

Rechtsgutachten

Die ärztliche Haftung im Rahmen der interprofessionellen Zusammenarbeit

*Institut für Gesundheitsrecht im Auftrag
der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften*

August 2015

Sabrina Burgat
Dr. iur., Rechtsanwältin

Olivier Guillod
Professor, Direktor des IGR

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkung.....	3
2. Einleitung.....	4
3. Terminologische Klärung.....	6
4. Allgemeine Präsentation der Haftungsregelung.....	9
4.1. Der Begriff Haftung.....	9
4.2. Die verschiedenen Haftungsarten	10
4.2.1. <i>Die zivilrechtliche Haftung.....</i>	<i>10</i>
4.2.2. <i>Im Strafrecht.....</i>	<i>15</i>
4.2.3. <i>Im Verwaltungsrecht</i>	<i>16</i>
4.2.4. <i>Zusammenfassung</i>	<i>17</i>
4.3. Die interprofessionelle Zusammenarbeit	18
4.3.1. <i>Das allgemeine Umfeld.....</i>	<i>18</i>
4.3.2. <i>Die Vertragshaftung.....</i>	<i>18</i>
4.3.3. <i>Die ausservertragliche Haftung.....</i>	<i>23</i>
4.3.4. <i>Die strafrechtliche Haftung.....</i>	<i>24</i>
4.3.5. <i>Die verwaltungsrechtliche Haftung</i>	<i>26</i>
4.3.6. <i>Das öffentliche Recht.....</i>	<i>27</i>
4.3.7. <i>Zusammenfassung</i>	<i>27</i>
4.4. Der Einfluss der interprofessionellen Zusammenarbeit auf die ärztliche Haftpflicht.....	29
4.4.1. <i>Neuere Entwicklungen</i>	<i>29</i>
4.4.2. <i>Die Tragweite der KVG-Änderung</i>	<i>30</i>
4.4.3. <i>Die Tragweite der Charta.....</i>	<i>31</i>
4.4.4. <i>Zusammenfassung</i>	<i>34</i>
5. Schlussfolgerungen.....	35

1. Vorbemerkung

Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (nachfolgend SAMW) hat das Institut für Gesundheitsrecht der Universität Neuenburg (nachfolgend IGR) mit der Prüfung der Rechtsfragen beauftragt, die sich im Bereich der ärztlichen Haftung stellen. Dieses Mandat wurde im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Charta «Zusammenarbeit der Fachleute im Gesundheitswesen» (nachfolgend Charta) erteilt, die im November 2014 von der SAMW publiziert wurde.

Die SAMW liess dem IGR die folgenden drei Dokumente zukommen:

- Charta «Zusammenarbeit der Fachleute im Gesundheitswesen»
- Jürg Schlup, Ein Kommentar der FMH zur Charta «Zusammenarbeit der Fachleute im Gesundheitswesen» der SAMW, Eine Charte zur Zusammenarbeit – ohne Zusammenarbeit?, Schweizerische Ärztezeitung (SÄZ) 2014 Nr. 48, S. 1806 ff.
- Interpellation 15.3198 – Verantwortlichkeitsprobleme im Zusammenhang mit Kompetenzverschiebungen zwischen Gesundheitsberufen, eingereicht am 19. März 2015 von Ignazio Cassis

In Absprache zwischen den Beteiligten soll der vom IGR erwartete Bericht die folgenden Punkte abdecken: Nach einer Klärung des französischen Begriffs «*responsabilité*» im juristischen Sinn sollen die rechtlichen Auswirkungen der interprofessionellen Zusammenarbeit auf die ärztliche Haftung (hauptsächlich im Sinne der zivilrechtlichen Haftung oder Haftpflicht) analysiert werden, unabhängig davon, ob die Gesundheitsfachleute im öffentlichen oder im privaten Sektor tätig sind.

Innerhalb des IGR wurde das Mandat grösstenteils von Dr. iur. Sabrina Burgat, Rechtsanwältin, und in geringerem Umfang von Professor Olivier Guillod, Direktor des IGR, ausgeführt.

2. Einleitung

Seit Jahrzehnten ist die Zusammenarbeit unter den Gesundheitsfachleuten einem erheblichen Wandel unterworfen, der auf verschiedene Faktoren zurückzuführen ist. Dazu gehören unter anderem die Entstehung neuer Gesundheitsberufe, der Personalmangel bei bestimmten Kategorien von Gesundheitsfachleuten, der finanzielle Druck oder auch die vermehrte Spezialisierung der Medizin. Die schweizerische Gesetzgebung im Bereich der ärztlichen Haftung hat sich hingegen nicht geändert.

Um zu untersuchen, wie das Recht die ärztliche Tätigkeit im Rahmen einer interprofessionellen Zusammenarbeit erfasst, muss zunächst eine Begriffsklärung vorgenommen werden: Der französische Begriff «*responsabilité*» ist mehrdeutig, während in anderen Sprachen für die verschiedenen Bedeutungen unterschiedliche Wörter verwendet werden. Sodann wird genauer auf die rechtliche Regelung der ärztlichen Haftung eingegangen, vor allem im Fall einer koordinierten Intervention mehrerer Gesundheitsfachleute. Anschliessend werden die Fragen geklärt, die sich bei der interprofessionellen Zusammenarbeit im öffentlichen und im privaten Sektor stellen, unter Berücksichtigung der Charta der SAMW und der Vorschläge zur Änderung der Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung.

Die rechtliche Problematik, die sich durch die Zusammenarbeit unter den Gesundheitsfachleuten ergibt, betrifft vor allem Fragestellungen, die mit der Haftung für Handlungen Dritter zusammenhängen. Im Zivilrecht hängt die Haftungsregelung von der Art der Beziehung ab, die zwischen Arzt und Patient besteht: Es muss unterschieden werden, ob diese Beziehung dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht untersteht, da je nachdem eine andere Haftungsregelung anwendbar ist. Wird die Haftung durch das Privatrecht geregelt, muss zusätzlich bestimmt werden, ob zwischen Arzt und Patient ein Vertrag besteht; ist dies der Fall, gelangen die Regeln der Vertragshaftung zur Anwendung. Liegt kein Vertrag vor, gelten die Regeln der ausservertraglichen Haftung, die auch als Haftung aus unerlaubter Handlung oder Deliktshaftung bezeichnet wird.

Neben der zivilrechtlichen Haftung (deren Hauptzweck darin besteht, einer Person den Schaden zu ersetzen, der ihr entstanden ist), kann ein Arzt auch einer strafrechtlichen Haftung unterliegen, die zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe führen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arzt im privaten oder im öffentlichen Sektor tätig ist und selbstverständlich auch im Rahmen der Zusammenarbeit unter Gesundheitsfachleuten.

Schliesslich unterliegt ein Arzt, der über eine kantonale Berufsausübungsbewilligung verfügt, auch einer disziplinarrechtlichen Haftung, wenn er seine Berufspflichten verletzt, und kann in einem solchen Fall hauptsächlich zu präventiven Zwecken bestraft werden (Verweis, Busse, Sistierung oder Entzug der Bewilligung). Auch in diesem Bereich müssen die allfälligen Auswirkungen der Zusammenarbeit unter den Gesundheitsfachleuten kurz analysiert werden.

Die nachstehenden Ausführungen sind somit wie folgt strukturiert:

3. Terminologische Klärung
4. Allgemeine Darstellung der Regelung der (vor allem zivilrechtlichen) Haftung im schweizerischen Recht
5. Analyse der rechtlichen Regelung der (vor allem zivilrechtlichen) Haftung im Fall mehrerer Beteiligter
6. Einfluss der Charta der SAMW und der KVG-Revision auf die Regelung der ärztlichen Haftung
7. Schlussfolgerungen

3. Terminologische Klärung

Der französische Begriff «*responsabilité*» ist zuweilen unklar, da er mehrere Bedeutungen umfasst. Zur Vermeidung von Missverständnissen und damit sich Ärzteschaft und Juristen richtig verstehen, muss der Sinn der im Recht verwendeten Begriffe geklärt werden.

«*Etre responsable*» (auf Deutsch: verantwortlich sein) kann einerseits heissen, eine Stellung innezuhaben, die einem Entscheidungsbefugnisse verschafft, die es aber auch mit sich bringt, dass dafür Rechenschaft abzulegen ist. In diesem Zusammenhang fühlt sich die verantwortliche Person mit einer Aufgabe oder einem Auftrag betraut, deren oder dessen angemessenen Ablauf sie sicherstellen muss. Verläuft etwas nicht wie erhofft, stellt sich bei der Person in der Regel ein Gefühl des Scheiterns oder Frustration ein. Diese erste Bedeutung des Worts «*responsabilité*» entspricht dem englischen Begriff «*responsibility*» und dem deutschen Wort «Verantwortung».

Doch «*être responsable*» (auf Deutsch: haften) bedeutet andererseits auch, gegenüber der Gesellschaft oder einer Behörde, vor allem einem Gericht, für seine Handlungen einstehen zu müssen. Diese zweite Bedeutung entspricht dem Rechtsbegriff Haftung, der gerne mit dem Bestimmungswort zivilrechtlich ergänzt wird, um spezifischer die Pflicht zum Ersatz des einer anderen Person zugefügten Schadens zu bezeichnen, den jemand durch eigenes Handeln oder durch das Handeln Dritter oder durch Sachen verursacht hat, die unter seiner Kontrolle stehen (auf Deutsch auch als Haftpflicht bezeichnet). Diese zweite Bedeutung des Worts «*responsabilité*» entspricht dem englischen Begriff «*liability*» und dem deutschen Wort «Haftung». Wie im nächsten Abschnitt aufgezeigt wird, haftet eine Person jedoch möglicherweise nicht nur zivilrechtlich, sondern auch straf- und disziplinarrechtlich für ihr Handeln.

Eine Person kann somit sehr wohl ein Verantwortungsgefühl empfinden, ohne dass sie in der betreffenden Situation für ihr Handeln haften muss. Aufgrund der besonderen Rolle, die ihnen im Gesundheitssystem zukommt, ist dieses Verantwortungsgefühl bei Ärztinnen und Ärzten oft vorhanden. Denn während sehr langer Zeit war es der Arzt, der offensichtlich von allen Gesundheitsfachleuten über die umfassendste Ausbildung verfügte und dem somit eine herausragende Rolle bei der Erbringung der Leistungen zukam.

So konnte er zum Beispiel Aufgaben an andere Gesundheitsfachleute delegieren. Noch heute ist dies im Übrigen eine Voraussetzung für die Abgeltung bestimmter Leistungen, die von verschiedenen Kategorien von Gesundheitsfachleuten im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbracht werden (siehe die Art. 46 ff. der Verordnung über die Krankenversicherung [KVV]¹).

¹ Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) 832.102.

Zudem war das ärztliche Tätigkeitsfeld in zahlreichen kantonalen Gesetzgebungen sehr weit definiert, ermächtigte die Ärztinnen und Ärzte zur Vornahme aller medizinischen Verrichtungen und behielt bestimmte Handlungen (Stellung der Diagnose, Durchführung einer Operation usw.) ausschliesslich ihnen vor. Dies hatte zur Folge, dass das Eindringen in dieses ärztliche Monopol durch eine Person, die nicht Arzt war, unter Strafe gestellt wurde. In zahlreichen kantonalen Gesetzgebungen bestehen diese sehr weit gefassten Definitionen noch heute, wobei zugleich anderen Berufen spezifische engere Tätigkeitsfelder zuerkannt werden.

