



Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht,  
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung



Prof. Dr. Andreas Spickhoff \* Platz der Göttinger Sieben 6 \* D - 37073 Göttingen

Zentrum für Medizinrecht

Institut für Privat- und Prozessrecht

Platz der Göttinger Sieben 6

D - 37073 Göttingen

Telefon +49 (0)551 39-7396

Telefax +49 (0)551 39-7395

Email: [andreas.spickhoff@jura.uni-goettingen.de](mailto:andreas.spickhoff@jura.uni-goettingen.de)

Homepage: <http://www.uni-goettingen.de/de/133328.html>

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache

17(14)0326(4)

gel. ESV zur öAnh. am 22.10.

2012\_Patientenrechte

09.10.2012

## Kurzschriftliche Stellungnahme zum geplanten Patientenrechtegesetz<sup>1</sup>

Die folgenden Anmerkungen konzentrieren sich auf das Zivilrecht unter Einbeziehung des Beweisrechts.

### I. Europäische Entwicklung

Im Draft Common Frame of Reference, der 2009 von der Study Group on a European Civil Code und der Research Group on EC-private law (Acquis Group) vorgelegt worden ist<sup>2</sup>, finden sich unter Art. IV.C.–8:101 ff. elf relativ ausführliche Artikel zur medizinischen Behandlung<sup>3</sup>. Die dort unterbreiteten Vorschläge sind in Bezug auf die Fortschreibung der Patientenrechte in Deutschland offensichtlich nicht berücksichtigt worden. Überhaupt ist ein rechtspolitischer Vergleich der neuen Regelungen mit Regelungsmodellen der europäischen Nachbarländer bedauerlicherweise von vornherein im Wesentlichen unterblieben.

<sup>1</sup> Im Anschluss an ZRP 2012, 65.

<sup>2</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009 (Hrsg. Chr. v. Bar et. al.).

<sup>3</sup> Eingehend analysiert von G. Wagner, FS G. Müller, 2009, 335 ff.

## II. Der (medizinische) Behandlungsvertrag und sein Anwendungsbereich

Im Ganzen vertretbar ist die Bezeichnung des neuen Vertragstypus als (medizinischer) Behandlungsvertrag. Eine Konzentration auf Arztverträge bzw. ärztliche Behandlungen (BR-Stellungnahme sub 2.) wäre zu eng und würde Tätowierungen und Piercings in noch geringerem Maße erfassen (s. aber – insoweit ansatzweise widersprüchlich – BR-Stellungnahme § 630 i Abs. 1 Nr. 2, sub 25.) als dies jetzt bereits der Fall ist (denn derartige Maßnahmen werden m. W. keineswegs vorrangig von Ärzten oder auch nur von Heilpraktikern durchgeführt).

In Bezug auf die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag verbleibt es im Prinzip beim bisherigen Diskussionsstand; die Neuregelung geht darüber nicht hinaus. Deshalb wird es wohl auch künftig nicht unstreitig bleiben, ob die auf eine zahnprothetische Behandlung gerichtete vertragliche Bindung des Zahnarztes den neuen Vorschriften unterliegt, während die Tätigkeit des Zahntechnikers in Bezug auf die Herstellung einer Prothese den Regeln des Werkvertrages folgt<sup>4</sup>, oder ob bestimmte Leistungen von Konsiliarärzten, etwa Blut- oder Harnuntersuchungen durch Laborärzte, oder reine Diagnoseverträge werkvertraglichen Regeln zu unterstellen sind<sup>5</sup>.

Ungeregelt bleibt die durchaus nicht eindeutig zu beantwortende Frage, ob und inwieweit im Bereich der Wahlleistungsverträge so genannte Vertretungsregeln möglich sind. Der *BGH*<sup>6</sup> hat entsprechende Vereinbarungen recht großzügig als Individualvereinbarungen angesehen und ist so der Problematik der AGB-Kontrolle ausgewichen.

