

Die Haftpflicht für medizinische Eingriffe, namentlich von Hilfspersonen

*Rechtsgutachten im Zusammenhang mit der Erarbeitung einer neuen
Ausbildung auf der Sekundarstufe II im Hinblick auf ein EFZ
(eidgenössisches Fähigkeitszeugnis) im Gesundheitsbereich:
Fachangestellte/r Gesundheit*

[Dem eiligen Leser wird die Lektüre des Kapitels 5 empfohlen.]



Bern, Juni 2001

Anne-Corinne Vollenweider
Juristische Mitarbeiterin
Aus dem französischen Ori-
ginaltext übersetzt von :
Monika Doessegger,
dipl. Übersetzerin ETI

Supervision durch Professor Olivier Guillod,
Direktor des « Institut de droit de la Santé »
der Universität Neuenburg

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGEN	4
1. ÜBERSICHT ÜBER DAS SYSTEM DER ÄRZTEHAFTPFLICHT	5
1.1 Einleitung	5
1.2 Die Grundlage der Arzthaftung	5
1.2.1 Allgemeine Bemerkungen	5
1.2.2 Die ausservertragliche privatrechtliche Haftung	6
- Die Voraussetzungen für die Haftung	6
- Die Grundlage	7
- Das Eintreten der Haftung	7
1.2.3 Die vertragliche privatrechtliche Haftung	7
- Die Voraussetzungen	8
- Die Grundlage	8
- Das Eintreten der Haftung	9
1.2.4 Die öffentlichrechtliche ärztliche Haftung	9
- Die Voraussetzungen	10
- Die Grundlage	10
2. DIE HAFTUNG FÜR HILFSPERSONEN	11
2.1 Einleitung	11
2.2 Die Grundlage der Haftung	12
2.2.1 Allgemeines	12
2.2.2 Die Haftung für Hilfspersonen	13
2.3 Vollkommene Solidarität und unvollkommene Solidarität	14
2.3.1 Im Allgemeinen	14
2.3.2 Die Theorie der abtrennbaren Handlung	15
2.4 Die Haftung in den Spitälern	15
2.4.1 Die privatrechtlichen Betriebe	15
2.4.2 Die öffentlichrechtlichen Betriebe	16
3. DIE DERZEITIGE ENTWICKLUNG	17
3.1 Die Entwicklung der Rechtsprechung	17
3.2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts	18
3.3 Annäherung an amerikanische Verhältnisse?	18

4. DIE HAFTUNG NACH DER AUSBILDUNGSSTUFE, INSBESONDERE AUF DER SEKUNARSTUFE II UND DER TERTIARSTUFE

4.1 Im Allgemeinen	19
4.2 Die kantonalen Gesundheitsgesetze	20
4.3 Die Sekundarstufe II	21
4.3.1 Der Reglementsentwurf vom 17. April 2001 des Schweizerischen Roten Kreuzes (SRK) für die Ausbildung von Fachangestellten Gesundheit im Zuständigkeitsbereich der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz (SDK)	21
4.3.2 Die verschiedenen bestehenden Ausbildungsreglemente im Zuständigkeitsbereich des Bundes, die dem Reglement der Fachangestellten Gesundheit entsprechen	21
4.4 Die Richtlinien des SRK	22
4.4.1 Studium der Richtlinien für die vom SRK anerkannten Schulen für praktische Krankenpflege von 1971, der Bestimmungen des SRK für die Diplomausbildungen in Gesundheits- und Krankenpflege von 1992, der Bestimmungen des SRK für die Ausbildung zur Pflegeassistentin von 1993 und des Entwurfes für das Berufsprofil und die Kompetenzen der diplomierten Pflegenden vom April 2001	22
4.4.2 Das Dokument des Schweizer Berufsverbands der Krankenschwestern und Krankenpfleger (SBK) über die Reglementierung der Berufsausübung des diplomierten Pflegepersonals vom Juni 1995	23
4.5 Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG)	24

5. DER SONDERFALL DER NEUEN AUSBILDUNG AUF EFZ-NIVEAU FÜR FACHANGESTELLTE GESUNDHEIT NACH DER NEUEN BILDUNGSSYSTEMATIK, DIE VON DER SDK IM MAI 1999 GENEHMIGT WURDE

5.1 Auf rechtlicher Ebene	26
5.1.1. Definition der Selbstständigkeit und Eigenverantwortung	26
5.1.2 Auswirkung im Bereich der Haftpflicht	27
5.2 Prüfung der verschiedenen Ziele und Kompetenzen des neuen Berufs	28
5.3 Empfehlungen	29
6. Schlussfolgerung	31

KURZBIBLIOGRAFIE

32

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BS	Basel-Stadt
Bsp.	Beispiel
d.h.	das heisst
DN I	Diplomniveau I
DN II	Diplomniveau II
EFZ	Eidgenössisches Fähigkeitszeugnis
FA SRK	Fähigkeitsausweis des Schweizerischen Roten Kreuzes
ff.	und folgende
FR	Freiburg
GE	Genf
HP	Haftpflicht
HUG	Universitätsspitäler Genf
IDS	Institut für Gesundheitsrecht, IGR
JT	Journal des Tribunaux
KLV	Krankenpflege-Leistungsverordnung
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung
Nr.	Nummer
op. cit.	opere citato
OR	Obligationenrecht
S.	Seite
S.A.	Aktiengesellschaft, AG
SBK	Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger
SDK	Schweizerische Sanitätsdirektorenkonferenz
SG	St. Gallen
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
TSR	Westschweizer Fernsehen
VD	Waadt
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZH	Zürich

Kommentar :

"Hilfsperson"

Der Begriff Hilfsperson bezeichnet im juristischen Sinne insbesondere Hausgenossen und Arbeitnehmer der haftbaren Person. Der Begriff – wie er hier verwendet wird – ist in keinem Fall eine Bezeichnung der Funktion oder der Stufe der Ausbildung. Tatsächlich kann auch ein Chefarzt eines Spitals als Hilfsperson bezeichnet werden, nämlich dann, wenn dieser im Angestelltenverhältnis tätig ist.

"Haftung"

Es ist wichtig, den Ausdruck Haftung im juristischen Sinne nicht mit der Verantwortung zu verwechseln, welche die zukünftigen Fachangestellten Gesundheit auf Grund ihrer Qualifikationen und Kompetenzen in Ausübung ihres Berufes haben werden. Zwischen diesen beiden Entitäten besteht keinerlei direkter Zusammenhang.

1. Übersicht über das System der Ärzthaftpflicht

1.1 Einleitung

Gemäss den kantonalen Gesetzen über die Ausübung der Medizinalberufe ist die Durchführung der meisten Behandlungen, zumindest der invasiven, dem Arzt vorbehalten.

Die anderen Gesundheitsberufe arbeiten meist unter der Aufsicht eines Arztes, der normalerweise für allfällige Schäden haftet, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit verursachen. Der Arzt haftet allerdings nicht, wenn die Angehörigen der Gesundheitsberufe ihre Kompetenzen überschreiten oder ihren Beruf selbstständig ausüben.

In den letzten Jahren hat die Zahl der veröffentlichten Bundesgerichtsentscheide zu ärztlichen Haftungsfällen immer mehr zugenommen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die meisten Fälle von den Beteiligten gütlich beigelegt werden.

Die Beziehung zwischen Pflegepersonal und Patient – und damit auch die sich daraus ergebende Haftung – wird als privatrechtlich qualifiziert (Verhältnis zwischen Einzelpersonen). Dennoch nimmt das öffentliche Recht im Haftpflichtbereich immer mehr Raum ein, insbesondere im Zusammenhang mit der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

Namentlich im Spitalbereich ist es auf Grund der Vielzahl der Beteiligten schwierig, die Haftung festzustellen, wenn ein Schaden eintritt.

Daher soll zunächst das System für die Haftpflicht der Angehörigen von Gesundheitsberufen kurz dargelegt werden.

1.2 Die Grundlage der Arzthaftung

1.2.1 Allgemeine Bemerkungen

Vom Arzt, der seinem Patienten Schaden zufügt, kann verlangt werden, dass er gemäss den Voraussetzungen der Haftpflicht Schadenersatz leistet¹. In der klassischen Lehrauffassung wird zwischen privatrechtlicher Haftpflicht und öffentlichrechtlicher Haftpflicht unterschieden.

Im Privatrecht werden zwei Arten von Haftpflicht unterschieden: Die Vertragshaftung ergibt aus der Verletzung einer Pflicht, die aus dem zwischen Arzt und Patient abgeschlossenen Vertrag erwächst. Die ausservertragliche Haftung oder Haftung aus unerlaubter Handlung entsteht aus der Verletzung einer gesetzlich auferlegten Pflicht; diese Haftung kommt dann zum Tragen, wenn zwischen Patient und Arzt kein Vertrag besteht².

In beiden Fällen haftet der Arzt für zwei Kategorien von Verpflichtungen: Die einen sind technischer Natur und beziehen sich auf die eigentliche Behandlung, d.h. die korrekte Diagnosestellung, die Wahl der geeigneten Behandlung, die sorgfältige Verabreichung

¹ Ausserdem kann ein Arzt auch verwaltungs- und strafrechtlich für den Schaden belangt werden. Diese beiden Bereiche werden hier jedoch nicht behandelt, obwohl das Strafrecht verschiedene Bestimmungen enthält, welche die körperliche Integrität und das Leben schützen. "... tout acte médical qui lèse la santé ou l'intégrité corporelle constitue une lésion corporelle au sens du droit pénal". Franz Werro, "La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine", In: IDS Cahier Nr. 2, La responsabilité médicale, 1996. Olivier Guillod, "La responsabilité civile des médecins, un mouvement de pendule", In: "La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale", Lugano 1987, S. 55 ff.

² Werro, op. cit., S. 6 ff., Guillod, op. cit., S. 59 ff., Henri Deschenaux/Pierre Tercier, "La responsabilité civile", 2. Auflage, Bern 1982, S. 97 ff., Aspects du droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht 1986: Leiter P. Tercier, Editions universitaires de Fribourg Suisse, 1987.

dieser Behandlung und die Überwachung ihrer Auswirkungen. Die Verpflichtungen der zweiten Kategorie sind ethischer Natur und beziehen sich auf die Achtung der Persönlichkeitsrechte des Patienten (körperliche Integrität, Privatsphäre usw.), d.h. die angemessene Aufklärung des Patienten, die Einholung seiner Einwilligung, die Wahrung des Arztgeheimnisses. In beiden Systemen (Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung) haftet der Arzt grundsätzlich für jedes vorsätzlich oder fahrlässig eingetretene, leichte oder schwere Verschulden³.

Unabhängig von ihrer Art beruht die Arzthaftung somit auf mangelnder Sorgfalt. Es gibt – ausser bei besonderem vertraglichen Versprechen – keine Arzthaftung, die auf dem Nichteintreten des erwarteten Erfolgs gründet. Damit eine öffentlich- oder privatrechtliche Haftung geltend gemacht werden kann, muss der Patient beweisen, dass der Arzt nicht die gebotene Sorgfalt angewandt hat. Der Arzt schuldet grundsätzlich nicht einen Erfolg, sondern hat wegen des zufallsbedingten Charakters dieses Erfolgs nur die Pflicht, auf das angestrebte Ergebnis hinzuwirken. Bei Vorliegen eines Vertrags ist der Arzt somit grundsätzlich nicht ein Unternehmer im Sinne von Artikel 363 des Obligationenrechts, sondern ein Beauftragter im Sinne von Art. 394 OR⁴.

1.2.2 Die ausservertragliche privatrechtliche Haftung

Eine ausservertragliche Haftung liegt dann vor, wenn zwischen dem Arzt und dem Patienten kein Behandlungsvertrag besteht. Da die Arzthaftung keinen besonderen Rechtsvorschriften untersteht, wird sie durch Art. 41 OR geregelt⁵.

Liegt zwischen dem Arzt und dem Patienten kein Einzelvertrag vor, was im Spitalbereich grundsätzlich der Fall ist, untersteht ihre Rechtsbeziehung meist dem öffentlichen Recht. In diesem Fall ist Art. 41 nicht anwendbar. Trotzdem ist das Verständnis der Voraussetzungen dieses Artikels von grundlegender Bedeutung, da sie auch bei der Anwendung des kantonalen öffentlichen Rechts in breitem Umfang benutzt werden.

Daher sollen diese Voraussetzungen kurz dargelegt werden, um die Grundlage der Haftung zu definieren und einige Aspekte ihres Eintretens in Erinnerung zu rufen.

- Die Voraussetzungen für die Haftung

Art. 41 lautet wie folgt: *"Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet."* Gemäss dieser Bestimmung bestehen für die Haftpflicht im Wesentlichen vier Voraussetzungen: *eine unerlaubte Handlung, eine schuldhafte Handlung, ein Schaden und ein adäquater Kausalzusammenhang.*

Die herrschende Lehrauffassung definiert den Schaden als unfreiwillige Verminderung des Vermögens. Allerdings hat die Rechtsprechung diesen Ansatz differenziert und es in gewissen Fällen für zulässig erklärt, dass im Schaden freiwillige Ausgaben mit berücksichtigt werden. In anderen Fällen hingegen hat die Rechtsprechung entschieden, dass bestimmte unfreiwillig entstandene Auslagen nicht dem Schaden zuzurechnen sind. Wichtig ist die Voraussetzung der Kausalität: Diese bedeutet, dass die belangte Person nur dann für ihre Handlung haftet, wenn diese den Schaden tatsächlich verursacht hat.

³ Guillod, op. cit., S. 60 ff.

⁴ Werro, op. cit., S. 7, Fussnote.

⁵ Deschenaux/Tercier, op. cit., S. 30.

- Die Grundlage

Theoretisch sind Verschulden und unerlaubte Handlung zwei unterschiedliche Begriffe⁶. In der Praxis werden sie jedoch häufig durcheinander gebracht, und in der herrschenden Lehrauffassung ist die Unterscheidung nicht klar.