So sieht beispielweise Artikel 94 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Waadt² Folgendes vor:

¹ Einzig Ärztinnen und Ärzte sind befugt:

- a. den körperlichen oder psychischen Zustand der Personen zu bestimmen oder zu beurteilen und geeignete Massnahmen zur Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit nach dem anerkannten fachlichen und wissenschaftlichen Kenntnisstand zu verordnen;
- b. ärztliche oder rechtsmedizinische Erklärungen und Zeugnisse auszustellen.

² Vorbehalten bleiben die Aufgaben, die das Gesetz anderen Berufen überträgt, die dem vorliegenden Gesetz unterstellt sind.

Ebenso sieht Artikel 19 des Reglements des Kantons Genf über die Gesundheitsberufe³ vor:

Vorbehaltlich der Bestimmungen des Gesetzes und der entsprechenden Reglemente sind nur im Register eingetragene Ärztinnen und Ärzte berechtigt:

- a) alle Erkrankungen des Menschen zu behandeln;
- b) alle diagnostischen und therapeutischen Hilfsmittel einzusetzen;
- c) alle Arzneimittel zu verschreiben;
- d) alle chirurgischen Eingriffe durchzuführen;
- e) die Geburtshilfe durchzuführen;
- f) die Präventivmedizin auszuüben.

Dieser Rechtssituation sowie die ärztlichen Standespflichten führen die Ärztinnen und Ärzte naturgemäss dazu, dass sie sich persönlich verantwortlich fühlen, die Patientinnen und Patienten optimal zu behandeln, auch dann, wenn sie zusammen mit weiteren Gesundheitsfachleuten tätig sind. Die Entwicklung der interprofessionellen Zusammenarbeit wird zweifellos keine direkten Auswirkungen auf dieses Gefühl haben, das weiterbestehen wird (glücklicherweise, da es dazu veranlasst, sich zu engagieren). Zugleich wird somit weiterhin eine Diskrepanz zwischen dem starken Verantwortungsgefühl und dem Vorliegen einer Haftung bestehen.

² Recueil systématique de la législation vaudoise (RSVD) 800.01.

³ Recueil systématique de la législation genevoise (RSGE) K 3 02.01.

Im Folgenden wird ausschliesslich auf die Haftung eingegangen.

4. Allgemeine Präsentation der Haftungsregelung

4.1. Der Begriff Haftung

Das Recht umfasst die Gesamtheit der Normen, welche die Organisation einer Gesellschaft regeln. Dank ihm lässt sich festlegen, welche Rechte und Pflichten dem Einzelnen unter gegebenen Umständen zukommen⁴. Zudem ermöglicht es, die Voraussetzungen zu erfassen, unter denen die Verletzung dieser Rechte und Pflichten Rechtsfolgen nach sich zieht⁵.

In rechtlicher Hinsicht kann das rechtswidrige Verhalten einer Gesundheitsfachperson in drei Bereichen geahndet werden: im Zivilrecht, im Strafrecht und im Verwaltungsrecht. Dabei müssen jeweils die allgemeinen Haftungsregeln angewandt werden, da das schweizerische Recht weder eine spezifische Haftungsregelung für Ärztinnen und Ärzte noch allgemeiner für die Gesundheitsberufe vorsieht.

Das Zivilrecht regelt die Beziehungen zwischen Einzelpersonen oder Privatunternehmen. Es legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Person zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein kann, den sie einem Dritten zugefügt hat. Das Zivilrecht hat somit eine ausgleichende und ergänzend eine präventive Funktion.

Diesbezüglich ist klarzustellen, dass ausserdem spezifische öffentlich-rechtliche Regelungen in Bezug auf die Haftpflicht der Staatsbediensteten bestehen, deren rechtswidriges Verhalten eine Pflicht zum Ersatz des Schadens nach sich ziehen kann, der einer Drittperson zugefügt wurde.

Das Strafrecht, speziell das Strafgesetzbuch, soll der Gesellschaft ermöglichen, individuelles gesetzwidriges Verhalten durch strafrechtliche Sanktionen zu ahnden, die einen präventiven und zugleich repressiven Zweck verfolgen.

Schliesslich regelt das Verwaltungsrecht, insbesondere das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe⁶ für die selbstständig ausgeübten Medizinalberufe, die Voraussetzungen, unter denen eine Person ihren Beruf ausüben darf, sowie zu präventiven Zwecken die Sanktionen, die ihr bei Nichterfüllung dieser Voraussetzungen auferlegt werden können. In diesem Zusammenhang wird von verwaltungs- oder disziplinarrechtlicher Haftung gesprochen.

Ein einzelnes rechtswidriges Verhalten kann somit Folgen in mehreren Rechtsbereichen nach sich ziehen. Deshalb kann von Haftung im weiteren Sinn gesprochen werden, welche die Pflicht umfasst, im Zivilrecht, im Strafrecht oder im Verwaltungsrecht für das eigene Handeln einzustehen. Im vorliegenden Bericht soll die rechtliche Regelung der ärztlichen Haftung untersucht werden, wobei der Schwerpunkt insbeson-

⁴ Engel, P., *Traité des obligations en droit suisse*, Bern 1997, 11.

⁵ Petitpierre, G., *Les fondements de la responsabilité civile*, ZSR 1997 I/4, 273 ff., 274.

⁶ MedBG, SR 811.11.

dere auf die Fragen gelegt wird, die sich im Zusammenhang mit der interprofessionellen Zusammenarbeit stellen.

4.2. Die verschiedenen Haftungsarten

4.2.1. Die zivilrechtliche Haftung

Das Haftpflichtsystem in der Schweiz beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, der sich aus Artikel 41 des Obligationenrechts (OR)⁷ ableitet: Wer Pflichten verletzt hat, die sich aus der Rechtsordnung oder einem Vertrag ergeben, und damit andern einen Schaden zufügt, muss diesen wiedergutmachen, indem er der geschädigten Person Ersatz leistet. Es geht darum, durch Rechtsvorschriften «den sozial adäquaten Ersatz von Schäden zu gewährleisten»⁸.

Die vom Gesetzgeber festgelegten Regeln dienen somit dazu, den Umfang der Entschädigung festzusetzen, die der geschädigten Person beim Eintritt eines Schadens geschuldet wird. Im schweizerischen Recht sind drei verschiedene Regelungen zu unterscheiden:

1. **Die Deliktshaftung**, wenn der Schadenersatz in Anwendung von Artikel 41 OR auf einem Verhalten der schädigenden Person beruht, das widerrechtlich ist, d. h. einer durch die Rechtsordnung vorgegebenen Verhaltensnorm zuwiderläuft:

¹ Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

² Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

2. **Die Vertragshaftung**, wenn der Schadenersatz in Anwendung der allgemeinen Regel in Artikel 97 OR auf der Verletzung von Verpflichtungen beruht, die in einem Vertrag übernommen wurden, bei Ärztinnen und Ärzten insbesondere im Rahmen eines Auftrags im Sinne des Obligationenrechts:

¹ Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

3. **Die öffentlich-rechtliche Haftung**, wenn der Schadenersatz auf dem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemit-

⁷ SR 220.

⁸ Widmer, P./ Wessner, P., Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, erläuternder Bericht, 18 (abrufbar auf der Website: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf> (Juli 2015)).

glieder und Beamten (VG)⁹ oder auf einem der kantonalen Gesetze beruht, die eine spezifische Haftungsregelung für die Handlungen der Staatsbediensteten vorsehen.

Sowohl in der bundesrechtlichen Haftungsregelung als auch in den entsprechenden Regelungen nach kantonalem Recht wird von Kausalhaftung gesprochen, weil das Erfordernis eines Verschuldens aufgegeben wurde. In der Praxis geht der Begriff des Verschuldens im Privatrecht in die Begriffe Widerrechtlichkeit oder Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten über; deshalb entsprechen die Regelungen zur Haftpflicht des Staates und seiner Bediensteten materiell den privatrechtlichen Regelungen auf Bundesebene. Allerdings besteht weiterhin ein bedeutender Unterschied: Der Staatsbedienstete, zum Beispiel der Arzt eines Universitätsspitals, haftet nicht persönlich für den von ihm verursachten Schaden, sondern in diesem Fall haftet das Gemeinwesen. Nachdem das Gemeinwesen der geschädigten Person Ersatz geleistet hat, kann es jedoch auf den Bediensteten Rückgriff nehmen, wenn diesem ein absichtliches oder ein schweres Verschulden anzulasten ist¹⁰.

Im Kanton Neuenburg ist der Grundsatz beispielsweise in Artikel 5 des Gesetzes über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Bediensteten (LResp)¹¹ festgelegt, der Folgendes vorsieht:

1 Das Gemeinwesen haftet ungeachtet des Verschuldens seiner Bediensteten für den Schaden, den diese in Ausübung ihres Amtes einem Dritten widerrechtlich zugefügt haben.

Im Bereich der Haftpflicht bestehen somit drei unterschiedliche allgemeine rechtliche Grundlagen: die deliktische (oder ausservertragliche) Grundlage, die auf einer unerlaubten Handlung beruht; die vertragliche Grundlage, die sich aus einem Vertrag ergibt; die öffentlich-rechtliche Grundlage der Staatshaftung. Die Anwendung der einzelnen Haftungsregelungen hängt von der Art der Rechtsbeziehung ab, die zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person besteht¹².

Neben den ordentlichen Haftpflichtregeln bestehen im Bundesrecht einige spezielle Haftungsregelungen, die entweder im Obligationenrecht (zum Beispiel Bauherrenhaftpflicht, Art. 58 OR) oder in Spezialgesetzen festgelegt sind.

Im Bereich der medizinischen Tätigkeiten im weiteren Sinn sehen das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz,

⁹ SR 170.32.

¹⁰ Für eine detaillierte Analyse der Regelungen zur Haftpflicht des Staates und seiner Bediensteten im Gesundheitsbereich siehe Guillod O., La responsabilité de l'Etat dans le domaine sanitaire, in: La responsabilité dello Stato, Lugano 2014, 73 ff.; Guillod O., La responsabilité dans les hôpitaux publics, in: La responsabilité de l'Etat, Genf 2012, 231 ff.

¹¹ Recueil systématique de la législation neuchâtelaise (RSN) 150.10.

¹² Müller, C., La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013, 3.

EpG)¹³, das Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (PrHG)¹⁴, das Strahlenschutzgesetz (StSG)¹⁵ und das Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (HFG)¹⁶ spezifische Haftungsregelungen vor¹⁷.

Bei behördlich angeordneten oder empfohlenen Impfungen übernehmen gemäss Artikel 23 Absatz 3 des Epidemiengesetzes die Kantone oder der Bund – je nachdem, welche Behörde die Impfung empfohlen hat – eine subsidiäre Haftung für den Schaden aus Impffolgen (sofern keine andere Deckung für die geschädigte Person besteht, wie beispielsweise durch die Haftpflichtversicherung der Gesundheitsfachperson)¹⁸. In diesem Bericht wird nicht näher auf diese subsidiäre Regelung eingegangen, da die primäre Haftung der Ärztin oder des Arztes durch sie nicht berührt wird.

In Artikel 1 PrHG ist die Haftung der herstellenden Person für ein fehlerhaftes Produkt verankert. Da die geschädigte Person die Fehlerhaftigkeit des Produkts beweist (Art. 4 PrHG), handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Als Produkte kommen insbesondere Prothesen, Implantate und andere Medizinprodukte sowie Arzneimittel in Frage¹⁹. Da auch diese Regelung die ordentliche Haftung des Arztes unberührt lässt, der dem Patienten in fahrlässiger Weise ein Heilmittel verschreibt oder verabreicht, wird sie im weiteren Verlauf dieses Berichts ebenfalls nicht genauer analysiert.

