

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

1.24. Gesundheitsrecht/Droit de la santé

Sorgfaltspflichten bei der Verschreibung von Medikamenten

Besprechung von BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_727/2020 vom 28. Oktober 2021 (zur Publikation vorgesehen), A.A. und B.A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau und C., Fahrlässige Tötung, Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Verschreibung von Medikamenten (Freispruch).



MARCEL LANZ*

Art. 26 Abs. 2 Heilmittelgesetz umschreibt die Sorgfaltspflichten des Arztes bei der Verschreibung von Medikamenten. Ist der behandelnde Arzt verpflichtet, die komplette Krankengeschichte beim früheren Hausarzt erhältlich zu machen, wenn ihm der Patient diese nicht vollständig aushändigt? Das Bundesgericht verneint dies und führt insbesondere aus, dass sich der Arzt auf mündliche Aussagen des Patienten, wonach dieser eine bestimmte Allergie nicht aufweist, grundsätzlich verlassen dürfe.

I. Sachverhalt

Patientin A. (Geschädigte) konsultierte den Arzt C. (Beschuldigter) am 21. Mai 2015 in dessen Arztpraxis. Dieser verschrieb ihr unter anderem das Medikament Cefuroxim, das sie im Anschluss an den Arztbesuch in der Apotheke der ebenfalls angezeigten E. bezog. Gleichentags verstarb sie im Spital an den Folgen eines anaphylaktischen Schocks, der durch das Medikament Cefuroxim ausgelöst worden war.

Arzt C. war zu diesem Zeitpunkt seit rund einem Jahr der neue Hausarzt von Patientin A. gewesen und hatte sie alle zwei Wochen behandelt. Anlässlich der Erstanamnese seiner neuen Patientin hatte der Arzt insbesondere die Frage nach einer Antibiotika-Allergie abgeklärt und sie aufgefordert, frühere Krankenakten zu bringen. Anlässlich dieses Erstgesprächs hatte die Patientin ihrem neuen Hausarzt zwar einige ärztliche Unterlagen überlassen, es in der Folge aber unterlassen, diesem die früheren Krankenakten voll-

ständig zur Verfügung zu stellen. Als diese Akten weiterhin ausgeblieben waren, hatte der Arzt nochmals nachgefragt und gemäss Eintragung in der Krankengeschichte die Patientin «dringend» darum gebeten, diese Unterlagen nachzureichen, was diese allerdings weiterhin unterlassen hatte.

Die Staatsanwaltschaft warf dem Arzt vor, dass er gewusst habe oder zumindest hätte wissen müssen, dass Cefuroxim bei einer Penicillinallergie nicht verschrieben werden dürfe. Der Arzt habe pflichtwidrig unvorsichtig gehandelt, indem er der Patientin Cefuroxim verschrieben habe, obwohl er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen hätte wissen müssen, dass sie auf dieses Medikament allergisch reagieren würde, da er insbesondere im Besitz des Marcoumarpasses der Patientin gewesen sei und ihm bekannt gewesen sei, dass sie unter anderem an einem polyallergischen Asthma sowie an einer Sensibilisierung auf Pollen und Tierhaare gelitten habe.

Das Bezirksgericht Kulm und das Obergericht des Kantons Aargau sprachen den Arzt vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung frei. Beide Instanzen verurteilten hingegen die Apothekerin E. wegen fahrlässiger Tötung, da sie einem Hinweis auf eine mögliche Unverträglichkeit des Medikaments Cefuroxim in der elektronischen Akte der Patientin in der Apotheke nicht genügend nachgegangen war. Das Urteil des Obergerichts gegen E. ist unanfechtet in Rechtskraft erwachsen, während die Angehörigen der Patientin das Urteil gegen den Arzt ans Bundesgericht weiterzogen. Dieses hat den Freispruch bestätigt.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid die Sorgfaltspflichten bei der Verschreibung von Medikamenten durch Ärzte beurteilt.