Im medizinischen Bereich kann die unerlaubte Handlung allgemein darin bestehen, dass entweder die körperliche Integrität des Patienten ohne Rechtfertigungsgrund (Beispiel: ohne seine Einwilligung nach ausreichender Aufklärung) beeinträchtigt wird oder dass nicht die objektiv gebotene Sorgfalt angewandt wird (Beispiel: Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst).

Das ärztliche Verschulden wird subjektiver definiert. Ein Verschulden liegt dann vor, wenn ein Arzt nicht so handelt, wie ein umsichtiger Arzt seiner Fachrichtung unter ähnlichen Umständen gehandelt hätte. Damit entspricht zwar die Tatsache, dass der Arzt nicht wie eine umsichtige Person handelt, gleichzeitig einer unerlaubten Handlung und einem Verschulden⁷. Bei der Anwendung von Artikel 41 OR ist diese Gleichstellung der beiden Begriffe jedoch nicht hinderlich, da sie – zumindest unter gewissen Umständen – keine praktischen Auswirkungen hat⁸.

- Das Eintreten der Haftung

- Eine Klage kann nur Erfolg haben, wenn der Patient den Schaden, die schuldhaft unerlaubte Handlung und den Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden bewiesen hat.
- Falls der Patient klagen möchte, muss er dies innerhalb der in Art. 60 OR vorgesehenen Fristen⁹ tun, andernfalls kann ihm der Beklagte die Einrede der Verjährung entgegenhalten.
- Die belangte Person haftet gemäss Art. 55 OR¹⁰ für die unerlaubten Handlungen ihrer Hilfspersonen, sofern sie nicht beweisen kann, dass sie diese korrekt ausgewählt, angeleitet und überwacht hat.

1.2.3 Die vertragliche privatrechtliche Haftung

Besteht ein Vertrag zwischen Arzt und Patient, kann letzterer bei einer Vertragsverletzung gemäss den Regeln über die Vertragshaftung Klage einreichen. Im Auftragsfall (Art. 398 ff. OR), haftet der Arzt für Schlechterfüllung des Vertrags im Sinne von Art. 97 ff. OR¹¹.

⁶ Werro, op. cit., S. 10, Deschenaux/Tercier, op. cit., S. 83.

⁷ In Wirklichkeit bezieht sich die eigentliche subjektive Dimension des Verschuldens auf die Berücksichtigung der Urteilsfähigkeit, gemäss Werro.

⁸ Vgl. BGE 113 Ib 423 / JT 1989 I 28.

⁹ "Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. ..."

¹⁰ "Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre."

¹¹ "Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

- Die Voraussetzungen

Wie Art. 41 OR sieht auch Art. 97 OR vor, dass die Person, die einen Schaden verursacht hat, für diesen haftet. Damit Schadenersatz geleistet werden kann, muss dieser Schaden durch die Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Vertrags verursacht worden sein.

Somit kann sowohl für den Schadens- als auch für den Kausalitätsbegriff auf die Ausführungen im Kapitel über die ausservertragliche Haftung verwiesen werden.

- Die Grundlage

Gemäss Gesetz muss für eine derartige Haftung eine Vertragsverletzung vorliegen. Laut Art. 97 OR liegt dann eine Vertragsverletzung vor, wenn der Vertrag überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden kann.

Angesichts des Vertragsgegenstands, der als Pflicht zur Hinwirkung auf ein angestrebtes Ergebnis¹² definiert ist, besteht die Vertragsverletzung für den Schuldner darin, dass er nicht gehandelt hat, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre, oder dass er nicht mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt hat. Somit haftet der Arzt wie im ausservertraglichen Bereich, wenn ihm eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann. In Anwendung von Art. 97 OR haftet der Schuldner hingegen nicht, wenn er beweisen kann, dass die Vertragsverletzung nicht auf einem Verschulden beruht. Angesichts der Übereinstimmung oder zumindest der Überschneidungen zwischen Verschulden und Verletzung der Sorgfaltspflicht ist es jedoch in Wirklichkeit unmöglich, diesen Entlastungsbeweis zu erbringen. Der Arzt, dem eine Verletzung der Sorgfaltspflicht nachgewiesen wird, muss nicht noch den Beweis erbringen, dass ihn kein Verschulden trifft¹³. Würde man allerdings im Verschulden die subjektive Tatsache mitverstehen, vorsätzlich oder ohne Gebrauch seiner intellektuellen oder willentlichen Fähigkeiten gehandelt zu haben, wäre dieser Entlastungsbeweis theoretisch möglich.

Da das Verschulden vor allem objektiv als Mangel an der unter den jeweiligen Umständen gebotenen Sorgfalt definiert ist, wird es für die Person, der mangelnde Sorgfalt nachgewiesen wurde, schwierig, sich zu entlasten. Die Einschränkung der ärztlichen Haftung ist im Allgemeinen insbesondere im Hinblick auf die folgenden Elemente mit Beispiels-Charakter möglich:

- Die Bezugnahme auf die Regeln der ärztlichen Kunst. "*Les règles de l'art sont l'ensemble des normes de savoir-faire développées par les médecins depuis l'Antiquité et actuellement suivies. Ce sont, en d'autres termes, les canons de la profession médicale ou encore les usages médicaux. Comme ces règles se fondent sur un savoir scientifique et technique mis au service du meilleur traitement possible des malades (savoir qui échappe aux profanes, notamment aux juristes) les tribunaux se sont référés à elles lorsqu'ils ont dû définir juridiquement les devoirs des médecins*"¹⁴.
- Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Arztberufs. "*Imperfections de la Science*", "*faillibilité humaine*" und "*multiplicité et diversité des opinions au sein de la profession médicale*"¹⁵.
- Die Verteilung der Beweislast.
- Die Notwendigkeit des Gutachtens und die Haltung der Gutachter.
- Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Informationen.

¹² Vgl. Auftrag im Gegensatz zum Werkvertrag, der eine Pflicht zur Erreichung eines vertraglich vereinbarten Ergebnisses beinhaltet.

¹³ Werro, op. cit., S. 13.

¹⁴ Guillod, op. cit., S. 61 ff.

¹⁵ Idem und BGE 105 II 284, 285.

Angesichts all dieser Elemente, neben denen noch weitere bestehen können, wurden vor schweizerischen Gerichten während langem nur selten Verfahren gegen Ärzte angestrengt. Seit einigen Jahren ist jedoch diesbezüglich eine Entwicklung festzustellen, die mit den Entwicklungen in den anderen europäischen Ländern und in gewissem Mass in den USA vergleichbar ist, d.h. eine Zunahme der Schadenersatzforderungen im Haftpflichtbereich.

- Das Eintreten der Haftung

- Nach der herrschenden Lehrauffassung beträgt die Verjährungsfrist bei einer Klage aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 127 OR¹⁶ nicht ein Jahr, wie bei einer Delikthandlung, sondern zehn Jahre.
- Gemäss Art. 101 OR¹⁷ haftet der Schuldner für die Handlungen seiner Hilfspersonen. Im Unterschied zu den Bestimmungen von Art. 55 OR kann sich der Schuldner nicht von der Haftung befreien, indem er den Beweis erbringt, dass er seine Hilfsperson korrekt ausgewählt, angeleitet und überwacht hat. Der Schuldner haftet allerdings nur, wenn die Handlung der Hilfsperson objektiv eine vertragswidrige Handlung darstellt, für die der Schuldner gehaftet hätte, wenn er allein gehandelt hätte. In diesem Sinne und auf Grund der weiter oben erwähnten Überschneidungen zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht und dem Verschulden ist die Meinung, wonach der Arzt unabhängig von einem Verschulden für seine Hilfsperson haftet, nicht genau. Denn er haftet nicht, wenn seine Hilfsperson mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, die der Patient vom Arzt selbst erwarten durfte.
- Im Fall eines privaten Spitalaufnahmevertrags haftet das Spital für die Handlungen all seiner Hilfspersonen, einschliesslich seiner Ärzte. Ein Teil der Rechtslehre statuiert sogar, dass dem ebenfalls so sei, auch wenn der Patient einen Behandlungsvertrag mit einem Arzt dieses Spitals abgeschlossen hat. Denn nach dem Grundsatz der "Kanalisierung der Haftung" muss verhindert werden, dass der Patient das Risiko tragen muss, nicht zu wissen, welche der verschiedenen Medizinalpersonen (Arzt, Pflegepersonal, Instrumentierpersonal ...) einen Fehler begangen hat¹⁸.

Unabhängig davon, ob man sich im ausservertraglichen oder vertraglichen Bereich befindet, beruht die ärztliche Haftung somit grundsätzlich auf einer Verletzung der Sorgfaltspflicht und nicht auf dem Vorwurf, dass kein Erfolg herbeigeführt wurde, der meist als zufallsbedingt betrachtet wird.

1.2.4 Die öffentlichrechtliche ärztliche Haftung

Wie bereits erwähnt, untersteht die Beziehung zwischen Patient und Arzt im Spitalbereich in den meisten Fällen dem öffentlichen Recht. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behandlung in einem öffentlichen Spital erfolgt, grundsätzlich aber auch, wenn Chefärzte dort privatärztlich tätig sind¹⁹. Für die Beurteilung der Haftung dieser Personen ist das kantonale öffentliche Recht anwendbar²⁰.

¹⁶ "Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt."

¹⁷ "Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht. ..."

¹⁸ Werro, op. cit., S. 14.

¹⁹ Vgl. BGE 112 Ib 334 / JT 1984 I 182, BGE 111 II 149 / JT 1993 III 46.

²⁰ Gemäss Art. 61 OR können die Kantone von den Bundesbestimmungen über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten abweichen, den Schaden, den diese in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten. Werro, op. cit., S. 15, Fussnote, Jean-Daniel Rumpf, "Médecins et patients dans les hôpitaux publics: en particulier la responsabilité civile à raison des actes

Daher hängen sowohl die Voraussetzungen als auch die Grundlage der Haftung von den besonderen Vorschriften dieses Rechtsgebiets ab.

- Die Voraussetzungen

Traditionell bestanden verschiedene Modelle, die je nach Fall eine Haftung des Beamten, eine Haftung des Staates oder eine Haftung beider vorsahen²¹.

Heute sehen die revidierten kantonalen Gesetze ein System mit einer direkten Staatshaftung für jene Schäden vor, die von den staatlichen Bediensteten in Ausübung ihrer Funktionen widerrechtlich verursacht wurden²².

Der Staat verfügt anschliessend nach den Bestimmungen der einschlägigen jeweiligen kantonalen Haftpflichtgesetzgebung über einen Regressanspruch gegenüber dem Beamten, dem ein schweres Verschulden zukommt²³. Dem Arzt bieten diese Gesetze den Vorteil, dass grundsätzlich der Staat haftet und dieser nur bei schwerem Verschulden auf ihn zurückgreift²⁴.

- Die Grundlage

Im System, das in den verschiedenen neueren kantonalen Gesetzen vorgesehen ist, hängt die Haftung der öffentlichen Körperschaft nur von der unerlaubten Handlung ihrer Bediensteten ab²⁵. Die Tatsache, dass diese Gesetze eine derartige Haftung vorsehen, zeigt somit, dass die Behörden dieser Kantone das System der Verschuldenshaftung zu Gunsten einer so genannten Kausalhaftung aufgegeben haben²⁶. In Wirklichkeit müsste anerkannt werden, dass auf Grund der Übereinstimmung zwischen unerlaubter Handlung und Verschulden der Aufhebung des Verschuldenserfordernisses keinerlei konkrete Bedeutung zukommt. Denn der Patient muss weiterhin den Beweis erbringen, dass er entweder ohne seine Einwilligung behandelt wurde oder dass der Arzt nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist. Auf jeden Fall ist die Tatsache, dass eine ärztliche Behandlung nicht zum angestrebten Erfolg geführt hat, keine hinreichende Voraussetzung für eine Haftung des Staates.

Einige Kantone, namentlich Aargau, Basel-Landschaft, Genf und Neuenburg, sehen gar eine Staatshaftung für gesetzlich zulässige schädigende Handlungen ihrer Bediensteten vor, sofern dies aus Gründen der Billigkeit notwendig ist. In den anderen Kantonen wäre eine Haftung für gesetzlich zulässige Handlungen auf der Grundlage von Artikel 8 der Bundesverfassung vorstellbar. Die Tatsache, dass eine zunehmende Zahl von medizinischen Rechtsstreitigkeiten dem kantonalen öffentlichen Recht unterstehen, erleichtert es den Patienten, die Opfer eines medizinischen Zwischenfalls sind, eine Entschädigung zu erhalten. Die ärztliche Haftung wird somit zu Gunsten der Patienten ausgedehnt.

médicaux, Lizenziats- und Doktorarbeit an der Rechtsfakultät der Universität Lausanne, Imprimerie Chabloy S.A., 1991, Pierre Martin Achard und Luc Thévenoz, "La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics", In: Aspects de droit médical, op. cit.

²¹ Idem vgl. 18.

²² Rumpf, op. cit., S. 116 ff., BGE 113 Ib 420 / JT 1989 I 26, 112 Ib 334 / JT 1987 I 82, 111 II 149 / JT 1986 I 17.

²³ So ist beispielsweise in Art. 5 des Neuenburger Gesetzes über die Haftung der öffentlichen Körperschaften und ihrer Bediensteten vom 26. Juni 1989 Folgendes vorgesehen: "La collectivité répond du dommage causé sans droit à un tiers par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, sans égard à la faute de ces derniers." Artikel 9 schliesst eine direkte Klage gegen den verantwortlichen Bediensteten aus, und Art. 12 sieht eine Regressklage des Staates gegen den verantwortlichen Bediensteten vor, der den Schaden vorsätzlich oder schwer fahrlässig verursacht hat.

²⁴ Rumpf, op. cit., S. 139.

²⁵ Neuenburger Beispiel.

²⁶ Rumpf, op. cit., S. 224.

Ausserdem wird bei den Ärzten, die in öffentlichen Spitälern angestellt sind, die persönliche Haftung eingeschränkt, da der Staat nur bei schwerem Verschulden oder Vorsatz auf sie zurückgreifen kann²⁷.

Im vorliegenden Fall kommen alle – Patient, Arzt oder Pflegepersonal – auf ihre Rechnung, denn auf Grund der herrschenden Situation kann unter nahezu optimalen Bedingungen gearbeitet werden. Es besteht somit keine Situation wie in den USA, die von Angst vor Fehlern oder medizinischen Zwischenfällen geprägt ist.

