

Teamarbeit und geteilte Verantwortung in Spital, Arztpraxis und Belegarztverhältnis

Die medizinische Tätigkeit erfolgt heute im Spital wie auch in der Arztpraxis regelmässig in Form einer vertikalen oder horizontalen Aufgabenteilung. Die hat auch Auswirkungen auf die Haftung. Nach einem Blick auf die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse zwischen Leistungsträger und Patienten untersucht die Autorin speziell die Frage der Delegation der Aufklärung und die Arbeitsteilung im Belegarztspital und bei grösseren Ärzteteams.

Aujourd'hui, l'activité médicale tant en hôpital qu'en cabinet implique souvent un partage vertical ou horizontal des tâches. Ce partage a des effets sur la responsabilité civile. L'auteure présente d'abord les divers rapports juridiques liant les fournisseurs de prestations et les patients; elle analyse ensuite spécifiquement la question de la délégation des éclaircissements, le partage du travail dans les hôpitaux où des médecins indépendants agréés sont autorisés à pratiquer ainsi que dans de plus grandes équipes médicales.

Claudia Götz Staehelin *

** HAVE 2007 Seite 226 **

I. Einführung

Die Entwicklung in der Medizin hat im Spitalalltag zu intensiver Zusammenarbeit geführt, sowohl horizontal, d.h. zwischen Spezialisten verschiedener medizinischer Fachrichtungen, als auch vertikal, d.h. zwischen Medizinern verschiedener Stufen wie auch zwischen Medizin und Pflege. Teamarbeit erfolgt natürlich nicht nur im Spital, sondern auch in der Praxis niedergelassener Ärztinnen und Ärzte, und dort - je nach Fachrichtung mehr oder weniger stark - unter Ärzten wie auch zwischen ihnen und medizinischen Hilfspersonen. Eine funktionierende Teamarbeit ist besonders auch im Belegarztspital wichtig, weil der Belegarzt oftmals nicht nur die technische Einrichtung und Geräte des Belegarztspitals, sondern auch das Anästhesie-Team und Pflegepersonal des Spitals in Anspruch nimmt. Wenn Ärztinnen und Ärzte schliesslich für Diagnose und Therapie auf ein Labor angewiesen sind, etwa in der Endokrinologie oder bei Tumorerkrankungen, und hierzu die Dienste eines externen Anbieters in Anspruch nehmen, werden Fachpersonen ausserhalb der Praxis- oder Spitalorganisation in die Arbeit einbezogen.

Diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass die Aufgaben auf verschiedene Personen innerhalb und ausserhalb des Spitals oder der Arztpraxis - vertikal oder horizontal - verteilt sind. Daraus ergibt sich für die Aufklärung des Patienten und für die medizinische Behandlung eine Vielzahl von Fragen. Herausgegriffen werden im Folgenden - nach einem kurzen Überblick über die Rechtsverhältnisse (vgl. I.A) und die Ausgestaltung von Teamarbeit in tatsächlicher Hinsicht (vgl. I.B) - die Frage nach der Zulässigkeit einer Delegation der Aufklärung des Patienten (vgl. II.) und sodann die Frage nach dem Gebotensein und der Zulässigkeit einer Arbeitsteilung bei der eigentlichen medizinischen Behandlung (III.A und B). Dabei wird auch auf die Besonderheiten im Belegarztspital (vgl. III.C) und bei der Zusammenarbeit in einem grösseren Ärzteteam (vgl. III.D) kurz eingegangen.

A. Überblick über die Rechtsverhältnisse

Das Rechtsverhältnis zwischen den medizinischen Leistungsträgern und dem Patienten untersteht entweder dem privaten oder dem öffentlichen Recht:

1. Im öffentlichen Spital

Machen die Kantone von ihrer Befugnis Gebrauch ¹, in öffentlichen Spitälern die Ersatzpflicht für Schäden nach öffentlichem Recht zu regeln, dann beurteilt sich die Haftung im öffentlichen Spital grundsätzlich nach

** HAVE 2007 Seite 227 **

öffentlichem Recht ². Besteht in einem Kanton keine spezielle Regelung, beurteilt sich die Haftung nach Privatrecht ³.

Das kantonale Verantwortlichkeitsrecht ist mehrheitlich vom Grundsatz der primären Staatshaftung geprägt, d.h. der Kanton als Spitalträger haftet im Aussenverhältnis bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen für schädigende Verrichtungen seiner Angestellten, ohne dass ihnen gegenüber ein direkter Anspruch des Patienten besteht⁴. In vielen Kantonen handelt es sich zudem um eine verschuldensunabhängige öffentlichrechtliche Kausalhaftung⁵. Die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung versteht die Kausalhaftung im öffentlichen Spital nicht als Organisationshaftung, sondern als objektivierte Sorgfaltshaftung, die eine individuell zurechenbare Verletzung der dem Arzt resp. dem Spital obliegenden Amtspflicht voraussetzt⁶.

2. In Praxis und Privatspital

Einer privatrechtlichen Haftung unterstehen die niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte und die Privatspitäler. Ist Privatrecht anwendbar, beurteilen sich Behandlungsfehler nach der auftragsrechtlichen Haftung gemäss Art. 394 ff. OR oder nach der deliktsrechtlichen Haftung gemäss Art. 41 ff. OR⁷. Bei der Haftung für fehlende oder mangelhafte Aufklärung stehen infolge ihrer Grundstrukturen die deliktsrechtlichen Regeln im Vordergrund⁸. Aufgrund der Verschuldensvermutung von Art. 97OR spielt die Vertragshaftung in der Praxis die grössere Rolle, weshalb im Folgenden das Gewicht darauf gelegt wird.

Bei der Teamarbeit - sei es im Bereich der Aufklärung oder der eigentlichen medizinischen Behandlung - ist die Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101OR (bei vertraglicher Haftung) oder Art. 55OR (bei ausservertraglicher Haftung) von Relevanz. Aufgrund des Fehlens des Entlastungsbeweises für zugezogene Hilfspersonen gemäss Art. 101OR ist die vertragliche Hilfspersonenhaftung praktisch von grösserer Relevanz. Die ausservertragliche Haftung gemäss Art. 55OR kann namentlich bei mehrstufigen Subordinationsverhältnissen - etwa im Verhältnis von der Krankenschwester über den Assistenzarzt zum Oberarzt - eine Rolle spielen⁹. Beim Beizug eines ärztlichen Kollegen ist im Auftragsrecht im Übrigen jeweils zu prüfen, ob der beigezogene Arzt Substitut oder Hilfsperson ist.

