

Bernhard Rüttsche / Walter Fellmann / Regina E. Aebi-Müller

Verschiebung planbarer Spitalbehandlungen bei Ressourcenknappheit

Behandlungs-, Aufklärungs- und Treuepflichten sowie Haftungsfragen

Die ersten beiden Wellen der Covid-19-Pandemie haben Behandlungsressourcen auch für nicht an Covid erkrankte Patienten verknappt. Tausende («elektive») planbare Eingriffe – darunter Krebs- und Herzoperationen sowie orthopädische Eingriffe – mussten verschoben werden. Der Beitrag befasst sich mit den Behandlungs-, Aufklärungs- und Treuepflichten der medizinischen Leistungserbringer bei einer Ressourcenknappheit sowie mit Haftungsfragen, die sich bei Pflichtverletzungen stellen.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arzthaftung, Haftung für medizinische Handlungen; Gesundheitssystem, Gesundheitspolitik

Zitiervorschlag: Bernhard Rüttsche / Walter Fellmann / Regina E. Aebi-Müller, Verschiebung planbarer Spitalbehandlungen bei Ressourcenknappheit, in: Jusletter 19. April 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Problemstellung
 - 1.1. Einleitung
 - 1.2. Richtlinien der SAMW und SGI zur Triage in Intensivstationen
 - 1.3. Rückwirkungen der Pandemie auf andere medizinische Eingriffe
2. Grundlagen
 - 2.1. Planbare und dringliche Behandlungen
 - 2.2. Priorisierung knapper Spitalressourcen
 - 2.3. Aufnahmepflicht von Listenspitälern und Spitalversorgungsplanung
 - 2.4. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt bzw. Spital und Patient
3. Pflichten des Arztes und Folgen ihrer Verletzung
 - 3.1. Grundsätzliches
 - 3.2. Bei ressourcenbedingter Behandlungsverzögerung
 - 3.2.1. Aufklärung
 - 3.2.2. Abmahnung und Ermittlung einer Alternative
 - 3.2.3. Organisation und Übergabe
4. Pflichten des Spitals
 - 4.1. Vor Eintritt in das Spital
 - 4.2. Nach Eintritt in das Spital
5. Sorgfaltswidrige Behandlung wegen Ressourcenknappheit
6. Zusammenfassung und Ergebnisse

1. Einleitung und Problemstellung

1.1. Einleitung

[1] Eines der wichtigsten Ziele der Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie besteht darin, eine Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern. Als Indikator dient dabei u.a. die Auslastung der Intensivstationen in den Spitälern. Solange diese – bezogen auf die gesamte Schweiz – noch deutlich unter 100% liegt, scheint ein wichtiges Ziel der Pandemiebekämpfung vordergründig erreicht zu sein. Allerdings haben die Betreuung von Covid-19-Patientinnen und die Einrichtung zusätzlicher Intensivpflegeplätze *erhebliche Rückwirkungen auf die Behandlung anderer Patienten*. Im öffentlichen Diskurs wird in diesem Zusammenhang meist – nach Ansicht der Autorin und Autoren dieses Beitrages verharmlosend – von der «Verschiebung elektiver Eingriffe» gesprochen. Damit wird kaschiert, dass tausende von medizinisch indizierten Operationen verschoben werden mussten, weil sie entweder die Nachsorge in einer (vor Ort bereits ausgelasteten) Intensivstation erfordert hätten oder weil Operationskapazitäten reduziert wurden, indem Anästhesie- und Operationspflegepersonal sowie weitere Behandlungsressourcen spitalintern in die Intensivstationen zur Behandlung von Covid-19-Patienten verschoben wurden.¹ Während es selbstverständlich scheint, dass zwischen Covid-19-Patienten und anderen auf einen Intensivpflegeplatz angewiesenen Patienten gleiche Massstäbe bzw. Triagekriterien anzuwenden sind, wurde in der Literatur bislang kaum diskutiert, welche Pflichten Spitäler und Ärztinnen sowie die für die Spitalplanung verantwortlichen Kantone gegenüber Patienten haben, bei denen ein

¹ Swiss National COVID-19 Science Task Force, Policy Brief vom 20. Januar 2021: <https://scienctaskforce.ch/policy-brief/folgen-der-auslastung-der-intensivstationen/>. Für eine weltweite Studie, die aber nur die erste Welle umfasst, siehe: <https://www.medinside.ch/de/post/so-viele-operationen-mussten-verschoben-werden>; ferner <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Zwei-Millionen-Krebs-Op-nicht-vorgenommen-409626.html> (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 7. April 2021).

planbarer medizinisch indizierter Eingriff durchgeführt werden muss.² Diese Lücke will der vorliegende Beitrag schliessen.

1.2. Richtlinien der SAMW und SGI zur Triage in Intensivstationen

[2] Angesichts des Massenzustroms von Patientinnen und Patienten in Akutspitäler aufgrund der raschen Verbreitung des Coronavirus (SARS-CoV-2) erarbeiteten die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und die Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) im Frühjahr 2020 Richtlinien zur Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit (im Folgenden: *Triage-Richtlinien*).³ In der ersten Welle der Infektion reichten die Beschränkung von planbaren Eingriffen⁴, die Erhöhung der Kapazitäten auf den Intensivstationen und die vom Bund angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie aus, um eine schweizweite Ressourcenknappheit zu verhindern. Die SAMW-Richtlinien kamen daher nicht zur Anwendung. Mitten in der zweiten Welle der Pandemie, im Dezember 2020, wurden die Richtlinien aufgrund der inzwischen gemachten Erfahrungen und eingegangenen Reaktionen angepasst und aktualisiert.⁵ Auch in der zweiten Welle kamen die Richtlinien jedoch – trotz zwischenzeitlich weitgehend ausgelasteter Intensivstationen – zumindest offiziell nicht zur Anwendung.

[3] Die Richtlinien der SAMW und SGI regeln Triage-Kriterien für Intensivstationen und «gelten für den Zeitpunkt, in dem eine Ressourcenknappheit vorliegt und Rationierungsentscheidungen getroffen werden müssen. Sie finden Anwendung auf alle Patientenkategorien. Covid-19-Erkrankte und andere Patientinnen, die eine Intensivbehandlung benötigen, werden nach denselben Kriterien behandelt.»⁶ Das Ziel der Richtlinien ist die *Erhaltung möglichst vieler Menschenleben*.⁷ Solange genügend Ressourcen zur Verfügung stehen, sollen alle Patienten aufgenommen werden, die eine intensivmedizinische Behandlung benötigen. Besonders ressourcenintensive Interventionen sollen aber nur nach sorgfältiger Abschätzung der erforderlichen Ressourcen und nur in Fällen eingesetzt werden, in denen ihr Nutzen eindeutig nachgewiesen ist. Wenn infolge Überlastung der Intensivkapazitäten Patienten abgewiesen werden müssen, die eine Intensivbehandlung benötigen würden, «ist für die Triage die kurzfristige Überlebensprognose entscheidend. Bei der Aufnahme auf die Intensivstation haben diejenigen Patientinnen die höchste Prio-

² Aufgeworfen, aber nicht beantwortet wird die Frage von REGINA E. AEBI-MÜLLER, Behandlungspflichten und Behandlungsentscheide bei Ressourcenknappheit, in: Jusletter 1. Februar 2021, Rz. 5.

³ SAMW/SGI, COVID-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit. Hinweise zur Umsetzung Kapitel 9.3. der SAMW-Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013), im Folgenden «Triage-Richtlinien», abrufbar unter <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html> sowie <https://www.sgi-ssmi.ch/de/news-detail/items/422.html>; die Triage-Richtlinien wurden in der Folge mehrfach angepasst, blieben im Kerngehalt allerdings unverändert.

⁴ In den Medien werden diese Eingriffe oft als «elektive» Eingriffe oder als «Wahleingriffe» bezeichnet. Dies scheint uns irreführend zu sein, geht es doch meist nicht um Behandlungen, auf die genauso gut verzichtet werden könnte (z.B. Schönheitschirurgische Behandlungen), sondern um solche, für die es eine klare medizinische Indikation gibt, die aber geplant (und nicht in einer Notfallsituation) erfolgen. Kritisch zum Begriff der «elektiven» Operation auch NZZ vom 19. November 2020, Welche Operationen die Spitäler jetzt wegen Corona verschieben, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/schweiz/welche-operationen-die-spitaeler-wegen-corona-verschieben-ld.1587601>. Näher zur Begrifflichkeit hinten Rz. 8 ff.

⁵ Triage-Richtlinien, S. 1.

⁶ Triage-Richtlinien, S. 3.

