

Prof. Dr. Hansjörg Geiger
Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte

Berlin, 12. Oktober 2012

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit und des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 22. Oktober 2012,
Emser Str. 12 – 13 in 10719 Berlin
von 13.00 bis 17.00 Uhr

<p>Deutscher Bundestag Ausschuss f. Gesundheit</p> <p>Ausschussdrucksache 17(14)0326(10) gel. ESV zur öAnh. am 22.10. 2012_Patientenrechte 15.10.2012</p>

Zu dem

Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und
Patienten,
BT-Drs. 17/10488

Antrag der Abgeordneten Mechthild Rawert, Dr. Marlies Volkmer, Bärbel Bas,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD
Individuelle Gesundheitsleistungen eindämmen
BT-Drucksache 17/9061

Antrag der Abgeordneten Kathrin Vogler, Dr. Martina Bunge, Katrin Kunert,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE
Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten
BT-Drucksache 17/6489

Antrag der Abgeordneten Maria Klein-Schmeink, Ingrid Hönlinger, Fritz Kuhn,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Rechte von Patientinnen und Patienten durchsetzen
BT-Drucksache 17/6348

Kurze schriftliche **Stellungnahme**

Einführung

Die Erhaltung der Gesundheit und das Gesundwerden bei Krankheit sind entscheidende Maßstäbe für die Beziehungen der Patienten zu den Ärzten und zu den medizinischen Einrichtungen. Würde, Selbstbestimmung und Integrität der Patientinnen und Patienten sind hierbei besonders zu achten. Das Recht hat dies zu unterstützen und Lösungen anzubieten, wenn hierbei Probleme auftreten. Die Patientinnen und Patienten müssen das Recht als gerecht empfinden können; dazu gehört auch die Transparenz des Rechts. Hieran mangelt es teilweise beim derzeitigen Recht im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen, insbesondere bei Fällen der Arzthaftung. Das zeigt sich gerade bei der rechtlichen Bewältigung von Medizinschäden. Das für die Patienten maßgebliche Recht ist bislang zersplittert. Zudem ist es für Patientinnen und Patienten oft schwierig, selbst berechtigte Ansprüche durchzusetzen. Aber auch die Behandelnden, also Ärzte und anderes medizinisches Personal benötigen ebenfalls Klarheit, welche rechtlichen Pflichten sie treffen.

So gesehen ist der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten ein erster wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Damit wird ein Anfang gemacht, gesetzgeberische Defizite beim Patientenschutz abzubauen. Dies verdient Anerkennung. Dies gilt m. E. auch hinsichtlich einiger Regelungen zum SGB V, etwa bezüglich der Pflicht für Krankenkassen ihre Versicherungsnehmer in Fällen von medizinischen Behandlungsfehlern zu unterstützen oder bezüglich der Förderung einer Fehlervermeidungskultur.

Dieser Schritt zur Vorlage eines derartigen Gesetzentwurfs ist auch politisch gesehen mutig. Kann bislang bei den bekannten Defiziten auf dem Gebiet der Patientenrechte entschuldigend auf die diesbezüglich zurückhaltende Rechtsprechung verwiesen werden, muss sich künftig der Gesetzgeber fragen lassen, weshalb er offensichtliche Lücken beim Patientenschutz nicht geschlossen hat.

Der Gesetzentwurf muss sich allerdings an den selbst gesetzten Zielen messen lassen, „Patientinnen und Patienten sowie Behandelnde auf Augenhöhe“ zu bringen und „die tatsächliche Durchsetzung dieser Rechte zu verbessern“ (vgl. Prolog des Gesetzentwurfs auf Seite 1) und somit die heute bekannten wesentlichen Defizite im Rechtsverhältnis zwischen Behandelnden und Patienten abzubauen.

.Allerdings fehlen im Gesetzentwurf wichtige Regelungen, um die im Entwurf selbst genannte Ziele der „Augenhöhe“ zwischen Behandelnden und

Patienten, der „Rechtssicherheit“ und der Verbesserung der Durchsetzung der Rechte, tatsächlich zu erreichen. Vielfach bleibt es bei einer Kodifizierung der aktuellen Rechtsprechung. Da aber gerade deren Defizite zu der Forderung nach Schaffung eines Patientenrechtegesetzes geführt haben, ist insoweit eine Festschreibung des Status quo zu wenig und verfehlt deshalb das selbst gesetzte Ziel.

Bekanntlich befinden sich kranke, also hilfsbedürftige Patienten in einer besonderen Situation gegenüber dem Behandelnden. Sie benötigen oft aktuelle Hilfe und können nicht wie ein sonstiger Vertragspartner eines Dienstleistungsvertrags über die Erbringung einer Dienstleistung verhandeln. Patientin/Patient und Arzt sind deshalb in aller Regel nicht Vertragspartner, die auf „gleicher Augenhöhe“ verhandeln können. Diese Ungleichheit muss durch Patienten schützende Normen ausgeglichen werden.

Und die Schwierigkeiten für Patientinnen und Patienten, die nach einer ärztlichen Behandlung einen (eventuell auch nur vermeintlichen Gesundheitsschaden) erlitten haben, liegen oft darin, dass sie nicht wirklich wissen, was und aus welchem Grund mit ihnen ärztlicherseits im Detail geschehen ist.

