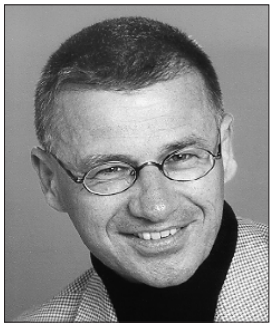
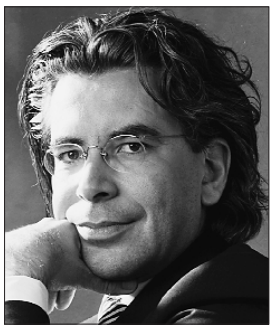
AJP/PJA 4/2006

Offenbarung von Behandlungsfehlern/ Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht – Plädoyer für konstruktive Kommunikation



ANTOINE ROGGO, Dr. med. et Dr. iur., Facharzt für Chirurgie FMH und Intensivmedizin FMH, MBA HSG, Konsulent für Medizinrecht, Bern



DANIEL STAFFELBACH, Rechtsanwalt und nebenamtlicher Bundesrichter, Zürich

Inhaltsübersicht:

I. Non liquet
II. Behandlungsrisiko oder Behandlungsfehler/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht?
  A. Forensische Risiko-Minimierung durch Dialogbereitschaft
  B. Abgrenzung Behandlungsrisiko versus Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht
III. Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne
  A. Ärztliche Unsorgfalt
  B. Primum non nocere bzw. Zumutbarkeit der Erfüllung
IV. Aufklärung über Behandlungsfehler/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht
  A. Naturrecht des Selbstschutzes oder Anspruch auf Offenbarung?
  B. Deutsche Lehrmeinungen zur Offenbarung von Behandlungsfehlern
  C. Grundsatzfragen zum schweizerischen Auftragsrecht
  D. Schweizer Lehrmeinungen zur Offenbarung der eigenen ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung
  E. Zum Umgang mit Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht durch Dritte (Behandlungsfehlern Dritter)
V. Schlussfolgerung

I. Non liquet[1]

Juristisches Denken erfasst die Realität in Rechtsbegriffen und abstrakten Rechtskonstrukten. Aus der Perspektive des Nichtjuristen entfremdet die juristische Sprache den Sachverhalt von seiner eigenen Wahrnehmung. Die sprachliche Entfremdung wird umso stärker empfunden, je mehr der Sachverhalt von Unabwägbarkeiten – bspw. wie die Medizin – oder Emotionen geprägt ist – wie bspw. die Arzt-Patienten-Beziehung. Obwohl diese rein an juristischen Normen orientierte Denkweise die Gefahr in sich birgt, die Realität des Lebens nur vom so genannten "verrechtlichten Standpunkt" aus erfassen zu wollen, wird diese juristische Denkweise auch auf die Arzt-Patienten-Beziehung übertragen. Im vorliegenden Aufsatz versuchen die Autoren deshalb bewusst, auf die Besonderheiten in der sachbezogenen wie emotionalen Interaktion zwischen Arzt und Patient sowie die Unabwägbarkeiten der Medizin aus juristischer wie medizinischer Sicht einzugehen.

Die Arzt-Patienten-Beziehung beinhaltet zwei Interessen: einerseits den Wunsch des Patienten, geheilt zu werden – ohne dabei sein Selbstbestimmungsrecht aufzugeben – und andererseits die vertragliche Hauptleistungspflicht des Arztes, die Heilung sorgfältig anzustreben und dabei den Patienten in die Entscheidungsfindungen bei Diagnostik und Therapie mit einzubeziehen. Hierbei gibt es ein enormes Wissens- und Machtgefälle zwischen Patient und Arzt. Im Normalfall ist es dem Patienten unmöglich, die durch den Arzt erteilten Informationen und vorgeschlagenen Massnahmen zu validieren. Der Patient ist dazu verurteilt, dem Arzt zu vertrauen. Die Heilbehandlung wird dementsprechend weiterhin als Prototyp eines fremdnützigen Vertrauensvertrages gewertet[2].

Das Vertragsverhältnis zwischen Patient und Arzt zeichnet sich nicht nur durch das besondere Vertrauensverhältnis, sondern auch durch die Erwartung des Patienten an die besondere Sorgfaltspflicht des Arztes aus. Dabei lässt sich der konkrete Umfang an ärztlicher Sorgfaltspflicht aus rechtlicher Perspektive nicht für jeden Fall abstrakt festlegen. Zu individuell sind die gegenseitigen Erwartungen, Bedürfnisse und Risikobereitschaften der involvierten Vertragsparteien. In Anbetracht der kompliziert werdenden Organisationen, insbesondere in Spitälern, Ärztenetzwerken und komplexen Behandlungsketten mit notgedrungen wachsenden Arbeitsteilungen wird jeder Versuch, die ärztliche Sorgfaltpflicht mit antizipiert abstrakten, allgemein verbindlichen Regeln zu definieren, scheitern[3]. Als Folge der Leistungsexplosion

1 "Es ist nicht klar", im römischen Gerichtsverfahren auf Täfelchen abgegebenes Urteil bei Stimmenthaltung.

2 JOCHEN TAUPITZ, Die Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens nach schweizerischem Obligationenrecht, in: ZBJV 1993, 671 ff., 679. Beachte auch die Kritik von KLAUS ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis. 3. A., Heidelberg 2003, 8: "Das für die frühere Zeit charakteristische Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ist vielfach von einer rein geschäftsmässigen, vertraglichen Beziehung abgelöst worden: Krankenbehandlung als 'Rechtsverhältnis' kennzeichnet immer öfter die beidseitige Einstellung."

3 BGE 120 II 248, 248 E. 2c; BGE 4C.53/2000, E. 1b: "Die Anforderungen an die aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag abgeleitete Sorgfaltspflicht – welche objektiv zu verstehen und vom Verschulden zu trennen ist – lassen sich nicht allgemeingültig festlegen. Sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum und der Zeit, die dem Arzt zur Verfügung steht, sowie nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die objektiv vom Medizinalpersonal bzw. von der vertraglich verpflichteten Institution erwartet werden dürfen."

in der Medizin ist, so KLAUS ULSENHEIMER[4], über die letzten Jahrzehnte hinweg zudem eine paradoxe Situation zu erkennen: "Der Minimierung des medizinischen Risikos für den Patienten steht eine Maximierung des juristisch-forensischen Risikos für den Arzt gegenüber". Nach praktischer Erfahrung der Autoren ist dies mit einer *der* Gründe, weswegen seitens der Ärzteschaft eine Defensivmedizin gefördert und mittlerweile auch als Selbstverständlichkeit gelebt wird. Das zeigt sich in der Gestalt von Durchführen aller nur erdenklichen, schematischen Untersuchungen anstelle qualitativer und quantitativer, d.h. methodisch-strategisch der Situation adäquat angepasster Diagnostikschritte. Das kann im Einzelfall je nach Ermessen zwar noch tolerabel sein, dürfte aber allgemein gültig betrachtet letztlich im unheilvollen Weg der sinnlosen Überdiagnostik enden[5] und kann – beispielsweise bei radiologischen Abklärungen mit Kontrastmittel – zu einer unnötigen Gefährdung und Belastung des Patienten führen. Das Groteske an der Situation ist derweil, dass sich die konsumorientierte Gesellschaft an diese Überdiagnostik gewöhnt hat und – wenn unter Umständen nicht gewährt – aktiv danach verlangt und sich bei deren Fehlen für nicht genügend medizinisch abgeklärt hält.

Auch die sorgfältigste Anamnese sowie Befundaufnahme führt häufig zu keinen eindeutigen Diagnosen. Die Medizin ist anerkanntermassen keine exakte, sondern eine empirische Wissenschaft. Selbst bei offensichtlicher Diagnose können zudem unterschiedliche Therapien applizierbar sein oder bei verschiedenen Patienten die gleiche Therapie zu unterschiedlichen Resultaten führen. Zur Ausübung des Arztberufes bedarf es deshalb in aller Regel einer wohl überlegten – wobei sorgfältig an die Hand genommenen – Kühnheit, ohne dass dabei gegen geltende Regeln der ärztlichen Kunst verstossen werden darf[6]. Diese Kühnheit ist das Fundament einer allen Interessen gerecht werdenden medizinischen Versorgung bei adäquat hohem Standard.

Die medizinische Versorgung der Bevölkerung in der Schweiz gehört unbestritten zu einer der besten der Welt. Trotzdem sind auch in der Schweiz unweigerlich Misserfolge zu erwarten, d.h. dass nicht erwünschte Ereignisse eintreten, allenfalls Fehler, welcher Art auch immer, gemacht werden[7]. Hierbei sind die Irrtümer oder Behandlungsfehler nicht ausschliesslich auf einen Kreis von verantwortungslosen und/oder inkompetenten Ärzte beschränkt. Irrtümer und Behandlungsfehler sind auf die gesamte Ärzteschaft verteilt[8]. Mögliche Irrtümer und Behandlungsfehler der behandelnden Ärzte gehören im medizinischen Alltag faktisch zu den behandlungsimmanenten Risiken. Sie sind aber rechtlich nicht als solche tatsächliche Risiken akzeptiert. Trotzdem zählt in der Medizin der Umgang mit Behandlungsfehlern zum Gebiet noch ungelöster Konflikte. Ein nicht zu unterschätzendes Hindernis stellt dabei die latente Angst dar, beim Eingeständnis (möglicher) Behandlungsfehler sich unweigerlich nebst mit zivilrechtlichen Folgen auch mit aufsichts- und/oder strafrechtlichen Massnahmen konfrontiert zu sehen[9]. Hier bestände "de lege ferenda" dringender Handlungsbedarf – auch im Interesse der Patientinnen und Patienten, d.h. potentiell betrachtet von uns allen.

Aus nicht kommunizierten und demzufolge nicht diskutierten Fehlleistungen wird oft nicht nur wenig hinzugelernt. Das Stigmatisieren negativer Erfahrungen verhindert

4 ULSENHEIMER (FN 2), 1.

5 ANTOINE ROGGO, Verändert die Haftungsanspruchsgrundlage die Handlungsmaximen der Ärzte?, in: "competence" Hospital Management Forum 2004, 8 ff.; ULSENHEIMER (FN 2), 6 ff., 60.

6 GUNTHER ARZT, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1985, 52 ff., Diskussion 73 ff.: WIEGAND führte 1985 noch aus, dass nach Ansicht des Bundesgerichts zur Ausübung des Arztberufes eine gewisse Kühnheit gehöre, die Juristen niemals einschränken dürfen. Bereits 1987 hat das Bundesgericht aber diese zitierten früheren Entscheidfindungen korrigiert und in BGE 113 II 429, 432 ff. E. 3a unmissverständlich festgehalten: "…die Arzthaftung auf grobe Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht zu beschränken (…), findet im Gesetz keine Stütze." Siehe auch BGE 116 II 519, 521 E. 3: "Dabei ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts die Haftung des Arztes nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt."

7 Zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Aufsatzes besteht etwa in der schweizerischen Herz-Chirurgie-Szene eine nicht von der Hand zu weisende Hektik. Es sei daran erinnert, dass im Jahre 2004/2005 die Justiz gleich drei in der Presse Aufmerksamkeit weckende Zwischenfälle mit Todesfolge zu beurteilen hatte: Unverträglichkeit der Blutgruppen eines transplantierten Herzens an der einen Uniklinik; falsch installierte Briden bei einem Kunstherzen und falsch aufgebaute Herz-Lungen-Maschine bei einem vorgesehenen Herzklappen-Ersatz an der anderen Uniklinik.

8 ATUL GAWANDE, Complications – A Surgeon's Notes on an Imperfect Science, New York/NY 2002, Part I – Fallibility, When Doctors Make Mistakes, 56: "Most surgeons are sued at least once in the course of their careers. Studies of specific types of error, too, have found that repeat offenders are not the problem. The fact is that virtually everyone who cares for hospital patients will make serious mistakes, and even commit acts of negligence, every year."

9 BEVERLY JONES, Nurses and the "Code of Silence", in: ROSENTHAL/SUTCLIFFE (Hrsg.), Medical Error, What Do We Know? What Do We Do?, San Francisco/CA, USA 2002, 91 ff.: "Fear of Malpractice Litigation. The threat of medical malpractice litigation is one of the most obvious barriers to the improvement of patients safety. The fact that action can be initiated for all kinds of errors, no matter how minor, has not only instilled a grave sense of fear in clinicians but has changed clinical practice and increased the cost of health care. Further, disclosing one's own error or a colleague's error poses the risk of financial ruin and loss of professional credibility. These risks also serve as disincentives to participate in improvement strategies to reduce the risk of error."

deren Nutzung als präventiver Denkanstoss für Dritte[10]. Die Literatur, die sich eingehender mit der Frage zur konstruktiven Offenbarung unterlaufener Behandlungsfehler beschäftigt und sich damit zwangsläufig auch mit den Rechtsfolgen auseinandersetzt, ist weiterhin dünn gesät, und hat (noch) zu keinem nachhaltig praktizierten oder gar gesetzlichen Paradigmawechsel Anlass gegeben. Trotzdem sollen unsere medizinrechtlichen Gedanken insbesondere in Arztkreisen nicht als "Bildersturm" verstanden werden[11]. Sie sollen zu einem offensiven und nutzbringenden, proaktiven Umgang mit dem sensiblen Thema "Offenbarung von möglichen Behandlungsfehlern" im Kreise der Betroffenen sowie letztlich beim Gesetzgeber beitragen. Medizinrechtliche Vorgaben dienen nicht nur der retrospektiven Beurteilung einer Handlungsweise bei Streitigkeiten, sondern tragen auch Wesentliches zu einer zukunftsorientierten Teamarbeit bei. Damit wird die Patientensicherheit gesteigert, dem Arzt die Furcht vor stigmatisierender Offenheit genommen und dementsprechend die "Medizin" Qualität und Sicherheit näher gebracht. TAUPITZ[12] zitiert zu Recht EBERHARDT SCHMIDT, der gesagt hat, dass weit mehr als sonst in sozialen Beziehungen im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammenfliesse.

II. Behandlungsrisiko oder Behandlungsfehler/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht[13]?

A. Forensische Risiko-Minimierung durch Dialogbereitschaft

Die perfekte Heilbehandlung kann nicht allgemeingültiger Standard sein[14]. Die biologische Vielfalt kombiniert mit der menschlichen Individualität und der beschränkten Wahrnehmungsfähigkeit macht dieses Ziel unerreichbar. Nicht jede Behandlung führt zu dem vom Patienten bzw. vom Arzt erwarteten oder erwünschten Resultat[15]. Kommt es während der Behandlung zu einer ungewollten Begebenheit oder einem unbefriedigenden Ergebnis, kann sich die Frage stellen, was der Grund hierfür war. Der Umgang mit ungewollten Begebenheiten wird erschwert, wenn möglicherweise ein Irrtum oder ein Fehler vorliegen könnte, da dies für den Arzt oder die Ärztin zur persönlichen Schuld wird. Jeder Arzt erlebt mehrmals in seinem Berufsleben solch unerwünschte Zwischenfälle[16].

Die Medizin ist für den Patienten wegen des rasanten wissenschaftlichen Fortschritts immer weniger nachvollziehbar. Gleichzeitig ist der Innovationsdruck in der Medizin wegen der kostenintensiven Forschung hoch. Weil die Handlungen des Arztes für den Patienten infolgedessen immer weniger validierbar sind, das Wissens- und Machtgefälle zwischen Patient und Arzt sich somit erhöht, werden als Ausgleich die Patienten(schutz)rechte in den Mittelpunkt gerückt[17]. Der Patient als Laie im komplexen, medizinischen Umfeld läuft sonst Gefahr, zum "selbstverständlichen Humanexperiment" zu werden. Das durch Marketingmassnahmen der Industrie verbesserte Patientenwissen um medizinrechtliche Fragestellungen haben beim Patienten aber auch rationale und bedauerlicherweise vor allem auch irrationale Erwartungen an die Medizin geweckt, die der Arzt bzw. die Medizin nicht erfüllen können. Der Arzt sieht sich deshalb aus rechtlicher Perspektive erhöhten Anforderungen an die Aufklärung des Patienten gestellt, da ansonsten medizinischen Eingriffen (oder deren Unterlassung) keine genügende Einwilligung des Patienten zugrunde liegt[18].

---

10 Anders ist dies in der Aviatik oder der Industrie. Hier wurde seit langem eine konstruktive Fehlerkultur im Interesse des Betriebes und auch der Kunden nachhaltig entwickelt und erfolgreich umgesetzt. Natürlich sind Patienten sehr viel komplizierter und empfindlicher als Industrieprodukte. Doch gerade deswegen sollten sich Ärzte bewusst sein, dass sie an ihren Patienten Irrtümer/Fehler begehen, sich dieser Realität anpassen und die perpetuierende Fehlersituation nicht verschlimmern, sondern durch geteilte Erfahrung verbessern.

11 Es gibt Ärzte, die immer wieder monieren, dass heutzutage die Juristen und vor allem die Gerichte sich zu sehr in die an und für sich schon heikle Arzt-Patienten-Beziehung im Sinne eines "Diktates juristischer Zwänge" einmischen würden.

