

Maria Vavra
 Vorsitzende des 1. Zivilsenats
 beim Oberlandesgericht München

München, den 15.10.2012

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

Deutscher Bundestag
 Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
 17(14)0326(21)
 gel. ESV zur öAnh. am 22.10.
 2012_Patientenrechte
 16.10.2012

I. Allgemeines

1. Insgesamt ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass das Richterrecht auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts im BGB zusammenfassend und übersichtlich geregelt wird. Soweit die geplante Neuregelung über das von der Rechtsprechung entwickelte Gefüge hinausgeht, bestehen allerdings teilweise Bedenken gegen den bisher formulierten Gesetzestext (hierzu s. unten).

2. Ziel des Gesetzes soll es nach der Gesetzesbegründung sein, Transparenz und Rechtssicherheit hinsichtlich der bereits heute bestehenden umfangreichen Rechte der Patienten herzustellen und die tatsächliche Durchsetzung dieser Rechte zu verbessern. Hier fehlt in der gesetzlichen Neuregelung ein wesentlicher Punkt: es wäre sinnvoll gewesen, eine Pflicht zur Information darüber zu normieren, wer denn eigentlich der Vertragspartner des Patienten ist und damit auch als Anspruchsgegner für etwaige Schadensersatzansprüche in Betracht kommt. In der Praxis ist es für die Patienten, vor allem die Kassenpatienten, oft mit Schwierigkeiten verbunden, den richtigen Anspruchsgegner zu verklagen, weil es häufig undurchschaubar ist, mit wem der Behandlungsvertrag eigentlich abgeschlossen wird (Krankenhaus? behandelnder Arzt beim gespaltenen Krankenhausvertrag? privates im Krankenhaus angesiedeltes Gesundheitszentrum, welches aber nicht zum Krankenhaus zählt? s. hierzu auch die Gesetzesbegründung zu § 630a Abs. 1 BGB). Mit einer Information über den zutreffenden Vertragspartner könnte vermieden werden, dass Klagen von Patienten gegen Ärzte oder Krankenhausträger wegen fehlender Passivlegitimation ganz abgewiesen werden müssen oder auch teilweise, wenn Klägervertreter in einer

Art „Rundumschlag“ alle nur in etwa in Betracht kommenden Anspruchsgegner verklagen und dadurch Kostennachteile für den Patienten entstehen. Wird zunächst der „falsche“ Anspruchsgegner verklagt, könnte es auch Schwierigkeiten mit der Verjährung oder mit der Nachweismöglichkeit geben.

Soweit bei Privatpatienten bei der Vereinbarung von Wahlleistungen gleichzeitig die Haftung des Krankenhausträgers abbedungen und der Patient auf die alleinige Haftung des Chefarztes verwiesen wird, sollte eine Pflicht zu einem deutlichen Hinweis auf diese Folge normiert werden, damit dem Patienten die Tragweite seiner Unterschrift bewusst wird. Man könnte auch eine Unwirksamkeit derartiger Haftungsausschlüsse in Erwägung ziehen.

II. Im einzelnen:

- zu § 630a BGB:

Abs. 1: die Formulierung „der versprochenen Behandlung“ enthält einen unjuristischen Begriff. Was heißt versprochen? Das wäre nach allgemeiner Terminologie eine einseitige Zusicherung. Zutreffend müsste es wohl der vereinbarten oder zugesagten oder fachgerechten Behandlung heißen.

- zu § 630c BGB:

§ 630 c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB enthält eine ausdrückliche Verpflichtung des Behandelnden, den Patienten auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren über für ihn erkennbare Umstände zu informieren, welche die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen. In der Begründung heißt es hierzu auf S. 21, den Behandelnden treffe eine Informationspflicht hinsichtlich eigener und fremder Behandlungsfehler, dies knüpfe im wesentlichen an die bislang schon geltende Rechtsprechung an.

Nach meiner Kenntnis trifft es nicht zu, dass die Arzthaftungsrechtsprechung bislang eine solche Pflicht angenommen oder überhaupt diskutiert hat. Nur für den umfassend beauftragten Architekten, den Steuerberater und den Rechtsanwalt hat die Rechtsprechung eine Hinweispflicht auf mögliche Fehler

oder Mängel der eigenen Leistung angenommen (sogenannte Sekundärhaftung), um unbillige Verjährungsvorschriften zu korrigieren (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., Überblick vor § 194, Rn. 21). Nach Inkrafttreten des VerjAnpG ist dieses Rechtsinstitut nach h.M. bei Rechtsanwälten und Steuerberatern deshalb auch obsolet. Einer Ausweitung auf sonstige Sonderfachleute hat der BGH in zahlreichen Entscheidungen eine klare Absage erteilt, so z.B. für Notare, als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer oder Ingenieure. Es ist daher nicht recht einleuchtend, warum nunmehr den Behandler oder den Nachbehandler eine solche Pflicht treffen soll, zumal in der Offenbarung eines Behandlungsfehlers regelmäßig die Offenbarung einer Straftat – fahrlässige Körperverletzung – liegen kann.