2. Die Haftung für Hilfspersonen

2.1 Einleitung

Ein bedeutender Teil der ärztlichen Tätigkeit und der Behandlung von Kranken erfolgt heute im Spitalbereich. Der Patient wird dort von zahlreichen Personen betreut, die häufig in einem Team arbeiten und deren genaue Rolle oder gar Identität ihm nicht bekannt ist, womit es umso schwieriger wird, die Haftung der einzelnen Personen zu bestimmen. Die Patienten und ihre Rechtsvertreter erhalten damit die Möglichkeit, sich häufiger auf das günstigere System der Haftung für Hilfspersonen, das in den Artikeln 55 und 101 OR²⁸ verankert ist, oder – im Spitalbereich – auf das System der Staatshaftung gemäss der jeweiligen kantonalen Gesetzgebung zu berufen. Denn die ständigen Fortschritte der Medizin und die immer zahlreicheren und komplexeren Aufgaben, die sie beinhaltet, brachten für den Arzt die praktische Notwendigkeit mit sich, die Leistungen von zahlreichen qualifizierten Hilfspersonen in Anspruch zu nehmen. Angesichts dieser Vervielfachung der paramedizinischen Berufe wurden im Gesetz und zuweilen auch durch private Vereinigungen ein Statut festgelegt oder besondere Regelungen erlassen²⁹.

"L'auxiliaire médical est tout professionnel qui, spécialisé ou non, répond à des critères de technicité qui le qualifient pour exécuter directement et personnellement sur un malade ou un handicapé des actes de nature thérapeutique ou prophylactique, possède une qualification professionnelle qui, même poussée à son plus haut degré, ne l'autorise jamais à exécuter une activité dans l'art de guérir, réservée au seul médecin, se trouve donc placé dans un état de subordination vis-à-vis des docteurs en médecine qu'il seconde et dont il reçoit des directives, l'acte étant accompli par délégation du praticien"³⁰.

Allerdings verfügen diese Personen auf Grund ihrer offiziellen Befähigung, die durch ein namentlich auf der universitären oder ausseruniversitären Tertiärstufe erworbenes Diplom nachgewiesen wird, und ihrer immer höheren Kompetenz über eine gewisse Selbstständigkeit. Diese führt dazu, dass diese Personen eine eigene Haftung trifft.

Auch haben die Rechtsprechung und zuweilen gar der Gesetzgeber die Ausübung der Medizin zwischen den verschiedenen so genannten "Medizinalberufen" aufgeteilt und den Ärzten die Möglichkeit eingeräumt, einen Teil ihres Tätigkeitsmonopols an die medizinischen Hilfspersonen zu delegieren. Diese Hilfspersonen³¹ sind somit nicht mehr untergebenes Personal, sondern erhalten den Status von qualifiziertem Fachpersonal.

²⁷ Guillod, op. cit., S. 71 und 72.

²⁸ Vgl. oben, S. 6 in fine für den Inhalt dieser Bestimmungen.

²⁹ Zum Beispiel die Richtlinien des Schweizer Berufsverbands der Krankenschwestern und Krankenpfleger.

³⁰ Michel Ney, "La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire", Lizenziatsarbeit an der Rechtsfakultät der Universität Lausanne, Renens, Imprimerie Hervé Dénéreaz, 1970, S. 292.

³¹ Zum Beispiel im Labor, in der Röntgenabteilung oder im Hotelleriebereich tätiges Personal, Pflegepersonal, im Operationssaal tätiges Personal (Instrumentier- und Hilfspersonal), administrative Mitarbeiter ...

2.2 Die Grundlage der Haftung³²

2.2.1 Allgemeines

Die Arbeit der Gesundheitsfachleute im Spitalbereich ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass sie im Allgemeinen in Teams organisiert ist, die sich aus Ärzten, Pflegepersonal und zuweilen weiteren Gesundheitsfachleuten zusammensetzen. Innerhalb dieser Teams sind verschiedene Formen von Zusammenarbeit denkbar.

Die Ärzte nehmen in zunehmendem Ausmass die Leistungen von zahlreichen qualifizierten Hilfspersonen in Anspruch. Dabei wird angenommen, dass diese Personen im Allgemeinen unter ärztlicher Anleitung und Aufsicht handeln. Dieser Grundsatz ist überdies in bestimmten kantonalen Gesetzen verankert. In der Praxis verfügt das Pflegepersonal jedoch über eine gewisse Selbstständigkeit, was eine eigene Haftung zur Folge hat. Die Hilfsperson kann somit direkt haften, wenn sie eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, die sie persönlich betrifft³³.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern³⁴ hat in diesem Sinne entschieden, dass eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Pflegepersonals vorliegt, wenn dieses nicht alle geeigneten Massnahmen trifft, um eine betagte Patientin mit eingeschränkten Fähigkeiten bezüglich der Einschätzung von Sturzrisiken vor einem Sturz zu bewahren. Daher müssen Handlungen, die unter Aufsicht eines Arztes vorgenommen werden, von den selbstständig ausgeführten Handlungen unterschieden werden. Der Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger (SBK) hat im Juni 1995 ein Dokument über die Reglementierung der Berufsausübung des diplomierten Pflegepersonals verabschiedet. In Artikel 3 dieses Dokuments wird eine selbstständige Berufsausübung des Pflegepersonals gefordert. Somit haftet das diplomierte Pflegepersonal für die Verrichtungen, die es aus eigener Initiative ausführt, was übrigens in Artikel 14 ausdrücklich vorgesehen ist: *"Die Krankenschwester ist verantwortlich für die Pflege, die sie selber ausführt und die sie an andere delegiert."* Der SBK empfiehlt deshalb in Artikel 7 Bst. d als Bedingung für den Erhalt der Bewilligung zur Berufsausübung, dass das diplomierte Pflegepersonal *"durch eine eigene oder vom Arbeitgeber ausgestellte Berufshaftpflichtversicherung gedeckt"* sein sollte.

Bei den in der letzten Zeit durchgeführten Revisionen von kantonalen Gesundheitsgesetzen wurde eine Öffnung im Hinblick auf eine grössere Selbstständigkeit verschiedener Gesundheitsberufe festgestellt, die nicht mehr grundsätzlich unter der Aufsicht der Ärzte stehen³⁵.

Gemäss den Regeln über die Vertragshaftung (Art. 97 OR / 398 OR) und über die Haftung für unerlaubte Handlungen (Art. 41 OR) haften der Arzt und die Gesundheitsfachleute wie bereits dargelegt persönlich für Schäden, die sie ihren Patienten zufügen. Gemäss den Regeln über die Vertragshaftung (Art. 101 OR) und über die Haftung für unerlaubte Handlungen (Art. 55 OR) kann der Arzt jedoch auch für die Schäden haftbar gemacht werden, die seine Mitarbeiter verursacht haben³⁶.

³² Jean-Daniel Rumpf, "Médecins et patients dans les hôpitaux publics: en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux, Lizenziats- und Doktorarbeit an der Rechtsfakultät der Universität Lausanne, Imprimerie Chabloz S.A., 1991, S. 143 ff., Dominique Sprumont, Marie-Christine Brocard, "Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier", In: IDS Cahier Nr. 2, La responsabilité médicale, 1996, S. 33 ff., Olivier Guillod, "La responsabilité civile des médecins, un mouvement de pendule", In: "La responsabilité del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale", Lugano 1987, S. 81 ff.

³³ Sprumont und Brocard, op. cit., S. 35 und 36.

³⁴ Idem und vgl. nicht veröffentlichter Entscheid vom 6. Februar 1995 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern in der Rechtssache Spitalverband Bern gegen M.

³⁵ Idem S. 37.

³⁶ Vgl. Fussnoten 10 und 17.

2.2.2 Die Haftung für Hilfspersonen³⁷

Der Begriff Hilfsperson als solcher stimmt in den beiden oben erwähnten Artikeln nicht überein. Der Haftung nach Art. 55 OR liegt ein Unterordnungsverhältnis zu Grunde, das in seinem Erscheinungsbild und seinen Wirkungen der Unterordnung entspricht, die durch den Arbeitsvertrag entsteht, und kraft dem der Arbeitnehmer die Anweisungen und Anordnungen des Meisters ausführt. Artikel 101 OR hingegen verlangt keine Unterordnung zwischen Meister und Hilfsperson; als letztere gilt jede Person, welcher der Meister die Erfüllung einer Verbindlichkeit überträgt. In diesem Fall haftet der Meister für den Schaden, wie wenn er die Verbindlichkeit selbst erfüllt hätte; er wird nach der Sorgfalt beurteilt, die er selbst hätte anwenden müssen, wenn er keine Hilfsperson eingesetzt hätte, und nicht nach der Sorgfalt, die er bei der Überwachung der Hilfsperson hätte walten lassen müssen³⁸.

Die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 101 OR:

- Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Arzt oder der Gesundheitsfachperson und dem Patienten.
- Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Vertrags durch die Hilfsperson.
- Schaden muss von der Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen, nicht gelegentlich dieser Verrichtungen verursacht worden sein.
- Schädigung.
- Kausalzusammenhang.

Die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 55 OR:

- Begangene unerlaubte Handlung, d.h. ein Verschulden ist für die Haftung nicht zwangsläufig notwendig.
- Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses zwischen Geschäftsherr und Arbeitnehmer.
- Schädigende Handlung muss in Ausführung der Verrichtungen verursacht worden sein.
- Schädigung.
- Kausalzusammenhang.

Im letzteren Fall kann sich der Geschäftsherr, d.h. der verantwortliche Arzt oder die verantwortliche diplomierte Pflegeperson, von der Haftung befreien, wenn die drei folgenden Entlastungsbeweise erbracht werden:

- Der Geschäftsherr hat seine Arbeitnehmer mit der gebotenen Sorgfalt ausgewählt und sich vergewissert, dass sie über angemessene Eigenschaften, Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen³⁹.
- Er hat sie bezüglich ihrer Aufgaben angemessen angeleitet⁴⁰.
- Er hat sie bei der Ausführung ihrer Verrichtungen angemessen überwacht⁴¹.

Im Rahmen von Art. 101 OR hat der Meister hingegen nicht die Möglichkeit, diese Entlastungsbeweise vorzubringen. Er kann höchstens den Beweis erbringen, dass die Hilfsperson mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, die der Geschädigte von ihm selbst hätte erwarten dürfen, wenn er persönlich gehandelt hätte.

Zudem kann sich der Geschädigte gleichzeitig auf Art. 55 und 101 OR berufen, wenn die Hilfsperson sowohl eine Verletzung der Vertragspflichten als auch eine unerlaubte Handlung begeht. Unter den Voraussetzungen von Art. 41 OR kann er auch direkt gegen die Hilfsperson klagen.

³⁷ Ney, op. cit., Guillod, op. cit., S. 81.

³⁸ Sprumont und Brocard, op. cit., S. 37.

³⁹ Cura in eligendo.

⁴⁰ Cura in instruendo.

⁴¹ Cura in custodiendo.

2.3 Vollkommene Solidarität und unvollkommene Solidarität⁴²

2.3.1 Im Allgemeinen

Falls mehrere Ärzte (z.B. ein chirurgisches Team) den gleichen Patienten behandeln, ist die Haftung wie folgt zu prüfen:

- Arbeiten die Chefarzte mit Unterstützung von Assistenzärzten, gelangen bei einem Schaden die gleichen Grundsätze zur Anwendung wie im Rahmen der Beziehung Arzt-Pflegepersonal, d.h. die Haftung für Hilfspersonen.
- Bei mehreren fachlich selbstständigen Ärzten, d.h. mit gleichem Ausbildungsstand und einer vergleichbaren Stellung innerhalb einer Institution, ist es schwieriger, die Haftung zu beurteilen.

In diesem Fall muss zum einen *das Aussenverhältnis* (Geschädigte/r - Haftende/r) und zum anderen *das Innenverhältnis* (anteilmässige Aufteilung der Haftung) untersucht werden.

Gemäss Art. 50 OR⁴³ setzt die Solidarhaftung ein bewusstes Zusammenwirken der betreffenden Personen voraus, d.h. sie müssen objektiv gemeinsam arbeiten, zusammenarbeiten (*vollkommene Solidarität*). Gemäss Art. 51 OR⁴⁴ setzt die Solidarhaftung eine Situation voraus, in der mehrere Personen auf Grund verschiedener Ursachen (unerlaubte Handlung, Vertrag, Gesetzesvorschriften) für den gleichen Schaden haften, zum Beispiel der Arzt gemäss Auftrag und die Pflegeperson aus unerlaubter Handlung (*unvollkommene Solidarität*).

In Bezug auf das Aussenverhältnis wirkt sich der Grundsatz der Solidarität, der sich aus den Bestimmungen von Art. 50 und 51 OR ableitet, in den beiden untersuchten Fällen gleich aus⁴⁵: Die beteiligten Personen haften gegenüber dem Patienten für den gesamten Schaden. Dem Patienten steht es somit frei, eine einzelne oder alle diese Personen für den gesamten Schaden zu belangen, ohne dass er die Angemessenheit dieses Entscheids rechtfertigen müsste.

Bezüglich der unvollkommenen Haftung nach Art. 51 Abs. 2 sieht das Gesetz eine konkurrierende Rangfolge in der Haftung vor: In erster Linie haftet derjenige, der eine unerlaubte Handlung (Verschulden) begangen hat, ohne dass eine Vertragsbeziehung vorliegen muss. Als Nächstes haftet die Person, zu der ein Vertragsverhältnis besteht, unabhängig davon, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht (Geschäftsherr für seine Hilfspersonen), und schliesslich haftet die Person, die nach Gesetzesvorschriften haftbar ist.

Falls mehrere Personen ein Verschulden trifft, muss der Schaden anteilmässig nach der Schwere des Verschuldens jedes Einzelnen aufgeteilt werden.

⁴² Andréa Braconi, "Pluralité de responsables et responsabilité médicale, à l'exemple du rapport entre chirurgien et anesthésiste", In: Aspects de droit médical, op. cit., S. 159 ff., Sprumont und Brocard, op. cit., S. 38 ff.