⁷ Triage-Richtlinien, S. 3.

rität, deren Prognose im Hinblick auf das Verlassen des Spitals mit Intensivbehandlung gut, ohne diese aber ungünstig ist.» Behandelt werden sollen also die Patienten, die am meisten von der Intensivbehandlung profitieren.⁸

1.3. Rückwirkungen der Pandemie auf andere medizinische Eingriffe

[4] Am 20. Januar 2021 meldete die *Swiss National COVID-19 Science Task Force*, dass die Schweizer Krankenhäuser seit einigen Monaten am Rande der Auslastung arbeiten würden. Dies habe u.a. zur Folge, dass die Spitäler sehr viele elektive Operationen verschoben hätten, um Intensivbetten für schwere Covid-19-Fälle freizumachen. Die Zahl der von Nicht-Covid-19-Patienten belegten Betten (für elektive Eingriffe oder Notoperationen) sei von etwa 600 im Sommer 2020 auf 300 im Herbst gesunken. Solche Verschiebungen elektiver Operationen könnten sich, je nach Art des Leidens und der Natur der geplanten Eingriffe, negativ auf die Gesundheit der Patientinnen auswirken. Zugleich hätten auch viele stationäre Covid-19-Patienten nicht auf die Intensivstation verlegt werden können. Es müsse also davon ausgegangen werden, dass die Überbelegung der Krankenhäuser zu einer informellen Triage-Situation führe, in der einigen Patienten der Zugang zur notwendigen Intensivpflege vorenthalten werde.⁹

[5] Das Problem liegt aber nicht nur darin, dass es an Intensivplätzen für Nicht-Covid-Patientinnen fehlte und deshalb Eingriffe verschoben wurden, bei denen im Anschluss an den Eingriff ein Intensivplatz zur Verfügung stehen muss. Betroffen sind auch Eingriffe, die aus Sicherheitsgründen nicht durchgeführt werden, wenn kein Intensivplatz zur Verfügung steht. Zahlreiche weitere Eingriffe konnten nicht stattfinden, weil generell die *Operationskapazitäten in zahlreichen Spitälern massiv reduziert* wurden, indem spezialisiertes Personal, das sonst in den Operationssälen arbeitet, auf die Intensivstationen umgeteilt wurde. Die Pflege von Covid-Patienten ist nämlich extrem ressourcenintensiv und auch auf der Intensivstation deutlich aufwändiger als bei anderen intensivmedizinischen Patienten. Daher wurden Anästhesistinnen, Operationsassistenten usw. in den Covid-Pflegebereich verschoben und Operationssäle mangels Betriebspersonal geschlossen.

[6] Soweit ersichtlich gibt es für die Schweiz derzeit noch keine gesicherten Daten zum Ausmass der Verschiebungen von planbaren Eingriffen und den konkreten gesundheitlichen Folgen für die Betroffenen. Die *Swiss National COVID-19 Science Task Force* sprach am 20. Januar 2021 von einer Verschiebung von ungefähr 19'000 geplanten medizinischen Eingriffen im Verlauf der zweiten Covid-19-Welle.¹⁰ In einem anderen Bericht vom 15. Februar 2021 war die Rede von 20'000 verschobenen Operationen.¹¹ Dabei handelte es sich allerdings nur um solche Eingriffe, für die anschliessend ein Intensivplatz zur Verfügung stehen muss. Das gesamte Ausmass dürfte daher, bezieht man die wegen fehlender Ressourcen im Operationsbereich verschobenen Eingriffe mit ein, noch deutlich höher sein.¹²

⁸ Triage-Richtlinien, S. 4.

⁹ *Swiss National COVID-19 Science Task Force* (Fn. 1).

¹⁰ *Swiss National COVID-19 Science Task Force* (Fn. 1).

¹¹ SRF vom 15. Februar 2021, Warten auf die Operation: Wie ungleich Corona die Spitäler bremst: <https://www.srf.ch/news/schweiz/knappe-intensivbetten-warten-auf-die-operation-wie-ungleich-corona-die-spitaeler-bremst>.

¹² Exemplarisch für Deutschland, das vergleichsweise tiefere Infektionszahlen zu verzeichnen hatte, siehe die Studie «Versorgung von chronisch Kranken in Deutschland – Herausforderungen in Zeiten der COVID-19-Pandemie»,

[7] Dies ist eine dramatische Entwicklung, weil auch das Unterlassen planbarer Eingriffe zu einer Verschlechterung der Prognose und zu *irreversiblen Gesundheitsschädigungen oder vorzeitigem Tod* führen kann. Solche Operationen sind zwar im Gegensatz zu unaufschiebbaren Operationen und Notfalleingriffen zeitlich freier wählbar, weil die Gesundheit des Patienten nicht unmittelbar und akut bedroht ist. Patient und Spital können daher einen für beide Seiten geeigneten Termin für den Spitaleintritt festlegen. Kann der planbare Eingriff innerhalb einer bestimmten Frist aber überhaupt nicht erfolgen, wird die Situation für den betroffenen Patienten mittel- oder langfristig lebensbedrohlich. In diese Kategorie fallen beispielsweise gewisse Krebsoperationen (z.B. Brust-, Darm- und Hirntumore) oder weniger schwerwiegende Eingriffe am Herz, für die es in der Regel keinen Intensivplatz braucht, aber einen funktionierenden Operationssaal mit vollständiger personeller Ausstattung. Somit besteht die Gefahr, dass Patientinnen, deren Überlebensprognose bei adäquater und zeitnaher Behandlung mittel- oder langfristig gut wäre, Opfer der für den ordentlichen Betrieb des Spitals ausgedünnten Personalbestände und anderer verschobener Ressourcen werden, dies unter Umständen mit erheblichen gesundheitlichen Folgen für die Betroffenen.¹³

2. Grundlagen

2.1. Planbare und dringliche Behandlungen

[8] Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verschiebung planbarer medizinischer Behandlungen während der Covid-19-Pandemie. Der in diesem Zusammenhang oft verwendete Begriff der «*elektiven Behandlung*» hat in Gesetz und Rechtsprechung bisher keine einheitliche, präzise Definition erfahren. «Elektiv» bedeutet wörtlich «ausgewählt». Eine elektive Behandlung ist demnach eine ausgewählte Behandlung, zu der es – in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht – gleichwertige Alternativen gibt. Gleichwertig ist eine Behandlungsalternative, wenn sie ein vergleichbares Verhältnis zwischen medizinischem Nutzen einerseits und Risiken sowie Belastungen andererseits aufweist. Als gleichwertige Alternativen in sachlicher Hinsicht können etwa andere Operationstechniken, andere Arzneimittel oder eine konservative Behandlung anstelle eines operativen Eingriffs in Frage kommen. In zeitlicher Hinsicht geht es demgegenüber um die Frage, ob eine Therapie zumindest eine gewisse Zeit lang aufgeschoben werden kann, ohne dass sich deswegen der Zustand des Patienten bzw. die Therapieprognose verschlechtert oder allfällige Schmerzen des Patienten nicht kontrolliert werden können. Elektive Behandlungen sind insofern aufschiebbare und somit planbare Behandlungen. Im Unterschied zu elektiven Behandlungen müssen *dringliche Eingriffe* innerhalb kurzer Zeit (24 Stunden) und *Notoperationen* sofort vorgenommen werden, um vom Patienten gesundheitlichen Schaden abzuwenden.¹⁴

[9] Die Rede von einer «Verschiebung elektiver Eingriffe» während der Covid-19-Pandemie verleitet zur Annahme, dass lediglich Eingriffe betroffen sind, deren Verschiebung für die Patientin-

Robert Koch Institut, Journal of Health Monitoring 2020 5(S10), abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/GBEDownloads/JoHM_S10_2020_Versorgung_chronisch_Kranke_COVID_19.pdf?__blob=publicationFile.

¹³ Zu solchen Auswirkungen etwa DIDIER ROULIN/NICOLAS DEMARTINES, Rev Med Suisse 17, 2021, S. 181 ff.

