

KGVS C1 07 86

*KGE (Zivilrechtliche Abteilung) vom 7. April 2008 i.S. X. c. Y.***Haftung aus Arztvertrag**

- Qualifikation des Arztvertrags als einfacher Auftrag (E. 3b/aa).
- Sorgfaltsmassstab, Verschulden und Übernahmeverschulden beim Arztvertrag (E. 3b/bb und E. 3b/dd).
- Beweislast im Arzthaftungsprozess (3b/cc).
- Anwendungsfall (E. 3c, d und e).

Responsabilité du médecin

- Qualification du contrat de soins médicaux comme mandat (consid. 3b/aa).
- Etendue du devoir de diligence, faute du médecin, en particulier faute ayant consisté à accepter le contrat de soins médicaux (consid. 3b/bb et 3b/dd).
- Fardeau de la preuve dans l'action en responsabilité du médecin (consid. 3b/cc).
- Cas d'espèce (consid. 3c, d et e).

Sachverhalt und Verfahren

X. befand sich seit 1980 beim Allgemeinmediziner Dr. med. FMH Y. wegen zunehmender Coxarthrosebeschwerden links in Behandlung. Dieser überwies ihn 1988 zum Spezialisten nach Sitten, nachdem sich der Defekt am linken Hüftgelenk ab 1985 vergrösserte. X. erhielt daraufhin 1989 ein künstliches Hüftgelenk implantiert. Es kam nach dem Spitalaustritt vorab zu keinen nennenswerten Komplikationen. Der operierende Arzt untersuchte den Patienten 1990 im Rahmen einer 1. Jahreskontrolle, wobei der Patient damals beschwerdefrei war. X. meldete sich erstmals am 1993 beim behandelnden Arzt Y. wegen neu aufgetretener Hüftbeschwerden zur Konsultation. Letzterer röntgte seinen Patienten und verschrieb ihm das Schmerzmittel Voltaren Emulgel. X. telefonierte dem Arzt am 28. Oktober 1993, um ihm mitzuteilen, dass er «immer noch Schmerzen hätte». Der Arzt verordnete ihm daraufhin eine Physiotherapie mit Ultraschall, wobei sich X. anschliessend über einen längeren Zeitraum nicht mehr meldete. Er konsultierte seinen Arzt erst am 30. Dezember 1994, weil er kurz zuvor auf einer Leiter ausgerutscht und hart mit den Füßen aufgeschlagen sei. Er habe damals Schmerzen verspürt und wollte kontrollieren, ob das Hüftgelenk beeinträchtigt worden sei. Der Arzt röntgte die Hüfte und verschrieb dem Patienten erneut Voltaren Emulgel.

Der Patient kontaktierte seinen Arzt erst wieder, als er 1999 nicht mehr ohne Krücken zu laufen vermochte. Dieser röntgte seinen Patienten am 9. März 1999 und sandte die medizinischen Unterlagen an einen

Spezialisten. Letzterer stellte daraufhin am 26. März 1999 fest, «dass mit dieser Prothese etwas nicht in Ordnung ist.» Sie müsse «dringend ausgewechselt werden». Er operierte den Patienten am 11. Mai 1999, wobei sich dieses Vorhaben als unerwartet schwierig gestaltete. Der Metallabrieb der Prothese hatte radiologisch Knochen nachgeahmt, weshalb der Mediziner während der Operation von den grossen Defekten überrascht wurde. Knochen, Weichteile und die alte Prothese waren weitgehend zerstört. Der Mediziner entfernte mithin über einen längeren Zeitraum nur Nekrosen und den Abrieb der alten Prothese. Er ersetzte anschliessend die alte künstliche Hüfte und implantierte die grösste zur Verfügung stehende Pfanne der neuen Prothese «in einem brüchigen, weichen, weitgehend defekten knöchernen Widerlager».

