

**Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss**

**Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit**

Ausschussdrucksache
17(14)0326(39)
gel. ESV zur öAnh am 22.10.
12_Patientenrechtegesetz
25.10.2012

Raue LLP
Rechtsanwälte und Notare
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
Tel: +49 (0)30 818 550 - 0
Fax: +49 (0)30 818 550 - 100
www.raue.com

Sachverständige Stellungnahme

**Regierungsentwurf (BT Ds. 17/10488) des Bundesministeriums
für Gesundheit für ein Gesetz zur Verbesserung der Rechte von
Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz)**

Prof. Dr. Wolfgang Kuhla
Sekretariat: Doris Fichter
Tel: +49 30 818 550 - 301
Fax: +49 30 818 550 - 105
wolfgang.kuhla@raue.com

Datum: 25. Oktober 2012
Unser Zeichen: frKU

I. Allgemeines

Ich begrüße die Absicht, das Recht der medizinischen Heilbehandlung zivilrechtlich zu kodifizieren.

Die vorgesehene Regelung beseitigt ein demokratiestaatliches Defizit, indem ein wichtiger Lebensbereich der Bürgerinnen und Bürger durch Gesetz geregelt wird.

Die ausdrückliche gesetzliche Regelung macht es nicht nur den am Behandlungsgeschehen Beteiligten leichter, sich über ihre Rechte und Pflichten zu informieren. Die Kodifizierung beseitigt auch die Unsicherheiten, die mit richterlicher Rechtsfortbildung verbunden sind, ohne dass eine solche weitere Rechtsfortbildung unterbunden wird. Schließlich wird im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten in Zukunft häufig ein Verweis auf die entsprechende Norm im Bürgerlichen Gesetzbuch anstelle eines Rechtsprechungsnachweises genügen.

Raue LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer 353949 registrierte Limited Liability Partnership nach englischem Recht, die in Deutschland beim Amtsgericht Charlottenburg unter PR 658 B eingetragen ist. Es besteht keine persönliche Haftung der Partner (members) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.
Raue LLP is a Limited Liability Partnership under English law, registered in England and Wales under No. 353949 and registered in Germany with the Local Court Charlottenburg under PR 658 B. The members are not personally liable for the liabilities of the partnership.

Die Einordnung der Bestimmungen nach den Regelungen zum Dienstvertrag unterstreicht zutreffend den dienstvertraglichen Charakter des Behandlungsvertrages.

Der Regierungsentwurf entspricht weitgehend der bisher auf richterlicher Rechtsfortbildung basierenden Rechtslage. Ungeachtet dessen mache ich auf Friktionen aufmerksam, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren beseitigt werden sollten.

Die nachfolgende Stellungnahme beruht auf einer mit dem Schuldrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) erarbeiteten Stellungnahme zum Referententwurf und reflektiert die Änderungen im Regierungsentwurf.

II.

Zu den einzelnen Normen

1. § 630a Abs. 1 BGB-E

§ 630a Abs. 1 BGB-E regelt die grundsätzlichen Pflichten von „Behandelnder“ und „Patient“.

a) Terminus „Patient“

§ 630a Abs. 1 BGB-E spricht auf der Leistungsempfängerseite vom „Patienten“. Patient und Vertragspartner müssen jedoch nicht identisch sein. So schließen Eltern regelmäßig im eigenen Namen einen Behandlungsvertrag zur Versorgung ihres Kindes ab und nicht als gesetzliche Vertreter im Namen ihrer Kinder. In diesen Fällen handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB. Das Kind erhält dadurch einen Erfüllungsanspruch gegen den Behandelnden, wird aber nicht selbst Vertragspartei. Vertragsparteien sind nur die Eltern und der Behandelnde. Daher empfehlen sich anstelle des Terminus „Patient“ die Termini „Leistungsempfänger“ oder „Leistungsgläubiger“. In Betracht kommt stattdessen auch, nach den Worten „der andere Teil“ den Klammervermerk „(Patient)“ zu streichen.

b) Terminus „Behandelnder“

§ 630a Abs. 1 BGB-E spricht nicht vom Arzt, sondern von einem „Behandelnden“. Das erfasst zutreffend den zu regelnden Lebenssachverhalt.