Nur in der Begründung, nicht aber im Text des Entwurfs werden die verschiedenen Typen der Krankenhausaufnahmeverträge, die sich in der Praxis herausgebildet haben, also der so genannte totale Krankenhausvertrag, der Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag und der gespaltene Krankenhausvertrag aufgegriffen.

---

<sup>4</sup> Siehe dazu *BGH*, NJW 1975, 305; kritisch *Jakobs*, NJW 1975, 1437 ff.

<sup>5</sup> Siehe *LG Dortmund*, GesR 2007, 227; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 109.

<sup>6</sup> JZ 2008, 685 m. Anm. *Spickhoff*.

Insbesondere die beiden zuletzt genannten Formen, in denen durch entsprechende vertragliche Gestaltungen versucht wird, in Bezug auf Wahlleistungspatienten die Haftung des Krankenhausträgers für medizinische Fehlleistungen auszuschließen, sind *de lege lata* und *de lege ferenda* kritikwürdig<sup>7</sup>, da – bei unterstellter Wirksamkeit entsprechender vertraglicher Gestaltungen – die Wahlleistungspatienten, die sich die wahlärztlichen Leistungen „hinzukaufen“, haftungsrechtlich gewissermaßen als „Gegenleistung“ den typischerweise solventesten Schuldner, den Krankenhausträger, verlieren. Insbesondere im Falle von medizinischen Serienschäden, die bei einer gleichlaufend fehlerhaften Behandlung unter der Regie eines bestimmten Chefarztes vorkommen können und im Einzelfall auch vorgekommen sind, kann sich die Haftpflichtversicherung des dann allein passiv legitimierten Chefarztes durchaus als unzureichend erweisen, und nicht anders steht es mit dem Privatvermögen des Chefarztes, zumal nach dem weitgehenden Wegfall von Privatliquidationsrechten. Daher sollten nicht nur Haftungsfreizeichnungsklauseln (schon nach § 309 Nr. 7a BGB), sondern auch gespaltene Krankenhausverträge (die nichts anderes bezwecken) zumindest in Bezug auf die Wirkung der Haftungsfreizeichnung des Krankenhausträgers als unwirksam gekennzeichnet werden.

### **III. Standard (§ 630a Abs. 2)**

§ 630a Abs. 2 erscheint mit seiner nur unter dem Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung stehenden Festlegung auf den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ als unglücklich<sup>8</sup>. Überdies passt die Formulierung nicht zu dem im Regierungsentwurf neu geplanten § 1631 d BGB (Beschneidung); dort ist – in überholter Terminologie – von den „Regeln der ärztlichen Kunst“ die Rede (Abs. 1), obwohl die Eingriffe nach § 1631 d Abs. 2 überhaupt nicht von Ärzten, ja offenbar nicht einmal unter fachärztlicher Überwachung (Facharztstandard der „ärztlichen Kunst“ wäre dort am besten derjenige eines [Kinder-] Urologen) durchgeführt werden müssen. Insofern liegt der Kritikpunkt indes in § 1631 d RegE, nicht in § 630 a Abs. 2.

---

<sup>7</sup> Näher *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 2004, S. 47 ff.

<sup>8</sup> Ebenso *Katzenmeier*, MedR 2012, 576, 579.

Hinzugefügt werden sollte zu § 630a Abs. 2 der Zusatz:

„... soweit nicht *individuell* etwas anderes vereinbart ist *oder besondere Umstände vorliegen, die eine Abweichung vom allgemein anerkannten fachlichen Standard geboten erscheinen lassen.*“