Wer Einrichtungen betreibt oder Tätigkeiten ausübt, die eine Gefährdung durch ionisierende Strahlen mit sich bringen, haftet nach Artikel 39 StSG für die dadurch verursachten Schäden. Eine Tätigkeit, die mit dem Einsatz von Röntgenstrahlen verbunden ist, fällt in den Geltungsbereich des Gesetzes; somit ist diese spezifische Regelung im medizinischen Bereich anwendbar²⁰. Dabei handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung, die vom Vorliegen eines Schadens abhängt, sofern nicht nachgewiesen werden kann, dass alle Vorsichtsmassnahmen getroffen wurden, um den Schaden zu vermeiden. Angesichts der Entwicklung der ordentlichen ärztlichen Haftpflicht (vgl. weiter unten) kommt dieser Spezialregelung in der Praxis keine grosse Bedeutung zu; somit erstaunt es nicht, dass die veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichts kein einziges Beispiel einer Anwendung dieser Haftungsregelung im medizinischen Bereich enthält.

Wer die Durchführung eines Forschungsprojekts mit Personen veranlasst, haftet schliesslich nach Artikel 19 HFG für den Schaden. Dabei handelt es sich um eine Gefährdshaftung für Schäden, die sich direkt aus der Forschung ergeben. Diese Regelung würde es somit einem Patienten grundsätzlich erleichtern, seine Entschädi-

¹³ SR 818.101.

¹⁴ SR 221.112.944.

¹⁵ SR 814.50.

¹⁶ SR 810.30.

¹⁷ Baume, C. / Guillod, O., Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalière, Ziff. 1.3.1.2 (*erscheint demnächst*).

¹⁸ Siehe dazu BGE 129 II 353; Müller, C., L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales, Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2004, 9 ff.

¹⁹ Siehe BGE 137 III 226, E. 2.

²⁰ BBI 1988 II 181, 188.

gungsansprüche geltend zu machen, wenn ihm in direktem Zusammenhang mit einem Forschungsprojekt ein Schaden entstanden ist²¹. Da sie nur die spezifische Forschungstätigkeit betrifft, unter Ausschluss jeder «ordentlichen» ärztlichen Tätigkeit, auf die sich die interprofessionelle Zusammenarbeit bezieht, wird auch auf diese Haftungsregelung nicht näher eingegangen.

Abgesehen von vier oben erwähnten spezifischen Regelungen untersteht die zivilrechtliche Haftung im medizinischen Bereich den ordentlichen Haftpflichtregeln. Somit muss zunächst unterschieden werden, ob die anwendbare rechtliche Regelung deliktischer, vertraglicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Trotz dieser drei unterschiedlichen Grundlagen hat es die Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich ermöglicht, die materiellen Voraussetzungen der Haftung praktisch zu vereinheitlichen. So bestätigte das Bundesgericht bei einer Gelegenheit, unabhängig davon, ob die ärztliche Haftpflicht auf privatem oder auf öffentlichem Recht beruhe, gälten die gleichen Voraussetzungen und diese würden spezifische Probleme auf. Für die Rechtssuchenden sei zudem die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht immer klar erkennbar: Frei praktizierende Ärzte überwiesen ihre Patienten für Untersuchungen in ein öffentliches Spital, führten aber gleichzeitig die Behandlung weiter, während Spitalärzte das Recht hätten, Privatpatienten zu behandeln.²² Das Bundesgericht erachtete es somit als angemessen, die materiellen Voraussetzungen der ärztlichen Haftung einheitlich anzuwenden, unabhängig davon, ob die Beziehung zwischen Arzt und Patient privater oder öffentlicher Natur ist.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Privatrecht zwar zwischen Deliktshaftung und Vertragshaftung unterschieden wird. Doch die materiellen Grundlagen der Arzthaftpflicht sind bei diesen beiden Regelungen ebenfalls identisch: Das Bundesgericht hat insbesondere bestätigt, dass ein rechtswidriges Verhalten eines Arztes auf vertraglicher Ebene eine Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung der Sorgfaltspflicht des Beauftragten darstelle, die somit dem Begriff der Widerrechtlichkeit entspreche, die für die Deliktshaftung kennzeichnend sei²³.

Schliesslich ist unabhängig von der Grundlage der Haftung im medizinischen Bereich zu berücksichtigen, dass von einem Arzt erwartet wird, dass er nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgeht. Nach dem Bundesgericht lassen sich die Anforderungen, die diesbezüglich gestellt werden müssen, nicht endgültig festlegen; sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls wie der Art des Eingriffs oder der Behandlung und den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, der verfügbaren Zeit und den vorhandenen Mitteln, der Ausbildung und der Leistungsfähigkeit des Arztes.²⁴

²¹ Zu dieser Haftungsregelung siehe insbesondere JUNOD V., La responsabilité pour les dommages subis lors d'une recherche médicale: des difficultés inattendues, HAVE 2015, 124 ff.

²² BGE 139 III 252, E. 1.5.

²³ BGE 133 III 121, E. 3.1.

²⁴ BGE 133 III 121, E. 3.1.

Für den Patienten geht es vor allem darum, das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens nachzuweisen, d. h. zu beweisen, dass eine Verletzung der Regeln der Kunst vorliegt. Zu erwähnen ist auch, dass es schwierig sein kann, den Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten und dem Schaden herzustellen, da es im Nachhinein jeweils schwierig ist zu beurteilen, inwieweit es bei rechtmässigem Verhalten tatsächlich möglich gewesen wäre, den Schaden zu verhindern. Diesbezüglich hat es das Bundesgericht abgelehnt, auf die Theorie der entgangenen Chance abzustellen, um die Haftung eines Assistenzarztes anzuerkennen, der bei der Diagnosestellung eine Pneumokokkenmeningitis nicht erkannt hatte. Es vertrat die Auffassung, der Patient habe nicht beweisen können, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der verzögerten Diagnosestellung und der folglich verspätet eingeleiteten Behandlung einerseits und dem Schaden andererseits bestehe, der dem Patienten entstanden sei.²⁵

Somit lassen sich im Bereich der ärztlichen Haftung die folgenden allgemeinen Grundsätze ableiten:

1. Die materiellen Voraussetzungen der Haftpflicht bei der ärztlichen Tätigkeit sind identisch, unabhängig davon, ob sie auf dem Privatrecht (OR), mit oder ohne Vertrag, oder auf dem öffentlichen Recht des Bundes oder eines Kantons beruhen.
2. Für die ärztliche Haftung gelten demnach die folgenden drei materiellen Voraussetzungen:
 - a. Ein rechtswidriges Verhalten («Kunstfehler»)
 - b. Ein Schaden
 - c. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden
3. Der Patient, der eine Schädigung geltend macht, muss demnach beweisen, dass diese drei materiellen Voraussetzungen der ärztlichen Haftung gegeben sind.

Entsprechend der vom Patienten gewählten Haftungsgrundlage bestehen unterschiedliche Regeln für die Umsetzung des Rechts, je nachdem, ob eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Beziehung vorliegt (Verfahren, Zuständigkeit der Gerichte, Verjährung, Rechtsmittel usw.). Innerhalb des Privatrechts gelten unterschiedliche Regeln, wenn auf die Delikts- oder auf die Vertragshaftung abgestellt wird (Verjährung, Beweislast, zumindest in der Theorie). Vor allem ist daran zu erinnern, dass in den Haftpflichtregelungen, die auf dem öffentlichen Recht beruhen, der Arzt, der den Schaden durch sein Handeln verursacht hat, nicht direkt gerichtlich belangt werden kann: Die Klage muss gegen das Gemeinwesen oder das Spital gerichtet

²⁵ BGE 133 III 462.

werden, das eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt ist. In den öffentlichen Spitälern tätige Ärztinnen und Ärzte geniessen somit eine Art Immunität, vorbehaltlich einer sehr hypothetischen Regressklage, die bei absichtlichem oder schwerem Verschulden gegen sie erhoben werden kann.

Im Privatrecht haben Patientinnen und Patienten die Wahl zwischen der Deliktsklage und der Vertragsklage, da zwischen den beiden Klagen «Konkurrenz» besteht. In der Regel entscheiden sie sich für die Vertragsklage, da diese in Bezug auf die Verjährungsfristen günstiger für sie ist (ein Jahr bei der Deliktsklage, zehn Jahre bei der Vertragsklage).

4.2.2. Im Strafrecht

Das Strafrecht umfasst alle Normen, mit denen Verstösse gegen die Gesellschaftsordnung geahndet werden, um den gesellschaftlichen Frieden zu gewährleisten²⁶.

Ein fahrlässig begangenes Verbrechen oder Vergehen liegt im Strafrecht vor, wenn jemand die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt (Art. 12 Abs. 3 StGB). Eine strafrechtliche Verurteilung im Gesundheitsbereich setzt voraus, dass der Täter für den Schaden haftet, weil er eine Sorgfaltspflicht verletzt hat. In diesem Sinn ist der Kunstfehler ebenfalls die entscheidende Voraussetzung für eine allfällige Verurteilung der Gesundheitsfachperson.

Im Strafrecht kann ein Verhalten geahndet werden, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat²⁷. Mit anderen Worten, auf ein Fahrlässigkeitsdelikt wird dann erkannt, wenn der Täter gegen eine Sorgfaltsregel verstösst, da er nicht die Anstrengungen unternimmt, die von ihm zumutbarerweise erwartet werden können²⁸.

Diesbezüglich hat das Bundesgericht klargestellt, die Gefahr des Erfolgseintritts sei für den Täter erkennbar bzw. voraussehbar, wenn dessen Verhalten geeignet sei, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Mit anderen Worten, es sei danach zu fragen, ob der Täter eine Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte voraussehen bzw. erkennen können und ob der Erfolg vermeid-

²⁶ Le Roy, Y. / Schoenenberger, M., Introduction générale au droit suisse, 4. Aufl., Zürich 2015, S. 589.

²⁷ BGE 130 IV 7, JT 2004 I 497, E. 3.2.

²⁸ Queloz, N. / Meylan, P., Partie II – Droit des personnes, Capacité de discernement et capacité pénale : une comparaison, Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Rumo-Jungo, A. / Pichonnaz, P. / Hürlimann-Kaup, B. / Fountoulakis, C. (Hrsg.), Bern 2013, S. 139.

bar gewesen wäre²⁹. Diesbezüglich wird anerkannt, dass dem Arzt und dem Pflegepersonal gegenüber ihren Patienten eine Schutzpflicht zukommt³⁰.

Gemäss dem Bundesgericht richtet sich das Mass der Sorgfalt nach den Berufsregeln, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben. Der Arzt verletze seine Pflichten, wo er eine Diagnose stelle bzw. eine Therapie oder ein sonstiges Vorgehen wähle, das nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheine und daher den objektivierten Anforderungen der ärztlichen Kunst nicht genüge³¹.

Im Rahmen seiner Analyse im Hinblick auf die strafrechtliche Verurteilung prüft das Bundesgericht, ob der Arzt einen «Kunstfehler» begangen hat. Ein «Kunstfehler» stellt somit sowohl eine Voraussetzung für die Haftpflicht als auch eine Voraussetzung für die strafbare Handlung dar.

4.2.3. Im Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht umfasst die Gesamtheit der Normen, die für die öffentliche Verwaltung gelten. Gesundheitsfachleute sind insoweit vom Verwaltungsrecht betroffen, als die Behörde ihnen eine Bewilligung zur Ausübung ihres Berufs erteilt, wenn die im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht alle Berufe benötigen eine Berufsausübungsbewilligung. Der Bundesgesetzgeber oder der kantonale Gesetzgeber hat jene Berufe reglementiert, bei denen eine Bewilligungspflicht im Hinblick auf das öffentliche Interesse, namentlich den Gesundheitsschutz, gerechtfertigt ist.

