

Ass. jur Michael Wessel

70794 Filderstadt

Stellungnahme zum Antrag der SPD-Fraktion

„Für ein modernes Patientenrechtegesetz“

Bundestag-Drucksache 17/907 vom 03.03.2010

A. Vorbemerkung:

In meiner Eigenschaft als verantwortlicher Jurist bei einer großen gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich der Arzthaftung werde ich täglich mit Problemen konfrontiert, die sich sowohl im juristischen wie auch im medizinischen Bereich befinden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Kodifikation der Arzthaftung zu einer wirksamen Problemlösung beitragen kann.

Zunächst ist aber zu fragen, ob nicht schon das Grundgesetz per se eine Kodifizierung von Patientenrechten verlangt.

B. Kodifikation der Arzthaftung: ein verfassungsrechtliches Erfordernis?

1. Das Rechtsstaatsprinzip

Nach dem Grundgesetz ist das Rechtsstaatsprinzip ein wesentlicher Teil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Seine Elemente sind teilweise im Grundgesetz niedergelegt, teilweise durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt worden. Insbesondere die Gewaltenteilung ist als ein wesentliches Kernelement zu nennen.

2. Das Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip ist unter anderem in Art. 20 II GG festgeschrieben („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) und stellt ebenfalls eine wesentliche Säule der freiheitlich-demokratischen Grundordnung dar.

3. Das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

Aus dem Demokratieprinzip könnte abgeleitet werden, dass **alle** Entscheidungen der Verwaltung irgendeiner gesetzlichen Grundlage bedürfen. Nur das Volk ist der eigentliche Souverän und alles Handeln der Exekutive darf allein anhand einer Legitimation desselben (mit der Parlamentswahl und der Gesetzgebung) erfolgen. (Totalvorbehalt).

Das führt aber zu einer Kollision mit dem rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsprinzip. Dieser Grundsatz erfordert eigene Tätigkeitsbereiche der rechtsprechenden Gewalt und der Verwaltung, um ein effektives staatliches Handeln zu gewährleisten.

Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses hat das Bundesverfassungsgericht die sogenannte Wesentlichkeitstheorie aus dem GG abgeleitet. Es besteht eine Verpflichtung des Gesetzgebers, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Der Exekutive bleibt aber ein eigener Spielraum, um tätig zu werden (BVerfGE 47, 46 ff.).

Dieser erste Spruch des Bundesverfassungsgerichtes zur Wesentlichkeitstheorie bezog sich zunächst nur auf die Reichweite der Verordnungsermächtigung der Exekutive nach Art. 80 GG.

In einem späteren Urteil hat das Verfassungsgericht die Theorie erweitert. Das Gericht verlangt nun, dass alle grundlegenden und wesentlichen Entscheidungen allein vom Gesetzgeber zu treffen sind (BVerfGE 49, 89 ff.)

Als „wesentlich“ im Sinne dieses Urteils sind insbesondere die Sachverhalte zu nennen, die eine Grundrechtseinschränkung des Bürgers betreffen.

4. Wesentlichkeitstheorie und Arzthaftung

Es stellt sich abschließend die Frage, ob das Arzthaftungsrecht zwingend kodifiziert werden müsste.

Zunächst ist festzustellen, dass es sich im Arzt und Patientenverhältnis *grundsätzlich* nicht um einen öffentlich-rechtlichen Sachverhalt handelt, da der Arzt nicht hoheitlich tätig wird. Vielmehr handelt es sich um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis.

Zu berücksichtigen ist, dass der Arzt bei einer Maßnahme im Bereich der Heilbehandlung eines der wichtigsten Grundrechte einschränkt, nämlich das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG). In dieses Recht darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Seit dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE 7, 198) ist die sog. Drittwirkung der Grundrechte anerkannt. Diese können nicht nur in einem Über-Unterordnungsverhältnis (als Abwehrrechte gegen den Staat) Wirkungen entfalten, sondern auch im Verhältnis der Bürger untereinander (mittelbare Drittwirkung).

Geht man aber davon aus, dass die Wesentlichkeitstheorie eine gesetzgeberische Regulierung **aller** grundrechtsrelevanten/einschränkenden Sachverhalte verlangt, ganz gleich ob es sich um Abwehrrechte oder die Drittwirkung handelt - Gegenteiliges lässt sich dieser Theorie nicht entnehmen - **so müssen zumindest die wesentlichen Grundsätze der Arzthaftung einer gesetzgeberischen Entscheidung unterfallen.**

C. Ist eine Kodifikation der Arzthaftung auch aus praktischen Erwägungen sinnvoll?

Bei meiner täglichen Fallbearbeitung fällt auf, dass den Patienten das Ergebnis einer Begutachtung besonders dann schlecht zu vermitteln ist, wenn der Gutachter zwar eine ärztliche Pflichtverletzung bejaht, jedoch nicht sagen kann, ob der Behandlungsfehler den beklagten Gesundheitsschaden verursacht hat („Kausalität“). Ein Schmerzensgeld- oder Schadensersatzanspruch kann dann nicht bewiesen werden.

