

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, Masseurinnen, 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 vorgesehene 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 erfuhr 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. Haftungs begründende 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 Skalpells 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.

andere Weise mit dem System der Krankenkasse verbunden ist (...), erwartet werden, dass er wenigstens die zweifelhaften Fälle erkennt, die möglicherweise von den Krankenkassen nicht übernommen werden».⁵⁵

Die Darstellung des Arztes für eine durchgeführte Risikoaufklärung muss in sich schlüssig sein. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt zum Aufklärungsgespräch keine definitiven Angaben mehr machen kann. Ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs ist das unterzeichnete Einwilligungsf formular – sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht.⁵⁶

C. Unterschiede in Bezug auf die Sorgfaltspflichten

1. Allgemeines

Gemäss dem Bundesgericht liegt die Besonderheit der ärztlichen Kunst darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken habe, was aber nicht heisse, dass er diesen auch herbeiführen oder gar garantieren müsse; denn der Erfolg als solcher gehöre nicht zu seiner Verpflichtung, gleichviel ob er als Beamter oder als Beauftragter des Patienten handle.⁵⁷ Der Arzt unterliegt keiner Erfolgshaftung. Der Arzt kann nicht für Risiken einstehen, die sich aus dem lebenden Organismus des Patienten ergeben. Zu unterscheiden ist zwischen dem blossen Ausbleiben des Behandlungserfolgs und einer durch die Behandlung verursachte neue gesundheitliche Beeinträchtigung. Für das Ausbleiben des Behandlungserfolgs hat der Arzt nicht einzustehen.⁵⁸ Für neue gesundheitliche Beeinträchtigung ist eine Haftung gegeben, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt.

Der ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler wird definiert «als ein Verstoss gegen allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis (Heilkunst) infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht». Der Sorgfaltsmassstab orientiert sich am anerkannten und gesicherten Stand der ärztlichen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Behandlung. Der ärztliche Standard wird von der medizinischen Seite vorgegeben⁵⁹.

⁵⁵ BGE 119 II 456 = Pra 1995 Nr. 72 E. 2c.

⁵⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 143 /13 vom 28. Januar 2014 E. 1c.

⁵⁷ Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁵⁸ Vgl. FELLMANN WALTER, Die Haftung des Privatärztes und des Privatspitals, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Forum Gesundheitsrecht, Zürich 2002, 59; ferner BGE 113 Ib 420, 423.

⁵⁹ Weiterführend LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 33), § 11 N 787 ff.

Der Jurist muss die Beurteilung, ob eine Behandlung *lege artis* erfolgt ist, dem Mediziner überlassen. Gemäss deutscher Rechtsprechung wird grundsätzlich der Standard eines Facharztes geschuldet. Folglich ist der Standard massgebend, welcher von einem sorgfältigen Arzt seines Fachgebietes erwartet werden kann.⁶⁰ In der Regel geht man von einem Behandlungsfehler dann aus, wenn der Arzt den medizinischen gebotenen Standard verletzt, er hat nicht diejenigen Massnahmen bei der Behandlung ergriffen, die von einem aufmerksamen und gewissenhaften Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereiches vorausgesetzt und erwartet werden.⁶¹

Das für Schadenersatzansprüche erforderliche Verschulden wird gemäss deutscher Rechtsprechung am objektivierten zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB gemessen. Der Arzt hat demnach für die objektiv erforderliche Sorgfalt einzustehen. Für ein gegen den medizinischen Standard zuwiderlaufendes Verhalten hat der Arzt auch dann einzustehen, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage subjektiv als entschuldbar erscheinen vermag.⁶² Das zugrunde legen des objektivierten zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes für die Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt wird auch vom Bundesgericht vorgegeben. Eine derartige Präzisierung zur Einstandspflicht des Arztes für subjektiv entschuldbare, objektiv fehlerhafte Behandlung wie in einem BGH Urteil aus dem Jahr 2001 findet man in der schweizerischen Rechtsprechung nicht.⁶³

Es fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, sich für das eine oder andere zu entscheiden, aber dem Arzt ist im Einzelfall nach dem objektiven Wissensstand ein Entscheidungsspielraum gegeben⁶⁴:

«Eine Pflichtverletzung ist daher nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht. Dies entspricht denn seit langem bereits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Arzt für eine unrichtige Beurteilung nur einzustehen hat, wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht, ihm aber objektive Fehlgriffe nicht als Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sind, welche bei einem so

⁶⁰ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 284/09 vom 21. Dezember 2010 = NJW 2011, 1672 = VersR 2011, 400 E. 2b, c.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Vgl. Urteil des BGH VI ZR 259/02 vom 6. Mai 2003 = VersR 2003, 1128, 1130 E. 2b.

⁶³ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 34/00 vom 13. Februar 2001 E. 2b.

⁶⁴ Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a.

vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Beruf in gewissem Umfang als unvermeidbar erscheinen».⁶⁵

Die einzelnen Sorgfaltspflichten werden durch die Gerichte konkretisiert. Das Bundesgericht hat in Leitentscheiden – wie dargelegt – die Grundzüge der Anforderungen an die Sorgfaltspflichten definiert. Dass es sogar hausärztliche Sorgfaltspflichten nach der Beendigung des Behandlungsverhältnisses gibt, stellte der BGH mit Urteil vom 26. Juni 2018 fest.⁶⁶ Der BGH definierte in diesem Entscheid, inwieweit eine Hausärztin nachwirkende Schutzpflichten wahrzunehmen habe, auch wenn zwischen ihr und dem Patienten kein Behandlungsvertrag mehr gegeben ist. Wenn eine Hausärztin die einzige Fachperson ist, die einen Arztbericht mit der Diagnose eines malignen Nervenscheidentumors zur Information erhält, dann ist sie verpflichtet, im Rahmen der therapeutischen Aufklärung den Informationsfluss aufrechtzuerhalten, insbesondere dann, wenn keine Transparenz gegeben ist, wer nun definitiv den Bericht erhalten hat.

Der BGH ging in casu von einer Pflichtverletzung der Hausärztin aus, weil sie den ehemaligen Patienten nicht über die Diagnose eines malignen Nervenscheidentumors und die Behandlungsempfehlungen des Klinikums informiert hat. Der Patient habe in Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechtes einen Anspruch, über die im Rahmen der ärztlichen Behandlung erhobenen Befunde und Prognosen informiert zu werden. Die Hausärztin treffe nachwirkende Schutz- und Fürsorgepflichten in Bezug auf den Patienten, auch dann wenn kein aktives Behandlungsverhältnis zwischen Hausarzt und Patient mehr gegeben sei. Mit den Worten des BGH: «Der Arzt hat sicherzustellen, dass der Patient von Arztbriefen mit bedrohlichen Befunden – und gegebenenfalls von der angeratenen Behandlung – Kenntnis erhält, auch wenn diese nach einem etwaigen Ende des Behandlungsvertrags bei ihm eingehen. Der Arzt, der als einziger eine solche Information bekommt, muss den Informationsfluss aufrechterhalten, wenn sich aus der Information selbst nicht eindeutig ergibt, dass der Patient oder der diesen weiterbehandelnden Arzt sie ebenfalls erhalten hat».⁶⁷

Unterschiede zwischen der deutschen Rechtsprechung und der schweizerischen Rechtsprechung bestehen bei der Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnoseirrtum. Gemäss deutscher Rechtsprechung ist eine objektiv unrichtige Diagnose nicht per se als Behandlungsfehler zu bewerten. Von einem Befunder-

⁶⁵ BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁶⁶ Urteil des BGH VI ZR 285/17 vom 26. Juni 2018 E. 1.

⁶⁷ Urteil des BGH VI ZR 285/17 vom 26. Juni 2018 Regeste.

hebungsfehler wird gesprochen, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Ein Diagnoseirrtum ist dann gegeben, wenn der Arzt bereits erhobene oder andere vorliegende Befunde falsch interpretiert und nicht dem medizinischen Standard entsprechenden medizinischen Massnahmen setzt. Zudem kommt es beim Diagnosefehler hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhangs nur dann zu einer Beweislastumkehr, wenn dieser als grob im Gegensatz zum einfachen Befunderhebungsfehler als grob einzustufen ist.⁶⁸ Zum Befunderhebungsfehler hat sich in der Schweiz bis dato keine Rechtsprechung etabliert, geschweige ist es zu einer Beweislastumkehr gekommen.⁶⁹

Kein Unterschied zwischen den beiden Ländern besteht bei der Abgrenzung zwischen haftungsbegründendem und nicht haftungsbegründendem Diagnoseirrtum. Das OLG Hamm befand, dass einem Arzt, der auf vollständig erhobenen Befunden einen falschen Schluss zieht, kein haftungsbegründenden Diagnoseirrtum vorzuwerfen ist. Erst dann liegt ein haftungsbegründender Diagnoseirrtum vor, wenn die Diagnose im Zeitpunkt der medizinischen Behandlung aus der Sicht eines gewissenhaften Arztes medizinisch nicht vertretbar ist.⁷⁰

Kein Präjudiz gibt es in der schweizerischen Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes über das Versagerrisiko eines Sterilisationseingriffs, insbesondere die Subsumierung dieses Sachverhalts unter die Sicherungsaufklärung. Die Folge ist, dass die Beweislast den Patienten trifft und er beweisen muss, wie er sich verhalten hätte, wenn ihn der Arzt ordnungsgemäss aufgeklärt hätte. Die Sicherungsaufklärung bringt sowohl in Deutschland und in der Schweiz mit sich, dass die Beweislast beim Patienten liegt, da es sich um einen Behandlungsfehler handelt.⁷¹

2. Grober Behandlungsfehler⁷²

Gemäss deutscher Rechtsprechung führt ein grober Behandlungsfehler bzw. ein grob fehlerhaftes Absehen von einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung grundsätzlich zur Umkehr der Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Behandlungsfehler, wenn

⁶⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 402/94 vom 13. Februar 1996 = BGHZ 132, 47 E. 2d

⁶⁹ Vgl. BGE 133 III 121 ff.

⁷⁰ Vgl. Urteil des OLG Hamm 26 U 2/13 vom 29. Mai 2015 E. 2.

⁷¹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 68/99 vom 25. Januar 2000 E. 2.

