

## BGE 141 III 363 und die neue Praxis zur ärztlichen Dokumentationspflicht

Replik zum Beitrag von Franz Werro/Alborz Tolou in HAVE 2015, 382 ff.

### I. Einleitung

Verdankenswerterweise haben FRANZ WERRO/ALBORZ TOLOU mit ihrem Beitrag in HAVE 2015, 382 ff. den neuen Bundesgerichtsentscheid 141 III 363 vom 19.8.2015 in den Fokus gerückt. Leider haben sie es versäumt, die Begründung des Bundesgerichts für diese Praxisänderung zu überprüfen und die Tragweite einer solchen Änderung für die vertragliche Beziehung zwischen Arzt und Patient im Rechtsalltag auszuleuchten. Die Bedeutung der ärztlichen Dokumentationspflicht mag zwar auf den ersten Blick bescheiden sein, weil deren Verletzung keine direkten Haftpflichtfolgen für den Arzt zeitigt. In Tat und Wahrheit ist sie aber nicht nur ein unverzichtbares Behandlungsinstrument, sondern auch das einzige Mittel zur Rekonstruktion dessen, was und wie der Arzt den Patienten überhaupt behandelt hat oder eben nicht. Soll an der bisherigen Dokumentationspflicht etwas geändert werden, ohne dass gleichzeitig die Patientensicherheit gefährdet wird, braucht es eine sehr überzeugende Begründung. Davon kann allerdings keine Rede sein.

### II. Bisherige Rechtsprechung

In Bezug auf die ärztliche Dokumentationspflicht dürfte sich das Publikum seit Jahren primär an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bundesgerichtsentscheid 4C.378/1999 orientiert haben, wonach die Krankengeschichte vollständig sein muss, keine Lücken aufweisen darf und so abgefasst sein muss, dass über die wirklichen Geschehnisse orientiert und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden.

Die Verletzung dieser Dokumentationspflicht stellt für sich allein noch keine Verletzung der ärztlichen Sorgfalt dar, und nur Letztere hat direkte haftpflichtrechtliche Konsequenzen für den Arzt, sofern es seinem Patienten überhaupt gelingt, den Nachweis einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen. Dazu muss der Patient allerdings zuerst wissen, was der Arzt während der Behandlung bei ihm festgestellt und wie dieser diagnostisch und therapeutisch darauf reagiert hat, wozu dem Patienten aber nur die Angaben in der Krankengeschichte zur Verfügung stehen. Die Krankengeschichte ist in der

Regel auch das einzige Beweismittel, mit dem die Begehung eines haftungsrelevanten Fehlers bewiesen oder widerlegt werden kann (vgl. BRUECKNER, *Arzthaftpflicht, Juristischer Ratgeber für Ärzte und Kliniken*, Vischer AG, 2011, 12). Die wenigsten Patienten dürften nämlich in der Lage sein, die Schnittführung ihres Chirurgen während der Operation gleich selbst zu überprüfen, und auch die werdenden Mütter haben während der Niederkunft andere Sorgen, als sich zu vergewissern, ob der Gynäkologe das Rektum nach dem Dammschnitt auch tatsächlich untersucht hat.

### III. «Präzisierung» der Rechtsprechung

Mit dem neuesten Entscheid 141 III 363 hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentationspflicht angeblich «präzisiert», in Tat und Wahrheit hat es sie vielmehr deutlich gemildert und damit das ohnehin schon fragile Gleichgewicht in der Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient ohne Not und ohne überzeugende Gründe noch weiter zulasten des Patienten verschoben. Neu braucht die Krankengeschichte nicht mehr vollständig zu sein, sondern muss lediglich Angaben enthalten, die aus medizinischer Sicht «notwendig» und «üblich» sind, was zu definieren selbstverständlich den Ärzten vorbehalten bleibt. Nach neuester Lesart braucht die Krankengeschichte auch keine Angaben zu Standardbehandlungen und Kontrolluntersuchungen mehr zu enthalten, sofern es «medizinisch üblich ist, bei Ausbleiben eines positiven Befundes keine Aufzeichnungen vorzunehmen» (vgl. E. 5.1 i.f.). Faktisch führt das Bundesgericht damit eine *Vermutung* ein, dass der Arzt alle jene Untersuchungen vorgenommen hat, die normalerweise vorzunehmen sind (vgl. WYSSMANN, *Anwaltsrevue* 2015, 417 i.f.).