12 JOCHEN TAUPITZ, Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?, in: NJW 1992, 713 ff., 719.

13 Rechtsdogmatisch wird bei einem Behandlungsfehler von einer Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht gesprochen.

14 RENÉ BECK, Der Umgang mit Spital-Haftpflichtrisiken aus Sicht des Haftpflichtversicherers, in: Haftung und Versicherung HAVE/Responsabilité et Assurance REAS 2005, 90 ff., 95: "Auch wenn ein Patient nicht immer die besten Behandlungsbedingungen, die neuesten Methoden und modernsten Geräte erwarten darf, gibt es eine unverzichtbare Basisschwelle, deren Qualität nicht unterschritten werden darf."

15 MICHAEL L. MILLENSON, The Patient's View of Medical Errors, in: ROSENTHAL/SUTCLIFFE (Hrsg.), Medical Error, What Do We Know? What Do We Do?, San Francisco/CA, USA 2002, 103: " (…) sadly that errors were the price to be paid for the inestimable benefits of modern diagnosis and therapy." Vgl. auch MARTIN L. HANSIS/DOROTHEE E. HANSIS, Der ärztliche Behandlungsfehler, Verbessern statt streiten, Landsberg 1999, 7.

16 DAVID HAENGGI-BALLY, Fehlermanagement im Spital – ein Beispiel aus unserer Klinik, in: SAeZ 2005, 1680 ff.

17 Zum Selbstschutz der Patient als Laien in diesem hoch komplexen Umfeld, damit dieser nicht plötzlich zum "selbstverständlichen Humanexperiment" wird.

18 MONIKA ANDERS/BURKHARD GEHLE, Das Recht der freien Dienste, Vertrag und Haftung, Berlin/New York 2001, Rz 376: "Wenn der Arzt seine Aufklärungspflicht verletzt oder sich nicht an die Einwilligung durch den Patienten hält bzw. den Eingriff ohne eine wirksame Einwilligung vornimmt, kann er sich schadenersatzpflichtig machen, da in jedem dieser Fälle der Eingriff mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig ist. In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass der Patient die Einwilligung nur insgesamt erteilen oder verweigern kann, mithin bei fehlerhafter Aufklärung oder einem sonstigen Mangel der Einwilligung der Eingriff insgesamt rechtswidrig ist." (Mit weiteren Hinweisen.)

Verstärkt wird diese Anforderung an den Arzt, eine Aufklärung umfassend vorzunehmen und zu dokumentieren, durch die Amerikanisierung unseres Rechtsverständnisses[19]. Da die Medizin die Erwartungshaltung der Patienten an ein perfektes Ergebnis einer Heilbehandlung nicht immer befriedigen kann, sieht sich diese immer häufiger – auch unverschuldet – mit Forderungen um finanziellen Ausgleich für die entgangene Gesundheit des Patienten konfrontiert. Angetrieben durch den Wunsch, auf dem rechtlichen Weg einen (finanziellen) Ausgleich für die entgangene Gesundheit zu erhalten, werden immer systematischer Haftungsansprüche geltend gemacht, sobald das Wunschergebnis nicht eingetreten ist. Dabei wird aus prozesstaktischen Überlegungen wegen der Beweislastverteilung (vgl. hierzu Tab. 1) von der materiell juristischen Anspruchsgrundlage des *Behandlungsfehlers* /der *ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung* abgesehen und zum Alternativtatbestand[20] des *ärztlichen Aufklärungsfehlers* gewechselt[21].

Die Fehlervorwürfe oder Vorwürfe bezüglich Verletzung der Patienten-Aufklärung richten sich noch überwiegend

19 Vgl. hierzu auch bei ERWIN DEUTSCH, Neues zur ärztlichen Aufklärung im Ausland – Englische und französische Gerichte positionieren sich, MedR 2005, 464 ff.

20 DEUTSCH (FN 19), 464: "Die ärztliche Aufklärung hat häufig zu unterschiedlicher Deutung beim Haftungsgrund, beim Haftungsumfang und beim Beweis geführt. Fraglich ist schon, ob es sich bei der Aufklärungspflichtverletzung um einen selbständigen Tatbestand oder, jedenfalls in der Praxis, um eine Hilfskonstruktion der Haftung im Falle nicht nachgewiesener Behandlungsfehlers handelt."

21 Im einen Fall trägt der Patient, im anderen Fall der Arzt die Beweislast des Verschuldens bzw. des Nicht-Verschuldens. Vgl. zu dieser Thematik die neueren Monographien von ANTOINE ROGGO, Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002; CHRISTIAN CONTI, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern 2000; MONIKA GATTIKER, Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht, Zürich 1999; PASCAL PAYLLIER, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Zürich 1999.

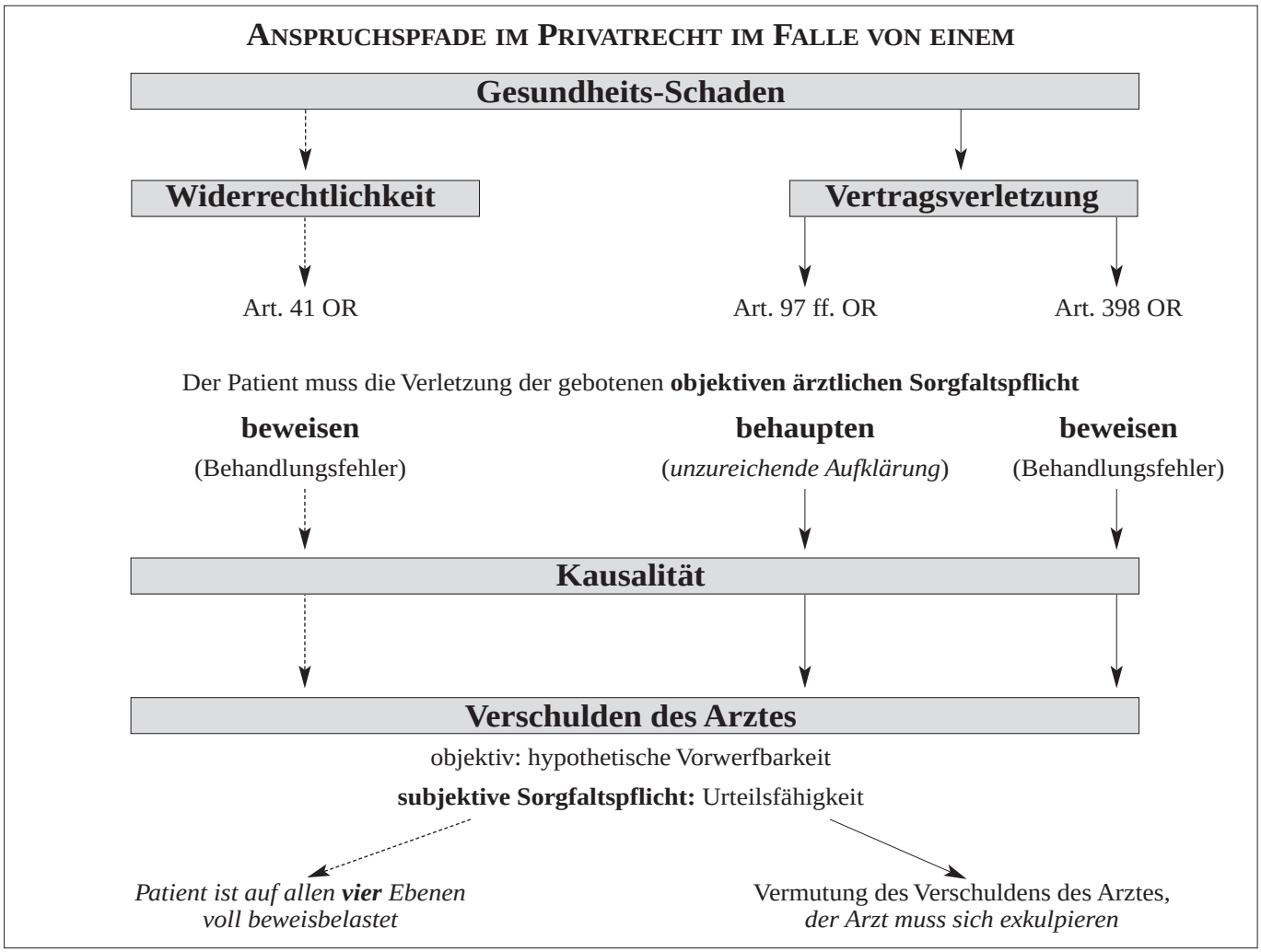


Tabelle 1: Alternative Anspruchspfade bei Vorliegen eines Gesundheits-Schadens

gegen die operativen Disziplinen und überdurchschnittlich gegen Spitalärzte. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass bei chirurgischen Eingriffen der Patient aus einem mechanistischen Verständnis des menschlichen Körpers heraus die umgehende mechanische Wiederherstellung des Status ante der Krankheit erwartet. Tritt die Gesundheit nicht wieder ein, liegt nach dessen Verständnis zwingend ein Fehler vor. Je mehr Gentechnik und Pharmaindustrie beim Patienten die absolute Machbarkeit von heilenden Eingriffen propagieren, umso mehr wird sich die bisherige (nahezu ausschliessliche) Fokussierung auf die invasiv tätigen Ärztegruppen mit der Zeit verlieren. Ärzte, Juristen und Gesundheitspolitiker werden nicht darum herumkommen, gemeinsam "gesunde forensische Risiko-Minimierung" durch bedürfnisgerechte, fundierte Dialoge und deren Dokumentierung in der Arzt-Patienten-Beziehung zu standardisieren[22].

B. Abgrenzung Behandlungsrisiko versus Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht

Beim ärztlichen Tätigwerden gilt es, einen gewissen objektiven Grad an "verzeihbarem menschlichem Irrtum" in Kauf zu nehmen[23]. Dabei spielen verschiedene Risikofaktoren wie die Komplexität des Einzelfalls mit eine Rolle. Negative oder erfolglose Behandlungsergebnisse sind nicht an sich schon schuldhafte Vertragsverletzungen. Medizinische Behandlungen sind anerkanntermassen mit einem gewissen Risikopotential verbunden. Ungeachtet der Anwendung aller notwendigen Sorgfalt ist dieses Risikopotential nicht immer zu eliminieren: Im US-Bundesstaat Kalifornien wurden 1973 rund 21 000 Krankengeschichten von stationär behandelten Patienten retrospektiv analysiert. In 4.6% der Fälle fand sich ein iatrogener Schaden und in 0.8% eine sorgfaltspflichtwidrige Behandlung. In einer späteren Studie aus dem Jahre 1984 wurde seitens der Harvard University eine retrospektive Analyse bei über 30 000 aus Spitalbehandlung entlassenen Patienten in New York durchgeführt. Bei 1 117 Patienten (3.7%) lag ein Gesundheitsschaden als unmittelbares Resultat der erfolgten medizinischen Massnahmen vor. Bei 313 Patienten (1%) war der Gesundheitsschaden auf eine sorgfaltspflichtwidrige Behandlung zurückzuführen. Vergleichbare Ergebnisse zeigten sich 1990 in einer Studie in den US-Bundesstaaten Utah und Colorado[24]. LUCIEN LEAPE, einer der Autoren, bemerkte hierzu, dass Fehler in der Medizin analog zu anderen menschlichen Aktivitäten[25] vom Grundsatz her unvermeidlich, dass aber verzeihbare Fehler nicht mit Fahrlässigkeit ("negligence") gleichzusetzen seien[26].

Solange die ärztliche Fehlleistung nach dem reinen Verschuldensprinzip beurteilt wird, muss der Arzt nur für jene schädigenden Folgen rechtlich einstehen, zu denen es durch ein schuldhaftes Ausserachtlassen seiner Sorgfaltspflicht gekommen ist[27]. Diese Pflicht hängt von der konkreten Situation ab, wie sie sich zum gegebenen Zeitpunkt präsentierte[28]. Nicht zuletzt spielen persönliche Konstitution des Patienten, verbunden mit dessen Motivation zur konstruktiven Zusammenarbeit, mit eine Rolle für das Gelingen der Heilbehandlung[29]. All das kann dem Handlungsspielraum des Arztes Grenzen setzen. Zudem liegt es in der Natur der individuellen biologischen Grauzone, dass Krankheiten sich trotz Behandlung nicht nur bessern, sondern auch verschlechtern können, was einem "therapeutischen Widerstand" gleich kommt. Die Pflichtwidrigkeit ist deshalb nach einem objektiven Massstab zu bestimmen und die Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht von den daraus resultierenden Folgen zu trennen[30]. Hinzu kommt, dass der Umfang

22 Unterstützend für die Kommunikationskultur in einem Spital kann hierbei die systematische Einführung eines Critical Incident Reporting System (CIRS) sein wie beispielsweise am Kantonsspital St. Gallen praktiziert (siehe St. Galler Tagblatt vom 25.7.2005) oder wie das Bundesamt für Gesundheit plant, über einen Verordnungserlass zwingend für alle stationären Leistungserbringer einzuführen (siehe Basler Zeitung vom 23.6.2005). Schon heute muss man sich deshalb die Frage stellen, ob das Fehlen eines CIRS in einem Spital nicht eine Haftung begründende Verletzung der notwendigen Spitalorganisation gleich kommt.

23 MILLENSON (FN 15), 105: "No one should remain unaware that benefits and adverse risks (of modern medicine) are inseparable."

24 TROYEN A. BRENNAN/LUCIAN L. LEAPE/NAN M. LAIRD et al., Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients, Results of the Harvard Medical Practice Study I, in: New England Journal of Medicine 1991, Vol. 324, 370 ff.; LUCIAN L. LEAPE/TROYEN A. BRENNAN/NAN M. LAIRD et al., The nature of adverse events in hospitalized patients, Results of the Harvard Medical Practice Study II, in: New England Journal of Medicine 1991, Vol. 324, 377 ff.; DAVID M. STUDDERT/MICHELLE M. MELLO/TROYEN A. BRENNAN, Medical Malpractice, in: New England Journal of Medicine 2004, Vol. 350, 283 ff., 285.

25 LEAPE (FN 24), 380 ff.: "Studies in other areas of human endeavor, such as generation of nuclear power, shipping, and the airline industry, confirm that some degree of error is inherent in all human activity. In highly technical, complicated systems, even minor errors may have disastrous consequences. Medicine is no exception; errors in the performance of highly technical procedures, such as brain or open-heart surgery, can also have catastrophic results."

26 LEAPE (FN 24), 381: "Error is not the same as negligence. In tort law, medical negligence is defined as failure to meet the standard of practice of an average qualified physician practicing in the specialty in question. Negligence occurs not merely when there is error, but when the degree of error exceeds an accepted norm. The presence of error is a necessary but not sufficient condition for the determination of negligence."

27 BGE 4C.53/2000, E. 1b.

28 BGE 120 Ib 411, 413 E. 4a bzw. 415 E. 4c/aa.

29 BGE 108 II 59, 62 E. 3: "Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient"; RUDOLF RATZEL, Die deliktsrechtliche Haftung für ärztliches Fehlverhalten im Diagnosebereich, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986, 51: "Erfüllt der Arzt die notwendigen Anforderungen seines Berufsstandes, fällt der Schaden unter das allgemeine Lebensrisiko, das vom Anspruchsteller und nicht vom Arzt zu tragen ist."

30 BGE 4C.53/2000, E. 1c.

an Sorgfaltspflicht sich nicht mit einer allgemein gültigen Regel festlegen lässt. Der Erfahrungsschatz der Schulmedizin ist in sich widersprüchlich und damit mehrdeutig[31]. Eine Behandlung kann für beide Seiten zweifelsohne risikoreich sein, d.h. für den Patienten wie auch für den Arzt. Es gilt somit, zwischen dem behandlungsspezifischen *Behandlungsrisiko* einerseits und der Haftung begründenden *Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht (Behandlungsfehler)* andererseits zu unterscheiden (vgl. Tab. 2 zusammen mit der Tab. 3).

Unter einem Behandlungsrisiko[32] sind konkret all diejenigen *krankheitsimmanenten Faktoren* sowie *behandlungsimmanenten Nebenwirkungen* zu verstehen (vgl. Beispiele in Abb. 1a und 1b), die für einen bestimmten Patienten bzw. eine konkrete Therapieform eine hiermit verbundene Gefahr darstellen und letzten Endes auch bei bestem Bemühen nicht immer als vermeidbar gelten dürfen. Dazu äussert sich HORST LEITHOFF dahingehend, dass an dieser Grenze oft das fassungslose Erschrecken vieler Patienten beginne, wenn trotz der Inanspruchnahme des Arztes der Weg zum gesundheitlichen Glück verfehlt würde[33]. Als gängige Beispiele solcher Risiken sind Thrombosen und Embolien sowie Infektionen und Wundheilungsstörungen/schlechte Narbenbildungen zu nennen. Der Behandlungsfehler, d.h. die Verletzung der gebotenen ärztlichen Sorgfaltspflicht, dagegen ist eine Folge von menschlichem Fehlverhalten (Beispiele nachfolgend in Abb. 2 und 3), d.h. einer nicht ausreichend geübten allgemeinen *objektiven Sorgfaltspflicht* gemäss anerkannter Lehrmeinung, und setzt in aller Regel *Verschulden* voraus. Mit anderen Worten eine vorwerfbare Verletzung der dem behandelnden Arzt persönlich obliegenden *subjektiven Sorgfaltspflicht*. Zwar wird in solchen Fällen regelmässig nur Fahrlässigkeit vorliegen, aber auch diese Schuldform führt möglicherweise zu Schadenersatzansprüchen und zu einer Bestrafung.