⁷² Weiterführend LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 33), § 13 N 1086 ff.

dieser generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.⁷³ Die Wertung, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, obliegt dem Richter und ist folglich keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage.⁷⁴

Grob ist ein Behandlungsfehler dann zu werten, «wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte Erkenntnisse verstossen hat und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht nachvollziehbar ist, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf».⁷⁵ Gesicherte Erkenntnisse sind solche, die Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben. Auch elementare medizinische Grundregeln, die im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt werden, sind massgeblich.⁷⁶

Die Rechtsprechung hat bei der haftungsbegründenden Kausalität beim groben Behandlungsfehler eine Beweislastsondernorm entwickelt. Wenn ein grober Behandlungsfehler vorliegt, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art zu verursachen, dann tritt eine Beweislastumkehr für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Behandlungsfehler ein.⁷⁷ Der grobe Behandlungsfehler muss nicht die einzige mögliche Ursache für den Gesundheitsschaden sein, um zu einer Umkehr der Beweislast zu führen.⁷⁸ Dem Patienten wird beim Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers nicht der volle Kausalitätsbeweis übertragen. Hat der Arzt etwa einen Hygienefehler bei intraartikulärer Injektion zu vertreten, dann liegt ein grober Behandlungsfehler vor und hat der Arzt den Beweis zu erbringen, dass die Schädigung nicht auf den Behandlungsfehler zurückzuführen ist, sondern durch eine hyperergisch-allergische Entzündungsreaktion verursacht wurde.⁷⁹

Ein rechtsvergleichender Aspekt kann bei einem Urteil des OLG Köln⁸⁰ aus dem Jahre 2010 und dem Urteil des Bundesgerichts zur Sicherungsaufklärung⁸¹ aufgezeigt werden. In beiden Urteilen war eine drohende hypertone Dehydratation eines Säuglings zu beurteilen. Das OLG Köln erachtete die unverzügliche Einweisung

⁷³ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 34/03 vom 27. April 2004 = BGHZ 159, 48, 54 und BGH VI ZR 118/06 vom 8. Januar 2008 = VersR 2008, 490, 491 E. 2 b.

⁷⁴ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 221/06 vom 12. Februar 2008 = VersR 2008, 644, 645 E. 3b.

⁷⁵ Urteil des BGH VI ZR 139/10 vom 25. Oktober 2011 = VersR 2012, 362 Regeste.

⁷⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 55/09 vom 20. September 2011 E. 1b.

⁷⁷ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 106/13 vom 24. Februar 2015 = VersR 2015, 712 = NJW 2015, 1601 E. 2a.

⁷⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 251/08 vom 29. September 2009 = VersR 2010, 115, 116 E. 3b.

⁷⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 118/06 vom 8. Januar 2008 E. 2b.

⁸⁰ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 211/08 vom 22. September 2010 = VersR 2011, 760.

⁸¹ Vgl. BGE 116 II 519.

als notwendig, sofern die Gefahr einer hypertonen Dehydration eines Säuglings nicht zuverlässig ausgeschlossen werden kann. Zudem sei der Umfang der Flüssigkeitsaufnahme eines unter Brechdurchfall leidenden Säuglings dokumentationspflichtig. Ein grober Behandlungsfehler liege vor, wenn eine Klinikeinweisung bei drohender Dehydration unterlassen werde. Zudem dürfe ein niedergelassener Kinderarzt bei Erkrankung eines Säuglings mit Brechdurchfall seinen Angestellten grundsätzlich nicht das Ausfüllen eines blanko unterschriebenen Folgerezepts überlassen. Die gebotene Sicherungsaufklärung müsse in verständlicher Art und Weise erfolgen.

Nach der Auffassung des Bundesgerichts hat der Hausarzt ebenfalls eine Verletzung einer elementaren ärztlichen Aufklärungspflicht zu verantworten. Zudem wurde ihm vorgeworfen, dass er bzw. die in seinem Auftrag handelnde Arztgehilfin die Eltern hätte darauf aufmerksam machen müssen, im Fall eines andauernden Wasserverlusts ärztliche Hilfe zu beanspruchen. Das Bundesgericht war aber der Auffassung, dass der Arzt nicht vollumfänglich hafte, weil auch die Eltern des Kindes spätestens im Zeitpunkt einer wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes sich auch ohne ärztliche Aufklärung hätten veranlasst sehen müssen, unverzüglich einen Arzt oder die Notfallstation eines Spitals aufzusuchen.⁸²

3. Umgang mit Leitlinien

Der medizinische Standard gibt gemäss Rechtsprechung Auskunft darüber, «welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat». Der medizinische Standard richtet sich regelmässig an Leitlinien, die von wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften publiziert werden.

Mithilfe von Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen wird der medizinische Standard durch den Sachverständigen beurteilt. Im Gegensatz zu Richtlinien sind Leitlinien für Ärzte rechtlich nicht verbindlich und haben weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung. Sie ersetzen gemäss dem BGH nicht ein Sachverständigengutachten. Der BGH präzisierte hinsichtlich der Anwendung

⁸² Ibid. E. 3d/bb und E. 4a.

von Leitlinien von ärztlichen Fachgremien oder Verbänden, dass diese nicht un-besehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden können.

Leitlinien bergen die Gefahr in sich, dass sie nicht mit dem ärztlichen Standard zum Zeitpunkt der ärztlichen Behandlung kompatibel sind, weshalb aus dem Umstand, dass eine Leitlinie nicht eingehalten wurde, nicht zwingend ein Behandlungsfehler abgeleitet werden kann. Der Sachverständige hat sich in seinem Gutachten darauf zu beziehen, wenn der behandelnde Arzt von den in den Leitlinien enthaltenden Handlungsanweisungen abweicht.

Daraus lässt sich für die Beurteilung des Einzelfalles ableiten, dass Leitlinien für die Beurteilung des medizinischen Standards eine Empfehlung bieten und gemäss der Rechtsprechung ein Sachverständigengutachten kaum ersetzen, sondern nur ergänzen können. Umso mehr ist die Wahl des Sachverständigen zur Beurteilung des ärztlichen Standards ein sehr wichtiger Entscheid. Das Oberlandesgericht München befand, für die Beurteilung des Hygienestandards bedürfe es nicht zwingend eines Gutachters, der ein Facharzt für Krankenhaushygiene sei. Zur Beurteilung der Kausalitätsfrage könne auch ein Sachverständiger ein Gutachten erstellen, der aus dem Fachgebiet für innere Medizin stamme, da dieser septische Geschehen behandle und sich auch mit deren Ursachen befasse.⁸³

In der deutschen Literatur versteht man unter Leitlinien systematisch entwickelte Entscheidungshilfen für Leistungserbringer und Patienten zur angemessenen Vorgehensweise bei speziellen Gesundheitsproblemen (IQWiG allgemeine Methoden). Den Leitlinien liegt eine systematische Überprüfung der Evidenz und eine Bewertung des Nutzens und Schadens der alternativen Behandlungsoptionen zu Grunde (IQWiG Allgemeine Methoden).

Leitlinien wie zum Beispiel diejenigen der Fachgesellschaften bzw. die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) sind für Ärzte rechtlich nicht verbindlich und können nicht mit dem gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden.⁸⁴ Eine Verletzung von Leitlinien indiziert jedoch eine Verletzung der ärztlichen Sorgfalt.⁸⁵ Die Leitlinien der AWMF haben gemäss Rechtsprechung deklaratorische Wirkung⁸⁶.

⁸³ Vgl. Urteil des OLG München 5 U 56/17 vom 4. Juli 2018.

⁸⁴ Vgl. <www.awmf.org/leitlinien.html>, besucht am 07.08.2019.

⁸⁵ Vgl. Urteil des OLG Naumburg 1 U 97/03 vom 14. September 2004 = VersR 2005, 1401.

⁸⁶ Vgl. <www.awmf.org/die-awmf.html>, besucht am 13.08.2019.

Unter Leitlinien im versicherungsmedizinischen Kontext versteht man systematisch entwickelte Hilfen für Ärzte, die zur Entscheidungsfindung beitragen bei der Beurteilung von versicherungsmedizinischen Sachverhalten. Leitlinien beruhen auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und Verfahren, welche sich in der medizinischen Praxis bewährt haben. Leitlinien gelten prinzipiell für die Beurteilung von versicherungsmedizinischen Fragen im Begutachtungsverfahren. Diesbezüglich sei auf BGE 141 V 281 verwiesen, indem das Bundesgericht den Auftrag an die Fachgesellschaften formulierte Leitlinien für die versicherungsmedizinische Begutachtung zu erarbeiten.

Der BGH hat in einem Leiturtel zum Umgang mit Leitlinien folgendes festgelegt: «Handlungsanweisungen in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände dürfen nicht unesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Dies gilt in besonderem Maße für Leitlinien, die erst nach der zu beurteilenden medizinischen Behandlung veröffentlicht worden sind. Leitlinien ersetzen kein Sachverständigengutachten. Zwar können sie im Einzelfall den medizinischen Standard für den Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben; sie können aber auch Standards ärztlicher Behandlung fortentwickeln oder ihrerseits veralten».⁸⁷

Im Beschluss VI ZR 557/15 vom 15. Dezember 2015 wies der BGH auf die Bedeutung von Leitlinien bei der Beurteilung eines Befunderhebungsfehlers hin. Die Patientin hätte psychiatrisch vor der Durchführung einer Schönheitsoperation exploriert werden müssen, da der Verdacht vorlag, sie leide unter Dsymorphophobie. Dies ist eine Krankheit, bei der sich die betroffene Person einbildet, sie sei körperlich entstellt. Im vorliegenden Fall hatte sich der Privatsachverständige auf die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften gestützt. Der BGH hat mit Bezug auf Leitlinien erwogen, dass der Tatrichter den gerichtlich bestellten Sachverständige anzuhalten hat, sich mit den im jeweiligen Einzelfall einschlägigen Leitlinien und ihrer Bedeutung für die Beurteilung des zu entscheidenden Falls auseinanderzusetzen.⁸⁸ Es ist Aufgabe des Richters, im Prozess zu klären, ob der Inhalt der Mutterschafts-Richtlinien in dem für die Haftungsfrage massgeblichen Zeitraum gegolten hat.⁸⁹

In Deutschland wurden die Qualität der Leitlinien und die Anzahl der der S3-Leitlinien im Rahmen des klinischen Risikomanagements und zur Fokussierung auf Patientensicherheit stetig verbessert. Medizinische Leitlinien werden im Justizsys-

⁸⁷ Urteil des BGH VI ZR 382/12 vom 15. April 2014 Regeste.

⁸⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 557/15 vom 15. Dezember 2015 E. 2a.

