

Iris Herzog-Zwitter*/Yvonne Bollag**

Gemeinschaftliches Gutachterkonsilium im Haftpflichtrecht, insbesondere im Arzthaftungsrecht – ein innovativer Ansatz

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	66
II.	Das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium	67
	A. Ursprung für das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium – Basler Arzthaftpflichttage 2012	67
	1. Gesetz Loi Badinter	67
	2. Empfehlung Konsenspapier	68
	B. Juristische Bearbeitung von Arzthaftungsfällen	69
	C. Gemeinschaftliches Gutachterkonsilium in Arzthaftpflichtfällen	70
	D. Alternative Verfahren im (Arzt-) Haftungsrecht – Blick zu unseren Nachbarn	71
	1. Mediationsverfahren in Deutschland	71
	2. Patientenentschädigungsfonds in Österreich	72
	E. Arzthaftung: Medizinischer Standard – ärztliche Sorgfaltspflicht	72
	F. Kernelemente des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums	74
	1. Vorbereitungsphase	75
	2. Durchführungsphase	77
	3. Abschlussphase	78
	G. Pilotprojekt	78
	1. Aufarbeitung der gemeldeten Fälle	79
	2. Anwendungsgebiete des GGK	79
	H. Erfahrungen aus der Praxis	80
	1. Falsche Übersetzung der Krankengeschichte	80
	2. Zusammenspiel von mehreren Fachdisziplinen	80
	3. Klare Kommunikation vor Durchführung des Round Table	80
	4. Die Rolle des Rechtsvertreters	80
	5. Die Rolle des Haftpflichtversicherers	81
III.	Zusammenfassung	81

* Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin asim Begutachtung, Versicherungsmedizin, Universitätsspital Basel.
Rechtskonsulentin Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG.

** lic. iur., Leitung asim Begutachtung, Versicherungsmedizin, Universitätsspital Basel.

I. Einführung

Weder ist die Medizin perfekt; noch kann sie alle Fragen schlüssig klären. Weder ist das Recht die Lösung aller Konflikte; noch kann es immer angemessen Schritt halten mit der Komplexität einer hochtechnologischen, arbeitsteiligen Welt. Gerade die Arzthaftpflicht zeigt die Notwendigkeit für Offenheit gegenüber den starren Grenzen des Rechts. Arzthaftungsprozesse sind naturgemäss geprägt von Beweisschwierigkeiten und Schwierigkeiten bei den Tatsachenfeststellungen. Die Klärung, ob im konkreten Fall eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht vorliegt ist oftmals langwierig und komplex. Nicht nur der Zeitfaktor, sondern auch die Negativbelastung des Verhältnisses Arzt - Patient wirkt sich auf das Verfahren aus.

Kommunikationsprobleme und ein fehlender empathischer Umgang mit betroffenen Patienten oder deren Angehörigen sind häufig der Ursprung erbitterter Rechtsstreitigkeiten. Auch ein zu langsames Aktivwerden der Ärzte nach einem Behandlungsschaden kann der Auslöser für haftpflichtrechtliche Streitfälle sein. Aber nicht nur der Patient leidet unter den langwierigen Verfahren, auch für den Arzt als beklagte Seite kann sich eine grosse Belastung ergeben. Kommunikationsungereimtheiten auf beiden Seiten können zu verhärteten Fronten führen, wobei oftmals Emotionen im Vordergrund stehen und nicht der fachliche Aspekt. Es scheint, dass sich Haftpflichtfälle in vielen Fällen vermeiden liessen, wenn Patient und Arzt eine Kommunikationsbasis miteinander finden würden.¹

Wieweit können auch medizinische Gutachten, die unumgänglich sind, um die Haftungsfrage diskutieren bzw. klären zu können zur Verbesserung der Kommunikation beitragen? Diese Frage wird zunehmend in Fachkreisen diskutiert und es werden auch neue Ansätze in der Praxis umgesetzt. Ein neues, innovatives Instrument dafür ist das sogenannte Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium (GGK).² Es stellt ein flexibles Modell für eine aussergerichtliche, mündliche Abarbeitung der medizinischen Fragestellungen in Haftpflichtfällen dar unter direktem Einbezug aller Beteiligten und Betroffenen.

¹ Vgl. dazu: When Things Go Wrong: Responding to Adverse Events. A Consensus Statement of the Harvard Hospitals. Burlington, Massachusetts: Massachusetts Coalition for the Prevention of Medical Errors; March 2006; und Stiftung Patientensicherheit Schweiz, Schriftenreihe Nr. 1 – Kommunikation mit Patienten und Angehörigen – Wenn etwas schief geht, Dezember 2006.

² Die Verknüpfung der Begriffe Gutachten und Konsilium will verdeutlichen, dass dem Modell eine fundierte gutachterliche Aufarbeitung zugrunde liegt, welche verknüpft wird mit einem beratenden Aspekt in der Erörterung mit allen Beteiligten.

