

# Die Sorgfaltspflichten des Orthopäden in der Arzthaftung

*Dr. iur. Iris Herzog-Zwitter*

*SIM Bildungsbeauftragte Deutschschweiz, Steinhausen*

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin der asim, Basel*

## I. Einleitung

Das Arzt-Patientenverhältnis ist ein hochsensibles Konstrukt an der Schnittstelle von Medizin und Recht. Der Arzt ist gemäss herrschender Rechtsprechung verpflichtet, vor Durchführung einer medizinischen Massnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, die Einwilligung des Patienten einzuholen.

Die Brennpunkte zwischen Arzt-Patientenverhältnis sind der Anspruch des Patienten auf eine dem jeweiligen aktuellen Stand der Wissenschaft durchgeführte lege artis Behandlung, die ordnungsgemässe Aufklärung über den medizinischen Eingriff durch den Arzt und die vollständige Dokumentation des Behandlungsablaufes.

Im Jahresbericht 2016 der aussergerichtlichen FMH-Gutachterstelle wurden Ergebnisse zu FMH-Gutachten nach Fachgebieten publiziert. Gemäss dieser wurden im Jahr insgesamt in der ganzen Schweiz 54 Gutachten durch die FMH-Gutachterstelle erstellt. Im Fachbereich Orthopädische Chirurgie wurden 20 Gutachten im Jahr 2016 verfasst. In 8 Gutachten wurden Fehler bejaht und in 12 Gutachten wurden Fehler verneint. Zusätzlich werden regelmässig in Haftpflichtfällen Privatgutachten in Auftrag gegeben.

## A. Haftungsarten

Nach ständiger Rechtsprechung gilt das Auftragsrecht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR für den privaten Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient. Der freipraktizierende Arzt und das private Behandlungsverhältnis im Privatspital unterliegen dem Auftragsrecht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.

Die Haftung des Arztes der im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnisses tätig wird oder die Haftung des öffentlich-rechtlich organisierten Spitals richtet sich nach öffentlichem Recht bzw. nach den Bestimmungen des kantonalen Haftungsgesetzes.

Wenn das Spital als ausschliesslicher Vertragspartner gegenüber dem Patienten auftritt in dem Sinne als sowohl die Pflege als auch die medizinische Betreuung in sein Verantwortungsgebiet fällt, dann spricht man von einem einheitlichen Spital- bzw. Spitalaufnahmevertrag. Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag ist das Spital für die Pflege und Unterbringung verantwortlich und der Belegarzt betreut den Patienten als freipraktizierender Arzt.

## B. Haftungsvoraussetzungen und Beweisthematik

Sämtliche haftungsbegründenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um einen Haftpflichtanspruch geltend machen zu können:

- Schaden
- Sorgfaltspflichtverletzung nach objektiven Kriterien im vertraglichen Verhältnis
- Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Verhältnis
- Kausalität und Verschulden

Die Sorgfaltspflichtverletzung und die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität sind vom Patienten zu beweisen.

Bei der vertraglichen Haftung wird das Verschulden des Arztes gemäss Art. 398 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OR vermutet und der Arzt muss sich freibeweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Beispiel: Der Arzt hat in casu eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung zu vertreten. Bei der vertraglichen Haftung wird das Verschulden des Arztes vermutet. Dem Arzt obliegt es darzulegen, dass er kein Verschulden zu vertreten hat. Der Arzt kann somit die Haftung abwenden, wenn er den Beweis erbringt, dass er den Eintritt des Schadens nicht verschuldet hat.

Bei der ausservertraglichen Haftung hat der Patient ebenso wie die anderen Haftungsvoraussetzungen das Verschulden zu beweisen.

Die Beweislast liegt sowohl für die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung als auch für das Verschulden des Arztes beim Patienten.

## II. Ärztliche Sorgfaltspflichten

### A. Die Parameter zur Sorgfaltspflicht

Der Arzt hat mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg abzielen, das heisst jedoch nicht, dass er diesen gar garantieren könne. Massgebend bei der Definition der ärztlichen Sorgfaltspflicht ist der konkrete Einzelfall *«namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit»*.