Allerdings enthält die Formulierung des Gesetzestextes „hat er den Patienten darüber zu informieren“ eine Unklarheit: soll der Behandler nur über Umstände informieren, ohne den Schluss auf Behandlungsfehler zu offenbaren? Oder muss er nicht nur die Umstände, sondern auch die Würdigung als Behandlungsfehler mitteilen? Letzteres wäre bedenklich, weil der Begriff des Behandlungsfehlers eine fachliche und juristische Wertung enthält, die nicht immer leicht vorzunehmen ist. Ausreichend ist daher meiner Auffassung nach die in § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehene Verpflichtung des Arztes, dem Patienten sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern. In diesem rechtlichen Rahmen kann der Arzt durchaus gehalten sein, den Patienten über Komplikationen oder Versäumnisse (z.B. Erläuterung der Erforderlichkeit einer Nachoperation wegen zurückgelassenem OP-Tuch; OP-Indikation nach bisher übersehener Fraktur) zu informieren. Dem Schutz der Gesundheit und dem Interessen des Patienten ist damit angemessen Rechnung getragen.

Keinesfalls aber kann die Hinweispflicht von der Nachfrage eines Patienten abhängen: dieser ist mit der Bewertung ärztlichen Handelns gerade während oder am Ende einer Behandlung regelmäßig überfordert, es sei denn, man würde eine generelle Frage, ob der Arzt auch alles richtig gemacht habe,

postulieren. Trifft den Patienten dann ein irgendwie geartetes Mitverschulden, wenn er die Nachfrage unterlässt?

Noch schwieriger wird es im Verhältnis zum Nachbehandler: soll dem Patienten hier zugemutet werden, nach Fehlern aller Vorbehandler zu fragen? Eine solche Frage gleich zu Beginn einer Behandlung wird kaum zu einem vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnis führen. Auch wird ein Arzt eher seltener der Ansicht sein, er habe den Patienten nicht *lege artis* behandelt. Dagegen ist es in der gerichtlichen Praxis gar nicht so selten, dass ein Nachbehandler erklärt, der Vorbehandler habe einen Fehler gemacht, sich aber im gerichtlichen Verfahren herausstellt, dass diese Einschätzung nicht zutrifft.

Außerdem sind die rechtlichen Konsequenzen einer weitreichenden Hinweispflicht (also auch auf die Wertung als Behandlungsfehler) problematisch. Stellt die Hinweispflicht eine gesonderte Anspruchsgrundlage dar, an die sich – welche - haftungsrechtlichen Konsequenzen knüpfen können? Wie ist eine solche Erklärung mit versicherungsrechtlichen Pflichten vereinbar, die in aller Regel Äußerungen verbieten, die eine Haftung dem Grunde nach zugestehen? Welche Folgen knüpfen sich an unzutreffende Erklärungen eines Behandlers oder Nachbehandlers, es gebe Anzeichen für einen Behandlungsfehler? Muss er dann für etwaige Prozesskosten des Patienten einstehen?

Das in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB vorgesehene Verwertungsverbot sollte sich auch auf berufsgerichtliche Verfahren beziehen, die für den Arzt Sanktionen vorsehen, die einschneidend in seine Berufsausübung eingreifen können.

- **zu § 630e BGB:**

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1: Die Regelung ist nicht geglückt. Zwar ist nun vorgesehen, dass außer dem behandelnden Arzt auch eine Person die Aufklärung vornehmen kann, welche über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Befähigung verfügt. Was soll unter der notwendigen Befähigung zu verstehen sein? Ist dies ein Arzt, der aufgrund der von ihm bestandenen Prüfungen theoretisch die Operation beherrscht, oder ist dies nur ein Arzt, der zur konkreten Durchführung der anstehenden Operation tatsächlich in der Lage ist? Die letztere Auslegung könnte für den Klinikalltag Probleme mit sich bringen, wenn die Aufklärung, wie üblich, von Assistenzärzten vorgenommen wird, welche noch nicht die tatsächliche Befähigung zur Vornahme der geplanten Operation haben, wie z.B. bei größeren neurochirurgischen Eingriffen oder Transplantationen. Dennoch sind sie aufgrund ihres theoretischen und sonstigen praktischen Wissens zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung in der Lage.