II. Das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium

A. Ursprung für das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium – Basler Arzthaftpflichttage 2012

Die von der Academy of Swiss Insurance Medicine (asim) veranstalteten Basler Arzthaftpflichttage 2012 markierten den Beginn einer breiteren Anwendung des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums in Arzthaftpflichtfällen für die Schweiz. PatientenanwältInnen, VersicherungsjuristInnen und MedizinerInnen diskutierten an der Veranstaltung die Mängel der Gutachtensituation. Sie machten diese vor allem an Verständigungsproblemen zwischen Medizin und Recht, der langen Zeitdauer für Gutachten, der schwierigen Einigung auf Gutachterpersonen und der mangelnden Klarheit, Transparenz und Akzeptanz von Gutachten fest. Die unterschiedlichsten Blickrichtungen zeigten auf, dass ein Umdenken bei allen an der Regulierung beteiligten Interessengruppen notwendig ist, um Verbesserungen zu bewirken. Das Gutachtensystem sollte formal und inhaltlich verbessert werden, da das herkömmliche Procedere in der Begutachtung von Arzthaftungsfällen nicht selten eine erhebliche Beurteilungsbandbreite aufweist und nach der Begutachtung die Parteien oder das Gericht oftmals mit unlösbaren Konflikten konfrontiert werden.

Den Teilnehmern war als Tagungsfazit bewusst, dass es eine Fehlerkultur braucht, welche es den Ärzten ermöglicht, mit Fehlern offen umzugehen, sei es im Rahmen eines Mediationsverfahrens oder in einem neuen innovativen Regulierungsprozess. Ebenso soll es Patienten und deren Angehörigen bzw. deren Rechtsvertreter möglich sein, ihre Fragen in einem einfachen, transparenten und offenen Verfahren durch Fachpersonen klären zu lassen. Alle im System involvierten Beteiligten sollen in diesen Prozess einbezogen sein.

1. Gesetz Loi Badinter

Das französische Gesetz Loi Badinter vom 5. Juli 1985 bildet die Basis für das Grundkonzept des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums. Im Loi Badinter ist ein aussergerichtliches Begutachtungsverfahren bei Strassenverkehrsunfällen gesetzlich verankert.

Das gemeinschaftliche medizinische Gutachten bei Strassenverkehrsunfällen im Sinne des Loi Badinter wurde bereits 2008 von den Autoren CHAPPUIS/HERRMANN als vielversprechender innovativer Weg in der Begutachtung bei Strassen-

verkehrsunfällen bezeichnet.³ In BGE 137 V 210 verwies das Bundesgericht im IV-Verfahren explizit auf die Expertises Conjointes mit Bezug auf das französische Haftpflichtverfahren nach Unfällen im Strassenverkehr. Gemäss Bundesgericht könnten zumindest Elemente einer paritätischen Begutachtung nach dem Vorbild des französischen und italienischen Modells zur Verbesserung der Gutachtensakzeptanz durch die Betroffenen führen. Zudem könne damit eine Stärkung der verfahrensmässigen Waffengleichheit durchaus auf die IV-Abklärung übertragen werden.⁴

2. Empfehlung Konsenspapier⁵

Als Tagungsergebnis wurde an den Basler Arzthaftpflichttagen 2012 ein Konsenspapier zum Gemeinschaftlichen Gutachterkonsilium in Arzthaftungsfällen von MedizinerInnen, VersicherungsjuristInnen und PatientenanwältInnen gemeinsam verabschiedet. Die nachfolgende Empfehlung bildet die Grundlage für die Durchführung von Gemeinschaftlichen Gutachterkonsilien und sollte im Sinne einer Konsens-Leitlinie gehandhabt werden.

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

Als grösste Schwachpunkte der heutigen Praxis in der Schweiz wurden die lange Verfahrensdauer, das Finden und die Verfügbarkeit geeigneter medizinischer Sachverständiger, die Einigung auf einen medizinischen 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.

³ GUY CHAPPUIS/JAN HERRMANN, Das gemeinschaftliche medizinische Gutachten – ein vielversprechender Weg, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2008, Bern 2008; 183; Loi Badinter Nr. 85-677 Gesetz vom 05.07.1985 zur Verbesserung der Lage von Strassenverkehrsunfallopfern und zur Beschleunigung der Entschädigungsverfahren. Die Autoren beschreiben das Verfahren wie folgt: «Die geschädigte Person wird gemeinsam untersucht durch den vom Haftpflichtversicherer 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 Einvernehmung 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».

⁴ BGE 137 V 210, 244.

⁵ <www.usb.ch/asim>, «Empfehlung GKG» vom 27. Januar 2012, besucht am 22. November 2016.

Bei dieser Ausgangslage bietet ein neuer gutachterlicher Ansatz – das gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium (GGK) – eine prüfungswerte 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, Prozedere (Merkblatt)*
- Einigung im Vorfeld über die Dokumentation der GGK-Erkenntnisse - Finanzierungsmodalität die Neutralität gewährleistet.*

Wir empfehlen aus gemeinsamer Sicht der PatientenanwälInnen, Patientenstellen, 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 auszuwerten und begleiten zu können, unterstützen wir es, die gemeinschaftlichen Gutachter-Konsilien zentral bei der asim, Academy of Swiss Insurance Medicine am Universitätsspital Basel (www.usb.ch/asim «Erfassungstool GGK») zu melden.