Häufig vermengen sich alle drei Komponenten, d.h. krankheitsimmanente Faktoren, behandlungsimmanente Nebenwirkungen und Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht, in unterschiedlicher Gewichtung. Das hat zur Folge, dass das Beantworten schwer fällt, ob einem schlechten Behandlungsergebnis nun wirklich ein medizinischer Fehler zugrunde liegt und – falls dieser vorliegt – wie weit sich dieser überhaupt neben den krankheits- und behandlungsimmanenten Faktoren zusätzlich ausgewirkt hat (Teilkausalität). Die Einzelkomponenten, die zum Behandlungsergebnis geführt haben, sind folglich sorgfältig getrennt voneinander zu analysieren[34].

31 GAWANDE (FN 8), 183: "We want progress in medicine to be clear and unequivocal, but of course it rarely is. Every new treatment has gaping unknowns – for both patients and society – and it can be hard to decide what to do about them."

32 CHRISTIAN GLATZ, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den vereinigten Staaten, Berlin 1998, 250: "Eine Gefahr ist somit typisch, wenn sie behandlungsspezifisch ist."

33 HORST LEITHOFF, Die Problematik der Aufklärung des Patienten über ärztliche Fehlbehandlung. Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1978, 38, 247 ff., 248.

34 BECK (FN 14), 91.

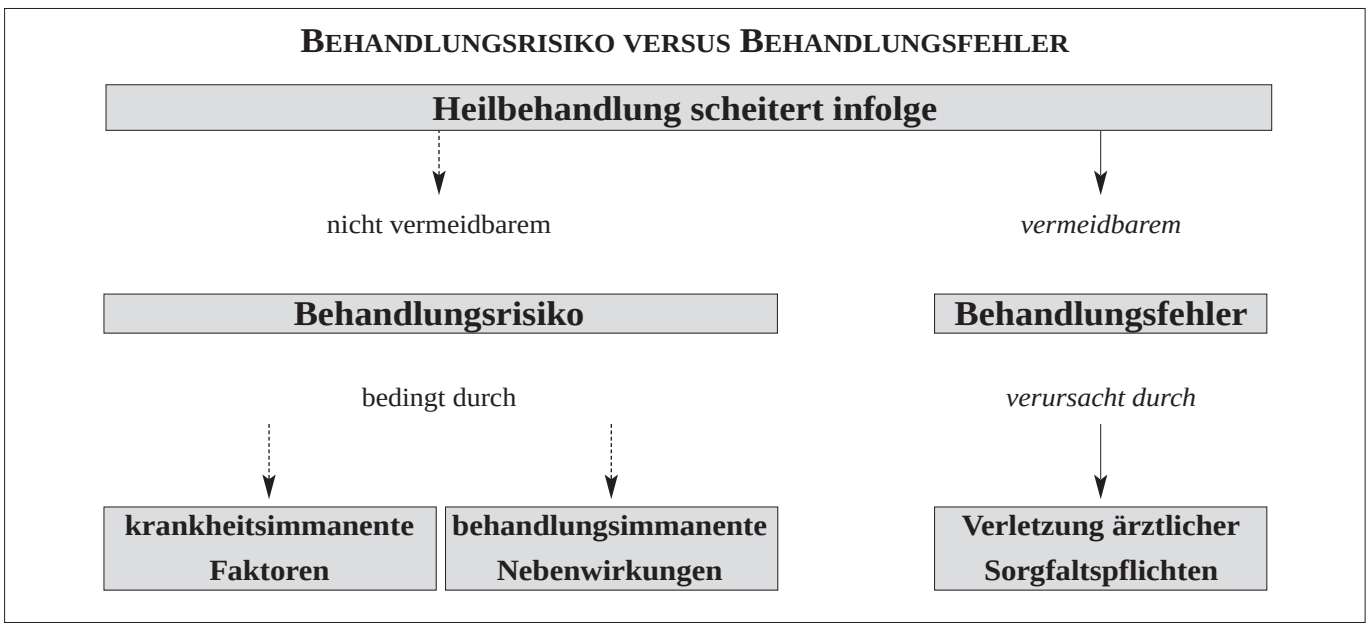


Tabelle 2: Begriffliche Abgrenzung Behandlungsrisiko versus Behandlungsfehler



Abbildung 1a: Weit fortgeschrittener Befall der Leber mit mehreren Tumorknoten (Lebermetastasen) = krankheitsimmanenter Faktor



Abbildung 1b (Symbolbild): Wegen der unmittelbar unter der Bauchdecke gelegenen Metastasen (siehe Abb. 1a) resultierten als Folge der Ultraschall gesteuerten Thermoablation (Radio Frequency Induced Thermoablation) Bauchdecken-Nekrosen = behandlungsimmanente Nebenwirkung

Patienten sollten allgemein weniger von einer zur Regel gewordenen Erfolgserwartung geleitet werden und sollten demzufolge einerseits nicht bei jedem verwirklichten Behandlungsrisiko unweigerlich einen Behandlungsfehler behaupten[35]. Andererseits sollten Ärzte sich ihrer mit dem Behandlungsauftrag verbundenen Nebenleistungspflichten[36] besser bewusst werden und mit den Patienten kommunizieren[37] und diese dadurch in die Verantwortung mit einbeziehen. Die Ärzte sollten der Sachkundedisparität Rechnung tragen und sich deshalb stringenter um eine hinreichende Information ihrer Patienten – und damit um eine indirekte Schulung derselben – bemühen[38].

Gemäss René Beck hätten Untersuchungen ergeben, dass eine Wissensvermittlung im Rahmen der Eingriffsaufklärung dergestalt, dass der unwissende zum wissenden Patient würde, nicht in dem Ausmass stattfände, wie das von der Rechtsprechung konstituierende Idealbild dies erwarten liesse[39]. Die Aufgabe des Arztes ist demzufolge ebenso darin zu sehen, dass er seine Beziehung zum Patienten und/oder zu den Angehörigen in seiner Leadership-Funktion transparent gestaltet, so dass auch diese (die Patienten und Angehörigen) das Krankheitsgeschehen und die Heilchancen und Krankheitsrisiken besser verstehen (lernen). Dazu gehört auch, Patienten über für diese relevante Aspekte *noch vor Behandlungsbeginn* nicht nur in einer verständlichen Art und Weise, sondern auch *nachhaltig in Kenntnis zu setzen*[40]. Je höher oder unbekannter die möglichen Risiken einer Behandlung sind, umso höhere Anforderungen stellen sich an die bilaterale Transparenz und die Kommunikationsfähigkeit des Arztes[41].

III. Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne

A. Ärztliche Unsorgfalt

Die Schlechterfüllung einer nicht erfolgsgebundenen Dienstleistungsobligation wird vom Begriff der Unsorgfalt geprägt,

35 Die Erfolgshaftung widerspricht – namentlich angesichts der Risiken jeder Krankheit – dem Wesen des ärztlichen Behandlungsvertrages (vgl. BGE 4C.53/2000, E. 3b). Vgl. auch BGE 120 II 248, 250 E. 2c: "Als Beauftragter schuldet der Arzt dem Patienten nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich eine darauf ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst."

36 Roggo (FN 21), 49: Teil 2, Kapitel 5, Grundlagen, Abb. 2: Heilbehandlung als Auftrag (Art. 394 ff. OR). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Antoine Roggo/Daniel Staffelbach, Interkantonale Spitalplanung und Kostentragung – Stellenwert der "geschlossenen Spitalliste" im Falle von "medizinischen Gründen im weiteren Sinne", AJP/PJA 2006, 267 ff.

37 Derjenige Arzt, der seinen Patienten (sowie, wo notwendig, auch die Angehörigen) durch ein strukturiertes, offenes Gespräch in vollem Umfang ins Vertrauen zieht, zeigt ihm (diesen) auf, dass er als Arzt Grenzen des menschlich Möglichen unterliegt und kein omnipotenter "Halbgott in Weiss" ist. Eine ärztliche Ethik, die auf der Autonomie des Patienten und auf der Achtung dessen Rechte gründet, löst deshalb das frühere praktizierte paternalistische ärztliche Verhalten ab.

38 So genannter "well-educated patient".

39 Beck (FN 14), 96.

40 Antoine Roggo, Roadmap – Aufklärung von Patienten. In: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Fragen und Entwicklungen im Recht der Arzt- und Spitalhaftung, Forum Gesundheitsrecht/Droit de la santé, Zürich 2003, 73 ff.; sowie Roggo (FN 21), 75 ff.: Teil 3, Kapitel 8, Grundlegende Aspekte.

41 Vgl. diesbezüglich die bereits zitierten Übersichtsarbeiten von Roggo (FN 21) und Conti (FN 21).

soweit nicht die Treuepflicht in Frage steht. Im Falle einer Schädigung des Auftraggebers begründet diese Unsorgfalt dementsprechend eine Haftung. Dabei ist unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades und insbesondere der Fachkenntnisse, welche für eine solche Geschäftsbesorgung verlangt werden, nach Art des jeweiligen Auftragsverhältnisses zu differenzieren[42]. Den besonderen Umständen des Einzelfalles ist grundsätzlich Rechnung zu tragen[43].

Welche Anforderung an die Sorgfaltspflicht des jeweiligen Arztes zu stellen ist, kann sowohl allgemein wie auch im Quervergleich betrachtet ein komplexes Problem darstellen[44]. Entsprechend nehmen in der fachlichen und nichtfachlichen Öffentlichkeit die Diskussionen zum Thema medizinischer Behandlungsfehler einen immer grösseren Raum ein[45]. Hierarchische Strukturen von magistral geführten Kliniken vereinfachen die Antwort zu notwendigen Standards und gängigen Massnahmen innerhalb dieser komplexen Systeme keineswegs. Die Antworten führen in aller Regel zu breit gefächerten, wenig ergiebigen und damit oftmals nur für das jeweilige System verbindlichen Informationen[46].

Für die Frage der hier aus Platzgründen nicht ausführlich zu diskutierenden[47] Beweislastverteilung ist zu beachten, dass die Lehre die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung, d.h. die Behandlungsfehler, in verschiedene Untergruppen klassifiziert. Es wird zwischen einem *Behandlungsfehler im engeren Sinne* (hierzu gehört auch der so genannte "Kunstfehler" oder besser *Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne*) und einem *Behandlungsfehler im weiteren Sinne* unterschieden (vgl. Tab. 3)[48]. Bei einem Behandlungsfehler im engeren Sinn (beispielsweise einer unzureichenden Sicherungsaufklärung oder einem Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne bzw. dem so genannten "Kunst-

42 Der Arzt hat in seiner Heilbehandlung aus auftragsrechtlicher Sicht bislang keinen Erfolg zu garantieren. Zunehmend umstritten ist diese Auffassung hingegen im Gebiet der plastischen Chirurgie, sofern der rein dem persönlichen Komfort dienende Eingriff unmissverständlich der "Schönheitschirurgie" zuzuordnen sei, also ein freiwilliger Wahleingriff ohne jegliche krankheitsbedingte Voraussetzungen darstelle. In der Schönheitschirurgie solle deshalb das "geschuldete ärztliche Kunstwerk im echten Sinne" konsequenterweise unter das Werkvertragsrecht fallen (Ähnliches gilt bei der Zahnmedizin).

43 Vergleiche BGE 124 III 155, 161 E. 3; 115 II 62, 64 E. 3a.

44 MARGARET COPP DAWSON/ANN P. MUNORO/KENNETH J. APPLEBY/SUSAN ANDERSON, Risk Management and Medical Errors, in: ROSENTHAL/SUTCLIFFE (Hrsg.), Medical Error, What Do We Know? What Do We Do?, San Francisco/CA, USA 2002, 149: "A major barrier to successful analysis and improvement in health care, in addition to the massive complexity of health care organizations, is the existence of cultural subgroups within that complex system. These subgroups often experience great difficulty in communicating with each other. They may not share a common view of a particular process or problem, let alone a common goal for its improvement or resolution. This barrier may prevent fruitful discussions or truthful rising of issues. This is particularly the case when there is competition (…) ."

45 BECK (FN 14), 91.

46 FRITZ DOLDER, Medizinische Gutachten im Kunstfehlerprozess, Ablehnung medizinischer Sachverständiger wegen Befangenheit, in: SAeZ 2001, 1525 ff., 1527: "In einer klinischen Institution (z.B. Abteilung eines Spitals) werden erfahrungsgemäss für bestimmte medizinische Problemstellungen bestimmte magistrale Lehrmeinungen des Klinikleiters, bestimmter Hochschullehrer oder Lehrbücher favorisiert, eine entsprechende 'unité de doctrine' gepflegt und andere Ansichten negativ beurteilt."

ABGRENZUNG INNERHALB DES BEGRIFFES

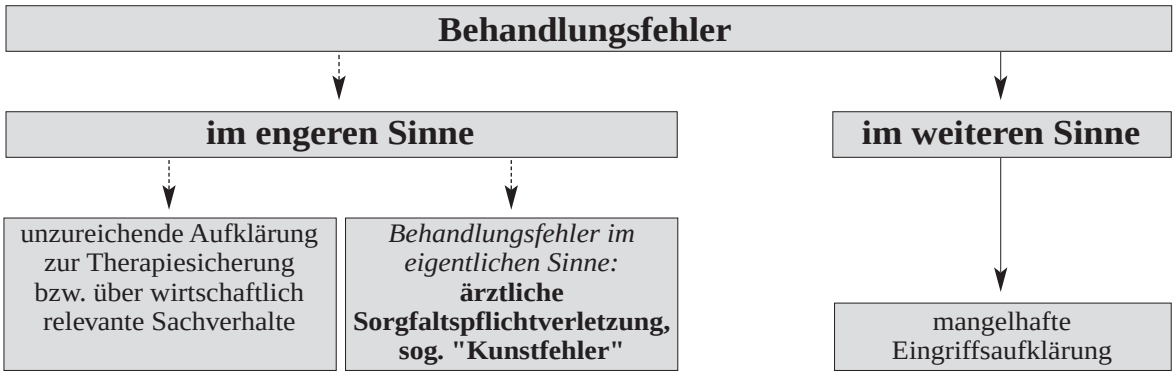


Tabelle 3: Abgrenzungen innerhalb des Begriffes "Behandlungsfehler"

fehler") obliegt die Beweislast für die objektive Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes beim Patienten. Bei einem Behandlungsfehler im weiteren Sinn (von Interesse dürfte die unzureichende Eingriffsaufklärung[49] sein) muss hingegen der behandelnde Arzt die zureichende, d.h. rechtsgenügliche Aufklärung beweisen und kann sich allenfalls gemäss Art. 97 Abs. 1 OR exkulpieren, "nicht schuldhaft den Vertrag überhaupt oder nicht gehörig erfüllt zu haben" (vgl. auch den Algorithmus in Tab. 1).

Im Zusammenhang mit der Unsorgfalt bei Ausübung des ärztlichen Berufes hat sich der Begriff "Kunstfehler" eingebürgert[50]. Diese in der juristischen Terminologie entwickelte Umschreibung eines Fahrlässigkeitstatbestandes findet ansonsten keine Parallelen. Der Begriff "Kunstfehler" ist wenig sachdienlich, da die ärztliche Tätigkeit als solche nach heutiger Auffassung weitgehend erlernbar ist und damit nach heutigem Berufsverständnis in aller Regel keine Kunst darstellt[51]. Für die Verletzung ärztlichen Standards an notwendiger Sorgfalt sollte demzufolge vorzugsweise der Begriff "Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht oder Behandlungsfehler (im eigentlichen Sinne)" verwendet werden. Sinnvollerweise sollte überhaupt nur noch von einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung (oder Verletzung der notwendigen ärztlichen Sorgfalt) gesprochen und geschrieben werden.

Für das Vorliegen eines elementaren Fehlverhaltens im Sinne des eigentlichen Behandlungsfehlers und unter Berücksichtigung der erkennbaren Umstände des Einzelfalles muss/ müssen in der stets ex ante[52] zu erfolgenden Betrachtung folgende generelle Pflichtverletzung(en) im Zusammenhang mit der jeweiligen Heilbehandlung festgestellt und geltend gemacht werden können (in Tabelle 3 hiervor zusammengestellt):

Erstens, dass zum Behandlungszeitpunkt gegen definierte, ärztlich und allgemein anerkannte Regeln oder Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft infolge Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht zum ordentlichen, pflichtgetreuen Erreichen eines bestimmten Zweckes in Diagnostik und/oder Therapie konkret pflichtwidrig verstossen wurde[53].

