

Medizinische und rechtliche Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen*

Teil I. Ausgangslage und Problemstellung

W. E. Ott

Hand aufs Herz: Wie reagieren Sie als Vertreterin oder Vertreter eines qualifizierten Berufsstandes, wenn Ihnen ein Verstoss gegen Ihre beruflichen Sorgfaltspflichten vorgeworfen wird? Würden Sie das Prozedere sowie Ihre Rechte und Pflichten im Schadenfall kennen? Hätten Sie den Mut, zu einem Fehler zu stehen?

Zugegeben, das sind keine angenehmen Fragen, und dennoch, Ärzte und Ärztinnen sehen sich zuweilen genau mit solchen Fragestellungen konfrontiert und sie sollten darauf eine professionelle Antwort geben können. Noch immer empfinden manche von ihnen einen Vorwurf von Patientenseite als direkten Angriff auf die eigene persönliche und berufliche Integrität [1]. Dabei müssen sich längst alle Berufsstände eine richterliche Beurteilung ihrer Tätigkeit gefallen lassen, und schon Löffler [2] hat hervorgehoben, dass dem Arzt keine rechtliche Sonderstellung eingeräumt werden soll. Der «mündige» Patient nimmt seine Rechte wahr und er weiss immer besser Bescheid: Über das Internet sind zahllose medizinische Informationen – von höchst unterschiedlicher Qualität – abrufbar. Einer kürzlich präsentierten europäischen Studie gemäss wollen 91 % der befragten Patienten bei medizinischen Behandlungen in die Entscheide miteinbezogen werden; lediglich 63 % gaben an, dies sei in ausreichender Weise der Fall [3]. Der folgende Beitrag widmet sich aus der Sicht des Praktikers ausgewählten Fragen im Zusammenhang mit der aussergerichtlichen medizinischen und rechtlichen Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen und stellt viele Beispiele dazu vor. Die gebotene gedrängte Darstellung verlangt nach dem «Mut zur Lücke», dem Verzicht auf Vollständigkeit. Die Ausführungen basieren auf den eigenen Erfahrungen des Autors als «Patientenanwalt» und erheben keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit.

Eine erste Vorbemerkung ist notwendig: Der Text hält sich an das geltende Recht. Der im Herbst 2000 veröffentlichte Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts enthält zwar verschiedene Vorschläge zum künftigen Verfahrens- und Beweisrecht, regelt die Organi-

sationshaftung und schlägt gar eine Gefährdungshaftung für besonders gefährliche Tätigkeiten vor, ruht aber nach abgeschlossener Vernehmlassung seit Mitte 2001 in den Katakomben des Bundeshauses, ohne dass bisher Genaueres bekannt geworden wäre, wie es mit diesem ebenso ehrgeizigen wie kontroversen Projekt weitergehen soll [4]. Immerhin: Gemäss Bundesamt für Justiz soll der Bundesrat in Kürze über das weitere Vorgehen entscheiden.

Zweite Vorbemerkung: Eine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Ärztin und Patient als Folge einer medizinischen Komplikation kann leicht zu gegenseitigen Verständigungsproblemen führen, weshalb diese «psychologische» Seite bei der Abklärung des Schadenfalles nicht ausser acht gelassen werden sollte. Zudem pflegen sowohl Ärzte als auch Juristen eine eigene, mit Fachausdrücken und Fremdwörtern versetzte Sprache, weshalb die Gefahr besteht, dass sie sich nicht verstehen. Letzteres gilt erst recht für den ratsuchenden Patienten, der in der Regel als medizinischer und rechtlicher Laie zunächst nur auf seine subjektiven Erlebnisse zurückgreifen kann und als beweispflichtige Partei aus einer weit schwierigeren Position heraus startet als sein Arzt, welcher über das erforderliche Fachwissen, die persönliche Krankengeschichte, sämtliche objektiven Befunde und damit über einen grossen Wissensvorsprung verfügt. Dessen sollten sich Ärztinnen und Ärzte bewusst sein, wenn sie sich von Patientinnen und Patienten zu Unrecht angegriffen fühlen.