In der Regel besteht zwischen dem Arzt und dem Patienten ein Behandlungsvertrag. Beim stationären Aufenthalt liegt ein totaler Spitalaufnahmevertrag vor, wenn der Patient nur mit dem Spital in ein Vertragsverhältnis getreten ist¹⁰. Ein gespaltener Spitalaufnahmevertrag besteht demgegenüber, wenn auch der Arzt mit dem Patienten einen Vertrag abgeschlossen hat¹¹. Beim totalen Spitalaufnahmevertrag bestehen vertragliche Schadenersatzansprüche bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen nur gegenüber dem Spital, und der Arzt kann nur deliktsrechtlich belangt werden. Liegt ein gespaltener Spitalaufnahmevertrag vor, muss zuerst eruiert werden, wem die schädigende Handlung zuzurechnen ist¹². Ist das medizinische Personal des Spitals verantwortlich, haftet das Spital bei gegebenen Voraussetzungen aus Vertrag. Daneben ist eine zusätzliche Haftung des Arztes denkbar, wenn der Schadensverursacher als Hilfsperson im Sinne von Art. 101OR zu qualifizieren ist oder wenn Spital und Arzt zusammengewirkt haben¹³. Ist nur der Arzt für den Schaden verantwortlich, haftet bei gegebenen Voraussetzungen er alleine¹⁴.

**** HAVE 2007 Seite 228 ****

Ein gespaltener Vertrag liegt im echten Belegarztverhältnis vor. Echten Belegärzten räumt der Vertrag mit dem privaten oder öffentlichen Spital das Recht ein, Patienten im Spital zu behandeln, während das Spital mit dem Patienten einen separaten Vertrag über Aufenthalt und Pflege abschliesst¹⁵. Echte Belegärzte unterliegen als frei praktizierende Ärzte der privatrechtlichen Haftung gemäss Obligationenrecht¹⁶. Neben der Haftung des Belegarztes selbst kann es für die Leistungen des Belegarztespitals, d.h. namentlich für Leistungen der Anästhesie und der Pflege, zu einer separaten Haftung des Spitals kommen, wenn in diesen Bereichen ein Behandlungs- oder Aufklärungsfehler vorliegt. Beim unechten Belegarztverhältnis steht der Belegarzt hingegen mit dem Patienten in keinem direkten Rechtsverhältnis, sondern er behandelt Spitalpatienten auf Abruf im Namen und auf Rechnung des Spitals¹⁷. Wenn der unechte Belegarzt im System eines öffentlichen stationären Behandlungsangebots tätig ist, ist öffentliches Haftungsrecht anzuwenden¹⁸.

B. Tatsächliche Ausgestaltung der Teamarbeit (vertikal und horizontal)

Mit Mannsdorfer¹⁹ ist sodann bei der Teamarbeit in tatsächlicher Hinsicht im Grundsatz zwischen der vertikalen und der horizontalen Arbeitsteilung zu unterscheiden: Die vertikale Arbeitsteilung folgt dabei der Hierarchie innerhalb der Organisation, etwa vom Chefarzt über den Oberarzt und den Assistenzarzt bis zum Pflegepersonal, während eine horizontale Arbeitsteilung bei der Teamarbeit zwischen Medizinalpersonen gleicher oder ähnlicher Hierarchiestufe vorliegt, etwa bei einer komplexen Operation.

Während die horizontale Zusammenarbeit namentlich in grösseren Spitälern mit verschiedenen

spezialisierten Kliniken und Zentren vorkommt, ist der Spital- und Praxisalltag geprägt von einer vertikalen Zusammenarbeit zwischen Ärztinnen und Ärzten verschiedenster Ausbildungsstufen untereinander und zwischen Ärztinnen und Ärzten einerseits und dem Pflegepersonal andererseits. Dabei nimmt das Pflegepersonal üblicherweise eine Vielzahl von Behandlungen am Patienten direkt vor.

II. Teamarbeit und geteilte Verantwortung bei der Aufklärung

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine arbeitsteilige Delegation der präoperativen Aufklärung zulässig ist und falls ja, welche weiteren Anforderungen erfüllt sein müssen, damit die Aufklärung den rechtlichen Anforderungen genügt. Die Frage ist praktisch relevant, weil im Haftungsprozess bisweilen vorgebracht wird, die Aufklärung sei nicht durch die zuständige Person vorgenommen worden. In einem neueren Verfahren vor dem Handelsgericht Zürich machte der Kläger zum Beispiel geltend, nur der Operateur hätte ihn genügend aufklären können, nicht aber die an der Operation nicht beteiligten Assistenzärzte²⁰. Die Frage, ob die Aufklärung delegiert werden darf, stellt sich allerdings nicht nur in Bezug auf Operationen und sonstige invasive Eingriffe, sondern regelmässig auch im Stationsalltag eines Spitals und in der Praxis.

A. Bedeutung der Aufklärung in der Spital- und Arzthaftung

Im Grundsatz gilt nach der heutigen Rechtsprechung und Lehre, dass ärztliche Eingriffe unrechtmässig sind, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wobei eine wirksame Einwilligung der wichtigste Rechtfertigungsgrund ist²¹. Die Einwilligung des Patienten wiederum setzt eine Aufklärung über Art und Risiken der in Aussicht genommenen Behandlung voraus²². Die Praxis hat Leitlinien zu Inhalt, Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht entwickelt²³. Nach einem neueren Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005 ist der Arzt etwa zur Aufklärung in diesem Sinne verpflichtet, "es sei denn, es handle sich um alltägliche Massnahmen, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen"²⁴. Das Handelsgericht hielt im gleichen Entscheid weiter fest, dass der Arzt nicht über Komplikationen aufklären muss, die mit einem grösseren Eingriff

**** HAVE 2007 Seite 229 ****

regelmässig verbunden sind oder ihm folgen können, wie zum Beispiel Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien²⁵.

