

VISCHER



Arzthaftpflicht

Juristischer Ratgeber für
Ärzte und Kliniken

Prof. Dr. iur. Christian Brückner



Arzthaftpflicht

Juristischer Ratgeber für
Ärzte und Kliniken

Inhalt

I	Vorbemerkungen	5
A	Zunahme von Schadenersatzforderungen	5
B	Der punktuelle Fokus der Justiz	5
C	Reaktionsweise von Ärzten und Kliniken auf die forensischen Risiken	6
D	Critical Incident Reporting (CIR)	7
E	Textbindung der juristischen Arbeit	7
F	Unterschiedliche Haftungsgrundsätze im öffentlichen Spital und im Privatbereich	7
1	Rechtliche Unterschiede	7
2	Haftpflichtige Personen	8
3	Verjährung und Verwirkung der Schadenersatzansprüche	8
II	Risikovermeidung und -begrenzung in Arztpraxis und Klinik	10
A	Prävention	10
1	Faktische und rechtliche Vorkehren	10
a)	Auswahl von Patienten und Krankheitsbildern	10
b)	Einholung bestimmter Erklärungen des Patienten beim Behandlungsbeginn oder beim Spitaleintritt	11
aa)	Patienten aus den USA	11
bb)	Belegarzt-Spitäler	11
cc)	Keine generelle Verzichtserklärung	11
2	Notwendige Schulung und Disziplin der Klinikmitarbeiter	11
3	Dokumentation: Krankengeschichte, Operationsberichte, Video-Aufzeichnungen, Originaldateien von CTs und MRIs	12
a)	Vorbemerkung	12
b)	Krankengeschichten	13
c)	Operationsberichte	13
d)	Bilddokumente	13
e)	Basisdateien von CTs und MRIs	13
4	Organisatorisches Dispositiv: Einhaltung von Standards bezüglich Ausrüstung, Ausbildung, personeller Dotationen	14
a)	Organisatorische Standards	14
b)	Unterdotationen infolge Ressourcenknappheit	14
B	Präinvasive Aufklärung	15
1	Vorbemerkung: Terminologie und rechtliche Bedeutung der präinvasiven Aufklärung	15
2	Kritische Bemerkungen zur präinvasiven Aufklärung	16
3	Thematik der präinvasiven Aufklärung	18
4	Keine Aufklärungspflicht bezüglich Marktsituation und Fachkompetenz des Arztes	19

5	Form und Zeitpunkt der Aufklärung	20
	a) Überblick	20
	b) Grosser Aufklärungsaufwand: Riskante Eingriffe mit Alternativen	20
	c) Kleiner Aufklärungsaufwand: Eingriffe ohne Risiken oder ohne Alternativen	22
	d) Keine Aufklärung: Notfallmedizin und nicht ansprechbare Patienten	22
	e) Sonderfall: Die Anästhesieaufklärung	23
6	Unmündige, bevormundete oder urteilsunfähige Patienten	23
7	Kommunikationsbehinderte Patienten	23
8	Beratung des Patienten ausserhalb der Situation invasiver Eingriffe	24
9	Psychologische Führung des Patienten	24
C	Postoperative Information des Patienten	24
D	Ein Fehler ist ärzteseitig erkannt, Schadensfolgen eventuell noch nicht abschätzbar – was tun?	25
1	Vorgehen während der Operation	25
2	Hohe Priorisierung der weiteren Schritte	25
3	Interne Massnahmen nach Abschluss der Operation	26
	a) Überblick	26
	b) Beizug eines Supervisors	27
	c) Beweissicherung	27
	d) Beizug eines Juristen	27
	e) Operationsbericht	28
4	Kommunikation mit dem Patienten und seinen Angehörigen	28
5	Spätere Schritte	28
	a) Meldung an die Versicherung	28
	b) Entbindung vom Arztgeheimnis (Geheimhaltungsdispens)	29
	c) Keine Offenlegung der Versicherungsdeckungssumme gegenüber dem Patienten	30
	d) Rollenverteilung zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Anwalt	30
	e) Verjährungsverzicht	31
	f) Kein Verjährungsverzicht seitens des Haftpflichtversicherers!	32
	g) Einholung von Gutachten	33
6	Keine Selbstanzeige bei der Strafverfolgungsbehörde	34
●	III Vorgehen beim Auftritt der Strafverfolgungsbehörden	35
1	Grundsätzliches zu den Unterschieden zwischen Zivilrecht und Strafrecht	35
2	Unterschiedliche rechtliche Qualifikationen	35
3	Das Erscheinen der Strafverfolgungsbehörde	36
●	IV Ein Wort an die Adresse der Gerichte und der Gesundheitsbehörden	39
●	Ansprechpartner	40



I Vorbemerkungen

A

Zunahme von Schadenersatzforderungen

Während rechtliche Auseinandersetzungen wegen behaupteter oder tatsächlicher ärztlicher Fehlbehandlungen bis vor einigen Jahren noch zu den Seltenheiten gehörten, ist in jüngerer Zeit ein deutliches Anwachsen zu beobachten. Die Gründe hierfür sind komplex. Eine Rolle spielt das Vorbild der amerikanischen Prozesskultur mit ihren ausufernden Haftpflichtprozessen und astronomischen Forderungsbeträgen. Hinzu kommt die in allen entwickelten Industriestaaten zu beobachtende Tendenz, menschengeschaffene Unfallrisiken mit den Instrumenten der Assekuranz und der Justiz auf die Verursacher zu überwälzen. Schäden, die in früheren Jahrhunderten weitgehend als Lebensrisiko der Geschädigten galten, werden heute mit immer perfekteren Mechanismen überwälzt, allerdings mit hohen Transaktionskosten; denn die Überwälzung erfolgt oft gegen erbitterten Widerstand.

Im Medizinalbereich geht dies einher mit einem gewandelten Arzt-Patienten-Verhältnis. Ärzte werden in geringerem Mass als früher als Autoritätspersonen wahrgenommen. Immer mehr Patienten haben die Tendenz, das ärztliche Handeln kritisch zu beobachten und zu beurteilen. Vermehrt wird der Arzt heute als Dienstleister gesehen, von dem ein «no-error-job» verlangt wird. Die von den Gerichten ehemals weit verstandene Fehlertoleranz gegenüber Ärzten wird zunehmend kleiner.

Gewisse Gerichte neigen neuerdings dazu, in Haftpflichtsachen die Verfahrenskosten nicht strikte gemäss dem Verfahrensausgang aufzuerlegen, sondern sie belasten auch einen weitgehend obsiegenden Beklagten mit Kosten. Dies ermuntert die Patienten und ihre Anwälte zur Anhebung gerichtli-

cher Klagen mit hohen, zuweilen offensichtlich übersetzten Forderungsbeträgen.

B

Der punktuelle Fokus der Justiz

Haftungsfälle sind punktuelle Ereignisse. Wenn die Betroffenen die nötige Aggressivität und Finanzkraft aufbringen, kommt es zum Prozess und im Falle des Obsiegens zu Schadenersatzzahlungen. Andernfalls akzeptieren die Betroffenen die Folgen der Behandlung ohne Entschädigung.

Experten und Gerichte beurteilen den Einzelfall regelmässig im Nachhinein. Nachträglich diskutieren und formulieren sie, welches ärztliche und pflegerische Verhalten im Ereigniszeitpunkt pflichtgemäss gewesen wäre und inwiefern eine haftungsbegründende Sorgfaltswidrigkeit begangen wurde.

Dass die im Ereigniszeitpunkt tätigen oder untätigen Menschen übermüdet, gestresst, durch andere Pflichten abgelenkt oder einfach nicht auf der Höhe ihrer Reaktionsfähigkeit gewesen sein mögen, fällt dabei ausser Betracht. Etablierte rechtliche Regeln verlangen, dass die Sorgfaltsstandards nach einem objektiven Massstab bestimmt werden. Massgeblich ist in rechtlicher Hinsicht also die Testfrage, ob ein gut ausgebildeter, auf der Höhe des fachlichen Wissens und Könnens seiner Zeit stehender, gut ausgeruhter und gut ausgerüsteter Fachmann das nachträglich kritisierte Vorgehen ebenfalls gewählt hätte, oder ob er anders vorgegangen wäre und dabei den behaupteten Schaden vermieden hätte.

Experten und Richter sind, wenn sie nach Jahr und Tag ein Schadensereignis beurteilen, in der Regel ausgeruht und auf dieses eine Ereignis konzent-



riert. Das ganze damalige Umfeld, Handlungszwänge unter dem Druck sich überstürzender Ereignisse, Kliniküberlastung, Personalknappheit, Zeit- und Raumknappheiten aller Art werden ausgeblendet. Der Arzt, sein Team und die Vorgänge im Ereigniszeitpunkt werden isoliert betrachtet, wie Bleisoldaten in einer Vitrine. Experten und Richter gehen bei dieser Betrachtungsweise stets davon aus, dass sie selber – unter der Hypothese, sie selber wären als Verantwortliche am Ereignisort gewesen – ebenso ausgeruht und auf dieses eine Ereignis konzentriert gewesen wären. Dementsprechend urteilen sie im Nachhinein objektiv, d. h. unnachichtig.

Aus der Haltung nachträglicher Ausgeruhtheit und Konzentration auf gerade jenes isolierte Verhalten oder Unterlassen, das vom Haftpflichtkläger im Nachhinein als Schadensursache behauptet wird, entstehen Aussagen und Regeln über Sorgfaltsstandards, die tendenziell eher hoch angesetzt werden.

Das Hochschrauben der Sorgfaltsstandards steht im Einklang mit den wachsenden Erwartungen der Gesellschaft gegenüber den medizinischen «no-error-jobs». Dies führt dazu, dass Ärzte nicht nur in den klaren Fällen von eindeutigen Fehlleistungen rechtliche Nachspiele befürchten müssen, sondern auch in Grenz- und Zweifelsfällen und in allen Fällen, in denen aus irgend einem Grund ein negativer Anschein entstanden ist.

Dem punktuellen, einzelfallbezogenen Fokus der Justiz und der stets nachträglichen Fallbetrachtung der Gerichte ist Rechnung zu tragen, wenn Regeln für das ärztliche Verhalten im Schadensfall formuliert werden.

c Reaktionsweise von Ärzten und Kliniken auf die forensischen Risiken

Die wachsenden rechtlichen Risiken, denen sich Ärzte und Kliniken ausgesetzt sehen, haben kurz- und langfristige Auswirkungen auf das Gesundheitswesen im Ganzen. Die primäre Reaktion der Anbieter medizinischer Dienstleistungen geht dahin, künftige Haftpflichtfälle zu vermeiden.

Aus der Sicht der Anbieter ist die Vermeidung künftiger Haftpflichtfälle eine vielschichtige Aufgabe. Eine Reaktionsweise – aber nur eine von mehreren

– geht dahin, den Betrieb zu verbessern und ihn auf die von der Judikatur und ihren Experten formulierten Sorgfaltsstandards emporzuheben.

Aber solche Verbesserungen kosten Geld und Anstrengung, und sie geben keine restlose Gewähr gegen künftige Haftpflichtfälle. Ein Restrisiko bleibt immer bestehen. Gerade das menschliche Versagen als häufigste Ursache von Diagnose- und Behandlungsfehlern kommt immer wieder vor. Die Fehlerquote ist umso grösser, je mehr eine verantwortliche Person im Stress und unausgeruht ist, wie dies bei der Personal- und Mittelknappheit in unserem Gesundheitswesen häufig vorkommt.

Erscheint aus der Sicht der Anbieter eine bestimmte Therapie als allzu haftpflichtriskant, dann wird die betreffende Therapie aus dem Angebot gestrichen. Die Streichung haftpflichtriskanter Therapien aus dem ärztlichen Angebot ist bei Privatärzten und Privatkliniken längst an der Tagesordnung und gilt dort als rationales Verhalten zur Vermeidung unkalkulierbarer Kosten. Diese Entwicklung wird dadurch begünstigt, dass die Judikatur bei Behandlungen mit einem besonderen Risiko eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten vorsieht.

Auch die Versicherungsbranche ist mittlerweile daran, besonders haftpflichtriskante ärztliche Tätigkeitsbereiche und Therapien aus ihrem Versicherungsangebot zu streichen, mindestens, wenn es um die individuelle Berufshaftpflichtversicherung einzelner Ärzte geht.

Die haftpflichtriskanten Therapien stehen damit für den Patienten nicht mehr zur Verfügung, auch dann nicht, wenn er in einer anderweitig auswegslosen Krankheitssituation das medizinische Risiko um der damit gewonnenen Heilungs-Chancen willen durchaus in Kauf nehmen könnte und möchte. Seine Bereitschaft zur vernünftigen und bewussten Risikotragung fällt ausser Betracht, wenn die Anbieter die Therapie wegen des hohen Haftpflichtrisikos aus dem Angebot gestrichen haben.

Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass eine auf die Vermeidung von Haftpflichtrisiken bedachte Medizin für die Patienten nachteilig ist. Das hippokratische Ziel des Arztes, ausschliesslich das Patientenwohl zu fördern, erleidet mittlerweile eine bedeutsame Einschränkung durch den Vorbehalt, dass der Arzt *keine persönlichen Haftpflichtrisiken eingehen* darf. In einem haftpflichtrechtlich immer intoleranter werdenden Umfeld bedeutet dies eine wachsende Risikoscheu der Ärzte und damit – aufs Ganze gesehen – eine entsprechend reduzierte

Qualität der medizinischen Versorgung der Bevölkerung. Wer in seiner täglichen Berufsarbeit keinerlei Fehler machen darf, leistet weniger, nicht mehr als jemand, dem eine gewisse Fehlertoleranz zugestanden ist. Ein wachsender Teil der stets begrenzten Mittel des Gesundheitswesens wird konsumiert durch Vorkehrungen der Risikovermeidung, Beweissicherung und Abwehr. Diese Mittel stehen nicht mehr zur Verfügung für die eigentliche Wertschöpfung zu Gunsten der Patienten.

D

Critical Incident Reporting (CIR)

Seit den 1990er-Jahren hat ein klinikinternes Fehlermeldesystem («Critical Incident Reporting» bzw. CIR) bereits auch an einigen Orten in der Schweiz Eingang gefunden. Neuestens hat der Bundesrat seine Absicht geäußert, eine allgemeine Meldepflicht für ärztliche Behandlungsfehler in den Kliniken einzuführen. Die diesbezüglichen Vorarbeiten sind bis heute nicht entscheidend vorangekommen.

Nicht nur der Bundesrat, auch Ärzte befürworten ein solches Meldewesen.

Ein solches Meldewesen kann nur in anonymisierter Form funktionieren, die keine Rückschlüsse auf individuelle Patienten und auf fehlbare Klinikmitarbeiter zulässt.

Für Fehler mit finanziellem Schadenspotenzial kann es überhaupt nicht funktionieren.

Ist das gerichtliche Nachspiel zu befürchten, dann widerspricht die vorausseilende Anerkennung des begangenen Fehlers – und sei dies auch nur klinikintern – dem auch im Strafrecht geltenden Recht jedes Angeklagten, sich nicht selber beschuldigen zu müssen.

E

Textbindung der juristischen Arbeit

Das kontinentaleuropäische Rechtsdenken ist durch seine starke Textgebundenheit geprägt. Texte, nicht Realien des Lebens, lösen häufig die rechtlichen Wirkungen aus. So ist es nicht der Tod eines

Menschen, sondern die ärztliche Todesbescheinigung, welche die erbschaftsamtlichen Mechanismen in Bewegung bringt.

Im Haftpflichtfall spielen meist nicht die tatsächlich geführten Aufklärungsgespräche und die tatsächlich erfolgten Handlungen und Unterlassungen am Patientenbett und im Operationsaal die entscheidende Rolle, sondern ihre textliche Dokumentation. «*Quod non est in actis non est in mundo*» – was nicht in den Akten ist, ist nicht in der Welt – lautet ein römisches Rechtssprichwort. Auch die Wahrnehmung von Zeugen und die Wahrnehmungen von Experten sind als solche rechtlich belanglos. Entscheidend ist, was davon in die Expertenberichte und in die gerichtlichen Zeugenprotokolle einfließt. Diese Texte werden dann vom urteilsfindenden Richter gelesen, Wort für Wort analysiert und zur Grundlage seines Entscheides gemacht. Nicht die anatomischen und pathologischen Realien des zu beurteilenden Falles, sondern die verbalen Formulierungen des diesbezüglichen Gutachtens sind der Stoff, aus dem das Gericht sein Urteil macht.

Dies bedeutet für Ärzte und Kliniken, dass es wichtig ist, alle haftungsrelevanten Handlungen und Äusserungen schriftlich zu dokumentieren und andererseits nichts in schriftlicher Form zu fixieren und herauszugeben, was als Schuldanerkenntnis qualifiziert werden oder den Arzt in anderer Weise belasten könnte.

F

Unterschiedliche Haftungsgrundsätze im öffentlichen Spital und im Privatbereich

1 Rechtliche Unterschiede

Im Privatspital und in der privaten Arztpraxis gilt der Behandlungsfehler als *Vertragsverletzung*. Bei nachgewiesener objektiver Vertragsverletzungen wird das für die Begründung von Haftpflicht erforderliche Verschulden von Gesetzes wegen «vermutet». Das bedeutet, dass der Patient nur den objektiven Behandlungsfehler und den dadurch verursachten Schaden zu beweisen hat. Anschliessend ist es Sache des Beklagten, allenfalls den Nachweis seines fehlenden Verschuldens zu erbringen und dadurch seine Haftung abzuwenden.

In den Spitälern, die dem öffentlichen Recht ihrer Kantone unterstehen, gilt der Patient nicht als Vertragspartner von Ärzten und Kliniken, sondern als Benützer eines öffentlichen Dienstes. Arzt und Kliniken sind hier von öffentlichen Rechts wegen verpflichtet, ihre Dienstleistungen sorgfältig zu erbringen. Jeder aus mangelnder Sorgfalt entspringende Behandlungsfehler gilt als *Verletzung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Sorgfaltsgebots*, und damit als Rechtsverletzung im Sinne einer *unerlaubten Handlung*.

Da die Sorgfaltsstandards für die fehler- und verschuldensfreie Vertragserfüllung im Privatrecht und für die fehlerfreie und sorgfältige Dienstleistung im öffentlichen Bereich die gleichen sind, stimmen die diesbezüglichen Haftungsvoraussetzungen im Privatspital und im öffentlichen Spital im Ergebnis überein.

Das bedeutet, dass auch die Beweisthemen und die Beweislast bezüglich der relevanten Punkte übereinstimmen. Allemal hat der Patient seine Gesundheitsschädigung, deren finanzielle Folgen sowie die Verursachung durch einen bestimmten Behandlungsfehler zu beweisen. Gelingt dieser Beweis, dann haben Arzt und Klinik die Möglichkeit, die Haftung mit dem Nachweis abzuwenden, dass keine objektiven Sorgfaltspflichten verletzt wurden.

2 Haftpflichtige Personen

Wo **öffentliches Recht** gilt, lauten die einschlägigen Regeln meist so, dass sich der Geschädigte mit seiner Schadenersatzforderung ausschliesslich an jene juristische Person (Kanton, Bezirk, Gemeinde) halten muss, in deren Bereich der behauptete Behandlungsfehler begangen wurde. Die **Mitarbeiter der Klinik**, denen der Behandlungsfehler individuell zur Last fällt, **können vom Patienten rechtlich nicht angegriffen werden**. Diese Personen haften gegenüber dem geschädigten Patienten nicht persönlich. Hingegen kann die zu einer Schadenersatzleistung verurteilte Institution (Kanton, Bezirk, Gemeinde, rechtlich verselbständigte Klinik) ausnahmsweise gegen die fehlbaren Personen Rückgriff nehmen, dies jedoch nur, wenn den fehlbaren Person ein *schweres* Verschulden zur Last fällt.

Im privatrechtlichen Bereich hat der Anspruchsberechtigte die Wahl, ob er die fehlbaren Ärzte und Mitarbeiter persönlich oder ob er die Klinik ins Recht fassen will. Er kann auch beide zusammen in solidarischer Haftung einklagen. Bei Chefarzt-Spitälern gelten die angestellten Ärzte und das wei-

tere Personal als sogenannte Hilfspersonen, die Klinik als Geschäftsherrin. Die Geschäftsherrin haftet gegenüber den Patienten für die fehlerfreie Behandlung (im Sinne richtiger Vertragserfüllung). Greift der geschädigte Patient nur die Klinik an, so kann diese anschliessend Rückgriff auf die fehlbaren Mitarbeiter nehmen, und zwar nicht nur im Falle ihres groben Verschuldens, sondern auch bei nur leichter Fahrlässigkeit.

Der hier aufgezeigte Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ist faktisch allerdings von geringer Bedeutung. Auch im privatrechtlichen Bereich wird der Schaden in der Regel durch eine Versicherung getragen. Für Versicherungen gilt, dass sie auf den Versicherungsnehmer und dessen Hilfspersonen nur dann Rückgriff nehmen kann, wenn ein schweres Verschulden vorliegt. Die Voraussetzungen des Rückgriffs sind also im Privatspital die gleichen wie im öffentlichen Spital. Greift ein Klinikpatient im privatrechtlichen Bereich ausnahmsweise den Arzt, nicht die Klinik an, so ist zumindest in Chefarzt-Spitälern der Arzt von der Versicherungspolice der Klinik gedeckt. Auch in diesem Falle wird der Schaden primär also durch eine Versicherung aufgefangen, welche für jedes, auch leichtes Verschulden des Versicherungsnehmers und seiner Mitarbeiter einzustehen hat. Die Versicherung kann auf die fehlbaren Personen aber nur dann Rückgriff nehmen, wenn diesen Personen ein schweres Verschulden zur Last fällt.