Das Bundesgericht erinnerte in seinem Entscheid zunächst an die allgemeinen Voraussetzungen der Arzneimittelabgabe nach schweizerischem Heilmittelgesetz: «Das Abgabesystem des Heilmittelgesetzes beruht im Interesse der Arzneimittelsicherheit und des Patientenschutzes auf einer Fachberatung durch entsprechende Hinweise im Rahmen der Verschreibung und der Abgabe; die Abgabe an die Konsumenten soll – abgesehen von Fällen der Selbstdispensation, der Abgabe in Notfällen und der Anwendung am Patienten während der Behandlung – erst nach zweifacher Kontrolle durch Fachpersonen in Anwendung ihrer jeweiligen anerkannten Wissenschaften erfolgen. Dabei hat der Apotheker grundsätzlich nach den Vorgaben der ärztlichen Verschreibung zu handeln. Er hat sich indessen bei der das Rezept ausstellenden Person über die Richtigkeit zu vergewissern, wenn er nach den Umständen an der medizinischen Indikation des verschriebenen Arzneimittels zwei-

* MARCEL LANZ, Dr. iur., Rechtsanwalt, Schärer Rechtsanwälte Aarau.

fehl muss. In diesem Sinne sieht Art. 26 Abs. 1 HMG vor, dass der Apotheker die ärztliche Verschreibung kontrollieren und allfällige Unstimmigkeiten in Rücksprache mit dem verschreibenden Arzt bereinigen muss.»¹

Der Arzt darf ein Medikament nur verschreiben, sofern er den Gesundheitszustand des Patienten kennt (Art. 26 Abs. 2 HMG). Hierzu muss sich der Arzt sorgfältig und in der dafür notwendigen Zeit ein Bild machen, was dem Patienten fehlt und welche Behandlungsform geeignet ist. Nach der Untersuchung und der Diagnose muss der Arzt die Indikation für eine bestimmte Heilbehandlung stellen. Der Arzt hat die im Einzelfall richtige Therapie zu wählen und darauf zu achten, dass keine Unverträglichkeiten bestehen. Für die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit des Arztes kommt es entscheidend darauf an, ob die ungünstige Wirkungsweise eines Medikaments im Zeitpunkt der Applikation erkennbar war oder nicht.²

Das Bundesgericht erwähnte in seinem Urteil, dass zur Durchführung der Heilbehandlung in der Regel die Mitwirkung des Patienten erforderlich sei. *«Bei dieser Mitwirkungshandlung handelt es sich aber nicht um echte Vertragspflichten, sondern um blosse Obliegenheiten. Wirkt der Patient bei der Behandlung nicht mit, braucht der Arzt jedoch nicht tätig zu werden.»³*

Die Beschwerdeführer rügten vor Bundesgericht, dass die Vorinstanzen verkannt hätten, dass der Arzt das Medikament nicht hätte verschreiben dürfen, da er den Gesundheitszustand der Patientin nicht ausreichend gekannt habe. Insbesondere hätte er sich nicht einfach so auf die mündliche Angabe der Patientin bezüglich ihrer Antibiotika-Allergie verlassen dürfen. Überdies monierten die Beschwerdeführer, dass der Arzt die Pflicht gehabt hätte, die fehlenden Unterlagen aus der Krankenakte der Patientin selbstständig bei ihrer früheren Hausärztin erhältlich zu machen. Diese Einwände lehnte das Bundesgericht ab.

Dem Arzt hätten keine Anhaltspunkte vorgelegen, um an der Aussage der Patientin betreffend ihre Antibiotika-Allergie zu zweifeln. Er sei den gebotenen Abklärungspflichten nachgekommen, insbesondere habe er die Frage nach einer Antibiotika-Allergie abgeklärt und die Patientin aufgefordert, die vollständigen Krankenakten beizubringen.⁴ *«Aus den dem Beschwerdegegner zum Verschreibungszeitpunkt vorliegenden Informationen ergaben sich mithin keine Hinweise auf ein erhöhtes Risiko resp. eine Überempfindlichkeit auf das von ihm verordnete Cefuroxim und es bestand*

für ihn auch kein Anlass, an den Angaben seiner Patientin, wonach keine Antibiotika-Allergie bestehe, zu zweifeln.»⁵

