

## Dokumentationspflichten der Medizinalpersonen - Umfang und Folgen ihrer Verletzung

**Die vom Patienten zu überspringenden Hürden sind an und für sich schon sehr hoch, wenn er als beweisbelastete Partei im Arzthaftungsprozess erfolgreich sein will. Nur eine lückenlos und wahrheitsgemäss geführte Krankengeschichte erhöht diese Hürden nicht noch zusätzlich. Verletzt der Arzt seine Dokumentationspflicht, darf daraus dem Patienten kein Nachteil entstehen. In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung wird daher postuliert, dass die Verletzung der Dokumentationspflicht im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten des Arztes führen soll, wobei dies in gleichem Mass sowohl für den Nachweis des Behandlungsfehlers wie auch von dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Gesundheitsschaden gelten soll.**

**Le demandeur qui supporte la charge de la preuve dans un procès de responsabilité médicale doit surmonter des obstacles déjà considérables s'il veut obtenir gain de cause. Si en plus l'anamnèse s'avère incomplète et incorrecte, la difficulté s'en trouve accrue. Dès lors, si le médecin enfreint son obligation de constitution du dossier, ce n'est pas au patient à en supporter les conséquences. En présence d'une violation de l'obligation du médecin de constituer le dossier médical, l'auteur postule, par analogie avec la jurisprudence allemande, un renversement du fardeau de la preuve à charge du médecin. Ce renversement du fardeau de la preuve concerne dans la même mesure la preuve de l'erreur de traitement et la preuve de l'existence d'une relation de causalité entre l'erreur de traitement et l'atteinte à la santé.**

Markus Schmid \*

---

**\*\* HAVE 2009 Seite 350 \*\***

### I. Einleitung

Im Arzthaftungsprozess steht, wie in der Regel auch sonst, der Sachverhalt bzw. dessen Abklärung im Zentrum. Die sich stellenden Rechtsfragen sind nach Massgabe des vom Richter als verbindlich beurteilten Sachverhaltes zu beantworten. Für die wesentlichen Haftungsvoraussetzungen - Sorgfaltspflichtverletzung und deren Kausalität für den behaupteten Gesundheitsschaden - ist der Ansprecher, somit der Patient, beweispflichtig. Im Vergleich zu diesen beiden Beweisthemen steht die Verschuldensfrage etwas abseits, weil im Bereich der vertraglichen Haftung sich der Arzt exkulpieren muss und der vom Patienten im Bereich der ausservertraglichen Haftung zu erbringende Verschuldensnachweis weitestgehend im Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung aufgeht<sup>1</sup>. Auf diesem steinigem und oft unüberwindbaren Weg kommt dem Patienten die Praxis nur wenig entgegen, indem sie mitunter den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit<sup>2</sup> genügen lässt, wobei offenbleiben soll, was hierunter letztendlich zu verstehen ist.

Es liegt auf der Hand, dass die Dokumentation über die ärztlichen und pflegerischen Verrichtungen gerade im Hinblick auf die Abklärung des als Anspruchsgrundlage herangezogenen Sachverhaltes von grosser Bedeutung ist. Ohne eine solche Dokumentation ist der Patient in der Regel nicht in der Lage, einen Behandlungsfehler des Arztes und dessen Folgen darzulegen und zu beweisen, was besonders eklatant auf den narkotisierten Patienten zutrifft, welcher die tatsächlichen Vorgänge während einer Operation nicht einmal ansatzweise wahrzunehmen imstande ist.

Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf die Dokumentationspflicht des Humanmediziners, unter Ausklammerung von weitgehend ähnlich gelagerten Problemen bei Zahnärzten und Veterinärmedizineren.

Neben den Fragen nach dem Umfang und der Art der Dokumentation interessieren vor allem die Konsequenzen einer ungenügenden Dokumentation im Hinblick auf das Beweismass und die Beweislast.

**\*\* HAVE 2009 Seite 351 \*\***

### II. Die Rechtsgrundlagen

#### A. Der freiberufliche Arzt

Das Rechtsverhältnis zwischen freiberuflich tätigem Arzt und dem Patienten untersteht dem Auftragsrecht<sup>3</sup>. Dies gilt auch für den Behandlungsvertrag zwischen Zahnarzt und Patient, selbst wenn die Tätigkeit des Zahnarztes die Herstellung von Brücken und Kronen umfasst<sup>4</sup>.

Auch die Behandlung in einem Privatspital erfolgt auf der Grundlage eines dem Auftragsrecht unterstehenden Rechtsverhältnisses, wobei hier zu unterscheiden ist, ob der Patient einzig mit dem Spital oder daneben auch noch mit dem Arzt, in der Regel mit einem Belegarzt, in ein Rechtsverhältnis tritt. Im ersten Fall spricht man von einem Totalspitalaufnahmevertrag, in dessen Rahmen sich das Spital zur allseitigen Leistungserbringung gegenüber dem Patienten verpflichtet, wozu neben der ärztlichen Behandlung auch die Unterkunft, die Verpflegung und die Pflege gehört. Erfolgt die Behandlung durch einen Belegarzt, der nicht Angestellter des Spitals ist, spricht man von einem gespaltenen Spitalaufnahmevertrag, in dessen Rahmen das Spital all jene Leistungen erbringt, welche der Belegarzt zur Erreichung des Behandlungszieles nicht selbst schuldet<sup>5</sup>. Bei der Abklärung von Verantwortlichkeiten sind daher beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag die einzelnen Pflichten des Spitals und des Belegarztes gesondert zu prüfen, wobei durchaus denkbar ist, dass eine solidarische Haftung von Arzt und Spital gegeben sein kann, wenn das Spitalpersonal als Hilfsperson des Arztes im Sinne von Art. 101OR zu betrachten ist. Die Dokumentationspflicht ist beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag vom Spital und dem Belegarzt je nach Massgabe der ihnen obliegenden Pflichten zu erfüllen.

Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR untersteht der Beauftragte einer umfassenden Rechenschaftspflicht, aufgrund welcher der Patient lückenlos und wahrheitsgemäss über die Ausführung des Auftrages zu informieren ist. Der Arzt hat den Patienten über alles zu informieren, was für diesen von Bedeutung sein kann. Namentlich hat der Arzt dem Patienten jederzeit über dessen Gesundheitszustand, Krankheitsverlauf, Heilungschancen und Risiken einer Therapiemethode, Folgen und Kosten der Krankheit, alternative Vorgehensweisen etc. Auskunft zu erteilen<sup>6</sup>. Um dieser Pflicht zu entsprechen, ist der Arzt gehalten, eine Dokumentation seiner ärztlichen Tätigkeiten sowie der pflegerischen Massnahmen zu erstellen.

Die Dokumentationspflicht ergibt sich für Mitglieder der FMH auch aus Art. 12 der Standesordnung, wonach der Arzt verpflichtet ist, über die in Ausübung des Berufes gemachten Feststellungen sowie die getroffenen Massnahmen hinreichende Aufzeichnungen zu machen<sup>7</sup>.

## **B. Behandlung im öffentlichen Spital**

Erfolgt die Behandlung des Patienten in einem öffentlichen Spital, untersteht das Rechtsverhältnis zwischen Patient und Spital dem kantonalen öffentlichen Recht<sup>8</sup>. Soweit die Kantone keine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Dokumentationspflicht an öffentlichen Spitälern erlassen haben, ergibt sich die entsprechende Pflicht im öffentlichen Behandlungsverhältnis aus Art. 10BV sowie Art. 8EMRK und schliesslich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass die ärztliche Behandlung mit aller Sorgfalt zu erfolgen hat, was wohl ohne Führen einer Krankengeschichte nicht denkbar ist<sup>9</sup>.

Die Ausgestaltung der Dokumentationspflicht in den einzelnen Kantonen ist sehr unterschiedlich.

Der Kanton Basel-Stadt beispielsweise hat in § 16 der Verordnung zum Spitalgesetz<sup>10</sup> den Grundsatz festgehalten, dass über jeden Patienten eine Krankengeschichte zu führen ist, jedoch keinerlei Bestimmung über den Mindestinhalt der Krankengeschichte aufgestellt.

Auch der Kanton Basel-Landschaft hat in § 10 der Patientenverordnung<sup>11</sup> lediglich die Pflicht normiert, über jeden Patienten eine Krankengeschichte zu führen, den Mindestinhalt der Krankengeschichte jedoch ebenfalls nicht angesprochen.