Anders verhält es sich im **Belegarzt-Spital**. Hier haftet der Arzt primär gegenüber dem Patienten. Belegärzte müssen sich aus diesem Grunde selber versichern. Sie können sich nicht auf den Versicherungsschutz der Klinik verlassen, mit welcher sie den Belegarztvertrag abgeschlossen haben. Auch zugunsten jedes individuell versicherten Arztes gilt aber, dass die Versicherung ihn von aller Haftung für leichtes Verschulden freizustellen hat und Rückgriff nur bei schwerem Verschulden nehmen kann.

3 Verjährung und Verwirkung der Schadenersatzansprüche

Im öffentlich-rechtlichen Bereich gilt der Behandlungsfehler, wie gesagt, als unerlaubte Handlung. Für unerlaubte Handlungen sieht das einschlägige kantonale Recht regelmässig eine kurze relative und eine längere absolute Verjährungsfrist vor. Die Regelung geht etwa dahin, dass Schadenersatzansprüche der Patienten verjähren, wenn sie nicht binnen *eines Jahres* geltend gemacht werden, nachdem der Patient von seinem Schaden und der haftpflichtigen Person Kenntnis erhalten hat (rela-

tive Frist). Die Schadenersatzansprüche verjähren in jedem Falle, wenn der Patient sie nicht binnen zehn Jahren seit dem Zeitpunkt des fraglichen Behandlungsfehlers geltend macht (absolute Frist).

Die beiden hier genannten Fristen (relative Frist von einem Jahr, absolute Frist von zehn Jahren) können von Kanton zu Kanton variieren. Die am häufigsten vorzufindenden Fristen sind diejenigen, die auch vom Bundesrecht (Obligationenrecht) für die Verjährung deliktischer Schadenersatzansprüche festgelegt werden, nämlich ein Jahr ab Kenntnis (relativ) und *zehn Jahre* ab Ereignis (absolut).

Privatärzte und Privatspitäler haften demgegenüber aus *Vertrag*, d. h. während zehn Jahren seit Fälligkeit des Schadenersatzanspruchs. Für Schäden aus Behandlungsfehlern beginnt diese Frist mit dem Tag des begangenen Behandlungsfehlers (des Ereignisses) zu laufen. Wird der Schaden erst nach Ablauf der Verjährung erkennbar, wie dies bei Bestrahlungen und Chemotherapien etwa der Fall sein kann, dann sind die Ansprüche des Patienten trotzdem verjährt; der Patient kann von Arzt und Klinik nichts mehr beanspruchen.

Gewisse Kantone wie beispielsweise Solothurn haben für ihre öffentlich-rechtlich konstituierten Kliniken nicht bloss eine Verjährung der Haftpflichtansprüche, sondern sogar deren *Verwirkung* angeordnet. Verwirkungsfristen unterscheiden sich von Verjährungsfristen dadurch, dass die Parteien die Frist nicht durch gegenseitige Übereinkunft (Verjährungsverzichtserklärung) verlängern können. Will der Patient in einem solchen Kanton seine Rechte in zeitlicher Hinsicht wahren, dann muss er vor Ablauf der Verwirkungsfrist die Klage beim zuständigen Gericht einreichen und gegebenenfalls die Klage vorerst sistieren lassen, damit für eine Verhandlungslösung Raum bleibt.

Die Verjährung wird unterbrochen, d. h. sie beginnt von vorne neu zu laufen mit jeder Äusserung oder Handlung, die als vorbehaltlose Anerkennung der Schadenersatzpflicht verstanden werden kann. Leistet ein Haftpflichtiger also eine vorbehaltlose Zahlung für die bereits ergangenen Kosten, dann beginnt am Tag der Teilzahlung die Verjährungsfrist für den Restschaden von vorn zu laufen. Anerkennt der Haftpflichtige seine Zahlungspflicht für einen bestimmten Betrag gegenüber dem Patienten ausdrücklich, dann hat das Zahlungsversprechen den Charakter eines Schuldanerkenntnisses, für welches die zehnjährige vertragliche Verjährungsfrist von vorn zu laufen beginnt, auch wenn die Haftpflicht ursprünglich in einer kürzer verjährenden Deliktsschuld begründet war.

Die Verjährungsregelung macht es für Ärzte empfehlenswert, in ihren Haftpflichtpolicen Deckung zusagen zu lassen für alle Schäden, die bis zum Ablauf der massgeblichen Verjährungsfrist nach Praxisaufgabe geltend gemacht werden. Bei Privatärzten sollte die Police im Idealfall also Deckung noch während 10 Jahren nach der Praxisaufgabe bieten.

II Risikovermeidung und -begrenzung in Arztpraxis und Klinik

A

Prävention

1 Faktische und rechtliche Vorkehren

a) Auswahl von Patienten und Krankheitsbildern

Die Annahme und Abweisung von Patienten gemäss den zu Anbeginn abschätzbaren rechtlichen Haftungsrisiken widerspricht dem hippokratischen Eid und dem ärztlichen Selbstverständnis, wie es heute in der Schweiz glücklicherweise noch immer vorherrscht.

Im Bereich von Privatkliniken und Belegärzten ist immerhin eine Tendenz erkennbar, die in diese Richtung geht. Bei voller Auslastung einer Klinik ohne öffentlich-rechtlichen Leistungsauftrag ist es naheliegend, präferenziell jene Patienten anzunehmen, die ein klar diagnostiziertes Leiden mit klar indizierter Therapie haben, und zwar mit einer Therapie, bei deren Anwendung Arzt oder Klinik über eine solide Erfahrung verfügen. Bei solchen Routinebehandlungen ist nicht nur das ärztliche Fehlerrisiko am geringsten, sondern es ist auch möglich, die präinvasive Aufklärung in einem sorgfältig redigierten Merkblatt schriftlich niederzulegen und die Kenntnisnahme dieser Aufklärung seitens des Patienten unterschriftlich bestätigen zu lassen. Auf diese Weise kann Recherche-Aufwand für die rechtlich gebotene Aufklärung für eine Vielzahl von Patienten nutzbar gemacht werden, mit dem entsprechenden Rationalisierungs- und Spareffekt.

Öffentliche Spitäler können ihre Patientenwahl nicht in gleicher Weise optimieren, sondern sind einem vermehrten Zustrom unklarer, dringlicher oder besonders komplizierter Fälle ausgesetzt –

Fallkonstellationen also, für die oft kein Aufklärungstext vorrätig ist.

Besteht der Eindruck, das Leiden des Patienten habe einen chronischen Charakter angenommen und sei therapieresistent, dann ist aus rechtlichen Gründen Zurückhaltung geboten bei der Empfehlung weiterer Therapieversuche. Die Erfahrung lehrt, dass jeder zusätzliche Therapieversuch geringere Erfolgschancen als jeder vorherige hat, aber tendenziell mit wachsenden Risiken verbunden ist. Besteht der Patient in einer solchen Situation auf weiteren invasiven Therapieversuchen, dann ist aus rechtlichen Gründen die schriftliche Dokumentierung einer pessimistisch lautenden Behandlungsprognose geboten. Dem Patienten ist vor Augen zu führen – und es ist von ihm die Kenntnisnahme unterschriftlich bestätigen zu lassen –, dass die Heilungschancen gering, die Verschlechterungsrisiken real und naheliegend sind. Will der Arzt dem Patienten trotzdem Hoffnung machen – was er als seine hippokratische Pflicht empfinden mag –, dann ist parallel zu den mündlichen Aufmunterungen eine schriftliche Präzisierung zu erteilen und vom Patienten unterzeichnen zu lassen, wonach angesichts der Anamnese jede weitere Therapie mit erheblichen Risiken verbunden ist und der Arzt dem Patienten keine Garantie einer Zustandsverbesserung abgeben kann. Allzuleicht mutieren die ärztlichen Aufmunterungen in der Erinnerung des Patienten später zu angeblich abgegebenen Versprechungen, die Therapie sei risikolos und werde zur Heilung führen.

Immer ist zu bedenken, dass bei den auf längere Sicht planbaren Behandlungen die Empfehlung, nichts zu tun, und der anschliessende Verzicht auf invasive Massnahmen in der Regel zu keinen Haftpflichtfolgen führen, wogegen jede Empfehlung zu aktivem Tun für den Arzt ein rechtliches Risiko begründet. Bei den planbaren Behandlungen folgt die rechtliche Haftpflicht nicht – wie es eigentlich logisch wäre – den Kriterien «richtig» und «unrichtig», sondern primär den Kriterien «Tun» und «Un-

terlassen». Nur das unrichtige Tun führt in der Regel zu einer nachweisbaren Schadenskausalität und damit zur Arzthaftpflicht.

Die Unterlassung ärztlicher Massnahmen ist nur ausnahmsweise haftpflichtrelevant, nämlich dann, wenn sie auf einen nachträglich beweisbaren und geradezu offensichtlichen Diagnosefehler zurückgeht (Beispiele: Diagnose einer bösartigen Geschwulst als harmlose Zyste, verbunden mit der Empfehlung, nichts zu unternehmen; unterlassene Überwachung eines Suizidalen). Ferner erhält die Unterlassung dringend indizierter Massnahmen rechtliche Bedeutung in akuten Gefahrensituationen, namentlich in der Unfallmedizin.

Wenn der Arzt diagnostische Unsicherheiten hat, etwa einen Ultraschallbefund nicht richtig interpretieren kann und unsicher ist, ob eine kritische Situation vorliegt oder nicht, ist die unverzügliche Kommunikation auch der ungünstigen Variante gegenüber dem Patienten geboten. Der Arzt darf den Patienten davon nicht verschonen – auch wenn er dem Patienten damit einen unnötigen Schrecken bereitet. Der Patient muss in Kenntnis der diagnostischen Unsicherheit selber entscheiden, ob er zusätzlichen Diagnoseaufwand betreiben oder ob er abwarten und auf eine Klärung der Unsicherheit zu einem späteren Zeitpunkt hoffen will.

Öffentliche Spitäler können ihre Patientenwahl nicht in gleicher Weise optimieren, sondern sind einem vermehrten Zustrom unklarer, dringlicher oder besonders komplizierter Fälle ausgesetzt – Fallkonstellationen also, für die oft kein Aufklärungstext vorrätig ist.

- b) Einholung bestimmter Erklärungen des Patienten beim Behandlungsbeginn oder beim Spitaleintritt

aa) *Patienten aus den USA*

Wegen der besonderen Prozessrisiken in den USA empfiehlt sich, von Patienten mit amerikanischer Staatsbürgerschaft oder Wohnsitz in den USA eine Gerichtsstandsvereinbarung unterzeichnen zu lassen, etwa mit folgendem Wortlaut:

«The undersigned . . . (the Patient) and the X-Hospital (the Hospital) agree that any legal dispute in relation to the medical treatment of the Patient in the Hospital shall be decided exclusively by the ordinary Courts at the legal seat of the Hospital, according to Swiss Law.» (Unterschriften des Patienten und der Spitaldirektion).

Die vom Patienten mitunterzeichnete Gerichtsstandsvereinbarung ist das wirksamste Mittel, um eine vom Patienten in den USA erhobene Klage mit dem Hinweis auf die fehlende dortige Zuständigkeit in einem frühen Stadium abzuwehren.

bb) *Belegarzt-Spitäler*

Belegarzt-Spitäler sollten sicherstellen, dass die Patienten über die geteilte Verantwortlichkeiten aufgeklärt sind. Ob dem Patient die Unterschrift unter einer schriftlichen Bestätigungserklärung abverlangt wird, ist Ermessenssache. Die Erklärung könnte so lauten:

«Der unterzeichnete . . . (der Patient) hat zur Kenntnis genommen, dass die Verantwortung für seine ärztliche Behandlung während des Aufenthalts in der X-Klinik (Klinik) ausschliesslich bei Herrn Dr. med. Y. Z. (Arzt) liegt. Die Verantwortung der Klinik beschränkt sich auf die pflegerische Betreuung, Anästhesie und Aufwachphase. Arzt und Klinik rechnen für ihre Leistungen getrennt ab.»

Um keinen falschen Anschein zu erwecken, sollte die Klinik davon absehen, unter ihrem Briefkopf Rechnung zu stellen für sämtliche Leistungen während des Klinikaufenthalts einschliesslich derjenigen des Belegarztes. Ein solcher Abrechnungsmodus kann dem Patienten das Argument zuspielen, er habe geglaubt und sei in dem von der Klinik erweckten Vertrauen zu schützen, die Vertragspartnerin und damit die für allfällige Behandlungsfehler verantwortliche Institution sei die Klinik, nicht der Arzt.

cc) *Keine generelle Verzichtserklärung*

Unwirksam und nicht zu empfehlen ist die Einholung einer generellen Verzichtserklärung des Patienten, worin dieser auf alle Ansprüche gegenüber der Klinik und deren Mitarbeitern wegen allfälliger Behandlungsfehler verzichtet.

2 **Notwendige Schulung und Disziplin der Klinikmitarbeiter**

Durch regelmässige Instruktion und Kontrolle ist in den Kliniken namentlich folgendes bewusst zu machen und durchzusetzen:

- a) Keine Kritik

In Hörweite des Patienten und seiner Angehörigen werden ärztliche und pflegerische Handlungen, Un-

terlassungen, gestellte Diagnosen und getroffene Anordnungen nicht kritisiert; das Gleiche gilt für schriftliche Berichte und Konsilien, in die der Patient Einsicht nehmen kann.

b) Keine Streusendungen

Der Schrift- und Mailverkehr bei anlaufenden Haftpflichtfällen ist von Anfang an einzuschränken auf jene Personen, die von der Sache selber unmittelbar betroffen sind. Die breite Streuung von Orientierungskopien an die verschiedensten Stellen innerhalb des Hauses soll unterbleiben. Brisante Berichte und Beurteilungen sollten zudem nicht über E-Mail, sondern nur im Papierausdruck weitergeleitet werden, und zwar immer vertraulich und ausschliesslich an Personen, welche das Dokument für die Fallbearbeitung brauchen.

Erläuternd sei beigefügt, dass namentlich in grösseren Kliniken mit starkem Konkurrenzdruck und entsprechend reduzierter Solidarität zwischen den Mitarbeitenden die Unsitte anzutreffen ist, einander in Hörweite des Patienten zu kritisieren. Das ist unfair gegenüber dem Patienten; denn er wird verunsichert. Es ist unklug gegenüber den kritisierten Kollegen und der Klinik; denn deren Haftpflichtrisiken werden durch solches Geschwätz signifikant gesteigert, und zwar unnötigerweise. Wenn ein Arzt gegenüber dem Patienten äussert, das Handeln eines anderen Arztes sei falsch gewesen, dann ist bei ungünstigem Behandlungsverlauf das gerichtliche Nachspiel fast sicher. Aus erzieherischen Gründen wäre es richtig, in solchen Fällen den Schwätzer persönlich mit einer substantziellen Quote der Vergleichssumme zu belasten, die dem Patienten schlussendlich bezahlt werden muss.

Auch in schriftlichen Berichten muss jede Schuldzuweisung an andere Instanzen unterbleiben. Mancher Haftpflichtfall geht für die Klinik nur deshalb ungünstig aus, weil einzelne Mitarbeiter bei der Erstellung ihrer Berichte ihre eigene Unschuld oder Unbeteiligung unnötigerweise (und oft objektiv unzutreffend) hervorstreichen, indem sie ausdrücklich oder implizit Fehler anderer Instanzen andeuten. Solches Herumschieben des Schwarzen Peters entspricht dem, was im Fussball ein Eigentümer ist. Zuweilen ergeben sich die egoistische Motivation des Verfassers und die verhängnisvollen Konsequenzen für die Klinik erst lange im Nachhinein, wenn ein solcher Text in den Verhandlungen oder im Prozess ins Zentrum der Aufmerksamkeit rückt und genau interpretiert wird. Es ist die Aufgabe einer Manöverkritik nach Abschluss des Verfahrens, derartige Eigentore mit der Spitalleitung und den fehlbaren Text-Autoren zu besprechen und zu-

handen sämtlicher Mitarbeitenden der Klinik die nötigen Lehren daraus zu ziehen.

3 Dokumentation: Krankengeschichte, Operationsberichte, Video-Aufzeichnungen, Originaldateien von CTs und MRIs

a) Vorbemerkung

Die von Arzt und Klinik erstellte Dokumentation ist in der Regel das einzige Beweismittel, mit dem die Begehung eines haftungsrelevanten Fehlers bewiesen oder widerlegt werden kann. Der Patient hat Anspruch darauf, in diese Dokumentation Einsicht zu nehmen oder Kopien ausgehändigt zu erhalten.

Der Patient hat grundsätzlich für das Vorliegen einer ärztlichen Unsorgfalt den vollen Beweis zu führen. Verweigern Arzt oder Klinik allerdings die Herausgabe oder beseitigen sie Teile dieser Dokumentation, dann neigen die Gerichte dazu, dem Patienten eine Beweiserleichterung zu gewähren. Die vom Patienten und seinen medizinischen Beratern behaupteten Fehlhandlungen, die möglicherweise die vom Patienten nachgewiesenen gesundheitlichen Schäden verursacht haben könnten, werden dann dem Arzt oder der Klinik zugerechnet mit der Massgabe, dass sie es sich selber zuzuschreiben haben, wenn sie jene Dokumentation verschlossen halten, die sie in Händen haben oder bei pflichtgemässer Sorgfalt haben müssten und mit welcher sie die patientenseitigen Vorwürfe und Ablauf-Hypothesen widerlegen könnten.

Aus diesem Grund ist es zur Prävention rechtlicher Risiken wichtig, dass Ärzte und Kliniken die Patientendokumentation zeitgerecht und sauber erstellen und während mindestens zehn Jahren seit dem letzten Patientenkontakt aufbewahren. Die Zehnjahresfrist ist auch einzuhalten, wenn der Patient während dieser Frist stirbt.

Die Vernichtung der Unterlagen soll systematisch, aufgrund einer schriftlich festgehaltenen Handlungsanweisung erfolgen. Die Anweisung kann dahingehend formuliert werden, dass periodisch die Akten sämtlicher Patienten, mit denen seit mehr als zehn Jahren kein Kontakt mehr erfolgt ist, entsorgt werden. Ausgenommen sind jene Unterlagen, die aus einem bestimmten, dem Arzt oder der Klinik bekannten Grund weiterhin Aktualität haben (beispielsweise wegen eines laufenden Verfahrens).

Die unsystematische, punktuelle Beseitigung einzelner Dokumente aus einem weiterhin aufbewahrten Patientendossier schafft den Verdacht der Beweismanipulation und sollte vermieden werden, desgleichen die punktuelle Entsorgung einzelner alter Patientendossiers, während andere gleich alte oder ältere Dossiers weiterhin aufbewahrt werden.

b) Krankengeschichten

Krankengeschichten sollen nach einem einheitlichen Standard, sauber, vollständig, verständlich und lesbar geführt und gemäss einer schriftlich dokumentierten Regelung frühestens zehn Jahre nach dem letzten Patientenkontakt systematisch entsorgt werden. Zu den Krankengeschichten gehören namentlich auch die mittels Röntgen und anderen Techniken wie CT und MRI erstellten Bilder vom Körper des Patienten, allfällige Sono-Bilder, ferner die Operationsberichte samt zugehöriger Dokumentation (vgl. hienach), die Pflege-, Labor-, Histologieberichte und die Konsilien.

Bei der Führung der Krankengeschichte ist daran zu denken, dass der Patient einen Anspruch hat, Einblick zu nehmen und eine Kopie herauszuverlangen.

c) Operationsberichte

Operationsberichte sollen nach einheitlichen Standards möglichst unverzüglich nach Beendigung der Operation erstellt werden.

Die während der Operation entstehenden Instrumentenaufzeichnungen sollen entweder zusammen mit dem Operationsbericht oder an einem separaten Ort, aber nach Datum und Patientennamen leicht auffindbar, aufbewahrt werden. Das Gleiche gilt für die Dokumente bezüglich der verwendeten Blutkonserven und Implantate.

d) Bilddokumente

Die Herstellung von Video-Aufzeichnungen bestimmter Behandlungsabläufe soll aufgrund einer schriftlich dokumentierten Regelung systematisch erfolgen oder unterbleiben. Der unsystematische Gebrauch der Videoaufnahme und eine unregelmässige, willkürliche Löschung von Videoaufnahmen nach unterschiedlichen Aufbewahrungsfristen ist geeignet, den Verdacht der Beweismanipulation zu schaffen.