Der Arzt muss die gehörige Aufklärung und Einwilligung des Patienten im Haftungsfall beweisen²⁶. Auch wenn der Eingriff *lege artis* durchgeführt worden ist, haftet der Arzt - und dies war in der Vergangenheit Gegenstand von Kritik²⁷ - bei mangelnder Aufklärung über mögliche Risiken, wenn sich ein solches verwirklicht²⁸. Immerhin lässt das Bundesgericht den Einwand der hypothetischen Einwilligung zu²⁹. Aufgrund dieser Anforderungen der geltenden Rechtsprechung steht heute in Arzthaftungsprozessen vielfach nicht im Vordergrund, ob der Arzt den Eingriff ordnungsgemäss durchgeführt hat, sondern ob Einwilligung und Aufklärung des Patienten beweisbar sind. Im Urteil 4P.237/2006 vom 16. Januar 2007 erachtete es das Bundesgericht als nicht willkürlich anzunehmen, ein hinreichend aufklärendes Gespräch habe, wie vom Arzt behauptet, stattgefunden, weil nicht einzusehen sei, wie der Patient ohne ein eingehendes und umfassendes Risikoaufklärungsgespräch von der Notwendigkeit der Operation hätte überzeugt werden können³⁰.

B. Delegation der Aufklärung bei der vertikalen und horizontalen Arbeitsteilung

1. Zulässigkeit der Delegation der Aufklärung

Die Übertragung der Aufklärung an einen ärztlichen Kollegen ist aus vertragsrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig. Steht der Arzt direkt mit der Patientin in einem vertraglichen Verhältnis und überträgt er die Aufklärung an einen Kollegen, so integriert er ihn regelmässig in seine Erfüllungsorganisation³¹. Dies gilt jedenfalls solange, als er die eigentliche Behandlung im Übrigen selbst vornimmt³². Daher handelt es sich bei der Delegation der Aufklärung an einen anderen Arzt um den prinzipiell erlaubten Beizug einer Hilfsperson. In BGE 116 II 519, 522 wurde auch in Bezug auf medizinische Hilfspersonen, wie zum Beispiel Krankenschwestern, festgehalten, dass eine Aufklärung durch sie im Grundsatz zulässig ist. In diesem Entscheid erfolgte die Aufklärung über ein therapiegerechtes Verhalten (Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung) durch eine Arztgehilfin, welche es unterliess, über die möglichen Risiken einer Dehydration aufzuklären. Nach Art. 101OR haftete der Arzt für ihr Fehlverhalten bei der Aufklärung wie für sein eigenes; er haftete aber nicht etwa wegen der Delegation der Aufklärungsaufgabe als solcher³³. In der Praxis kommt eine Delegation der Aufklärung an eine medizinische Hilfsperson naturgemäss allerdings seltener vor; bei

komplexeren Eingriffen hat vielfach nur der Arzt selbst hinreichendes Wissen.

Wurde der Behandlungsvertrag im Übrigen mit einer juristischen Person, zum Beispiel mit einem Privatspital, abgeschlossen, hat der Patient mangels anderer Vereinbarung vertragsrechtlich keinen Anspruch auf eine Aufklärung durch einen bestimmten Arzt; jeder zur Aufklärung kompetente und über den geplanten Eingriff genügend informierte Arzt darf die Aufklärung vornehmen³⁴.

2. Anforderungen an eine wirksame Aufklärung und Folgerung für die Delegation

Grundsätzlich ist somit eine Delegation der Aufklärung zulässig. Es stellt sich nun die Frage, welche weiteren Anforderungen eine Delegation erfüllen muss, damit die Aufklärung den Anforderungen der geltenden Rechtsprechung an eine wirksame Aufklärung genügt³⁵. Nach gefestigter Rechtsprechung soll die Aufklärung den Patienten in die Lage versetzen, aufgrund der erhaltenen Informationen eine freie und sachgerechte Entscheidung über die Vornahme und Durchführung der medizinischen Behandlung zu treffen³⁶. Daraus ergibt sich Folgendes: Die Aufklärung durch eine andere Person als den die Behandlung durchführenden Arzt ist genügend, solange diese Person dem Patienten diejenigen Informationen geben kann, die ihn in die Lage versetzen, eine informierte Entscheidung über die Vornahme und Durchführung der medizinischen Behandlung zu treffen. Konkret bedeutet dies zum Beispiel, dass es zulässig sein muss, dass anstelle der später bei der Operation anwesenden Anästhesistin ein anderer Narkosearzt die Narkose-Aufklärung vornimmt, solange er über den geplanten Eingriff

**** HAVE 2007 Seite 230 ****

genügend informiert ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass es gerade in grösseren Spitälern mit Schichtbetrieb organisatorisch häufig kaum möglich ist, dass derjenige Narkosearzt die Aufklärung durchführt, der später auch die Anästhesie durchführen wird. Solange der aufklärende Arzt über den geplanten Eingriff hinreichend informiert ist und den Patienten genügend aufklären kann, steht dieser Praxis rechtlich gesehen nichts entgegen.

3. Konstellationen in der Praxis

a) Delegation der Aufklärung bei Behandlungen durch mehrere Fachärzte

Bei einer kombinierten Behandlung durch verschiedene Fachärzte, wie dies bei komplexeren Operationen oft der Fall ist, erfolgt die Aufklärung grundsätzlich durch jeden einzelnen, jeweils für den ihn betreffenden Eingriff³⁷. Der Narkosearzt muss also über die Narkose informieren, während der Chirurg über den geplanten chirurgischen Eingriff aufzuklären hat. Hier interessiert nun die Frage, inwieweit die Aufklärung von einem Spezialarzt an den Spezialisten einer anderen Disziplin wirksam delegiert werden kann. Wenn der aufklärende Arzt über die nötigen fachlichen Kenntnisse für die Aufklärung ausserhalb seines Spezialgebietes verfügt, steht einer Delegation der Aufklärung in diesem Umfang nichts entgegen³⁸. Wiederum kann nur relevant sein, ob der Arzt im Einzelfall fachlich in der Lage ist, dem Patienten diejenigen Informationen zu vermitteln, die ihn in die Lage versetzen, eine informierte Entscheidung über die Vornahme und Durchführung der medizinischen Behandlung zu treffen.

