

KANZLEI HEYNE MANN | Brunnenstr. 37 | D 10115 Berlin

AOK Bundesverband
Rosenthaler Straße 31

10178 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0326(30)
gel. ESV zur öAnh. am 22.10.
2012_Patientenrechte
18.10.2012

Brunnenstraße 37
D 10115 Berlin

T + 49 · 30 · 88 71 50 88
F + 49 · 30 · 88 71 50 89
info@medizinrecht-heyne mann.de
www.medizinrecht-heyne mann.de

Berlin, den 18. Oktober 2012

Bitte stets angeben:
12/12JH01 le D1/14124

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz)

Anhörung im Rechts- und Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 22.10.2012

I. Einleitung

Nachdem die Regierungskoalition in ihrem Koalitionspapier die Verabschiedung eines Patientenrechtegesetzes vereinbarte, liegt nunmehr ein Entwurf der Bundesregierung vor, der gemeinsam vom Bundesministeriums der Justiz und dem Bundesministerium für Gesundheit erarbeitet wurde.

Die Stellungnahme wird sich im Wesentlichen auf die geplanten Regelungen zum Behand-

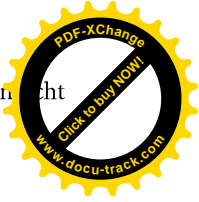
Jörg F. Heyne mann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

TÄTIGKEITSSCHWERPUNKTE
Medizinrecht, Arzneimittelrecht, Arzthaftungsrecht, Medizinprodukterecht

Annika Zumbansen
Rechtsanwältin

TÄTIGKEITSSCHWERPUNKTE
Arzthaftungsrecht, Geburtsschadensrecht

BANKVERBINDUNG
Berliner Volksbank, Konto 7363696001, BLZ 100 900 00



Seite 2 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

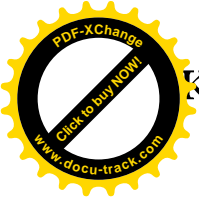
lungsvertrag im BGB konzentrieren. Es besteht weiterer dringender Handlungsbedarf, auch in Haftungsfragen, die durch die Neuregelungen noch nicht erfasst sind und dringend erforderlich wären. Nicht abschließend sind zu nennen:

- Die Arzneimittelhaftung im AMG; die seit 2002 existierende Neuregelung der §§ 84 ff. AMG dürfte als im Wesentlichen gescheitert anzusehen sein.
- Regelungen über den Umgang mit Medizinprodukte. Das Zulassungssystem, die Überwachung der im Umlauf befindlichen Medizinprodukte und das Haftungssystem sind unbefriedigend. Es besteht dringender Handlungsbedarf, um die Sicherheit von Medizinprodukten zu verbessern.
- Änderung der Zivilprozessordnung, um die Rechte geschädigter Patienten im Arzthaftungsprozess zu stärken.

Der Titel des Gesetzes täuscht darüber hinweg, dass es zumindest, was den Behandlungsvertrag angeht, nicht das Ziel des Gesetzgebers ist die Rechte der Patienten zu verbessern sondern die derzeitigen, im Wesentlichen durch die Rechtsprechung geprägten rechtlichen Besonderheiten des Behandlungsvertrages und damit auch des Arzthaftungsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Der Gesetzgeber intendiert daher, die derzeitige, durch jahrzehntelange Rechtsprechung des VI. BGH-Senats geprägte Rechtslage zu kodifizieren und nicht die Rechtslage zu ändern.

Der Unterzeichner verfasste im Sommer 2010, zusammen mit Herrn Prof. Dr. Dieter Hart, einen Entwurf über ein Patientenrechtegesetz, welches am 05.08.2010 dem Patientenbeauftragten der Bundesregierung, Herrn Wolfgang Zöller, vorgestellt wurde. Ziel dieses Gesetzesentwurfes war u. A. auch, den Behandlungsvertrag im BGB zu kodifizieren. Es wurden jedoch zusätzlich mehrere Vorschläge für gänzlich veränderte Haftungssysteme unterbreitet.

Im Rahmen dieser gutachterlichen Kurzstellungnahme soll zunächst nur zu der geplanten Verankerung des Behandlungsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) Stellung genommen werden. Die folgende Stellungnahme wird daher kein Vergleich beider Gesetzesentwürfe werden. Vielmehr wird die Umsetzung der Intention des Gesetzgebers, die derzeitige durch Richterecht geprägte Rechtslage zu kodifizieren, an diesem Anspruch des Gesetzgebers gemessen und beurteilt werden.



Seite 3 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

II. Gesetzssystematik

Konsequenterweise wird der Behandlungsvertrag als besonderer Dienstvertragstyp in einem eigenen Untertitel in das BGB integriert. Da der Behandlungsvertrag als besondere Form des Dienstvertrages angesehen wird und die Rechtsprechung das Recht des Dienstvertrages mit weiteren Besonderheiten auf den Behandlungsvertrag anwendet, ist diese Platzierung im BGB in Form der Regelungen der §§ 630 a ff. BGB gesetzssystematisch und methodisch richtig.