Denn auch Krankenhäuser und sonstige Erbringer von Behandlungsleistungen können Vertragspartner sein.

aa) Sprachlich

Aufgrund des Gebots sprachlicher Schlichtheit schlage ich vor, dass in der Norm anstelle des substantivierten Partizip I „Behandelnder“ zumindest der Terminus „Behandler“ verwendet wird.

bb) Parallele zu SGB V

Zu erwägen ist zudem aus rechtssystematischen Gründen eine zum SGB V parallele Terminologie. In § 630a Abs. 1 BGB-E könnte daher der Terminus „Leistungserbringer“ Verwendung finden.

cc) Unschärfe Begrifflichkeit

Der Terminus „Behandelnder“ wird im Referentenentwurf mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet. In § 630a Abs. 1 BGB-E bezeichnet der Begriff den Vertragspartner, in § 630c Abs. 2 Satz 4 BGB-E aber den Arzt, der die Behandlung durchgeführt hat. Diese begriffliche Unschärfe sollte vermieden werden. Ich schlage daher vor, den Terminus „Behandelnder“ der Vertragspartei des Behandlungsvertrags vorzubehalten. Wo hingegen der die Behandlung durchführende Arzt gemeint ist, sollte das auch sprachlich zum Ausdruck kommen.

In § 630c Abs. 2 Satz 4 BGB-E sollte deshalb „durch den Behandelnden“ ersetzt werden durch „durch den behandelnden Arzt“.

Eine entsprechende Änderung rege ich in § 630h Abs. 4 BGB-E (Beweislast bei fehlender Eignung und Befähigung) an. Auch dort ist nicht der Behandelnde als Vertragspartei, sondern aus hiesiger Sicht der die Behandlung durchführende Arzt gemeint.

c) Rechtshindernde Einwendung gegen Vergütungsanspruch: Zahlungspflicht Dritter

Ich begrüße, dass der grundsätzlich zur Zahlung verpflichtete Leistungsempfänger dem Leistungserbringer die rechtshindernde Einwendung der Zahlungsverpflichtung Dritter entgegenhalten kann „soweit nicht ein Dritter

zur Zahlung verpflichtet ist“. Denn dies stellt klar, dass ein privatrechtlicher Behandlungsvertrag (wenn auch ohne Zahlungsverpflichtung des Leistungsempfängers) auch dann entsteht, wenn der Leistungsempfänger gesetzlich versichert und die gesetzliche Krankenversicherung die Vergütung zu leisten verpflichtet ist. Dieses Verständnis der Vertragslage entspricht der bisherigen ständigen Rechtsprechung (zutreffend RegE, Seite 18 f.).

Soweit keine Zahlungspflicht Dritter besteht, entfällt nach der Bestimmung die Zahlungspflicht. Diese klare Regelung macht komplexere Rechtskonstruktionen (etwa über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Nichtzahlung durch die gesetzliche Krankenversicherung, *BGH*, Urteil vom 28.02.2005 – III ZR 351/04) überflüssig.

Der Referentenentwurf dürfte allerdings allein das Ziel haben, Ansprüche gegen den Patienten dann auszuschließen, wenn ein Sozialversicherungsträger gegenüber dem Leistungserbringer vergütungspflichtig ist (typischer Fall: Der Patient ist gesetzlich krankenversichert). Bei Privatversicherten muss der Leistungserbringer weiterhin einen Anspruch gegen Leistungsempfänger haben, auch wenn ein Direktanspruch gegenüber der privaten Versicherung (etwa im Rahmen des Klinik-Card-Verfahrens, dazu *Adam*, NJW 2011, 7) besteht. Nur so kann ausgeschlossen werden, dass sich in der Praxis die Frage stellt, ob sich der Leistungserbringer Einwendungen des Versicherers aus dem privaten Versicherungsverhältnis entgegenhalten lassen muss. Die Norm sollte daher klarstellen, dass der Vergütungsanspruch gegen den Leistungsempfänger nur entfällt, soweit ein Sozialversicherungsträger zur Zahlung an den Leistungserbringer verpflichtet ist. Ich schlage daher folgende Formulierung für § 630a Abs. 1 Hs. 2 BGB-E vor:

„[...] soweit nicht ein Sozialversicherungsträger zur Zahlung der Vergütung an den Leistungserbringer verpflichtet ist.“

2. § 630a Abs. 2 BGB-E

§ 630a Abs. 2 BGB-E legt den im Zeitpunkt der Behandlung geltenden Facharztstandard als Maßstab für die geschuldete Qualität der Behandlungsleistung fest. § 630a Abs. 2 BGB-E gibt damit die bisherige herrschende Rechtsprechung wieder.

Die Parteien müssen allerdings aufgrund ihrer Privatautonomie sowohl höhere als auch niedrigere Behandlungsstandards vereinbaren können (s.a. *BVerfG*, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 1. Februar 2011 – 1 BvR 2383/10).

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Ergänzung trägt dem zutreffend Rechnung.

3. § 630b BGB-E

§ 630b BGB-E ordnet die Anwendbarkeit der Dienstvertragsvorschriften an, vorbehaltlich der neuen Bestimmungen. Der Verweis unterstreicht nochmals den dienstvertraglichen Charakter des Behandlungsvertrages. Über die Verweisungsnorm gelten etwa die DRG-Fallpauschalen und die GOÄ über § 630b BGB-E i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB für die Behandlungsvergütung.

Der Behandlungsvertrag kann im Einzelfall auch die Herstellung technischer Hilfsmittel umfassen. Nach der ständigen Rechtsprechung ist beispielsweise der auf eine zahnprothetische Behandlung gerichtete Vertrag ein Dienstvertrag. Es gilt jedoch das Gewährleistungsrecht des Werkvertrages, soweit eine spezifisch zahnärztliche Heilbehandlung nicht vorliegt, sondern es sich nur um die technische Anfertigung der Prothese handelt (BGHZ 63, 306). Dieser sinnvollen Differenzierung sollte nach meiner Ansicht Rechnung getragen werden. Der letzte Halbsatz kann zu diesem Zweck klarstellend wie folgt gefasst werden:

„[...] , soweit es nicht um die technische Herstellung von Hilfsmitteln geht und soweit in diesem Untertitel nichts anderes bestimmt ist.“

4. § 630c Abs. 2 BGB-E

a) Satz 2 und Satz 3

Die Sätze 2 und 3 regeln die Informationspflichten über Behandlungsfehler. Unklar ist dabei die Beweislast. Das gilt sowohl bei Erfüllung, als auch bei Verletzung der Informationspflichten. Im Einzelnen:

aa) Erfüllung der Informationspflicht

In diesem Fall informiert der Behandelnde den Patienten über einen eigenen Behandlungsfehler (der Fall der Information über Behandlungsfehler Dritter spielt hier keine Rolle). Fraglich ist, wie sich dies auf die Beweislast in einem späteren Prozess auswirkt, Denkbar ist, dass der Behandelnde den Behandlungsfehler im Prozess nunmehr bestreitet, weil seines Erachtens die ursprüngliche Einschätzung vor schnell und unrichtig gewesen sei. Wer ist in diesem Fall beweisbelastet für den Behandlungsfehler? In der bisherigen Rechtsprechung

zum Arzthaftungsrecht ist das soweit ersichtlich nicht geklärt. Die Frage könnte in der Praxis Diskussionen und (bis zur höchstrichterlichen Klärung) Unsicherheit auslösen. Ich rege deshalb eine Klarstellung an.