Zunächst sollte herrschender Meinung entsprechend ein subjektiv-individuell höherer Standard (namentlich der des besonderen Spezialisten) auch ohne Vereinbarung geschuldet sein. Zudem sollte dem Bedenken des BR gegen faktische Haftungsfreizeichnungsklauseln (die freilich sittenwidrig und AGB-rechtswidrig sein könnten) deutlich Rechnung getragen werden. Hinzu tritt die Sonderfrage etwa von Zeugen Jehovas; hier wird bei der Entscheidung über die Vergabe von Frischblut der Standard zumindest verschoben bzw. die Grenze des Vertretbaren ausgereizt; nicht immer liegen hier in ihrer Verbindlichkeit klare Handlungsanweisungen (oder zweiseitige „Vereinbarungen“) vor<sup>9</sup>, zumal es in Notfällen oft an der Möglichkeit einer Vereinbarung fehlt. Hier muss allein der (ggf. mutmaßliche) Wille des Patienten genügen. Schließlich ist an die Situation so genannter austherapierter Patienten zu denken. Fehlt ein Standard überhaupt, sollte zusätzlich der Vorschlag des BR sub 3 b angefügt werden.

#### **IV. Informations- und Aufklärungspflichten; Einwilligung**

##### 1. Fehlende Überschneidungsfreiheit von Informations- und Aufklärungspflichten

Neu und eher irritierend ist, dass der Entwurf in § 630c einerseits und in § 630e andererseits zwischen Informationspflichten und Aufklärungspflichten differenziert. Nachvollziehbar und sinnvoll könnte das immerhin sein, wenn es bei den in § 630c genannten Informationspflichten tatsächlich um etwas Anderes gehen würde als um die später erneut thematisierten Aufklärungspflichten. Doch greift § 630c keineswegs nur Pflichten auf, die den Bereich der gebotenen Aufklärung als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Einwilligung übersteigen, wenn § 630c Abs. 2 Hinweispflichten auf die Diagnose und die Therapie erfasst. So entsteht doch eine eher unglückliche Dopplung der Regelung von zumindest teilweise identischen Pflichten, deren

---

<sup>9</sup> Beispiel: *OLG München*, NJW-RR 2002, 811; *BVerfG*, NJW 2002, 206.

Sinnhaftigkeit hinterfragt werden muss. Wie eng der Zusammenhang zwischen den Informationspflichten des § 630c einerseits und den Aufklärungspflichten des § 630e andererseits ist, zeigt sich daran, dass sowohl die Informations- als auch die Aufklärungspflichten dann nicht bestehen, wenn die Behandlung unaufschiebbar ist, wenn erhebliche therapeutische Gründe der Aufklärung des Patienten entgegenstehen, wenn der Patient auf die entsprechenden Hinweise verzichtet oder auf Grund eigener Fachkenntnisse der Information bzw. Aufklärung nicht bedarf (fast wortgleich §§ 630c Abs. 4 und 630e Abs. 3). Zu eng ist, nur den „ausdrücklichen“ Verzicht zu akzeptieren; der (deutliche) konkludente Verzicht sollte genügen. Als Formulierungsvorschlag bietet sich an der „eindeutige“ Verzicht (vgl. auch die Formulierung in Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, mit der einer vorschnellen Annahme der Konkludenz entgegen gewirkt werden soll).

## 2. Aufklärung über Fehlverhalten und Kostentragung (§ 630 c Abs. 2 S. 2 und 3)

Systematisch zumindest erstaunlich ist, dass im BGB ein darauf bezogenes strafprozessuales Beweisverwertungsverbot positioniert werden soll. Zumindest nach dem Text bezieht sich die gesamte Regel nur auf Behandlungsfehler, nicht aber auf Aufklärungsfehler oder sonstige (z. B. organisatorische) Fehler, was nicht ohne Weiteres einleuchtet. Zudem erscheint der Ergänzungsvorschlag des BR sub 8 überzeugend.

