

Medizinische und rechtliche Abklärung von Arztehaftpflichtfällen

Werner E. Ott*

Nach geltendem Recht wird dem Arzt im Haftpflichtfall keine Sonderstellung eingeräumt. Dennoch startet der beweispflichtige Patient als medizinischer Laie aus einer weit schwierigeren Position heraus. Er ist daher auf eine professionelle medizinische Beratung angewiesen, um seine Rechte zu wahren. Lehnt die Berufshaftpflichtversicherung des Arztes jede Haftung ab, so muss ein unabhängiges medizinisches Gutachten die Fehler- und Kausalitätsfrage klären. Gestützt darauf kann erfahrungsgemäss in vielen Fällen eine einvernehmliche aussergerichtliche Lösung gefunden werden. Die Voraussetzungen der Haftung richten sich dabei nach Auftragsrecht. Verletzt der Arzt seine Aufklärungspflichten, so haftet er für jeden Misserfolg seiner Behandlung, selbst ohne allfälligen Kunstfehler. Zahlreiche Beispiele aus der Praxis runden das Bild ab.

Le droit en vigueur n'accorde aucun privilège au médecin en matière de responsabilité civile. La position du patient, laïc en matière médicale, est encore bien plus délicate. Il a la charge de la preuve. Il doit dès lors s'appuyer sur des conseils médicaux professionnels pour faire valoir ses droits. Si l'assurance responsabilité civile du médecin n'accepte pas d'intervenir, une expertise médicale indépendante permet de tirer au clair les questions de causalité et de faute professionnelle. L'expérience montre que de cas nombreux se concluent alors par une transaction extrajudiciaire. Les conditions de la responsabilité sont régies par les règles du mandat. Si le médecin a violé son obligation d'information, il répond de tout échec du traitement, même sans faute professionnelle. La présente contribution est complétée par une casuistique tirée de la pratique.

I. Ausgangslage und Problemstellung

Hand aufs Herz: Wie reagieren Sie als Vertreterin oder Vertreter eines qualifizierten Berufsstandes, wenn Ihnen ein Verstoß gegen Ihre beruflichen Sorgfaltspflichten vorgeworfen wird? Würden Sie das Prozedere sowie Ihre Rechte und Pflichten im Schadenfall kennen? Hätten Sie den Mut, zu einem Fehler zu stehen?

Zugegeben, das sind keine angenehmen Fragen, und dennoch, Ärzte und Ärztinnen sehen sich zuweilen genau mit solchen Fragestellungen konfrontiert und sie sollten darauf eine professionelle Antwort geben können. Noch immer empfinden manche von ihnen einen Vorwurf von Patientenseite als direkten Angriff auf die eigene persönliche und berufliche Integrität¹. Dabei müssen sich längst alle Berufsstände eine richterliche

Beurteilung ihrer Tätigkeit gefallen lassen und schon LÖFFLER, 5, hat hervorgehoben, dass dem Arzt keine rechtliche Sonderstellung eingeräumt werden soll. Der «mündige» Patient nimmt seine Rechte wahr, und er weiss immer besser Bescheid: Über das Internet sind zahllose medizinische Informationen – von höchst unterschiedlicher Qualität – abrufbar. Einer kürzlich präsentierten europäischen Studie gemäss wollen 91% der befragten Patienten bei medizinischen Behandlungen in die Entscheide miteinbezogen werden; lediglich 63% gaben an, dies sei in ausreichender Weise der Fall². Der folgende Beitrag widmet sich aus der Sicht des Praktikers ausgewählten Fragen im Zusammenhang mit der aussergerichtlichen medizinischen und rechtlichen Abklärung von Arztehaftpflichtfällen und stellt viele Beispiele dazu vor. Die gebotene gedrängte Darstellung verlangt nach dem «Mut zur Lücke», dem Verzicht auf Vollständigkeit. Die Ausführungen basieren auf den eigenen Erfahrungen des Autors als «Patientenanwalt» und erheben keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit.

Eine erste Vorbemerkung ist notwendig: Der Text hält sich an das geltende Recht. Der im Herbst 2000 veröffentlichte Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die

* Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich. Der Beitrag basiert auf einem Referat anlässlich der 39. Konferenz der Rechtskonsultanten des Touring Club der Schweiz vom 26. September 2003 in Bern. Der Verfasser dankt Frau stud. iur. CHARLOTTE RAUCH GRIEDER, Zürich, für ihre Mitarbeit bei der Bereitstellung der Literatur und Judikatur. Dank gebührt überdies Kollege Dr. iur. ANDREAS GIRSBERGER, Rechtsanwalt, Zürich, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Vgl. OLFF, Gesucht wird der Arzt, der einen Fehler zugibt, NZZ am Sonntag, 17.8.2003, 57.

² Tages-Anzeiger, 28.8.2003, 7.

Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts enthält zwar verschiedene Vorschläge zum künftigen Verfahrens- und Beweisrecht, regelt die Organisationshaftung und schlägt gar eine Gefährdungshaftung für besonders gefährliche Tätigkeiten vor, ruht aber nach abgeschlossener Vernehmlassung seit Mitte 2001 in den Katakomben des Bundeshauses, ohne dass bisher Genaueres bekannt geworden wäre, wie es mit diesem ebenso ehrgeizigen wie kontroversen Projekt weitergehen soll³. Immerhin: Gemäss Bundesamt für Justiz soll der Bundesrat in Kürze über das weitere Vorgehen entscheiden.

Zweite Vorbemerkung: Eine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Ärztin und Patient als Folge einer medizinischen Komplikation kann leicht zu gegenseitigen Verständigungsproblemen führen, weshalb diese «psychologische» Seite bei der Abklärung des Schadenfalles nicht ausser Acht gelassen werden sollte. Zudem pflegen sowohl Ärzte als auch Juristen eine eigene, mit Fachausdrücken und Fremdwörtern versetzte Sprache, weshalb die Gefahr besteht, dass sie sich nicht verstehen. Letzteres gilt erst recht für den Rat suchenden Patienten, der in der Regel als medizinischer und rechtlicher Laie zunächst nur auf seine subjektiven Erlebnisse zurückgreifen kann und als beweispflichtige Partei aus einer weit schwierigeren Position heraus startet als sein Arzt, welcher über das erforderliche Fachwissen, die persönliche Krankengeschichte, sämtliche objektiven Befunde und damit über einen grossen Wissensvorsprung verfügt. Dessen sollten sich Ärztinnen und Ärzte bewusst sein, wenn sie sich von Patientinnen und Patienten zu Unrecht angegriffen fühlen.

Die oberste Zielsetzung bleibt klar: Die Wahrheit herauszufinden und diese medizinisch und rechtlich zutreffend zu würdigen, um auf dieser Grundlage eine sachgerechte Lösung zu treffen. Verstösse gegen die anerkannten Regeln der Schulmedizin sollen haftpflichtrechtlich abgegolten werden; ausschliesslich schicksalshafte Komplikationen, welche auch bei Anwendung aller Sorgfalt nicht vermieden werden können, sollen ohne rechtliche Folgen bleiben. Das Gleiche gilt für die Verwirklichung eines allgemeinen Risikos, wobei die Grenzen zwischen Unvermeidbarkeit und Unsorgfalt zuweilen fließend sind⁴.

³ Vgl. dazu GEISELER R., Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, *Anwaltsrevue* 11-12/2001, 16 ff.; MÜLLER-CHEN, Brennpunkte der Revision des Haftpflichtrechts, *Anwaltsrevue* 11-12/2001, 10 ff.; OTT W. E., Revision Haftpflichtrecht, m. w. H.; HAVE Forum 3/2002, 221 ff., mit Beiträgen verschiedener Autoren und zahlreichen Hinweisen; JAAG T., Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Schweiz. Juristentag 2003, ZSR 2003 II/1, 3 ff.; LOSER-KROGH P., Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, Schweiz. Juristentag 2003, ZSR 2003 II/2, 127 ff.

⁴ Dazu OTT, Fehlerhafte Unfallbehandlung, 458 f.

II. Medizinische Abklärung

A. Praktisches Vorgehen und erste Abklärungen

Steht ein Patient unter dem Eindruck, das Opfer einer fehlerhaften (Be-)Handlung bzw. Unterlassung seines Arztes geworden zu sein, so wird er, sofern ihm dies möglich ist, als erstes das Gespräch suchen, um sich über die Umstände des Verfehlens des angestrebten Behandlungszieles informieren zu lassen. In vielen Fällen wird sich die Ärztin die Zeit nehmen, um sich der Sorgen und Fragen der betroffenen Patientin anzunehmen; vielleicht wird sich eine Lösung finden lassen, möglicherweise wird der Patient sogar auf weitere Schritte verzichten wollen, wenn sein Gegenüber echtes Bedauern über das Vorgefallene zum Ausdruck bringt und der Schadenfall keine schweren oder gar bleibenden Folgen zeitigt.

Leider zeigt die Praxis des Patientenanwaltes, dass dieses Bild der Realität nicht ohne weiteres gerecht wird, indem sowohl auf Patienten- wie auch auf ärztlicher Seite bald einmal mit harten Bandagen gekämpft wird, was einer konstruktiven Aufarbeitung der anstehenden Probleme wenig zuträglich ist. Für betroffene Patientinnen und Patienten empfiehlt es sich daher, sich frühzeitig sachkundig beraten zu lassen, sei es bei einem anderen Arzt ihres Vertrauens, sei es bei einer dafür geeigneten Patientenschutzorganisation oder einem spezialisierten Rechtsanwalt. Diese Stellen sind in der Lage, die medizinischen Vorabklärungen zu treffen und eine erste Triage vorzunehmen, um abzuschätzen, ob sich ein Weiterverfolgen der Angelegenheit rechtfertigen lässt oder nicht.

Sind diese «Hausaufgaben» gemacht und entscheidet sich der geschädigte Patient auf Grund der Ergebnisse dieser vorläufigen Beurteilung für eine genauere rechtliche Prüfung seiner vermuteten Ansprüche, so wird der Schadenfall dem betroffenen Arzt oder dem Spitalträger zur Kenntnis gebracht, verbunden mit der Aufforderung, die Angelegenheit der zuständigen Spital- oder Berufshaftpflichtversicherung anzumelden und deren Name, Adresse und Policennummer bekannt zu geben. Diese wird über den Sachverhalt, die aufgetretenen Probleme und die Ergebnisse der medizinischen Vorabklärungen ins Bild und damit in die Lage gesetzt, eine Prüfung durch den eigenen medizinischen Dienst oder einen beratenden Arzt zu veranlassen. Voraussetzung für den erforderlichen Beizug der relevanten medizinischen Akten ist aus Gründen des Persönlichkeits- und Datenschutzes die Ermächtigung des Patienten zur Einsichtnahme in seine Krankengeschichte. Gleichzeitig holt die Versicherung eine detaillierte Stellungnahme ihres Versicherungsnehmers bzw. der betroffenen Medizinalpersonen ein. Die Patientin ist gut beraten, sich mit Geduld zu wappnen, weil

bereits diese erste Abklärungsphase erfahrungsgemäss, wegen der chronischen Überlastung der medizinischen Dienste, viel Zeit in Anspruch nimmt. Ganz wesentlich: Mit der vorsorglichen Anmeldung anerkennt der Arzt keine Haftung, sondern schafft lediglich die Voraussetzungen, um eine korrekte Abklärung zu ermöglichen. Gleichzeitig stellt er damit sicher, dass seine Interessen von seiner Berufshaftpflichtversicherung, auf deren Kosten, gewahrt werden können, deckt diese doch nicht nur die Übernahme berechtigter Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen ab, sondern vertragsgemäss auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche. Entsprechend weisen die Versicherungen ihre Versicherungsnehmer darauf hin, keine eigenmächtigen Aktionen zu starten und gegenüber dem Patienten keine Haftung anzuerkennen. Umgekehrt gilt, dass sich die Versicherungen in ihren Allgemeinen Bedingungen das Recht ausbedingen, einen klaren Haftpflichtfall auch dann zu regulieren, wenn sich der betroffene Arzt dagegen wehren sollte.