⁸⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 8/03 vom 25. November 2003 E. 2.

tem zunehmend wahrgenommen, indem die Präsenz von Leitlinien in Arzthaftungsprozessen stetig zugenommen hat.⁹⁰ Das Bundesgericht hat sich bis dato nur vereinzelt zur Anwendbarkeit von Leitlinien in Arzthaftungspflichtfällen positioniert. Im Entscheid 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 befand das Bundesgericht, dass in casu das Kantonsgericht die Feststellungen über die Handlungsregeln für die ärztliche Betreuung einer Geburt nicht in erster Linie aufgrund der AWMF-Leitlinie beurteilte, «vielmehr erschloss es die entsprechenden Regeln aus den Aussagen von Dr. H. und dem Gerichtsgutachten und hielt fest, die festgestellten Handlungsgrundsätze stimmten mit der AWMF-Leitlinie überein». Die Rüge des Beschwerdeführers wurde als unbegründet erachtet. Zur Konkretisierung der ärztlichen Sorgfaltspflichten werden auch Richtlinien als Grundlage herangezogen. Man versteht darunter «Richtlinien stellen generell abstrakte Handlungsanweisungen dar; sie spiegeln den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt wider. Die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird (widerlegbar) vermutet, wenn die jeweilige Richtlinie beachtet worden ist.»⁹¹

4. Kompetenz des Arztes in hierarchischer Hinsicht/Delegation

Bei der Delegation steht die Durchführung der ärztlichen Behandlung als auch die Durchführung des Aufklärungsgesprächs im Vordergrund. Interdisziplinarität zwischen den verschiedenen medizinischen Fachrichtungen und zwischen Ärzten und nichtuniversitären Gesundheitsberufen bergen haftungrechtliche Risiken in sich. Insbesondere wird von Fachärzten der Standard des Spezialgebietes erwartet, die Nichterbringung des *lege artis*-Standards führt andernfalls zu haftpflichtrechtlichen Konsequenzen.⁹²

Ein Arzt haftet für die Folgen des mangels wirksamer Einwilligung des Patienten rechtswidrigen Eingriffes auch dann, wenn er selbst die Aufklärung nicht durchgeführt hat, sondern diese Aufgabe an einen anderen Arzt, delegiert hat. Eine solche Delegation wird grundsätzlich als zulässig erachtet. Der behandelnde Arzt trägt jedoch die Verantwortung, dass die vollständige Aufklärung des Patienten anderweitig sichergestellt ist oder er sich vergewissert, dass die Aufklärung ordnungsgemäss durchgeführt wird.⁹³

⁹⁰ Vgl. HART (Fn. 2), 518.

⁹¹ <www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/>, besucht am 17.08.2019.

⁹² Vgl. Urteil des OLG Hamm 3 U 222/97 vom 6. Mai 1998 = MedR 1999, 35.

⁹³ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 70/82 vom 28. Februar 1984 = VersR 1984, 538 E. 2.

Gemäss dem Oberlandesgericht Koblenz muss der Patient im Arzthaftungsprozess darlegen, wenn an einer stationären Krankenhausbehandlung Ärzte unterschiedlicher Fachrichtungen beteiligt waren, welches konkrete Fehlverhalten er jedem einzelnen Arzt zur Last legt. Unzureichend seien pauschale Hinweise auf vermeintliche Organisationsmängel und auf Verstösse gegen Kontroll- und Überwachungspflichten.⁹⁴

Gelingt dem Patienten der Nachweis, dass der an sich aufklärungspflichtige Arzt die Aufklärung weiter delegiert hat, findet eine Beweislastumkehr statt. Ein Chefarzt ist verpflichtet, wenn er die Risikoaufklärung einem nachgeordneten Arzt überträgt, den Beweis zu erbringen, welche organisatorischen Massnahmen er ergriffen hat, damit er sicherstellen und kontrollieren konnte, dass die Aufklärung ordnungsgemäss erfolgt.⁹⁵

Der BGH hat die Grenzen der Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes im Hinblick auf Risiken ausserhalb seines Fachgebietes präzisiert. Hat der behandelnde Arzt ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht gekannt und musste es ihm auch nicht bekannt sein, etwa weil es nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft, aber nicht in seinem Fachgebiet diskutiert wird, dann haftet der Arzt nicht.⁹⁶

5. Dokumentationspflichten⁹⁷

Die Dokumentationspflichten sind haftungsrechtlich von zunehmender Bedeutung. Einerseits benötigt der Patient die Dokumentation, damit er die erforderlichen haftungsbegründenden Beweise erbringen kann; andererseits ist der Arzt auf eine hinreichende Dokumentation angewiesen, wenn er einem Rechtfertigungsgrund, insbesondere eine hinreichende Aufklärung und Einwilligung oder im Fall einer Beweislastumkehr ein sorgfältiges Verhalten oder ein fehlendes Kausalverhältnis nachweisen will. Bestehen Dokumentationslücken, stellt sich zudem die Frage, ob diese dem Arzt als sorgfaltswidriges Verhalten haftungsbegründend vorgeworfen werden kann oder zumindest beweisrechtliche Konsequenzen haben. Dokumentationspflichten des Arztes sind nicht nur im Haftpflichtrecht ein wichtiges Thema, sondern im gesamten Medizinrecht wie die aktuelle Totalrevision des Medizinprodukterechts zeigt.

⁹⁴ Vgl. Urteil des OLG Koblenz 5 U 868/14 vom 21. August 2014.

⁹⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 206/05 vom 7. November 2006 E. 3.

⁹⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 241/09 vom 19. Oktober 2010 E. 2.

⁹⁷ Vgl. LANDOLT HARDY, Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?, HAVE 2016, 9 ff.

Das Bundesgericht hat sich in den Urteilen 4C.378/1999 vom 23. November 2004 und 4A_679/2010 vom 11. April 2011 erstmals konkret mit der Dokumentationspflicht des Arztes befasst. Massgeblich für die Dokumentation sei, ob und inwieweit die einzelnen Behandlungsschritte aus medizinischen Gründen notwendig und üblich sei. Keine Dokumentationspflicht bestehe, so das Bundesgericht, für Umstände, welche aus medizinischen Gründen nicht notwendig seien oder die üblicherweise nicht dokumentiert würden. Das Bundesgericht konkretisierte mit dem Entscheid 141 III 363 den Umfang der Dokumentationspflicht eines Gynäkologen. Sofern aus medizinischen Gründen keine Pflicht gegeben ist, einen konkreten Behandlungsschritt zu dokumentieren, darf das Fehlen eines Eintrags auch nicht als Nachweis dafür gelten, dass der Arzt diesen Behandlungsschritt unterlassen habe.⁹⁸ In casu handelte es sich bei der fraglichen Rektaluntersuchung gemäss dem Gutachten um eine Standarduntersuchung, deren Dokumentation im Zeitpunkt der Behandlung nicht absolut üblich und gefordert war, weshalb die Vorinstanz nicht den Schluss ziehen darf, dass die Rektaluntersuchung mangels Dokumentation nicht durchgeführt worden sei.

Zur Dokumentationspflicht des Arztes gibt es seitens der deutschen Rechtsprechung eine Vielzahl von Präjudizien. Äussert ein Sachverständiger in seinem Gutachten Kritik an der ärztlichen Dokumentation oder bezeichnet diese sogar als lückenhaft, muss sich das Gericht mit den Konsequenzen dieser Dokumentationsmängel befassen. Eine lückenhafte Dokumentation ist dann pflichtwidrig, wenn die fehlenden Angaben in der Weiterbehandlung des Patienten zu vermeidbaren medizinischen Schäden führen bzw. geführt haben.⁹⁹ Eine getrennt geführte Dokumentation von Ultraschall-, EKG- und sonstigen Befunden ist nicht zu beanstanden, sofern die Dokumentation insgesamt einen mit-, weiter- oder nachbehandelnden Arzt in hinreichend verständlicher Weise über die medizinischen Fakten und die sich daraus ergebenden Behandlungsschritte informiert.¹⁰⁰

Gemäss BGH begründet das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Massnahme die Vermutung, dass die Massnahme unterblieben sei.¹⁰¹ Gemäss dem Beschluss des OLG Köln vom 6. Mai 2015, welcher sich wie das Bundesgericht in BGE 141 III 363 mit der Frage auseinandersetzt, wie die Anforderungen an die Dokumentationspflicht zu präzisieren sind, besteht aber kein Do-

⁹⁸ Vgl. BGE 141 III 363.

⁹⁹ Vgl. Urteil des OLG Naumburg 1 U 132/14 vom 24. September 2015 = NJW 2016, 74.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des OLG Koblenz 5 U 66/15 vom 18. Juni 2015 = NJW-RR 2016, 539 = MDR 2015, 1237.

¹⁰¹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 76/13 vom 11. November 2014 E. 1.

kumentationsmangel, wenn der Wechsel der Sonde nicht in den Behandlungsunterlagen vermerkt worden ist, weil der Wechsel aus medizinischer Sicht nicht hätte dokumentiert werden müssen.¹⁰²

In einem weiteren Urteil nimmt das LG Mönchengladbach explizit Bezug zum Patientenrechtegesetz, wonach gemäss § 630 h Abs. 3 BGB bei fehlender Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung ein Fehler vermutet wird.¹⁰³ Das OLG Köln erachtet sowohl die Empfehlung zur Koloskopie als auch deren Ablehnung durch den Patienten aus medizinischer Sicht als dokumentationspflichtig.¹⁰⁴ Die Probemanipulation bei einer Chirotherapie wird nicht als dokumentationspflichtig erachtet, da eine Dokumentation für einen Nachbehandler nicht mit einem Erkenntnisgewinn verbunden wird.¹⁰⁵ Die Beweislast hinsichtlich der Unrichtigkeit der Dokumentation liegt beim Patienten.¹⁰⁶

6. Zur Rolle des Sachverständigen

Ob eine Pflichtverletzung vorliegt, ist an sich Rechtsfrage. Gleichwohl bedient sich der Richter im Zusammenhang mit der Beantwortung dieser Frage in der Regel sachverständiger Hilfe.¹⁰⁷ Der Tatrichter ermittelt mit Hilfe eines medizinischen Sachverständigen, ob in casu dem Arzt ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist bzw. welche Massnahmen der Arzt in der jeweiligen Behandlungssituation hätte ergreifen müssen. Grundsätzlich darf der Tatrichter den medizinischen Standard nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen.¹⁰⁸ Zeugenaussagen oder Aussagen von Parteien sind nur dann einzuholen, wenn die Dokumentation Lücken aufweist oder der Richtigkeit der Dokumentation substantiiert widersprochen wird.¹⁰⁹

Der zu beauftragende Gerichtsgutachter muss über die spezifische Sachkunde in den Fachgebieten verfügen, welche im konkreten Einzelfall umstritten sind. Bei einem Chirurgen zum Beispiel sind die spezifischen Sorgfaltsanforderungen anders als bei einem Allgemeinpraktiker. Das Gericht hat in aller Regel einen Sach-

¹⁰² Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 181/14 vom 6. Mai 2015.

¹⁰³ Vgl. Urteil des LG Mönchengladbach 4S 74/14 vom 7. Januar 2015.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 137/13 vom 6. August 2014.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil des LG Baden-Baden 2 O 161/11 vom 4. Juli 2014.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 117/13 vom 14. April 2014.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1.

¹⁰⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 106/13 vom 24. Februar 2015 = VersR 2015, 712 = NJW 2015, 1601 E. 1b.