X. meldete sich am 29. November 1999 bei der Invalidenstelle zum Leistungsbezug an. Diese stufte ihn am 31. März 2000 aufgrund der verbleibenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen im linken Hüftbereich als vollständig arbeitsunfähig ein. Eine berufliche Umschulung wurde vorliegend nicht in Betracht gezogen, weil die Schmerzen vor allem in sitzender Position auftraten. X. gab Mitte 2000 seine selbstständige Erwerbstätigkeit auf. Er muss, laut Expertenmeinung, mit einer dauernden partiellen Gebrauchsverminderung der linken, zweimal operierten Hüfte rechnen und das Wiedererreichen einer verwertbaren Arbeitsfähigkeit ist auch bei einer neuerlichen Operation «sehr fraglich».

X verklagte Y. auf Schadenersatz. Der Bezirksrichter sandte die Akten nach teilweise durchgeführtem Beweisverfahren zur Ausfällung eines Vorurteils über die grundsätzliche Haftpflicht des Beklagten ans Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen

(...)

3. a) Das vorliegende Verfahren ist auf die Frage der grundsätzlichen Haftbarkeit beschränkt. Der allfällige Schaden ist für dieses Vorurteil ausser Acht zu lassen. Es ist dem Grundsatz nach nicht strittig, dass der Kläger wegen einer fehlerhaften Prothese eine schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigung im Bereich der Hüfte davongetragen hat. Der Beklagte hat das Implantat jedoch weder konstruiert noch eingesetzt. Der Kläger wirft dem Arzt aber vor, die Fehlerhaftigkeit des künstlichen Gelenks bei einer späteren Behandlung nicht erkannt zu haben und seinen Patienten ausserdem nicht an einen Spezialisten verwiesen zu haben.

b) aa) Der Arztvertrag gilt gemäss Lehre und Rechtsprechung als Auftrag im Sinne der Art. 394 ff. OR (BGE 133 III 121 E. 3.1 mit Hinweisen; ZWR 2007 S. 154). Der Beauftragte, der sich zur vertragsgemässen Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste verpflichtet, hat das Möglichste zu tun, damit der vom Mandant erwartete Erfolg eintritt. Er schuldet jedoch nicht ein bestimmtes Resultat, z.B. die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich eine darauf ausgegerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst (BGE 120 II 248 E. 2c).

bb) Der Beauftragte verletzt seine Vertragspflicht, wenn er nicht sorgfältig handelt (BGE 133 III 121 E. 3.1; Fellmann, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: Fellmann/Polodna, Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 56). Die Sorgfaltpflichtverletzung - welche objektiv zu verstehen und vom Verschulden zu trennen ist (Bundesgerichtsurteil 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000; Weber, in: Basler Kommentar, OR II, 4. A., Basel/Bern/Zürich 2007, N. 24 zu Art. 398) - und das Verschulden sind Voraussetzung für die Haftung des Arztes (BGE 133 III 121 E. 3.1). Letzterer muss aufgrund des bestehenden Auftragsverhältnisses seinen Patienten stets fachgerecht behandeln. Er hat die zum Schutze dessen Lebens oder der Gesundheit nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt aufzuwenden. Der Mediziner steht grundsätzlich für jede Pflichtverletzung ein. Er muss alle Vorkehren treffen, welche den Eintritt negativer Auswirkungen verhindern, soweit die Möglichkeit negativer Auswirkungen der Behandlung erkennbar ist (BGE 129 II 353 E. 4.7).

Der Arzt verfügt jedoch sowohl bei der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals über einen Entscheidungsspielraum, der eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallender Alternativen ermöglicht. Es besteht diesfalls ein Ermessensspielraum, sich für das eine oder das andere zu entscheiden. Eine Pflichtverletzung liegt mithin nur vor, wenn eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Handeln nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint. Die Prüfung, ob dem Arzt eine Ermessensüberschreitung zur Last gelegt werden kann, beurteilt sich somit nicht nach dem Sachverhalt, wie er sich nachträglich dem Experten oder dem Richter darstellt. Es ist vielmehr entscheidend, was der Arzt im Zeitpunkt, in dem er sich für eine Massnahme entschieden oder eine solche unterlassen hat, von der Sachlage halten musste (BGE 130 I 337 E. 5.3 mit Hinweisen; ZWR 2007 S. 155 f.).

