprojekts, Freiburg i. Ü. 2002
- BOHNES HEIKE, Recht in der Pflege und in Gesundheitsberufen. Die wichtigsten Rechtsfragen schnell klären. Vom Abschluss des Pflegevertrags bis zum Nottestament, Regensburg 2015
- BUCHTER ARMIN/HEINEMANN AXEL et al., Rechtliche und kriminologische Aspekte der Vernachlässigung alter Menschen am Beispiel des Dekubitus. Explorative Studie anhand von 15 der Hamburger Staatsanwaltschaft in den Jahren 1998–2000 bekannt gewordenen Fällen, MedR 2002, 185 ff.
- CRAMER HENNING/FORAITA RONJA et al., Pflegefehler und die Folgen. Ergebnisse einer Befragung von Pflegenden in stationären Versorgungseinrichtungen, Pflege 2012, 245 ff.
- DEUTSCHES NETZWERK FÜR QUALITÄTSENTWICKLUNG IN DER PFLEGE, Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege, Osnabrück 2017
- DRESCHER TINA, Häusliche und institutionelle Pflege älterer Menschen als kriminologisches Problem, Frankfurt a.M. 2015
- ENSTHALER JÜRGEN, Haftungsrechtliche Bedeutung von Qualitätssicherungsvereinbarungen, NJW 1994, 817 ff.
- GASSNER MAXIMILIAN/SCHOTTKY EVI, Freiheit vor Sicherheit oder umgekehrt? Analyse und Kritik der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Stürzen in Alten- und Pflegeheimen, MedR 2006, 391 ff.
- GASSNER MAXIMILIAN/STRÖMER JENS M., Im Dickicht der Standards verfangen – Haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten in der Pflege, MedR 2012, 487 ff.
- GRÖSCHL DANIEL, Substitution und erweiterte Delegation ärztlicher Leistungen. Neue Formen von Arbeitsteilung in der Medizin, Hamburg 2015
- GROSSKOPF VOLKER, Haftungsrisiko «Dekubitus» – Vermeidung der Inanspruchnahme durch strategische Interventionen, RDG 2011, 116 ff.
- GROSSKOPF VOLKER/SCHANZ MICHAEL, Der Sturz – die Haftungsquelle im Gesundheitswesen, RDG 2006, 2 ff.
- GRÜNDLER BEAT M., Sturzprävention für Senioren und Seniorinnen. Die Rolle des Hüftprotektors in der Sturz-Fraktur-Prävention, Bern 2006
- HABERMANN MONIKA/CRAMER HENNING, Schlussbericht. Projekt. Pflegefehler, Fehlerkultur und Fehlermanagement in stationären Versorgungseinrichtungen, <www.hs-bremen.de/internet/de/forschung/projekte/detail/index\_15025.html> (zuletzt besucht am 25.3.2018)
- HABERMANN MONIKA/FORAITA RONJA et al., Categories of errors and error frequencies as identified by nurses. Results of a cross-sectional study in German nursing homes and hospitals, J Public Health 2013/21, 3 ff.
- HALLER U./WELTI S. et al., Von der Schuldfrage zur Fehlerkultur in der Medizin. Risiken, Fehler und Patientensicherheit, SÄZ 2006, 1665 ff.
- HART DIETER, Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen, MedR 2012, 1 ff.
- HELLMANN STEFANIE/RÖSSLEIN ROSA, Expertenstandard Dekubitusprophylaxe in der Pflege, Hannover 2014
- HÖFERT ROLF, Hygiene – Pflege – Fallbeispiele – Urteile. Praxistipps von A bis Z, Berlin/Heidelberg 2014
- HÖFERT ROLF, Von Fall zu Fall – Pflege im Recht. Rechtsfragen von A–Z, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017
- HUBER CHRISTIAN, Haftung für Pflegefehler, AJP 2011, 371 ff.
- KIESER UELI, Sozialversicherung und Pflegefehler, Pflege-recht 2017, 85 ff.
- KÖNIG JUTTA, 100 Fehler bei Stürzen im Heim und was Sie dagegen tun können, 2. Aufl., Hannover 2009
- KOTTNER J./DASSEN T. et al., Dekubitus in deutschen Pflegeheimen. Häufigkeiten, Grade und Entstehungsorte, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2011, 318 ff.
- KRAUSE ANNETTE, Haftung und Verantwortung in der ambulanten Pflege. Rechtliche Aspekte in 87 praxisnahen Fällen, Hannover 1997
- LAAG URSULA, Begutachtung von Pflegefehlern. (K)eine Aufgabe der Ärzte?, RDG 2013, 116 ff.
- LAHMANN NILS/KOTTNER JAN, Dekubitusprophylaxe: Die neuesten rechtlichen und tatsächlichen Erkenntnisse, RDG 2010, 12 ff.
