

# HAFTUNG UND VERSICHERUNG HAVE RESPONSABILITÉ ET ASSURANCE REAS

## **Haftung für «Phantom-Beschwerden»?**

Vito Roberto / Sebastian Reichle

## **Unklare und nicht objektivierbare Beschwerdebilder – was kann und soll das Sozialversicherungsrecht tun?**

Ueli Kieser

## **Assurance-vie : Quelques réflexions sur le droit de rachat en lien avec l'exécution forcée**

Alexandre Lehmann

## **L'assurance-crédit et la couverture des opérations commerciales et de trade-finance**

Christian Scalise

## **Rechtsprechung / Jurisprudence**

Direktklage gegen ausländische Haftpflichtversicherung (BGE 138 II 386/BGH VI ZR 260/11)

## **Forum: Pflichtversicherungsgesetz**

# Das Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium (GGK)<sup>1</sup> – Innovative Ansätze in der Arzthaftung

Yvonne Bollag\*  
Iris Herzog-Zwitzer\*\*

## 1. Einleitung

Arzthaftungsrecht ist geprägt von der Interdisziplinarität von Medizin und Recht. Der medizinische Gutachter hat in der Beurteilung haftpflichtrechtlicher Streitigkeiten in Arzthaftungsfällen eine wichtige Rolle inne. War die Diagnosestellung *lege artis*, ist die Kausalität zwischen der Behandlung und dem Gesundheitsschaden erfüllt, liegt ein Behandlungsfehler vor, oder inwieweit ist eine unvollständige Dokumentation der Krankengeschichte kausal für den medizinischen Heilverlauf des Patienten? Letztgenannter Punkt kann zum Beispiel relevant sein, wenn eine vertikale oder horizontale Arbeitsteilung mehrerer Ärzte gegeben ist. Medizinische Fachfragen kann nur der Mediziner beurteilen. Der Jurist hat diese seiner Beurteilung zu Grunde zu legen.

Das medizinische Gutachten in Arzthaftungsfällen trägt zur Klärung von medizinischen, komplexen Fachfragen bei. Die Wahl der Gutachter und die Verfahrensdauer der Gutachten bergen ein Konfliktpotenzial in sich. Auch die Verständigungsschwierigkeiten zwischen Juristen und Mediziner tragen dazu bei. Wiegand hat bereits 1985 das Zwiegespräch zwischen Juristen und Mediziner als notwendig angesehen: «... denn ohne einen derartigen Gedankenaustausch können bestehende Gegensätze nur vertieft, sicher aber nicht überbrückt werden»<sup>2</sup>.

Neue, innovative Ansätze in der Arzthaftung sind gefragt. Die Academy of Swiss Insurance Medicine (asim) Basel<sup>3</sup> ist bestrebt, innovative Ansätze in der

Arzthaftung aufzugreifen und diese wissenschaftlich aufzuarbeiten und zu verbreiten. Mit den Basler Arzthaftpflichttagen und dem Instrument des Gemeinschaftlichen Gutachter-Konsiliums (GGK) – als Option zum herkömmlichen traditionellen Sachverständigengutachten<sup>4</sup> – wurden neue Wege beschritten. Mit dem GGK hat asim eine neue Form der Begutachtung als Forschungs- und Bildungsprojekt aufgenommen.

## 2. Die Basler Arzthaftpflichttage und das Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium (GGK)

An den 2. Basler Arzthaftpflichttagen vom 27. Januar 2012<sup>5</sup> haben sich PatientenanwältInnen, VersicherungsjuristInnen und MedizinerInnen mit der Situation der medizinischen Begutachtung in Arzthaftungsfällen befasst. Eines der Hauptthemen war das Pilotprojekt «Gemeinschaftliches Gutachter-Konsilium» in Anlehnung an die französische «Expertise conjointe» in Arzthaftungsfällen<sup>6</sup>. In einem strukturierten Prozess wurde intensiv auf ein Konsenspapier hingearbeitet. Zum Abschluss der Tagung verabschiedeten die Teilnehmenden gemeinsam die nachfolgende Empfehlung zum GGK. Dies als ein von MedizinerInnen, VersicherungsjuristInnen und PatientenanwältInnen gemeinsam getragener Start für ein erfolgreiches Zukunftsprojekt im Arzthaftungsrecht.

### Empfehlung zur Medizinischen Begutachtung in Arzthaftungsfällen

Die 2. Basler Arzthaftpflichttage haben sich als Expertenmeeting von PatientenanwältInnen, Versicherungen und MedizinerInnen mit der Situation der medizinischen Begutachtung in Arzthaftungsfällen befasst.