In Betracht kommen zwei Alternativen: Entweder die ursprüngliche Aussage, dass ein Behandlungsfehler zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Behandelnden führt. Oder es bleibt auch in diesem Falle bei den Grundsätzen des § 630h BGB-E (Beweislastumkehr nur bei voll beherrschbarem Behandlungsrisiko, Verletzung von Dokumentationspflichten, Anfängerfehler, grober Behandlungsfehler).

Dazu folgende Hinweise aus meiner Sicht:

- Der Sinn der Informationspflicht in § 630 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB-E erfordert nicht zwingend eine Beweislastumkehr. Sinn der Informationspflicht ist, den Patienten über Behandlungsfehler in Kenntnis zu setzen, nicht dagegen, einen Schadensersatzprozess zu erleichtern.
- Im Verkehrsunfallrecht führt ein „Schuldbekenntnis“ vor Ort in der Regel zur Beweislastumkehr hinsichtlich der schuldhaften Unfallverursachung (*BGH NJW 1984, 799*). Das ist aber nicht ohne weiteres auf die Information über Behandlungsfehler übertragbar. Im Verkehrsunfallrecht ist die Beweislastumkehr Äquivalent dafür, dass der Erklärungsempfänger von der Wahrnehmung seiner Aufklärungsmöglichkeiten absieht (*BGH a.a.O. Rn. 17*, zitiert nach *Juris*). Vergleichbare Erwägungen greifen hier nicht; die Dokumentationspflichten des Behandelnden bleiben unberührt.

Ich neige daher eher dazu, es bei den Grundsätzen des § 630h BGB-E zu belassen. Statt einer ausdrücklichen Regelung würde voraussichtlich auch eine Klarstellung in der Begründung die Unsicherheiten für die Praxis vermeiden.

bb) Verletzung der Informationspflicht

In diesem Fall offenbart der Behandelnde einen erkennbaren Behandlungsfehler nicht. In der Praxis könnte sich die Frage stellen, ob diese Verletzung der Informationspflicht zu einer Beweislastumkehr im Hinblick auf die Kausalität des Behandlungsfehlers für den einge-

tretenen Schaden führt. Der Fall liegt scheinbar nahe dem des „groben Behandlungsfehlers“: Die Nichtinformation über einen erkennbaren Behandlungsfehler trotz Nachfrage des Patienten (§ 630c Abs. 2 Satz 2 BGB-E) oder trotz drohender Gesundheitsgefahren (§ 630c Abs. 2 Satz 3 BGB-E) könnte als grober Pflichtenverstoß einzuordnen sein. Der „grobe Behandlungsfehler“ führt nach § 630h Abs. 5 BGB-E zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität. In der Praxis könnte Unsicherheit darüber entstehen, ob das auch bei Verletzung der Informationspflichten über erkennbare Behandlungsfehler gilt. Ich rege an, dem durch eine Klarstellung zu begegnen.

Dazu Folgendes: Eine Beweislastumkehr ist meines Erachtens weder rechtspolitisch noch rechtsdogmatisch für die Verletzung der Informationspflicht begründbar. Das wäre dem Haftungsrecht fremd. Die Beweislastumkehr ist typischerweise eine Reaktion auf eine vom Schädiger zu verantwortende Beweisnot des Geschädigten. Darauf beruht auch die Figur des „groben Behandlungsfehlers“. Der BGH hat die Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern damit begründet, dass ein Arzt, der durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst eine Lage geschaffen habe, die nicht erkennen lasse, wie der Verlauf bei ordnungsgemäßer Hilfe gewesen wäre, „näher daran“ sei, das Beweisrisiko zu tragen, als der Patient, der kaum etwas zur Klärung des Sachverhalts beitragen könne (*BGH NJW 1967, 1508*). Es handelt sich nicht um eine Sanktion für ärztliches Verschulden. Die Beweislastumkehr knüpft vielmehr daran an, dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, so dass der Arzt nach Treu und Glauben dem Patienten den vollen Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann (*Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, 2010, § 110 Rn. 6 m. w. N.*). Und im Bereich der groben Befunderhebungsfehler wird die Beweislastumkehr ausdrücklich damit begründet, dass die beweisrechtliche Situation bereits durch die Nichterhebung der Befunde beeinträchtigt werde (*BGH NJW 2004, 1871, 1872*).

