

Arzthaftungsrecht: Deutschland versus Schweiz

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|--|------------|
| I. | Einleitung | 122 |
| II. | Positivismus | 123 |
| | A. Patientenrechtgesetz – Entstehung | 123 |
| | B. Wesentlicher Inhalt des Patientenrechtgesetzes | 124 |
| | C. Arzthaftungsrechtliche Gesetzesartikel aus dem Patientenrechtgesetz | 125 |
| | D. Umgang der Rechtsprechung mit dem Patientenrechtgesetz | 131 |
| | E. Vorteile und Nachteile des Positivismus | 132 |
| | F. Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Arzthaftung | 133 |
| III. | Haftungsbegründende Sachverhalte | 135 |
| | A. Medizinischer Eingriff ohne hinreichende Aufklärung/Einwilligung | 135 |
| | B. Unterschiede in Bezug auf die Aufklärungspflichten | 137 |
| | 1. Vorbemerkung | 137 |
| | 2. Eingriffsaufklärung | 138 |
| | a) Allgemeines | 138 |
| | b) Spezifizierung der Eingriffsaufklärung durch die Risikoaufklärung | 139 |
| | 3. Sicherungsaufklärung | 142 |
| | 4. Wirtschaftliche Aufklärung | 142 |
| | C. Unterschiede in Bezug auf die Sorgfaltspflichten | 143 |
| | 1. Allgemeines | 143 |
| | 2. Grober Behandlungsfehler | 146 |
| | 3. Umgang mit Leitlinien | 148 |
| | 4. Kompetenz des Arztes in hierarchischer Hinsicht/Delegation | 151 |
| | 5. Dokumentationspflichten | 152 |
| | 6. Zur Rolle des Sachverständigen | 154 |
| IV. | Beweisfragen | 156 |
| | A. Beweislast | 156 |
| | B. Beweislastumkehr | 157 |
| | C. Beweisgrad | 159 |
| V. | Offene Fragen in der Schweiz, welche in Deutschland durch die Rechtsprechung bereits geklärt sind | 160 |
| | A. Haftung für Hygienemängel | 160 |

* Dr. iur., CAS Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Juristin im FMH Rechtsdienst, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Versicherungsmedizin Universitätsspital Basel, Bildungsbeauftragte Deutschschweiz Swiss Insurance Medicine.

** Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Sozial- und Privatversicherungsrecht sowie Haftpflichtrecht, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

| | |
|---|------------|
| B. Haftung für Organisationsmängel | 161 |
| C. Stellenwert der telefonischen Aufklärung | 163 |
| D. Rechtfertigungswirkung der hypothetischen Einwilligung | 164 |
| 1. Allgemeines | 164 |
| 2. Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung bei spezifischen Aufklärungspflichten? | 166 |
| E. Bindungswirkung einer Patientenverfügung | 166 |
| 1. Allgemeines | 166 |
| 2. Haftung für den Behandlungsabbruch bei schwerstkranken Patienten | 168 |
| «Liebesbarometer»: Warum ich das schweizerische bzw. deutsche Arzthaftpflichtrecht (nicht mehr) mag! | 171 |

I. Einleitung

Das Arzthaftungs- bzw. Medizinrecht spielt sich zunehmend im internationalen Kontext ab. Dies zeigen zum Beispiel die Entwicklungen im Medizinprodukte-recht, wo derzeit in der Schweiz ein Vernehmlassungsverfahren zur Umsetzung der EU-Verordnung 2017/45 über Medizinprodukte (Medical Devices Regulation (MDR) und der Verordnung über In-vitro-Diagnostika (In-Vitro Diagnostic Medical Devices Regulation, IVDR) läuft. Die Schweiz ist auf der Basis des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement, MRA) in die europäische Marktüberwachung integriert und muss die beiden neuen Verordnungen zeitgerecht in nationales Recht überführen, um unter anderem eine effektive und effiziente Marktüberwachung sicherzustellen.

Ein weiterer Aspekt sind die haftungsrechtlichen Implikationen im Bereich der künstlichen Intelligenz und der Medizintechnik. Der Einsatz von Apps, Robotern und Algorithmen sind medizinischer Alltag. Hier hinkt das Recht den Innovationen in der Medizintechnik hinterher. Rechtsprechung und Gesetzgebungsverfahren halten mit der rasanten Entwicklung in der Medizintechnik nicht Schritt, wodurch ein Regelungsvakuum entsteht.

Eine der weiteren grossen Herausforderungen aus haftpflichtrechtlicher Sicht ist die Interdisziplinarität zwischen den medizinischen Fachdisziplinen einerseits und Medizinal- und nichtuniversitären Gesundheitsberufen andererseits. Die demographische Entwicklung, die Überalterung der Gesellschaft und der steigende Pflegebedarf und der damit verbundene in der Pflege herrschende Fachkräftemangel sind unbestritten. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des National-

rates hat aktuell im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens dazu ein Bundesgesetz und drei Bundesbeschlüsse verabschiedet, die zusammen den indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Für eine starke Pflege (Pflegeinitiative)» bilden.¹ Neue haftungsrechtliche Konstellationen, mit welchen die Rechtsprechung bis dato nicht befasst war, werden die Gerichte zunehmend beschäftigen.

Die Analyse der Rechtsprechung der Schweiz und derjenigen von Deutschland lässt die Schlussfolgerung zu, dass Deutschland auf Grund der Grösse seines Landes eine Vielzahl von Präjudizien zu neuen haftungsrechtlichen Konstellationen aufweist. Zusätzlich trat in Deutschland 2013 das deutsche Patientenrechtegesetz in Kraft. In der Schweiz lebt das Arzthaftungsrecht demgegenüber von einer im Vergleich spärlichen Rechtsprechung und einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, die sich in diversen Bundesgesetzen und kantonalen Gesetzen finden. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Parallelen und Unterschieden des deutschen und schweizerischen Arzthaftpflichtrechts.

II. Positivismus

A. Patientenrechtegesetz – Entstehung

Im Februar 2013 trat in Deutschland das Patientenrechtegesetz in Kraft. Mit dem «Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten» wurde die Informationslage für Patienten wie auch für die behandelnden Ärzte transparent gemacht, indem die bisher ergangene Rechtsprechung kodifiziert wurde. Der durch die umfangreiche Rechtsprechung erzielten Rechtszersplitterung sollte damit entgegengewirkt werden. Im Fokus des Gesetzgebers stand die Rechtssicherheit sowohl für Patienten als auch für behandelnde Ärzte sowie die Stärkung der Rechte der Patientinnen und Patienten gegenüber den Leistungsträgern im sozialversicherungsrechtlichen Kontext.