Zweitens, dass für den vom Patienten erlittenen Schaden physischer und/oder psychischer Natur der notwendige

47 Siehe für weiterführende Informationen die spezifische Fachliteratur: CHRISTIAN CONTI, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern 2000; ERWIN DEUTSCH, Medizinrecht, 3. A., Berlin/Heidelberg/New York 1997; MONIKA GATTIKER, Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht, Zürich 1999; HEINRICH HONSELL, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994; ADOLF LAUFS/ WILHELM UHLENBRUCK/HERBERT GENZEL, Handbuch des Arztrechts, 3. A., München 2002; PASCAL PAYLLIER, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Zürich 1999; ANTOINE ROGGO, Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002.

48 ANTOINE ROGGO, Stellenwert der Patienten-Information als proaktives Kommunikationselement, in press., Helbing & Lichtenhahn, Basel 2006; sowie nachzulesen bei ROGGO (FN 21), 56 ff.: Teil 2, Kapitel 6, Exkurs: "Kunstfehler" (Behandlungsfehler im engeren Sinne).

49 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in der Schweiz die Begriffe Eingriffsaufklärung (Aufklärung *vor* Behandlungsbeginn) einerseits bzw. Sicherungsaufklärung (Sicherstellung des *weiteren, künftigen* Therapieverlaufes) andererseits verwendet werden. In Deutschland sind hierfür die jeweils synonymen Begriffe Selbstbestimmungsaufklärung einerseits bzw. Therapeutische Aufklärung andererseits geläufig.

50 THOMAS JUEN, Arzthaftungsrecht, Wien 1997, 3: "Der Begriff des 'Kunstfehlers' hat sich zu einer Zeit entwickelt, in der die ärztliche Tätigkeit noch als 'Heilkunst' aufgefasst wurde."; HEINRICH HONSELL, Einleitung, in: HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 1 ff., 11: "Der berühmte Pathologe Rudolf Virchow hat in seiner Abhandlung über *Kunstfehler der Ärzte* schon vor 100 Jahren darauf hingewiesen, dass nicht jeder Fehler, nicht jeder Irrtum, zu einer Haftung führen dürfe: *Dass auch die beste medizinische Bildung Irrtümer, sowohl in der Erkennung als auch in der Behandlung der Krankheit nicht ausschliesst.* Er hat daher den Kunstfehler definiert als *Verstoss gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht*."

BEHANDLUNGSFEHLER IM EIGENTLICHEN SINNE

Ein Behandlungsfehler (Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht) liegt dann vor, wenn zum Behandlungszeitpunkt klar und ohne Rechtfertigungsgrund von anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft abgewichen wurde, mit anderen Worten wenn:

a) die Möglichkeit unerwünschte(r) Folge(n) objektiv voraussehbar war,

b) das ärztliche Verhalten nicht im erlaubten Bereich lag,

c) ein Verhalten, das die unerwünschte Folgen vermeidet und/oder die Risiken auf ein tragbares Mass herabsetzt, objektiv möglich war

d) und dieses Verhalten zudem subjektiv zumutbar war.

Tabelle 4: Definition des Behandlungsfehlers im eigentlichen Sinne (sog. "Kunstfehler")

Kausalzusammenhang zu der nicht indizierten bzw. vertretbaren und/oder angesichts der zumindest nicht (fachärztlich) lege artis durchgeführten Heilbehandlung gegeben ist.

B. Primum non nocere bzw. Zumutbarkeit der Erfüllung

Dass sich ein diagnostisches oder therapeutisches Vorgehen ungeachtet aller gewalteten Sorgfalt im Nachhinein als Fehler und nicht als Zuwiderhandlung erweist (vgl. Tab. 5), gehört zur täglichen Praxis. Dies auch dann, wenn der unzufriedene Patient angesichts seines schlechten Behandlungsergebnisses vermutet, dass hieran der behandelnde Arzt eine Mitschuld trage[54]. Ein solcher Behandlungsirrtum (beispielsweise Diagnose- oder Therapieirrtum) stellt in der stets ex ante zu erfolgenden Beurteilung[55] in aller Regel keine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht (d.h. eine Pflichtverletzung im Sinne eines Behandlungsfehlers im eigentlichen Sinne) dar, ausser es liege ein fundamentaler Irrtum vor. Es besteht unzweifelhaft kein Rechtsanspruch auf eine richtige Diagnosestellung[56].

Der Arzt muss folgerichtig nicht unbedingt sofort die richtige Diagnose stellen, er muss jedoch einen vertretbaren "richtigen Weg" einschlagen[58]. Legt der Arzt als Arbeitsdiagnose eine Krankheit zugrunde, die differentialdiagnostisch nach den Ergebnissen der körperlichen und medizinisch-technischen Untersuchungen sogar auszuschliessen oder höchst unwahrscheinlich ist oder geht er dem Verdacht auf das Vorliegen einer anderen näher liegenden oder mit höherem gesundheitlichen Risiko behafteten Krankheit nicht nach, so handelt er vorwerfbar fehlerhaft[59].

Hinzu kommt, dass der Arzt unter mehreren medizinisch anerkannten alternativen Verfahren dasjenige Heilverfahren wählen muss, das im Interesse des Patienten *und für diesen* die geringsten Gefahren mit sich bringt und/oder die wenigsten Schmerzen bereite, also am zweckmässigsten ist, ansonsten der Arzt einen Therapiefehler begeht.

Ein Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne (mit anderen Worten eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung, so genannter "Kunstfehler") liegt vor, wenn der

51 Ulsenheimer (FN 2), 57: "Obwohl die herrschende Lehre … ausdrücklich betont, dass 'Kunstfehler' kein juristisches Werturteil, sondern lediglich die Bezeichnung für einen Sachverhalt darstellt, also 'der Kunstfehler als objektiver Begriff zu verstehen und scharf von seiner Bewertung als rechtswidrig und schuldhaft im Einzelfall zu trennen' ist, sollte man diesen umstrittenen Terminus trotz seiner langen Tradition wegen der Gefahr von Missverständnissen ganz aus dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch eliminieren."

52 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 Ib 411, 415 E. 4c/aa; BGE 115 Ib 175, 183 E. 3b) beurteilt sich die Angemessenheit eines ärztlichen Verhaltens oder Eingriffs bzw. die Sorgfaltspflichtverletzung danach, wie der Arzt sich im Zeitpunkt, in dem er sich für eine Massnahme entschied oder eine solche unterliess, zu verhalten hatte.

53 BGE 118 IV 130, 133 E. 3; bzw. 116 IV 306, 308 E. 1a: "Sorgfaltswidrig ist eine Handlungsweise dann, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung des Lebens des Opfers hätte erkennen können und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschreitet."

54 Beck (FN 14), 91; Roggo/Staffelbach (FN 36), 268.

55 Peter Jäger/Angela Schweiter, Der Hindsight Bias (Rückschaufehler) – ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, in: SAeZ 2005, 1940 ff.

56 Honsell (FN 50), 27.

57 Nach der Fehlertheorie des englischen Psychologen James Reason ist einerseits zu unterscheiden zwischen Fehlern (*errors*), d.h. die geplanten Handlungen erreichen das erwünschte Ziel nicht als Folge a) von regel- oder wissensbasierten Irrtümern (*mistakes*) wegen ungeeignetem Plan des Zielerreichens, b) von Ausrutschern (*slips*) infolge ungenügender Aufmerksamkeit, c) eines Aussetzers (*lapses*) wegen Gedächtnisproblemen; und andererseits Zuwiderhandlungen (*violations*).

58 Anders/Gehle (FN 18): "Der Diagnoseirrtum ist dem Arzt nur dann als Fehler vorzuwerfen, wenn er eine völlig unvertretbare Fehlleistung darstellt oder wenn er auf eine Unterlassung elementarer Befunderhebungen beruht bzw. die im Verlauf der Behandlung gebotene Überprüfung einer Arbeitsdiagnose fehlerhaft versäumt wurde." (Mit weiteren Hinweisen.)

59 Ulsenheimer (FN 2), 59.

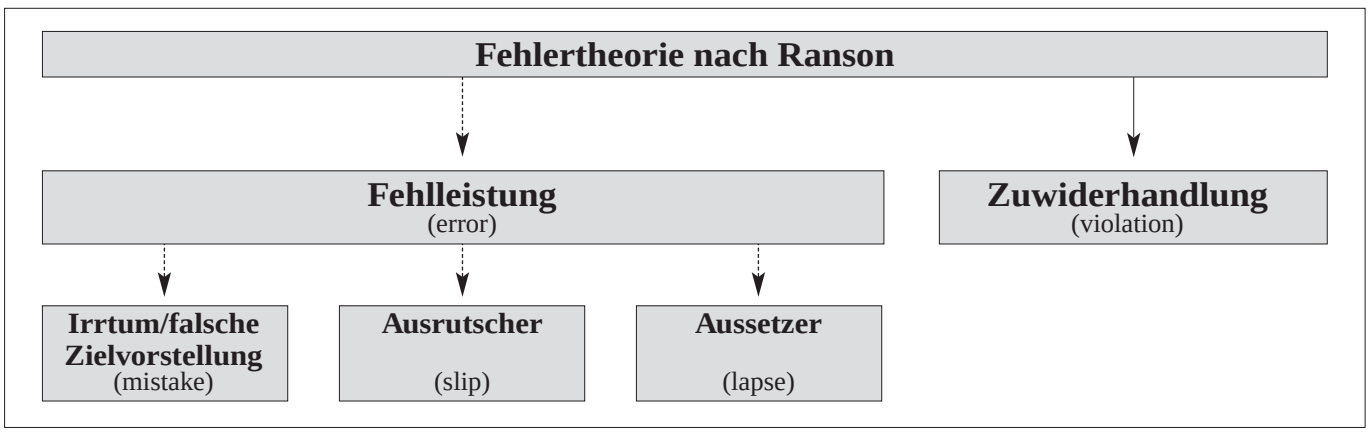


Tabelle 5: Fehlertheorie in Anlehnung an James Ranson[57]

Arzt mit seinem Verhalten infolge Unachtsamkeit, Unterlassung in der Diagnostik, schlechter Anamnese, mangelhafter Befundaufnahme oder mangels ausreichender Erfahrung ein klares Krankheitsbild verkennt bzw. die Krankheit in völlig unvertretbarer Art und Weise oder durch Nichterheben von elementaren Kontrollbefunden behandelt und damit die Heilungschancen des Patienten medizinisch betrachtet fahrlässig und damit unhaltbar beeinträchtigt. Nicht zu vergessen sind auch Risikomängel im organisatorischen Bereiche bzw. im Zusammenhang mit dem Ablauf der Patientenbetreuung[60]. Eine Auflistung von einschlägigen Beispielen findet sich in Tabelle 6.

(Grob)fahrlässige Therapiefehler sind das Zurücklassen von Bauchtüchern oder Instrumenten anlässlich einer Operation im Brust- bzw. Bauchraum. Entscheidend ist dabei nicht nur, welcher Art der zurückgelassene Gegenstand ist, sondern vor allem, ob der Arzt alle möglichen und ihm zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen ein solches "Missgeschick" getroffen hat. Die Durchführung medizinisch nicht indizierte Massnahmen oder die Unterlassungen medizinisch indizierter Massnahmen zählen zu den Behandlungsfehlern. Die in den Abbildungen 2 und 3 *(fogende Seite)* dargestellten Therapiefehler dürfen Ärzten schlechterdings nicht unterlaufen.

Soweit der Arzt mögliche negative Auswirkungen der Behandlung erkennen kann, hat er alle notwendigen Vorkehren zu treffen, um deren Eintritt zu verhindern[61]. Tritt die negative, voraussehbare Behandlungsauswirkung ein, *begründet dies die Vermutung* (Beweislastumkehr), dass der Arzt nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen hat und somit eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht vorliegt[62]. Eine Verzögerung des Heilungsprozesses durch ein Unterlassen, wie

60 BECK (FN 14), 95.
61 ROGGO/STAFFELBACH (FN 36), 270; ULSENHEIMER (FN 2), 62.
62 BGE 113 II 429, 431 E. 3a: "Welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zu stellen sind, wann dieser insbesondere als Beauftragter den Vertrag verletzt, sind Rechtsfragen. Um solche geht es auch bei der Anwendung von Erfahrungssätzen, die den Massstab der gehörigen Sorgfalt abgeben; sie haben die Funktion von Normen und werden daher den Rechtssätzen gleichgestellt (BGE 111 II 72, 74 E. a: "Was eine Partei, die bei Erfüllung des Vertrages die Gegenpartei oder einen Dritten schädigt, bei Vertragsschluss über die Gefahr der Schädigung weiss, ist eine Tatfrage. (…) Tatsächlicher Natur ist auch die Frage, was eine Partei nach den gegebenen Umständen bis zum Eintritt des schädigenden Ereignisses wissen oder objektiv erkennen konnte.").

VERLETZUNG DER ÄRZTLICHEN SORGFALTSPFLICHT

A) Diagnosefehler/Verstoss gegen die Befunderhebungspflicht

– BGE 108 II 61: Nicht die richtig gestellte Diagnose, sondern der korrekte diagnostische Weg ist entscheidend
– BGE II 519: Zum korrekten Diagnoseverfahren gehört auch, ob der Patient vom Arzt gesehen werden muss
– BGE 108 II 422: Unterlassene/mangelhafte Konsultation der früheren Krankengeschichte

B) Therapiefehler

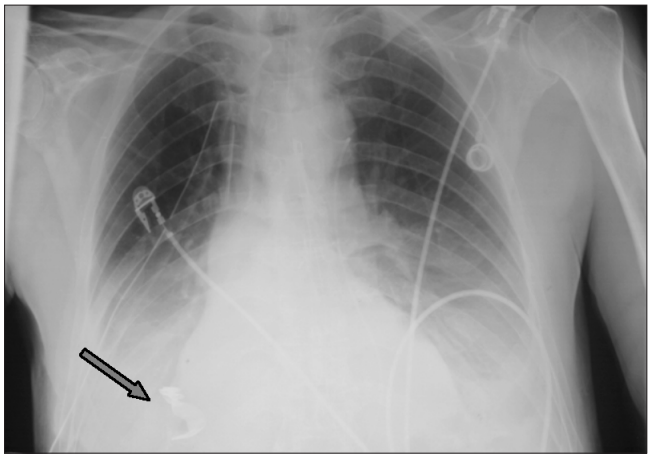
– Falsche Wahl in der Therapie (Verwechseln und/oder falsche Anwendung von Medikamenten)
– BGE 108 II 422: Unsorgfalt in der Organisation (Koordination, Sicherheit, fehlerhafte Geräte, usw.)
– BGE 113 II 429: "Schlamperei" beim Therapieeinsatz

C) Organisationsfehler

– 4C.229/2000: Arzt/Krankenhausträger hält organisatorische Sorgfaltspflicht nicht ein
– BGE 112 IB 322: Vorsorge gegen mögliche Selbstschädigung des Patienten treffen (insbesondere in psychiatrischen Kliniken)
– Sicherstellung, kein übermüdetes Personal in der Betreuung von Patienten einzusetzen

Tabelle 6: Beispiele von Verletzungen der ärztlichen Sorgfaltspflicht (Behandlungsfehlern)

etwa im Falle der Klemme im Bauch (Abb. 3/folgende Seite), die ohne Wissen des betroffenen Patienten über einen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg "beobachtet" wurde, ist jedenfalls nicht zu dulden[63]. Auch nicht unter dem Aspekt oder dem Deckmantel des so genannten therapeutischen Privileges[64] bzw. mit dem Hinweis, dass sich die eigentliche Schwierigkeit bei der Aufklärung des Patienten in dessen psychischer Komponente begründen könnte[65].



