

Arzthaftungsrecht: Deutschland versus Schweiz

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

I. Einleitung

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

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

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

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

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

II. Positivismus

A. Patientenrechtegesetz – Entstehung

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

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

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

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

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

B. Wesentlicher Inhalt des Patientenrechtegesetzes

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

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

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

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

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

C. Arzthaftungsrechtliche Gesetzesartikel aus dem Patientenrechtegesetz

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

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

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

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

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