Die vertragliche Sorgfaltspflicht wird nach einem objektiven Massstab festgesetzt (BGE 120 II 248; Fellmann/Polledna, a.a.O., S. 57 f.). Der Arzt muss eine Diagnose nach den Regeln der Kunst stellen. Sein Vorgehen hat sich nach den durch die medizinische Wissenschaft aufgestellten und generell anerkannten Regeln zu richten und dem jeweiligen Stand der Wissenschaft zu entsprechen (Fellmann, a.a.O., N. 386 zu Art. 398).

Die kritische Selbsteinschätzung bildet einen weiteren, zu beachtenden Bestandteil der Sorgfaltspflicht (Weber, a.a.O., N. 25 zu Art. 398). Der Arzt muss demnach erkennen, ob er für die Vornahme einer Untersuchungshandlung, Diagnosestellung oder Heilbehandlung hinreichend weiter- und fortgebildet ist (Roggo/Staffelbach, Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der Ärztlichen Sorgfaltspflicht, in: *AJP* 2006 S. 418). Der Allgemeinpraktiker hat einen Spezialisten beizuziehen, wenn ihm die nötigen Spezialkenntnisse fehlen (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N. 387 zu Art. 398). Dieses Übernahmeverschulden verhindert den Einwand, der Mediziner sei aufgrund des Ausbildungs- und Wissensstandes nicht in der Lage gewesen, sachgerecht zu beraten und aufzuklären. Der Beauftragte muss mithin ein angebotenes Mandat ablehnen, wenn er diesem nicht gewachsen ist (BGE 124 III 155 E. 3.b).

cc) Es obliegt dem Auftraggeber, die objektive Sorgfaltspflichtverletzung nachzuweisen. Das Vorliegen eines nicht zufriedenstellenden Ergebnisses genügt dazu noch nicht. Der Patient muss vielmehr nachweisen, der Schaden sei durch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes verursacht worden, d.h. Letzterer habe einen Kunstfehler begangen. Gelingt dieser Nachweis, obliegt es dem Beauftragten, im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (BGE 133 III 121 E. 3.4).

dd) Die Ausbildung des Arztes und dessen Leistungsfähigkeit sind beim Verschulden, welches im Zusammenhang mit dem Entlastungsbeweis des Beauftragten bedeutsam sein kann, zu beachten (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N. 392 zu Art. 398). Die Haftung entfällt nämlich, wenn der Beschuldigte beweist, ihm könne kein Verschulden zur Last gelegt werden (Fellmann, Die Haftung des Privatarztes und des Spitals, in: Fellmann/Polledna, Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich/Basel/Genf, 2003 S. 63; Jäger/Schweizer, Die Interpretation medizinischer Gutachten in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, in: *HAVE* 2004 S. 294). Dies gelingt, wenn der Mediziner Umstände

nachweist, aus denen sich ergibt, er habe in der konkreten Situation unter den gegebenen Umständen die ihm zumutbare Sorgfaltspflicht angewendet (Kuhn, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: Kuhn/Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. A. Zürich/Basel/Genf 2007 S. 615).

Die Frage, ob der Beauftragte unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens die ihm zumutbare Sorgfalt aufgewendet hat, bestimmt sich danach, ob sich ein sorgsamer Beauftragter der gleichen Berufsgruppe an seiner Stelle entsprechend verhalten hätte. Es kann hier innerhalb eines bestimmten Berufs nach Fachrichtungen differenziert werden, weshalb die spezifischen Sorgfaltsanforderungen bei einem Facharzt anders sind, als bei einem praktischen Arzt (Fehlmann, *Berner Kommentar*, Bern 1992, N. 486 zu Art. 398). Der Beauftragte hat mithin mindestens dem Durchschnittsmass der in seiner Berufsgruppe geforderten Sorgsamkeit, Aufmerksamkeit und Anspannung zu entsprechen. Er muss sein Mandat zumindest so ausführen, wie dies dem Stand des Wissens auf dem Fachgebiet entspricht (Fehlmann, a.a.O., N. 487 f. zu Art. 398).