Auf Bundesebene ist die Ausübung der universitären Medizinalberufe im Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG) geregelt. In Artikel 40 MedBG sind die Berufspflichten der Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker und Tierärzte festgelegt, die ihren Beruf selbstständig ausüben. Zurzeit unterstehen die unselbstständig (d. h. als Angestellte) tätigen Ärztinnen und Ärzte den kantonalen Gesundheitsgesetzen oder Gesetzen zur Ausübung der Gesundheitsberufe. In diesen kantonalen Gesetzen ist auch den Umfang der ärztlichen Berufspflichten festgelegt.

Am 20. März 2015 haben die eidgenössischen Räte erfreulicherweise einer Änderung des MedBG³² zugestimmt, mit der insbesondere der Geltungsbereich der Regeln zu den Berufspflichten erweitert wird³³. Ab dem Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung sind die universitären Medizinalpersonen, die ihren Beruf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausüben (d. h. zum Beispiel auch die angestellten

²⁹ BGE 130 IV 7, JT 2004 I 497, E. 3.2.

³⁰ BGer 6B_1065/2013, E. 1.1.

³¹ BGE 130 IV 7, JT 2004 I 97, E. 3.3

³² BBI 2015 2711.

³³ BBI 2013 6205.

Fachpersonen von Privatkliniken oder öffentlichen Spitälern), den Regeln des MedBG zu den Berufspflichten unterstellt.

Andere Gesundheitsfachleute unterstehen dem Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG)³⁴, das in Bezug auf die Berufspflichten und die verwaltungsrechtlichen Sanktionen analoge Bestimmungen zum MedBG enthält. Einige andere Berufe fallen unter die kantonalen Gesetzgebungen, während die Pflegefachleute, Hebammen, Ernährungsberaterinnen, Physiotherapeuten und Ergotherapeutinnen dem künftigen Gesundheitsberufegesetz (GesBG) unterstellt werden sollen.

Verletzt eine Fachperson, die einer Berufsausübungsbewilligung untersteht, eine Berufspflicht, kann gegen sie eine Disziplinar massnahme wie eine Mahnung, ein Verweis, eine Busse oder ein befristetes oder definitives Berufsverbot angeordnet werden (Art. 43 MedBG). Diesbezüglich stellt ein «Kunstfehler» eine Verletzung einer Berufspflicht dar, die somit auch Auswirkungen im Bereich der verwaltungsrechtlichen Sanktionen haben kann.

4.2.4. Zusammenfassung

Die Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst, die gemeinhin als «Kunstfehler» bezeichnet wird, stellt eine Voraussetzung für die zivilrechtliche, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Haftung der Gesundheitsfachperson dar. Auf zivilrechtlicher Ebene hat diese Haftung zur Folge, dass Ersatz für den Schaden geleistet werden muss. Auf strafrechtlicher Ebene führt sie zu einer Verurteilung, die mit einer strafrechtlichen Sanktion verbunden ist, und auf verwaltungsrechtlicher Ebene hat die Haftung zur Folge, dass eine Disziplinar massnahme angeordnet wird.

³⁴ SR 935.81.

4.3. Die interprofessionelle Zusammenarbeit

4.3.1. Das allgemeine Umfeld

In Anbetracht der zunehmenden Komplexität und Spezialisierung der Medizin erhält die interprofessionelle Zusammenarbeit immer mehr Bedeutung. Auch bei mehreren Beteiligten bleiben die allgemeinen Haftungsregeln anwendbar, die in den obigen Abschnitten kurz dargelegt wurden. Zu berücksichtigen ist jedoch auch die Haftpflichtregelung für Handlungen Dritter, da das Obligationenrecht einige spezifische Bestimmungen zu diesem Thema enthält.

Im Strafrecht werden die Strafen oder Massnahmen individuell abgestimmt. Das Verhalten einer Hilfsperson kann nicht direkt einer Gesundheitsfachperson angelastet werden, ausser wenn dieser persönlich ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann (zum Beispiel die Verletzung einer direkten Aufsichtspflicht, die ihr oblag).

Im Verwaltungsrecht gelten in Bezug auf die Individualisierung der Strafen die gleichen Regeln wie im Strafrecht.

Die Aufteilung der Aufgaben unter mehreren Beteiligten kann den «Kunstfehler» verwässern. Denn oft ist ein Schaden das Ergebnis einer Abfolge von «kleinen Unregelmässigkeiten», ohne dass der Patient spezifisch nachweisen kann, dass eine der Personen, die an der medizinischen Behandlung beteiligt war, einen Kunstfehler begangen hat.

Im Zivilrecht hat der Gesetzgeber deshalb spezifische Regeln zur Haftung für Handlungen Dritter vorgesehen, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

4.3.2. Die Vertragshaftung

Damit eine Gesundheitsfachperson vertraglich haftet, muss sie einen Vertrag mit dem Patienten abschliessen.

Im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit schliessen der Arzt und der Patient einen Auftrag im Sinne von Artikel 394 ff. OR ab, meist durch konkludentes Handeln (d. h. stillschweigend). Der Arzt verpflichtet sich, seine Tätigkeit sorgfältig auszuüben, d. h. eine Behandlung zu verabreichen, die den Regeln der ärztlichen Kunst und den aktuellen wissenschaftlichen Daten entspricht³⁵.

³⁵ Bonnard, Y. / Ciola-Dutoit, S. / Schorno, D., Partage du travail et responsabilités en clinique privée, AJP 2010, 1401 ff., 1402.

Auch andere Gesundheitsfachleute können einen Vertrag mit dem Patienten abschliessen, wenn sie selbstständig und gestützt auf eine gegenseitige Willensäusserung zwischen dem Patienten und der betreffenden Gesundheitsfachperson tätig werden: Dies ist zum Beispiel bei einer Psychologin, einem Physiotherapeuten mit eigener Praxis oder einer Pflegefachperson der Fall, die ihren Beruf selbstständig ausübt.

Artikel 398 Absatz 3 OR sieht in Bezug auf den Auftrag namentlich vor, dass der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen hat, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Diese Bestimmung führt somit eine spezifische Regel ein, die unter bestimmten Voraussetzungen die Auftragssubstitution ermöglicht.

Gemäss der herrschenden Lehre schliesst die persönliche Auftragserfüllung im Sinne von Artikel 398 Absatz 3 OR nicht aus, dass der Beauftragte (zum Beispiel der Arzt) Dritte als Hilfspersonen beizieht, d. h. Personen, gegenüber denen er über ein Aufsichtsrecht verfügt, da er die Verantwortung für die Leistung trägt³⁶. In diesem Fall handelt es sich nicht um eine Auftragssubstitution, sondern um den Beizug von Hilfspersonen im Sinne von Artikel 101 OR.

Die Auftragssubstitution ist namentlich dann zulässig, wenn der Auftraggeber von vornherein weiss, dass der Hauptbeauftragte nicht in der Lage ist, den Auftrag persönlich auszuführen oder den gesamten Auftrag auszuführen³⁷. Sie ist auch zulässig, wenn sie einer Übung entspricht oder wenn der Auftraggeber in die Substitution eingewilligt hat.

Aus rechtlicher Sicht sind zwei Haftungsregelungen für Handlungen zu unterscheiden, die der Beauftragte nicht persönlich ausführt:

- Entweder es handelt sich um eine Besorgung, die einer Hilfsperson im Sinne von Artikel 101 OR übertragen wird. In diesem Fall haftet der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber für den Schaden, den die Hilfsperson bei der Erfüllung ihrer Aufgabe verursacht, da das Verhalten der Hilfsperson direkt ihm zugerechnet wird, als ob er selbst gehandelt hätte.
- Oder es handelt sich um eine Besorgung, die einem Substituten im Sinne von Artikel 399 OR übertragen wird. In diesem Fall ist zu klären, ob die Substitution von Auftragnehmer genehmigt wurde oder nicht. Für die Handlungen eines nicht ordnungsgemäss eingesetzten Substituten haftet der Beauftragte wie für seine eigenen. Hatte der Beauftragte hingegen die Zustimmung des Auftrag-

³⁶ Siehe insbesondere BK-Fellmann, Art. 398 OR, Rz. 529; Fellmann, W., Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, *Arztrecht in der Praxis*, (Kuhn, M. / Poledna, T. Hrsg.), 193; Wiegand, *Handbuch des Arztrechts*, 149.

³⁷ BGE 110 II 184, JT 1985 I 223, E. 2.

gebers, einen Substituten beizuziehen, haftet er nur für die Sorgfalt, mit der er den Unterbeauftragten ausgewählt und ihm Anweisungen erteilt hat.

Im Vertragsbereich gilt nicht die gleiche Haftpflichtregelung, wenn der Arzt eine Hilfsperson oder einen befugten Substituten beizieht. Die Kriterien für die Abgrenzung zwischen den beiden Begriffen müssen geklärt werden; diesbezüglich werden in der Lehre zahlreiche Diskussionen geführt: Mehrheitlich tritt die Lehre für das Kriterium der Interessenlage in Bezug auf die Substitution ein³⁸. Das Bundesgericht hatte Gelegenheit zu bestätigen, dass das Kriterium der Interessenlage in Bezug auf die Substitution eine Rolle spielt: Es anerkennt, dass die Interessen der Parteien bei der Analyse berücksichtigt werden müssen, die zur Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut vorgenommen wird³⁹. Somit ist davon auszugehen, dass eine Auftragssubstitution gegeben ist, wenn der Dritte aufgrund eines spezifischen Bedarfs des Patienten beigezogen wird, während der Beizug einer Hilfsperson vorliegt, wenn der Arzt einen Dritten heranzieht, der generell zur gewöhnlichen Erfüllungsorganisation des Arztes gehört⁴⁰.

Bei der ärztlichen Tätigkeit entspricht es den Berufsregeln, dass der Arzt einen Teil der medizinischen Verrichtungen an andere Gesundheitsfachleute delegiert. Zum Beispiel wird die Blutentnahme der medizinischen Praxisassistentin übertragen. Bei dieser Art von delegierten Handlungen ist davon auszugehen, dass es sich aus rechtlicher Sicht um eine «befugte Substitution» handelt, die sich entweder aus der Zustimmung des Patienten ergibt oder einer Übung entspricht.

Für den Juristen kann es schwierig sein zu bestimmen, ob die medizinische Praxisassistentin ein Substitut im Sinne von Artikel 399 OR oder eine Hilfsperson im Sinne von Artikel 101 OR ist. Diese Frage ist jedoch von zentraler Bedeutung, da sie anschliessend bestimmt, in welchem Umfang der Arzt für die Praxisassistentin haftet.

Ein Beispiel:

Ein Arzt verschreibt Spitexleistungen, welche die Überwachung der Vitalzeichen und des Blutdrucks ermöglichen. Zudem verschreibt er eine wöchentliche Blutentnahme zur Überwachung der Blutwerte. Wenn sich die Pflegefachperson bei der Eintragung der Daten irrt, keine Anomalie der Vitalzeichen feststellt und der Patient stirbt, muss bestimmt werden, wer haftet, wenn eine angemessene Überwachung der Vitalzeichen durch die Pflegefachperson den Tod nachweislich verhindert hätte.