Der Arzt haftet für jede Pflichtverletzung, aber der gefahreneigneten Tätigkeit des Arztes ist im Einzelfall Rechnung zu tragen. Grundlage für die Beurteilung ob eine Pflichtverletzung gegeben ist, ist der objektive Wissensstand zum Zeitpunkt der Behandlung. Das Bundesgericht definiert die Anforderungen an den Arzt wie folgt: *«Dem Arzt ist sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat. Eine Pflichtverletzung ist daher nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht. Dies entspricht denn seit langem bereits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Arzt für eine unrichtige Beurteilung nur einzustehen hat, wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht, ihm aber objektive Fehlgriffe nicht als Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sind, welche bei einem so vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Beruf in gewissem Umfang als unvermeidbar erscheinen»*.

## III. Ärztliche Aufklärungspflicht

### A. Die Parameter zur Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflichten des Arztes wurden in den letzten 20 Jahren zunehmend durch die Rechtsprechung konkretisiert und auch verschärft. Dementsprechend ist der Praxisalltag von Unsicherheiten zur rechtlichen Frage der Aufklärungspflicht des Arztes geprägt. Ein Grundparameter

im Arzthaftungsrecht ist, die Grundaufklärung mit umfassender Dokumentation durchzuführen.

Ein Arzt, der ohne Zustimmung des Patienten eine medizinische Behandlung durchführt, handelt widerrechtlich und haftet für den eingetretenen kausalen Schaden grundsätzlich auch dann, wenn er dabei nach den Regeln der Kunst vorgegangen ist. Durch die sogenannte «Körperverletzungsdoktrin» ist ein medizinischer Eingriff nur dann rechtmässig, wenn eine Einwilligung des Patienten nach einer ausreichenden Aufklärung zum Eingriff bzw. zur medizinischen Behandlung abgegeben wurde.

Die Aufklärungspflicht des Arztes ist eine allgemeine Berufspflicht des Arztes, unabhängig in welchem Rechtsverhältnis sich der Arzt befindet, sei es im privatrechtlichen oder im öffentlichrechtlichen Verhältnis. Unterschieden wird zwischen Eingriffsaufklärung, Sicherungsaufklärung (= therapeutische Aufklärung) und die wirtschaftliche Aufklärung. Die Unterscheidung zwischen den einzelnen Aufklärungsarten in Eingriffsaufklärung und Sicherungsaufklärung ist für den Arzt auf Grund der unterschiedlichen Beweislastverteilungen grundlegend.

Die Rechtsprechung determiniert die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht. Der Arzt hat die Aufklärung so durchzuführen, «dass der Patient als Aufklärungsadressat die für seine Entscheidungen massgebenden Kriterien erfährt, die ihn in die Lage versetzen, die Tragweite seiner Zustimmung zum Eingriff zu überblicken». Der Patient soll nach dem Aufklärungsgespräch in der Lage sein, nachvollziehen zu können, welcher medizinische Eingriff vorgenommen wird, welche Behandlungsalternativen zur Auswahl stehen und mit welchen Risiken der Eingriff behaftet ist.

Nicht aufzuklären hat der Arzt den Patienten über die Einzelheiten und die Gefahren einer Operation, wenn davon auszugehen ist, dass aufgrund früherer ähnlicher oder gleicher Operationen die einschlägigen Risiken bereits bekannt sein müssen. Die Aufklärung hat zeitgerecht zu erfolgen, sodass der Patient seine Entscheidung in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes prüfen kann. Die Rechtzeitigkeit des Aufklärungsgesprächs ist immer wieder Gegenstand richterlicher Erwägungen insbesondere in der deutschen Rechtsprechung. Demnach genügt die Aufklärung am Tag des Eingriffs bei normalen ambulanten und diagnostischen Eingriffen. Eine Aufklärung am Vorabend der Operation reicht dann nicht aus, wenn die Operation risikobehaftet ist und es sich nicht um einen einfachen Eingriff handelt. Die Ausführungen der deutschen Rechtsprechung können per analogiam für die Beurteilung des Einzelfalles herangezogen werden.

## B. Eingriffsaufklärung

Bei der Eingriffsaufklärung unterscheidet man zwischen Diagnoseaufklärung, Verlaufsaufklärung und Risikoaufklärung.

