

# Aspekte aus dem Medizinrecht zur Arzt-Patient-Beziehung

Roggo Antoine, PD Dr. med. Dr. iur. Executive MBA HSG

Facharzt FMH Chirurgie und FMH Intensivmedizin / Leiter Abteilung Medizinrecht am IRM der Universität Bern

## I. Vorbemerkung zum Begriff Medizinrecht

Das Medizinrecht (bezeichnet auch als Arztrecht oder Gesundheitsrecht) kann in mehrfacher Hinsicht als eine interdisziplinäre Querschnittsmaterie mit weiterhin zunehmender Bedeutung gewertet werden. Das Medizinrecht ist einerseits geprägt von seinem Gegenstandsbereich der medizinischen Wissenschaften und andererseits von den verschiedenen juristischen Disziplinen mit ihren unterschiedlichen Ansätzen, wie dem Zivil- und öffentlichen Recht allgemein sowie hierin insbesondere auch dem Strafrecht.

Das Medizinrecht oder Arztrecht als solches ist kein subjektives Recht, d.h. ein dem Arzt als Person oder Berufsausübender im Gesundheitswesen eigens zustehender Anspruch. Das Medizinrecht ist vielmehr als objektives Recht zu verstehen, das unter anderem diverse Rechtsregeln zusammenfasst, die sich auf die Berufsausübung des Arztes bzw. der Pflegefachpersonen mit Berufsausübungsbewilligung sowie auf das Arzt-Patient-Verhältnis beziehen. Zur Beantwortung der unterschiedlich ineinander übergreifenden Fragestellungen sind schwerpunktmässig einerseits zwingend medizinischer Sachverstand und andererseits fundierte Kenntnisse zur juristischen Interdisziplinarität erforderlich. Dies trifft insbesondere jeweils dann zu, sobald sich das Medizinrecht auch mit Randbereichen / Grauzonen und damit durchaus mit uneinheitlich definierten Regeln zu befassen hat.

Im vorliegenden Kontext sollen ein paar Grundsatzfragen zu Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient – als einem kleinen Ausschnitt aus dem Medizinrecht – in einer kurzen Übersicht angesprochen werden. Angesichts der Komplexität der Arzt-Patient-Beziehung aus medizinischer und auch ethischer Sicht (z.B. Transplantationsmedizin, genetische Beratung, medizinisch assistierte Zeugung, usw.) können die sich für den Arzt unweigerlich stellenden Fragen – im Rahmen einer Vorlesungsunterlage – kaum umfassend abgehandelt werden. Zur vertieften Beantwortung einzelner Fragen ist der Autor direkt zu kontaktieren bzw. sind die diversen umfangreichen neuen Fachbücher zum Medizinrecht bzw. Arztrecht zu Rate zu ziehen.

## II. Wichtige juristische Terminologie

Einzelne bestimmte (d.h. klar umschriebene und damit definierte) Rechtsbegriffe aus dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) bzw. dem Strafgesetzbuch (StGB) zählen für den

Arzt zum unabdingbaren juristischen Basiswissen in der Arzt-Patient-Beziehung. Das trifft insbesondere auch auf das Wissen von anderen Medizinalfachverantwortlichen zu.

### Urteilsfähigkeit versus Zurechnungsfähigkeit bzw. Schuld(un)fähigkeit

Die Unterscheidung / Abgrenzung zwischen dem zivilrechtlichen Begriff „Urteilsfähigkeit“ und den im früheren Strafrecht zur Anwendung gekommenen Begriff der „Zurechnungsfähigkeit / Unzurechnungsfähigkeit“ ist nicht allen im Gesundheitswesen beteiligten Akteuren bekannt. Wiederholt wird gerade im klinischen Betrieb in diesem Zusammenhang (durch Ärzteschaft wie auch Pflegende) fälschlicherweise vom „unzurechnungsfähigen Patienten“ – und nicht korrekterweise vom „urteilsunfähigen Patienten“ – gesprochen, einer Beurteilung die vom Ansatz her in die Strafgerichtsbarkeit fällt (der Strafrichter hat über die Zurechnungsfähigkeit des Delinquenten zu befinden). Wenn im Spital vom „unzurechnungsfähigen Patienten“ gesprochen wird, dann wird in aller Regel die fehlende Urteilsfähigkeit gemeint. Mit Wirkung ab Januar 2007 ist im überarbeiteten Strafgesetz nur noch von der „Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit“ die Rede (vgl. Art. 19 StGB) und somit nicht mehr von der „Zurechnungsfähigkeit. Unzurechnungsfähigkeit“ (vgl. Art. 10 StGB alt).

### Sorgfaltspflicht

Was die wiederholt zur Diskussion stehenden Inhalte einer Sorgfalt bzw. Sorgfaltspflicht konkret zu umfassen haben, wird im Gesetz erstaunlicherweise nicht klar festgehalten. Es handelt sich beim Begriff der Sorgfalt / Sorgfaltspflicht um einen so genannt unbestimmten Rechtsbegriff. Dies verdeutlicht auch die sich nicht festlegende Umschreibung in Art. 321a Ziff. 1 OR, Zitat: *„Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren“.*

Was im Zivilrecht in der medizinischen Diagnostik und / oder Therapie unsorgfältig sein soll, wird bislang nur in der herrschenden Lehre bzw. Rechtsprechung umschrieben.

Das Bundesgericht schreibt zum zivilrechtlichen Begriff Sorgfalt im Urteil der I. Zivilabteilung vom 01. Juli 2002; 4C.86/2002 E. 2.2, Zitat: *„Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für sorgfältige und getreue Ausführung, wobei sich das Mass der Sorgfalt nach objektiven Kriterien bestimmt. Es ist die Sorgfalt erforderlich, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anwenden würde [Anmerkung des Autors: objektive Sorgfaltspflicht], wobei nach der Art des Auftrages zu unterscheiden und den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen ist [Anmerkung des Autors: subjektive Sorgfaltspflicht]. Bei berufsmässiger Tätigkeit gegen Entgelt sind höhere Anforderungen zu stellen. Die allenfalls für ein bestimmtes Gewerbe*

*bestehenden und generell zu befolgenden Verhaltensregeln oder Usanzen können bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden.“*

Im Strafrecht kommen in Verbindung mit der notwendigen Sorgfalt unterschiedliche Tatbestandsmerkmale zur Anwendung, welche auf die Verletzung einer individuellen / subjektiven Sorgfaltspflicht schliessen lassen, dies angefangen von der einfachen Körperverletzung (ein aktives Tun) bis hin zur unterlassenen Nothilfe / Aussetzung (ein aktives Nichtstun / ein Unterlassen).

Beispiele zu Verletzungen der Sorgfaltspflicht gemäss Straf- bzw. Zivilrecht finden sich in Abb. 1 aufgezeigt.

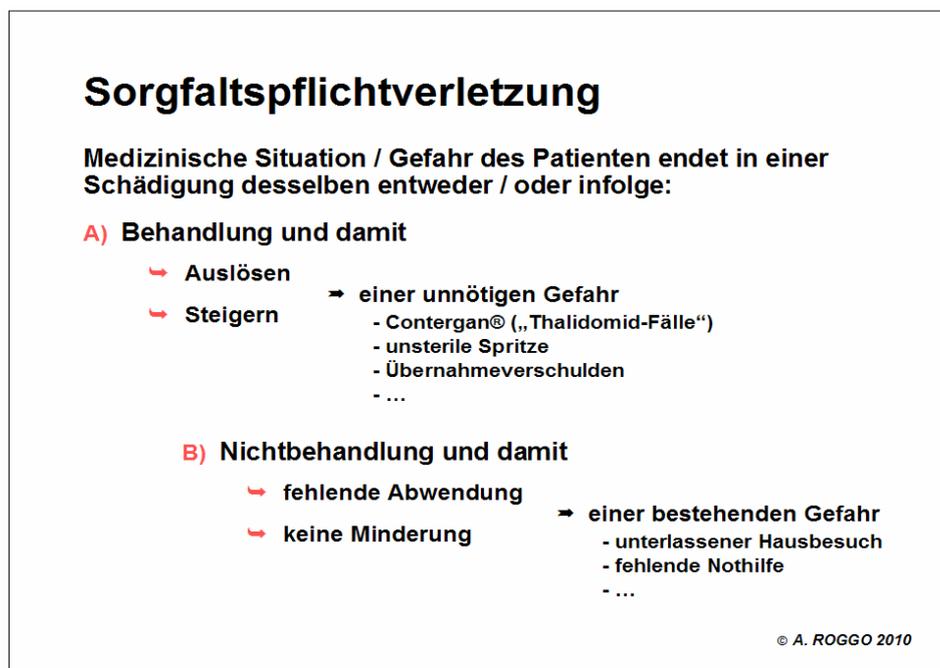


Abb. 1

Nachfolgend sollen ein paar wesentliche Gesetze zu bestimmten Rechtsbegriffen aus dem ZGB bzw. StGB wiedergegeben werden, dies ohne Anspruch auf Vollständigkeit der Liste:

### Bestimmungen aus dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB)

Art. 12 ZGB Handlungsfähigkeit: Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

Art. 13 ZGB Voraussetzung: Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist.

Art. 14 ZGB Mündigkeit: Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

Art. 16 ZGB Urteilsfähigkeit: Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit,

Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Merke: Die Urteilsfähigkeit ist im klinischen Alltag für die Arzt-Patient-Beziehung einer der wichtigsten juristischen Begriffe. Der Arzt kann in der Regel nur mit einem urteilsfähigen Patienten einen Behandlungsvertrag abschliessen, ansonsten er eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) im Interesse des Patienten machen muss. Ob ein Patient urteilsfähig ist oder nicht, muss der Arzt selbst oder sofern notwendig unter Beihilfe eines Kollegen von Fall zu Fall entscheiden. Vernunftgemäss handeln heisst aus Sicht des Patienten aber noch lange nicht, dass der als individueller Patient auch der „ärztlichen Vernunft“ folgen müsse.

Art. 17 ZGB Handlungsunfähigkeit: Handlungsunfähig sind die Personen, die nicht urteilsfähig, oder die unmündig oder entmündigt sind.

#### Bestimmungen aus dem schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)

Art. 12 StGB Vorsatz und Fahrlässigkeit:

Abs. 1: Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht.

Abs. 2: Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.