Der Kanton Bern hingegen hat in Art. 26 des Gesundheitsgesetzes<sup>12</sup> die Dokumentationspflicht auch inhaltlich umrissen, indem sich diese auf die Sachverhaltsfeststellungen, die Diagnose, die angeordneten Therapieformen sowie Ablauf und Gegenstand der Aufklärung erstrecken soll.

### **\*\* HAVE 2009 Seite 352 \*\***

Der Kanton Zürich hat in seinem Patientinnen- und Patientengesetz<sup>13</sup> vom 5. April 2004 in § 17 wiederum lediglich die grundsätzliche Pflicht zur Führung einer schriftlichen oder elektronischen Patientendokumentation statuiert<sup>14</sup>.

## **III. Das Einsichtsrecht des Patienten**

### **A. Im öffentlichen Behandlungsverhältnis**

Im Rahmen des öffentlichen Behandlungsverhältnisses ist das eidgenössische Datenschutzgesetz nicht

anwendbar. Das Einsichtsrecht als solches sowie dessen Umfang bestimmen sich daher nach der kantonalen Spital- und Gesundheitsgesetzgebung sowie dem kantonalen Datenschutzgesetz. Indes dürfen die kantonalen Regelungen das grundsätzlich durch Art. 10BV und Art. 8EMRK gewährleistete Einsichtsrecht nicht einschränken. Vom Einsichtsrecht ausgeschlossen werden häufig die persönlichen Notizen der Ärzte, des Pflegepersonals oder des Betreuungsteams<sup>15</sup>. Diese Einschränkung ist unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Zum einen wird dadurch das Recht des Patienten auf umfassende Information zugunsten eines wenig Konturen aufweisenden Interesses des Arztes zurückgedrängt. Sodann hat der Arzt in seinen eigenen Aufzeichnungen von tendenziösen Anmerkungen Abstand zu nehmen<sup>16</sup>, sofern solche nicht gerade zum Zweck der Dokumentation eines bestimmten Krankheitsbildes dienen. Dann gehören sie aber zur Krankengeschichte und sind offenzulegen.

Das Einsichtsrecht des Patienten kann eine Einschränkung nur erfahren, wenn diese entweder im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt oder überwiegende Drittinteressen vorliegen. Bei der angesprochenen Situation liegt jedoch weder das eine noch das andere vor.

Regelmässig kann der Patient - häufig bloss gegen Entrichtung einer Gebühr - Kopien der Krankengeschichte herausverlangen, die Krankengeschichte selbst bleibt aber Eigentum des Spitals<sup>17</sup> und soll dort in den meisten Kantonen während 10 Jahren aufbewahrt bleiben. Fraglich bleibt, ob derartige kantonale Regelungen im Hinblick auf das verfassungsmässig garantierte Recht auf persönliche Freiheit und Selbstbestimmung<sup>18</sup> Bestand haben können oder ob dem Patienten nicht unter Vorbehalt höherwertiger öffentlicher Interessen ein Anspruch auf Herausgabe der Krankengeschichte im Original einzuräumen ist<sup>19</sup>.

Im Gegensatz zur eigentlichen Krankengeschichte stehen Röntgenbilder im Eigentum des Patienten und sind ihm daher herauszugeben<sup>20</sup>.

Das Einsichtsrecht des Patienten bezieht sich auf alles, was tatsächlich Bestandteil der Krankengeschichte bildet, unabhängig davon, ob eine Pflicht zur Dokumentation entsprechender Vorkehrungen besteht. Sofern tatsächlich eine Dokumentation erstellt wurde, steht es daher nicht im Belieben des Krankenhausträgers, diese unter Hinweis auf die Freiwilligkeit der Dokumentation zu vernichten. Dies hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 23. November 2004<sup>21</sup> dem Kanton Basel-Stadt in Erinnerung rufen müssen, welcher die Vernichtung zweier Videokassetten, auf denen eine Operation aufgezeichnet wurde, mit der Begründung zu rechtfertigen versuchte, dass keine Verpflichtung zur Erstellung von Operationsvideos bestehe.

## **B. Im privatrechtlichen Behandlungsverhältnis**

Im privatrechtlichen Behandlungsverhältnis besteht das Einsichtsrecht des Patienten zunächst gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR, woraus sich eine umfassende Informationspflicht des Arztes und das spiegelbildliche Einsichtsrecht des Patienten ergibt<sup>22</sup>. Zusätzlich kann sich der Patient auf Art. 8DSG berufen, wonach der Inhaber einer Datensammlung die betroffene Person über alle in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über deren Herkunft zu orientieren hat<sup>23</sup>. Danach gibt es aber keine geheimen Angaben, Urkunden oder Notizen, in welche der Patient keine Einsicht nehmen darf. Die von manchen kantonalen Gesetzen vorgesehene Einschränkung des Einsichtsrechts in die persönlichen Notizen des Arztes ist daher im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 lit. a) DSG ausgeschlossen<sup>24</sup>.

Umstritten ist vor allem, ob der Arzt die Krankengeschichte bloss vorzulegen oder herauszugeben hat<sup>25</sup>. Weil weder das Datenschutzgesetz noch das Auftragsrecht des OR Bestimmungen zur Beantwortung dieser Frage enthalten, ist sie im Lichte der beidseitigen Interessenlage zu beleuchten. Die Dokumentationspflicht und damit das Führen einer Krankengeschichte besteht als eine aus dem Auftrag fließende

### **\*\* HAVE 2009 Seite 353 \*\***

Nebenpflicht des Arztes ausschliesslich im Interesse des Patienten, auch wenn sich der Arzt damit gleichzeitig ein Arbeitsinstrument für die Behandlung des Patienten anlegt. Zumindest nach Beendigung des Auftragsverhältnisses ist daher ein Anspruch des Patienten auf Herausgabe der Krankengeschichte sowie der übrigen Berichte, Befunderhebungen und sonstigen Urkunden im Original zu bejahen<sup>26</sup>. Dem Arzt ist im Hinblick auf einen allfällig künftigen Vorwurf eines Behandlungsfehlers zu gestatten, auf eigene Rechnung Kopien der Krankengeschichte und der diese ergänzenden Urkunden erstellen zu lassen<sup>27</sup>. Im Arzthaftpflichtprozess wird auch unter der Herrschaft der Eidgenössischen ZPO diejenige Partei, die nicht im Besitze der Originalunterlagen ist, ohnehin deren Vorlage verlangen können<sup>28</sup>, sodass eine Fälschung des Originals beim Vorliegen von Kopien bloss geringe Erfolgchancen besitzen dürfte. Stehen ureigene Interessen des Patienten einem umfassenden

Einsichtsrecht in die Krankenunterlagen entgegen, kann das Einsichtsrecht im Sinne eines therapeutischen Privilegs, soweit zum Schutze des Patienten nötig, eingeschränkt werden <sup>29</sup>. In jedem Fall wird das therapeutische Privileg nur in Ausnahmefällen und im Hinblick auf mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretende gravierende Gesundheitsschädigungen zur Verweigerung der Auskunftserteilung herangezogen werden dürfen <sup>30</sup>.

#### **IV. Die Art der Dokumentation**

Bestens bekannt sind die in einem atypischen Format daherkommenden kartonartigen Formulare, auf welchen der Arzt handschriftlich und häufig nur schwer lesbar seine Notizen anbringt. Gegen diese Art der Dokumentation wird auch weiterhin nichts einzuwenden sein, soweit von einer allgemeinen Lesbarkeit ausgegangen werden kann <sup>31</sup>. Von ihrer Form her bietet sie eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Inhalts der Aufzeichnungen. Weil Manipulationen durch nachträgliche Streichung der bisherigen oder Einfügung neuer Aufzeichnungen nicht unbemerkt bleiben würden, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Inhalts der Aufzeichnungen. Die oftmals verschiedenen Schreibgeräte sowie die Abgegriffenheit des Papiers verleihen dieser Art der Dokumentation eine hohe Authentizität <sup>32</sup>.

Der Arzt hat alle wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Bewandnisse, Gegebenheiten und Massnahmen in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form festzuhalten. Nicht erforderlich ist, dass ein Laie die Aufzeichnungen sofort verstehen kann, sondern es ist ihm zuzumuten, diesbezüglich fachliche Hilfe beizuziehen. Stichwortartige Aufzeichnungen genügen, sofern Irrtümer beim nachbehandelnden Arzt ausgeschlossen bleiben <sup>33</sup>. So ist es beispielsweise ausreichend, für die Lagerung einer Patientin bei einer Bandscheibenoperation die Knie-Ellenbogen-Lage, die sogenannte "Häschenstellung" mit einem Symbol von zwei Hasenohren zu dokumentieren <sup>34</sup>.