Der Arzt hat den Patienten über die Diagnose aufzuklären, dem Patienten den Verlauf bzw. wie der weitere Verlauf der Behandlung sein wird, aufzuzeigen und mittels der Risikoaufklärung dem Patienten die Risiken des Eingriffs verständlich zu erklären.

Die Eingriffsaufklärung hat den Zweck die Risiken des Eingriffs darzulegen, damit der Patient im Sinne seines Selbstbestimmungsrechtes seine Rechte wahrnehmen kann. Damit liegt die Rechtfertigung des Eingriffs vor, damit dieser durchgeführt werden kann. *«Massstab des Ausmasses der Aufklärung sind auf der einen Seite die vom Arzt gestellte Diagnose und die nach den medizinischen Kenntnissen des damaligen Zeitpunktes mit dem Eingriff verbundenen Risiken».*

Die Aufklärung ist umso ausführlicher durchzuführen, je grösser das Risiko von schwerwiegenden Folgen beim medizinischen Eingriff ist. Der Arzt hat nicht aufzuklären über Komplikationen, die allgemein bekannt sind, wie zum Beispiel über Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien. Auch nicht aufzuklären ist über jene Risiken, die dem Patienten bereits von vorhergehenden Operationen bekannt gewesen sind.

Bei Verletzung der Eingriffsaufklärung hat der Arzt sich freizubeweisen, dass er die Eingriffsaufklärung ordnungsgemäss durchgeführt hat.

Je ausführlicher ein Aufklärungsgespräch geführt wurde und dieses und der Behandlungsverlauf dokumentiert wurde, umso besser ist ein Arzt in einem Haftpflichtverfahren geschützt.
--

### c. Sicherungsaufklärung (= therapeutische Aufklärung)

Bei der Sicherungsaufklärung hat der Arzt jene Informationen dem Patienten mitzuteilen, die zur Sicherstellung des Heilerfolges erforderlich sind. Die Sicherungsaufklärung dient zum Heilerfolg und zum therapiegerechten Verhalten des Patienten. Eine Verletzung der Sicherungsaufklärung gilt als Behandlungsfehler. Die Beweislast trägt der Patient.

### D. Wirtschaftliche Aufklärung

Der Arzt ist verpflichtet den Patienten über finanzielle Folgen des medizinischen Eingriffs mit Bezug auch auf den versicherungsrechtlichen Aspekt des bevorstehenden Eingriffs aufzuklären. Der Arzt trägt die Beweislast, dass er die wirtschaftliche Aufklärung durchgeführt hat. Die finanziellen Folgen hat er – sofern die Haftung bejaht wird - demzufolge zu tragen.

### E. Hypothetische Einwilligung

Bei der hypothetischen Einwilligung trifft den Arzt die Beweislast, dass der Patient auch wenn er ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre, in die Behandlung eingewilligt hätte. Der Patient kann anschliessend dartun, warum er bei ordnungsgemässer Aufklärung dieser Behandlung nicht zugestimmt hätte.

### F. Behandlung in Notfallsituationen

Der Arzt darf grundsätzlich einen medizinischen Eingriff nur vornehmen, wenn der Patient seine Zustimmung vorgängig zum medizinischen Eingriff erteilt hat. Wenn der Arzt den Beweis nicht erbringen kann, er habe rechtsgenügend aufgeklärt, dann ist der Eingriff widerrechtlich, auch wenn sich trotz einer lege artis durchgeführten Behandlung Operationsrisiken verwirklicht haben. Bei Notfällen ist bei der Bemessung der Anforderungen zum medizinischen Eingriff der zeitlichen Dringlichkeit Rechnung zu tragen. In dringlichen Fällen ist auf den mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person abzustellen.