⁴³ "Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch. Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt."

⁴⁴ "Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet. Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist."

⁴⁵ Für eine abweichende Meinung, siehe ATF 112 II 144.

2.3.2 Die Theorie der abtrennbaren Handlung⁴⁶

Die Beziehung des Patienten zum Chirurgen beziehungsweise zum Anästhesisten im Operationsteam führt zu einer Solidarhaftung der beiden Ärzte. Daneben besteht jedoch eine andere Theorie, die im französischen Recht entstanden ist: die Theorie der abtrennbaren Handlung, nach der beispielsweise die Haftung des Chirurgen von jener des Anästhesisten getrennt wird. In diesem Fall wird davon ausgegangen, dass der Anästhesist auf Grund seiner Spezialisierung, seiner Kenntnisse und seiner Erfahrung bestimmte, klar umschriebene Handlungen vornimmt, für die er selbst haftet. Damit kann die Haftung jedes Mitglieds eines Ärzte- oder Operationsteams festgelegt werden, indem auch die spezifische Rolle jedes Einzelnen berücksichtigt wird. Für die abtrennbare Handlung haftet nur jene Person, die sie ausführt.

Mit dieser Lösung kann dem Geschädigten jedoch nicht mit Sicherheit garantiert werden, wer – der Chirurg oder der Anästhesist – für den verursachten Schaden verantwortlich ist. Denn die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Handlungen, die vor, während oder nach einer Operation vorgenommen werden, ist nicht immer derart klar, wie man annehmen könnte. Für den Patienten ist daher die Lösung der Solidarhaftung erheblich günstiger, da sie ihm eine Entschädigung garantiert, wenn der Urheber des Schadens nicht eindeutig ermittelt werden kann.

2.4 Die Haftung in den Spitälern⁴⁷

A titre liminaire, il est important de rappeler que le rôle à jouer de l'assurance responsabilité civile en la matière est primordial afin que les établissements hospitaliers soient couverts à l'occasion de demandes de réparation suite à la survenance d'un dommage.

2.4.1 Die privatrechtlichen Betriebe

Zwischen dem Patienten und dem Spital wird ein "Spitalaufnahmevertrag"⁴⁸ abgeschlossen, der im Obligationenrecht nicht ausdrücklich geregelt ist. Gemäss der Lehre werden in diesem Zusammenhang zwei Vertragstypen⁴⁹ unterschieden: der so genannte "homogene" Vertrag (Hotellerieleistungen, Pflegeleistungen und ärztliche Behandlung) und der so genannte "aufgeteilte oder Teil-Spitalaufnahmevertrag" (nur Unterkunfts- und Pflegeleistungen), bei dem die Haftung für die ärztliche Behandlung vom Arzt übernommen und durch die Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) geregelt wird. Aus Gründen der Einfachheit – wie dies bei der oben beschriebenen Theorie der Solidarität gegenüber der Theorie der abtrennbaren Handlung der Fall ist – wird gegenwärtig üblicherweise davon ausgegangen, dass der Patient im Normalfall mit dem Spital einen so genannten "homogenen" Vertrag abschliesst.

⁴⁶ Ney, op. cit., S. 390, 476 ff., Braconi, op. cit., S. 171 ff., Sprumont und Brocard, op. cit., S. 40.

⁴⁷ "La distinction entre hôpital public et hôpital privé a déjà fait couler un peu d'encre en doctrine. Une bonne partie des auteurs considèrent que la nature juridique de l'organisation de l'hôpital n'est pas un signe déterminant et, dès lors, qu'un établissement organisé en fondation privé par exemple, peut très bien être qualifié d'hôpital public ou d'hôpital de droit public. Ce qui est déterminant, c'est le faisceau des indices que l'on peut relever dans le cas concret qui peuvent faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre". Christian Van Gessel et Olivier Guillod "Division commune d'un hôpital privé : quel régime de responsabilité" in Aktuelle Juristische Praxis AJP/PJA, 4/2001, p. 420 ss.

⁴⁸ Terminologisch handelt es sich dabei um einen so genannten Innominatvertrag.

⁴⁹ Guillod, op.cit., S. 83 ff., Ney, op.cit., S. 367 ff., Sprumont und Brocard, op. cit., S. 42.

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass Massnahmen, die in den Beziehungen zwischen Patienten und Ärzten wieder ein gewisses Gleichgewicht herstellen, von erheblichem öffentlichen Interesse sind⁵⁰, da sich die Patienten im Haftpflichtbereich gegenüber der ärztlichen Machtstellung meist in einer ungünstigen Lage befinden. Wird daher vom Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen Patient und Spital ausgegangen, haftet letzteres gemäss Art. 101 OR für allfällige Schäden, die dem Patienten durch die Hilfspersonen des Spitals in Ausübung ihrer Verrichtungen zugefügt werden.

2.4.2 Die öffentlichrechtlichen Betriebe⁵¹

Wird der Patient in einem öffentlichen Spital betreut, muss das kantonale öffentliche Recht angewandt werden, das in Bezug auf die Haftung die gleichen Grundsätze anwendet, wie sie im Privatrecht bestehen. Auf Grund von Art. 61 OR⁵² muss untersucht werden, ob die Tätigkeit des Arztes in den öffentlichen Spitälern als gewerbliche Verrichtung betrachtet werden kann. Gegenwärtig wird jedoch vom Bundesgericht und von der Mehrheit der Lehre⁵³ die Auffassung vertreten, dass die Behandlung von Kranken im Rahmen der amtsärztlichen Tätigkeit in öffentlichen Spitälern nicht einer gewerblichen Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR entspricht, sondern dass es sich im Gegenteil um eine staatliche Tätigkeit handelt, die kraft einer hoheitlichen Befugnis ausgeübt wird. Im Entwurf für die Revision des Haftpflichtrechts ist vorgesehen, die Tätigkeit der Spitäler dem System der privatrechtlichen Haftpflicht zuzuteilen⁵⁴.

Alle Kantone haben den Grundsatz der ausschliesslichen Staatshaftung übernommen. Diese Lösung ist günstig sowohl für den geschädigten Patienten, in dem dieser einerseits nicht mehr die für die Schädigung verantwortliche Person bestimmen muss und andererseits die Gewissheit eines solventen Schuldners hat, als auch für das Spitalpersonal, das bei der Ausübung seiner Funktionen nicht mehr direkt betroffen ist.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Schadenszufügung dann widerrechtlich, "wenn die amtliche Tätigkeit des Beamten gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen. Ein solcher Verstoss kann unter Umständen in der Überschreitung oder im Missbrauch des dem Beamten durch Gesetz eingeräumten Ermessens liegen. Die Rechtsprechung hat auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als widerrechtlich bezeichnet."⁵⁵ Die Entsprechung zu diesem Grundsatz besteht allerdings darin, dass der Staat im Fall eines schweren Verschuldens in den meisten Kantonen über die Möglichkeit einer so genannten "Regressklage" gegen den verantwortlichen Bediensteten verfügt⁵⁶.

⁵⁰ BGE 114 Ia 350, 356.

⁵¹ Rumpf, op. cit., S. 311 ff., Guillod, op. cit., S. 70 ff., 80 ff., Pierre Martin Achard und Luc Thévenoz, "La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics", In: Aspects de droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht, 1986, Leiter P. Tercier, Editions universitaires de Fribourg Suisse, 1987.

⁵² "Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen. Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden."

⁵³ Sprumont und Brocard, op. cit., S. 44 und 45.

⁵⁴ Pierre Wessner, "La révision totale du droit de la responsabilité civile: quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers", In: IDS Cahier Nr. 2, La responsabilité médicale, 1996, S. 57 ff. Révision et unification du droit de la responsabilité civile, avant-projet de loi fédérale par Pierre Widmer, professeur à l'Université de St-Gall et directeur de l'institut suisse de droit comparé et Pierre Wessner, professeur à l'Université de Neuchâtel, 1999, avant-projet actuellement en consultation, www.bj.admin.ch.

⁵⁵ BGE 116 Ib 193 / JT 1993 I 55, BGE 107 Ib 163 / JT 1983 I 349.

⁵⁶ Vgl. S. 8 und 9.

Ein Problem stellt die Haftung des Arztes dar, der im Spital arbeitet und berechtigt ist, auch Privatpatienten zu behandeln. In den Gesetzesbestimmungen mehrerer Kantone wird den Ärzten dieses Recht ausdrücklich gewährt⁵⁷. Dadurch gelingt es, Ärzte in öffentlichen Spitälern zu halten, die andernfalls versucht sein könnten, im privaten Sektor zu arbeiten. Ist die Haftung in diesem Fall privater oder öffentlicher Natur?

Das Bundesgericht geht gemäss der Rechtsprechung davon aus, dass die Beziehung zwischen Patient und Arzt in einem derartigen Fall grundsätzlich rein öffentlicher Natur ist. In der Regel heisst dies, dass der Vertrag unabhängig von den bestehenden Beziehungen zum Arzt direkt mit dem Spital abgeschlossen wird⁵⁸. Wie bereits weiter oben festgestellt wurde, ist diese Lösung für die Ärzte wie auch für die Patienten vorteilhafter. Damit stellt sich das Problem der Haftung der Hilfspersonen im Sinne des OR nicht, da auch dafür der Träger des öffentlichen Spitals (der Staat) verantwortlich ist.

Man könnte diesem System vorwerfen, dass es das Spitalpersonal von seiner Verantwortung entbindet, da in erster Linie das Spital (der Staat) für die Schäden haftet, die den Patienten zugefügt werden. Die gleiche Systematik findet man aber auch im Versicherungsbereich vor. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass sowohl die Ärzte als auch das Pflegepersonal auf jeden Fall auf strafrechtlicher oder disziplinarischer Ebene individuell belangt werden können.

Zudem müssen die Gerichte nach Auffassung des Bundesgerichts "examiner le comportement de chacune des personnes concernées et rechercher, pour chacune d'elles, s'il n'y a pas des éléments indiquant qu'elle a violé des règles de prudence que les circonstances imposaient pour ne pas excéder les limites du risque admissible, qu'elle n'a pas déployé l'attention et les efforts que l'on pouvait attendre d'elle pour se conformer à son devoir et que la violation fautive d'un devoir de prudence, le cas échéant, est dans un rapport de causalité naturelle et adéquate [...] avec la survenance des lésions corporelles. Il faut donc se demander en l'espèce si le comportement des personnes mises en cause, notamment des différents médecins qui sont intervenus, fait présumer la violation fautive d'un devoir de diligence leur incombant et, le cas échéant, si et pourquoi celle-ci a pu être ou non causale des lésions subies par la victime"⁵⁹.

3. Die derzeitige Entwicklung⁶⁰

3.1 Die Entwicklung der Rechtsprechung

Angesichts der vorherrschenden Meinung ist festzuhalten, dass sich der Grundsatz der ärztlichen Haftung im Lauf der Jahre erheblich entwickelt hat. Patienten nehmen heute medizinische Zwischenfälle nicht mehr als etwas Unvermeidliches hin.

Zudem hat die Zahl der Zwischenfälle vor allem wegen der beträchtlichen Entwicklung der Behandlungstechniken zugenommen. Folglich hat die Anzahl der Entschädigungsforderungen ebenfalls zugenommen⁶¹, was eine Erhöhung der Prämien für die Haftpflichtversicherung zur Folge hatte.

⁵⁷ Sprumont und Brocard, op. cit., S. 46, namentlich BS, FR, GE, SG, VD und ZH.

⁵⁸ Idem S. 47.

⁵⁹ Idem S. 51, vgl. Entscheid des Kassationshofs in Strafsachen des Bundesgerichts vom 31. März 1995, abgedruckt in: Plädoyer 5/1995, S. 63 ff.

⁶⁰ Franz Werro, "La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine", In: IDS Cahier Nr. 2, La responsabilité médicale, 1996, S. 21 ff.

⁶¹ Wie verschiedene ausländische ärztliche Standesorganisationen hat auch die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) innerhalb ihres Generalsekretariates eine Stelle für aussergerichtliche Gutachten geschaffen. Die Tätigkeit dieser Stelle wird durch ein Reglement für die aussergerichtliche Begutachtung von Ärzthaftpflichtfällen geregelt, das 1981 - 83 vom Zentralvorstand der FMH erlassen wurde. Die FMH-Gutachterstelle hat nicht die Aufgabe, sich zu ärztlichen Haftpflichtprozessen zu äussern, sondern soll die

Im Verlauf der letzten zwanzig Jahre führte die ständige Rechtsprechung zu einer gewissen Verschärfung der ärztlichen Haftung, die vor allem auf die folgenden Faktoren zurückzuführen ist:

- auf den Schweregrad des Verschuldens, das für die Haftung des Arztes erforderlich ist⁶²,
- auf die Erleichterung der Beweislast⁶³,
- auf das Recht des Patienten, aufgeklärt zu werden⁶⁴,
- auf die Theorie der entgangenen Chance⁶⁵.

3.2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts⁶⁶

Im privatrechtlichen Bereich⁶⁷ ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich die gegenwärtige Revision des Haftpflichtrechts noch im Entwurfsstadium befindet. Die im Vorentwurf vorgesehene Fassung von Artikel 41 ff. OR wird die rechtliche Situation der Opfer deutlich verbessern und die Unterschiede zwischen dem System der Haftung aus unerlaubter Handlung und dem System der Vertragshaftung aufheben, die im derzeit anwendbaren Recht bestehen. Die Verbesserungen erfolgen vor allem durch den Einführung von strengeren Regeln im Bereich der Haftung für Hilfspersonen (insbesondere durch die sehr restriktive Zulassung des Entlastungsbeweises in Bezug auf die Sorgfalt, wenn der Schaden im Rahmen eines organisierten Rechtsträgers wie beispielsweise eines Spitals zugefügt wird). Allerdings ist daran zu erinnern, dass im Bereich des öffentlichen Rechts einige Kantone bereits eine Haftung ohne Verschulden oder für gesetzlich zulässige Handlungen ihrer Bediensteten vorsehen. Auf jeden Fall ist nochmals zu betonen, dass die günstigere Gestaltung des Systems für die Patienten nicht dazu führt, dass sich für das Pflegepersonal die persönliche und direkte Haftung erhöht.