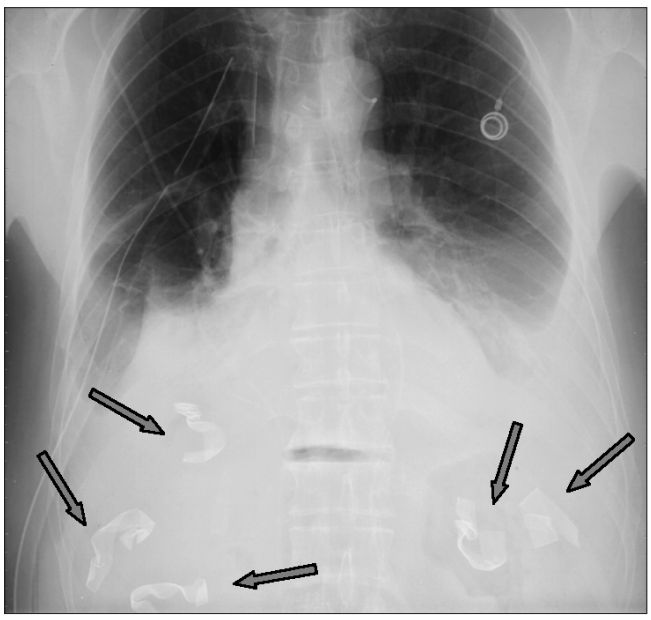


Abbildung 2a und b: Auf der unmittelbar postoperativ angefertigten Röntgenaufnahme (Abb. 2a) kam ein anfänglich nicht zur Kenntnis genommener Fremdkörper im rechten Oberbauch zur Darstellung. Das klinische Bild des Patienten wurde über mehrere Tage hinweg unbefriedigender. Bei einem der Folge-Röntgen wurde eine grössere Röntgenplatte verwendet (Abb. 2b): Die Ursache des ungünstigen postoperativen Verlaufes war nun klar: fünf grosse im Bauch zurückgelassene, mit Metallstreifen markierte Operationstücher

Nach dem Vertrauensgrundsatz muss demzufolge gelten, dass die untere Grenze an Sorgfalt konsequenterweise dort anzusetzen ist, was ein *durchschnittlicher Patient* in einer konkreten Situation erwarten darf, wenn er sich an einen *durchschnittlichen Allgemeinpraktiker* wendet bzw. an einen spezifisch aufgesuchten *Spezialisten mit durchschnittlichem Standard der entsprechenden Fachdisziplin*. Somit muss gelten, dass der Arzt innerhalb seiner "durchschnittlichen Berufsgruppe" seinem Patienten hinsichtlich seiner gesamten ärztlichen Tätigkeit/Untätigkeit keinen unnötigen Schaden zufügen darf[66].

Weiter hat der Arzt ein Übernahmeverschulden zu vermeiden[67]. Es gehört zu seiner Sorgfaltspflicht zu erkennen, ob er für die Vornahme einer Untersuchungshandlung, Diagnosestellung oder Heilbehandlung genügend weiter- und fortgebildet ist und ob er genügend Übung hat[68], um die medizinisch notwendige Massnahme vorzunehmen. Hierbei genügt die Tatsache nicht, dass ein Arzt einen Facharzttitel hat, um im gesamten Fachgebiet seiner Spezialität genügend fachkundig im rechtlichen Sinne zu sein. Die Fachkunde muss jeweils für die spezifische vorgenommene Massnahme ausgewiesen sein und die spezifische, medizinische Massnahme auch beherrscht werden[69].

63 Plädoyer 1995/4, 75 ff., Entscheid des Kassationsgerichtes Kt. ZH vom 20.3.1995: E. 4.2: "Ursache des heutigen Zustandes des Klägers kann nur eine Unterlassung sein, was dem Kläger offenbar auch bewusst ist, spricht er doch von einer Verletzung der Garantenpflicht beziehungsweise davon, die ärztliche Fehlleistung bestehe nicht in einem positiven Tun, sondern in einer Unterlassung." E. 4.4: "Im Ergebnis erweist sich die Rechtsauffassung des Klägers insoweit als zutreffend, als bei Unterlassung die Verletzung einer Verhaltensnorm (…) zur Folge haben kann, dass die Unterlassung von der Rechtsordnung als Ursache betrachtet wird, obwohl sie dies streng naturwissenschaftlich gesehen gar nicht sein kann."

64 ROGGO (FN 21), 220 ff.: Teil 5, Kapitel 18, Vorrang der Therapie: Das "Therapeutische Privileg" (mit weiteren Angaben); ULSENHEIMER (FN 2), 111 ff.

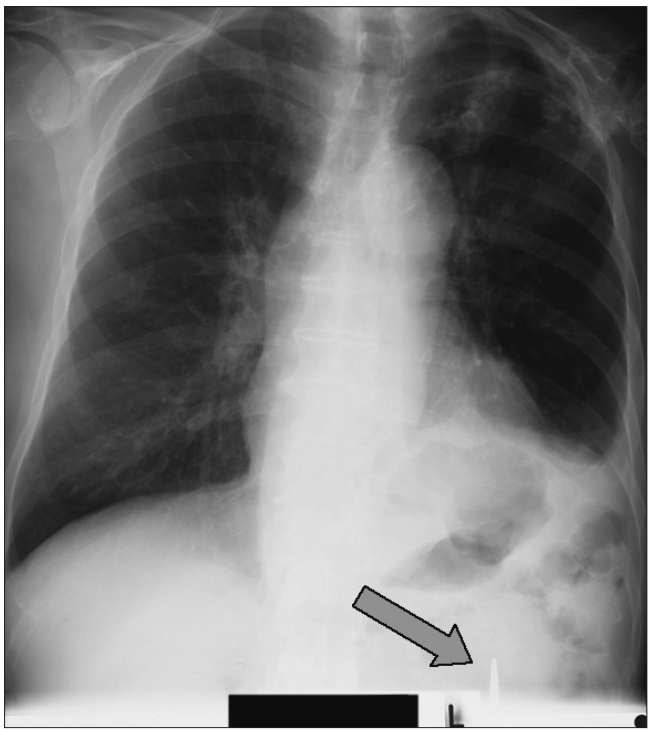
65 DEUTSCH (FN 19), 464.

66 BGE 64 II 200, 207 E. 4b: " … an den praktischen Arzt, insbesondere an den stark beschäftigten Landarzt werden hinsichtlich der Weiterbildung nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden dürfen, wie an den Spezialisten, von dem zu erwarten ist, dass er sein mehr oder weniger eng begrenztes Gebiet überblicke."

67 HONSELL (FN 50), 28 (mit weiteren Hinweisen).

68 So genannter "case load".

69 HANSIS/HANSIS (FN 15), 40: "Ein Patient, welcher sich zu einem Arzt in Behandlung begibt, muss darauf vertrauen können, dass dieser die Behandlung nur beginnt, wenn er und seine Einrichtung die Therapie voraussichtlich adäquat durchführen können. Ein Arzt, welcher diesen Grundsatz missachtet, zieht sich den Vorwurf des Übernahmeverschuldens zu."; vgl. auch WIEGAND WOLFGANG, in HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 28 (mit weiteren Hinweisen).



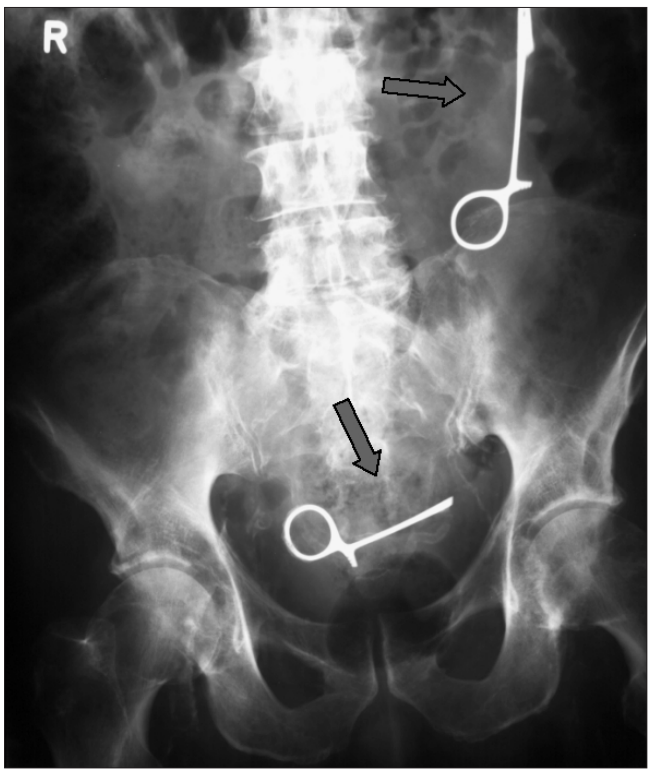


Abbildung 3a und b: Über mehrere Jahre hinweg wurde auf diversen Röntgenbildern des Thorax (Abb. 3a, Spitze der Klemme) die "vergessene", anfänglich noch intakte Klemme als "Fremdkörper im linken Oberbauch" beschrieben (Abb. 3b, Übersichtsaufnahme des Abdomens, kurz vor dem Ableben des Patienten infolge eines anderen Gesundheitsschadens).

IV. Aufklärung über Behandlungsfehle/ Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht

A. Naturrecht des Selbstschutzes oder Anspruch auf Offenbarung?

Die Auseinandersetzung mit dem Anliegen um Offenbarung eigener Irrtümer, vermeintlicher Behandlungsfehler oder echter Behandlungsfehler ist offensichtlich schwierig, aber immerhin bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar. Unverständlich und unverzeihlich werden diese Schwierigkeiten beim Umgang mit möglichen Fehlleistungen Dritter. Vieles wird entgegen der Erwartungen der Patienten, entgegen dem besonderen Vertrauen im Arzt-Patienten-Verhältnis und entgegen dem Interesse des zu behandelnden Patienten bedauerlicherweise "tot geschwiegen". Dieses Verschweigen erfolgt auf Seiten der Ärzte in der Annahme eines Selbstschutzes und einer immer noch durchgesetzten Disziplin sowie falsch verstandenen Loyalität im und zum "Corps Medical". Und dies ungeachtet dessen, dass die Qualität der Heilbehandlung als anerkannt komplexes Dienstleistungsgut vom Patienten in dessen Laienfunktion – wenn überhaupt möglich – mehrheitlich nur äusserst beschränkt beurteilt werden kann.

Die Allgemeinheit bezeichnet das Verheimlichen von Behandlungsfehlern oft wohl zu Recht als *"Verschwörung des Schweigens"*, gleichgültig wie gefährdend das Verhalten des Arztes oder des Ärzteteams auch gewesen sein mag[70]. Die Autoren sind sich aber einig, dass das Nicht-Handeln bzw. das Nicht-Kommunizieren keine denkbare alternative Handlungsoption eines Arztes sein darf. Die Einsicht und das Zugeständnis, dass Menschen und selbst hoch entwickelte Expertensysteme Fehler machen können, müsste eigentlich die Basis für die Diskussion dieser Fehler sein. Wenn Fehler erkannt und transparent kommuniziert werden, dienen sie als wertvolle Lernquellen zur Erhöhung der Sicherheit[71]. Die Autoren plädieren dafür, dass in der modernen Medizin von einem berechtigten Anspruch des Patienten an *"Total Quality"* nicht abgewichen wird.

---

70 Als Schlagwort ist der Begriff "Behandlungsfehler" bestimmt einfacher zu verwenden, als er letzten Endes in seinem konkreten Ausmass/Umfang immer konkret zu qualifizieren und zu quantifizieren ist, d.h. ob nun ein *Abweichen eines Ist-Zustandes* bei einem Patienten vom *anvisierten und gewünschten Soll-Zustand* tatsächlich auch Grundlage eines rechtlich relevanten Behandlungsfehlers im Sinne einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung ist.

71 GEORG ERNST STAHL (1660 – 1734), Leibarzt Kaiser Friedrich Wilhelms I.: "Es ist kein Fehler, einen Fehler einmal zu begehen, aber es ist unärztlich, den eigenen Fehler nicht einzugestehen oder erkennen zu wollen, um daraus für später die notwendigen Konsequenzen zu ziehen."

Dieser ethisch begründete Anspruch wird aber durch die bestehende Rechtslage systematisch unterwandert, indem der transparent kommunizierende Arzt nicht belohnt, sondern bestraft wird. Der psychologischen und rechtlichen Stigmatisierung (bspw. mittels Bedrohung durch Strafverfahren) von (allfällig) fehlerbehafteten medizinischen Handlungen muss sowohl organisatorisch wie auch rechtlich Vorschub geleistet werden. Ebenso muss vom überhöhten Bild des "*unfehlbaren Arztes*" Abschied genommen werden[72]. Nur so können Fehler thematisiert und letztlich Risiken erkannt und vermieden werden[73]. Zu diesem anzustrebenden Verhaltenskomplex gehört zwingend, dass der betroffene Patient nicht nur über die eigenen, sondern auch über die allfälligen Fehler Dritter transparent orientiert wird.

Die Frage, über was der Arzt seinen Patienten zu orientieren hat, beschränkt sich aus Sicht der Autoren deshalb nicht nur auf tatsächliche Behandlungsfehler im rechtlichen Sinne (somit reine Sorgfaltspflichtverletzungen), sondern auf jede medizinisch relevante Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustandes.

B. Deutsche Lehrmeinungen zur Offenbarung von Behandlungsfehlern

Rechtsvergleichend sei kurz die deutsche Lehrauffassung dargestellt, zumal sich unsere Nachbarn bereits seit längerer Zeit mit der Problematik der Offenbarung von Behandlungsfehlern auseinandersetzen. Strenger Auffassung zur Thematik im Umgang mit eigenen Behandlungsfehlern sind die beiden deutschen Autoren FRANCKE und HART[74]. Im Falle eines begründeten Verdachts oder der zweifelsfreien Kenntnis einer unterlaufenen eigenen Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht solle der in Deutschland behandelnde Arzt den Patienten spontan aufklären. Diese Aufklärungsverpflichtung stelle eine vertragliche Nebenpflicht des Arztes dar. Die zitierten Autoren begründen dies damit, dass den Arzt insoweit ähnliche Pflichten wie Angehörige sonstiger freier Berufe (etwa Rechtsanwälte, Steuerberater, Architekten) treffen würden. Der Aufklärungsanspruch könne ausnahmsweise dann entfallen, wenn sich der Patient wegen der möglicherweise fehlerhaften Behandlung vertraglich von einem anderen Arzt beraten und behandeln lasse.

Analoge dogmatische Ansätze finden sich auch bei zwei anderen deutschen Autoren, bei TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT[75]. Diese beiden Verfasser sehen ebenfalls keinen hinreichenden Grund für die Ungleichbehandlung von begangenen Fehlern im Rahmen von auftragsrechtlichen Aufgaben zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Architekten einerseits sowie Behandlungsfehlern bei Ärzten andererseits[76]. Der Arzt verfüge nicht nur in fachlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht über weitergehendere Kenntnisse als der Patient, da dieser den Behandlungsablauf häufig nicht wahrnehmen könne (z.B. Operation in Vollnarkose). Die Interessenlage, welche die deutsche Rechtsprechung eine Fehleroffenbarungspflicht für Rechtsanwälte und Steuerberater entnehmen lasse, sei daher beim Arztvertrag noch ausgeprägter vorhanden. Es treffe den Arzt aber auch eine Fehleroffenbarungspflicht, die sich dogmatisch aus seiner wirtschaftlichen Aufklärungspflicht und der allgemeinen Leistungstreuepflicht herleiten lasse. Nach unterstützender Auffassung von MICHAEL KLEUSER soll in diesem Zusammenhang ein vorausgegangener Behandlungsfehler zudem eine Risikoerhöhung für alle dem Fehler zeitlich nachfolgenden Behandlungen begründen, weswegen der Patient hierüber erweiternd aufzuklären sei[77]. TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT verweisen in ihrem Aufsatz zudem darauf, dass das "nemo tenetur Privileg" sich nicht selbst belasten zu müssen, nur für das Strafverfahren Geltung habe, was eine unreflektierte Übertragung in das Zivilrecht ausschliesse[78].

---

72 DEREK VAN AMERONGEN, Error Management and Patient Safety, A Managed Care Competency, in: ROSENTHAL/SUTCLIFFE (Hrsg.), Medical Error, What Do We Know? What Do We Do?, San Francisco/CA, USA 2002, 132: "The tidal wave of interest in reducing medical errors has yet crest."

73 MARC-ANTON HOCHREUTENER/DIETER CONEN, Was bedeuten Risiken im Gesundheitswesen?, in: HOLZER/THOMECZEK/HAUKE/CONEN/HOCHREUTENER (Hrsg.), Patientensicherheit, Leitfaden im Umgang mit Risiken im Gesundheitswesen, Wien 2005, 22: "Früher war das Risiko bzw. die Sicherheit des Patienten stark durch die Krankheit bestimmt und hatte damit weitgehend schicksalhaften Charakter. Heute generiert die Medizin selbst neue Risiken, indem sie organisatorisch und technisch anspruchsvollere und wirksamere Behandlungsmöglichkeiten einsetzen kann. Deren positiven Folgen sind eindrücklich, im Falle von Fehlern verursachen sie aber erhebliche menschliche und finanzielle Kosten."

74 DIETER HART in: FRANCKE/HART, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Stuttgart 1987, 53 ff.

75 MICHAEL TERBILL/STEPHAN SCHMITZ-HERSCHEIDT, Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, in: NJW 2000, 1749 ff.

76 TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT (FN 75), 1752: "Nicht anders als jene vermag nämlich auch ein Arzt auf Grund seines überlegenen Fachwissens das eigene Fehlverhalten und die daraus erwachsende Schadensersatzpflicht leicht zu erkennen, während der fachunkundige Patient diese Erkenntnis nur schwer zu gewinnen vermag. Dieser Wissensvorsprung ist im Verhältnis zwischen Arzt und Patient in der Regel sogar stärker ausgeprägt als bei den übrigen hier diskutierten Berufsgruppen."

77 MICHAEL KLEUSER, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten nach einem Behandlungszwischenfall, Karlsruhe 1995, 207.