¹⁴ BERNHARD RÜTSCHKE, Zusatzversicherte Leistungen von Spitätern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich 2017, Rz. 109. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 9C_110/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.3.

nen keine gesundheitlichen Folgen nach sich zieht. Auch für planbare Behandlungen, die medizinisch indiziert sind, besteht jedoch in der Regel ein bestimmtes, mehr oder weniger enges *Zeitfenster*. Wird die Behandlung nicht innerhalb dieses Zeitfensters durchgeführt, wirkt sich dies auf die Gesundheit der Patientin nachteilig aus. Dies kann sich darin manifestieren, dass sich die Heilungschancen und damit die Überlebensprognose verschlechtern.¹⁵ Zu denken ist aber auch an Einbussen an Lebensqualität, weil infolge der verzögerten Behandlung mit dauerhaften Gesundheitsschäden zu rechnen ist, etwa wenn bei einem nicht frühzeitig operierten Raucherbein oder Diabetes der ganze Fuss oder Unterschenkel amputiert werden muss. Ebenfalls nicht zu vernachlässigen ist die psychische Belastung, wenn auf einen medizinisch indizierten Eingriff längere Zeit gewartet werden muss.¹⁶ Nicht ohne Grund ist die Wartezeit für planbare Eingriffe ein Indikator für die Qualität eines Gesundheitswesens.¹⁷

[10] Das Berner Inselspital hat etwa die Operationen nach ihrer medizinisch vertretbaren Wartezeit in *vier Kategorien* unterteilt. Keinen Aufschub lassen Notfalleingriffe zu (z.B. Aortarisse, Transplantationen und notfallmässige Kaiserschnitte). Für die zweite Gruppe gilt ein Zeitfenster von einem Tag bis vier Wochen (z.B. Frakturen, Leberoperationen und neurochirurgische Eingriffe). Zur dritten Stufe gehören Operationen, die nach ein bis drei Monaten ausgeführt werden müssen (z.B. Eingriffe an der Schilddrüse oder der Wirbelsäule). Die vierte Kategorie besteht aus jenen nicht dringlichen Operationen, die (wenn man von vorübergehenden Leistungseinschränkungen, Schmerzen und psychischen Folgen absieht) ohne Nachteile für die Patienten um mehr als drei Monate aufgeschoben werden können (z.B. Leistenbrüche, Krampfadern, Hüft- und Knieprothesen, Operationen des grauen Stars oder Nasennebenhöhleingriffe).¹⁸

[11] Mit Überschreitung des massgeblichen Zeitfensters wird eine an sich planbare Operation zu einer dringlichen Operation. In diesem Fall bedeutet die Verschiebung eines planbaren Eingriffs letztlich nichts anderes als die *Verweigerung eines medizinisch gebotenen Eingriffs*. Es muss aufgrund der eingangs erwähnten Zahlen (vorne Rz. 6) davon ausgegangen werden, dass die aufgrund der Reallokation von Spitalressourcen während der Covid-19-Pandemie erfolgten Verschiebungen planbarer Eingriffe für zahlreiche betroffene Patienten mit gesundheitlichen Folgen verbunden war.¹⁹ Mit Blick auf diese Patienten sollte nicht euphemistisch von einer «Verschiebung» der Eingriffe, sondern schlicht von einer «Verweigerung» medizinisch gebotener Eingriffe gesprochen werden.

2.2. Priorisierung knapper Spitalressourcen

[12] Mit der Umteilung von Spitalpersonal, Infrastrukturen, Medizinaltechnik und anderen Ressourcen zwecks Erhöhung der Kapazitäten für die Behandlung von Patienten auf den Intensivstationen trafen die Spitäler während der Covid-19-Pandemie *Priorisierungsentscheidungen*. Die

¹⁵ Eine aktuelle Studie zeigt, dass sich statistisch bereits bei einer vierwöchigen Verzögerung einer Krebsbehandlung eine erheblich erhöhte Sterblichkeit nachweisen lässt: <https://www.pharma-fakten.de/news/details/1005-krebs-in-der-pandemie-mehr-tote-durch-therapieaufschub/>.

¹⁶ Siehe exemplarisch den Bericht einer deutschen Hirntumor-Patientin: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/eine-krebspatientin-erzaehlt-wenn-die-eigene-operation-wegen-corona-verschoben-wird/26629724.html>.

¹⁷ Euro Health Consumer Index 2018, Ziff. 7.7, abrufbar unter <https://healthpowerhouse.com/publications/>; danach sollte beispielsweise für Krebsbehandlungen die Wartezeit für eine Behandlung unter 21 Tagen liegen.

¹⁸ Zum Ganzen NZZ (Fn. 4).

¹⁹ Swiss National COVID-19 Science Task Force (Fn. 1).

ausreichende Bereitstellung von Intensivplätzen zugunsten von Patientinnen, die dringend einer intensivmedizinischen Behandlung bedürfen, wurde gegenüber der Bereitstellung von Behandlungskapazitäten für alle anderen spitalbedürftigen Patienten priorisiert. Aus ethischer und rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die dadurch verursachten gesundheitlichen «Opportunitätskosten» gerechtfertigt waren.

[13] Die Priorisierung zugunsten von IPS-Patienten wäre aus normativer Sicht ohne Weiteres einsichtig, wenn es sich um eine Priorisierung dringlicher zulasten (beliebig) plan- bzw. verschiebbarer Behandlungen handelte. Genau besehen wurde jedoch nicht nur zwischen dringlichen und planbaren, sondern auch *zwischen verschiedenen Arten von dringlichen Behandlungen priorisiert*: Auf der einen Seite standen die dringlichen Behandlungen, die auf Intensivstationen durchgeführt werden müssen. Auf der anderen Seite die planbaren Eingriffe, die aufgrund der kapazitätsbedingten Verschiebungen zu dringlichen Eingriffen wurden, ohne dass aber unmittelbar eine Behandlung auf der Intensivstation notwendig gewesen wäre (vgl. vorne Rz. 9 ff.).

[14] Somit wurden während der Covid-19-Pandemie dringliche intensivmedizinische Behandlungen gegenüber dringlichen nicht-intensivmedizinischen Behandlungen priorisiert. Diese Priorisierung erfolgte auf institutioneller Ebene der Spitäler und nicht etwa in Einzelfällen in Form einer Bevorzugung bestimmter Patienten. Es wurden mit anderen Worten keine Patientinnen «triagiert». Entsprechend wurde auch nicht der *medizinische Nutzen* einzelner Intensivbehandlungen, d.h. die Aussichten auf Erreichen des Behandlungsziels, mit dem medizinischen Nutzen einzelner dringlicher Behandlungen ausserhalb der Intensivstationen verglichen. Die Priorisierung zugunsten dringlicher intensivmedizinischer Behandlungen lässt sich folglich nicht mit der Maximierung des medizinischen Gesamtnutzens erklären und rechtfertigen.

[15] Eine mögliche Rechtfertigung bietet hingegen das Kriterium der Lebensrettung. Patienten auf der Intensivstation schweben häufig in unmittelbarer Lebensgefahr. Intensivmedizinische Behandlungen dienen insoweit der *unmittelbaren Lebensrettung*. Demgegenüber können medizinische Interventionen ausserhalb der Intensivstation zwar ebenfalls die unmittelbare Lebensrettung bezwecken (z.B. Reanimation auf einer Bettenstation). Typischerweise geht es aber bei den stationären Behandlungen ausserhalb der Intensivstation um den Gewinn zusätzlicher Lebensjahre (mittel- oder langfristige «Lebensrettung») sowie um den Erhalt bzw. die Verbesserung der Lebensqualität der Patientinnen. Demzufolge bedeutete die Reallokation der Spitalressourcen zugunsten der Intensivstationen nichts anderes, als dass der unmittelbaren Lebensrettung möglichst vieler Patienten oberste Priorität eingeräumt wurde. Wie viele Lebensjahre sich damit tatsächlich retten liessen, bleibt offen und hängt insbesondere vom Alter und Gesundheitszustand der intensivmedizinisch behandelten Patienten ab. Umgekehrt bleibt offen, wie viele Lebensjahre und wie viel Lebensqualität durch die Verschiebung elektiver Behandlungen, d.h. durch die Verweigerung medizinischer Behandlungen ausserhalb der Intensivstationen, «geopfert» wurden. Die Priorisierung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten lässt sich somit auch nicht mit der Maximierung von Lebensjahren oder der Maximierung von Lebensqualität legitimieren. Die einzige mögliche Rechtfertigung liegt vielmehr darin, die Chancen zu erhöhen, dass möglichst viele Patientinnen aus einer *unmittelbaren* Lebensgefahr gerettet werden.

[16] *Aus grundrechtlicher Sicht* lässt sich der Vorrang unmittelbarer Lebensrettung vor der Rettung möglichst vieler Lebensjahre und der Erhaltung bzw. Verbesserung der Lebensqualität möglichst

vieler Patienten nicht beanstanden.²⁰ Dies jedenfalls dann nicht, wenn von einer deontologischen, anti-utilitaristischen Grundrechtstheorie ausgegangen wird, wonach das Recht des Einen gleich stark ist wie die Rechte von Vielen und sich mithin das Gewicht von Grundrechten nicht nach der Menge der Betroffenen, sondern nach der Intensität – und damit auch nach der Unmittelbarkeit – der Betroffenheit bestimmt (Nicht-Quantifizierbarkeit von Rechten).²¹ Sodann liegt die Priorisierung der unmittelbaren Lebensrettung insbesondere dem Transplantationsrecht zugrunde, indem – allerdings erst auf Verordnungsstufe – die medizinische Dringlichkeit einer Transplantation als Kriterium für die Zuteilung knapper Organe über das Kriterium des medizinischen Nutzens gestellt wird.²² Auch der Pandemieplan des Bundes von 2018 gibt der «Rettung möglichst vieler lebensbedrohlich erkrankter Menschen» oberste Priorität.²³ Im Übrigen gehen die Richtlinien von SAMW und SGI zur Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit implizit ebenfalls vom Vorrang der unmittelbaren Lebensrettung aus, indem sie zur Vermeidung von Knappheitssituationen unter anderem die Erhöhung der Intensivplätze mittels Einstellung planbarer Eingriffe verlangen.²⁴

[17] Diese Anhaltspunkte sind indessen keine solide rechtliche Grundlage für solch fundamentale Entscheidungen über den Einsatz knapper medizinischer Ressourcen, wie sie während der Corona-Pandemie getroffen werden mussten. Die Kriterien für die Zuteilung knapper Ressourcen in einer kollektiven Notlage wie der Corona-Pandemie sollten deshalb zumindest in abstrakter Form in einem *demokratisch legitimierten formellen Gesetz* verankert werden.