b) Delegation der Aufklärung bei Spitalweisung

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Spitalarzt in Bezug auf den von ihm vorzunehmenden Eingriff aufzuklären und nicht der Arzt, der den Patienten in das Spital einweist oder einliefert³⁹. Wurde der Patient allerdings schon von einem vorbehandelnden Arzt aufgeklärt, entfällt eine Verpflichtung zur nochmaligen Aufklärung, wenn der Spezialist davon überzeugt sein darf, dass der Patient hinreichend aufgeklärt worden ist und die erneute Aufklärung nicht mehr benötigt⁴⁰. Entscheidend kann wiederum nur sein, ob der Patient durch die erfolgte Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt wurde, aufgrund der erhaltenen Informationen eine informierte Entscheidung über die Vornahme und Durchführung der medizinischen Behandlung zu treffen. Bei einer Operation muss zum Beispiel nur noch hinsichtlich der Narkose aufgeklärt werden, wenn bereits über den Eingriff als solchen genügend aufgeklärt worden ist. Dem Spitalarzt resp. dem Spital ist im Sinne eines effektiven Risikomanagements zur Vermeidung von späteren Beweisschwierigkeiten zu empfehlen, für einen Beweis über die bereits erfolgte Aufklärung zu sorgen.

III. Teamarbeit und geteilte Verantwortung bei der Behandlung

Auch bei der in Teamarbeit absolvierten eigentlichen medizinischen Behandlung stellt sich eine Vielzahl von Fragen. Herausgegriffen werden im Folgenden die Frage nach einer ärztlichen Überweisungspflicht und ihren Grenzen, dann die Frage, wann vertragsrechtlich ein anderer Arzt oder

eine Hilfsperson beigezogen werden darf, und welche Besonderheiten sich im Belegarztspital und in einem grösseren Ärzteteam ergeben.

A. Die ärztliche Überweisungspflicht und ihre Grenzen

Der Arzt - unabhängig ob im öffentlichen Spital, im Privatspital oder in der Privatpraxis - muss für die geplante Behandlung die nötigen fachlichen Fähigkeiten haben und sich laufend über den aktuellen Stand der Wissenschaft informieren. Verfügt er nicht über das notwendige Wissen oder die Ausbildung, um die Indikation zu stellen oder den konkreten Eingriff *lege artis* vorzunehmen, dann muss er gegebenenfalls einen anderen Arzt beiziehen, eine *second opinion* einholen oder den Patienten überweisen. Fehlen zum Beispiel einem Allgemeinpraktiker die nötigen Spezialkenntnisse, erfordert die gebotene Sorgfalt den Beizug eines Spezialisten⁴¹. Behandelt er trotzdem weiter, besteht die Möglichkeit einer Haftung für ein Übernahmeverschulden. Starre Richtlinien, wann ein weiterer Arzt beigezogen werden muss, gibt es allerdings nicht. Klar ist, dass zum Beispiel nicht jede Indikation präoperativ mit einem weiteren Experten abgestimmt werden muss, und nicht bei jedem Problem während der Operation sofort ein anderer Arzt zugezogen werden muss. Schematische Vorgaben sollten auch nicht die Zielsetzung sein, da sie den Handlungsspielraum der befassten Ärzte einengen würden, was nicht unbedingt den Patienten nützen würde.

An einen Kollegen verweisen muss der Arzt auch dann, wenn er nicht über die für den Eingriff nötige Infrastruktur oder Gerätschaft verfügt. Konkret müssen für den medizinischen Eingriff, der nach einer bestimmten

**** HAVE 2007 Seite 231 ****

Methode vorgenommen wird, die für diese Methode notwendigen Geräte und Einrichtungen vorhanden sein. Für viele Bereiche medizinischer Dienstleistungen wird es aber an einheitlichen Standards fehlen. Zwar mag es sie für Privatpraxen oder für miteinander vergleichbare Spitäler geben; dies bedeutet aber nicht, dass jedes grössere oder kleinere Spital dem Standard eines Universitätsspitals entsprechen muss. Gefordert ist nur - aber immerhin -, dass der Eingriff mit den vorhandenen Geräten *lege artis* und dem Stand der aktuellen Wissenschaft entsprechend durchgeführt werden kann. Honsell hält - mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung⁴² - fest, dass der Arzt den Patienten zwar über die Möglichkeit von neuen Therapien aufklären muss, aber nur über Verfahren, die sich bereits weitgehend durchgesetzt haben, d.h. solche, die sich nicht mehr in der Erprobung befinden und nicht nur in wenigen Grosskliniken zur Verfügung stehen⁴³. Nicht Gegenstand der Aufklärung ist im Übrigen auch die Marktsituation, d.h. wie ein Spital im Vergleich zu anderen qualifiziert ist. Will sich der Patient durch einen besonders routinierten Arzt behandeln lassen, hat er die entsprechende Marktforschung ebenfalls selbst zu betreiben.

B. Zulässigkeit der Übertragung der medizinischen Behandlung

1. Grundsatz und Ausnahmen gemäss Art. 398 Abs. 3 OR

Hat der Patient im privatrechtlichen Behandlungsverhältnis mit einem bestimmten Arzt einen Auftrag abgeschlossen⁴⁴, ist der beauftragte Arzt nach Art. 398 Abs. 3 OR in Umkehr der allgemeinen Regel von Art. 68OR grundsätzlich zur persönlichen Erfüllung verpflichtet. Er ist allerdings berechtigt, die Besorgung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, wenn er ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung nach der Übung als zulässig erachtet wird. Ist Substitution zulässig, darf der Arzt auch eine Hilfsperson beiziehen. Untergeordnete Aufgaben darf er jedenfalls an einen Erfüllungsgehilfen übertragen.

2. Konstellationen in der Praxis

a) Arbeitsübertragung an einen anderen Arzt

Zu prüfen ist jeweils, ob der Arzt berechtigt ist, einen Kollegen beizuziehen, und falls ja, ob der beigezogene Arzt Substitut oder Hilfsperson ist. Die Abgrenzung zwischen Substitution und Erfüllungsgehilfe ist natürlich auch bei der Übertragung von medizinischen Behandlungen relevant, weil der Beauftragte aufgrund der Haftungsbeschränkung gemäss Art. 399 Abs. 2 OR bei der Substitution im Vergleich zur Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101OR eine privilegierte Stellung genießt.