Abs. 3: Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

Merke: Die Absicht stellt eine besondere Form des Vorsatzes dar, was zu vielen Straftaten gehört. Allerdings ist die Bedeutung der Absicht, auch im gesetzlichen Sprachgebrauch, keine einheitliche. Als „vollendetes“ Delikt werden bei der Absicht schon *Versuch* oder gar die *blosse Vorbereitung einer Straftat* unter Strafe gestellt. Absicht verweist somit auf ein vor dem Täter liegendes, ein zukünftiges Handlungsziel. Mit anderen Worten enthält der Begriff Vorsatz eine intellektuelle (Wissen um) sowie eine voluntative (Wollen von) Komponente. Beim Begriff Absicht liegt demgegenüber nur eine extrem voluntative (Erfolg erzielen) Komponente im Vordergrund. Der vom Täter angestrebte Erfolg kann dabei sowohl Endziel als auch (notwendiges) Zwischenziel sein.

Art. 19 StGB Abs. 1 Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit:

War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar. [Anmerkung des Autors: Es kommt auch weiterhin auf die eigentliche Schuldfähigkeit an.]

### III. Grundsätzliches zur Arzt-Patient-Beziehung

Früher wurde das Verhältnis zwischen dem behandelnden Arzt und dem ihm vertrauenden Patienten noch als „soziales Verhältnis“ eingestuft; anders heute, wo dieses „soziale vertrauende Verhältnis“ als eigentliche vertragliche Beziehung durch die Treuepflicht des Beauftragten qualifiziert wird. Mit anderen Worten, begibt sich ein Patient freiwillig in eine ärztliche Behandlung, so wird kraft übereinstimmendem Willen (Konsens) beider Parteien entweder mündlich oder schriftlich ein Rechtsverhältnis begründet: Ein Vertrag zur Heilbehandlung, ein so genannter Behandlungsvertrag.

Angesichts der formalen Zweiteilung in der schweizerischen Rechtsordnung untersteht dieser Behandlungsvertrag entweder den Rechtsregeln aus dem Privatrecht (Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR) oder aus dem öffentlichen Recht (z.B. Gesundheitsgesetze).

Diese Zweiteilung präjudiziert im Streitfall einerseits die Rechtstellung des Arztes und andererseits die des Patienten. Dies gilt für die Zuordnung zum jeweils anwendbaren materiellen Recht (welches Verhalten ist in einer bestimmten Situation rechtskonform; *Analogie in der Medizin*: „*welche Diagnose wird gestellt und wie ist zu behandeln*“), als auch dem formellen Recht (Verfahrens- / prozessrechtlicher Weg; *Analogie in der Medizin*: „*welcher Patient wird welche Therapie wo erhalten und wie wird diese von wem und wie gemacht*“).

Zwei Eselsbrücken zum besseren Verständnis für „Nicht-Juristen“, wozu das formelle Recht eingesetzt wird. Beim Richter geht es in der Anwendung des formellen Rechts (wie läuft ein Verfahren ab?) um die stufenweise Entscheidung:

*A) Eintreten / Nichteintreten* auf eine rechtliche Fragestellung (dazu dient etwa folgende Eselsbrücke ‚gehen wir in dieses Restaurant, ja / nein?‘) mit anschliessend

*B) Annahme / Abweisung* (hier dient die Eselsbrücke ‚wollen wir die servierte Speise auch wirklich essen, ja / nein?‘).

Das Wissen sowohl der Ärzteschaft, als auch der anderen im Gesundheitswesen involvierten Fachpersonen um die Zweiteilung des schweizerischen Rechtssystems ist dahingehend als praxisrelevant einzustufen, als dass das so genannte Privatrecht die Rechtsbeziehungen

zwischen einzelnen, gleich gestellten Personen regelt, die zueinander in freier Entfaltung / Privatautonomie eine Vertragsbeziehung eingehen (z.B. Kaufverträge, Miete, Beziehung zum frei praktizierender Arzt, usw.).

Das öffentliche Recht regelt dagegen das Beziehungsverhältnis zwischen dem Staat bzw. seinen Institutionen (Bund / Kanton / Gemeinde) und dem diesem System subordinierten Bürger („top-down Regelung“). Der Staat handelt in hoheitlicher / amtlicher Funktion (z.B. Steuern, Strafrecht, gesundheitspolizeiliche Vorschriften, Verhältnis Arzt-Patient am kantonalen / öffentlichen vom Staat kontrollierten Spital; cave: das Inselspital Bern als „kantonales Spital“ / Universitätsspital ist eine privatrechtliche Stiftung, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt). Im Rahmen der Ausübung von hoheitlichen Funktionen müssen hierin stellvertretend durch Ärzte / Pflegende auch mal die eine oder andere medizinische Zwangsdiagnostik (z.B. Alkoholprobe bei Trunkenheit am Steuer) bzw. Zwangsbehandlung (z.B. Fürsorgerischer Freiheitsentzug / FFE bei Selbstgefährdung mit Einweisung in eine psychiatrische Klinik) klar gegen den Willen der jeweiligen Person umgesetzt werden.

Zur Übersicht sind in Abb. 2 die für einen Arzt wesentlichen Merkmale von Haupt- und Nebenleistungspflichten eines privatrechtlichen Behandlungsvertrages dargestellt. Dies übersetzt den Inhalt der gesetzlichen Regelung „Der einfache Auftrag“ (Art. 394 ff. OR) bzw. entspricht der herrschenden Rechtsprechung und Lehre zum Behandlungsvertrag.

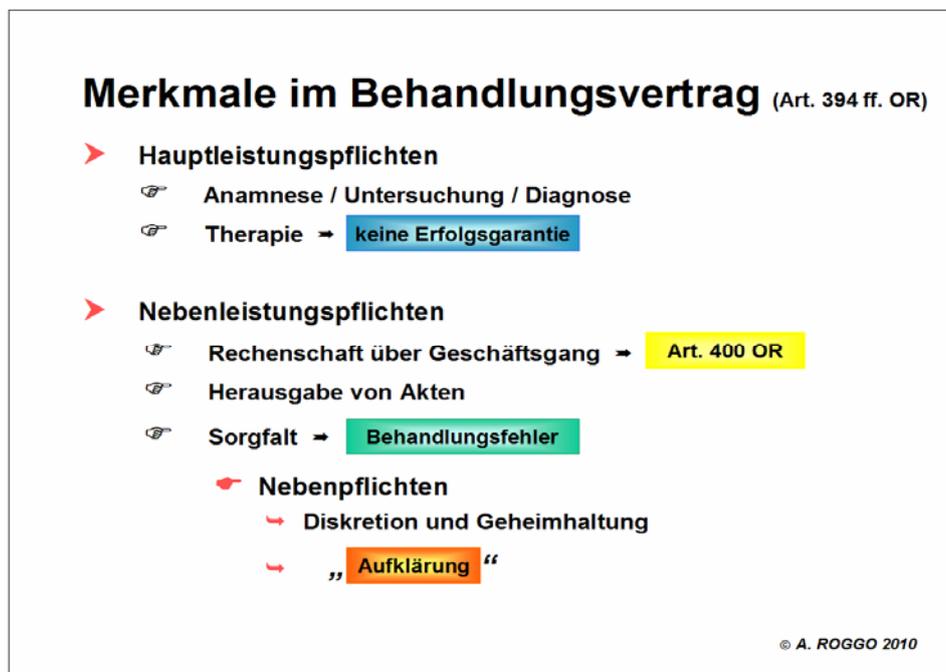


Abb. 2

Bei einer rein öffentlichrechtlichen Beziehung zwischen dem Arzt – bzw. in Kombination mit einem Spital – und einem Patienten (sofern die Beziehung freiwillig und nicht zwangsmässig  
2010 © Antoine Roggo, MD / JD

eingegangen wird, d.h. etwa bei Behandlung an einem öffentlichen Spital, z.B. einem Kantonsspital) wird trotz anwendbarem Verwaltungsrecht in aller Regel auf die „materiellen Merkmale“ des Behandlungsvertrages aus der privatrechtlichen Beziehung zwischen Arzt und Patient abgestellt (vgl. Pflichten gemäss Abb. 2). An das ärztliche Verhalten ist ein einheitlicher Massstab anzulegen, der nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen ist. Dies trifft insbesondere immer dann zu, sobald es Inhalte – und nicht Haftungsansprüche aus Schlechterfüllung als solche, vgl. etwa Art. 61 OR – von ärztlichen Sorgfaltspflichten im Rahmen einer speziellen medizinischen Diagnostik und / oder Behandlung eines Patienten zu prüfen gilt.

Im Vergleich zum Privatrecht ist das öffentliche Recht detaillierter ausgestaltet, was Rechte und Pflichten der einzelnen Vertragsparteien (Arzt / Patient / Angehörige) betrifft. Grundlagen hierzu finden sich vorwiegend in kantonalen Gesundheitsrechtsnormen (Patientengesetz, Gesundheitsgesetz, Verordnungen usw.), aber auch in spezifischen Bundesgesetzen oder Verordnungen festgehalten.

#### **IV. Grundsätzliches zur Patient-Spital-Beziehung**

Die Grenzziehung zwischen einem privaten und einem öffentlichen Spital ist je nach konkreter Fragestellung unterschiedlich zu beantworten und soll vorliegend nicht im Detail bearbeitet werden. Die meisten Fragen können aber aufgrund der jeweiligen Rechtsform oder anhand der konkreten Spitalträgerschaft beantwortet werden. Die Rechtsform spielt dahingehend eine Rolle, als sich dies auf das Rechtsverhältnis und damit verbunden die Haftung des Spitals bzw. des behandelnden Arztes / der Pflege und dem Patienten auswirkt.

Privatspitäler sind privatrechtlich organisiert, sei dies als Aktiengesellschaft (z.B. Spitalnetz Bern AG, Hirslanden AG), als Stiftung (Inselspital Bern, Lindenhofspital Bern) oder in der Form eines Vereins (Paracelsus-Spital Richterswil). Die öffentlich-rechtlichen Spitäler (z.B. Universitätsspital Zürich) haben ihre Trägerschaft, die Organisation und Rechtsstellung hingegen im jeweiligen Verwaltungsrecht / öffentlichen Recht geregelt. Ungeachtet dessen ist allen Spitalern eines gemeinsam: Sie stellen eine „Hybride Organisation“ dar (vgl. Abb. 3).

Je nach Grösse könnte bei einem Spital im wahrsten Sinne des Wortes von einer hybriden Organisation gesprochen werden, die die unterschiedlichsten Aufgaben im Dienste einer nachhaltigen Behandlung von Patienten zu gewährleisten hat – eine Kombination aufweist von Merkmalen der Verrichtungs- und Objektorientierung intermediär zwischen Markt, Staat und Gemeinschaft. In Abb. 3 soll dies in Analogie mit einem Hirn veranschaulicht werden:

Das Grosshirn symbolisiert den Kernprozess (d.h. die Wertschöpfungskette), das Kleinhirn widerspiegelt den Steuerungsprozess und der Hirnstamm symbolisiert stellvertretend den Supportprozess. Dass sich in einer derart komplexen Struktur der eine oder andere interne Konfliktfall ergeben kann (anlog von „Kopfschmerzen“), dürfte verständlich sein.