3.3 Annäherung an amerikanische Verhältnisse?⁶⁸

Das Haftpflichtrecht der USA und der Schweiz ist inhaltlich grösstenteils vergleichbar. Allerdings bestehen erhebliche Unterschiede in Bezug auf seine Umsetzung. So bietet das System der Verfahrenskosten sowie das System für die Entschädigung der Anwälte den amerikanischen Patienten Anreize für die Einleitung von Prozessen, während die Patienten

zentrale Frage all dieser Prozesse klären – die Frage, ob ein Kunstfehler vorliegt. Zu diesem Zweck stellt sie qualifizierte Experten zur Verfügung.

⁶² Ein Verschulden allein reicht schon aus, es muss nicht zwangsläufig schwer sein.

⁶³ Insbesondere Erleichterungen in Bezug auf den Begriff des Verschuldens und der Kausalität.

⁶⁴ Dieser Entwicklung kommt zweifellos die grösste Bedeutung zu. Diese Pflicht ist Teil der allgemeinen Berufspflichten des Arztes, unabhängig davon, ob er im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags oder als Beamter oder Angestellter des Staates arbeitet. Im Rahmen des Möglichen muss der Arzt vom Patienten eine "Einwilligung nach ausreichender Aufklärung" beschaffen.

⁶⁵ Diese Theorie und die sich daraus ergebende Verschärfung der Haftpflicht ist umstritten, da sie darauf hinausläuft, dass jemand verurteilt wird, ohne dass er den Schaden verursacht hat (Bsp.: verspätet diagnostizierter Tumor). Tatsächlich handelt es sich um eine besondere Form der Schadensbeurteilung. Die Idee besteht darin zu beurteilen, welchen Nutzen der Patient aus der Wiedererlangung der Gesundheit hat, und ihm einen Betrag zu gewähren, welcher der Wahrscheinlichkeit Rechnung trägt, mit welcher der Patient dieses Ergebnis ohne Verschulden des Arztes erreicht hätte. Es wird somit der Verlust entschädigt, der sich aus einem feststehenden Verschulden ergibt, das dazu geführt hat, dass die Chance zur Erreichung eines bestehenden, aber zufallsbedingten Vorteils zunichte gemacht wurde.

⁶⁶Cf. Pierre Wessner "La révision totale du droit de la responsabilité civile : quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers", IDS (Institut de droit de la santé), la responsabilité médicale, cahier N°2, Neuchâtel, 1996. Révision et unification du droit de la responsabilité civile, avant-projet de loi fédérale par Pierre Widmer, professeur à l'Université de St-Gall et directeur de l'institut suisse de droit comparé et Pierre Wessner, professeur à l'Université de Neuchâtel, 1999, avant-projet actuellement en consultation, www.bj.admin.ch.

⁶⁷Idem.

⁶⁸ Werro, op. cit., S. 28.

in der Schweiz aus Angst vor den entstehenden Kosten auf Klagen verzichten. Ausserdem werden in den USA viel höhere Entschädigungen gewährt als in der Schweiz.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in den USA das Haftpflichtsystem das bedeutendste Mittel für die Abgeltung von Unfällen darstellt, während in der Schweiz ein obligatorisches Unfallversicherungssystem (Betriebs- oder Nichtbetriebsunfälle) für alle besteht.

Obwohl somit nach dem Bundesgericht das System der Arzthaftung zu Gunsten der Patienten verschärft wurde, unterscheidet sich die Situation in den USA (Verfahren, Entschädigung, Kultur) stark von der in der Schweiz, und es besteht keineswegs die Gefahr einer Annäherung an amerikanische Verhältnisse.

4. Die Haftung nach der Ausbildungsstufe, insbesondere auf der Sekundarstufe II und der Tertiärstufe

4.1 Im Allgemeinen

Innerhalb eines medizinischen Teams müssen, insbesondere in den Spitälern, die Tätigkeitsfelder der einzelnen Beteiligten genau unterschieden werden, um Unfälle vorzubeugen und die Haftungspflicht eines jeden festzulegen.

So ist zu unterscheiden zwischen⁶⁹:

- den Interventionen, die ausschliesslich dem behandelnden Arzt vorbehalten sind. Dabei handelt es sich vor allem um die Stellung der Diagnose und der Indikation für die Behandlung. Zuweilen ist auch der Assistenzarzt fähig, einige dieser Handlungen vorzunehmen, doch handelt er dabei meist unter der Kontrolle des behandelnden Arztes und bleibt somit ein einfacher Erfüllungsgehilfe;
- den Interventionen, die der Arzt Hilfspersonen (im weiteren Sinne) übertragen kann, die diese jedoch nur in seiner Anwesenheit und unter seiner direkten Überwachung ausführen dürfen (Narkose, Injektion von gefährlichen Medikamenten, Anwendung von Strahlen ...);
- den Interventionen, die der Arzt ausserhalb seiner Anwesenheit und ohne seine Überwachung, aber gemäss den vorgängig von ihm erteilten Anweisungen ausführen lassen kann (Routine-Injektionen, Verabreichung von Medikamenten, Infusionen, Magenspülungen, Verbände ...);
- den Interventionen, welche die Hilfsperson auf eigene Initiative, ohne besondere Anweisungen im Einzelfall ausführen kann. Dabei handelt es sich um alle Handreichungen und Pflegemassnahmen für die Patienten, deren Körperpflege, das Fiebermessen, die Sterilisation der Instrumente ...).

⁶⁹ Ney, op. cit., S. 386 ff.

Es ist wichtig, den Ausdruck Haftung im juristischen Sinne nicht mit der Verantwortung zu verwechseln, welche die zukünftigen Fachangestellten Gesundheit auf Grund ihrer Qualifikationen und Kompetenzen in Ausübung ihres Berufes haben werden. Zwischen diesen beiden Entitäten besteht keinerlei direkter Zusammenhang.

Für jede Stufe⁷⁰, die nach der neuen, im Mai 1999 von der SDK genehmigten Bildungssystematik vorgesehen ist, muss klar festgelegt werden:

- welche Handlungen eine direkte Überwachung erfordern, welche anhand von Anweisungen ausgeführt werden können und welche die Hilfspersonen auf eigene Initiative ausführen können;
- welche Personen für diese Überwachung zuständig sind.

4.2 Die kantonalen Gesundheitsgesetze

In den meisten kantonalen Gesetzen wird für die so genannten "Hilfsberufe" keine Bewilligung zur Berufsausübung vorausgesetzt. Manchmal wird nur eine einfache Registrierung bei der zuständigen Behörde verlangt (Eintrag in ein Register).⁷¹

Im Allgemeinen bestehen zwei Arten von Bewilligungen: die Bewilligung zur selbstständigen (freiberuflichen) Berufsausübung und die Bewilligung zur unselbstständigen Berufsausübung.

In Bezug auf die Gesundheitsberufe sehen die kantonalen Gesetze meist eine Liste der Berufe vor, die dem Gesetz unterstellt sind, definieren für jeden Beruf die Rolle und die Kompetenzen und legen fest, ob der Beruf selbstständig ausgeübt werden darf oder nicht.

Artikel 14 des Reglements über die Ausübung der Chiropraktik und der medizinischen Hilfsberufe des Kantons Neuenburg⁷² sieht Folgendes vor:

"Le cas d'urgence excepté, les infirmières et infirmiers ne travaillent que sous la surveillance d'un médecin et doivent se conformer strictement à ses prescriptions. Leur activité doit se limiter aux compétences auxquelles leur diplôme leur donne droit ..." "... Les infirmières et infirmiers instruits à faire des piqûres intraveineuses dans les écoles et les hôpitaux où ils ont accompli leurs études et leurs stages, sont autorisés à pratiquer ces interventions s'ils en reçoivent l'ordre écrit du médecin et sous la responsabilité de ce dernier."

Die Kantone werden eine Revision (Anpassung) ihrer Gesundheitsgesetze beziehungsweise Ausführungsreglemente vorsehen müssen, bei der die Begriffe und Definitionen des neuen Berufs Fachangestellte/r Gesundheit berücksichtigt werden. Dabei muss ebenfalls dem neuen Berufsdiplom Pflege Rechnung getragen werden. Allenfalls wäre es wünschenswert, die Hilfspersonen bei bestimmten, noch festzulegenden Handlungen dazu zu verpflichten, eine schriftliche Verordnung des Arztes oder des diplomierten Pflegepersonals einzuholen oder diese Handlungen nur unter deren Aufsicht auszuführen, um damit sicher zu stellen, dass in diesen vorgängig festgelegten heiklen Fällen der Arzt oder das diplomierte Pflegepersonal haftet.

⁷⁰ Insbesondere für das eidgenössische Fähigkeitszeugnis (EFZ – Sekundarstufe II) und das Berufsdiplom (Tertiärstufe).

⁷¹ A ce propos, également rapport de la CDS sur "Les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur les professionnels de la santé détenteurs d'une autorisation de pratiquer délivrée par un autre canton", Valentine de Reynier avec la collaboration de M. Enrico Riva, dr en droit, professeur de l'Université de Bâle, avocat à Berne.

⁷² Systematische Rechtssammlung des Kantons Neuenburg, 801.20.

4.3 Die Sekundarstufe II

4.3.1 Der Reglementsentswurf vom 17. April 2001 des Schweizerischen Roten Kreuzes (SRK) für die Ausbildung von Fachangestellten Gesundheit im Zuständigkeitsbereich der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz (SDK)⁷³

Bezüglich des erwarteten Kompetenzniveaus am Ende der Ausbildung, die mit einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (EFZ) abgeschlossen wird, ist in Artikel 1 des Reglementsentswurfs Folgendes festgelegt:

"Die Fachangestellte Gesundheit erfüllt ihre Aufgabe, unter der generellen Verantwortung von diplomiertem Personal, im Rahmen der erteilten Aufträge und gemäss der absolvierten Ausbildung, selbständig und in eigener Verantwortung."

Auf Grund dieses Artikels wurde es als notwendig erachtet, eine eingehendere Untersuchung im Zusammenhang mit dem Kompetenzniveau am Ende der Ausbildung (Selbstständigkeit und Eigenverantwortung) und der Haftung durchzuführen. Denn es waren verschiedene Befürchtungen geäussert worden, die sich auf die künftige Rolle der Fachangestellten Gesundheit innerhalb eines medizinischen Teams bezogen.

4.3.2 Die verschiedenen bestehenden Ausbildungsreglemente im Zuständigkeitsbereich des Bundes, die dem Reglement der Fachangestellten Gesundheit entsprechen⁷⁴

In Artikel 4 dieser Reglemente ist Folgendes vorgesehen:

"Die Handlungskompetenz des Lehrlings, in gleichen Massen bestehend aus Fachkompetenz, Eigen- und Sozialkompetenz sowie Methodenkompetenz, soll gezielt gefördert werden. Fachkompetenz beinhaltet Berufskennnisse und berufliche Fertigkeiten. **Unter Eigen- und Sozialkompetenz werden Selbstständigkeit, Eigeninitiative, Eigenverantwortung, Zuverlässigkeit, Kreativität, Leistungsbereitschaft und Teamfähigkeit verstanden.** Methodenkompetenz beinhaltet den Erwerb von Techniken, selbstständig zu lernen, **die Arbeit selbstständig zu planen und auszuführen, mit andern Personen im Team zu arbeiten**, aufgetretene Konflikte zu bewältigen und neue Problemstellungen kreativ anzugehen.

Der Lehrling soll die Fähigkeit des vernetzten Denkens erlangen, um Wesentliches rasch zu erfassen und ihm übertragene Aufgaben wirtschaftlich, ökologisch, sorgfältig und rationell zu bewältigen.

⁷³ Zwischen Ende Juni und Ende September 2001 ist eine Vernehmlassung geplant ("Paket", Anpassung an die neue Bildungssystematik, die im Mai 1999 von der SDK genehmigt wurde), die sich auf die folgenden Dokumente beziehen wird: den erwähnten Reglementsentswurf, den Entwurf für das Berufsprofil dieser neuen Ausbildung, den Entwurf für das Berufdiplom in Pflege (Einheitsdiplom), die Anträge aus dem Bericht von Franz Kost "Zur Gestaltung der Schnittstelle zwischen Sekundarstufe II und Tertiärstufe in der neuen Bildungssystematik", die vorgeschlagenen Übergangslösungen für die bereits bestehenden Abschlüsse (DN I, DN II, Krankenpflegerinnen FA SRK, Pflegeassistentinnen) sowie das vorliegende Gutachten. Alle diese Dokumente können auf der Website des SDK (www.sdk-cds.ch) respektive auf der für das Vernehmlassungsverfahren geschaffenen Website (www.vernehmlassung-sdk-srk.ch / www.consultation-cds-crs.ch) abgerufen werden.

⁷⁴ Zum Beispiel:

- das Reglement über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung der medizinischen Praxisassistent(innen) vom 12. September 1994,
- das Reglement über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung der Biologielaborant(inn)en vom 14. März 1995,
- das Reglement über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung der medizinischen Hotelfachassistent(inn)en vom 23. Februar 1996,
- das Reglement über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung der Hauswirtschafter/innen vom 20. Mai 1999.

Der Lehrbetrieb legt Wert auf die Vernetzung der Ausbildungspartner (Lehrbetrieb, Berufsschule und Einführungskurse) und unterstützt aktiv die Zusammenarbeit mit Berufsschule und Einführungskursen.

Der Lehrbetrieb stellt einen geeigneten Arbeitsplatz sowie die erforderlichen Ausbildungseinrichtungen zur Verfügung. Massnahmen zur Arbeitssicherheit, zur Unfallverhütung sowie zum Gesundheits- und Umweltschutz sind mit Beginn der Ausbildung zu beachten und einzuhalten. Entsprechende Vorschriften und Empfehlungen werden den Lehrlingen rechtzeitig abgegeben und erklärt.

Zur Förderung der beruflichen Fertigkeiten werden alle Arbeiten abwechselnd wiederholt. **Die Lehrlinge müssen so ausgebildet werden, dass sie am Ende alle im Ausbildungsprogramm aufgeführten Arbeiten selbstständig und in angemessener Zeit ausführen können...**⁷⁵.