c) Die Fehlerhaftigkeit der im Jahr 1989 implantierten Prothese ist in casu nachgewiesen. Es ist folglich zu klären, inwiefern der Mangel bereits 1993 oder 1994 erkennbar war.

aa) Der Gelenkkopf des Implantats ist laut medizinischem Gutachten ab 1993 nicht mehr ins Zentrum der Pfanne verlaufen (S. 707 und 720). Es ist jedoch abzuklären, ob und allenfalls inwiefern dies überhaupt einen Defekt darstellt und inwiefern der Beklagte aus dem Röntgenbild entsprechende Schlüsse ziehen muss.

bb) Das Gericht darf in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss eine andere Meinung begründen. Das Gericht kann willkürlich handeln, wenn es von einer Expertise abweicht, ohne dass deren Glaubwürdigkeit durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Gleiches gilt, wenn das Gericht Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens hegt und dennoch keine ergänzende Abklärung anordnet, um diese Zweifel zu beseitigen (BGE 130 I 337 E. mit Hinweisen).

cc) Die Gutachter bestätigen, «das im März 1998 bei X. wegen Femurkopfnekrose links verwendete Hüftimplantat hat sich entgegen der primären Erwartungen wegen verfrühten Abnutzungserscheinungen des damals neu eingeführten Polyäthylenlagers nicht bewährt und

weltweit zu vorzeitigen Hüftrevisionen geführt. Auch bei X. konnten in den Röntgenbildern (1993 und 1994) schon nach vier und fünf Jahren Verschleisserscheinungen des Polyäthylenlagers festgestellt werden». «Bei zeitgerechter Diagnosestellung im Röntgenbild wäre 1993 oder spätestens 1994 die Hüftrevision vorgenommen worden».

Die Gutachter haben allerdings unter Beachtung der Ausbildungsprogramme der Schweizer Universitätskliniken, den Ausbildungszielen eines Allgemeinarztes gemäss FMH, eines Kommentars der Schweizerischen Gesellschaft für Allgemeine Medizin zum Weiterbildungsprogramm von 1992 sowie der damals noch unbekanntenen Problematik des Polyäthylenversagens der Depuy Hüftprothesen festgestellt, «das Nichterkennen einer im Röntgenbild sichtbaren vorzeitigen Verschleisserscheinung eines Hüftimplantates und deren Folge [kann] nicht einem Arzt für Allgemeine Medizin FMH angelastet werden». Sie haben insbesondere die Frage, ob die frappante Dezentralisation des Gelenkkopfes nicht aufgrund des Röntgenbildes festgestellt werden musste, erwogen, «die zwar einem Spezialarzt für Orthopädie ins Auge stechenden Anzeichen eines Implantatversagens, wie Dezentrierung des Polyäthyleninlays ... konnten von einem Allgemeinarzt damals (1993/1994) mit dem für implantatspezifische Veränderungen ungeschulten Auge gar nicht erkannt und auch nicht realisiert werden». Dies lässt, laut Gutachtern, ersehen, dass die Dezentrierung einen Mangel indizieren kann, ein Allgemeinarzt diesen Zusammenhang aber nicht erkennen muss.