Als problematisch erweist sich zudem, dass in den Fällen, in denen der Gesetzentwurf im Interesse der Patientinnen und Patienten begrüßenswerte ausdrückliche Pflichten für die Behandler vorsieht, nicht immer klar wird, welche Folgen eine Verletzung dieser Verpflichtungen nach sich zieht. Während Nachlässigkeiten bei Aufklärung oder Dokumentation Auswirkungen bezüglich der Beweislast haben sollen, fehlen ausdrücklich genannte „Sanktionen“ etwa bei der nicht unverzüglichen Gewährung der Einsicht in die Patientenakte, der zeitgerechten und vollständigen Herausgabe von entsprechenden Kopien oder der unwahren Beantwortung der Frage nach etwaigen Fehlern. Insoweit die Patienten zur bloßen Durchsetzung dieser Ansprüche ausschließlich auf den Klageweg zu verweisen, ohne dass dies weitere Konsequenzen für den Behandler hätte, wäre zynisch.

In Anbetracht der Kürze der für diese schriftliche Stellungnahme zur Verfügung stehenden Zeit werde ich gleichwohl nur einige Gesichtspunkte aufgreifen. Dabei beziehe ich auch meine Erfahrungen aus der Arbeit mit der Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte ein:

Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches)

Zu § 630a (Behandlungsvertrag):

1.) Aus der Sicht der Patientinnen und Patienten ist es wichtig zu wissen, und zwar nicht erst wenn es um die Geltendmachung von Ansprüchen geht, wer ihre

Vertragspartner sind. Die Begründung zum Gesetzentwurf selbst weist ausführlich (S. 18) auf die im Einzelfall potentiell verschiedenen Vertragspartner und tatsächlich Behandelnden hin, Genannt werden Praxisgemeinschaften, medizinische Versorgungszentren. Für Behandlungen im Krankenhaus weist die Begründung allein auf drei „typische Vertragsgestaltungen“ hin. Nach den Erfahrungen der Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte ist es vielfach schwierig und zeitraubend die wahren Verantwortlichen zu ermitteln. Zweifelsfragen ergeben sich immer wieder bei den vertraglichen Beziehungen zwischen Patient, Ärzten und Krankenhausträgern. Insbesondere für Haftungsfragen, etwa auch in den nicht seltenen Fällen, in denen der Chefarzt eine Privatambulanz im Krankenhaus betreibt, ist aber Klarheit bezüglich der jeweils verantwortlichen Vertragspartner entscheidend. Manchmal wird dies erst im Gerichtsverfahren und damit oft zu spät deutlich.

Um auch insoweit das Ziel der Transparenz für Patienten zu erreichen, sollte deshalb die Verpflichtung aufgenommen werden, die jeweils verantwortlichen Vertragspartner klar, und auf Verlangen auch schriftlich, zu benennen (vgl. auch Antrag Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/6348, S.3).

2.) Die so genannten „Individuellen Gesundheitsleistungen (IgeL) spielen im medizinischen Alltag eine offensichtlich zunehmende Rolle. Teilweise betreffen diese die „Behandlung“ einer Erkrankung, teilweise umfassen diese „Schönheitsoperationen“, teilweise geht es um so genanntes „Enhancement“. Dieser Vertragstypus sollte wegen zahlreicher Unterschiedlichkeiten in der zugesagten Leistungsgewährung, in den Erfordernissen nach Aufklärung und Information, Vergütung, eventuell auch bei der Verteilung der Beweislast ausdrücklich in einem eigenen Paragraphen oder zumindest in einem getrennten Absatz ausdrücklich geregelt werden.

Zu diesbezüglichen weiteren Vorschlägen betreffend die Individuellen Gesundheitsleistungen weise ich auf meine Ausführungen auf Seite 11 hin.

Vorab zu § 630c Absätze 2 mit 4 (Informationspflichten) und § 630e (Aufklärungspflichten):

Die Trennung der Regelung von Informationspflichten in § 630c, „die die Behandlung im weiten Sinne als Gegenstand des Behandlungsvertrags betreffen (Begründung S. 21) von den „auf die konkrete Behandlung bezogenen Aufklärungspflichten“ in § 630e kann bei den künftigen Anwendern dieses Gesetzes Verwirrung stiften. Sie steht im Gegensatz zu der Absicht des Gesetzgebers Transparenz zu schaffen.

Auch wenn es sich rechtslogisch in vielen Fällen um zwei trennbare Vorgänge handeln dürfte, sollte hier eine andere gesetzgeberische Lösung erwogen werden.

Zu § 630c (Mitwirkung der Vertragsparteien, Informationspflichten)

1.) Die in § 630c Absatz 2 Satz 2 ausdrücklich benannte Informationspflicht des Behandelnden hinsichtlich eigener und fremder Behandlungsfehler ist grundsätzlich zu begrüßen. Wichtig ist hierbei, dass diese Pflicht mit dem Behandlungsfehler einsetzt und nicht zusätzlich einen aus dem Behandlungsfehler möglicherweise entstandenen Schaden voraussetzt. Mit einer derartigen klarstellenden Regelung werden viele diesbezüglichen Unsicherheiten bei den Behandlern beseitigt. Insbesondere die Zweifel, ob sie mit Hinweisen auf Fehler möglicherweise ihren Versicherungsschutz gefährden, hindern derzeit viele Behandler auf Behandlungsfehler hinzuweisen.

Allerdings sollte darauf verzichtet werden, dass eine solcher Hinweis auf Behandlungsfehler nur „auf Nachfrage“ des Patienten und im Übrigen nur „zur Abwendung gesundheitlicher Verfahren“ zu erteilen ist. Bereits die Tatsache, dass ein Behandlungsfehler geschehen ist, muss die Unterrichtungspflicht auslösen. Auf die überzeugende Begründung in der Stellungnahme des Bundesrates nehme ich Bezug (S. 38/39).