Die oberste Zielsetzung bleibt klar: die Wahrheit herauszufinden und diese medizinisch und rechtlich zutreffend zu würdigen, um auf dieser Grundlage eine sachgerechte Lösung zu treffen: Verstösse gegen die anerkannten Regeln der Schulmedizin sollen haftpflichtrechtlich abgegolten werden; ausschliesslich schicksalshafte Komplikationen, welche auch bei Anwendung aller Sorgfalt nicht vermieden werden können, sollen ohne rechtliche Folgen bleiben. Das gleiche gilt für die Verwirklichung eines allgemeinen Risikos, wobei die Grenzen zwischen Unvermeidbarkeit und Unsorgfalt zuweilen fließend sind [5].

1 Vgl. Olf S. Gesucht wird der Arzt, der einen Fehler zugibt. NZZ am Sonntag, 17.8.2003, 57.

2 Löffler W. Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. 1945.

3 Schilling C. Ärzte geniessen Vertrauen. Tages-Anzeiger, 28.8.2003, 7.

4 Vgl. dazu Geisseler R. Gesamtrevision des Haftpflichtrechts. Anwaltsrevue 2001;11-12:16-21; Müller-Chen M. Brennpunkte der Revision des Haftpflichtrechts. Anwaltsrevue 2001;11-12: 10-4; Ott WE. Revision Haftpflichtrecht (mit weiteren Hinweisen); HAVE Forum 2002;3: 221-30 mit Beiträgen verschiedener Autoren und zahlreichen Hinweisen; Jaag T. Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Schweizerischer Juristentag 2003. ZSR 2003;2(1):3ff; Loser-Krogh P. Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung. Schweizerischer Juristentag 2003. ZSR 2003;2(2):127ff.

5 Dazu Ott WE. Fehlerhafte Unfallbehandlung. S. 458-9.

* Gekürzte Fassung eines in der Zeitschrift HAVE Haftung und Versicherung / REAS Responsabilité et assurance, Heft 4, 2003, S. 275-90, erschienenen Beitrages mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers.

Korrespondenz:
Dr. iur. Werner E. Ott
Rechtsanwalt
Badenerstrasse 21
CH-8026 Zürich

Medizinische Abklärung

Praktisches Vorgehen und erste Abklärungen

Steht ein Patient unter dem Eindruck, das Opfer einer fehlerhaften (Be-)Handlung bzw. Unterlassung seines Arztes geworden zu sein, so wird er, sofern ihm dies möglich ist, als erstes das Gespräch suchen, um sich über die Umstände des Verfehlens des angestrebten Behandlungszieles informieren zu lassen. In vielen Fällen wird sich die Ärztin die Zeit nehmen, um sich der Sorgen und Fragen der betroffenen Patientin anzunehmen; vielleicht wird sich eine Lösung finden lassen, möglicherweise wird der Patient sogar auf weitere Schritte verzichten wollen, wenn sein Gegenüber echtes Bedauern über das Vorgefallene zum Ausdruck bringt und der Schadenfall keine schweren oder gar bleibenden Folgen zeitigt.

Leider zeigt die Praxis des Patientenanwaltes, dass dieses Bild der Realität nicht ohne weiteres gerecht wird, indem sowohl auf Patienten- wie auch auf ärztlicher Seite bald einmal mit harten Bandagen gekämpft wird, was einer konstruktiven Aufarbeitung der anstehenden Probleme wenig zuträglich ist. Für betroffene Patientinnen und Patienten empfiehlt es sich daher, sich frühzeitig sachkundig beraten zu lassen, sei es bei einem anderen Arzt ihres Vertrauens, sei es bei einer dafür geeigneten Patientenschutzorganisation oder einem spezialisierten Rechtsanwalt. Diese Stellen sind in der Lage, die medizinischen Vorabklärungen zu treffen und eine erste Triage vorzunehmen, um abzuschätzen, ob sich ein Weiterverfolgen der Angelegenheit rechtfertigen lässt oder nicht.