Im Mittelpunkt des Gesetzes stehen der Behandlungsvertrag und die damit verbundenen Pflichten der Behandelnden, die konkrete Ausgestaltung der Informations- bzw. Aufklärungspflichten, Regelungen zur Dokumentation der Behandlung und zum Einsichtsrecht der Patientin bzw. des Patienten in Krankenunterlagen sowie die Einführung gesetzlicher Vermutungen, die Beweislastregeln auf-

¹ <www.bag.admin.ch/bag/de/home/berufe-im-gesundheitswesen/gesundheitsberufe-der-tertiaerstufe/vi-pflegeinitiative.html>, zuletzt besucht am 13.08.2019.

stellen. Zudem hält die Förderung der Fehlervermeidungskultur Einzug in das Gesetz. Ziel ist es, die Behandlungsabläufe mit dieser gesetzlichen Grundlage im Interesse der Patientensicherheit zu optimieren.

Einen weiteren Schwerpunkt des Patientenrechtegesetzes bildet die Stärkung der Rechte der Patientinnen und Patienten gegenüber den Leistungsträgern und bei Behandlungsfehlern im sozialversicherungsrechtlichen Kontext sowie die Stärkung der Patientenbeteiligung in der Selbstverwaltung. Patientensicherheit ist eng verknüpft mit den Patientenrechten. HART fasst es mit folgenden Worten zusammen: «Ein Meilenstein des Patientenrechtegesetz in Deutschland ist das Patientenrechtegesetz (PatRG) von 2013, auch wenn seine Reichweite – mehrfach kritisiert – auch im Hinblick auf alle Patientensicherheitsdefinitionen beschränkt ist».²

B. Wesentlicher Inhalt des Patientenrechtegesetzes

Das Patientenrechtegesetz kodifiziert das Arzthaftungsrecht im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Das Gesetz enthält des Weiteren Änderungen des fünften Sozialgesetzbuches, der Patientenbeteiligungsverordnung und Änderungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes. Das Patientenrechtegesetz hat einen «prominenten» Platz im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch eingenommen. Der medizinische Behandlungsvertrag wird systematisch als Untertitel zu Titel 8 «Dienstvertrag und ähnliche Verträge» in das BGB integriert. Der Gesetzgeber hat im BGB einen neuen Untertitel «Behandlungsvertrag» vorgesehen, indem die wesentlichen vertraglichen Rechte der Patientinnen und Patienten sowie die bis zum in Kraft treten des Gesetzes ergangene Rechtsprechung des Arzthaftungsrechts kodifiziert wurde. Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch wurde dem Patientenrechtegesetz somit ein eigener Abschnitt eingeräumt.

Die Patientenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch im Rahmen des Patientenrechtegesetzes erstrecken sich auch auf die Behandlungsverhältnisse wie zum Beispiel mit Heilpraktikern, Masseuren, medizinischen Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten und Hebammen. Diese Erweiterung auf weitere Gesundheitsberufe verbessert die Patientensicherheit.

² HART DIETER, Patientensicherheit im Medizin- und Gesundheitsrecht, Entwicklungen seit 2011, MedR 2019, 509 ff., 509; JAEGER LOTHAR, Patientenrechtegesetz Überblick über die neue deutsche Regelung, HAVE 2015, 3 ff.; HERZOG-ZWITTER IRIS, Das Patientenrechtegesetz in Deutschland, Pflegerecht 2013, 112.

Pflege und Betreuung fallen jedoch nicht unter die Behandlungsverhältnisse des Patientenrechtegesetzes. Eine Rechtsgrundlage für Behandlungsverhältnisse auch gewisser Sparten der Gesundheitsberufe dient sowohl der Rechtssicherheit als auch der Rechtsstabilität.

Die Separierung der Bereiche Pflege und Betreuung von den übrigen nichtuniversitären Gesundheitsberufen und von den universitären medizinischen Gesundheitsberufen bringt wieder eine Rechtszersplitterung mit sich. Die Interdisziplinarität insbesondere zwischen Ärzten und Pflegefachpersonen ist medizinischer Alltag und stellt neue Herausforderungen und Anpassungen an das Recht. Es wäre deshalb angezeigt gewesen, zumindest auch den Pflegebereich dem Patientenrechtegesetz zu unterstellen.

C. Arzthaftungsrechtliche Gesetzesartikel aus dem Patientenrechtegesetz

Die in § 630a Absatz 1 BGB vorgesehenen Pflichten beim Behandlungsvertrag basieren auf der Rechtsprechung der deutschen Gerichte:

«Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist».

Der Gesetzgeber spricht von medizinischer Behandlung durch den Behandler. Interessant in diesem Kontext ist, dass grundsätzlich eine ärztliche Diagnosestellung nur durch den Arzt erfolgen kann. Es ist folglich die Aufgabe der Gerichte, den Gesetzeswortlaut mittels Präjudizien zu präzisieren. Der Behandler schuldet gemäss Absatz 2 § 630a BGB den allgemein anerkannten fachlichen Standard. In Absatz 2 des § 630a BGB stellt der Gesetzgeber klar, welche Behandlungsqualität der Arzt aus dem Behandlungsvertrag schuldet:

«Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist».

Dieser elementare Grundsatz zum medizinischen Standard zum Zeitpunkt der Behandlung ist in der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz verankert, mit dem Unterschied, dass in Deutschland die Rechtsprechung Einzug in einen Gesetzesartikel gefunden hat. Gleichzeitig ermöglicht § 630a Abs. 2 BGB durch den Zusatz, «soweit nicht etwas anderes vereinbart ist», individuelle Absprachen zwischen dem Behandler und dem Patienten.

In § 630 c Abs. 2 BGB sind die Informationspflichten gesetzlich geregelt:

«Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen».

Damit wird ein Teilaspekt der Aufklärung gesetzlich geregelt. Der Gesetzgeber hat die therapeutische Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung im Sinne der Rechtsprechung in § 630c Abs. 2 BGB aufgegriffen. Die Unterlassung einer therapeutischen Aufklärung bzw. der Sicherungsaufklärung ist als Behandlungsfehler verbunden mit der Beweislast des Patienten zu qualifizieren. Ein juristischer Fokus ist auf folgende Formulierung des § 630 c Abs. 2 BGB zu setzen:

«Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren».

Neu ist in dieser Gesetzestextformulierung, dass eine solche Information auch auf Nachfrage des Patienten zu erteilen ist und es keinen Unterschied macht, ob gesundheitliche Gefahren abgewendet werden. Dem Arzt wird eine Aufklärungspflicht auferlegt, welche ausschliesslich im Interesse des Patienten liegt. Der Behandler hat in der konkreten Situation gut abzuklären, wann «Umstände erkennbar sind, die auch die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen». Eine Rechtsprechung zu diesem Teilaspekt der Aufklärung existiert in der Schweiz bis dato nicht. Ob der Ermessensspielraum, den der Gesetzeswortlaut begründet, im Sinne der Rechtssicherheit ist, bleibt dahingestellt.