In Bezug auf die Kostentragungsproblematik findet sich im dritten Absatz von § 630c eine weitere Informationspflicht der Behandlungsseite. Sie entsteht zwar nur bei Kenntnis („weiß der Behandelnde...“), doch es genügt die Kenntnis davon, dass die Kostenübernahme „nicht gesichert“, also unsicher ist. Ein entsprechendes „Wissen über die Ungewissheit“ wird schnell von der Patientenseite vorgetragen werden können. Damit wird die wirtschaftliche Aufklärungspflicht hier recht weitgehend formuliert. Eine noch schärfere Fassung (wie vom BR empfohlen, sub 7. und sub 10.) ist keineswegs angebracht. Dass die entsprechende Informationspflicht in Textform (§ 126b BGB) stattfinden soll, ist zwar nachvollziehbar und dient dem Informationsinteresse der Patientenseite. Doch insbesondere im Falle einer individuell entstehenden Informationspflicht entsteht dann ärztlicherseits zusätzlicher individueller Schreibbedarf.

### 3. Einwilligung

§ 630d widmet sich der Einwilligung, die systematisch zu Recht von der Aufklärung und den Erklärungen zum Vertragsabschluss unterschieden wird. Für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit Volljähriger wird auf den mutmaßlichen Willen bzw. auf die Regel des § 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB zu den Patientenverfügungen verwiesen (Abs. 1 S. 2 u. 3), auch wenn einer entsprechenden Verfügung – als vorweggenommene Einwilligung bzw. Versagung einer Einwilligung – keine ärztliche Aufklärung vorausgegangen ist; auf dieses Erfordernis ist bei der Schaffung von § 1901a BGB in der Tat bewusst (wenngleich rechtspolitisch fragwürdig) verzichtet worden. Hier sollten in Anlehnung an den Vorschlag des BR sub 14. die Fälle der mutmaßlichen Einwilligung (§§ 1901a Abs. 2-5, 1901 b) mit einbezogen werden, um Missverständnissen oder einem verfehlten Umkehrschluss vorzubeugen. Klargestellt werden sollte allerdings in der Tat, dass zur Beachtung einer Patientenverfügung oder des mutmaßlichen Patientenwillens kein Betreuer oder Bevollmächtigter erforderlich ist (zutreffend BReg-StellungN zu Nr. 14.)<sup>10</sup>.

Offen bleibt die Einwilligungsfähigkeit, insbesondere diejenige Minderjähriger. In der Begründung heißt es, „entscheidend für die Einwilligungsfähigkeit“ sei „die natürliche Willensfähigkeit des Patienten“. Das entspricht zwar der gängigen Linie des Strafrechts<sup>11</sup>. Der Haftungssenat des *BGH*<sup>12</sup> hat demgegenüber im Falle eines nur relativ indizierten Eingriffs mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung ein (bloßes) Vetorecht des Minderjährigen gegen die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter angenommen, selbst wenn ausreichende Urteilsfähigkeit vorliegt. Zu diesem Problembereich von erheblicher Relevanz findet sich in der

---

<sup>10</sup> Zumindest missverständlich bzw. nicht überzeugend *BGH*, NJW 2011, 161: „Gemäß § 1901a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ist nur [?!] der Betreuer bzw. Bevollmächtigte (§ 1901a Abs. 5 BGB) befugt, die Übereinstimmung der Festlegungen in der Patientenverfügung mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation des Patienten zu prüfen und auf dieser Grundlage dem Willen des Patienten gegebenenfalls Geltung zu verschaffen.“ Anders siehe bereits *Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), 2011, § 1901a BGB Rn. 16.

<sup>11</sup> Statt aller: Leipziger Kommentar zum StGB/*Hirsch*, 11. Aufl. 2001, § 228, Rn. 16, 17 m. w. N.; HK-GS/*Dölling*, 2. Aufl. 2011, § 228 StGB, Rn. 5; zum Streitstand siehe auch FAKomm-MedR/*Duttge*, 2. Aufl. 2012, § 228 StGB, Rn. 7.

<sup>12</sup> VersR 2007, 66 (indes wohl nur obiter).