78 TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT (FN 75), 1751; DIESELBEN, 1752: "Im Schrifttum wird zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Arzt jedenfalls nicht lügen darf, wenn der Patient ihn konkret nach einem Behandlungsfehler fragt. Ein Recht des Arztes, zu lügen, wäre mit dem Wesen des Behandlungsvertrages, der in besonderer Weise durch das Vertrauen des Patienten gegenüber dem Arzt geprägt wird, nicht zu vereinbaren. Fraglich ist jedoch, ob der Arzt auf die konkrete Frage des Patienten nach einem Behandlungsfehler schweigen darf oder ob er zur wahrheitsgemässen Beantwortung der Frage verpflichtet ist."

Eine gegenteilige Auffassung zu FRANCKE/HART bzw. TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT sowie KLEUSER vertritt ADOLF LAUFS. Dieser Autor führt aus, dass den Arzt grundsätzlich keine ähnlichen, parallelen Pflichten wie den Rechtsanwalt treffen. Einer Pflicht des Arztes zur Aufklärung über eigene Fehler stehe zudem der allgemeine Rechtsgrundsatz entgegen, wonach niemandem die Pflicht obliege, sich durch Selbstanzeige Schadensersatzansprüchen oder Strafverfolgungsmassnahmen auszusetzen. Von dem genannten Grundsatz gebe es jedoch eine Ausnahme. Aus der Pflicht des Arztes zur Schadensminderung könne sich im Einzelfall eine Verpflichtung des Arztes ergeben, den Patienten über Behandlungsfehler und hieraus resultierende schädliche Folgen zu informieren[79]. Nach der von CHRISTIAN GLATZ vertretenen Meinung[80] gelte es vordergründig nicht, eine Strafsanktion heraufzubeschwören, sondern den aktuell verschlechterten Gesundheitszustand ohne weitere Folgen für den Patienten zu verbessern. Der Behandlungszwischenfall sei oft nicht im Sinne des schuldhaften Verhaltens des Arztes vorwerfbar. Ein ungerechtfertigtes Verschweigen könnte hingegen zivil- wie auch strafrechtliche Folgen haben. Daher müsse die Aufklärung über Behandlungsfehler im eigenen Interesse des Arztes liegen. Eine Pflicht, den Patienten auf bestehende Schadenersatzansprüche gegen den behandelnden Arzt hinzuweisen, sei hingegen nicht anzuerkennen.

C. Grundsatzfragen zum schweizerischen Auftragsrecht

Wie muss sich ein Arzt aus auftragsrechtlicher Sicht methodisch korrekt verhalten, wenn eine möglicherweise selbstverschuldete oder durch einen Dritten verschuldete Verletzung einer ärztlichen Sorgfaltspflicht vorliegt? Was darf aus rechtlicher Sicht der betroffene Patient von seinem Arzt erwarten? Diese Fragen ergeben sich unweigerlich dann, wenn es darum geht, den vermutlich durch Selbst- oder Drittverschulden entstandenen Gesundheitsschaden zu offenbaren oder korrigierende Schritte zur Vermeidung weiteren Schadens einzuleiten[81].

Bei einer ausschliesslich selbstverschuldeten Sorgfaltspflichtverletzung steht der Arzt im Konflikt mit seinen ureigenen Interessen. Einerseits gilt es, ein nachteiliges Strafverfahren – aber auch eine zivilrechtliche, Image schädigende Haftungsforderung – zu vermeiden, und andererseits steht die auftragsrechtliche Verpflichtung der Treue- und Sorgfaltspflicht im Raum, d.h. den Patienten während der Vertragslaufzeit zur Sicherung des Auftragszweckes transparent zu informieren, "zu benachrichtigen" (vgl. Tab. 7). Mit anderen Worten stellt sich für den Arzt die entscheidende Frage, ob er nach Eintritt einer von ihm verschuldeten und für den Patienten mit nachteiligen Konsequenzen einhergehenden Sorgfaltsverpflichtung bzw. eines Zwischenfalles[82] / kritischen Ereignisses ("Critical Incident")[83] diesen hierüber zwingend informieren muss oder nur informieren kann, ob er sich mit Blick auf eine allfällig aufkeimende Strafverfolgung schützen soll oder darf[84]?

Im Falle einer durch einen Dritten herbeigeführten Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht steht der mitbetreuende oder neu in die Behandlung eintretende Arzt zudem im Konflikt zwischen seiner standespolitisch bedingten Loyalität zum Berufskollegen einerseits und der aus Vertrag oder Gesetz – und damit den auftragsrechtlichen Vorgaben gerecht werdend – abzuleitenden Loyalität zu seinem Patienten andererseits.

Analoge Fragen über die Offenbarung von Verletzungen auftragsrechtlicher Sorgfaltspflichten – wie diejenige die Arzt-Patient-Beziehung betreffend – kennen wir bereits im Zusammenhang mit anderen Auftragsverhältnissen: dem Architektenvertrag oder der Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt. Beim Architektenvertrag vertritt RAINER SCHUMACHER beispielsweise zum Thema "Offenbarung von Fehlverhalten des Architekten" die Auffassung, dass der Architekt, sofern er Baumängel feststelle, die er selbst zu vertreten habe, diese Baumängel dem Bauherren mitzuteilen habe. Das solle dem Bauherren ermöglichen, Haftungsansprüche geltend zu machen – d.h. auch gegen den Architekten, mit anderen Worten gegen sich selbst. Die Pflicht des Architekten zur "Selbstanzeige" lasse sich mit der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 398 Abs. 2

79 ADOLF LAUFS, Grundlagen des Arztrechts, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, 2. A., München 1999, 484.

80 Vgl. GLATZ (FN 32), 365.

81 ULRICH ZOLLINGER/THOMAS PLATTNER, Sicherer oder möglicher letaler Behandlungsfehler: Was ist danach zu tun?, in: Praxis 2005, 1023: "Das Eingestehen von Fehlern und das Lernen aus Fehlern gehören auch zum worst-case-Management. Werden die selbstkritischen Fragen nicht gestellt, so besteht das Risiko, dass andere, beispielsweise die Angehörigen, Personen aus dem Pflegebereich oder die Medien die konkrete Situation hinterfragen und die behandelnden Ärzte in eine unkomfortable Defensivrolle drängen oder ihnen gar Vertuschung vorwerfen."

82 MARK KAUFMANN/SVEN STAENDER/GEORG VON BELOW/HANSHEINRICH BRUNNER/LUCIEN PORTNEIER/DANIEL SCHEIDEGGER, Computerbasiertes anonymes Critical Incident Reporting: ein Beitrag zur Patientensicherheit, in: SAeZ 2002, 2554 ff.; HANSPETER KUHN, "Congress should pass legislation to extend protections (…)" "Critical Incident Reporting" und Recht, in: SAeZ 2001, 1394 ff.

83 Im Zusammenhang mit der medizinischen Heilbehandlung gilt jedes ungewollte bzw. unerwartet aufgetretene Ereignis bzw. Ergebnis, das ohne oder trotz einer Intervention zu einem unerwünschten Ausgang, d.h. zu einer physischen oder psychischen (beinahe) Beeinträchtigung des Patienten geführt hat oder hätte führen können, als so genannte "critical incident". Mit anderen Worten als negativer Zwischenfall, wenn es den Patienten negativ beeinflusst hat bzw. hätte beeinflussen können, auch wenn der Schaden im Sinne des Beinahezwischenfalls noch gerade abgewendet werden konnte.

84 GABRIELE GUBERNATIS, Zur Offenbarungspflicht bei ärztlicher Fehlbehandlung, in: JZ 1982, 363 ff., 364; TAUPITZ (FN 12), 718.

OR begründen[85]. Hierbei geht SCHUMACHER sogar so weit, dass absichtliches Tarnen der Vertragsverletzung einen Straftatbestand erfüllen könnte.

Auch WALTER FELLMANN vertritt die Meinung, dass angesichts der umfassenden Treuepflicht des Beauftragten, dieser dem Auftraggeber zur objektiven Klärung von Mängelursachen oder Sorgfaltpflichtverletzungen Hand bieten müsse[86]. Es werde in diesem Zusammenhang zu Recht festgestellt, dass die fortschreitende Spezialisierung dem Auftraggeber das Aufdecken von Verletzungen der Sorgfaltspflicht seitens des Beauftragten vielfach erschwere, wenn nicht unmöglich mache. Nicht zuletzt wegen diesen Schwierigkeiten sei es gerechtfertigt, die Aufklärungspflicht im Falle der Schädigung des Auftraggebers weit zu fassen. Die "Unzukömmlichkeiten", die dem Beauftragten damit erwachsen würden, würden im Wesentlichen durch die Versicherbarkeit dieser Risiken gemildert, was namentlich risikoreiche Berufsgruppen tun würden.

Die tatsächlichen Verhältnisse in der Arzt-Patient-Beziehung betreffend ist – wie in Tabelle 8 dargestellt – zwischen spontaner und nicht spontaner Offenbarung von eigenem (künftigem[87]) Fehlverhalten einerseits und dem bestehenden Fehlverhalten Dritter andererseits zu differenzieren. Es gilt aber auch, einen den Patienten allfällig negativ beeinflussenden "Critical Incident" von einer echten Sorgfaltspflichtverletzung abzugrenzen[88].

Aus Sicht der Autoren besteht – nebst der bereits anerkanntermassen spontan zu erfüllenden Aufklärungspflicht – eine zu Recht zu gewährleistende *spontane, proaktive Benachrichtigungspflicht* gemäss Art. 398 OR, dies im Rahmen der vertraglichen Verpflichtung und in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung[89]. Die – ohne Verlangen des Auftraggebers nachzukommende – Benachrichtigungspflicht ist ein wesentliches Element der Treue

85 RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: PETER GAUCH/PIERRE TERCIER (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A., Freiburg 1995, Rz 523 ff.

86 WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 Rz 169: "Umstritten ist, ob der Beauftragte seinen Auftraggeber auch über das Bestehen von Schadenersatzansprüchen wegen Schlechterfüllung des Auftrages gegen sich selber aufklären muss." DERSELBE führt im Zusammenhang mit der deutschen Rechtsprechung zum Architekten bzw. Rechtsanwalt in Art. 398 RZ 169 befürwortend aus: "Ausschlaggebend war dabei die richtige Überlegung, das Interesse des Beauftragten, sich eigener Haftung möglichst zu entziehen, vermöge das Unterlassen zutreffender Unterrichtung nicht zu rechtfertigen. Die erforderliche umfassende und erschöpfende Beratung des Auftraggebers schliesse viel mehr in sich, diesen auch auf allfälliges Mitverschulden des Beauftragten bei der Schadenentstehung hinzuweisen." DERSELBE, Art. 398 Rz 170: "Angesichts der umfassenden Treuepflicht des Beauftragten müssen diese Grundsätze (aus Art. 398 Rz 169) auch im schweizerischen Recht Anwendung finden." (Mit weiteren Hinweisen.)

87 Nach gängiger Meinung braucht der Arzt über die Gefahren, die infolge allfälliger Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen künftiger Eingriffe entstehen könnten, bei Anbahnung einer Vertragsbeziehung nicht aufzuklären. Insofern schützt den Patienten die Pflicht des Arztes, dass dieser fehlerfrei zu behandeln hat. Nach TAUPITZ (FN 12), 717 mag es aber wiederum gänzlich anders sein, wenn ein allfälliges Fehlverhalten ein Glied in einer Kette gleichartiger Vorfälle darstellt, woraus sich eine generelle Unfähigkeit des Arztes zur ordnungsgemässen Behandlung des entsprechenden Zustandes oder zumindest ein signifikant übernormal grosses Risiko für den Patient ableiten liesse, über das gegebenenfalls zu informieren wäre.

88 TAUPITZ (FN 2), 682 ff.; GLATZ (FN 32), 364 ff.

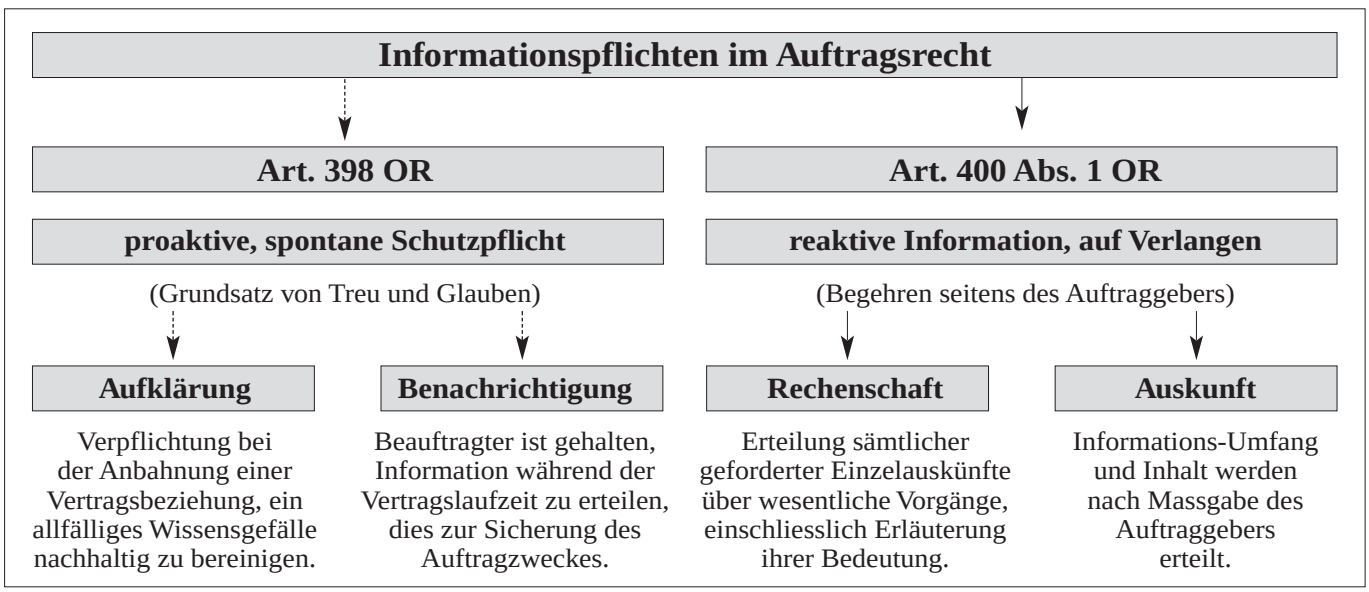


Tabelle 7: Informationspflichten im Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR

und Sorgfaltspflicht für alle Beauftragte und muss konsequenterweise auch in der Arzt-Patient-Beziehung umgesetzt werden. Weder aus dem geltenden Recht, noch der einschlägigen Rechtsprechung lässt sich ein prinzipieller Unterschied bezüglich *Benachrichtigungspflicht zur Sicherung des Vertragszweckes* zwischen den einzelnen Berufsgruppen herleiten. Zudem ist unstrittig, dass der Beauftragte den Auftraggeber kraft seiner Stellung, die ihm besonderen Einblick in die Verhältnisse bietet, wahrheitsgetreu Auskunft geben muss. Er darf "weder wider besseres Wissen unrichtige positive Angaben machen, noch eine erkennbarer weise wichtige Information verschweigen"[90].

Die Rechenschafts- oder Auskunftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR stellt demgegenüber ein Antworten auf (konkrete) Fragen des Auftraggebers dar und ist in Übereinstimmung mit FELLMANN nur auf eine aktive Intervention seitens des Auftraggebers hin geschuldet. Diese reaktiven Informationspflichten (vgl. Tab. 7) müssen demzufolge von der spontanen Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht als proaktive Umsetzung der allgemeinen Treuepflicht unterschieden werden. Auf die Arzt-Patient-Beziehung

89 BGE 110 II 360; 108 II 197; 93 II 311; BK FELLMANN (FN 86), Art. 400 Rz 39.
90 BGE 57 II 86; BK FELLMANN (FN 86), Art. 398 Rz 166.

STUFEN DER ÄRZTLICHEN "FEHLERAUFKLÄRUNG"

A) Verletzung der eigenen ärztlichen Sorgfaltspflicht

1.) ***Spontan*** geschuldete bzw. erwartete Beurteilung der **Gegenwart** (Art. 398 OR):

Eingriffsaufklärung, um das Recht auf Selbstbestimmung **vor Behandlungsbeginn** zu ermöglichen (Risiken aufzeigen!)