¹⁰⁹ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 57/14 vom 13. August 2014.

verständigen aus dem/den betroffenen medizinischen Fachgebiet/en mit der Begutachtung zu beauftragen.¹¹⁰ Die Beiziehung eines Arztes als Gerichtsgutachter, der nicht über den Facharzt in den betroffenen Gebieten verfügt, ist nur dann zulässig, wenn der fragliche Arzt über eine hinreichende Fachkenntnis in Bezug auf die von ihm zu beurteilenden Fragen verfügt. Falls sich die Qualifikation des Arztes und beauftragten Sachverständigen nicht ohne Weiteres aus der Fachbezeichnung des Arztes ableiten lässt, ist seine Sachkunde vom Gericht zu prüfen und in der Entscheidung darzulegen.¹¹¹

Bei der Einstufung des ärztlichen Fehlverhaltens, ob dieses als grob zu beurteilen ist, handelt es sich um eine juristische Wertung, die dem Tatrichter obliegt. «Diese wertende Entscheidung muss aber in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können».¹¹²

Gemäss der Rechtsprechung des erkennenden Senats des BGH müssen «gerade in Arzthaftungsprozessen Äusserungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit» geprüft werden. Dies gelte sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen als auch für Widersprüche zwischen Äusserungen mehrerer Sachverständiger, auch dann wenn es ein Privatgutachten ist.¹¹³ Widersprüche und Zweifel bei den Bekundungen des Sachverständigen muss das Gericht durch eine gezielte Befragung klären.¹¹⁴

Der Tatrichter darf mangels ausreichender medizinischer Sachkunde sich nicht mit einer eigenen Interpretation über die Widersprüche von gerichtlichen Sachverständigen hinwegsetzen.¹¹⁵ Wenn ein toxikologischer Sachverständige Symptome beurteilt, bei denen es um «medizinisches Allgemeinut» geht, sind seine Begründungen einzubeziehen, und dürfen nicht mit dem Argument unberücksichtigt bleiben, dass ihm der erforderliche Sachverstand auf orthopädisch-chirurgischem Fachgebiet fehle.¹¹⁶

¹¹⁰ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 261/08 vom 9. Juni 2009 = VersR 2009, 1406, 1408 E. 2.

¹¹¹ Vgl. Urteil des BGH XII ZB 385/16 vom 23. November 2016 E. 2a.

¹¹² Urteil des BGH VI ZR 106/13 vom 24. Februar 2015 = VersR 2015, 712 = NJW 2015, 1601 Regeste b.

¹¹³ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 67/93 vom 14. Dezember 1993 = VersR 1994, 480 = NJW 1994, 1596 = JurionRS 1993, 15102 E. 1.

¹¹⁴ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 241/09 vom 19. Oktober 2010 = NJW 2011, 375 = MedR 2011, 244 = VersR 2011, 223 E. 2a und VI ZR 198/09 vom 6. Juli 2010 E. 2a.

¹¹⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 18/00 vom 27. März 2001.

¹¹⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 138/08 vom 9. Juni 2009 E. 2d.

Der medizinische Sachverständige nimmt in der Versicherungsmedizin eine sehr wichtige Rolle ein. Der Richter bedient sich nicht nur der Hilfe des Sachverständigen, sondern der Einzelfall in seiner medizinischen Komplexität kann oftmals ohne medizinisches Gutachten seitens des Juristen nicht beurteilt werden. In diesem Zusammenhang sei auf das aktuelle Urteil des Bundesgerichts 9C_724/2018 vom 11. Juli 2019 zu den Leistungen der Invalidenversicherung bei Suchterkrankung verwiesen.¹¹⁷ Das Bundesgericht kommt nach vertiefter Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen der Medizin zum Schluss, dass der Zeitpunkt für eine Änderung der Rechtsprechung gegeben sei. «Künftig ist wie bei allen anderen psychischen Erkrankungen anhand eines strukturierten Beweisverfahrens abzuklären, ob sich eine fachärztlich diagnostizierte Suchtmittelabhängigkeit auf die Arbeitsfähigkeit der betroffenen Person auswirkt».¹¹⁸

IV. Beweisfragen

A. Beweislast

Beweisrechtliche Fragen habe in einem Arzthaftungsprozess eine Schlüsselposition inne. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Entsprechend trägt der Patient nach beiden Rechtsordnungen die Beweislast für sämtliche haftungsbegründenden und -ausfüllenden Umstände, während der Arzt zum Nachweis von allfälligen Rechtfertigungsgründen sowie haftungsreduzierenden oder -ausschliessenden Umständen verpflichtet ist.¹¹⁹

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung trifft:

«die Beweislast für die Aufklärung und für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung hingegen stets den Arzt oder den, der an seiner Stelle für widerrechtliches oder schuldhaftes Verhalten einzustehen hat. Die Einwilligung kann sich

¹¹⁷ Urteil des BGer 9C_724/2018 vom 11. Juli 2019, Vgl. <www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/9C_724_2018_2019_08_05_T_d_07_48_04.pdf>, besucht am 18.08.2019.

¹¹⁸ Vgl. <www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/9C_724_2018_2019_08_05_T_d_07_48_04.pdf>, besucht am 18.08.2019.

¹¹⁹ Vgl. BGE 120 Ib 411, 414 E. 4a; 128 III 271 E. 2aa; Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.2; LANDOLT HARDY, *Medizinalhaftung, Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung*, HAVE 2009, 329 ff., 331; Vgl. Urteil des BGH VI ZR 158/06 vom 20. März 2007 E. 2a.; Urteil des BGH VI ZR 60/94 vom 24. Januar 1995 = NJW 1995, 1618; Urteil des BGH VI ZR 169/90 vom 18. Dezember 1990 = VersR 1991, 310.

dabei nur auf Risiken beziehen, die bei pflichtgemässer Vornahme des Eingriffs bestehen, nicht aber auf unerwünschte Folgen, die einem Behandlungsfehler zuzuschreiben sind. Der Einwand der Einwilligung ist zudem nur zu hören, wenn der Arzt seiner Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten genügt, ihn insbesondere auf die Risiken der Operation aufmerksam gemacht hat. Der Nachweis der Einwilligung ist Teil des Entlastungsbeweises, der dem Belangten aber auch für andere Unrechtsausschlussgründe, namentlich für notfallmässige Verhältnisse zusteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erfolg der Behandlung ausbleibt oder der Patient, wie hier, über den Eingriff hinaus in seiner körperlichen Integrität geschädigt wird, die negative Folge also auf einen Behandlungsfehler schliessen lässt». ¹²⁰

In Deutschland werden dem Patienten weitergehende Beweiserleichterungen als in der Schweiz gewährt. So muss die Behandlungsseite, wenn sich ein Risiko verwirklicht, das von ihr hätte voll beherrscht werden können und müssen, darlegen und beweisen, dass sie alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen hat, um das Risiko zu vermeiden. ¹²¹

B. Beweislastumkehr

In der deutschen Rechtsprechung kommt es zu einer Beweislastumkehr bei groben Pflichtverletzungen. ¹²² Gemäss der deutschen Rechtsprechung kommt eine Umkehr der Beweislast beim groben Behandlungsfehler nur dann zur Anwendung, wenn dieser schadenursächlich ist. Der Patient ist nicht aber nicht verpflichtet nachzuweisen, dass der grobe Behandlungsfehler sich tatsächlich schadenursächlich ausgewirkt hat. Für die Beweislastumkehr genügt es, wenn der Patient eine blossе «Schadensneigung» nachweist. Dem Arzt obliegt dann der Beweis, dass der von ihm verursachte Fehler für die Schädigung nicht ursächlich war. ¹²³ Eine Beweislastumkehr erfolgt auch bei groben Organisationsmängeln. ¹²⁴ Wird ein Patient in einem Krankenhaus geschädigt, weil die ihm verabreichte Infusionsflüssigkeit bei oder nach ihrer Zubereitung im Krankenhaus unsteril geworden ist, dann hat der Krankenhausträger den Beweis zu erbringen, dass der Fehler nicht

¹²⁰ BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

¹²¹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 509/17 vom 28. August 2018 = VersR 2018, 1510-1514. BGH VI ZR 634/15 vom 16. August 2016 = VersR 2016, 1380 Rn. 6; vgl. nunmehr § 630 h Abs. 1 BGB.

¹²² Vgl. Urteil des BGH VI ZR 205/93 vom 4. Oktober 1994 - NJW 1995, 778 = VersR 1995, 46; Urteil des BGH VI ZR 328/02 vom 16. November 2004 - NJW 2005, 427 = VersR 2005, 228.

¹²³ Vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 101/07 vom 18. Februar 2009 = VersR 2010, 117.

¹²⁴ Vgl. Urteil des OLG Hamm 3 U 297/04 vom 30. Mai 2005 = RDG 2005, 121.

auf einem ihm zuzurechnenden Organisations- oder Personalverschulden zurückzuführen ist.¹²⁵ Ein grober Hygienefehler wurde vom BGH zwar als grober Behandlungsfehler bewertet, gleichwohl wurde die Beweislastumkehr verweigert, weil eine allergische Reaktion als wahrscheinlicher für den Gesundheitsschaden beurteilt wurde.¹²⁶

Zur Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden kommt es gemäss der Rechtsprechung des BGH auch beim einfachen Befunderhebungsfehler, wenn «sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkenntung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde».¹²⁷

In der Schweiz hat sich das Bundesgericht gegen eine Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtrecht ausgesprochen.¹²⁸ Das Bundesgericht hat zwar im Entscheid 120 II 248 erwogen, dass eine natürliche Vermutung bestehe, wonach eine durch die Injektion eines Heilmittels verursachte Infektion auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes zurückgehe.¹²⁹ Es präzisierte aber später, dass der fragliche Entscheid nicht so verstanden werden dürfe, dass zugunsten des Patienten eine Beweislastumkehr anzunehmen sei. Keine natürliche Vermutung für eine Sorgfaltspflichtverletzung besteht etwa dann, wenn der Patient nach der Einnahme von Medikamenten im Spital aus dem Fenster springt¹³⁰ oder ein Nerv durch einen Wundhaken verletzt wird.¹³¹

Lediglich im Zusammenhang mit dem Nachweis von negativen Tatsachen, insbesondere dem Vorwurf einer pflichtwidrigen Unterlassung, können vom Patient kein strikter Beweis gefordert werden und trifft die beklagte Partei eine Mitwirkungspflicht.¹³²

¹²⁵ Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf 8 U 80/96 vom 10. Juli 1997 = NJW 1998, 3420 = VersR 1998, 1377.

¹²⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 118/06 vom 8. Januar 2008 = NJW 2008, 1304 = VersR 2008, 490 E. 2.

¹²⁷ Urteil des BGH VI ZR 144/10 vom 13. September 2011 Regeste.

¹²⁸ Vgl. BGE 120 Ib 411; Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2b.

¹²⁹ Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2b.E. 2c

¹³⁰ Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2b.

¹³¹ Vgl. BGE 133 II 121 E. 3.1, ferner BGE 141 III 363 E. 6.3.1 n.p.

¹³² Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2c.

Den geschädigten Patienten obliegt deshalb weiterhin der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung, wobei unklar ist, in welchen Situationen keine Beweiserleichterung bzw. eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit zugestanden¹³³ oder ausnahmsweise eine natürliche Fehlervermutung greift, welches sich wie eine Beweislastumkehr auswirkt.

C. Beweisgrad

Gemäss deutscher Rechtsprechung wird unterschieden zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität. Bei der haftungsbegründenden Kausalität gilt der strenge Massstab des § 268 ZPO mit dem Beweismass der vollen Überzeugung.¹³⁴ Der BGH verlangt nicht den Grad der Überzeugung des medizinischen Sachverständigen, sondern massgebend ist die Überzeugung des Tatrichters.¹³⁵ Bei der haftungsausfüllenden Kausalität genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit, den Zusammenhang zwischen primärer Gesundheitsverletzung und weiteren Schäden.¹³⁶

Der Beweis muss gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts den Anforderungen des Regelbeweismasses genügen.¹³⁷ Der Richter muss von der Wahrheit der Tatsache überzeugt sein. Ein Beweis nach dem Regelbeweismass ist dann erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.¹³⁸

Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Das Bundesgericht bestätigt, dass eine Herabsetzung des Regelbeweismasses eine «Beweisnot» voraussetzt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur

¹³³ Vgl. BGE 57 II 196 ff.; 130 III 321, 324; Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004.