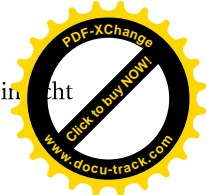
Der Entwurf verzichtet ausdrücklich auf eine spezielle vertragliche Haftungsnorm für die Verletzung von Pflichten aus dem Behandlungsvertrag. Dies wird damit begründet, dass auch für den Behandlungsvertrag die allgemeinen Regelungen der besonderen Schuldverhältnisse gelten, („vor die Klammer gezogen werden“, wie es in der Gesetzesbegründung heißt). Es wird weiter ausgeführt: *„Nur dann, wenn von diesen allgemeinen Regelungen abgewichen werden soll oder spezielle Anspruchsgrundlagen oder Rechtsfolgen festgelegt werden sollen, müssen an späterer Stelle besondere Regelungen getroffen werden.“* Auch diese Vorgehensweise ist konsequent, wenn man von dem Konzept der Kodifizierung der derzeitigen Rechtslage ausgeht.

Der Referentenentwurf sieht folgende Regelungen vor:

- § 630a BGB: Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag
- § 630b BGB: Anwendbare Vorschriften
- § 630c BGB: Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten
- § 630d BGB: Einwilligung
- § 630e BGB: Aufklärungspflichten
- § 630f BGB: Dokumentation der Behandlung
- § 630g BGB: Einsichtnahme in die Patientenakte
- § 630h BGB: Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

III. Regelungsentwurf im Einzelnen

1. Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag (§ 630a BGB)



Seite 4 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, aus welchem Grund der medizinische Behandlungsvertrag als Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag gemäß § 631 ff. BGB zu qualifizieren ist. Der Arzt schuldet insoweit nur eine Behandlung nach dem ärztlichen Standard, nicht jedoch den Erfolg der Behandlung. Wird vertraglich der Erfolg der Behandlung vereinbart, ist der Anwendungsbereich des Behandlungsvertrages nach § 630a ff. BGB von vornherein nicht eröffnet. Hierzu kann auf die Ausführungen in der Gesetzesbegründung (Seite 19 – 24) verwiesen werden.

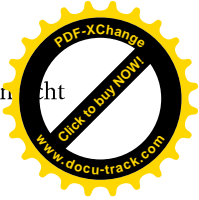
Auslegungsbedürftig ist jedoch folgende Passage der Gesetzesbegründung:

„Die neuen vertraglichen Regelungen sollen nur für Verträge gelten, die eine medizinische Behandlung zum Gegenstand haben. Sie sind insbesondere auf die spezialgesetzlichen geregelten Verträge über die Erbringung reiner Pflege- oder Betreuungsleistungen nicht anzuwenden und gelten insbesondere auch nicht für Verträge im Geltungsbereich des Gesetzes über Wohnraum mit Pflege- und Betreuungsleistungen.“

Der Begriff der „medizinischen Behandlung“ bzw. der medizinisch Behandelnden wird im Gesetzentwurf selbst nicht definiert. Die Begründung gibt jedoch Hilfe zur Auslegung: Da es um eine medizinische Behandlung von Patienten gehe, seien alle Angehörigen der Heilberufe, die Primärbehandlungen durchführten, als Behandler zu verstehen. Dies umfasse Ärzte und Zahnärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendpsychotherapeuten und auch Hebammen, Masseur, medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten und auch Heilpraktiker. Aus welchem Grund Pflegeleistungen nicht in den Anwendungsbereich der § 630 a ff. BGB fallen sollen, erschließt sich nicht. Dieser Passus scheint insoweit ergänzungsbedürftig.

Darüber hinaus wäre zu klären, ob man nicht statt „Behandelnden“ den Begriff „Arzt“ in den Gesetzestext einfügt und dann klärt, dass dieser Anwendungsbereich auch für weitere Berufsgruppen entsprechende Anwendung findet. Dies könnte beispielsweise durch einen eigenen Absatz in § 630 b Anwendungsbereich geregelt werden.

Der zweite Absatz des § 630 a BGB regelt, dass die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat. Diese



Seite 5 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

Kodifizierung ist ungenau. Es wäre besser, im Abs. 1 den Begriff „Arzt“ oder „Arzt des jeweiligen Fachgebiets“ einzuführen und in Abs. 2 von „fachärztlichem Standard“ zu sprechen und nicht von „fachlichem Standard“.

Stellungnahme zu § 630 a BGB:

Die Regelung des § 630 a Abs. 1 BGB könnte, wie vorgeschlagen, optimiert werden. Durch die Gesetzesbegründung wird allerdings nachvollziehbar eingegrenzt, wer Behandelnder der medizinischen Behandlung sein soll. Der zweite Absatz regelt klar und deutlich, dass die Behandlung nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat. Wünschenswert wäre es gewesen, das Ziel der Behandlung etwa durch die ergänzende Formulierung einer „guten und sicheren Behandlung“ ergänzt worden wäre.

Im Zusammenhang mit dem nachfolgenden § 630 b BGB ist festzustellen, dass die Frage der Kündigung eines Behandlungsvertrages nicht geregelt werden soll. Dies muss überraschen, da nach der Intention des Gesetzgebers die allgemeinen Regelungen „vor die Klammer gezogen“ werden sollen. Es würde bedeuten, dass im Hinblick auf die Beendigung bzw. Kündigung des Behandlungsvertrages z.B. die Regelung des § 621 BGB anzuwenden wäre. Die Regelung des § 621 BGB wird jedoch nicht den Besonderheiten eines Behandlungsvertrages gerecht. Der Unterzeichner hat in seinem mit Prof. Dr. Hart entworfenen Gesetzesvorschlag daher auch die Kündigung des Behandlungsvertrags gesetzlich gesondert verankert.