### IV. Begründung der neuen Vermutung

#### a. Behandlungssicherheit

Zur Begründung dieser Vermutung stützt sich das Bundesgericht zum einen auf den Zweck der Dokumentation, der vorrangig in der Behandlungssicherheit und nicht in der Beweissicherung für künftige Arzthaftungsprozesse liegen soll, was im Grundsatz völlig unbestritten ist. Seltsamerweise wird der bisher im Zentrum stehende Zweck der Krankengeschichte, nämlich als *Mittel zur Rekonstruktion zuhanden des Sachverständigen* zu dienen, nun gar nicht mehr erwähnt (vgl. dazu HAFNER, *Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten*, Diss. Nr. 3216, Berlin 2007, 89 ff. mit Verweis auf ZR 44 Nr. 160 E. 4 und 5, BGE 113 II 429 ff., E. 2). Tatsächlich hat

sich der Zweck der Krankengeschichte im Laufe der Zeit stark gewandelt, indem die früher als persönliche Gedächtnisstütze gedachten Aufzeichnungen des Arztes heute zu einem unverzichtbaren Behandlungsinstrument geworden sind, insbesondere wenn es zu einer Übernahme der Behandlung durch einen andern Arzt oder zum Zusammenwirken mehrerer Ärzte kommt, was jederzeit der Fall sein kann (vgl. HAFNER, a.a.O., 82, 90 mit Verweis auf MÜLLER, der von einer Koordinations- und Kommunikationsfunktion spricht). Weshalb es dann aber zulässig sein soll, gerade auf die Dokumentation von Standardbehandlung und Kontrolluntersuchung zu verzichten, nur weil der Befund negativ geblieben ist, erschliesst sich dem Betrachter nur schwer. Die unvollständige Dokumentation der wirklichen Geschehnisse dürfte Missverständnisse eher fördern und damit die Behandlungssicherheit erst recht gefährden, zumal sich der nachbehandelnde Arzt nun nicht mehr sicher sein kann, ob der vorbehandelnde Arzt die Standard- und Kontrolluntersuchungen bereits durchgeführt hat oder eben gerade nicht. Im besten Fall wird eine Untersuchung doppelt durchgeführt, was die Krankenkassenprämien weiter in die Höhe treibt. Im schlechtesten Fall wird auf notwendige diagnostische und therapeutische Massnahmen irrtümlich verzichtet, sodass sich ein irreversibler Gesundheitsschaden vielleicht erst entwickeln kann.

#### b. Deutsche Judikatur

Zur Begründung dieser Vermutung stützt sich das Bundesgericht zum andern offenbar auf die schweizerische Lehre, die den Umfang der Dokumentationspflicht wegen fehlender schweizerischer Rechtsprechung ihrerseits aufgrund von deutschen Urteilen konkretisiert habe, wie das Bundesgericht gleich selbst einräumt (vgl. E. 5.1 mit Verweis auf LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, N 1066). Danach seien «gewöhnliche bzw. übliche Massnahmen» dort ebenso wenig wie medizinische Selbstverständlichkeiten» und «reine Routinemassnahmen» zu dokumentieren.

Bei genauerer Überprüfung dieser Begründung stellt sich allerdings heraus, dass der Verweis auf die deutschen Urteile gerade nicht verfehlt. Der deutsche Gesetzgeber hat die ärztliche Dokumentationspflicht im neuen Patientenrechtegesetz vom 26.2.2013 nämlich nicht gemildert, sondern Gegenteilig sogar klar verschärft. Die gegen das Gesetz Sturm laufende deutsche Ärzteschaft ging schon damals und zu Recht davon aus, dass die neue Regelung von der bisherigen Rechtsprechung abweiche und für die Ärzte zu einer Verschärfung der Rechtslage führe, weil nun *sämtliche* aus fachlicher

Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Massnahmen und deren Ergebnisse dokumentiert werden müssten (vgl. dazu die Gemeinsame Stellungnahme der Bundesärztekammer und der kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 9.3.2012 zum Entwurf des Patientenrechtegesetzes, 28, Ziff. 1 und 2 zu § 630 Abs. 2 BGB-E). Mit dieser Ausweitung der Dokumentationspflicht gebe es auch *keine Ausnahmen für Routineuntersuchungen oder für Massnahmen* mehr, die im Rahmen des Qualitätsmanagements ohnehin dokumentiert werden müssten.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich offensichtlich über diese Kritik hinweggesetzt. Neu muss in Deutschland jede wesentliche Behandlung, *auch die Standardbehandlung oder die Routineuntersuchung* dokumentiert werden. Falls sie es nicht wird, besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass der Arzt sie auch nicht durchgeführt hat (vgl. § 630h Abs. 3 BGB). Somit dürfte den von LANDOLT/HERZOG-ZWITTER erwähnten Urteilen nur noch sehr beschränkte Bedeutung zukommen, weil sie allesamt aus der Zeit vor dem neuen Gesetz stammen (vgl. die dort erwähnten FN 2012: OLG Köln vom 4.8.1999, FN 2013: OLG Köln vom 25.2.1998; FN 2014: OLG Naumburg vom 15.11.2011 u.w.m.). Gleichzeitig bricht auch die Basis für die neue bundesgerichtliche Vermutung weg, weil der deutsche Gesetzgeber die Patientenrechte gar nicht geschwächt, sondern vielmehr gestärkt und nach dem groben Behandlungsfehler noch *einen weiteren gesetzlichen Anwendungsfall einer Beweislastumkehr* im Arzthaftungsrecht zugunsten der Patienten eingeführt hat. Er hat damit nicht nur dem massiven Wissensgefälle zwischen Arzt und Patienten angemessen Rechnung getragen, sondern auch den ausgesprochen schwierigen Beweiserfordernissen des Patienten im Rahmen des Arzthaftungsprozesses den notwendigen Tribut gezollt.

#### V. Schweizerische Rechtsprechung/Ausblick

Davon sind wir in der Schweiz freilich weit entfernt. Zwar haben auch unsere unteren Gerichte und zumindest ein Teil der Lehre längstens erkannt, dass der Patient vom Arzt zuerst mit vollständigen Informationen bedient werden muss, um überhaupt in die Lage versetzt zu werden, eine allfällige Schlechterfüllung des ärztlichen Behandlungsvertrages zu erkennen und später dem Gericht auch dazunehmen zu können (vgl. z.B. das Urteil des BezGer Zürich vom 22.8.1985 als VI zum Entscheid BGE 113 II 429 ff.). Der offensichtlichen Notwendigkeit dieses Ausgleichs der Interessenlagen schenkt unser höchstes Gericht allerdings nach wie vor wenig Beachtung.

Es hält vielmehr dafür, dass sich vertragsrechtlich keine speziell für den Behandlungsauftrag des Arztes geltende Beweissicherungspflicht gleichsam einer Nebenpflicht begründen lässt, die über die zur Behandlung erforderlichen Aufzeichnungen hinausgehen würde (vgl. E. 5.2, 2. Absatz, i.f.). Dabei hätte es diesen «Sonderzug» für die Rechtsbeziehung Arzt-Patient gar nicht einmal gebraucht. Es würde bereits genügen, wenn das Bundesgericht auch von den Ärzten wie von allen anderen Beauftragten die Erfüllung der in Art. 400 Abs. 1 OR statuierten und üblichen Rechenschaftsablage-, Treue- und Sorgfaltspflichten konsequent verlangt (vgl. dazu BK-FELLMANN, 1992, Art. 400 N 27; aber auch N 453 zu Art. 398, worin der Autor bei der Verletzung der Pflicht zur lückenlosen Aufklärung sogar eine Umkehr der Beweislast postuliert). Denn keiner andern Berufsgruppe werden – soweit ersichtlich – derartig weitgehende Privilegien eingeräumt. Stattdessen erschwert das Bundesgericht nun die ohnehin schon schwierige Beweislage für den Patienten noch zusätzlich, sodass dieser die ihm auferlegte Beweislast kaum noch zu erfüllen vermag. Diese nicht nachvollziehbare Entwicklung wird einzig die wenigen Ärzte freuen, die sich schon bisher um die Dokumentationspflicht foutiert haben, weil sie diese als entbehrlichen Verwaltungsaufwand empfinden, der sich darüber hinaus nicht einmal adäquat in Silberlinge ummünzen lässt. Weniger freuen wird es die Patienten und alle übrigen, sorgfältig und verantwortungsvoll arbeitenden Ärzte, zumal die Behandlungssicherheit mit diesem neuesten Entscheid kaum steigen wird.