2.3. Aufnahmepflicht von Listenspitälern und Spitalversorgungsplanung

[18] Gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG sind Spitäler, die auf der Spitalliste eines Kantons stehen und damit vom Kanton einen stationären Versorgungsauftrag haben (Listenspitäler), im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton eine *Aufnahmebereitschaft* zu gewährleisten. Diese Aufnahmepflicht gilt unabhängig von der (öffentlich- oder privatrechtlichen) Rechtsform eines Listenspitals. Für ausserkantonale Patienten gilt die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG in Notfällen sowie aufgrund von Leistungsaufträgen zwischen dem betreffenden Kanton und dem Spital. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin haben Spitäler eine schweizweite Aufnahmepflicht, soweit sie über Leistungsaufträge des entsprechenden interkantonalen Beschlussorgans verfügen.²⁵ Mit Blick auf die Verschiebung planbarer Behandlungen und die damit einhergehende Verweige-

²⁰ Mit Blick auf das deutsche Verfassungsrecht BIJAN FATEH-MOGHADAM/THOMAS GUTMANN, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, 291–334, S. 303 ff. («Dringlichkeit vor Erfolgsaussicht»).

²¹ Dazu BERNHARD RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, S. 349 f. Vgl. auch FATEH-MOGHADAM/GUTMANN (Fn. 20), S. 315 f.

²² Vgl. Art. 14 ff. Verordnung vom 16. März 2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (Organzuteilungsverordnung; SR 810.212.4). Dazu im Kontext der Triage auf Intensivstationen AEBI-MÜLLER (Fn. 2), Rz. 35.

²³ Bundesamt für Gesundheit, Influenza-Pandemieplan Schweiz Strategien und Massnahmen zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie, 5. Aufl. 2018, S. 95, 97 f.

²⁴ Triage-Richtlinien, S. 2 und 5. Hinsichtlich der Triage von Patienten auf Intensivstationen stellen die Richtlinien demgegenüber (bei angenommener gleicher Dringlichkeit) auf die medizinischen Erfolgsaussichten ab (Triage-Richtlinien, S. 4: Kriterium der kurzfristigen Überlebensprognose).

²⁵ SILVIO HAUSER, Hochspezialisierte Medizin im föderalistischen System der Schweiz, Zürich 2015, Rz. 184.

zung medizinisch notwendiger Behandlungen (Rz. 11) stellt sich die Frage, ob Listenspitäler ihre Aufnahmepflicht verletzt haben.

[19] Vorweg ist festzuhalten, dass einzelne Kantone zwar mit dem Ziel der Kosteneindämmung Obergrenzen von Leistungsmengen setzen oder zu Qualitätszwecken eine Mindestzahl von Operationen pro Spital oder pro Operateur festlegen.²⁶ Hingegen machen die Kantone bzw. das interkantonale Beschlussorgan den Listenspitälern hinsichtlich Leistungen (Behandlungen) oder Kapazitäten (Bettenzahlen) – abgesehen von Vorhalteleistungen zur Sicherstellung der Notfallversorgung²⁷ – grundsätzlich *keine Mindestvorgaben*. Obwohl die in Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG vorgesehene «Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung» in erster Linie die Sicherstellung einer hinreichenden Versorgung mit stationären Leistungen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) bezweckt,²⁸ fehlt es in der Spitalplanung und den darauf gestützten Leistungsaufträgen an Mindestvorgaben zu einer umfassenden Gewährleistung der Versorgung. Die in den Leistungsaufträgen festgelegten Pflichten der Listenspitäler dienen vielmehr in erster Linie der Qualitätssicherung sowie der Wirtschaftlichkeit und Kosteneindämmung. Der Abbau oder die Verhinderung des Aufbaus von Überkapazitäten ist denn auch eines der Hauptziele der in Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG vorgesehenen Spitalplanung²⁹ und ihrer Umsetzung durch die Kantone³⁰. Die Erreichung dieses Ziels soll mittels einer aktuell laufenden Teilrevision des KVG weiter gefördert werden.³¹

[20] Gemäss Wortlaut von Art. 41a Abs. 1 KVG ist die Aufnahmepflicht von Listenspitälern auf die *vorhandenen Kapazitäten* begrenzt. Während der Covid-19-Pandemie haben Listenspitäler Kapazitäten für die Durchführung planbarer Eingriffe zugunsten einer Erhöhung der Intensivplätze abgebaut. Solange eine solche Umschichtung von Kapazitäten nach rechtlich zulässigen Kriterien erfolgt und allfällige Auflagen im Leistungsauftrag zur Erbringung von Vorhalteleistungen nicht verletzt, kann kein Verstoss gegen die von Art. 41a Abs. 1 KVG verlangte Gewährleistung der Aufnahmebereitschaft angenommen werden. Diese Bestimmung verlangt denn auch von den Listenspitälern keinen Ausbau der Kapazitäten. Im vorliegenden Zusammenhang beruhte die von den Spitälern in der Corona-Pandemie vorgenommene Priorisierung der knappen Ressourcen zugunsten intensivmedizinischer Behandlungen auf dem rechtlich haltbaren Kriterium, der unmittelbaren Lebensrettung möglichst vieler Patienten Vorrang einzuräumen (Rz. 15). Demzufolge ist davon auszugehen, dass Listenspitäler mit der Verweigerung medizinisch gebotener Behandlungen infolge (selbst herbeigeführter und aufgrund der Pandemiesituation sachlich begründeter) Kapazitätsengpässe in den Bettenstationen ausserhalb der Intensivabteilungen ihre krankenversicherungsrechtlichen Aufnahmepflichten nicht verletzt haben. Immerhin lässt sich

²⁶ BERNHARD RÜTSCHÉ/DARIO PICECCHI, in: Blechta Gabor/Philomena Colatrella/Hubert Rüedi/Daniel Staffelbach (Hrsg.), Basler Kommentar Krankenversicherungsgesetz, Basel 2020, Rz. 34, 44, 47 f., 64 zu Art. 39 KVG.

²⁷ Vgl. Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 25. Mai 2018, Empfehlung 10, S. 19: «Um die Notfallversorgung und die damit verbundene Aufnahmepflicht zu gewährleisten, ist es angezeigt, die notwendigen Vorhalteleistungen im Sinne des Bereitschaftsdienstes oder der Bereithaltung von Aufnahmekapazitäten als Auflagen im Leistungsauftrag festzuhalten.»

²⁸ BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICECCHI (Fn. 26), Rz. 23 zu Art. 39 KVG.

²⁹ BBl 1992 I 93, 167. Sodann BGE 125 V 448 E. 3b; 126 V 172 E. 4a; 132 V 6 E. 2.4.1; BVGE 2010/15 E. 4.1; BVGer, C-2907/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 3.2.2 und 3.2.3.

³⁰ GDK (Fn. 27) Empfehlung 2, S. 9.

³¹ Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2): Vernehmlassungsvorlage und Erläuternder Bericht des EDI vom 19. August 2020, abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>.

aus der Aufnahmepflicht von Listenspitälern allenfalls die Pflicht ableiten, Patientinnen, die wegen fehlender Kapazitäten abgewiesen werden müssen, in der Suche nach einem geeigneten Behandlungsplatz in einem anderen Spital zu unterstützen (zur entsprechenden Treuepflicht von Leistungserbringern hinten Rz. 33 ff.).