Es ist somit wichtig, dass der Leser die Begriffe der im Verlauf der Ausbildung erworbenen Selbstständigkeit und Verantwortung (d.h. Kompetenzen und Ziele – erwartetes Anforderungsniveau am Ende der Ausbildung) vom Begriff der Haftung (Beurteilung des Schadens und Schadenersatzforderung) unterscheidet, der in den vorhergehenden Kapiteln beschrieben ist. Denn auch wenn bis zum Ende der Ausbildung Kompetenzen im Bereich der Selbstständigkeit und Eigenverantwortung erworben werden, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch die Haftung bei einem eingetretenen Schaden entsprechend zunimmt⁷⁶.

Überdies gibt diese Art der Ausbildung auf EFZ-Niveau gemäss den meisten kantonalen Gesundheitsgesetzen und den oben erwähnten Reglementen kein Anrecht auf eine selbstständige Berufsausübung.

4.4 Die Richtlinien des SRK

4.4.1⁷⁷ Studium der Richtlinien für die vom SRK anerkannten Schulen für praktische Krankenpflege von 1971⁷⁸, der Bestimmungen des SRK für die Diplomausbildungen in Gesundheits- und Krankenpflege von 1992⁷⁹, der Bestimmungen des SRK für die Ausbildung zur Pflegeassistentin von 1993⁸⁰ und des Entwurfes für das Berufsprofil und die Kompetenzen der diplomierten Pflegenden vom April 2001⁸¹

"Die ausgebildeten Krankenpflegerinnen sollen fähig sein:

...

⁷⁵ Hervorhebungen durch die Autorin.

⁷⁶ Vgl. Kapitel 5 für eine detaillierte Erläuterung.

⁷⁷ Diese Unterlagen sind beim SRK erhältlich und können auf dessen Website abgerufen werden: www.redcross.ch.

⁷⁸ Diese Ausbildung, die nicht mehr existiert, wurde ab 1992 in gewissem Masse durch die Ausbildung Diplomniveau I ersetzt. Diese Ausbildung ist auf der Sekundarstufe II anzuordnen.

⁷⁹ Diese Ausbildungsbestimmungen enthalten keine besondere Bestimmung bezüglich der Überwachung und der allfälligen Haftung der Krankenschwestern und -pfleger an ihrem Arbeitsort.

⁸⁰ Die (einjährige) Ausbildung in Pflegeassistentenz wird mit einem Ausweis abgeschlossen und ermöglicht die Ausübung einer Assistenzfunktion im Bereich der Pflege. Diese Ausbildung ist auf der Sekundarstufe II anzuordnen.

⁸¹ Dabei handelt es sich um den Entwurf für das Berufsdiplom (Aufhebung der Diplomniveaus I und II), das im Rahmen einer dreijährigen Ausbildung erworben werden soll.

- die Grundpflege als ihre Hauptaufgabe zu sehen und sich ihrer durch die Ausbildung gesetzten Möglichkeiten und Grenzen bewusst zu sein, und zwar in besonderem Masse dort, wo sie bei der Behandlungspflege und bei diagnostischen Massnahmen zur Mitarbeit herangezogen werden;
- die Anordnungen der verantwortlichen diplomierten Krankenschwester oder des Arztes sinngemäss und gewissenhaft auszuführen;
- ..."

Berufsprofil der diplomierten Pflegenden vom April 2001:

"Um die pflegerischen Bedürfnisse der Klientinnen / Patienten bestmöglich zu erfüllen, arbeiten die diplomierten Pflegenden intra- und interdisziplinär mit allen beteiligten Fachpersonen zusammen. Dabei haben sie eine zentrale Verbindungsfunktion inne und vertreten die Interessen der Klientinnen / Patienten. Wenn sie pflegerische Handlungen delegieren, gewährleisten sie die nötige Überwachung und tragen für ihre Entscheide und Handlungen die Verantwortung."

Diese Richtlinien bieten zwar gewisse Ansätze von Antworten auf die zu klärenden Fragen, bestätigen aber gleichzeitig die Notwendigkeit, die auf Seite 19 erwähnten Probleme zu lösen⁸². Ausgehend von den Ausbildungsbestimmungen des SRK hat der SBK das folgende Dokument erarbeitet, das eine genauere Definition der Rolle, der Kompetenzen und der Haftung des diplomierten Pflegepersonals ermöglicht.

4.4.2 Das Dokument des Schweizer Berufsverbands der Krankenschwestern und Krankenpfleger (SBK) über die Reglementierung der Berufsausübung des diplomierten Pflegepersonals vom Juni 1995

- Artikel 3 und 4:

"Selbständige Berufsausübung ... Delegierte Aufgaben in der Berufsausübung ..." ⁸³.

- Artikel 5:

"Die Krankenschwester darf nur Aufgaben ausüben, auf die sie während ihrer Ausbildung vorbereitet wurde." ⁸⁴

- Artikel 14:

"Die Krankenschwester ist verantwortlich für die Pflege, die sie selber ausführt und die sie an andere delegiert." ⁸⁵

⁸² Welche Handlungen erfordern eine direkte Überwachung, welche können anhand von Anweisungen ausgeführt werden und welche können die Hilfspersonen auf eigene Initiative ausführen?

⁸³ Kommentar des SBK : "Dies erlaubt zu unterscheiden zwischen der Verantwortung im Bereich des behandelnden Arztes und im Bereich des Pflegepersonals. Alles, was nicht präzisiert ist im Bereich der delegierten Aufgaben ist Teil der selbständigen Aufgaben. Die Beschreibung der interdependenten Aufgaben wird so in einem Gesetzestext überflüssig, was nicht bedeutet, dass diese in der Realität nicht mehr vorhanden sind. Tatsächlich handelt es sich bei den interdependenten Aufgaben eher um die Art der Zusammenarbeit als um eine spezifische Aufgabe der Krankenschwester."

⁸⁴ Kommentar des SBK : "Ausbildung ist hier im weitesten Sinne gemeint, das heisst, sie beinhaltet auch Weiterbildungen, welche zu einer anerkannten Fachkompetenz führen. Dieser Artikel mag als einschränkend empfunden werden, doch gestattet er dem Pflegepersonal, eine Arbeit zu verweigern, welche nicht Gegenstand der Ausbildung war oder zu erreichen, dass es ausgebildet wird bzw. dass die Verantwortlichkeit des Arztes schriftlich festgehalten wird. Die Arbeitsgruppe hat darauf verzichtet, eine Liste der selbständigen Aufgaben zu erstellen. ... Eine Liste dieser Art ist wegen der Vielfalt der Diplombildungen schwer zu erstellen. Im weiteren wirkt sie einengend und verhindert die Entwicklung des Berufes. Eine Liste der Kompetenzen ist niemals vollständig."

Dem ist hinzuzufügen, dass die Diplombildung in Gesundheits- und Krankenpflege im Gegensatz zum künftigen Beruf der Fachangestellten Gesundheit zur selbstständigen (freiberuflichen)⁸⁶ wie zur unselbstständigen Berufsausübung berechtigt.

4.5 Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG)

Nicht nur die kantonalen Gesundheitsgesetze⁸⁷, sondern auch das KVG⁸⁸, die KVV⁸⁹ (Krankenpflegeverordnung) vom 27. Juni 1995 und die KLV⁹⁰ (Krankenpflege-Leistungsverordnung) vom 29. September 1995 enthalten einige besondere Bestimmungen über die verschiedenen Ausbildungen des Gesundheitsbereichs (Erbringer von Pflegeleistungen).

So ist in Artikel 35 ff. KVG Folgendes festgelegt:

Art. 35 Grundsatz

¹ Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 36-40⁹¹ erfüllen.

² Leistungserbringer sind:

- a. Ärzte und Ärztinnen;
- b. Apotheker und Apothekerinnen;
- c. Chiropraktoren und Chiropraktorinnen;
- d. Hebammen;
- e. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen;
- f. Laboratorien;
- g. Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen;
- h. Spitäler;
- i. Einrichtungen, die der teilstationären Krankenpflege dienen;
- k. Pflegeheime;
- l. Heilbäder;
- m. Transport- und Rettungsunternehmen;
- n. Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen.

In Artikel 38 ff. KVV werden die Voraussetzungen für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung genauer geregelt, während in Artikel 46 ff.⁹² Folgendes festgelegt ist:

Art. 46 Im Allgemeinen

¹ Als Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen, werden Personen zugelassen, die einen der folgenden Berufe selbständig und auf eigene Rechnung ausüben:

- a. Physiotherapeut oder Physiotherapeutin;
- b. Ergotherapeut oder Ergotherapeutin;

⁸⁵ Kommentar des SBK : "Die Pflegeperson ist verantwortlich für die Folgen ihres Handelns. Sie kann straf- oder zivilrechtlich belangt werden, wenn sie fahrlässig oder irrtümlich einen Fehler begeht, der nachteilige Folgen für die Gesundheit der ihr für die Pflege anvertrauten Personen hat."

⁸⁶ Gemäss dem Bewilligungssystem, das in den kantonalen Gesundheitsgesetzen vorgesehen ist.

⁸⁷ Vgl. oben, S. 19 in fine.

⁸⁸ SR 832.10.

⁸⁹ SR 832.102.

⁹⁰ SR 832.112.31.

⁹¹ Die Artikel 36 bis 40 regeln die Bedingungen für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung für die einzelnen Kategorien der in Artikel 35 aufgezählten Leistungserbringer.

⁹² Die Artikel 47 bis 52 regeln die Bedingungen für die Zulassung der Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen, für die einzelnen Kategorien der in Artikel 46 aufgezählten Leistungserbringer.

- c. Krankenschwester oder Krankenpfleger;
- d. Logopäde oder Logopädin;
- e. Ernährungsberater oder Ernährungsberaterin.

² Diese Personen müssen nach kantonalem Recht zugelassen sein und die übrigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, welche in dieser Verordnung festgelegt sind.

Zu den Leistungen, die auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag erbracht werden, namentlich zur Pflege, die zu Hause, ambulant oder in einem Pflegeheim geleistet wird, ist schliesslich in Artikel 5 ff. KVV Folgendes festgelegt:

Art. 7 Umschreibung des Leistungsbereichs

¹ Die Versicherung übernimmt die Kosten der Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen (Leistungen), die aufgrund der Bedarfsabklärung (Art. 7 Abs. 2 und Art. 8a) auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag erbracht werden:

- a. von Krankenschwestern und Krankenpflegern (Art. 49 KVV);
- b. von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (Art. 51 KVV);
- c. von Pflegeheimen (Art. 39 Abs. 3 des Krankenversicherungsgesetzes vom 18. März 1994, KVG).

² Leistungen im Sinne von Absatz 1 sind:

- a. Massnahmen der Abklärung und Beratung:
 1. Abklärung des Pflegebedarfs und des Umfeldes des Patienten und Planung der notwendigen Massnahmen zusammen mit Arzt (Ärztin) und Patient (Patientin),
 2. Beratung des Patienten oder der Patientin sowie gegebenenfalls der nichtberuflich an der Krankenpflege Mitwirkenden bei der Durchführung der Krankenpflege, insbesondere bei der Einnahme von Medikamenten oder beim Gebrauch medizinischer Geräte, und Vornahme der notwendigen Kontrollen;
 - b. Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung:
 1. Messung der Vitalzeichen (Puls, Blutdruck, Temperatur, Atem, Gewicht),
 2. einfache Bestimmung des Zuckers in Blut und Urin,
 3. Entnahme von Untersuchungsmaterial zu Laborzwecken,
 4. Massnahmen zur Atemtherapie (wie O₂-Verabreichung, Inhalation, einfache Atemübungen, Absaugen),
 5. Einführen von Sonden und Kathetern und die damit verbundenen pflegerischen Massnahmen,
 6. Massnahmen bei Hämö- oder Peritonealdialyse,
 7. Verabreichung von Medikamenten, insbesondere durch Injektion oder Infusion,
 8. enterale oder parenterale Verabreichung von Nährlösungen,
 9. Massnahmen zur Überwachung von Infusionen, Transfusionen und Geräten, die der Behandlung oder der Kontrolle und Erhaltung von vitalen Funktionen dienen,
 10. Spülen, Reinigen und Versorgen von Wunden (inkl. Dekubitus- und Ulcus-cruris-Pflege) und von Körperhöhlen (inkl. Stoma- und Tracheostomiepflege) sowie Fusspflege bei Diabetikern,
 11. pflegerische Massnahmen bei Störungen der Blasen- oder Darmentleerung, inkl. Rehabilitationsgymnastik bei Inkontinenz,
 12. Hilfe bei Medizinal-Teil- oder -Vollbädern; Anwendung von Wickeln, Packungen und Fangopackungen;
 - c. Massnahmen der Grundpflege:
 1. Allgemeine Grundpflege bei Patienten oder Patientinnen, welche die Tätigkeiten nicht selber ausführen können, wie Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; Betten, Lagern; Bewegungsübungen, Mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken,
 2. psychiatrische oder psychogeriatrische Grundpflege.
- ³ Allgemeine Infrastruktur- und Betriebskosten der Leistungserbringer werden bei der Ermittlung der Kosten der Leistungen nicht angerechnet.

Art. 8 Ärztlicher Auftrag, ärztliche Anordnung, Bedarfsabklärung

¹ Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung von Leistungen der Krankenschwestern und Krankenpfleger oder der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause ist aufgrund der Bedarfsabklärung und der gemeinsamen Planung der notwendigen Massnahmen näher zu umschreiben.

² Die Bedarfsabklärung umfasst die Beurteilung der Gesamtsituation des Patienten oder der Patientin sowie die Abklärung des Umfeldes und des individuellen Pflege- und Hilfebedarfs.

³ Die Bedarfsabklärung erfolgt aufgrund einheitlicher Kriterien. Ihr Ergebnis wird auf einem Formular festgehalten. Dort ist insbesondere der voraussichtliche Zeitbedarf anzugeben. Die Tarifpartner sorgen für die einheitliche Ausgestaltung des Formulars.