In Abs. 3 des § 630 c BGB greift der Gesetzgeber die wirtschaftliche Aufklärung auf:

«Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist oder ergeben sich aus den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte, muss er den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren. Weitergehende Formanforderungen aus anderen Vorschriften bleiben unberührt».

Interessanterweise gibt es nach wie vor kaum Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Aufklärung im Rahmen der Arzthaftung. Diesbezügliche rechtliche Auseinandersetzungen sind zumindest in der Schweiz nach wie vor im Sozialversicherungsrecht festzustellen.

Abs. 4 von § 630c BGB spricht von der Verzichtserklärung des Patienten:

«Der Information des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Behandlung unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information ausdrücklich verzichtet hat».

Was in der Praxis «aufgrund besonderer Umstände» heisst, wird die Rechtsprechung zu präzisieren zu haben. Ein Verzicht des Patienten auf Information darf auf keinen Fall ein Regelfall darstellen, ausserordentliche Umstände sind gefragt. In der Begründung zum Gesetz wird explizit darauf hingewiesen, dass an die Wirksamkeit eines solchen Verzichts hohe Anforderungen zu stellen sind.

Mit dem Gesetzeswortlaut zur Einwilligung in § 630d Abs. 1 BGB wird die Einwilligung des Patienten zu einer vertraglichen Pflicht.³ Dieser in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz fand zu Recht Einzug in das Gesetz und bildet auch Teil der Rechtsprechung Schweizer Gerichte. Mit den nachfolgenden beiden Sätzen bezieht der Gesetzgeber Stellung, wie im Fall der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten seitens der behandelnden Person vorzugehen ist:

«Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht».

Sofern eine Patientenverfügung vorliegt und der Patient einwilligungsunfähig ist, ist keine Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen. Explizit wird auf § 1901 a Absatz 1 Satz 1 BGB hingewiesen, welcher wiederum auf den Betreuer hinweist.⁴ Diesbezüglich ist nachfolgend auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu verweisen. Für den Behandler, der nicht rechtzeitig für eine unaufschieb-

³ «Vor der Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen».

⁴ § 1901 a Abs. 1 Satz 1 BGB lautet: «Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen».

bare Massnahme die Einwilligung des Patienten einholen kann, gibt der Gesetzeswortlaut insofern Antwort, als der Behandler diese auch ohne Einwilligung durchführen kann, wenn sie dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

Mit § 630 e BGB hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht zusammengefasst, welche auch für das Schweizer Arzthaftungsrecht gilt. Insbesondere die Parameter der Eingriffsaufklärung werden präzise formuliert:

«... den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie».

Sowohl der Patient als auch der Behandler werden mittels dieses Gesetzestextes informiert, um was es bei der Eingriffsaufklärung geht bzw. welches die Pflichten des Behandlers in diesem Kontext sind. Dass die Aufklärung mündlich zu erfolgen hat, ist in § 630e Abs. 2 BGB niedergeschrieben. Und ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält. Die Aushängung des Textes wird vorausgesetzt, sofern der Patient ergänzend in Textform aufgeklärt wird.

Die Zeitkomponente des Aufklärungsgesprächs bildet regelmässig Gegenstand der Rechtsprechung. Mit der Formulierung – «...so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann» – wird zum Ausdruck gebracht, dass der Patient zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts ausreichend Gelegenheit haben muss, sich innerlich frei entscheiden zu können.⁵

Aber nicht nur der Patient erfährt eine Stärkung seiner Rechtsstellung, sondern auch der Behandler. § 8 der ärztlichen (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte sieht folgenden Gesetzeswortlaut vor:

«...insbesondere vor diagnostischen oder operativen Eingriffen ist soweit möglich eine ausreichende Bedenkzeit vor der weiteren Behandlung zu gewährleisten. Je weniger eine Massnahme medizinisch geboten oder je grösser ihre Tragweite ist, umso ausführlicher und eindrücklicher sind Patientinnen oder Patienten über erreichbare Ereignisse und Risiken aufzuklären».⁶

⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 131/02 vom 25. März 2003 E. 2.

⁶ <www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/>, besucht am 08.08.2019.

Die Aufklärungskriterien für die Aufklärung von sprachunkundigen Patienten sind in § 630e Abs. 2 Ziff. 3 BGB geregelt. Die Aufklärung muss für den Patienten verständlich sein. Nach der Rechtsprechung muss bei mehreren möglichen Behandlungsmethoden über die verschiedenen Möglichkeiten aufgeklärt werden. § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB lautet:

«Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können».

Massgebend bei der Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden ist der medizinische Standard, der für den Behandler gilt. Dem Patienten obliegt es im Rahmen seines Selbstbestimmungsrechts, sich für die eine oder andere Behandlungsmethode zu entscheiden. Ein in der Praxis immer wieder diskutierter Punkt ist, wer die Aufklärung durchführen muss. Kann die Aufklärung delegiert werden? Hierzu bezieht der Gesetzgeber in § 630e Abs. 2 BGB Stellung: ...die Aufklärung muss durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Massnahme notwendige «Ausbildung» verfügt. Der Gesundheitsausschuss begründet die Wahl des Terminus:

«Die Formulierung «Ausbildung» soll klarstellen, dass die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen darf, die aufgrund ihrer abgeschlossenen fachlichen Ausbildung die notwendige theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahme erworben hat, auch wenn sie möglicher Weise noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist. Durch die geforderte «Ausbildung» ist weiterhin sichergestellt, dass die Person über die nötigen Kenntnisse verfügt, um den Patienten umfassend über sämtliche für die Durchführung der Maßnahme wesentliche Umstände aufzuklären. Die Regelung entspricht den Anforderungen aus der bisherigen Praxis und trägt insbesondere den Bedürfnissen des Krankenhausalltags Rechnung, um eine gute medizinische Aufklärung und Behandlung von Patientinnen und Patienten mit dem vorhandenen ärztlichen Personal zu gewährleisten».⁷

Neu im Gesetz wurde in § 630e Abs. 2 BGB geregelt, dass Aufklärungsbögen und Einwilligungserklärungen an den Patienten ausgehändigt werden müssen. Mit der gesetzlichen Verankerung der Dokumentationspflicht im Gesetz wurde neu die

⁷ <www.bundesaerztekammer.de/>, besucht am 26.07.2019.

Verpflichtung vorgesehen, die Patientenakte «in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang» mit der Behandlung zu führen. Zudem müssen Berichtigungen und Änderungen in der Dokumentation erkennbar sein.

Der in § 630f Absatz 2 BGB geregelte Umfang der dokumentationspflichtigen Inhalte geht über die Parameter der Rechtsprechung hinaus. So müssen «sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse» aufgezeichnet werden, insbesondere «die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen».

