

# Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?

Hardy Landolt\*

Der Entscheid des Bundesgerichts zur medizinischen Dokumentationspflicht hat nicht nur eine Konkretisierung dieser Pflicht mit sich gebracht, es sind auch Fragen offengeblieben. So ist das Verhältnis zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Dokumentationspflicht weiter unklar, ebenso, was eine übliche Dokumentation umfasst. Das Urteil gibt zudem weder Aufschluss darüber, welchen Umfang in personeller, sachlicher und zeitlicher Hinsicht die medizinische Dokumentationspflicht hat, noch darüber, wie mit den Folgen einer Verletzung dieser Pflicht umzugehen ist. Der Autor stellt diese Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsentwicklung dar und zeigt anhand der Entwicklungen in Deutschland Möglichkeiten auf, wie sie gelöst werden könnten.

L'arrêt du Tribunal fédéral sur l'obligation de documenter les actes médicaux a non seulement matérialisé cette obligation, il a également laissé des questions ouvertes. C'est ainsi que cet arrêt n'a pas clarifié le rapport entre l'obligation de documentation de droit public et celle de droit privé, tout comme il n'a pas précisé le contenu d'une documentation usuelle. En outre, l'arrêt ne fournit aucune indication sur l'étendue personnelle, matérielle et temporelle de l'obligation de documentation ni sur les conséquences de la violation de cette obligation. L'auteur traite de ces questions sous l'angle de l'évolution du droit et esquisse de possibles solutions à la lumière des développements qui ont cours en Allemagne.

## I. Einleitung

Das Bundesgericht hat mit dem Grundsatzentscheid BGE 141 III 363 die *medizinische Dokumentationspflicht des Arztes* konturiert. Im beurteilten Fall war umstritten, ob die – wie behauptet – im Jahr 1993 vorgenommene Rektaluntersuchung hätte – was ihre Ausführung und deren Ergebnisse anbelangt – dokumentiert werden müssen. Das Bundesgericht hielt unter Hinweis auf das durch die Vorinstanz eingeholte Gutachten fest, dass die Dokumentation einer Rektaluntersuchung aus medizinischen Gründen nicht notwendig und 1993 auch nicht üblich war, weshalb aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Dokumentation keine Beweiserleichterung begründet werden könne.<sup>1</sup> Die verallgemeinerte Erwägung, dass lediglich dann eine Dokumentationspflicht besteht, wenn die *medizinische Massnahme im Zeitpunkt ihrer Vornahme notwendiger- oder üblicherweise dokumentiert wird*, wirft mit Bezug auf die medizinische Dokumentationspflicht zahlreiche Fragen auf, denen sich der vorliegende Beitrag widmet.

## II. Grundlagen der medizinischen Dokumentationspflicht

### A. Öffentlich-rechtliche Dokumentationspflicht

#### 1. Gesundheitsrechtliche Dokumentationspflicht

Die Ausübung eines medizinischen Berufes ist bewilligungspflichtig. Gemeinhin wird zwischen den Medizinalberufen (Humanmedizin, Chiropraktik, Pharmazie und Veterinärmedizin), welche dem Medizinalberufegesetz (MedBG) unterstellt sind, Psychologieberufen, für welche das Psychologieberufegesetz (PsyG) anwendbar ist, und den anderen Gesundheitsberufen, welche vom eidgenössischen Berufsbildungs- und dem kantonalen Gesundheitsrecht geregelt werden, unterschieden.<sup>2</sup>

Die eidgenössischen Erlasse statuieren zwar *Berufspflichten*,<sup>3</sup> verpflichten aber den Inhaber einer medizinischen Berufsausübungsbewilligung nicht ausdrücklich dazu, sein patientenrelevantes Verhalten zu dokumentieren. Indirekt geht die medizinische Dokumentationspflicht aus der Pflicht, den Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben sowie

\* Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

<sup>1</sup> Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.3.

<sup>2</sup> Der Bundesrat beabsichtigt, die Ausbildungen in Pflege, Physiotherapie, Ergotherapie, Hebamme sowie Ernährung und Diätetik auf Bachelor-Stufe und die Ausübung der entsprechenden Berufe in eigener fachlicher Verantwortung im Rahmen des am 12. November 2014 vorgelegten Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (GesBG) zu regeln <<http://www.gesbg.admin.ch/themen/index.html?lang=de>> – zuletzt besucht am 21. Januar 2016).

<sup>3</sup> Vgl. Art. 40 MedBG und Art. 27 PsyG sowie Art. 15 GesBG-Vorentwurf.

die Rechte der Patienten zu wahren, hervor. Mit Bezug auf besondere medizinische Massnahmen wird die allgemeine Dokumentationspflicht spezialgesetzlich konkretisiert.<sup>4</sup>

Die kantonalen Gesundheitsgesetze enthalten *heterogene Bestimmungen zur medizinischen Dokumentationspflicht*. Das zürcherische Gesundheitsgesetz beispielsweise verpflichtet Inhaber einer medizinischen Berufsausübungsbewilligung dazu, über jeden Patienten eine Patientendokumentation anzulegen und laufend nachzuführen; diese soll Auskunft über die Aufklärung und Behandlung des Patienten geben, wobei als Behandlung insbesondere Untersuchungen, Diagnosen, Therapien und Pflege gelten.<sup>5</sup> Zu dokumentieren ist ferner das Vorliegen einer Patientenverfügung bzw. deren Hinterlegungs-ort.<sup>6</sup> In anderen Kantonen wird mitunter verlangt, dass auch die Ergebnisse der vorgenommenen Abklärungen und Untersuchungen<sup>7</sup> und die Abgabe von Heilmitteln<sup>8</sup> zu dokumentieren sind.

Die kantonalen Bestimmungen schweigen sich darüber aus, ob *lediglich die unüblichen medizinischen Massnahmen bzw. aus medizinischen Gründen notwendigen Tatsachen* protokolliert werden müssen, so wie das die Bundesrichter in ihrem neuesten Grundsatzentscheid im haftpflichtrechtlichen Kontext verlangen. Der Zweck der gesundheitsrechtlichen Dokumentation besteht darin, dass die zuständige Behörde jederzeit überprüfen kann, ob einerseits die Bewilligungsvoraussetzungen weiterhin erfüllt sind und andererseits den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere auch den Patientenrechten, nachgelebt wird. Vor diesem Hintergrund sind auch übliche medizinische Massnahmen und solche Tatsachen dokumentationspflichtig, welche nicht für die Behandlung von Patienten unmittelbar relevant sind.<sup>9</sup> Mitunter verlangt der Gesetzgeber lediglich,

dass alle für die Sicherheit der Patienten bedeutsamen Vorgänge aufgezeichnet werden müssen.<sup>10</sup>

## 2. Sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht

Die sozialversicherungsrechtlich als Leistungserbringer anerkannten Inhaber von medizinischen Berufsausübungsbewilligungen sind verpflichtet, den zuständigen Behörden die Daten bekannt zu geben, die benötigt werden, um die *Anwendung der Bestimmungen betreffend die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung* überprüfen zu können.<sup>11</sup> Zu dokumentieren sind insbesondere Art, Umfang und Kosten der erbrachten Leistungen.<sup>12</sup> Dem leistungspflichtigen Versicherungsträger ist eine detaillierte und verständliche Rechnung zuzustellen; der abrechnende Leistungserbringer muss alle Angaben machen, die der Versicherungsträger benötigt, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit der Leistung überprüfen zu können.<sup>13</sup> Die Leistungserbringer haben auf der Rechnung insbesondere die *Diagnosen und Prozeduren nach den Klassifikationen* in den jeweiligen vom zuständigen Departement herausgegebenen schweizerischen Fassungen codiert aufzuführen.<sup>14</sup>

## 3. Erwachsenenschutzrechtliche Dokumentationspflicht

Mit Bezug auf urteilsunfähige Personen verlangt das neue Erwachsenenschutzrecht, dass Zwangsmassnahmen zu protokollieren<sup>15</sup>, medizinische Massnahmen im Rahmen eines Behandlungsplanes, der laufend angepasst werden muss, vorzunehmen<sup>16</sup> und Austrittsgespräche zu dokumentieren sind.<sup>17</sup> Der medizinische Behandlungsplan hat dabei Angaben über *die in Aussicht genommenen medizinischen Massnahmen und deren wesentliche Aspekte*, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken und Nebenwirkungen, die Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten zu enthalten.<sup>18</sup>

<sup>4</sup> Vgl. z.B. Art. 24 ff. FMedG, Art. 14 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 4 GUMG sowie Art. 34 f. Transplantationsgesetz.