Die Standesordnung der FMH vom 12. Dezember 1996 regelt in ihrem Art. 11 Abs. 3 die Beziehung des Arztes und der Ärztin zu ihren Patienten und Patientinnen, zu ihren Kollegen und Kolleginnen. Mit Verweis darauf hielt das Bundesgericht fest, dass das Patientengeheimnis auch gegenüber anderen Ärztinnen und Ärzten zu wahren sei. Bei Konsilien, Überweisungen, Einweisungen etc. dürfe hingegen das Einverständnis des Patienten zur Weitergabe der medizinisch erheblichen Informationen vorausgesetzt werden. Ansonsten verbietet die Geheimhaltungspflicht des Arztes die Weitergabe von Geheimnissen an Dritte. *«Der Arzt ist beispielsweise verpflichtet, die Krankengeschichte des Patienten den Augen Unberufener zu entziehen und sie sicher zu verwahren. Geheim zu halten sind selbstverständlich auch alle Ergebnisse der Untersuchungen des Arztes, vorab die Diagnose, aber auch deren Grundlagen. Die Geheimhaltungspflicht schützt die Persönlichkeit des Patienten. Er allein hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er seine Angelegenheiten Dritten offenbaren will. Die Geheimhaltungspflicht bleibt nach Abschluss der Behandlung bestehen.»⁶*

Den Einwand der Beschwerdeführer, dass der Arzt die Pflicht gehabt hätte, die früheren Krankenakten der Patientin selbst erhältlich zu machen, verneinte das Bundesgericht ebenfalls.⁷ *«Gleichwohl ergab sich für den Beschwerdegegner weder aus dem Gesetz noch aus den anerkannten Regeln der Branche, wie der Standesordnung der FMH, vorliegend eine Pflicht, selber aktiv zu werden und die von der Patientin – trotz mehrmaliger Aufforderung – nicht wahrgenommene Beschaffung ihrer früheren Krankenakten zu übernehmen. Dass er diese Unterlagen ohne grossen Aufwand bei der ihm namentlich bekannten früheren Hausärztin hätte beziehen können, vermag nichts daran zu ändern.»⁸*

¹ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.4.1.

² BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.4.2.

³ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.4.2.

⁴ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.8.

⁵ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.7.3.

⁶ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.4.3.

⁷ Das Obergericht Aargau hat sich auf die informationelle Selbstbestimmung der Patientinnen und Patienten berufen: OGer AG, SST.2019.115, 11.5.2020, E. 4.2. Der Begriff findet sich nicht im Gesetz, vielmehr umschreibt er verschiedene Instrumente des Betroffenen, die es ihm erlauben, eine gewisse Kontrolle über seine Daten sicherzustellen. Vgl. NOËMI ZIEGLER/DAVID VASELLA, Informationelle Selbstbestimmung, digma 2019, 158 ff., 158.

⁸ BGer, 6B_727/2020, 28.10.2021, E. 2.8.

III. Anmerkungen

A. Sorgfaltspflichten bei der Verschreibung von Medikamenten

Im vorliegenden Fall erhielt das Bundesgericht die Gelegenheit, sich in allgemeiner Form zu den Sorgfaltspflichten von Ärztinnen und Ärzten bei der Verschreibung von Medikamenten zu äussern. Nach Art. 26 Abs. 2 HMG darf ein Arzneimittel nur verschrieben werden, wenn der Gesundheitszustand der Konsumentin oder des Konsumenten beziehungsweise der Patientin oder des Patienten bekannt ist. Art. 26 HMG konkretisiert die dogmatisch problematische Bestimmung in Art. 3 HMG, welche von denjenigen, die mit Heilmitteln umgehen, verlangt, dass sie alle Massnahmen treffen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, um die Gesundheit von Mensch und Tier nicht zu gefährden.⁹