Die Einsichtnahme in Behandlungsunterlagen ist in § 630g Abs. 1 BGB geregelt. Das therapeutische Privileg zum Schutz des Patienten erfordert im Einzelfall ein Abwägen der Umstände des Einzelfalles:

«Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden».

Der Patient kann auch elektronische Abschriften der Patientenakte verlangen. Die Kosten hat dafür der Patient zu tragen.

Die postmortale Schweigepflicht bzw. das Einsichtsrecht nach dem Tod des Patienten ist in § 630g Abs. 3 BGB gesetzlich verankert:

«Im Fall des Todes des Patienten stehen die Rechte aus den Absätzen 1 und 2 zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen seinen Erben zu. Gleiches gilt für die nächsten Angehörigen des Patienten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen. Die Rechte sind ausgeschlossen, soweit der Einsichtnahme der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Patienten entgegensteht».

Die Beweislastverteilung bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler gemäss § 630 h BGB richtet sich grundsätzlich nach dem im Zivilrecht verankerten Grundsatz, dass der Patient die Beweislast für den Behandlungsfehler trägt. Will der Patient einen Anspruch aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers geltend machen, so hat er den Behandlungsfehler, die eingetretene Gesundheitsverletzung sowie den eingetretenen Schaden darzulegen und zu beweisen. Zudem hat er den Nachweis über die Kausalität zwischen Fehler und Gesundheitsverletzung (sog. haftungsbegründende Kausalität) und zwischen Gesundheitsverletzung

und Schaden (sog. haftungsausfüllende Kausalität) zu führen. Zusätzlich muss dem Arzt oder einer Hilfsperson entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden können, was bei einem objektiv festgestellten Behandlungsfehler zunächst widerlegbar vermutet wird.

Der Gesetzgeber hat die weiteren in § 630h BGB gesetzlich verankerten Fallgruppen basierend auf der dazu ergangenen Rechtsprechung vorgesehen. In § 630h Abs. 1 BGB normiert der Gesetzgeber die Beweislast beim «voll beherrschbaren Risiko». In § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB ist die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastverteilung bei einer Aufklärungspflichtverletzung verankert. Demnach hat der Behandelnde den Beweis zu erbringen, dass er eine Einwilligung gemäss § 630d BGB eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB aufgeklärt hat. Die hypothetische Einwilligung findet ihren Platz in § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB. In § 630h Absatz 3 BGB wird vermutet, dass eine Massnahme nicht getroffen wurde, wenn der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Massnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt hat. Eine weitere Beweislastregel zum Anfängerfehler findet sich in § 630h Abs. 4 BGB:

«War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war».

Beim groben Behandlungsfehler hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass der Patient von der Beweislast befreit ist, denn die Vermutung ist gegeben, dass der grobe Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Die letzte Kategorie ist in § 630h Absatz 5 Satz 2 BGB geregelt. Diese Umkehr der Beweislastumkehr gilt auch beim Befunderhebungsmangel:

«...Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre».

D. Umgang der Rechtsprechung mit dem Patientenrechtegesetz

Der BGH wendet das Patientenrechtegesetz nicht nur in seinem eigentlichen Geltungsbereich an, sondern betrachtet die darin enthaltenen Grundsätze als allgemeine Rechtsgrundsätze, welche auch in anderen Bereichen massgeblich sind.

Exemplarisch ist das Urteil des BGH vom 10. Mai 2016, in welchem im Zusammenhang mit der Tiermedizin explizit auf das Patientenrechtegesetz Bezug genommen wird.⁸

Der VI. Zivilsenat, welcher u.a. für die Arzthaftung einschliesslich der Haftung des Tierarztes zuständig ist, hat die in der Humanmedizin entwickelten Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern, insbesondere auch bei Befunderhebungsfehlern, auch im Bereich der tierärztlichen Behandlung angewandt, weil beide Tätigkeiten sich auf einen lebenden Organismus beziehen:

Bei der tierärztlichen Behandlung kommt – wie in der Humanmedizin – dem für die Beweislastumkehr maßgeblichen Gesichtspunkt, einen Ausgleich dafür zu schaffen, «dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitert oder verschoben worden ist, auch bei der tierärztlichen Behandlung eine besondere Bedeutung zu. Auch der grob fehlerhaft handelnde Tierarzt hat durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die anerkannten Regeln der tierärztlichen Kunst Aufklärungserschwernisse in das Geschehen hineingetragen und dadurch die Beweisnot auf Seiten des Geschädigten vertieft».⁹

E. Vorteile und Nachteile des Positivismus

Was bringt ein Patientenrechtegesetz? Das Patientenrechtegesetz kann als Leitfaden für die Gerichte angesehen werden. Dadurch sind Übersichtlichkeit und Transparenz für alle im Arzthaftungsrecht tätigen Stakeholders gegeben. Aber nicht nur der Arzt und der Jurist können auf diese Grundlage zurückgreifen, sondern auch der Patient kann auf Grund der Verständlichkeit und der Struktur dieses Gesetzes bei haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten im Sinne eines Leitfadens darauf greifen. Das bis dato nur in Richterrecht gesprochene Arzthaftungsrecht erfährt durch die Kodifikation eine gesetzliche Grundlage, die für jedermann abrufbar ist. Die Stärkung der Patienteninformation und Patientenbeteiligung und ein verbesserter Patientenschutz sind die Folge.

Ein Nachteil ist jedoch die Dynamik, die dem Medizinrecht allgemein und dem Arzthaftungsrecht innewohnt und an welche das Patientenrechtegesetz gekoppelt ist. Somit liegt es auf der Hand, dass das Gesetz den aktuellen Entwicklungen

⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 247/15 vom 10. Mai 2016.

⁹ Ibid. E. 2 d aa.

nachhinkt, sofern der Gesetzeswortlaut zu wenig Ermessensspielraum zulässt. Richterrecht, welches nicht an die Parameter eines Patientenrechtegesetzes gekoppelt ist, hat hingegen die Möglichkeit, sich den aktuellen technischen, medizinischen und rechtlichen Entwicklungen stetig anzupassen bzw. neue Präjudizien zu schaffen.

Die Schweiz kennt auf Bundesebene kein Patientenrechtegesetz, jedoch eine Vielzahl von kantonalen Gesundheitsgesetzen. Die kantonalen Gesundheitsgesetze regeln mitunter – nicht abschliessend und zudem sehr heterogen – Rechte und Pflichten der Patienten, nehmen aber keinen Bezug auf das Haftungsrecht. Lediglich im Geltungsbereich der Staatshaftung werden vereinzelt Haftungsgrundsätze in Bezug auf das medizinische Behandlungsverhältnis statuiert. Ob diese Rechtszersplitterung der Patientensicherheit entgegensteht oder geradezu Garant für die notwendige Dynamik der Rechtsprechung darstellt, mag dahingestellt bleiben. Eine Rechtsprechung, die nur auf einzelne Grundnormen zurückgreift, hat unbestritten mehr Dynamik inne, als wenn der Rahmen eines Gesetzes die Parameter vorgibt.

F. Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Arzthaftung

Bei Rechtsstreitigkeiten, welche grenzüberschreitende Fragen aufwerfen, die sinnvollerweise von den nationalen Rechtsordnungen einheitlich beantwortet werden sollten, auch wenn keine staatsvertragliche Verpflichtung besteht, zieht das Bundesgericht bei der Auslegung des schweizerischen Rechts bzw. bei der Beantwortung offener Rechtsfragen Urteile anderer nationaler Gerichte bei. Beispielsweise sind im Zusammenhang mit Patentverletzungen die in Grossbritannien und Deutschland ergangenen Präjudizien zu berücksichtigen.¹⁰

Bei Rechtsstreitigkeiten demgegenüber, bei denen sich keine grenzüberschreitenden Fragen stellen bzw. jede nationale Rechtsordnung eine eigene Regelung vorsehen kann, fehlt eine klare Praxis, ob und inwieweit die schweizerischen Gerichte verpflichtet sind, im Ausland ergangene Präjudizien zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts vermittelt den Eindruck, dass die schweizerischen Richter nach Belieben sich auf Urteile ihrer ausländischen Kollegen (nicht) beziehen dürfen. Einmal werden Urteile des BGH herangezogen¹¹, in anderen Fällen demgegenüber nicht. Schliesslich weist das Bundesgericht zur Rechtfertigung

¹⁰ Vgl. BGE 143 III 666 E. 5.4.1.

¹¹ Vgl. z.B. BGE 142 III 657 E. 4.6.1.

eines Auslegungsergebnisses darauf hin, dass sich die fragliche Lösung auch in vergleichbaren Rechtsordnungen durchgesetzt habe.¹²

Diese Feststellung gilt auch für das Arzthaftpflichtrecht. Das Bundesgericht hat beispielsweise auf die einschlägigen Entscheide des BGH im Zusammenhang mit der Haftung für den Schaden eines unerwünschten Kindes¹³ oder bei der Konkretisierung des Inhalts und des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht¹⁴, Sorgfaltspflicht¹⁵ bzw. Dokumentationspflicht¹⁶ hingewiesen. Die rechtsvergleichende Auslegung ist im Arzthaftungsrecht langgelebte Realität, wie das Beispiel der Körperverletzungsdoktrin zeigt. Der medizinische Eingriff erfüllt tatbestandsmässig den Straftatbestand der Körperverletzung. Die Körperverletzungsdoktrin geht auf die deutsche Rechtsprechung aus dem Jahr 1894 zurück. Gemäss dem Urteil des damaligen Reichsgerichts erfüllt jeder ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung, bleibt jedoch dann straflos, wenn der Heileingriff medizinisch indiziert ist und einer Rechtfertigung durch eine wirksame Einwilligung des Patienten erfährt. Das Reichsgericht entschied in casu, dass ein Oberarzt – er hatte eine medizinisch indizierte Fussamputation bei einem Kind ohne die Einwilligung des Vaters vorgenommen – eine Körperverletzung begangen hatte.¹⁷

Dieser Rechtsprechung zur Körperverletzungsdoktrin sind in Deutschland sowohl der 6. Zivilsenat des BGH als auch der 4. Strafsenat des BGH gefolgt. Die Pflicht des Arztes sei es, den kranken Menschen zu heilen. Diese Pflicht des Arztes findet seine Grenze bei der Selbstbestimmung des Patienten und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit. Diesem Grundsatz der Körperverletzungsdoktrin ist auch das schweizerische Bundesgericht gefolgt.¹⁸ Das schweizerische Bundesgericht hat bei der Verankerung der Eingriffsaufklärung im Entscheid 117 Ib 197 rechtsvergleichende Schlussfolgerungen zur deutschen Rechtsprechung gezogen.

Unbestritten sind die Grundparameter des Arzthaftungsrechts im deutschen Sprachraum dieselben. Als Folge des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes sollten Bundesgericht und die kantonalen Gerichte bei sich stellenden Rechtsfragen sowohl die deutsche als auch die österreichische Praxis entweder in allen Fällen heranziehen oder dann auf einzelfallweise Hinweise verzichten. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist zumindest im Anwendungsbereich des

¹² Vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.1.

¹³ Vgl. BGE 132 III 359 E. 4.4.1.

¹⁴ Vgl. BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2c.

¹⁵ Vgl. Urteil des BGer 8C_510/2007 vom 3. Oktober 2008 E. 7.5.3.

¹⁶ Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.1.

¹⁷ Vgl. Urteil des RGSt 25, 275.

¹⁸ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a.

Arzthaftpflichtrechtes von einer faktischen Bindungswirkung der Präjudizien deutschsprachiger Gerichte auszugehen. Ein Urteil im Bereich der grenzüberschreitenden Medizin ist dann gut begründet, wenn es nicht nur den Bewohnern der Schweiz, sondern auch der vergleichbaren Rechtsordnungen einleuchtet.

III. Haftungsbegründende Sachverhalte

A. Medizinischer Eingriff ohne hinreichende Aufklärung/Einwilligung

Als Folge der Körperverletzungsdoktrin ist auch ein Heileingriff prinzipiell strafbar und bedarf eines Rechtfertigungsgrundes. Die darauf Bezug nehmende Haftungstheorie des Erfolgsunrecht bejaht die Widerrechtlichkeit, wenn ein medizinischer Eingriff ohne hinreichende Aufklärung bzw. in der Folge auf Grund mangelnder Einwilligung erfolgt ist.¹⁹ Ein «zu Heilzwecken vorgenommener ärztlicher Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ist widerrechtlich, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund – insbesondere die Einwilligung des ausreichend aufgeklärten Patienten – vorliegt».²⁰

«Die vorherrschende Auffassung in Schrifttum und Rsp. geht nicht für das Zivilrecht, sondern sogar noch für das Strafrecht von der seltsamen Annahme aus, dass ein ärztlicher Heileingriff, der ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen wird, tatbestandlich eine Körperverletzung darstelle. Das ist falsch, denn jeder Laie kann zwischen dem fehlerhaften Einsatz eines Skalpell und einer Messerstecherei ohne Schwierigkeiten unterscheiden. Die Juristen hingegen erklären gerade diesen Unterschied für irrelevant (...). Ein Heileingriff stellt niemals eine Körperverletzung dar, auch dann nicht, wenn er fehlschlägt».²¹ In diesem Spannungsfeld von Medizin und Recht steht die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts «zur Verletzung absoluter Rechtsgüter ist ein solcher Eingriff rechtswidrig, falls er nicht auf einer die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Rechtfertigung beruht».²² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gründet die Erfordernis der Einwilligung des Patienten

¹⁹ Vgl. AEBI-MÜLLER REGINA et al., *Arztrecht*, Bern 2016, § 4 N 154.