Basel, 27. Januar 2012.

B. Juristische Bearbeitung von Arzthaftungsfällen

Der herkömmliche Ablauf bei Arzthaftungsfällen sieht so aus, dass der Patient selbständig Ansprüche gegenüber dem Arzt geltend macht oder sich an einen Patientenanwalt oder eine Patientenvertretung wendet. Der Arzt kann entweder eine vorsorgliche Anmeldung bei seiner Haftpflichtversicherung einreichen oder er hat den Fall, wenn konkrete Forderungen gegen ihn bereits geltend gemacht werden, unverzüglich seiner Haftpflichtversicherung zu melden.

Um einen Arzthaftungsfall beurteilen zu können, bedarf es medizinischen Fachwissens. Parteigutachten, gemeinsam in Auftrag gegebene schriftliche Gutachten oder FMH-Gutachten können als Grundlage dienen für die Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler gegeben ist oder nicht. Diese Abklärungen sind oft schwierig und dauern Jahre bis sich entweder die Parteien in einem Vergleich finden können oder dann den prozessualen Weg einschlagen oder das Verfahren ohne Anspruchsklärung aufgegeben wird.

C. Gemeinschaftliches Gutachterkonsilium in Arzthaftpflichtfällen

Das GGK kann in Arzthaftungsfällen langwierige Prozesse verhindern, weil man sich in der sensiblen Verhandlungsphase gemeinsam mit Fachexperten und -expertinnen aus Medizin und Recht unter Einbezug der beteiligten Stakeholder an den runden Tisch setzt.

Unbestritten sind Arzthaftungsprozesse von schwierigen beweisrechtlichen Verfahren geprägt, welche für die Beteiligten am Ende oft keine Lösung ergeben und für alle als zermürender Prozess wahrgenommen werden. Rechtsstreitigkeiten sind in vielen Fällen mit jahrelanger Prozessdauer verbunden. Das menschliche Schicksal des Patienten tritt in den Hintergrund. Das Vertrauen des Patienten ist zerstört, insbesondere in jenen Fällen bei denen dem Patienten der Beweis einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung nicht gelingt, gescheitert daran, dass sich Risiken in casu verwirklicht haben, welche nicht auf eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung zurückzuführen sind. Denn nicht jeder Behandlungsschaden ist auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen. Offene Fragen und Verzweiflung beim geschädigten Patienten sind leider dann das Resultat von haftpflichtrechtlichen Rechtsstreitigkeiten in Arzthaftungsfällen.

Umso mehr ist das GGK als gemeinsames konsensorientiertes Verfahren am runden Tisch ein innovativer Ansatz, um aus dieser Sackgasse zu kommen. Mit dem GGK wurde ein innovativer Weg der Begutachtung beschritten. Eine Form, in der nicht nur medizinale und rechtliche Elemente eine Rolle spielen, sondern auch der menschliche und emotionale Aspekt Platz finden kann. Je nach Konstellation treffen sich der leidtragende Patient und der betroffene Arzt am runden Tisch erstmals wieder. Das Gegenübersitzen der Parteien kann unabhängig von der Haftungsbeurteilung zu starken zwischenmenschlichen emotionalen Reaktionen führen. Sorgfältige Vorbereitung des GGK ist dementsprechend geboten und eines der Kernelemente für deren erfolgreiche Durchführung.

D. Alternative Verfahren im (Arzt-) Haftungsrecht – Blick zu unseren Nachbarn

Im deutschen Sprachraum war und ist man sich der Schwachstelle der herkömmlichen Abwicklung von Arzthaftungsfällen und weiterer Haftpflichtfälle mit Personenschaden bewusst. Auch hier wird nach neuen Wegen gesucht, um die Gefahr von Sekundärschädigungen (Verfestigung der gesundheitlichen Folgen durch zermürbende jahrelange Streitverfahren) zu minimieren.

1. Mediationsverfahren in Deutschland

Das Munich Center for Dispute Resolution an der Juristischen Fakultät der LMU in München begleitete von 2011 bis 2013 das Pilotprojekt «Mediation im Medizinrecht».⁶

Bis zum Abschluss des Projektes wurden 10 von 11 gemeldeten Fällen erfolgreich abgeschlossen. Schlussfolgerung von Mediator und Vorsitzendem des OLG München Dr. iur. Steiner zum Pilotprojekt: «Die hohe Erfolgsquote und die positive Einschätzung der Beteiligten zeigen auch bei vorläufiger und vorsichtiger Betrachtung, dass Mediation eine Alternative zum Gerichtsverfahren sein kann, weil sie die Interessen der Parteien in einem viel grösseren Spektrum zu berücksichtigen vermag als der Prozess».⁷

asim Begutachtung Versicherungsmedizin am Universitätsspital Basel wertete von 2014 bis 2016 30 Mediationsfälle im Rahmen des Pilotprojektes «Mediation in der KFZ-Haftpflichtversicherung» aus, an dem sich fünf grosse deutsche KFZ-Haftpflichtversicherer beteiligt hatten. 25 dieser Fälle konnten im Rahmen der Mediation mit einer gütlichen Einigung abgeschlossen werden. Insbesondere die beteiligten Anwältinnen und Anwälte der geschädigten Personen äusserten sich in den nach der Mediation durchgeführten Befragungen positiv bis sehr positiv zum Verfahren, was sich mit Zitaten wie folgt illustrieren lässt: «Mit der Mediation wird dem Gegenüber ein Gesicht gegeben. Die Mediation war eine grosse Chance für Alle».⁸

⁶ <www.mediation-im-mezizinrecht.de/mediapool/121/1219772/data/Abschlussbericht_Mediation_im_Mezizinrecht_M_rz_2014.pdf>, besucht am 22. November 2016.