[21] Mit Blick auf das geltende Krankenversicherungsrecht und das dem Recht zugrunde liegende Primat der unmittelbaren Lebensrettung kann somit *Spitälern*, die in der Covid-19-Pandemie zwecks Rettung möglichst vieler, unmittelbar bedrohter Menschenleben knappe Ressourcen in ihre Intensivstationen verschoben haben, kein Vorwurf gemacht werden. Die Verantwortung für die Verweigerung medizinisch indizierter Eingriffe ausserhalb der Intensivstationen verlagert sich damit auf die *politische Ebene*: Zum einen stellt sich die Frage, ob der Bundesrat zur Bekämpfung der Pandemie hinreichend wirksame Massnahmen getroffen hat. Zum anderen richtet sich der Blick aber auch auf die Kantone als Verantwortliche für die bedarfsgerechte Spitalversorgungsplanung. Obschon die Kosteneindämmung und der Abbau von Spitalkapazitäten ein vorrangiges Ziel der Spitalplanung geworden sind, verpflichtet das Bundesrecht jeden Kanton dazu, mittels Spitalversorgungsplanung die stationäre Behandlung in einem Spital für alle Kantonseinwohnerinnen sicherzustellen (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG und Art. 58a KVV³²). Diese Versorgungsaufgabe gilt es auch – und gerade – in Krisenzeiten zu erfüllen.³³

[22] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Kantone nicht mittels Planung und Vorgabe von *Mindestkapazitäten im stationären Bereich* bzw. Einrichtung eines *Systems für die (interkantonale) Verteilung von Patienten* dafür sorgen müssten, dass die zeitgerechte Durchführung von Eingriffen, bei denen wochen- oder monatelange Verzögerungen zu einer Verschlechterung der Prognose, der Lebenserwartung oder des medizinischen Erfolgs führen können, auch in Krisensituationen wie einer Pandemie sichergestellt ist. Sobald sich im Verlauf der Covid-19-Pandemie hinreichend deutlich abzeichnete, dass sich in den Spitälern Engpässe ergeben würden und die stationäre Versorgung für alle Einwohnerinnen gefährdet sein könnte, hätten die Kantone jedenfalls die Pflicht gehabt, das angesichts ihrer Finanzkraft und der vorhandenen Ressourcen Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um nicht nur genügend Intensivplätze, sondern auch die erforderlichen Kapazitäten für planbare, von der OKP abgedeckte Spitalbehandlungen zu gewährleisten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Unterlassen solcher Massnahmen zur Gewährleistung der Spitalversorgung während der Covid-19-Pandemie Staatshaftungsansprüche geschädigter Patientinnen gegenüber den verantwortlichen Kantonen begründen könnte.

2.4. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt bzw. Spital und Patient

[23] Das Rechtsverhältnis zwischen Patient und Ärztin im ambulanten Bereich untersteht dem Privatrecht. Der Behandlungsvertrag qualifiziert sich als einfacher *Auftrag* im Sinn der Art. 394 ff. OR.³⁴ Ist der behandelnde Arzt gleichzeitig Belegarzt in einem Spital, wo er als Operateur tätig

³² Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

³³ In Deutschland gab es etwa von der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe einen Aufruf an die Politik, Mindestkapazitäten für Tumorleiden (für «zeitrelevante Operationen») einzuführen: <https://nachrichten.idw-online.de/2020/03/27/dggg-empfehl-aufrechterhaltung-von-kapazitaeten-fuer-zeitrelevante-operationen-in-zeiten-von-covid-19/>.

³⁴ REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, § 2 Rz. 35.

ist, tritt bei einer operativen Behandlung im stationären Bereich ein Rechtsverhältnis des Patienten zum Spital hinzu. Ob- und inwieweit stationäre Behandlungen an einem Privatspital privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur sind, ist umstritten.³⁵ Wie sogleich zu zeigen sein wird, unterscheiden sich die Rechtsfolgen dieser Qualifikation im hier interessierenden Zusammenhang indessen im Ergebnis nicht, so dass darauf nicht weiter eingegangen werden muss.

[24] Das *Rechtsverhältnis zum Privatspital* entsteht frühestens kurze Zeit vor der Behandlung im Spital (etwa mit Unterzeichnung der Dokumente, die der Patientin vor Eintritt per Post zugestellt werden), oft sogar erst mit Eintritt in das Spital, so dass keine vorausgehende (privatrechtliche) Pflicht des Spitals zur Wahrung der Interessen der Patientin besteht, aus der sich eine (vertragliche) Pflicht zur Aufnahme ableiten liesse. Es bleibt also im Verhältnis zwischen Spital und Patient bei der (öffentlich-rechtlichen) Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG, welche im vorliegenden Kontext jedoch aus den vorgenannten Gründen (Rz. 20) nicht greift.

[25] Lässt sich die Patientin in einem *öffentlichen Spital* behandeln, etwa in einem Stadt-, Bezirks-, Kantons-, oder Universitätsspital, untersteht seine Rechtsbeziehung zum Spital unbestrittenermassen dem (kantonalen) öffentlichen Recht.³⁶ Nach herkömmlicher Auffassung werden öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zwischen Patienten und Spital durch Verfügung begründet.³⁷ In der neueren Lehre wird dagegen die Meinung vertreten, dass ein (verwaltungsrechtlicher) Vertrag vorliege, weil die Spitalbehandlung ein konstitutives Einverständnis des Patienten voraussetze. Der Vertrag stelle das angemessene Handlungssystem für die ärztliche Behandlung dar, und zwar nicht nur für die inhaltliche Ausgestaltung der medizinischen Behandlung, sondern bereits für die Begründung des Rechtsverhältnisses zum Spital.³⁸

[26] Hinsichtlich des Beginns der Entstehung des Rechtsverhältnisses bestehen *zwischen Privatspital und öffentlichem Spital von vornherein keine Unterschiede*, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann. Auch hinsichtlich der Pflichten, die dem Spital aus dem Behandlungsverhältnis erwachsen, bestehen im Zusammenhang mit den hier zu besprechenden Fragen keine grundlegenden Unterschiede, weil das kantonale Recht zum einen vielfach selbst auf das privatrechtliche Auftragsrecht verweist oder dieses mindestens zur Lückenfüllung herangezogen wird.³⁹ Was daher im Folgenden mit Fokus auf die Privatärztin ausgeführt wird, gilt bei der Behandlung in einem öffentlichen Spital auch für die dort angestellten Ärzte. Der Unterschied beschränkt sich darauf, dass die behandelnden Ärztinnen bei einer Pflichtverletzung in einem öffentlichen Spital von den Patientinnen in aller Regel nicht direkt belangt werden können.⁴⁰

³⁵ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 13 ff.

³⁶ Vgl. etwa AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 166.

³⁷ Vgl. JOSEF KELLER, Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital als Problem des Verwaltungsrechts, Diss. Freiburg, St. Gallen 1976, S. 68 ff.; BGE 111 Ia 231 E. 5b; 102 II 45 E. 2.

³⁸ Vgl. etwa AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 168 m.w.H.

³⁹ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 169 m.w.H.

⁴⁰ Zur abweichenden Regelung im Kanton Luzern vgl. GUIDO SCHÜPFER/WALTER FELLMANN, Behandlungsfehler als strafrechtlich relevante Körperverletzung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2020, S. 1621 ff.

3. Pflichten des Arztes und Folgen ihrer Verletzung

3.1. Grundsätzliches

[27] Die Ärztin schuldet dem Patienten aufgrund des Behandlungsvertrages eine auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Sie muss mit ihrem Wissen und Können auf den erwünschten Erfolg hinwirken. Einen bestimmten Erfolg schuldet sie allerdings nicht. Der Arzt hat daher nicht für die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich für eine auf die Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete, *sorgfältige Behandlung* nach den Regeln der medizinischen Kunst einzustehen.⁴¹ Das auf das Arzt-Patienten-Verhältnis anwendbare Auftragsrecht ist durch die *Treuepflicht* des Beauftragten geprägt. Entsprechend ist der Arzt verpflichtet, die Interessen seiner Patienten umfassend zu wahren und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte. Er muss den Interessen des Auftraggebers gegenüber allen andern Interessen stets den Vorrang einräumen – selbst gegenüber den eigenen.⁴² Die auftragsrechtliche Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR auferlegt ihm schliesslich auch eine umfassende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht.⁴³

[28] In den vergangenen Jahrzehnten ist neben dieser vertraglichen Perspektive das *Selbstbestimmungsrecht des Patienten*, das sich je nach Kontext aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit ergibt, stärker in den Vordergrund gerückt worden. Die ärztliche Behandlung stellt nach inzwischen fast einhelliger Lehrmeinung und ständiger Praxis des Bundesgerichts eine Persönlichkeitsverletzung dar, die nur durch gültige Einwilligung gerechtfertigt werden kann. Die gültige Einwilligung ihrerseits setzt eine umfassende Aufklärung der Patientin voraus.⁴⁴ Diese soll im Idealfall ein «Gegenüber auf Augenhöhe» werden, und es ist an ihr zu entscheiden, ob, wann und von welchem Gesundheitsdienstleistungserbringer sie eine Behandlung in Anspruch nehmen will.⁴⁵ Dabei ist der Patient der Ärztin gegenüber nicht rechenschaftspflichtig mit Bezug auf seine Beweggründe, und selbst ein aus medizinischer Sicht unvernünftiger Entscheid ist zu akzeptieren, jedenfalls so lange nicht die Urteilsunfähigkeit des Patienten erstellt ist.⁴⁶

3.2. Bei ressourcenbedingter Behandlungsverzögerung

[29] Vor diesem Hintergrund fragt es sich, welche Pflichten der Ärztin obliegen, wenn sie weiss, dass ein Patient einer stationären Behandlung im Spital bedarf und diese auch wünscht, sie dafür

⁴¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 71; BGE 120 II 248 E. 2c; 120 Ib 411 E. 4a; 115 Ib 175 E. 2b.