²⁰ BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 Regeste E 1.

²¹ Vgl. HONSELL HEINRICH, *Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung*, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechtes*, Zürich 1994, 15.

²² BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a.

und der damit verbundene Aufklärungsanspruch in dessen allgemeinen Persönlichkeitsrechten sowie dem Recht auf körperliche Integrität.²³ Der Arzt handelt somit rechtswidrig, wenn er ohne Information und Einwilligung des Patienten die Operation durchführt.²⁴ Eine chirurgische Massnahme stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar.²⁵ Mit anderen Worten ist der Heileingriff ohne Rechtfertigungsgrund widerrechtlich und stellt eine Körperverletzung dar, auch dann wenn der Heileingriff *lege artis* erfolgt ist.

Das Leitbild des Heileingriffs als Körperverletzung ist in der Rechtsprechung des helvetischen Bundesgerichts ebenso wie in Deutschland – wie bereits dargelegt – verankert. Demnach stellt eine chirurgische Massnahme einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar.²⁶ Um die Rechtswidrigkeit auszuschliessen, muss eine die Widerrechtlichkeit ausschliessender Rechtfertigungsgrund gegeben sein.²⁷ Nur der ausreichend über den medizinischen Eingriff aufgeklärte Patient kann rechtsgültig einwilligen. Und allein der Inhaber des Rechtsgutes ist grundsätzlich befugt, über den Zweck des medizinischen Eingriffs zu entscheiden.

Der Arzt hat den Patienten über die Behandlung aufzuklären. Die Tragweite des medizinischen Eingriffs muss dem Patienten bewusst gemacht werden. Zur Behandlungsaufklärung gehört auch das Aufklären des Patienten über vorhersehbare Operationserweiterungen.²⁸ Dem Arzt obliegt es, den Patienten gemäss seinem Informationsanspruch «objektiv und angemessen über den geplanten Eingriff zu informieren». Der Arzt hat den Patienten über dessen «Gesundheitszustand und die Behandlungsaussichten, sowie über die Art, den Verlauf und die Risiken der Behandlung aber auch über deren Kosten und allfällige Alternativen» zu informieren. Die Einwilligung kann der Patient «nur in Kenntnis aller für den Eingriff wichtigen Faktoren abgeben».²⁹

²³ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.1; 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a; 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b; 114 Ia 350 = Pra 1989 Nr. 266 E. 6; 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 2.

²⁴ Vgl. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

²⁵ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a: Der 55-jährige Patient C. wurde von einer herunterfallenden Hecktür eines Lieferwagens am Kopf getroffen. In der Folge wurde in der Neurochirurgischen Klinik des Kantonsspitals A. eine Myelographie und eine Laminektomie durchgeführt. Es wurde eine intradurale Diskushernie diagnostiziert und entfernt. C. hatte nach der Operation eine vollständige schlaffe Lähmung beider Beine.

²⁶ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a.

²⁷ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a; 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b; 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 2 und 3.

²⁸ Vgl. Urteil des OLG Koblenz 5 U 667/03 vom 14. April 2005 = NJW-RR 2005, 815 = MedR 2005, 530 = VersR 2005, 1588 E. 17.

²⁹ Urteil des Bezirksgericht St. Gallen vom 6. Juli 1990 = SG 1990 Nr. 702 E. IV/A 1a.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes unterschiedliche Formen der Aufklärungspflicht entwickelt. Basierend darauf ist zwischen der Eingriffsaufklärung (Selbstbestimmungsaufklärung)³⁰, der Sicherungsaufklärung (therapeutische Aufklärung)³¹ und der wirtschaftlichen Aufklärung³² zu unterscheiden.³³

Das Bundesgericht zählt zu den ärztlichen Vertragspflichten unter anderen die sachgerechte Aufklärung des Patienten, «welche in mehrfacher Form rechtliche Bedeutung erlangt (...). Einmal hat der Arzt den Patienten oder dessen Betreuer im Rahmen der Behandlung über ein therapiegerechtes Verhalten aufzuklären (sog. Sicherungs- oder therapeutische Aufklärungspflicht), sodann ihn auf wirtschaftliche Besonderheiten aufmerksam zu machen und schliesslich über bekannte Risiken, namentlich eines chirurgischen Eingriffs, Aufschluss zu geben (Aufklärungspflicht im engeren Sinn)».³⁴

B. Unterschiede in Bezug auf die Aufklärungspflichten

1. Vorbemerkung

Unterschiede in Bezug auf die Aufklärungspflichten der helvetischen und deutschen Rechtsprechung³⁵ ist grundsätzlich die falsche Überschrift. Die deutsche Rechtsprechung in Bezug auf die Aufklärungspflichten ist viel umfassender und präziser. Der grundsätzliche Aufbau zu den Parametern der Aufklärungspflichten ist aber derselbe. Aber es gibt Unterschiede zurückzuführen auf länderspezifische und prozessrechtliche Grundlagen.

Eingriffsaufklärung, Sicherungsaufklärung und die wirtschaftliche Aufklärung sind von den Grundzügen in beiden Rechtsordnungen verankert. Im deutschen Rechtssystem haben die Aufklärungspflichten Eingang in das deutsche Patientenrechtegesetz gefunden. In beiden Rechtsordnungen gilt der Grundsatz, dass eine wirksame Einwilligung des Patienten dessen ordnungsgemässe Aufklärung voraussetzt.

³⁰ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1; 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a; 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b; 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4 und 6; 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 2 und 105 II 284 = Pra 1980 Nr. 135 E. 6b.

³¹ Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3.

³² Vgl. BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2a.

³³ Vgl. LANDOLT/HARDY/HERZOG-ZWITTER IRIS, Arzthaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, § 12 N 859 ff.

³⁴ BGE 108 II 61 = Pra 1982 Nr. 122 E. 2.