Neuregelung leider keine eigene Lösung. Vorzugswürdig ist im Konfliktfall die Alleinentscheidungskompetenz aller Einwilligungsfähiger, zu empfehlen ein Vetorecht willens- und äußerungsfähiger, aber noch einwilligungsunfähiger Minderjähriger (nicht allein im besonders offensichtlichen Falle der von den Eltern gegen den Willen der Schwangeren geplanten Abtreibung), nicht anders als im Falle einwilligungsunfähiger Betreuer<sup>13</sup>. Übrigens ist auch in Bezug auf beschränkt geschäftsfähige Kassenpatienten durchaus streitig, ob diese – ungeachtet der davon zu unterscheidenden Wirksamkeit der Einwilligung – selbständig einen medizinischen Behandlungsvertrag abschließen können, wenn und weil diese Personen keine Zahlungspflicht und damit kein „rechtlicher Nachteil“ trifft<sup>14</sup>. Überhaupt ist die Frage, ob Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit beim Abschluss medizinischer Behandlungsverträge (anders z. B. als in Österreich und der Schweiz) prinzipiell auseinanderfallen sollten. In Betracht käme die Normierung einer partiellen Geschäftsfähigkeit

Bei alledem sollten zumindest die Regelungen der §§ 630d, 630e als Rechtfertigungsgründe nicht nur das Recht des medizinischen Behandlungsvertrages und das zivile Haftungsrecht, sondern ebenso nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung das Strafrecht erfassen. Für die Übernahme der Kriterien der neuen Normen ins Strafrecht spricht überdies, dass gebietsübergreifende Fernwirkungen durchaus bedacht worden sind, wie das Beweisverwertungsverbot des § 630c Abs. 2 S. 4 zeigt. Es ist zu erwägen, diese Fernwirkung klarzustellen, um insoweit auf die Einheit der Rechtsordnung hinzuwirken.

#### 4. Aufklärung im engeren Sinn

Die Aufklärungspflichten in § 630e Abs. 1 sind der Rechtsprechung nachgebildet. Die Formulierung im Kontext der Aufzählung („insbesondere“) hebt den nur beispielhaften Charakter der Aufklärungspflichten hervor. Es soll also durchaus für

---

<sup>13</sup> Näher *Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), 2011, § 1901 b BGB Rn. 20 m. w. N.

<sup>14</sup> Siehe *Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), 2011, §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 6 einerseits; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap III, Rn. 19 in Fußn. 70 andererseits.

die Rechtsprechung die Möglichkeit fortbestehen, weitere und neue Facetten der Aufklärungspflichten zu erkennen bzw. zu kreieren. In § 630 e Abs. 1 S. 2 ist allerdings die sprachliche Dopplung „in der Regel insbesondere“ zu vermeiden.

Brisant ist bei der Behandlung ausländischer Patienten, dass die Aufklärung „für den Patienten verständlich sein muss“. Ist ein Patient der deutschen Sprache nicht zureichend mächtig, soll nach der Begründung „ein Dolmetscher auf Kosten des Patienten“ hinzuziehen sein. Das verkürzt die Problematik. Zwar steht in der Tat nicht in allen Fällen Klinikpersonal oder ein sonstiger zuverlässiger und kostenloser Übersetzer zur Verfügung. Das *BSG*<sup>15</sup> meint zwar, GKV-Patienten könnten nicht verlangen, dass auf Kosten der Krankenkassen zur Untersuchung ein Dolmetscher hinzugezogen wird. Diese – fragwürdige<sup>16</sup> – Linie ist auf die Beihilfe für Beamte erstreckt worden<sup>17</sup>, während andererseits Dolmetscherkosten als Teil der Krankenhilfe im Sozialhilferecht angesehen worden sind<sup>18</sup>. Rechtspolitisch sollten jedenfalls Dolmetscherkosten in den Katalog der zu übernehmenden Leistungen der GKV aufgenommen werden, und zwar über den engen Bereich der Sozialhilfe hinaus (in Übereinstimmung mit dem Vorschlag von „Bündnis 90/Die Grünen“ zu Nr. 1 Buchstabe b, BT-Drucks. 17/6348, S. 7). Die Situation medizinisch notwendiger Behandlungen sollte nicht dazu genutzt werden, um (zu spät) Druck auf Migranten zum Erlernen der inländischen Sprache auszuüben oder das entsprechende Unterlassen zu sanktionieren, geht es doch um das Selbstbestimmungsrecht der Patienten. Zu der gegenteiligen Linie passt auch nicht, wenn Zivilgerichte (im Prinzip auf der Linie der neuen Norm) die Pflicht annehmen, die Behandlungsseite habe durch Beiziehung eines Sprachmittlers sicherzustellen, dass der ausländische Patient der Aufklärung sprachlich folgen kann. Kann der Patient die anfallenden Kosten nicht tragen, müsste die Behandlung sonst (außerhalb von Eilfällen) sogar ganz abgelehnt werden<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> NJW 1996, 806 (Gebärdendolmetscher).