Folgende Fallgruppen lassen sich formulieren⁴⁵: (a) Der Arzt ist nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Patienten ermächtigt, einen Kollegen beizuziehen. Dies ist etwa der Fall, wenn der behandelnde Arzt mit Einverständnis des Patienten einen Spezialisten beizieht, etwa der Allgemeinpraktiker einen Radiologen oder Pathologen⁴⁶. (b) Der Arzt wird durch die Umstände

genötigt, einen Kollegen beizuziehen. Der Beizug eines Spezialisten ist zum Beispiel dann angezeigt, wenn schwere Komplikationen in einem Gebiet auftreten, für das der Allgemeinpraktiker nicht genügend ausgebildet ist. (c) Die Befugnis zur Substitution ergibt sich aus der Übung. Usanz ist etwa, dass der eine Arzt innerhalb einer Praxismgemeinschaft für den anderen bei Ferienabwesenheit oder Verhinderung einspringt. Je nach den Umständen ist sogar eine stillschweigende Ermächtigung durch den Patienten anzunehmen ⁴⁷.

Ob im Übrigen eine Substitution oder der Beizug eines Erfüllungsgehilfen vorliegt, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, wonach zu berücksichtigen ist, ob der Geschäftsherr den Dritten in seine Erfüllungsorganisation integriert bzw. ihn nur Hilfsarbeiten ausführen lässt oder ob er eine (Teil-)Leistung dem Dritten überträgt und sie dadurch aus seinem Pflichtenprogramm eliminiert ⁴⁸. Für das Vorliegen einer Substitution sprechen u.a. Selbstständigkeit des Dritten, Übertragung der Vertragserfüllung auf ihn, seine besonderen Sachkenntnisse und das Interesse des Auftraggebers am Beizug, das jederzeitige Kündigungsrecht des Beauftragten und der fehlende wirtschaftliche Nutzen bzw. das fehlende Direktinteresse des Beauftragten ⁴⁹.

**** HAVE 2007 Seite 232 ****

Bleibt das materielle Hauptgewicht der Leistung beim persönlich verpflichteten Arzt, handelt es sich um die Übertragung von untergeordneten Arbeiten an einen Erfüllungsgehilfen ⁵⁰. Dies kann je nach den Umständen etwa der Fall sein, wenn ein Arzt unter der Aufsicht und Kontrolle einer Spezialärztin eine Behandlung vornimmt ⁵¹. Unterläuft ihm ein Fehler, kann sie sich nach den allgemeinen Grundsätzen entlasten, wenn sie nachweist, dass er so sorgfältig gehandelt hat, wie es auch von ihr verlangt werden kann. Ein in der Arztpraxis des abwesenden Arztes tätiger Ersatzarzt ist ebenfalls - besondere Umstände im Einzelfall vorbehalten - Erfüllungsgehilfe. Ein an einem anderen Ort praktizierender Spezialarzt, zu dem die Patienten verwiesen werden, ist hingegen in der Regel als Substitut zu qualifizieren ⁵². Kommt zwischen dem beigezogenen Arzt und dem Patienten allerdings ein weiterer Auftrag zustande, dann handelt es sich nicht mehr um Substitution, d.h. der überweisende Arzt bleibt - rechtlich gesehen - aus dem Spiel ⁵³. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der zugezogene Arzt direkt vom Patienten einen Auftrag zur Einleitung konkreter medizinischer Massnahmen erhält, etwa wenn der Spezialist einen Allgemeinpraktiker empfiehlt, der den Patienten postoperativ betreut ⁵⁴.

b) Arbeitsübertragung an medizinische Hilfspersonen

Krankenschwestern und Praxishilfen nehmen viele Behandlungen am Patienten selbstständig vor. In der Praxis stellt sich für medizinische Hilfspersonen bisweilen die Frage, welche Handlungen selbstständig ausgeführt werden dürfen, da es oft keine eigentlichen Kataloge gibt, die das regeln. Wie erwähnt ⁵⁵, schliesst das Auftragsrecht den Beizug von gewöhnlichen, unter Anleitung und Aufsicht des beauftragten Arztes arbeitenden Hilfspersonen nicht aus ⁵⁶. Oft genanntes Beispiel ist in diesem Zusammenhang die Blutentnahme durch die Arztgehilfin ⁵⁷. Praktisch sind natürlich zahlreiche weitere Tätigkeiten, namentlich im Pflegebereich und in der Administration betroffen, für die der Beizug von Hilfspersonen zulässig ist. Begeht die medizinische Hilfsperson einen Fehler, unterliegt der Arzt im Privatrecht einer Haftung für die Hilfsperson, wenn die Voraussetzungen von Art. 101OR erfüllt sind.

c) Der Einbezug von Leistungsträgern ausserhalb von Spital und Praxis

Die bisherigen Ausführungen haben sich mit der Zusammenarbeit von Medizinalpersonen innerhalb des Spitals oder der Arztpraxis befasst. Zur Zusammenarbeit mit Personen ausserhalb des Spitals oder der Arztpraxis kommt es zum Beispiel, wenn ein externes Institut, etwa mit der histologischen Untersuchung von Gewebeproben, beauftragt wird. Darin liegt in der Regel der Beizug eines Substituten, dem der Arzt die Erfüllung seiner Verpflichtung überträgt und diese dadurch aus seinem Pflichtenprogramm eliminiert ⁵⁸. Für die Qualifikation als Substitution sprechen namentlich die Selbstständigkeit des Instituts, die Übertragung der Vertragserfüllung auf dieses und die besonderen Sachkenntnisse. Die Qualifikation als Substitution führt dazu, dass der Arzt oder das Spital aufgrund der Haftungsbeschränkung gemäss Art. 399 Abs. 2 OR eine privilegierte Stellung geniessen.

C. Besonderheiten bei der Teamarbeit im Belegarztspital

Im Belegarztspital kommt der Verantwortungszuteilung und Organisation aufgrund der Konstellation, dass der echte Belegarzt ⁵⁹ oftmals nicht nur die technische Einrichtung und Geräte des Belegarztsitals, sondern auch sein Anästhesie-Team und Pflegepersonal für operative Eingriffe beansprucht, besondere Bedeutung zu. Im Unterschied zum vom Spital angestellten Arzt führt der Belegarzt meist eine Arztpraxis ausserhalb des Spitals und begibt sich nur für die Durchführung von

Eingriffen, für die er die Infrastruktur des Spitals benötigt, ins Belegarztspital. Nach der Operation kommt der Patient oft für eine gewisse Zeit in die Obhut des Belegarztspitals und wird danach wieder in den Verantwortungsbereich des Belegarztes entlassen.