2.) Wie diese Verpflichtungen allerdings in der Praxis durchsetzbar sein sollen und welche ggf. nachteiligen Folgen sich für den Behandler im Falle des Verstoßes gegen diese Verpflichtung daraus ergeben, bleibt offen. Verschärft wird die Situation wohl auch dadurch, dass es - menschlich nachvollziehbar - den Behandlern oftmals schwer fallen wird über eigene oder von Kollegen begangene Fehler zu berichten. Anders als bei einem Pflichtverstoß hinsichtlich der finanziellen Folgen einer Behandlung, bei dem nach der Begründung dem Patienten die Beweislast obliegt (Begründung S. 22), äußert sich die Begründung bezüglich der Folgen eines Verstoßes gegen die Information über einen Fehler nicht.

Deshalb stellen sich folgende Fragen: Soll der Patient etwa die Auskunft „einklagen“, wenn er nur wissen will, ob ein Behandlungsfehler vorliegt? Wie soll der Patient in einem solchen Gerichtsverfahren einen Schaden benennen? Ein solcher Klageweg kann nicht die Lösung sein.

Auch deshalb scheint es geboten, dem Behandler die generelle Verpflichtung aufzuerlegen, über Behandlungsfehler zu berichten und diese nicht von einer Nachfrage abhängig zu machen.

Soll diese Auskunftspflicht in der Praxis ernst genommen werden, muss geregelt werden, welche Folgen eine falsche Auskunft über einen Behandlungsfehler zeitigt.

Eindeutiger dürften hier nur die Fälle sein, in denen es um die „Abwendung gesundheitlicher Gefahren“ geht, da dann ein Schaden aus der unterbliebenen Information in der Regel evident sein würde.

Zu § 630e (Aufklärungspflichten)

Dass der Patient im Falle kosmetischer Operationen ausweislich der insoweit überzeugenden Begründung (S. 25) „umfassend“ aufgeklärt werden muss, lässt sich dem derzeitigen Gesetzestext nicht entnehmen.

Diese „umfassende“ Aufklärungspflicht sollte wie auch bezüglich sonstiger Individueller Gesundheitsleistungen im Gesetzestext ausdrücklich klargestellt werden.

Zu § 630f (Dokumentation der Behandlung)

Diese vorgeschlagene Regelung ist grundsätzlich begrüßenswert. Dies gilt zumal für die Verpflichtung, die Dokumentation „in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang“ zu führen sowie hinsichtlich der beispielhaften Aufzählung der zu dokumentierenden Maßnahmen nach Absatz 2.

Folgende Gesichtspunkte sollten jedoch noch berücksichtigt werden:

1.) Absatz 1 Satz 2 ist nicht hinreichend klar formuliert. Das ausweislich der Begründung mit dieser Regelung verfolgte Ziel der Beweissicherung, wonach nachträgliche Veränderungen als solche erkennbar sein müssen, und dass die eingesetzte „Softwarekonstruktion“ dies gewährleisten muss, sollte deutlicher als bisher im Gesetzestext aufscheinen. Bisher lässt sich dies nur im Rückschluss ableiten. Die Vorschrift wendet sich aber auch an die für diese Software Verantwortlichen und sollte deshalb gerade von diesen einfach zu verstehen sein.

Übrigens, welche Konsequenzen hat der Einsatz diesbezüglich mangelhafter Software, die „Berichtigungen“ ermöglicht, ohne Spuren zu hinterlassen? Auch insoweit fehlt es an einer „Sanktion“.

2.) Bei Berichtigungen und Änderungen (Absatz 1 Satz 2) muss verpflichtend deren Autor in der Patientenakte genannt werden.

3.) Außerdem muss den Patientinnen und Patienten die Möglichkeit eingeräumt werden, Erklärungen zu ihrer Patientenakte zu geben, wenn die Akte Unrichtigkeiten enthält. Dies gilt beispielsweise bezüglich nicht vorgenommener, aber gleichwohl in der Patientenakte genannter medizinischer Maßnahmen.

4.) Die in Absatz 3 genannte Verjährungsfrist von zehn Jahren wird einschließlich des Hinweises auf andere Fristen zwar in aller Regel ausreichend sein.

Allerdings liegt der Alexandra-Lang-Stiftung immerhin ein Fall vor, in welchem dem Patienten wegen des Verschweigens der behandelnden Klinik die Tatsache der an ihm durchgeführten grob fehlerhaften medizinischen Behandlung erst deutlich nach zehn Jahren bekannt geworden ist. Dies zeigt, dass die Regelung in Absatz 3 nicht immer mit der auch in der Begründung (S. 26) genannten Höchstverjährungsfrist für die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche von Patienten in Höhe von 30 Jahren korreliert.

Zu § 630g (Einsichtnahme in die Patientenakte)

1.) Soweit die Einsichtnahme aus den in Absatz 1 genannten Gründen verweigert wird, sollte die diesbezügliche Begründung aktenkundig gemacht werden.

2.) Die Erfahrungen der Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte zeigen, dass das Herausgabeverlangen von Kopien zunächst oft überhaupt nicht oder selbst nach mehreren Erinnerungen nur sehr zögerlich beantwortet wird. Zudem ist es immer wieder schwierig, von der Stelle, die Kopien herausgibt, eine Erklärung zu verlangen, dass die - häufig völlig ungeordneten - übergebenen Kopien vollständig sind. Für die sachgerechte Wahrnehmung der Rechte von Patienten ist aber eine zeitnahe und vollständige Herausgabe von Kopien der Patientenakte der entscheidende Schlüssel.