Erfolgt die Dokumentation in elektronischer Form, muss durch die Wahl eines geeigneten Programms sichergestellt sein, dass Manipulationen jeder Art ausgeschlossen sind. Das eingesetzte Informatiksystem muss insbesondere sicherstellen, dass

- - die Daten ihrem Ursprung zugeordnet werden können (Authentizität)
- - die Daten während der Bearbeitung unverfälscht, vollständig und widerspruchsfrei bleiben (Integrität)
- - dokumentiert wird, wer welche Daten zu welchem Zweck im System eingegeben, verändert oder gelöscht hat (Revisionsfähigkeit)
- - die Daten für die Einsichtnahme und Herausgabe verfügbar sind <sup>35</sup>.

Die Aufzeichnung der Dokumentation mit einem diesen Anforderungen nicht entsprechenden Programm muss als mangelhaft bezeichnet werden. Es dürfte auch nicht ausreichend sein, wenn zwar die Urheberschaft der Daten unmittelbar ersichtlich wird und die Berichtigung einer Eintragung durch eine entsprechende Ergänzung erfolgen soll, wie dies beispielsweise das Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich in § 17 Abs. 3 vorschreibt. Soweit ersichtlich existiert zu dieser Frage in der Schweiz keine Rechtsprechung. In

**\*\* HAVE 2009 Seite 354 \*\***

der Literatur <sup>36</sup> wird die Anwendung eines gegen nachträgliche Veränderungen immunen EDV-Programms befürwortet, weil nur auf diesem Weg einer elektronischen Behandlungsdokumentation Beweiskraft zuerkannt werden kann.

In Deutschland wird diesbezüglich eine andere Auffassung vertreten und die Überzeugungskraft einer EDV-gestützten Krankendokumentation nicht schon dadurch als beeinträchtigt angesehen, weil das vom Arzt verwendete Computerprogramm nicht gegen nachträgliche Veränderungen gesichert ist <sup>37</sup>. Diese Haltung besteht aber vor dem Hintergrund, dass nach der deutschen Rechtsprechung der Schutzzweck der ärztlichen Dokumentationspflicht in erster Linie auf therapeutische Belange hinzielt und insbesondere die Beweisbarkeit eines Behandlungsfehlers nur als Reflexwirkung der Erfüllung dieses Hauptzweckes angesehen wird <sup>38</sup>. Hierauf wird im Einzelnen noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.

#### **V. Zeitpunkt der Dokumentation**

Die Dokumentation hat zeitnah zu der fraglichen Behandlung oder dem zur Diskussion stehenden Eingriff zu erfolgen <sup>39</sup>. Insbesondere bei gefährlichen und komplizierten Operationen oder Behandlungen hat die Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit den entscheidenden Vorkehrungen zu erfolgen. Bei einfachen und unkomplizierten Eingriffen oder Behandlungen können die Anforderungen an die zeitliche Nähe der Dokumentation wohl etwas gelockert werden und es dürfte dem Arzt gestattet sein, die Dokumentation aus dem Gedächtnis zu

erstellen<sup>40</sup>. Wann eine Aufzeichnung noch als rechtzeitig und somit grundsätzlich beweistauglich anzusehen ist, kann letztlich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. In jedem Fall kann jedoch einem sieben Jahre nach der Operation verfassten Operationsbericht nur die Bedeutung einer blossen Parteibehauptung zukommen<sup>41</sup>.

## **VI. Inhalt und Umfang der Dokumentationspflicht**

Über den Inhalt der vom Arzt zu dokumentierenden Vorgänge lässt sich dem Auftragsrecht nichts entnehmen. Um den Inhalt und den Umfang der Dokumentation festzulegen, scheint es daher richtig zu sein, auf den Zweck dieser auftragsrechtlichen Nebenpflicht zurückzugreifen. Als solche gelten die Therapiesicherung, die Sicherung der Rechenschaftsablegung sowie die Beweissicherung<sup>42</sup>.

In seinem Urteil vom 23. November 2004<sup>43</sup> hat das Bundesgericht Folgendes festgehalten:

*"Um ihren Zweck zu erfüllen, muss die Krankengeschichte vollständig sein. Sie darf keine Lücken aufweisen und sie muss so abgefasst sein, dass über die wirklichen Geschehnisse informiert wird und Irrführungen oder Missverständnisse vermieden werden."*

Im Lichte dieser Zweckbestimmung müssen die ärztlichen Aufzeichnungen in der Krankengeschichte Aufschluss geben über

- - die Sachverhaltsfeststellungen des Arztes samt Anamnese, Krankheitsverlauf, differenzierter Diagnose sowie Angaben über das persönliche Umfeld des Patienten
- - die angeordneten und durchgeführten therapeutischen Massnahmen unter Angabe von Art und Dosierung einer Medikation sowie sämtlicher Therapieformen einschliesslich Eingriffen und Operationen
- - und schliesslich detaillierte Angaben über Ablauf, Inhalt und Gegenstand der Eingriffs- und Sicherungsaufklärung sowie der Aufklärung über die wirtschaftlichen Sachverhalte<sup>44</sup>.

Ebenso zu dokumentieren sind Ratschläge im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme eines Spezialisten sowie ärztliche Anweisungen in Bezug auf die Lebensführung. Ergibt das aufgezeichnete EKG Anzeichen für eine bedeutsame kardiale Erkrankung, so ist nicht nur der Arzt, der das EKG aufgezeichnet hat, sondern auch der die Behandlung fortsetzende Arzt verpflichtet, dem Patienten die erforderliche Aufklärung über die sich aus dem EKG ergebenden Risiken zu erteilen, und die entsprechende Aufklärung ist dokumentationspflichtig<sup>45</sup>. Ebenso dokumentationspflichtig ist die Weigerung eines Patienten, sich einer dringend erforderlichen Untersuchung zur Abklärung der akuten Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden Herzinfarktes zu unterziehen<sup>46</sup>.

### **\*\* HAVE 2009 Seite 355 \*\***

Nicht als dokumentationspflichtig wurde die Weigerung einer Patientin erachtet, sich trotz des Verdachts auf eine Aids-erkrankung einer Blutuntersuchung auf HIV-Antikörper zu unterziehen<sup>47</sup>.

Allgemein gesagt sind dokumentationspflichtig alle für die Behandlung wichtigen Umstände, d.h. die für Diagnose, Krankheitsverlauf und Therapie wesentlichen medizinischen Fakten, welche erforderlich sind, damit sich Arzt und gegebenenfalls Pflegepersonal über den Verlauf der Krankheit und die bisherige Behandlung für ihre künftigen Entscheidungen angemessen informieren können<sup>48</sup>. Selbstverständliche Routinemassnahmen müssen dabei ebenso wenig dokumentiert werden wie blosser Vermutungen des Arztes über ungesicherte Befunde, wobei auf der anderen Seite eine Verdachtsdiagnose, die sich trotz eingeleiteter Behandlungsmassnahmen nicht bestätigen lässt, dokumentiert werden sollte<sup>49</sup>.

Neben der lückenlosen Führung der Krankengeschichte trifft den Arzt eine Aufbewahrungspflicht bezüglich sämtlicher ihm auch von dritter Seite zugegangener Dokumente, wie beispielsweise die Ergebnisse diagnostischer Abklärungen - zu denken ist an Röntgenbilder, CT, MRI, Laboranalysen, EKG-, EEG- und EMG-Befunde - Aufzeichnungen über diagnostische, therapeutische und pflegerische Tests und Massnahmen, Operationsberichte sowie Angaben von Drittpersonen und persönliche Notizen des Arztes und des Pflegepersonals<sup>50</sup>.

#### **A. Zur Dokumentation der Operation**

Der Operationsbericht muss eine stichwortartige Beschreibung der jeweiligen Eingriffe und Angaben über die hierbei angewandte Technik enthalten, jedoch keine Wiedergabe von medizinischen Selbstverständlichkeiten<sup>51</sup>.

So hat beispielsweise der Augenarzt die Einzelheiten der Laserbehandlung in einem Operationsbericht festzuhalten, wobei der Typ des eingesetzten Geräts, die Zielrefraktion, die Zahl der applizierten Pulse

und der Umfang des pro Puls abgetragenen Gewebes anzugeben ist <sup>52</sup>. Bei einer Lymphknotenentnahme am Hals gehört die Läsion des Nervus accessorius zu den typischen und gefürchteten Komplikationen. Dem Operationsbericht muss daher zu entnehmen sein, auf welche Weise der Operateur der Schonung des Nervus accessorius Rechnung getragen hat und ob nach dem operativen Eingriff der Chirurg nachgeprüft hat, ob nicht eine Schädigung des Nervus accessorius anlässlich des Eingriffes eingetreten ist. Auch sollte dokumentiert sein, ob Wundhaken oder Haltefäden verwendet wurden <sup>53</sup>.