Die Unterscheidung zwischen der Haftung des Belegarztes und der Haftung des Spitals erscheint zunächst klar: Für die Fehler der Anästhesie und der Pflege haftet das Spital, für die übrigen Behandlungsfehler der Belegarzt. Dies führt im Grundsatz zu einer Aufspaltung der Leistungspflichten, die sich auf den Rechtsweg auswirkt, wenn der Belegarzt an einem öffentlichen Spital tätig war; der Patient muss seine Ansprüche gegen das Spital auf dem öffentlichrechtlichen Rechtsweg verfolgen, während er gegen den Belegarzt zivilrechtlich vorzugehen hat ⁶⁰.

**** HAVE 2007 Seite 233 ****

So einfach die Unterscheidung im Prinzip scheint, umso schwieriger sind die Abgrenzungsfragen in der Praxis. Zu denken ist zum Beispiel an den Fall einer Verantwortlichkeitslücke, wenn es zu Missverständnissen oder Defiziten in der Teamarbeit zwischen dem Belegarzt und den für das Spital tätigen Medizinalpersonen kommt. Oder, wie ist zu entscheiden, wenn ein Operationsteam des Belegarztspitals in der Vorbereitung der Operation Fehler macht?

Das Bezirksgericht Zürich hat vor einiger Zeit entschieden, dass der Belegarzt für die Pflegepersonen des Belegarztspitals, die als seine Hilfspersonen walten, gemäss Art. 101OR haftet ⁶¹. Gemäss den allgemeinen Grundsätzen dürfte gelten, dass der Belegarzt im Sinne einer Hilfspersonenhaftung für die Handlungen derjenigen Personen haftet, die er in seine Erfüllungsorganisation einbezieht. Wenn die Haftungsvoraussetzungen vorliegen, haftet zum Beispiel der Belegarzt, der die Geburtsleitung übernommen und die Hebamme des Belegarztspitals in seine Erfüllungsorganisation integriert hat ⁶². Das Belegarztspital haftet dem Patienten bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen demgegenüber für Fehler seines Pflegepersonals im Umfang, in dem dieses eigenverantwortlich tätig ist. Für die Zeit, in der das Pflegepersonal den Patienten allein verantwortlich überwacht, haftet daher das Belegarztspital, jedenfalls soweit es nicht auf Anordnung des Belegarztes handelt.

D. Besonderheiten beim Zusammenwirken in einem grösseren Ärzteteam

Mitunter schwierige Fragen der Verantwortung und Zuständigkeit ergeben sich beim Zusammenwirken in einem grösseren Ärzteteam. Eine interdisziplinäre Teamarbeit ist etwa im Bereich der Gynäkologie, Geburtshilfe und Neonatologie ⁶³, bei Tumorerkrankungen, bei Hormon- und Stoffwechselkrankheiten, aber auch ganz allgemein bei polymorbiden Patienten anzutreffen. Bei vielen Krankheiten sind mehrere Organe gleichzeitig betroffen, was allemal eine multidisziplinäre Behandlung notwendig macht.

Die Ausprägungen des Zusammenwirkens mehrerer Spezialisten in einem Operationsteam, etwa der Chirurgin mit dem Anästhesisten und dem Histologen, können im Einzelfall sehr vielfältig sein. Daher ist die tatsächliche Organisation des Teams, welche die Verantwortlichkeiten im Einzelnen festlegt, entscheidend ⁶⁴. Je nach der tatsächlichen Situation kann ein horizontales Zusammenwirken der beteiligten Ärzte vorliegen, bei dem grundsätzlich jeder mitwirkende Spezialist im Rahmen seines Fachbereichs selbstständig und eigenverantwortlich handelt ⁶⁵. Eine gegenseitige Überwachungspflicht besteht in der Regel nicht, weil dies in vielen Fällen zu zusätzlichen Risiken führen würde; es würde die Gefahr bestehen, dass der Arzt, statt sich auf seine Arbeit in seinem Fachbereich zu konzentrieren, abgelenkt würde ⁶⁶. Der Einzelne muss sich darauf verlassen können, dass die übrigen beteiligten Ärzte ihre Aufgaben innerhalb ihrer jeweiligen Arbeitsbereiche mit der gebotenen Sorgfalt erledigen. Verlangt ist aber, dass eine Koordination und Absprache der getroffenen Massnahmen in sich überschneidenden Aufgabenbereichen zwischen den Spezialisten erfolgt. Diese Verpflichtung ergibt sich für den Einzelnen aus seiner Verantwortung für seinen Fachbereich, die auch eine Koordination mit den Beiträgen der anderen Ärzte umfasst. Eine andere tatsächliche Ausgestaltung der Teamarbeit kann vorliegen, wenn die Leitung des gesamten Eingriffs im Sinne einer vertikalen Arbeitsteilung einem Arzt übertragen wird. Dieser kann dann - je nach Ausgestaltung - nicht nur für die ordnungsgemässe Zusammenstellung des Teams, sondern in gewissem Grade auch für das sorgfältige Zusammenwirken aller beteiligten Ärzte verantwortlich sein ⁶⁷.

IV. Schlussbemerkungen

Bei geteilter Verantwortung ist eine gut funktionierende Koordination und Kommunikation wichtig. Auch das Bestehen einer möglichst guten Risikoprävention ist bei der Teamarbeit in Spital und Praxis wesentlich ⁶⁸. Bei der Aufklärung des Patienten bedeutet Risikoprävention allgemein und bezogen auf die Teamarbeit, dass mit einer dokumentierten Aufklärung die Beweissituation vereinfacht wird. Bezogen auf die eigentliche medizinische Behandlung ist bei der Teamarbeit wohl

auch wesentlich, Klinikintern ein Klima zu schaffen, welches erlaubt, das Einholen eines Ratschlages nicht als Versagen oder Schwäche zu betrachten, sondern als Ausdruck von Stärke und kompetenter Entscheidung. Damit wird das Ziel einer effektiven Risikoprävention bei der Teamarbeit gefördert, nämlich eine möglichst gute, für Patient und Arzt risikoarme Behandlung zu sichern. Es bleibt zu beachten, dass in der Medizin - als Arbeit am menschlichen Körper - die Folgen bei Eintritt eines Risikos ungleich schwerer wiegen können als in vielen anderen Disziplinen. Daraus darf nicht geschlossen werden, dass bei jedem Risikoeintritt die gebotenen Präventionsmassnahmen vernachlässigt wurden. Vielmehr bleibt festzuhalten, dass die Medizin im Vergleich zu vielen anderen Disziplinen eine riskante Tätigkeit ist und bleibt.