In Absatz 2 Satz 1 sollte daher der ausdrückliche Hinweis in den Gesetzestext aufgenommen werden, dass auch die Herausgabe von Kopien „zeitnah“ und außerdem „vollständig“ zu erfolgen hat (vgl. auch Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/6348, S. 3).

3.) Bezüglich der Pflichten zur Gewährung von Akteneinsicht oder zur zeitgerechten vollständigen Herausgabe von Kopien fehlt es an „Sanktionsmöglichkeiten“. Daher müsste für diese Fälle entweder ein vereinfachtes gerichtliches Verfahren zur Verfügung gestellt werden oder sollte die verweigerte, verzögerte oder unvollständige Herausgabe prozessrechtliche

Auswirkungen vergleichbar dem Gedanken des amerikanischen „Pre-trial discovery Verfahrens“ nach sich ziehen.

Zu § 630h (Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler)

Die allgemein gültigen Beweislastregeln des BGB sind zwar von der Rechtsprechung im Lauf der letzten Jahrzehnte für die Geltendmachung von Ansprüchen in Arzthaftungssachen weiterentwickelt worden. Doch nach wie vor gilt, dass der geschädigte Patient in der Regel den Behandlungsfehler, den Gesundheitsschaden und dessen Kausalität zu beweisen hat. Beweiserleichterungen werden den Patientinnen und Patienten nur in einer vergleichsweise geringen Zahl von Arzthaftungsfällen zugesprochen. Von wirklicher Waffengleichheit zwischen Behandler und Patienten kann daher im Streitfall nicht die Rede sein. Bekanntermaßen ist Wissensträger über das Geschehene bei einer medizinischen Behandlung meist alleinig der Behandler. Nur dieser hat zudem das medizinische Knowhow. Der Patient steht insbesondere bei komplizierteren und damit eher fehleranfälligen Behandlungen einer „Blackbox“ des medizinischen Betriebs gegenüber. Und selbst beim Verdacht auf grobe Behandlungsfehler gilt in der Praxis das alles oder nichts – Prinzip.

Die Erwartungen an den Gesetzgeber eines Patientenrechtegesetzes waren deshalb bezüglich der Verbesserung der Beweislastregeln hochgesteckt; zu hoch wie sich jetzt leider zeigt. Der Entwurf kodifiziert nur die bisherige Rechtsprechung. Der Fortschritt liegt also zunächst nur darin, dass das bisherige Richterrecht leichter lesbar und damit erkennbar wird. Der Gesetzesentwurf rühmt sich sogar ausdrücklich, dass „weitergehende rechtspolitische Forderungen“ (Begründung S. 9) „hingegen nicht aufgegriffen“ werden. Aus der in der Gesetzesbegründung (S. 11) selbst beschriebenen bitteren Erkenntnis, dass „im Falle eines Haftungsprozesses wegen eines Behandlungsfehlers ... der Ausgang des Verfahrens meist von der Frage abhängt, wer welche Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat“, wird im Gesetzesentwurf also leider nicht der notwendige Schluss gezogen, nämlich die Stellung der in der Regel beweisbelasteten Patienten zu verbessern. Das im Prolog (S. 1) genannte Ziel, die „tatsächliche Durchsetzung“ der Patientenrechte zu verbessern, bleibt so weitgehend unerreicht.

Zu § 630h Absatz 1

Selbst im Fall der Beweiserleichterung im Falle des voll beherrschbaren Behandlungsrisikos bleibt der geschädigte Patient beweispflichtig dafür, dass die Verletzung eines seiner Rechte dadurch verursacht worden ist, dass sich ein

für den Behandelnden voll beherrschbares Behandlungsrisiko verwirklicht hat. Außerdem hat der Patient die entsprechende Vermutung vorzutragen.

Wie soll der Patient aber, speziell bei einer komplizierten Krankenhausbehandlung, die etwaigen organisatorischen Mängel erkennen, um diese ggf. darlegen zu können.

Zu § 630h Absatz 3

Die in § 630h Absatz 3 ausgesprochene Vermutung, dass der Behandelnde eine medizinisch gebotene Maßnahme nicht getroffen hat, sofern diese nicht dokumentiert ist, darf nicht zu dem Schluss führen, dass eine getroffene fehlerhafte, aber nicht dokumentierte Maßnahme dann ebenfalls als nicht getroffen, vermutet wird. Gegebenenfalls ist zumindest in der Begründung eine Klarstellung sinnvoll.

Zu § 630h Absatz 4

Selbst die in § 630h Absatz 4 von der Rechtsprechung übernommene Vermutung der Kausalität bei so genannten Anfängerfehlern setzt die Kenntnis der Patienten voraus, wer eine bestimmte Maßnahme an ihm vorgenommen hat, wie es um dessen Befähigung bestellt ist oder wie dieser angeleitet worden ist. Tatsächlich wird Patientinnen und Patienten als medizinischen Laien eine unzureichende Qualifizierung eines Arztes oder einer Pflegekraft oder deren mangelnde Beaufsichtigung nicht ohne weiteres ersichtlich sein.

Ohne ausdrückliche Verpflichtung den Patienten auch darüber Auskunft zu erteilen, wird diese Beweiserleichterung in vielen Fällen ins Leere laufen.

Die Beweislast für die ausreichende Qualifizierung des behandelnden Personals und ggf., für die erfolgte erforderliche Aufsicht und Anleitung, weil allein im Herrschaftswissen der behandelnden Seite gelegen, sollte auch der Seite der Behandler auferlegt werden.