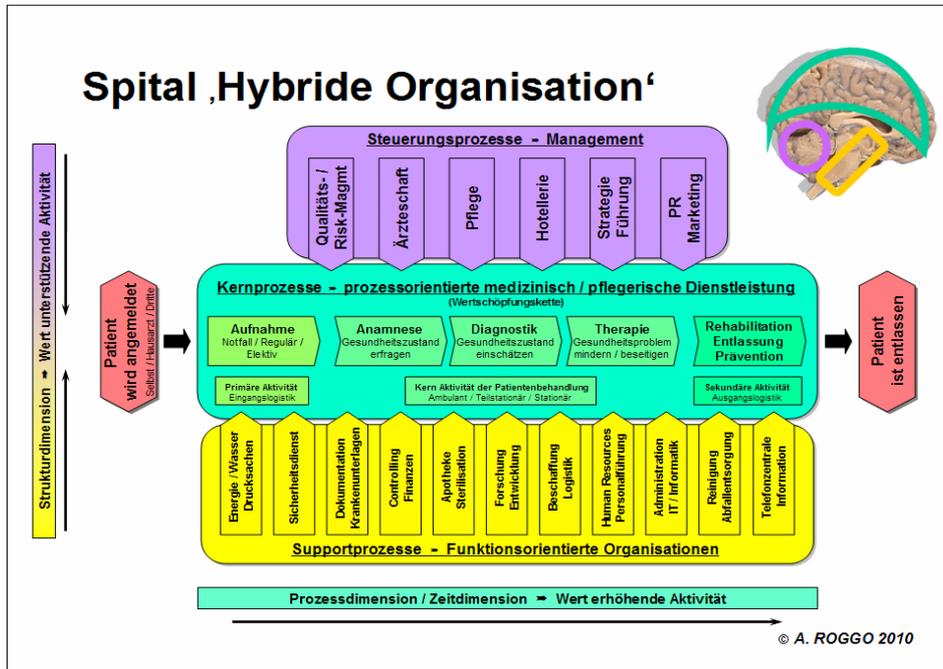


Abb. 3

Auch im Spital gelten die Grundsätze des Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient. Im Rahmen der Spitalbehandlung geht der Patient hingegen je nach Rechtsform des Spitals mit demselben einen totalen oder einen gespaltenen Spitalaufnahmevertrag ein (vgl. Abb. 4).

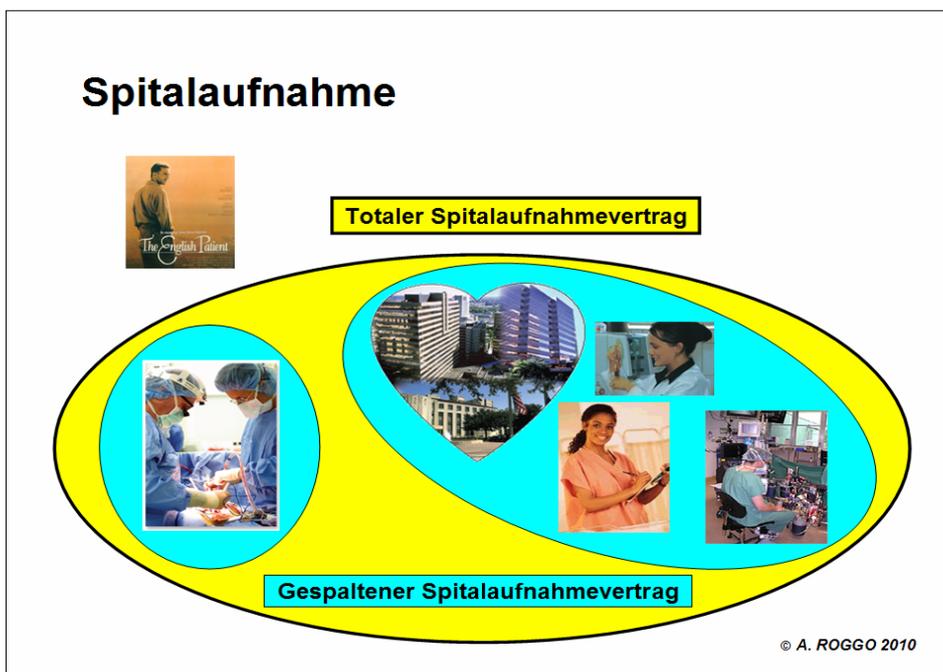


Abb. 4

### Totaler Spitalaufnahmevertrag

Beim totalen Spitalaufnahmevertrag (Elemente aus dem Gastaufnahmevertrag und der Tathandlungsverträge Pflege und ärztliche Behandlung) steht der Patient jeweils dem Spital als Ganzes als Vertragspartner gegenüber. Der Vertragspartner Spital verpflichtet sich, gegen Entgelt ärztliche Diagnostik / Behandlung sowie Pflege, Unterkunft, Verpflegung usw. im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung zwischen Spital-Patient zu gewähren. Totale Spitalaufnahmeverträge sind die Regel bei Behandlung in einem öffentlichen Spital.

Im Falle einer Schlechterfüllung einer der vereinbarten Leistungen muss der Patient seine hieraus entstehenden Rechtsansprüche direkt an seinen Vertragspartner Spital richten. Will der Patient aber beispielsweise direkt gegen einen ihn behandelnden Arzt oder eine Pflegefachkraft vorgehen, dann muss er dies nach den Regeln des Deliktrechtes abwickeln, d.h. die Widerrechtlichkeit in Anwendung von Art. 41 OR aufzeigen, weil vom Grundsatz des totalen Spitalaufnahmevertrages her keine direkte vertraglichen Beziehungen zwischen dem jeweiligen Patienten und dem am Spital tätigen Arzt oder der Pflege vorgesehen sind.

Die Ausnahme bestätigt die Regel, indem bspw. im Falle eines ausdrücklich hinzugezogen Konsiliararztes / Spezialisten oder einer Betreuung als Privatpatient auch innerhalb des totalen Spitalaufnahmevertrages ergänzend bilaterale Verträge mit daraus abzuleitenden Direktansprüchen aus Vertragsrecht gemäss Art. 97 OR abgeschlossen werden können.

### Gespaltener Spitalaufnahmevertrag

Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag geht der Patient zwei Verträge ein. Einerseits mit dem Vertragspartner Spital, grundsätzlich analog dem totalen Spitalaufnahmevertrag, und andererseits mit dem individuell gewählten Vertragspartner Behandelnder Arzt (vgl. Abb. 4). Handelt ein Arzt in der Betreuung des Patienten jedoch ausdrücklich nur als Hilfsperson des Spitals (gewisse Privatspitäler stellen eigene Ärzte an, z.B. auf der Notfallstation oder in der Abteilung für Anästhesie, usw.), dann sind Schadenansprüche gegen diese „Hilfsperson Arzt“ im Sinne von Art. 101 OR gegen den Vertragspartner Spital geltend zu machen. Der alternative Rechtsweg der Forderung über Art. 41 OR (Haftung aus unerlaubter Handlung) steht aber ebenfalls offen. In Falle der ausservertraglichen Schadenersatzforderung gemäss Art. 41 OR ist der Patient jedoch in allen Belangen voll beweisbelastet (vgl. Abb. 6 hienach).

## **V. Ursachen für ein unerwünschtes Behandlungsergebnis**

Nicht jede ärztliche Behandlung führt zwingend zu dem Resultat, dass sowohl Arzt, als auch Patient sich gewünscht oder erwartet haben.

Wie aus Abb. 5 ersichtlich ist, lassen sich grob drei Ursachen für mögliche unerwünschte Behandlungsergebnisse bzw. Behandlungsmisserfolge unterscheiden: Der nachvollziehbare

Diagnoseirrtum, die nicht vermeidbaren krankheits- bzw. therapieimmanente Risiken – über die soweit bekannt und möglich aufzuklären ist – und nicht zuletzt der Sachverhalt der klar vermeidbaren Sorgfaltspflichtverletzung, der so genannte „Kunstfehler“. Die Hintergründe zu dieser Abgrenzung sollen nachfolgend auf der Grundlage von Abb. 5 erarbeitet werden.

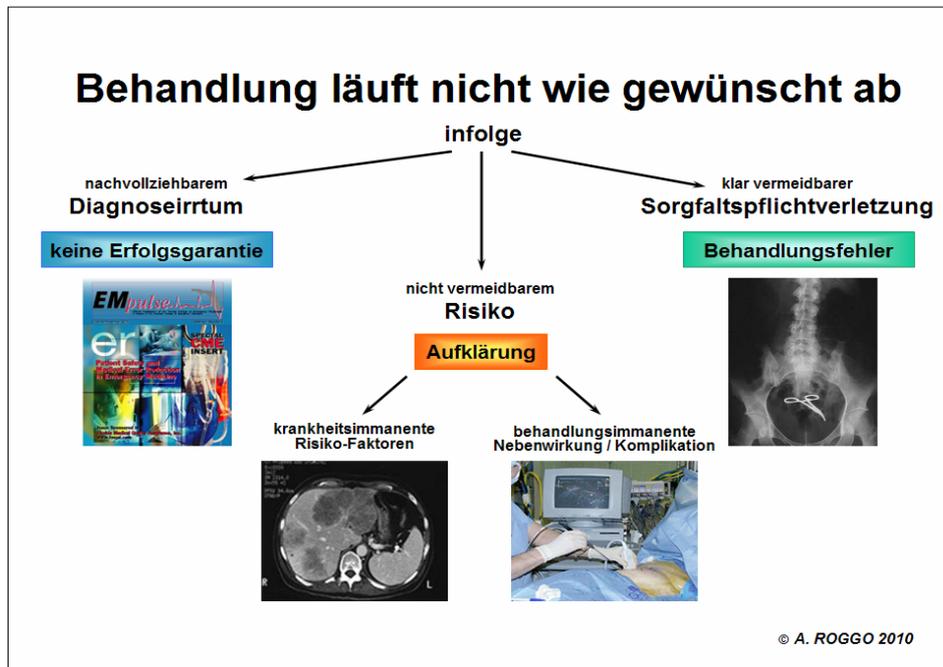


Abb. 5

### Behandlungsmisserfolg infolge Diagnoseirrtum / Diagnosefehler

Der Arzt garantiert nicht in jedem Fall für eine „richtig gestellte Diagnose“; er hat jedoch für eine korrekte / sorgfältige Untersuchung und Abklärung einzustehen. Wie bereits in Abb. 2 dargestellt schuldet der Arzt demzufolge gemäss der Regelung aus dem Auftragsrecht keine Erfolgsgarantie. Der Arzt muss lediglich sorgfältig / zielorientiert arbeiten (vgl. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR). Was hierbei im Streitfall als sorgfältig einzustufen ist, bestimmt sich in aller Regel über ein medizinisches Fachgutachten („Experte muss geltende Regeln formulieren“).