Im Übrigen haben öffentliche Spitäler einen Leistungsauftrag, nämlich die medizinische Grundversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Ihre Ressourcen sind bei steigenden Kosten und teilweise auch weniger Mitteln allerdings begrenzt. Dies führt seit Langem dazu, dass Ärztinnen und Ärzte oft bereit sind, weit mehr und viel länger zu arbeiten, als es vertretbar wäre. Haller et al. vergleichen den Arztberuf mit dem Beruf eines Piloten⁶⁹. Bei der Fliegerei ist im Hinblick auf die Flugsicherheit seit Langem anerkannt, dass Müdigkeit human error fördert. In gewissem Sinne bleibt paradox, dass die Gesellschaft hingegen bei der Medizin akzeptiert, dass es oft an genügend ausgeruhtem Personal fehlt, um die Spitalorganisation und Behandlung bestmöglich zu gewährleisten.

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin bei Nater Dallafior Rechtsanwältinnen, Zürich. Dank gebührt Frau Dr. iur. Patrizia Schmid, Advokatin, Rechtsdienst des Universitätsspitals Basel, für praktische Hinweise aus der Spitalpraxis und die kritische Durchsicht des Manuskripts. Weiter danke ich meinem Bürokollegen Martin Thomann, Rechtsanwalt, LL.M., für zahlreiche Anregungen.

¹ So zum Beispiel im Kanton Basel-Stadt, vgl. das Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (GS 161.100) oder im Kanton Zürich, vgl. das Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (LS 170.1). Vgl. auch neustens BGE 4A61/2007 vom 13. Juni 2007, das festhält, dass letztinstanzlich eine Beschwerde in Zivilsachen zu erheben ist, weil ein Konnex zum Zivilrecht besteht, auch wenn der Kanton die Haftung nach öffentlichem Recht geregelt hat (vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes, BGG, SR 173.110).

² Für die Tätigkeit von Chefarzten war das Bundesgericht in BGE 112 Ib 334, 337 der Auffassung, dass ein Ausschluss des kantonalen Haftungsgesetzes, also die Annahme, die Chefarzte haften nur privatrechtlich, mit dem Sinn der Staatshaftung nicht vereinbar sei, da der Patient mit dem Spitaleintritt in ein öffentlichrechtliches Verhältnis zum Spital trete. Vgl. auch BGE 115 Ib 175, 179 und BGE 122 III 101, 104 f.

³ Vgl. BGE 122 III 101, 103 ff.; Walter Fellmann, Die Haftung des Privatärztes und des Privatspitals, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich/Basel/Genf 2003, 48 f.

⁴ Vgl. Jost Gross, Haftung des Spitalärztes und des Spitals nach öffentlichem Recht, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich/Basel/Genf 2003, 37; vgl. ferner Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, N 113.

⁵ Vgl. Rey (Fn. 4), N 113. Ausnahmen bestehen in einzelnen Kantonen bezogen auf die Genugtuung: Vgl. Rey (Fn. 4), N 111.

⁶ Vgl. dazu Jost Gross Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, 284 f. mit Hinweis auf BGE 113 Ib 423; vgl. ferner BGE 130 I 337, 344: "Das Unterlassen, eine Sitzwache oder eine Rückverlegung auf die Intensivpflegestation anzuordnen (...) wird damit objektiv vorwerfbar". Postuliert wird von Jost Gross, a.a.O., 283 f., dass betriebsimmanente Risiken, die zu Schäden führen, grundsätzlich dem Spitalträger zuzuordnen sind, soweit sie beherrschbar erscheinen. Diskutiert wird die Unsorgfalt in der Organisation eines Spitals im Übrigen häufig im Zusammenhang mit Patienten, die sich selber gefährden: Vgl. Urteil 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006; vgl. die Besprechung von Markus Zimmermann, Spitalhaftung wegen unterlassener Sitzwache, HAVE 2006, 133 ff. Kritisch: Hanspeter Kuhn, Der Fenstersturz und das Bundesgericht, Schweizerische Ärztezeitung 2006, 87 ff.; vgl. ferner BGE 112 Ib 322 ff. Vgl. auch Thomas M. Mannsdorfer, Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, HAVE 2003, 110.

⁷ Vgl. BGE 132 III 359, 362; BGE 133 III 121.

⁸ Fellmann (Fn. 3), 49.

⁹ Vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 23.17.

¹⁰ Vgl. zum Beispiel den Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005, ZR 105 (2006) Nr. 26.

¹¹ Vgl. Entscheid vom 26. Juli 1993 des Amtsgerichts Luzern-Stadt, SG N 895, 37; Fellmann (Fn. 3), 51.

¹² Vgl. Entscheid vom 26. Juli 1993 des Amtsgerichts Luzern-Stadt, SG N 895, 37.

¹³ Vgl. Art. 50 f. OR.

¹⁴ Fellmann (Fn. 3), 51.

¹⁵ Vgl. zu den Ausprägungen ausführlich Lukas Brühweiler-Fresey, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 298 f.

¹⁶ Moritz Kuhn, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 55.

¹⁷ Brühweiler-Fresey (Fn. 15), 299.

¹⁸ Jost Gross, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, 131.

¹⁹ Vgl. grundlegend Mannsdorfer (Fn. 6), 114.

²⁰ Vgl. Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005, ZR 105 (2006) Nr. 26.

²¹ BK-Brehm, Art. 41 N 64 ff. (m.w.N.); a.M. Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2005, § 5 N 22. Zur hypothetischen Einwilligung vgl. Honsell, a.a.O. § 5 N

24.

22 Vgl. Urteile des Bundesgerichts 4P.9/2002 vom 19. März 2003 und 4C.9/2005 vom 24. März 2005; BGE 108 II 59, 62; BGE 113 Ib 420, 425.