Sind diese «Hausaufgaben» gemacht und entscheidet sich der geschädigte Patient aufgrund der Ergebnisse dieser vorläufigen Beurteilung für eine genauere rechtliche Prüfung seiner vermuteten Ansprüche, so wird der Schadenfall dem betroffenen Arzt oder dem Spitalträger zur Kenntnis gebracht, verbunden mit der Aufforderung, die Angelegenheit der zuständigen Spital- oder Berufshaftpflichtversicherung anzumelden und deren Name, Adresse und Policennummer bekanntzugeben. Diese wird über den Sachverhalt, die aufgetretenen Probleme und die Ergebnisse der medizinischen Vorabklärungen ins Bild und damit in die Lage gesetzt, eine Prüfung durch den eigenen medizinischen Dienst oder einen beratenden Arzt zu veranlassen. Voraussetzung für den erforderlichen Beizug der relevanten medizinischen Akten ist aus Gründen des Persönlichkeits- und Datenschutzes die Ermächtigung des Patienten zur Einsichtnahme in seine Krankengeschichte. Gleichzeitig holt die Versi-

cherung eine detaillierte Stellungnahme ihres Versicherungsnehmers bzw. der betroffenen Medizinalpersonen ein. Die Patientin ist gut beraten, sich mit Geduld zu wappnen, weil bereits diese erste Abklärungsphase erfahrungsgemäss, wegen der chronischen Überlastung der medizinischen Dienste, viel Zeit in Anspruch nimmt. Ganz wesentlich: Mit der vorsorglichen Anmeldung anerkennt der Arzt keine Haftung, sondern schafft lediglich die Voraussetzungen, um eine korrekte Abklärung zu ermöglichen. Gleichzeitig stellt er damit sicher, dass seine Interessen von seiner Berufshaftpflichtversicherung auf deren Kosten gewahrt werden können, deckt diese doch nicht nur die Übernahme berechtigter Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen ab, sondern vertragsgemäss auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche. Entsprechend weisen die Versicherungen ihre Versicherungsnehmer darauf hin, keine eigenmächtigen Aktionen zu starten und gegenüber dem Patienten keine Haftung anzuerkennen. Umgekehrt gilt, dass sich die Versicherungen in ihren «Allgemeinen Bedingungen» das Recht ausbedingen, einen klaren Haftpflichtfall auch dann zu regulieren, wenn sich der betroffene Arzt dagegen wehren sollte.

Die erste materielle Stellungnahme der Versicherung entscheidet über das weitere Vorgehen: Bestätigen deren interne Abklärungen das Vorliegen einer Haftpflichtsituation, so wird sie die Haftung anerkennen oder, was bevorzugter geschieht, unpräjudiziell Verhandlungsbereitschaft signalisieren, um den Schadenfall «unter Offenlassen der Haftungsfrage» zu bereinigen. Damit hält sie sich für die Regressverhandlungen mit den Sozialversicherungen alle Optionen offen, und die Patientin erhält gleichwohl ihren Schaden angemessen ersetzt. Aus Sicht des Patienten stellt dieses optimale Szenario nun allerdings die Ausnahme von der Regel dar. Viel eher wird die Versicherung in ihrer Antwort zunächst das Vorliegen eines Kunstfehlers verneinen und den unglücklichen Verlauf als ausschliesslich schicksalshafte Komplikation beurteilen. Die eine Haftpflichtversicherung liefert dazu eine medizinisch und rechtlich ausführlich begründete und mit Dokumenten unterlegte Stellungnahme, die andere begnügt sich mit einer eher rudimentären Zurückweisung der vom Patienten vorgetragenen Sachdarstellung. Ein wenig anders sieht das Bild in bezug auf die Verletzung der Aufklärungspflicht aus, indem der Schadenspezialist der Versicherung gerne die hypothetische Einwilligung ins Feld führt, also das Argument, dass die verständige Patientin auch in Kenntnis des (sich in der Folge verwirklichten) Risikos in den Eingriff eingewilligt hätte [6]. Im – bei die-