Mit anderen Worten ist es von Fall zu Fall möglich, dass der Arzt ungeachtet aller von ihm zu erwartenden vollumfänglichen Bemühungen trotzdem einem nachvollziehbaren und damit auch entschuldbaren Diagnoseirrtum unterliegt. Ein Umstand, der sich erst im weiteren Verlauf der Behandlung als Irrtum herauskristallisiert.

Dieser Diagnoseirrtum – in Abgrenzung zu dem vorwerfbaren Diagnosefehler, der aus einer klar vorwerfbaren Verletzung einer ärztlichen Sorgfaltspflicht hervorgeht – zieht für den Arzt weder zivil- noch strafrechtliche Folgen nach sich.

Beispiel: Ein junger und bislang völlig gesunder, sportlich voll aktiver Mensch klagt neu über akut aufgetretene Bauchschmerzen, dem einzigen Krankheitssymptom. Er bemerkte diese

2010 © Antoine Roggo, MD / JD

Schmerzen erstmals nach einem anstrengenden Volkslauf und im Anschluss an reichliches Trinken von kaltem Wasser. Der konsultierte Arzt vermutet auf Basis der Befragung und der klinischen Untersuchung am ehesten eine akute Magen-Darm-Erkrankung. Anfänglich denkt der Arzt nicht auch noch an einen akuten Herzinfarkt im Frühstadium. Sollte sich im Verlaufe trotzdem ein Infarkt herausstellen, dann ist der Arzt einem Diagnoseirrtum unterlegen.

Lässt der Arzt im geschilderten Beispiel demgegenüber bereits zu Beginn zusätzlich ein EKG schreiben, welches klare pathologische Veränderungen aufzeigt – was der Arzt aber infolge Unterlassung der notwendigen Sorgfalt falsch interpretiert – und der Patient kurze Zeit später an einem Herzinfarkt verstirbt bzw. andere nachteilige Folgen davonträgt, so wird dem Arzt sein nicht ordnungsgemässes / nicht sorgfältiges Handeln als vorwerfbarer Diagnosefehler, d.h. als Behandlungsfehler zur Last gelegt und entsprechend geahndet.

#### Nicht vermeidbare krankheits- / behandlungsimmanente (bzw. therapieimmanente) Risiken

Die nicht völlig vermeidbaren Risiken einer medizinischen Diagnostik / Behandlung können grundsätzlich in zwei Gruppen eingeteilt werden:

Einerseits handelt es sich um die Gruppe der krankheitsimmanenten Risiken. In diese Gruppe fallen alle diejenigen Risiken, die ausschliesslich aufgrund von spezifischen Gegebenheiten seitens des Patienten bestehen. Hierzu zählt nebst dem Patientenalter etwa auch der Allgemeinzustand, d.h. der ursprüngliche Gesundheitszustand. Aber auch dem Fortschreitungsgrad der Krankheit als solcher ist Rechnung zu tragen. Diese Risiken rühren vom jeweiligen Individuum her. In diesem Zusammenhang kann sinnvollerweise auch von rein patientenbezogenen Faktoren als Auslöser für die potentielle Risikosituation gesprochen werden (zu Recht könnte auch von patientenimmanenten Risiken gesprochen werden).

Auf der anderen Seite steht die Gruppe der behandlungsimmanenten Risiken. Diese können sich als nicht immer vermeidbare Nebenwirkung / Komplikation einer bestimmten Diagnostik bzw. Therapieform äussern. Behandlungsimmanente (bzw. therapieimmanente) Risiken müssen sich zwar nicht zwingend verwirklichen, trotzdem ist der Patient zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts über bekannte behandlungsimmanente Risiken zu informieren.

Als gängige Beispiele von behandlungsimmanenten Risiken seien aufzuführen: Thrombosen und Embolien sowie Infektionen oder Wundheilungsstörungen, auch die Möglichkeit der Verletzungen von Nachbarorganen bei einer Operation, usw. Ob allenfalls ein bekanntes therapieimmanentes Risiko eingegangen werden darf oder gar muss, stellt für Patient und Arzt eine Güterabwägung dar. Ein Umstand, der wiederum mit dem Patienten soweit wie nur

möglich eingehend analysiert und ausführlich besprochen werden muss. Siehe hienach die detaillierten Ausführungen in Kapitel VI. Rechtsgenügende Aufklärung des Patienten.

#### Ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung / Behandlungsfehler (ärztlicher „Kunstfehler“)

Unter einem Behandlungsfehler („ärztlicher Kunstfehler“) ist – in Abgrenzung zu den oben beschriebenen krankheits- bzw. behandlungsimmanenten Risiken – ein zum Misserfolg Anlass gebendes Handeln zu verstehen. Ein Handeln, das objektiv betrachtet einem medizinischen Fehlverhalten gleich kommt. Der Behandlungsmisserfolg ist somit die konkrete Folge eines vorwerfbaren Verstosses gegen geltende, breit anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst.

Mit anderen Worten liegt ein vorwerfbares Nichteinhalten vor von einer objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht, dies bedingt durch ein „falsches Tun“ oder „Unterlassen“ einer im konkreten Fall notwendigen Handlung. Unter Einhaltung der Regeln wäre die unerwünschte Folge – der medizinische Misserfolg – vermeidbar bzw. das verwirklichte Behandlungsrisiko im Interesse des Patienten zumindest auf ein tragbares Mindestmass zu reduzieren gewesen.

Das beanstandete Fehlverhalten darf gemäss oben stehenden Ausführungen aus objektiver ärztlicher Sicht demzufolge nicht mehr verständlich erscheinen, weil der begangene Fehler einem anderen behandelnden Arzt mit dem gleichen Ausbildungs- und auch zu erwartenden Wissenstand – wie dem die Sorgfaltspflicht verletzenden Arzt – schlichtweg und nach der gängigen Lebenserfahrung nicht unterlaufen würde.

Beispiele: Im Zusammenhang mit Behandlungsfehlern sind etwa die Abgabe von falschen Medikamenten trotz bekannter schwerwiegender Allergie bzw. Entwicklung anderer Nebenwirkungen durch den betreffenden Patienten allgemein bekannt; aber auch etwa das Zurücklassen von Tüchern / Tupfern / Instrumenten anlässlich einer Operation im Brust- bzw. Bauchraum.

Noch krasser sind Beispiele von Seitenverwechslungen: Eine falsche und damit gesunde Extremität wird amputiert. Oder, infolge verkehrt herum aufgehängter Röntgenbildern wird die falsche Lungenseite operiert, d.h. der gesunde Lungenflügel wird unter Belassen des klar von einem grossen Tumor befallenen gegenseitigen, kranken Lungenflügels entfernt. In der Folge musste der kranke Lungenflügel ergänzend – nunmehr unter gleichzeitig, unabdingbar notwendig gewordener Lungentransplantation – entfernt werden. Beide fatalen Sachverhalte, so befremdend diese auch anmuten, wurden von Patienten als Horrorszenarien in Folge von Missständen an renommierten Spitälern durchlebt.

Der berühmte Pathologe Rudolf Virchow hat zusammenfassend den „ärztlichen Kunstfehler“ bereits vor über 100 Jahren sinngemäss definiert, als ein Verstoss gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht. Virchow sagt aber ebenfalls, dass auch die beste medizinische Bildung Irrtümer, sowohl in der Erkennung, als auch in der Behandlung von Krankheiten nicht ausschliesse.

#### Grenzfall Lagerungsschaden

Von Seiten gewisser Ärzte wurde lange Zeit angezweifelt, dass das Verwirklichen von gewissen spezifischen Gefahrenzuständen in Verbindung mit einer Behandlung noch unter die Rubrik der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung falle. Diese angezweifelte Zuordnung greift jedoch immer dann, sofern ein Risiko bereits hinlänglich bekannt ist und sich bei Anwendung der gebührenden Aufmerksamkeit klar vermeiden lässt.

D.h. in besonders gelagerten Fällen ist der Patient bezüglich Kausalität durch eine reduzierte Beweisanforderung begünstigt. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn zum Zeitpunkt der Diagnostik / Behandlung nicht nur eine damit einhergehende potentielle Gefährdung – dies basierend auf spezifischen Kenntnis und individueller Fähigkeit – zu erkennen war, sondern wenn zugleich auch die Grenzen allgemein erlaubter Risiken einer spezifischen Heilbehandlung unentschuldbar überschritten wurden. Dies trägt dem Grundsatz Rechnung, dass der Arzt alle Vorkehrungen zu treffen hat, um voraussehbare negative Ergebnisse im Interesse des Patienten zu verhindern oder soweit möglich zu minimieren. Der aus objektiver Sicht nicht mehr verständliche Eintritt eines negativen Ergebnisses begründet dann eine tatsächliche bzw. natürliche Vermutung, dass der Arzt – die ärztlichen Hilfspersonen – nicht alle gebotenen Vorbeugungsmassnahmen getroffen hat und dass demzufolge auf eine grobe Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht geschlossen werden darf.

Ein in medizinischen Fachkreisen oft diskutiertes Beispiel ist der Lagerungsschaden: Bei dem sich unter Narkose befindenden Patienten kann es infolge falschen Positionierens / Fixierens des Körpers auf dem Operationstisch zu einem Körperschaden kommen, der sich etwa als druckbedingte Nervenlähmung bzw. Untergang von Muskel- oder Hautgewebe in Folge einer mangelhafter Durchblutung äussern kann.

Der Patient kann zwar vom Arzt über das potentielle Risiko Lagerungsschaden aufgeklärt werden, verwirklicht sich das Risiko aber, so stellt dies eine grundsätzlich vermeidbare objektive ärztliche Sorgfaltspflichtverletzungen dar. Zu diesem Umstand kann der Patient gar nicht einwilligen. Das vom Grundsatz her bekannte behandlungsimmanente Risiko – aber letzten Endes vermeidbare Risiko einer körperlichen Beeinträchtigung – ist keinesfalls vom Patienten zu tragen. Diese Risikoverwirklichung wird gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung klar als ärztliches Fehlverhalten (bzw. allfällig der vom Arzt hinzugezogenen Hilfsperson) eingestuft und kann zu einem Haftungstatbestand führen.