⁴² Vgl. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Rz. 24 f. zu Art. 398 OR; CAROLINE GEHRER CORDEY/GION GIGER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, Rz. 3 zu Art. 398 OR; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, Rz. 8 zu Art. 398 OR.

⁴³ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 101 m.w.H.

⁴⁴ Statt vieler RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 585 f. m.w.H.

⁴⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 2.

⁴⁶ REGINA E. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014, Rz. 23.

aber in der Klinik, in der sie als Belegärztin zugelassen ist, *keinen Behandlungsplatz erhält*, weil der Betrieb durch andere (Covid-)Patienten ausgelastet ist und keine freien Kapazitäten mehr hat. Die Frage ist vor allem bedeutsam, wenn sich die stationäre Behandlung ohne Nachteile für die Gesundheit des Patienten nicht beliebig verschieben lässt. Unbestritten dürfte sein, dass der Belegarzt die Überlastung der Klinik infolge der Corona-Pandemie nicht zu verantworten hat; ihm kann daraus niemand einen Vorwurf machen. Eine Ausnahme davon könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn der Belegarzt gleichzeitig als Mitglied der Spitalleitung über die Ressourcenallokation mitentscheidet und sich dieser Entscheidung als unzulässig erweisen sollte (dazu vorne Rz. 12 ff.). Ebenso klar ist aber auch, dass eine Ressourcenknappheit den Arzt nicht von seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht gegenüber seiner Patientin entbindet. Konkret treffen ihn folgende Pflichten:

3.2.1. Aufklärung

[30] Zunächst muss die Ärztin den Patienten rückhaltlos aufklären. Die *Aufklärungspflicht umfasst* dabei:

- die Gründe der Verschiebung und den voraussichtlichen (verzögerten) Termin, falls am fraglichen Spital operiert werden soll;
- die Erklärung, weshalb der Eingriff durchgeführt werden sollte;
- die konkreten gesundheitlichen Folgen bzw. Risiken der Verschiebung der Behandlung;
- das gebotene Verhalten während der Wartezeit (z.B. mit Bezug auf Medikation, Ernährung usw.), um den gesundheitlichen Schaden in Grenzen zu halten;
- Behandlungsalternativen, und zwar auch bei anderen Gesundheitsdienstleistungserbringern.

[31] Nach hier vertretener Ansicht *schuldet der Arzt diese Aufklärung* auch dann, wenn der gesundheitliche Schaden, der durch die Verzögerung entstehen könnte, gering ist bzw. nur ein geringes Risiko besteht, dass sich ein erheblicher Schaden verwirklicht. Dies ergibt sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Nur wenn ihm bewusst ist, dass sein Leiden im «Normalfall» umgehend operiert würde und die Verzögerung auf eine – allenfalls auch nur lokale – Ressourcenknappheit zurückzuführen ist, kann er sein Selbstbestimmungsrecht und seine Entscheidungsfreiheit mit Bezug auf die Behandlung wahrnehmen, die, wie erwähnt, auch die freie Wahl des Leistungserbringers umfasst. Zu bedenken ist in diesem Kontext, dass nicht nur das Risiko einer Gesundheitsschädigung die Patientin dazu bewegen kann, eine Alternative in Anspruch zu nehmen. Auch in Sachlagen, in denen nicht ernsthaft eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder der Prognose droht, kann die Patientin ein erhebliches Interesse daran haben, möglichst rasch operiert zu werden. Diese Gründe können anhaltende Schmerzen sein (z.B. im Kontext einer geplanten Hüftgelenkoperation), krankheitsbedingte Behinderungen im Alltag (z.B. eingeschränkter Bewegungsradius bei Herzinsuffizienz) oder auch psychische Belastungen (z.B. das Wissen, dass ein vorerst nicht metastasierender Tumor länger im Körper verbleibt) und weitere Gründe (z.B. Lebensplanung bei einer Fertilitätsbehandlung).

[32] Verletzt die Ärztin die ihr obliegenden Aufklärungspflichten, kann dies dazu führen, dass sich der auf später *verschobene Eingriff dannzumal mangels gültiger Zustimmung als widerrechtlich*

erweist.⁴⁷ Dies ist etwa denkbar, wenn die Ärztin den Eingriff einfach um drei Monate verschiebt, ohne den Patienten darüber aufzuklären, dass ihm die pandemiebedingte Verzögerung der Behandlung im ursprünglich vorgesehenen Spital gravierende gesundheitliche Nachteile bringt, die sich bei einer zeitnahen Durchführung des Eingriffs in einem anderen Spital vermeiden liessen oder sich mindestens die Risiken der Behandlung vergrössern. In einem solchen Fall willigt der schicksalsergebene Patient zwar formal korrekt in die Verschiebung der Operation und in den Eingriff als solchen im betreffenden Spital ein. Seine Einwilligung beruht indessen auf der irrigen Meinung, er habe gar keine Alternative. Sie erweist sich daher wegen der fehlerhaften Aufklärung als ungültig, was den Eingriff widerrechtlich macht.⁴⁸ Der Arzt haftet daher für den Schaden, der aus dem Misserfolg der Operation entsteht, selbst wenn ihm mit Bezug auf den Eingriff keine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden kann.⁴⁹ Die Berufung auf eine solche Aufklärungspflichtverletzung ist vor allem hilfreich, wenn der Patient nicht nachzuweisen vermag, dass der ganze oder teilweise Misserfolg der Operation auf deren Verschiebung zurückzuführen ist.

3.2.2. Abmahnung und Ermittlung einer Alternative

[33] Oftmals wird die Patientin aufgrund des Vertrauens zu ihrem bisherigen Arzt die Verzögerung trotz entsprechender Aufklärung in Kauf nehmen. Zwar ist dem Arzt in der Regel nur in engen Grenzen zuzumuten, seiner Patientin «bessere» Kolleginnen oder Spitäler vorzuschlagen.⁵⁰ Im Fall einer planwidrigen und nicht medizinisch gerechtfertigten Behandlungsverzögerung muss es indessen als *Ausfluss der auftragsrechtlichen Treuepflicht* angesehen werden, dass die Ärztin auf lokale Unterschiede bei der Ressourcenknappheit und damit auf konkrete Behandlungsalternativen hinweist, wenn sie im Gespräch erkennt oder erkennen muss, dass die raschestmögliche Behandlung für den Patienten von Bedeutung ist, oder wenn das Abwarten gesundheitliche Risiken birgt. Trifft Letzteres zu, trifft den Arzt eine eigentliche Abmahnungspflicht, d.h. er muss der Patientin dazu raten, in eine Klinik einzutreten, die noch über freie Kapazitäten verfügt, um sich dort behandeln zu lassen. Verletzt der Arzt diese Informations- und Abmahnungspflichten, begeht er eine Vertragsverletzung. Da Patientinnen nicht nur für das Vorliegen einer Pflichtverletzung die Beweislast tragen, sondern auch den Kausalzusammenhang zwischen der verzögerten Operation und dem behaupteten Schaden nachweisen müssen, wenn sie Schadenersatz beanspruchen wollen, wäre die Durchsetzung von Haftungsansprüchen freilich anspruchsvoll. Sie müssten nämlich mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit beweisen können, dass eine rasche Behandlung in einem anderen Spital zu einem besseren Behandlungsergebnis geführt und damit den Schadenseintritt verhindert hätte.

[34] In jedem Fall muss die Ärztin als Fachperson den Patienten bei der Suche nach möglichen Alternativen nach Kräften unterstützen. Lassen sich im Wohnsitzkanton des Patienten keine Al-

⁴⁷ Allgemein zu den Folgen der Aufklärungspflichtverletzung u.a. HAAS (Fn. 44), Rz. 600 und 602 m.w.H.

⁴⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 5.1 und 6.3, wo das Bundesgericht dafür hielt, es könne nicht davon ausgegangen werden, ein vernünftiger Patient hätte eine (mit nicht zu vernachlässigendem Risiko verbundene) Operation dem jungen Chirurgen anvertraut; vielmehr hätte er die Operation gegebenenfalls durch einen Spezialisten durchführen lassen. Die hier interessierende Sachlage – der vernünftige Patient hätte sich womöglich für eine raschere Operation anderswo entschieden – ist vergleichbar.

⁴⁹ Zum Ganzen AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 4 Rz. 8 ff. m.w.H.

⁵⁰ Die Frage der Aufklärung über «bessere» anderweitige Behandlungsalternativen wird vor allem im Kontext der sog. Anfängeroperationen gestellt; vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 4 Rz. 45 ff. m.w.H.

ternativen finden, sind auch *Behandlungsmöglichkeiten in einem anderen Kanton* zu prüfen. Wenn es sich bei einer möglichen Alternative nicht um ein Listenspital des Wohnsitzkantons der Patientin handelt, muss der Arzt diesem raten, mit dem Krankenversicherer die Deckung der Kosten abzusprechen.⁵¹

3.2.3. Organisation und Übergabe

[35] Es versteht sich von selbst, dass die Ärztin sich nicht auf das Aufzeigen von Alternativen beschränken darf, sondern u.a. durch die zügige Übergabe der Krankenakte und, soweit nötig, die Instruktion des operierenden Arztes die Patientin beim Wechsel zu einem anderen Gesundheitsdienstleistungserbringer *unterstützt*. Diese Pflichten, die sich ebenfalls aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht sowie aus der Herausgabepflicht nach Art. 400 OR ergeben, treffen die Ärztin unabhängig davon, ob der Wechselwunsch der Patientin durch rationale Argumente gestützt ist oder nur auf rein subjektiven Überlegungen beruht.