<sup>5</sup> Vgl. § 13 GesG ZH und § 17 ff. Patientengesetz ZH.

<sup>6</sup> Vgl. § 7 Patientengesetz BS.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. § 29 GesG BS.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. § 24 GesG BL.

<sup>9</sup> Ärzte und Tierärzte, die als Arzneimittel zugelassene Betäubungsmittel für eine andere als die zugelassenen Indikationen abgeben oder verordnen, müssen dies innerhalb von 30 Tagen den zuständigen kantonalen Behörden alle notwendigen Angaben über Art und Zweck der Behandlung zu machen (vgl. Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> BetmG). Für jede Lieferung von Betäubungsmitteln ist ein Lieferschein zu erstellen und dem Empfänger mit der Ware zu übergeben (vgl. Art. 16 BetmG). Die im Besitze einer Bewilligung befindlichen Firmen, Personen und Institute sind ebenfalls verpflichtet, über ihren gesamten Verkehr mit Betäubungsmitteln laufend Buch zu führen (vgl. Art. 17 Abs. 1 BetmG).

<sup>10</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. a HMG und Art. 23 Abs. 1 AMBV.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 22a KVG. Zwecks Durchführung der Wirtschaftlichkeitskontrolle in Pflegeheimen kann der Krankenversicherer vom Leistungserbringer die Herausgabe auch derjenigen Unterlagen verlangen, welche die Grundlage für die Pflegebedarfseinstufung bilden, was auf den Pflegebericht und die Vitalzeichenkontrolle zutrifft (vgl. BGE 133 V 359 E. 7).

<sup>12</sup> Vgl. Art. 22a Abs. 1 lit. d KVG.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 3 KVG.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG und Art. 59 Abs. 1 KVV sowie Art. 69a Abs. 1 UVV.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 384 ZGB.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 377 und 433 f. ZGB.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 436 Abs. 2 ZGB.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 377 Abs. 2 und Art. 433 Abs. 2 ZGB.

## B. Privatrechtliche Dokumentationspflicht

### 1. Vertragliche Dokumentationspflicht

Der medizinische Dienstleistungsvertrag, insbesondere der Arztbehandlungsvertrag, stellt einen einfachen Auftrag dar.<sup>19</sup> Ein Innominatvertrag liegt vor, sofern neben der medizinischen Dienstleistungserbringung weitere Leistungen, insbesondere Kost und Logis, geschuldet werden. Um einen Innominatvertrag handelt es sich insbesondere beim totalen bzw. gespaltenen Spitalaufnahmevertrag.<sup>20</sup> Es ist dabei anerkannt, dass der *medizinische Dienstleistungserbringer im Rahmen einer Nebenleistungspflicht dokumentationspflichtig* ist. Im auftragsrechtlichen Kontext wird die Dokumentationspflicht aus der Rechenschaftsablagepflicht gemäss Art. 400 OR abgeleitet.<sup>21</sup>

### 2. Ausservertragliche Dokumentationspflicht

Gegenüber Personen, welche nicht Vertragspartner eines medizinischen Dienstleistungserbringers sind, gelten lediglich die gesetzlichen Pflichten, welchen Inhaber einer medizinischen Berufsausübungsbewilligung nachzukommen haben. Eine Behandlungspflicht besteht nur ausnahmsweise im Rahmen der Notfallhilfepflicht.<sup>22</sup> Erfolgt die medizinische Dienstleistungserbringung ausnahmsweise ausservertraglich, gilt für den Dienstleistungserbringer folglich nur die allgemeine gesundheits- bzw. sozialversicherungsrechtliche, nicht aber die vertragliche Dokumentationspflicht.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird an das Verhalten des Arztes der gleiche Massstab angelegt, «gleichviel ob der Geschädigte sich auf eine vertragliche oder ausservertragliche Haftung berufen kann».<sup>23</sup> Vertragliche und ausservertragliche Dokumentationspflicht sind insoweit nach der Auffassung der Bundesrichter inhaltlich identisch. Nach dem neuen Grundsatzurteil des Bundesgerichts besteht lediglich dann eine (ausser)vertragliche Dokumentationspflicht, wenn die medizinische Massnahme im Zeitpunkt ihrer Vornahme notwendiger- oder üblicherweise dokumentiert wird. Dieses Diktum ruft nach der Frage, ob die privatrechtliche Dokumentationspflicht umfangmässig weiter als die öffentlich-rechtliche Dokumentationspflicht

reicht oder umgekehrt der medizinische Dienstleistungserbringer gegenüber dem Staat (Bewilligungs- und Aufsichtsbehörde) bzw. dem Heilungskostenversicherer mehr zu dokumentieren hat, als er gegenüber dem Patienten verpflichtet ist.

## III. Umfang der medizinischen Dokumentationspflicht

### A. Allgemeines

Das Bundesgericht hat in einer krankenversicherungsrechtlichen Angelegenheit – umstritten war die Rückerstattung einer zu Unrecht bezahlten Vergütung für eine therapeutische Behandlung – erwogen, dass die Frage nach dem Ausmass und der Qualität der Dokumentation einer therapeutischen Behandlung «nur aus der Sicht der krankenversicherungsrechtlich gestellten Anforderungen» zu beurteilen ist.<sup>24</sup> Die Bundesrichter fügten sodann an: «Soweit die Streitigkeit keine krankenversicherungsrechtlichen Bezüge hat, sondern im Kontext einer ärztlichen Behandlung z.B. auftrags- oder haftpflichtrechtliche Fragen aufwirft, ist die Streitsache nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Kriterien zu beurteilen.»<sup>25</sup>

Weder in diesem noch den darauf folgenden Urteilen zur medizinischen Dokumentationspflicht wurde die eingangs gestellte Frage geklärt, ob die *vertragliche Dokumentationspflicht weniger weit bzw. weiter als die gesundheits- bzw. sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht* reicht. Das neue Diktum des Bundesgerichts prononciert die Frage, ob die privatrechtliche Dokumentationspflicht umfangmässig weiter als die öffentlich-rechtliche Dokumentationspflicht reicht oder umgekehrt der medizinische Dienstleistungserbringer gegenüber dem Staat (Bewilligungs- und Aufsichtsbehörde) bzw. dem Heilungskostenversicherer mehr zu dokumentieren hat, als er gegenüber dem Patienten verpflichtet ist.

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung muss die (ausser)vertragliche Dokumentationspflicht in jedem Fall den öffentlich-rechtlichen Vorgaben entsprechen, weshalb ein Arzt im privatrechtlichen Kontext nicht weniger zu dokumentieren hat, als er öffentlich-rechtlich verpflichtet ist. Sofern die gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht auch übliche medizinische Massnahmen bzw. Tatsachen, die aus medizinischen Gründen nicht notwendigerweise aufgezeichnet werden müssen, umfasst, ist *entgegen dem bundesge-*

<sup>19</sup> Vgl. BGE 132 III 359 E. 3.1 und 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.

<sup>20</sup> Siehe BGE 92 II 15 E. 3 und Urteile des BGer 4A\_115/2013 vom 17. Juni 2013 E. 3 und 4A\_61/2012 vom 15. Mai 2012 E. 2.3 sowie OGer ZH HG060225 vom 22. Januar 2013 E. V/1.3.2 und LA110026 vom 30. November 2011 E. IV/1.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.2 und 9C\_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 128 StGB und HARDY LANDOLT/Iris HERZOG-ZWITTER, *Arzthafungsrecht*, Zürich 2015, Rz. 555 ff.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

<sup>25</sup> Ibid. E. 4.1.

richtlichen Grundsatzurteil ein (ausser)vertraglicher Dokumentationsmangel anzunehmen, wenn übliche oder medizinisch nicht zwingend notwendige Vorgänge nicht dokumentiert worden sind.