## VI. Algorithmus ‚Haftung im Zivilrecht‘

Die Abb. 6 veranschaulicht vereinfacht, nach welchen zivilrechtlichen Regeln im Falle eines gegebenen medizinischen Schadens juristisch der Sachverhalt abzuhandeln ist. Zudem wird aufgezeigt, wie sich die Beweislast zwischen den Parteien Arzt (bzw. Spital) und dem zu Schaden gekommenen Patienten, abgeleitet aus Art. 41 OR bzw. alternativ Art. 97 Abs. 1 OR in Verbindung mit den Bestimmungen aus dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR), verteilt.

Je nach Ausgangslage, welche zum Schaden führte, kann im Zivilrecht die zu prüfende Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht: a) einerseits unter die Bestimmung der unerlaubten Handlung und damit unter den Begriff Widerrechtlichkeit (so auch im öffentlichen Recht, der Staatshaftung); und b) andererseits bei bestehendem Behandlungsvertrag unter den Begriff Vertragsverletzung fallen. Bei beiden Anspruchsgrundlagen liegt die Beweislast für das Vorliegen der monierten Pflichtverletzung vollumfänglich auf Seiten des Patienten. Ist die Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht, der Verstoss gegen Regeln der medizinischen Wissenschaft unbestritten, so muss der Patient in einem weiteren Schritt auch den Kausalzusammenhang zwischen dem von ihm erlittenen Schaden und der geltend gemachten Widerrechtlichkeit bzw. gerügten Vertragsverletzung beweisen.

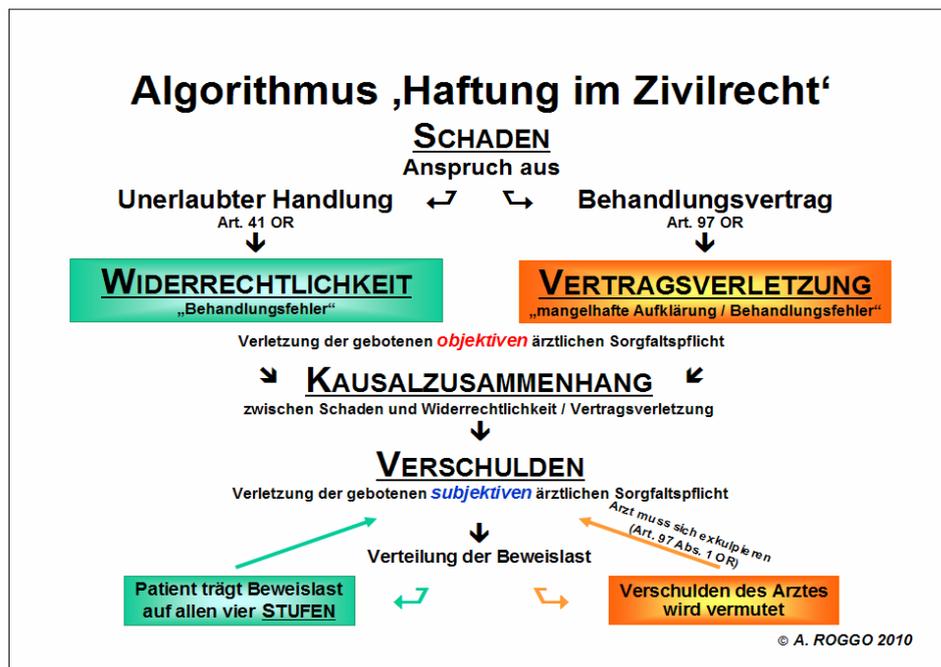


Abb. 6

Lediglich beim Beweis der Verletzung der subjektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht, somit der Frage nach dem Verschulden des Arztes, liegt je nach verwendeter Anspruchsgrundlage eine unterschiedliche Beweislastverteilung vor.

Muss im Rahmen des deliktischen Verhaltens (d.h. einer Haftung aus unerlaubter Handlung) der Patient noch die volle Beweislast für das Verschulden des Arztes – der Verletzung einer

2010 © Antoine Roggo, MD / JD

subjektiven Sorgfaltspflicht – tragen, so wird ein Verschulden im Vertragsrecht (vorliegend im Behandlungsvertrag) in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OR bereits im Gesetz antizipiert, Zitat: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle“.

Somit muss der Patient im Falle der vertragsrechtlichen Schuldfrage das Verletzen einer subjektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht nur behaupten und nicht – wie bei der Haftung aus unerlaubter Handlung – zudem auch noch beweisen. Der Arzt muss sich im Vertragsrecht vom Vorwurf des subjektiven schuldhaften Verhaltens demgegenüber exkulpieren. Der Arzt ist laut Art. 97 Abs. 1 OR dahingehend beweisbelastet, als dass nunmehr er sein Verhalten als Regel konform und damit als nicht vorwerfbar fehlerhaft unter Beweis stellen muss.

D.h., solange die ärztliche Fehlleistung noch nach dem reinen Verschuldensprinzip beurteilt wird, muss der Arzt nur für jene schädigenden Folgen rechtlich einstehen, zu denen es durch ein schuldhaftes Ausserachtlassen seiner subjektiven Sorgfaltspflicht gekommen ist. Diese Pflicht hängt von der konkreten Situation ab, wie sich dieselbe zum gegebenen Zeitpunkt präsentierte. Das Verhalten des Arztes ist somit aus der „ex ante Perspektive“ und nicht „ex post“ zu beurteilen – konkret nach denjenigen Regeln, die zum Zeitpunkt des Ereignisses, des Setzen des Schadens, verbindlich waren.

Ergänzung: Im Falle einer körperlichen Beeinträchtigung liegt aus strafrechtlicher Sicht meistens der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung vor. Von Fall zu Fall kann eine Tötlichkeit bis sehr selten zur absichtlichen einfachen oder schweren Körperverletzung vorliegen. Weiter soll hier nicht auf das Strafrecht eingegangen werden.

## **VII. Vorgehensweise beim möglichen Behandlungsfehler**

### Gedächtnisprotokoll

Im Falle eines sich verwirklichten Behandlungsfehlers bzw. dem nahe liegenden Verdacht, dass sich ein Fehler ereignet habe, gilt es im Interesse aller Beteiligten Ruhe zu bewahren, zusammenzuarbeiten und den Sachverhalt korrekt und damit auch für Dritte nachvollziehbar zu dokumentieren.

In der Praxis zählen die von den Beteiligten unverzüglich angefertigten, mit Ort, Datum und Uhrzeit versehenen Gedächtnisprotokolle zu der gängigen Dokumentationsform. Gleichzeitig ist die Krankenakten chronologisch korrekt und insbesondere objektiv nachzuführen.

### Kommunikation / Beweismittel sicherstellen

Im Spital sind zwingend die Fach-Vorgesetzten zu informieren (Chef-Sache!) und je nach Komplexität auch die Spitalleitung. In jedem Falle sind alle Beweismittel sicherzustellen wie Dokumente (Krankenakten mit Beilagen), Geräte, Spritzen, Tablettenpackungen, usw.

Im Spital wie auch in der Hausarztpraxis gilt es den Patienten – und sofern von Relevanz natürlich auch dessen nahen Angehörigen – so rasch als möglich zu orientieren. Im Rahmen einer offenen Aussprache gilt es die objektiven Hintergründe der abweichenden Ist-Situation im Vergleich zur grundsätzlich angestrebten Soll-Situation zwingend darzustellen, allenfalls in Anwesenheit unbefangener Drittpersonen im Sinne von Zeugen. Das Gespräch soll ohne voreilige Schuldanerkennung oder Haftungszusage sein. Die provisorische / vorsorgliche Anmeldung eines möglichen oder verwirklichten Behandlungsfehlers an den jeweiligen Haftpflichtversicherer ist von Vorteil, auch wenn eine allfällige „Schuldfrage“ noch gar nicht geklärt ist. Die Anmeldung erfolgt dementsprechend ohne etwelches Präjudiz.

Sieht sich ein Arzt – oder ein Ärzte-Team – ungerechtfertigten Vorwürfen und Ansprüchen ausgesetzt, dann soll der Patient oder dessen ihn stellvertretenden Personen (Angehörige, Anwalt) auf die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme mit der spezialisierten und neutralen FMH-Gutachterstelle, Postfach 293, 3000 Bern 16, hingewiesen werden.

### Behandlungsfehler mit Todesfolge

Grundsätzlich ist bei jedem Todesfall in der ärztlichen Praxis – sei die Ursache klar oder unklar und mit oder ohne (unmittelbar) vorangegangene medizinische Behandlung – eine Meldung erforderlich. Diese Meldung kommt nicht dem Eingeständnis einer allfällig unterlaufenen Sorgfaltspflichtverletzung gleich. Sie dient erfahrungsgemäss viel häufiger der Entlastung des Arztes als dessen Belastung. Durch dieses Verhalten können eventuelle latente, noch unausgesprochene Vorwürfe gegen den Arzt bereits proaktiv angegangen werden. Bei Unklarheiten kann der Dienstarzt des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Bern als Auskunftsstelle rund um die Uhr telefonisch und unter anonymer Schilderung des Falles kontaktiert werden (Bürozeit Nr. 031 631 8411, ansonsten über die Einsatzzentrale der Kantonspolizei Bern Nr. 031 634 1111 oder über die Notrufnummer der Polizei Nr. 117).

Tritt der Tod in Folge einer sicheren Sorgfaltspflichtverletzung ein, aber auch bei einem so genannten „Mors in Tabula“ (Eintritt des Todes auf dem Operationstisch bzw. einem anderen Behandlungstisch, d.h. in unmittelbarem Zusammenhang mit dem ärztlichen Eingriff), so liegt klar ein aussergewöhnlicher Todesfall (agT) vor – und kein natürlicher oder unklarer. Dieser

Todesfall ist entsprechend zwingend der zuständigen untersuchungsrichterlichen Behörde / dem Untersuchungsrichter zu melden.

Merke: Nur der Untersuchungsrichter – und somit keine Privatperson, also auch kein direkt involvierter Arzt – kann im Gefolge der Meldung eines agT die gerichtliche Obduktion mit all ihren Konsequenzen in Auftrag geben.

#### Vorschlag für einen Fragenkatalog an den medizinischen Sachverständigen

Nachfolgend ist das Beispiel eines Fragenkatalogs wiedergegeben. Dieser Katalog muss erfahrungsgemäss den individuellen Gegebenheiten angepasst werden und erhebt keinen Anspruch auf abschliessende Vollständigkeit:

1. Welcher medizinische / gesundheitliche Schaden liegt vor?
2. Ist dieser Schaden Ausdruck einer Verschlechterung der Krankheit des Patienten (krankheitsimmanentes Risiko)?
3. Ist dieser Schaden Folge eines nachvollziehbaren diagnostischen Irrtums?
4. Ist dieser Schaden Folge einer Behandlungskomplikation / bzw. -nebenwirkung (behandlungsimmanentes Risiko) innerhalb eines erlaubt einzugehenden Risikos?
5. Ist dieser Schaden Folge eines Behandlungsfehlers, einer Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht, d.h. einem Verstoss gegen verbindlich geltende Regeln der medizinischen Wissenschaft?