Die erste materielle Stellungnahme der Versicherung entscheidet über das weitere Vorgehen: Bestätigen deren interne Abklärungen das Vorliegen einer Haftpflichtsituation, so wird sie die Haftung anerkennen oder, was bevorzugter geschieht, unpräjudiziell Verhandlungsbereitschaft signalisieren, um den Schadenfall «unter Offenlassen der Haftungsfrage» zu bereinigen. Damit hält sie sich für die Regressverhandlungen mit den Sozialversicherungen alle Optionen offen, und die Patientin erhält gleichwohl ihren Schaden angemessen ersetzt. Aus Sicht des Patienten stellt dieses optimale Szenario nun allerdings die Ausnahme von der Regel dar. Viel eher wird die Versicherung in ihrer Antwort zunächst das Vorliegen eines Kunstfehlers verneinen und den unglücklichen Verlauf als ausschliesslich schicksalshafte Komplikation beurteilen. Die eine Haftpflichtversicherung liefert dazu eine medizinisch und rechtlich ausführlich begründete und mit Dokumenten unterlegte Stellungnahme, die andere begnügt sich mit einer eher rudimentären Zurückweisung der vom Patienten vorgetragenen Sachdarstellung. Ein wenig anders sieht das Bild in Bezug auf die Verletzung der Aufklärungspflicht aus, indem der Schadenspezialist der Versicherung gerne die hypothetische Einwilligung ins Feld führt, also das Argument, dass die verständige Patientin auch in Kenntnis des (sich in der Folge verwirklichten) Risikos in den Eingriff eingewilligt hätte⁵. Im – bei diesem Verfahrensstand – häufigsten Falle einer vollständigen Ablehnung jeder Haftung liegt der Ball wieder beim Patienten, der sich dafür entscheiden muss, ob er den zuweilen beschwerlichen Weg über ein unabhängiges Gutachten gehen⁶

oder auf weitere Schritte verzichten will. Manchmal vermag ihm eine unabhängige Zweitmeinung bei einem mit dem Fall bisher nicht befassten, spezialisierten Arzt seinen Entscheid zu erleichtern.

Es liegt in der Natur der Sache, dass das ärztliche Ermessen in der Beurteilung eines medizinischen Sachverhalts eine wichtige Rolle spielt, und der ironische Spruch: Fünf Experten, fünf verschiedene Meinungen, enthält wohl mehr als nur ein Körnchen Wahrheit. Umso mehr muss es im Interesse aller Beteiligten liegen, im Falle unterschiedlicher Beurteilungen als Nächstes ein unabhängiges Gutachten bestmöglicher Qualität einzuholen⁷. Eine Auswertung von 262 Gutachten aus den Jahren 1990 bis 1997 ergab, dass nur gerade ein Drittel den gestellten Anforderungen genügte, ein deutlicher Hinweis auf bestehende Defizite⁸.

B. Privatgutachten

So wichtig die Arbeit als Gutachter für die Qualitätssicherung ärztlicher Tätigkeiten an sich ist, so wenig gesucht wird dieser Job: Die Annahme eines Gutachtenauftrages bedeutet immer Zusatzarbeit, wenn auch angemessen honorierte, die fachlichen und persönlichen Anforderungen sind hoch, die Ausbildungsmöglichkeiten bis heute immer noch bescheiden, die Fachkompetenz und Unabhängigkeit in einem kleinen Land wie der Schweiz manchmal nur mit Abstrichen zu gewährleisten. Ausserdem ist es nicht besonders angenehm, einem Kollegen einen Fehler nachzuweisen, vor dem man selber nicht gefeit ist. Die anerkanntesten Gutachterinnen und Gutachter sind daher stets überlastet; einzelne Gutachter gelten als eher «patientenfreundlich» und werden daher von den Versicherungen abgelehnt und umgekehrt. Patient und Versicherung müssen sich daher zuerst über die Person des Experten, den detaillierten Fragenkatalog und die Übernahme der Kosten einigen, und nicht selten bedarf es mehrerer Anläufe, bis ein geeigneter Kandidat gefunden ist, welcher den Auftrag auch wirklich annimmt. Dieses Vorgehen bewährt sich für medizinische Sachverhalte, die bestimmte Spezialkenntnisse des Begutachtenden voraussetzen und/oder eine ganz spezifische Fragestellung erheischen. Wer demgegenüber auf eigene Faust und ohne Einbezug der Gegenseite ein Gutachten in die Wege leitet, läuft Gefahr, auf einer Expertise «sitzen zu bleiben», welche als reines Parteigutachten qualifiziert wird, was erfahrungsgemäss den Beweiswert

⁵ Vgl. nachstehend III lit. A, Ziffer 5.

⁶ Dazu gleich mehr unter lit. B und C.

⁷ Vgl. dazu das Standardwerk von FREDENHAGEN, 70 ff.; MURER, SZS 43/1999, 168, der dafür plädiert, in der ärztlichen Weiterbildung der Begutachtung mehr Bedeutung zuzumessen.

⁸ MEINE, L'expertise médicale en Suisse: satisfait-elle aux exigences de qualité actuelles?, SVZ 67 (1999), 37 ff.

sowohl aussergerichtlich wie auch im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung mindern kann⁹.

C. FMH-Gutachten

Verschiedene dieser Stolpersteine entfallen, wenn der Weg über ein FMH-Gutachten gewählt wird. Die Verbindung der Schweizer Ärzte FMH unterhält seit 1982 eine unabhängige Gutachterstelle mit Sitz in Bern, welche bis heute mehr als 2700 Fälle betreut und begleitet hat¹⁰. Der Jahresbericht wird in der Schweizerischen Ärztezeitung (*Bulletin des médecins suisses, Bolletino di medici svizzeri*) publiziert, zuletzt für die Berichtsperiode 2002 im Jahrgang 2003; 84: Nr. 22, 1155 ff.¹¹. Das anwendbare Verfahren ist in einem Reglement niedergelegt, welches in der aktuellen Fassung seit 1. Februar 2002 gilt¹². Es ist abgedruckt in der Schweizerischen Ärztezeitung 2002; 83: Nr. 4, 128 ff., und mit einem erläuternden Kommentar versehen. Die FMH-Gutachterstelle gibt eine Dokumentation mit Unterlagen und Formularen ab (Adresse für die deutsche Schweiz und das Tessin: FMH-Gutachterstelle, Postfach 293, 3000 Bern 16, Telefon 031 312 08 77, Telefax 031 311 99 81; für die Romandie: Bureau d'expertises, case postale 64, 1010 Lausanne, Telefon 021 652 16 74, Telefax 021 652 33 85).

Zwar ist das FMH-Gutachtenprozedere vorab von Patientenseite immer wieder kritisch hinterfragt worden, vor allem wegen der höchst unterschiedlichen Qualität der einzelnen Gutachten und der zuweilen überlangen Verfahrensdauer, es weist aber gegenüber einem Privatgutachten einige nicht zu unterschätzende Vorteile auf: Die einzelnen Verfahrensschritte sind klar normiert und werden unter Federführung der unabhängigen FMH-Gutachterstelle abgewickelt. Grundlage für die Verfahrenseinleitung bildet ein begründeter Antrag von Patientenseite, der in Form und Inhalt den konkreten Vorgaben der Gutachterstelle genügen muss. Sie verlangt die Bestätigung, dass Arzt oder Spital und Versicherung mit einem FMH-Gutachten einverstanden sind, womit die Gefahr eines reinen Parteigutachtens gebannt ist. Tritt die Gutachterstelle auf Grund einer summarischen Vorprüfung auf den Fall ein, so erteilt sie der zuständigen Fachgesellschaft den Auftrag, einen geeigneten Gutachter, gegebenenfalls ein Gutachterteam aus verschiedenen Disziplinen, vorzuschlagen. Gleichzeitig muss die Patientin eine Bearbeitungsgebühr von Fr. 600.–, zuzüglich Mehrwertsteuer, entrichten, während die eigentlichen

Gutachterkosten von der Haftpflichtversicherung getragen werden. Dank dieser Regelung ist der Zugang auch für Patientinnen und Patienten offen, welche nicht in der Lage wären, anfallende Kosten von mehreren Tausend Franken selber zu berappen. Die Gutachterstelle behält sich allerdings das Recht vor, bei querulatorischen oder aussichtslosen Anträgen eine Kostensicherheit bis Fr. 2000.– zu verlangen. Für FMH-Mitglieder besteht gemäss Artikel 2 des Reglements Einlassungspflicht; sie müssen die vollständigen Unterlagen zur Verfügung stellen und ihren Haftpflichtversicherer nennen. Manchmal ist es nötig, darauf mit Nachdruck hinzuweisen. Auch den Patienten obliegen Mitwirkungspflichten; sie stellen die ihnen zugänglichen Dokumente zur Verfügung und halten sich, auf eigene Kosten, für eine Untersuchung durch den Gutachter zur Verfügung.

Der von allen akzeptierte und beauftragte Gutachter führt die zur Abklärung des Sachverhalts notwendigen Massnahmen durch und lädt die Patientin für eine Untersuchung und Anhörung vor. Anschliessend gewährt er der Gegenpartei das rechtliche Gehör. Für die Ausfertigung des Gutachtens folgt er dem mehrseitigen «Antwortschema für aussergerichtliche FMH-Gutachten», welches für den Regelfall alle relevanten Punkte, insbesondere die Fehler- und Kausalitätsfrage, abdeckt. Konkrete Zusatzfragen müssen von den Parteien gemeinsam unterbreitet werden, weshalb – um zusätzliche Diskussionen zu vermeiden – nur selten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Heikel ist die Aufklärungsfrage, welche zwar als Rechtsfrage grundsätzlich nicht zum Kernbereich des ärztlichen Gutachters gehört, über die Frage nach der richtigen Untersuchung und Behandlung (Indikation) aber dennoch ins Medizinische hinein spielt. Wurde etwa eine fragwürdige Operationsindikation gestellt, so klärt der Gutachter, ob das «Prinzip des sichersten Wegs» befolgt wurde, ob m. a. W. die notwendigen diagnostischen Abklärungen durchgeführt sowie alle konservativen therapeutischen Optionen erschöpft waren und die Chancen und Risiken eines invasiven Vorgehens sorgfältig gegeneinander abgewogen und mit dem Patienten besprochen wurden¹³. Das Gutachten müsste innerhalb von drei Monaten abgeliefert werden, eine Vorgabe, welche in Praxis kaum einmal eingehalten werden kann. Liegt das Gutachten vor, so ist die Arbeit der Gutachterstelle abgeschlossen. Die Parteien sind reglementsgemäss in der Würdigung des Gutachtens frei, und sie haben die Möglichkeit, nach Artikel 15 des Reglements einen begründeten Ergänzungsantrag zu stellen, vorausgesetzt, das Gutachten erweise sich als lückenhaft oder widersprüchlich. Erfahrungs-

⁹ Zum Parteigutachten vgl. BGE 125 V 351.

¹⁰ Vgl. FREDENHAGEN, 75 f.

¹¹ Berichtsperiode 2001 im Jahrgang 2002; 83: Nr. 34, 1759 ff.

¹² Dazu OTT, FMH-Gutachterstelle mit revidiertem Reglement, Schweizerische Ärztezeitung 2002; 83: Nr. 4, 107.