Unklar ist weiterhin, ob und allenfalls inwieweit die (ausser)vertragliche Dokumentationspflicht strengere Anforderungen stellt. Das neue Grundsatzurteil des Bundesgerichts äussert sich zu dieser Frage ebenfalls nicht, sondern betont nur, dass zwischen der materiellrechtlichen Dokumentationspflicht und der prozessualen Dokumentationspflicht zu unterscheiden ist. Die materiellrechtliche Dokumentationspflicht verlange vom Arzt, dass er übliche und notwendige Massnahmen dokumentiere, damit der Behandlungsablauf nachvollzogen werden könne. Erachte man die Beweissicherung als einen selbständigen Zweck der vertraglichen Dokumentationspflicht, könne sich daraus ein weiterer Umfang der Dokumentationspflicht ergeben.<sup>26</sup>

Vertragsrechtlich lasse sich, so die Bundesrichter, nicht spezifisch für den Behandlungsauftrag des Arztes eine Beweissicherungspflicht gleichsam als Nebenpflicht der Behandlungspflicht begründen, die über die zur Behandlung erforderlichen Aufzeichnungen hinausgehen würde.<sup>27</sup> Das Bundesgericht hielt unter Hinweis auf das durch die Vorinstanz eingeholte Gutachten fest, dass die Dokumentation einer Rektaluntersuchung aus medizinischen Gründen nicht notwendig und 1993 nicht üblich war, weshalb aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Dokumentation keine Beweiserleichterung begründet werden könne.<sup>28</sup>

#### B. Vollständigkeit und Verständlichkeit der Dokumentation

Um ihren Zweck zu erfüllen, muss die patientenbezogene Dokumentation, gemeinhin mit dem Begriff «Krankengeschichte» bezeichnet, vollständig sein. Sie darf keine Lücken aufweisen, und sie muss so abgefasst sein, dass über die wirklichen Geschehnisse informiert wird und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden.<sup>29</sup> Was im Einzelnen aufzuzeichnen ist, bestimmt sich nach medizinischen Kriterien, weshalb das Unterbleiben *medizinisch nicht relevanter Aufzeichnungen in juristischen Auseinandersetzungen keine beweisrechtlichen Nachteile* für den Arzt zur Folge haben darf. Die Aufzeichnungen müssen daher – nur, aber immerhin – für Ärzte verständlich sein, und Details müssen nur angegeben werden, wenn die Angaben

für Fachpersonen nicht verständlich sind. Die Patienten haben keinen Anspruch darauf, dass die Aufzeichnungen auch für sie verständlich geführt werden. Es genügt, wenn ein Fachmann ihnen diese «entschlüsseln» kann. Der Arzt kommt seiner Dokumentationspflicht daher grundsätzlich auch dann nach, wenn er mittels Skizzen, Stichworten, fachspezifischer Abkürzungen oder für andere Fachpersonen verständlicher Kürzel dokumentiert.<sup>30</sup>

Die ebenfalls dokumentationspflichtige *Aufklärung des Patienten muss demgegenüber patientenorientiert* erfolgen. Der Arzt hat in einfacher und für den jeweiligen Patienten verständlicher und wahrheitsgetreuer Weise über jeden medizinischen Eingriff aufzuklären.<sup>31</sup> Die Aufklärungspflicht besteht nur dann nicht, wenn es sich um alltägliche Massnahmen handelt, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen.<sup>32</sup> Vom Arzt kann in Bezug auf aufklärungspflichtige Eingriffe nicht verlangt werden, einen Patienten bis ins letzte Detail zu informieren, wenn dieser bereits eine oder mehrere ähnliche Operationen hinter sich hat. Der Patient hat jedoch ein Recht auf eine klare und umfassende Aufklärung, wenn es sich um eine besonders schwierige Operation sowohl in Bezug auf den Eingriff wie auch in Bezug auf die Folgen handelt.<sup>33</sup> Die Aufklärung kann eingeschränkt werden in Notfällen und soweit sie geeignet ist, den Patienten übermässig zu belasten oder den Krankheitsverlauf ungünstig zu beeinflussen (sog. therapeutisches Privileg).<sup>34</sup>

#### C. Inhaltliche Anforderungen an die medizinische Dokumentation

##### 1. Allgemeines

Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen halten in der Regel nur fest, *dass* dokumentiert werden muss, äussern sich aber nicht dazu, *wer, was, wann* und *wie* zu dokumentieren hat. Die schweizerische Rechtsprechung hat sich bis anhin mit den *inhaltlichen Anforderungen der medizinischen Dokumenta-*

<sup>26</sup> Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.1.

<sup>27</sup> Ibid. E. 5.2.

<sup>28</sup> Ibid. E. 5.3.

<sup>29</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2

<sup>31</sup> Vgl. BGE 105 II 284 = Pra 1980 Nr. 135 E. 6c sowie Urteile des BGer 4P.110/2003 vom 26. August 2003 E. 3.1.1 und 4P.265/2002 vom 28. April 2003 E. 4.2. Die gebotene Sicherungsaufklärung, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Krankenhauseinweisung, muss ebenfalls in verständlicher Art und Weise erfolgen. Der blosse Hinweis an die medizinisch nicht vorgebildete Mutter eines an Brechdurchfall erkrankten Säuglings, es könne «eine Verschiebung der Salze eintreten, die mit dem Leben nicht vereinbar» sei, erfüllt diese Anforderungen nicht (vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 211/08 vom 22. September 2010 = Beck RS 2010, 29872).

<sup>32</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 3b.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.2.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/1993 vom 1. Dezember 1998 = Pra 2000 Nr. 28 E. 3a.

tion ebenfalls wenig bis gar nicht befasst. Das neue Grundsatzurteil des Bundesgerichts hat nunmehr mit Bezug auf die dokumentationspflichtigen medizinischen Massnahmen, also das «Was» der Dokumentation, eine Klärung dahin gehend herbeigeführt, dass analog der deutschen Rechtsprechung nur die medizinischen Massnahmen dokumentiert werden müssen, welche aus medizinischen Gründen notwendig oder üblich sind.<sup>35</sup>

Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 hat für Deutschland eine Klärung dahin gehend herbeigefügt, als seit dem Inkrafttreten des «Patientenrechtegesetzes» alle wesentlichen medizinischen Massnahmen dokumentationspflichtig sind. Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Massnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, die Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen sowie Arztbriefe.<sup>36</sup>

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid zwar auf die deutsche Rechtsprechung, nicht aber auf das im Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits in Kraft stehende «Patientenrechtegesetz» hingewiesen. Es ist letztlich unklar, ob das Bundesgericht die von der deutschen Rechtsprechung geprägten Kriterien der «Notwendigkeit» und «Üblichkeit» mit dem vom Gesetzgeber mittlerweile verabschiedeten Kriterium der «Wesentlichkeit» unausgesprochen gleichsetzt oder die deutsche Novelle nicht zur Kenntnis genommen hat, weil der zu beurteilende Sachverhalt vor dem Inkrafttreten des deutschen «Patientenrechtegesetzes» sich verwirklicht hat.