6 Vgl. Teil II «Rechtliche Würdigung». Unter «Privatrechtliche Haftung» die «Verletzung der Aufklärungspflicht».

sem Verfahrensstand – häufigsten Falle einer vollständigen Ablehnung jeder Haftung liegt der Ball wieder beim Patienten, der sich dafür entscheiden muss, ob er den zuweilen beschwerlichen Weg über ein unabhängiges Gutachten gehen [7] oder auf weitere Schritte verzichten will. Manchmal vermag ihm eine unabhängige Zweitmeinung bei einem mit dem Fall bisher nicht befassten, spezialisierten Arzt seinen Entscheid zu erleichtern.

Es liegt in der Natur der Sache, dass das ärztliche Ermessen in der Beurteilung eines medizinischen Sachverhalts eine wichtige Rolle spielt, und der ironische Spruch: fünf Experten, fünf verschiedene Meinungen, enthält wohl mehr als nur ein Körnchen Wahrheit. Um so mehr muss es im Interesse aller Beteiligten liegen, im Falle unterschiedlicher Beurteilungen als nächstes ein unabhängiges Gutachten bestmöglicher Qualität einzuholen [8]. Eine Auswertung von 262 Gutachten aus den Jahren 1990 bis 1997 ergab, dass nur gerade ein Drittel den gestellten Anforderungen genügte, ein deutlicher Hinweis auf bestehende Defizite [9].

Privatgutachten

So wichtig die Arbeit als Gutachter für die Qualitätssicherung ärztlicher Tätigkeiten an sich ist, so wenig gesucht wird dieser Job: Die Annahme eines Gutachtauftrages bedeutet immer Zusatzarbeit, wenn auch eine angemessen honorierte, die fachlichen und persönlichen Anforderungen sind hoch, die Ausbildungsmöglichkeiten bis heute immer noch bescheiden, die Fachkompetenz und Unabhängigkeit in einem kleinen Land wie der Schweiz manchmal nur mit Abstrichen zu gewährleisten. Ausserdem ist es nicht besonders angenehm, einem Kollegen einen Fehler nachzuweisen, vor dem man selber nicht gefeit ist. Die anerkanntesten Gutachterinnen und Gutachter sind daher stets überlastet; einzelne Gutachter gelten als eher «patientenfreundlich» und werden daher von den Versicherungen abgelehnt und umgekehrt. Patient und Versicherung müssen sich daher zuerst über die Person des Experten, den detaillierten Fragenkatalog und die Übernahme der Kosten einigen, und nicht selten bedarf es mehrerer Anläufe, bis ein geeigneter Kandidat gefunden ist, welcher den Auftrag auch wirklich annimmt. Dieses Vorgehen bewährt sich für medizinische Sachverhalte, die bestimmte Spezialkenntnisse des Begutachtenden voraussetzen und/oder eine ganz spezifische Fragestellung erheischen. Wer demgegenüber auf eigene Faust und ohne Einbezug der Gegen-

seite ein Gutachten in die Wege leitet, läuft Gefahr, auf einer Expertise «sitzenzubleiben», welche als reines Parteigutachten qualifiziert wird, was erfahrungsgemäss den Beweiswert sowohl aussergerichtlich wie auch im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung mindern kann [10].

FMH-Gutachten

Verschiedene dieser Stolpersteine entfallen, wenn der Weg über ein FMH-Gutachten gewählt wird. Die Verbindung der Schweizer Ärzte FMH unterhält seit 1982 eine unabhängige Gutachterstelle mit Sitz in Bern, welche bis heute mehr als 2700 Fälle betreut und begleitet hat [11]. Der Jahresbericht wird in der Schweizerischen Ärztezeitung (*Bulletin des médecins suisses, Bollettino di medici svizzeri*) publiziert, zuletzt für die Berichtsperiode 2002 [12]. Das anwendbare Verfahren ist in einem Reglement niedergelegt, welches in der aktuellen Fassung seit 1. Februar 2002 gilt [13]. Es ist in der gleichen Ausgabe abgedruckt und mit einem erläuternden Kommentar versehen [14]. Die FMH-Gutachterstelle gibt eine Dokumentation mit Unterlagen und Formularen ab (Adresse für die deutsche Schweiz und das Tessin: FMH-Gutachterstelle, Postfach 293, 3000 Bern 16, Telefon 031 312 08 77, Telefax 031 311 99 81; für die Romandie: Bureau d'expertises, case postale 64, 1010 Lausanne, Telefon 021 652 16 74, Telefax 021 652 33 85).