³⁵ Vgl. LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 33), § 12 N 860 ff.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Massstab des Ausmasses der Aufklärung auf der einen Seite die vom Arzt gestellte Diagnose und die nach den medizinischen Kenntnissen des damaligen Zeitpunktes mit dem Eingriff verbundenen Risiken. Ob die Diagnose rückblickend richtig war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Das Stellen einer falschen Diagnose bildet allenfalls einen selbständigen Haftungsgrund.³⁶

2. Eingriffsaufklärung

a) Allgemeines

Sinn und Zweck der Eingriffsaufklärung ist, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gesichert sein sollte, «indem gewährleistet wird, dass der Patient eine zutreffende Vorstellung davon hat, worauf er sich einlässt, wenn er der vorgesehenen Behandlung zustimmt».³⁷ Auch dieser im Patientenrechtegesetz verankerte Grundsatz, ist in der helvetischen Rechtsprechung verankert. Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert, dass der behandelnde Arzt auch über bestehende unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten aufklärt. Dies ist eine Voraussetzung der rechtmässigen Behandlung des Patienten.³⁸

Interessant ist die Position des BGH zur richterlichen Beurteilung der Behauptung eines Entscheidungskonflikts des Patienten zu erachten, welcher eine Aufklärungspflichtverletzung geltend macht. Der Tatrichter darf demnach in der Regel die Plausibilität des Vortrages des geschädigten Patienten betreffend des Entscheidungskonflikts nicht beurteilen, ohne den Patienten persönlich zu diesem Punkt gehört zu haben. Demzufolge darf der Tatrichter seine eigene Beurteilung des Konflikts nicht an die Stelle derjenigen des Patienten stellen.³⁹ Um einen Entscheidungskonflikt beurteilen zu können, bedarf es somit der persönlichen Anhörung. Dieser Ansatz sollte explizit aus Gründen der Rechtssicherheit und Patientensicherheit auch in der Rechtsprechung in der Schweiz verankert werden.

Die deutsche Rechtsprechung sieht auch das Risiko einer Sepsis als nicht aufklärungspflichtig an, da diese eine absolute Rarität sei. Aufklärungspflichtig erachtet die Rechtsprechung sowohl die Folgen und Risiken einer fehlerhaften Behandlung

³⁶ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 3b.

³⁷ Urteil des BGH VI ZR 117/18 vom 29. Januar 2019 E. 1b, ferner LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 33), § 12 N 940 ff.

³⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 313/03 vom 15. März 2005 E. 1.

³⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 174/03 vom 1. Februar 2005 E. 2.

als auch einen lokalen Infekt. Derartige Risiken müssten im Aufklärungsprotokoll genannt werden.⁴⁰

b) Spezifizierung der Eingriffsaufklärung durch die Risikoaufklärung

Übereinstimmung herrscht auch bezüglich des Grundsatzes, hat sich nur ein Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so kann aus dem Eingriff regelmäßig keine Haftung abgeleitet werden; dies gilt auch dann, wenn der Patient über andere aufklärungspflichtige Risiken nicht aufgeklärt worden ist, die sich aber nicht verwirklicht haben.⁴¹

Eine weitere Präzisierung zur Aufklärungspflicht des Arztes über seltene Risiken nahm die BGH 2004 mit dem Entscheid VI ZR 209/04 vor. Darin wird eine Aufklärungspflicht auch bei Risiken mit einer äusserst geringen Komplikationsdichte verlangt: «Entscheidend ist, dass es sich um ein spezifisch mit dem Eingriff verbundenes Risiko handelt, das bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet».⁴² Das spezifische Risiko zu beurteilen, obliegt den medizinischen Sachverständigen.

Diesem Ansatz des BGH liegt die Logik zu Grunde, dass die Aufklärungspflichten des Arztes sich auf die nachfolgende Behandlung und die damit zusammenhängenden Risiken ableiten, wobei wesentliche Risiken, auch wenn sie selten sind, aufklärungsbedürftig sind. Die Risikoaufklärung sollte deshalb auch in der Schweiz nicht an Prozentsätze angeknüpft werden. Jeder medizinische Haftpflichtfall ist ein Einzelfall und der menschliche Organismus des Einzelnen ist trotz der Vorgabe von medizinischen Leitlinien und Richtlinien einzigartig.

Generell gilt, dass der Arzt bei gewöhnlich mit grossen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, den Patienten ausführlicher aufklären und informieren muss, als wenn es sich um einen im allgemeinen unproblematischen Eingriff handelt. Man muss über diejenigen Risiken aufgeklärt werden, die in der Medizin allgemein bekannt und nicht beherrschbar sind, die nicht extrem selten und die für den zur Diskussion stehenden Eingriff typisch sind und die bei ihrer Realisierung die Lebensführung des Patienten in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würden. Erhöhte Anforderungen an die Risikoaufklärung sind bei nicht dringlichen Eingriffen zu stellen sowie bei nicht notwendigen,

⁴⁰ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 56/17 vom 4. Juli 2018 E. 2a.

⁴¹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 27/17 vom 28. Mai 2019 E. 2b.

⁴² Urteil des BGH VI ZR 209/04 vom 30. November 2004.

bloss wünschbaren Operationen, die für die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit nicht unabdingbar sind.⁴³

Gemäss Rechtsprechung des BGH sind alle behandlungstypischen Risiken generell Gegenstand der Risikoaufklärung «deren Kenntnis beim Laien nicht vorausgesetzt werden kann, die aber für die Entscheidung des Patienten über die Zustimmung zur Behandlung ernsthaft ins Gewicht fallen. Auch über ein gegenüber dem Hauptrisiko weniger schweres Risiko ist deshalb aufzuklären, wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, es für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet würde».⁴⁴

Der BGH bestätigte gemäss konstanter Rechtsprechung «ein Patient sei über schwerwiegende Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, grundsätzlich auch dann aufzuklären ist, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Risikostatistiken sind für das Mass der Aufklärung von nur geringem Wert (...). Entscheidend für die ärztliche Hinweispflicht ist nicht ein bestimmter Grad der Risikodichte, insbesondere nicht eine bestimmte Statistik. Massgebend ist vielmehr, ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet (...). Ist dies der Fall, dann sind zwar Art und Umfang der Aufklärung daran auszurichten, wie dringlich die beabsichtigte Operation ist; es ist jedoch regelmässig nicht Sache des Arztes, sondern des Patienten, darüber zu entscheiden, ob das mit dem Eingriff verbundene Risiko eingegangen werden soll».⁴⁵

⁴³ Vgl. Urteil des KGer AR vom 12. März 1999 = ARGVP 1999, 109 E. 1a/1b.

⁴⁴ Urteil des BGH VI ZR 74/05 vom 10. Oktober 2006 = VersR 2007, 66 = MedR 2008, 289 E.1: Es handelte sich um einen orthopädischen Eingriff, um mittels der Operation die Missbildung zu korrigieren. Die Eltern der damals 14-jährigen Klägerin unterzeichneten nach dem jeweilig erfolgten Aufklärungsgespräch einen Vordruck mit einer Einwilligungserklärung. Zusätzlich war handschriftlich eingefügt worden: «u. a. Infektion, Gefäss-, Nervenverletzung, Querschnitt; Eigenblut, Retransfusion, nur im Notfall Fremdblut».