## 2. Wer muss dokumentieren?

Trotz oder gerade wegen dieses Hinweises auf die beiden Kriterien der «Notwendigkeit» und «Üblichkeit» bestehen für die schweizerische Rechtspraxis weiterhin Unklarheiten mit Bezug auf die

inhaltlichen Anforderungen der medizinischen Dokumentation. Ungeklärt ist zunächst, welche medizinischen Dienstleistungserbringer wie Ärzte dokumentationspflichtig sind<sup>37</sup> und ob derjenige, welcher die fragliche medizinische Massnahme vorgenommen hat, auch zu deren Dokumentation verpflichtet ist. Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Aufklärungspflicht festgehalten, dass es genügt, wenn einer der Spitalärzte die Aufklärung vornimmt, diese aber nicht an den Hausarzt delegiert werden kann.<sup>38</sup> Analog ist davon auszugehen, dass auch die Dokumentation nicht vom behandelnden Arzt vorgenommen werden muss. Immerhin ist zu fordern, dass die Dokumentation von einer fachkundigen Person vorgenommen wird, welche während der Vornahme der zu dokumentierenden medizinischen Massnahme anwesend war.

## 3. Was muss dokumentiert werden?

Das neue Grundsatzurteil des Bundesgerichts verlangt, dass nur die medizinischen Massnahmen dokumentiert werden müssen, welche aus medizinischen Gründen notwendig<sup>39</sup> oder üblich sind. Kontrolluntersuchungen sind insbesondere dann nicht dokumentationspflichtig, wenn es medizinisch üblich ist, bei Ausbleiben eines positiven Befundes keine Aufzeichnungen vorzunehmen.<sup>40</sup>

Bei früherer Gelegenheit wählte das Bundesgericht noch andere Kriterien. Als dokumentationspflichtig bezeichnet wurden Massnahmen und Beobachtungen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit medizinische Folgen zeitigen, insbesondere ein gewisses Risiko einer Verletzung in sich bergen.<sup>41</sup> Dazu zählen – in Übereinstimmung mit der gesundheitsrechtlichen

<sup>35</sup> Siehe z.B. Urteile des OLG München 1 U 5363/09 vom 2. März 2010 = BeckRS 2010, 12994 (es ist weder erforderlich noch in der Praxis üblich, einfache körperliche Untersuchungen des Patienten in der Dokumentation niederzulegen), OLG Oldenburg 5 U 92/06 vom 30. Januar 2008 = NJW-RR 2009, 32 (keine Wiedergabe von medizinischen Selbstverständlichkeiten), OLG Köln 5 U 148/05 vom 27. Juni 2007 = BeckRS, 06464 (nicht erforderlich ist Dokumentation des Dammschutzes und der angewendeten Nahttechnik bei Dammriss) und OLG Düsseldorf 8 U 19/02 vom 10. Oktober 2002 = NJOZ 2003, 2375 E. I/3 (Verwendung von Multifunktionsspritzen durch den Zahnarzt ist nicht zu dokumentieren).

<sup>36</sup> Vgl. § 630f Abs. 2 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013.

<sup>37</sup> Bei der Durchführung einer Gesprächstherapie bestehen keine derart weitreichenden Dokumentationspflichten wie bei einer klassischen ärztlichen Behandlung. Hat der behandelnde Psychotherapeut aber eine Dokumentation vorgenommen, so hat er die die Behandlung sowie die psychische Situation des Patienten betreffenden Aufzeichnungen diesem zur Einsichtnahme offenzulegen. Ausgenommen sind lediglich die Teile der Unterlagen, die rein subjektive Eindrücke des Therapeuten dokumentieren (vgl. Urteil des LG Frankfurt a.M. 2/24 S 127/06 vom 8. Januar 2007 = MDR 2007, 511 = NJW-RR 2007, 999).

<sup>38</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/1993 vom 1. Dezember 1998 = Pra 2000 Nr. 28 E. 3b/bb.

<sup>39</sup> Medizinisch nicht notwendig ist die Dokumentation der Vornahme von Desinfektionsmassnahmen vor dem Eingriff (vgl. Urteil des OLG Hamburg 1 U 35/00 vom 22. Februar 2002 = MDR 2002, 1315) oder einer Mobilisation der HWS durch «weiche» Techniken (vgl. Urteil des OLG Jena 4 U 641/04 vom 18. Mai 2005 = NJW-RR 2006, 135). Notwendig ist demgegenüber die Dokumentation des Umfanges der Flüssigkeitsaufnahme eines unter Brechdurchfall leidenden Säuglings (vgl. Urteil des OLG Köln 5 U 211/08 vom 22. September 2010 = BeckRS 2010, 29872).

<sup>40</sup> Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.1 und BGH VI ZR 26/92 vom 23. März 1993 = VersR 1993, 836 (Kontrolle auf Symptome eines Sudeck-Syndroms).

<sup>41</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

Dokumentationspflicht – Anamnese, Diagnose<sup>42</sup>, Aufklärungsgespräch, Art und Methode der vorgenommenen Eingriffe<sup>43</sup> und Pflegemassnahmen<sup>44</sup>, verordnete Medikamente, durchgeführte Konsultationen sowie Zusatzdokumente (Laborberichte, Röntgenbilder, EKG, Operationsberichte und -video<sup>45</sup>).<sup>46</sup>

In jedem Fall festzuhalten sind aber *aussergewöhnliche Ereignisse*. Dokumentationspflichtig sind u.a. ein Abweichen von allgemeinen Regeln<sup>47</sup>, vorzeitige Entlassung bzw. Entlassung auf eigenen Wunsch, der Verzicht auf Behandlungs-<sup>48</sup> oder Sicherungsmassnahmen<sup>49</sup> oder die Vornahme von Zwangs-<sup>50</sup> oder Reanimationsmassnahmen.<sup>51</sup> «Behauptet der Arzt, er habe Untersuchungsmassnahmen vorgeschlagen, der Patient habe sie aber verweigert, so hat der Arzt diese Behauptung jedenfalls dann zu beweisen, wenn die Weigerung des Patienten nicht dokumentiert ist.»<sup>52</sup>

*Unerwünschte Arzneimittelereignisse*<sup>53</sup> und *aussergewöhnliche Todesfälle*, insbesondere der Tod auf

dem Operationstisch («mors in tabula»)<sup>54</sup>, *nicht aber andere unerwünschte Ereignisse*, insbesondere Behandlungsfehler, sind melde- und insoweit auch dokumentationspflichtig. Im Gegensatz zur schweizerischen Regelung ordnet das deutsche Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013<sup>55</sup> *in Bezug auf Behandlungsfehler eine Informationspflicht* an.<sup>56</sup>

Beinahezwisehenfälle und unerwünschte Zwischenfälle wären – nach der früheren bundesgerichtlichen Umschreibung der Dokumentationspflicht – zu dokumentieren, wenn sie mit einiger Wahrscheinlichkeit medizinische Folgen zeitigen oder ein gewisses Risiko einer Verletzung in sich bergen. Die neu in den Vordergrund gerückten Kriterien der Üblichkeit und Notwendigkeit lassen Zweifel daran aufkommen, ob Beinahezwisehenfälle und unerwünschte Ereignisse dokumentationspflichtig sein können. *Medizinische Dienstleistungserbringer ohne Fehlerkorrektur* bzw. *critical-incidenting-reporting* sind diesen unerwünschten Ereignissen gegenüber ignorant. Erfolgt aber keine Dokumentation von solchen Ereignissen, ist sie – zumindest mit Bezug auf die fragliche Institution – nicht üblich. Hier zeigt sich die Gefahr des bundesgerichtlichen Kriteriums: Je weniger man dokumentiert, desto weniger üblich wird die Dokumentation und muss nicht mehr dokumentiert werden.

Von einer allfälligen Dokumentationspflicht von Beinahezwisehenfällen und unerwünschten Zwischenfällen ist die *Dokumentationspflicht in Bezug auf den tatsächlichen Behandlungsablauf* zu unterscheiden. Weil sich die *Einwilligung des Patienten nur auf einen lege artis ausgeführten Eingriff* bezieht, ist der behandelnde Arzt verpflichtet, die von ihm unternommenen Behandlungsschritte soweit zu dokumentieren, wie sie erforderlich sind, um die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt überprüfen zu können. Dies gilt insbesondere für die sorgfaltsgemässe Lagerung während der Operation.<sup>57</sup> Diesbezüglich irritiert das neue Grundsatzurteil, indem es

<sup>42</sup> Der Arzt darf sich bei einer Verdachtsdiagnose nicht auf einzelne Auskünfte beschränken, sondern muss sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Informationen berücksichtigen (vgl. BGE 130 IV 7 E. 4.3).