¹³ OTT, Voraussetzungen, 41.

gemäss bringen Ergänzungsgutachten selten einen Erkenntnisgewinn, weil der Gutachter eher seinen Standpunkt mit weiteren Argumenten und Literaturhinweisen zu «zementieren» sucht, als seine Überlegungen und Schlussfolgerungen unter Berücksichtigung der vorgetragenen Einwände nochmals kritisch zu hinterfragen. Gleichwohl liefern FMH-Gutachten in vielen Fällen eine brauchbare Grundlage, um den Schadenfall weiter zu behandeln¹⁴. Die «Fehleranerkennungsquote» hat in den letzten Jahren leicht zugenommen und liegt für den Zeitraum 1982 bis 2002 bei 30,8%. Sie ist nach den Feststellungen der Gutachterstelle entscheidend davon abhängig, wie gut das medizinische Beratungsnetz der Patientenanwälte und -berater ist. Im Jahre 2002 wurden insgesamt 133 Gutachten erstattet, wovon in 55 Fällen oder 41,4% ein Behandlungsfehler bejaht wurde¹⁵. Ansonsten liegen für die Schweiz m. W. keine breit abgestützten Statistiken vor; hier wie anderswo dürfte von einer nicht zu unterschätzenden Dunkelziffer auszugehen sein.

D. Critical Incident Reporting System CIRS

Wo Menschen arbeiten, passieren Fehler, eine Binsenwahrheit. Wie lässt sich die Patientensicherheit als ein wesentliches Qualitätsmerkmal im Behandlungsprozess weiter verbessern? Der Tages-Anzeiger titelte in diesem Zusammenhang: «Auch Ärzte sollen zu ihren Fehlern stehen», und er berichtete darüber, dass Mediziner ihre Pannen nach den Intentionen der FMH zukünftig melden sollen¹⁶. Saftiger die Zeitung mit den grossen Lettern: «Ärztepfusch! Erschreckend, was sie alles zugeben»¹⁷. Anlässlich der Arzt-Recht-Tagung 2002 der Universität St. Gallen vom 24. Oktober 2002 in Bern stellte Prof. Dr. med. Daniel H. Scheidegger, Departement Anästhesie, Universitätsklinik UHBS Basel, das Modell eines computerbasierten, anonymen Critical Incident Reporting System CIRS vor¹⁸. Das System besteht für den Bereich der Anästhesie seit Jahren und soll breit abgestützt (Ärzte, Pflegedienste, FMH, Apotheker) auf möglichst viele Disziplinen ausgedehnt werden. Kritische Ereignisse werden in der Medizin, wie auch in anderen komplexen Systemen, häufig multifaktoriell verursacht: Arbeitsbelastung, technische und Kommunikationsprobleme, Teamfaktoren und die Prädisposition des Patienten oder der Pati-

entin, seltener nur das Versagen einer einzelnen Medizinalperson, tragen zum Schadensgeschehen bei. Ein Beispiel dazu: Im Pflegebereich treten die meisten Zwischenfälle im Zusammenhang mit der Schichtübergabe auf. Selbst die gefürchteten Medikamentendosierfehler oder Verwechslungen sind längst nicht immer nur einer Person anzulasten. Mit dem systematischen Erfassen und Zugänglichmachen soll ein Beitrag zur angestrebten «Sicherheits- und Lernkultur»¹⁹ geleistet werden, wobei Form und Inhalt interessierten Kreisen bisher kostenlos zur Verfügung gestellt werden²⁰. Eine Auswertung zeigt, dass Komplikationen zum Glück nur selten schwere Folgen zeitigen, und es leuchtet ein, dass allgemein bekannt gemachte Fehler eher vermieden werden können als sorgfältig verschwiegene. Nicht verschwiegen werden darf allerdings, dass die rechtliche Seite dieses Systems noch nicht abschliessend geklärt ist²¹ und dass manche «Meldepflichtige» eine latente Angst vor juristischen Folgen haben, m. E. wohl zu Unrecht: Zum einen sorgt nach den Angaben der Betreiber eine strikte Anonymisierung und Verschlüsselung dafür, dass keinerlei Rückschlüsse auf einen konkreten Einzelfall gezogen werden können (weder auf den Arzt oder die Klinik noch auf den Patienten), zum anderen ist über CIRS im Internet nichts abrufbar, was im Haftpflichtfall nicht auch aus der korrekt geführten Krankengeschichte herauszulesen wäre. Damit ist gleichzeitig angesprochen, dass das CIRS ein exaktes und wahrheitsgetreues Reporting voraussetzt, um seinen Zweck zu erfüllen. Ein noch unveröffentlichtes Gutachten der Juristischen Fakultät der Universität Basel soll die konkreten Risiken für die Meldenden ebenfalls als eher gering einstufen. Einige medizinische Fachgesellschaften innerhalb der FMH scheinen diesem Vorhaben dennoch kritisch gegenüberzustehen. Die FMH selber steht zwar hinter dem Projekt, rät aber zurzeit offenbar davon ab, Fälle zu melden, «in denen Patienten ernsthaft zu Schaden gekommen sind»²². Die bisherigen Erfahrungen sind infolge der geringen Beteiligung durchgezogen; es gilt daher die weitere Entwicklung abzuwarten. Der Qualitätssicherung weniger zuträglich dürften die vielen öffentlichen Spitälern durch die Politik verordneten Sparvorgaben sein; im Kanton Zürich sollen unter dem Titel «Effizienzsteigerung und Qualitätsstandards» Einsparungen von Fr. 36 Mio. realisiert und 90 Stellen abgebaut werden²³.

¹⁴ Dazu mehr unter Ziffer IV.

¹⁵ KUHN H./FAVRE, FMH-Gutachterstellen, Schweizerische Ärztezeitung 2003; 84: Nr. 22, 1155 ff.

¹⁶ Tages-Anzeiger, 12.4.2002, 44.

¹⁷ Blick, 30.5.2003, 1.

¹⁸ Für weiterführende Hinweise und Literaturangaben sei auf die Tagungsdokumentation Arzt-Recht-Tagung 2002, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, St. Gallen 2002, verwiesen.

¹⁹ Dazu ausführlich GLOOR, Kunstfehler – Fehler – Begutachtung – Qualitätskontrolle!, Schweizerische Ärztezeitung 2001; 82: Nr. 43, 2295 ff. <http://www.CIRSmedical.org>.

²¹ Vgl. die Beiträge von RUCKSTUHL, SPÜHLER und GROSS in der erwähnten Tagungsdokumentation.

²² NZZ am Sonntag, 17.8.2003, 57.

²³ Tages-Anzeiger, 10.7.2003, 19.

E. Schweizerischer Patientenfonds

Die Elimination von potentiellen Fehlerquellen ist das eine, die Schadensdeckung im Einzelfall das andere. Bis die Haftungsfragen geklärt und das Schadenquantitativ ermittelt sind, dauert es aus Patientensicht oft (zu) lange, weshalb seit vielen Jahren nach Möglichkeiten zur Verbesserung gesucht wird. Schon OFTINGER hat seinerzeit auf Bestrebungen hingewiesen, in einzelnen Gebieten das Haftpflichtrecht durch eine gesetzliche «Geschädigtenversicherung» zu ersetzen²⁴. GATTIKER äussert sich kritisch zu Bestrebungen, die Patienten gesetzlich besser zu stellen, sei es durch eine Ausweitung der Kausalhaftung für medizinische Behandlungen, sei es durch eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Patientinnen²⁵. Im Gespräch ist seit längerem das Projekt eines verschuldensunabhängigen Patientenfonds auf privater Basis und mit breiter Trägerschaft, wie er am 11. Juli 2002 der Öffentlichkeit vorgestellt und worüber in den Medien berichtet wurde²⁶. Danach soll Opfern von Ärztefehlern unbürokratische Soforthilfe gewährt werden, wofür jährlich 40 Mio. Franken aufgewendet werden sollen. Finanziert würde der Fonds sowohl durch Beiträge der Leistungserbringer als auch der Patienten selber, in der gegenwärtigen Zeit kein besonders populärer Vorschlag, gemäss Nationalrat Jost Gross, einem Mitinitianten des Projekts, jedoch die «letzte Chance für eine einvernehmliche Lösung». Zugehörigkeit zum Fonds wäre somit erste Voraussetzung für den Anspruch auf Leistungen. Als zweite Voraussetzung müsste eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben sein, dass ein Fehler passiert ist. Darüber und über Auszahlungen bis zu einem Maximalbetrag von z. B. 20 000 Franken müsste ein unabhängiges Begutachtungsgremium befinden. Je nach Interessenlage wird man eher die Chancen oder eher die Risiken dieses «ausserhalb des Haftpflichtrechts» angesiedelten Projekts in den Vordergrund rücken wollen. Verschiedene rechtliche Fragen harren einstweilen noch einer Antwort, gerade im Hinblick auf die Revision des Haftpflichtrechts. So oder so müssten bei den im Raum stehenden Zahlen viele Patientinnen und Patienten ihre Rechte unabhängig von einer Fondslösung durchsetzen, weshalb es sich fragt, ob Auseinandersetzungen über Haftpflichtansprüche wirklich signifikant abnehmen würden, wie die Initianten hoffen. «Kleinere» Schadenfälle werden ja bereits heute gelegentlich im Sinne eines «Risikoauskaufs» von den Versicherungen übernommen.

²⁴ OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 3. A., Zürich 1969, 32, m. w. H.

²⁵ AJP 6/2001, 645 ff.

²⁶ Z.B. Tages-Anzeiger, 12.7.2002, 7.

III. Rechtliche Würdigung

A. Privatrechtliche Haftung

Die allgemeinen Voraussetzungen des ärztlichen Haftungsrechts dürften den Leserinnen und Lesern dieser Zeitschrift durchaus geläufig sein, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf das Nötigste beschränken, unter Verweis auf die einschlägige Fachliteratur und Judikatur²⁷.

1. Behandlungsvertrag

Das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient ist nach übereinstimmender Auffassung von Lehre und Rechtsprechung als einfacher Auftrag im Sinne von OR 394 ff. zu qualifizieren²⁸. Erfolgt keine ambulante Behandlung durch den Praxisarzt, sondern eine stationäre Aufnahme in einem Privatspital, so gelten im Wesentlichen die gleichen obligatorienrechtlichen Haftungsgrundsätze, gestützt auf einen sogenannten Spitalaufnahmevertrag, der als Innominatkontrakt neben auftragsrechtlichen Elementen weitere, wie kauf- oder mietrechtliche, enthält²⁹.

Vertragsgegenstand ist damit, was im vorliegenden Zusammenhang zu betonen ist, nicht ein bestimmter Arbeitserfolg, die Heilung des Leidens, sondern «bloss» sorgfältige Arbeit als solche, ein Tätigwerden im Interesse des Patienten³⁰. Auftragshaftung ist damit stets Verschuldens- bzw. Sorgfaltshaftung und keine Erfolgshaftung³¹. Für eine Berufung auf das sogenannte «Nullfehlerprinzip» besteht kein Raum³². Das würde im Ergebnis zu einer gesetzeswidrigen Kausalhaftung führen.

Die Voraussetzungen der vertraglichen Arzthaftung richten sich – gleich wie in anderen freien Berufen – nach OR 398 I in Verbindung mit OR 97 I³³. Im Gegensatz zur ausservertraglichen Haftpflicht nach OR 41 wird bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit bzw. Vertragsverletzung als deren vertragliches Korrelat sowie natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang) das Verschulden des Arztes vermutet³⁴. Gleichwohl liegt, wie erwähnt, keine Kausalhaftung, sondern eine Verschuldenshaftung vor.

²⁷ FELLMANN, BK, Art. 398 N 379 ff.; HONSELL, Handbuch; JÄGER, 51 ff.; KELLER I, S. 452 ff.; OFTINGER/STARK, Band I.