Aus der Sicht des Patienten ist das Votum des Gutachters schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil doch ein „Behandlungsfehler“ vorliegen würde.

Verweise ich dann wiederum auf die geltende Rechtsprechung, die meistens niemand der Patienten näher kennt, so hilft das bei der Überzeugungsarbeit oftmals wenig weiter.

Eine Entscheidung lässt sich aber dann überzeugender vermitteln, wenn sie auf einer für den Patienten deutlich zu verstehenden gesetzlichen Regelung beruht. Dies mag damit zusammen hängen, dass einem Gesetz der Charakter einer verbindlichen „hoheitlichen“ Entscheidung zukommt, der man sich lieber unterordnet, als einer Einzelfallentscheidung, die irgendeines von zahlreichen Gerichten irgendwann einmal gefällt hat. Insofern kann eine klare gesetzliche Regelung zum Rechtsfrieden beitragen.

Die Informationsfunktion eines Gesetzes ist also nicht zu unterschätzen. Gerade im Kontakt mit Ärzten fällt auf, dass sie über ihre Pflichten in Bezug auf die Patienten teilweise wenig informiert sind. Der Bundesgerichtshof hat schon 1981 entschieden, dass dem Patient ein Anspruch auf Einsichtnahme in seine Patientenunterlagen zusteht, beispielsweise durch Übersendung von Kopien. Dennoch müssen die Patienten auffällig oft einen Rechtsanwalt einschalten, damit dieser auf die Verpflichtung des Arztes hinweist. Und selbst dann übersenden die Ärzte nichts, sondern fragen erst bei der Kassenärztlichen Vereinigung nach oder lassen es ganz auf eine Herausgabeklage ankommen.

Eine deutliche gesetzliche Regelung würde hier sicherlich Abhilfe schaffen.

D. Wie müsste eine gesetzliche Regelung aussehen?

1. Vorbemerkung:

Die ehemalige Vizepräsidentin des Bundesgerichtshofs, Frau Dr. Gerda Müller, meint, dass der „starke Interessenkonflikt“ zwischen Arzt und Patient „in jahrzehntelanger Arbeit von der Rechtsprechung ausbalanciert wurde“ und von der Praxis anerkannt wird (Stellungnahme S.5).

Diese Ansicht kann ich nur bestätigen. In Fachkreisen sind – soweit ich das überblicken kann - die insbesondere vom BGH entwickelten Grundsätze des Arzthaftungsrechtes nie mehrheitlich angegriffen worden.

Insofern kann es auch nicht darum gehen, dass „Rad neu zu erfinden“ und die Waage durch wesentliche Verstärkung von Patientenrechten in ein Ungleichgewicht zu bringen.

Frau Dr. Müller sieht aber Schwierigkeiten hinsichtlich einer Kodifizierung: die Rechtsprechung könne „flexibel“ auf neue Entwicklungen reagieren. Ein Gesetz ist ihrer Ansicht nach- um es mit meinen Worten auszudrücken – wegen des langen parlamentarischen Verfahrens eher änderungsresistent.

Dieser durchaus ernst zu nehmenden Gefahr kann aber begegnet werden, in dem tatsächlich „nur“ die wesentlichen Grundsätze des (vom BGH entwickelten) Arzthaftungsrechtes, gewissermaßen das Grundgerüst oder der Kern, kodifiziert werden. Das hat auch den Vorteil, dass eine entsprechende Regelung für den Bürger nachvollziehbar und transparent gestaltet werden kann.

2. Die Kausalität:

a) Erfahrungsgemäß lässt sich der Ursachenzusammenhang zwischen ärztlicher Pflichtverletzung („Behandlungsfehler“) und Gesundheitsschaden *naturwissenschaftlich* durch den Gutachter in vielen Fällen nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit belegen. Um hier unbilligende Härten zu vermeiden, hat der BGH die Rechtsfigur des „Groben Behandlungsfehlers“ geschaffen, nach der der Arzt den *nicht* gegebenen Ursachenzusammenhang bei einem besonders schwerwiegenden Fehler beweisen muss. Ich begrüße diese Rechtsprechung. Auf die zutreffenden Ausführungen von Frau Dr. Müller in ihrer Stellungnahme sei verwiesen (S.3).