<sup>43</sup> Ein Operationsbericht muss eine stichwortartige Beschreibung der jeweiligen Eingriffe und Angaben über die hierbei angewandte Technik enthalten. Nicht erforderlich ist hingegen die Wiedergabe von medizinischen Selbstverständlichkeiten wie zum Beispiel einer spannungsfreien Verknötung der Anastomosennähte bei einer Prostataektomie (vgl. Urteil des OLG Oldenburg 5 U 92/06 vom 30. Januar 2008 = NJW-RR 2009, 32).

<sup>44</sup> Im Krankenblatt eines Krankenhauspatienten, bei dem die ernste Gefahr eines Durchliegegeschwürs (Dekubitus) besteht, sind sowohl die Gefahrenlage als auch die ärztlich angeordneten Vorbeugungsmassnahmen zu dokumentieren (vgl. Urteil des BGH VI ZR 215/84 vom 18. März 1986 = r + s 1986, 205).

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3.

<sup>46</sup> Vgl. Urteil des BGER 9C\_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

<sup>47</sup> Vgl. Urteil des LG Hagen 2 O 134/98 vom 8. November 2000 = PflR 2002, 228 (Liegenlassen nach Operation während mehr als zwei Stunden, trotzdem keine Pflichtverletzung, da Antidekubitusmatratze verwendet).

<sup>48</sup> Vgl. z.B. § 13 Abs. 2 VO des Regierungsrates des Kantons Thurgau über die Rechtsstellung der Patienten und Patientinnen vom 3. Dezember 1996.

<sup>49</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 5 U 141/93 vom 21. Dezember 1993 = Roßbruch, Urteilssammlung Pflegerecht, Entscheid Nr. C.186,12a: Sturzgefährdete, insbesondere verwirrte Patienten sind durch geeignete Massnahmen (hier: Bettgitter) zu sichern, damit sie nicht aus dem Bett herausfallen können. Lehnt der Patient die Sicherungsmassnahme ab, ist dies schriftlich zu protokollieren.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Art. 383 f. und 438 ZGB sowie ferner § 40 Abs. 3 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2002.

<sup>51</sup> Vgl. dazu Urteil des OLG Köln 5 U 65/94 vom 22. September 1994 = openJur 2012, 74441.

<sup>52</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 5 U 28/08 vom 23. Juli 2008 = openJur 2012, 47724.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 1 HMG. Die Abgrenzung einer unerwünschten Arzneimittelwirkung von einem Medikationsfehler hängt davon ab, ob das Arzneimittel sachgerecht angewendet wurde. Die unerwünschte Arzneimittelwirkung («Adverse Drug Reaction») ist eine Gesundheitsstörung bei sachgerechtem Gebrauch eines Arzneimittels, während der Medikationsfehler («Medication Error») eine Ge-

sunheitsstörung bei unsachgerechtem Gebrauch eines Arzneimittels darstellt.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 253 Abs. 4 StPO.

<sup>55</sup> BGBl. 2013 I Nr. 9 S. 277.

<sup>56</sup> Der einschlägige § 630c Absatz 2 lautet: «Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweis Zwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bussgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden.»

<sup>57</sup> Siehe dazu Urteil des OGer LU vom 21. Dezember 2011 = SG 2013 Nr. 1653 E. 9.2.

die Schlussfolgerung zuliesse, dass die *Einhaltung der Sorgfalt in Bezug auf übliche Behandlungsmethoden* nicht dokumentiert werden muss. Die gewählte Behandlungsmethode ist nach der hier vertretenen Meinung soweit zu dokumentieren, dass nachträglich – von einem Arzt derselben Fachrichtung – überprüft werden kann, ob sie angezeigt war und lege artis ausgeführt worden ist. Ob es sich bei der fraglichen Massnahme um eine unübliche oder übliche gehandelt hat, ist nicht massgeblich.

Insoweit kommt entgegen der bundesgerichtlichen Annahme *auch der vertraglichen Dokumentationspflicht eine Beweissicherungsfunktion* zu, wie das bei der sozialversicherungsrechtlichen Dokumentationspflicht der Fall ist, deren hauptsächlicher Zweck darin besteht, Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der versicherten medizinischen Massnahme überprüfen zu können. Eine *eigentliche Beweiserleichterungspflicht besteht demgegenüber nicht*. Prozessparteien und Dritte trifft nur eine prozessuale Mitwirkungspflicht.<sup>58</sup> Die *prozessrechtliche Mitwirkungspflicht* besteht in der Herausgabe von Beweismitteln, die sich im Besitz der anderen Prozesspartei befinden (sollten)<sup>59</sup>, und in der Aussage als Partei<sup>60</sup> oder Zeuge.<sup>61</sup> So hat der Arzt beim Haftungsbeweis des Patienten mitzuwirken.<sup>62</sup> Die Mitwirkungspflicht des Arztes beim Nachweis negativer Tatsachen ist von der widerlegbaren Tatsachenvermutung beim Eintritt einer behandlungsinhärenten oder einer -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung zu unterscheiden.<sup>63</sup>

#### 4. Wann muss dokumentiert werden

Es gilt der *Grundsatz der zeitnahen Dokumentation*; die zur Vornahme der fraglichen Verrichtung zuständige Person, beispielsweise die Nachtschwester<sup>64</sup>, hat diese innert nützlicher Frist zu dokumentieren. Wenn eine Krankenschwester einen Bericht über ein Sturzereignis in der Klinik sieben Monate später erstellt, so folgt aus diesem zeitlichen Aspekt, dass die Stellungnahme nicht in Erfüllung der pflegerischen Dokumentationspflicht gefertigt worden ist.<sup>65</sup> Grundsätzlich unbeachtlich sind *nachträglich*

*verfasste Gedächtnisprotokolle*<sup>66</sup> oder nicht persönlich identifizierbare Angaben (fehlende Unterschrift, fehlende Kurzzeichen etc.). Es gilt der Vertrauensgrundsatz; danach kann «einer formell und materiell ordnungsgemässen ärztlichen Dokumentation (...) bis zum Beweis des Gegenteils Glauben geschenkt werden. Um die Annahme der Vollständigkeit der Dokumentation zu erschüttern, müssen konkret erkennbare Anhaltspunkte vorliegen, z.B. nachträgliche Änderungen am Operationsbericht oder dass er erst mit langem zeitlichen Abstand zur Operation verfasst worden ist (hier verneint für 1 Monat).»<sup>67</sup>

2011 beurteilte das Bundesgericht die Relevanz von nachträglichen Änderungen der Patientendokumentation. Im kantonalen Verfahren wurde beanstandet, dass in den medizinischen Unterlagen einschliesslich der Krankengeschichte eine grosse Anzahl von Tipp-Ex-Korrekturen, sonstigen Korrekturen, Streichungen und anderen Manipulationen festzustellen sei. Diese Korrekturen könnten nicht als Korrekturen versehentlicher Einträge ignoriert werden, zumal gewisse Einträge von mehreren Personen und während einer sehr langen Dauer (mehrere Tage) vorgenommen worden seien. Ferner wurde moniert, dass zahlreiche medizinische Befunde und Vorgänge zu Unrecht nicht protokolliert worden seien. Das Bundesgericht bestätigte, die Vorinstanz sei mit ihrer Beurteilung nicht in Willkür verfallen, indem sie den bemängelten Tipp-Ex-Korrekturen auf den Verlaufskurven-Blättern nach dem FMH-Gutachten keine medizinische Relevanz zusprach.<sup>68</sup>

#### 5. Wie muss dokumentiert werden?

Das Bundesgericht hat sich bis anhin noch nicht dazu äussern müssen, wie die Dokumentation zu erfolgen hat. Insbesondere ist ungeklärt, ob der Patient Anspruch darauf hat, Einsicht in handschriftliche Notizen, welche zeitnah verfasst wurden, zu nehmen.<sup>69</sup> Mitunter finden sich in den kantonalen Gesundheitsgesetzen Anweisungen, wie die Patien-

<sup>58</sup> Vgl. Art. 160 ff. ZPO.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 191 ff. ZPO.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 169 ff. ZPO.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 119 II 305 E. 1b/aa.