<sup>16</sup> *Spickhoff*, in: Migration und Gesundheit, Deutscher Ethikrat, 2010, S. 59, 70 f., 75 f.

<sup>17</sup> *OVG Münster*, NVWZ-RR 2008, 271.

<sup>18</sup> *BVerwG*, NJW 1996, 3092.

<sup>19</sup> So *KG*, MedR 2009, 47 gegen *KG*, MedR 1999, 226.



## V. Beweislast

Die geplante Kodifikation der Verteilung der Beweislast bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern (§ 630h) soll lediglich die bisherige Rechtsprechung in Gesetzesform gießen. Richtig ist, dass – im Gegensatz zu entsprechenden rechtspolitischen Vorschlägen – keine widerlegbare Vermutung für einfache Behandlungsfehler im Falle eines feststehenden Schadens und keine pauschale Kausalitätsvermutung bei einfachem Behandlungsfehler (oder gar beides in Kumulation) vorgesehen wird; dazu ist der kranke Patient von vornherein (und anders als in anderen haftungsrechtlichen Konstellationen ein potentiell Opfer) zu „schadensanfällig“. Es würde sonst die Gefahr heraufbeschworen, dass unheilbar Kranke keine Ärzte mehr finden, die das Risiko der Haftungsvermutung auf sich nehmen wollen.

Zu Recht wird die derzeit für die Arzthaftung recht unpassende Regel des § 280 Abs. 1 BGB modifiziert. An dem von der Rechtsprechung seit jeher intendierten Gleichlauf zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung wird sich kaum etwas ändern. Zumindest ungenau ist es freilich, wenn in der Begründung des Entwurfs davon die Rede ist, nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB habe der Behandelnde zu beweisen, „dass er die objektiv fehlerhafte Behandlung subjektiv nicht zu vertreten hat“. Im zivilen Haftungsrecht gibt es nach ganz herrschender Ansicht keinen subjektiven, sondern einen objektiv-typisierten Verschuldensmaßstab<sup>20</sup>, im Arzthaftungsrecht namentlich den Facharztstandard.

Wenig Neues findet sich im Entwurf zur Rechtsprechung über den so genannten voll beherrschbaren Risikobereich (§ 630 h Abs. 1). Insoweit bleibt freilich dunkel, warum sich ein „allgemeines“ Behandlungsrisiko verwirklicht haben muss, während für spezielle Behandlungsrisiken anderes zu gelten scheint. Tradiert ist ferner die Verteilung der Beweislast in Bezug auf Einwilligung und Aufklärung, die zu Recht (anders wieder BR-Stellungnahme sub 22.) nicht (mehr) bis hin zur – im europäischen Ausland wohl kaum exportfähigen<sup>21</sup> – Rechtsprechung über den

---

<sup>20</sup> Statt aller *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 160 ff. m. w. N.