Dieser Vorschlag hatte folgenden Inhalt:

„Absatz 1

Die Kündigung des Behandlungsvertrages ist für den Patienten jederzeit ohne Angabe von Gründen zulässig.



Seite 6 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

Absatz 2

Die Kündigung des Behandlungsvertrages durch den Arzt bedarf eines besonderen Grundes und ist nur dann möglich, wenn dabei ärztliche Pflichten nicht verletzt werden und die Gesundheit des Patienten nicht beeinträchtigt oder gefährdet wird.“

In der Praxis stellen jedoch sowohl der Vertragsschluss als auch die Kündigung allenfalls ein marginales Problem dar. Der Behandlungsvertrag kommt in der Regel dadurch zustande, dass der Patient den Arzt aufsucht. Einer besonderen Kündigung durch den Patienten bedarf es nicht, wenn dieser z. B. mit der ärztlichen Behandlung unzufrieden ist. Er wird sich dann in der Regel zukünftig von diesem Arzt nicht mehr behandeln lassen. Dennoch erscheint es sinnvoll, dass eine Kündigung durch den Arzt nur in den beschriebenen Ausnahmefällen möglich sein soll.

2. Anwendbare Vorschriften (§ 630 b BGB)

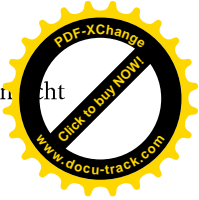
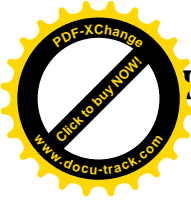
Im Hinblick auf die geplante Regelung des § 630 b BGB kann auf die Gesetzesbegründung verwiesen werden, diese ist als solche nicht ergänzungsbedürftig.

3. Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten (§ 630 c BGB)

In § 630 c Absatz 1 BGB wird quasi eine Präambel normiert, wonach Patient und Behandelnder vertrauensvoll zusammenarbeiten sollen. Da es insbesondere bei dem Arzt-Patientenverhältnis um ein besonderes Vertrauensverhältnis geht, sollte dies auch statuiert werden.

§ 630 c Absatz 2 BGB stellt eine komplexe Regelung dar:

Es wird zunächst in Satz 1 die Informations- bzw. Aufklärungspflicht des Behandelnden bzw. des Arztes allgemein statuiert. Danach soll der Behandelnde in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung oder, soweit erforderlich, in deren Verlauf über sämtliche für die Behandlung wesentliche Umstände aufklären, insbesondere die Diagnose, die Therapie und die nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen.



Seite 7 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

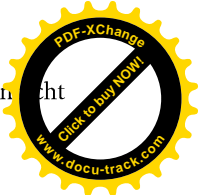
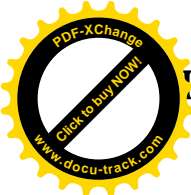
Diese Formulierung ist nach hiesiger Auffassung zu allgemein gefasst, weil nur von den „wesentlichen Umständen der Behandlung“ gesprochen wird, ohne diese näher zu bezeichnen. Zudem wird von dieser Formulierung nicht die Aufklärung über standardmäßige Alternativen zu der jeweils vorgeschlagenen Therapie umfasst. Vorzugswürdig ist insoweit die vom Unterzeichner in seinem Gesetzentwurf gewählte folgende Formulierung:

„Der Patient muss vollständig über die Erfolgsaussichten, die Art, den Umfang und die Risiken der geplanten Behandlung sowie deren indizierte und zur Verfügung stehende standardmäßige Alternativen, auch im Vergleich zur Nichtbehandlung durch einen Arzt des jeweiligen Fachgebiets informiert werden.“

§ 630 c Absatz 2 Satz 1 und Satz 3 BGB sind durch die bisherige Rechtsprechung nur teilweise gedeckt und stellen eine interessante Option dar. § 630 c Absatz 2 Satz 2 BGB regelt, dass der Behandelnde den Patienten auf Nachfrage über erkennbare Behandlungsfehler zu informieren hat. § 630 c Absatz 2 Satz 3 BGB regelt, dass im Übrigen der Behandelnde verpflichtet ist, den Patienten über erkennbare Behandlungsfehler zu informieren, soweit dies zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren vom Patienten erforderlich ist. § 630 c Absatz 2 Satz 4 BGB regelt schließlich, dass für den Fall, dass die Behandlungsfehler nach Satz 2 und Satz 3 dem Behandelnden selbst unterlaufen sind, diese Information nicht zu Beweis Zwecken in einem gegen ihn geführten Strafverfahren ohne seine Zustimmung verwendet werden darf.