Der Orthopäde B., Chefarzt der Orthopädie und Traumatologie am Kantonsspital Y., welcher die Operation vom 11. Mai 1999 durchgeführt hat, hat zur Erkennbarkeit des Mangels am 30. Juli 1999 unter Bezugnahme auf einen weiteren Spezialisten Folgendes angeführt. Man müsste «eigentlich die Nachkontrollen, d.h. die Kollegen kritisieren». Er bestätigte am 30. August 1999 unter Beachtung des Röntgendossiers, ab 1993 habe ein schwerer pathologischer Befund im Bereich der Pfanne bestanden. «1993 dominieren Zeichen des Polyäthylenabriebes, 1994 bereits eines beträchtlichen Metallabriebes». Der Orthopäde wiederholt dies im Schreiben vom 24. September 1999. Er differenziert jedoch am 13. Januar 2003, es habe seines Erachtens bereits 1994 ein beunruhigender Befund bestanden, den jedoch allein ein Facharzt hätte erkennen müssen. Dieser zusätzliche Vorbehalt ist erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt vom Chefarzt angebracht worden. Es ist allerdings in den ersten Briefen unklar, ob die kritischen Bemerkungen über die nachoperativen Kontrollen auch für einen Allgemeinarzt gelten oder ob der Mediziner davon ausgegangen ist, die von ihm angeführten postoperativen Konsultationen seien von einem Spezialisten

oder zumindest von einem dafür zusätzlich ausgebildeten Allgemein- arzt durchgeführt worden. Der Orthopäde wiederholte am 26. November 2004, «das Erkennen eines vermehrten Implantatabriebs bei Kunst- gelenken [müsse] vor allem vom Facharzt und weniger vom Allgemein- praktiker erwartet werden». «Die Zuweisung zum Facharzt durch den Allgemeinpraktiker müsste erwartet werden, wenn der Patient über Schmerzen klagt, die sich der Hausarzt nicht erklären kann». Der als Zeuge einvernommene Arzt erörterte am 16. August 2005 zur Frage, ob das Implantatversagen auch von einem Allgemeinpraktiker in der Peri- pherie erkannt werden könne: «Erkannt werden kann ein Implantatver- sagen natürlich auch vom Allgemeinpraktiker in der Peripherie, wenn er das Bild entsprechend empfindsam betrachtet. Nur zähle ich das in der Anfangsphase nicht zum Pflichtenheft eines Allgemeinpraktikers. Deshalb sollten meines Erachtens die Kontrollen auch vom ausgebilde- ten Spezialarzt durchgeführt werden. In einem fortgeschrittenen Sta- dium dagegen würde ich das auch vom Allgemeinpraktiker erwarten.» Der Zeuge hat in der schriftlichen Einvernahme ausserdem erörtert, «dass die Verlaufskontrolle nach Einsatz von Kunstgelenken, vor allem, wenn sich diese über längere Zeiträume erstreckt, vom Facharzt durch- geführt werden sollte. Dies vor allem, weil das frühzeitige Erkennen von problematischen Veränderungen die Prognose der Behandlung verbessert. In meiner gegenwärtigen Situation erreiche ich das am ehe- sten, wenn ich für die zuweisenden Ärzte die Schwelle zur Zuweisung tief halte und die Patienten sobald wie möglich zur Weiterbehandlung wieder an den Hausarzt verweise. Aus dieser Einstellung heraus sind meine Erwartungen an den Hausarzt zu beurteilen. Es ist dies die Sicht des Praktikers, juristisch relevanter ist möglicherweise jene des in der Ausbildung tätigen».

Auch der am 1. August 2005 schriftlich als Zeuge einvernommene Chefarzt für Orthopädie am Universitätsspital, Prof. Dr. D., hat sein Schreiben vom 3. Januar 2005 bekräftigt, in welchem er erörtert hatte «dass es nur durch eine flächendeckende regelmässige Nachkontrolle aller Endoprothesenträger (idealerweise durch das OP-Team oder besonders geschulte Fachärzte) möglich wäre, Frühzeichen problema- tischer Verläufe zu eruieren und zu erfassen und optimierte Vorgehens- strategien zu entwickeln».