²⁸ FELLMANN, BK, OR 394 N 183 ff.; KUHN, in Handbuch, 22 ff. und 31; OTT, Voraussetzungen, 23 ff.; KELLER I, 447.

²⁹ KUHN, in Handbuch, 47 f., m. w. H.; BRÜHWILER-FRESEY, in Handbuch, 280, beide mit Hinweisen auf die Schnittstellen zum öffentlichen Recht; J. GROSS, 37 ff.

³⁰ So schon LOTZ, BJM 1968, 120.

³¹ GAUTSCHI, BK, OR 398 N 1 a.

³² Eindrücklich der Fall BGE 115 Ib 175 ff.

³³ BGE 119 II 456.

³⁴ BGE 120 II 248; JÄGER, 90.

tung mit umgekehrter Beweislast vor, weil der Arzt den Nachweis seines fehlenden Verschuldens im Einzelfall erbringen kann³⁵. Ebenso wenig gibt es de lege lata ein (milderes) Sonderrecht für Ärzte: Sie haften für jedes Verschulden, also selbst im Falle von leichter Fahrlässigkeit³⁶, eine gesetzeskonforme Praxis und übliche Beweislastverteilung, welche immer wieder Gegenstand von Kritik gewesen ist, wenn auch zu Unrecht. Ich habe mich dazu an anderer Stelle geäußert³⁷. Das Bundesgericht hat seine Auffassung mit Entscheid vom 13.6.2000 erneut bekräftigt³⁸.

2. Geschäftsführung ohne Auftrag

Der Vollständigkeit halber ist auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss OR 419 ff. hinzuweisen, welche bei der notfallmässigen Aufnahme eines bewusstlosen Patienten herangezogen werden³⁹. Für KELLER⁴⁰ ist klar, die Geschäftsführung ohne Auftrag «wie einen Vertrag» zu behandeln. Heikle Abgrenzungsfragen können sich im Falle einer intraoperativ notwendigen Operationserweiterung stellen⁴¹.

3. Kunstfehler versus Sorgfaltspflichtverletzung

Unter welcher Haftungsvoraussetzung ist der sogenannte Kunstfehler oder, rechtlich zutreffender, der Verstoss gegen die anerkannten Regeln der Schulmedizin zu prüfen? Wer trägt für dessen Vorliegen die Beweislast⁴²? Gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Sache klar, indem der Begriff des Kunstfehlers ausschliesslich die objektive Seite des Verstosses gegen die anerkannten Regeln der Wissenschaft und Praxis beschlägt und damit keine Verschuldenskomponente beinhaltet. Er gehört daher als Vertragsverletzung zum Beweisthema des geschädigten Patienten⁴³, was in der Literatur zwar kritisiert, aber durch die Gerichtspraxis nicht umgestossen worden ist⁴⁴. Diese dogmatisch interessante Frage erscheint mir heute eher von rechtspolitischer als von praktischer Bedeutung, weil sich im Alltag sowohl für die Beurteilung des Kunstfehlers als auch der Unsorgfalt der Beizug eines medizinischen Gutachters in der

Regel aufdrängt⁴⁵. Der Experte versetzt sich in die damalige Lage des «fehlbaren» Arztes und nimmt auf die konkreten Verhältnisse im Einzelfall Rücksicht: Die tolerierbare Bandbreite ärztlichen (Fehl-)Verhaltens ist demnach nicht ein für allemal festgeschrieben; dem vielbeschäftigten Landarzt wird eher etwas nachgesehen als dem Spezialisten, bemerkte das Bundesgericht schon in BGE 64 II 207⁴⁶. Es gibt m. a. W. nicht einen medizinischen «Standard», sondern viele⁴⁷. Neben das Fehlverhalten einer einzelnen Medizinalperson tritt mehr und mehr die Haftung für organisatorische Mängel⁴⁸. Für Kasuistiken zum Kunstfehler sei verwiesen auf FELLMANN, BK, Art. 398 N 393 f., JÄGER, 52 ff., KELLER I, 458 f., GROSS, 174 ff., KUHN, in Handbuch, 86 ff. sowie OTT, Fehlerhafte Unfallbehandlung, 460 ff.

4. Kausalzusammenhang

Ausser der Fehlerfrage interessiert regelmässig die Kausalitätsfrage: Besteht zwischen dem vermuteten Arztfehler und dem schadenstiftenden Beschwerdebild des Patienten eine Ursache-Wirkung-Beziehung? Diese Frage basiert auf der sogenannten «Conditione-sine-qua-non-Formel» und klärt im Sinne einer vom medizinischen Gutachter zu prüfenden Tatfrage den natürlichen Kausalzusammenhang⁴⁹: Das ärztliche Missgeschick kann nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Schaden entfällt. Davon zu unterscheiden ist die vom Juristen zu beantwortende Rechtsfrage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne einer rechtspolitisch vernünftigen Begrenzung der Haftung. Nach der Praxis des Bundesgerichts gilt ein natürlicher Kausalzusammenhang als adäquat, wenn die betreffende Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges (bzw. Misserfolges) als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint⁵⁰. Wie weit sich der «real existierende Richter» bei seiner Entscheidfindung von dieser komplizierten Formel im Einzelfall wirklich leiten lässt, erscheint nach GAUCH⁵¹ zumindest als fraglich. Wo GAUCH Recht hat, hat er Recht, ist man dazu versucht, zu denken. Entscheidet nach Würdigung aller Umstände letztlich nicht der gesunde Menschenverstand, umschrieben als pflichtgemässes richterliches Ermessen? STARK schlägt vor, die Wahrscheinlichkeit

³⁵ KUHN, in Handbuch, 31, m. w. H.

³⁶ BGE 120 Ib 411, 120 II 248.

³⁷ OTT, Fehlerhafte Unfallbehandlung, 446 und 448, m. w. H.; gl. M. FELLMANN, BK, Art. 398 N 388 und KELLER I, 452 f.; a. M. HONSELL, in Handbuch, 11 und 20.

³⁸ Praxis 10/2000, Nr. 155, 926 ff.

³⁹ OTT, Voraussetzungen, 73 ff.

⁴⁰ I, 476.

⁴¹ Dazu im einzelnen WIEGAND, in Handbuch, 174 ff.

⁴² Dazu PORTMANN, 274 f.

⁴³ BGE 115 Ib 181, 120 Ib 414.

⁴⁴ OTT, Voraussetzungen, 119 ff.; KUHN, SJZ 83 (1987), 353 ff.; PORTMANN, 276.

⁴⁵ KUHN, in Handbuch, 42 FN 80.

⁴⁶ Vgl. den bereits erwähnten Entscheid in Praxis 10/2000, Nr. 155, 926 ff.; gleich LARGIER, 125.

⁴⁷ OTT, Fehlerhafte Unfallbehandlung, 448.

⁴⁸ Ursprünglich abgeleitet aus OR 55; BGE 112 Ib 322; vgl. JÄGER, 59 und 66; KELLER I, 39.

⁴⁹ OFTINGER/STARK, I, 107 ff.; REY, RZ 518 ff.

⁵⁰ BGE 123 III 110 ff.

⁵¹ Recht 1996, 229.

als Kriterium zur Überwindung der Schwierigkeiten mit der Kausalitätsfrage zu nehmen, was in der Praxis mehrheitlich auf Zustimmung stossen und die Schadenregulierung erleichtern dürfte⁵². Kasuistiken zum Kausalzusammenhang bieten OFTINGER/STARK, I, 117 ff. und BREHM, BK, OR 41 N 129 (bejahend) sowie N 144 (verneinend), beide mit Hinweisen auf arztrechtliche Entscheide.

5. Verletzung der Aufklärungspflicht

Anders als beim Kunstfehler stellt sich die Ausgangslage in Bezug auf die Verletzung der Aufklärungspflicht dar. Gemäss der vom Bundesgericht in konstanter Praxis vertretenen Körperverletzungstheorie stellt auch der Heileingriff zunächst eine Körperverletzung dar, welche erst durch die Einwilligung des Patienten zu einer rechtmässigen Handlung wird⁵³. Jede rechtsgültige Einwilligung setzt somit eine gehörige Aufklärung voraus, einerseits über den beabsichtigten Eingriff, andererseits über dessen Chancen und Risiken und allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten⁵⁴. Heute gehört überdies die sogenannte wirtschaftliche Aufklärung zu den Pflichten des Arztes⁵⁵. Das Selbstbestimmungsrecht als Teil des durch ZGB 28 geschützten Persönlichkeitsrechts, einem absolut geschützten Rechtsgut notabene, geht dem ärztlichen Willen vor⁵⁶. Darüber sollte jeder Arzt Bescheid wissen. Die Aufklärungspflicht folgt sowohl aus der ärztlichen Sorgfalts- und Treuepflicht nach OR 398 als auch aus der Rechenschaftspflicht des Beauftragten nach OR 400⁵⁷. Die Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärzte FMH verlangt die gehörige Patientenaufklärung in Art. 10 Abs. 1. Ob der Arzt seine Patientin aufklären muss, steht somit nicht in der freien Entscheidung des Arztes, während das Wie im Einzelfall ärztliches Fingerspitzengefühl verlangen kann⁵⁸. Im Regelfall besteht aus den oben erwähnten Erwägungen grundsätzlich die Pflicht zur Wahrheit, zur umfassenden, rückhaltlosen Aufklärung, welche nur ausnahmsweise und im Interesse des Patienten eingeschränkt werden darf⁵⁹. Vorgängig spricht sich die Ärztin von Vorteil mit den nächsten Angehörigen ab. Die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung des Patienten obliegt daher dem Arzt⁶⁰. Fehlt es an einer rechtsgenü-

genden Aufklärung, weil diese entweder gar nicht erfolgt oder nicht ausreichend dokumentiert ist⁶¹, so haftet der Arzt vertraglich für jeden Misserfolg und zwar unabhängig von einem allfälligen Kunstfehler⁶². Auf Grund dieser Beweislastverteilung verbessert sich die Rechtsstellung der Patientin zu Lasten des Arztes. Deswegen von einem Auffangtatbestand, von einem Kunstgriff findiger Patientenanwälte zu sprechen, wird der Problematik m. E. nicht gerecht⁶³. Dies umso weniger, als dem Arzt praxismässig zum Beweis zugelassen wird, dass dieser individuelle «Patient auch bei genügender Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte»⁶⁴. Das Bundesgericht befasste sich in seinen Entscheiden vom 10. Oktober 2002 und 1. Dezember 1998 mit diesen Fragen⁶⁵. Dieser Einwand der hypothetischen Einwilligung gemäss BGE 117 Ib 197 greift von vornherein nicht bei Vorliegen eines Verstosses gegen die anerkannten Regeln der Schulmedizin⁶⁶. CONTI kommentiert das nicht publizierte Bundesgerichtsurteil 4C.229/2000 vom 27.11.2001 zur Aufklärungspflicht bei Medikamentenabgabe in der Schweizerischen Ärztezeitung 2002; 83: Nr. 23, 1185 f.⁶⁷.

6. Kasuistik

Weil in Ärzthaftpflichtfällen lediglich «die Spitze des Eisbergs» überhaupt zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung und allenfalls zu einem höchstrichterlichen Urteil führt, fliesst die Judikatur viel spärlicher, als es die gewichtige Materie erwarten liesse. Auf die einschlägigen Kasuistiken zu den einzelnen Haftungsvoraussetzungen wurde bereits hingewiesen. JÄGER, 101 ff., hat in verdienstvoller Weise eine Anzahl unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheide im Anhang abgedruckt. Streng geht GATTIKER mit der neueren Bundesgerichtspraxis ins Gericht und sie wirft dem Bundesgericht nichts weniger als die Anwendung von «völlig überhöhten Sorgfaltsanforderungen» namentlich in BGE 120 II 248 ff. vor, was der insgesamt keineswegs arztfeindlichen Praxis unseres höchsten Gerichtes kaum gerecht werden dürfte⁶⁸. Einen schweren Schadenfall hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 5.11.2002 zu beurteilen⁶⁹. ZR 101 (2002), Nr. 7, 24 ff., gibt ein Urteil des zürcherischen

⁵² OFTINGER/STARK, I, 124 und 153.