Muss der Operateur vor der Entfernung eines in unmittelbarer Nähe des Nervus ulnaris gelegenen Tumors zur Vermeidung einer Nervenschädigung eine Blutsperre anlegen, ist diese im Operationsbericht zu dokumentieren <sup>54</sup>.

Der Vermerk "Schwere Schulterentwicklung" im Geburtsbericht reicht zur erforderlichen Dokumentation der Lösung einer Schulterdystokie des Kindes während der Geburt nicht aus. Kann infolge unterbliebener Dokumentation nicht mehr festgestellt werden, wie die Schulterdystokie gelöst worden ist, so lässt dies zugunsten des klagenden Kindes die Vermutung zu, dass dabei nicht lege artis vorgegangen worden ist <sup>55</sup>.

## **B. Die Dokumentation der Aufklärung**

Auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff in die körperliche Integrität stellt eine rechtswidrige Handlung dar, sofern sie nicht durch eine gültige Einwilligung des Patienten als gerechtfertigt erscheint <sup>56</sup>. Bei dieser Ausgangslage trägt der Arzt im Rahmen der Eingriffsaufklärung die Beweislast dafür, dass der Patient in den operativen Eingriff gültig eingewilligt hat <sup>57</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Arzt diesen Beweis nicht mit einem allgemeinen Vermerk in der Krankengeschichte erbringen, wonach der Patient über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden sei und er in den Eingriff eingewilligt habe <sup>58</sup>. Um sich den Beweis der gehörig erfolgten Eingriffsaufklärung zu sichern, ist der Arzt gehalten, das Aufklärungsgespräch in der Krankengeschichte stichwortartig zu umreißen, unter Angabe von Inhalt, Ort, Dauer, Zeit und Person des Aufklärenden. Daraus muss hervorgehen, über welche Risiken informiert wurde, welche zusätzlichen Fragen dem Patienten beantwortet wurden und

**\*\* HAVE 2009 Seite 356 \*\***

ob der Patient vorbehaltlos in die bevorstehende Operation einwilligte. Der Arzt ist gut beraten, neben diesem Eintrag in die Krankengeschichte den Inhalt des Aufklärungsgesprächs dem Patienten zur unterschriebenen Genehmigung zuzustellen <sup>59</sup>. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass Aufklärungsformulare, auch wenn sie vom Patienten unterzeichnet werden, für sich allein genommen keine Gewähr für die richterliche Annahme ausreichender Aufklärung bieten.

Anders gestaltet sich die Ausgangslage bei der Sicherungs- oder therapeutischen Aufklärung sowie bei der Aufklärung über wirtschaftliche Sachverhalte, insbesondere über die Leistungspflicht der Versicherer bezüglich der in Aussicht stehenden ärztlichen Verrichtung. Diese Aufklärungspflichten stellen Bestandteil der ärztlichen Behandlung dar, sodass eine unvollständige oder gänzlich fehlende Aufklärung als Behandlungsfehler zu qualifizieren ist, mit der Konsequenz, dass nicht der Arzt, sondern der Patient die Beweislast für Bestand und Umfang dieses Fehlers trägt <sup>60</sup>. Die erfolgte Sicherungsaufklärung ist wie die übrige ärztliche Behandlung in der Krankengeschichte zu dokumentieren.

## **VII. Die Folgen der Verletzung der Dokumentationspflicht**

Im Arzthaftpflichtprozess hat der Patient den Behandlungsfehler sowie dessen Ursächlichkeit für die eingetretene Gesundheitsschädigung nachzuweisen <sup>61</sup>. Die beweisbelastete Partei hat diesen Nachweis grundsätzlich mit dem Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Damit die Durchsetzung des materiellen Rechts aber nicht in all jenen Fällen an Beweisschwierigkeiten scheitert, in welchen typischerweise ein strikter Beweis nach der Natur der Sache unmöglich oder unzumutbar ist, begnügt sich die Praxis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit - mitunter wird dieses Beweismass auch als hohe Wahrscheinlichkeit bezeichnet, ohne dass sich jedoch am Ergebnis etwas ändern würde <sup>62</sup> -, was zunächst im Bereich des natürlichen Kausalzusammenhangs der Fall ist <sup>63</sup>. Nach diesem Beweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptungen nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen <sup>64</sup>.

Der Nachweis des Behandlungsfehlers ist vom Patienten mit dem Regelbeweismass der an Sicherheit

grenzenden Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Zwar hat das Bundesgericht in BGE 120 II 248 festgehalten, dass unter bestimmten Umständen der Eintritt einer mit der ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehenden Schädigung eine tatsächliche Vermutung einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung begründe, wobei diese Vermutung keine Umkehr der Beweislast zur Folge haben soll, sondern lediglich der Beweiserleichterung diene. In einem rund sechs Jahre später ergangenen Entscheid<sup>65</sup> wurde die Tragweite jenes Entscheides stark relativiert, indem das Bundesgericht festhielt, dass nicht bei jeglicher Verschlechterung des Gesundheitszustandes während einer ärztlichen Behandlung eine natürliche Vermutung für eine Sorgfaltswidrigkeit spreche, und in Erinnerung rief, dass schon im früheren Entscheid dessen Tragweite ausdrücklich auf die infrage stehende konkrete Art der Injektion beschränkt und festgehalten wurde, dass die dort geäußerte Rechtsauffassung nicht ohne Weiteres auf Infektionsfälle, die mit einer anders gearteten ärztlichen Behandlung zusammenhängen, übertragen werden dürfe. Der Entscheid wurde in der Lehre denn auch kritisiert<sup>66</sup>. Obwohl jener Entscheid durchaus in die richtige Richtung weist, wird man wegen seines eng umrissenen Anwendungsbereiches nicht in allgemeiner Hinsicht davon ausgehen dürfen, dass im Arzthaftungsprozess der Nachweis des Behandlungsfehlers a priori mit Beweiserleichterungen einhergeht, sondern der vorsichtige Kläger wird die Dichte und die Substanziierung seiner Vorbringen am Regelbeweismass orientieren.

Nun wird aber in der Rechtsprechung und in der Literatur immer wieder auf Beweiserleichterungen hingewiesen, welche dem Patienten bei bestimmten Konstellationen für den Beweis des Behandlungsfehlers zugute kommen sollen. In seinem Urteil vom 23. November 2004<sup>67</sup>, in welchem es um die Haftung des

### **\*\* HAVE 2009 Seite 357 \*\***

Kantons Basel-Stadt für eine im Kantonsspital Basel sehr schlecht verlaufene Gehirnoperation ging, hat das Bundesgericht auf die von der Lehre befürworteten Beweiserleichterungen, die bis zu einer Umkehr der Beweislast führen können, in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt hingewiesen. Konsultiert man nun die vom Bundesgericht angegebene Literatur, stellt man fest, dass jene Autoren ihrerseits durchwegs auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre zurückgreifen und die dort geltenden Grundsätze ganz oder zum Teil auch für das schweizerische Recht als anwendbar bezeichnen<sup>68</sup>. Es ist daher nützlich, ja geradezu notwendig, dass an dieser Stelle die deutsche Rechtsprechung betreffend die Folgen einer fehlenden oder unzulänglichen Dokumentation vorgestellt wird<sup>69</sup>.

#### **A. Die deutsche Rechtsprechung**

Noch bis zum Ende der Siebzigerjahre ging die Rechtsprechung des BGH dahin, dass eine Pflicht des Arztes zur Dokumentation des Behandlungsgeschehens nicht bestehe und das Krankenblatt lediglich als eine Gedächtnisstütze des Arztes, ein von ihm oder für ihn gefertigtes Hilfsmittel darstelle, das ihm den jederzeitigen, raschen Überblick über den Verlauf der Krankheit und ihrer Behandlung ermöglichen und ihn damit vor allem bei der Durchführung der Therapie entlasten soll. Eine Verpflichtung des Arztes gegenüber dem Patienten zur Führung einer Krankengeschichte wurde verneint<sup>70</sup>. Beweisrechtliche Konsequenzen waren nach dieser Rechtsprechung bloss dann möglich, wenn der Arzt tatsächlich Aufzeichnungen gemacht hatte, diese jedoch vernichtete, unterdrückte oder im Prozess nicht herausgab. Erst in zwei grundlegenden Entscheiden im Jahre 1978<sup>71</sup> wich der BGH von dieser Rechtsprechung ab und bejahte eine Pflicht zu angemessener Dokumentation, welche als Ausfluss der therapeutischen Pflicht des Arztes gegenüber dem Patienten zu verstehen sei. Der BGH stellte schon damals den Aspekt in den Vordergrund, dass die weitere Behandlung des Patienten sowohl durch denselben Arzt als auch durch dessen zwangsläufigen oder frei gewählten Nachfolger durch eine unzulängliche Dokumentation entscheidend erschwert werden könne. Die Dokumentationspflicht wurde als Ausfluss einer allgemeinen Rechenschaftspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten verstanden, ähnlich jener, die bei der Verwaltung fremden Vermögens seit Langem selbstverständlich sei.