Diese im Entwurf getroffene Regelung über die Mitteilungspflichten des Arztes über etwaige Behandlungsfehler ist begrüßenswert. Ein offener Umgang mit Behandlungsfehlern wird insgesamt zu einer offeneren Fehlerkultur führen. Dem Grunde nach ist die Einführung solcher Regelungen - im Sinne der Stärkung von Patientenrechten - positiv zu bewerten. Im Einzelnen sind diese Regelungen jedoch korrektur- bzw. ergänzungsbedürftig. Abgesehen davon, dass sich Ärzteverbände und die Versicherungswirtschaft mit einer solchen Regelung sicherlich nicht einverstanden erklären werden, ist auf folgende Probleme in diesem Zusammenhang hinzuweisen:

Aufgrund meiner langjährigen Erfahrung als „Arzthaftungsrechtler“ auf Patientenseite muss ich feststellen, dass es in den Rechtsstreitigkeiten stets höchst Streitig ist, ob über-



Seite 8 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

haupt ein Behandlungsfehler vorliegt und ob ein solcher als grob oder als einfach zu qualifizieren ist. Man erlebt hier selbst mit jahrelanger Erfahrung immer noch Überraschungen, da die Qualifizierung einer Behandlung als fehlerhaft in den allermeisten Fällen allein von der Beurteilung des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess abhängig ist. Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen des Gesetzesentwurfs zu berücksichtigen, dass die Beurteilung des behandelnden Arztes über etwaige eigene Behandlungsfehler oder die von Vorbehandlern stets subjektiv geprägt sein wird. Es ist also nie ausgeschlossen, dass in einem (späteren) Arzthaftungsprozess eine zunächst als fehlerhaft bezeichnete Behandlung für *lege artis* befunden wird und umgekehrt.

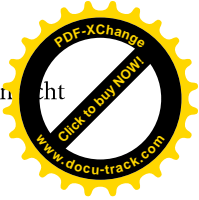
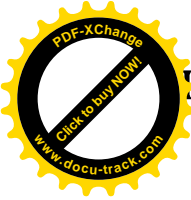
Vor diesem Hintergrund dürften weitere haftungsrechtliche Probleme auftreten:

Wenn etwa der behandelnde Arzt von einem Behandlungsfehler des Vorbehandlers ausgeht, dies dem Patienten mitteilt und der Patient daraufhin das Klageverfahren gegen den Vorbehandler durchführt und sich im Rahmen dieses Rechtsstreites herausstellt, dass kein Behandlungsfehler vorliegt; kann dann der Vorbehandler den Nachbehandler in Regress nehmen? Darüber hinaus bedürfte die Regelung des § 630 c Absatz 2 Satz 4 BGB sicherlich einer Entsprechung in der Strafprozessordnung. Dort müsste ein kongruentes Beweisverwertungsverbot geregelt werden.

Die Intention der Regelungen des § 630 c Absatz 2 BGB wird voll und ganz begrüßt. Eine Überarbeitung dieser Regelung aus den oben genannten Gründen wäre jedoch erforderlich.

Der Dritte Absatz des § 630 c BGB ist unproblematisch und bedarf keiner Kommentierung. Sofern jedoch über die Kosten der Igel-Leistungen aufgeklärt wird, so sollte nicht nur über die Kosten dieser Leistungen sondern auch über deren medizinischen Nutzen aufgeklärt werden.

§ 630 c Absatz 4 BGB regelt die Ausnahmetatbestände der Aufklärungspflichten. § 630 c Absatz 4 Nr. 1 BGB regelt den Fall, dass die Aufklärungspflicht dann entbehrlich wird, wenn die Behandlung, etwa durch eine Notfallsituation unaufschiebbar ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung und muss an dieser Stelle nicht kommentiert werden.



Seite 9 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

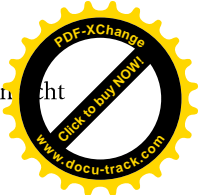
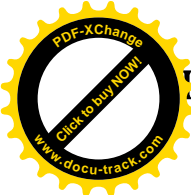
§ 630 c Absatz 4 Nr. 2 BGB regelt jedoch, dass eine Aufklärungspflicht nicht erfolgen muss, wenn dies wegen besonderer Gründe entbehrlich ist. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass hierdurch Fälle erfasst werden sollen, in denen der Patient infolge der Information sein Leben oder seine Gesundheit erheblich gefährdet. Die Formulierung „besondere Gründe“ ist jedoch zu weit und allgemein gefasst.

Diese Formulierung ist auch deshalb missverständlich, weil dadurch eine teilweise noch vorhandene paternalistische Rechtsprechung gefördert würde, wonach über seltene Risiken dann nicht aufzuklären ist, wenn diese den Patienten von einer sinnvollen Behandlung abhalten könnten. Diese leider immer noch in Teilen vorhandene Rechtsprechung ist mit dem Grundsatz der Patientenautonomie nicht vereinbar. Der Patient muss auch das Recht haben, unvernünftig zu entscheiden und auf eine sinnvolle Behandlung zu verzichten, wenn er das Risiko scheut. § 630 c Absatz 4 Nr. 2 BGB sollte daher neu gefasst werden.

4. Einwilligung (§ 630 d BGB) und Aufklärungspflichten (§ 630 e BGB)

Es erschließt sich nicht, aus welchem Grund hier die Regelung über die Einwilligung (§ 630 d BGB) der Regelung über die Aufklärungspflichten (§ 630 e BGB) vorangestellt wird. Der wirksamen Einwilligung durch den Patienten muss eine ordnungsgemäße Aufklärung des Arztes bzw. des Behandlenden vorangehen. Insoweit verweist § 630 d Abs. 2 BGB auch darauf, dass die Einwilligung nur dann wirksam ist, wenn der Patient gemäß § 630 e BGB aufgeklärt wurde.