⁴ Die Bedarfsabklärung in Pflegeheimen erfolgt durch die Ermittlung von Pflegebedarfsstufen (Art. 9 Abs. 4). Bestätigt ein Arzt oder eine Ärztin die Einreihung einer versicherten Person in eine Pflegebedarfsstufe, gilt dies als ärztliche Anordnung oder als ärztlicher Auftrag.

⁵ Der Versicherer kann verlangen, dass ihm diejenigen Elemente der Bedarfsabklärung mitgeteilt werden, welche die Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 betreffen.

⁶ Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung sind zu befristen. Sie können erteilt werden:

a. bei Akutkranken für maximal drei Monate;

b. bei Langzeitpatienten oder -patientinnen für maximal sechs Monate.

^{6bis} Bei Personen, die eine Hilflosenentschädigung der Alters- und Hinterlassenenversicherung, der Invalidenversicherung oder der Unfallversicherung wegen mittlerer oder schwerer Hilflosigkeit erhalten, gilt der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung bezogen auf Leistungen infolge des die Hilflosigkeit verursachenden Gesundheitszustandes unbefristet. Wird die Hilflosenentschädigung einer Revision unterzogen, so ist deren Resultat vom Versicherten dem Versicherer bekanntzugeben. Im Anschluss an eine derartige Revision ist der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung zu erneuern.

⁷ Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung können wiederholt werden.

Art. 8a Kontroll- und Schlichtungsverfahren

¹ Versicherer und Leistungserbringer vereinbaren in den Tarifverträgen gemeinsame Kontroll- und Schlichtungsverfahren bei Krankenpflege zu Hause.

² Im vertragslosen Zustand setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten neben dem Tarif (Art. 47 KVG) das Verfahren nach Absatz 1 fest.

³ Das Verfahren dient der Überprüfung der Bedarfsabklärung sowie der Kontrolle der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit der Leistungen. Die ärztlichen Aufträge oder Anordnungen sind zu überprüfen, wenn voraussichtlich mehr als 60 Stunden pro Quartal benötigt werden. Werden voraussichtlich weniger als 60 Stunden pro Quartal benötigt, sind systematische Stichproben durchzuführen.

Art. 9 Abrechnung

¹ Die Leistungen können insbesondere nach Zeit- oder nach Pauschaltarifen (Art. 43 KVG) in Rechnung gestellt werden.

² Die verschiedenen Tarifarten können kombiniert werden.

³ Für die Leistungen der Krankenschwestern und Krankenpfleger oder der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause vereinbaren die Vertragspartner oder setzen die zuständigen Behörden Tarife fest, die nach Art und Schwierigkeit der notwendigen Leistungen abzustufen sind.

⁴ Für die Leistungen der Pflegeheime vereinbaren die Tarifpartner oder setzen die zuständigen Behörden Tarife fest, die nach dem Pflegebedarf abzustufen sind (Pflegebedarfsstufen). Es sind mindestens vier Stufen vorzusehen.

Diese Bestimmungen sind insbesondere für das diplomierte Pflegepersonal wichtig, betreffen jedoch die Fachangestellten Gesundheit nicht. Sie bestätigen, dass das diplomierte Pflegepersonal nach dem Erwerb seines Abschlusses und unter Beachtung der Bewilligungs- und Zulassungsvoraussetzungen, die in den kantonalen Gesundheitsgesetzen und im KVG festgelegt sind, zur selbstständigen (freiberuflichen) Berufsausübung berechtigt ist. Die Fachangestellten Gesundheit hingegen werden nur die Bewilligung zur unselbstständigen Berufsausübung erhalten.

5. Der Sonderfall der neuen Ausbildung auf EFZ-Niveau für Fachangestellte Gesundheit nach der neuen Bildungssystematik, die von der SDK im Mai 1999 genehmigt wurde

5.1 Auf rechtlicher Ebene

5.1.1. Definition der Selbstständigkeit und Eigenverantwortung

Aus allen vorhergehenden Kapiteln und insbesondere aus der Prüfung verschiedener Reglemente für Ausbildungen auf EFZ-Niveau⁹³, die mit dem neuen Beruf der Fachangestellten Gesundheit verwandt sind, geht hervor, dass sowohl die Selbstständigkeit als auch die Eigenverantwortung Kompetenzen darstellen, die im Verlauf der Ausbildung erworben werden, und dass sie keinen direkten Einfluss auf eine allfällige Haftung haben.

⁹³ Vgl. Kapitel 4.3.2, S. 19.

Dem diplomierten Pflegepersonal hingegen kommt eine Verbindungs- und Koordinationsfunktion zu, und es vertritt die Interessen der Klientinnen / Patienten. Wenn es somit pflegerische Handlungen delegiert, muss es die nötige Überwachung sicherstellen und für seine Handlungen und Entscheidungen haften.

In diesem Fall steht deshalb die Selbstständigkeit in engerem Zusammenhang mit dem Begriff der Haftung.

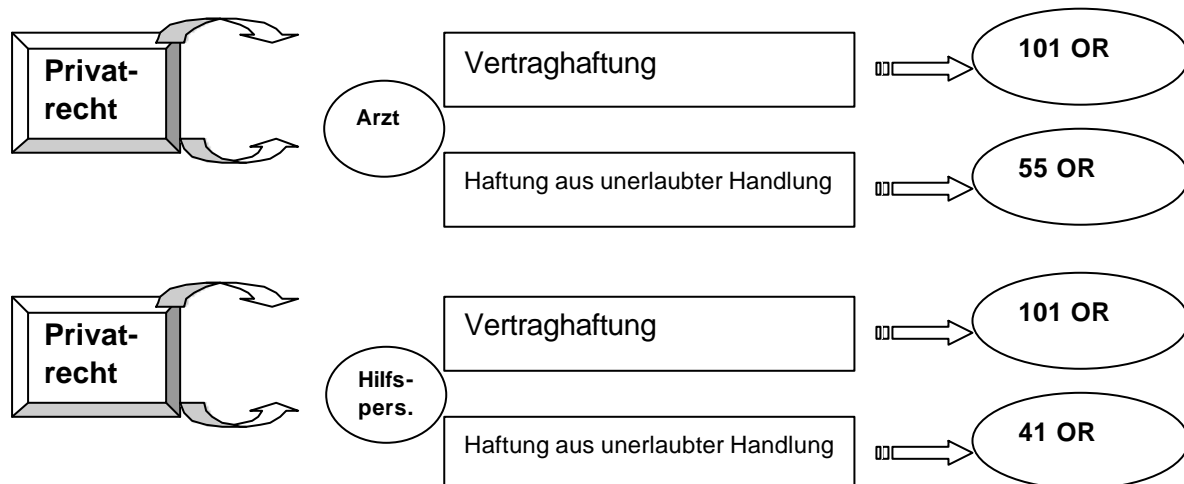
Denn alles, was nicht als Bestandteil der delegierten Aufgaben festgelegt ist, bildet Teil der selbstständigen Aufgaben. Folglich haftet das diplomierte Pflegepersonal für die Pflege, die es von sich aus erbringt oder die es selbst delegiert.

In Fachkreisen der Pflege⁹⁴ spricht man diesbezüglich auch von "pflegerischem Vorgehen" (Pflegeplanung, Situation im Bereich der Pflege). Diese Kompetenzen werden im Pflichtenheft der Fachangestellten Gesundheit nicht enthalten sein, was bestätigt, dass diese nicht im gleichen Ausmass haften werden wie das diplomierte Pflegepersonal. Ihre Rolle wird vielmehr darin bestehen, die vom diplomierten Pflegepersonal festgelegte Pflegeplanung umzusetzen und zu befolgen.

Überdies ist daran zu erinnern, dass dieser Unterschied auch damit zusammenhängt, dass das diplomierte Pflegepersonal nach der Einholung einer Bewilligung seinen Beruf selbstständig (freiberuflich) ausüben kann (da es ein höheres Kompetenzniveau erworben hat). Bei den Fachangestellten Gesundheit wird dies nicht der Fall sein: Sie werden nur zur unselbstständigen Berufsausübung berechtigt sein.

5.1.2 Auswirkung im Bereich der Haftpflicht

Angesichts der obigen Ausführungen ergibt sich somit für den Arzt beziehungsweise für die/der Fachangestellte(r) Gesundheit die folgende Haftung⁹⁵ als Hilfsperson :



Kommentar: - Gemäss Art. 101 OR haftet die belangte Person für die Handlungen ihrer Hilfspersonen. Zudem kann sie sich nicht durch den Nachweis der korrekten Auswahl, Anleitung und Überwachung von der Haftung befreien. Eine Haftungsbefreiung ist nur möglich, wenn die Handlung der Hilfsperson keine objektiv vertragswidrige Handlung darstellt, für welche die belangte Person gehaftet hätte, wenn sie allein gehandelt hätte.

⁹⁴ Insbesondere in Bezug auf das Projekt "assistantes en soins" des Kantons Waadt (provisorisches Reglement vom 8. September 2000), den Programmentwurf der Pflegeschulen Morges und Subriey und der gebräuchlichen Terminologie des SRK und des SBK.

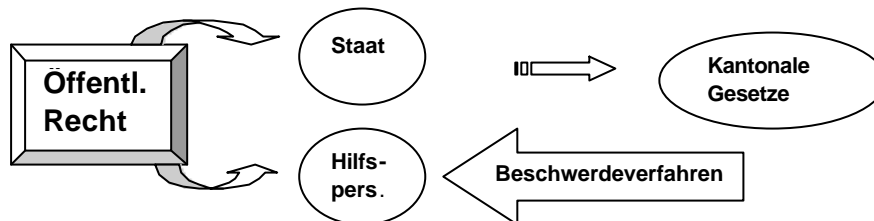
⁹⁵ Gemäss den Ausführungen in den Kapiteln 1 bis 3.

Es liegt somit keine Haftung vor, wenn die Hilfsperson mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, die der Patient von der belangten Person selbst erwarten durfte⁹⁶.

- Die belangte Person⁹⁷ haftet gemäss Art. 55 OR für die unerlaubten Handlungen ihrer Hilfspersonen, sofern sie nicht beweisen kann, dass sie diese korrekt ausgewählt, angeleitet und überwacht hat⁹⁸.

- Die Hilfsperson kann immer gestützt auf Art. 41 OR belangt werden. Der Haftungspflicht vorausgesetzt werden aber die Existenz einer unerlaubten Handlung, einer schuldhaften Handlung, eines Schadens und eines adäquaten Kausalzusammenhangs, was nicht immer einfach nachzuweisen ist.

In den meisten Fällen untersteht im Spitalbereich die Beziehung zwischen Patient und Arzt beziehungsweise Medizinalpersonal dem öffentlichen Recht:



Kommentar:

- Heute sehen die revidierten kantonalen Gesetze ein System mit direkter Staatshaftung für die Schäden vor, die von ihren Bediensteten in Ausübung ihrer Funktion widerrechtlich verursacht wurden. Einige Kantone sehen gar eine Staatshaftung für gesetzlich zulässige schädigende Handlungen ihrer Bediensteten vor, sofern dies aus Gründen der Billigkeit notwendig ist. Der Staat kann anschliessend ein Beschwerdeverfahren gegen den Beamten eröffnen, dem ein schweres Verschulden vorzuwerfen ist.
- Diese Lösung ist sowohl für den Patienten (Haftung auch ohne Verschulden des Bediensteten – so genannte Kausalhaftung) als auch für das Pflegepersonal günstig, das bei der Ausübung seiner Funktion nicht mehr direkt betroffen ist. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Pflegepersonal, gestützt auf eine Beschwerde, vom Staat auf strafrechtlicher oder disziplinarischer Ebene individuell belangt werden kann, was allerdings in der Praxis heute nur selten der Fall ist.

5.2 Prüfung der verschiedenen Ziele und Kompetenzen des neuen Berufs⁹⁹

Bei eingehender Prüfung der verschiedenen Ziele und Kompetenzen im künftigen Reglement für die Ausbildung von Fachangestellten Gesundheit in den vier vorgesehenen Bereichen (Pflege und Betreuung, Lebensumfeld- und Alltagsgestaltung, Medizinaltechnik, Logistik) ist festzustellen, dass der Bereich Pflege und Betreuung und der Bereich Medizinaltechnik potenziell die grössten Risiken im Hinblick auf eine allfällige Haftung bei Eintreten eines Schadens beinhalten¹⁰⁰.

⁹⁶ Die in der vorherigen Fussnote angestellten Überlegungen gelten auch hier. Für die belangte Person ist es jedoch schwieriger, sich von der Haftung zu befreien, und Art. 101 sieht keinen ausdrücklichen Regressanspruch gegenüber dem Urheber des Schadens vor.

⁹⁷ Zum Beispiel der Arzt oder die diplomierte Pflegeperson, d.h. der privatrechtliche Geschäftsherr.

⁹⁸ Die/der Fachangestellte(r) Gesundheit ist somit nicht direkt betroffen, sofern nicht auf Grund von Art. 41 OR ein strafrechtliches oder disziplinarisches Verfahren gegen sie eingeleitet wird oder ihr Arbeitgeber auf sie Rückgriff nimmt, wenn er für den Schaden haftet. Der letztere Fall ist jedoch selten, da der Arbeitgeber meist eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat.

⁹⁹ Gemäss dem Entwurf der SDK vom 17. April 2001.

¹⁰⁰ Potenzielle Gefährdung von Menschenleben und nicht nur von Sachwerten.

Dies gilt vor allem für die folgenden Ausbildungsziele:

Bereich Pflege und Betreuung (allgemeine und Schwerpunkt-Ausbildung)

- Die Klientinnen selbständig bei ausgewählten ATL's¹⁰¹ unterstützen oder diese stellvertretend übernehmen.
- Bei der Begleitung in Krisensituationen und während des Sterbens mitwirken.
- Delegierte Pflegemassnahmen im Bereich der Therapie und der Rehabilitation ausführen.