Ein Zusammenhang zwischen Verletzung der Informationspflicht und (Nicht-)Aufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs besteht jedenfalls nicht zwangsläufig. Anders ist das etwa, wenn der Patient im Falle der gebotenen Information den (später nicht mehr aufklärbaren)

Ursachenzusammenhang hätte aufklären können (etwa durch Begutachtung oder Beratung bei einem anderen Arzt). Ich rege daher folgende Klarstellung in einem § 630h Abs. 6 BGB-E an:

„Die Verletzung der Informationspflichten nach § 630c Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 führt dann zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und eingetretenem Schaden, wenn die Verletzung der Informationspflicht die Aufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs erschwert hat“.

b) § 630c Abs. 2 Satz 4 BGB-E

Satz 4 setzt den nemo-tenetur-Grundsatz um. Nicht ausdrücklich geregelt ist indes, wie weit der strafprozessrechtliche Schutz des sich selbst belastenden Arztes reicht. Ist nur die Erklärung als solche (gleichsam als Geständnis) nicht verwertbar, oder darf die vom Arzt selbst stammende Information auch nicht als Grundlage für weitere Ermittlungen eingesetzt werden? Die Begründung zum Regierungsentwurf verhält sich dazu nicht. Gerade die strafrechtlichen Konsequenzen der neuen Regelung sollten aber meines Erachtens möglichst eindeutig geregelt sein.

Der Terminus „verwendet werden“ in Satz 4 deutet darauf hin, dass die Aussage des Arztes auch nicht zum Anlass weiterer Ermittlungen genommen werden darf. Der Sprachgebrauch des Entwurfs („verwendet werden“) entspricht der vergleichbaren Regelung in § 97 InsO. Dort wird die selbstbelastende Auskunft des Insolvenzschuldners mit einem umfassenden Verwendungsverbot belegt. Das ist mehr als ein bloßes Verwertungsverbot. Bei dem Verwertungsverbot darf im Strafprozess eine selbstbelastende Auskunft selbst nicht verwertet werden. Ein Verwendungsverbot, das auch als „Fernwirkungsverbot“ (im anglo-amerikanischen Recht: fruits of the poisonous tree) bezeichnet wird, bedeutet darüber hinaus, dass die erteilte Auskunft auch nicht als Grundlage für weitere Ermittlungen mit dem Ziel der Schaffung selbstständiger Beweismittel eingesetzt werden darf (*Passauer/Stephan* in: Münchener Kommentar zur InsO. 2. Auflage 2007, § 97 Rn. 16).

Sollte dies der rechtspolitischen Absicht entsprechen, rege ich eine Klarstellung zumindest in der Gesetzesbegründung an, dass der Terminus „verwendet“ (und eben nicht „verwertet“) mit Bedacht gewählt ist.

5. § 630c Abs. 3 BGB-E

Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist, muss er gemäß § 630c Abs. 3 BGB-E den Patienten vor Beginn der Behandlung in Textform darüber informieren.

Die in § 630c Abs. 3 BGB-E geregelte Informationspflicht beschränkt sich auf die Fälle, in denen der Leistungserbringer positive Kenntnis davon hat, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist. Das ist enger als die bisherige Rechtsprechung des BGH. Danach entsteht die wirtschaftliche Informationspflicht, wenn der Arzt nach den Umständen begründete Zweifel haben muss, ob die Krankenversicherung die Kosten einer bestimmten Maßnahme übernimmt (BGH NJW 1983, 741).