Bis heute besteht keine Rechtspflicht, bestimmte Behandlungsvorgänge bildgebend, insbesondere mit Videoaufnahmen zu dokumentieren. Auch wo die behandlungsbegleitende Videoaufnahme mittlerweile Standard geworden ist, wie etwa bei gewissen endoskopischen Eingriffen, ist keine diesbezügliche Rechtspflicht anzunehmen. Solange die Aufnahmen ohne Rechtspflicht erstellt werden, kann auch keine Rechtspflicht zur längerfristigen Speicherung und zur Aufbewahrung der Datenträger angenommen werden. Arzt und Klinik sind also grundsätzlich frei, die Bilddokumente kurzfristig wieder zu löschen. Jedoch sollte auch diesbezüglich in einer schriftlichen Regelung festgehalten werden, nach welchen Fristen die Dokumente gelöscht oder die Datenträger entsorgt werden. Die Reglementierung der Löschroutine soll sich am typischen Zweck orientieren, zu dem ein Bilddokument angefertigt wird (beispielsweise zur Kontrolle der Wundheilung – was die Beseitigung der betreffenden Bilddokumente nach erfolgter Heilung rechtfertigt). Allemal gilt der Vorbehalt, dass Bilddokumente von Vorgängen, die nach dem Kenntnisstand von Arzt und Klinik zu rechtlichen Auseinandersetzungen führen könnten, aus der Beseitigungsroutine herausgenommen und bis zur Klärung der Situation weiterhin aufbewahrt werden.

e) Basisdateien von CTs und MRIs

Die in der Computertomographie und im Magnetic-Resonance-Imaging-Verfahren (MRI) anfallenden Basisdatenmengen sind gross. Solange die elektronische Speichertechnik zu deren langfristiger Aufbewahrung keine kostengünstigen Datenträger zur Verfügung stellt, kann keine Rechtspflicht zur langfristigen Aufbewahrung angenommen werden. Kostenbarrieren entstehen auch, wenn die auf alten Datenträgern gespeicherten Daten auf den aktuellen Geräten nicht mehr visualisiert werden können, während die alten Geräte nicht mehr gewartet werden. Eine Rechtspflicht von Ärzten und Kliniken, alte Daten bei jedem technischen Generationenwechsel auf das neue System zu migrieren, ist abzulehnen. Die von den Patienten und ihren Krankenkassen bezahlten Behandlungskosten decken solches nicht ab.

Es gilt das für die Videoaufzeichnungen Gesagte: Die Löschung der Basisdateien hat nach einer schriftlich festgelegten Löschroutine systematisch zu erfolgen. Für Fälle, bei denen im vorgesehenen Lösungszeitpunkt rechtliche Auseinandersetzungen zu befürchten sind, ist die Herausnahme aus der Löschroutine und die langfris-

tige Aufbewahrung bis zur Klärung der Sache empfehlenswert.

4 Organisatorisches Dispositiv: Einhaltung von Standards bezüglich Ausrüstung, Ausbildung, personeller Dotationen

a) Organisatorische Standards

Für weite Bereiche medizinischer Dienstleistungen fehlen anerkannte einheitliche Standards. Zwar mag es übereinstimmende organisatorische Dispositive für zahlreiche Privatpraxen geben. Desgleichen mögen Organisation, Ausrüstung, Ausbildung und personelle Dotationen in öffentlichen Bezirks-spitälern eines Landes miteinander vergleichbar sein, ebenfalls die Standards in spezialisierten Universitätskliniken. Aber es gibt kaum anerkannte Empfehlungen und Richtlinien zu Fragen wie etwa derjenigen, welche Mindestzahl von Mitarbeitern und welche Geräte für bestimmte Therapien bereitstellen müssen, damit die Therapie nicht vom organisatorischen Dispositiv her als sorgfaltswidrig (und im Schadensfall demgemäss ohne weiteres als schuldhaft) qualifiziert werden müsste. Zu gross sind die individuellen Unterschiede von Chirurg zu Chirurg, von Operationsteam zu Operationsteam und von Spital zu Spital, als dass es möglich wäre, für die organisatorischen Dispositive allgemeinverbindliche Standards zu proklamieren.

So mag ein sehr geübter Chirurg, der einen bestimmten Eingriff jährlich mehrere hundert Male durchführt, seine Kollegen in anderen Kliniken an Präzision und Schnelligkeit weit überbieten, ohne dass deswegen die weniger geübten Kollegen mit ihren Teams bei einer haftpflichtrechtlichen Betrachtung im Nachteil wären. Das Haftpflichtrecht verlangt lediglich Sorgfalt gemäss einem «objektiven Standard». Es verlangt keine Superlative und misst den durchschnittlichen Chirurgen nicht an den Fähigkeiten der internationalen Koryphäe.

So viel steht allerdings fest: Für jeden invasiven Eingriff, der nach einer bestimmten Methode vorgenommen wird, müssen die für diese Operationsmethode notwendigen Geräte und Einrichtungen vorhanden sein. Desgleichen müssen beim Chirurgen und seinen Hilfskräften die nötigen Fähigkeiten vorhanden sein. Ausgereifte Erfahrung wird von der Rechtsordnung nicht verlangt. Der Chirurg darf den Eingriff auch ausführen, wenn er noch über wenig Erfahrung verfügt, ja den Eingriff zum ersten Mal durchführt. Immerhin ist in diesem Falle zu

verlangen, dass er sich sorgfältig vorbereitet hat und nach bestem Wissen und Gewissen darauf vertrauen darf, die Schwierigkeiten zu meistern. Für kühnes Experimentieren am Operationstisch ist aus rechtlicher Sicht kein Raum.

Ärzte und Kliniken stehen unter keiner Rechtspflicht, ihre Patienten zu informieren über die relative Qualität der angebotenen Dienstleistungen im Vergleich zu anderen Ärzten und Kliniken. Eine diesbezügliche Marktforschung ist Sache des Patienten.

b) Unterdotationen infolge Ressourcenknappheit

Die Ressourcen der Ärzte und Kliniken sind begrenzt.

Privatärzte und Privatkliniken stehen unter keinem Kontrahierungszwang und können Neuanmeldungen ablehnen, insbesondere wenn ihre Ressourcen anderweitig gebunden sind.

Öffentliche Spitäler stehen aufgrund ihres Leistungsauftrags, die medizinische Grundversorgung der Gesamtbevölkerung zu gewährleisten, unter Aufnahmewang, jedoch nicht unter einer Pflicht, jedem Patienten jederzeit die optimale Betreuung zukommen zu lassen. Fehlt es beispielsweise an Spenderorganen, so kommen die Patienten auf Wartelisten und sterben möglicherweise, bevor ein Organ verfügbar wird. Fehlt es an Personal, dann müssen sich die Patienten mit der möglicherweise mangelhaften Betreuung durch die vorhandenen Mitarbeiter des Spitals begnügen.

Die stagnierenden Ausgabenbudgets im Gesundheitswesen führen bei steigenden Lohnkosten und gesetzlich vorgeschriebenen Arbeitszeitverkürzungen gelegentlich zu einer Ausdünnung der Personalbestände, die es verunmöglichen, allen Patienten rechtzeitig alle jene medizinischen Leistungen zuteil werden zu lassen, die für eine gute Betreuung nötig wären.

Bei ausgedünnten Beständen sind die jeweils vorhandenen Mitarbeiter zuweilen bereit, persönliche Opfer zu bringen, indem sie ihr Arbeitstempo steigern und in übermüdetem Zustand auf ihren Posten ausharren, bis alle Arbeit getan ist, die zum Wohle der Patienten getan werden muss. Dies kann zur Ausdehnung von Arbeitszeiten und, als logische Konsequenz, zur Überschreitung arbeitsrechtlicher Limiten bezüglich wöchentlicher Arbeitszeiten führen.

Das Haftpflichtrecht ist nicht in der Lage, die Erbringung solcher persönlicher Opfer zu honorieren. Der von der Gerichtspraxis postulierte «objektive Sorgfaltsstandard» schliesst es aus, die auf Ressourcenknappheit zurückzuführenden Behandlungsfehler zu verzeihen.

Zwar impliziert die Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Klinik nicht von vorneherein eine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit. Der Zweck der meisten arbeitsrechtlichen Regelungen dient dem sozialen Schutz der Mitarbeiter, nicht dem Schutz der Patienten. Aber es gibt verschiedenortet auch Vorschriften bezüglich Mindest-Ruhezeiten, wie sie seit langem für Taxi- und Lastwagenfahrer auf öffentlichen Strassen bekannt sind. Der Normzweck solcher Vorschriften liegt klarerweise im Schutz des Publikums, in den Kliniken also im Schutz der Patienten vor den Risiken übermüdeten Therapeuten.

Daraus ergibt sich für die Kliniken und ihre Mitarbeiter die Handlungsmaxime, dass

- a) alle Arbeit, insbesondere aber invasive Eingriffe am Körper von Patienten, stets sorgfältig gemacht werden müssen, und dass
- b) jeder übermässige Arbeitsdruck, der die sorgfältige Behandlung der Behandelten verunmöglicht, durch geeignete Vorkehren verhindert werden muss.

Zu den geeigneten Vorkehren gehört insbesondere das Wartenlassen anstehender Patienten, wenn möglich ausserhalb der Klinik mittels Wartelisten für den Eintritt, nötigenfalls innerhalb der Klinik mit einem klar geregelten und schriftlich dokumentierten System von Wartezeiten für die knapp verfügbaren Spitalleistungen.

Die Warteregulation sollte auch Eventualitäten wie den gleichzeitigen und gehäuften Anfall von Dringlichkeitssituationen (Herzinfarkte, Geburten etc.) regeln und Richtlinien für die Behandlungsreihenfolge geben.

Während die Rechtsordnung nicht in der Lage ist, unsorgfältig vorgenommene Handlungen am Körper des Patienten zu verzeihen, ist sie bereits heute ansatzweise fähig (und wird diese Fähigkeit noch weiter entwickeln müssen), die auf Ressourcenknappheit zurückzuführenden Zustandsverschlechterungen und den Tod wartender Patienten als deren persönliches Lebensrisiko anzuerkennen.

Ob die personelle Dotation einer Klinik es erlaubt, arbeitsrechtliche Vorschriften bezüglich der maximalen Arbeitszeiten der Mitarbeiter durchwegs

einzuhalten, ist eine Frage, worüber die Klinik gegenüber den Patienten nicht offenlegungspflichtig ist. Die Dienst- und Einsatzpläne der Klinik gehen die Patienten auch im Haftpflichtfall nichts an, weil sie nichts zu tun haben mit seinen beiden Beweisthemen, nämlich dem erlittenen Schaden und dessen kausaler Verursachung durch ärztliches Verhalten.

Andererseits ist den öffentlichen Kliniken zu empfehlen, ihre Patienten auf eine allenfalls vorhandene Ressourcenknappheit ausdrücklich hinzuweisen und klar zu machen, dass die Patienten gemäss einer generell geregelten Behandlungsreihenfolge versorgt werden und demgemäss Wartezeiten in Kauf nehmen müssen.

Die öffentlichen Kliniken gewinnen nichts, wenn sie ihre Ressourcenknappheiten verschweigen. Sie würden sich begründeten Vorwürfen aussetzen, wenn sie in Situationen der Knappheit eine Behandlungsreihenfolge gemäss persönlichen Präferenzen oder finanzieller Leistungsbereitschaft der Patienten oder ihrer Krankenversicherer anwenden würden. Eine möglichst objektive und konsequent eingehaltene Prioritätenfolge ist in solchen Situationen essenziell.

B

Präinvasive Aufklärung

1 Vorbemerkung: Terminologie und rechtliche Bedeutung der präinvasiven Aufklärung

Vor jedem invasiven Eingriff ist eine Risikowarnung an den Patienten rechtlich geboten. Diese Risikowarnung wird im deutschen Sprachraum gemäss einer fest eingebürgerter Terminologie als «Aufklärung» bezeichnet. Von dieser Terminologie soll nachfolgend nicht abgewichen werden. Aber sie ist ungenau. «Risikowarnung» beschreibt präziser, worum es geht.

Rechtlich gilt jeder invasive Eingriff am Körper des Patienten als *rechtswidrige Verletzung der körperlichen Integrität* und damit – in zivilrechtlicher Ausdrucksweise – als «Delikt». Auch der Heileingriff wird merkwürdigerweise als «Delikt» verstanden, wenn er mit einer Körperverletzung, d.h. einem Stich, Schnitt, einer radiologischen Zerstörung von Zellen oder einer chemischen Schädigung im Körper des Patienten einhergeht.

Wegen seiner grundsätzlichen Rechtswidrigkeit begründet der Eingriff die Schadenersatzpflicht von Arzt oder Klinik für *sämtliche Eingriffs-Folgen*, die vom Patienten als Schädigung an seinem Körper oder an seiner Gesundheit dargestellt werden können, d. h. auch für blosse Komplikationen.

Die Rechtswidrigkeit und damit die Schadenersatzpflicht für Komplikationen entfällt, wenn der Eingriff durch einen Rechtfertigungsgrund *gerechtfertigt* ist. Der rechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund liegt in der *Einwilligung* des einwilligungsfähigen Patienten selbst. Ist der Patient einwilligungsunfähig, so liegt die Rechtfertigung in der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter oder Angehörigen, oder, wenn solche fehlen, in der mutmasslichen Einwilligung des Patienten.

Stützt sich der ärztliche Eingriff auf eine tatsächliche (nicht bloss eine mutmassliche) Einwilligung, so müssen der Patient oder die an seiner Stelle einwilligenden Personen *gehörig aufgeklärt* worden sein, oder genauer gesagt: Sie müssen die *gehörige Risikowarnung* erhalten haben. Andernfalls entfaltet die Einwilligungserklärung keine Rechtfertigungswirkung, womit zugleich gesagt ist, dass der Heileingriff dann den Charakter des «Deliktes» behält und der Arzt auch für blosse Komplikationen haftet.

Nochmals: Beim Fehlen der gehörigen Aufklärung (Risikowarnung) haften Arzt und Klinik nicht nur für die Folgen aus begangenen Behandlungsfehlern, sondern auch für *alle weiteren Komplikationen, selbst wenn diese nicht auf einen ärztlichen Fehler zurückzuführen sind*. **Mangelt es an der gehörigen Aufklärung (Risikowarnung), so geht das volle Operationsrisiko auf den Arzt über.**

Die Haftung entfällt allerdings, wenn dem Arzt oder der Klinik der Nachweis gelingt, dass der Patient auch bei vollständiger und richtiger Aufklärung (Risikowarnung) seine Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs gegeben hätte (Nachweis der *hypothetischen Einwilligung*).

Da der Eingriff am Körper des Patienten ohne gehörige Aufklärung eine rechtswidrige Handlung mit umfassender Schadenersatzpflicht der handelnden Person ist, erfüllen Arzt und Klinik mit der Erteilung der gehörigen Aufklärung nicht einen Anspruch des Patienten, sondern sie schaffen im eigenen Interesse die Voraussetzung dafür, dass sie anlässlich des Eingriffs *nicht zu Delinquenten werden*. Die präinvasive Aufklärung hat aus der Sicht von Arzt und Klinik mithin den Charakter der *Deliktsvermeidung im eigenen Interesse*.

Eine Ausnahme besteht im Rahmen des sogenannten therapeutischen Privilegs: Arzt und Klinik sind von der Aufklärung insoweit dispensiert («privilegiert»), als die Aufklärung beim Patienten voraussichtlich zu einer Depression oder zur Suizidgefahr führen würde und für die Therapie also schädlich wäre. – Das therapeutische Privileg wird zu Gunsten von Arzt und Klinik jedoch nur ausnahmsweise anerkannt. Die pragmatische Regel für den Arzt lautet demgemäss, dass er die präinvasive Aufklärung (Risikowarnung) dem Patienten in jedem Falle zu erteilen, notfalls aufzuzwingen hat, auch wenn sich der Patient dagegen sträubt. **Ohne Aufklärung (Risikowarnung) keine Operation** – mit diesem Grundsatz dürfen und müssen sowohl Ärzte wie auch Patienten angesichts der Unerbittlichkeit der heutigen Gerichtspraxis leben.

2 Kritische Bemerkungen zur präinvasiven Aufklärung

Die forensisch durchgesetzte Arzthaftung wird in zunehmendem Masse zur Aufklärungshaftung. Die Fälle, in denen Ansprüche auf eine fehlende Aufklärung begründet werden, mehren sich, und zwar deshalb, weil der Patient es im Falle der Aufklärungshaftung in beweisständiger Hinsicht einfacher hat: *Für die gehörige Aufklärung ist der Arzt beweispflichtig*. (Im Gegensatz dazu ist bezüglich des Behandlungsfehlers und des Kausalzusammenhangs zwischen Fehler und Schaden der Patient beweispflichtig.) Misslingt dem Arzt der Beweis der gehörigen Aufklärung, dann fällt die Haftung für jeden durch den Eingriff bewirkten Gesundheitsschaden auf ihn zurück, unabhängig von der Frage des Behandlungsfehlers und dessen kausaler Bedeutung für den Schaden.

Das ist eine rechtliche Fehlentwicklung. Der zentrale dogmatische Fehler liegt in der Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs als Delikt. Dadurch erhält die rechtfertigende Einwilligung des Patienten, und – als Folge davon – die für diese Einwilligung wesentliche Aufklärung (Risikowarnung) eine rechtliche Bedeutung, die ihr bei objektiver Betrachtung nicht zukommen dürfte. Die Rechtsordnung geht aus von der Fiktion einer Selbstbestimmung des Patienten, die es in der Realität nicht gibt.

Allerdings braucht man dem Gesetzgeber und der Justiz keinen Vorwurf zu machen. Es gehört zum modernen Selbstverständnis, dass man an ein weitgehend selbstbestimmtes Leben glaubt.

Zwar ist der Glaube an die Selbstbestimmung bezüglich der Erhaltung seiner Gesundheit weitge-

hend eine Illusion. Die für eine echte Selbstbestimmung erforderlichen Kenntnisse und Beurteilungskriterien sind für medizinische Laien nur mit grossen Schwierigkeiten und nie vollständig erhältlich. Die meisten Patienten unternehmen keine Anstrengungen, um diese Kenntnisse für die Beurteilung ihrer eigenen Leiden und der optimalen Therapie zu erarbeiten. Bei der präinvasiven Aufklärung (Risikowarnung) geht es nur um Teilaspekte, die für eine rationale Beurteilung der optimalen Therapie aus der Sicht des Patienten in der Regel belanglos sind.

Was aber wäre für eine echte Selbstbestimmung wichtig? – Die Antwort ist nicht schwer zu geben: Vor allem müsste es dem Patienten um die Richtigkeit der Diagnose, die Indikation der vorgeschlagenen Therapiemassnahmen und – vor allem! – um die *besondere Eignung von Arzt und Klinik* (im Vergleich zu anderen Ärzten und Kliniken) *für die Vornahme ebendieser Therapiemassnahmen* gehen. Der Patient müsste sich fragen: Bin ich beim richtigen Arzt und in der richtigen Klinik? Ist die vom Arzt vorgeschlagene Therapie die optimale?

Die praktischen Schwierigkeiten, auf diese Fragen auch nur halbwegs zuverlässige Antworten zu erhalten, führen dazu, dass die Fragen meist gar nicht gestellt werden. Jedenfalls gehört ihre Erörterung nicht zur präinvasiven Aufklärung (Risikowarnung). Bezüglich Diagnose und Indikationsstellung reagieren die Gerichte erst bei krassen und offensichtlichen Fehlern. Die Frage nach dem *bestmöglichen* Vorgehen – jene Frage, die den auf Selbstbestimmung erpichten Patienten primär interessieren müsste – liegt ausserhalb der gerichtlichen Beurteilung.

Die präinvasive Aufklärung (Risikowarnung) beschränkt sich stattdessen auf die Beschreibung des vorgeschlagenen Eingriffs sowie seiner Folgen, Nebenfolgen und Risiken – auf lauter Dinge also, die bei einer vom Arzt glaubhaft dargestellten Indikation für den Entscheid des Patienten ohne Belang sind. Was will der Patient bei glaubhafter Indikation denn überhaupt selbstbestimmt entscheiden? – Patientenseitiger Widerstand gegen den vorgeschlagenen Eingriff ist etwas sehr Seltenes und entspringt eher aus Angst oder aus besonderen weltanschaulichen Überzeugungen denn aus einer rationalen Abwägung von Chancen und Risiken.

Wollte ein Patient wirklich selber bestimmen, was mit ihm in therapeutischer Hinsicht geschehen soll, dann müsste er Zweit- und Drittmeinungen von unbefangenen Fachleuten einholen, die ohne eigenes Akquisitionsinteresse und ausserhalb jeder

Konkurrenzsituation bereit sind, den Fall des Patienten genau zu prüfen, eventuell eigene Diagnosen zu stellen und sich eine unabhängige Meinung zu bilden. Der Patient müsste sich ins Bild setzen darüber, in welchen Kliniken jene wirklichen Spezialisten und Könner arbeiten, die die zuverlässigsten Diagnosen stellen und die invasiven Eingriffe mit der grössten statistischen Erfolgsrate vornehmen. Um sich solche Kenntnisse zu verschaffen, müsste der Patient müsste die divergierenden Meinungen und Empfehlungen verschiedener Fachleute einholen und gegeneinander abwägen. Das alles braucht Zeit, Geld und die selbstbewusste Überzeugung, man könne als Patient einen Überblick über Märkte und Methoden der Medizin gewinnen und daraus Rückschlüsse ziehen, welche Therapien für einen selber optimal sind und von wem diese Therapien besonders fachmännisch angeboten werden.