<sup>63</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 = Pra 2000 Nr. 155 E. 2.

<sup>64</sup> Vgl. Urteil des OLG Frankfurt a.M. 14 U 155/91 vom 28. Juni 1994 = VersR 1995, 1498.

<sup>65</sup> Vgl. Urteil LG Bonn 5 S 19/09 vom 2. September 2009 = BeckRS 2009, 25800.

<sup>66</sup> Vgl. Urteile des OLG Köln 5 U 208/95 vom 22. April 1996 = VersR 1997, 748 (Zulässigkeit eines «Gedächtnisprotokolls» am Folgetag; Pflicht, den Nachtrag als solchen zu bezeichnen, sonst Vermutung einer Manipulationsabsicht), und OLG Oldenburg 5 U 150/93 vom 12. April 1994 = VersR 1994, 1478.

<sup>67</sup> Vgl. Urteil des OLG Naumburg 1 U 31/11 vom 15. November 2011 = MedR 2012, 529.

<sup>68</sup> Vgl. Urteil des BGER 4A\_679/2010 vom 11. April 2011 E. 5.

<sup>69</sup> Bei handschriftlichen Notizen eines Arztes, die anschliessend mittels Diktat oder maschinenschriftlicher Übertragung in eine Endfassung gebracht werden, handelt es sich um blosser Entwürfe, nicht um Urkunden. Entwürfe zu Krankenunterlagen stellen private Aufzeichnungen dar, die vom Betroffenen nicht vorgelegt werden müssen (vgl. Urteil des LG München II 1M O 6514/08 vom 13. September 2011 = BeckRS 2012, 15932 E. I/1b).

tendokumentation geführt werden muss. Das zürcherische Recht sieht etwa vor, dass die Patientendokumentation in *schriftlicher oder elektronischer Form* geführt werden kann. Wird eine elektronische Aufzeichnungsform gewählt, müssen die Eintragungen in der Patientendokumentation *datiert, unabänderbar gespeichert und jederzeit abrufbar* sein.<sup>70</sup> Der Urheber der Einträge muss zudem unmittelbar ersichtlich sein.<sup>71</sup> Da es sich bei den zu dokumentierenden Tatsachen in der Regel um *besonders schützenswerte Personendaten* handelt, sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben ergänzend zu beachten.<sup>72</sup>

Die medizinische Dokumentation ist so lange aufzubewahren, wie sie für die Behandlung des Patienten noch von Interesse ist. Die kantonalen Gesetzgebungen sehen regelmässig eine Mindestaufbewahrungszeit von zehn Jahren vor<sup>73</sup>, was sich mit der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist deckt. Besteht aus medizinischen Gründen grundsätzlich keine Notwendigkeit, Behandlungsunterlagen länger als zehn Jahre aufzubewahren, so darf nach Ablauf der Aufbewahrungszeit dem Arzt aus ihrem Fehlen kein Nachteil erwachsen. Denn der Arzt hätte mit Ablauf dieses Zeitraums die Unterlagen ebenso gut vernichten dürfen, ohne dass ihm Nachteile entstanden wären. Erwächst ihm aber aus dem Fehlen der Krankengeschichte als solche kein Nachteil, dann darf ihm juristisch und nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist auch aus deren Unvollständigkeit kein Nachteil erwachsen.<sup>74</sup>

#### IV. Folgen der Verletzung der medizinischen Dokumentationspflicht

##### A. Schadenersatzpflicht

Eine Verletzung der medizinischen Dokumentationspflicht kann eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben. Wird die vertragliche Dokumentationspflicht verletzt, handelt es sich um eine *positive Vertragsverletzung*, weil eine Nebenpflicht verletzt worden ist.<sup>75</sup> Der geschädigte Patient ist berechtigt, von seinem Vertragspartner, der seiner Dokumen-

tationspflicht nicht nachgekommen ist, *Ersatz des Schadens zu verlangen, der im Zusammenhang mit dem Dokumentationsmangel rechtserheblich verursacht* wurde. Ersatzfähig sind insbesondere Kosten für zusätzlich notwendige Gutachten und weitere Abklärungskosten sowie für ungedeckte Behandlungskosten.<sup>76</sup>

Der geschädigte Patient ist berechtigt, seinen vertraglichen Haftungsanspruch mit dem Honoraranspruch des medizinischen Dienstleistungserbringers zu verrechnen, sofern er das Honorar noch nicht – vollständig – bezahlt hat.<sup>77</sup> Die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Honoraranspruch des medizinischen Dienstleistungserbringers im Fall einer Verletzung der vertraglichen Haupt- bzw. Nebenpflichten angemessen zu kürzen ist.<sup>78</sup> Hat der geschädigte Patient das Honorar bereits vollständig bzw. mehr bezahlt, als der medizinische Dienstleistungserbringer zu fordern berechtigt ist, steht ihm ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch zu.

##### B. Beweiserleichterungen

###### 1. Herabsetzung des Regelbeweismasses

Dokumentationsmängel führen – unabhängig von einer allfälligen Schadenersatzpflicht – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Beweiserleichterungen.<sup>79</sup> Eine Beweiserleichterung kann einerseits eine *Umkehr der Beweislast*<sup>80</sup> oder eine *Herabsetzung des Regelbeweismasses*<sup>81</sup> beinhalten. Ist ausnahmsweise der Arzt beweispflichtig, kommt als Sanktion für eine mangelhafte Dokumentation auch eine Heraufsetzung des Regelbeweismasses für alternative Beweismittel, die dem Arzt zum Nachweis der erfolgten Aufklärung und Einwilligung zur Verfügung stehen,<sup>82</sup> infrage.

Das deutsche Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 regelt in § 630h, dass in folgenden Fällen Beweisvermutungen bestehen:

<sup>70</sup> Vgl. § 13 Abs. 2 GesG ZH.

<sup>71</sup> Vgl. § 13 Abs. 1 GesG ZH.

<sup>72</sup> Der eidgenössische Datenbeauftragte hat im Jahr 2006 einen Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im medizinischen Bereich verfasst <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00635/index.html?lang=de>> – zuletzt besucht am 21. Januar 2016).

<sup>73</sup> Z.B. Art. 26 Abs. 2 GesG BE oder § 18 Abs. 1 Patientengesetz ZH. Die heilmittelrechtlich relevanten Aufzeichnungen sind während 20 Jahren aufzubewahren (vgl. Art. 40 HMG).

<sup>74</sup> Vgl. Urteil des OLG Hamm 3 U 91/02 vom 29. Januar 2003 = VersR 2005, 412.

<sup>75</sup> Vgl. Urteil des KG Berlin 6 U 261/98 vom 21. September 1999 = r + s 2000, 120.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Vgl. z.B. Urteil des KGer Waadt vom 5. Juli 2006 = SG 2009 Nr. 1618 E. 4.

<sup>78</sup> Siehe BGE 124 III 423 E. 4 und Urteil des KGer Waadt vom 5. Juli 2006 = SG 2009 Nr. 1618 E. 4b.

<sup>79</sup> Im Urteil des BGer 4A\_679/2010 vom 11. April 2011 wurden trotz mangelhafter bzw. unterbliebener Dokumentation keine Beweiserleichterungen gewährt.

<sup>80</sup> Vgl. Urteile des BGer 4A\_459/2009 vom 25. März 2010 E. 5.1, 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.2 und 2A.103/1991 vom 13. März 1992 E. 5c.

<sup>81</sup> Vgl. Urteile des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.2 und 6.3 sowie 2A.103/1991 vom 13. März 1992 E. 5c und ferner HGer ZH HG060225 vom 22. Januar 2013 E. V/2.1.4.