4. Pflichten des Spitals

4.1. Vor Eintritt in das Spital

[36] In *öffentlichen Spitälern* erfolgt die Aufnahme von Patienten aufgrund der krankenversicherungsrechtlichen Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG sowie ergänzenden öffentlichrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Rechts. Bei Notfällen besteht in der Regel eine Aufnahmepflicht. Bei den anderen Patientinnen richtet sich die formelle Aufnahmeberechtigung meistens nach bestimmten Kriterien, etwa dem Wohnsitz im betroffenen Kanton oder allfälligen Verträgen zwischen dem Wohnsitzkanton der Patientin und dem Kanton, in dem das Spital liegt. Materielle Aufnahmekriterien sind grundsätzlich die medizinische Dringlichkeit, die betrieblichen Möglichkeiten und die Wünsche der nach den formellen Kriterien grundsätzlich aufnahmeberechtigten Patienten, des einweisenden Arztes oder der einweisenden Behörde. Liegt kein Notfall vor, können Patienten daher abgewiesen werden, wenn die betrieblichen Möglichkeiten erschöpft sind. In einer solchen Situation begeht das Spital keine Rechtsverletzung, wenn es Patienten abweist.

[37] Nach Art. 41a Abs. 1 KVG sind auch *private Listenspitäler* aufgrund der bestehenden Leistungsaufträge nur im Rahmen ihrer Kapazitäten verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten (Rz. 18). Wenn die Betreuungskapazitäten fehlen, kann das Privatspital somit auch im Verhältnis zu den Patientinnen von Belegärzten den Abschluss eines Spitalaufnahmevertrags ablehnen.⁵² Anders könnte es sich – wie bei öffentlichen Spitälern – in Notfällen verhalten, insbesondere bei lebensbedrohlichen Zuständen oder bei Erkrankungen von einiger Tragweite, deren Behandlung keinen Aufschub duldet. Selbst in einem solchen Fall wird man aber vom Privatspital nicht verlangen dürfen, zum Nachteil bereits hospitalisierter Patientinnen Kapazitäten zu schaffen, um den Notfallpatienten aufzunehmen. Konkret bedeutet dies, dass das Spital keine Vertragsverletzung begeht, wenn es

⁵¹ Zur Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte der Behandlung AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 34), § 2 Rz. 102 m.w.H.

⁵² DANIEL HERSCHKOWITZ, Der Belegarztvertrag – Theorie und Praxis, Zürich/St. Gallen 2020, S. 39.

mit dem Patienten, der eine planbare Operation wünscht, aufgrund fehlender Kapazitäten keinen Spitalaufnahmevertrag abschliesst.

4.2. Nach Eintritt in das Spital

[38] Näher zu prüfen bleibt daher nur der vergleichsweise seltenere Fall, dass über die Aufnahme einer Patientin schon positiv entschieden wurde bzw. der *Spitalaufnahmevertrag bereits abgeschlossen* ist, der Spitaleintritt – oder nach dem Spitaleintritt: der eigentliche Eingriff – aber daran scheitert, dass die erforderlichen Behandlungskapazitäten wegen Notfällen plötzlich ausgeschöpft sind, sei es, weil die nötigen Operationssäle mangels Personal ausser Betrieb sind, sei es weil die erforderliche Intensivstation belegt ist. Wegen Verweigerung der Behandlung bzw. Erfüllung des Vertrags liegt diesfalls objektiv eine Rechts- bzw. Vertragsverletzung vor. Für die Verweigerung der an sich geschuldeten Behandlung dürfte aber öffentlich-rechtlich ein Rechtfertigungsgrund vorliegen, weil das Spital verpflichtet ist, Notfall-Patienten zu behandeln. Will man einen solchen Rechtfertigungsgrund (weil ein anderer Entscheid im Sinn von Art. 20 OR rechts- oder sittenwidrig wäre) nicht auch im Vertragsrecht gelten lassen, bleibt hier die (zusätzliche) Möglichkeit der Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR, indem das Spital beweist, dass ihm «keinerlei Verschulden zur Last» fällt.

[39] Ein Vorwurf bliebe allenfalls bestehen, wenn die Zuteilung der nachträglich zu knapp gewordenen Ressourcen auf *unsachlichen Entscheidungen* beruhte (z.B. wird der privat versicherte Patient mit einer weniger dringlichen Operation der allgemein versicherten, aber dringender auf einen Eingriff angewiesenen Patientin vorgezogen). Ferner könnte das Spital ein Organisationsverschulden treffen, wenn der *Engpass absehbar* war und nicht rechtzeitig geeignete Vorkehren (z.B. eine Entlastung im Bereich der Covid-19-Patienten) veranlasst wurden.

[40] Unabhängig davon, ob das Spital hinsichtlich des abgesagten Eingriffs ein Vorwurf trifft oder nicht, ist es aufgrund seiner *Treuepflicht* gehalten, die Patientin bei der Suche nach möglichen Alternativen nach Kräften zu unterstützen. Wird dies unterlassen, stellt die Verletzung der Treuepflicht wiederum einen möglichen Haftungsgrund dar (vgl. Rz. 33 ff.).

5. Sorgfaltswidrige Behandlung wegen Ressourcenknappheit

[41] Zum Schluss stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn Patienten zwar behandelt werden, die *Qualität der Behandlung* aufgrund der Überlastung des Spitals aber unter dem im Normalfall geschuldeten Standard liegt. Zu denken ist an die Folgen des Einsatzes übermüdeten Ärztinnen oder übermüdeten Pflegepersonals oder an das Fehlen andernorts eingesetzter technischer Einrichtungen. In diesem Zusammenhang fragt sich ganz allgemein, ob nicht immer ein Organisationsverschulden vorliegt, wenn ein Spital die ordentlichen Behandlungskapazitäten zugunsten der Betreuung von Covid-Patienten ausdünnst und damit eine Beeinträchtigung der Behandlungsqualität anderer Patienten in Kauf nimmt.

[42] In solchen Konstellationen dürfte ein (seltener) *Anwendungsfall des Exkulpationsbeweises* liegen. Soweit das anwendbare Haftungsrecht (Art. 97 Abs. 1 OR oder ausnahmsweise kantonales

Staatshaftungsrecht⁵³) eine Exkulpation zulässt, werden sich die Verantwortlichen ebenfalls mit dem Beweis entlasten können, dass sie die Krisensituation nicht verschuldet und immer noch ihr Bestes gegeben bzw. alles getan haben, was ihnen in der Krisensituation billigerweise zumutbar war.⁵⁴ Soweit die Haftung (ohne die Möglichkeit einer Exkulpation) einzig an einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung anknüpft, über welchen Weg das Bundesgericht die Schwächen der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie im Arzthaftungsrecht umgeht,⁵⁵ wird der Patient daraus wohl keinen Vorwurf ableiten können, dass bei seiner Behandlung im Spital nur die nach den Umständen (noch) mögliche Sorgfalt angewendet wurde. Vor allem wenn man die objektive Sorgfaltspflichtverletzung entsprechend ihrer Funktion im Arzthaftungsrecht als Äquivalent der Widerrechtlichkeit sieht und den Begriff grundrechtskonform auslegt, wird man dem Geschädigten die vorne (Rz. 16) gewonnene Erkenntnis entgegenhalten können, dass sich aus grundrechtlicher Sicht der Vorrang unmittelbarer Lebensrettung vor der Rettung möglichst vieler Lebensjahre und der Erhaltung bzw. Verbesserung der Lebensqualität möglichst vieler Patienten nicht beanstanden lässt. Man wird dem Spital jedenfalls nicht zum Vorwurf machen können, dass es derzeit an einem demokratisch legitimierten formellen Gesetz fehlt, das die Kriterien für die Zuteilung knapper Ressourcen in einer kollektiven Notlage wie der Corona-Pandemie verbindlich festlegt.