Weiter wies der BGH auf die Bedeutung der Dokumentationspflicht für die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess hin und stellte zunächst klar, dass sich beweisrechtliche Konsequenzen einer unzulänglichen Dokumentation nicht auf den Fall einer gezielten Beweisvereitelung beschränken liessen. Der BGH hielt Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast zugunsten des Patienten gehen können, für insoweit als geboten, als nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die volle Beweislast für einen Arztfehler angesichts der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse billigerweise nicht mehr zugemutet werden könne.

In der Folge hat die Rechtsprechung stets betont, dass die unterlassene Dokumentation selbst keine Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche biete, sondern nur dazu führen könne, dass dem

Patienten der durch sie erschwerte Beweis eines behaupteten Behandlungsfehlers erleichtert wird. Ebenso hat die Rechtsprechung stets hervorgehoben, dass die ärztliche Dokumentationspflicht vor allem therapeutischen Belangen diene und daher nur so weit gehe, als nach medizinischer Sicht eine Dokumentationspflicht bestehe, nicht aber auch danach, wie am besten Beweise für einen späteren Arzthaftungsprozess zu sichern seien <sup>72</sup>. Eine Ausnahme hiervon macht der BGH nur bei der Anfängerbehandlung bzw. der Anfängeroperation, wo die Rechtsprechung verlangt, dass der Anfänger die von ihm durchgeführte Behandlung detailliert beschreibt, weil nur so die Richtigkeit der Behandlung nachvollzogen werden kann. In diesen Fällen dient die Dokumentation, wie der BGH immer wieder deutlich gemacht hat, geradezu dem Zweck, dem Patienten den Nachweis eines möglichen Behandlungsfehlers zu erleichtern <sup>73</sup>.

Die im Falle einer unzulänglichen Dokumentation dem Patienten gewährten Beweiserleichterungen gehen dahin, dass die Vermutung begründet wird, wonach eine nicht dokumentierte Massnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist <sup>74</sup>. Dies gilt für die Nichtdokumentation aufzeichnungspflichtiger Behandlungsmassnahmen

**\*\* HAVE 2009 Seite 358 \*\***

oder einer zur ärztlichen Behandlung gehörenden Aufklärung in gleicher Weise wie für die Nichtdokumentation besonderer Gründe für eine bestimmte, vom Standard abweichende Massnahme. Eine solche Beweiserleichterung kommt aber erst dann in Betracht, wenn die trotz des Dokumentationsmangels feststellbaren tatsächlichen Umstände einen Behandlungsfehler ernstlich in Betracht kommen lassen <sup>75</sup>. Dasselbe gilt, wenn beispielsweise Röntgenbilder oder ein EKG aus vom Arzt zu vertretenden Gründen nicht mehr auffindbar sind und auf ihnen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positiver reaktionspflichtiger Befund erkennbar gewesen wäre. Diesfalls ist der Richter befugt, davon auszugehen, dass ein solcher Befund tatsächlich ersichtlich war <sup>76</sup>.

Die geschilderte Rechtslage gilt bloss für den Nachweis des Behandlungsfehlers, nicht aber auch für jenen des Kausalzusammenhanges zwischen (anzunehmendem) Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden. Eine über den Nachweis des Behandlungsfehlers hinausgehende Beweiserleichterung auch für den Beweis der Kausalität kann nach der Rechtsprechung des BGH dem Patienten nur dann zugute kommen, wenn der wegen des Fehlens der gebotenen Aufzeichnung indizierte Behandlungsfehler als grob zu bewerten <sup>77</sup> ist oder sich als Verstoss des Arztes gegen die Pflicht, medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben und zu sichern, darstellt und aus diesem Grund dem Patienten auch insoweit Erleichterungen für den Kausalitätsnachweis zuzubilligen sind <sup>78</sup>. Denn sowohl durch eine ärztliche Behandlung, die eindeutig gegen gesicherte und bewährte ärztliche Erkenntnisse und Erfahrungen verstösst, als auch dann, wenn der Arzt in ungewöhnlichem Ausmass einfache Diagnose- und Kontrollbefunde nicht erhebt, werden Aufklärungserschwernisse in das eigentliche Behandlungsgeschehen selbst hineingetragen, die sich insbesondere auch auf die Feststellung der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen auswirken <sup>79</sup>.

Die Art der Beweiserleichterung in Form einer vom Arzt widerlegbaren tatsächlichen Vermutung bewirkt im Ergebnis die Umkehr der Beweislast zulasten des Arztes <sup>80</sup>. Im Falle der Beweislosigkeit trägt er die Konsequenzen.

Soweit ersichtlich beruht die Rechtsprechung des BGH im Wesentlichen auf der Überlegung, dass es der Arzt durch eine vollständige Dokumentation in der Hand hat, das tatsächlich Geschehene aufzuzeichnen, und der Patient keine Nachteile dadurch zu gewärtigen haben soll, dass der Arzt dieser gegenüber dem Patienten obliegenden Verpflichtung nur unzulänglich oder gar nicht nachkommt. Der BGH hat denn auch wiederholt betont, dass die Dokumentationspflicht zwar in erster Linie therapeutische Ziele verfolge und keinen unmittelbaren Sicherungszweck im Hinblick auf künftige Haftpflichtprozesse beinhalte. Gleichzeitig hat die Rechtsprechung aber auch immer wieder betont, dass die Verletzung der Dokumentationspflicht in einem Prozess nicht ausser Betracht gelassen werden könne, weil der Arzt dadurch schuldhaft die Beweislage verschlechtere oder vereitere, was dem Patienten nicht zum Nachteil gereichen dürfe <sup>81</sup>. In der Literatur <sup>82</sup> wird denn auch zutreffend darauf hingewiesen, dass jeder Dokumentation zugleich auch Beweisfunktion zukomme und es lebensfremd erscheine, einer Dokumentationspflicht den Beweissicherungszweck abzusprechen.

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist sodann die Tendenz erkennbar, Beweiserleichterungen bei Dokumentationsmängeln auch dann anzunehmen, wenn die unterbliebene Dokumentation keine für die Behandlung notwendigen Daten und Fakten beschlägt. Beispielhaft seien die Fälle erwähnt, in denen bei einer Geburt eine Schulterdystokie auftritt. Bei dieser Komplikation bleibt die vordere kindliche Schulter nach

**\*\* HAVE 2009 Seite 359 \*\***

dem Austreten des Kopfes aus dem Geburtskanal an der Symphyse (Schambein) der Mutter hängen. Diese Situation erfordert ein rasches Eingreifen und das Lösen der Schulter, ansonsten dem Kind der Erstickungstod drohen kann. Kann der Tod des Kindes oder ein durch Sauerstoffmangel verursachter Zerebralschaden vermieden werden, treten gleichwohl häufig Skelettverletzungen, insbesondere Plexuspareesen auf. Wie der Arzt die Schulterdystokie löst, ist an und für sich für die Behandlung einer Plexusparese unerheblich. Gleichwohl haben verschiedene Oberlandesgerichte eine Verletzung der Dokumentationspflicht und eine darauf gründende Beweislastumkehr bejaht, sofern der entbindende Arzt im Geburtsbericht keine oder ungenügende Angaben über das Vorgehen zur Lösung der Schulterdystokie gemacht hat<sup>83</sup>. Dem Einwand des Arztes, die ungenügende Dokumentation habe keinen negativen Einfluss auf die angemessene Behandlung, wird damit begegnet, dass die beweisrechtliche Bedeutung der aus der Rechenschaftspflicht gegenüber dem Patienten abgeleiteten Dokumentationspflicht mit deren therapeutischen Bedeutung zur Sicherstellung einer sachgerechten Behandlung des Patienten nichts zu tun habe<sup>84</sup>. Der BGH hat diese Auffassung zumindest im Ergebnis gebilligt, indem er die eingelegte Revision nicht annahm.