<sup>82</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH vom 7. Juli 2000 = ZR 2002 Nr. 7 E. 4c.



- Ein Fehler wird vermutet, wenn sich ein *voll beherrschbares Behandlungsrisiko* verwirklicht.
- Ein Fehler wird vermutet, wenn *Aufklärung und Einwilligung unterblieben sind*, wobei dem behandelnden Arzt der Einwand zusteht, der Patient hätte bei gehöriger Aufklärung und Einwilligung der medizinischen Massnahme zugestimmt.
- Die *unterlassene Dokumentation* wesentlicher Aspekte der infrage stehenden medizinischen Massnahme begründet die Vermutung, dass die infrage stehende medizinische Massnahme nicht vorgenommen wurde.
- War der behandelnde Arzt für die *von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt*, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.
- Liegt ein *grober Behandlungsfehler* vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.

Eine Herabsetzung des Regelbeweismasses bejahte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2004, weil der *Operationsbericht lückenhaft und zudem mangelhaft abgefasst* war sowie zwei *Operationsvideokassetten nicht mehr auffindbar* waren. Es befand, dass das Regelbeweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabzusetzen ist, soweit streitig ist, ob die festgestellten Läsionen durch die Einwirkungen von Endoskopbewegungen verursacht worden sind.<sup>83</sup> Das Obergericht des Kantons Luzern reduzierte das Regelbeweismass sogar auf die blosser Glaubhaftmachung herab, weil in der *Operationsdokumentation keine Hinweise auf die Lagerung* bzw. den Zeitpunkt der Umlagerung enthalten waren.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 9.

<sup>84</sup> Siehe dazu Urteil des OGer LU vom 21. Dezember 2011 = SG 2013 Nr. 1653 E. 9.2: «Da in der OP-Dokumentation keine Hinweise auf die Lagerung bzw. den Zeitpunkt von Umlagerungen enthalten sind, wird der Klägerin der Beweis der Sorgfaltpflichtverletzung erheblich erschwert. Die einvernommenen Zeugen konnten sich nach mehreren Jahren verständlicherweise nicht mehr an den genauen Operationsablauf erinnern. Es war der Klägerin auch nicht zuzumuten, eine vorzeitige Beweisabnahme zu verlangen, solange die Parteien (bzw. die Versicherung der Beklagten) gemeinsam die Verantwortlichkeit mit Einholen von Gutachten abzuklären versuchten. Während der Operation kommt der Lagerung eine grosse Bedeutung zu (...). Angesichts der Wichtigkeit der Lagerung und der langen Dauer der Operation hätte die Lagerung (inkl. Änderungen) in der OP-Dokumentation erwähnt werden müssen (...). Diese Unterlassung darf nicht zulasten der Klägerin gehen. Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich daher, das Beweismass auf den Grad der einfachen Wahrscheinlichkeit (Glaubhaftmachung) herabzusetzen.»

## 2. Umkehr der Beweislast

Eine Beweislastumkehr bzw. eine Kausalitätsvermutung ist nach der deutschen Rechtsprechung bei *groben Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlern* gerechtfertigt.<sup>85</sup> Ein Arzt hat Präparate, die zur Beurteilung der Kausalität eines Behandlungsfehlers erforderlich sind, bei einem Umzug seiner Praxis in geeigneter Weise gegen Verlust zu schützen; verstösst er gegen diese Befundsicherungspflicht, ist eine Umkehr der Beweislast bzw. eine fahrlässige Beweisvereitelung anzunehmen.<sup>86</sup> Einen groben Befundsicherungsfehler stellen ferner die ungenügende Verwahrung eines im Geburtsvorgang abgeleiteten CTG-Streifens<sup>87</sup> und eines zunächst eingesetzten, dann aber wieder entfernten Prothesenteils dar.<sup>88</sup>

Fehlt eine zur Sicherung der Verlaufsbeobachtung und Weiterbehandlung gebotene Dokumentation im Zusammenhang mit der operativen Behandlung einer Augenerkrankung (i.c. Morbus Coats), handelt es sich um eine Verletzung der Befundsicherungspflicht, die zusammen mit weiteren Versäumnissen gegebenenfalls als grob angesehen werden kann.<sup>89</sup> Keine Verletzung der Befundsicherungspflicht ist gegeben, wenn nicht alle Einzelbefunde einer Duplex-Ultraschalluntersuchung durch dauerhafte Bilder aktenkundig gemacht werden. Es genügt, wenn sich aus der Dokumentation die Vorgehensweise bei der Befunderhebung und die vom Arzt gewonnenen Erkenntnisse ergeben.<sup>90</sup>

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung bzw. zur neu eingeführten Regelung des «Patientenrechtgesetzes» wurde in der Schweiz bis anhin noch *keine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit medizinischen Dokumentationsmängeln bejaht*. Eine Beweislastumkehr wird lediglich dann gewährt, wenn eine *eigentliche Beweisvereitelung* nachgewiesen ist.<sup>91</sup> Im arbeitsvertraglichen Kontext unterscheidet das Bundesgericht zwischen *einer Verletzung von gesamtarbeitsvertraglichen bzw. spezifischen Dokumentationspflichten und der allgemeinen Dokumentationspflicht des Arbeitgebers*. Eine Missachtung von

<sup>85</sup> Vgl. Urteil des BGH VI ZR 302/80 vom 21. September 1982 = VersR 1982, 1193.

<sup>86</sup> Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf 8 U 159/01 vom 30. Januar 2003 = VersR 2004, 792.

<sup>87</sup> Vgl. Urteil des OLG Oldenburg 5 U 19/90 vom 28. April 1992 = VersR 1993, 1021.

<sup>88</sup> Vgl. Urteil des OLG Zweibrücken 5 U 35/96 vom 12. Mai 1998 = VersR 1999, 719.

<sup>89</sup> Vgl. Urteil des OLG Stuttgart 14 U 42/95 vom 4. April 1996 = VersR 1997, 700.

<sup>90</sup> Vgl. Urteil des OLG Naumburg 1 U 83/07 vom 13. März 2008 = VersR 2008, 1073.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 130 III 571 E. 5.1 (n.p.) und 129 III 181 E. 2.1 f. (n.p.) sowie Urteile des BGER 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1 und 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 4.1.

gesamtarbeitsvertraglichen bzw. spezifischen Dokumentationspflichten führt zu einer Umkehr der Beweislast zugunsten des Arbeitnehmers<sup>92</sup>, während eine Verletzung der allgemeinen Dokumentationspflicht, insbesondere derjenigen gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1, lediglich dann eine Umkehr der Beweislast bewirkt, wenn der Arbeitgeber treuwidrig gehandelt hat.<sup>93</sup> Ein treuwidriges Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber die Beweismittel zerstört, um dem Arbeitnehmer den Beweis zu vereiteln.<sup>94</sup>

Das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, im Zusammenhang mit haftungsrechtlichen Fällen bis anhin noch keine Beweisvereitelung bejaht. So wurde etwa erwogen, dass die *Verschrottung der Unfallfahrzeuge* durch den Haftpflichtversicherer *keine Beweisvereitelung* darstellt.<sup>95</sup> Ebenso wenig stellt der *nicht erfolgte Beizug der Polizei nach einem Sturz von der Leiter* eine Beweisvereitelung dar.<sup>96</sup> Auch die *Vernichtung von Operationsvideos* würdigten die Bundesrichter zwar als eine Verletzung der Dokumentationspflicht, nicht aber als eine Beweisvereitelung, die eine Umkehr der Beweislast rechtfertigen würde.<sup>97</sup> Der neue Grundsatzentscheid des Bundesgerichts zitiert ebenfalls dieses Urteil und betont die Unterscheidung zwischen der prozessrechtlich begründeten Beweisvereitelung und der materiellrechtlichen Dokumentationspflicht als auftragsrechtliche Nebenpflicht.<sup>98</sup>

Leider nehmen die Bundesrichter keinen Bezug auf die vorerwähnte arbeitsvertragliche Rechtsprechung bzw. auf die deutsche Regelung und lassen deshalb den Rechtsanwender mit der drängenden Frage zurück, ob die Verletzung der medizinischen Dokumentationspflicht überhaupt je einmal, lediglich eine Verletzung von spezifischen Dokumentationspflichten oder auch die Verletzung der allgemeinen bzw. ungeschriebenen medizinischen Dokumentationspflicht ausnahmsweise zu einer Umkehr der Beweislast führen kann. Es wäre nahelegend, wenn das Bundesgericht auch in diesem Punkt die deutsche Praxis übernehmen würde und bei Dokumentationsmängeln eine Umkehr der Beweislast zulassen würde.