In früheren Entscheiden zu Art. 26 HMG hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Arzt sich sorgfältig und in der hierfür erforderlichen Zeit ein Bild machen müsse, was dem Patienten fehle und welche Therapieformen geeignet seien.¹⁰ Nicht mit Art. 26 Abs. 2 HMG vereinbar erachtete das Bundesgericht die Ausstellung von Rezepten lediglich aufgrund eines vom Patienten eingereichten Gesundheitsformulars. Mangels Interaktion zwischen dem Patienten und dem Arzt könne Letzterer die Angaben des Patienten nicht kritisch hinterfragen bzw. keine Ergänzungsfragen stellen. Auch der Patient habe so keine Möglichkeit, allenfalls bestehende Unsicherheiten oder Unklarheiten zu besprechen.¹¹ In einem späteren Urteil befand das Bundesgericht, dass die für die Verschreibung von Medikamenten notwendige Abklärung des Gesundheitszustands des Patienten nur beim persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patient möglich sei. *«Erst wenn sich der Arzt und der Patient kennen oder zumindest vorgängig persönlichen Kon-*

*takt hatten, ergibt sich die vorauszusetzende Interaktion für die Verschreibung.»*¹²

Der vorliegende Entscheid stellt eine konsequente Fortführung dieser Rechtsprechung dar. Das Bundesgericht betont die Mitwirkungspflichten des Patienten und stellt klar, dass sich Ärzte – sofern keine Anhaltspunkte für Zweifel bestehen – auf die Aussagen ihrer Patientinnen und Patienten verlassen dürfen. Eine Auffassung, die im Übrigen auch die Lehre in Deutschland vertritt.¹³ Das Bundesgericht zeigt mit diesem Urteil die Grenzen der Schutzbedürftigkeit des mündigen Patienten auf.

B. Aufklärungspflicht bei Nichtbehandlung

Nicht Gegenstand des Verfahrens bildete die ärztliche Aufklärung. Sie ist auch bei der Verschreibung von Medikamenten zu beachten,¹⁴ weshalb ihr abschliessend einige Bemerkungen gewidmet sind.

Art. 26 Abs. 2 HMG knüpft, wie dargelegt, an die genügende Kenntnis des Arztes vom Gesundheitszustand des Patienten an. Gelangt der Arzt zum Schluss, dass er den Gesundheitszustand des Patienten nur ungenügend kennt, hat er auf eine Verschreibung eines Medikaments zu verzichten. Dabei darf er es aber nicht belassen.

Die ärztliche Aufklärung hat sich zu einem zentralen Thema des Arztrechts entwickelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts *«[s]oll [der Patient] über den Eingriff oder die Behandlung soweit unterrichtet sein, dass er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann»*.¹⁵ Der Patient muss über alle Informationen verfügen, die ihm eine Abwägung des möglichen Nutzens der Behandlung und der mit ihr verbundenen Risiken erlaubt. Die Aufklärung gewährleistet die freie Willensbildung des Patienten.¹⁶ Ist der Patient ungenügend aufgeklärt, erweist sich die Einwilligung als ungültig und die ärztliche Behandlung ist widerrechtlich unabhängig davon, ob dem behandelnden Arzt eine Sorgfaltspflichtverletzung hinsichtlich der Behandlung vorgeworfen werden kann.¹⁷

⁹ BSK HMG-JAISLI/SCHUMACHER-BAUSCH, Art. 3 N 60, 74, in: Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli (Hrsg.), Heilmittelgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2021, die bemängeln, dass Art. 3 HMG ohne griffige Eingrenzungskriterien im Zusammenhang mit der Strafbestimmung in Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG zum Einfallstor für sämtliche Sorgfaltspflichtverletzungen im Bereich des Heilmittelgesetzes würde. Auch unter dem Aspekt der zivilrechtlichen Haftung erweist sich der Wortlaut von Art. 3 HMG als problematisch und bedarf der Einschränkung, da eine Gesundheitsgefährdung unter der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie grundsätzlich keine Haftung begründet. Ausführlich: MARCEL LANZ, Die Haftung beim Einsatz synthetischer Nanopartikel, Diss. Freiburg 2019, N 553 ff.