## **B. Stand der Dinge in der Schweiz**

Im bereits erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 23. November 2004<sup>85</sup> hat das Bundesgericht wegen erheblicher Dokumentationsmängel - es verschwand eine Videokassette und der Operationsbericht erwies sich in verschiedener Hinsicht als falsch, lückenhaft oder irreführend - das Regelbeweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt, soweit es um den Nachweis eines Behandlungsfehlers ging.

Diese Rechtsprechung zielt zwar in die richtige Richtung, ist jedoch auf halbem Wege stehen geblieben.

Mit einer Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit verbleibt für den Patienten weiterhin eine grosse Unsicherheit, indem der Richter, auch wenn er vom richtigen Beweismass und vom zutreffenden Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgeht, im Rahmen der Beweiswürdigung immer noch über einen recht grossen Ermessensspielraum bei der Beantwortung der Frage verfügt, ob sich die Überzeugung im erforderlichen Grad eingestellt hat oder nicht. Lässt sich aufgrund der lückenhaften Dokumentation ein Geschehen nicht in der erforderlichen Weise rekonstruieren, wird dem Patienten eine blosse Beweiserleichterung häufig wenig nützen, weil bei offenem Beweisergebnis der Richter in diesem Fall zuungunsten des nach wie vor belasteten Patienten zu entscheiden hat<sup>86</sup>. Das Bundesgericht hat im bereits mehrfach angesprochenen Entscheid vom 23. November 2004 zur Frage, ob Dokumentationsmängel bloss zu einer Beweiserleichterung oder darüber hinausgehend zu einer eigentlichen Umkehr der Beweislast führen sollen, nicht abschliessend Stellung genommen. Auch wenn es der Klägerin bloss Beweiserleichterungen zugestanden hat, erteilte es der berechtigten Forderung nach einer Beweislastumkehr im Falle eines Dokumentationsmangels keine Absage.

Weil nur der Arzt Herr über die Krankengeschichte, insbesondere über den Operationsbericht ist und er aufgrund seiner umfassenden Rechenschaftspflicht zur wahrheitsgemässen und lückenlosen Aufzeichnung verpflichtet ist, gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben, dass der Arzt aus einer Verletzung der Dokumentationspflicht keine Vorteile ziehen darf. Verunmöglicht oder erschwert er die Aufklärung des Sachverhaltes durch eine lückenhafte oder gänzlich fehlende Dokumentation, muss dies beweisrechtlich im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast führen, indem eine natürliche Vermutung dahingehend Platz greift, dass das, was der Arzt nicht dokumentiert hat, auch tatsächlich nicht geschehen ist. Diese Konsequenz rechtfertigt sich umso mehr, als jeglicher Lebenserfahrung widerspricht, dass der Arzt einen Sachverhalt nicht dokumentiert hätte, der ihn im späteren Haftpflichtprozess entlasten könnte. Er kann diese tatsächliche Vermutung umstossen, wenn er beispielsweise durch Zeugenaussagen belegen kann, dass die nicht dokumentierte Vorkehr tatsächlich vorgenommen wurde.

Die von der deutschen Rechtsprechung aus einer mangelhaften Dokumentation gezogenen beweisrechtlichen

## **\*\* HAVE 2009 Seite 360 \*\***

Konsequenzen<sup>87</sup> fassen genau gleich wie die Kausalitätsvermutung bei einem groben Behandlungsfehler auf der Überlegung, dass der Arzt im Haftungsprozess keinen Nutzen aus den von ihm zu vertretenden Erschwernissen bei der Sachverhaltsaufklärung, sei es auf der Ebene des Behandlungsfehlers oder jener des Ursachenzusammenhanges ziehen soll. In beiden Fällen geht es nicht um eine Bestrafung des Arztes für eine irgendwie geartete Beweisvereitelung, sondern um eine

wertende Zuteilung der besonderen Schwierigkeiten, die tatsächlichen Geschehnisse zu ermitteln. Es geht um Wertungen nach dem Massstab von Treu und Glauben und um die Wiederherstellung der Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient.

Hierzulande wird denn auch von namhaften Autoren die Auffassung vertreten, dass im Falle einer Beweiserschwerung oder Beweisvereitelung im Ergebnis eine Umkehr der Beweislast Platz greifen soll.

Hans Merz hat im Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB (N 559) schon in den 60er-Jahren des letzten Jahrhunderts Folgendes postuliert:

*"Wird die Beweisführung des Gegners vereitelt, kann er sich nicht darauf berufen, dass der Beweis gescheitert sei, sondern hat selbst den Beweis des Gegenteils zu führen."*

Max Kummer hält im Berner Kommentar zu Art. 8 ZGB (N 191) eine Beweislastumkehr nur unter der einschränkenden Bedingung für vertretbar, dass der Gegner des an sich Beweisbelasteten die einzigen und nicht ersetzbaren Beweismittel in Kenntnis ihrer Bedeutung vernichtet. Weil jedoch die Umkehr der Beweislast kein pönales Element beinhaltet, ist die von Kummer aufgeführte Einschränkung durchaus nicht zwingend.

In jüngerer Zeit befürwortet Walter Fellmann im Berner Kommentar zu Art. 398 OR (N 448 ff.) die von der deutschen Lehre und Rechtsprechung gewährte Beweislastumkehr und unterstreicht die hiefür zutreffende Überlegung, dass ein pflichtwidrig handelnder Vertragspartner die Folgen seines eigenen Verhaltens tragen soll und somit auch für Beweiserschwerung oder Beweisvereitelung verantwortlich gemacht werden kann <sup>88</sup>.

Oskar Vogel und Karl Spühler in ihrem Werk über den Grundriss des Zivilprozessrechts <sup>89</sup> halten die Umkehr der Beweislast dann für gerechtfertigt, wenn der Gegner des Beweisführers durch sein Verhalten dessen Beweislage erschwert oder ihm den Beweis vereitelt.

Die vorstehend genannten beweisrechtlichen Konsequenzen sollten aber nicht bloss für den Nachweis des Behandlungsfehlers, sondern in gleichem Masse für den Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden gelten, liegen doch insoweit die gleichen Verhältnisse vor, wenn wegen der mangelhaften Dokumentation nicht mehr nachgewiesen werden kann, inwieweit eine Sorgfaltspflichtverletzung ursächlich für die negative gesundheitliche Entwicklung war. Auch hinsichtlich des Kausalzusammenhanges hat daher die Vermutung Platz zu greifen, dass bei sorgfaltsgemäsem Vorgehen der Verlauf ein besserer gewesen wäre <sup>90</sup>. Diese Problematik stellt sich insbesondere bei verspätet gestellten Krebsdiagnosen, bei welchen der Haftpflichtige regelmässig einwenden wird, dass auch bei rechtzeitiger Erkennung des Tumors der Patient gleichwohl gestorben wäre.

### **C. Thesen**

Zusammenfassend lassen sich die vorstehenden Ausführungen in folgende Thesen fassen:

- - Die beweisrechtliche Stellung des Patienten darf durch einen vom Arzt zu vertretenden Dokumentationsmangel nicht verschlechtert werden. Dabei ist unerheblich, ob im Vorgehen des Arztes eine gezielte Beweisvereitelung zu erblicken ist.
- - Ein Dokumentationsmangel führt zu einer vom Arzt widerlegbaren tatsächlichen Vermutung, dass die nicht dokumentierte Vorkehr tatsächlich nicht vorgenommen wurde.
- - Sind Krankenunterlagen aufgrund vom Arzt zu vertretender Umstände nicht mehr auffindbar, greift eine tatsächliche Vermutung Platz, dass mit dem verschwundenen Dokument der Behandlungsfehler hätte bewiesen werden können bzw. dass damit der Beweis für die Erkennbarkeit einer tatsächlich nicht gestellten Diagnose hätte erbracht werden können, sofern der Behandlungsfehler bzw. die unterbliebene Diagnose wenigstens generell geeignet war, einen Gesundheitsschaden der eingetretenen Art herbeizuführen.
- - Kann wegen eines Dokumentationsmangels der hypothetische Verlauf einer Krankheit nicht mehr festgestellt werden, so greift die vom Arzt widerlegbare tatsächliche Vermutung Platz, dass der

**\*\* HAVE 2009 Seite 361 \*\***

- Behandlungsfehler ursächlich für den eingetretenen Gesundheitsschaden war <sup>91</sup>.