Zu § 630 h Absatz 5

1.) Ein besonders markantes Beispiel für eine im Rahmen der Fortbildung des Rechts entwickelte Beweiserleichterung ist die Rechtsprechung zum „groben Behandlungsfehler“. „Grobe“ (schwere) Fehler des behandelnden Arztes oder des nichtärztlichen Personals führen nach ständiger Rechtsprechung zu einer Beweislastumkehr auf der Kausalitätsebene, wenn der Fehler generell geeignet ist, den Schaden herbeizuführen und der „Ursachenzusammenhang“ nicht „gänzlich unwahrscheinlich“ ist. Dass ein Fehler „grob“ war, hat allerdings der Patient zu beweisen.

Die von der Rechtsprechung hierzu zugunsten der geschädigten Patienten entwickelten Beweiserleichterungen sind in den Entwurf in § 630 Absatz 5 ohne juristische Weiterentwicklung übernommen worden.

Nach der bisherigen gerichtlichen Praxis hängt es oft allein von der Frage ab, inwieweit ein Behandlungsfehler als „grob“ bewertet wird, ob die geschädigten Patienten überhaupt einen Schadensersatz erhalten. Beim groben Behandlungsfehler droht damit das „alles oder nichts – Prinzip“ in besonderem Maße. Um die Frage, ob ein tatsächlich begangener Behandlungsfehler – diese Beweislasthürde musste der Patient bereits erfolgreich nehmen – „grob“ ist, wird entsprechend hartnäckig gestritten. Da die Einstufung des Fehlers als „grob“ oder „nicht grob“ in der Praxis weitgehend vom Sachverständigen und hierbei manchmal von der Art der Fragestellung des Gerichts abhängt, können Verfahren in dieser entscheidenden Frage zu einem Vabanquespiel werden. Können geschädigte Patienten die „Grobheit“ eines Fehlers nicht mit der für das Gericht notwendigen Sicherheit beweisen, „verlieren“ sie in vielen Fällen alles. Ein solches Ergebnis widerspricht dem Gerechtigkeitsempfinden. Denn in dieser Schärfe ist diese Rechtsprechung der existentiellen Bedeutung für geschädigte Patienten nicht angemessen. Wenn trotz Nachweises eines nicht unbedeutenden medizinischen Fehlers die Klage abgewiesen wird, weil der Nachweis des Überschreitens der Schwelle zum „grogen“ Behandlungsfehler nicht erbracht werden konnte.

Die bloße Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung ändert an diesem unbefriedigenden Zustand leider nichts.

Zu erwägen wäre deshalb, ob im Falle konkreter Anhaltspunkte für einen „grogen“ Fehler der Behandler ggf. zu beweisen hätte, dass der Fehler nicht „grob“ war.

Im Übrigen darf ich gerade für derartige Fälle auf meine Ausführungen zur Einrichtung eines Patientenfonds und zu den Rechtsgedanken einer Proportionalhaftung hinweisen (S. 14 ff.).

2.) Eine in diesem Falle noch zu erörternde Frage ist die der „haftungsausfüllenden“ Kausalität nach § 287 ZPO. Heute muss der Patient selbst bei groben Fehlern beweisen, bei denen die Beweislastumkehr für die haftungsbegründende Kausalität gilt, dass eine dem ärztlichen Standard entsprechende Behandlung den Eintritt des Folgeschadens verhindert hätte. Diese Beweislast wäre zumindest bei Vorliegen eines groben Fehlers umzukehren.

Zu § 630h Absatz 5 Satz 2

Schließlich müsste die Formulierung in § 630h Absatz 5 Satz 2, mit der die neuere Rechtsprechung zu Befunderhebungsfehlern berücksichtigt werden soll, die unter besonderen Konstellationen diese Befunderhebungsfehler als grob fehlerhaft wertet, der aktuellen Entscheidung des BGH angepasst werden.

Weitere in § 630h aufzunehmende Beweiserleichterungen:

Trotz der Rechtsfortbildung bezüglich der Beweislast in Arzthaftungsfällen fehlt es in zahlreichen Fallkonstellationen an der verfassungsrechtlich geforderten Waffengleichheit bei der Beweislastverteilung. Deshalb sollte der Gesetzgeber in einem Patientenrechtegesetz zusätzliche über die aktuelle Rechtsprechung hinausgehende Beweiserleichterungen schaffen. Dabei wäre an folgende Fälle zu denken:

- Liegt das Ergebnis einer Behandlung außerhalb des zu Erwartenden und ist bei der Patientin/ dem Patienten ein Gesundheitsschaden eingetreten, sollte dem Behandler aufgegeben werden, etwa in Form einer widerlegbaren Vermutung zu beweisen, dass die Behandlung gleichwohl fachgerecht war.

- Ist die Patientin/der Patient während der Behandlung sediert oder gar narkotisiert, so dass ihm die Details der durchgeführten Behandlung verborgen bleiben und er deshalb etwaige Behandlungsfehler auch nicht erkennen kann, sollte die Beweislast für die Fehlerfreiheit dieses Behandlungsabschnitts dem Behandler zufallen. Diese Beweislast sollte dann etwa auch Fragen der Befähigung der Behandler oder das Beherrschen des allgemeinen Behandlungsrisikos mit umfassen. Dies entspräche letztlich nur der auch vom Bundesverfassungsgericht immer wieder eingeforderten Waffengleichheit, da in derartigen Fällen das Wissen nahezu ausschließlich beim Behandler liegt.