⁴⁵ Urteil des BGH VI ZR 251/08 vom 29. September 2009 = MedR 2010, 494 = VersR 2010, 115 E. 1: Der Kläger erlitt bei einer Bypassoperation eine vollständige Erblindung. Über das Risiko einer Erblindung im Aufklärungsbogen wurde nicht ausreichend aufgeklärt. Dem Kläger sei zu seinen Gunsten zu unterstellen, dass das Berufungsgericht es offengelassen habe, «ob es sich bei N-AION um ein spezifisches Risiko der Bypass-Operation» handelt. Der Kläger habe in der Revision zutreffend ausgeführt, «dass die in der schriftlichen Aufklärung enthaltenden Hinweise auf Gehirnschäden infolge mangelnder Durchblutung nach Kreislaufstörungen/Embolie und Thrombose, Embolie im Hinblick auf das nicht ausdrücklich genannte Risiko der Erblindung verharmlosen» sei. Das Risiko der vollständigen Erblindung hätte beim Namen genannt werden müssen. Eine Haftung würde jedoch trotz der Aufklärungspflichtverletzung mangels Verschuldens ausscheiden, wenn die Beklagten gemäss dem Stand der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Behandlung das genannte Risiko nicht kennen mussten. Massgebend dafür würde die medizinische Wissenschaft sein:

In einem kürzlich ergangenen Urteil hat der BGH einmal mehr die Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung bestätigt. «Dabei müssen die in Betracht kommenden Risiken nicht exakt medizinisch beschrieben werden. Es genügt vielmehr, den Patienten «im Grossen und Ganzen» über Chancen und Risiken der Behandlung aufzuklären und ihm dadurch eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmass der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren zu vermitteln, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern. Dabei ist es nicht erforderlich, dem Patienten genaue oder annähernd genaue Prozentzahlen über die Möglichkeit der Verwirklichung eines Behandlungsrisikos mitzuteilen».⁴⁶ Der BGH präzisiert im vorliegenden Urteil, dass «Wahrscheinlichkeitsangaben im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung vor einer ärztlichen Behandlung haben sich grundsätzlich nicht an den in Beipackzetteln für Medikamente verwendeten Häufigkeitsdefinitionen des Medical Dictionary for Regulatory Activities zu orientieren».⁴⁷

Durch die hohen Anforderungen an die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, ist der Arzt verpflichtet, dem Patienten zu einem bestimmten Zeitpunkt die Risiken aufzuzeigen, die mit dem Eingriff verbunden sind. Massgebend ist, dass der Patient noch ausreichend Zeit hat seinen freien Willen auszuüben und sich innerlich frei zu entscheiden. Der BGH erachtet deshalb bei einer stationären Behandlung eine Aufklärung erst am Tag des Eingriffs als grundsätzlich verspätet an.⁴⁸

In dem Urteil vom 28. Mai 2019 bestätigt der BGH, falls sich nur Risiken verwirklicht haben, über die nicht aufzuklären war, kommt ein Wegfall der Haftung des Arztes für Aufklärungsversäumnisse lediglich nur dann in Betracht, wenn eine Grundaufklärung stattgefunden hat. Eine Grundaufklärung erachtet der BGH dann als erteilt «wenn dem Patienten ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt wird, die für seine körperliche Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen können. Dazu gehört in aller Regel auch ein Hinweis auf das schwerste in Betracht kommende Risiko, das dem Eingriff spezifisch anhaftet».⁴⁹ Der Patient erhält mittels Grundaufklärung eine Vorstellung von dem Schweregrad des Eingriffs und der Stossrichtung, welche Belastungen durch den Eingriff für seine Lebensführung entstehen können. Die Grundaufklärung gibt immer wieder Anlass zu dogmatischen Überlegungen

Wurde das Erblindungsrisiko als Folge einer Bypass-Operation ernsthaft zum Zeitpunkt des Eingriffes diskutiert. Zudem treffe den Kläger die Beweislast dafür, dass die Erblindung infolge der Operation eingetreten ist.

⁴⁶ Urteil des BGH VI ZR 117/18 vom 29. Januar 2019 E. 1a.

⁴⁷ Ibid. Regeste.

⁴⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 131/02 vom 25. März 2003 E. 2c.

⁴⁹ Urteil des BGH VI ZR 27/17 vom 28. Mai 2019 E. 2c.

in der Lehre. Es gibt vorgegebene Parameter für die Grundaufklärung, aber der Mediziner steht immer wieder für sich im Einzelfall vor der Aufgabe, die Anforderungen der Grundaufklärung zu erfüllen. Ob die Rechtsprechung diesbezüglich einen Leitfaden für den medizinischen Alltag gibt, sei dahingestellt.

3. Sicherungsaufklärung

Leading Case zu einer weiteren Form der Aufklärung, zur Sicherungsaufklärung, ist BGE 116 II 519. In diesem Urteil wurde die Aufklärungspflicht bezüglich Dehydration eines Kleinkindes durch die Arztgehilfin verletzt; deren Handeln wurde dem Arzt zugerechnet.⁵⁰ Die Rechtsfolgen bei der Verletzung der Sicherungsaufklärung entsprechen den Rechtsfolgen bei einem Behandlungsfehler. Ebenso in der deutschen Rechtsprechung ist die Sicherungsaufklärung im Sinne der Aufklärung über therapiegerechtes Verhalten verankert. Der Arzt ist angehalten, den Patienten aufzufordern, sich an Warnhinweise zu halten und durch sein Verhalten am Heilerfolg beizutragen. Im Bereich der Neulandmedizin muss der Arzt bei der Sicherungsaufklärung den Patienten zu verstärkter Wachsamkeit auffordern.⁵¹

4. Wirtschaftliche Aufklärung

Ebenso hat das Bundesgericht im Entscheid 119 II 456 bestätigt, dass der Arzt vor der Behandlung verpflichtet ist, über die wirtschaftlichen und versicherungstechnischen Folgen der Behandlung den Patienten aufzuklären.⁵² Dem Arzt obliegt eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht. Er hat den Patienten über die wirtschaftliche Tragweite der medizinischen Behandlung aufmerksam zu machen. Zudem ist der Massstab strenger, je höher die betreffende Summe ist.⁵³

Das Bundesgericht hat in Zustimmung zur Rechtsprechung des BGH zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht insbesondere zum Umfang ausgeführt⁵⁴:

«In einem Land wie der Schweiz, wo fast jedermann einer Krankenkasse angeschlossen ist, will der Patient zwar gut gepflegt werden, aber zulasten der Krankenkasse (...). Im Übrigen kann von einem Arzt, der auf die eine oder

⁵⁰ Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b.

⁵¹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 323/04 vom 13. Juni 2006 = NJW 2006, 2477 = VersR 2006, 1073 E. 3b.

⁵² Vgl. BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 2b, 2c und 2d.

⁵³ Vgl. Urteil des OLG Stuttgart 1 U 87/12 vom 8. Januar 2013 = VersR 2013, 583, und BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2a.

⁵⁴ Vgl. WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell et al. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechtes, Zürich 1994, 129.