Aus offensichtlichen Gründen wird solches nur ganz selten gemacht. Im Normalfall vertraut sich der Patient dem örtlichen Arzt an, von dem er behandelt wird. Wird er weiterverwiesen, so akzeptiert er die Ärzte und Kliniken, zu denen er weitergeschickt wird, ohne Fragen zu stellen über deren Kompetenz, Methodik und Stil. Genau gleich akzeptiert er die Diagnose, die ihm gestellt und die Therapie, die ihm vorgeschlagen wird. Dass dabei seitens der beteiligten Ärzte auch subjektive Elemente eine Rolle spielen können, bleibt dem Patienten verborgen oder interessiert ihn nicht. Der Patient hat weder die Kraft noch die fachtechnische Einsicht, um sich über solche Dinge ins Bild zu setzen. Muss nach Meinung seines Arztes operiert werden, dann akzeptiert er auch dies. In aller Regel sind die Würfel zu Gunsten der vom Arzt empfohlenen Operation gefallen, bevor die präinvasive Aufklärung begonnen hat.

Angesichts dieser Realien ist eine rechtliche Regelung, die zu einer wachsenden Zahl von Fällen eigentlicher Aufklärungshaftung führt, ein normativer Irrgang.

Bis auf weiteres müssen Ärzte und Kliniken aber mit diesem rechtlichen Konzept leben und sich gegen die damit verbundenen Haftungsrisiken schützen. Das bedeutet, dass sie nie genug tun können, um die Patienten präinvasiv aufzuklären, d.h. ihnen Risiken und negative Nebenfolgen des geplanten Eingriffs möglichst vollständig vorzutragen und sich selber für den Prozessfall den Beweis zu sichern, dass, wann und durch wen dieser Vortrag erfolgt ist.

Demgemäss muss die präinvasive Aufklärung (Risikowarnung) möglichst vollständig alle Risiken und

negativen Folgen des Eingriffs auflisten. Jede Lücke in dieser Liste kann zur Arzthaftung führen, wenn sich im Zuge des Eingriffs ein nach medizinischem Wissensstand nicht völlig unerhebliches, aber unerwähnt gebliebenes Risiko verwirklicht. Ärzte und Patienten müssen begreifen, dass die Einholung der Patientenunterschrift unter einem möglichst vollständigen Risikokatalog nichts zu tun hat mit den Interessen und Rechten des Patienten. Vielmehr handelt es sich um eine Vorkehrung, die zum *Selbstschutz des Arztes* unverzichtbar geworden ist. Dass jeder einigermaßen vollständige Risikokatalog den Patienten psychisch belasten kann, liegt zwar auf der Hand, darf den Arzt aber nicht davon abhalten, die Warnung trotzdem zu erteilen.

Die psychische Belastung des Patienten sollte allerdings nicht überschätzt werden. Die meisten Patienten nehmen die vor dem Eingriff zu unterzeichnenden Risikowarnung mit ähnlicher Gelassenheit entgegen, mit welcher der Flugpassagier vor jedem Flug die Schwimmwesteninstruktion entgegennimmt (wo der Gedanke an die Notwasserung doch ein Horror ist), und mit welcher der durchschnittliche Raucher die auf jeder Zigarettenpackung nachzulesende Warnung vor den schädlichen Folgen des Tabakkonsums aufnimmt. Es ist dem Arzt anlässlich des Aufklärungsgesprächs nicht verwehrt, auf die Schwimmwesten-Instruktion und ähnliche Beispiele aus dem täglichen Leben hinzuweisen, um dem Patienten klar zu machen, dass die präinvasive Risikowarnung eine aus rechtlichen Gründen notwendige Pflichtübung ist. Sie soll der von Zuversicht und Hoffnung getragenen Grundhaltung des Patienten keinen Abbruch tun.

Auf die gehörige Aufklärung kann der Patient *nicht verzichten*, so wenig der Flugpassagier auf die Schwimmwesten-Instruktion verzichten oder der Raucher Zigaretten ohne aufgedruckte Schädlichkeitswarnung kaufen kann.

3 Thematik der präinvasiven Aufklärung

Für planbare Standardeingriffe sollen die von den Fachgesellschaften oder von anderen Instanzen herausgegebenen Aufklärungsbögen verwendet werden. Die Standardisierung der Aufklärung schafft, wenn sie über die Kantonsgrenzen hinaus erfolgt oder sich sogar an internationale Standards anschliesst, rechtliche Sicherheit. Die in vielfach verwendeten Aufklärungsbögen genannten Risiken werden von der Justiz als die relevanten Risiken wahrgenommen, die in solchen Aufklärungsbögen fehlenden Risiken werden als nicht aufklärungsbedürftig beurteilt.

Leider gibt es zu zahlreichen Eingriffen keine solchen standardisierten Texte. Dann gilt folgendes:

Die präinvasive Aufklärung umfasst drei Themenbereiche, nämlich

- a) den Inhalt der vorgeschlagenen Massnahme,
- b) deren Folgen und
- c) deren Risiken.

Dem dritten Themenbereich wird unterschieden zwischen der Aufklärung über

- a) die allgemeinen Operationsrisiken, wozu die mit jeder Narkose und jedem chirurgischen Schnitt verbundenen Risiken von Blutgerinnseln (Embolien) gehören, und über
- b) die spezifischen Operationsrisiken des konkret bevorstehenden Eingriffs.

Der rechtlich notwendige Umfang der Risikowarnung bemisst sich nach drei Kriterien, nämlich

- a) nach der Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts,
- b) nach der Schwere des Risikos und
- c) nach dem Verhältnis dieses Risikos zu den gesundheitlichen Risiken im Falle des Unterlassens des vorgeschlagenen Eingriffs.

Eine Angabe zur statistischen Eintretenswahrscheinlichkeit ist namentlich bei schweren Risiken (Tod, Invalidität) angebracht. Ob ein tödlicher Ausgang des Eingriffs mit einer Wahrscheinlichkeit von einem Promill oder einem Prozent zu gewärtigen ist, kann für die Einwilligung des Patienten wesentlich sein. Allerdings brauchen in keinem Falle exakte Prozentzahlen genannt zu werden. Begriffe wie «sehr selten» oder «selten» genügen. Für die Verteidigung des Arztes gegen Geldforderungen des Patienten ist es nützlich, wenn die statistische Wahrscheinlichkeit im Aufklärungsgespräch nicht heruntergespielt wurde.

Die ärztliche Aufklärungspflicht bezieht sich in der Regel nur auf den vorgeschlagenen Eingriff und dessen Risiken. Welche Alternativen zur Verfügung stehen und weshalb der behandelnde Arzt der einen Behandlungsalternative den Vorzug vor einer anderen gibt, ist nicht notwendigerweise Gegenstand der präinvasiven Aufklärung.

Je nach Kulturkreis, beruflicher Ausrichtung, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Schule und persönlicher Erfahrung neigt der eine Arzt eher zu dieser, ein anderer eher zu jener Behandlung, und er wird in seiner Beratung entsprechende Akzente setzen. Der Patient stimmt in der Regel jener Behandlung zu, der sein Arzt den Vorzug gibt. Das ist unter dem Gesichtswinkel der Arzthaftung kein

Problem. Vielmehr ist es die rechtlich akzeptierte Normalität.

Findet sich die beim Patienten später eingetretene Komplikation im Aufklärungsprotokoll erwähnt, dann steht der Arzt im späteren Haftpflichtprozess auf sicherem Boden; fehlt gerade diese Komplikation, dann ist die rechtliche Verteidigung des Arztes erschwert.

Im Interesse der Beweissicherung für den Fall eines späteren Rechtsstreits geschieht die präinvasive Aufklärung im besten Fall mit Hilfe schriftlicher Texte, d.h. mittels formularmässig gestalteter Ausführungen im Umfang von wenigen Druckseiten, in denen alle mit dem Eingriff normalerweise verbundenen negativen Nebenfolgen und alle in der Literatur beschriebenen Risiken möglichst vollständig aufgeführt werden.

Wohl besteht gegenüber dem Patienten keine Rechtspflicht zu solcher Vollständigkeit. Die Aufklärung darf sich – was die Rechte des Patienten anbelangt – auf die *wesentlichen* Nebenfolgen und Risiken beschränken und braucht jene Dinge nicht zu erwähnen, die der Patient ohnehin schon weiss. Um aber Diskussionen in späteren rechtlichen Auseinandersetzungen zu vermeiden, ob bezüglich bestimmter Nebenfolgen und Risiken eine Aufklärung nötig gewesen wäre, integriert der Arzt möglichst alle ihm bekannten negativen Aspekte des Eingriffs bezüglich Nebenfolgen und Risiken in den Aufklärungstext.

Der Aufklärungstext sollte laienverständlich abgefasst sein. Fremdwörter und Fachausdrücke sind vermeiden oder mit einer beigefügten landessprachlichen Übersetzung verständlich zu machen. Die medizinischen Ursachen und Abläufe einer Komplikation brauchen nur summarisch angedeutet zu werden. Wichtig ist ihre Auswirkung auf das künftige Befinden und die Lebensführung des Patienten. Das sei verdeutlicht: Ein isolierter Hinweis auf das Risiko von Nervenläsionen ist für manche Patienten unverständlich. Besser ist stattdessen der Hinweis auf mögliche Lähmungen. Bei einer Operation am Gehirn ist nicht vom Risiko «raumfordernder Blutungen» und eines «exitus letalis» zu berichten, sondern von Blutungen mit Todesfolge.

Das Aufklärungs-Formular beginnt zweckmässigerweise mit dem Ingress «Bezugnehmend auf das Aufklärungsgespräch mit dem die Operation durchführenden Arzt, Herrn Dr. . . ., vom . . . anerkenne ich, über die mit dem bevorstehenden Eingriff verbundenen Auswirkungen und Risiken wie folgt aufgeklärt worden zu sein: . . .».

Es folgt dann der Katalog der Eingriffsfolgen und -Risiken und am Schluss die Patientenunterschrift.

Im Formular werden vor allem die negativen Seiten und die Risiken des Eingriffs dargestellt.

Die in der mündlichen Aufklärung wichtigen, dem Patienten Hoffnung gebenden Chancen sowie die längerfristige ärztliche Chancenbeurteilung gehören nicht in dieses Formular. Die vom Patienten zu unterzeichnende schriftliche Risikowarnung ist ein blosses Beweismittel in der Hand des Arztes für einen allfälligen Prozess, in dem der Patient als Kläger auftritt. Dieses Beweismittel enthält nur die «*downside risks*», nicht auch die «*upside chances*» und erst recht nicht eine zusammenfassende Risiko- und Chancenbeurteilung auf lange Sicht.

Es gibt keine verbindlichen Rechtsregeln, die eine bestimmte Relation von Risikowahrscheinlichkeit und -schwere als Schwelle für die Aufklärungspflicht definieren. Naturgemäss darf die Aufklärung bei dringlichen Eingriffen, die eine unmittelbare Lebensgefahr abwenden, weniger umfangreich sein als bei planbaren Eingriffen, auf die der Patient auch verzichten könnte, wie etwa bei orthopädischen Eingriffen. Sobald eine unmittelbare Lebensgefahr besteht, wird der Arzt für alle nicht-vitalen Operationsrisiken und Nebenfolgen die hypothetische Einwilligung des Patienten voraussetzen dürfen. Trotzdem ist der Arzt gut beraten, auch in solchen Fällen ein möglichst umfassend formuliertes Aufklärungsformular vom Patienten unterschreiben zu lassen. Ist der Patient einmal gerettet und stellen sich dann lästige Nebenfolgen ein, dann mag er geneigt sein, seine ehemalige Todesangst zu vergessen und dem Arzt hinterher Vorwürfe zu machen. Die Schuldzuweisung an Arzt und Klinik ist zuweilen eine Form der Trauerarbeit, womit der Patient (oder der Angehörige eines verstorbenen Patienten) den Verlust zu bewältigen versucht.

4 Keine Aufklärungspflicht bezüglich Marktsituation und Fachkompetenz des Arztes

Keine Aufklärungspflicht besteht unseres Erachtens bezüglich der Marktsituation. Wie ein Arzt oder eine Klinik im Vergleich zu anderen Ärzten und Kliniken für die betreffende Therapie qualifiziert ist und ob das Preis-Leistungs-Verhältnis in einem solchen Quervergleich gut oder schlecht ist, ist nicht Gegenstand der ärztlichen Aufklärung. Will der Patient sich von einem besonders routinierten und für die betreffende Therapie als erfolgreich bekannten

Arzt behandeln lassen, dann muss er die Marktforschung selber betreiben.

Der Arzt ist auch nicht aufklärungspflichtig bezüglich seines eigenen Ausbildungsstandes. Befindet er sich bezüglich einer Therapie in der Lernphase, so braucht er dies dem Patienten nicht zu sagen.

Fragt der Patient den Arzt, wie häufig er den vorgeschlagenen Eingriff pro Jahr praktiziert, oder wie viele Male er diesen Eingriff bisher insgesamt schon praktiziert hat, so darf der Arzt keine falschen Angaben machen. Er ist jedoch nicht offenkundig, sondern kann von der Beantwortung Umgang nehmen.

Hingegen ist der Arzt dafür verantwortlich, dass er nur Therapien durchführt, zu denen er die nötige Ausbildung und die nötigen Fähigkeiten hat. Fehlt es an der Fähigkeit, dann darf er dem Patienten die betreffende Therapie nicht anbieten, sondern muss den Patienten an einen befähigten Arzt weiterweisen. Das ist aber nicht eine Frage der Aufklärung, sondern eine Frage der kunstgerechten Behandlung.

Freilich gäbe es keinen Fortschritt, wenn sich Ärzte nicht täglich in Neuland vorwagen. Das Haftpflichtrecht bietet keinen befriedigenden Rahmen, um die Risiken des therapeutischen Experiments sachgerecht zuzuordnen. Nur in auswegslosen Situationen sind Patienten geneigt, sich auf riskante Experimente einzulassen. Die gleiche Öffentlichkeit aber, welche die umfassende Aufklärung des Patienten verlangt, erwartet auch den raschen Fortschritt der Medizin, ungeachtet des Widerspruchs, der zwischen den beiden Postulaten besteht.

5 Form und Zeitpunkt der Aufklärung

a) Überblick

Das ärztliche Haftungsrisiko ist inexistent bei kleinen Eingriffen ohne Komplikationsrisiko, etwa bei einer blossen Blutentnahme. In solchen Fällen kann die Aufklärung überhaupt unterbleiben.

Sobald es jedoch ein relevantes Komplikationsrisiko gibt, ist auf das Risiko hinzuweisen. Dabei gibt es verschiedene Varianten, die hier in drei Kategorien unterteilt werden. Zwischen den drei typischen Varianten gibt es im klinischen Alltag vielerlei Abstufungen.

b) Grosser Aufklärungsaufwand: Riskante Eingriffe mit Alternativen

Grosser Aufklärungsaufwand ist zu betreiben bei Eingriffen mit einem relevanten Komplikationsrisiko, sofern dem Patienten auch Alternativen offen stehen. Die häufigste Alternative ist der vorläufige oder definitive Verzicht auf die Massnahme. Weitere Alternativen sind zuweilen in anderen Behandlungsmethoden gegeben – z.B. Bestrahlen statt Operieren.

Chirurgen müssen sich in diesem Zusammenhang immer die Frage stellen, ob neben ihrem chirurgischen Angebot auch eine andere Heilmethode zielführend sein könnte. Dabei kommt es nicht auf die persönliche Meinung des Chirurgen an, ob er die andere Methode für gleichwertig hält, sondern darauf, ob ein Patientenanwalt im Nachhinein gegenüber einem Gericht glaubhaft darstellen kann, der Verzicht auf die Therapie oder eine andere Therapie-Methode hätten den gleichen Heilerfolg mit geringeren Risiken erwarten lassen. Ist diese Frage zu bejahen, dann ist ein grosser Aufklärungsaufwand angesagt.

Wenn kein Zeitdruck besteht, sollte die Aufklärung in zwei Schritten erfolgen:

Erster Schritt: Allgemeine Information. – Im ersten Schritt erhält der Patient die Instruktion über den typischen Ablauf und die typischen Risiken des vorgeschlagenen Eingriffs. Das anatomische Umfeld und die vorgeschlagenen Massnahmen werden erklärt, wo nötig mit Illustrationen oder an dreidimensionalen Anatomie-Modellen.

Die allgemeine Information kann in standardisierter Form erfolgen, insbesondere durch Abgabe eines Informationsblatts oder einer Broschüre. Solche Texte müssen laienverständlich redigiert sein. Die medizinischen Fachgesellschaften verfügen heute über solche Standard-Texte für die meisten Routine-Eingriffe. Es empfiehlt sich, darauf zurückzugreifen und das Rad nicht selber neu zu erfinden. Eine von der Fachgesellschaft abgesegnete Standard-Fassung setzt faktisch auch gerade den rechtlichen Standard dafür, was bezüglich der allgemeinen Patienten-Instruktion beim jeweiligen Stand der medizinischen Technik als *gehörige Aufklärung* im Rechtssinne gelten kann.

Bezüglich des Zeitpunktes für die allgemeine Information gilt: Je früher, desto besser – wenn möglich dann, wenn der Arzt dem Patienten den betreffenden Eingriff erstmals vorschlägt. Das kann mehrere Wochen, ja Monate vor dem Operationstermin sein.

Zweiter Schritt: Individuelle Information. – Der zweite Schritt erfolgt im persönlichen Gespräch mit dem Patienten.

Rechtlich gibt es keine zwingenden Regeln, wonach das Gespräch vom Chirurgen persönlich geführt werden müsste. Eine Delegation an Operations-Assistenten, an eine zentrale Aufklärungs-Stelle der Klinik (sofern es das einmal geben sollte) oder sogar an externe Stellen ist rechtlich nicht ausgeschlossen. Der besondere Vorteil der Aufklärung durch den Chirurgen selbst liegt darin, dass der Chirurg sich ohnehin mit der Krankengeschichte und den gesundheitlichen Besonderheiten des Patienten vertraut machen muss, bevor er ihn operiert. Wenn der Arzt den Patienten beim Aufklärungsgespräch persönlich vor sich hat, erkennt er möglicherweise zusätzliche Dinge, die bei einer Delegation der Aufklärung unbemerkt bleiben. Es ist also unter Effizienzgesichtspunkten kaum zweckmässig und zudem rechtlich riskant, die Aufklärung an Nicht-Chirurgen zu delegieren, welche mit der Operation nicht selber befasst sind.

Im persönlichen Gespräch sind insbesondere die individuellen Besonderheiten des Patienten wie Bluthochdruck, Diabetes, hohes Alter etc. zu besprechen, soweit sie zu besonderen Risiken führen oder auf die Durchführung des Eingriffs einen Einfluss haben.

Am besten wird dieses Aufklärungsgespräch anhand des vorn erwähnten Aufklärungstextes geführt. Der Arzt lässt sich vom Patienten bestätigen, dass er das Blatt gelesen hat. Er fragt, ob alles verstanden wurde. Er gibt die nötigen Erklärungen zu den Abschnitten oder Ausdrücken, die nicht verstanden wurden. Er kann dabei das Blatt mit dem Patienten durchgehen und abschnittsweise mit einem handgeschriebenen Zeichen abhaken, nachdem der Patient zu verstehen gegeben hat, dass er zu dem Abschnitt keine Fragen hat. Es ist empfehlenswert, dass der in Händen des Arztes oder der Klinik verbleibende Formulartext einige handschriftlich eingetragene Zeichen und individuell-patientenbezogene Ergänzungen aufweist, die nachträglich erkennen lassen, dass das Aufklärungsgespräch mit dem Patienten angesichts dieses Formulars geführt worden ist. Das Formular hat die optimale Beweiskraft, wenn es vom Patienten und vom aufklärenden Arzt unterschrieben ist. Damit wird in optimaler Weise der dokumentarische Beweis geschaffen, dass Arzt und Patient das Blatt gemeinsam durchgegangen sind.

Ein Schlussvermerk unmittelbar oberhalb der Unterschriften von Patient und aufklärendem Arzt

sollte sinngemäss folgendermassen lauten: «*So gelesen, besprochen und verstanden*».

Das handschriftlich ergänzte, datierte und vom Patienten und vom aufklärenden Arzt unterzeichnete Blatt bleibt als Beweismittel beim Arzt. Dem Patienten ist eine Fotokopie auszuhändigen, sofern er dies wünscht.

Es mag sich in nicht allzu ferner Zukunft einbürgern, alle derartigen Aufklärungsgespräche mit Mikrofon oder sogar mit Videokamera aufzunehmen und auf einem Datenträger abzuspeichern. Aus der Sicht des Prozessanwaltes ist dies wünschbar. Der Patient ist vor jeder solchen Aufnahme um seine Zustimmung anzufragen. Er würde sich missbräuchlich verhalten, wenn er die Zustimmung verweigert. Der Patient darf dem Arzt bei der Beweissicherung keine Schwierigkeiten in den Weg legen.

Der Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs darf nicht am Vorabend der Operation gewählt werden. Das wäre zu kurzfristig. Nach Meinung des Bundesgerichts muss der Patient noch eine echte Möglichkeit haben, sich zum Verzicht auf den Eingriff zu entschliessen. Diese Möglichkeit fehlt aus psychologischen Gründen, sobald der Patient in die Klinik eingetreten ist und unter dem Eindruck steht, sein Rückzieher würde ein schon feststehendes Operationsprogramm durcheinanderbringen.

Nicht-stationäre Patienten müssen zwischen dem Aufklärungsgespräch und dem Klinikeintritt demnach noch mindestens eine Nacht und einen Tag Bedenkzeit ausserhalb der Klinik haben. Besser sind zwei, optimal drei Tage. Der Patient darf in keiner Weise unter Druck gesetzt werden (etwa durch den Hinweis auf Mehrkosten oder organisatorische Schwierigkeiten, die sein Rückzieher der Klinik bescheren würde, oder auf Schwierigkeiten, den Patienten später nochmals dranzunehmen).