23 Vgl. etwa BGE 117 Ib 197, 203; BGE 113 Ib 420, 426; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Bern vom 6. März 2000 (VGE 20559), BVR 2000, 438, 443 (m.w.N.); vgl. ferner Monika Gattiker, Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich/Basel/Genf 2003, 111 ff.

24 Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005, ZR 105 (2006) Nr. 26.

25 Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005, ZR 105 (2006) Nr. 26. Ebenso Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Bern vom 6. März 2000 (VGE 20559), BVR 2000, 438, 443.

26 Honsell (Fn. 21), § 5 N 22; vgl. auch BGE 117 IB 197, 202; vgl. ferner Wolfgang Wiegand, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, recht 1993, 196.

27 Vgl. zum Ganzen kritisch statt vieler: Honsell (Fn. 21), § 5 N 23.

28 Vgl. BGE 133 III 121; Pra 71 Nr. 122, 300; vgl. auch BGE 114 Ia 350, 359.

29 Vgl. BGE 117 Ib 197, 208 f.; vgl. ferner Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. März 2000 (VGE 20559), BVR 2000, 438, 445.

30 Vgl. Urteil 4P.237/2006 vom 16. Januar 2007, zusammengefasst in HAVE 2007, 189.

31 Wiegand (Fn. 26), 190 (Fn. 12); Wiegand, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 150.

32 Zur Delegation der Behandlung vgl. III.B.

33 Wiegand (Fn. 26), 190 (Fn. 11) mit Verweis auf BGE 116 II 519, 522.

34 Wiegand (Fn. 26), 190 (Fn. 12); Wiegand (Fn. 31), 150.

35 Wiegand (Fn. 31), 150.

36 BGE 108 II 59, 61; BGE 117 Ib 197, 201; BGE 133 III 121; vgl. ferner Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, 26 f.

37 Wiegand (Fn. 31), 150.

38 Wiegand (Fn. 26), 190.

39 Pra 2000 Nr. 28, 166.

40 Wiegand (Fn. 26), 190.

41 Vgl. BGE 113 II 429, 431.

42 BGHZ 102, 17, 24.

43 Heinrich Honsell, Die Aufklärung des Patienten über therapeutische Alternativen und Behandlungskosten, SJZ 2006, 401 ff., 405; vgl. den Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 18. April 2005, ZR 105 (2006) Nr. 26.

44 Wurde der Behandlungsvertrag demgegenüber mit einer juristischen Person, zum Beispiel mit einem Privatspital, abgeschlossen, hat der Patient mangels anderer Vereinbarung vertragsrechtlich zwar keinen Anspruch auf Behandlung durch einen bestimmten Arzt, wohl aber darauf, dass das beauftragte Spital die Behandlung ohne Ermächtigung nicht durch Ärzte eines anderen Spitals ausführen lässt: Vgl. auch vorne zur ähnlichen Problematik im Zusammenhang mit der Aufklärung unter II.B.1.

45 Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 2866.

46 Vgl. Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Basel 2000, 98.

47 Fellmann (Fn. 3), 66.

48 O R-Weber, Art. 398 N 3; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (Fn. 45), Rz. 2869.

49 Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (Fn. 45), Rz. 2862 ff.

50 Vgl. BK-Weber, Art. 68OR N 32.

51 Vgl. BGE 26 II 598.

52 Vgl. OR-Weber, Art. 398 N 4; A.A. ZR 1953, 352 ff., wonach stets Substitution anzunehmen ist.

53 Vgl. BK-Fellmann, Art. 398OR N 555.

54 BK-Fellmann, Art. 398OR N 555.

55 Vgl. III.B.1.

56 BK-Fellmann, Art. 398OR N 529; OR-Weber, Art. 398 N 3; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (Fn. 45), Rz. 2868.

57 BK-Fellmann, Art. 398OR N 529.

58 Kuhn (Fn. 16), 114.

59 Vgl. zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Belegärzten vorne unter I.A.2.

60 Denkbar wäre auch im Belegarztverhältnis eine Einheitslösung, wie sie vom Bundesgericht bei der Tätigkeit von Chefarzten an öffentlichrechtlichen Spitälern angewendet wird: BGE 112 Ib 334, 337. Das Bundesgericht war der Auffassung, dass ein Ausschluss des kantonalen Haftungsgesetzes, also die Annahme, die Chefarzte hafteten nur privatrechtlich, mit dem Sinn der Staatshaftung nicht vereinbar sei, da der Patient mit dem Spitaleintritt in ein öffentlichrechtliches Verhältnis zum Spital trete.

61 Überliefert in SJZ 1989, 251: Vgl. dazu Brühweiler-Fresey (Fn. 15), 299.

62 Vgl. Mannsdorfer (Fn. 6), 117.

63 Vgl. ausführlich Mannsdorfer (Fn. 6), 114.

64 Vgl. Kuhn (Fn. 16), 109, Fn. 140; vgl. auch ausführlich Mannsdorfer (Fn. 6), 115.

65 Kuhn (Fn. 16), 109; vgl. auch Mannsdorfer (Fn. 6), 117.

66 Vgl. etwa für das deutsche Recht BGHZ 140, 309 und Christian Katzenmeier, Arbeitsteilung, Teamarbeit und Haftung, MedR 2004, 35.

67 Vgl. Moritz Kuhn, Ärztliche Kunstfehler, SJZ 1987, 357; Kuhn (Fn. 16), 109; Mannsdorfer (Fn. 6), 117.

68 Das Critical Incident Reporting (CIR) als Fehlermeldesystem ist ein mögliches Instrument, um Fehler anonym identifizieren und künftig möglichst vermeiden zu können. Dabei steht die Systemursache und nicht die Schuldfrage im Vordergrund. Vgl. dazu ausführlich M. Kaufmann/S. Staender/G. von Below/H.H. Brunner/L. Portenier/D. Scheidegger, Computerbasiertes anonymes Critical Incident Reporting: ein Beitrag zur Patientensicherheit, Schweizerische Ärztezeitung 2002, 2554 ff.

69 Vgl. U. Haller/S. Welti/D. Haenggi/D. Fink, Von der Schuldfrage zur Fehlerkultur in der Medizin, Schweizerische Ärztezeitung, 1665.