Folgende ergänzende Fragen (Nr. 6 - 10) erfordern nur eine Antwort, sofern gemäss Frage 5 der Behandlungsfehler, die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht, bejaht wird:

6. Wäre der Schaden letztlich vermeidbar gewesen, wenn nach den verbindlich geltenden Regeln der medizinischen Wissenschaft gehandelt worden wäre?  
(Bei einem Todesfall ist zudem zu fragen, ob der Tod unter Einhaltung der geltenden Regeln hätte wesentlich verzögert werden können)
7. Wurden für das allfällige Eintreffen eines Schadensfalles – wie dem vorliegenden – entsprechend ausreichende medizinische Vorsichtsmassnahmen getroffen (Schulung des Personals, Alarmierungsorganisation, fachkompetentes Personal rasch vor Ort, Verfügung von Medikamenten, Notfalleinrichtungen, usw.)?
8. Können detaillierte Erläuterungen zur konkreten Situation, in welcher sich der eingetretene Schaden ereignet hat, gemacht werden (Wahloperation, Dringlichkeit, Notfall, Ausbildungsstand des Arztes, Tages-Nachtzeit, vorausgegangene Präsenzzeit vor Ort / Rufbereitschaft, usw.)?
9. Falls der Schaden durch eine hierarchisch nachgestellte Person verursacht wurde: War die Fachkompetenz dieser Person gegeben (Übernahmefahrlässigkeit durch Schädiger); bzw. wurde die Person hinreichend überwacht (Garantenstellung durch Vorgesetzten)?

10. Wurde bei erfolgter Delegation an die Drittperson zur Vornahme der Massnahme, welche zum Schaden führte, den entsprechenden Pflichten des fachlichen Vorgesetzten / Delegationsbefugten nachgekommen (Selektionskontrolle, klare Instruktion und korrekte Überwachung, allfällige Korrekturpflichten im Vorfeld, usw.)?

11. Haben Sie sachdienliche Ergänzungen?

## **VIII. Rechtsgenügende Aufklärung des Patienten**

### Allgemeine Ausgangslage

Die Medizin und damit das Handeln der Ärzte werden für den Patienten wegen dem rasanten wissenschaftlichen Fortschritt immer weniger validier- und damit auch nachvollziehbar. Das Wissens- und Machtgefälle zwischen Arzt / Patient hat sich über die letzten Jahre hinweg entsprechend erhöht. Als Ausgleich werden hierzu diverse Patienten(schutz)rechte in den Mittelpunkt gerückt. Der Patient als Laie im komplexen, medizinischen Umfeld läuft ansonst Gefahr, zu einer Art von „selbstverständlichem Humanexperiment“ zu werden.

In diesem speziellen Umfeld zeichnet sich das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht nur durch das besondere Vertrauensverhältnis, sondern auch durch die Erwartung des Patienten an die besondere Sorgfaltspflicht des beauftragten Arztes aus. Dabei lässt sich der konkrete Umfang an ärztlicher Sorgfaltspflicht aus der rechtlichen Perspektive nicht für jeden Fall verbindlich abstrakt festlegen. Bei genauerem Hinsehen sind gegenseitige Erwartungen, Bedürfnisse und Risikobereitschaft der involvierten Vertragsparteien Patient / Arzt (Spital) zu individuell.

Der Druck ist hoch, innovative Produkte und Therapieformen wegen der kostenintensiven medizinischen Forschung möglichst rasch auf den Markt zu bringen. Das hierbei parallel ablaufende Marketing der Industrie führt beim Patienten oft nur zu vermeintlich verbesserten Kenntnissen um medizinisches Fachwissen und medizinrechtliche Fragestellungen. Eine Ausgangslage, die beim Patienten nicht selten irrationale Erwartungen – beispielsweise auf ein perfektes Ergebnis wie einer Heilbehandlung mit Erfolgsgarantie – weckt, was die Ärzte bzw. die Medizin als solche in der gegebenen Situation nicht zu erfüllen in der Lage sind.

### Aspekte aus dem Zivilrecht

Angetrieben durch den Wunsch, einen finanziellen Ausgleich für die entgangene Gesundheit zu erhalten, werden immer systematischer Haftungsansprüche geltend gemacht, sobald die hohe Erwartungshaltung nicht erfüllt wurde bzw. das Wunschergebnis nicht eingetreten ist. Aus prozesstaktischen Überlegungen wird im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung im Zivilrecht von der materiell juristischen Anspruchsgrundlage des Behandlungsfehlers / der

ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung Abstand genommen und der Ausweichtatbestand / Alternativtatbestand des ärztlichen Aufklärungsfehlers geltend gemacht (vgl. hievon Details in Kapitel VI. Algorithmus ‚Haftung im Zivilrecht‘ sowie insbesondere auch Abb. 6).

Die unzureichende Eingriffsaufklärung (Behandlungsfehler im weiteren Sinne, siehe hienach) ist vom Patienten schlichtweg einfacher und schneller zu behaupten, als dass er mittels substanziiertem und damit oft sehr aufwendigem Sachvortrag darzustellen / zu beweisen hat, dass die monierte medizinische Massnahme (Behandlungsfehler im engeren Sinne) nicht nach verbindlich geltenden Regeln der medizinischen Wissenschaft durchgeführt wurde.

### Aspekte aus dem Strafrecht

Nebst allen zivilrechtlichen Bestimmungen darf in Verbindung mit der Heilbehandlung die strafrechtliche Betrachtungsweise nicht vergessen werden. Im Strafrecht erfüllt grundsätzlich jede körperliche Integrität beeinflussende Heilbehandlung primär die Tatbestandsmerkmale einer Körperverletzung. Dies trifft sowohl auf therapeutische, als auch auf rein diagnostische Massnahmen zu.

Die Heilbehandlung gilt solange als Körperverletzung, als hierfür kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dieser ergibt sich in der Regel durch Einwilligung des über den Eingriff informierten Patienten (verfassungsmässig gewährleistetes Selbstbestimmungsrecht), durch einen Notstand bzw. durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten (Geschäftsführung ohne Auftrag), allenfalls durch eine Amtspflicht.

Die Einwilligung kann der Patient im Regelfall jedoch nur dann rechtmässig abgeben, sofern er ordnungsgemäss vorgängig eine rechtsgenügende Aufklärung über die anstehenden Massnahmen erhalten hat. Demzufolge ist der Patient zur Ausübung und zum Schutz seines Selbstbestimmungsrechts klarerweise vor Beginn von diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen hinlänglich zu informieren.

### Fehlende Aufklärung

Liegt keine (in Ausnahmefällen auch keine mutmassliche, hypothetische) Einwilligung vor, so ist der Straftatbestand der Körperverletzung gegeben. Dies trifft auch dann zu, wenn der Arzt in Anwendung der geltenden Regeln der medizinischen Wissenschaft behandelte. In der Gesetzgebung von Österreich gibt es einen eigens hierfür geschaffenen Straftatbestand der Eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 StGB), die als Antragsdelikt formuliert ist.

Im Zivilrecht haftet der Arzt bei fehlender Patientenaufklärung – obschon dies im konkreten Fall unverkennbar möglich *und* auch erforderlich gewesen wäre – zudem unabhängig von der medizinischen Zielsetzung für jeglichen Schaden infolge Misslingens der Behandlung.

Der Eingriff erfolgte nach herrschender Lehre als Ganzes rechtswidrig. D.h. der Arzt ist somit selbst dann für jeden Schaden verantwortlich, wenn ihm keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann, sondern sich „nur“ nicht beherrschbare krankheits- bzw. nicht vermeidbare therapieimmanente Komplikationen oder Nebenwirkungen verwirklichten. Dieser aus der langjährigen Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht entwickelte Ansatz lässt sich sowohl aus dem Vertragsrecht, den allgemeinen Persönlichkeitsrechten als schliesslich auch aus dem Deliktsrecht begründen.

### Arten von Patientenaufklärungen

Angesichts der hievor angesprochenen Aspekten – der stark in den Vordergrund gerückten Problematik / Notwendigkeit einen Patienten zu informieren – muss der Arzt schon alleine aus juristischen Gründen den erhöhten Anforderungen einer rechtsgenügenden Aufklärung des Patienten gerecht werden.



Abb. 7

In Abb. 2 in Kapitel III. Grundsätzliches zur individuellen Arzt-Patient-Beziehung sind die wesentlichen vom Arzt zu erfüllenden Merkmale im Behandlungsvertrag aufgelistet. Diese Liste zeigt, dass die Patientenaufklärung den Stellenwert einer Nebenpflicht im Rahmen der Nebenleistungspflicht Sorgfalt innehat. Mittlerweile lassen sich unterschiedlichste Formen von Patientenaufklärungen erwähnen. In Abb. 7 sind die wesentlichsten Formen dargestellt, dies ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Nebst den traditionellen Aufklärungen – wie die der Eingriffs- bzw. Sicherungsaufklärung – haben die Aufklärung über die Organisation, den möglichen oder nicht möglichen Dienstleistungsservice einer Praxis / Institution; die Fragen

zur Offenbarung von unterlaufenen Behandlungsfehlern; und nicht zu letzt wirtschaftliche Belange zu Fragen „Wer bezahlt was“ an echter Bedeutung gewonnen.

Den weiterhin grössten Stellenwert hat sicherlich die Eingriffsaufklärung, in Deutschland Selbstbestimmungsaufklärung genannt (vgl. Abb. 7). Die unzureichende Eingriffsaufklärung im Vorfeld einer anstehenden Diagnostik / Therapie ist gemäss Lehre als Behandlungsfehler im weiteren Sinne zu verstehen. Eine unzureichende bzw. fehlende Aufklärung muss der Patient nur behaupten und nicht beweisen („negativa non sunt probanda“).

Demgegenüber ist die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer laufenden Diagnostik / Therapie zu erfolgende Sicherungsaufklärung betreffend allfälligen Massnahmen in Sachen Medikamenteneinnahme, Patientenverhalten abzugrenzen. Diese Sicherungsaufklärung – in Deutschland auch als therapeutische Aufklärung bezeichnet – ist als enger Bestandteil der Heilbehandlung zu verstehen. Nach der herrschenden Lehre zählt eine unzureichende Sicherungsaufklärung folgedessen zu den Behandlungsfehlern im engeren Sinne.