„Individuelle Gesundheitsleistungen“

Der zunehmende Markt für medizinische Eingriffe zur Steigerung der körperlichen Leistungsfähigkeit (so genanntes „enhancement“) und zur „Verschönerung“ des Körpers, etwa durch kosmetische Operationen, verlangt eine klare Reaktion des Gesetzgebers. Das gilt auch hinsichtlich der medizinischen Behandlungen, die nicht zum festgeschriebenen Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen gehören. Dies sollte, wie oben bereits bemerkt, möglichst in einem gesonderten Paragraphen erfolgen.

Speziell an die Aufklärung sind hierbei besondere Anforderungen zu stellen. So muss die medizinische Aufklärung vor solchen Maßnahmen den zu erwartenden

Erfolg, die Risiken und die Kostenbelastung benennen. Die Aufklärung hat in diesen Fällen besonders rechtzeitig zu erfolgen, dass die Patienten hinreichend Zeit haben, im Wissen über Chancen und Risiken ihre Entscheidung für diese Sonderleistung zu treffen. Je größer das Risiko ist, umso drastischer muss aufgeklärt werden. Wird mit einem bestimmten gesundheitlichen Erfolg für die medizinische Maßnahme geworben, ist dieser Erfolg auch geschuldet mit den entsprechenden rechtlichen Folgen bei dessen Nichteintritt.

Zum besseren Verständnis von Patientinnen und Patienten, was ihnen mit diesen Leistungen angeboten wird, und auch für Beweis Zwecke sollte für Individuelle Gesundheitsleistungen grundsätzlich die Schriftform für derartige Verträge vorgeschrieben werden.

Für Fälle von Gesundheitsschäden in Folge solcher Behandlungen, sollte die Beweislast umgekehrt werden. Der Behandelnde sollte zu beweisen haben, dass er sorgfältig behandelt hat und der Schaden nicht auf seine Behandlung zurückzuführen ist. Kosten für Nachbehandlungen und für Folgeschäden sind insbesondere bei chirurgischen Eingriffen vom Operateur zu tragen, es sei denn der Patient oder die Patientin hat den Schaden durch sein/ihr Verhalten selbst verursacht.

Auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen sind Grenzen beim Lebensalter gesetzlich festzulegen, bis zu deren Erreichen derartige medizinische Eingriffe unzulässig sind. Ob hier zusätzlich aus ethischen Gründen vom Gesetzgeber weitere Grenzen zu ziehen sind, sollte geprüft werden.

Eine vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2012 vorgeschlagene Einfügung eines zusätzlichen Paragraphen § 630i (Besondere Bestimmung bei Erbringung von Zusatzleistungen), wenngleich diese nicht alle vorgenannten Fragen anspricht, ist daher grundsätzlich zu begrüßen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

Zu § 66 SGB V

Besonders begrüße ich, wie bereits eingangs vermerkt, dass in § 66 SGB V die Krankenkassen und die Pflegekassen nun grundsätzlich verpflichtet werden sollen, die Versicherten im Falle von Behandlungsfehlern bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern zu unterstützen. Allerdings wäre mit einer verpflichtenden Regelung, die durch das Wort

„müssen“ zum Ausdruck zu bringen wäre, den Interessen der Patienten deutlicher gedient.

Die Aufgaben des Medizinischen Dienstes und des MDS sollten zudem ausdrücklich normiert werden (vgl. BT-Drucksache 17/6348, S. 4).

Derzeit erfolgt nämlich nach den Erfahrungen der Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte eine solche Unterstützung der Versicherten bei der bestehenden Kann-Regelung leider nur selten und die Qualität der MDK-Gutachten schwankt sehr.

Die das SGB V betreffenden Vorschläge der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, (BT-Drucksache 17/6348, S. 4) und die des Bundesrates zum Sozialgesetzbuch V (S. 46 ff.) in deren Stellungnahmen zu diesem Gesetzentwurf sind grundsätzlich überzeugend. Diesen schließe ich mich weitgehend an.

Dies gilt besonders für die Gesetzesergänzungen, mit denen die Transparenz für die betroffenen Patienten verbessert und die Bearbeitung von Anträgen beschleunigt werden sollen:

Etwa für die vorgeschlagenen

- neuen Sätze 2 und 3 in § 55 Absatz 4 SGB V
- sowie für die vorgeschlagenen Änderungen von § 295 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und Absatz 2 Satz 2 Nummer 6 SGB V.
- Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Bereitstellung von mehrsprachigen Publikationen oder für die zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention vorgeschlagenen Ergänzungen sowie
- zur Bereitstellung von Publikationen in „Leichter Sprache“ durch die Anfügung eines neuen Satzes 4 in § 140h Absatz 2 SGB V.
- Dazu zählt auch die wichtige Forderung, die Patientenquittung als Transparenzinstrument im Sinne von mündigen Patienten weiterzuentwickeln.

Auch die in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen im SGB V zum Beschwerde-, Qualitäts- und Risikomanagement, zu Fehlermeldesystemen (etwa §§ 135a Absatz 2 Nummer 2, 137 Absatz 1d SGB V) sowie zur besseren Information der Bürger über ihre Patientenrechte (§ 140h Absatz 2) sind grundsätzlich zu begrüßen. Im Interesse aller im Gesundheitswesen Beteiligten sollte jede Einrichtung des Gesundheitswesens verpflichtet werden, Maßnahmen und Strategien zur Fehlervermeidung einzuführen und konsequent einzusetzen (vgl. Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/6348, S. 4).