Wenn der Patient zu bestimmten präinvasiven Untersuchungen (z. B. bezüglich Blutverdünnung) ohnehin 48 Stunden vor der Operation in der Klinik vorbeigehen muss, ist dieser Klinikbesuch der gegebene Moment für das persönliche Aufklärungsgespräch – immer vorausgesetzt, die allgemeine Aufklärung wurde durch Abgabe eines Aufklärungsblattes schon früher ermöglicht; andernfalls sind 48 Stunden zu knapp.

Besteht für einen geplanten Eingriff kein allgemeines Informationsblatt, dann muss die ganze Aufklärung in einem einzigen oder in mehreren aufeinander folgenden Schritten mündlich erfolgen,

eventuell ergänzt durch Handzeichnungen oder durch visuelle Erläuterungen mit anatomischen Lehrbüchern und dreidimensionalen Anatomie-Modellen.

Diese Form der Aufklärung ist namentlich geboten bei komplexen Fällen mit unklarer Ätiologie und mit Unklarheiten darüber, was während des Eingriffs zutage treten und ablaufen wird. Der Arzt ist aus juristischen Gründen wohlberaten, wenn er in solchen Fällen die denkbar schwersten Komplikationsrisiken (Todesfallrisiko, Querschnittlähmung, Verlust geistiger und kognitiver Fähigkeiten) drastisch darstellt und dabei *eher übertreibt als verharmlost*. Hat der Patient dem Eingriff zugestimmt, nachdem ihm nachweislich schwere Risiken vor Augen geführt wurden, dann darf anschliessend seine *hypothetische Einwilligung vermutet* werden, wenn sich weniger gravierende Nebenfolgen einstellen, an die der Arzt nicht gedacht und worüber er nicht aufgeklärt hatte.

Eine solche umfassende mündliche Aufklärung sollte bei nicht stationären Patienten spätestens drei Tage vor dem Eingriff erteilt werden, d. h. ihnen noch zwei volle Tage Bedenkzeit ausserhalb der Klinik belassen.

Wenn nur mündlich aufgeklärt wird, ist die Tonaufnahme aus der Sicht des Prozessanwaltes besonders wünschbar, denn kein handschriftliches Aufklärungsprotokoll kann alles festhalten, was gesagt und gefragt wurde. Was nicht protokolliert ist, wird vom Patienten im Nachhinein bestritten und führt zur Haftung des Arztes auch für Komplikationen, die er mündlich erwähnt, aber nicht schriftlich protokolliert hatte. Der Arzt hat angesichts dieses Haftungsrisikos keinen Anlass, durch den Verzicht auf die Tonaufnahme dem Patienten gefällig zu sein.

Solche Beweissicherung ist eine Selbstschutzmassnahme des Arztes in einem von der Anspruchshaltung mancher Patienten und Patientenanwälte angeheizten und von der Judikatur zum Teil leichtfertig geförderten Spannungssituation, in der sich Patient und Arzt heutzutage immer (auch) als potenzielle Prozessgegner gegenüberstehen und wo im Schadensfalle scharf geschossen wird. Da es mittlerweile in den Arzthaftpflichtprozessen oft um Hunderttausende von Franken, ja zuweilen um Millionenbeträge geht, muss der Arzt auch für sich selber schauen und sich die Beweise sichern, wie immer er dies kann.

c) Kleiner Aufklärungsaufwand: Eingriffe ohne Risiken oder ohne Alternativen

Sind die Komplikationsrisiken so gering, dass sie einen durchschnittlichen Patienten nicht zum Verzicht auf die Operation veranlassen können, oder besteht gegenüber der Vornahme des Eingriff keine echte Alternative, dann kann der Aufklärungsaufwand klein gehalten werden. Man denke an die Entfernung eines entzündeten Blinddarms oder an das Ziehen eines stark schmerzenden kariotischen Zahns.

Auch bei Eingriffen, die ambulant vorgenommen werden, ist über die damit verbundenen relevanten Risiken (bei Knie- und Schultergelenkpunktionen also etwa über das unabwendbare Infektionsrisiko) aufzuklären. Ärzte, die solche Eingriffe in ihrer Privatpraxis vornehmen, sollen sich ein Aufklärungsf formular mit der Beschreibung des Risikos vom Patienten unterschreiben lassen, bevor der Eingriff vorgenommen wird.

Erheischt ein Eingriff anschliessende Folgebehandlungen, die erneut mit invasiven Eingriffen verbunden sind, so kann unter dem Aspekt ärztlicher Deliktsvermeidung für die Folgebehandlungen immer dann auf eine besondere Aufklärung verzichtet werden, wenn die Eingriffe aus medizinischer Sicht zwingend geboten sind. Dann nämlich ist die hypothetische Einwilligung des Patienten stets zu vermuten.

Auch in dringlichen Fällen, in denen keine medizinischen Alternativen ersichtlich sind, ist der wache, urteilsfähige Patient mindestens summarisch darüber zu informieren, was an seinem Körper gemacht werden soll. Diese Aufklärung erfolgt in einem einzigen Schritt und mündlich. Die vorn bezüglich des Aufklärungszeitpunkts gegebene Regel gilt hier nicht. Die Aufklärung kann in solchen Fällen unmittelbar vor der Einleitung des Eingriffs erfolgen.

Der Arzt darf aber nicht leichthin von Dringlichkeit und fehlenden Alternativen ausgehen. So ist die Entfernung von Tumoren unter dem Gesichtswinkel der präinvasiven Aufklärung kaum jemals dringlich, ebenso wenig die Therapie neurologischer Defekte wie etwa eines Hydrocephalus, auch wenn solche Leiden vorübergehend eine eindruckliche akute Symptomatik haben.

d) Keine Aufklärung: Notfallmedizin und nicht ansprechbare Patienten

Auf die Aufklärung kann und muss verzichtet werden, wenn sofortige Hilfe nötig ist, um das Leben

des Patienten zu retten oder wachsenden Schaden abzuwenden. Das betrifft insbesondere alle Sofortmassnahmen nach akuten Gesundheitsstörungen wie Infarkten, ferner nach Unfällen.

Hierher gehören in rechtlicher Hinsicht auch Eingriffe, die in einem weiten Sinne zur Unfallmedizin gehören, einschliesslich etwa die Entfernung eines Fremdkörpers aus dem Auge, ferner generell alle Eingriffe, für die eine akute zeitliche Dringlichkeit besteht, um das Leben des Patienten zu retten oder unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden.

Auf die Aufklärung kann und muss auch verzichtet werden, wenn der Patient nicht ansprechbar ist und keine Angehörigen erreichbar sind.

e) Sonderfall: Die Anästhesieaufklärung

Es ist üblich, dass der für die Anästhesie verantwortliche Arzt oder ein Mitarbeiter desselben kurz vor der Operation den Patienten persönlich untersucht oder mindestens anschaut (so bei Intubation den Rachen und das Gebiss), dabei über die Anästhesie aufklärt und gegebenenfalls die Patientenwünsche bezüglich verschiedener Anästhesiemöglichkeiten entgegennimmt.

Die Anästhesieaufklärung kann am Vorabend der Operation erfolgen, nachdem der Patient bereits in die Klinik eingetreten ist. Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn die Anästhesie und deren Risiken für den Entscheid des Patienten für oder gegen den geplanten Eingriff unerheblich sind.

6 Unmündige, bevormundete oder urteilsunfähige Patienten

Fehlt dem Patienten die nötige Urteilsfähigkeit permanent oder infolge eines momentanen Zustandes (Bewusstlosigkeit, Benommenheit), so wird die Verletzung seiner physischen Integrität durch die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, bei deren Fehlen durch die Zustimmung der nächsten Angehörigen gerechtfertigt, die ihrerseits über die Tragweite des Eingriffs hinlänglich informiert («aufgeklärt») sein müssen. Sind weder gesetzliche Vertreter noch Angehörige innert nützlicher Frist erreichbar, so wird der Eingriff durch die *mutmassliche Einwilligung* des Patienten gerechtfertigt.

Die mutmassliche Einwilligung ist, wie der Begriff sagt, keine Realität in der Psyche des Patienten, sondern eine Vorstellung im Kopf des Arztes, nämlich das Resultat seiner Überlegungen, was der

Patient mutmasslich wollen würde, wenn er die ärztlichen Therapievorschlüsse wachen Geistes anhören könnte. Der Arzt pflegt die mutmassliche Einwilligung aufgrund seiner Persönlichkeitskenntnis des Patienten (soweit eine solche Kenntnis vorhanden ist) und der medizinischen Indikation abzuschätzen.

Liegt dem Arzt ausnahmsweise eine Patientenverfügung vor, die für die konkrete Situation eine relevante Weisung enthält, so hat die Patientenverfügung in der Regel als mutmasslicher Patientenwille zu gelten. Unbeachtlich bleiben Patientenverfügungen dann, wenn sie dem Arzt ein rechtswidriges Verhalten zumuten oder wenn sie aus offensichtlichem Unverstand geschrieben wurden. Patientenverfügungen sind umso eher zu befolgen, je jüngeren Datums sie sind. Was der Patient vor Jahren in anderen Lebensumständen geschrieben, seither aber nicht mehr bestätigt und erneuert hat, eröffnet einen Ermessensspielraum zugunsten des Arztes, ob und inwieweit er die Verfügung heute noch als mutmasslichen Patientenwillen gelten lässt. Der Patient muss sich bei seiner Patientenverfügung behaften lassen, auch wenn sie alt ist, hat aber bei langjähriger Nicht-Erneuerung keinen Anspruch darauf, dass sie wörtlich befolgt wird.

Bei urteilsfähigen Unmündigen oder Bevormundeten ist die Einwilligung des Patienten, nicht die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter massgebend.

7 Kommunikationsbehinderte Patienten

Ist die präinvasive Aufklärung nicht möglich, weil der Patient nicht wach ist, oder weil er kognitive Defekte hat (Sehbehinderungen, Hörbehinderungen), oder weil er eine fremde Sprache spricht, für welche keine Übersetzungshelfer zur Hand sind, dann muss die Aufklärung notwendigerweise unterbleiben.

In solchen Fällen ist der ärztliche Heileingriff gerechtfertigt durch den mutmasslichen Patientenwillen, wobei mangels gegenteiliger Indizien das Vorgehen gemäss der medizinischen Indikation als das vom Patienten mutmasslich Gewollte anzunehmen ist.

Allerdings darf sich der Arzt nicht leichthin von der gehörigen Aufklärung dispensiert halten. Bei fremdsprachigen Patienten müssen ernsthafte Bemühungen dokumentiert werden, geeignete Übersetzungshelfer zu finden und die Verständigung mit dem Patienten herzustellen. Irgend eine Verständigung

gung dürfte fast immer möglich sein, notfalls mit bildlichen Darstellungen und Körpersprache. Auch der Beizug von Telefondolmetschern ist notfalls zulässig. Die Kommunikationsbemühungen sollten sorgfältig protokolliert werden, und es sollte zudem die medizinische Dringlichkeit festgehalten werden, die es verboten hat, auf die Suche oder das persönliche Eintreffen eines kompetenten Dolmetschers zu warten.

Signalisiert ein anscheinend urteilsfähiger Patient, mit dem die Kommunikation aus irgendeinem Grunde nicht funktioniert, dass er den Eingriff ablehnt, dann darf keine mutmassliche Einwilligung angenommen werden. Jeder erkennbare Widerstand des wachen, urteilsfähigen Patienten gegen den Eingriff oder die dazugehörenden Vorbereitungs-handlungen ist zu respektieren, auch wenn der Arzt unter dem Eindruck steht, bei gegebener Kommunikationsmöglichkeit hätte sich der Patient von der Richtigkeit des Eingriffs überzeugen lassen.

8 Beratung des Patienten ausserhalb des Situation invasiver Eingriffe

Unter dem Aspekt der Deliktsvermeidung ist lediglich das invasive Tun am Körper des Patienten aufklärungsbedürftig, nämlich der Eingriff, der rechtlich als Verletzung der physischen Integrität des Patienten verstanden wird.

Etwas anderes sind die **Beratung** des Patienten **bezüglich verschiedener Therapiemöglichkeiten**, ferner die **Sicherungsaufklärung**, d. h. die Gesamtheit der Informationen, mit welchen der Patient zu einem dem Heilerfolg dienenden und allfälligen Nebenfolgen angepassten Verhalten veranlasst wird. Beratung und Sicherungsaufklärung sind Teil der ärztlichen Heilbehandlung und als solche Inhalt der ärztlichen Vertragspflicht (bei öffentlichrechtlichen Kliniken der ärztlichen Amtspflicht), deren Erfüllung als Vertragserfüllung, nicht als deliktsvermeidende Rechtfertigung einer Körperverletzung in Betracht fällt. Demgemäss liegt ein Behandlungs- und nicht ein Aufklärungsfehler vor, wenn die sachgerechte Beratung oder die Sicherungsaufklärung unterbleibt. Nach der allgemeinen Regel obliegt diesbezüglich dem Patienten die Beweislast, nicht dem Arzt. Auf solche Aufklärung kann der Patient aus freien Stücken auch verzichten (im Gegensatz zur präinvasiven Aufklärung, welche der Arzt in seinem eigenen Interesse dem Patienten allemal aufdrängen muss). Bezüglich der Sicherungsaufklärung muss der Arzt dem Patienten so viele Informationen geben, wie dies zur Erreichung eines dem Heilungszweck die-

nenden Verhaltens und zur Abwendung von Gefahren erforderlich erscheint.

9 Psychologische Führung des Patienten

Der Arzt handelt zu Gunsten des Patienten, wenn er sich dem Patienten im Gespräch widmet und in menschlicher Weise die wesentliche Information über den Ablauf, die zu gewärtigenden Folgen und die relevanten Risiken vermittelt. Stimmung und Atmosphäre solcher Gespräche sollen im Rahmen des Möglichen optimistisch, Wortwahl und Stil den Verständnismöglichkeiten des Patienten angemessen sein. Unwesentliches ist wegzulassen. Die Heilungs-Chancen sind nach vorn zu stellen, düstere Perspektiven nur anzudeuten. Das gibt dem Patienten Hoffnung und Kraft.

Muss aber einmal invasiv vorgegangen werden, dann erheischt die Deliktsvermeidung im Eigeninteresse des Arztes, dass dem Patienten eine gehörige Risikowarnung erteilt wird, und zwar in einer prozessual beweisbaren Form, d. h. mit Patientenunterschrift. Der Arzt holt die Patientenunterschrift unter der schriftlich ausgefertigten Aufklärung mit der gleichen Selbstverständlichkeit ein, mit der ein Metallarbeiter die Schutzbrille aufsetzt, bevor er die Funken sprühen lässt. Andernfalls kann etwas ins Auge gehen.

c

Postoperative Information des Patienten

Die Information des Patienten über den Verlauf der stattgehabten Operation ist die ausschliessliche Sache des Operateurs oder seines Vorgesetzten, wenn dieser den Patientenkontakt wahrnehmen will. Der betreffende Chefarzt, Leitende Arzt oder Oberarzt trägt die Verantwortung dafür, dass der schriftliche Operationsbericht und allfällige mündliche weitere Erläuterungen gegenüber dem Patienten richtig, kohärent und unmissverständlich sind.

Die Assistenzärzte und weiteren Mitarbeiter des Operateurs und der Klinik sind dahingehend zu instruieren, dass sie mit den Patienten nicht oder nur ganz allgemein über den Verlauf der erfolgten Operation sprechen.

Diese Regel betrifft jene Assistenzärzte und weiteren Mitarbeiter, etwa Krankenschwestern, Pfleger oder Physiotherapeuten, die in irgendeiner Funktion im Operationssaal oder nach der Operation dabei waren. Auch gut gemeinte Äusserungen von Operationsassistenten, wonach ihnen während der Operation irgendetwas aufgefallen ist, können beim Patienten unvorhergesehene Folgeüberlegungen, Missverständnisse und negative Reaktionen auslösen. Kolportiert der Patient solche Äusserungen später an Angehörige oder an Rechtsberater, dann ergeben sich fast notwendigerweise inhaltliche Verzerrungen, Übertreibungen und falsche Untertöne. Erweist sich im Nachhinein dann zusätzlich, dass die Operation nicht den gewünschten Erfolg hatte oder dass Komplikationen eintreten, mit denen der Patient nicht gerechnet hat, dann können beim Patienten und seinen Angehörigen aggressive Emotionen entstehen, die schlussendlich in den Rechtsstreit ausmünden.

D

Ein gravierender Fehler ist ärzteseitig erkannt, Schadensfolgen eventuell noch nicht abschätzbar – was tun?

1 Vorgehen während der Operation

Erkennt der Chirurg während des laufenden Eingriffs, dass ihm ein gravierender Fehler mit möglicherweise weitreichenden Konsequenzen unterlaufen ist, dann lautet die Handlungsmaxime grundsätzlich: *«Weiteren Schaden vermeiden – Schaden beheben – prüfen, ob das Operationsziel ohne zusätzliche Risiken noch erreicht werden kann».*

Unter Umständen ist der sofortige Beizug eines weiteren Spezialisten notwendig, etwa eines Gefässchirurgen bei einer Gefässverletzung oder eines Nervenchirurgen bei einer Nervenverletzung.

Nur ganz ausnahmsweise, nämlich wenn der Zwischenfall den Patienten in eine akute Gefahrenlage gebracht hat, die keine Fortsetzung der Operation erlaubt, lautet die Maxime: *«Operation abbrechen – körperliche Schäden am Patienten verhindern oder beheben».*

Der Operationsabbruch mag insofern schwer fallen, als er das Eingeständnis des Fehlers gegenüber dem Patienten praktisch unumgänglich macht. Das darf richtigerweise aber keine Rolle spielen.

2 Hohe Priorisierung der weiteren Schritte

Wer einen Fehler gemacht hat, tendiert dazu, ihn zu verharmlosen und zu verdrängen. Auch das Gegenteil, eine Überbewertung, ist möglich. Schliesslich gibt es ein allgemeinemenschliches Verhaltensmuster, das mit den englischen Worten *«name, blame, shame»* charakterisiert wird, nämlich die Tendenz, die Schuld anderen zuzuschreiben und als vermeintlich Unbeteiligter zur Seite zu treten. Alle diese Verhaltensweisen sind ungünstig.

Ärzte und Kliniken müssen sich bewusst sein, dass Behandlungsfehler heute zu Schadenersatzpflichten in mehrfacher Millionenhöhe führen können. Auch wenn Versicherungsschutz besteht, sind Haftpflichtfälle für den Arzt kein Pappenstiel. Schon der Selbstbehalt und die aus Schadensfällen resultierenden versicherungstechnischen Nachteile können gravierend sein. Schwerer als die finanziellen Folgen wiegt in der Regel die psychische Belastung für jeden Arzt, der von Patienten und Patientenanwälten mit Haftpflichtvorwürfen angegriffen wird. Ein Behandlungsfehler mit gravierenden Folgen für den Patienten verändert auch das Leben des Arztes.

Patientenseitig beginnt das Gefecht oft ganz unscheinbar und leise, mit harmlos klingenden Erkundigungen oder leichten mündlich geäusserten Vorwürfen, die der Arzt mit einigen beschwichtigenden Worten erledigen zu können glaubt.

Das führt dazu, dass sich manche Schadensdossiers sukzessive auswachsen wie ein Waldbrand, der nach kleinem Beginn immer weiter um sich greift. Das ist ungünstig.

Professionelle Feuerwehren sind daran gewöhnt, schon auf kleine Rauchzeichen mit einem Vollaufgebot zu reagieren. Andernfalls besteht das Risiko, dass man den Ereignissen hintennach eilt und nachträglich mit Zusatzaufwand zu reparieren versucht, was man zur rechten Zeit versäumt hatte.

Ärzte und Kliniken sollten jeden erkannten oder geahnten Schadensfall von Anfang an als eine Art von Grossprojekt ernst nehmen und sich sofort mit vollem Einsatz darauf einrichten. Andernfalls kann es so herauskommen, dass die Klinik den fehlbaren Arzt in den ersten Monaten sich selber überlässt,

ihn bezüglich Beweissicherung und Patientenkontakt alleine machen lässt, was er subjektiv für richtig hält, und hinterher, nachdem interne und externe Juristen, Gutachter, Versicherungsvertreter und Aufsichtsbehörden dazugeschaltet wurden, gewahr wird, dass man in der allerersten Zeit wichtige Vorkehrungen irreversibel versäumt hat.

3 Interne Massnahmen nach Abschluss der Operation

a) Überblick

Sind Vorkehren zum Wohle des Patienten getroffen und hat der Arzt wieder Zeit für sich selber, dann stehen die weiteren Schritte in der nachstehenden Reihenfolge an:

- a) Spitalleitung orientieren;
- b) Supervisor beiziehen;
- c) Beweismittel sicherstellen;
- d) Ablauf dokumentieren.

Im Einzelnen:

b) Beizug eines Supervisors

Wer einen schweren Fehler gemacht hat, braucht Hilfe.

Es gibt zwar Menschen, die überzeugt sind, selber am besten weiter zu wissen. Aber sie irren. Von Rechtsanwälten, die sich in eigenen Belangen selber helfen, sagt ein amerikanisches Sprichwort: «*A lawyer who represents himself has a fool for a client.*» Das ist bei Ärzten nicht anders, ungeachtet ihres Rangs und ihres Rufs.