⁷ <www.mediation-im-mezizinrecht.de/mediapool/121/1219772/data/Abschlussbericht_Mediation_im_Mezizinrecht_M_rz_2014.pdf>; besucht am 22. November 2016; THOMAS STEINER, Mediation in Arzthaftpflichtfällen, in: Arzthaftpflichtseminar 07./08. November 2016 des IRP der Universität St. Gallen, Nottwil 2016.

⁸ <www.usb.ch/asim>, Bericht Pilotprojekt «Mediation in der KFZ-Haftpflichtversicherung», besucht am 22. November 2016.

2. Patientenentschädigungsfonds in Österreich

In Österreich wurde nach dem Vorbild des seit 1998 bestehenden «Wiener Härtefonds» durch den Bundesgesetzgeber im § 27a Abs. 5 und 6 des KAKuG eine grundsatzgesetzliche Regelung zur österreichweiten Einrichtung und Finanzierung von Patientenentschädigungsfonds verankert. Dies ist eine aussergerichtliche Möglichkeit, durch den Patientenentschädigungsfonds eine Entschädigung für Schadensfälle ohne Behandlungsfehler zugesprochen zu bekommen. Fälle, die vor Gericht hängig sind, können nicht bearbeitet werden. Anhaltspunkte für eine Haftung müssen gegeben sein, diese sind aber in casu nicht beweisbar.

Jeder Patient, welcher unter einem Misserfolg der Behandlung leidet, kann sich kostenlos an die Patientenanwaltschaft wenden. Juristen und Mediziner prüfen den Vorwurf. Die Patientenanwaltschaft ist verantwortlich für die Beschaffung der Dokumente und holt ärztliche Stellungnahmen ein.

Dem Patienten wird eine Entschädigung zugesprochen,

- wenn kein Fehlverhalten des Arztes vorliegt, aber sich Risiken verwirklicht haben, die nicht beherrschbar waren
- bei katastrophalen Verläufen mit grossem Schaden.

Dem Patienten entstehen keine Kosten. Wenn allerdings von der Haftpflichtversicherung oder vom Gericht später doch noch ein Schadenersatz gezahlt wird, ist die Fonds-Entschädigung zurückzuzahlen.⁹

E. Arzthaftung: Medizinischer Standard – ärztliche Sorgfaltspflicht

Im Zentrum der medizinischen Begutachtung steht die Frage, ob eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung in casu vorliegt oder nicht.

Rechtsfrage ist, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zu stellen sind. Sachverhaltsfragen sind, ob eine allgemein anerkannte Berufsregel existiert, wie der Zustand des Patienten war und wie sich die allgemeine ärztliche Handlung abgespielt hat. Diese Fragen hat der Gutachter zu beantworten bzw. zu beurteilen.¹⁰

Ein Behandlungsfehler liegt nach herrschender Rechtsprechung dann vor, wenn der Arzt gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstösst, «die von der medizini-

⁹ <www.patientenanwalt.com>, besucht am 22. November 2016.

¹⁰ BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105.

schen Wissenschaft aufgestellt wurden, die allgemein anerkannt sind und von den Ärzten im Allgemeinen befolgt und angewendet werden».¹¹ Die ärztliche Behandlung ist fehlerhaft, wenn sie dem medizinisch gebotenen Standard nicht entspricht. Der Standard zeigt auf, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet wird.¹² Den Standard der ärztlichen Behandlung hat der Richter zu ermitteln.¹³ Gemäss Bundesgericht schuldet der Arzt keinen Erfolg. «Denn die Besonderheit der ärztlichen Kunst liegt darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat, was aber nicht heisst, dass er diesen auch herbeiführen oder gar garantieren müsse; denn der Erfolg als solcher gehört nicht zu seiner Verpflichtung, gleichviel ob er als Beamter oder als Beauftragter des Patienten handelt».¹⁴ Im selben Urteil kam das Bundesgericht zum Schluss, der Arzt haftet für jede Pflichtverletzung. Denn seine Haftung beschränkt sich nicht auf grobe Verstösse gegen Regeln der ärztlichen Kunst. «Der Arzt hat Kranke stets fachgerecht zu behandeln, zum Schutze ihres Lebens oder ihrer Gesundheit insbesondere die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten, grundsätzlich folglich für jede Pflichtverletzung einzustehen».¹⁵ Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten nach dem anerkannten und gesicherten Standard der medizinischen Wissenschaft zu behandeln. Der Arzt schuldet dem Patienten eine fachgerechte, mit der berufstypischen Sorgfalt ausgeführte Behandlung. Verstösst er gegen die Regeln und Standards der ärztlichen Wissenschaft liegt eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung vor. Das Bundesgericht konkretisiert im Urteil BGE 120 Ib 411, «eine Pflichtverletzung ist (daher) nur dort gegeben, wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht». Der Arzt «handelt unsorgfältig, wenn sich sein Vorgehen nicht nach den durch die medizinische Wissenschaft aufgestellten und generell anerkannten Regeln richtet und dem jeweiligen Stand der Wissenschaft nicht entspricht».¹⁶