Abs. 2 Satz 2: Sehr zu begrüßen ist die geplante Regelung, dass dem Patienten Abschriften der Aufklärungsformulare auszuhändigen sind. Auf der einen Seite können dadurch nachträgliche Manipulationen am Aufklärungsformular verhindert werden, auf der anderen Seite aber kann dem in der gerichtlichen Praxis häufig anzutreffenden Vorbringen des Patienten, mit ihm sei über nichts gesprochen worden, begegnet werden.

- **zu § 630f BGB**

Abs. 2: Soweit in § 630 f Abs. 2 eine Verpflichtung zur Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung enthalten ist, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesen Punkten nicht um Umstände handelt, die aus medizinischen Gründen einer Dokumentation bedürfen. Die Rechtsprechung ist bisher davon ausgegangen, dass Sinn und Zweck der ärztlichen Dokumentation in der Information für den weiteren Behandlungsverlauf - vor allem auch für den Nachbehandler - liegt. In der Praxis hat sich eine schriftliche Fixierung von Einwilligung und Aufklärung aber deshalb bewährt, weil der Arzt für diese

Punkte beweispflichtig ist und er durch die Vorlage dieser schriftlichen Unterlagen ein Indiz für die vorgenommene mündliche Aufklärung präsentieren kann.

Abs. 3: Die Aufbewahrungsfrist ist mit zehn Jahren für übliche Behandlungsfälle sicherlich angemessen ausgestaltet, könnte aber für Geburtsschadensfälle nicht aus. Es ist nicht untypisch, dass erst nach Jahren bei einer Behinderung eines Kindes der Verdacht aufkommt, diese sei nicht genetisch bedingt, sondern durch einen Fehler beim Geburtsmanagement verursacht worden. Wenn dann nicht die Eltern, sondern erst die Regressabteilung der Versicherung einen Prozess erwägen, kann die Aufbewahrungsfrist schon abgelaufen sein.

- **zu § 630h BGB:**

Abs. 1: auch wenn hier die gängige Rechtsprechung normiert werden soll, ist die Regelung nicht glücklich. So widerspricht im Grunde genommen die Annahme eines „allgemeinen Behandlungsrisikos“ schon der Aussage, dass dieses Risiko für den Behandelnden „voll beherrschbar“ sein soll. Voll beherrschbar ist im Grunde genommen weder im Krankenhaus noch bei der ambulanten Behandlung irgendein Risiko. Eigentlich werden unter diesem Begriff Komplikationen bei der Behandlung erfasst, welche im Organisationsbereich der ärztlichen Behandlung keinesfalls passieren dürfen, weil sie objektiv vermeidbar sind und deshalb regelmäßig nur auf Fehlverhalten zurückzuführen sein können, wie z.B. Lagerungsschäden, Fall des ungesicherten Patienten aus dem Rollstuhl oder vom OP-Tisch, Infektion mit Krankenhauskeimen o.ä. Die Rechtsprechung verlangt, dass der Patient beweisen muss, dass die Ursache aus dem Behandlungsbereich stammt. Dies ist bei Lagerungsschäden nicht schwierig, wohl aber z.B. bei Infektionen mit multiresistenten Keimen. Aber ist die Infektion mit Krankenhauskeimen ein „allgemeines Behandlungsrisiko“? Und wie ist es bei Dekubituschäden (hier ist es allerdings umstritten, ob ein voll beherrschbares Risiko angenommen

werden kann)? Bei diesen handelt es sich sicher nicht um ein „allgemeines Behandlungsrisiko“. Es wäre sicherlich besser, nur von „Behandlungsrisiko“ oder nur von „Risiko“ zu sprechen.

- Abs. 2 Satz 2:

Diese Regelung entspricht der Rechtsprechung und ist sehr zu begrüßen. In der gerichtlichen Praxis ist häufig zu beobachten, dass Kläger, nachdem sie in erster Instanz keinen Behandlungsfehler nachweisen konnten, in zweiter Instanz auf einen Aufklärungsfehler „umsteigen“, um doch noch zum Erfolg zu kommen. Es würde auch der zivilrechtlichen Dogmatik widersprechen, wenn sich der Arzt nicht auf eine hypothetische Einwilligung berufen dürfte.

- Abs. 4:

Hier stellt sich wieder das Problem, wie die Formulierung „für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt“ auszulegen ist. Gilt dies objektiv oder subjektiv? Gilt dies theoretisch (alle Examina liegen vor) oder praktisch (Erfahrung mit der durchgeführten OP)? Und was ist mit den Operationen, die ein „Anfänger“ unter Aufsicht eines Oberarztes ausführt? Hebt dann der anwesende Oberarzt die Nichtbefähigung wieder auf? Vielleicht könnte hier eine präzisere Formulierung Klarheit schaffen.

Vavra

Vorsitzende Richterin

am Oberlandesgericht München