## IV. Dokumentationspflicht des Arztes

Das Bundesgericht präziserte im Leading Case BGE 141 III 363 vom 19. August 2015 den Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht. *«Ärzte müssen die Behandlung von Patienten nur so weit dokumentieren, wie dies aus medizinischer Sicht notwendig und üblich ist. Besteht aus medizinischen Gründen keine Pflicht zur Dokumentation, darf ihr Fehlen im Haftpflichtprozess gegen den Arzt nicht als Nachweis dafür gelten, dass er die fragliche Behandlung unterlassen hat».*

Es gilt hinzuweisen, je besser die Dokumentation ist, umso besser kann sich der Arzt in einem Haftpflichtfall freibeweisen. In medizinischen Praxisalltag gilt es - trotz dieses Urteils - dass man die medizinische Behandlung sorgfältig und ausführlich zu dokumentieren hat. Letztendlich ist das ausführlich geführte und dokumentierte Aufklärungsgespräch ein Schutzinstrument zugunsten des Arztes. Die Dokumentation des Behandlungsverlaufs inklusive der Aufklärungsgespräche und der Nachbetreuung dient in einem potentiellen Haftpflichtfall dem Arzt als Beweissicherungsmittel.

## V. Ein tragischer Fall aus dem Strafrecht aus dem Fachbereich der Orthopädie

Das nachfolgende strafrechtliche Urteil BGE 6B\_1031/2016 vom 23. März 2017 zeigt exemplarisch auf, wie ein Facharzt der orthopädischen Chirurgie in ein Strafverfahren involviert war, welches 14 Jahre gedauert hatte.

Der operative Eingriff wegen therapieresistenten Rücken- und Beinschmerzen, ausgelöst durch ein Wirbelgleiten zwischen den Lendenwirbeln L3 und L4 mit Nervenwurzeinklemmung, erfolgte im Jahr 2003. Die Operation wurde unter unterstützender, intermittierender Kontrolle durch einen Röntgenbildverstärker/Bildwandler zur seitlichen Durchleuchtung der Lendenwirbelsäule, dessen Funktion aber nicht einwandfrei war, durchgeführt. Der Orthopäde hatte nicht bemerkt, dass das auf dem Monitor angezeigte Röntgenbild nicht dem tatsächlichen Bohrvorgang entsprochen hatte und bohrte mit dem Kirschnerdraht über den Wirbelkörper hinaus. Nachdem er die Fehlfunktion des Monitors erkannt hatte, drehte er den Draht zwei Mal zurück und informierte den Anästhesisten über das Risiko einer retroperitonealen Blutung infolge einer möglichen Perforation des Wirbelkörpers mit dem Kirschnerdraht. Bei diesem Eingriff war die Hohlvene auf einer Länge von 6-8 cm zerfetzt worden. Die Patientin verstarb durch inneres Verbluten.

Das Obergericht Bern sprach den Facharzt für Orthopädie im Jahre 2016 der fahrlässigen Tötung schuldig. Von der Bestrafung wurde wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes abgesehen. Der Facharzt gelangte an das Bundesgericht, mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und er sei freizusprechen.

Das Bundesgericht war mit diesem Fall drei Mal befasst. Der Facharzt brachte unter anderem vor, es sei nicht hinreichend nachgewiesen, dass er den Röntgenbildverstärker falsch bedient habe. Denn das Gerät sei von den Strafverfolgungsbehörden nie auf seine Funktionstüchtigkeit kontrolliert worden. Man habe sich seitens der Vorinstanz derart auf die Fehlmanipulation fokussiert, dass ein mögliches technisches Versagen des Gerätes ohne Begründung ausgeschlossen worden sei.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, die vorinstanzlichen Schlussfolgerungen der Fehlbedienung des Gerätes seien nicht zu beanstanden.

Zur Diskussion stand, ob die Unachtsamkeit, welche zur Verletzung der Hohlvene durch den Kirschnerdraht geführt habe, ein Operationsrisiko gewesen sei oder eine Sorgfaltspflichtverletzung darstelle. Die Vorinstanz ging davon aus, der Facharzt habe seine Sorgfaltspflichten verletzt, indem er nicht ausreichend mit der Funktionsweise des Röntgenbildverstärkers vertraut gewesen sei und diesen in der entscheidenden Operationsphase falsch bedient habe. Auch die Diskrepanz zwischen dem angezeigten Standbild und der tatsächlichen Bohrtiefe sei durch ihn nicht erkannt worden. *«Denn das generelle Risiko, dass eine Operation misslingt, umfasst nicht auch Fehler in der Bedienung der zur Beherrschung der Gefahr notwendigen technischen Mittel. Eine derartige ausserhalb des erlaubten Risikos liegende, fehlerhafte visuelle Überwachung der Operationsfortschritte durch Fehlmanipulation des Röntgengeräts hat die Vorinstanz zu Recht angenommen. Dies gilt auch für das zu späte Erkennen des technischen Versagens des Röntgenbildgeräts. Die Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung verletzt daher kein Bundesrecht».* Bestätigt wurde zudem *«auch wenn der Arzt grundsätzlich auf die Funktionstüchtigkeit der vom Spital für eine Operation zur Verfügung gestellten technischen Gerätschaften vertrauen darf (.....), muss er sich mit deren Funktionsweise und Handhabung selber auskennen und darf sich nicht blindlings darauf verlassen, wenn sonstige Umstände einen offensichtlichen Anlass zum Einschreiten geben».*