³⁸ Gauch, P. / Schlupe, W. / Schmid, J. / Emmenegger, S., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 178; Droz, J., La substitution dans le contrat de mandat, 79; CR CO I - Werro, Art. 398 OR, Rz. 5; Metzger, S., Rechtliche Aspekte und Perspektiven der Telemedizin, 189; Bonnard, Y. / Ciola-Dutoit, S. / Schorno, D., Partage du travail et responsabilités en clinique privée, AJP 2010 1401, 1404 f.; Burgat, S., La télémédecine en droit suisse, Basel 2012, 126 f.

³⁹ BGE 112 II 347; BGer 4A_407/2007, E. 2.3.

⁴⁰ Burgat, S., La télémédecine en droit suisse, Basel 2012, S. 127.

Aus rechtlicher Sicht muss in einer solchen Konstellation bestimmt werden, ob die Pflegefachperson eine Hilfsperson, ein Substitut oder ein unabhängiger Beauftragter ist.

- a) Wird **die Pflegefachperson als Hilfsperson qualifiziert**, haftet der Arzt für alle ihre Handlungen.
- b) Wird **die Pflegefachperson als (befugter) Substitut qualifiziert**, haftet der Arzt nur für die Sorgfalt, mit der er den Substituten ausgewählt hat, und für die Anweisungen, die er ihm erteilt hat.
- c) Wird **die Pflegefachperson als (unbefugter) Substitut qualifiziert**, haftet der Arzt für alle ihre Handlungen wie für seine eigenen.
- d) Wird **die Pflegefachperson als unabhängiger Beauftragter qualifiziert**, haftet der Arzt nur für die Sorgfalt, mit der er ihr die Informationen weitergegeben hat.

Die Qualifikation als Hilfsperson, Substitut oder unabhängiger Beauftragter hängt von einer rechtlichen Einschätzung ab. Für die Abgrenzung zwischen diesen drei Hypothesen sind die Kriterien heranzuziehen, die von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelt wurden.

- a) Eine Pflegefachperson gilt insbesondere dann als Hilfsperson, wenn ihre Tätigkeit hauptsächlich im Interesse des Arztes liegt und geeignet ist, seinen Umsatz oder sein geschäftliches Leistungsvermögen zu steigern. Bei der Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut legt das Bundesgericht besonderes Gewicht auf das Interesse des Beauftragten und des Auftraggebers⁴¹. Sind die Leistungen eines Dritten im Interesse des Beauftragten, vor allem, aber nicht nur, wenn der Arzt einen Arbeitsvertrag mit einer Pflegefachperson abgeschlossen hat, um sich von einem Teil seiner Aufgaben zu entlasten, oder wenn die Honorare der Pflegefachperson in seinen eigenen Umsatz einfließen, ist daraus abzuleiten, dass der Beizug der Pflegefachperson im Interesse des Arztes ist. Dieser haftet somit für die Handlungen der Pflegefachperson, die aus rechtlicher Sicht als Hilfsperson gilt.
- b) Die Pflegefachperson gilt namentlich dann als Substitut, wenn ihr Tätigwerden im Interesse des Patienten ist. Das ist dann der Fall, wenn sie über spezifische Kenntnisse verfügt, dank denen der Patient eine bessere Versorgungsqualität erhält, die der Arzt in Anbetracht seiner persönlichen Erfüllungsorganisation selbst nicht bereitstellen kann. Der Patient zieht zudem einen Vorteil aus der Tatsache, dass sich die Pflegefachperson persönlich zu ihm nach Hause begibt und ihm eine umfangreichere Hilfe zukommen lässt, als sie der

⁴¹ Insbesondere BGE 116 II 519, JT 1999 I 634, E. 3c; neuere Urteile (im Gesellschaftsrecht), BGer 4C.141/2004, E. 2.2; BGer 4A_407/2007, E. 2.3.

Arzt in der Arztpraxis bieten könnte (Körperpflege, Unterstützung beim Ankleiden, beim Essen usw.). In diesem Fall gilt die Pflegefachperson in rechtlicher Hinsicht als Substitut, der in der Regel vom Patienten zumindest stillschweigend genehmigt wird, sodass der Arzt nur für die Sorgfalt, mit der er die Pflegefachperson ausgewählt hat, und für die Anweisungen haftet, die er ihr erteilt hat.

- c) Sollte die Pflegefachperson als Substitut betrachtet werden (gleicher Begriff wie unter Buchstabe b), der jedoch aufgrund besonderer Umstände als nicht befugt gilt, würde der Arzt für alle ihre Handlungen haften.
- d) Die Pflegefachperson, die ihren Beruf selbstständig ausübt, kann Verträge mit den Patienten abschliessen, unabhängig davon, dass sie gestützt auf eine ärztliche Anordnung handelt. Beruht die Intervention der Pflegefachperson auf einer willentlichen Entscheidung des Patienten (wie zum Beispiel bei einem Physiotherapeuten, der vom Patienten beauftragt wird, dem der Arzt eine Physiotherapie-Verordnung ausgestellt hat), und liegt eine stillschweigende gegenseitige Willensäußerung vor, einen Vertrag abzuschliessen, gilt die Pflegefachperson als Beauftragter. Damit ein Vertrag zwischen einer Pflegefachperson und einem Patienten zustande kommt, muss der Patient den freien Willen haben, einen Auftrag zum Beispiel mit einer selbstständigen Pflegefachperson oder mit einer Spitexorganisation abzuschliessen (im letzteren Fall ist die Pflegefachperson Angestellte der Organisation). Aufgrund des Grundsatzes der Selbstbestimmung des Patienten ist eine Wahl des Leistungserbringers durch den Arzt grundsätzlich nicht angebracht, ausser wenn der Patient dies ausdrücklich verlangt hat⁴². Die Intervention des Arztes darf sich nur auf die Art der Leistungen beziehen, die mit der ärztlichen Verordnung übertragen werden sollen. Diese Intervention ist somit unabhängig vom Vertrag, der zwischen dem Patienten und der Pflegefachperson abgeschlossen wird. Wird die Pflegefachperson vom Patienten ausgewählt und ist sie bereit, für ihn Leistungen zu erbringen, kommt in Anwendung der Artikel 394 ff. OR ein regelrechter neuer Auftrag zwischen der Pflegefachperson und dem Patienten zustande. Der Arzt haftet nur für die Art und Weise, mit der er entsprechend seiner Sorgfaltspflicht seine Anweisungen erteilt hat. Die Tatsache, dass die Intervention der Pflegefachperson im allgemeinen Umfeld einer medizinischen Behandlung erfolgt, verhindert nicht, dass zwischen dem Patienten und den verschiedenen Gesundheitsfachleuten, die bei ihm tätig werden, mehrere aufeinanderfolgende Aufträge abgeschlossen werden. Wendet sich der Patient an die Pflegefachperson oder die Pflegeorganisation, untersteht der Vertrag den Regeln des Auftrags und wird zwischen dem Patienten und der Pflegefachperson (oder der Organisation) abgeschlossen. Der Arzt, der die Verord-

⁴² Siehe insbesondere BGer 2C_1083/2012; in diesem Urteil hat das Bundesgericht die verwaltungsrechtliche Sanktion gegenüber einem Arzt bestätigt, der versucht hatte, der Patientin die Wahl eines Physiotherapeuten vorzuschreiben, und der sich geweigert hatte, mit dem von der Patientin gewählten Physiotherapeuten zusammenzuarbeiten.

nung ausgestellt hat, ist keine Vertragspartei. Er haftet persönlich für seine eigene Intervention, für die er einer Sorgfaltspflicht untersteht, wenn er die Verordnung ausstellt. Für die weiteren Handlungen der Pflegefachperson, die ihren Beruf gestützt auf eine ärztliche Verordnung selbstständig ausübt, haftet der Arzt nicht.

4.3.3. Die ausservertragliche Haftung

Im Rahmen der ausservertraglichen Haftung begründet Artikel 55 OR eine Haftung des Geschäftsherrn für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben.

In gewissen Situationen schliessen der Patient und der Arzt im Rahmen eines Behandlungsverhältnisses keinen Vertrag ab:

- Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Arzt im Notfall bei einem urteilsunfähigen Patienten tätig wird. In einer solchen Konstellation ist es dem Patienten nicht möglich, seinen Willen zu äussern. In diesem Fall gelten die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR). In Bezug auf die Haftung verweisen sie auf die Regeln, die bei einem Auftrag anwendbar sind, d. h. insbesondere auf die Analyse des «sorgfältigen» Verhaltens.
- Es kann vorkommen, dass der Patient direkt mit einer Privatklinik, jedoch nicht spezifisch mit dem Arzt, der ihn medizinisch betreut, einen Vertrag abschliesst. In einem solchen Fall wird der Auftrag mit der Klinik abgeschlossen. Dann ist der Arzt ein Angestellter der Klinik, mit dem der Patient grundsätzlich nicht direkt einen Vertrag abschliesst. Der Arzt kann in diesem Fall in Anwendung der Artikel 41 ff. OR ausservertraglich haften.

Der Begriff der Hilfsperson in Artikel 55 OR ist weniger weit gefasst als jener in Artikel 101 OR: Damit der Geschäftsherr für die Handlungen eines Dritten haftet, muss ein tatsächliches Unterstellungsverhältnis bestehen⁴³. Andernfalls liegt keine Haftung des Geschäftsherrn vor. Dieses Unterstellungsverhältnis besteht grundsätzlich, wenn zwischen der Hilfsperson und dem «Geschäftsherrn» ein Arbeitsvertrag oder ein Auftrag abgeschlossen wurde.

Theoretisch ist die ausservertragliche Regelung für den Arzt günstiger als die Regelung nach Artikel 101 OR. Denn sie würde ihm ermöglichen, sich von seiner persönlichen Haftung für das Fehlverhalten seiner Hilfspersonen zu befreien, wenn er beweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um den Schaden abzuwenden. Das bedeutet nicht, dass sich der Arzt von der Haftung be-

⁴³ Müller, C., La responsabilité civile extracontractuelle, 101.

freien kann, indem er nachweist, dass sein Verhalten nicht schuldhaft war⁴⁴. Wenn er sich von der Haftung befreien möchte, muss er nachweisen, dass er bei der Wahl der Hilfsperson, bei den Anweisungen, die er dieser erteilt hat, und bei der Aufsicht, die er ausgeübt hat, Sorgfalt walten liess. Unter dem Blickwinkel der Kausalität kann er auch aufzeigen, dass seine Sorgfalt das Eintreten des Schadens nicht verhindert hätte.

In Bezug auf die Sorgfalt, die dem Geschäftsherrn obliegt, stellt das Bundesgericht sehr hohe Anforderungen an den Befreiungsbeweis⁴⁵. Mit anderen Worten setzt die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn die vermutete Verletzung seiner Sorgfaltspflicht voraus⁴⁶. In diesem Sinn kommt die Haftung für Handlungen der Hilfspersonen nach Artikel 55 OR jener nach 101 OR relativ nahe, wie die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt: Grundsätzlich haftet der Arzt für die Handlungen seiner Hilfspersonen, sofern er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhindern.

Die Anwendung von Artikel 55 OR im Rahmen einer ärztlichen Haftung ist nur von anekdotischer Bedeutung. Denn es erscheint wenig wahrscheinlich, dass ein Arzt ausserhalb jeglicher Vertragsbeziehung mit dem Patienten einen ihm unterstellten Dritten beizieht. Bei den meisten Fällen von ärztlicher Haftung für Handlungen von Hilfspersonen ist auf Artikel 101 OR abzustellen, selbst wenn der Arzt von einer Privatklinik angestellt ist: Der Patient klagt in diesem Fall gegen die Klinik wegen der Handlungen ihrer Hilfspersonen, zu denen die angestellten Ärztinnen und Ärzte und die anderen Gesundheitsfachleute gehören.