Wenn vorstehend wiederholt von einer Umkehr der Beweislast gesprochen wurde, so wird dabei nicht verkannt, dass die natürliche Vermutung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Beweiserleichterung dient, aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge haben soll <sup>92</sup>. Das Bundesgericht weist die natürliche Vermutung der Beweiswürdigung zu und spricht von einer

Erscheinungsform des Indizienbeweises<sup>93</sup>, wobei der Arzt den Gegenbeweis führen kann. Indes führt die Tatsachenvermutung im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast, wie das wohl diesbezüglich prominenteste Beispiel im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum in der Zwischenzeit aufgehobenen Art. 153 ZGB gezeigt hat. Danach wurde aus der fünfjährigen Dauer des Konkubinates eine tatsächliche Vermutung derart stabiler Verhältnisse abgeleitet, dass sie die Aufhebung der Scheidungsrente rechtfertigten, wobei dem Berechtigten der Gegenbeweis bezüglich der Qualität der Lebensgemeinschaft offenstand<sup>94</sup>. Deswegen dürfte es nicht falsch ein, wenn im Ergebnis von einer Umkehr der Beweislast gesprochen wird. Im Falle der Beweislosigkeit wird sich die Tatsachenvermutung zulasten des Arztes auswirken.

\* Rechtsanwalt, Basel.

<sup>1</sup> Fellmann Walter, Die Haftung des Privatärztes und des Privatspitals, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Forum Gesundheitsrecht, Zürich 2002, 64 (zit. Privatarzt).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Pribnow Volker, Die überwiegende Undurchsichtigkeit - wie viel Beweis für welches Mass?, in: HAVE 2009, 158 ff.

<sup>3</sup> Fellmann Walter, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich 2007, 112; BGE 132 III 359 E. 3.1. (zit. Arztrecht).

<sup>4</sup> BGE 110 II 375.

<sup>5</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung Fellmann, Privatarzt, 50 ff.

<sup>6</sup> Wiegand Wolfgang, Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 197 (zit. Aufklärungspflicht); Fellmann, Arztrecht, 136.

<sup>7</sup> Die Standesordnung der FMH ist abrufbar unter [www.fmh.ch/fmh/rechtliche\\_grundlagen/standesordnung.html](http://www.fmh.ch/fmh/rechtliche_grundlagen/standesordnung.html).

<sup>8</sup> Vgl. zum Begriff des öffentlichen Spitals Fellmann, Arztrecht 159. Zur Frage, ob Bundesprivatrecht oder kantonales öffentliches Recht bei der Behandlung von Privatpatienten durch den Chefarzt zur Anwendung kommt, vgl. BGE 122 III 101 ; 112 Ib 334; Fellmann, Arztrecht, 159 ff.; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, 463.

<sup>9</sup> Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, Rz. 147; Fink Claudia, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Bern 2008, 183; Roggo Antoine, Aufklärung des Patienten: Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002, 206 ff.

<sup>10</sup> SG 330.110.

<sup>11</sup> SGS 930.15.

<sup>12</sup> BSG 811.01.

<sup>13</sup> OS 813.13.

<sup>14</sup> Vgl. auch die Nachweise bei Poledna/Berger (Fn. 9), in Fn. 233.

<sup>15</sup> So z.B. in § 11 Abs. 4 der Patientenverordnung BL; § 17 Abs. 2 der Verordnung zum Spitalgesetz BS; Art. 39a Abs. 3 lit. a des Gesundheitsgesetzes BE; § 27 Abs. 1 des Patientendekretes AG (SAR 333.110).

<sup>16</sup> So zutreffend Roggo (Fn. 9), 215.

<sup>17</sup> Abs. 1 Spitalverordnung BS; § 18 Patientinnen- und Patientengesetz ZH.

<sup>18</sup> Art. 10BV.

<sup>19</sup> So zutreffend Poledna/Berger (Fn. 9), Rz. 147.

<sup>20</sup> So z.B. § 16 Abs. 2 der Verordnung zum Spitalgesetz BS.

<sup>21</sup> Urteil 4C.378/1999 vom 23. 11.2004, Erw. 3.3.

<sup>22</sup> Wiegand, Aufklärungspflicht, 200.

<sup>23</sup> Art. 8 Abs. 2 lit. a) DSG.

<sup>24</sup> Ramer, Datenschutz und Arztpraxis, in: Hürlimann Barbara/Jakobs Reto/Poledna Tomas (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, 37.

<sup>25</sup> Fellmann Walter, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Der einfache Auftrag, Art. 394 ff., OR, Bern 1992, OR400, N 139 (zit. BK-Fellmann).

<sup>26</sup> Die FMH empfiehlt auf ihrer Webseite ihren Mitgliedern die Herausgabe der Krankengeschichte im Original schon aus praktischen Gründen, sei es um die Kopierkosten zu sparen, sei es um Platz in den notorisch überfüllten Archiven zu schaffen. Vgl. [www.fmh.ch/service/recht/\\_service/krankengeschichte\\_doc.html](http://www.fmh.ch/service/recht/_service/krankengeschichte_doc.html).

<sup>27</sup> So zutreffend Ramer (Fn. 24), 42; Poledna/Berger (Fn. 9) Rz. 152; a. M. BK-Fellmann, OR400, N. 140; Roggo (Fn. 9), 213; BJM 1986, 205, in welchem Urteil der Arzt als berechtigt erklärt wurde, seine höchstpersönlichen Aufzeichnungen in der Krankengeschichte geheim zu halten und im Übrigen dazu verpflichtet wurde, der Patientin die Krankenunterlagen in Kopie oder Abschrift herauszugeben.

<sup>28</sup> Art. 180 E ZPO.

<sup>29</sup> BGE 122 I 153 E. 6 c) cc); Roggo, (Fn. 9), 224.

- 30 Zutreffend Ramer (Fn. 24), 40.; vgl. für das deutsche Recht BGH, Entscheidung vom 23.11.1982 (VI ZR 222/79, Bremen)= VersR 1983, 264 ff.
- 31 Stenografische Notizen sollten angesichts der heute wenig verbreiteten Kenntnisse dieses Schriftbildes vermieden werden.
- 32 Muschner Jens, Der prozessuale Beweiswert ärztlicher (EDV-) Dokumentation, VersR 2006, 622.
- 33 Uhlenbruck Wilhelm/Schlund Gerhard H., Die ärztliche Dokumentationspflicht, in: Laufs Adolf/Uhlenbruck Wilhelm (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 59, N 11 (zit. Uhlenbruck/Schlund).
- 34 BGH, Entscheidung vom 24. Januar 1984 (VI ZR 203/82, Hamm) = VersR 1984 386 ff.
- 35 So die vorbildliche Regelung in Art. 4 PatV/BE; BSG 811.011.
- 36 Fellmann, Arztrecht, 137.
- 37 OLG Hamm, Urteil vom 26.1.2005 (3 U 161/04) = VersR 2006, 842.
- 38 Muschner (Fn. 32), 624.
- 39 Roggo (Fn. 9) 208, Uhlenbruck/Schlund, § 59 N 12.
- 40 Uhlenbruck/Schlund, § 59 N 12.
- 41 BGE 113 II 430 .
- 42 Fellmann, Arztrecht, 137; Uhlenbruck/Schlund, § 59 N 5.
- 43 4C.378/1999, E. 3.3.
- 44 Fellmann, Arztrecht, 137; Uhlenbruck/Schlund § 59 N 9; Laufs Adolf, Die Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, in: Laufs Adolf/Uhlenbruck Wilhelm (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 111, N 3 (zit. Laufs); Hausheer Heinz, Unsorgfältige ärztliche Behandlung, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band V, Schaden-Haftung-Versicherung, Basel 1999, Rz. 15.104.
- 45 OLG Köln, Entscheidung vom 10.4.1991 (27 U 35/90) = VersR 1992, 1231.
- 46 OLG Bamberg, Urteil vom 4.7.2005 (4 U 126/03) = VersR 2005, 1292.
- 47 OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.4.1994 (8 U 23/92) = VersR 1995, 339.
- 48 Roggo (Fn. 9), 209.
- 49 Uhlenbruck/Schlund, § 59, N 10.
- 50 Wiegand (Fn. 6), 199.
- 51 OLG Oldenburg, Urteil vom 30. Januar 2008 (5 U 92/06) = VersR 2008, 691; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.1990 (8 U 110/98) = VersR 1991, 1176 ff.
- 52 OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.1999 (8 U 184/98) = VersR 2001, 374.
- 53 Vgl. zu der bei der Entfernung eines Lymphknotens zu beachtenden Sorgfalt OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.1.1984 (8 U 161/81) = VersR 1984, 1045; OLG Hamm, Urteil vom 3.3.1993 (3 U 198/91) = AHRS 2360/101; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.11.1994 (8 U 89/92) = AHRS 2360/114; OLG Köln, Urteil vom 12.1.1994 (27 U 194/92) = AHRS 6410/104.
- 54 OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.6.1996 (8 U 98/95) = VersR 1997, 748.
- 55 OLG Saarbrücken, Urteil vom 10.6.1987 (1 U 103/85) = VersR 1988, 916; OLG Köln, Urteil vom 15.11.1993 (27 U 231/92) = VersR 1994, 1424; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.9.1997 (14 U 71/96) = VersR 1999, 582.
- 56 BGE 117 Ib 202 .
- 57 Fellmann, Arztrecht, 218, BGE 117 Ib 202 .
- 58 BGE 117 Ib 205 .
- 59 Fellmann, Arztrecht, 219, Roggo (Fn. 9) 83 ff., 212; Ileri Atilay, Ärztliche Aufklärung in der Praxis, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, 190 f.; Geisseler Robert, Aufklärungspflicht des Arztes, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, 174 f.; Hausheer (Fn. 44) Rz. 15., 105 ff; Payllier Pascal, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 145, Zürich 1999, 118 ff.
- 60 Fellmann, Arztrecht, 218, Wiegand, Aufklärungspflicht, 128.
- 61 BGE 120 Ib 411 E 4 a), S. 414.
- 62 Berger-Steiner, Der Kausalitätsbeweis, in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Personenschadenforum 2009, 13 ff.
- 63 Walter Hanspeter, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess, 2009, 55; Brehm Roland, Berner Kommentar zum OR, Band VI, 3. Auflage, Bern 2006, OR41, N 117; BGE 133 III 81 E. 4.2.2 , 132 III 715 E. 3.1, 130 III 321 E. 3.2.
- 64 BGE 131 III 12 E. 2.