Angesichts der Bedeutung der Überwachung durch das Röntgengerät in der heiklen Phase der Operation hätte der Facharzt daher besonders vorsichtig vorgehen und die Bilder genau analysieren müssen. Dass er fortwährend weiter gebohrt hatte, ohne gewahr zu werden, dass der Kirschnerdraht auf dem Bild stets dieselbe Bohrtiefe angezeigt hatte, muss als Sorgfaltspflichtverletzung gewertet werden, zumal für ein rechtzeitiges Erkennen, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, ausreichend Zeit bestanden hätte. Dies gilt hier umso mehr, als es sich beim Beschwerdeführer um einen ausgewiesenen Spezialisten mit langjähriger Erfahrung handelt, der unzählige Wirbelsäulenoperationen vorgenommen hatte. Als solcher hätte er früher bemerken müssen, dass der Bildverstärker nicht die aktuelle Lage des Kirschnerdrahtes anzeigte.

Die Parameter zur Beurteilung des Masses der ärztlichen Sorgfalt wurden im vorliegenden Strafurteil durch das Bundesgericht zitiert. *«Das Handeln ist vielmehr sorgfaltswidrig, wo es den Rahmen des erlaubten Risikos verlässt. Wo die Grenze zum unerlaubten Risiko verläuft, entscheidet sich nach den konkreten Umständen. Als Richtschnur im Bereich der ärztlichen Krankenbehandlung gelten die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst. Massstab ist danach die Sorgfalt, die allgemein von einem*

*gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus Sicht seines Fachbereichs in der konkreten Situation erwartet werden darf». Ausgangspunkt für die allgemeine ärztliche Pflicht bildet, dass «die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben ist, alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte».*

Im vorliegenden Urteil korrigierte das Bundesgericht die Vorinstanz, die nicht von einer besonders schweren Betroffenheit des Orthopäden ausgegangen war, da er - so die Vorinstanz - weder Untersuchungs- oder Sicherheitshaft auszustehen hatte, noch sei ihm ein vorsätzliches Verhalten vorgeworfen worden. So das Bundesgericht, dass *«sie (die Vorinstanz) einen derartigen Vorwurf als gewissermassen zum Berufsrisiko gehörend abtut und annimmt, der Vorfall dürfte im medizinischen Umfeld des Beschwerdeführers entsprechend nüchtern betrachtet worden sein, weil sich so mancher Arzt während seiner beruflichen Laufbahn dem Vorwurf eines fahrlässigen Behandlungsfehlers ausgesetzt sehen werde, erscheint als abwegig»*. Nicht nachvollziehbar seien für das Bundesgericht die Ausführungen der Vorinstanz - *«dass derartige Vorwürfe sozusagen als Begleiterscheinung zum Berufsalltag eines Chirurgen gehören und daher von diesen nicht weiter ernst genommen werden sollen»*. Das Bundesgericht kam auf Grund der besonderen Situation zum Schluss, als einzig angemessene Sanktion komme in casu nur die Einstellung des Verfahrens – 14 Jahre nach der Operation – in Frage.

## VI. Zusammenfassung

Die juristischen Anforderungen an die Mediziner erfahren durch die Rechtsprechung zunehmend in den letzten 20 Jahren Präzisierungen. Das strafrechtliche Urteil vom 23. März 2017 zeigt einmal mehr die dramatische Entwicklung eines Einzelfalles auf.