<sup>21</sup> Dezidiert anders österr. OGH, RdM 2009, 183.

„ernsthaften“ (oder „echten“) Entscheidungskonflikt kodifiziert werden soll. Nicht anders steht es mit den beweisrechtlichen Konsequenzen der Dokumentation. Immerhin wird hier eine klare Vermutung aufgestellt, nicht anders als im Kontext des Übernahmeverschuldens und des groben Behandlungsfehlers (§ 630h Abs. 3-5). Gerade in Bezug auf den groben Behandlungsfehler bleibt der Entwurf die Begründung für diese Fallgruppe als Sonderrecht des Arzthaftungsprozesses indes schuldig (außer, dass die Behandlungsseite „näher dran“ am Geschehen sei, aber das würde bei der Arzthaftung fast jede Beweislastumkehr tragen); ihr „Erfinder“, der damalige Vorsitzende des u. a. für die Arzthaftung zuständigen Senats des BGH *Erich Steffen*<sup>22</sup>, wollte diese Fallgruppe konsequent auf die Verletzung von allen Berufspflichten erstrecken, die dem Schutz von Leben und Gesundheit dienen.

An die Grundfrage, das Beweismaß in Bezug auf die Kausalität einheitlich (und nicht nur in Bezug auf die haftungsausfüllende Kausalität, § 287 ZPO) auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit zu senken, hat sich der Entwurf nicht gewagt, ebenso wie er dem Gedanken des „Verlustes einer Heilungschance“ die Gefolgschaft versagt<sup>23</sup>. Dagegen soll die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität wegen mangelnder oder fehlender Befunderhebung oder Befundsicherung mit der Folge, dass die Verkennung des Befundes oder die darauf folgende unterlassene Behandlung sich als grob fehlerhaft darstellen würde<sup>24</sup>, in § 630h Abs. 5 S. 2 Gesetz werden. Im Einzelfall führt das dazu, dass selbst einfache Befunderhebungsfehler zur Umkehr der Beweislast führen. Auch für den Gegenbeweis ist dann die volle richterliche Überzeugung erforderlich, wofür eine selbst 90%ige Kausalitätsunwahrscheinlichkeit nicht genügt<sup>25</sup> – ein wahrlich scharfes Schwert zu Gunsten der Patienten und zu Lasten der Behandlungsseite.

---

<sup>22</sup> RGRK-BGB, 12. Aufl. 1989, § 823, Rn. 524.

<sup>23</sup> Zu alledem näher *Spickhoff*, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2007, 2008, S. 7, 69 ff.; auch im Ausland finden sich unterschiedliche Beweismaße in Bezug auf die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität nicht.

<sup>24</sup> *BGH*, NJW 2011, 2508; *VersR* 1999, 60; *BGH*, NJW 2004, 2011; dazu *Katzenmeier*, JZ 2004, 1030; *Spickhoff*, NJW 2004, 2345.

<sup>25</sup> So *BGH*, NJW 2004, 2011.

## **VI. Fazit**

Es ist zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber des medizinischen Behandlungsvertrages annimmt und ihn im BGB kodifizieren will. Die Patientenrechte sind durch die Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten in Deutschland deutlicher als im sonstigen europäischen Ausland gestärkt worden, ja zu einer Spitzenstellung gelangt. Das mag einer der Gründe sein, dass eine an sich wünschenswerte kritisch-analytische, rechtsvergleichend unterlegte Bewertung der Judikatur weitgehend unterblieben ist. Andererseits erscheint es vor diesem Hintergrund in der Gesamttendenz keineswegs als verfehlt, dass der Entwurf vom vorhandenen Bestand an Patientenrechten ausgeht und ihn nicht durch einen massiven Ausbau in Europa rechtsvergleichend isoliert. Insbesondere ist der gerichtlichen Praxis für eine weitere Fortentwicklung der Patientenrechte in Deutschland ein zureichender legislatorischer Freiraum belassen worden.