Als grösste Schwachpunkte der heutigen Praxis in der Schweiz wurde die lange Verfahrensdauer, das Finden und die Verfügbarkeit geeigneter medizinischer Sachverständiger, die Einigung auf eine/n medizinische/n Experten oder Expertin, die Aussagekraft/Klarheit von medizinischen Gutachten und die rechtliche Interpretation von medizinischen Gutachten identifiziert. Alle diese Aspekte behindern eine im allseitigen Interesse gebotene zügige, gute Klärung.

<sup>1</sup> Der Terminus Gemeinschaftliches Gutachter-Konsilium (GGK) wird zurzeit als Arbeitstitel verwendet.

\* Lic. iur., Leitung asim Begutachtung und juristische Fachleitung asim.  
\*\* Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin asim.

<sup>2</sup> WOLFGANG WIEGAND, Arzt und Recht in Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, 15.

<sup>3</sup> Die Academy of Swiss Insurance Medicine (asim) ist das seit 2005 bestehende Dienstleistungs- und Kompetenzzentrum für Versicherungsmedizin am Universitätsspital Basel. Die Academy of Swiss Insurance Medicine (asim) bietet seit 2010 medial, einem Forum für Arzthaftpflicht, eine akademische Anbindung und führt unter <www.medimal.org> eine Website zum Thema Arzthaftungsrecht. Öffentliche Veranstaltungen zum Thema Arzthaftungsrecht werden unter dem Namen «Basler Arzthaftpflichttage» regelmässig in Basel durchgeführt. Sie richten sich als interdisziplinäres Forum an alle

Interessierten aus Medizin, Gesundheitswesen, Recht, Ethik, Patientenorganisationen, Versicherungswirtschaft oder Medien.

<sup>4</sup> Asim hat mittels eines Fragebogens Erhebungen zum medizinischen Sachverständigengutachten in der Schweiz durchgeführt, um die Probleme beim Namen nennen zu können. Aus der Fragebogenerhebung stechen als problematische Punkte der heutigen Praxis vor allem Verständigungsprobleme zwischen Mediziner und Juristen und die lange Zeitdauer bis zur Fertigstellung eines schriftlichen Gutachtens hervor.

<sup>5</sup> Im Jahre 2010 hat asim anlässlich der 1. Basler Arzthaftpflichttage vom 23. April 2010 das GGK bereits als Tagungsthema aufgegriffen.

<sup>6</sup> Die Basler Versicherung hatte zu diesem Zeitpunkt bereits erste Erfahrungen in Arzthaftungsfällen mit dem Gemeinschaftlichen Gutachter-Konsilium gemacht.

Bei dieser Ausgangslage bietet ein neuer gutachterlicher Ansatz – das gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium (GGK) – eine prüfenswerte Innovation.

Die beiden wesentlichen Kernelemente des GGK sind  
a) das Benennen von medizinischen Experten durch die Parteien. Dies erfolgt durch Einigung auf einen einzigen gemeinsamen Experten oder durch Benennung je eigener Sachverständiger, die den Fall gemeinsam abarbeiten.

b) Die mündliche Erörterung der Sachverständigenbeurteilung unter Einbezug der Beteiligten am runden Tisch.

Die 2. Basler Arzthaftpflichttage bewerten die folgenden Rahmenbedingungen als wichtige Voraussetzungen für eine gute, qualitativ hochstehende Durchführung von Gemeinschaftlichen Gutachter-Konsilien:

- Fokus aller Beteiligten auf einen einvernehmlichen, kommunikativen Weg
- Offenheit, in einer Pilotphase auf starre Reglementierungen zu verzichten
- Eignung der Gutachter für die neue Aufgabe und Rolle – klare transparente Abmachungen über die Modalitäten, Aufgaben, Rollen, Procedere (Merkblatt)
- Einigung im Vorfeld über die Dokumentation der GGK-Erkenntnisse – Finanzierungsmodalität, die Neutralität gewährleistet.

Wir empfehlen aus gemeinsamer Sicht der PatientenanwältInnen, PatientInnen, der im Arzthaftpflichtbereich tätigen Versicherer und der Ärzteschaft allen Beteiligten, sich im beschriebenen Rahmen auf diese neue Form der Sachverhaltsklärung und Dialogentwicklung im Arzthaftpflichtbereich einzulassen. Um die Erfahrungen auswerten und begleiten zu können, unterstützen wir es, die gemeinschaftlichen Gutachter-Konsilien zentral bei der asim, Academy of Swiss Insurance Medicine am Universitätsspital Basel ([www.asim.unibas.ch](http://www.asim.unibas.ch) «Pilotprojekt GGK») zu melden.