Im Haftpflichtrecht wird der Arzt durch seinen Berufshaftpflichtversicherer gegenüber dem Patienten, der Schadenersatzansprüche stellt, rechtlich vertreten. Wenn der Patient einen Patientenvertreter mandatiert hat, dann werden die Verhandlungen zwischen Berufshaftpflichtversicherer und Patientenanwalt geführt. Die Zusammenarbeit des Arztes mit seinem Berufshaftpflichtversicherer in einem Haftpflichtverfahren ist ein essentieller Punkt für den Ausgang des Verfahrens. Im Zivilrecht endet das Verfahren oftmals mit einem aussergerichtlichen Vergleich. Erzielen der Patient bzw. sein Anwalt und die Berufshaftpflichtversicherung keine aussergerichtliche Einigung, dann wird der prozessuale Weg beschritten.

Wie kann man sich aus juristischer Sicht am besten absichern?

Das Arzt-Patientenverhältnis spielt im konkreten Fall oftmals eine sehr wichtige Rolle. Lag während des Behandlungsablaufs ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient vor. Fühlte sich der Patient vom behandelnden Arzt verstanden und hat man eine gemeinsame Sprache gefunden. Hat der Arzt mit dem Patienten vor, während und nach dem medizinischen Eingriff Gespräche im Sinne der Eingriffsaufklärung, wirtschaftlichen Aufklärung und Sicherungsaufklärung geführt. Diese Aspekte sind in einem potentiellen Haftpflichtfall nicht zu unterschätzen.

Das Bundesgericht zeigt mittels seiner Präzisierungen Parameter für den medizinischen Alltag auf. Die Durchführung einer Grundaufklärung und die Dokumentation dieser und die Dokumentation des gesamten Behandlungsablaufs führen zu einer Absicherung aus juristischer Sicht im Falle eines potentiellen Haftpflichtfalles.

## Kasuistik aus dem Fachbereich der Orthopädie

**BGE [133 III 121](#) = Pra (2007) Nr. 105 – Leading Case aus dem Haftpflichtrecht (BGE 4C.366/2006 vom 09.02.2007)**

X litt Ende 1993 an beiden Hüften an einer aseptischen Nekrose. Die erste Operation, die von Dr. A. durchgeführt wurde, ergab kein zufriedenstellendes Resultat. Der gleiche Arzt setzte am 14.07.1994

eine Vollprothese in der linken Hüfte ein. Diese Operation führte zu einer wesentlichen Verbesserung des Gesundheitszustandes der Patientin.

Im April 1996 hatte die Klägerin starke Schmerzen in der rechten Hüfte. Sie nahm Kontakt mit Dr. A. auf, der sie an den Orthopäden Dr. Y (Beklagte) verwies, weil er den Eingriff aus gesundheitlichen Gründen nicht durchführen konnte. Am 03.06.1996 setzte dieser Arzt, assistiert von zwei anderen Ärzten, unter anderem Dr. A., eine Vollprothese in die rechte Hüfte ein. Während dieser Operation wurde der rechte Unterschenkelnerve der Klägerin verletzt. Seither leidet sie unter einer Schwäche des rechten Unterschenkels, weshalb sie zum Gehen Krücken braucht. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab und wurde durch die nachfolgende Instanz bestätigt. Die Klägerin legte Berufung vor Bundesgericht ein. Sie beantragte, der Beklagte habe ihr die Beträge von CHF 261 450.--, CHF 163 390.60, CHF 50 000.- und CHF 19 963.- zuzüglich Zins zuzusprechen bzw. den Totalbetrag von CHF 595 582.50.-

Die Vorinstanz ging basierend auf dem gerichtlichen Gutachten davon aus, dass die Unterschenkelnervenverletzung ein ausserordentliches Risiko darstelle, dass jedoch der Hüftprothesenchirurgie innewohne. Eine solche Verletzung könne es selbst dann geben, wenn alle Vorsichtsmassnahmen ergriffen würden, um eine korrekte Platzierung und Stabilisierung der Wundhaken zu garantieren. In casu gab es keinen Anhaltspunkt, dass der Beklagte bei der streitigen Operation beim Hantieren mit diesen chirurgischen Instrumenten einen Fehler zu vertreten habe. Bei einer solchen Beweiswürdigung sei das Bundesgericht als Berufungsinstanz daran gebunden.