Es wäre nach hiesiger Auffassung sinnvoller, den Paragraph über die Regelung der Aufklärungspflichten (§ 630 e BGB) vorzuziehen und danach die Einwilligung zu regeln. Es erschließt sich weiterhin nicht, aus welchem Grund in § 630 c BGB die Informationspflichten geregelt werden und dann die selben Pflichten mit den wesentlichen Ergänzungen in § 630 e BGB als Aufklärungspflichten wiederholt werden. Dies führt zu einer gesetzessystematischen Inkonsistenz. Aufklärungspflichten und Informationspflichten sind insoweit teilweise gleichzusetzen. Es wäre daher sinnvoller in § 630 c BGB die Aufklärungspflichten zu regeln, dann in § 630 d BGB die Einwilligung, um dann in § 630 e BGB die Frage der Informationspflicht der Ärzte über Behandlungsfehler zu regeln. Eine solche Vorgehensweise wäre denklogisch und gesetzsystematisch vorteilhafter.



Seite 10 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

Im Hinblick auf die einzelnen Regelungen sei das Folgende ausgeführt:

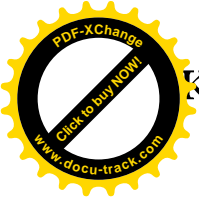
In § 630 d BGB sind im Hinblick auf die Einwilligung die wesentlichen Tatbestände geregelt. Es könnte allerdings die Einwilligung von Minderjährigen ergänzt werden, da insoweit der BGH davon ausgeht, dass auch nicht volljährige Patienten unter gewissen Umständen eine Behandlung ablehnen können. Der Unterzeichner hat insoweit in dem eigenen Gesetzesvorschlag eine entsprechende Regelung vorgeschlagen.

Zu § 630 e BGB (Aufklärungspflichten) ist im Hinblick auf die wesentlichen Aufklärungstatbestände (Risikoaufklärung, Sicherungsaufklärung und Aufklärung über standardmäßige Alternativen das Wesentliche erfasst. Erfreulich ist auch, dass die Patienten über die Erfolgsaussichten eines Eingriffs im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie aufgeklärt werden sollen.

Die Regelung im Hinblick auf Behandlungsalternativen gibt die derzeitige Rechtsprechung wieder, wonach über mehrere Behandlungsmethoden dann aufzuklären ist, wenn diese zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.

Hier wäre die Formulierung, dass über die „geplante Behandlung“ sowie die brauchbaren und zur Verfügung stehende standardmäßige Alternativen auch im Vergleich zur Nichtbehandlung durch einen Arzt des jeweiligen Fachgebiets informiert werden“ muss, für geeigneter. Diese Formulierung geht allerdings über die Intention der derzeitigen Rechtsprechung hinaus.

Im Gegensatz zum Referentenentwurf wurde nunmehr mit § 630e Abs. 2 Nr. 3 BGB geregelt, dass dem Patienten Unterlagen, die er in Zusammenhang mit der Aufklärung unterzeichnet hat, in Abschrift auszuhändigen sind. Dies ist sehr erfreulich, weil es in fast jedem Arzthaftungsprozess darum gestritten wird, worüber der Patient aufgeklärt wurde, ob er den Aufklärungsbogen tatsächlich unterschrieben hat usw. Der Patient kann selbst noch einmal nachlesen, was in diesen Aufklärungsinformationen steht und ggf. Ergänzungsfragen stellen. Weiterhin wäre eine Fälschung des Aufklärungsbogens kaum mehr möglich.



Seite 11 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

6. Dokumentation der Behandlung (§ 630 f BGB)

Zur Dokumentation der Behandlung werden im Wesentlichen die Voraussetzungen, die sich aus den Musterberufsordnungen sowie aus der Rechtsprechung ergeben, nochmals kodifiziert.

Der erste Absatz verpflichtet die Behandelnden zur Führung einer Patientenakte in Papierform oder elektronisch. Wichtig ist, dass in Absatz 2 auch geregelt ist, dass Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte nur dann zulässig sind, wenn der ursprüngliche Inhalt erkennbar bleibt. Diese Regelung in § 630 f Absatz 1 Satz 2 BGB wird in der Praxis sicherlich eine große Rolle spielen, denn in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten wird unter anderem über die Authentizität und unberechtigte Änderung von Behandlungsunterlagen gestritten. Die Rechtsprechung ist insoweit auch nicht einheitlich und es würde nunmehr klar geregelt, dass nachträgliche Änderungen kenntlich zu machen sind.

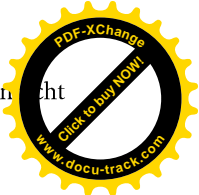
§ 630 f Absatz 2 BGB regelt den Inhalt der Behandlungsunterlagen und stellt klar, dass darin die für die derzeitige und zukünftige Behandlung wesentlichen Fakten enthalten sein müssen. Es wird insoweit nicht abschließend („insbesondere“) die Anamnese, Diagnoseuntersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkung, Eingriffe und ihre Wirkung, Einwilligungen und Aufklärungen genannt.

Der § 630 f Absatz 3 BGB regelt die Aufbewahrungspflicht und den Aufbewahrungszeitraum für Behandlungsunterlagen und gibt insoweit die derzeitige rechtliche Lage wieder.

§ 630 f BGB regelt alle wesentlichen Tatbestände, die sich auf die Behandlungsdokumentation beziehen und ist insoweit nicht ergänzungs- oder korrekturbedürftig.