⁵³ BGE 124 IV 258 ff., BGE 117 Ib 197 ff.; zustimmend REY, RZ 694 b; ablehnend WIEGAND, Handbuch, 122, m. w. H.

⁵⁴ BGE 113 Ib 426, BGE 124 IV 258 ff.; GATTIKER, 151 ff.; GEISSELER, 149 ff.; PAYLLIER, 127 ff.

⁵⁵ Dazu JÄGER, 83 ff.; BGE 119 II 456; BGE 116 II 519.

⁵⁶ BGE 108 II 62; aus strafrechtlicher Sicht BGE 124 IV 258 ff.

⁵⁷ WIEGAND, in Handbuch, 123 ff.

⁵⁸ Vgl. CONTI, 624 f.; KELLER I, 461 f.

⁵⁹ Zur Operationsaufklärung vgl. KUHN HP., Schweizerische Ärztezeitung 2000; 81: Nr. 34, 1838 ff.; PAYLLIER, 43 ff.

⁶⁰ BREHM, BK, OR 41 N 118; GATTIKER, 118; KELLER I, 453.

⁶¹ BGE 117 Ib 197.

⁶² BGE 108 II 59 ff.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 392; JÄGER, 77 f.; REY, RZ 770.

⁶³ HONSELL, Symposium Stark, 22; ebenfalls eher kritisch CONTI 617 f.

⁶⁴ REY, RZ 654; WIEGAND, in Handbuch, 184 f.; JÄGER, 78 f.; RADEK, Hypothetische Einwilligung und Aufklärung über Operationsrisiken, HAVE 2/2003, 145 ff.

⁶⁵ Praxis 2/2003, Nr. 36, 173 ff.; Praxis 2/2000, Nr. 28, 163 ff.

⁶⁶ Vgl. die Kasuistiken zur Aufklärung bei KELLER I, 462 und KUHN HP., Schweizerische Ärztezeitung 2000; 81: Nr. 34, 1838 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu auch HAVE 3/2002, 218.

⁶⁸ GATTIKER, Kausalhaftungen für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik, AJP 6/2001, 645 ff.

⁶⁹ HAVE 1/2003, 62.

Obergerichts vom 7.7.2000 zum Thema Aufklärungspflicht bzw. hypothetische Einwilligung wieder. LARGIER, 99 ff., referiert eine ganze Anzahl ärztlicher Komplikationen im Zusammenhang mit der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Unfallbegriff nach UVG 6 I. Der vorliegende Beitrag versucht, mit der Kasuistik unter Ziffer IV einen weiteren Schritt zur Linderung dieses Mankos zu tun.

B. Öffentlich-rechtliche Staatshaftung

1. Ausgangspunkt OR 61

Ausgangspunkt für die öffentlich-rechtliche Staatshaftung bildet OR 61, wonach Bund und Kantone für die «amtlichen Verrichtungen ihrer Beamten und Angestellten», worunter Tätigkeit und Rechtsstellung der Ärzte und des medizinischen Hilfspersonals in öffentlichen Spitälern regelmässig fallen⁷⁰, vom OR abweichende Haftungsbestimmungen aufstellen können⁷¹. Als Spitalträger tritt der Staat auf. Entsprechend ist auf Kantons- und andere öffentliche Spitäler das öffentliche Haftungsrecht anzuwenden⁷².

2. Staatshaftungsgesetze im Bund und in den Kantonen

Dies setzt allerdings voraus, dass der betreffende Kanton von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, was in den meisten Kantonen der Fall ist⁷³. Eine Zusammenstellung der geltenden Staatshaftungsgesetze des Bundes und der Kantone bietet Anhang I bei B. GROSS, ii–xviii. Deren Normen sehen mehrheitlich eine originäre, verschuldensunabhängige Staatshaftung vor. Ansprüche sind daher direkt gegenüber dem Kanton, der Gemeinde oder dem betreffenden Zweckverband und nicht mehr gegenüber dem «Schädiger» geltend zu machen. Man möchte meinen, dass sich dadurch die Rechtsstellung des Geschädigten im Sinne der ratio legis wesentlich verbessern würde, was in der Praxis allerdings nicht zutrifft⁷⁴. Der Hauptgrund liegt im Umstand, dass sich die medizinische Gutachtenproblematik in gleicher Weise wie im Privatrecht stellt. Zu erwähnen ist weiter, dass verschiedene kantonale Haftungsgesetze lediglich einige oberste Grundsätze festschreiben und im Übrigen doch wieder auf das OR verweisen. Und: Einzelne Kantone sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, ihre öffentlichen Spitäler zu privatisieren oder mindestens in

eine private Organisationsform überzuführen⁷⁵. Kritisch zur Privatisierung der Staatshaftung äussert sich im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts JAAG, Anwaltsrevue 11-12/2001, 5 ff., mit zahlreichen Hinweisen⁷⁶. Das Urteil 4P.110/2003 vom 26.8.2003 des Bundesgerichts betraf einen Spitalhaftpflichtfall aus dem Kanton Neuenburg. Einen speziellen Sachverhalt einer Staatshaftung hatte das Bundesgericht in BGE 129 II 353 zu beurteilen (subsidiäre Haftung des Kantons St. Gallen für Impfschäden nach Art. 23 Abs. 3 EpG). Von Bedeutung bleibt die Unterscheidung einer Haftung nach öffentlichem oder privatem Recht für die Frage der Verjährung oder Verwirkung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen⁷⁷.

3. Haftungsgesetz des Kantons Zürich

Im Kanton Zürich ist die gesetzliche Regelung klar, indem das Haftungsgesetz vom 14. September 1969 in - § 6 I eine originäre kausale Staatshaftung vorsieht für den Schaden, den sein Spitalpersonal in Ausübung amtlicher Verrichtung einem Patienten widerrechtlich zufügt⁷⁸. Seit BGE 112 Ib 337 gilt dies selbst für die Behandlung von Privatpatienten durch den Chefarzt einer öffentlichen Klinik. Das Bundesgericht hat für den Kanton Zürich eine sogenannte Vertragsspaltung abgelehnt⁷⁹. Weitere Entscheide betreffen BGE 111 II 149 ff., 113 Ib 420 sowie den bereits erwähnten BGE 115 Ib 175 ff. Um die gesetzliche Verjährung von zwei Jahren «seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen», einer Verwirkungsfrist notabene, nicht zu verpassen, empfiehlt es sich, rechtzeitig vor Ablauf dieser Frist vorsorglich ein formelles Staatshaftungsbegehren zu stellen, womit die Verjährung einstweilen «gestoppt» ist. Die medizinischen Abklärungen und anschliessende aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen können ohne übermässigen Zeitdruck durchgeführt werden; bestreitet in der Folge die zuständige Behörde den Anspruch, so teilt sie dies zu gegebener Zeit dem Geschädigten mit, unter Ansetzung einer einjährigen Klagefrist (§ 24 I und II).

⁷⁰ Funktioneller Beamtenbegriff, vgl. B. GROSS, 153 ff.

⁷¹ BGE 122 III 101 ff.

⁷² KELLER I, 463, mit Judikaturhinweisen.

⁷³ Vgl. den Entscheid 4P.65/2000 des Bundesgerichts vom 31. August 2000, den Kanton Bern betreffend; ferner das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. November 2002, HAVE 1/2003, 62.

⁷⁴ KUHN, in Handbuch, 83.

⁷⁵ So z. B. die Kantone Zug und Thurgau; in Planung für 2004 im Kanton Aargau für die Kantonsspitäler Aarau und Baden sowie für die psychiatrischen Dienste; für den Kanton Schwyz empfiehlt es sich, mit der zuständigen Spitalhaftpflichtversicherung eine klare Regelung zu treffen, nachdem im Zusammenhang mit einem Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2001 die Auskünfte der Verwaltung auf Anfrage wenig erhellend ausgefallen sind; gemäss Urteil 4C.97/2002 des Bundesgerichts vom 1. Juli 2002 ist es nicht zu beanstanden, dass das Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 29. Januar 2002 privatrechtliche Haftung angenommen und die Anwendung des kantonalen Haftungsgesetzes ausgeschlossen hat.

⁷⁶ Vgl. ferner VAN GESSEL/GUILLOD, *Division commune d'un hôpital privé: quel régime de responsabilité?*, AJP 4/2001, 420 ff.; HOFER/SCHMID-GEENE, Die Haftung privatisierter Spitäler – ein Überblick, HAVE 3/2002, 196 ff.

⁷⁷ KELLER I, 464.

⁷⁸ BGE 111 II 149 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu KUHN, in Handbuch, 56 f.

IV. Beispiele aus der Praxis

A. Schadenerledigung ohne Gutachten

In diese Kategorie fallen zunächst diejenigen medizinischen Sachverhalte, die nach beidseitiger Abklärung ein für die Patientin oder den Patienten günstiges Resultat ergeben, sowohl in Bezug auf das Vorliegen einer Verletzung der ärztlichen Sorgfalts- und/oder Aufklärungspflicht als auch in Bezug auf die Kausalität. Eines unabhängigen Gutachtens bedarf es nicht mehr. Viele Schadenfälle lassen allerdings keine derart klare Beurteilung zu; gibt es immerhin ernsthafte Gründe zur Annahme, dass die ärztliche Betreuung nicht in jeder Beziehung *lege artis* war, so besteht die Möglichkeit des bereits erwähnten «Risikoauskaufs» durch die Haftpflichtversicherung: Diese stellt unpräjudiziell, d. h. ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, eine einmalige und pauschale Abfindungssumme zur Verfügung, welche den beidseitigen Risiken im Falle von Weiterungen angemessen Rechnung trägt und einen vergleichweisen Fallabschluss zum frühestmöglichen Zeitpunkt erlaubt. Nicht nur erspart eine solche Lösung beiden Seiten weiteren Zeit- und Kostenaufwand, auch für den Patienten kann sie von Vorteil sein, muss er doch damit rechnen, im Falle eines für ihn ungünstigen Gutachtens später ganz leer auszugehen. Den erlittenen Schaden entschädigungslos hinnehmen muss er überdies, falls die medizinischen Abklärungen schlüssig ergeben, dass seine Kritikpunkte einer objektiven Würdigung nicht standhalten und sich weitere Bemühungen nicht mehr rechtfertigen. Diese bittere Pille zu schlucken fällt betroffenen Patienten verständlicherweise schwer⁸⁰. Der Verfasser führt die nachfolgenden Beispiele auf, ohne diese zu kommentieren. Dies würde den Rahmen des vorliegenden Beitrages sprengen, bedeutet jedoch keineswegs, dass verschiedene von ihnen nicht diskussionswürdig wären.

1. Vergleichsweise Einigung (beiderseits stets unpräjudiziell, unter Offenlassen der Haftungsfrage)

Fall 1: Diagnosefehler – Sichtbares Bronchuskarzinom im rechten Lungenoberlappen anlässlich einer routinemässigen Thorax-Röntgenkontrolle nicht erkannt; Resektion rechter Lungenoberlappen, Chemotherapie, Lymphknotenmetastasen; typische «Perte d'une chance»-Situation; Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 2: Diagnosefehler – Nicht diagnostiziertes Rezidiv-CA nach Brustamputation; Revisionsoperation und Nachbehandlung; Beweisführung verunmöglicht

durch ungeklärten Verlust der Bilddokumente; vergleichsweise Einigung.