4.3.4. Die strafrechtliche Haftung

Wie bereits aufgezeigt, ist das Strafrecht auf alle Personen unabhängig von ihrem Beruf oder ihrer beruflichen Stellung einheitlich anwendbar. Die Verwirklichung eines Tatbestands setzt grundsätzlich eine verbrecherische Absicht voraus, doch die strafbare Handlung kann auch fahrlässig begangen werden, falls das Gesetz dies vorsieht (Art. 12 StGB). Zum Beispiel stellt Artikel 125 StGB fahrlässige Körperverletzungen unter Strafe, d. h. jede Schädigung des Körpers oder der Gesundheit eines Dritten.

Im Rahmen der interprofessionellen Zusammenarbeit wird einem Täter möglicherweise Fahrlässigkeit vorgeworfen, wenn eine anerkannte Sorgfaltspflicht vorliegt, die insbesondere darin besteht, die Handlungen eines Dritten zu beaufsichtigen, für den er verantwortlich ist. Das Fahrlässigkeitsdelikt ist gegeben, wenn eine Person pflichtwidrig untätig bleibt und durch ihr Verhalten die Gefährdung oder Verletzung eines durch das Gesetz geschützten Rechtsguts nicht verhindert, obwohl sie aufgrund ihrer

⁴⁴ Müller, La responsabilité civile extracontractuelle, 102.

⁴⁵ Wessner/Widmer, erläuternder Bericht, 66; BGE 110 II 456; BGer 4A_50/2009, E. 2.5.

⁴⁶ Wessner/Widmer, erläuternder Bericht, 123.

Rechtssituation dazu verpflichtet wäre⁴⁷. Es geht darum, die Person zu verurteilen, die verpflichtet war zu handeln, um das Eintreten eines bekannten Risikos zu verhindern⁴⁸. Um zu bestimmen, ob sich die Person einer solchen Straftat schuldig gemacht hat, ist zu prüfen, ob die beschuldigte Person gerade aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht zum Handeln verpflichtet war, beispielsweise in Form von Anweisungen, die sie erteilen musste, oder von Richtlinien, die sie festlegen musste. In diesem Sinn kann die strafrechtliche Haftung einer Gesundheitsfachperson im Fall der interprofessionellen Zusammenarbeit gegeben sein, sofern anerkannt wird, dass die betreffende Fachperson zum Handeln verpflichtet war.

Gemäss dem oben angegebenen Beispiel wird die strafrechtliche Haftung einer Gesundheitsfachperson unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anhand der Kriterien geprüft, die auf die Sorgfaltspflicht der Gesundheitsfachperson anwendbar sind, wobei namentlich auf die Berufsgebräuche Bezug genommen wird. Der Begriff ist somit mit jenem identisch, der im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung entwickelt wurde.

Gemäss dem Bundesgericht ist das Vertrauensprinzip heranzuziehen, um die Haftung im Rahmen der medizinischen Teamarbeit abzugrenzen. Im Fall einer horizontalen Arbeitsteilung muss jeder Arbeitnehmer berechtigterweise erwarten können, dass sich sein Kollege pflichtgemäss verhält, solange kein Umstand auf das Gegenteil schliessen lässt. Bei einer vertikalen Arbeitsteilung verlangt das Vertrauensprinzip, dass eine qualifizierte Hilfsperson ausgewählt wird, dass ihr die notwendigen Anweisungen erteilt werden und dass sie korrekt beaufsichtigt wird. Das Bundesgericht hat sich nicht dazu geäußert, nach welchen Kriterien sich die horizontale von der vertikalen Arbeitsteilung abgrenzen lässt. In Bezug auf die Berufsgebräuche erscheint es zweckmässig, indirekt die Kriterien für die Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut heranzuziehen. Diese Kriterien können als Anhaltspunkt dienen, um die Aufsichtspflicht der beschuldigten Gesundheitsfachperson zu beurteilen.

Diesbezüglich hatte das Bundesgericht Gelegenheit, die Haftung von Angestellten einer Klinik zu prüfen, in die ein Patient aus einem Spital verlegt worden war. Die beschuldigten Personen machten geltend, ihre Beurteilungsfehler seien auf die lückenhaften Informationen zurückzuführen, die das Spital übermittelt habe. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts hat das Spital tatsächlich lückenhafte Informationen übermittelt, die gewisse Versäumnisse des Personals begünstigt haben. Da sich die Beschuldigten jedoch über die Verschlechterung des Gesundheitszustands des Patienten im Klaren gewesen seien, hätten sie vor allem beim diensthabenden Arzt intervenieren müssen, um diesen über diese Verschlechterung zu informieren. Da sie dies unterliessen, hätten sie ihre Sorgfaltspflicht verletzt⁴⁹.

⁴⁷ BGer 6B_614/2014, E. 1, JT 2014 I 311.

⁴⁸ BGer 6B_614/2014, E. 1, JT 2014 I 311.

⁴⁹ BGer 6B_1065/2013, E. 1.3.1

Hinsichtlich der Fachperson, die eine Aufgabe delegiert, erfolgt die Prüfung der Sorgfaltspflicht somit in Anbetracht ihrer Instruktionspflicht in der gegebenen Situation sowie in Anbetracht der Kenntnisse und der Stellung der Person, die als Beauftragte tätig wird. Hinsichtlich der Fachperson, an welche die Aufgabe delegiert wurde, muss die Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung ihrer Stellung und ihrer Kenntnisse geprüft werden, mit anderen Worten unter Berücksichtigung ihres «Einflussbereichs». Damit eine Verurteilung erfolgen kann, muss der Gesundheitsfachperson jedoch in beiden Fällen ein persönliches «Verschulden» (die Verletzung einer Sorgfaltspflicht) angelastet werden.

4.3.5. Die verwaltungsrechtliche Haftung

Die verwaltungsrechtliche Haftung kann eine Sanktion nach sich ziehen, die von der zuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde verhängt wird. In Bezug auf die Individualisierung der Strafen gelten die gleichen Grundsätze wie bei der strafrechtlichen Regelung.

In Artikel 40 MedBG sind die Berufspflichten aufgelistet. Unter anderem verpflichtet der Gesetzgeber die Medizinalpersonen, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben und sich dabei an die Grenzen der in der Ausbildung erworbenen Kompetenzen zu halten (Bst. a). Dabei handelt es sich um eine Generalklausel. Der Bundesrat hat anerkannt, dass die Berufspflichten in der Praxis häufig im Lichte der Standesregeln ausgelegt werden, hat jedoch nicht genauer ausgeführt, ob die Gesetzesbestimmung nach diesen Regeln auszulegen ist⁵⁰. Gemäss der Lehre ist die Aufzählung der Berufspflichten im Gesetz abschliessend; die von den Standesorganisationen festgelegten Regeln können einer Disziplinar massnahme zugrunde liegen, wenn sie den gleichen öffentlichen Interessen entsprechen wie das Gesetz und dazu dienen, eine sehr allgemein formulierte Berufspflicht zu klären oder auszulegen⁵¹. Mit anderen Worten, die Standesregeln können dazu dienen, die Berufspflichten zu klären, doch sie dürfen nicht herangezogen werden, um die abschliessende Aufzählung in Artikel 40 MedBG zu ergänzen⁵².

Die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung ist in Artikel 3 der Standesordnung der FMH festgelegt. Dieser Artikel sieht vor: «Arzt und Ärztin üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus». Artikel 15 lautet: «Arzt und Ärztin sind sich der Grenzen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten bewusst. Erfordert es das Patientenwohl, so ziehen sie Konsiliarärzte und -ärztinnen, Angehörige anderer medizinischer Berufe oder sozialer Dienste bei. Sie setzen sich für ein gutes Zusammenwirken aller Beteiligten ein.» Diese Regeln scheinen den gleichen Zweck zu verfolgen

⁵⁰ BBI 2005 173, 228.

⁵¹ Sprumont, D. / Guinchard, J.-M. / Schorno, D., Kapitel 6: Berufsausübung und Fortbildung, Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Ayer, A. / Kieser, U. / Poledna, T. / Sprumont, D. (Hrsg.), Basel 2009, 390.

⁵² Urteil vom 15. Oktober 2014 der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Jurassischen Kantonsgerichts, ADM 41/2014, E. 3; siehe auch Urteil vom 19. März 2013 des Genfer Kantonsgerichts, ATA/172/2013.

wie Artikel 40 Buchstabe a MedBG und könnten folglich herangezogen werden, um diese Bestimmung auszulegen oder zu klären.

In Anwendung von Artikel 40 MedBG bestehen keine ausdrücklichen Berufspflichten, die sich auf die interprofessionelle Zusammenarbeit beziehen. Artikel 40 Buchstabe a MedBG verlangt jedoch von den Medizinalpersonen, dass sie im Rahmen ihrer Kompetenzen handeln. Zudem stellt Artikel 15 der Standesordnung der FMH klar, dass der Arzt Konsiliarärzte und -ärztinnen oder Angehörige anderer medizinischer Berufe beiziehen muss, wenn das Patientenwohl dies erfordert. Daraus folgt, dass eine Verletzung dieser Pflicht zumindest theoretisch eine Disziplinar massnahme nach sich ziehen kann.

4.3.6. Das öffentliche Recht

In den Haftpflichtregelungen, die auf dem öffentlichen Recht beruhen (sowohl in der bundesrechtlichen Regelung als auch in den kantonrechtlichen Regelungen), wird die Haftung ausschliesslich vom Gemeinwesen oder von der selbstständigen öffentlichen Heilanstalt übernommen.

Für alle Gesundheitsfachleute, die in einem öffentlich-rechtlichen Spital tätig sind, haftet direkt das Gemeinwesen oder die selbstständige öffentliche Heilanstalt. Folglich kann zum Beispiel ein Arzt, der in einem Universitätsspital arbeitet, nicht direkt von einem Patienten beklagt werden, welcher der Auffassung ist, er sei durch das fahrlässige Handeln des Arztes geschädigt worden. Der Patient kann auch keine Haftungsklage gegen den Arzt erheben und verlangen, dass dieser für die Handlungen seiner Hilfspersonen einsticht.

Die interprofessionelle Zusammenarbeit hat somit keine Auswirkungen auf die Haftpflichtregelung, die in den öffentlichen Spitälern gilt. Unabhängig von der Zusammenarbeit muss geklärt werden, ob eine Gesundheitsfachperson persönlich gegen die Regeln der (ärztlichen, pflegerischen usw.) Kunst verstossen hat oder ob eine vorgeetzte Person zum Beispiel eine Instruktions- oder Aufsichtspflicht gegenüber einer ihr unterstellten Gesundheitsfachperson verletzt hat. Sollte dies der Fall sein, hätte das fahrlässige Verhalten zur Folge, dass das Gemeinwesen oder die selbstständige öffentliche Heilanstalt haftet.