### 3. Ursprung – Loi Badinter

Ursprünglich geht das Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium auf das französische Gesetz Loi Badinter vom 5.7.1985 zurück. Es handelt sich um ein aussergerichtliches Begutachtungsverfahren bei Strassenverkehrsunfällen zur Verbesserung des Verfahrens. Die Autoren *Chappuis/Herrmann* haben in einem Beitrag an der Strassenverkehrsrechtstagung zum Thema «Das gemeinschaftliche medizinische Gutachten – ein vielversprechender Weg» das Procedere in Frankreich wie folgt beschrieben: «Die geschädigte Person wird gemeinsam untersucht durch den vom Haftpflichtversi-

cheren bestimmten Arzt und den von der geschädigten Person ausgewählten Arzt. Die beiden Gutachter haben den gemeinsamen Auftrag, das Ergebnis der Begutachtung als Resultat einer kontradiktorischen Diskussion abzuliefern. Jeder der Gutachter beteiligt sich an der Begutachtung, sodass am Ende entweder Einvernehmungen zwischen den Gutachtern hergestellt wird oder aber das Gutachterergebnis bleibt kontrovers – dann allerdings auf der Grundlage von Argumenten, die vor der geschädigten Person und zwischen den Gutachtern ausgetauscht worden sind»<sup>7</sup>.

Im Urteil BGE 137 V 210 bezog sich das Bundesgericht erst kürzlich auf das Loi Badinter. Das Bundesgericht hat sich im BGE 137 V 210<sup>8</sup> mit den interdisziplinären Gutachten der Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) befasst. Grundsätzlich obliegt es der zukünftigen Rechtsprechung, die Auswirkungen dieses Urteils auf andere Rechtsgebiete und Fallkonstellationen zu konkretisieren<sup>9</sup>. Im sogenannten «MEDAS-Urteil» hat das Bundesgericht zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei den Gutachten in rechtsvergleichender Sicht Stellung bezogen. Hinzuweisen ist darauf, dass es sich um ein Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung handelt. Das Bundesgericht hat im besagten sozialversicherungsrechtlichen Urteil BGE 137 V 210 auf das französische Haftpflichtverfahren bei Unfällen im Strassenverkehr auf die sogenannten «expertises conjointes» hingewiesen. Das nun in der Schweiz zur Anwendung gelangte Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium geht auf die französischen «expertises conjointes» zurück. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Urteil die gemeinschaftliche Begutachtung im Sinne des «Loi Badinter» als weitere Gestaltungsmöglichkeit zur Lösung des Unabhängigkeitsproblems und zur Qualitätssteigerung von Gutachten in der Schweiz bezeichnet. Die paritätische Begutachtung nach dem französischen Vorbild der «expertises conjointes» könne, so das Bundesgericht, «zur Verbesserung der Gutachtensakzeptanz durch die Betroffenen und zur Stärkung der verfahrensmässigen Waffengleichheit durchaus auf die IV-Abklärung übertragen werden».

<sup>7</sup> GUY CHAPPUIS/JAN HERRMANN, Das gemeinschaftliche medizinische Gutachten – ein vielversprechender Weg, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2008, Bern 2008, 183 ff.; Loi Badinter Nr. 85-677 Gesetz vom 05.07.1985 zur Verbesserung der Lage von Strassenverkehrsunfallopfern und zur Beschleunigung der Entschädigungsverfahren.

<sup>8</sup> BGE 137 V 210 (Urteil 9C\_243/2010 vom 28. Juni 2011).