Zwar ist das FMH-Gutachtenprozedere vorab von Patientenseite immer wieder kritisch hinterfragt worden, vor allem wegen der höchst unterschiedlichen Qualität der einzelnen Gutachten und der zuweilen überlangen Verfahrensdauer, es weist aber gegenüber einem Privatgutachten einige nicht zu unterschätzende Vorteile auf: Die einzelnen Verfahrensschritte sind klar normiert und werden unter Federführung der unabhängigen FMH-Gutachterstelle abgewickelt. Grundlage für die Verfahrenseinleitung bildet ein begründeter Antrag von Patientenseite, der in Form und Inhalt den konkreten Vorgaben der Gutachterstelle genügen muss. Sie verlangt die Bestätigung, dass Arzt oder Spital und Versicherung mit einem FMH-Gutachten einverstanden sind, womit die Gefahr eines reinen Parteigutachtens gebannt ist. Tritt die Gutachterstelle aufgrund einer summarischen Vorprüfung auf den Fall ein, so erteilt sie der zuständigen Fachgesellschaft den Auftrag, einen geeigneten Gutachter, gegebenenfalls ein Gutachterteam aus verschiedenen Disziplinen, vorzuschlagen. Gleichzeitig muss die Patientin eine Bearbeitungsgebühr von

7 Dazu gleich mehr unter «Privatgutachten» und unter «FMH-Gutachten».

8 Vgl. dazu das Standardwerk von Fredenhagen H. Das ärztliche Gutachten. S. 70-1; Murer E. SZS 1999;43:168, der dafür plädiert, in der ärztlichen Weiterbildung der Begutachtung mehr Bedeutung zuzumessen.

9 Meine J. L'expertise médicale en Suisse: satisfait-elle aux exigences de qualité actuelles? SVZ 1999;67:37-45.

10 Zum Parteigutachten vgl. BGE 125 V 351.

11 Vgl. Fredenhagen H. Das ärztliche Gutachten. S. 75-6.

12 Kuhn HP, Favre N. FMH-Gutachterstellen. Schweiz Ärztezeitung 2003;84(22):1155-9; ferner Kuhn HP. 20 Jahre FMH-Gutachterstellen – Jahresbericht für die Berichtsperiode 2001. Schweiz Ärztezeitung 2002;83(34):1759-64.

13 Dazu Ott WE. FMH-Gutachterstelle mit revidiertem Reglement. Schweiz. Ärztezeitung 2002;83(4):107.

14 FMH-Gutachterstelle. Reglement für die FMH-Gutachterstelle zur aussergerichtlichen Begutachtung von Arzthaftpflichtfällen. Schweiz Ärztezeitung 2002;83(4):128-33.

Fr. 600.–, zuzüglich Mehrwertsteuer, entrichten, während die eigentlichen Gutachterkosten von der Haftpflichtversicherung getragen werden. Dank dieser Regelung ist der Zugang auch für Patientinnen und Patienten offen, welche nicht in der Lage wären, anfallende Kosten von mehreren Tausend Franken selber zu berappen. Die Gutachterstelle behält sich allerdings das Recht vor, bei querulatorischen oder aussichtslosen Anträgen eine Kostensicherheit bis Fr. 2000.– zu verlangen. Für FMH-Mitglieder besteht gemäss Artikel 2 des Reglements Einlassungspflicht: sie müssen die vollständigen Unterlagen zur Verfügung stellen und ihren Haftpflichtversicherer nennen. Manchmal ist es nötig, darauf mit Nachdruck hinzuweisen. Auch den Patienten obliegen Mitwirkungspflichten; sie stellen die ihnen zugänglichen Dokumente zur Verfügung und halten sich, auf eigene Kosten, für eine Untersuchung durch den Gutachter zur Verfügung.