Im Prozess hat der Richter mit Hilfe eines Sachverständigen aus dem medizinischen Fachgebiet den medizinischen Standard zu ermitteln.¹⁷ Er darf den medizi-

¹¹ BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105; BGE 108 II 59 E. 1 = Pra 71 Nr. 122.

¹² BGH VI ZR 382/02 vom 15.04.2014.

¹³ BGH VI ZR 382/02 vom 15.04.2014.

¹⁴ BGE 120 Ib 411.

¹⁵ BGE 120 Ib 411.

¹⁶ BGE 130 IV 7.

¹⁷ BGH VI ZR 106/13 vom 24.02.2015.

nischen Standard nicht ohne ein Sachverständigengutachten festlegen.¹⁸ Leitlinien sind bei der Ermittlung des medizinischen Standards zu berücksichtigen. Sie dürfen jedoch nicht unbeschadet dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Insbesondere ersetzen Leitlinien kein Sachverständigengutachten.¹⁹

F. Kernelemente des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums

Das GGK will in der anspruchsvollen Phase der Klärung des Sachverhaltes und der Fehlerdiskussion einen vertrauensvollen offenen Raum schaffen. Basis eines GGK sind deshalb Transparenz in den einzelnen Phasen, gegenseitiger Respekt und qualifiziertes Fachwissen bei den Gutachtern.

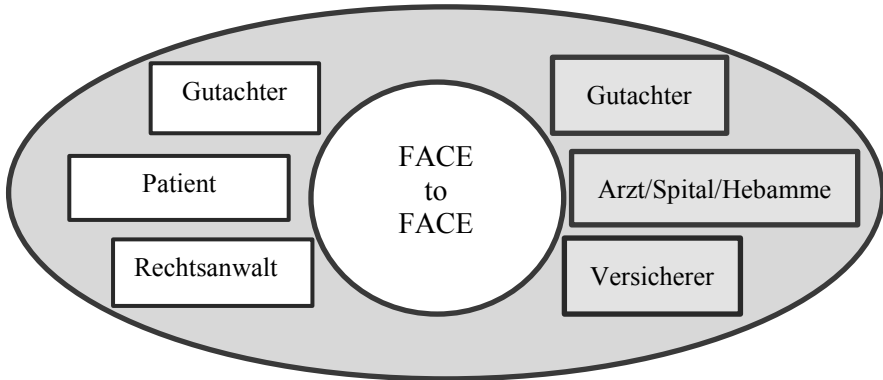
Die Grundelemente des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums sind die Auswahl der Gutachter bzw. des Gutachters durch den Haftpflichtversicherer (nach Rücksprache mit dem betroffenen Arzt) und Patienten/ Patientenstelle/ Patientenanwälte/ Rechtsschutzversicherer, das gemeinsame schrittweise Abarbeiten der komplexen medizinischen Fachfragen und das mündliche Gespräch am runden Tisch.

Je nach Fall sind die verschiedensten Formen, wie das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium durchgeführt wird, möglich, wie etwa die Wahl eines gemeinsamen Gutachters oder die Ernennung je eines eigenen Gutachters durch jede Partei, die ausschliessliche mündliche Abarbeitung der Fragen oder die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens mit mündlicher Erläuterung. Die Form des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums ist Verhandlungssache der involvierten Parteien mit Bezugnahme auf die Empfehlung vom 27. Januar 2012. Ziel ist es, die Effizienz und die Vereinfachung des Verfahrens zu bewirken.

¹⁸ BGH VI ZR 382/12 vom 15.04.2014.

¹⁹ BGH VI ZR 382/12 vom 15.04.2014.

Konsensorientierter «FACE to FACE»-Prozess



Die wesentlichen Kernelemente des GGK sind folgende:

- Der zentrale Punkt ist eine konsensorientierte Vorgehensweise, indem in Form eines «FACE to FACE»-Prozesses gemeinsam am runden Tisch die medizinischen Fragen diskutiert werden. Der sofortige mündliche Austausch kann somit unter allen Parteien erfolgen.
- Die mündliche Erörterung des Sachverhalts und die Beurteilung, ob im vorliegenden Fall eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. Falls zwei medizinische Experten am GGK teilnehmen, werden offene Fragen gemeinsam diskutiert und festgehalten, wo Konsens oder allenfalls Dissens besteht. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, vorab gemeinsam einen Fragenkatalog zu erstellen.
- Wenn der Gutachter bzw. die Gutachter zu einem Ergebnis gekommen ist bzw. sind, erfolgt die mündliche Präsentation sowie die Besprechung der Ergebnisse im Beisein aller Beteiligten mit der Möglichkeit, Rückfragen stellen zu können. Auf Wunsch kann ein Beschlussprotokoll erstellt werden.