Die Klägerin machte zusätzlich eine Aufklärungspflichtverletzung geltend. Die Vorinstanz hielt fest, dass im Juni 1996, zum Zeitpunkt des Eingriffs, die im Arztberuf anerkannten und geltenden Regeln nicht vorschrieben, den Patienten vor dem Einsetzen einer Vollprothese für das Hüftgelenk auf das Vorhandensein eines Risikos für den Unterschenkelnerve aufzuklären, weil dieses Risiko eher eine Ausnahme darstelle. Es sei zum Zeitpunkt des medizinischen Eingriffs für die Mitglieder der Schweizerischen Gesellschaft für Orthopädie damals nicht üblich gewesen, über die Risiken zu informieren, die mit einer Wahrscheinlichkeit unter 1 % auftreten konnten, was im vorliegenden Fall zutraf.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass aufgrund des Beweisverfahrens nicht festgestellt werden konnte, ob im vorliegenden Fall die Information insbesondere über das neurologische Risiko auch wirklich erfolgt sei. Gemäss Vorinstanz sei dem Beklagten der Beweis nicht gelungen, darzulegen, dass er die Patientin ausreichend aufgeklärt habe. Aber es sei davon auszugehen, dass die Beklagte der streitigen Operation auf jeden Fall zugestimmt hätte. Folgende Gründe würden dafür sprechen: der Beklagte habe auf die Patientin keinerlei Druck ausgeübt, die Operation durchzuführen; er habe sogar auf Grund des depressiven Zustandes der Klägerin ihr vorgeschlagen auf die Operation zu verzichten. Die Klägerin habe zweieinhalb Jahre zuvor eine gleiche Operation an der linken Hüfte erfolgreich überstanden, dadurch habe sie eine viel höhere Beweglichkeit erreicht. Denn die erste Operation war massgebend für den Entscheid die zweite Operation durchzuführen. Schliesslich habe die Klägerin gewusst, dass zu einem operativen Eingriff nur die Medikamenteneinnahme eine Alternative gewesen sei, verknüpft mit hohen Risiken für die Gesundheit der Klägerin und die Tatsache, dass die Verschlimmerung der Krankheit nicht verhindert werden konnte. Basierend auf den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ging das Bundesgericht davon aus, dass von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin im vorliegenden Fall auszugehen war und somit keine Haftung vorgelegen sei.

#### **BGE 4A 98/2010 vom 21.04.2010**

A. (Beschwerdeführerin) stürzte am 06.04.2001 auf einem Parkplatz und erlitt eine laterale Schenkelhalsfraktur. Sie wurde ins Spital K. eingewiesen, wo notfallmässig eine Gammanagel-Osteosynthese an der rechten Hüfte durchgeführt wurde. Postoperativ wurde die Patientin mit relativer Vollbelastung am Böckli mobilisiert. In der Folge traten Schmerzen auf und es wurde eine Wanderung der Schraube im Femurkopf festgestellt.

Auf Grund von Schmerzen und der Feststellung der Wanderung der Schraube im Femurkopf wurde die Beschwerdeführerin in ein anderes Spital verlegt, wo eine Re-Operation mit Metallentfernung und Ersatz des gesamten rechten Hüftgelenks durch eine Totalprothese erfolgte. Unmittelbar nach der Operation fiel eine Fussheberschwäche rechts auf, die als Teilparese des Ischiadicus oder lokale

Schädigung des Nervus peroneus bezeichnet wurde. Später wurde der Beschwerdeführerin eine Heidelbergschiene rechts angelegt und sie lernte am Böckli gehen. Am 02.11.2002 hatte die Patientin einen Unfall. Es wurde zuerst eine Beckenkontusion und später eine beidseitige Beckenfraktur diagnostiziert.

Die Beschwerdeführerin erhob am 22.10.2003 beim Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn Klage gegen den Kanton Solothurn. Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, um ihrem Alter und Vorzustand (Osteoporose, Multiple Sklerose) gerecht zu werden, hätte anstelle der am 06.04.2001 vorgenommenen Osteosynthese ein künstliches Hüftgelenk eingesetzt werden müssen.