Fall 3: Diagnosefehler – Nicht rechtzeitig erkannte Eileiterschwangerschaft, Kommunikationsprobleme zwischen Arzt und Patientin, notfallmässige Hospitalisation, komplikationsbehafteter Verlauf ohne bleibende Beeinträchtigung; vergleichsweise Einigung.

Fall 4: Diagnosefehler – Verspätete Diagnose einer Hodentorsion bei 15-Jährigem; Hodennekrose, Orchidektomie links; Sachverhalt nicht völlig geklärt (ungenügende Untersuchung und/oder Kommunikationsprobleme); vergleichsweise Einigung.

Fall 5: Diagnosefehler – Übersehene Achillessehnenruptur nach Sportunfall; während Wochen Ruhigstellung durch Unterschenkelschiene und Schmerzmittel, ein einfacher «Zehenspitzentest» oder eine US-Untersuchung hätte dem Arzt auf die Sprünge geholfen; verspätete Operation, verzögerte Heilung; volle Schadensdeckung.

Fall 6: Behandlungsfehler – Verspätete Appendektomie; bei Spitaleinweisung deutlich erhöhte Entzündungsparameter, CT-Befund: ausgeprägte Appendicitis mit entzündlichen Veränderungen des appendixumgebenden Fettgewebes; Operation erst 16 Stunden später, inzwischen schwere akute Appendicitis gangränosa perforativa; Peritonitis, komplikationsbehafteter Verlauf; vergleichsweise Einigung.

Fall 7: Behandlungsfehler – Vasektomie mit positivem Spermogramm; trotz drei postoperativ erstellten positiven Spermogrammen erlaubt Operateur Verkehr ohne Antikonzeption; eindeutiger Fehler, Ehefrau des Patienten wird erneut schwanger; Geburt eines gesunden Kindes nach traditioneller schweizerischer Lehre zwar kein «Schaden», aber gleichwohl Ausrichtung einer pauschalen Abfindung.

Fall 8: Behandlungsfehler – Tomographische Abklärung; Hörsturz und Tinnitus wegen nicht richtig aufgesetzter Kopfhörer; ungenügende Instruktion und Überwachung durch Assistentin; vergleichsweise Einigung.

Fall 9: Ungenügende Notfallbetreuung – Quetschtrauma Endglieder zweier Finger der Arbeitshand, ambulante Behandlung, keine Hospitalisation zur Überwachung des Verlaufs und auch keine Nachkontrolle, ausgedehnte Fingerkuppennekrose mit Amputation; vergleichsweise Einigung.

Fall 10: Anästhesiekomplikation – Arthroskopie linker Ellenbogen in Plexusanästhesie; Anästhetikum gelangt teilweise in Blutbahn, als Folge davon invalidisierende Funktionsstörung im Mittelhirn; Abgeltung des ungedeckten Direktschadens, Ausrichtung einer Genugtuung und Reflexgenugtuung an Ehepartner.

⁸⁰ Für Beispiele zur Verwirklichung eines allgemeinen Risikos sei auf die Kasuistik verwiesen bei OTT, Fehlerhafte Unfallbehandlung, 458 f., m. w. H.

Fall 11: Anästhesiekomplikation – Gynäkologischer Eingriff, ungeeignete Narkoseart führt zu Stimmlippenödem mit bleibender Heiserkeit; Intubationsnarkose trotz entsprechenden Hinweisen auf enge anatomische Verhältnisse; verpasste Antibiotikatherapie, Dauerschaden; vergleichsweise Einigung.

Fall 12: Anästhesie- und Operationskomplikation – Treppensturz mit Abriss der Sehne des Ringfingers; evtl. ungenügende Analgesie mit der Notwendigkeit, «nachzuspritzen», evtl. Schädigung des N. ulnaris im distalen Oberarm durch Blutsperrung; teilweise unklare Situation und knappe Dokumentation; vergleichsweise Einigung.

Fall 13: Kontrastmittel-Injektionszwischenfall – Paravasat, unbemerkte paravenöse Injektion eines Teils des Kontrastmittels, notfallmässige Entlastungsoperation; eingeschränkte Funktion des Handgelenks; Übernahme des ungedeckten Direktschadens und Ausrichtung einer Genugtuung (medizinische und rechtliche Würdigung von Paravasat-Komplikationen regelmässig umstritten).

Fall 14: Injektionszwischenfall – «Tennisellbogen», lokale Infiltration i. m. (1 Amp. Diphrophos, kombiniert mit Carbostesin 0,5% und 1 Amp. Voltaren); Supinator-Syndrom als Folge einer Läsion des N. interosus posterior durch eine vermutungsweise unsachgemässe Injektion; vergleichsweise Einigung.

Fall 15: Blutgruppenverwechslung – Rethorakotomie, in deren Verlauf eine falsche Blutgruppe transfundiert wird; schwere hämolytische Transfusionsreaktion; Blutgruppenkarte im Labor falsch ausgefüllt; volle Deckung des (vorübergehenden) Schadens.

Fall 16: Behandlungsfehler – Durch paravenöses Legen einer Infusion entstehende Verbrennung und Nekrose im Bereich des linken Fussrückens; volle Schadensdeckung und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 17: Operationsfehler – Kaiserschnittoperation, unbemerktes Zusammennähen der vorderen und der hinteren Muttermundlippe anstatt der abgerutschten Vaginalwand und der Gebärmuttervorderwand; schwere Sepsis, Lebensgefahr, lange Rekonvaleszenz; volle Schadensdeckung.

Fall 18: Operationsfehler – Refraktur einer nicht vollständig durchgebauten Femurfraktur nach Implantatentfernung, Gammanagelung Hüfte links; unter Annahme einer Irritation im Operationsgebiet durch einen mutmasslich zu langen Marknagel frühzeitige Entfernung des Implantatmaterials, wobei unterlassen wird, den im Röntgenbild irrtümlich als stabil beurteilten Bruch mit einem kleineren Nagel zu versorgen; Ausrichtung einer Abfindung unter dem Titel Spesenersatz und Genugtuung.

Fall 19: Operationsfehler – Plattenosteosynthese einer Torsionsfraktur Metacarpale IV rechts, unbemerkte intraoperative Durchtrennung der Strecksehne des vierten Mittelhandknochens; trotz Rekonstruktion Funktionsdefizit; volle Schadensdeckung.

Fall 20: Operationsfehler – Infolge ungenügender Identifikation und Verwechslung Exostose am falschen Ort abgetragen, bleibender Knochendefekt an der operierten Stelle des dorsalen Anteils des medialen Femurcondylus, Zweitoperation zur Resektion der Exostose notwendig; volle Schadensdeckung.

Fall 21: Operations- und Nachbetreuungsfehler – Nahtinsuffizienz und Peritonitis nach laparoskopischer Sigmaresektion; wegen fehlender Drainage Leck mit schweren Folgen zu spät bemerkt; eingeschränkter Spitalbetrieb über die Festtage; Organisationsverschulden?; vergleichsweise Einigung.

Fall 22: Operations- und Nachbetreuungsfehler – Mammareduktionsplastik mit Krankheitswert; Nahtdehiszenz, postoperative Infektion, ungenügende Behandlung, mehrere Nachoperationen mit der Folge, dass wegen des zuletzt ganz fehlenden Brustgewebes ein Brustaufbau mit Silikon erfolgen muss; Ausrichtung einer Genugtuung und Kostenersatz.

Fall 23: Nachbetreuungsfehler – Sepsis nach Meniskus-Arthroskopie; ambulanter Eingriff in Privatpraxis, schwere Sepsis unklarer Ursache, Komplikationen, Lebensgefahr, 10 Tage IPS; retrospektiv schwierige Abklärung, ob strenge Sterilitätsvorschriften voll eingehalten wurden; Prima facie-Beweis spricht eher dagegen; vergleichsweise Einigung.

Fall 24: Behandlungsfehler – Dermatologischer Eingriff, Entfernung einer Windpockennarbe im Bereich des Décolletés bei einer zu Keloidbildung neigenden Patientin; sehr ungünstiges Resultat, das durch weitere Narbenrevisionen noch verschlimmert wird; Eingriff an dieser Stelle nur im Falle einer bösartigen Hautveränderung indiziert; vergleichsweise Einigung.

Fall 25: Ungenügende postoperative Überwachung – Laparoskopische Inguinalhernienplastik bds., ungünstiger postoperativer Verlauf mit starken Bauchschmerzen und zu wenig beachteten Schockzeichen, septisches Abdomen, sog. Bridenileus, eskalierende Situation unterschätzt, verspäteter Bauchhöhleneingriff, Entfernung eines 1,5 Meter langen, nekrotischen Darmabschnitts, Multiorganversagen, akute Lebensgefahr, mehrere notfallmässige Operationen, lange Rekonvaleszenz; Dauerinvalidität; volle Schadensdeckung.

Fall 26: Verspäteter Prothesenersatz – Einsetzen einer Hüftprothese, trotz nachfolgender Warnung des Herstellers vor Materialproblemen lediglich jährliche

Kontrollen und Physiotherapie, keine Prothesenlockerung, jedoch erheblicher Knochendefekt; objektiv verspäteter Ersatz der möglicherweise mangelhaften Prothese, verlängerte Leidenszeit; vergleichsweise Einigung.

Fall 27: Pflegefehler – Ausladen einer Patientin mit Oberarmfraktur aus dem Ambulanzfahrzeug und Umladen auf Spitalbahre, Umkippen der Bahre, Sturz der Patientin auf den Betonboden; mutmasslich Verschlimmerung der Fraktur (mehrfache Fraktur); erschwerte Behandlung und verlängerte Rekonvaleszenz; vergleichsweise Einigung.

Fall 28: Pflegefehler – Notfallmässige Operation einer Achillessehnenruptur, Anlegen einer Fractomed-schiene; iatrogene Verbrennungen 2. Grades Unterschenkel rechts; kosmetischer Schaden; Ausrichtung einer Genugtuung und Kostenersatz.

2. Folgenlose Einstellung (unpräjudiziell, unter Offenlassen der Haftungsfrage)

Fall 29: Kein Diagnosefehler – Verspätete Diagnose eines hoch malignen grosszelligen B-Zell-Non-Hodgkin-Lymphoms; die Abklärungen führten zum Ergebnis, dass im Zeitpunkt der notfallmässigen Hospitalisation und Diagnosestellung bereits ein so fortgeschrittenes Stadium erreicht war, dass nur noch eine palliative Therapie zur Verfügung stand; für den Hausarzt bestand keine Möglichkeit, früher zu reagieren, auf Grund der knapp drei Wochen nach Behandlungsbeginn kurzfristig aufgetretenen Symptome meldete er den Patienten für eine Gastroskopie an, welche nicht mehr stattfinden konnte; rascher Tod; folgenlose Einstellung.

Fall 30: Kein Diagnose- und/oder Behandlungsfehler – Vermuteter Migräneanfall mit starken, therapieresistenten Kopfschmerzen, Ablehnung einer Spitaleinweisung bzw. empfohlener differentialdiagnostischer Abklärungen seitens des Patienten, nachfolgender Tod an einem zentralen Regulationsversagen infolge Blutung wegen rupturiertem Aneurysma der rechten, mittleren Hirnbasisarterie; folgenlose Einstellung.

Fall 31: Kein Operationsfehler – Offene Reposition und Osteosynthese einer mehrfragmentären, distalen Radiusfraktur, zusätzlich Spongiosaplastik; daraus resultierende Fehlstellung und Entstehung eines Morbus Sudeck, multifaktorielles Geschehen, Revisionseingriff nicht indiziert, so lange Sudeckproblematik andauert; folgenlose Einstellung.

Fall 32: Kein Operationsfehler – Darmperforation nach laparoskopischer Cholezystektomie, Ursache der Verletzung der Darmwand lässt sich auch mikroskopisch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf eine intraoperative Schädigung zurückführen; folgenlose Einstellung.