Denn die dem Schadensfall am nächsten stehenden Personen, die möglicherweise Fehler begangen haben und Verschulden tragen, sind in aller Regel nicht in der Lage, die gebotenen schadensbegrenzenden und haftpflichtvermeidenden Vorkehren in optimaler Weise zu treffen. Panik, Verdrängungseffekte, rechthaberische Versteifung auf bestimmte Sachverhaltsvarianten bis hin zu einem weitgehenden Realitätsverlust sind die normalen Begleiterscheinungen eines Schadensereignisses, für das sich jemand in einer potentiellen direkten persönlichen Verantwortung fühlt.

Aus diesem Grund ist es wünschbar, dass die Klinik das Prinzip der Supervision etabliert und dessen Einhaltung bei allen Klinikangehörigen durchsetzt.

Auch Belegärzte und Ärzte ausserhalb von Kliniken sollten den Bedarf an Supervision ernst nehmen. Gemäss diesem Prinzip zieht der (möglicherweise) fehlbare Arzt eine geeignete (wenn möglich befreundete) Person bei, die ihn bei der Schadensabwicklung begleitet, leitet und unterstützt. Auch wenn im Einzelfall keine optimal geeignete Person als Supervisorin zur Hand ist, ist eine Abwicklung mit Supervision allemal besser als der Verzicht darauf.

Wichtigste Eigenschaften des Supervisors sind ein persönliches Vertrauensverhältnis zum betroffenen Arzt sowie fachtechnische Kompetenz. Der ideale Supervisor vereinigt in seiner Person die Eigenschaften des Beichtvaters, des Fachmannes und der Organisators. Das persönliche Vertrauensverhältnis sollte so tief sein, dass der betroffene Arzt die Gewissheit hat, der Supervisor werde die rückhaltlose Offenlegung von Fakten, Eindrücken und Vermutungen nicht gegen ihn ausnützen. Die medizinische Fachkompetenz sollte derart sein, dass der Supervisor die Sachverhaltsdarstellung des betroffenen Arztes nachvollziehen und beurteilen kann. Der Supervisor sollte befähigt sein, Widersprüche, Unstimmigkeiten und Lücken zu erkennen, desgleichen Eventualitäten und Alternativen zu erkennen, die den betroffenen Arzt entlasten können und die dieser in seiner Fixierung auf die eigene Interpretation des Geschehenen nicht wahrnimmt.

Vorgesetzte des betroffenen Arztes sind für die Supervision nicht optimal geeignet. Der Vorgesetzte möchte den Sachverhalt so dargestellt sehen und die Verteidigung so konzipieren, dass ihn selber kein Vorwurf mangelnder Instruktion und Überwachung trifft. Ist das Fehlverhalten des betroffenen Arztes gravierend, dann muss der Vorgesetzte personalrechtliche Massnahmen ergreifen. Damit sind Interessenkonflikte vorprogrammiert, die eine sinnvolle Supervision in Frage stellen.

Richtigerweise sollten sich alle invasiv tätigen Ärzte mit nahestehenden Kollegen ihres Vertrauens über die gegenseitige Supervision im Voraus absprechen, so dass der mit einem Problem konfrontierte Arzt sogleich auf seinen Supervisor zurückgreifen kann. Die Vorgesetzten sollten den Auftritt des Supervisors an der Seite des betroffenen Arztes akzeptieren, und zwar sogar dann, wenn der Supervisor ein externer Kollege des betroffenen Arztes ist.

Leider werden Arzt haftpflichtfälle nur ausnahmsweise mit einer Supervision abgewickelt. Der betroffene Arzt scheut sich, einen unbeteiligten Kol-

legen zu involvieren, sei es aus Prestige Gründen oder aus der Furcht, einem vielbeschäftigten Kollegen zur Last zu fallen. Angestellte Ärzte haben zudem Mühe, einen Supervisor beizuziehen, weil der direkte Vorgesetzte dies als Ausdruck des Misstrauens empfinden mag. In Kliniken mit mehreren ärztlichen Hierarchiestufen ist eine von der Führungslinie unabhängige Supervision auf unteren Stufen nur mit aktiver Unterstützung der Klinikleitung und mit Zustimmung des unmittelbaren Vorgesetzten möglich.

Auch ist die Rollenverteilung zwischen dem Betroffenen und seinem Supervisor nicht einfach zu begreifen. Wenn nämlich die Supervision einen Sinn haben soll, muss sich der Betroffene bei Meinungsverschiedenheiten unterordnen und sich vom Supervisor leiten lassen.

Gerade weil die Supervision so selten zustande kommt, muss mit allem Nachdruck deren Nutzen betont werden. Der fachkundige Supervisor hat den klareren Blick als der Betroffene für die Stärken und Schwächen der Verteidigung. Der Supervisor ist weder durch Schuldgefühle gelähmt noch verfällt er in kompensatorischen Aktivismus. Wer an der Schadensverursachung nicht beteiligt war, führt die Verteidigung besser als der direkt Betroffene und dessen Vorgesetzte.

c) Beweissicherung

Die Sicherstellung der Beweismittel umfasst die Herausnahme von Datenträgern, auf denen relevante Aufzeichnungen vorhanden sind, aus der regulären Entsorgungs- oder Löschungsroutine der Klinik.

d) Beizug eines Juristen

Bei schwerwiegenden Ereignissen, die ein strafrechtliches Nachspiel oder hohe Schadenersatzzahlungen erwarten lassen, ist von Anfang an ein Jurist beizuziehen, und zwar ein spitalinterner Jurist, wenn die Klinik über einen geeigneten Persönlichkeit verfügt, sonst ein externer Rechtsanwalt.

Erste Aufgabe des Juristen ist eine möglichst objektive und vollständige Ermittlung des Sachverhalts durch Befragung der in das Ereignis involvierten Personen und Einsichtnahme in die vorhandenen Dokumente, insbesondere die Krankengeschichte.

Ist der Jurist eine externe Person, dann wird die Sache allerdings dadurch kompliziert, dass ihm alle

Angaben in anonymisierter Form gemacht werden müssen, d. h. unter Abdeckung der Personalien des Patienten. Denn in diesem frühen Stadium fehlt es regelmässig an einer Entbindung der Klinik vom Arztgeheimnis.

Die Feststellungen des Juristen sollen ihm die objektive Beurteilung der Rechtslage ermöglichen und der Klinik und ihrem Versicherer die Grundlage für eine den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten und Risiken angemessene Schadensregulierung bieten. Bei strafrechtlichen Weiterungen und im Schadenersatzprozess können diese Feststellungen auch für die prozessuale Verteidigung nützlich sein. Die Feststellungen gehören hingegen nicht in die Krankengeschichte und sind nicht zur Weitergabe an den Patienten und seine Angehörigen bestimmt. Sie haben den Charakter einer anwaltlichen Risikobeurteilung zuhanden der einen Partei eines potenziellen Konflikts. Der Jurist wäre bei seiner Wahrheitssuche behindert und könnte insbesondere seine negativen Feststellungen, Zweifel und Kritik am Verhalten der Klinik nicht offen darstellen, wenn er damit rechnen müsste, seine Äusserungen kämen in die Hände der Gegenpartei.

Ergibt sich aus den Ermittlungen des Juristen kein widerspruchsfreies Gesamtbild, so soll der Supervisor und der Jurist die Beteiligten einzeln erneut befragen und versuchen, im Sinne einer sorgfältigen Wahrheitssuche die Widersprüche zu lösen.

Der Jurist hat gegenüber den Klinikmitarbeitern zuweilen eine Hürde des Misstrauens zu überwinden. Die Mitarbeiter mögen den Eindruck haben, der Jurist stehe im Dienst der Direktion und wolle die Mitarbeiter zuhanden der Direktion aushorchen mit dem Ziel, dass die Direktion sich selber als schuldlos, untergeordnete Mitarbeiter gegebenenfalls als schuldig darstellen kann.

Da der Jurist normalerweise in der Tat von der Direktion beauftragt ist, sind solche Befürchtungen des Klinikpersonals ernst zu nehmen. Es gehört zur Aufgabe des Juristen, durch Wort und Tat dem Klinikpersonal verständlich zu machen, dass er die Interessen der Klinik und ihrer sämtlichen Mitarbeiter zu wahren bestrebt ist und dass es ihm fern liegt, einzelne Mitarbeiter irgend jemandem «ans Messer zu liefern». – Der Jurist hat es umso leichter, das nötige Vertrauen zu gewinnen, wenn die Klinikmitarbeiter aus Erfahrung wissen, dass sich ihre Vorgesetzten in heiklen Situationen schützend vor die Untergebenen stellen und grundsätzlich nie versuchen, sich selber auf Kosten ihrer Untergebenen in Deckung zu bringen. – Eine Klinik, die gut

geführt ist und in der Vertrauen herrscht, hat es im Ereignisfall leichter, ihre Interessen und diejenigen ihrer Mitarbeiter zu wahren, als ein Ort, wo eine Kultur der gegenseitigen Schuldzuweisung bzw. des «*naming, blaming, shaming*» herrscht.

Aufgabe und Handlungsspielraum des Juristen unterscheiden sich von denjenigen des Schadensbearbeiters der Versicherungsgesellschaft. Haftpflichtversicherer übernehmen bei der Sachverhaltsermittlung in der Regel keine aktive Rolle und treten in keine direkten Kontakte mit beteiligten Ärzten und anderen Klinikmitarbeitern, sondern sie stützen sich auf die ihnen von den Versicherungsnehmern und deren Gegenparteien zugeleiteten Dokumente.

e) Operationsbericht

Während die Ermittlungsarbeit des Juristen der Interessewahrung der Klinik und ihrer Mitarbeiter im Falle eines rechtlichen Konflikts dient, soll der Operationsbericht in der üblichen Formatierung und nach den üblichen Standards der betreffenden Klinik ausgefertigt werden. Er wird – wenn überhaupt – nur vom Operateur unterzeichnet.

Wird ein gravierender Schadensfall befürchtet, dann empfiehlt sich, dass der Chirurg den Operationsbericht unter Einbezug des Supervisors redigiert. Der Chirurg befindet sich nämlich möglicherweise in einer Art von Schockzustand und mag aus dieser subjektiven Befindlichkeit heraus zu verfälschenden Darstellungen neigen – entweder zu einer Verdrängung belastender Umstände oder, in gegenteiligem Sinne, zu einer Schilderung im Sinne von «*mea culpa*» – «*ich anerkenne meine Schuld.*» – Beides wäre schlecht.

Der Operationsbericht dient unter anderem der Information des Patienten oder seiner Angehörigen. Er ist mithin ein ordentliches Kommunikationsmittel zwischen Klinik und Patient.

Der Operationsbericht braucht keine Selbstbeschuldigungen des Arztes zu enthalten, auch wenn der Arzt überzeugt ist, Fehler gemacht zu haben. Andererseits darf der Operationsbericht nicht in irreführender Weise unvollständig sein oder falsche Angaben enthalten. Es mag nützlich sein, Zweifelsfragen mit dem hievor erwähnten Juristen zu besprechen.

4 Kommunikation mit dem Patienten und seinen Angehörigen

Manche Fälle kommen nur deshalb zum rechtlichen Konflikt, weil die Klinik eine unklare Kommunikationspolitik verfolgt und der Patient oder seine Angehörigen sich verschaukelt fühlen. Fakten, die in einer künftigen rechtlichen Auseinandersetzung nicht bestritten werden können, sollen von Anfang an offen gelegt und zuhänden des Patienten dokumentiert werden. Es ist zu versuchen, das durch den Vorfall beim Patienten und seinen Angehörigen entstandene Misstrauen zu überwinden.

Dazu kann insbesondere beitragen, wenn schon in einem frühen Stadium ein möglichst hochrangiger Exponent der Klinik das Gespräch führt oder begleitet, gegenüber dem Patienten und seinen Angehörigen Bedauern ausdrückt und zum Ausdruck bringt, dass die Klinik die Sache ernst nimmt, Transparenz anstrebt und alles daran setzt, um zu einer korrekten Abwicklung beizutragen.

Der Patient hat jederzeit einen Anspruch darauf, dass ihm von der Krankengeschichte und den weiteren Unterlagen (Röntgenbilder etc.) Kopien ausgehändigt werden. Umstritten ist, ob der Patient Anspruch auf die Originale hat. Gibt die Klinik Originale heraus, dann soll sie für ihre eigene Dokumente einen vollständigen Satz von Kopien anfertigen.

Offen zu legen sind lediglich *Fakten*. Die Klinik und ihre Mitarbeiter sollten vermeiden, eigene Schuld anzuerkennen, Verschulden von anderen Mitarbeitern zu behaupten oder auch nur anzudeuten oder sich auf rechtliche Würdigungen einzulassen. Nichts sollte gesagt werden über mögliche Alternativen, d. h. darüber, was seitens des Chirurgen und der Klinik anders oder besser hätte gemacht werden können.

Wendet sich der Patient an die Medien mit dem Erfolg, dass der Vorfall in der Presse oder im Fernsehen Erwähnung findet, so ist dies seitens der Klinik stillschweigend hinzunehmen, ohne dass reagiert wird. Das Arztgeheimnis verunmöglicht jede öffentliche Stellungnahme zu derartigen Angriffen.

5 Spätere Schritte

a) Meldung an die Versicherung

Versicherungspolizen sehen in der Regel vor, dass Versicherungsfälle unverzüglich an die Versicherungsgesellschaft zu melden sind. Die Meldung ist

spätestens dann geboten, wenn patientenseitig finanzielle Ansprüche erhoben werden. Nichtmeldung kann zum Verlust der Ansprüche gegenüber der Versicherung führen.

Selbständigerwerbende Ärzte, die individuell eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen haben, sollten bei kleineren und klar überblickbaren Schäden prüfen, ob sie ihre Ansprüche gegenüber der Versicherung geltend machen oder darauf verzichten wollen. Die Beanspruchung von Versicherungsleistungen kann für die Zukunft zu verschlechterten Versicherungsbedingungen oder höheren Prämien führen.

Solange der Versicherungsnehmer nicht vom Arztgeheimnis entbunden ist, darf er bei der Meldung des Falles an die Versicherungsgesellschaft keine Angaben machen, welche die Identifikation des Patienten erlauben (Name, Adresse, Sozialversicherungsnummer).

b) Entbindung vom Arztgeheimnis
(Geheimhaltungsdispens)

Arzt und Klinik brauchen zur Instruktion der Versicherung, der externen Anwälte und gegebenenfalls der beigezogenen Parteigutachter die Entbindung vom Arztgeheimnis. Solange die Entbindung nicht vorliegt, kann der Fall mit externen Personen nur soweit diskutiert werden, als dies ohne Identifikation des Patienten möglich ist – also ohne Nennung seines Namens, seiner Adresse und seiner Sozialversicherungsnummer.

Empfehlenswert ist ein weit gefasster Wortlaut der Entbindungserklärung:

«Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht und Ermächtigung

Der Unterzeichnete . . . , geboren . . . , wurde im Zeitraum vom . . . von . . . medizinisch behandelt.

Der Unterzeichnete entbindet hiermit

- a) *die X-Klinik, deren Ärzte und anderen Mitarbeiter und Hilfspersonen sowie*
- b) *die . . . Krankenkasse, in . . . ,*
- c) *die zuständige Organen der Invalidenversicherung vom Arzt- und vom Amtsgeheimnis bezüglich der ärztlichen Behandlung im Zeitraum von . . . bis . . . (Daten des Beginns und Endes der Behandlung).*

Die von der Geheimhaltungspflicht entbundenen Personen und Institutionen sind ermächtigt, Aus-

kunft zu erteilen und Akteneinsicht zu gewähren an allfällige Versicherer und Rechtsvertreter der X-Klinik, ihrer Ärzte und Mitarbeiter, die mit straf- oder zivilrechtlichen Konsequenzen wegen allfälliger Behandlungsfehler im Rahmen der erwähnten ärztlichen Behandlung befasst sind. Solche Versicherer und Rechtsvertreter sind insbesondere auch zur Einsichtnahme in die vollständige Krankengeschichte und andere im Zusammenhang mit der vorerwähnten Behandlung relevanten Akten ermächtigt.

Ort und Datum: . . .

Unterschrift: . . . »

Sobald der Patient, Angehörige oder Patientenanwälte den Arzt oder die Klinik kontaktieren, um finanzielle Forderungen zu stellen, soll die vorgängige Unterzeichnung der Entbindungserklärung zur **Bedingung** für den Eintritt auf Gespräche bzw. für die Beantwortung von brieflichen Anfragen gemacht werden. Die erste routinemässige Antwort kann etwa folgendermassen lauten: *« . . . bestätigen wir den Erhalt Ihres Schreibens vom . . . Bevor wir inhaltlich dazu Stellung nehmen, bitten wir Sie, die beiliegende Erklärung «Entbindung vom Arztgeheimnis» unterzeichnen und an uns zurücksenden zu wollen.»* – Die Entbindungserklärung sollte auch eingeholt werden, wenn patientenseitig ein Verjährungsverzicht verlangt wird.

Die Entbindungserklärung ist allerdings erst dann einzufordern, wenn der Patient oder seine Angehörigen die Stellung finanzieller Forderungen anzudeuten beginnen. Solange sich der Patient damit begnügt, vom Arzt Erläuterungen zum Behandlungsverlauf einzuholen, ist es noch zu früh für die Entbindungserklärung. Solche Auskünfte muss der Arzt jederzeit erteilen, ohne die Unterzeichnung der Entbindungserklärung zur Bedingung zu machen. Ein verfrühtes Entbindungsbegehren könnte als Nötigung übel genommen werden. Sobald aber Geldforderungen angedeutet werden und immer, wenn ein Patientenanwalt oder eine Patientenorganisation als Vertreter der Patienten auftreten, ist der Zeitpunkt für die Einholung der Entbindungserklärung gekommen.

In der Entbindungserklärung sind weder die Namen von Versicherungsgesellschaften noch die Namen der eigenen Anwälte der Klinik zu nennen. Es geht den Patienten in diesem Stadium noch nichts an, ob und bei wem die Klinik versichert ist und durch welche Anwälte sie sich vertreten lassen möchte. Es geht den Patienten auch nichts an, ob die Klinik eine Meldung an die Versicherung erstattet und ob sie einen Rechtsanwalt bezieht.

- c) Keine Offenlegung der Versicherungsdeckungssumme gegenüber dem Patienten

Welche Deckungssumme gemäss Police im Einzelfall zur Verfügung steht, ist ein Verhandlungsgeheimnis, das sowohl seitens des Versicherungsnehmers als auch seitens der Versicherungsgesellschaft und der beigezogenen externen Anwälte während der Verhandlungs- und Prozessphase strikte geheimzuhalten ist.

Der Grund liegt darin, dass manche Gerichte, die mit einem Rechtsstreit zwischen einer gesundheitlich schwer geschädigten Person und einem versicherten Schädiger befasst sind, die Tendenz haben, der Klagpartei finanziell so weit wie möglich entgegenzukommen. Dabei herrscht in den Köpfen mancher Gerichtspersonen die Meinung vor, Versicherungen schwämmen im Geld, seien ihrerseits rückversichert oder könnten die im Einzelfall zu zahlenden Summen in anderer Weise kollektivieren und überwälzen. Die Devise lautet dann: Der Versicherung tut das Zahlen nicht weh.

Diese Auffassung erhält zusätzliche Nahrung, wenn die Deckungssumme offengelegt wird. Bis zu deren Höchstbetrag, so glaubt das Gericht, tut die Schadensregulierung weder dem Beklagten noch der Versicherung weh. Damit wird ein zuweilen leichtfertiges Entgegenkommen stimuliert.

Bleibt die Versicherungssumme hingegen im Dunkeln, dann fehlt dem Gericht die Orientierungsmöglichkeit an diesem Betrag.

Anders gesagt: Die Offenlegung der Versicherungssumme stimuliert die Gerichte, einen an dieser Summe orientierten Billigkeitsentscheid zu Gunsten der Klagpartei zu treffen. Bleibt die Versicherungssumme dagegen im Dunkeln, dann sieht sich das Gericht eher veranlasst, Vergleichsvorschläge und Urteilssumme solide von Grund auf zu berechnen, und zwar gemäss den tatbeständlichen und rechtlichen Gegebenheiten. Tendenziell ist dies für die beklagte Partei die bessere Alternative.

- d) Rollenverteilung zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Anwalt

Rund 90 % der Haftpflichtfälle werden in direkten Verhandlungen mit der Haftpflichtversicherung ausserprozessual erledigt. Die Haftpflichtversicherung handelt als Stellvertreterin des Versicherungsnehmers.

In rund 10 % der Fälle kommt es zu keiner Einigung. Solche Fälle werden gerichtlich ausgetragen, meist unter Beizug eines externen Rechtsanwalts. In manchen Haftpflicht-Versicherungspolice bedingt sich der Haftpflichtversicherer das Recht aus, den Anwalt auszuwählen und zu instruieren. Trotzdem handelt der Anwalt formell als Stellvertreter des Arztes, nicht der Versicherung.

Bei der Fallbearbeitung ergeben sich zuweilen Spannungen und Frustrationen zwischen Versicherer, Arzt und Prozessanwalt, weil diese Beteiligten nicht immer die gleichen Ziele verfolgen.