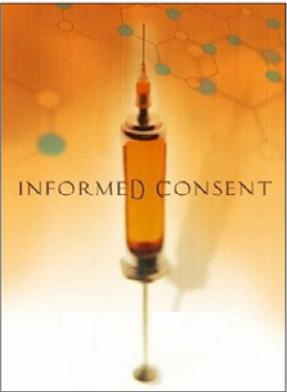
#### Anforderungen an eine rechtsgenügende Eingriffsaufklärung

Die Eingriffsaufklärung ist wesentlicher Bestandteil für den Patienten, damit dieser sein Selbstbestimmungsrecht hinreichend ausüben kann. Die so genannten Key-Points, d.h. die wesentlichen Merkmale, sind in Abb. 8 zusammengefasst.

## **Aufklärung zur Selbstbestimmung**

**K-Points:**

- Ausführliches Gespräch**
- Diagnostik und Therapie / Alternativen**
- Relevante Risiken / Komplikationsdichte**
- Konsequenzen (Verständnis wecken)**
- Dokumentation des Informed Consent**
- ...



© A. ROGGO 2010

Abb. 8

Mit dieser Übersicht sei nochmals in Erinnerung gerufen: Liegt im Regelfall keine oder nur eine ungenügende Eingriffsaufklärung vor, dann kann im Zivilrecht die Anspruchsgrundlage 2010 © Antoine Roggo, MD / JD

der Vertragsverletzung geltend gemacht werden bzw. resultiert im Strafrecht der Tatbestand der Körperverletzung mangels Rechtfertigungsgrundes der notwendigen Einwilligung auf Basis einer zugrunde liegenden rechtsgenügenden Patientenaufklärung.

Wie eine rechtsgenügende Eingriffsaufklärung vom Ablauf und vom Inhalt her im Regelfall zu erfolgen hat, d.h. beim handlungsfähigen Patienten bzw. beschränkt handlungsunfähigen Jugendlichen ohne Vorliegen einer Notfallsituation, findet sich in Abb. 9 und 10 dargestellt.

## Aufklärung Selbstbestimmung: Ablauf

- ☞ **ausführliches und persönliches Gespräch**
  - Fester Bestandteil ärztlichen Handelns (keine nichtärztliche Hilfsperson)
  - Bringschuld aus Behandlungsvertrag
  - Recht zur Delegation mit Auflagen (Verantwortung verbleibt beim Akteur)
- ☞ **möglichst einfache, bedürfnisgerechte Wortwahl**
  - Diagnostik / Therapie sachdienlich vermitteln
- ☞ **Hilfsmittel: Texte / Bildmaterial / Internet !**
  - „Stufenaufklärung“
- ☞ **Dokumentation**
  - Aufklärungsprotokoll zu Gesprächsinhalt, Gesprächsdauer, Datum
  - Rechtfertigung einer „Körperverletzung“ auf Basis der Einwilligung
  - Einwilligung verliert ohne Aufklärung ihre Kraft
  - Unterschrift erbitten (Arzt trägt Beweislast der erfolgten Aufklärung)
  - Ev. anwesende Personen namentlich im Protokoll aufführen

© A. ROGGO 2010

Abb. 9

## Aufklärung Selbstbestimmung: Inhalt

Symptome / Krankheit ➔ Differentialdiagnose / Diagnose

Diagnostik / Therapie ➔ Wahlmöglichkeit

- ↳ Nutzen / Vorteile / echte Alternativen
- ↳ Empfehlung für die Wahl der optimalen Lösung
- ↳ **Methodenwahl bleibt grundsätzlich Sache des Arztes**

Risiken die für den spezifischen Patienten von Relevanz sind

- ↳ Eintrittswahrscheinlichkeit mal Auswirkung / Tragweite des Risikos

Verlaufsaufklärung zum organisatorischen Ablauf

- ↳ Patient muss wissen **was** geschieht  
**wann** etwas geschieht  
**wie** sich verhalten
- ↳ mögliche Therapie- / Operationserweiterung

Konsequenzen aufzeigen und Verständnis wecken

- ↳ zu erwartender Verlauf mit / ohne Intervention

© A. ROGGO 2010

Abb. 10

Inhalte von Aufklärungsgesprächen sowie Ergänzungsfragen und Antworten sind angesichts der zivilrechtlichen Beweislastverteilung vom Arzt unter Angabe von Datum und Dauer des Gespräches zu dokumentieren. Das Aufklärungsprotokoll sollte vorzugsweise mittels einer Unterschrift des aufgeklärten Patienten (Stellvertreter) bekräftigt werden.

Die aufklärungsberechtigte Person und damit verbunden die Befugnis zur Einwilligung in die Heilbehandlung hängen nicht nur von der uneingeschränkten Handlungsfähigkeit ab, sondern vielmehr auch von der natürlichen Einsichts- und Entschlussfähigkeit des jeweiligen Adressaten. Demzufolge dürfen auch ältere Jugendliche bei gegebener voller Urteilsfähigkeit aber noch fehlender Mündigkeit – so genannte beschränkt handlungsunfähige Personen – vom Arzt direkt aufgeklärt werden. Ist dies von Fall zu Fall nicht (nur) der Patient alleine, so soll die Aufklärung auch derjenigen Person zuteil werden, welche am Schluss verbindlich in eine Heilbehandlung einwilligen kann, d.h. dem stellvertretenden Einwilligungsbefugten.

Erhebliche Konflikte können für den Arzt insofern dann entstehen, als ein uneingeschränkt urteilsfähiger Minderjähriger unmissverständlich darauf besteht, die ärztliche Schweigepflicht gegenüber seinen Eltern zu beachten.

Demgegenüber verlangen die Eltern vom Arzt Aufklärung zum medizinischen Sachverhalt. In solchen Fällen muss der Arzt prüfen, ob die relevanten medizinischen und zudem auch die wirtschaftlichen Sachverhalte vom Minderjährigen mit einer ausreichenden Einsichtsfähigkeit selbst überblickt und beurteilt werden können. Ein Gespräch über Diagnose und Therapie gibt dem Arzt häufig Aufschluss darüber, wieweit die Einsicht des Adoleszenten konkret reicht, und gibt wertvolle Anhaltspunkte über mögliche Vorbehalte gegenüber den Eltern.

Urteilsunfähige Patienten sowie Kinder können ihre Angelegenheit nicht selbst wahrnehmen, sie sind auf Handlungen Dritter angewiesen. Die somit fehlende Handlungsfähigkeit ist durch die Mitwirkung des gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters zu ersetzen oder zu ergänzen. Hierbei werden im Falle des unmündigen bzw. entmündigten, nicht unter Vormundschaft gestellten Kindes bzw. Erwachsenen (bzw. beim habituell urteilsunfähigen Patienten) die Inhaber der elterlichen Gewalt des Patienten kraft Gesetzes als gesetzliche Vertreter bestellt. Gibt es keine Eltern mehr, wird kraft behördlicher Verfügung ein Vormund bestellt.

### Therapeutisches Privileg

Das so genannte Therapeutische Privileg – auch „Barmherzige Lüge“ genannt – gibt zu teils heftigen Konfrontationen Anlass. Im Vordergrund steht die Streitfrage „salus aut voluntas“ (Wohl oder Wille des Patienten?) verbunden mit dem Vorwurf einer paternalistischen Bevormundung des Patienten durch den Arzt. Hierzu zählt die Problematik: Medizinische

Kontraindikation zur Aufklärung?, einer jener Aspekte, in welchem juristische und ärztliche Auffassungen zum Teil äusserst kontrovers aufeinander prallen.

Es stellt sich die Frage, ob eine vorbehaltlose Aufklärung dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in jedem Fall dient oder ob es Grenzen an Aufklärungsumfang gibt. Grenzen, deren Überschreitung zumindest keinerlei Vorteile oder gar weit reichende Nachteile für den Patienten mit sich bringen. Erfahrungsgemäss dürfte das etwa dann zutreffen, wenn die Eröffnung einer deprimierenden, gar fatalen Diagnose Anlass zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Patienten gibt bzw. dieselbe dadurch gänzlich ausgeschlossen wird („psychisch gelähmter“ Patient). Im Extremfall heisst dies für den Arzt, dass „im weiteren Sinn eine Tötung durch Aufklärung“ (Suizidgefahr) zu verhindern ist.

Laut Bundesgericht darf der Arzt in begründeten Fällen zumindest gegenüber dem Patienten eine schockierende Diagnose bzw. folgenschwere Prognose verheimlichen, der Arzt hat aber grundsätzlich die Angehörigen zu informieren, so noch in BGE 105 II 284, S. 288 E. 6c, Zitat: „*Un pronostic grave ou fatal (...) peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches*“. Der Arzt ist aus eigenem Interesse gehalten, die Beweggründe, welche für eine Informations-Zurückhaltung sprechen, substantiiert in den Akten zu dokumentieren.

### Sonderfragen

Wird dem Arzt eine mangelhafte Aufklärung vorgeworfen steht ihm der Entlastungsbeweis mittels Rechtsfigur der so genannten mutmasslichen, der Hypothetischen Einwilligung offen. Diese aus Lehre und Rechtsprechung heraus entwickelt Einwilligungsfiktion hat sich in der Zwischenzeit als Korrektive zur Begrenzung ärztlicher Aufklärungsfehler gefestigt.

Die Beweislast für den Einwand der hypothetischen Einwilligung hat in jedem Falle der Arzt zu tragen, da es sich um sein Verteidigungsmittel handelt. Die Einwilligungsfiktion ist nicht auf belastende diagnostische oder therapeutische Massnahmen oder Risiken übertragbar, welche beim Patienten nicht nur zwingend einen erhöhten Informationsanspruch wachrufen, sondern das entsprechende Wissen auch einen echten Entscheidungskonflikt auslösen dürfte.

Die grundsätzliche Aufklärungspflicht des Arztes ist unbestritten, woraus sich unweigerlich eine strenge Voraussetzung an den Nachweis der hypothetischen Einwilligung ergibt. Zur Beurteilung dieser Einwilligungsfiktion kann zudem nicht bloss darauf abgestellt werden, ob ein vernünftiger, besonnener Patient nach erfolgter rechtsgenügender Aufklärung seine Einwilligung erteilt hätte. Massgebend muss vielmehr sein, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen – d.h. aus der ex ante Betrachtung – in Kenntnis der Sachlage verhalten hätte.

Der Patient kann unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit dem ärztlichen Einwand der Einwilligungsfiktion entgegensetzen, er hätte sich bei ordnungsgemässer Aufklärung in

einem ernsthaften Entscheidungskonflikt darüber befunden, ob er die Behandlung – wie vom Arzt tatsächlich durchgeführt – hätte vornehmen lassen. Die Darlegung des Konfliktes bzw. der Verweigerung der Einwilligung zum Eingriff muss angesichts des komplexen Systems wechselseitiger Interpretationen – damit den Beweisschwierigkeiten des Arztes Rechnung tragend – plausibel sein. Insoweit trifft den Patienten eine klare Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des Sachverhaltes, handelt es sich doch um Tatsachen, die regelmässig aus seinem Wissensbereich stammen.