65 4C.53/2000 vom 13. 6.2000 = Praxis 2000 Nr. 155.

66 Vgl. die Besprechung dieses Urteils von Honsell, in: AJP, 1995, 227 ff. und Wiegand, in: ZBJV 1996, 329 sowie Fellmann, Forum, 60.

67 4C.378/1999, E. 3.2.8.

68 Gattiker Monika, Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 1999, 91 und 93 f., Roggo (Fn. 9), 206 ff.; Fellmann, Arztrecht 138; Honsell Heinrich, Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung, in: Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 14; Honsell Heinrich, Zivilrechtliche Haftung des Arztes, in: ZSR 1990, 1. Halbband, 135 ff., 144; Sutter-Somm Thomas/Spitz Brigitte, Beweisfragen im Arzthaftungsprozess, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, 161; BK-Fellmann, OR398, N 453 ff.; Stürner Rolf, Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, in: SJZ 1984, 128 f.

69 Hiezu einlässlich Hausch Axel, Vom therapierenden zum dokumentierenden Arzt - Über die zunehmende haftungsrechtliche Bedeutung der ärztlichen Dokumentation -, in: VersR 2006, 612 ff.; Uhlenbruck/Schlund, § 111.

70 Hausch (Fn. 69), 612.

71 BGH vom 14.3.78 (VI ZR 213/76, Köln) = VersR 1978, 542 ff.; BGH vom 27.6.1978 (VI ZR 183/76, Oldenburg) = VersR 1978, 1022 ff.

72 Hausch (Fn. 69), 616.

73 Hausch (Fn. 69), 616.

74 OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.4.1994 (8 U 23/92) = VersR 1995, 339 ff.; BGH, Urteil vom 6.7.1999 (VI ZR 290/98) = VersR 1999, 1282 ff.

75 OLG Saarbrücken, Urteil vom 10. 6.1987 (1 U 103/85) = VersR 1988, 916.

76 Laufs, § 111, N 15.

Während einer Gallenblasen-Operation aufgenommene Röntgenaufnahmen, auf denen nach der Behauptung des Patienten ein vom Operateur übersehener, jedoch später festgestellter Stein im Gallengang erkennbar gewesen sein soll, verschwanden. Weil der Krankenträger dafür zu sorgen hat, dass über den Verbleib von Behandlungsunterlagen jederzeit Klarheit besteht, wurde der Patient von der Beweislast für seine Behauptung, der Gallenstein sei auf den Röntgenaufnahmen erkennbar gewesen, enthoben (BGH, Urteil vom 21.11.1995 (IV ZR 341/94, Koblenz) = VersR 1996, 330). Wegen Schmerzen im Brustbereich suchte der Patient einen Internisten auf. Dieser fertigte ein EKG an und bestellte den Patienten für nachmittags zu weiteren Untersuchungen. Kurz nach dem Verlassen der Praxis brach der Patient infolge eines Herzinfarkts zusammen und verstarb wenig später. Seine hinterbliebene Ehefrau machte im darauffolgenden Haftungsprozess geltend, aus dem EKG sei ein bereits vorausgegangener Infarkt erkennbar gewesen, sodass der Arzt für eine notfallmässige Überweisung des Ehemannes in ein Krankenhaus hätte sorgen müssen. Weil das EKG verschwunden war und der Arzt diesen Umstand zu vertreten hatte, setzte das Gericht dieses Verhalten dem Unterlassen der Erhebung und Sicherung gebotener medizinischer Befunde gleich und entschied, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Aufbewahrung von Befundträgern im Wege der Beweiserleichterung für den Patienten auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis schliessen lässt, wenn ein solches hinreichend wahrscheinlich ist (BGH, Urteil vom 13.2.1996 (VI ZR 402/94, Celle) = VersR 1996, 633).

77 Liegt ein grober Behandlungsfehler vor, führt dies grundsätzlich zur Umkehr der Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden; vgl. hiezu BGH, Urteil vom 27.4.2004 (VI ZR 34/03) = VersR 2004, 909.

78 Laufs, § 111, N 8.

79 BGH, Urteil vom 24.1.1989 (VI ZR 170/88) = VersR 1989, 512 sowie die Hinweise bei Hausch (Fn. 69), 614 in Fn. 22.

80 BGH, Urteil vom 29.9.1998 (VI ZR 268/97) = NJW 1999, 863.

81 BGH, Urteil vom 3.2.1987 (VI ZR 56/86, Nürnberg) = VersR 1987, 1089 ff.

82 Uhlenbruck/Schlund, § 9, N 8.

83 OLG Bremen, Urteil vom 21.3.1979 (3 U 24/77(C)) = VersR 1979, 1060; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.9.1997 (14 U 71/96) = VersR 1999, 582; Hausch (Fn. 69), 614 ff., Strohmaier Gerhard, Zweck und Ausmass der Dokumentationspflicht des Arztes, in: VersR 1998, 416 ff.

84 OLG Saarbrücken, Entscheidung vom 10.6.1987 (1 U 103/85) = VersR 1988, 916; Hausch (Fn. 69), 615.

85 4C.378/1999.

86 Kommt der Richter im Rahmen der Beweiswürdigung zu einem positiven Beweisergebnis, indem er beispielsweise die behauptete Tatsache als erwiesen erachtet, bleibt die Frage der Beweislast gegenstandslos.

87 Auch wenn der BGH in diesem Zusammenhang von Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr spricht, führen die Beweiserleichterungen in Form einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung letztendlich zur Umkehr der Beweislast zum Nachteil des Arztes. Die Vermutung macht Beweis und Feststellung der vermuteten Tatsache überflüssig, und diese wird dem Urteil zugrunde gelegt, wenn vom Arzt nicht der Gegenbeweis geführt wird. In einem Urteil vom 27.4.2004 (VI ZR 34/03 = VersR 2004, 909 ff.) hat der BGH denn auch klargestellt, dass dem Begriff der Beweiserleichterungen gegenüber der Beweislastumkehr keine eigenständige Bedeutung zuzumessen sei und es der Sache nach stets um die Umkehr der Beweislast gehe.

88 Roggo (Fn. 9), 209 postuliert eine Umkehr der Beweislast und Gattiker (Fn. 68), 93 f. postuliert ebenfalls die Übernahme der deutschen Rechtsprechung.

89 8. Auflage, Bern 2006, 261.

90 Vgl. in diesem Zusammenhang die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17.11.1988 (SJZ 1989, 119 ff.) sowie des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 23.8.1996 (BJM 1997, 193 ff.), wo in beiden Fällen den Klägern auch im Hinblick auf die Beurteilung des Kausalzusammenhanges zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und eingetretene Erfolg Beweiserleichterungen zugestanden wurden.

91 Vgl. auch Vogel/Spühler, (Fn. 89), 263.

92 BGE 120 II 250 ; 117 II 256 E. 2.b).

93 BGE 117 II 156 E. 2b); Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 18, Rz. 57 ff.

94 BGE 116 II 394 E 2 c); Hausheer, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994, in: ZBJV 1996, 392.