Um die Bereitschaft der Beteiligten zur Teilnahme an Fehlermeldungen zu erhöhen, sollte auch die diesbezügliche Klarstellung des Bundesrats zu § 299 Absatz 3 durch die Einfügung zweier neuen Sätze übernommen werden.

Zur Erhöhung der Transparenz beim Fehlermanagement und bei den zur Fehlervermeidung getroffenen Maßnahmen sollten die Krankenhäuser in Quartalsberichten darüber detailliert berichten.

Weitere Vorschläge

1.) Überlegungen zu einem Patientenentschädigungsfond

Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme unter Nummer 41 auf die teilweise vorhandenen Schwierigkeiten von Patientinnen und Patienten hin, Schadenersatzansprüche vor Gericht erfolgreich geltend zu machen und bittet die Bundesregierung zu dieser Thematik eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe einzurichten. In die grundsätzlich gleiche Richtung geht der Antrag von Bündnis 90/Die GRÜNEN, BT-Drucksache 17/6348, S. 5).

Diese Aufforderungen sind deshalb sehr erfreulich, als damit die Notwendigkeit anerkannt wird, die Lage von Patientinnen und Patienten mit weiteren Instrumentarien zu verbessern.

Menschen, die Opfer eines medizinischen Behandlungsfehlers geworden sind und dadurch einen schweren Gesundheitsschaden erlitten haben, ist es oft nicht zuzumuten, im Wege sich manchmal über Jahre hinziehender Gerichtsverfahren und dann oft noch erfolglos um ihr gutes Recht zu streiten. Selbst trotz mancher Beweiserleichterungen bleiben zahlreiche Fälle, in denen trotz nicht unerheblichen Gesundheitsschadens wegen einer „non liquet“-Situation kein Schadenersatz zugesprochen wird. Zumindest bei schweren Behandlungsschäden muss schneller und unbürokratischer als bisher geholfen, also wenigstens Schadenersatz gewährt werden.

Warum soll es ausschließlich an Patientinnen und Patienten als den insoweit Schwächsten hängen bleiben, wenn im medizinischen Bereich wegen der menschlichen Unvollkommenheit Fehler geschehen und sich deren eindeutige Aufklärung im Einzelfall als kaum möglich erweist.

Was spricht zusammengefasst für einen solchen Fond?

Durch Einrichtung eines Patientenentschädigungsfonds und eines „Patientenanwalts“ könnten

- die geschädigten Patienten schneller zu einer Entschädigung kommen und in ihrer Rolle als Geschädigte anerkannt werden,
- Krankenkassen und Versicherer könnten mit weniger Aufwand eine Verständigung über etwaige Regresse erzielen,
- der Rechtsfrieden in derartigen psychisch besonders belastenden Auseinandersetzungen wäre schneller hergestellt,

- das wichtige Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten wäre weniger belastet,
- viele gerichtliche Verfahren in Arzthaftungssachen vermieden werden und somit die Gerichte entlastet werden.

Mögliche Ausgestaltung und Finanzierung eines Patientenentschädigungsfonds: Zweck der Einrichtung eines Patientenentschädigungsfonds wäre es, die Patienten, bei denen ein schwerer Gesundheitsschaden nach einer medizinischen Behandlung oder wegen deren Unterlassens oder einer verspäteter Behandlung eingetreten ist, unmittelbar aus diesem Fond mit einer Geldleistung zu entschädigen. Den Geschädigten sollte mit der Geldleistung aus dem Fond ein belastender und möglicherweise langwieriger Prozess mit ungewissem Ausgang erspart bleiben.

Damit wäre allein der eingetretene schwere Gesundheitsschaden Voraussetzung für den Anspruch auf eine Geldleistung. Allerdings sollte die Höhe der Leistungen sich im bisher gewohnten europäischen Maßstab bewegen und sich nicht an den teilweise exzessiven, in den USA zugesprochenen Entschädigungssummen orientieren. Um den Kreis der von einem solchen Fond zu Begünstigten auf die wirklich schweren und deshalb besonders der Hilfe bedürftigen Fälle zu begrenzen, sollten die in Frage kommenden schweren Fälle beispielhaft umschrieben werden.

Träger eines solchen Fonds und Startfinanzierer sollten diejenigen sein, die im Regelfall die Folgekosten medizinischer Fehler zu tragen haben und die letztlich auch bis zu einem gewissen Grad Nutznießer eines solchen Fonds wären.

- Dies sind zum einen die Krankenkassen, die die aus den Fehlern entstandenen Folgekosten bei nicht nachgewiesener Kausalität zu bezahlen haben.
- Des Weiteren sind dies die Versicherungen, bei denen die Ärzte Haftpflichtversicherungen abschließen, und die im Nachweisfall Schadenersatz zu leisten haben.
- Werden schwer geschädigte Patienten arbeitslos, trifft dies die Bundesagentur für Arbeit.

Außerdem muss ein solcher Fond laufend mit neuen Geldmitteln gespeist werden, damit er nicht in kurzer Zeit finanziell ausblutet. Dazu sollten die Einrichtungen, die heute im konkreten Einzelfall als Folge eines eingetretenen Gesundheitsschadens finanzielle Mittel aufzubringen und an den geschädigten Patienten oder an die Krankenkasse zu zahlen hätten, also beispielsweise die in Regress genommene Haftpflichtversicherung eines Krankenhauses, den insoweit ersparten Geldbetrag in den Fond einzahlen. Damit könnte der Fond wohl auch finanziell in etwa stabil bleiben.