Es werden folgende Phasen des GGK unterschieden:

1. Vorbereitungsphase

In den Arzthaftpflichtfällen sind oftmals Kommunikationsprobleme zwischen Patient und Arzt die neuralgischen Punkte. Die Parteien sollten bereits in der Vorbereitungsphase im konsensorientierten Verfahren die Parameter, wie das

GGK durchgeführt werden soll, gemeinsam festlegen. Die Vorbereitungsphase liegt in der Hand der involvierten Stakeholder. Die Kommunikation, Zuordnung der Verantwortungsbereiche je nach Fachkompetenz und klare Rollenverteilung sind Kernelemente bei der Vorbereitung eines GGK und unabdingbar für ein lege artis durchgeführtes Verfahren. Je nach Sachlage kann der Versicherer oder der Patientenvertreter den Lead für die Vorbereitungsphase übernehmen.

Essentielle Punkte, welche vorab festzulegen sind bzw. Fragen, welche zu klären sind:

- Welche Form des GGK wird gewählt?
- Ist man bereit, auf starre Reglementierungen zu verzichten?
- Welche medizinische Fachdisziplin muss am runden Tisch vertreten sein. Einigung über die zu teilnehmenden Gutachter? Nehmen zusätzlich beratende Ärzte der Parteien teil?
- Wer ist verantwortlich, sämtliche medizinische Akten zusammenzutragen und den involvierten Stakeholder zur Verfügung zu stellen?
- Wer nimmt von den Parteien am GGK teil? Nehmen sowohl geschädigter Patient als auch betroffener Arzt am runden Tisch teil?²⁰
Falls der geschädigte Patient und der betroffene Arzt nicht teilnehmen sollten, bedarf es einer umfassenden Aufklärung über das Verfahren durch den Rechtsvertreter gegenüber seinem Mandanten und den Haftpflichtversicherer gegenüber seinem Versicherungsnehmer.
- Möchte man die Leitung des GGK einer externen neutralen Person übertragen oder soll der Gutachter durch das GGK führen?
- Falls der betroffene Arzt am GGK teilnimmt, ist er ausreichend darüber aufzuklären, wie man mit der Direktkonfrontation des Vorwurfes einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung umgeht.
- Falls der geschädigte Patient oder die Angehörigen eines verstorbenen Patienten teilnehmen, ist es Aufgabe des Rechtsvertreters, auch im Vorfeld ausreichend darüber zu informieren, dass ein Behandlungsschaden nicht immer aus einem ersatzpflichtigen Behandlungsfehler resultiert. Ebenso sind der Patient oder die Angehörigen darauf vorzubereiten, dass die nochmalige detail-

²⁰ Erfahrungen haben gezeigt, dass der betroffene Arzt, der an einem GGK teilnimmt, vorab über den zeitlichen Aspekt des Verfahrens aufzuklären ist. Bei herkömmlichen Verfahren verzichtet man auf die persönliche Teilnahme des betroffenen Arztes.

lierte Aufrollung des Falles im direkten Gespräch eine emotionale Belastung darstellen kann.

- Schriftliche Vereinbarung nach Abschluss des GGK – ja oder nein?
- Der Kostenrahmen und die Übernahme der Kosten sind Verhandlungssache der involvierten Parteien.
- Ist eine Protokollführung der Verhandlung und Dokumentation des Verfahrens erwünscht?
- Wie beurteilen die Parteien vorab die Verbindlichkeit des Schlusskonsenses?

2. Durchführungsphase

Um ein GGK erfolgreich durchführen zu können, bedarf es gegenseitigen Respekts aller Teilnehmenden. Die Akzeptanz des Gutachters oder der Gutachter durch die Parteien ist essentiell. Der oder die medizinischen Gutachter bereiten sich analog eines schriftlichen Gutachtens auf das GGK vor, durch intensives Aktenstudium, nötigenfalls Beschaffung weiterer Akten oder Befragung von Beteiligten, Beizug von Literatur und Aufarbeitung der sich stellenden Fragen zum Ablauf, zur Sorgfaltspflichtverletzung und zum Kausalzusammenhang. Häufige komplexe Fragestellungen sind der Handlungs- und Wirkungszusammenhang in einer Behandlungskette.

Der Gutachter bzw. die Gutachter oder eine mandatierte neutrale Drittperson führen durch die Verhandlung. Zu Beginn werden Zielsetzung und Rahmenbedingung des GGK nochmals für alle Beteiligten kurz festgehalten. Danach wird der Sachverhalt zusammengefasst, gegebenenfalls kommen zusätzliche oder detailliertere Informationen der Beteiligten hinzu.

Wesentlicher Inhalt des GGK ist die Erläuterung der oftmals sehr komplexen medizinischen Wirkungszusammenhänge. Hier liegt der grosse Vorteil der mündlichen Situation und des Einbezugs aller Beteiligten. Sämtliche Fragen können aus Laiensicht gestellt und diskutiert werden. Sehr häufig geht es für die Betroffenen darum, überhaupt verstehen zu können, was passiert ist. Oftmals schliessen sich daraus – losgelöst von der Haftungsfrage – auch direkt Fragen an, ob es noch medizinische Massnahmen für eine Verbesserung gibt.