4.3.7. Zusammenfassung

Im Bereich der ärztlichen Haftung für Handlungen Dritter sind die folgenden Aspekte zu prüfen:

1. Ermittlung der Art und der Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen dem Arzt und dem Patienten (vertraglich/ausservertraglich/öffentlich-rechtlich).
 - ⇒ Untersteht die Beziehung dem Privatrecht, besteht grundsätzlich ein Vertrag zwischen Arzt und Patient.
 - ⇒ Untersteht die Beziehung dem öffentlichen Recht, haftet der Arzt gegenüber dem geschädigten Patienten nicht persönlich. Er haftet erst recht nicht für die Hilfspersonen, die ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützt haben. Für diese Hilfspersonen haftet das Gemeinwesen oder die selbstständige öffentliche Heilanstalt.
2. Im Fall einer privatrechtlichen Beziehung muss die Stellung der Drittperson ermittelt werden (Hilfsperson, befugter Substitut, unbefugter Substitut oder unabhängiger Beauftragter).
 - ⇒ Die Abgrenzung zwischen einer Hilfsperson, einem Substituten oder einem unabhängigen Beauftragten ist nicht einfach und hängt zum einen vom Kriterium des Patienteninteresses und zum anderen vom Willen der Parteien ab.
 - ⇒ Je selbstständiger die Drittperson ist, desto stärker ist die Haftung gemäss den Artikeln 101 und 399 Absatz 2 OR eingeschränkt.

4.4. Der Einfluss der interprofessionellen Zusammenarbeit auf die ärztliche Haftpflicht

4.4.1. Neuere Entwicklungen

Am 16. März 2011 hat Nationalrat Rudolf Joder eine parlamentarische Initiative eingereicht, mit der eine KVG-Änderung beantragt wird⁵³. Er verlangt, dass die Leistungen, die von Pflegefachpersonen in eigener Verantwortung erbracht werden, von jenen unterschieden werden, die auf ärztliche Anordnung erbracht werden.

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hat einem Vorentwurf zur Umsetzung dieser parlamentarischen Initiative zugestimmt, der darauf ausgerichtet ist, dass die Krankenversicherung bestimmte Leistungen vergütet, die von Pflegefachpersonen ohne ärztliche Anordnung erbracht werden⁵⁴. Der Bundesrat soll die Liste der Leistungen, die ohne ärztliche Anordnung erbracht werden könnten, auf dem Verordnungsweg festlegen.

Dieser Vorentwurf wurde zusammen mit einem erläuternden Bericht bis 14. August 2015 in die Vernehmlassung gegeben⁵⁵.

Im Vorfeld und parallel zu dieser Entwicklung der Gesetzgebung veröffentlichte eine Arbeitsgruppe der SAMW einen Bericht mit dem Titel «Zukünftige Berufsbilder von ÄrztInnen und Pflegenden in der ambulanten und klinischen Praxis»⁵⁶. Darin wurde empfohlen, eine Charta für die Zusammenarbeit unter den Gesundheitsfachleuten auszuarbeiten.

2013 wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die noch im Oktober des gleichen Jahres einen ersten Entwurf der Charta veröffentlichte. 2014 organisierte die Arbeitsgruppe eine Tagung in Bern, bevor die abschliessende Fassung der Charta verabschiedet und danach publiziert wurde⁵⁷.

Ein Schlüsselement dieser Charta ist die Klärung und Abgrenzung der Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der Gesundheitsfachleute, insbesondere durch die Erarbeitung von Richtlinien innerhalb der Gesundheitsinstitutionen und -organisationen. Damit soll den Gesundheitsfachleuten ermöglicht werden, entsprechend ihren spezifischen Kompetenzen und Fähigkeiten tätig zu sein und für dieses Handeln auch Verantwortung zu tragen.

⁵³ Parlamentarische Initiative 11.418 «Gesetzliche Anerkennung der Verantwortung der Pflege», abrufbar auf der Website des Parlaments (www.parlament.ch).

⁵⁴ Der Wortlaut des Vorentwurfs und der erläuternde Bericht können auf der Website des Parlaments (www.parlament.ch) abgerufen werden.

⁵⁵ Der Wortlaut des Vorentwurfs und der erläuternde Bericht können auf der Website des Parlaments (www.parlament.ch) abgerufen werden.

⁵⁶ SÄZ 2014/48, 1803.

⁵⁷ SÄZ 2014/48, 1803, 1804.

Folglich stellt sich die Frage, inwieweit die geplante Änderung des KVG sowie die Charta der SAMW die Regelung der ärztlichen Haftpflicht beeinflussen können.

4.4.2. Die Tragweite der KVG-Änderung

Gemäss dem Vorentwurf der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates soll das Pflegefachpersonal ohne ärztliche Anordnung direkten Zugang zu den Patientinnen und Patienten erhalten. Diese Änderung des Status des Pflegefachpersonals in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfordert eine Änderung von Artikel 35 Absatz 2 KVG, in dem die Leistungserbringer aufgeführt sind, die zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Zudem wird der Bundesrat beauftragt, die Leistungen festzulegen, die das Pflegefachpersonal ohne ärztliche Anordnung zu Lasten des KVG erbringen darf. In die Verordnung sollen Leistungen des folgenden Typs aufgenommen werden: Abklärung, Beratung und Koordination sowie Grundpflege. Hingegen soll die eigentliche Behandlungspflege weiterhin auf ärztliche Anordnung erfolgen⁵⁸.

Die Anpassung von Artikel 35 Absatz 2 KVG ändert die im Obligationenrecht vorgesehene Haftpflichtregelung nicht. Unabhängig davon, ob die KVG-Änderung zustande kommt, gilt für den Arzt und die Pflegefachperson im privaten Sektor eine persönliche ausservertragliche Haftung nach Artikel 41 OR, gemäss dem zum Ersatz verpflichtet ist, wer einem andern Schaden zufügt. Beide haften aus Vertrag, sofern aufgrund einer stillschweigenden oder ausdrücklichen gegenseitigen Willensäusserung ein Vertrag (grundsätzlich ein Auftrag) mit dem Patienten abgeschlossen wurde. Dies ist beim freipraktizierenden Arzt mit eigener Praxis und auch bei der selbstständig tätigen Pflegefachperson der Fall.

Demnach würde die einzige konkrete Auswirkung der KVG-Änderung (abgesehen von der Vergütung der Leistungen) auf die ärztliche Tätigkeit darin bestehen, dass eine Pflegefachperson neu die Möglichkeit erhält, bestimmte medizinische Leistungen ohne vorgängige Intervention eines Arztes zu erbringen. Eine solche Änderung der Tätigkeit der Pflegefachpersonen dürfte zum einen die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Gesundheitsfachleute und zum anderen die Art und Weise beeinflussen, wie ein Behandlungsvertrag mit dem Patienten abgeschlossen werden kann, unabhängig von einem allfälligen anderen, mit einem Arzt abgeschlossenen Behandlungsvertrag.

Indem das Pflegefachpersonal seine Leistungen direkt zu Lasten der Krankenversicherung abrechnen kann, erwirbt es gegenüber dem Arzt zusätzliche finanzielle Unabhängigkeit. Dieses finanzielle Kriterium ist eines der Kriterien, die herangezogen werden können, um im Rahmen der vertraglichen Haftung für Handlungen Dritter die Hilfsperson vom Substituten abzugrenzen.

⁵⁸ Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 15. April 2015, Nr. 11.418, abrufbar auf der Website des Parlaments (www.parlament.ch).

Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht die Auffassung vertritt, das überwiegende Interesse zur Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut sei das Interesse des Auftraggebers (und jenes Beauftragten). Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Pflegefachpersonals stellt für den Patienten kein spezifisches Interesse dar. Denn sein Interesse ist eher unter dem Gesichtspunkt der spezifischen Leistungen zu prüfen, die eine Pflegefachperson anstelle des Arztes für den Patienten erbringen kann. Die Modalitäten der Abrechnung dieser Leistungen sind hingegen nicht ausschlaggebend.

Allerdings kann die KVG-Änderung einen Einfluss auf die Modalitäten der Intervention der Pflegefachperson haben: Diese kann ausserhalb eines Vertrags zwischen Arzt und Patient medizinische Leistungen für einen Patienten erbringen. Die Art und Weise, wie ein Behandlungsvertrag zwischen einer Pflegefachperson und einem Patienten abgeschlossen werden kann, ist von Bedeutung, da sie als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Substitut und unabhängigem Beauftragten herangezogen werden kann. Da kein vorgängiger Auftrag zwischen Arzt und Patient vorliegt, weil keine ärztliche Anordnung mehr notwendig sein wird, kann die Auftragssubstitution im Sinne von Artikel 399 OR ausgeschlossen werden. In diesem Sinne kommt bei Fehlen eines vorgängigen, mit einem Arzt abgeschlossenen Vertrags die Auftragssubstitution nicht in Betracht (ebensowenig wie die Qualifikation als Hilfsperson). Die Pflegefachperson haftet somit aufgrund ihrer eigenen Sorgfaltspflicht gemäss Artikel 398 OR für ihr Handeln.

Folglich wird sich die Regelung der ärztlichen Haftung im schweizerischen Recht durch die Änderung von Artikel 35 KVG und der Ausführungsverordnung nicht beeinflussen lassen. Mit dieser Änderung lässt sich höchstens der Status des Dritten klären, d. h. anhand der vom Bundesgericht festgelegten Kriterien kann unterschieden werden, ob dieser Dritte als Hilfsperson, Substitut oder unabhängiger Beauftragter tätig ist.

4.4.3. Die Tragweite der Charta

Die von der SAMW ausgearbeitete Charta ist kein Gesetz. Es handelt sich um eine grundsätzliche Stellungnahme einer Stiftung nach schweizerischem Recht, an der mehrere Institutionen und Organisationen aus dem medizinischen Bereich beteiligt sind.

Ursprünglich wurde die SAMW von den fünf medizinischen und den zwei tiermedizinischen Fakultäten sowie der FMH gegründet. Ihr Zweck besteht namentlich darin, eine «hohe Qualität» der Medizin zu unterstützen. Sie unterstützt den wissenschaftlichen Nachwuchs sowie Forschungsprojekte, bearbeitet spezifische Fragestellungen im Zusammenhang mit ihren Zielsetzungen, arbeitet Richtlinien zu medizin-ethischen

Fragestellungen aus usw.⁵⁹. In diesem Sinn lässt sich die SAMW als Stiftung bezeichnen, die in der Schweiz im Bereich der medizinischen Wissenschaften anerkannt ist.

Der Charta der SAMW kommt zwar kein Gesetzesrang zu, doch sie lässt sich als Referenzdokument im Bereich der medizinischen Wissenschaften qualifizieren.

Im Bereich der Haftpflicht sind die Voraussetzungen, auf die sich die Schadenersatzpflicht gegenüber einer Person abstützen lässt, im Gesetz verbindlich geregelt. Von den Regeln, die der Gesetzgeber festgelegt hat, darf nicht abgewichen werden, abgesehen von einigen Ausnahmen wie zum Beispiel der Möglichkeit, sich im Fall von leichtem Verschulden im Sinne der Artikel 100 OR (eigene Haftung) und 101 OR (Hilfspersonenhaftung) durch Vertrag von der Haftung zu befreien.

Gemäss der Lehre sind die Klauseln zur Haftungsbefreiung bei leichtem Verschulden (Art. 100 Abs. 2 OR) angesichts der Abhängigkeit des Patienten vom Arzt und der Art der geschützten Rechtsgüter (körperliche und/oder psychische Unversehrtheit des Patienten) im Rahmen der Ausübung der Medizinalberufe nicht gültig⁶⁰. Klauseln zur Haftungsbefreiung bei leichtem Verschulden der Hilfspersonen sind hingegen grundsätzlich zulässig (Art. 101 Abs. 2 OR), werden jedoch mit ähnlicher Begründung kritisiert⁶¹. Im Übrigen sind sie im vorliegenden Zusammenhang nicht wirklich von Belang, da es kaum vorstellbar ist, dass ein Arzt seinen Patienten vorschlägt, einer solchen Klausel zuzustimmen. Jedenfalls befreit die Klausel den Arzt nicht von seiner eigenen Haftung für mangelnde Sorgfalt in Bezug auf die Hilfsperson (zum Beispiel bei der Beaufsichtigung) oder für eine mangelhafte Organisation seiner Berufstätigkeit⁶². Zudem ist eine Haftungsbefreiungsklausel im Bereich der ausservertraglichen Haftung nicht möglich.