¹³⁴ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 221/06 vom 12. Februar 2008 = VersR 2008, 644, 645 E. 2.

¹³⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 155/92 vom 26. Oktober 1993 = VersR 1994, 52, 53 E. 1a.

¹³⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 221/06 vom 12. Februar 2008 = VersR 2008, 644, 645 E. 2.

¹³⁷ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2 b aa; BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008, 298.

¹³⁸ BGE 128 III 271 E. 2 b aa; 130 III 321, 324.

mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen.

Beweiserleichterungen wurden seitens der Rechtsprechung in Fällen der fehlenden und mangelhaften Dokumentation zum Nachweis des Behandlungsfehlers zugelassen. Im Entscheid 4C.378/1999 vom 23. November 2004 hat das Bundesgericht das Regelbeweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt. Im fraglichen Urteil ging es um die Haftung des Kantons Basel-Stadt für eine Gehirnoperation des Kantonsspitals Basel. Das Bundesgericht bestätigte, dass eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit wegen erheblicher Dokumentationsmängel – der Operationsbericht war lückenhaft- und mangelhaft verfasst worden und zwei Videokassetten waren nicht mehr vorhanden – gerechtfertigt sei.

V. Offene Fragen in der Schweiz, welche in Deutschland durch die Rechtsprechung bereits geklärt sind

A. Haftung für Hygienemängel

Eine differenzierte Rechtsprechung zur Haftung für Hygienemängel existiert in der Schweiz nicht. Die deutsche Rechtsprechung unterscheidet bei der Haftung für Hygienemängel zwischen kontrollierbaren und nicht kontrollierbaren Quellen für Hygienemängel, weil die verschiedenen Quellen der Keimträger nicht alle kontrollierbar sind. Dem Patienten obliegt es, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass der Hygienestandard seitens des Arztes / Spitals im konkreten Fall unterschritten wurde.

Eine nosokomiale Infektion begründet nicht per se eine Haftung des Spitals oder der behandelnden Ärzte. Bei einer an der Nasenscheidewand nach einer Operation aufgetretenen Infektion steht eine Haftung des (Beleg-)Arztes und des betroffenen Krankenhausträgers nur dann in Betracht, wenn der Patient den Beweis erbringen

kann, dass die Keime aus dem Krankenhausbereich, die Infektion aus einem hygienisch beherrschbaren Bereich hervorgegangen ist und die Hygienevorschriften nicht ordnungsgemäss eingehalten wurden.¹³⁹

In diesem Kontext ist auf ein aktuelles Urteil zur Darlegungs- und Beweislast bei Hygienemängel im Krankenhaus aus dem Jahr 2018 hinzuweisen.¹⁴⁰ Im diesem Urteil verneint das OLG Köln eine Haftung des Krankenhausträgers und der behandelnden Ärzte für die im Krankenhaus aufgetretene Infektion beim in der Zwischenzeit verstorbenen Patienten, da bei der Operation der zu beachtende Hygienestandard eingehalten wurde. Gemäss OLG Köln stehe nicht fest, dass die diagnostizierte Wundheilungsstörung und die Infektion an der lateralen Ferse rechts durch den Keim *staphylococcus aureus* verursacht worden sei und aus der von der Behandlungsseite voll beherrschbaren Bereich stamme. Über das Risiko einer Sepsis müsse der Patient nicht aufgeklärt werden, denn die Entwicklung eines septischen Geschehens sei eine absolute Rarität.

B. Haftung für Organisationsmängel¹⁴¹

Auf Grund der Komplexität der Behandlungsabläufe, der zunehmenden Technisierung und dem Zusammenwirken von Medizinern und Pflegepersonal bzw. nichtuniversitären Gesundheitsberufen insbesondere in den Spitälern, stellen sich vermehrt haftungsrechtliche Fragen zu den Organisationsabläufen¹⁴². Organisationsmängel können nicht nur haftungsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Der Fokus auf die Patientensicherheit hat auch das Augenmerk auf fehlerhafte Abläufe in den Spitälern zentriert. Schadenprävention und Risikominimierung lassen innovative Ansätze in den Spitälern wie zum Lean Management zum Zug kommen.

In Deutschland wird der Organisationsfehler als eigene Fehlerkategorie eingestuft.¹⁴³ Differenziert wird einerseits zwischen Organisationspflichten des Personals und des Dienstleistungsunternehmens.

¹³⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 89/05 vom 21. März 2006.

¹⁴⁰ Siehe Urteil des OLG Köln 5 U 56/17 vom 4. Juli 2018.

¹⁴¹ Weiterführend LANDOLT HARDY, Organisationshaftung für medizinische Dienstleistungen und Produkte, in: Böhme et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 311 ff.

¹⁴² Weiterführend LANDOLT/HERZOG-ZWITTER (Fn. 33), § 14 N 1201.

¹⁴³ Vgl. z.B. HART (Fn. 2), 514.

Insbesondere zu den Organisationspflichten des Dienstleistungsunternehmens hat sich eine reichhaltige Praxis entwickelt, welche zwischen Ausstattungsmängeln¹⁴⁴, Personalmängeln¹⁴⁵, Hygiene- und Sicherheitsmängeln¹⁴⁶ unterscheidet.

Die Rechtsprechung äussert sich zu den Organisationsmängeln wie folgt:

«Einzelne voll beherrschbare Risiken sind dadurch gekennzeichnet, dass sie durch den Klinik- oder Praxisbetrieb gesetzt und durch dessen ordnungsgemäße Gestaltung – wie sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens – objektiv voll ausgeschlossen werden können und müssen. Sie sind abzugrenzen von den Gefahren, die aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bzw. den Besonderheiten des Eingriffs in diesen Organismus erwachsen und deshalb der Patientensphäre zuzurechnen sind».¹⁴⁷

Wenn ein Patient seine Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff abweichend von den Grundsätzen des totalen Krankenhausaufnahmevertrags auf einen bestimmten Arzt beschränken will, so muss er seinen entsprechenden Willen eindeutig zum Ausdruck bringen.¹⁴⁸ Ein Organisationsmangel liegt vor, wenn ein Krankenträger eine Schlaganfallereinheit einrichtet, diese aber technisch und personell unzulänglich ausstattet, sodass die dort eingelieferten Patienten nur unzulänglich medizinisch versorgt werden können.¹⁴⁹

Die schweizerische Rechtsprechung hat zur Organisationshaftung bis dato keine Rechtsprechung etabliert. Der vom geschädigten Patienten zu erbringende Haftungsnachweis erfährt durch Hilfspersonenhaftung in der Schweiz zwar eine «erleichternde Hilfestellung», aber der Geschädigte muss trotzdem den Nachweis erbringen können, dass die Hilfsperson des Geschäftsherrn den Schaden in rechts-erheblicher Weise verursacht hat. Die Organisationshaftung im Staatshaftungsrecht sieht vor, dass das jeweilige Gemeinwesen ausschliesslich für den Schaden haftet, den seine staatlichen Funktionäre widerrechtlich verursacht haben. Das Bundesgericht bestätigt, «dass beachtliche Gründe, bei einer Schädigung durch Spitalangestellte von einer eigentlichen Organisationshaftung auszugehen» gegeben seien.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 252/08 vom 11. Mai 2010 = VersR 2010, 1653 = VersR 2010, 1038.

¹⁴⁵ Vgl. Urteil des OLG Stuttgart 14 U 3/92 vom 20. August 1992 = VersR 1993, 1358.

¹⁴⁶ Vgl. Urteil des OLG Zweibrücken 5 U 15/02 vom 27. Juli 2004 = NJW-RR 2004, 1607.

¹⁴⁷ Urteil des BGH VI ZR 509/17 vom 28. August 2018 = VersR 2018, 1510-1514; VI ZR 634/15 vom 16. August 2016 = VersR 2016, 1380 Rn. 6.

¹⁴⁸ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 252/08 vom 11. Mai 2010 Regeste.

¹⁴⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 78/13 vom 21. Januar 2014 E. 2c.

¹⁵⁰ Urteil des BGER 2P.224/2005 vom 18. April 2006 E. 4.2.3.

Vor dem Inkrafttreten des Produkthaftpflichtgesetzes hat das Bundesgericht bestätigt, dass sich die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt nicht nur auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen erstreckt, sondern der Geschäftsherr auch dafür zu sorgen hat, dass eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen hat, damit eine Schädigung von Drittpersonen verhindert werden kann.¹⁵¹ Mittels der im Produkthaftpflichtgesetz verankerten Kausalhaftung wurden verschärfte Haftungskriterien für Produktfehler eingeführt. Allerdings findet das Produkthaftpflichtgesetz keine Anwendung auf medizinische Dienstleistungen, sondern ist nur für Arzneimittel und Medizinprodukte anwendbar. Von der Produkthaftung betroffen ist nur der Hersteller bzw. der schweizerische Importeur, weshalb Ärzte und Spitäler nur dann gemäss Produkthaftpflichtgesetz verantwortlich sein können, wenn sie als Hersteller oder Importeur den Schaden verursacht haben.

Das Bundesgericht nahm zur Organisationshaftung im Rahmen eines Kliniksuzizids Stellung. Die aus den vertraglichen Schutzpflichten abzuleitende technische Ausbruchssicherheit in einer psychiatrischen Klinik könne demnach nicht isoliert betrachtet werden, sondern «nur im Zusammenhang mit dem Krankheitsbild des Patienten – namentlich der konkreten Suizidgefahr – und den übrigen Massnahmen wie persönliche Überwachung und Medikation».¹⁵² Für verschiedene Kliniken könnten durchaus unterschiedliche Sicherheitsstandards gelten.¹⁵³ Eine Organisationshaftung wurde sodann bejaht, als ein Patient aus der Klinik entweichen und Selbstmord begehen konnte, weil eine ungenügende Überwachung des Personals vorlag.¹⁵⁴

C. Stellenwert der telefonischen Aufklärung

Unbestritten nimmt die Technik einen grossen Stellenwert im medizinischen Alltag und in der Behandlung ein. Aber nicht nur der technische Fortschritt hält Einzug im Behandlungsablauf, sondern auch das Arzt-Patientenverhältnis wird geprägt von innovativ technischen Handlungsabläufen was zum Beispiel die Aufklärung des Patienten betrifft.

¹⁵¹ Vgl. BGE 110 II 456 E. 3a.

¹⁵² Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000.

¹⁵³ Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 112 Ib 322.

Medizinische Beratungen per Telefon oder Internet nehmen einen wichtigen Platz im medizinischen Alltag ein. Umso mehr bedarf es einer Konkretisierung, welche Anforderungen an eine telefonische Aufklärung aus juristischer Sicht zu stellen sind.