Die Erfahrung zeigt, dass in der Regel betroffene Ärzte am GGK teilnehmen wollen. Die Diskussion einer Sorgfaltspflichtverletzung kann deren Sichtweise direkt aufnehmen und dann an der gutachterlichen Beurteilung spiegeln. Auch hierfür ist die vorgängige Akzeptanz des Gutachters und seiner Fachexpertise unumgänglich.

Die direkte Begegnung von Patienten oder deren Angehörigen mit dem involvierten Arzt im Rahmen des GGK kann je nach Fall sehr anspruchsvoll sein. Wichtig ist, dass ausreichend Zeit für die Abarbeitung aller Fragen und auch der damit verbundenen emotionalen Aspekte vorhanden ist. Oftmals spielen sich psychologisch anspruchsvolle Situationen am runden Tisch ab. Der Mensch steht im Mittelpunkt, dementsprechend sensibel und sorgfältig muss in casu vorgegangen werden. Nicht nur fachliche Kompetenz, sondern auch emphatische Menschenführung und Menschenkenntnis sind gefragt. Die Moderation durch eine neutrale Drittperson entlastet hierbei den Gutachter und ist empfehlenswert.

Die einzelnen Aspekte des Falles werden im Verlauf des GGK strukturiert abgearbeitet und fortlaufend Zwischenergebnisse zusammengefasst.

3. Abschlussphase

Bei Einvernehmen kann der Fall mit den dargelegten Erläuterungen weiterbearbeitet und abgeschlossen werden. Je nach Fall werden die Parteien zuhause des Gutachters eine Protokollierung der wesentlichen Aspekte erstellen oder vom Gutachter erstellen lassen oder aber auch, gerade wenn alle Beteiligten am GGK anwesend waren, darauf verzichten können.

Bei unklarerer Sachlage oder Uneinigkeit über die Beurteilung können sowohl Patientenvertreter wie Haftpflichtversicherer nach Durchführung eines GGK die Prozesschancen besser beurteilen und die Parteien besser beraten.

G. Pilotprojekt

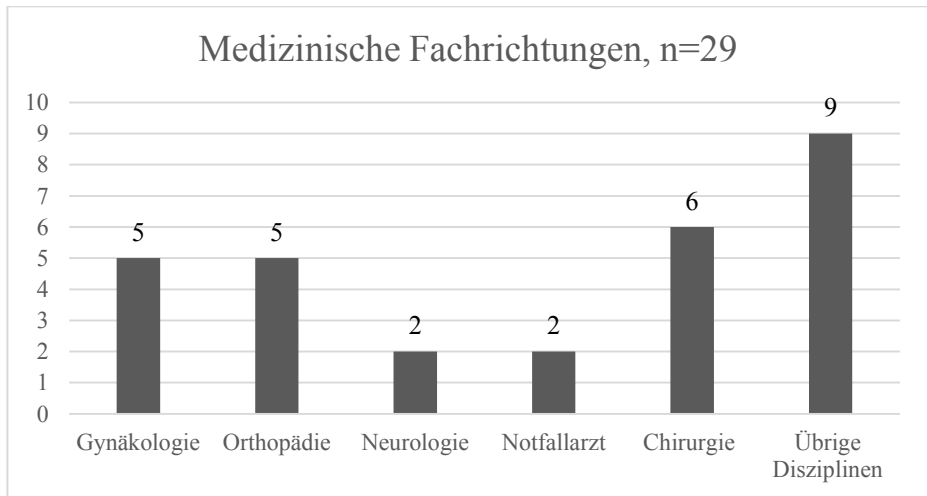
Das gemeinschaftliche Gutachtenkonsilium ist ein neuer Weg, Arzthaftpflichtfälle aufzuarbeiten. Es soll beitragen, dass Patientinnen und Patienten in einem einfachen, transparenten, sie miteinbeziehenden Weg Klärung erfahren, was in ihrem Fall passiert ist und ob ihnen allenfalls ein Haftungsanspruch zusteht. Um die Erfahrungen zu sammeln und auszuwerten, begleitet alsim Versicherungsmedizin am Universitätsspital Basel seit 2013 die durchgeführten GGK Fälle. Alle Fälle können mit einem Erfassungstool gemeldet werden.²¹ Die Daten werden gesammelt und mit den an den GGK's beteiligten Stakeholder Interviews geführt.

²¹ <www.usb.ch/asim>, «Erfassungstool GGK», besucht am 22. November 2016.

1. Aufarbeitung der gemeldeten Fälle

Insgesamt wurden 29 GGK innerhalb des Zeitraumes 2013 bis Ende 2016 gemeldet. Von den 29 angemeldeten Fällen wurden 26 Fälle mittels GGK abgeschlossen. In einem Fall scheiterte das GGK und in den zwei weiteren Fällen wurde kein GGK durchgeführt, da man sich vorab einigte, dass keine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung gegeben war. Somit kann festgehalten werden, dass letztendlich nur in einem Fall das GGK als Instrument scheiterte. Gründe für das Scheitern waren unter anderem, dass die involvierten Parteien es verabsäumt hatten, die Rahmenbedingungen vorab gemeinsam festzulegen.