Der Vorinstanz lagen drei Gutachten zur Frage vor, ob eine fehlerhafte Behandlung der Beschwerdeführerin stattgefunden hatte, die eine Re-Operation notwendig machte. Die Vorinstanz würdigte die drei Gutachten eingehend und folgte im Wesentlichen den beiden letztgenannten, insbesondere, weil sie diese im Gegensatz zu demjenigen von Prof. C. als vollständig, nachvollziehbar und schlüssig betrachtete.

Das Bundesgericht bestätigte, die Vorinstanz habe die Klage zu Recht abgewiesen.

### **BGE 4A 521/2011 vom 05.03.2012**

Die 1952 geborene, an einer angeborenen Hüftgelenkserkrankung leidende A. (Beschwerdeführerin) unterzog sich am 16.09.1993 einem operativen Eingriff, anlässlich welchem Dr. med. B. (Beschwerdegegner) am rechten Hüftgelenk Verkalkungen sowie einen Schleimbeutel entfernte und eine Tractopexie durchführte. Seither leidet die Beschwerdeführerin, die bereits im Jahre 1973 die gleiche Operation hatte vornehmen lassen, verstärkt an einer Atrophie der Hüftspreizmuskeln und ist auf Grund der schmerzhaften Funktionsstörung des rechten Hüftgelenks wesentlich beeinträchtigt (tägliche Einnahme von Schmerzmitteln, Gehhilfe erforderlich, Bezug einer halben Invalidenrente, keine sportlichen und anstrengenden Tätigkeiten im Haushalt mehr möglich).

Die Vorinstanz wies die Klage mangels haftungsbegründender (natürlicher) Kausalität zwischen dem operativen Eingriff vom 16.09.1993 und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 23.06.2011 ab; es erwog im Wesentlichen, dass bereits vor der besagten Operation eine erhebliche Atrophie vorgelegen habe und deren nachfolgende Zunahme nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den operativen Eingriff zurückzuführen sei.

Die Haftung wurde seitens des Bundesgerichts abgelehnt.

### **BGE 4A 115/2013 vom 17.06.2013**

X. (Beschwerdeführerin) wurde am 22.09.1994 in der Klinik Y. von Dr. med. A. am linken Hüftgelenk operiert; es wurde ihr eine Totalendprothese, eingesetzt. Am 29.05.2000 wurde der Beschwerdeführerin wiederum von Dr. med. A., diesmal in der Klinik Z., auch rechts eine Totalendprothese eingesetzt.

Am Mittwoch, den 25.02.2004, liess sich die Beschwerdeführerin nachts zwischen 01:00 und 02:00 Uhr notfallmässig mit der Ambulanz in die Klinik Y. AG, Zürich (Beschwerdegegnerin) einweisen. Auslöser der Selbsteinweisung waren starke Schmerzen an der Hüfte links, die am Vorabend aufgetreten waren. Am Donnerstag, den 26.02.2004, mittags, wurde die Beschwerdeführerin zur notfallmässigen Operation durch Dr. med. A. in die Klinik Z. verlegt. Am darauffolgenden Tag wurde sie zur weiteren Betreuung wieder in die Klinik der Beschwerdegegnerin zurückverlegt.

Über den Verlauf des Aufenthalts der Beschwerdeführerin in der Klinik der Beschwerdegegnerin gehen die Darstellungen der Parteien teilweise auseinander. Fest steht, dass am 25.02.2004 um 07:45 Uhr eine Röntgenaufnahme der linken Hüfte gemacht sowie um 11:00 Uhr und 13:00 Uhr eine Szintigraphie durchgeführt wurde. Um 19:45 Uhr wurde eine Punktion vorgenommen, die eine trübe Flüssigkeit zutage förderte, die labormässig untersucht wurde und zum Erkennen eines Infekts des linken Hüftgelenks führte. Daraufhin wurden die Vorbereitungen für die Operation getroffen, die dann aber von Dr. med. A. in der Klinik Z. durchgeführt wurde. Dort erfolgte eine notfallmässige Operation, bei der die linke Hüfte revidiert, die bestehende Prothese entfernt und der Abszess ausgeräumt wurde.

Die Haftung der Klinik war nicht gegeben.

*Literatur und Quellenangaben können bei der Autorin bezogen werden.*