7. Einsichtnahme in die Patientenakte (§ 630 g BGB)

Hier wird in drei Absätzen die derzeitige Rechtslage wiedergegeben. Durch die Kodifizierung wird das ohnehin bestehende Patientenrecht damit festgeschrieben. In der Praxis



Seite 12 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

stellt sich immer wieder heraus, dass die Patientenakte dem Patienten selbst nicht zur Verfügung gestellt wird und ihm auch keine Kopie der Akte ausgehändigt wird. Dies geschieht in der Regel nur nach einem anwaltlichen Aufforderungsschreiben. Das das Einsichtsrecht hier als unmittelbares Patientenrecht kodifiziert wird, dürfte zukünftig dazu führen, dass der Patient sein Recht unmittelbar aus § 630 g BGB geltend machen kann.

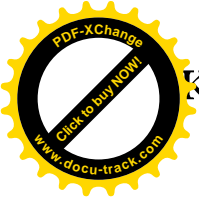
In Abs. 2 fehlt jedoch eine Regelung, die vorsieht, dass der Patient Abschriften von der vollständigen Patientenakte verlangen kann und dass der Arzt auf Verlangen die Vollständigkeit der herausgegebenen Patientenakte versichern muss. In der Praxis ist immer wieder streitig, ob ein Arzt dies versichern muss, mit der Folge, dass die Patientenakten häufig unvollständig herausgegeben werden.

8. Beweislastvereitelung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler (§ 630 h BGB)

In der bisherigen durch die BGH-Rechtsprechung des 6. Senats geprägten Rechtsprechung zur Arzthaftung bzw. zum Recht über den Behandlungsvertrag, wurden zahlreiche Beweislastregelungen entwickelt. Hintergrund war die Schaffung von „Waffengleichheit“ zwischen Arzt und dem von vornherein nicht fachkundigen Patienten. Der Wissensvorsprung der Behandlerseite sollte durch Beweiserleichterungen für bestimmte Fallkonstellationen erleichtert werden. Der BGH hat hierzu eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung entwickelt.

Hinsichtlich der Haftung steht insoweit die Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern im Zentrum arzthaftungsrechtlicher Prozesse. Problematisch ist insoweit die Qualifikation eines Behandlungsfehlers als grob. Die Definition des BGH ist nach vielfältiger Auffassung zu unklar, als dass der im Arzthaftungsprozess tätige medizinische Sachverständige hierzu klar Stellung nehmen kann. Hier sind leider nach wie vor der Willkür des medizinischen Sachverständigen Tür und Tor geöffnet.

Auch im Hinblick auf die Beweislast für die Aufklärung hat der BGH eine ausdifferenzierte Rechtsprechung entwickelt. Grob zusammengefasst muss der Behandelnde beweisen, dass überhaupt ein Aufklärungsgespräch stattfand. Weiterhin muss er beweisen, dass er auf die wesentlichen Risiken einer Behandlung hinwies. Schließlich muss der Behandelnde beweisen, dass er über Art, Umfang und Durchführung der geplanten Behandlung aufklärte. In-



Seite 13 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

wieweit hier die Aufklärung im Detail erfolgen muss, ist streitig. Der BGH geht davon aus, dass die tatsächlichen Umstände und die Risiken der Behandlung „im Großen und Ganzen“ dargestellt worden sein müssen.

Das Unterlassen der Sicherungsaufklärung, auch therapeutische Aufklärung genannt, unterliegt jedoch der Beweislast des Patienten, so dass dieser den Nachweis erbringen muss, dass er nicht über die Folgen der Behandlung aufgeklärt wurde.

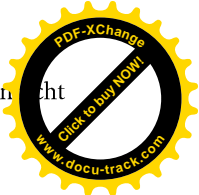
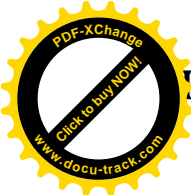
Schließlich wird der Fehler als Schadensursache des vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat. Diese widerlegbare Vermutung bezieht sich auf die Kausalität und nicht (nur) auf den Fehler.

Ebenso wird ein Behandlungsfehler vermutet, wenn der Behandler nicht die Qualifikation besitzt, die für die vorgenommene Behandlung erforderlich ist. Es wird insoweit Facharztstandard geschuldet. Die Vermutungsregelung greift insbesondere auch bei sogenannten „Anfängeroperationen“: wenn ein Berufsanfänger eigenverantwortlich einen Eingriff vornimmt, ohne dass ein Facharzt assistiert, wird vermutet, dass ein eingetretener Schaden durch einen Fehler des Berufsanfängers verursacht wurde.

Wurden wesentliche Behandlungsmaßnahmen nicht in den Behandlungsunterlagen dokumentiert, wird ebenso vermutet, dass diese Behandlungen nicht durchgeführt wurden. Die Behandlerseite muss also diese Vermutung widerlegen, sofern sie die Durchführung der nicht dokumentierten Maßnahmen beweisen will.

Diese Beweislastregelungen werden teilweise zutreffend in der Regelung des § 630 h Absatz 1 bis Absatz 4 kodifiziert und geben insoweit den derzeitigen Stand der Rechtsprechung zutreffend wieder.