6. Zusammenfassung und Ergebnisse

[43] Während der Covid-19-Pandemie haben die Spitäler in erheblichem Umfang Anästhesie- und Operationspflegepersonal, Infrastrukturen, Medizinaltechnik und andere Behandlungsressourcen in die Intensivstationen verlagert. Dies hatte zur Folge, dass Tausende von planbaren («elektiven») Operationen abgesagt bzw. verschoben werden mussten. Anders als es der Begriff «elektiv» suggeriert, besteht auch für planbare Behandlungen, die medizinisch indiziert sind, in der Regel ein bestimmtes Zeitfenster. Wird die Behandlung nicht innerhalb dieses Zeitfensters durchgeführt, kann dies die Heilungschancen und damit die Überlebensprognose verschlechtern oder zu Einbussen an Lebensqualität führen. Es muss davon ausgegangen werden, dass die aufgrund der Reallokation von Spitalressourcen während der Covid-19-Pandemie erfolgten Verschiebungen planbarer Eingriffe für zahlreiche Patienten mit derartigen gesundheitlichen Folgen verbunden war. Für diese Patienten kam die Verschiebung letztlich der *Verweigerung eines medizinisch gebotenen Eingriffs* gleich.

[44] Mit der Umteilung von Spitalressourcen in die Intensivstationen während der Covid-19-Pandemie priorisierten die Spitäler die Behandlung von lebensbedrohlich erkrankten Patienten gegenüber der Bereitstellung von Behandlungskapazitäten für alle anderen spitalbedürftigen Patienten. Damit gaben sie der unmittelbaren Lebensrettung von Patienten gegenüber dem Gewinn zusätzlicher Lebensjahre (mittel- oder langfristige «Lebensrettung») sowie dem Erhalt bzw. der Verbesserung der Lebensqualität den Vorzug. Diese Priorisierungsentscheidung ist zwar durchaus mit den Grundrechten vereinbar, rechtlich aber nicht hinreichend abgestützt. Die Kriterien für solch fundamentale Entscheidungen über den Einsatz knapper medizinischer Ressourcen in

⁵³ Z.B. § 4 Abs. 1 Haftungsgesetz (HG) des Kantons Luzern vom 13. September 1988.

⁵⁴ Zum Exkulpationsbeweis AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (Fn. 34), § 7 Rz. 69 ff. m.w.H.

⁵⁵ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (Fn. 34), § 7 Rz. 133 ff. m.w.H.

einer kollektiven Notlage wie der Corona-Pandemie sollten deshalb in einem *demokratisch legitimierten formellen Gesetz* verankert werden.

[45] Spitäler, die auf der Spitalliste eines Kantons stehen (Listenspitäler), haben im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten die Pflicht, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten (Art. 41a Abs. 1 KVG). Dadurch, dass die Spitäler zwecks Rettung möglichst vieler, unmittelbar bedrohter Menschenleben knappe Ressourcen in ihre Intensivstationen verschoben haben und medizinisch indizierte Eingriffe ausserhalb der Intensivstationen verweigern mussten, haben sie diese Aufnahmepflicht zwar nicht verletzt. Zweifelhaft ist aber, ob die *Kantone als Verantwortliche für die bedarfsgerechte Spitalversorgungsplanung* das ihnen Mögliche und Zumutbare unternommen haben, um ihre Versorgungsaufgaben zu erfüllen. Für die Zukunft stellt sich die Frage, ob die Kantone nicht mittels Planung und Vorgabe von Mindestkapazitäten im stationären Bereich bzw. Einrichtung eines Systems für die (interkantonale) Verteilung von Patienten dafür sorgen müssten, dass die zeitgerechte Durchführung von Eingriffen, bei denen wochen- oder monatelange Verzögerungen zu gesundheitlichen Schäden führen können, auch in Krisensituationen wie einer Pandemie sichergestellt ist.

[46] Für Ärztinnen und Spitäler ergeben sich gegenüber Patienten, deren Operation in einer Situation der Ressourcenknappheit aufgeschoben werden muss, eine Reihe spezifischer Pflichten. Zunächst muss die Ärztin den Patienten rückhaltlos *über sämtliche Aspekte der Verschiebung aufklären*, namentlich über die Gründe und die Dauer der Verschiebung, die medizinische Gebotenheit des Eingriffs, die konkreten gesundheitlichen Folgen bzw. Risiken der Verschiebung, das gebotene Verhalten während der Wartezeit sowie Behandlungsalternativen unter Einschluss möglicher Behandlungen durch andere Leistungserbringer. Die Ärztin schuldet diese Aufklärung auch dann, wenn nur ein geringes Risiko eines gesundheitlichen Schadens infolge der Verzögerung besteht. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflichten kann dazu führen, dass sich der auf später verschobene Eingriff dannzumal mangels gültiger Zustimmung als widerrechtlich erweist. Der Arzt würde entsprechend für den Schaden haften, der aus dem Misserfolg der Operation entsteht, selbst wenn ihm mit Bezug auf den Eingriff keine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden kann.

[47] Aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Treuepflicht muss die Ärztin im Fall einer planwidrigen und nicht medizinisch gerechtfertigten Behandlungsverzögerung auf konkrete Behandlungsalternativen hinweisen, wenn in einer Situation der Ressourcenknappheit der Aufschub des Eingriffs gesundheitliche Risiken birgt. Die Ärztin muss dem Patienten dazu raten, in eine Klinik einzutreten, die noch über freie Kapazitäten verfügt, und um sich dort nötigenfalls durch einen anderen Arzt behandeln zu lassen. Verletzt die Ärztin diese *Informations- und Abmahnungspflichten*, begeht sie eine Vertragsverletzung. Zudem muss die Ärztin als Fachperson den Patienten bei der Suche nach möglichen Alternativen nach Kräften unterstützen und dabei auch Behandlungsmöglichkeiten in einem anderen Kanton prüfen.

[48] Spitäler begehen keine Vertragsverletzung, wenn sie mit Patienten, die eine planbare Operation wünschen, aufgrund fehlender Kapazitäten keinen *Spitalaufnahmevertrag* abschliessen. Anders zu beurteilen ist der seltenere Fall, in dem der Spitalaufnahmevertrag bereits abgeschlossen wurde, die Behandlung dann aber daran scheitert, dass die erforderlichen Behandlungskapazitäten wegen Notfällen ausgeschöpft sind. Die Verweigerung der Behandlung stellt diesfalls eine Vertragsverletzung dar, welche aber aufgrund der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Behandlung von Notfall-Patienten gerechtfertigt sein dürfte. Abgesehen davon bestünde die Möglichkeit der Exkulpation, indem das Spital beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt

(Art. 97 Abs. 1 OR). Ein Vorwurf bliebe in solchen Fällen allerdings dann bestehen, wenn die Zuteilung der nachträglich zu knapp gewordenen Ressourcen auf unsachlichen Entscheidungen beruhte. Ferner könnte das Spital ein Organisationsverschulden treffen, wenn der Engpass absehbar war und nicht rechtzeitig geeignete Vorkehrungen veranlasst wurden. In jedem Fall ist das Spital bei einer Absage einer bereits vereinbarten Operation aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, die Patientin bei der Suche nach möglichen Alternativen nach Kräften zu unterstützen.

[49] Eine wiederum andere Konstellation liegt vor, wenn Patienten zwar behandelt werden, die *Qualität der Behandlung* aufgrund der Überlastung des Spitals aber unter dem im Normalfall geschuldeten Standard liegt. Soweit das anwendbare Haftungsrecht (namentlich Art. 97 Abs. 1 OR) eine Exkulpation zulässt, werden sich die Verantwortlichen mit dem Beweis entlasten können, dass sie die Krisensituation nicht verschuldet und alles getan haben, was ihnen angesichts der beschränkten Ressourcen billigerweise zumutbar war. Auch bei Anwendbarkeit einer verschuldensunabhängigen Staatshaftung, die einzig an einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung anknüpft, wird der geschädigte Patient daraus wohl keinen Vorwurf ableiten können, dass bei seiner Behandlung im Spital nur die nach den Umständen mögliche Sorgfalt angewendet wurde. So wird das Spital im Zusammenhang mit den Ressourcenverlagerungen während der Corona-Pandemie darauf verweisen können, dass der Vorrang unmittelbarer Lebensrettung vor der Rettung möglichst vieler Lebensjahre und der Erhaltung bzw. Verbesserung der Lebensqualität möglichst vieler Patienten aus Sicht der Grundrechte durchaus begründbar ist. Auf jeden Fall wird man den Spitälern nicht vorhalten können, dass es an einem demokratisch legitimierten Gesetz fehlt, das die Kriterien für die Zuteilung knapper Ressourcen in einer kollektiven Notlage wie der Corona-Pandemie verbindlich festlegt.

Prof. Dr. iur. BERNHARD RÜTSCHÉ, ordentlicher Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Luzern, Mitglied der Nationalen Ethikkommission (NEK).

Prof. Dr. iur. WALTER FELLMANN, ordentlicher Professor für Privatrecht an der Universität Luzern, Rechtsanwalt bei SwissLegal Fellmann Rechtsanwälte AG in Meggen (LU), Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern, Mitglied der Zentralen Ethikkommission der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften SAMW.

Die Autoren und die Autorin sind Mitglieder der Geschäftsleitung des Zentrums für Recht & Gesundheit der Universität Luzern.

Die Autoren und die Autorin danken Luca Oberholzer, MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern, für das sorgfältige Korrekturlesen des Manuskripts.