Das Bundesgericht hat bis dato zur telefonischen Aufklärung in keinem Urteil Position bezogen. In einem Urteil aus dem Jahre 2010¹⁵⁵ kam der deutsche BGH zum Schluss, dass der Arzt in einfach gelagerten Fällen die Aufklärung am Telefon erledigen kann. Aber bei komplizierteren Fällen ist eine persönliche Aufklärung unerlässlich. Gemäss der konstanten Rechtsprechung des BGH ist der Arzt soweit aufklärungspflichtig, als sein Fachgebiet betroffen ist. Bei einer Telefondiagnose und einer Telefontherapie werden dieselben ärztlichen Sorgfaltspflichten verlangt wie bei einer persönlichen Kontaktaufnahme des Arztes mit dem Patienten. Der BGH präzisierte, dass in einfach gelagerten Fällen der Arzt den Patienten grundsätzlich auch in einem telefonischen Gespräch über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs aufklären darf, wenn der Patient damit einverstanden ist.¹⁵⁶

D. Rechtfertigungswirkung der hypothetischen Einwilligung

1. Allgemeines

Im Jahre 1982 befasste sich das Bundesgericht mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung unter dem rechtsvergleichenden Aspekt der deutschen Rechtsprechung: «Man kann sich fragen, ob man nach dem Vorbild der deutschen Rechtsprechung dem Arzt den Entlastungsbeweis öffnen sollte, dass sein Patient der Behandlung auf jeden Fall zugestimmt hätte, auch wenn er deren Art und die damit verbundenen Risiken gekannt hätte».¹⁵⁷ Das Bundesgericht bejahte dies und wendet seither die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund an.

Liegt keine Einwilligung des Patienten vor, ist der Arzt beweispflichtig, dass der Patient auch eingewilligt hätte, wenn er über die Risiken aufgeklärt worden wäre. Vom Patienten kann jedoch verlangt werden, dass er glaubhaft macht oder zumindest behauptet, weshalb er bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffes insbesondere aus persönlichen Gründen verweigert hätte. Wirkt der Patient nicht mit, kann nach objektiviertem Massstab darauf abgestellt

¹⁵⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 204/09 vom 15. Juni 2010 = VersR 2010, 1183 E. 3.

¹⁵⁶ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 204/09 vom 15. Juni 2010 = VersR 2010, 1183 E. 3.

¹⁵⁷ BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

werden, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständlich wäre¹⁵⁸.

Gute Gründe für oder gegen eine bestimmte medizinische Behandlung lassen sich praktisch immer – auch bei seltenen Behandlungsmethoden oder besonders risikobehafteten Eingriffen – benennen. Das Haftungskorrektiv des «vernünftigen Patienten» höhlt so das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus und verleitet den behandlungswilligen Arzt letztlich dazu, gegenüber in seinen Augen unvernünftigen bzw. skeptischen Patienten einseitig die Vorteile des beabsichtigten Eingriffs zu betonen und bei vernünftigen bzw. behandlungswilligen Patienten auf eine Aufklärung zu verzichten, weil diese ja fingiert wird.

Der BGH stellt deshalb zu Recht strengere Anforderungen an den Nachweis einer hypothetischen Einwilligung als das Bundesgericht. Gemäss BGH darf die Aufklärungspflicht, abgeleitet vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten, nicht durch die hypothetische Einwilligung unterlaufen werden.¹⁵⁹ Auch dürfen nicht zu hohe Anforderungen an die Plausibilität eines Entscheidungskonfliktes bei Anwendung einer Aussenseitermethode gestellt werden.¹⁶⁰ Der Einwand der hypothetischen Einwilligung wird erst dann zugelassen, «wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er – wären ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden – vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte».¹⁶¹

Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats des BGH darf ein Tatrichter grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten von der hypothetischen Einwilligung des Patienten ausgehen. Ein Ausnahmefall der persönlichen Anhörung ist dann gegeben, wenn schon die unstreitigen äusseren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Einwilligung erlauben.¹⁶²

¹⁵⁸ Vgl. z.B. BGE 133 III 121 E. 4.1.3 und 117 Ib 197 E. 5.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 108/06 vom 17. April 2007 = NJW 2007, 2771, 2773 = VersR 2007, 999 E. 4.

¹⁶⁰ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 35/06 vom 22. Mai 2007 = BGHZ 172, 254 = NJW 2007, 2774 = MDR 2007, 1131 = VersR 2007, 1273 E. 3.

¹⁶¹ Urteil des BGH VI ZR 260/93 vom 14. Juni 1994 = NJW 1994, 2414 = MDR 1994, 1089 = VersR 1994, 1302 E. 2a.

¹⁶² Vgl. Urteil BGH VI ZR 418/14 vom 29. September 2015 E. 2.

2. Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung bei spezifischen Aufklärungspflichten?

Mitunter verlangt der Gesetzgeber eine besondere Aufklärung, insbesondere im Zusammenhang mit Lebend-Organpenden.¹⁶³ Der BGH hat sich in zwei Grundsatzurteilen mit den Aufklärungspflichten betreffend Lebend-Organpenden befasst.¹⁶⁴ In diesen beiden Urteilen lehnte der BGH die Anwendung der Grundsätze der hypothetischen Einwilligung in der Transplantationsmedizin ab. Das Transplantationsgesetz sehe spezifische Aufklärungspflichten vor. Insbesondere müsse ein unbeteiligter, neutraler Arzt dem Aufklärungsgespräch beiwohnen und der Inhalt des Gesprächs protokolliert werden. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann nicht unter Hinweis auf die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung gleichwohl eine hinreichende Aufklärung fingiert werden.

Im Verfahren VI ZR 318/17 spendete der Kläger seiner an Niereninsuffizienz leidenden und dialysepflichtigen Ehefrau im August 2010 eine Niere. Der Kläger argumentierte, die Organentnahme sei wegen eigener Vorerkrankung kontraindiziert gewesen. Er leide seit der Organentnahme an einem chronischen Fatigue-Syndrom. Die Risikoaufklärung sei unzureichend gewesen. Auch in diesem Fall entschied der BGH, dass der Einwand, der Kläger hätte auch bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung in die Organentnahme eingewilligt, unzulässig ist.¹⁶⁵

E. Bindungswirkung einer Patientenverfügung

1. Allgemeines

In der Schweiz existieren medizinische ethische Richtlinien zur Patientenverfügung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften.¹⁶⁶ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist zentral für die Behandlung des Patienten. Grenzen sind jedoch dem Selbstbestimmungsrecht in einzelnen Behandlungssituationen gesetzt:

«Dem Willen des Patienten oder seines Vertreters eine bestimmte Behandlung durchführen zu lassen, muss nur entsprochen werden, wenn diese Behandlung

¹⁶³ Vgl. <www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20051807/201711150000/810.212.4.pdf>, besucht am 18.08.2019, Art. 9 Transplantationsverordnung.

¹⁶⁴ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 495/16 vom 29. Januar 2019 = NJW 2019, 1076 und VI ZR 318/17 vom 29. Januar 2019.

¹⁶⁵ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 318/17 vom 29. Januar 2019 E. 3.

¹⁶⁶ <www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>, besucht am 26.07.2019.

medizinisch indiziert ist. Hingegen ist die Verweigerung einer Behandlung oder der Betreuung durch den urteilsfähigen Patienten verbindlich». ¹⁶⁷

Mittels der Patientenverfügung kann eine urteilsfähige Person festlegen, wie im Fall ihrer Urteilsfähigkeit medizinisch vorgegangen werden soll. In der konkreten Situation stellen sich trotz vorhandener Patientenverfügung sehr oft ethische Fragen. In den Richtlinien zur Patientenverfügung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften heisst es zur ethischen Gewichtung der Patientenverfügung:

«Ethisch ist der Anspruch, den eigenen Willen mit einer Patientenverfügung für Situationen der Urteilsunfähigkeit festzuhalten, im Prinzip der Patientenautonomie begründet. Dieses beinhaltet das Recht des Individuums, aufgrund persönlicher Wertungen und Vorstellungen im eigenen Interesse Entscheidungen zu fällen». ¹⁶⁸

Mit dem revidierten Erwachsenenschutzgesetz wurde die Verbindlichkeit der Patientenverfügung einheitlich gesetzlich verankert ¹⁶⁹. Der Arzt muss einer Patientenverfügung entsprechen, es sei denn, dies verstösst gegen gesetzliche Vorschriften oder es bestehen begründete Zweifel, dass die Patientenverfügung auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht ¹⁷⁰.

Der gesunde Mensch kann sich oftmals nicht vorstellen, wie er in medizinischen Grenzsituationen entscheiden würde oder ändert seine Meinung im Verlauf des Lebens. Im Zusammenhang mit der Anwendung einer Patientenverfügung kann es vorkommen, dass die frühere Anordnung des mittlerweile urteilsunfähigen Patienten nicht dem entspricht, was ein vernünftiger Patient bzw. der behandelnde Arzt als vernünftig erachtet. Es kann auch sein, dass der Patientenvertreter eine andere Auffassung vertritt als der behandelnde Arzt und die Patientenverfügung keine klare Weisung enthält, wie in bestimmten Situationen vorzugehen ist. In derartigen Fällen hat der Richter abzuwägen, ob er die «Unvernunft» der Patientenverfügung oder des Patientenvertreters stärker als den Behandlungsplan des Arztes gewichtet.

Der deutsche BGH nahm sich diesem heiklen ethischen und juristischen Thema in einem Beschluss November 2018 an. ¹⁷¹ Dem Fall lag der Sachverhalt zu Grunde,

¹⁶⁷ <www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>, besucht am 26.07.2019.

¹⁶⁸ <www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>, besucht am 26.07.2019.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 370 ff. ZGB.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB.

¹⁷¹ Vgl. Urteil des BGH XII ZB 107/18 vom 14. November 2018 = NJW 2019, 600.

dass der Sohn der betroffenen Patientin im Einvernehmen mit dem bis dahin behandelnden Arzt die Auffassung vertrat, die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr sollten bei seiner Mutter eingestellt werden, da diese Vorgehensweise dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen der Betroffenen entspräche. Der Ehemann der Patientin lehnte dies ab.