GGK wurden in folgenden Fachdisziplinen durchgeführt:



2. Anwendungsgebiete des GGK

Die Aufarbeitung der gemeldeten Fälle zeigt, dass GGK nicht nur dann eingesetzt werden, wenn es um die Frage der Haftung geht, sondern auch dann, wenn es um die Beurteilung des Schadenquantitativs geht.

Eine weitere Option ist die Kombination eines FMH-Gutachtens mit einem Gemeinschaftlichen Gutachterkonsilium, das in einem Pilotfall durchgeführt wurde. Dabei wurde vorab ein tridisziplinäres schriftliches Gutachten in den Fachdisziplinen Neurologie, Reha-Medizin und Hausarztmedizin erstellt. Am GGK diskutierten die Gutachter ihre Ergebnisse mit neutraler Moderation mit dem Rechtsvertreter des betroffenen Patienten und den Vertretern der drei involvierten Haftpflichtversicherern und konnten Zusatz- und Verständnisfragen klären. Die

Parteien vereinbarten, dass die mündliche Gutachterdiskussion und das schriftliche Ergänzungsprotokoll als Bestandteil des Gutachtens zu gelten haben.

H. Erfahrungen aus der Praxis

1. Falsche Übersetzung der Krankengeschichte

In einem konkreten Fall konnte das Gemeinschaftliche Gutachterkonsilium nach zehn Minuten Verhandlungszeit abgeschlossen werden. Der beratende Arzt hatte den Eintrag in der Krankengeschichte «falsch übersetzt».

Die involvierten Parteien, der Haftpflichtversicherer, der Arzt und die Rechtsschutzversicherung der Patientin waren sich einig, dass somit die Unklarheiten basierend auf der Beurteilung des Gutachters beseitigt werden konnten und in der Folge die Haftungsbeurteilung auf der korrekten Übersetzung durchgeführt werden konnte.

2. Zusammenspiel von mehreren Fachdisziplinen

Dass die Zusammensetzung der richtigen Fachdisziplinen beim GGK das essentielle Element ist, zeigte sich in einem weiteren Fall. Die mündliche Erörterung, ob in casu dem Radiologen oder dem Hausarzt eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen ist, war für die nachfolgende Diskussion die Basis, ob und wer den Schaden zu übernehmen hatte.

3. Klare Kommunikation vor Durchführung des Round Table

Vor Durchführung des GGK hat man sowohl als Rechtsvertreter als auch als Haftpflichtversicherer die Aufgabe, seinen Mandanten aufzuklären, wie ein GGK durchgeführt wird. Die Teilnehmer müssen über das konsensorientierte Verfahren ausreichend informiert werden. Zudem muss den Teilnehmern bewusst sein, dass eine nochmalige persönliche Konfrontation mit dem Behandlungsablauf erfolgen wird.

4. Die Rolle des Rechtsvertreters

Der Rechtsvertreter hat seinen Mandanten darüber aufzuklären, dass er die Möglichkeit hat, am runden Tisch teilzunehmen. Dieser Entscheid ist gut abzuwägen. Kann sein Mandant diese Konfrontation mit dem Behandlungsgeschehen verkraften? Letztendlich muss der Patient bzw. müssen die Angehörigen eines verstorbenen Patienten entscheiden, ob man an einem «FACE to FACE»-Prozess teilnehmen möchte oder nicht.

5. Die Rolle des Haftpflichtversicherers

Der Haftpflichtversicherer hat die Aufgabe, seinen Versicherungsnehmer darüber zu informieren, dass am Round Table das Resultat auch zu seinen Lasten ausgehen kann und dieses Resultat, auch wenn es negativ für ihn ausfallen sollte, zu akzeptieren ist. Emotionen sind zu kontrollieren, auch wenn das Verhandlungsergebnis zu Lasten des Arztes ausfallen sollte. Über Fehler zu sprechen und vor allem offen darüber zu sprechen, ist ein schwieriges Unterfangen und die Entwicklung einer Fehlerkultur in der Mediziner Ausbildung erst im Anlaufen.

III. Zusammenfassung

Das Instrument des Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums kann in vielen Fällen eingesetzt werden, welche sich an der Schnittstelle Medizin und Recht abspielen und haftungsrechtliche Beurteilungen zum Gegenstand haben.

Wesentliche Vorteile eines Gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums:

- Die Einigung auf einen gemeinsamen Gutachter ist möglich, aber nicht zwingend erforderlich.
- Die Verständigung auf einen gemeinsamen, einheitlichen Fragekatalog ist nicht nötig.
- Der unmittelbare fachliche Austausch zwischen medizinischen Sachverständigen wird ermöglicht.
- Für die abgegebenen medizinischen Beurteilungen können in der Diskussionsrunde detaillierte Begründungen erfragt werden.
- Durch den direkten Dialog zwischen Juristen und Medizinern erfolgt eine interdisziplinäre Fallbearbeitung.
- Die Direktbetroffenen werden in die mündliche Erörterung einbezogen und haben Gelegenheit, alle sie interessierenden Rückfragen zu stellen.