Fall 33: Keine unterlassene Schwangerschaftsdiagnose – Konsultation wegen Unterleibsbeschwerden, Infektion, Kontrolltermin, Kommunikationsprobleme, Arzt teilt Schwangerschaftsdiagnose gemäss KG mit, was von Patientin möglicherweise nicht verstanden wird; lückenlose ärztliche Dokumentation, inkl. Labor- und Ultraschallbefunde; folgenlose Einstellung.

B. Schadenerledigung mit Gutachten

1. Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht bejaht

Fall 34: Schwere Narkosezwischenfall – Insuffiziente Beatmung während acht Minuten, danach erst Auswechseln des Tubus; gravierender Sauerstoffmangel, hypoxischer Hirnschaden; Ursache nicht restlos geklärt, jedoch kein technisches Versagen; ungenügendes Krisenmanagement, Organisationsmangel bejaht; volle Schadensdeckung, Ausrichtung einer Genugtuung und Angehörigengenugtuung.

Fall 35: Operationsfehler – Hüft-Prothesenwechsel nach Prothesenlockerung; Einsetzen einer zementfreien Prothese mit Zement, unvollständige Entfernung des früheren Knochenzements, Resektion eines grossen Trochanter major-Fragmentes, Revisionsprothese in 15° Retroversion ausserhalb der Toleranzgrenze; volle Schadensdeckung.

Fall 36: Operationskomplikation und Nachbehandlungsfehler – Unbemerkt iatrogene Sigmaperforation nach laparoskopischer Ovarialzystenexzision; Peritonitis; lange Rekonvaleszenz mit Dauerschaden; abwartende Haltung und trotz eindrücklicher Klinik keine rechtzeitigen differentialdiagnostischen Abklärungen; fehlende antibiotische Abschirmung, verspätete Reoperation; volle Schadensdeckung, Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 37: Operationskomplikation und Nachbehandlungsfehler – Unbemerkt Blasenverletzung nach Hysterektomie; Patientin wochenlang ohne seriöse Abklärung hingehalten, gemäss Gutachten «signifikante Defizite in der Nachbetreuung»; andauernder Flüssigkeitsabgang aus Blase oder Vagina ist aussergewöhnlich und «muss den Verdacht auf eine Fistelbildung erwecken»; operative Sanierung auswärts; vergleichsweise Einigung.

Fall 38: Operationskomplikation und Nachbehandlungsfehler – Unbemerkt iatrogene Colonperforation nach laparoskopischer Sigmaresektion; trotz akutem Abdomen und erhöhten Entzündungsparametern am dritten postoperativen Tag keine ausreichenden differentialdiagnostischen Abklärungen; nach Auffassung der Gutachter «hat die Suche nach einer Infektquelle zu spät eingesetzt»; komplikationsbehafteter Verlauf, Relaparotomie; vergleichsweise Einigung.

Fall 39: Ungenügende postoperative Überwachung – Erfolgreiche Magenbanding-Operation; postoperativ Gabe verschiedener sedierender Medikamente, u. a. Dormicum i. v., ohne Sicherstellung einer adäquaten Überwachung, z. B. auf der Intensivstation; Tod durch medikamentös verursachten initialen Atemstillstand; Deckung des Versorgerschadens und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 40: Ungenügende postoperative Überwachung – Verschiedene diagnostische Abklärungen, u. a. offene Biopsieentnahme aus dem Retroperitoneum Unterbauch; postoperativ schlechter Verlauf, ungenügende Überwachung der Vitalfunktionen, verspätetes Einleiten von Notmassnahmen, wie Ausräumung des Hämatoms und Blutstillung im Bereich der Wundhöhle im Retroperitoneum; Dekompensation der Herz-Kreislauf-Verhältnisse; Tod durch innere Blutungen; volle Schadensdeckung.

Fall 41: Ungenügende postoperative Behandlung - Faszektomie palmar des IV. und III. Fingerstrahles rechts und Gipsschiene sowie Akromioplastik und Burssektomie rechts und Anlegen eines Gilet orthopédique; postoperativ Nekrose der Vena cubitalis; Ursache mechanischer Art; keine adäquate Behandlung des noch oberflächlichen Defektes durch Ausschneiden der Nekrose und Schwenklappenplastik, einfaches Hauttransplantat hätte genügt; zusätzliche Traumatisierung begünstigte weitere Einsteifung und Algodystrophie; Invalidität; volle Schadensdeckung.

Fall 42: Diagnosefehler – Mamma-Palpationsbefund bei einer jungen Frau, Tastuntersuchung, Mammographie ohne Befund, Sonographie ohne Befund, Verzicht auf bi-optische Abklärung (Feinnadelpunktion, Stanzbiopsie oder chirurgische Entfernung) nicht lege artis; Tripel- bzw. Quadrupeldiagnostik als massgebender Standard; nach sieben Monaten Mamma-CA, Metastasebildung, Tod; Kostenersatz und Genugtuung an Witwer.

Fall 43: Diagnosefehler – Abklärung wegen Nackenschmerzen links mit Ausstrahlung hinter das linke Auge; gemäss MRI-Befund «normale intrakranielle Befundverhältnisse»; nachfolgend ischämischer zerebrovaskulärer Insult infolge Verschlusses der Arteria Carotis, Halbseitenlähmung rechts und Sprachverlust, Dauerinvalidität; Radiologe übersah erkennbaren Verschluss der Arteria Carotis und ging dem Verdacht auf ein Hornersyndrom gemäss den klinischen Angaben nicht nach; volle Schadensdeckung.

Fall 44: Diagnose- und Behandlungsfehler – Unerkannte Sepsis bei Mitralklappenendokarditis und Begleitmeningitis; keine differentialdiagnostischen Abklärungen, Vermutung von psychischen Problemen und Vorwurf fehlender Kooperation an den Patienten; verspätete Hospitalisation, Tod; volle Schadensdeckung.

Fall 45: Behandlungsfehler – Dermatologische, rein kosmetische Fehlbehandlung, unsachgemässe Behandlung von pigmentierten Hautveränderungen mittels Laser durch einen hierzu nicht ausreichend qualifizierten Arzt; Dutzende von zum Teil erhobenen Narben, einzelne Rezidivnaevi; ungenügende Aufklärung, inadäquate Therapiemethode, bleibender kosmetischer Schaden; volle Schadensdeckung und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 46: Operations- und Nachbehandlungsfehler – Verspätete operative Sanierung einer superinfizierten chronischen Bursitis olecrani mit Verdacht auf beginnende phlegmonöse Infektionsausbreitung; Einlage eines easy flow; Adaptation der Haut mit Einzelkopfnähten: schwere Infektion (Staphylococcus aureus) mit 14 Folgeoperationen; Nekrose, Dauerschaden; mehrere Verstösse gegen den medizinischen Standard (Unterlassen der sofortigen notfallmässigen Operation trotz klarer Indikation, verspätete Defektdeckung über dem Olecranon links trotz Chronizität der Wunde, Verschliessen der Wunde anstelle einer offenen Wundbehandlung, unterlassene Fortführung der antibiotischen Therapie); volle Schadensdeckung und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 47: Operationsfehler – Operation einer sturzbedingten 3-Segment-Fraktur des proximalen Humerus rechts; in Fehlstellung konsolidiert, partielle Humeruskopfnekrose, Supraspinatusinsuffizienz bei teilweise fehlendem Tuberculum majus; komplexer posttraumatischer Schaden; Operation in verschiedener Hinsicht nicht lege artis, anatomisch korrekte Wiederherstellung wäre möglich gewesen, Zitat Gutachter: «Ich vermute, dass der Operateur die Komplexität der Fraktur nicht in vollem Umfang erkannt hat.»; volle Schadensdeckung.

Fall 48: Operationsfehler – Hautweichteilreduktionsplastik Oberschenkel bds. bei St. nach Fettschürzenreduktion, zu radikale Exzision in atypischer Weise von ventral statt lateral oder, wie vorliegend indiziert, von medial; unerfahrener Operateur; Gutachter bemerkt, dass «ich diese Art von Schnittführungen in meiner längeren Karriere zur Korrektur überschüssiger Haut noch nie gesehen habe und dass [...] sich diese Innovation wie Figura zeigt [...] auch nicht durchsetzen wird.»; volle Schadensdeckung.

Fall 49: Operationsfehler – Mamma-CA mit Brustamputation, ungenügende Planung der Schnittführung (mediale Narbe über Sternum) und Zurücklassen einer Komresse im Operationsgebiet; weitgehende Schadensdeckung und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 50: Operationsfehler – Laserbehandlung einer Augenkurzsichtigkeit mit ungünstigem Ergebnis, vor vollständiger Abheilung mutmasslich verfrühte Wie-

derholung des Eingriffs, Expertenstreit zwischen Befürwortern und Gegnern dieser Operationsmethode; zusätzlich Keratoconjunctivitis epidemica; vergleichsweise Erledigung.

Fall 51: Operationsfehler – Drei kosmetische Brustoperationen, unbefriedigendes Resultat, Implantation einer experimentellen Prothese als Behandlungsfehler, Platzierung der Prothese submuskulär statt subcutan; Beschwerden und kosmetischer Schaden; Sanierung durch anderen Chirurgen; vergleichsweise Einigung.

Fall 52: Verspätete Reoperation – Laparoskopische Adnexektomie bds., Rehospitalisation wegen Dünndarmläsion, Peritonitis, zu langes Abwarten, verzögerte Relaparotomie, verlängerte Rekonvaleszenz, Adhäsionsbeschwerden; vergleichsweise Einigung.

2. Verletzung der Aufklärungspflicht bejaht bzw. verneint

Fall 53: Ungenügende Aufklärung über Risiken einer handchirurgischen Operation – Operative Sanierung einer subluxierenden Rhizarthrose mittels Resektions-Interpositionssteigbügel-Arthroplastik; nachlassende Aufhängeschlaufe bewirkt Absinken des Os metacarpale; Eingriff gemäss Operationsbericht korrekt durchgeführt (wäre auftragsgemäss vom Gutachter kritisch zu hinterfragen gewesen, Anm. des Verf.); erstes Kontrollröntgen erst nach 14 Monaten nicht eo ipso sorgfaltswidrig, hingegen ungenügende Dokumentation über Chancen und Risiken der Operation, über (i. c. unterlassene) konservative therapeutische Alternativen sowie über die erforderliche Nachbehandlung; vergleichsweise Einigung.

Fall 54: Ungenügende Aufklärung über Risiken einer axillären Plexusanästhesie – Mutmasslich ungenügende Analgesie, evtl. intraoperatives «Nachspritzen»; fehlende prä- und intraoperative Dokumentation; vergleichsweise Einigung.

Fall 55: Ungenügende Aufklärung über Risiken eines laparoskopischen Eingriffes – Sigmaperforation im Zusammenhang mit laparoskopischer Zystenexzision; ungenügende Aufklärung und Dokumentation; zusätzlich postoperative Behandlung der aufgetretenen Peritonitis nicht lege artis; volle Schadensdeckung und Ausrichtung einer Genugtuung.

Fall 56: Fehlende Aufklärung und Einwilligung zur Vornahme einer Hysterektomie – Geplante Operation; Zystenentfernung an Eierstöcken; Letztere intraoperativ «nicht gefunden»; durchgeführte Operation: Hysterektomie; ursprüngliche Operation auswärts nachgeholt; Operateur will über Hysterektomie zwar aufgeklärt haben, kann aber den Beweis hierfür nicht rechtsgenügend erbringen; vergleichsweise Einigung.

Fall 57: Keine Verletzung der Aufklärungspflicht – Anlegen eines Magenbypasses und bei intraoperativ vorgefundenen Gallensteinen Gelegenheitscholecystektomie (Entfernung der Gallenblase), Letzteres ohne Wissen des Patienten; korrektes, standardmässiges Vorgehen, keine Verletzung der präoperativen Aufklärungspflicht; keine Nachteile für den Patienten; Ablehnung der Haftung.