Für den kasuell Urteilsunfähigen, d.h. nur vorübergehend handlungsunfähigen Patienten kann schliesslich auch ein von ihm im Vorfeld selber, d.h. vor Verlust der Handlungsfähigkeit eingesetzter, gewillkürter Vertreter nach den Regeln über das Stellvertretungsrecht (Art. 32 bis 37 OR) rechtswirksam handeln. Hierbei sind die Interessen des Vertretenen für den Arzt nachvollziehbar zu wahren.

Ein künftiger Patientenwille kann auch in einer allgemeingehaltene Patientenverfügung bzw. einem Patiententestament festgehalten werden mit konkreten Hinweisen zum erlaubten Tun oder notwendigen Unterlassen (z.B. keine lebenserhaltende oder lebensverlängernde Massnahmen bei infauster Prognose). Der Arzt hat sich an eine solche Verfügung zu halten. Dies folgt aus der Menschenwürde, die es gebietet, das in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn jemand zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit einer Entscheidung – wie etwa die Therapieeinschränkung oder ein Therapieabbruch – nach dem mutmasslichen Willen des Patienten. Dieser Wille ist individuell aus früheren Lebensentscheidungen, den Wertvorstellungen und Überzeugungen zu ermitteln. In aller Regel werden hierfür nähere Angehörige sinnvollerweise als Informationspersonen mit einbezogen.

## **IX. Sterbehilfe / Beihilfe zum Suizid**

### Sterbehilfe

Hierunter sind allgemeine medizinische Entscheidungen / Massnahmen zu verstehen, die klar in Kauf nehmen oder gar zum Ziel haben, den möglichen oder sicheren Todeseintritt eines Patienten zu beschleunigen oder unmittelbar herbeizuführen.

### Passive Sterbehilfe

Verzicht auf bzw. Abbruch von lebenserhaltenden bzw. lebensverlängernden Massnahmen. Dieses Vorgehen ist nicht strafbar.

### Indirekt aktive Sterbehilfe

Einsatz von Mitteln zur Leidenslinderung, welche als Nebenwirkung die Überlebensdauer des Patienten herabsetzen können. Dieses Vorgehen ist nicht strafbar.

### Aktive Sterbehilfe

Die aktive Sterbehilfe durch den Arzt erfüllt den strafrechtlichen Tatbestandsmerkmal einer Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB). Der Patient wird durch ein aktives Handeln des Arztes getötet, z.B. Verabreichung einer Injektion, Einflössung von Gift. Dieses aktive Tätigwerden des Arztes ist in der Schweiz weiterhin verboten, selbst wenn es auf ausdrückliches Verlangen des Patienten hin erfolgt.

### Beihilfe zum Suizid

Die Bereitstellung oder das Verschreibung eines tödlichen Medikamentes mit dem Ziel, dem urteilsfähigen Patienten die Selbsttötung zu ermöglichen ist in der Schweiz straffrei. Dies trifft solange zu, als die Beihilfe nicht aus selbstsüchtigen Beweggründen erfolgt (Art. 115 StGB).

Merke: Die letzte, den Tod herbeiführende Handlung (das zum Mundführen des tödlichen Medikamentes, Öffnen des Hahnes der Infusion oder der Magensonde) hat zwingend durch den urteilsfähigen Sterbewilligen zu erfolgen.

## **X. Berufspflichten**

### Arztgeheimnis

Die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht ist als negative Informationspflicht zu verstehen. Der Arzt hat über das ihm von Seiten des Patienten aus Anlass seines Berufes anvertraute Wissen zu schweigen. Dem Arztgeheimnis – besser wäre der Begriff Patientengeheimnis – liegt folglich das individuelle Interesse eines Patienten zugrunde. Das Wissen des Arztes darf daher nur mit Einwilligung des Betroffenen oder in Ausnahmesituationen des rechtlichen Stellvertreters bzw. auf der Basis einer hoheitlichen Anordnung offenbart werden. Es dürfen bei fehlender Arbeitsteilung / Teambetreuung eines Patienten folglich auch zwischen Ärzten keine vertraulichen Information zu einem Patienten weitergegeben werden.

Hat der Patient ein Recht auf Einsicht in seine eigene Krankenakte? Weil das Arztgeheimnis vom Grundsatz her ein Patienten- und kein Arztgeheimnis ist, kann es dem Patienten nicht entgegengehalten werden. Dem Patienten steht ein Einsichtsrecht zu, die Antwort ist Ja.

Das kennzeichnende Moment des Geheimnisses liegt folgedessen beim Geheimnisträger Arzt und nicht beim Geheimnisherrn Patient. Entsprechend hat der Begriff Arztgeheimnis

eine besondere Bedeutung. Er verdeutlicht nicht, dass etwas geheim sein darf, sondern geheim sein soll. Geheimhaltungswürdig ist in diesem Zusammenhang alles, was der Arzt bei seiner Auftragsausführung in persönlicher und sachlicher Hinsicht von und zu seinem Patienten erfährt.

Die vom Arzt zu erwartende Diskretions- und Geheimhaltungspflicht begründen sich im Behandlungsvertrag, d.h. im Zivilrecht, aus der Nebenleistungspflicht, hierin der Nebenpflicht Sorgfalt (vgl. Abb. 2). Im Strafrecht sind Normen für beamtete Ärzte festgehalten in Art. 320 StGB: Verletzung des Amtsgeheimnis (Offizialdelikt) bzw. für andere Ärzte in Art. 321 StGB: Verletzung des Berufsgeheimnisses (Antragsdelikt).

#### Notwendige Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht

Müssen Auskünfte über Patienten zwingend an Dritte erteilt werden (z.B. auf der Basis kantonaler oder eidgenössischer Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber Behörden / Gerichten), so kann sich der Arzt von der jeweiligen Gesundheitsdirektion von seiner Schweigepflicht in seiner Funktion als Auskunftsperson entbinden lassen (vergleiche etwa Art. 321 Ziff. 2 StGB).

Andere Ausnahmeregelungen, welche dem Arzt ausdrücklich gebieten würden, als Zeuge auch gegen den Willen des Geheimnisherrn über bestimmte, d.h. der Schweigepflicht unterliegende Umstände auszusagen, bestehen nicht. Der Arzt als Geheimnisträger ist dazu verpflichtet, davon Gebrauch zu machen, es sei denn, er könne sich auf die Einwilligung des Geheimnisherrn oder einen anderen Rechtfertigungsgrund berufen.

#### Keine notwendige Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht

Meldepflicht unter anderem bei:

- aussergewöhnlichem Todesfall (agT) direkt an die nächste Polizeidienststelle bzw. an den zuständigen Untersuchungsrichter
- ansteckenden Krankheiten an die zuständige kantonale Stelle (in der Regel Kantonsarzt)

Melderecht unter anderem bei:

- Verdacht auf Körperverletzungen und Sexualdelikte (in den meisten Kantonen)
- fehlender Fahrtauglichkeit / Fahreignung
- Betäubungsmittel-Missbrauch (Art. 15 Abs. 1 BetmG) an die zuständige Behandlungs- oder Fürsorgestelle (nicht an die Polizei oder Justiz!)

## Dokumentationspflicht

Früher herrschte die Auffassung vor, die Dokumentation sei lediglich eine persönliche Gedächtnisstütze für den Arzt / Medizinalfachperson. Dieser Standpunkt ist heute jedoch nicht mehr haltbar. Im Vordergrund stehen dabei regelmässig die Therapiesicherung, die Beweissicherung und die Rechenschaftslegung.

Die Krankenunterlagen bzw. Krankenakten – synonym mehrheitlich als „Krankengeschichte“ bezeichnet – setzen sich aus unterschiedlichen Anteilen zusammen. Terminologisch ist zu unterscheiden zwischen Aufzeichnungen mit weitgehend objektivem (Röntgenbilder, EKG- und EEG-Befunde, Laborresultate usw.) und solchen mit mehr subjektivem Aussagewert (der „eigentlichen Krankengeschichte“, Pflegeberichten, Operations- und Konsiliarberichte usw.). Die „eigentliche Krankengeschichte“ ist üblicherweise das Herzstück der Krankenakte und dient als primäres direktes Arbeitswerkzeug von Medizinalpersonen.

Diesen Vorgaben Rechnung tragend, sind Ärzte und Medizinalpersonen nach dem jeweiligen öffentlichen Gesundheitsrecht der einzelnen Kantone (allfällig auf Basis eines Bundesrechts) gesetzlich gehalten, wesentliche Elemente medizinischer Behandlungen (persönliche Daten des Patienten, Art der Diagnose und Therapie) für jeden Patienten schriftlich niederzulegen und diese Unterlagen auch nach Beendigung der Behandlung oder dem Tode des Patienten noch während einer bestimmten Zeit aufzubewahren. Im Kanton Bern gilt eine Frist von mindestens 10 Jahre in privaten Institutionen (Art. 26 GesG), in öffentlichen Institutionen wird die Frist in der Regel auf 20 Jahre ausgedehnt. Die Dokumentationspflicht lässt sich aber auch aus dem Zivilrecht als vertraglich begründete Pflicht des Arztes zur Aufzeichnung des Behandlungsgeschehens verstehen, umso mehr als vom Arzt gemäss Art. 400 OR Rechenschaft in Verbindung mit dem Behandlungsvertrag verlangt werden kann. Falls die Krankenunterlagen im Original herausverlangt werden, muss der Arzt von seiner gesetzlichen und vertraglichen Aufbewahrungspflicht entbunden werden.

Diese Aufbewahrungs-Bestimmungen dienen gleichermassen den Interessen des Patienten, der behandelnden Medizinalpersonen und der Allgemeinheit. Das Nichtdokumentieren oder eine lückenhafte Dokumentation kann beispielsweise für einen Patienten ein gravierendes Hindernis auf dem Weg zur Rechtsfindung darstellen. Dies kann sogar zu einer fiktiven Umkehr der Beweislast führen indem antizipiert wird, dass das was nicht dokumentiert auch nicht durchgeführt wurde. Routinemassnahmen sowie der pflegerische Grundstandard müssen jedoch nicht dokumentiert werden. Auch im Zusammenhang mit der auf das Jahr 2012 anstehenden Umstellung auf die so genannte Fallpauschale (DRG, Diagnosis Related Groups) – vorerst in der Abrechnung von stationären Behandlungen – sind schon aus rein ökonomischen Überlegungen heraus korrekte Dokumentationen aller erbrachten Leistungen und Aufwendungen unabdingbar.