Der *Versicherer* versteht sich primär als ein Geschäftsführer in eigenem Interesse und auf eigene Rechnung, nur sekundär auch als Interessewahrer des Versicherungsnehmers. Aus diesem Grund sucht er eine für ihn möglichst rasche und kostengünstige Erledigung und ist oft bereit, dem unzufriedenen Patienten *ungeachtet der materiellen Sach- und Rechtslage* dessen behaupteten Anspruch «abzukaufen», sofern dies mit einem überschaubaren finanziellen Aufwand möglich ist. Aufgrund dieses Verhaltensmusters der Versicherungsgesellschaften haben sich manche Patientenanwälte daran gewöhnt, dass sie durch unverfrorenes Fordern und aggressiven Auftritt fast immer mindestens einige 10 000 Franken von den jeweiligen Versicherungen locker machen können. Ein rein taktisch und finanziell begründetes Entgegenkommen der Versicherungsgesellschaft liegt vor allem dort auf der Hand, wo die medizinischen Aspekte des Falles aus der Sicht von Juristen komplex und verworren sind. Während der angegriffene Arzt der Überzeugung ist, er habe keinen Behandlungsfehler gemacht und könne dies problemlos beweisen, ist der Versicherer vorerst noch gar nicht in der Lage, sich zu den medizinischen Aspekten eine Meinung zu bilden. Für den Versicherer ist die zur Meinungsbildung erforderliche Begutachtung ein Kostenpunkt, der ihn dazu führen kann, das Budget für Begutachtung und Anwaltskosten ganz oder teilweise dazu zu verwenden, um den Patienten ruhig zu stellen. – Der Arzt kann sich in solchen Fällen von seinem Haftpflichtversicherer geradezu verraten fühlen.

Die angegriffenen *Ärzte* verhalten sich unterschiedlich. Einzelne können die Verhandlungsführung der Versicherer nachzuvollziehen und haben kein Problem mit deren Denkweise. Andere fühlen sich durch die Vorwürfe der Patienten in ihrer beruflichen Ehre angegriffen und möchten diese Ehre ohne Rücksicht auf die (von der Versicherung zu tragenden) Kosten verteidigen. Solchen Ärzten fehlt das Verständnis für die Vergleichsbereitschaft

ihrer Versicherer. Eine dritte Gruppe von Ärzten ist vom schlechten Gewissen geplagt, sieht sich gegenüber dem Patienten in einer Lebensschuld («*mea culpa*») und wäre dankbar, wenn der Versicherer das Schicksal des Patienten mit grosszügigen Geldleistungen erleichterte.

Externe *Rechtsanwälte* haben, wenn sie nicht regelmässig für Versicherungsgesellschaften arbeiten, zuweilen Mühe mit dem Umstand, dass sie formell zwar die Beauftragten des Versicherungsnehmers (d.h. des Arztes) sind, mit dessen Prozessvollmacht sie beim Gericht auftreten, dass sie aber vom Sachbearbeiter einer Versicherungsgesellschaft instruiert werden. Dieser Sachbearbeiter pflegt in Anspruch zu nehmen, dass er die Rechtsbegehren mitbestimmt und die prozessbegleitenden Vergleichsgespräche steuert. Dabei behandelt der Versicherer den Versicherungsnehmer, d.h. den Arzt, nicht wie einen weisungsberechtigten Auftraggeber, sondern als blossen Informanten, der über die medizinischen Aspekte des Falles Auskunft zu geben hat.

Das Problem des Rechtsanwaltes akzentuiert sich insbesondere dann, wenn der Versicherer und der Arzt klar unterschiedliche Ziele verfolgen – der Versicherer eine finanzielle Optimierung, der Arzt die Verteidigung seiner beruflichen Ehre. In solchen Konstellationen gehört es zur Kunst des Rechtsanwaltes, zwischen den unterschiedlichen Positionen seiner Bezugspersonen zu moderieren und eine gemeinsame Plattform zu schaffen, die ihm ein effizientes Prozessieren und Verhandeln ermöglicht.

Ein weiteres Problem für den externen Prozessanwalt liegt im Umstand, dass die Sachbearbeiter der Versicherungen nicht immer die nötige Selbstdisziplin einhalten, auf fortgesetzte Direktkontakte mit dem Patientenanwalt zu verzichten. Tritt der Prozessanwalt des Arztes mit Härte und Scharfsinn auf, so versucht ein in die Defensive gedrängter Patientenanwalt unter Umständen, den Prozessanwalt des Arztes zu umgehen, indem er den Kontakt mit dem Versicherer sucht und die mit ihm vorprozessual geführten Gespräche neu aufleben lässt. Dort, so hofft der Patientenanwalt, bekommt er auch in der Prozessphase vielleicht noch einen Vergleich zu so besseren Konditionen, als sie vom Prozessanwalt des Arztes konzidiert würden. Persönliche Stimmungsmache gegen den Prozessanwalt des Arztes bis hin zu übler Nachrede kommt dann zuweilen vor, indem der Patientenanwalt antönt, der Prozessanwalt des Arztes stelle sich einem vernünftigen Vergleich entgegen, um sein Anwaltshonorar zu optimieren. Es liegt im Interes-

se des Patientenanwalts, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Haftpflichtversicherer und dem Prozessvertreter des Arztes zu stören. Wann immer sich eine Gelegenheit dazu bietet.

Zur Umgehung des Prozessanwalts des Arztes kann es namentlich dann kommen, wenn ein Patientenanwalt noch weitere Pendenzen bei der gleichen Versicherungsgesellschaft hat. Dann liegt es für den Patientenanwalt nahe, im Anschluss an ein Gespräch in der ausserprozessual pendenden Sache X noch einige Worte zum Prozessdossier Y zu sagen und anzudeuten, dass der Rechtsanwalt des Arztes in Sachen Y eine kontraproduktive Haltung einnimmt.

Versicherungsunternehmen und die mit der Abwehr der Patientenansprüche befassten Anwälte müssen diese Konstellation kennen und auf eine entsprechende Disziplin im Auftritt gegenüber den Patientenanwälten achten. Sobald ein externer Rechtsanwalt mandatiert ist, sollten die Sachbearbeiter der Versicherungsunternehmen richtigerweise gegenüber dem Patientenanwalt taube Ohren zeigen und jeden auch noch so beiläufigen Gesprächsversuch des Patientenanwalts konsequent zurückweisen. Andernfalls wird die Schadensregulierung teurer.

e) Verjährungsverzicht

Sind Geschädigte noch nicht für Verhandlungen oder gar für die Klageeinrichtung bereit und befürchten sie die Verjährung ihres Anspruchs, dann pflegen sie vom Schädiger die Abgabe einer Verjährungsverzichtserklärung zu fordern mit der Androhung, widrigenfalls müsse die Verjährung durch Betreibung unterbrochen werden.

Versicherer sind gewohnt, den Verjährungsverzicht routinemässig zu geben.

Wir haben dazu folgende Meinung: Erscheint ein Anspruch als völlig unbegründet und erscheint die Behauptung des Anspruchs demgemäss als schickanös, ja ehrenrührig, dann ist der Verjährungsverzicht zu verweigern. Die Hingabe der Verzichtserklärung enthält trotz der darin stets vorhandenen Unpräjudizialitätserklärung immer das Anerkenntnis von Risikobewusstsein. Bereits dies kann später die Entscheidungsfindung des Gerichts zu Ungunsten des Beklagten beeinflussen.

Ferner gilt: Wer die Verjährung durch Schuldbetreibung unterbricht, ist gezwungen, im Betreibungsbegehren den Forderungsbetrag *zahlenmä-*

ssig zu quantifizieren, samt Verzugszins und Angabe des Datums, an welchem der Verzugszins zu laufen beginnt.

In den Verjährungsverzichtserklärungen fehlen derartige Spezifikationen in der Regel.

Zieht sich ein Dossier über zehn und mehr Jahre dahin, so kann es vorkommen, dass die Kläger im Zuge der Entwicklung des Haftpflichtrechts und einer fortschreitenden Anspruchshaltung nach Jahr und Tag Forderungen geltend machen, die über ihre ursprünglichen Vorstellungen weit hinausgehen. Es ist aus diesem Grunde empfehlenswert, entweder den Verjährungsverzicht von Anfang an betragsmässig zu beschränken oder aber den Patienten aufzufordern, die Verjährung erstmals mittels Zahlungsbefehls zu unterbrechen. (In späteren Jahren kann der Verjährungsverzicht dann einvernehmlich gegeben werden, jedoch beschränkt auf die im ursprünglichen Zahlungsbefehl genannte Höhe).

Der Verjährungsverzicht ist gemäss Rechtsgrund und Erklärungsempfängerin genau zu spezifizieren.

Zurückhaltung ist geboten, wenn der Klägeranwalt den Verjährungsverzicht zu Gunsten einer Mehrzahl von Personen pauschal zu erhalten versucht (etwa im Falle eines geburtsgeschädigten Kindes zu Gunsten des Kindes und seiner Eltern). Die Rückfrage ist dann angebracht, aus welchen Rechtsgründen jede einzelne dieser Personen einen Schadenersatzanspruch ableitet, ferner in welcher Höhe und mit welchem Zinsenlauf dies für jeden einzelnen Gläubiger geschehen soll. Wird der Verzicht gegenüber mehreren Personen gleichzeitig gegeben, dann empfiehlt sich, gegenüber jeder Person einen individuellen Teilbetrag und für die ganze Gruppe zusammen zudem einen Maximalbetrag festzulegen, bis zu welchem auf die Verjährungseinrede verzichtet wird.

f) Kein Verjährungsverzicht seitens des Haftpflichtversicherers!

Auch wo die Verhandlung durch die Haftpflichtversicherung geführt wird, ist der Verjährungsverzicht immer und ausschliesslich namens des Versicherungsnehmers zu erklären.

In Medizinalhaftpflichtsachen gibt es in der Schweiz (anders als in Deutschland) kein direktes Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer. Also können die Versicherungs-

gesellschaften den Verjährungsverzicht nicht sinnvoll erklären, **und sie sollen dies auch nicht tun.** Tun sie es (was leider oft geschieht), dann pflegen sie den Verjährungsverzicht einzuschränken auf die Höhe der Versicherungssumme – womit die Offenlegung der Versicherungssumme gegenüber der Gegenpartei vorprogrammiert ist. Damit erschweren die Haftpflichtversicherer die Verteidigung entscheidend, und zwar ganz unnötigerweise.

Der Verjährungsverzicht soll nur erklärt werden bezüglich Forderungen, die – sofern sie sich schlussendlich als begründet erweisen – im Zeitpunkt der Verzichtserklärung *bereits bestehen und fällig sind*. Diese Voraussetzung fehlt bei Regressforderungen, solange der geschädigte Patient noch keine Forderung gegenüber dem (eventuellen) Regressgläubiger geltend gemacht hat. (In solchen Fällen kann eine Institution, die mangels Anspruchserhebung seitens des primär Geschädigten noch keine Regressansprüche gegen Dritte hat, die Verjährung gegenüber den Dritten auch nicht durch Zahlungsbefehl unterbrechen.)

Als Mustertext für eine Verjährungsunterbrechungserklärung empfehlen wir:

«N.N. [Arzt oder Klinik] (Variante: Die unterzeichnete Versicherungsgesellschaft, handelnd im Namen und Auftrag ihres Versicherungsnehmers N.N.) erklärt hiermit den Verzicht auf die Einrede der Verjährung für allfällige Forderungen des G im Zusammenhang mit dessen Operation vom . . . (genaues Datum).

Diese Erklärung gilt während eines Jahres, d. h. bis zum . . . [Datum], und zwar für einen Forderungsbetrag von maximal CHF X und Zins zu 5% ab Datum D, jedoch nur insoweit, als die Forderung am Tage der vorliegenden Erklärung nicht bereits verjährt gewesen ist.

Die Erklärung wird abgegeben ohne Präjudiz für die Sache selbst.

(Ort, Datum, Unterschrift)»

Der Lebenssachverhalt, aufgrund dessen die streitige Forderung geltend gemacht wird, sollte so präzise und so eng wie möglich umschrieben werden. Verlangt der Klägeranwalt eine weite Formulierung, so ist darüber zu verhandeln.

Die Angabe des Höchstbetrags ist aufgrund der vorne gegebenen Erwägungen dann angebracht, wenn die Verjährung erstmals durch Betreibung unterbrochen wurde. Der seinerzeit in Betreibung

gesetzte Betrag bestimmt die Limite für jeden späteren Verjährungsverzicht. Wurde hingegen nicht betrieben und von Patientenseite auch sonst noch kein Forderungsbetrag konkret genannt, so sollen Klinik oder Arzt in der Verjährungsverzichtserklärung keine Limitierung gemäss eigenem Ermessen einfügen. Das sähe nach einer provisorischen Schuldanererkennung aus und wäre für die Verteidigung in einem späteren Prozess nachteilig.

g) Einholung von Gutachten

Ein von beiden Parteien gemeinsam eingeholtes Gutachten bietet oft die sachliche Grundlage für die ausserprozessuale Schadensreglierung. Wird der Konflikt prozessual, so bildet das vom Gericht eingeholte Gutachten die Grundlage für das Urteil.

Bei der Einholung von Gutachten sind zwei Dinge von eminenter Wichtigkeit: die Unparteilichkeit des Gutachters und die Instruktion des Gutachters.

Bezüglich der Unparteilichkeit ist folgendes zu bedenken: Manche Patientenanwälte arbeiten mit bestimmten Gutachtern regelmässig zusammen, so dass von eigentlichen Seilschaften gesprochen werden kann. Parteilichkeit ist in solchen Fällen vorprogrammiert. Um solche Risiken auszuschalten, ist es zweckmässig, bei jedem von einem Patientenanwalt vorgeschlagenen Gutachternamen zu fragen, ob und wie häufig der Anwalt von dieser Persönlichkeit bereits Gutachten eingeholt hat bzw. an der Einholung beteiligt war. Ergibt sich eine regelmässige Zusammenarbeit zwischen dem Patientenanwalt und dem vorgeschlagenen Gutachter, so sollte nach anderen Namen Ausschau gehalten werden.

Wichtig ist zudem, dass der Gutachter *von beiden Parteien gemeinsam* angefragt wird. Das Vorprellen einer Partei mit der Anfrage an einen potenziellen Gutachter, ob er für den konkreten Fall zur Verfügung stehe, signalisiert ein Parteilichkeitsrisiko.

Aus dem gleichen Grund ist auch wichtig, dass die Instruktion des Gutachters auf neutralem Briefpapier mit dem Absender beider Parteien erfolgt, nicht auf dem Briefpapier der einen Partei mit Zustimmung der andern. Der Gutachter fühlt sich tendenziell im Dienst jener Partei, von der ihm das Gutachten zugehalten wird. Jede Äusserlichkeit kann eine Rolle spielen.

Bei der Formulierung der Fragen an den Gutachter ist folgendes zu beachten: Das zentrale Thema der

meisten Gutachten ist der Kausalzusammenhang zwischen einer vom Patienten behaupteten und als fehlerhaft qualifizierten *Behandlungsmassnahme* und einem ebenfalls behaupteten *Gesundheitsschaden*. Dabei liegt die fragliche Behandlungsmassnahme in der Vergangenheit, der Gesundheitsschaden in der Gegenwart. Der Gutachter muss demgemäss retrospektiv den Behandlungsverlauf unter die Lupe nehmen, sich über dessen Fehlerhaftigkeit aussprechen und den Kausalzusammenhang zwischen fehlerhafter Behandlung und heutigem Gesundheitsschaden des Patienten beurteilen.

Es ist das legitime Interesse des Arztes, dass der Gutachter seine Ermittlungen und Überlegungen zum Behandlungsverlauf und zum Kausalzusammenhang auf *Fakten* beschränkt, und dass er in seinen Schlussfolgerungen zu diesen Punkten nur *Aussagen über Tatsächliches* macht. Dabei soll der Gutachter nur solche Tatsachen beschreiben, die aufgrund seiner Befunde *mit Sicherheit* oder *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* feststehen.

Das Gutachten soll also in Schlussfolgerungen ausmünden, die (bei Bejahung der Haftung) typischerweise folgendermassen lauten: *«Der Arzt hat den Behandlungsschritt X vorgenommen. X war ein Fehler. X hat den heutigen Gesundheitsschaden des Patienten verursacht.»* – Bei Verneinung der Haftung wäre der typische Wortlaut: *«Es ist kein Behandlungsfehler ersichtlich, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den heutigen Gesundheitsschaden des Patienten verursacht hat.»*

Was nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht und bloss als Eventualität mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit vermutet werden kann, gehört nicht in das Gutachten. Lässt sich aus der gutachterlichen Rückschau nicht erkennen, dass der Arzt einen konkret beschreibbaren Behandlungsfehler gemacht hat, so muss dies dem Arzt beweisrechtlich zugute kommen. Denn die Beweislast für den schadensverursachenden Behandlungsfehler liegt beim Patienten. Kann der Gutachter keinen Kausalzusammenhang zwischen einem bestimmt und konkret beschreibbaren Behandlungsschritt und dem Schaden feststellen, so muss seine Schlussfolgerung lauten, dass er die vom Patienten behauptete ärztliche Schadensverursachung nicht in einer bestimmten und konkreten Weise bestätigen kann.

Schlecht für den Arzt ist es, wenn der Gutachter in solchen Situationen sinngemäss schreibt: *«Irgend*

etwas muss schief gelaufen sein – entweder wurde X oder Y gemacht, oder Z wurde unterlassen. Jede dieser Eventualitäten wäre ein Fehler gewesen, und jede von ihnen hätte für den Gesundheitsschaden ursächlich sein können. Andere Erklärungen für den Schaden sind für mich nicht ersichtlich. Also hat der Arzt mit hoher Wahrscheinlichkeit einen schadensverursachenden Fehler gemacht, aber was genau der Arzt falsch gemacht hat, weiss ich nicht.»

Bei derartigen gutachterlichen Schlussfolgerungen urteilt das Gericht in der Regel zu Ungunsten des Arztes. Die hier dargestellten gutachterlichen Schlussfolgerungen überbrücken die Unbeweisbarkeit eines bestimmten Behandlungsfehlers durch einen Katalog von Eventualitäten, von denen jede einzelne nur mit geringer Wahrscheinlichkeit vermutet wird, die aber insgesamt mit hoher Wahrscheinlichkeit schadenskausal sein sollen. Damit verhilft der Gutachter dem Patienten zu einen zwar nur scheinbaren, aber vom Gericht akzeptierten Beweis, und dies in einer Situation, in der ein sauber arbeitender Gutachter hätte sagen müssen: *«Ich kann keinen bestimmten Behandlungsfehler identifizieren, der für den Schaden kausal ist.»*

Wichtig ist demgemäss, dass die an den Gutachter gestellten Fragen auf die konkrete Identifizierung eines allfälligen Behandlungsfehlers und des Kausalzusammenhangs zum Gesundheitsschaden abzielen. Die Nagelprobe für die nötige Konkretheit liegt in der Kontrollfrage: *«Was hätte der Arzt nach Meinung des Gutachters anders machen müssen, damit der Schaden nicht hätte entstehen können?»*

Hingegen sollen keine Fragen gestellt werden, die den Gutachter zur Darstellung von Eventualitäten und Vermutungen verleiten – also nicht: *«Ist der Schaden nach Meinung des Gutachters durch einen Behandlungsfehler verursacht?»*

Wenn vom Gutachter eine Aussage darüber verlangt wird, ob der Arzt den Patienten über das im konkreten Fall verwirklichte Risiko hätte aufklären müssen, dann empfiehlt sich ein ausdrücklicher Hinweis, dass die Frage aufgrund des publizierten Wissens *im Zeitpunkt des Eingriffs* zu beantworten ist. Der Gutachter darf sich also nur auf Erkenntnisse berufen, die zeitlich *vor* dem Eingriff publiziert wurden.

Der Arzt mag die Zusatzfrage stellen, ob *nach* dem Eingriff neue medizinische Erkenntnisse gewonnen wurden, die den eingetretenen Schaden als ein allgemeines Risiko des betreffenden Eingriffs erscheinen lassen. – In einem solchen Falle wäre das

betreffende Risiko nämlich klarerweise dasjenige des Patienten, nicht des Arztes.

6 Keine Selbstanzeige bei der Strafverfolgungsbehörde

Zur Selbstanzeige besteht keine Rechtspflicht. Auch die Klinik ist nicht verpflichtet, ihre Mitarbeiter anzuzeigen. Die Erstattung einer Anzeige empfiehlt sich nur ganz ausnahmsweise, etwa dann, wenn vom Patienten oder seinen Angehörigen oder gar in den Medien ungerechtfertigte Verdächtigungen und Anschuldigungen geäussert werden. In einem solchen Fall kann die Strafuntersuchung zur autoritativen Feststellung führen, dass kein strafrechtlich relevantes Verschulden vorliegt.

Allerdings darf man sich vom spontanen Gang zur Strafverfolgungsbehörde nicht allzuviel versprechen. Die Strafverfolgungsbehörden sind in der Regel überlastet mit akuten Fällen, die im Fokus der Medien stehen. Sie verstehen sich nicht als Gehilfen zur Verwirklichung privater Rechtfertigungsinteressen. Dementsprechend erhält die Bearbeitung derartiger Selbstanzeigen eine niedrige Priorität und erfolgt nur schleppend, wenn überhaupt. Bis zu einem rechtskräftigen Einstellungsbeschluss oder gar zu einem Freispruch muss man mehrere Jahre rechnen. Bis dahin hat der Fall voraussichtlich alle Aktualität verloren.