Bereich Medizinaltechnik (allgemeine Ausbildung)

- Routine-Blutentnahmen durchführen.
- Vitalzeichen routinemässig kontrollieren.
- Per orale Medikamente richten und verabreichen (ohne Compliance-Überwachung).
- Grundsätze der Anwendung von Infusionen befolgen.
- Grundsätze der Sondennahrung befolgen.
- Subcutane Injektionen in stabilen Situationen mit einfach zu dosierenden Medikamenten durchführen.
- Einfache Verbände nach Schema selbständig wechseln.
- Kleine Laborarbeiten selbständig ausführen.
- Instrumente und Geräte für verbreitete Untersuchungen und Behandlungen vorbereiten und dabei assistieren.
- Sterilisations- und Desinfektionsmethoden anwenden.

(Schwerpunkt)

- Infusionen vorbereiten (nur Standardzusätze) und wechseln.
- Sondennahrung verabreichen.
- Komplizierte Verbände nach Schema selbständig wechseln.
- Absaugen im Bronchialbereich.
- Elektrokardiogramm ableiten und dokumentieren.
- Weitere Laboruntersuchungen selbständig durchführen.
- Instrumente und Geräte für hausinterne häufige Untersuchungen und Behandlungen vorbereiten und dabei assistieren.

5.3 Empfehlungen

Nach der Prüfung der rechtlichen Auswirkungen sowie der Ziele und Kompetenzen, die in Bezug auf eine potenzielle Gefährlichkeit am ehesten Probleme bieten, können den Arbeitgebern¹⁰² und den Arbeitnehmern beziehungsweise den künftigen Fachangestellten Gesundheit sowie den zuständigen kantonalen Behörden im Hinblick auf eine allfällige Revision der kantonalen Gesundheitsgesetze die nachfolgenden Empfehlungen abgegeben werden.

Zunächst sollten sich sowohl die künftigen Arbeitgeber als auch die künftigen Arbeitnehmer bewusst sein, dass zwar nur ein Reglement für diesen Beruf bestehen wird, der sehr umfangreiche Tätigkeitsfelder abdeckt, dass jedoch die Pflichtenhefte je nach Arbeitsort sehr unterschiedlich sein werden. Denn es ist vorzuziehen, eine eingehende, qualitativ hoch stehende Berufsausbildung zu erarbeiten, selbst wenn schliesslich am Arbeitsort nicht alle Ziele und vermittelten Kompetenzen zum Einsatz gelangen werden. Damit werden je nach Arbeitsort auch mehr oder weniger grosse Risiken im Zusammenhang mit der Haftung bestehen. Beispielsweise ist das Risiko eines Zwischenfalls in einem Akutspital deutlich höher als an den anderen Arbeitsorten.

¹⁰¹ Aktivitäten des täglichen Lebens.

¹⁰² Unabhängig davon, ob sie privatrechtlicher (private Betriebe) oder öffentlichrechtlicher Natur (öffentliche Betriebe) sind.

**An die künftigen Fachangestellten
Gesundheit**

In Bezug auf die Ausbildung:

→ Normalerweise führen sie nur jene Handlungen aus, auf die sie im Rahmen ihrer Berufsausbildung vorbereitet wurden und die in ihrem Pflichtenheft aufgeführt sind.

→ Sie führen alle technischen Pflegemassnahmen ausser jenen durch, die ein Risiko im Hinblick auf eine notfallmässige Versorgung beinhalten, welche Fähigkeiten in Bezug auf eine rasche Analyse, Beurteilung und Ausführung sowie spezifische Kenntnisse erfordert, die während der Ausbildung nicht vermittelt werden. Sie führen auch alle Pflegemassnahmen durch, die der Patient gewöhnlich selbst vornimmt.

→ Sie können verlangen, für bestimmte Handlungen ausgebildet zu werden, die Teil der Ziele und Kompetenzen der Ausbildung oder des Pflichtenhefts bilden, wenn die Ausführung dieser Handlungen von ihnen verlangt wird und sie diese nicht oder nicht ausreichend erlernt haben.

→ Sie können sich auch weigern, derartige Handlungen vorzunehmen.

In Bezug auf eine allfällige Haftung:

→ Sie können verlangen, dass der Arbeitgeber beziehungsweise der Arzt oder das diplomierte Pflegepersonal schriftlich die Haftung übernimmt, wenn sie Handlungen übernehmen müssen, die sie nicht erlernt haben oder die nicht Teil ihres Pflichtenhefts bilden und die für das Leben des Patienten potenziell ein Risiko darstellen.

→ Sie sind nur zur unselbstständigen Berufsausübung berechtigt.

An die Arbeitgeber

In Bezug auf die Ausbildung:

→ Erarbeitung von klar festgelegten Pflichtenheften (und eventuell internen Reglementen) für die einzelnen Arbeitsorte.

→ Erarbeitung von gewichteten Listen mit vorzunehmenden Pflegemassnahmen (als Beispiel) nach den folgenden Kriterien:

- Pflegemassnahmen, die nur in Anwesenheit des Arztes oder des diplomierten Pflegepersonals und unter dessen direkter Aufsicht durchgeführt werden dürfen.

- Pflegemassnahmen, die ohne Anwesenheit des Arztes oder des diplomierten Pflegepersonals, jedoch nur nach klar festgelegten Anweisungen durchgeführt werden dürfen.

- Pflegemassnahmen, welche die/der Fachangestellte(r) Gesundheit auf eigene Initiative ohne spezielle Anweisungen im Einzelfall durchführen können (vor allem bestimmte Grundpflegemassnahmen sowie Handlungen im Zusammenhang mit dem Bereich Alltags- und Lebensumfeldgestaltung und dem Bereich Logistik).

In Bezug auf eine allfällige Haftung:

→ Auf jeden Fall muss unbedingt eine entsprechende Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden, damit die Patienten entschädigt werden können, die im Anschluss an das Auftreten eines Schadens Forderungen erheben.

An die kantonalen Behörden:

→ Die Kantone werden eine Revision (Anpassung) ihrer Gesundheitsgesetze beziehungsweise Ausführungsreglemente vorsehen müssen, bei der die Begriffe und Definitionen des neuen Berufs Fachangestellte/r Gesundheit berücksichtigt werden. Allenfalls wäre es wünschenswert, die Hilfspersonen bei bestimmten, noch festzulegenden Handlungen dazu zu verpflichten, eine schriftliche Verordnung des Arztes oder des diplomierten Pflegepersonals einzuholen oder diese Handlungen nur unter deren Aufsicht auszuführen, um damit zu sicher zu stellen, dass in diesen vorgängig festgelegten heiklen Fällen der Arzt oder das diplomierte Pflegepersonal haftet.

103

104

105

¹⁰³ Projekt "assistantes en soins" des Kantons Waadt (provisorisches Reglement vom 8. September 2000) und Programmwurf der Pflegeschulen Morges und Subriev.

¹⁰⁴ Vgl. S. 18 das Beispiel von Neuenburg, wo das Pflegepersonal verpflichtet ist, für intravenöse Injektionen die schriftliche Einwilligung des Arztes einzuholen, womit dessen Haftung gewährleistet ist.

¹⁰⁵ Vgl. Kapitel 5.2 und Empfehlungen an die Arbeitgeber in Bezug auf die Ausbildung.

6. Schlussfolgerung

In seiner derzeit vorgesehenen Form führt das schweizerische Haftpflichtsystem dazu, dass die Zahl der Schadenersatzforderungen im Anschluss an eingetretene Schäden tendenziell zunimmt. Für den Patienten ist es somit zweifellos günstiger als früher. Diesbezüglich ist allerdings auch zu beachten, dass dieses Phänomen auch mit der Wirksamkeit der Unfallversicherungsmechanismen und weiterer in der Schweiz bestehender Mechanismen zusammenhängt.

Die Tatsache, dass das bestehende System, vor allem im öffentlichen Bereich, die Patienten begünstigt, indem es ihnen Schadenersatzklagen erleichtert, bedeutet jedoch nicht, dass dadurch eine allfällige Haftung der künftigen Fachangestellten Gesundheit in gleichem Masse verschärft wird. Denn dieses System ist auch für das Pflegepersonal günstig, das von den Haftungsfragen nicht direkt betroffen ist und damit in einer gelassenen Atmosphäre arbeiten kann. Ein Zwischenfall wird im Allgemeinen nicht von einem einzelnen Schuldigen, sondern vielmehr durch eine Verknüpfung von Ereignissen und besonderen Umständen verursacht. Die meisten Fehler sind nicht auf technisches, sondern auf menschliches Versagen zurückzuführen. Dabei hat die Verabreichung von Medikamenten sowohl quantitativ als auch in Bezug auf die Folgen die schwersten Auswirkungen¹⁰⁶.

Daraus folgt, dass die Schaffung einer grösseren Transparenz im Gesundheitswesen – und insbesondere im Spitalbereich – angezeigt wäre. Generell ginge es darum, die wirtschaftliche Lage und die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals zu überprüfen, um einer Zunahme dieser Probleme vorzubeugen.

Unabhängig von der zivilrechtlichen Haftung können sowohl die Ärzte als auch das Pflegepersonal im Bereich der Haftung auf strafrechtlicher oder disziplinarischer Ebene individuell belangt werden.

Für die künftigen Arbeitgeber und für das Pflegepersonal, das die künftigen Fachangestellten Gesundheit betreuen wird, ist es wichtig, dass die Niveaus, vor allem zwischen der Sekundarstufe II (EFZ) und der Tertiärstufe (Diplom), klar abgegrenzt werden, dass genaue Pflichtenhefte festgelegt werden und dass gemäss den obigen Empfehlungen Listen mit Pflegemassnahmen erstellt werden, vor allem für den Bereich Pflege und Betreuung und den Bereich Medizinaltechnik (potenziell "gefährliche" Handlungen). Damit können allfällige Haftungsprobleme so weit als möglich eingeschränkt werden. **Denn vor allem das diplomierte Pflegepersonal wird sowohl im Bereich der Ausbildung (Betreuung) als auch des Überwachens und Delegierens eine wichtige Rolle spielen, was ein etwas erweitertes Pflichtenheft voraussetzt.** Nach der Prüfung des Gesamtsystems ist jedoch festzuhalten, dass dies nicht zwangsläufig zu einer Verschärfung der Haftung führen wird.

¹⁰⁶ Gemäss der Sendung Temps présent des Westschweizer Fernsehens (TSR) vom 3. Mai 2001. Studie am HUG, Genf.

Kurzbibliografie

Andrea Braconi

"Pluralité de responsables et responsabilité médicale, à l'exemple du rapport entre chirurgien et anesthésiste", *Aspects du droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht 1986: Leiter P. Tercier. Editions universitaires Fribourg Suisse, 1987, S. 159.*

François-Xavier Deschenaux

"Le bureau d'expertises extrajudiciaires de la Fédération des médecins suisses (FMH) pour élucider les cas invoquant des erreurs de diagnostic ou de traitement", *idem, Fribourg Suisse, 1987, S. 43.*

Jean-François Dumoulin

"L'impact des « medical guidelines » sur la responsabilité civile du médecin", *IDS (Institut für Gesundheitsrecht), Les recommandations de pratique clinique, Cahier Nr. 7, Neuenburg, 1999, S. 37.*

Pierre Engel

"Aspects généraux du droit médical", *idem, Fribourg Suisse, 1987, S.1.*

Jost Gross

"Schweizerisches Staatshaftungsrecht", *Bern 1995.*

Jost Gross

"Haftung für medizinische Behandlung", *Bern 1987.*

Olivier Guillod et Philippe Schweizer

"Expérimentation de nouveaux médicaments et responsabilité civile", *idem, Fribourg Suisse, 1987, S. 93.*

Olivier Guillod & Christian Van Gessel

"Division commune d'un hôpital privé : quel régime de responsabilité?", *Aktuelle Juristische Praxis AJP / PJA 4/2001, S. 420.*

Olivier Guillod & Christophe Rapin

"La responsabilité médicale, Rapport suisse", *in : journées panaméennes de l'Association Henri Capitant, Paris 2001 (en voie de publication).*

Olivier Guillod

"Responsabilité médicale : La médecine change, et le droit?", *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, tirage non destiné à la vente, collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, Université de Neuchâtel, 1999, S. 305.*

Olivier Guillod

"La responsabilité civile des médecins, un mouvement de pendule", *Atti della giornata di studio del 12 giugno 1989, Marco Borghi, Olivier Guillod, Hans Schultz "la responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 1989, S. 55.*

François Guisan

"Responsabilité médicale et assurances privées", *Aspects du droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht 1986: Leiter P. Tercier. Editions universitaires Fribourg Suisse, 1987 S. 181.*

Pierre Martin – Achard et Luc Thévenoz

"La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics", *idem, Fribourg Suisse, 1987, S. 227.*

Michel Ney

"La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire", *Lizenziatsarbeit an der Rechtsfakultät der Universität Lausanne, Renens, Imprimerie Hervé Dénéreaz, 1979.*

Gérald Page

"Fardeau de la preuve, accès du patient au dossier médical et procès en responsabilité civile : quelques aspects en regard de la protection des données médicales", *Aspects du droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht 1986: Leiter P. Tercier. Editions universitaires Fribourg Suisse, 1987, S. 107.*

Jean-Daniel Rumpf

"Médecins et patients dans les hôpitaux publics: en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux", *Lizenziats- und Doktorarbeit an der Rechtsfakultät der Universität Lausanne, Imprimerie Chabloy S.A., 1991.*

Dominique Schwander

"La responsabilité médicale et la médecine", *idem, Fribourg Suisse, 1987, S.25.*

Dominique Sprumont et Marie-Christine Borcard

"Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier", *IDS (Institut für Gesundheitsrecht), La responsabilité médicale, Cahier Nr. 2, Neuenburg, 1996, S. 33.*

Pierre Wessner

"La révision totale du droit de la responsabilité civile : quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers", *idem, Neuenburg, 1996, S. 57.*

Franz Werro

"Critique des solutions actuelles de la responsabilité civile médicale, aspects de droit comparé", *Aspects du droit médical, Universitäten Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg, Nachdiplomstufe, Recht 1986: Leiter P. Tercier. Editions universitaires Fribourg Suisse, 1987, S. 259.*

Franz Werro

"La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine, les barrages du droit Suisse", *IDS (Institut für Gesundheitsrecht), La responsabilité médicale, Cahier Nr. 2, Neuenburg, 1996, S. 14.*