- Keine, Pflicht über Gefahren im Zusammenhang mit *möglichen künftigen* eigenen (fahrlässigen) *Behandlungsfehler* aufzuklären
- Informationspflicht über mögliche kritische Zwischenfälle ("Critical Incidents") als behandlungsimmanentes Risiko, das den Patienten negativ beeinflussen könnte

Benachrichtigung des Patienten durch den Arzt über eine unterlaufene Verletzung der Sorgfaltspflicht im Interesse des Vertragszweckes **während der Behandlung**

2.) ***Auf Begehren hin*** geschuldete Bewertung der **Vergangenheit** (Art. 400 Abs. 1 OR):

Rechenschaftsablegung als nur auf konkretes Verlangen zu erteilende Auskunft **über die bisherige Geschäftsführung**

- Auf konkrete Nachfrage hin umfassend über *abgeschlossene* oder *begonnene* eigene *schädigende Vorgänge wertneutral* informieren

3.) ***Allfällig spontan*** geschuldeter Blick in die **Zukunft** (Art. 398 OR):

Erneute **Eingriffsaufklärung,** damit **vor Fortsetzung einer Weiterbehandlung** das Recht auf Selbstbestimmung erneut ermöglicht wird

- Über *bestehendes* eigenes Fehlverhalten ist insofern spontan und wertneutral zu informieren, als eine neu *einwilligungsbedürftige* (Weiter-)Behandlung ansteht

B) Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht durch Dritte

1.) ***Spontan*** geschuldeter Blick in die Zukunft:

Sicherungsaufklärung zur **zukunftsbezogenen Gefahrenabwendung**

- Über *fremdes Fehlverhalten* ist, soweit förderlich, im Rahmen der Therapieberatung und ungeachtet kollegialer Standesinteressen *wertneutral* zu *informieren*

Tabelle 8: Stufen der ärztlichen "Fehleraufklärung"

übertragen heisst dies unter anderem eine reaktive *vergangenheitsbezogene spezifische Wertung über einen Ist- im Vergleich zu einem Sollens-Zustand*. Im Zusammenhang mit Art. 400 Abs. 1 OR besteht für den Beauftragten denn auch eine klare Verpflichtung zum (wertneutralen) Informieren, folglich auch über die Möglichkeit einer bestehenden Sorgfaltspflichtverletzung. Diese Pflicht zur Rechenschaft/Auskunft kann nicht damit ausgeschlossen werden, dass sich der Beauftragte Schadenersatzansprüchen oder gar einer strafbaren Handlung aussetzen müsste[91].

Gemäss FELLMANN ist allerdings die Unterscheidung zwischen Art. 398 OR und Art. 400 Abs. 1 OR insofern von geringer Bedeutung[92], als der Inhalt der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht einerseits und der Rechenschafts- bzw. Auskunftspflicht andererseits sich nicht grundsätzlich voneinander unterscheiden würden, zumal wechselseitige Überschneidungen möglich seien. So würden sich die *Aufklärungspflicht*[93] gemäss Art. 398 OR und die *Rechenschaftspflicht*[94] gemäss Art. 400 Abs. 1 OR in der Regel auf den Stand des Geschehens in seinem Zusammenhang als Ganzes erstrecken, während die *Benachrichtigungspflicht*[95] gemäss Art. 398 OR und die *Auskunftspflicht*[96] gemäss Art. 400 Abs. 1 OR mehr die jeweiligen Einzelinformationen zum Inhalt habe.

D. Schweizer Lehrmeinungen zur Offenbarung der eigenen ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung

JOCHEN TAUPITZ hebt in seinem Referat zum Thema "Die Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens nach schweizerischem Obligationenrecht" hervor, dass im Zusammenhang mit eigenen Behandlungsfehlern wohl jeder einmal vor der Frage stehe, ob der eigene Fehler sofort und ungefragt einzugestehen sei oder sogar eingestanden werden müsse; und dass diese Frage zwiespältige Gefühle wecke[97]. Anderseits denke man beim Fehlen einer vom Recht sanktionierten Pflicht zur ungefragten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens an den Satz "Nemo tenetur se ipsum accusare". Mit anderen Worten an den Grundsatz, dass niemand verpflichtet sei, einen eigenen Beitrag zu seiner Belastung/Selbstbezichtigung zu leisten[98]. Insbesondere besteht in diesem Kontext noch kein den Arzt wirksam schützendes strafprozessuales Verwertungsverbot, das als flankierende Massnahme im Falle einer Information über eigene, nicht grobfahrlässig verursachte Behandlungsfehler hilfreich sein könnte[99], was auch aus Sicht der Autoren bedauerlich ist. Der Arzt wäre in Übereinstimmung mit BEVERLY JONES im Eingestehen von medizinischen Fehlleistungen oder Verletzungen der medizinischen Sorgfaltspflicht sicherlich freier, wenn er nicht in jedem Falle sogleich eine zivil- und strafrechtliche Sanktionierung befürchten müsste[100]. Unser Strafgesetzbuch kennt mit Art. 305 StGB nur den Tatbestand der *Fremdbegünstigung*[101].

Analog zu Deutschland[102] besteht in der Schweiz weitgehend Einigkeit darüber, dass es für den *behandelnden* Arzt – dies entgegen den hiervor aufgezeigten Überlegungen zur Benachrichtigungspflicht gemäss Art. 398 OR – weiterhin keine pauschale Pflicht gibt, den Patienten *allein zur Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche* unaufgefordert und damit proaktiv wertend über das Vorliegen einer *eigenen Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht/eines eigenen Behandlungsfehlers* zu informieren oder gar ein Schuldeingeständnis abzugeben. Mit einem gewissen Recht

91 BK FELLMANN (FN 86), Art. 400 Rz 85 (mit weiteren Hinweisen).
92 BK FELLMANN (FN 86), Art. 400 Rz 54.
93 BK FELLMANN (FN 86), Art. 398 Rz 150: "Die Aufklärungspflicht besteht bei der Anbahnung des Vertragsverhältnisses. Sie auferlegt dem Beauftragten die Pflicht, den Auftraggeber über jene Punkte aufzuklären, welche dieser nicht kennt und zu kennen nicht verpflichtet ist, die aber für seinen Entschluss, den Auftrag zu erteilen, wesentlich sind."
94 BK FELLMANN (FN 86), Art. 400 Rz 23: "Sie (die Rechenschaftspflicht) erstreckt sich auf die Erteilung sämtlicher, im Zusammenhang mit dem Auftrag vom Auftraggeber geforderten Einzelauskünfte." DERSELBE, Art. 400 Rz 27: "Die Rechenschaftsablegung hat einen einlässlichen Bericht über alle wesentlichen Vorgänge des konkreten Auftrages und die Erläuterungen ihrer Bedeutung zu erfassen. Sie beinhaltet mehr als nur die blosse Auskunftserteilung."
95 BK FELLMANN (FN 86), Art. 398 Rz 171: "Während der Laufzeit des Auftrages ist der Beauftrage gehalten, dem Auftraggeber ständig zur Sicherung des Auftragszweckes notwendige Informationen zukommen zu lassen. Nur so ist gewährleistet, dass der Auftraggeber reagieren kann, wenn seine Interessen in Gefahr sind."
96 BK FELLMANN (FN 86), Art. 400 Rz 25: "Die Auskunftspflicht erstreckt sich sowohl auf den Stand der Auftragsausführung (in seinem Zusammenhang) als Ganzes wie auch auf die jeweils geforderten Einzelinformationen. Der Umfang der zu erteilenden Auskunft bestimmt sich in aller Regel jedoch primär nach dem Begehren des Auftraggebers. Er kann die Beantwortung einzelner Fragen oder einen umfassenden Lagebericht fordern."
97 TAUPITZ (FN 2), 671 (mit weiteren Hinweisen).
98 "Nemo tenetur se ipsum accusare", diese Auffassung, dass niemand verpflichtet sei, einen Beitrag zu seiner eigenen Belastung zu liefern, beinhaltet einen alten Grundsatz, vgl. auch BGE 98 Ia 250, 252 E. 1a.
99 TAUPITZ (FN 12), 718.
100 JONES (FN 9), 97 ff.: "A non punitive approach is an absolute requirement if a health care institution is to respond to errors in a manner that reinforces the successful implementation of strategies, with the ultimate goal of safeguarding society. A culture of improvement that promotes disclosure and analysis of errors and near misses is critical to initiate the level of change needed. Creating an environment of trust and improvement does not mean that individual accountability has no place in the process. Accountability remains, and in those medical mishaps in which the cause is assessed to be reckless noncompliance with regulatory standards or laws, sanctions should follow."
101 Davon weicht hingegen die gesetzliche Grundlage über das Melden von als Verkehrsteilnehmer verursachtem Personen- oder Sach-Schaden im Rahmen des schweizerischen Strassenverkehrsgesetzes (vgl. etwa Art. 51 Ziff. 2 und 3 SVG) ab.

muss in konkreter Erfahrung der Autoren zugebilligt werden, dass der behandelnde Arzt als Partei sowohl aus positiver wie negativer Sicht den allfällig selbst verursachten Therapieschaden in aller Regel nicht unbelastet und damit genügend kritisch, sprich objektiv, beurteilen kann. Hinzu kommt, dass eine "vom Arzt gegenüber seinem Patienten aus medizinischer Perspektive verspürte Schuld" letzten Endes nicht immer auch einer "rechtlich relevanten Schuld" gleichzusetzen ist.

Dennoch ist der Arzt mit Blick auf seine Treue- und Sorgfaltspflicht zur Sicherung des Vertragszweckes der Heilbehandlung nicht gänzlich von seiner Benachrichtigungspflicht gemäss Art. 398 OR zu befreien. D.h., dass er *nicht* über eigene Fehlbehandlungen infolge einer möglichen Sorgfaltspflichtverletzung bzw. kritische Zwischenfälle im Sinne von "Critical Incidents" (sofern für den Patienten von Relevanz) bzw. Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand *zu informieren hätte.* Der Arzt muss dabei sein eigenes Handeln nicht rechtlich qualifizieren, sondern lediglich über die festgestellten Abweichungen des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand und die damit verbundenen Folgen zwingend und ohne "emotionalem Offenbarungseid" – also wertneutral – informieren. Der Arzt ist mit anderen Worten zwar von der rechtlichen Bewertung seiner eigenen Handlungsweise befreit, jedoch nicht von seiner vertraglichen Benachrichtigungspflicht[103].

Das wiederholt hervorgehobene besondere Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt und die in aller Regel klar bestehende Sachkundedisparität zwischen Arzt und Patient sollte aus Sicht der Autoren im Rahmen künftiger Rechtsprechungen keine anderen Schlussfolgerungen zulassen[104]!

Konkreter sollte die noch wenig geübte Praxis im Zusammenhang mit der Pflicht zur spontanen Offenlegung von Sorgfaltspflichtverletzungen gehandhabt werden. Insbesondere wenn es zufolge einer Fehlbehandlung zu weiteren medizinischen Interventionen durch den behandelnden Arzt kommt, wenn überhaupt eine neuerliche und somit wiederum einwilligungsbedürftige Behandlung ansteht[105]. Das trägt dem Grundsatz Rechnung, dass der Arzt für medizinische Interventionen die Einwilligung des Patienten benötigt. Dieser kann die rechtsgenügende Einwilligung in eine medizinische Intervention hingegen nur dann erteilen, wenn er alle relevanten Umstände kennt. Hierzu gehören Informationen zu einer Fehlbehandlung.

Sind diese Umstände dem Patienten *vor erneuter Einwilligung und Intervention* nicht hinreichend transparent kommuniziert und dokumentiert worden, kann der Patient infolge mangelhafter Aufklärung vermutungsweise keine rechtsgenügende Einwilligung erteilt haben. Mit anderen Worten verschweigt der Arzt zu Unrecht wesentliche Informationen im Zusammenhang mit der Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand, dann besteht für jede weitere ärztliche Behandlung keine rechtmässige Einwilligung, da der Patient nicht mehr rechtsgenügend aufgeklärt ist[106].

Jede weitere Behandlung würde dann wegen fehlendem Rechtfertigungsgrund (der Einwilligung zur vorgenommenen Heilbehandlung) grundsätzlich einer vorsätzlichen Körperverletzung gleichkommen, da der Arzt im Wissen um das Verschweigen der notwendigen Informationen eine Einwilligung erschlichen hat und ungeachtet dessen den Patienten behandelt[107]. Womit die Beweislast unserer Auffassung nach (welche in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtes unwidersprochen bleibt) voll beim behandelnden Arzt liegen muss[108].

Der Arzt könnte demzufolge auch nicht den Einwand der hypothetischen Einwilligung bringen[109]. Mit Blick auf die dem Arzt gemäss Auftragsrecht obliegende Treue- und Sorgfaltspflicht und dem besonderen charakteristischen Vertrauen im Behandlungsvertrag gilt dies umso mehr[110]. Eine andere Lösung kann sich nicht ergeben, da ansonsten vom Patienten verlangt würde, einem Arzt zu Unrecht zu vertrauen, der ihm (dem Patienten) wesentliche Informationen vorenthalten darf.

---

102 Vgl. TERBILL/SCHMITZ-HERSCHEIDT (FN 75), 1750.

103 Vgl. hierzu auch JOCHEN TAUPITZ, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, 1989; ferner HART (FN 74), 53 ff., 78 ff.

104 GLATZ (FN 32), 369: "Begeht ein Arzt einen Behandlungsfehler, führt dies grundsätzlich zu einer Beeinträchtigung des Vertrauens des Patienten in den Arzt. Regelmässig erwartet der Patient nämlich nicht weniger als ärztliche Unfehlbarkeit."

105 Beispielsweise bedarf die fehlerhafte Behandlung einer "Reparatur" in Gestalt einer restitutio ad integrum (vgl. Fall in Abb. 2: Patient mit den fünf Tüchern im Bauch; bzw. Fall in Abb. 3: Patient mit der Klemme im Bauch).

106 TILL E. BUSCHMANN, Die ärztliche Aufklärungspflicht, vornehmlich in der Fortpflanzungsmedizin, Köln 1998, 40; GATTIKER (FN 16), 138 ff.; GLATZ (FN 32), 364; GUBERNATIS (FN 84), 364; CARLA MAINARDI-SPEZIALI, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik, Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes, Bern 1992, 107; PAYLLIER (FN 16), 149; ROGGO (FN 21), 89 ff.: Teil 3, Kapitel 9, Eingriffs-/Selbstbestimmungsaufklärung; TAUPITZ (FN 2), 684.

107 ARZT (FN 6), 66 ff.: "Die Aufklärungspflichtverletzung als solche zieht keine strafrechtlichen Folgen nach sich, wohl aber die Behandlung des nicht aufgeklärten Patienten. Eine solche Behandlung ist als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und damit als Körperverletzung zu taxieren."; ROGGO (FN 21), 37 ff.: Teil 1, Kapitel 4, Rechtliche Grundlagen, V. Strafrechtliche Aspekte (mit weiteren Hinweisen).

108 BGE 4C.378/1999, E. 2.3, vom 23.11.2004: "In der schweizerischen Lehre werden vor allem Beweiserleichterungen in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt befürwortet. (…) Eine ähnliche, aber noch weiter gehende Auffassung wird von ANTOINE ROGGO vertreten (…), der im Falle nicht ordnungsgemässer Dokumentation oder unvollständiger Krankenunterlagen die Beweislast für das Fehlen einer Sorgfaltspflichtverletzung dem Arzt auferlegen will (…)."

109 ANTOINE ROGGO, zitiert in BGE 4P.110/2003, E. 3.1.2., vom 26.8.2003; ROGGO (FN 21), 226 ff.: Teil 5, Kapitel 19, Hypothetische Einwilligung.

Letzten Endes trägt diese erhöhte Informationspflicht des Arztes der Sachkundedisparität zu Ungunsten des Patienten und der damit massgeblich verbundenen Schutzbedürftigkeit des Patienten in der Arzt-Patient-Beziehung (Form von Garantenstellung) Rechnung[111]. Augenfällig wird die Pflicht zur Offenbarung von Sorgfaltspflichtverletzungen insbesondere dann, wenn rechtzeitig einschneidende, korrigierende medizinische Massnahmen eingeleitet werden müssen[112], die eine *weitere* oder *zukünftige* Verschlimmerung des Gesundheitsschadens mittels "*reparatio"* verhindern oder mindern lassen, bzw. wenn damit eine vollständige oder zumindest partielle "*restitutio ad integrum"* angestrebt werden kann[113].

Dem erfahrungsgemäss beide Parteien belastenden Gespräch, was den vorgefallenen Therapieschaden angeht, hat sich der Arzt nicht zu verschliessen. Zudem hat er sich genügend Zeit einzuräumen. Die abgegebenen Informationen sollen mit Ausnahme eines allfällig notwendigen, eng umschriebenen und klar begründeten "Therapeutischen Privileges" (dann zumindest unter Einbezug der in Kenntnis zu setzenden nächsten Angehörigen[114]) wahrheitsgetreu und hinreichend verständlich sein[115].

Der Gesprächsinhalt soll damit ungeachtet der so genannten "ärztlichen Vernunftshoheit" keine Hypothesen oder Spekulationen enthalten, d.h. auch keine Rückschaufehler[116]. Es hat der Grundsatz zu gelten, dass Wertungen in Bezug auf Schicksalhaftigkeit oder Vermeidbarkeit eines Schadens sowie Vermutungen über zweifelhafte Kausalverläufe in dieser (heiklen) Phase der Informationserteilung zweckgerichtet zu unterlassen sind. Der Arzt soll sich allenfalls entschuldigen, sicher Bedauern zeigen und dabei klar erkennen lassen, dass er gewillt ist, Verantwortung zu tragen. Damit gibt der Arzt dem betroffenen Patienten von Anfang an das Gefühl, dass er sich für die Lösung des Problems im Zusammenhang mit dem erlittenen Therapieschaden einsetzen wird.