Indes besteht kein Anlass für die Bestimmung der Textform als Wirksamkeitserfordernis. Dies ergibt sich schon daraus, dass für den Behandlungsvertrag keine Textform erforderlich ist. Ein besonderes Bedürfnis für eine Warnung des Patienten besteht nicht.

Ich schlage daher insgesamt folgende Formulierung vor:

„Bestehen den Umständen nach begründete Zweifel, dass ein Dritter die Behandlungskosten vollständig übernimmt, so muss der Behandelnde den Patienten vor Beginn der Behandlung darüber informieren.“

6. § 630c Abs. 4 BGB-E

Gegen § 630c Abs. 4 BGB-E bestehen keine Bedenken. Die Norm entspricht der ständigen Rechtsprechung.

7. § 630d BGB-E

Gegen § 630d BGB-E bestehen keine Einwände. Die Norm entspricht der bisherigen ständigen Rechtsprechung.

8. § 630e Abs. 2 BGB-E

In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass die Aufklärung durch einen Arzt erfolgen muss, soweit es um Maßnahmen geht, die Ärzten vorbehalten sind. Gleichmaßen ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass der behandelnde Arzt die Aufklärung auf einen anderen Arzt delegieren kann (BGHZ 169,

364). In den Krankenhäusern erfolgt die Aufklärung aus Gründen der Arbeitsorganisation und um den in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an den spätestens Zeitpunkt der Aufklärung zu entsprechen (jetzt: § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB-E), häufig durch Ärzte, die nicht an der Behandlung teilnehmen und die den Gegenstand der Aufklärung bildende Maßnahme selbst noch nicht durchgeführt haben, aufgrund ihrer erworbenen Kenntnisse dem Patienten diese Maßnahme aber verlässlich erläutern können.

Ich gebe ferner nochmals zu bedenken, dass Gesetz mit dem Begriff „Behandelnder“ den Vertragspartner (also z.B. einen Krankenhausträger) bezeichnet. Dieser ist zwar verpflichtet die Aufklärung sicher zu stellen, die Aufklärung hat aber durch einen Arzt zu erfolgen.

Wenn die hier beschriebene, bewährte Aufklärungspraxis beibehalten werden und den soeben angesprochenen, terminologischen Bedenken Rechnung getragen werden soll, schlage ich vor, § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB-E wie folgt zu fassen:

„mündlich durch den behandelnden Arzt oder durch einen Arzt erfolgen, der über die zur sachgerechten Aufklärung notwendigen Fachkenntnisse verfügt; [...]“

Im Übrigen entsprechen die Regelungen der ständigen Rechtsprechung.

9. § 630e Abs. 3 BGB-E

§ 630e Abs. 3 BGB-E (Ausnahmen von der Aufklärungspflicht) könnte die entsprechende Anwendung des § 630c Abs. 4 BGB-E anordnen. Beide Normen sind bisher im Wesentlichen gleichlautend.

Die Regelung entspricht der ständigen Rechtsprechung. Der BGH hält insbesondere den Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung für zulässig, betonte allerdings: „Freilich liegt es im Wesen der Sache, dass an die Feststellung eines besonders weitgehenden Aufklärungsverzichts strenge Anforderungen zu stellen sind.“ (BGH, Urteil vom 28. November 1972 – VI ZR 133/71, juris Rn. 32).

10. § 630f BGB-E

Gegen § 630f BGB-E bestehen keine Bedenken. Der Inhalt entspricht der ständigen Rechtsprechung.

11. § 630g BGB-E

Gegen § 630g BGB-E bestehen keine Bedenken. Sein Inhalt entspricht der ständigen Rechtsprechung.

12. § 630h BGB-E

Gegen § 630h BGB-E bestehen keine Bedenken. Sein Inhalt entspricht der ständigen Rechtsprechung.

Berlin, 22. Oktober 2012



Prof. Dr. Wolfgang Kuhla
Rechtsanwalt