dd) Die Schlussfolgerungen der beiden Gutachter zur Erkennbar- keit der Defekte werden somit durch die Zeugenaussagen der im Ver- fahren beteiligten Orthopäden bestärkt. Das Gericht sieht keinen Grund, von den Erkenntnissen in der Expertise abzuweichen. Es ist

folglich davon auszugehen, die Mängel des Implantats und Folgeschäden seien aufgrund der Röntgenaufnahmen bereits in den Jahren 1993 und 1994 sichtbar gewesen, allerdings habe dies bloss ein Fach- und nicht Allgemeinarzt diagnostizieren müssen.

d) Es stellt sich somit die Frage, ob dem Beklagten ein Übernahmeverschulden angelastet werden kann.

aa) Die Gutachter haben auf die Frage, ob der Patient vom Allgemeinarzt zu einer spezialärztlichen Untersuchung hätte weitergeleitet werden müssen, ausgeführt, der Allgemeinarzt «stützt sich ... in der Beurteilung der Krankheit vor allem auf die klinischen Symptome. Im Vordergrund stehen dabei die Beschwerden des Patienten und das Ausmass derselben. Zur Abrundung des klinischen Bildes und der Richtigkeit seiner Beurteilung, der gewählten Therapie und des weiteren Vorgehens wird ausschliesslich der Verlauf der Krankheit mitberücksichtigt. Je nach Verlauf wird die Behandlung revidiert und/oder eine weitere Abklärung, wie Überweisung an den Spezialisten in Betracht gezogen». Das trügerisch-beschwerdefreie Verfahren beim Implantatversagen, das trotz des deutlichen Polyäthylenabriebs im Röntgenbild über Jahre hinweg vorliegen könne, sei gegenwärtig nur dem erfahrenen Hüftchirurgen bekannt. Dieses heimtückische Phänomen dürfe deswegen dem auf diesem Gebiet unerfahrenen Allgemeinarzt nicht angelastet werden.

Die Gutachter haben ausserdem bestätigt, das Behandlungskonzept habe sich nach dem Telefonat vom 28. Oktober 1993 durchaus geändert. «Da auf die lokale Behandlung mit Voltaren Emulgel keine Besserung eintrat, wurde unter der neuen Arbeitsdiagnose einer Insertionstendopathie nun die Physiotherapie mit Ultraschall verordnet. Danach keine Meldung mehr von Seiten des Patienten während der nächsten 14 Monate. Der behandelnde Arzt musste stillschweigend eine Besserung annehmen. Somit waren vorerst weitere Massnahmen, wie auch die Abklärung durch einen Facharzt, nicht indiziert».

bb) Auch hier kann den Schlussfolgerungen der Experten gefolgt werden, wobei dazu die damals vorherrschenden Umstände in Erinnerung zu rufen sind. Die vom Kläger monierten Schmerzen waren in den Jahren 1993 und 1994 eher mässig. Zwischen den einzelnen Konsultationen liegen ausserdem mehrere Monate und die zweite Konsultation ist telefonisch erfolgt, wobei daraufhin die Behandlung durchaus angepasst worden ist. Ursächlich für die dritte Konsultation ist ausserdem ein neuer

Vorfall, ein Ausrutscher auf einer Leiter gewesen, der die Hüfte speziell belastet hat. Es kann dem Allgemeinmediziner unter diesen Umständen nicht angelastet werden, wenn er seinen Patienten im Anschluss an die Untersuchungen nicht sofort an einen Spezialisten weiter verweist.

e) Das Nichterkennen der Mängel an der Prothese könnte insofern als objektive Sorgfaltspflichtverletzung beurteilt werden, weil dies ein Facharzt nach dem Röntgen hätte diagnostizieren müssen. Der Beklagte, der weder Facharzt ist noch in diesem Bereich über eine spezielle Ausbildung verfügt, hat jedoch die unter den gegebenen Umständen von ihm geforderte, bereichsspezifische Sorgfaltspflicht sowohl bei der Diagnosestellung wie bei der Übernahme und Fortführung des Mandats angewendet. Das Beweisverfahren belegt, ihm kann kein Verschulden zur Last gelegt werden. Damit fehlt eine erforderliche Haftungsgrundlage, weshalb die Klage insgesamt abzuweisen ist.