Im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung wird in § 630 h Abs. 1 „der Fehler des Behandelnden vermutet“, wenn sich ein Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war. Nach dieser Regelung bezieht sich die widerlegbare Vermutung nur auf den Fehler, nicht aber auf die Kausalität. Hierin unterscheidet sich die



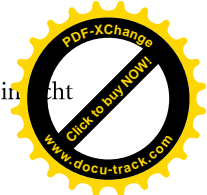
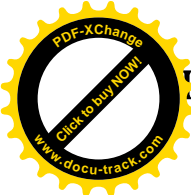
Seite 14 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

Regelung zu Lasten des Patienten von der bisherigen Rechtsprechung (vgl.: BGH-Beschluss 13.02.2007 VI ZR 174/06). Der Abs. 1 sollte daher dringend korrigiert werden.

Auch in § 630 h Abs. 2 wird die derzeitige Rechtsprechung nur unvollständig wiedergegeben. Grundsätzlich muss der Arzt beweisen, dass er den Patient entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Danach wird der ebenfalls von der Rechtsprechung gedeckte Einwand der hypothetischen Einwilligung geregelt, wonach der Arzt bei unzureichender Aufklärung sich darauf berufen kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte. Nach der ständigen Rechtsprechung ist es jedoch ausreichend, wenn der Patient dann plausibel macht, dass er sich in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Dieser Teil der ständigen Rechtsprechung wurde nicht berücksichtigt.

Problematisiert werden muss auch der Absatz 5 des § 630 h BGB. Dieser regelt die Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern und bei Befunderhebungsfehlern. Der Entwurf berücksichtigt nicht die neue Rechtsprechung des BGH zum Befunderhebungsfehler (BGH 7.06. 2011 – VI ZR 87/10) wonach eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten eintritt, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennerung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde und dieser Fehler generell geeignet ist, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden zu verursachen. Der Gesetzentwurf ist daher zu ergänzen. Gleichzeitig zeigt die Regelung des § 630 h ein strukturelles Defizit des Gesetzes. Es wird versucht die ausdifferenzierte Rechtsprechung des BGH in ein Gesetz zu gießen. Dies gelingt weder durch case-law ähnliche Konstruktionen noch durch die Abstrahierungsversuche. Gerade im Fall der Beweislast, die das Kernstück des Arzthaftungsrechts darstellt, gelingt mit dies mit dem vorliegenden Entwurf nur unvollständig. Dies zeigen gerade die Regelungen des § 630 h Abs. 2 und Abs. 5 BGB.

Dies gilt auch und gerade vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung grundsätzlich dynamischen Prozessen unterliegt, während die gesetzliche Kodifizierung in der Regel statisch ist. Gerade im Bereich der medizinischen Behandlung, die immer stärker einem fortlaufenden Wandel unterliegt, ist es jedoch notwendig, dass die Rechtsprechung flexibel reagieren kann.



Seite 15 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

Exemplarisch kann dies hier an § 630 h Absatz 5 BGB deutlich gemacht werden. Die Rechtsprechung zum einfachen Befunderhebungsfehler, die in diesem Absatz offensichtlich gemeint ist, hat den hier vorgenommenen Regelungsentwurf bereits überholt. Die jüngste Rechtsprechung des BGH ist hier noch nicht in dem Referentenentwurf eingeflossen.

Der VI. Senat des BGH hat in den vergangenen Jahren immer wieder Rechtsfiguren entwickelt, die die Rechte des Patienten verbessern sollten. Es besteht die Gefahr, dass eine solche weitere Verbesserung durch die Kodifizierung des derzeitigen Status Quo verhindert wird und keine Verbesserungen durch die Rechtsprechung zugunsten der Patienten entwickelt werden können; eine Rechtsfortbildung der Rechtsprechung würde verhindert oder zumindest verzögert. Von daher bleibt der Unterzeichner bei der grundsätzlichen Kritik, dass es im Hinblick auf die vom BGH entwickelten Beweislastregelungen überaus schwer ist, diese gesetzlich zu kodifizieren. Letztlich könnte dadurch eine Verbesserung der Patientenrechte eher erschwert als erleichtert werden.

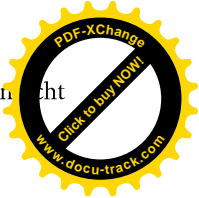
Vorzugswürdig scheint dagegen eine Beweiserleichterung auch bei einfachen Behandlungsfehlern in Form einer widerlegbaren Vermutung hinsichtlich der Kausalität. Danach müsste der Patient wie bisher das Vorliegen eines Behandlungsfehlers beweisen. Weiterhin müsste der Patient bei einer solchen Regelung beweisen, dass er einen Schaden erlitten hat. Die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden würde dann widerlegbar vermutet.

Die hier vorgeschlagene Regelung lautete wie folgt:

§ 630i Beweislast bei Behandlungsfehlern

- (1) Die Beweislast für das Vorliegen des Behandlungsfehlers und des Schadens trägt der Patient.
- (2) Der Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden wird widerlegbar vermutet.

Die Gegner einer Beweiserleichterung auch bei einfachen Behandlungsfehlern sprechen davon, dass dies zu einer Defensivmedizin (Minister Bahr) führe oder dass man damit „ame-



Seite 16 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

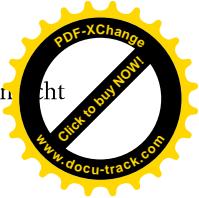
rikanische Verhältnisse“ schaffe. Beide Argumente greifen nach hiesiger Auffassung nicht. Würde man annehmen, dass eine solche Regelung zur Defensivmedizin führe unterstellt man mit dieser Behauptung, dass die Ärzteschaft bisher Behandlungsfehler in Kauf nahm, weil keine Haftungsfolgen zu befürchten sind. Dies kann jedoch nicht unterstellt werden. Im Gegenteil behaupten die Ärzteverbände stets, dass es nur sehr selten zu Behandlungsfehlern komme, wenn man die Vielzahl der Behandlungen berücksichtige, läge der Anteil im Promillebereich. Darüber hinaus ist es für einen geschädigten Patienten sehr schwer, überhaupt einen Behandlungsfehler nachzuweisen, so dass infolge einer solchen Regelung nicht mit einer massenhaften Zunahme der Haftungsfälle zu rechnen ist. Das Gespenst von den unbezahlbaren Versicherungsprämien, bliebe auch dann nur ein Gespenst.