Der BGH bestätigte den Behandlungsabbruch und hielt fest, dass die erforderliche Konkretisierung einer Patientenverfügung sich im Einzelfall bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Massnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben kann. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln, wobei auch für eine Patientenverfügung die allgemeinen Auslegungsmethoden für rechtsgeschäftliche Erklärungen anwendbar sind.¹⁷²

2. Haftung für den Behandlungsabbruch bei schwerstkranken Patienten

Die Problematik des mutmasslichen Willens stellt sich auch im Kontext mit der Haftung für einen Behandlungsabbruch. Die Einstellung der Behandlung bei schwerstkranken Patienten kann je nach der Perspektive des Patienten bzw. seinen Angehörigen zu früh oder zu spät erfolgt sein. Der BGH befasste sich unlängst mit Haftung für einen aus der Sicht des Sohnes des verstorbenen Patienten zu späten Behandlungsabbruchs. Konkret war umstritten, ob die künstliche Ernährung eines 1929 geborenen Patienten – er litt an fortgeschrittener Demenz und war bewegungs- und kommunikationsunfähig – hätte früher eingestellt werden müssen.¹⁷³

Der Patient wurde von 2006 bis zu seinem Tod im Jahr 2011 mittels einer PEG-Magensonde künstlich ernährt. Der todkranke Patient war zu Lebzeiten durch einen Rechtsanwalt vertreten. Dieser hatte dem behandelnden Arzt untersagt, Rücksprache mit dem Sohn des Patienten zu halten. Nach dem Tod des Vaters erhob der Sohn Klage gegen den behandelnden Arzt und verlangte sowohl ein Schmerzensgeld als auch Ersatz der aus seiner Sicht nutzlosen Behandlungskosten. Er machte geltend, dass der behandelnde Arzt verpflichtet gewesen wäre, «das Sterben des Patienten unter palliativmedizinischer Betreuung durch Beendigung der Sonderernährung zuzulassen».

¹⁷² Vgl. Urteil des BGH XII ZB 107/18 vom 14. November 2018 = NJW 2019, 600 E. 2.

¹⁷³ Vgl. Urteil des BGH VI ZR 13/18 vom 2. April 2019.

Das OLG München vertrat die Auffassung, dass der behandelnde Arzt im Rahmen seiner Aufklärungspflicht verpflichtet gewesen wäre, mit dem Betreuer des totkranken Patienten die Frage der Fortsetzung oder Beendigung der Sondenernährung eingehend zu erörtern. Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGH sei – so das OLG München – «bei unklarer bzw. zweifelhafter Indikation für einen ärztlichen Eingriff regelmässig eine besonders umfassende Aufklärung erforderlich».¹⁷⁴ Diese zweifelhafte Indikationslage hätte eine besonders gründliche Erörterung erfordert. Nach Auffassung des Senats des OLG München stellt «die aus der schuldhaften Pflichtverletzung durch den Beklagten – möglicherweise – resultierende Lebens- und gleichzeitig Leidensverlängerung des Patienten» grundsätzlich einen nach den §§ 249 ff BGB ersatzfähigen Schaden dar. Das OLG München sprach deshalb dem Sohn ein Schmerzensgeld in der Höhe von Euro 40'000 zu. Der beklagte Arzt habe es gemäss dem 1. Senat des OLG München unterlassen, dem Betreuer und Rechtsvertreter im Rahmen seiner Aufklärungspflicht die Konsequenzen der lebenserhaltenden Massnahmen bzw. deren Fortsetzung für den Patienten aufzuzeigen.

Der BGH demgegenüber vermeinte einen Haftungsanspruch. Der BGH liess offen, ob ein Behandlungs- oder Aufklärungsfehler vorgelegen sei. Er machte geltend, dass es mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen wäre, wenn die die Aufrechterhaltung der künstlichen Ernährung aus unzulässig bzw. das leidensbehaftete weiterleben als Schaden betrachtet würden.¹⁷⁵ Die deutschen Richter haben zudem erwogen, dass dieselbe Wertung angezeigt ist, wenn der betroffene Patient noch leben würde und den Behandlungsabbruch fordert: «Auch wenn ein Patient selbst sein Leben als lebensunwert erachten mag mit der Folge, dass eine lebenserhaltende Maßnahme gegen seinen Willen zu unterbleiben hat, verbietet die Verfassungsordnung aller staatlichen Gewalt einschließlich der Rechtsprechung ein solches Urteil über das Leben des betroffenen Patienten mit der Schlussfolgerung, dieses Leben sei ein Schaden».¹⁷⁶

Es ist fraglich, ob die Entscheidung des BGH in der Schweiz Bestand hätte. Gemäss Art. 377 Abs. 1 ZGB hat der behandelnde Arzt einen Behandlungsplan zu erstellen, wenn sich die urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert hat. Der Arzt ist verpflichtet, die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art,

¹⁷⁴ Urteil des OLG München 1 U 454/17 vom 21. Dezember 2017.

¹⁷⁵ Urteil des BGH VI ZR 13/18 vom 2. April 2019 E. 1b.

¹⁷⁶ Urteil des BGH VI ZR 13/18 vom 2. April 2019 E. 1 b/bb

Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten, zu informieren¹⁷⁷. Die vertretungsberechtigte Person hat alsdann den geplanten Massnahmen zuzustimmen oder diese zu verweigern¹⁷⁸.

Die medizinische-ethische Richtlinie «Umgang mit Sterben und Tod» von 2018 unterscheidet bei den Massnahmen, welche möglicherweise oder sicher den Eintritt des Todes beschleunigen, allgemein akzeptierte sowie kontrovers diskutierte Handlungen. Zu den allgemein akzeptierten Massnahmen werden der Verzicht auf oder der Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen, die medikamentöse Symptomminderung und die Sedierung bei therapiefraktären Symptomen verstanden. Diese Massnahmen dürfen nur begonnen und vorgesetzt werden, wenn die begründete Aussicht darauf besteht, dass dadurch ein Weiterleben mit angemessener Lebensqualität ausserhalb des akutmedizinischen Umfelds ermöglicht wird.¹⁷⁹

Zu den kontrovers diskutierten Handlungen gehört unter anderem die Suizidhilfe. Die Richtlinie von 2019 schliesst ärztliche Suizidhilfe nicht mehr kategorisch aus. Bleibt nach sorgfältiger Information und Abklärung des urteilsfähigen Patienten der selbstbestimmte Wunsch nach Suizidhilfe, kann ein Arzt aufgrund eines persönlich verantworteten Entscheides Suizidhilfe leisten, wenn die in der Richtlinie genannten fünf Voraussetzungen gegeben sind.¹⁸⁰ Eine Suizidhilfe bei urteilsunfähigen Personen ist nach der Richtlinie unzulässig.

Der Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit wird von der Richtlinie je nach der Situation und den Wünschen des betroffenen Patienten als allgemein akzeptierte, kontrovers diskutierte oder nicht zulässige Handlung qualifiziert.¹⁸¹ Entsprechend ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob ein Verzicht auf künstliche Ernährung geboten ist. Bei urteilsunfähigen Patienten verlangt die Richtlinie, im Zusammenhang mit der Abwägung das objektive Interesse an der geplanten Massnahme und den mutmasslichen Willen des Patienten, soweit er bekannt ist, zu berücksichtigen. Kann ein objektives Interesse nicht eindeutig bestimmt werden und/oder ist der mutmassliche Wille nicht bekannt, sind die Meinungen und Werte des Patientenvertreters massgeblich.¹⁸²

¹⁷⁷ Vgl. Art. 377 Abs. 2 ZGB.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 378 Abs. 1 ZGB.

¹⁷⁹ <www.samw.ch/de/Ethik/Sterben-und-Tod/Richtlinien-Sterben-Tod.html>, besucht am 17.08.2019.

¹⁸⁰ *Ibid.* 26 f.

¹⁸¹ *Ibid.* 25.

¹⁸² *Ibid.* 21.

Die Richtlinie betont zudem, dass der behandelnde Arzt verpflichtet ist, mit dem Patienten ein Aufklärungsgespräch über Massnahmen, welche möglicherweise oder sicher den Eintritt des Todes beschleunigen, zu führen, und zwar nicht bereits erst dann, wenn die Sterbephase bevorsteht oder bereits begonnen hat, sondern schon in einer frühen Phase der Konfrontation mit einer Krankheit mit sehr ernster Prognose (z. B. Tumorerkrankungen, chronisches Herz-, Lungen- und Nierenversagen wie auch neurodegenerative und Demenzerkrankungen) und regelmässig zu wiederholen.¹⁸³ Vor diesem Hintergrund ist eine Haftung für einen zu frühen oder verspäteten Behandlungsabbruch in der Schweiz durchaus denkbar.

«Liebesbarometer»: Warum ich das schweizerische bzw. deutsche Arzthaftpflichtrecht (nicht mehr) mag!

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.:

Die Strahlkraft des schweizerischen Arzthaftungsrecht sind seine geringe Reglungsdichte und die Offenheit des Haftungssystems. Weder der Gesetzgeber des Bundes noch die kantonalen Gesetzgeber konkretisieren die allgemeinen Haftungsgrundsätze des privaten und öffentlichen Rechts, wenn Patienten geschädigt sind. Der Richter hat als Folge dieses gesetzgeberischen Abseitsstehens einen grossen Gestaltungsfreiraum bei seiner Entscheidung, ob und inwieweit geschädigte Patienten Ersatz für den durch die Behandlung erlittenen Schaden geltend machen können. Der abseits stehende Gesetzgeber verlangt vom Richter, dass er sein Ermessen nach «Recht» und «Billigkeit» ausübt. Da das «Recht» selber nur die Haftungstatbestände und das Kausalitätserfordernis vorgibt, sollte der Richter bei seinen Entscheidungen die «Billigkeit» als Wertungskriterium in den Vordergrund rücken.

«Billigkeit» heisst dabei nicht Beliebigkeit, sondern Gerechtigkeit. Die Schadentragungslast muss vom Richter gerecht zwischen dem Arzt und dem Patienten verteilt werden. Es ist offensichtlich, dass sowohl der Arzt als auch der Patient sich in einer haftungsrechtlich besonderen Situation befinden. Es wäre unfair, die Ärzte, deren Fokus auf der Heilung oder zumindest Behandlung von Patienten liegt, mit einem ganz gewöhnlichen Raufbold oder sogar Mörder zu vergleichen, die vor ihrer Tat keinen hippokratischen Eid mit der Selbstverpflichtung, nur im

¹⁸³ Ibid. 14 f.

Interesse des Patienten zu handeln und diesen vor Schaden und willkürlichem Unrecht zu bewahren, abgegeben haben.

Der Patient befindet sich genauso wie der Arzt in einer besonderen Situation. Es mag ihm in Zeiten des Internets nicht mehr so sehr an medizinischem Wissen mangeln, gleichwohl ist er – vor allem wenn er während des ärztlichen Eingriffs narkotisiert ist – in einer ungleich schlechteren Lage als andere geschädigte Personen, wenn er sich ins Organisationswirrwarr eines arbeitsteilig funktionierenden Spitals, in welchem aussergewöhnliche Risiken existieren, begibt. Wer, was, wann, warum getan hat, weiss der geschädigte Patient ohne Dokumentation des Schadensverursachers nicht und kann es auch nicht beweisen. Ereignet sich beispielsweise im öffentlichen Verkehr ein Unfall und wird dabei ein Mensch verletzt, muss zwingend die Polizei herbeigerufen werden. Diese klärt das Unfallgeschehen ab. Ist erstellt, dass die geschädigte Person als Folge einer Betriebsgefahr geschädigt wurde, vergütet der Versicherer der beteiligten Motorfahrzeuge den Schaden. Einen derartigen Service erfahren geschädigte Patienten nicht.