Die Einrichtung eines Patientenentschädigungsfonds wäre im Übrigen nicht völlig ohne bestehende ähnliche Vorbilder:

In **Österreich** wurde bereits 2001 gesetzlich geregelt, dass Patienten in „Fondkrankenanstalten“ zum allgemeinen Kostensatz einen zusätzlichen Beitrag pro Kalendertag in einen Patientenentschädigungsfond zu zahlen haben.¹ Aus diesem Fond wird den Patienten unabhängig vom Nachweis eines Verschuldens bei ihrer Behandlung Schadenersatz geleistet, wenn sie durch die medizinische Behandlung gesundheitliche Nachteile erlitten haben.

Die Erfahrung in Österreich zeigt, dass die vom nachgewiesenen Verschulden des Arztes losgelöste Patientenentschädigung ein praxistauglicher Weg zur Entspannung des oftmals belasteten Arzt-Patienten-Verhältnisses sein kann.

In **Frankreich** ist ebenfalls per Gesetz aus dem Jahr 2002 ein Entschädigungsfond (Office National des Accidents Medicaux – O.N.A.M.) eingerichtet worden.² Dieser wird über die Sozialversicherung finanziert. Zahlungen aus diesem Entschädigungsfond erfolgen anstelle des Haftpflichtversicherers des verantwortlichen Arztes mit der Möglichkeit eines Regresses, oder als Solidarfond, wenn sich ein der Behandlung immanentes Risiko verwirklicht hat. Voraussetzung für Leistungen aus dem französischen Entschädigungsfond ist, dass der Schaden beim Patienten einen bestimmten Schweregrad erreicht hat. Dieser liegt bei einem Grad der Behinderung von etwa 25 % oder einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens sechs Monaten. Der Patient erhält Leistungen, ohne dass er einen Behandlungsfehler nachweisen müsste.

2.) Öffentlich-rechtlicher Patientenanwalt

Die österreichische Lösung zum dortigen Patientenfond wird abgerundet durch die Einrichtung eines „Patientenanwalts“. Durch Patientenverfügungsgesetz aus dem Jahr 2006 wurde ein öffentlich-rechtlicher „Patientenanwalt“ in den einzelnen Bundesländern eingerichtet. Dieser Patientenanwalt ist Teil der öffentlichen Gesundheitsverwaltung. Er gibt geschädigten Patienten kostenfrei eine erste Beurteilung ihrer eventuellen diesbezüglichen Ansprüche, verhandelt mit den Versicherungen und verhilft ggf. Patienten rasch zu einem außergerichtlichen Schadensausgleich. Der österreichische Patientenanwalt ist laut Verfassung weisungsfrei und unabhängig, um seine Neutralität zu sichern.

3.) Ergänzungen/Alternativen zu einem Patientenentschädigungsfond:

- Proportionalhaftung für eine „verlorene Heilungschance“

Gerade in Fällen, in denen über Beweislastfragen, etwa über das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers gestritten wird, könnte das französische Modell der Proportionalhaftung helfen. In Frankreich fallen unter Schaden bei einer

¹ Österreichisches KAG, in: österreichischem BGBl 2001/5.

² Decret Nr. 2003-314 J.O. Nr. 81 vom 5. 4. 2003, S. 6114.

medizinischen Fehlbehandlung neben den daraus resultierenden Beschwerden und deren Beseitigung, auch der „Verlust der Heilungschance“. Im Falle des Verlusts der Heilungschance hat das französische Gericht die Aufgabe, den Anteil an dem erlittenen Schaden zu schätzen, der dem Verlust der Chance entspricht, diese Schäden zu vermeiden. Es geht also um die Feststellung der Chance auf eine komplikationslose Heilung, die ohne den medizinischen Fehler zu erwarten gewesen wäre. Der Arzt in Frankreich haftet somit entsprechend den Heilungsaussichten des Patienten, daher der Begriff „Proportionalhaftung“. Der Vorteil liegt insbesondere darin, dass es bei Beweisschwierigkeiten bezüglich der Kausalität des Fehlers für den beim Patienten eingetretenen Schaden nicht das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ wie im deutschen Recht gibt. Damit wäre der wohl entscheidende Vorteil einer solchen Lösung, dass der Einzelfallgerechtigkeit wesentlich besser entsprochen werden kann.

- Heilbehandlungsrisikoversicherung

Eine weitere praktische Alternative zum geltenden Schadenersatzrecht könnte die Einführung einer Heilbehandlungsrisikoversicherung sein.

Vergleichbare Versicherungslösungen gibt es in den skandinavischen Ländern.

4.) Zur notwendigen Fortentwicklung des Verfahrensrechts in Arzthaftungssachen

Unabhängig von den materiell-rechtlichen Regelungen zur Verbesserung der Rechtssituation von Patientinnen und Patienten ist dringend nach Verbesserungen des Verfahrensrechts zu suchen, um eine deutliche Beschleunigung der Arzthaftungsprozesse zu erreichen. Die derzeit zu beobachtende manchmal extrem lange Verfahrensdauer von bis zu mehr als zehn Jahren grenzt an Rechtsverweigerung.

An möglichen Regelungen sind beispielhaft zu nennen:

- An den Zivilgerichten sind verpflichtend spezielle Spruchkörper für Arzthaftungssachen einzuführen.
- Vor der Bestellung von Sachverständigen hat das Gericht die Parteien unter einer kurzen Fristsetzung zu einer Stellungnahme von der beabsichtigten Bestellung zu unterrichten.
- Sachverständigen sind grundsätzlich möglichst kurze Fristen zur Gutachtenserstellung zu setzen, weil insoweit einer der Gründe für überlange Verfahren liegt.