<sup>92</sup> Siehe z.B. Urteile des BGER 4C.33/1999 vom 11. Juni 1999 = SARB 2000 Nr. 155, KGer SG vom 30. August 2001 = JAR 2002, 155 ff., ArbGer VS vom 14. Oktober 1996 = SARB 1998 Nr. 55 und AppGer TI vom 6. August 2001 = JAR 2002, 160 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1.

<sup>94</sup> Vgl. Urteile des BGER 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1 und 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 4.1.

<sup>95</sup> Vgl. Urteil des BGER 4D\_48/2009 vom 30. Oktober 2009 E. 2.5.4.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 129 III 181 E. 2.1 (n.p.).

<sup>97</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.2 und 6.3.

<sup>98</sup> Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.2.

Nicht praktikabel scheint schliesslich die *Unterscheidung zwischen einer fahrlässigen und einer vorsätzlichen Verletzung der Dokumentationspflicht*, wie sie im Entscheid aus dem Jahr 2004 anklingt, wo das Bundesgericht die bewusste Vernichtung von Operationsvideos nicht als Beweisvereitelung bzw. Dokumentationsmangel, der zu einer Umkehr der Beweislast führt, qualifiziert hat, während im arbeitsvertraglichen Kontext die bewusste Zerstörung von Beweismitteln als eigentliche Beweisvereitelung gewürdigt wird.

## V. Schlussbetrachtung

Das Bundesgericht hat mit dem Grundsatzentscheid BGE 141 III 363 die medizinische Dokumentationspflicht des Arztes konturiert. Es hat im Zusammenhang mit der strittigen Frage, ob im Jahr 1993 eine Rektaluntersuchung vorgenommen wurde, erwogen, dass eine Dokumentationspflicht nur dann besteht, wenn die medizinische Massnahme im Zeitpunkt ihrer Vornahme notwendiger- oder üblicherweise dokumentiert wird.

Es ist zu begrüßen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die medizinische Dokumentationspflicht konkretisiert hat. Gleichwohl bleiben offene Fragen zurück:

- Die medizinischen Dienstleistungserbringer sind öffentlich-rechtlich verpflichtet, die von ihnen erbrachten medizinischen Massnahmen zu dokumentieren. Sowohl die gesundheits- als auch die sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht verlangen vom medizinischen Dienstleistungserbringer mitunter, dass er gewöhnliche medizinische Massnahmen dokumentiert. Ebenso wenig besteht diesbezüglich ein Vorbehalt, dass keine Dokumentationspflicht besteht, wenn medizinische Gründe dies nicht nahelegen. Es ist zu klären, ob die *haftungsrechtlich relevante medizinische Dokumentationspflicht* gemäss Auftragsrecht und ausservertraglicher Garantenstellung *weniger, gleich viel oder mehr an Dokumentationsobliegenheiten wie die gesundheits- und die sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht vom medizinischen Dienstleistungserbringer abverlangt*.
- Die vom Bundesgericht im neuen Grundsatzentscheid – in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung – betonten *Kriterien der Üblichkeit und medizinischen Notwendigkeit* kontrastieren mit der bisherigen Rechtsprechung, in welcher eine Dokumentationspflicht bejaht wurde, wenn die zu beurteilenden Massnahmen und Beobachtungen mit *einiger Wahrscheinlichkeit medizinische Folgen zeitigen*, insbesondere ein *gewisses*

*Risiko einer Verletzung* in sich bergen. Unerwähnt geblieben ist sodann die neu eingeführte deutsche Regelung, wonach «wesentliche» Aspekte der medizinischen Behandlung zu dokumentieren sind. Die Gegensätzlichkeit dieser Kriterien zeigt sich insbesondere im Zusammenhang mit Beinahezweischenfällen, welche den Patienten gefährdet haben, und unerwünschten Zwischenfällen, einschliesslich Behandlungsfehlern, welche je nach Institution üblicherweise nicht dokumentiert werden, aber dokumentiert werden müssten, wenn die von der älteren Praxis geprägten Kriterien angewendet werden. Die Rechtsprechung wird sich in künftigen Fällen der Frage annehmen müssen, was unter «*Üblichkeit der Dokumentation*» zu verstehen ist. Es wäre redundant, wenn die Gepflogenheiten des jeweiligen medizinischen Dienstleistungserbringers als Messlatte für den Umfang der medizinischen Dokumentationspflicht genommen würden.

- Das Bundesgericht hebt die Unterscheidung zwischen der prozessrechtlich begründeten Beweisvereitelung und der materiellrechtlichen Dokumentationspflicht als auftragsrechtlicher Nebenpflicht hervor und leitet daraus ab, dass die medizinische Dokumentationspflicht keinen Beweissicherungszweck beinhalte. Dieses Diktum ist kritisch zu hinterfragen. Einerseits verfolgt die sozialversicherungsrechtliche Dokumentationspflicht einen Beweissicherungszweck, indem der medizinische Dienstleistungserbringer gegenüber dem vergütungspflichtigen Sozialversicherungsträger Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der von ihm angewendeten medizinischen Massnahmen zu dokumentieren bzw. nachzuweisen hat. Die (ausser)vertragliche *Dokumentationspflicht besteht nicht nur zwecks Sicherstellung der Behandlung des Patienten, sondern auch deshalb, um die sorgfältige Ausübung der Behandlung des Patienten, zu welcher er seine*

*Einwilligung gegeben hat, nachweisen zu können.* Insoweit ist der medizinische Dienstleistungserbringer materiellrechtlich *auch zur Beweissicherung, nicht aber zur Beweiserleichterung verpflichtet.* Eine solche Beweiserleichterungspflicht besteht lediglich im Rahmen der zivilprozessualen Mitwirkungspflicht, welche vom medizinischen Dienstleistungserbringer ausnahmsweise verlangt, dass er an der Beweisführung der Gegenpartei mitwirkt.

- Das Grundsatzurteil bestätigt die bisherige Praxis, dass medizinische Dokumentationsmängel Beweiserleichterungen zur Folge haben. Im Gegensatz zur arbeitsvertraglichen Rechtsprechung, welche bei einer *Verletzung spezifischer Dokumentationspflichten eine Beweislastumkehr* zulässt, zielt sich das Bundesgericht, bei einer Verletzung von medizinischen Dokumentationspflichten eine Beweislastumkehr zuzulassen, so wie das der deutsche Gesetzgeber mittlerweile statuiert hat. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Umkehrung der Beweislast nur bei einer bewussten Vernichtung von Beweismitteln infrage kommen soll. In Übereinstimmung mit der deutschen Rechtsprechung ist mindestens zu fordern, dass *schwerwiegende Dokumentationsmängel und einfache Dokumentationsfehler in Kombination mit weiteren Pflichtversäumnissen eine Umkehr der Beweislast* mit Bezug auf die Tatsachen, welche hätten dokumentiert werden müssen, zur Folge haben. Da das Bundesgericht auf das deutsche Recht verwiesen hat, wäre es eigentlich angezeigt, in Übereinstimmung mit § 630h Abs. 3 des «Patientenrechtgesetzes» eine Beweisvermutung aufzustellen, dass die nicht erfolgte Dokumentation wesentlicher Aspekte einer medizinischen Behandlung eine Beweislastumkehr zur Folge und der Arzt zu beweisen hat, die nicht dokumentierte medizinische Massnahme so, wie von ihm behauptet, vorgenommen zu haben.