¹⁰ BGE 142 II 80 E. 5.4, worin das Bundesgericht die Anforderungen im Versandhandel prüfte.

¹¹ BGer, 2C_901/2012, 30.1.2013, E. 4.3.1.

¹² BGE 142 II 80 E. 5.5.4.

¹³ MICHAEL MAYER, in: Stefan Fuhrmann/Bodo Klein/Andreas Fleischfresser (Hrsg.), Arzneimittelrecht, 3. A., Stuttgart 2020, § 43 N 82 m.w.H.

¹⁴ BGE 134 IV 175 E. 4.1.

¹⁵ BGE 117 Ib 197 E. 3b.

¹⁶ REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCH/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, § 4 N 2.

¹⁷ BGE 114 Ia 350 E. 6; 108 II 59 E. 3.

Neben der Aufklärung über die Chancen der Behandlung und deren Risiken hat der Arzt den Patienten grundsätzlich auch über Behandlungsalternativen aufzuklären.¹⁸ Dazu gehört die Aufklärung über die Folgen einer *Nichtbehandlung*.¹⁹ Gelangt der Arzt zum Schluss, dass er den Gesundheitszustand des Patienten nicht ausreichend kennt, um ein bestimmtes Medikament zu verschreiben, hat der Arzt den Patienten über die Folgen der Nichtbehandlung aufzuklären. Nur so kann der Patient eine informierte Entscheidung über die Nichtbehandlung treffen.

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

1.4. Grundrechte/Droits fondamentaux

1.4.9. Schutz der Privatsphäre/ Protection de la sphère privée

Umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung bei DNA-Analysen

Besprechung von BGE 147 I 372, 22.4.2021

Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil BGE 147 I 372 vom 22. April 2021, A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Befehl für erkennungsdienstliche Erfassung und nicht invasive Probenahme sowie DNA-Analyse.



STEFAN LEDERGERBER*

Die Phänotypisierung ist im Vergleich zur herkömmlichen DNA-Analyse ein schwererer Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Vor diesem Hintergrund erweist sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Entnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles lediglich einen leichten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teilgehalt des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK) darstellen, als nicht mehr zeitgemäss. Es drängt sich somit eine neue, umfassendere Prüfung der Grundrechtsschranken bei der Beurteilung der Eingriffsschwere auf.

I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft führt gegen Beschwerdeführer A. eine Strafuntersuchung wegen des Verdachts auf Nötigung, Landfriedensbruch, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Diensterschwerung. A. wird vorgeworfen, anlässlich der Klima-Aktionstage («Collective Climate Justice»-Tage) am 8. Juli 2019 kurz nach 6.00 Uhr morgens zusammen mit weiteren Aktivisten ein Gebäude der UBS in Basel umstellt zu haben. A. und andere Mitbeteiligte hätten dabei an der Liegenschaft mit Kohlestücken Parolen angebracht, Überwachungskameras überklebt und teilweise mit Holzbarrikaden und Kohlehaufen die Eingänge blockiert.

¹⁸ BGer, 4P.110/2003, 26.8.2003, E. 3.1.1; ausführlich zur Aufklärung über Behandlungsalternativen: ROGGO ANTOINE, Aufklärung des Patienten, Diss. Bern 2002, 95 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, recht 1993, 149 ff., 156. Das BGB enthält in § 630e Abs. 1 eine explizite Regelung, wonach über Behandlungsalternativen aufzuklären sei, «wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können».

¹⁹ ROGGO (FN 18), 97 m.w.H., LANZ (FN 9), N 606 m.w.H.; CLAUDIA FINK, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Diss. Bern 2008, 140; nach § 630e Abs. 1 BGB hat der Arzt über die Notwendigkeit einer Massnahme aufzuklären, woraus sich die Pflicht ergibt, auf die Folgen der Nichtbehandlung hinzuweisen. Vgl. dazu: ERWIN DEUTSCH/ANDREAS SPICKHOFF, Medizinrecht, 7. A., Heidelberg 2014, N 449.

* STEFAN LEDERGERBER, MLaw, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.