- LANDOLT HARDY, Rechtskunde für Gesundheits- und Pflegeberufe, Bern 2004
- LANDOLT HARDY, Haftung für Decubitussschäden, in: Roland De Roche (Hrsg.), Störfall Decubitus – Handbuch zur gesundheitsökonomischen Bedeutung, Prävention und chirurgischen Therapie, Basel 2012, 42 ff.
- LANDOLT HARDY, Haftung für Dekubitussschäden, Pflege-recht – Pflegewissenschaft 2013, 208 ff.
- LANDOLT HARDY, Organisationshaftung für medizinische Dienstleistungen und Produkte, in: Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 312 ff.
- LANDOLT HARDY, Pflegefehler aus juristischer Sicht, Pflege-recht 2016, 66 ff.
- LANDOLT HARDY, Pflegefehler aus juristischer Sicht, Pflege-recht – Pflegewissenschaft 2016, 66 ff.
- LUDYGA HANNES, Die zivilrechtliche Haftung des Heimträgers nach einem Sturz im Heim, BtPrax 2008, 64 ff.
- MAHLBERG-BREUER ANGELIKA, Pflegedokumentation stationär. Handbuch für die Pflegeleitung, Hannover 2007

- MARTIS RÜDIGER, Sturz im Pflegeheim und im Krankenhaus, MDR 2007, 12 ff.
- MEDIZINISCHER DIENST DES SPITZENVERBANDES BUND DER KRANKENKASSEN E.V. (MDK), Jahresstatistik 2014. Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft, München 2015
- MINK MICHAEL, Der Sturz im Pflegeheim, SRA 2005, 211 f.
- NATIONALER VEREIN FÜR QUALITÄTSENTWICKLUNG IN SPITÄLERN UND KLINIKEN, Nationale Prävalenzmessung Sturz und Dekubitus. Nationaler Vergleichsbericht Messung 2013 – Erwachsene; Juli 2014/Version 1.0, <www.hplus.qualite.ch/fileadmin/documents/20141010\_Prävalenzmessung2013\_Vergleichsbericht\_Erwachsene\_V1\_de\_final.pdf> (zuletzt besucht am 25.3.2018)
- PÄRLI KURT, ZWANGSMASSNAHMEN IN DER PFLEGE, AJP 2011, 360 ff.
- PFLEIDERER THOMAS/SCHUBERT BJÖRN G., Pflegemängel als Kausalitätsproblem. Rechtspraktische Überlegungen am Beispiel von Dekubitus und Exsikkose, MedR 2005, 591 ff.
- PHILBERT-HASUCHA SABINE, Dekubitus – Prophylaxe in der Pflege. 2. Teil, Heilberufe 2008/2, 33 ff.
- RALIC NADA, Expertenstandards in der ambulanten Pflege. Ein Handbuch für die Pflegepraxis, Stuttgart 2013
- VON REIBNITZ CHRISTINE, Modernes Wundmanagement im Spannungsfeld zwischen Anspruch und Wirtschaftlichkeit, RDG 2005, 106 ff.
- SHELL WERNER/DI BELLA MARCO, Vereinfachung der Pflegedokumentation – Wunsch oder Wirklichkeit?, RDG 2014, 170 ff.
- SCHMIDT SIMONE, Organisation und Haftung in der ambulanten Pflege. Praxisbuch, Heidelberg 2009
- SCHMIDT SIMONE, Expertenstandards in der Pflege – eine Gebrauchsanleitung, 2. Aufl., Berlin 2012
- SPICKHOFF ANDREAS/SEIBL MAXIMILIAN, Haftungsrechtliche Aspekte der Delegation ärztlicher Leistungen an nicht-ärztliches Medizinpersonal. Unter besonderer Berücksichtigung der Anästhesie, MedR 2008, 463 ff.
- STRÄSSNER HEINZ R., Der Dekubitus im Lichte der jüngeren Rechtsprechung (1. Teil), PflR 2007, 461 ff.
- STRÄSSNER HEINZ R., Der Dekubitus im Lichte der jüngeren Rechtsprechung (2. Teil), PflR 2007, 514 ff.
- THEUERKAUF KLAUS, Zivilrechtliche Verbindlichkeit von Expertenstandards in der Pflege, MedR 2011, 72 ff.
- WAGNER PIERRE-ANDRÉ, Pflege und Recht. Ein Reiseführer für Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, Bern 2009
- WAGNER UWE, Positionierung: Lagerungen und Positionswechsel. Ein Praxisbuch für die Pflege, 2. Aufl., München 2018
- WEBER MARTINA, 50 Fragen zur sogenannten Überlastungsanzeige in Pflegeeinrichtungen, Hannover 2011
- WERDAN K., Ist ein Dekubitus immer vermeidbar?, Der Internist 2002, 414 ff.
- ZINK NOËLLY, Medizinische Fehlermeldesysteme. Einführungspflicht, haftungsrechtliche Konsequenzen und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung, Baden-Baden 2010