Die Charta der SAMW sieht vor, dass die Gesundheitsfachleute ihre Verantwortlichkeiten klären und festhalten. Sie richtet sich in erster Linie an die Fachpersonen, Verbände und Institutionen des Gesundheitssystems. Somit ist sie gegenüber den Patientinnen und Patienten nicht wirksam. Da ihr kein Gesetzesrang zukommt, kann sie die Haftungsregelung im medizinischen Bereich nicht ändern. Eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen den Gesundheitsfachleuten könnte die oben beschriebenen Regeln nicht ändern.

In der Haftpflichtregelung ist zur Bestätigung des Vorliegens eines Kunstfehlers auf die Regeln der ärztlichen Kunst abzustellen. Das Bundesgericht definiert die Regeln der ärztlichen Kunst als von der medizinischen Wissenschaft festgelegte Grundsätze, die allgemein anerkannt und üblich sind und von den Praktikern gemeinhin befolgt und angewendet werden⁶³. Um festzustellen, ob eine allgemein übliche Berufsregel

⁵⁹ Statuten der SAMW vom 31. Mai 1990.

⁶⁰ CR CO I - Thévenoz, Art. 100 OR, Rz. 25.

⁶¹ CR CO I - Thévenoz, Art. 101 OR, Rz. 39.

⁶² CR CO I - Thévenoz, Art. 101 OR, Rz. 38.

⁶³ BGE 133 III 121, E. 3.1.

besteht, ziehen die Gerichte in der Regel einen Experten bei, der den Juristen aus sachlicher Sicht die wissenschaftliche Erklärung für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Berufsregel liefert. In diesem Sinn könnte sich die Frage stellen, ob die Charta der SAMW eine allgemein übliche Berufsregel darstellt.

Im vorliegenden Fall legt die Charta der SAMW keine Berufspflichten fest, sondern ist in Form einer Verpflichtung der Gesundheitsfachleute verfasst, ihre Tätigkeit zu koordinieren. Sie scheint somit für die Klärung der Frage, ob ein «Kunstfehler» vorliegt, nicht massgebend zu sein.

Die Frage einer Koordination der medizinischen Leistungen kann sich unter dem Gesichtspunkt stellen, ob diese oder jene an der Behandlung beteiligte Person einen «Kunstfehler» begangen hat. Im Rahmen der ärztlichen Haftung wird diese Frage im Nachhinein geprüft, wenn es um den Ersatz eines Schadens geht, den ein Patient geltend macht, um zu bestimmen, ob die Organisation der beschuldigten Gesundheitsfachperson den Regeln der Kunst entsprach. Daraus folgt, dass sich die Rechtsfrage in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Sorgfalt der Gesundheitsfachperson stellt, ohne dass in einem Einzelfall die Charta für die Haftungsvoraussetzungen der einen oder der anderen Gesundheitsfachperson massgebend ist.

Daraus ist somit abzuleiten, dass die Charta die rechtliche Regelung der ärztlichen Haftpflicht nicht beeinflussen kann.

Da die Charta keine Berufspflichten festlegt, führt die Analyse auf der Ebene der strafrechtlichen Haftung zum gleichen Ergebnis wie im Bereich der Haftpflicht. Die Charta hat somit keine direkten Auswirkungen auf die strafrechtliche Haftung der Gesundheitsfachleute.

Auf der Ebene der verwaltungsrechtlichen Haftung muss untersucht werden, ob die Charta der SAMW bei der Prüfung der Verletzung einer ärztlichen Berufspflicht massgebend sein kann. Diesbezüglich trifft es zu, dass Artikel 40 MedBG im Licht der Landesregeln ausgelegt werden kann, insbesondere in Anwendung der Artikel 3 und 15 der Landesordnung der FMH. Zudem sind in Artikel 18 der Landesordnung die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften aufgelistet, die als Landesregeln anwendbar sind. Die Charta ist dort (noch?!) nicht aufgeführt. Es ist nochmals festzuhalten, dass die Charta keine Berufspflichten begründet und dass mit den Regeln, die von Landesorganisationen festgelegt werden, auf jeden Fall keine weiteren Berufspflichten zur abschliessenden Aufzählung in Artikel 40 MedBG hinzugefügt werden können. Folglich kann die Charta höchstens zur Auslegung von Artikel 40 Absatz a MedBG herangezogen werden, wenn das Verhalten einer Gesundheitsfachperson auf verwaltungsrechtlicher Ebene unter dem Gesichtspunkt der interprofessionellen Zusammenarbeit in Frage gestellt wird.

4.4.4. Zusammenfassung

1. Die neuen Regeln in Bezug auf die Abrechnung der KVG-Leistungen haben keinen Einfluss auf die Haftpflichtregelung. Mit der vorgesehenen Änderung lässt sich allenfalls klären, ob dem Dritten, der in der medizinischen Behandlung tätig wird, der Status einer Hilfsperson, eines Substituten oder eines unabhängigen Beauftragten zukommt.
2. Die Charta der SAMW beeinflusst die Haftpflichtregelung nicht. Sie kann möglicherweise als Referenzdokument dienen, um die Verletzung einer Zusammenarbeitspflicht einer Gesundheitsfachperson aufzuzeigen, die im Rahmen einer medizinischen Behandlung einem Kollegen keine ausreichenden Anweisungen erteilt hat. Je nach Einzelfall könnte ein solches Verhalten jedoch selbst ohne Bezugnahme auf die Charta als Verletzung einer Sorgfaltspflicht geahndet werden.

5. Schlussfolgerungen

1. Führt die Charta der SAMW zu Änderungen bei der ärztlichen Haftpflicht?

Nein. Nur eine Gesetzesänderung (insbesondere Obligationenrecht, kantonale Gesetzgebungen im Bereich der Haftung für die Handlungen von Staatsbediensteten) oder eine Kursänderung in der Rechtsprechung können die derzeitige zivilrechtliche ärztliche Haftung ändern.

2. Führt die vorgesehene KVG-Revision, mit der dem Pflegepersonal mehr Verantwortung übertragen werden soll, zu Änderungen bei der ärztlichen Haftpflicht?

Nein. Die geplante KVG-Änderung betrifft nur die Leistungen, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden. Sie hat keinen Einfluss auf die Regelung der ärztlichen Haftung. Indirekt kann diese Änderung jedoch die Rechtsstellung der Pflegefachperson beeinflussen, die in der medizinischen Behandlung eines Patienten tätig wird. Denn wenn die Pflegefachperson nicht im Zusammenhang mit einem Auftrag tätig wird, der zwischen einem Arzt und seinem Patienten besteht, gilt sie als unabhängiger Beauftragter (sofern nicht ausnahmsweise die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar sind). Wird sie im Rahmen einer medizinischen Behandlung tätig, lässt sie sich als unabhängiger Beauftragter (Art. 394 ff. OR), als Substitut (Art. 399 OR) oder als Hilfsperson (Art. 101 OR) qualifizieren. Diese Unsicherheiten in Bezug auf den Status der Gesundheitsfachperson bestehen unabhängig von einer allfälligen KVG-Revision bereits heute.

3. Welche Haftungsarten (zivil-, straf-, disziplinarrechtlich) bestehen bei Gesundheitsfachleuten, insbesondere bei Ärztinnen und Ärzten?

Zivilrechtliche Haftung

Die Haftpflichtregelung im ärztlichen Bereich kann drei verschiedene Grundlagen haben: die ausservertragliche Haftung (Art. 41 OR), die Vertragshaftung (Art. 97 ff. OR) und die öffentlich-rechtliche Haftung. Trotz dieser drei unterschiedlichen Regelungen sind die materiellen Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich identisch, denn bei jedem Fall von ärztlicher Haftung muss im Nachhinein geprüft werden, ob eine Gesundheitsfachperson die Regeln der ärztlichen Kunst verletzt hat und ob ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Verletzung und dem vom Patienten erlittenen Schaden besteht. Die öffentlich-rechtliche Regelung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arzt gegenüber dem Patienten weder für seine eigenen Handlungen noch für jene seiner Hilfspersonen haftet. Denn die Haftung wird von der selbstständigen öffentlichen Heilanstalt oder vom Gemeinwesen übernommen.

In Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen den Gesundheitsfachleuten ist bei diesen drei unterschiedlichen Regelungen jeweils zu unterscheiden, ob sie dem Privatrecht oder dem öffentlich-rechtlichen Recht unterstehen.

- a. Im Privatrecht gilt eine unterschiedliche Haftungsregelung für Handlungen Dritter, je nachdem ob der Dritte den Status einer Hilfsperson, eines Substituten oder eines unabhängigen Beauftragten hat. Je unabhängiger der Dritte ist, desto eher haftet er selbst, ohne dass die Möglichkeit besteht, seine Handlungen einer anderen Gesundheitsfachperson zuzurechnen. Es ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich jeder Gesundheitsfachperson eine Haftung entsprechend «ihrem Einflussbereich» zukommt.
- b. Im öffentlichen Recht haftet gegenüber dem Patienten ausschliesslich der Staat für das Handeln seiner Bediensteten. Entsprechend den kantonalen Regelungen steht dem Staat die Regressklage gegen die Gesundheitsfachperson zu, allerdings nur bei schwerem oder absichtlichem Verschulden.

Hat der Arzt, die Pflegefachperson oder die private Heilanstalt mit dem Patienten einen Behandlungsvertrag abgeschlossen, gilt die vertragliche Haftung. Sie alle haften gemäss Artikel 101 OR auch für die Handlungen ihrer Hilfspersonen. Allerdings muss die betreffende Person gemäss den vom Bundesgericht festgelegten Abgrenzungskriterien tatsächlich als Hilfsperson und nicht als Substitut oder unabhängiger Beauftragter qualifiziert werden. Zu diesen Kriterien gehören zum einen das Interesse des Patienten, das ausschlaggebend ist, und zum anderen das Interesse des Beauftragten. Überwiegt das Interesse des Beauftragten, sind die Haftungsregeln anwendbar, die für die Handlungen von Hilfspersonen gelten.

Strafrechtliche Haftung

Die strafrechtliche Haftung ist unabhängig vom Status der betreffenden Fachperson im Strafgesetzbuch geregelt. Eine Verletzung der Regeln der Kunst kann eine Verletzung der Sorgfaltspflicht darstellen und zu einer Sanktion führen, die davon abhängt, welcher Straftatbestand erfüllt ist (fahrlässige Tötung, fahrlässige Körperverletzung usw.).

Disziplinarrechtliche Haftung

Die disziplinarrechtliche Haftung wird anhand der Berufspflichten geprüft, die vom Gesetz vorgegeben werden.

Mit ihr wird ein schuldhaftes Verhalten einer Gesundheitsfachperson, die einer Berufsausübungsbewilligung untersteht und ihre Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat, verwaltungsrechtlich geahndet. Das Fehlverhalten der Ge-

sundheitsfachperson muss ausreichend schwer sein, damit sich eine Disziplinar-massnahme (die von einem Verweis bis zu einem befristeten oder endgültigen Berufsverbot reichen kann) verhängen lässt. Das Strafmass hängt selbstverständ-lich vom Schweregrad des Fehlverhaltens ab, das der Gesundheitsfachperson in einer konkreten Situation vorgeworfen werden kann.