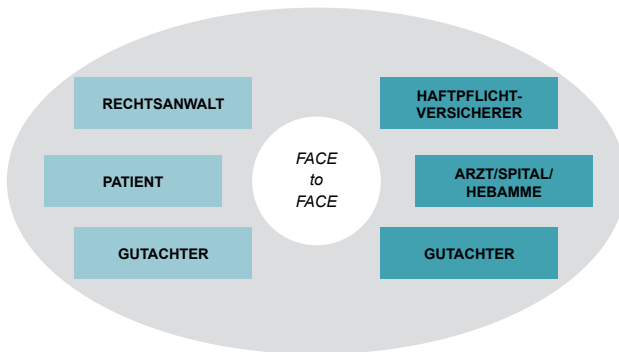
<sup>9</sup> ANDREAS TRAUB, Sicherstellung eines fairen Verwaltungs- und Beschwerdeverfahrens bezüglich medizinischer Gutachten, asim-Fortbildungsveranstaltung in Basel vom 16. November 2011; Miriam Lendfers, Zur Verfahrensfairness im Zusammenhang mit medizinischen Abklärungen, in AJP 9/2011, 1247 ff.; PHILIPP EGLI/THOMAS GÄCHTER, Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung. Grundprobleme und jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2011/3.

#### 4. Was versteht man unter dem Gemeinschaftlichen Gutachter-Konsilium (GGK)?

Das Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium basiert auf einer konsensorientierten Vorgehensweise. Kernelement des GGK ist der «FACE-to-FACE»-PROZESS am runden Tisch.

Das Procedere im Einzelfall wird seitens Patientenanwälten und Haftpflichtversicherern gemeinsam festge-

FACE-to-FACE-Prozess am runden Tisch



#### 5. Ausgestaltung des GGK

##### 5.1. Gutachterwahl

Um das GGK zu veranschaulichen, geht man von einem sogenannten Grundmodell aus. Jede Partei wählt ihren Gutachter frei aus. Gemeinsam trifft man sich am runden Tisch zum mündlichen «FACE-to-FACE» Prozess. Je nach Fall sind aber auch Varianten möglich, indem zum Beispiel zusätzlich die beratenden Ärzte mit an den Verhandlungstisch mitgenommen werden oder die Parteien sich für einen gemeinsamen Gutachter entscheiden. Zudem ist die Teilnahme der Direktbetroffenen – der Patient und/oder der behandelnde Arzt – von Fall zu Fall zu entscheiden. Die von den Parteien eingebrachten Fragen werden am runden Tisch mündlich diskutiert. Der Dialog auf fachlicher interdisziplinärer Ebene ist das Kernelement des GGK.

##### 5.2. Ausgestaltung des GGK

Ziel ist die Vereinfachung des Verfahrens, die gegenseitige Akzeptanz der Methodik und die Effizienzsteigerung in der Begutachtung. Es ist möglich, das mündliche Verfahren mittels eines schriftlichen gemeinsamen Schlussberichts zu dokumentieren. Dies ist Verhandlungssache.

##### 5.3. Finanzielle Aspekte des GGK

Der Kostenrahmen und die Übernahme der Kosten sind Verhandlungssache der involvierten Parteien.

legt. Die mündlichen Erläuterungen der medizinischen Gutachter erfolgen am runden Tisch. Eine schriftliche Darlegung bzw. ein Abschlussbericht kann, muss aber nicht zwingend erfolgen. Der Leitgedanke des Gemeinschaftlichen Gutachter-Konsiliums ist der interdisziplinäre, sofortige mündliche Austausch zwischen den Medizinern unter Einbezug der Juristen und des Patienten.

#### 6. Vorteile des GGK

- Die Auswahl der Gutachter erfolgt autonom durch die Parteien.
- Der Meinungsaustausch erfolgt mündlich im konsensorientierten Verfahren.
- Gegenseitige Akzeptanz der medizinischen Beurteilung
- Bürokratie fällt weg. Wegfall langwieriger Verfahren
- Interdisziplinarität
- Herausarbeiten der medizinischen Kernproblematik
- Kostenoptimierung
- Beseitigung von Unklarheiten

#### 7. Abschluss des GGK

Beim Abschluss des Verfahrens am runden Tisch kann der Fall medizinisch geklärt sein. Bei Einvernehmen kann der Fall auf den dargelegten Erläuterungen weiterbearbeitet und abgeschlossen werden. Liegt keine Einigung vor, können die Prozesschancen besser beurteilt werden.

#### 8. Wissenschaftliche Aufarbeitung: Forschungs- und Bildungsprojekt GGK

asim führt das GGK als Forschungs- und Bildungsprojekt. Dazu wurde auf der asim-Homepage ein Erfassungstool aufgeschaltet. Ziel ist es sämtliche Daten zu ergangenen GGKs zu erfassen. Diese Daten werden zukünftig wissenschaftlich aufgearbeitet und den involvierten Beteiligten von Arzthaftpflichtfällen zur Verfügung gestellt.

Zu erfassen unter: <[www.asim.unibas.ch](http://www.asim.unibas.ch)>