III Vorgehen beim Auftritt der Strafverfolgungsbehörden

1 Grundsätzliches zu den Unterschieden zwischen Zivilrecht und Strafrecht

Im Zivilrecht und vor den Zivilgerichten geht es um die Geldansprüche von Patienten. Im Strafrecht und vor den Strafgerichten geht es um die strafrechtliche Haftung wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung, ausnahmsweise wegen Unterlassung der Nothilfe. Die zivilrechtlich haftungsbegründenden Sachverhalte decken sich weitgehend mit dem, was auch ein strafrechtliches Verschulden begründet.

Die Behörden der Strafjustiz werden allerdings bei Komplikationen und Todesfällen im Klinikbereich in der Regel nicht von sich aus tätig, sondern setzen sich erst in Bewegung, wenn eine Strafanzeige eingereicht wird oder wenn in den Medien belastende Behauptungen verbreitet werden.

Die Stossrichtung der Strafverfolgungsbehörden ist eine andere als diejenige der unzufriedenen Patienten. Den Patienten geht es meist um Geld. Für den Patienten ist die zivilrechtliche Durchsetzung einer Geldforderung aber immer aufwendig, zuweilen kaum erschwinglich wegen der Anwalts-honorare und Gerichtskosten, die zu bevorschussen sind. Anders im Strafrecht: Das Erstellen einer Strafanzeige ist etwas Einfaches und kostet nichts. – Da die zuständigen Strafverfolgungsbehörden aber von Strafanzeigen aller Art überflutet werden, setzen laienhaft formulierte Anzeigen nur dann etwas in Bewegung, wenn die Sache spektakulär ist. Angebliche Fehlbehandlungen in Kliniken sind aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden nichts Spektakuläres. In Kliniken wird täglich gelitten und gestorben, ohne dass dies von strafrechtlicher Bedeutung ist. Eine Strafanzeige wegen ärztlicher Fehlbehandlung muss konkret und solide begründet sein, damit die Strafverfolgungsbehörden aktiv werden. Trotzdem ist die Abfassung einer soliden Strafanzeige allemal einfacher und billiger als die Verfolgung eines zivilrechtlichen Anspruchs, und

die Strafverfolgungsbehörden erheben vom Anzeigsteller keine Kosten, sofern die Anzeige nicht geradezu mutwillig war.

In seltenen Fällen kommt es auch vor, dass sich ein Anspruchsberechtigter in einem Beweisnotstand sieht, weil er als Privatperson an relevante Akten und Zeugenaussagen nicht herankommt. In solchen Fällen kann die Strafanzeige ein amtliches Ermittlungsverfahren auslösen, welches gerade jene Fakten zu Tage fördert, die dem Anspruchsberechtigten für die Begründung seines zivilrechtlichen Anspruchs noch gefehlt haben. Die Anzeigsteller sehen sich in ihren Erwartungen allerdings meist getäuscht. Strafverfolgungsbehörden fühlen sich missbraucht und lassen die Dinge bis zur Verfolgungsverjährung liegen, wenn sie den Eindruck haben, sie würden von Privatleuten für deren finanzielle Zwecke instrumentalisiert.

2 Unterschiedliche rechtliche Qualifikationen

Der Hauptunterschied zwischen zivil- und strafrechtlicher Haftung kann folgendermassen auf den Punkt gebracht werden: Das Zivilrecht ersetzt *Schaden*, das Strafrecht sühnt *Verschulden*. Im Strafrecht ist der Schaden lediglich ein Indiz dafür, dass ein strafbares Verschulden vorliegen könnte. Die Strafe wird aber gemäss der Schwere des Verschuldens, nicht gemäss der Grösse des Schadens zugemessen. Dabei orientiert sich das Strafrecht an einem menschlichen, d. h. subjektiv verstandenen Schuldbegriff, wogegen dem Zivilrecht mit seinem «objektiven Sorgfaltsstandard» etwas Unmenschlich-Gnadenloses anhaftet. Der Strafrichter fragt nach dem subjektiven Verschulden des Täters unter Würdigung aller entlastenden Umstände. Menschliches Versagen in einer Situation von Stress und Übermüdung, hervorgegangen aus dem redlichen Bemühen, dem Patienten zu helfen, kann im Strafrecht zugunsten des Arztes gewürdigt



werden und zum Freispruch führen. Das Zivilrecht zeigt sich hingegen blind für jene Elemente, die den Arzt in subjektiver Hinsicht entschuldigen.

Im Bereiche der Arzthaftpflicht urteilt der Strafrichter demgemäss im Allgemeinen milder als der Zivilrichter. Vorfälle im Medizinalbereich, die auf ein subjektiv entschuldbares menschliches Versagen zurückzuführen sind, bleiben straflos, führen aber trotzdem zur zivilrechtlichen Haftung.

Die praktische Konsequenz der unterschiedlichen Ansätze von zivilem Haftpflichtrecht und Strafrecht im Medizinalbereich ist die, dass die Straffälle im Verhältnis zu den zivilrechtlichen Haftpflichtforderungen selten sind. Solange dem Arzt und seinem Team keine geradezu krasse Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann, wird er vom Strafrichter milde oder überhaupt nicht angefasst. Der geringe Elan, mit dem die Strafverfolgungsbehörden gegen Ärzte zu Felde ziehen, schlägt sich nieder in langen Verfahrensdauern, wobei nach Jahr und Tag, wenn sich die Emotionen der ersten Zeit längst gelegt haben, häufig eine Verfahrenseinstellung erfolgt oder die Sache verjährt oder, im schlimmsten Fall, eine bedingte Freiheitsstrafe von wenigen Monaten ausgesprochen wird.

Der schleppende Ablauf von Strafverfahren gegen Ärzte ist auch darin begründet, dass die Strafverfolgungsbehörden in solchen Fällen regelmässig ein fachtechnisches Gutachten brauchen, um den strafrechtlichen Schuldvorwurf zu begründen. Wenn die nötige Sachkunde nicht beim amtlichen Gerichtsmediziner des eigenen Kantons vorhanden ist, fällt es den Strafverfolgungsbehörden schwer, geeignete externe Gutachter zu finden, und erst recht solche, die ihren Befund innert nützlicher Frist abgeben. Solange die Sache in der Schublade eines Gutachters ruht – und das kann Jahre dauern! –, hat auch der zuständige Staatsanwalt keine Eile.

Strafverfahren gegen Ärzte machen aufgrund des Gesagten zahlenmässig nur einen geringen Bruchteil der Fälle aus, wo es den Patienten ums Geld geht. Die Strafverfahren enden überwiegend mit Einstellungen, zu einem kleinen Teil mit Verjährung oder mit relativ geringfügigen Strafurteilen.

3 Das Erscheinen der Strafverfolgungsbehörde

Obwohl die Strafverfolgungsbehörden mit Ärzten und deren Mitarbeitern, wie soeben dargelegt, verhältnismässig milde umgehen, ist der Auftritt der Strafverfolgung für den Arzt äusserst unange-

nehm. Jedes Strafverfahren belastet den Betroffenen schwer, kann den Schlaf rauben, Ferien und Freizeit verdüstern. Anzeigsteller und deren Anwälte geben sich in der Regel keine Rechenschaft darüber, was sie mit ihrer Strafanzeige auf der anderen Seite in psychischer Hinsicht auslösen.

Ganz allgemein pflegt vergessen zu werden, dass jede irreparable Schädigung eines Patienten für den Arzt selber meist eine schwere, oft lebenslange psychische Belastung darstellt. Juristen mögen dies schon deshalb nicht wahrnehmen, weil ihnen in ihren Berufen solches nicht vorkommt. Anwälte und Richter huldigen in ihren Rechtsschriften und Urteilen gegenüber Ärzten zuweilen einer herablassend-belehrenden Redeweise, als ob die so geschulmeisterten Ärzte Roboter ohne Herz und Seele wären.

Der **Zugriff der Strafverfolgung** beginnt typischerweise damit, dass zwei Beamte der zuständigen Behörde am frühen Vormittag in Zivilkleidung, aber mit den nötigen Ausweisen und einer unterzeichneten Verfügung des zuständigen Staatsanwaltes an der Praxistür des Arztes klingeln oder sich bei der Spitalporte präsentieren und – stets unangemeldet – sogleich den zuständigen Spitalverwalter oder Chefarzt zu sprechen begehren. Ziel des Besuchs ist die Konfiskation einer Krankengeschichte oder anderer Akten, eventuell die Anfertigung von Kopien von Servern (auf CDs oder auf andern Datenträgern), ausnahmsweise die Beschlagnahme eines Notebooks, auf dem relevante Information vermutet wird.

In dieser Situation sind folgende Verhaltensregeln zu beachten:

- Von den Straforganen ist die Aushändigung einer Kopie des Durchsuchungs- und Konfiskationsbefehls zu verlangen (meist wird diese freiwillig sogleich übergeben). Der Text dieses Befehls ist sorgfältig durchzulesen, und es ist zu überlegen, ob die Begehren und Handlungen der erschienenen Beamten im Einklang mit dem Befehl stehen.
- Der Klinik-Jurist oder, wo eine ständige Beziehung besteht, der Hausanwalt der Klinik ist sofort herbeizurufen. Er hat die Massnahmen der Straforgane persönlich zu begleiten.
- Werden eine oder mehrere Personen in dem Befehl als Beschuldigte oder Angeschuldigte bezeichnet, und werden sie in dieser Eigenschaft noch gleichentags oder später einvernommen, dann sollen diese Personen den anwesenden Rechtsanwalt (oder allenfalls einen anderen Rechtsanwalt) sogleich münd-

- lich als ihren Strafverteidiger bezeichnen und verlangen, dass er in dieser Eigenschaft an der Einvernahme teilnimmt.
- Während der Durchsuchung und Einvernahmen ist das Gespräch mit den Beamten zu suchen, um in informeller Weise möglichst viel Information erhältlich zu machen über die Identität des Anzeigestellers, die Begründung der Strafanzeige und die Zielrichtung der amtlichen Ermittlungen. Der herbeigerufene Rechtsanwalt ist dank seiner persönlichen Unbeteiligtheit und aufgrund seiner beruflichen Erfahrung besser imstande, solche Informationen aufzunehmen, als jene Personen, die sich plötzlich als Beschuldigte sehen und entsprechend erschreckt sind.
 - Von allen Dokumenten, die herausgegeben werden, sind vorgängig **Fotokopien** anzufertigen. Die Beamten sind verpflichtet, das zuzulassen. Wird ein Notebook beschlagnahmt, so müssen die Beamten vorher die Anfertigung eines Backups zulassen (bis zur Freigabe des Gerätes kann es Monate dauern).
 - Ferner sollen Arzt und Klinik **sogleich selber** ein Inventar der beschlagnahmten Akten und Gegenstände aufstellen. Zwar versprechen die Beamten in der Regel, ein solches Inventar noch am Tag selber oder bald in den folgenden Tagen zu erstellen und auszuhändigen. Aber es ist darauf kein völliger Verlass. Bei der selbsttätigen Inventur wird dem Arzt oder seinem Rechtsanwalt auch deutlich, in welcher Richtung die Abklärungen zielen, und die Beamten können herausgefordert werden mit der Frage, was dieser oder jener Aktenordner oder Gegenstand mit dem im Durchsuchungsbefehl genannten Tatverdacht denn eigentlich zu tun hat. Die Beamten nehmen im Zweifel lieber zu viel als zu wenig mit. Dem ist Einhalt zu gebieten. Was nämlich ganz offensichtlich mit dem Tatverdacht nichts zu tun hat, darf nicht konfisziert werden. Jeder Aktenordner, jedes Dossier und jeder Gegenstand, der von der Konfiskation verschont bleibt, ist für die Klinik ein potenzieller Gewinn.
 - Zu erwägen ist sodann, ob Arzt oder Klinik die unverzügliche **Versiegelung** der herauszugebenden Akten verlangen wollen. Die Versiegelung ist namentlich dann angebracht, wenn die Akten oder Datenträger auch Information über andere Patienten enthalten, ferner wenn unklar ist, wer die Strafvermittlung ausgelöst hat und sich in der Folge allenfalls Zugang zu den Akten verschaffen könnte, die seitens von Arzt und Klinik wegen des Arztgeheimnisses zu schützen sind. Da Medizinalakten regelmässig dem Berufsgeheimnis unterliegen, braucht das Versiegelungsbegehren nicht besonders begründet zu werden. Die Behörde wird ihm aufs Erste stattgeben und einer Verpackung der Akten zustimmen, welche die Einsichtnahme bis auf weiteres verhindert. Ist jedoch von Anfang an ersichtlich, dass der Anzeigsteller der Patient selber ist, so besteht kein Anlass, die Versiegelung zu verlangen.
 - Nach der Aktenkonfiskation ist als nächster Schritt denkbar, dass der Arzt und einzelne seiner Mitarbeiter zu einer **Befragung** auf der zuständigen Amtsstelle aufgeboten werden, und zwar je einzeln. Zu solchen Einvernahmen hat jedermann das Recht, sich von einem Anwalt begleiten zu lassen. Es empfiehlt sich, von diesem Recht Gebrauch zu machen.
 - Ist eine Strafermittlung eingeleitet, dann sollte die Sache von Anfang an **durch die Spitalleitung oder einen Anwalt begleitet** werden. Da die Angeschuldigten vom Inhalt der Strafanzeige während des Verfahrens keine Kenntnis erhalten, tapen sie in möglicherweise zunächst im Dunkeln, welches die Stossrichtung der Ermittlungen ist. Telefonische Erkundigungen bei der zuständigen Amtsstelle können hier Licht ins Dunkel bringen. Wer eine Strafermittlung als Spitalleiter oder als Rechtsanwalt begleitet, sollte alle Personen, die zu Einvernahmen aufgeboten wurden, nachträglich so rasch wie möglich anhören und zu Protokoll nehmen, welche Fragen gestellt wurden und was die einvernommene Person darauf geantwortet hat. Diese Gedächtnisprotokolle sind wichtig, um die Zielrichtung des Verfahrens und die strafrechtlich relevante Beweislage abzuschätzen.
- Richtet sich die Strafermittlung gegen Mitarbeiter einer Klinik, dann ist eine proaktive **hausinterne Kommunikation** wichtig. In arbeitsteiligen Betrieben lassen sich pendente Strafermittlungen nicht geheim halten. Hilfspersonen verschiedenster Stufen beobachten, dass etwas Ungewöhnliches geschieht. Es können sich Gerüchte bilden. Um dem entgegen zu wirken und die Dinge ins richtige Licht zu stellen, empfiehlt sich deshalb, dass die Spitalleitung bald nach dem Auftritt der Beamten das oberste Kader sowie die unmittelbar mit dem Ermittlungsverfahren in Kontakt gekommenen Personen mündlich orientiert.

Dabei sind zwei Dinge zu sagen, nämlich

- a) eine *Wissenserklärung*: Es sei im Falle X gegen den Chefarzt Y der Klinik eine Strafermittlung eingeleitet worden; der Patient sei offenbar der Meinung, seine Behandlung sei fehlerhaft erfolgt. Nach Analyse des Falles durch einen beigezogenen Juristen sei die Spitalleitung aber der Überzeugung, dass den Chefarzt kein Vorwurf trifft, und man sei zuversichtlich, dass das Verfahren zu gegebener Zeit eingestellt oder mit einem Freispruch erledigt werde;
- b) eine *Willenserklärung*: Die Spitalleitung steht voll zum Chefarzt Y und biete ihm alle nötige Unterstützung. – Dabei genügt es nicht, auf die gesetzliche Unschuldsvermutung zu verweisen. Die Mitarbeiter brauchen die Gewissheit, dass auch dann, wenn strafrechtlich ein Vorwurf des leichten Verschuldens (Fahrlässigkeit) hängen bleibt, keine Köpfe rollen. Die Klinik muss ihren Mitarbeitern eine grössere Fehlertoleranz zugestehen, als was aus den Zufälligkeiten eines Strafverfahrens im ungünstigen Falle resultiert. In einer Zeit, in der Strafverfahren oft leichtfertig eingeleitet werden, müssen nicht nur die betroffenen Mitarbeiter, sondern *alle* Mitarbeiter von der vorgesetzten Stelle spüren, dass sie nicht im Regen stehen gelassen werden, solange nicht ein schweres Verschulden nachgewiesen oder höchst wahrscheinlich ist.

Die über das Strafverfahren solcherart orientierten Personen sind aufzufordern, allfälligen Gerüchten im Haus entgegenzutreten. – Hingegen sind schriftliche Informationen, insbesondere in der Form von E-Mails, nicht empfehlenswert.

Beim Auftritt der Strafverfolgungsbehörden gilt für die betroffenen Personen die Devise, sich nicht ins Bockshorn jagen zu lassen. Die strafrechtliche Suppe wird am Ende meist viel weniger heiss gegessen, als was man anfangs befürchtet hat.



IV Ein Wort an die Adresse der Gerichte und der Gesundheitsbehörden

Werden hohe Schadenspositionen wegen des **Erwerbsausfalls** geltend gemacht, so ist auf eine Änderung der verfehlten heutigen Praxis zu drängen und die rechtspolitisch unbestreitbare Tatsache zu unterstreichen, **dass die medizinischen Dienstleister nicht die Versicherer der Patienteneinkommen sein können**. Wer sein Erwerbseinkommen versichern will für den Fall, dass er vorzeitig erwerbsunfähig werden sollte – aus welchem Grund auch immer –, der muss sich diesen Versicherungsschutz selber kaufen und dabei selber entscheiden, in welcher Höhe er oder sie den Versicherungsschutz braucht. Medizinische Fehlbehandlungen gehören mit statistischer Wahrscheinlichkeit zum Lebensrisiko der Gesamtbevölkerung. Der Umstand, dass im Einzelfall eine Fehlbehandlung erfolgt ist, kann richtigerweise nicht dazu führen, dass der Dienstleister für das Erwerbseinkommen des Patienten aufzukommen hat. Andernfalls müssten Grossverdiener aus ärztlicher Sicht als Grossrisiken qualifiziert werden, und es müssten gemäss versicherungsrechtlicher Logik die Arzt- und Spitaltaxen für Grossverdiener um jene Versicherungskosten erhöht werden, die zur Deckung des erhöhten Haftungsrisikos nötig sind. Kleinverdiener und Rentner wären entsprechend zu entlasten. Solange die Behandlungstarife den unterschiedlichen Patienteneinkommen keine Rechnung tragen, muss im Haftpflichtfall der Erwerbsschaden für alle Geschädigten, ungeachtet ihrer konkreten Einkommenssituation, so uniform bemessen werden, wie dies in den Schranken einer willkürfreien Justiz möglich ist.

Bei einzelnen Schadenspositionen wie etwa beim Haushaltschaden ist heute die sogenannte normative Schadensberechnung die Regel. Bei der normativen Schadensberechnung wird nicht der tatsächlich entstandene und nachgewiesene Schaden vergütet, sondern ein Betrag, der von der Justiz als typisch und damit von Rechts wegen («normativ») geschuldet deklariert wird. Die pensionierte Ehefrau im Zweipersonenhaushalt bekommt bei teil-

weiser Arbeitsunfähigkeit also Geldersatz dafür, dass sie typischerweise eine externe Haushälterin anstellen müsste, um fortab den Haushalt zu besorgen, und sie erhält diesen Geldersatz auch dann, wenn der ebenfalls pensionierte Ehemann den ganzen Haushalt entschädigungslos betreut. – Natürlich leuchtet die normative Schadenersatzbemessung irgendwie ein. Aber sie führt für Geschädigte, die sich selbst zu helfen wissen, zu einer Bereicherung in dem Sinne, dass sie am Ende ihres Lebens ein grösseres Vermögen vererben werden, als wenn der Schadensfall ausgeblieben wäre – und dies zu Lasten jener Allgemeinheit, auf welche alle diese Versicherungsleistungen indirekt schlussendlich überwältigt wird. Die normative Schadensberechnung ist ein Luxus, den sich eine vermeintlich wohlhabende, allzeit aus dem Vollen schöpfende Zivilisation leisten zu können glaubt. Richtigerweise ist die normative Schadensberechnung so weitgehend wie möglich zurückzubinden zugunsten einer Vergütung nachgewiesener, tatsächlicher Aufwendungen.

Wo immer die Mechanismen der Justiz das Tor zur individuellen Bereicherung öffnen, werden die zum Leistungsbezug berechtigenden Leiden geschürt. Dabei braucht es im Einzelfall nicht um eigentliche Simulation zu gehen. Tatsache ist: Wo es für Beschwerden Geld gibt, gibt es diese Beschwerden gehäuft. Die Schadenersatzjustiz setzt Anreize. Urteilspublikationen, Medien, Patientenorganisationen und Klägeranwälte tun das Ihrige, um diese Anreize unters Volk zu bringen und sicherzustellen, dass bei jedem irgendwie darstellbaren Leiden alles Geld abgeholt wird, das abgeholt werden kann – zulasten jener Allgemeinheit, welche die Kosten des Gesundheitswesens trägt und vom Abbau jener medizinischen Dienstleistungen betroffen ist, die mit qualifizierten Haftpflichttrisiken verbunden sind.





Ansprechpartner



Prof. Dr. Christian Brückner, LL.M.

Advokat und Notar

cbrueckner@vischer.com

VISCHER AG

Schützengasse 1 Postfach 1230 CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00 Fax +41 58 211 34 10

Aeschenvorstadt 4 Postfach 526 CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00 Fax +41 58 211 33 10

info@vischer.com www.vischer.com