Ähnlich wie in der Luftfahrt hat sich auch bei der Ärzteschaft in den letzten Jahren erfreulicherweise ein neuer Umgang mit Fehlern durchgesetzt. Inzwischen ist nämlich die Erkenntnis gereift, dass von einer offenen und transparenten Fehlerkultur Ärzte wie Patienten gleichermaßen profitieren, weil nur damit die Patientensicherheit auf lange Sicht erhöht wird. Es bleibt zu hoffen, dass auch die Justiz in naher Zukunft Gefallen an dieser Idee finden wird.

*Stephan Kinzl, Bern*

## Literatur im Überblick

### Bücher

Fellmann Walter: **Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band III: Haftung nach den Gefährdungshaftungen des JSG, HFG, USG, GTG, EleG, RLG, SprstG, StAG und KHG 2008**. Stämpfli Verlag AG, Bern 2015, 500 Seiten, CHF 95.00, ISBN 978-3-7272-8696-4.

Band III des Schweizerischen Haftpflichtrechts behandelt die Gefährdungshaftung des Jagdgesetzes (JSG), des Humanforschungsgesetzes (HFG), des Umweltschutzgesetzes (USG), des Gentechnikgesetzes (GTG), des Elektrizitätsgesetzes (EleG), des Rohrleitungsgesetzes (RLG), des Sprengstoffgesetzes (SprstG), des Stauanlagengesetzes (StAG) und des Kernenergiehaftpflichtgesetzes (KHG 2008). Der Band stellt die Gefährdungshaftungen dar, die in Band II des «Schweizerischen Haftpflichtrechts» noch nicht behandelt wurden, und schliesst damit die Darstellung des privatrechtlichen Haftpflichtrechts in Form eines Lehrbuchs ab. Bei der Besprechung der Haftung nach dem JSG, HFG, StAG und KHG 2008 handelt es sich um die erste umfassendere Besprechung dieser Haftungstatbestände. Mit der Behandlung der Haftungstatbestände des EleG, des RLG und des SprstG soll der Darstellung von Karl Oftinger und Emil W. Stark aus dem Jahr 1991 (Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/3, 4. Aufl.) eine aktualisierte Besprechung zur Seite gestellt werden. Die Erörterung der privatrechtlichen Haftungstatbestände des USG und des GTG konzentriert sich auf die Aufarbeitung der haftpflichtrechtlichen Teile dieser Erlasse in der Art eines Lehrbuchs und ergänzt die bereits vorhandenen allgemeinen Besprechungen dieser Gesetze. Band III basiert auf der Einführung in die Gefährdungshaftungen im «Schweizerischen Haftpflichtrecht Band II» aus dem Jahr 2013 sowie auf der Besprechung des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die 2012 im «Schweizerischen Haftpflichtrecht Band I» erschienen ist.

Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.): **Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmen**. Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2015, 2600 Seiten, CHF 448.00, ISBN 978-3-03751-685-0.

Das schweizerische Haftpflichtrecht ist kein einheitliches Rechtsgebiet. Ein Grossteil der Haftungsgrundlagen lässt sich nicht in den grundlegenden Kodifikationen des Zivilrechts (ZGB und OR) auffinden, sondern in zahlreichen Spezialgesetzen, vermehrt auch im öffentlichen Recht. Im Haftpflicht-