E. Zum Umgang mit Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht durch Dritte (Behandlungsfehlern Dritter)

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der in die Behandlung neu eintretende Arzt erkennt, dass ein Patient durch den vorgängig behandelnden Arzt erkennbar fehlerhaft betreut worden sein könnte[117]. Wie sollte sich der Arzt in dieser Situation korrekt verhalten, auch wenn in Ärztekreisen ein weit verbreitetes und praktiziertes "ökonomisch-standespolitisches" Interesse gelebt wird, d.h. das Thema Therapieschäden/Behandlungsfehler durch Schweigen getarnt wird[118]?

Zur Frage der Aufklärungspflicht bei Kenntniserlangung von durch einen Dritten verursachten Nebenfolgen kollidiert die "salus aegroti" unweigerlich mit dem Kollegialitätsprinzip, präziser "Kollegenprinzip"[119]. Soll der Arzt seinen Kollegen vor Regressansprüchen schützen oder ohne Rücksicht hierauf seinem Patienten die Wahrheit über die Abweichung von dessen Gesundheit vom Soll-Zustand, d.h. einer (möglicherweise) erfolgten Sorgfaltspflichtverletzung, offenbaren?

Im Vordergrund steht unmissverständlich das Patienteninteresse, d.h. das Interesse des Auftraggebers. Sollte mit der Informationserteilung eine echte Schadensminimierung

---

110 Vgl. auch bei TAUPITZ (FN 12), 714: "Tragen nicht vor allem die Kriterien 'Wahrnehmung fremder Interessen', 'enge Vertrauensbeziehung' und 'faktische Unmöglichkeit einer fachlichen Kontrolle der Tätigkeit des Interessewahrers durch den Vertragspartner' eine Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, und sind diese Kriterien nicht auch beim Arzt wie bei den übrigen genannten Berufen *(Rechtsanwalt, Steuerberater, Architekt)* erfüllt? Liegt denn nicht schliesslich eine Hinweispflicht beim Arzt angesichts der viel höherrangigen betreuten Rechtsgüter sogar noch viel näher als bei den nur vermögenssorgenden Berufen?"

111 TAUPITZ (FN 2), 685.

112 Vgl. konkretes Beispiel aus Abb. 2a und b: Notwendige Re-Operation zur Entfernung der zu Unrecht zurückgelassenen Bauchtücher, was klar einer erneut einwilligungsbedürftigen Heilbehandlung gleichkommt.

113 Mit dem Begriff "restitutio ad integrum" bezeichnet man in der Medizin die vollständige Abheilung einer Erkrankung ohne bleibende Schäden. Dabei wird der Funktionszustand des Gewebes, der vor der Erkrankung bestand, vollständig wiederhergestellt. Von der "restitutio ad integrum" wird die "reparatio" abgegrenzt, bei der es nur zu einer Defektheilung kommt.

114 BGE 105 II 284, 287 ff. E. 6c: "La doctrine suisse admet en principe l'obligation du médecin de renseigner le patient sur son état, notamment sur la nature de sa maladie, les conséquences prévisibles du traitement proposé et de l'abstention thérapeutique. (…) L'obligation du médecin ne saurait toutefois être étendue à une information propre à alarmer le malade et, partant, à porter préjudice à son état physique ou psychique, ou à compromettre le succès du traitement. (…) Un pronostic grave ou fatal (…) peut être caché au patient, mais doît en principe être révélé à ses proches."

115 MARILYNN M. ROSENTHAL/KATHLEEN M. SUTCLIFFE, Struggling to Understand, Struggling to Act, in: ROSENTHAL/SUTCLIFFE (Hrsg.), Medical Error, What Do We Know? What Do We Do?, San Francisco/CA, USA 2002, 257: "Vocabulary can be a powerful source of confusion in communication. We may share a common language, but that is never a guarantee that we understand each other. The terminology with which medical mistakes are discussed is a perfect example of likely confusion."

116 JÄGER/SCHWEITER (FN 55), 1940 ff.

117 Als Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung oder eines kritischen Zwischenfalles.

118 MILLENSON (FN 15), 103: "Yet even clearly preventable errors were not enough to prompt collegial correction. When sociologist FREIDSON asked doctors what they would do about a colleague whose behavior violated technical norms of conduct, the most common response was *nothing*. Asked what they would do if the offense were repeated, doctor answered: *I'd talk to him*."

119 REINHARD RAABE/HERMANN VOGEL, Medizin und Rechtsprechung, Neue Urteile zu Kunstfehlern und zur Aufklärungspflicht in Diagnostik und Therapie, Landsberg/Lech 1987, 54.

– gesundheitlicher oder vermögensrechtlicher Natur – möglich sein, ergibt sich sogar eine Hinweispflicht. Der neu behandelnde Arzt hat die von ihm entdeckte Problematik dem betroffenen Patienten ausschliesslich auf der Sachebene wert- und verschuldensneutral darzulegen. Die Aufklärung durch den behandelnden Arzt hat auch in diesem Fall auf die psychische Labilität des Patienten und dessen Bedürfnis, seinem Arzt vertrauen zu können, Rücksicht zu nehmen[120].

Auch die deutsche Literatur rückt unmissverständlich das Patienteninteresse in den Vordergrund. BUSCHMANN hält hierzu fest, dass Ärzte regelmässig auf das Vertrauensverhältnis besonderer Art zwischen ihnen und dem Patienten pochen würden. Ein Ausdruck dieses Vertrauensverhältnisses sei konsequenterweise aber auch die Unterrichtung des Patienten, dass ein anderer Arzt durch einen Therapiefehler dessen Gesundheit beeinträchtigt habe, wobei die Verpflichtung zu diesem Hinweis den neu in die Behandlung eintretende Arzt treffe. Mit der Erfüllung dieser ärztlichen Aufklärungspflicht habe es jedoch sein Bewenden[121].

PAYLLIER vertritt zudem die Auffassung, dass sich der Arzt mit Abschluss des Arztvertrages verpflichtet habe, die Rechtsgüter "Leben und Gesundheit" des Patienten zu schützen. Eine Abwägung der Rechtsgüter zwischen der Wahrung des Kollegialitätsprinzips und der Wahrung von Leben und Gesundheit des Patienten sei nicht nur unstatthaft, sondern müsste – falls trotzdem vorgenommen – zweifelsfrei zum Vorrang der Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Patienten führen[122].

TERBILLE und SCHMITZ-HERSCHEIDT erachten es als Pflicht eines Arztes, den Patienten auf einen ins Auge springenden Fehler eines anderen Arztes hinzuweisen. Mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung begründen die beiden Autoren dies damit, dass kein Arzt *"sehenden Auges"* eine Gefährdung seines Patienten hinnehmen dürfe[123].

V. Schlussfolgerung

Ärzte haben sich bislang nur in Form von *reaktivem Verhalten* um Belange aus dem Medizin-Recht und vor allem kaum um die Problematik der Offenbarung ärztlicher Fehlleistungen gekümmert. Ein Paradigmawechsel ist heute am Platz. Die Patientenbetreuung geht routinemässig mit den unvermeidlichen Behandlungsrisiken um, faktisch gehen damit mit Fehlleistungen behaftete Behandlungsvorgänge einher. Ein Faktum, das nicht zu ändern ist. Ärzte sind aufgerufen, durch Hintanstellen eigener Belange die Interessen ihrer Hilfe suchenden Patienten durch *proaktives Umdenken* und somit durch erkennbares *proaktives Verhalten* wahrzunehmen und zu fördern.

Da aber allfällige rechtliche Konsequenzen die berufliche Zukunft bedrohen könnten, besteht – verständlicherweise – die Tendenz, *eigene Fehlleistungen* aus der *eigenen Zuständigkeit*, d.h. der *eigenen Verantwortung*, geradezu *zu verbannen*.

In aller Regel handelt es sich bei ärztlichen Fehlleistungen um keine schwerwiegenden Verletzungen ärztlicher Sorgfaltspflichten. Es handelt sich vielfach um relativ alltägliche Fehler in Form von Irrtümern/falschen Vorstellungen, die schicksalhaft auch einem dritten Arzt unterlaufen könnten. Dennoch darf nicht beschönigt werden, dass jede noch so geringfügige Fehlleistung bzw. Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten die Gesundheit derjenigen gefährden können, die sich auf das Wissen und Können ihres behandelnden Arztes verlassen. Die Wissens- und Machtdisparität zwischen Arzt und Patient will das Recht durch die besonderen dem Arzt auferlegten Pflichten im Arzt-Patienten-Verhältnis ausgleichen.

Wer bei einer Patientenbehandlung Abweichungen des Ist-Zustandes vom Sollzustand feststellt, hat dies zu kommunizieren. Nur so kann mit objektivierter Optik das möglicherweise zugrunde liegende Fehlverhalten geprüft und beurteilt werden und nur so können diese Erkenntnisse in künftige Entscheidungsfindungen einfliessen. Dieses Verhalten ist konstruktiv und ermöglicht das aktive Lernen des medizinischen Systems. *Ärzte haben das Recht darauf, künftig im Rahmen einer echten Fehlerkultur die eigene Kompetenz zu steigern.*

Die Analyse und Information über möglicherweise unterlaufene Fehlleistungen bzw. Abweichungen des Ist-Zustands vom Soll-Zustand sollte anerkanntermassen aber auch dazu dienen, dem jeweiligen Patienten die notwendigen Angaben zu liefern, die ihn zur allfälligen "Kündigung des Auftrages", d.h. Abbruch der Behandlung beim betreffenden Arzt oder zur Einholung einer Zweitmeinung veranlassen könnten. *Der Patient muss in Kenntnis aller Umstände selbst bestimmen können, welchem Arzt er weiterhin sein Vertrauen ausspricht.* Diese offene Kommunikation ist unbesehen davon gefordert, ob sich nun krankheits- oder behandlungsimmanente Faktoren verwirklicht haben oder eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt.

Der qualifizierte Umgang mit Abweichungen vom geplanten Behandlungsverlauf muss in jedem Arzt als reine Selbstverständlichkeit verankert sein. Das spontane, ungefragte Aufdecken der Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand ist ein Zeichen der Akzeptanz der Grenzen der Medizin. Die Realität des Alltages zeigt, dass jeder Arzt sich dessen individuell bewusst werden muss und angehalten ist, sich nicht alleine auf die Wissenschaft oder generell gehaltene Verhaltensmuster abzustützen, d.h. als Manager zu agieren oder zu reagieren. Der Arzt darf sich trotz Spitzenmedizin und Technologisierung auch wieder seiner Menschlichkeit bewusst werden und diese als Vorbild vorleben. Zeigt es doch dem Patienten, dass er in seiner Funktion

120 Mit anderen Worten sind Beschuldigungen wie "Was hat denn der da gemacht?" wohl kaum im Interesse des betroffenen Patienten.
121 BUSCHMANN (FN 106), 41.
122 PAYLLIER (FN 16), 148 ff., Fn. 445.
123 TERBILLE/SCHMITZ-HERSCHEIDT (FN 75), 1750 bzw. 1753 mit Verweis auf BGH, VersR 1989, 186 ff.

als Arzt bereit ist, für sein Handeln auch im Falle eines schicksalhaften Verlaufs der Krankheit oder bei einer möglichen Sorgfaltspflichtverletzung die hierfür notwendige Verantwortung zu übernehmen. Hinzu kommt der Umstand, dass der Unmut bei vielen Patienten erst dadurch entsteht und sie zu einer Klage gegen den Arzt veranlasst, dass der die ärztliche Sorgfaltspflicht verletzende Arzt sie vernachlässigt.

Persönlich erachten es die Autoren demzufolge nicht nur als rechtliche, sondern auch als ethische Pflicht, dass der behandelnde Arzt bei Abweichungen des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand den Sachverhalt unaufgefordert, persönlich und unverzüglich mit seinem Patienten im Rahmen eines wahrheitsgemässen Gespräches wert- und verschuldensneutral bespricht. Hierbei sind sich die Autoren aber bewusst, dass sich die Umsetzung dieser Aufforderung an die Ärzteschaft zur Offenbarung in ihrem ärztlichen Alltag vorerst nicht leicht gestaltet. Zunächst wird es von Bedeutung sein, sich der *Dimension des Problems Offenbarung ärztlicher Fehlleistungen* bewusst zu werden, Ursachen von ärztlichen Fehlleistungen zu verstehen und dann konstruktive Korrekturen zu ermöglichen. Hierfür hat auch der Gesetzgeber im Interesse aller Beteiligten Hand zu bieten. Es müssen für eine offene Fehlerkultur in der Arzt-Patient-Beziehung einerseits und zu einem gewissen Schutz des Arztes andererseits die notwendigen unterstützenden Rahmenbedingungen geschaffen und aktuelle juristische Barrieren konsequent neu überdacht werden.

Solange es sich für den Arzt lohnt, defensiv zu kommunizieren, weil ihm dadurch die faktischen und rechtlichen Konsequenzen eher erspart bleiben und solange diese faktischen und rechtlichen Konsequenzen bei leichten Sorgfaltspflichtverletzungen in einem Missverhältnis zum Verschulden stehen, solange wird ein geforderter Paradigmenwechsel kaum möglich sein. Es ist deshalb am Gesetzgeber, die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit sich der transparent kommunizierende Arzt nicht zwingend straf- und aufsichtsrechtlichen Massnahmen ausgesetzt sieht. Die strafrechtlichen Bestimmungen sind deshalb dahingehend zu ändern, dass von einer Strafverfolgung und aufsichtsrechtlichen Massnahmen Umgang genommen werden kann, wenn der Arzt den Patienten selbst auf die Möglichkeit einer fahrlässigen Körperverletzung wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung hingewiesen hat.

Auch wenn die Autoren grundsätzlich die Meinung vertreten, dass der Arzt aus Auftragsrecht verpflichtet ist, Abweichungen des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand – zumindest wertneutral – dem Patienten zu kommunizieren, so darf nicht ausser acht gelassen werden, dass es mit dem einfachen Hinweis auf die Versicherbarkeit der Risiken nicht getan ist. Der offen kommunizierende Arzt sieht sich bei einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung gegenwärtig immer noch mit einer Vielzahl von Schwierigkeiten konfrontiert. Hierbei sind die zivilrechtlichen Folgen die am wenigsten gewichtigen. Die drohende strafrechtliche Verfolgung und die Stigmatisierung durch Berufskollegen, die teils aggressive Berichterstattung in den Medien und der dadurch drohende Entzug der Existenzgrundlage verhindern, dass der Arzt bei dieser Ausgangslage gegenwärtig motiviert wird, seinen vertraglichen Pflichten freiwillig nachzukommen.

La relation entre médecin et patient comporte deux intérêts: d'une part, le souhait du patient d'être guéri – sans, pour autant, renoncer à son droit d'autodétermination – et d'autre part, l'obligation contractuelle du médecin de fournir la prestation principale qui est de procéder soigneusement à la guérison, en intégrant le patient dans les prises de décision s'agissant du diagnostic et de la thérapie.

Il est évident qu'un traitement peut inclure des risques pour les deux parties, c'est-à-dire tant pour le patient que pour le médecin. Toutefois, il convient de distinguer entre le risque spécifique du traitement, d'une part, et la responsabilité découlant de la violation du devoir de diligence du médecin (faute du médecin) d'autre part. La faute du médecin résulte d'un comportement humain fautif, c'est-à-dire du manquement à un devoir de diligence objectif et général selon la doctrine reconnue; en règle générale, elle suppose un comportement fautif, en d'autres termes une violation blâmable du devoir de diligence subjectif incombant personnellement au médecin traitant. En cas de faute du médecin au sens étroit, le fardeau de la preuve relatif à la violation du devoir de diligence objectif du médecin incombe au patient, alors que dans le cas d'une faute du médecin au sens large (devoir d'information du patient), il appartient au médecin traitant de démontrer que l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat a eu lieu sans sa faute.

Du point de vue du droit du mandat, quel est le comportement méthodiquement correct d'un médecin en cas de violation du devoir de diligence due à sa propre faute ou à une faute commise par une tierce personne? Le médecin qui constate des écarts entre l'état réel et l'état prévu pendant le traitement d'un patient doit le lui communiquer. Cela constitue la seule manière d'examiner et de juger objectivement le comportement qui pourrait être fautif ainsi que d'en tirer des enseignements pour toute prise de décision ultérieure. Ce comportement est constructif et permet un apprentissage actif du système médical. Par conséquent, les auteurs considèrent que le médecin traitant a l'obligation non seulement sur le plan juridique mais aussi sur le plan éthique de communiquer au patient – spontanément, de lui-même et sans tarder – les écarts entre état réel et état prévu, dans le cadre d'une discussion véridique et objective mais sans entrer en matière sur une éventuelle responsabilité. Cependant, les auteurs sont conscients qu'au début la mise en œuvre de leur exigence dans le quotidien des médecins ne sera pas aisée. Tout d'abord, il conviendra de prendre conscience de la dimension du problème inhérent à la révélation des défaillances médicales, de comprendre les causes de celles-ci puis d'y apporter des corrections constructives. Le législateur devra aussi prêter son concours à cet effet, dans l'intérêt de toutes les personnes concernées.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)