Es handelt sich bei dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, was den BGB-Teil angeht, um ein reines Rechtsprechungsgesetz, deren Umsetzung nur teilweise gelungen ist.

9. Härtefallfond

Realistischerweise ist nicht davon auszugehen, dass es zu einer Beweislastleichterung auch bei einfachen Behandlungsfehlern mit dem hiesigen Patientenrechtgesetz kommen wird. Vor diesem Hintergrund wäre die Einrichtung eines bereits vieldiskutierten Härtefallfonds wünschenswert. Die Modalitäten hierzu müssten jedoch sorgfältig erarbeitet werden. Es wird hier eine Anlehnung an das österreichische Modell diskutiert. Möglich wäre aber auch eine Anlehnung an das dänische Modell. Sinn und Zweck eines solchen Härtefallfonds müsste es sein, die bestehenden Schwächen des Haftungssystems abzumildern und unnötige Härten zu verhindern. In der anwaltlichen Praxis wird man stets mit Schicksalen von Menschen konfrontiert, die nach einem wahrscheinlichen Behandlungsfehler möglichst schnell Hilfe benötigen. Oftmals können die Ansprüche nur mittels einer Klage durchgesetzt werden, die dann mehrere Jahre dauert. Die Hilfe wird jedoch in der Regel sofort benötigt. Zu nennen sind hier insbesondere die Geburtsschadensfälle.

Aus diesem Grund sollte der Härtefallfond auch auf entsprechende Härtefälle beschränkt bleiben. Der Härtefallfond sollte daher einen vorübergehenden finanziellen Ausgleich er-



Seite 17 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

möglichen, wenn es zu erheblichem behandlungsinduzierten Schäden, aus den für die Geschädigten unzumutbare soziale Härten erwachsen, beschränkt bleiben.

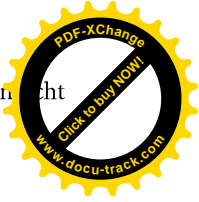
Es müsste weiterhin darauf geachtet werden, dass sich ein solcher Härtefallfond in das bestehende Haftungssystem eingliedern lässt und nicht als haftungsrechtliches Vorverfahren gewertet wird. Dabei könnte dieser Fond derart ausgestaltet werden, dass die Betroffenen gleichwohl den Rechtsweg gehen und im Obsiegensfalle die Leistungen, die sie aus dem Härtefallfond bezogen haben, zurückerstatten müssen.

Aus diesem Grund sollte der Härtefallfond bei leichten und mittleren Gesundheitsschäden nicht eintreten. Der Anspruch auf Leistungen aus dem Härtefallfond sollte aus behandlungsinduzierten erheblichen Gesundheitsverletzungen erwachsen. Darüber hinaus müsste ein solcher Härtefallfond an weitere Voraussetzungen geknüpft werden:

- Etwa bei Vorliegen einer erheblichen Gesundheitsverletzung, die zu einem erheblichen Schaden in der Lebensführung für den Patienten und auch für die Angehörigen führt.
- Der Schaden müsste mit hinreichender Wahrscheinlichkeit durch einen Behandlungsfehler verursacht worden sein.
- Neben der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Patienten müsste der Schaden auch zu einer erheblichen sozialen Belastung geführt haben.

Um die Kompatibilität eines Härtefallfonds mit dem bestehenden Haftungssystem zu gewährleisten, dürften Ansprüche gegenüber dem Haftungshärtefallfond nur dann geltend gemacht werden, wenn die Betroffenen noch kein gerichtliches Verfahren angestrengt haben. Den Betroffenen müsste jedoch die Möglichkeit freistehen, auch nach einer positiven Entscheidung des Härtefallfonds ein gerichtliches Verfahren anzustrengen. Darüber hinaus müsste das Antragsverfahren des Härtefallfonds verjährungshemmende Wirkung entfalten. Gleichzeitig dürften nach Ablauf des Verjährungszeitraumes keine Leistungen mehr gegenüber dem Härtefallfond geltend gemacht werden.

Der Härtefallfond sollte insoweit als Stiftung organisiert werden und zwar auf Bundesebene, um eine unterschiedliche länderspezifische Praxis von vornherein auszuschließen. Die-



Seite 18 unseres Schreibens vom 18. Oktober 2012

se Stiftung sollte mit Fachleuten der einschlägigen Verbände sowie mit Richtern und Anwälten besetzt werden.

Im Hinblick auf die Finanzierung des Fonds sind mehrere Varianten denkbar. Hier sollte ein ausgewogenes Finanzierungskonzept entwickelt werden, wobei die Finanzierung des Härtefallfonds als gesamtgesellschaftliche Aufgabe ausgefasst werden sollte.

Jörg Heynemann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