b) Dennoch denke ich, dass unter Umständen die zusätzliche Verankerung einer „Proportionalhaftung“ zu gerechteren Ergebnissen führen kann: sollten etwa gesicherte medizinische Erkenntnisse ergeben, dass mit einer bestimmten prozentualen Wahrscheinlichkeit der Gesundheitsschaden auf den Behandlungsfehler zurückzuführen ist, könnte eine anteilmäßige Haftung erfolgen, wobei auch die Behandlerseite dann besser davonkommen könnte. Sollte etwa das Gericht einen groben Behandlungsfehler annehmen, der Gutachter aber einen anteilmäßigen Verursachungsbeitrag gut begründen können, würde den Arzt nach derzeitiger Rechtslage eine volle Haftung treffen.

c) Die SPD hat in ihrem Antrag eine Senkung des Beweismaßstabes auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gefordert. Es stellt sich hier die Frage, welche Konsequenzen daraus folgen. Wenn den Arzt dann eine volle Haftung treffen würde, wäre das oben angesprochene Gleichgewicht zwischen den am Behandlungsgeschehen Beteiligten nach meinem Dafürhalten gefährdet. Begrüßenswert wäre eher die oben angesprochene anteilmäßige Haftung („Proportionalhaftung“).

d) Verschiedene Patientenverbände fordern hingegen eine generelle Beweislastumkehr zu Lasten der Ärzte. Ich halte diese Forderung für gefährlich. Eben weil der Nachweis der Kausalität zu den großen Problembereichen der Gutachter zählt, könnte eine Einführung der generellen Beweislastumkehr zu

einer verstärkten Haftung der Ärzte führen. Das hätte einen sprunghaften Anstieg der Beiträge zur Haftpflichtversicherung zur Folge und würde einen Teil der Ärzteschaft sicherlich davon abhalten, risikoreichere Therapiemethoden anzuwenden.

e) Schließlich wird zudem eine Pflicht des Arztes befürwortet, dem Patienten einen groben Behandlungsfehler zu offenbaren.
Meines Erachtens ist eine solche Bestimmung problematisch und könnte gegebenenfalls ins Leere laufen.

In meiner langjährigen Praxis habe ich hunderte von Gutachten gelesen. Sehr oft lag aus der Sicht der behandelnden Ärzte überhaupt keine Verletzung ärztlicher Standards vor. Erst durch das Bestreben des Patienten, den aus seiner Sicht begangenen Fehler durch Gutachten der Schlichtungsstelle oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) aufzuklären, wurde der behandelnde Arzt mit dem Sachverhalt konfrontiert.

Es ist ein Trugschluss zu glauben, dass das Vorliegen eines Behandlungsfehlers durch Sachverständige immer eindeutig festgestellt werden kann. Oftmals ist ein Regelverstoß des Arztes selbst unter den Gutachtern *eines* Falles umstritten.

Die Qualifizierung als „grob“ ist außerdem eine juristische Wertung. Grundlage für diese Aussage kann nach der geltenden Rechtsprechung des BGH nur ein Gutachten sein, das sich mit allen Aspekten des Falles auseinandergesetzt hat.

3. Der Kern des Arzthaftungsrechtes:

Welche Elemente der Rechtsprechung des Arzthaftungsrechtes kodifiziert werden sollten, sei an dieser Stelle –stichwortartig- aufgeführt:

- die drei Voraussetzungen einer Haftung:
 - (1) ärztliche Pflichtverletzung (Verletzung geltender medizinischer Standards/Regeln)
 - (2) eingetretender Gesundheitsschaden
 - (3) Ursachenzusammenhang

- die Aufklärung des Patienten
- der grobe Behandlungsfehler
- die grundlegenden Dokumentationspflichten des Arztes mitsamt beweisrechtlicher Konsequenzen
- das Recht des Patienten auf Einsichtnahme in seine Unterlagen

Meines Erachtens sollten die arzthaftungsrechtlichen Bestimmungen eines Patientenrechtegesetzes nicht über wesentlich mehr Inhalt verfügen. Die oben beschriebene Transparenz und Nachvollziehbarkeit für den Bürger ist ansonsten nicht gewährleistet.

E. Zusammenfassung

Die Kodifizierung der Grundsätze des Arzthaftungsrechts hat eine überwiegende deklaratorische, also fest- oder klarstellende Funktion. Die Patienten und Ärzte sollen sich einen nachvollziehbaren Überblick über ihre Rechte und Pflichten verschaffen können.

Der Status Quo der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht darf durch ein Patientenrechtegesetz nicht ausgehebelt werden, da er sich als brauchbares Instrument erwiesen hat, um die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten auszugleichen.

Es kann nicht darum gehen, die Einzelheiten der obergerichtlichen Rechtsprechung in Gesetzesform zu fassen. Dies würde einerseits zu einer schlechten Nachvollziehbarkeit für den Rechtsunterworfenen führen und ist andererseits auch verfassungsrechtlich nicht gefordert bzw. könnte zu starren Ergebnissen führen.

Filderstadt, im Januar 2011

Michael Wessel