Der von allen akzeptierte und beauftragte Gutachter führt die zur Abklärung des Sachverhalts notwendigen Massnahmen durch und lädt die Patientin für eine Untersuchung und Anhörung vor. Anschliessend gewährt er der Gegenpartei das rechtliche Gehör. Für die Ausfertigung des Gutachtens folgt er dem mehrseitigen «Antwortschema für aussergerichtliche FMH-Gutachten», welches für den Regelfall alle relevanten Punkte, insbesondere die Fehler- und Kausalitätsfrage, abdeckt. Konkrete Zusatzfragen müssen von den Parteien gemeinsam unterbreitet werden, weshalb – um zusätzliche Diskussionen zu vermeiden – nur selten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Heikel ist die Aufklärungsfrage, welche zwar als Rechtsfrage grundsätzlich nicht zum Kernbereich des ärztlichen Gutachters gehört, über die Frage nach der richtigen Untersuchung und Behandlung (Indikation) aber dennoch ins Medizinische hineinspielt. Wurde etwa eine fragwürdige Operationsindikation gestellt, so klärt der Gutachter, ob das

«Prinzip des sichersten Wegs» befolgt wurde, ob, mit anderen Worten, die notwendigen diagnostischen Abklärungen durchgeführt sowie alle konservativen therapeutischen Optionen erschöpft waren und die Chancen und Risiken eines invasiven Vorgehens sorgfältig gegeneinander abgewogen und mit dem Patienten besprochen wurden [15]. Das Gutachten müsste innerhalb von drei Monaten abgeliefert werden, eine Vorgabe, welche in der Praxis kaum einmal eingehalten werden kann. Liegt das Gutachten vor, so ist die Arbeit der Gutachterstelle abgeschlossen. Die Parteien sind reglementsgemäss in der Würdigung des Gutachtens frei und sie haben die Möglichkeit, nach Artikel 15 des Reglements einen begründeten Ergänzungsantrag zu stellen, vorausgesetzt, das Gutachten erweise sich als lückenhaft oder widersprüchlich. Erfahrungsgemäss bringen Ergänzungsgutachten selten einen Erkenntnisgewinn, weil der Gutachter eher seinen Standpunkt mit weiteren Argumenten und Literaturhinweisen zu «zementieren» sucht, als seine Überlegungen und Schlussfolgerungen unter Berücksichtigung der vorgetragenen Einwände nochmals kritisch zu hinterfragen. Gleichwohl liefern FMH-Gutachten in vielen Fällen eine brauchbare Grundlage, um den Schadenfall weiter zu behandeln [16]. Die «Fehleranerkennungsquote» hat in den letzten Jahren leicht zugenommen und liegt für den Zeitraum 1982 bis 2002 bei 30,8%. Sie ist nach den Feststellungen der Gutachterstelle entscheidend davon abhängig, wie gut das medizinische Beratungsnetz der Patientenanwälte und -berater ist. Im Jahre 2002 wurden insgesamt 133 Gutachten erstattet, wovon in 55 Fällen oder 41,4% ein Behandlungsfehler bejaht wurde [17]. Ansonsten liegen für die Schweiz meines Wissens keine breitabgestützten Statistiken vor; hier wie anderswo dürfte von einer nicht zu unterschätzenden Dunkelziffer auszugehen sein.

15 Ott WE. Voraussetzungen. S. 41.

16 Dazu mehr unter Teil III und IV «Beispiele aus der Praxis». Schweiz Ärztezeitung 2004;85(13):im Druck.

17 Kuhn H, Favre N. FMH-Gutachterstellen. Jahresbericht für die Berichtsperiode 2002. Schweiz Ärztezeitung 2003;84(22):1155-9.