Fall 58: Keine Verletzung der Aufklärungspflicht – Risiken einer Krampfaderoperation; gemäss KG Aufklärung über «Nervenstörungen, Lymphödem und protrahierten Verlauf» erfolgt, was patientenseitig bestritten ist; nach mehreren früheren Krampfadereingriffen besteht gegenüber der erfahrenen und vororientierten Patientin keine gleich umfassende Aufklärungspflicht mehr wie vor einem Ersteingriff; Ablehnung der Haftung.

3. Fehler und/oder Kausalität verneint

Fall 59: Kein Diagnose- und Behandlungsfehler – Prostauntersuchung; trotz erhöhter PSA-Werte während längerer Zeit keine differentialdiagnostischen Abklärungen, erste Biopsie ohne malignen Befund, in der Folge zu wenig engmaschige Kontrollen, zweite Biopsie ergibt Prostata-CA; Diagnose zwar objektiv verzögert, aber kein Schaden, weil Tumor vollständig im Gesunden entfernt werden konnte; keine Metastasen; Ablehnung der Haftung.

Fall 60: Kein Behandlungsfehler – Hüft-Prothesenwechsel, keine verspätete Reoperation, obwohl Pfannenlockerung bereits seit zwei Jahren bekannt war; Verlust des Kontroll-Röntgenbildes; hoher Blutverlust während der Revisionsoperation; homonymer parazentraler Gesichtsfeldausfall nach rechts bei Infarzierung im Okzipitalpol links unklarer Pathogenese; schicksalshafte Komplikation; Ablehnung der Haftung.

Fall 61: Kein Behandlungsfehler – Pneumothorax nach Anlage eines Subclavia-Katheters; gemäss Gutachten gibt es bis heute keine Methode, um diese Komplikation mit Sicherheit zu vermeiden («blinde Punktion», Komplikationsrate 2%). Dennoch ist eine unmittelbare Röntgenthoraxkontrolle nicht zwingend. Das diagnostizierbare Vollbild eines Pneumothorax entsteht erst nach einigen Stunden, wobei nicht mit schwerwiegenden Folgen zu rechnen ist; Ablehnung der Haftung.

Fall 62: Kein Behandlungsfehler – Risikoschwangerschaft; Symphysensprengung unklarer Entstehung (vor/während/nach der Geburt); mehrmonatige konservative Behandlung; verspätete, erfolglose operative Sanierung; Beckeninstabilität; Gutachten beurteilt Diagnose und Behandlung als korrekt, Durchführung einer primär konservativen Therapie indiziert, frühzeitige Operation kontraindiziert; Beizug des orthopädi-

schen Chirurgen in einem noch akzeptablen Zeitrahmen; Ablehnung der Haftung.

Fall 63: Operationszwischenfall – Entfernung eines Lipoms nahe der Clavicula, iatrogene Verletzung der Vena subclavia, Brechen der Clavicula, um massive Blutung zu kontrollieren und Venenverletzung zu übernähen; Gutachten beurteilt Claviculaosteotomie als adäquate Massnahme; Beizug eines Gefässchirurgen hätte daran kaum etwas geändert; Ablehnung der Haftung.

Fall 64: Kein Operations- und Behandlungsfehler – Bruch der Schulterpfanne nach Sturz; offene Reposition und Schraubenosteosynthese; Schraubenlockerung, Scheuerdefekt und fortschreitende Arthrose; schicksalshafter Verlauf; Ablehnung der Haftung.

Fall 65: Kein Operationsfehler bzw. keine Kausalität – Totalarthroplastik Hüfte links; schwieriger Eingriff, Vorzustand; ungünstiges Resultat mit massiven Beschwerden; in der Folge Pfannenwechsel, Kopfwechsel und Iliopsoastenotomie; unverändertes Beschwerdebild; erste Operation zwar in mehrfacher Hinsicht nicht optimal (etwas grosse Schale, daher etwas überstehende Implantatlage, Irritation der Psoassehne, Antetorsion Schaft mit 10–15° «eher an der oberen Grenze», dorsal etwas überstehender Zementpfropfen), aber nicht Ursache des auch durch die Revision nicht verbesserten Beschwerdebildes; Zitat des Erstgutachters: «Ich denke, dass diese Hüfttotalprothese nicht optimal eingesetzt worden ist, dass aber die vorliegenden Fehler leider durchaus im Rahmen der gängigen Praxis sind, und ich bin der Meinung, dass falls man gegen jede derartige Implantation gerichtlich vorgehen will, ein Grossteil der Schweizer Orthopäden behaftet werden muss.»; Ablehnung der Haftung.

Fall 66: Kein Operationsfehler – Varizenoperation bds., Rezidiveingriff (rund 200 Stichinzisionen); Nervenläsionen und Lymphödem als inhärente Komplikationen des Eingriffs; keine Sorgfaltspflichtverletzung, kein Kausalzusammenhang zwischen Operation und Erysipel acht Monate postoperativ; Ablehnung der Haftung.

Fall 67: Kein Operationsfehler – Kataraktoperation mit partieller Hinterkapselruptur; Sulkusimplantation der Linse; postoperativ Netzhautablösung mit Visusverlust; schicksalshafte Komplikation, keine Hinweise auf Fehlmanipulation, keine verspätete Hospitalisation; Ablehnung der Haftung.

Fall 68: Kein Behandlungsfehler – Koronarographie, Herzkatheterismus und Aortographie, in der Folge druckbedingte Femoralisparese durch «unter Spannung stehendes inguinales Hämatom»; schicksalshafte Komplikation, keine ungenügende Überwachung über das Wochenende und keine verspätete Hämatomausräumung; Ablehnung der Haftung.

Fall 69: Kein Behandlungsfehler – Fragliche proximale Beinparese infolge Spinalanästhesie oder unsachgemässer Lagerung; Gutachter verneint mit «praktischer Sicherheit» eine Anästhesiekomplikation und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine lagerungsbedingte Schädigung des N. ischiadicus oder des N. fibularis; im Zeitpunkt der Begutachtung ist beim multimorbiden Patienten keine relevante Beeinträchtigung mehr objektivierbar; Ablehnung der Haftung.

Fall 70: Kein Operationsfehler – Stereotaktische Operation; Einpflanzen einer monopolen Elektrode im Nucleus ventrolateralis thalami wg. essentiellen Tremor; Einbringen eines Neuroschrittmachers unterhalb der Clavicula; postoperativ Verwirrung und Desorientierung, Inkontinenz; kein Nachweis eines Fehlers, vermutungsweise multiple Hirninfarkte; Tod nach einigen Monaten; Ablehnung der Haftung, jedoch kulanzwweise Ausrichtung einer Angehörigenenguttung.

4. «Zwitter»-Gutachten (offene Fragen lassen keine abschliessende Beurteilung zu)

Fall 71: Operations- und/oder Narkosezwischenfall? Paraplegie nach komplexer Wirbelsäulenoperation – Wirbelmissbildung thorakal mit progredienter Skoliose und Rippenmissbildung, operativer Eingriff mit ventraler Stützung von C6-T11 (Titankäfig) und dorsaler Spondylodese C5-L2 (Moss) von 10 Stunden Dauer mit postoperativer Paraplegie; Gutachten kann Ursache der Lähmung und damit Fehler- und Kausalitätsfrage nicht definitiv klären, möglicherweise langdauernde Unterversorgung der Blutgefässe im Rückenmark, hoher Blutverlust, phasenweiser Ausfall des intraoperativen Monitorings infolge technischen Defekts, unterlassene intraoperative und unmittelbar postoperative Kontrolle der Rückenmarksfunktion, teilweise ungenügende Dokumentation (Gasometrie, Konzentration von Hämoglobin/Hämatokrit); Erledigung durch Vergleich.

Fall 72: Operations- und/oder Nachbetreuungsfehler? Invalidisierendes Beschwerdebild nach Extensorenrelease und Denervation nach Wilhelm – Nekroseexzision, Arthrotomie und Synovektomie Radiohumeralgelenk, Dekompression N. radialis; evtl. anästhesiebedingte Plexusläsion; Sudecksymptomatik; volle Invalidität; nur teilweise schlüssiges Gutachten, das verschiedene Fragen offen lässt; Fehler- und Kausalitätsbeweis fraglich; Verzicht auf weiteres Gutachten und vergleichsweise Einigung (typischer Risikoauskauf).

Fall 73: Diagnosefehler? Tod nach verkanntem Herzinfarkt – Routinemässige Quick-Kontrolle bei Patient mit Herzleiden (Mitralklappenprolaps mit Mitralsuffizienz und Vorhofflimmern), dieser weist auf in den Arm ausstrahlende Brustschmerzen hin; keine diffe-

rentialdiagnostischen Abklärungen; nach wenigen Stunden Tod; keine Obduktion, Todesursache entweder Myokardinfarkt oder Herzinsuffizienz als Folge des vorbestehenden Leidens oder unbekanntes Dritturesache; vergleichsweise Einigung.

5. Haftung aus Produkthaftungspflicht

Fall 74: Produktmangel bejaht nach Implantation einer Prothese – Postoperative Komplikationen erfordern nach einigen Monaten Prothesenwechsel; Mangelhaftigkeit der Prothese vom Hersteller anerkannt; Übernahme der Kosten der Revisionsoperation, Abgeltung des weiteren Schadens, Genugtuung umstritten, weil im PrHG nicht vorgesehen.

Fall 75: Produktmangel verneint trotz ungewöhnlich kurzer «Lebensdauer» einer eingesetzten Prothese – Es gibt keine Garantie auf eine «durchschnittliche Lebensdauer einer Prothese von mindestens 10 bis 15 Jahren», vorzeitige Prothesenlockerung stellt noch keinen Produktmangel dar, Ablehnung der Haftung.

Literaturhinweise

(Stand 1. Oktober 2003):

CONTI CHRISTIAN, Die Malaise ärztlicher Aufklärung, AJP 5/2000, 615 ff.

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, VI/2/4, OR, Der einfache Auftrag, Bern 1992

FREDENHAGEN HERMANN, Das ärztliche Gutachten, 4. ergänzte A., Bern 2003

GATTIKER MONIKA, Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 150, Zürich 1999

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, VI/4, OR, Der einfache Auftrag, 3. A., Bern 1971

GEISSELER ROBERT, Aufklärungspflicht des Arztes, in Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, 147 ff.

GROSS BALZ, Die Haftpflicht des Staates, Zürcher Studien zum Privatrecht 129, Zürich 1996

GROSS JOST, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, mit Beiträgen verschiedener Autoren

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000

HONSELL HEINRICH/REY HEINZ (Hrsg.), Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991

JÄGER PETER, Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht, Zürich 1999

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002

LARGIER ANDRÉ, Schädigende medizinische Behandlung als Unfall, Schriften zum Sozialversicherungsrecht, Band 9, Zürich/Basel/Genf 2002

LÖFFLER W., Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Diss. Zürich, Aarau 1945

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995

OTT WERNER E., Haftung des Arztes oder des Spitals infolge fehlerhafter Unfallbehandlung, in Collezione Assista, Genf 1998, S. 438 ff.

OTT WERNER E., Revision des Haftpflichtrechts, in Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, S. 217 ff.

OTT WERNER E., Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 3, Zürich 1978

PAYLLIER PASCAL, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 145, Zürich 1999

PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, SJZ 93 (1997), 273 ff.

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998

ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002

Nachträglich Erschienen:

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003

FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS, Die Haftung des Arztes und des Spitals, Fragen und Entwicklungen im Recht der Arzt- und Spitalhaftung, Forum Gesundheitsrecht 7, Zürich 2003