Der Schweizer Richter wäre also gehalten, beim Entscheid über die Verteilung der Schadentragungslast die beiderseitige Ausnahmesituation zu berücksichtigen. Die Verwendung des Konjunktivs offenbart, dass der Verfasser dieser Zeilen den richterlichen Mut, den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum auszuschöpfen, als zu wenig vorhanden beurteilt. Vor allem dann, wenn eine ausschliessliche Kausalhaftung anwendbar ist und nach kantonalem Recht ausnahmsweise eine rechtmässige Schädigung nach Billigkeit zu Schadenersatz verpflichtet, sollte das erkennende Gericht die Justitia blinzeln lassen – nicht nur dann. Die deutschen Richter waren diesbezüglich geradezu vorbildlich mutig. Ein Universum von richterlichen Entscheiden hat den Sinn dafür geschärft, zugunsten der geschädigten Patienten Haftungs- und Beweiserleichterungen in die Rechtsprechung einfliessen zu lassen. Der Gesetzgeber hat diesen richterlichen Mut zu einer gerechteren Rechtsprechung belohnt und die richterlichen Errungenschaften mit dem Patientenrechtegesetz als verbindlich erklärt.

Gewiss sollte der Gesetzgeber in Branchen, die dem ständigen und immer schnelleren Wandel unterliegen, behutsam agieren, um nicht neue Technologien zu erschweren oder gar zu verhindern, weshalb zu hoffen ist, dass die Richter im In- und Ausland die Fingerzeige des Gesetzgebers richtig interpretieren: Die bei Patientenscheiben zur Anwendung gelangenden besonderen Haftungsprinzipien sind keine Verpflichtung zu Mutlosigkeit, sondern eine Einladung an alle Richter, kreativ zu sein. Denn: Nur ein kreativer Richter ist in Arzthaftungsfällen ein gerechter(er) Richter!

Dr. iur. Iris Herzog-Zwitter:

Bevor ich zum Stand des Liebesbarometers Stellung beziehe, möchte ich auf ein BGH Urteil vom 27. Mai 2008 (VI ZR 69/07) verweisen, indem die internationale Zuständigkeit für die deliktische Klage eines deutschen Patienten gegen einen Schweizer Arzt wegen Aufklärungspflichtverletzung bei der Medikamentenverordnung behandelt wurde. Der BGH kam zum Schluss, wenn der Erfolgsort in Deutschland ist, so ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für eine auf deliktische Ansprüche gestützte Klage aus Art. 5 Nr. 3 LugÜ. Im vorliegenden Fall hat ein Arzt in der Schweiz einem in Deutschland wohnhaften Patienten Medikamente verschrieben, da am Wohnort des Patienten zu schweren Nebenwirkungen geführt haben, und der Arzt hatte den Patienten nicht genügend über die Nebenwirkungen aufgeklärt.

Und nun zum Stand des Liebesbarometers:

Dass die Rechtsentwicklungen der drei Länder DACH gegenseitige Synergien mit sich bringen, liegt auf der Hand. Viele Parameter im Arzthaftungsrecht sind in der Schweiz und Deutschland – übrigens auch in Österreich – deckungsgleich. Man denke nur an die Definition der Sorgfaltspflicht oder an die verschiedenen Arten der Aufklärungen. Der Unterschied liegt aber im Detail und natürlich in der prozessrechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Landes. Trotz dieser Unterschiede kann die Frage per analogiam zum deutschen Recht insbesondere zum Patientenrechtegesetz gestellt werden.

Brauchen wir in der Schweiz auch ein Patientenrechtegesetz oder sind wir auf Grund der Dynamik im Medizinrecht mit unserem bisherigem auf der Rechtsprechung basierenden Arzthaftungsrecht besser bedient?

Ist in der heutigen Zeit mit der rasanten Entwicklung in der Medizin und Medizintechnik ein Patientenrechtegesetz in dieser Ausgestaltung noch zeitgemäss? Kann nicht die Rechtsprechung zum Beispiel mit einem Rahmengesetz wie dem OR mit mehr Flexibilität und Rechtsdynamik auf die Entwicklungen im Medizinrecht reagieren. Derartige Überlegungen sind immer mit dem Fokus auf die Patientensicherheit und auch Rechtssicherheit des Behandlers zu tätigen.

Der Patient, der Opfer - sei es eines Behandlungsfehlers oder eines risikobehafteten Behandlungsverlaufs - geworden ist, kann auf die strukturierte inhaltliche Vorlage des Patientenrechtegesetzes im BGB zurückgreifen. Aber nicht nur der Patient, sondern auch der Arzt als Behandler erfährt durch transparente und strukturierte dargestellte Information Schutz in der Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts. Im Sinne der Transparenz, Rechtssicherheit und der Patientensicherheit wurde das Patientenrechtegesetz konzipiert, um den Patienten zur

Durchsetzung seiner Rechte zum Beispiel bei einem Behandlungsfehler zu verhelfen. Damit wird nicht nur ein Beitrag zur Fehlervermeidungskultur als Präventivmassnahme in der Medizin geleistet, sondern sowohl Patient als auch Behandler erfahren Unterstützung durch einen erleichterten Zugang zum Patientenrecht. Das ist zu begrüssen!

Ein weiteres Schlussfazit zum rechtsvergleichenden Aspekt:

Der in der Schweiz im Arzthaftungsrecht tätige Jurist ist zunehmend angehalten sich mit der Rechtsprechung des EuGH und der Rechtsprechung unserer Nachbarländer auseinanderzusetzen.¹⁸⁴ Die Dynamik und der rasante Fortschritt in der Medizin und Medizintechnik machen weder vor dem Recht noch vor den Grenzen halt.¹⁸⁵

Dr. Thomas Steiner, Vorsitzender Richter, OLG München:

Soso – ein „Liebesbarometer“ ist gefragt. Da fällt mir doch gleich Gustav Heineemann ein: "Ach was, ich *liebe* keine Staaten, ich *liebe meine Frau*; fertig". Aber ich verstehe ja, wie es gemeint, also nun ganz ernsthaft:

Ich betreibe „Arzthaftung“ (in Deutschland) insgesamt nun schon seit etwa 15 Jahren und bin davon überzeugt, dass wir im Großen und Ganzen ein gutes und belastbares System haben. Das betrifft sowohl die gegebenen rechtlichen Voraussetzungen einer möglichen Haftung (trotz des unglücklichen Grundansatzes der Körperverletzungsdoktrin und des zum Teil unsystematischen Nebeneinanders von deliktischer und vertraglicher Haftung), als auch ein gut funktionierendes Gerichtssystem als Garant ihrer Durchsetzung (mit 2 Tatsacheninstanzen und der rechtlichen Aufsicht durch den Bundesgerichtshof). Meine Abhängigkeit vom medizinischen Sachverständigen habe ich akzeptiert und versuche, die damit verbundenen Risiken zu begrenzen. Was nun gleichwohl zu einem gewissen Absturz auf dem Liebesbarometer führt, sind nachfolgende Punkte:

¹⁸⁴ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 und BGE 141 III 363.

¹⁸⁵ <www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/heilmittel/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/revision-med-prod-verord-mepv.html>, besucht am 14.08.2019.

Die Notwendigkeit, nach Primärschaden und Sekundärschaden zu unterscheiden und die damit verbundenen Probleme des Kausalitätsbeweises

Als Richter darf man kein grundlegendes Problem damit haben, nach Beweislast zu entscheiden. Jedem Kollegen ist klar/sollte klar sein, dass wir immer wieder falsche richtige Urteile fällen. (Möglicherweise) falsch, weil wir uns trotz Beweisaufnahme keine Überzeugung bilden konnten. Richtig, weil es im System so vorgesehen ist und wir die Regeln des Systems berücksichtigt haben.

Das wird freilich dann zum Problem, wenn man mit der Beweislastverteilung grundsätzlich unzufrieden ist. Und das bin ich zumindest zum Teil: Nach der Gesetzeslage und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen wir für die Kausalität zwischen Primärschaden und Sekundärschaden unterscheiden. Dabei ist für den Primärschaden ein höherer Grad an Überzeugung als für den Sekundärschaden erforderlich (§ 286 ZPO vs. § 287 ZPO). Weil nun der Beweis für den Primärschaden so schwer zu führen ist, hat der Bundesgerichtshof zu Gunsten der Patienten den groben Behandlungsfehler erfunden. Eine Abweichung vom fachärztlichen Standard, die schlechterdings nicht nachvollziehbar ist, führt aus Billigkeitsgründen zur Umkehr der Beweislast. Aus folgenden Gründen bin ich damit nicht glücklich und das ist nun weniger ein dogmatisches, als ein aus der täglichen Praxis resultierendes Unbehagen:

- Bei einer medizinischen Heilbehandlung ist es oft gar nicht so einfach, voneinander abzugrenzen, was Primärschaden und was Sekundärschaden ist. Das eine oder andere kann im Einzelfall für den Patienten günstiger sein.
- Die aus der Grobheit eines Behandlungsfehlers resultierende Umkehr der Beweislast trägt jedenfalls im Einzelfall nicht zu einer billigen Lösung bei, denn es gilt „Alles oder Nichts“. Sie schafft einen Ausgleich allenfalls nach Kollektiven (Behandler – Patienten).
- Jenseits der Definition weiß man oft nicht so ganz genau, was ein grober Behandlungsfehler ist. Die Grobheit des Behandlungsfehlers ist keine den Medizinern vertraute, für sie relevante Kategorie.
- Es ergeben sich Wertungswidersprüche und Abgrenzungsprobleme z.B. zwischen therapeutischer Aufklärung und unterlassener Befunderhebung.

Die Aufklärung als Farce im Gerichtssaal

Das Thema der Aufklärung wird wegen der für den Patienten zunächst günstigen Beweislastverteilung als Korrektiv angesehen. Meine Beobachtung ist, dass wir hierzu weitgehend sinnlose Beweisaufnahme durchführen.

- Die Dokumentation der Aufklärung ist jedenfalls im Bereich von Krankenhäusern dank der hervorragenden Formulare und eines guten Risk-Managements perfekt. Ich wage aber die These (und habe das selbst so erfahren), dass die Aufklärung tatsächlich oft dahinter zurückbleibt und Risiken verharmlost werden.
- Häufig ist es aber auch genau andersherum: Der Patient behauptet, überhaupt nicht aufgeklärt worden zu sein. Tatsächlich stellt sich dann zweifelsfrei heraus, dass mit ihm ein solides Gespräch geführt worden ist.
- Die «Immer so Rechtsprechung» entwertet die eigentlich für die Patienten zunächst günstigste Beweislastverteilung.
- Und am Ende scheitern viele Patienten am fehlenden «Entscheidungskonflikt».

Was wünsche ich mir?

- Die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärschaden in Verbindung mit
- einem einheitlichen Beweismaßstab
- Bindung an ein unterschriebenes Aufklärungsformular
- Wo das fehlt - strengere Anforderungen an die Beweisführung der Behandler
- Fondslösungen, Mediation, Proportionalhaftung

Zusammenfassend im Sinne eines Liebesbarometers: Irgendwo in der Mitte, mal so, mal anders.