

Plener | Dr. Selenkewitsch | Neue Grünstraße 17 | 10179 Berlin
Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Zum Geschäftszeichen: PA 14-5410-087
Öffentliche Anhörung am 22.10.2012
gesundheitsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0326(24)
gel. ESV zur öAnh. am 22.10.
2012_Patientenrechte
17.10.2012

Anke Plener
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Fachanwältin für Sozialrecht

Dr. Ilja Selenkewitsch
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Abogado (Spanien)

Kontorhaus am Spittelmarkt
Neue Grünstraße 17
10179 Berlin

Telefon: +49 (0)30/206 53 953
Telefax: +49 (0)30/206 53 954
Berlin, den 16.10.2012

Stellungnahme an den Rechtsausschuss zu Block I

Gemeinsame Stellungnahme an den Rechtsausschuss zum
Gesetzentwurf eines Patientenrechtegesetzes von
RA Volker Loeschner, Kanzlei für Zahn- und Medizinrecht,
Neue Grünstr. 17, 10179 Berlin
und
RAin Anke Plener, Fachanwältin für Medizinrecht und Sozialrecht,

Sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit übersenden wir Ihnen

- die Stellungnahme an den Rechtsausschuss zu Block I der Anhörung zum neuen Patientenrechtegesetz am 22. Oktober 2012

zu Ihrer gefälligen Kenntnisnahme und zum Verbleib.

Mit freundlichen Grüßen



Anke Plener
Rechtsanwältin

I. Vorbemerkungen

In der Diskussion zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15. August 2012 hat der Patientenbeauftragte der Bundesregierung Wolfgang Zöllner auf die Kritik aus der Anwaltschaft wiederholt erklärt, mit dem Gesetz solle lediglich zur Transparenz die gefestigte Rechtsprechung gesetzlich abgebildet werden. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nunmehr, dass auch eine Rechtsfortschreibung beabsichtigt ist. Dies ist nur teilweise begrüßenswert.

Grundsätzlich ist es positiv zu bewerten, dass nunmehr der Entwurf für ein Patientenrechtegesetz vorgelegt wurde, der im Hinblick auf eintretende Schadensfälle jedenfalls im Kern die bisherige ausgefeilte Rechtsprechung abbildet. Allerdings kann der Gesetzesentwurf das Versprechen von Transparenz nicht einhalten. Dies beginnt schon damit, dass sich vertragliche und deliktische Arzthaftung auseinander entwickeln dürften, weil erstere gesetzlich fixiert wird und letztere den Gerichten vorbehalten bleibt. Der Gesetzesentwurf bleibt auch in weiten Teilen hinter den politischen Forderungen der Verbände und der Opposition zurück. Dies betrifft im Einzelnen folgende Regelungsmaterien, die nicht berücksichtigt wurden:

- die Einbeziehung auch der reinen Pflege in den Geltungsbereich des Gesetzes
- die Definition des einfachen Behandlungsfehlers
- das Nachweiserfordernis z.B. durch elektronische Signatur bzgl. der Fälschungssicherheit elektronischer Dokumentation
- kostenlose Dolmetscherdienste zur Gewährleistung der Informations- und Aufklärungspflichten
- den Anspruch auf zeitnahe Behandlung, insbesondere auch für im Basistarif der PKV Versicherte
- Behandlungspflicht für Versicherte im Standardtarif
- die Stärkung der Wahlfreiheit im stationären Bereich
- Informationsrechte über die Infektionslage im Krankenhaus
- das Recht auf Zweitmeinung und die Kostenübernahme für diese Zweitmeinung durch die GKV
- das Recht auf Gegendarstellung des Patienten zur Dokumentation
- das Recht auf das Beiziehen von Angehörigen in Behandlungssituationen
- die Unterstützung der Patienten bei der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen als zwingende Norm und als gesetzliche Leistung der GKV
- moderate Erweiterungen der Voraussetzungen an den Zugang zu noch nicht in den Leistungskatalog der GKV aufgenommenen Therapien nach der „Nikolaus-Entscheidung“ des BVerfG
- die Schaffung eines sicheren rechtlichen Rahmens für IGeL-Leistungen
- die zwingende Schaffung von entsprechenden Spruchkörpern bei den Zivilgerichten
- die Schaffung von Kontrollmechanismen zur Qualifikationssicherung von Gutachtern im zivilgerichtlichen Verfahren
- die Regelung vereinfachter Prozesskostenhilfe
- die Schaffung eines bundesweiten Gutachterpools
- die Unterrichtung der Parteien über die Wahl des Gutachters mit Gelegenheit zur Stellungnahme
- die Regelung der Delegation des Fragerechts an den Privatgutachter zur Waffengleichheit im Zivilprozess
- Aufbau eines bundesweiten Endoprothesenregisters
- die Ausgabe eines Patientenbriefes
- die zwingende Nachweispflicht einer Berufshaftpflichtversicherung durch die Behandelnden
- die Definition von Qualitätsstandards für die Schlichtungs- und Gutachterkommissionen bei den Ärztekammern und vor allem
- die Einführung eines Entschädigungsfonds für Härtefälle

Zum Gesetzesentwurf im Einzelnen:

II. BGB

1. § 630 a BGB-Entwurf – Vertragstypische Pflichten bei Behandlungsvertrag

Nach der Gesetzesbegründung sind reine Pflege- und Betreuungsleistungen ausdrücklich ausgenommen. Die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen im Bereich der Pflegeleistungen ist jedoch ungeachtet ihres Alters wesentlich höher anzusiedeln. Bei den Betroffenen handelt es sich um Schutzbefohlene. Auch die Rechte von Pflegebedürftigen sind daher gesetzlich zu manifestieren und nicht allein der Rechtsprechung zu überlassen. Gerade im Interesse der Transparenz sollte der Geltungsbereich des Gesetzes Fehler in der Pflege erfassen.

Im Hinblick auf die Fragestellung, ob Vertragsgegenstand „ärztliche Behandlung“ oder „medizinische Behandlung“ sein soll, ist darauf hinzuweisen, dass letzterer Begriff für Vorsorgeleistungen oder für kosmetische Operationen problematisch sein kann, da es u.U. an einem medizinischen Zweck fehlt.

Eine ausreichende Transparenz für Patienten ließe sich auch darüber erreichen, dass die Behandelnden verpflichtet werden, den jeweils verantwortlichen Vertragspartner konkret bzw. schriftlich zu benennen.

In § 630 a Abs. 2 BGB-Entwurf soll geregelt werden, dass die Behandlung nach dem fachlichen Standard zu erfolgen hat. Durch die Formulierung „soweit“ wird deutlich, dass es sich um dispositives Recht handelt. Nicht geregelt ist, inwieweit der fachliche Standard unterschritten werden darf. Theoretisch sind hierdurch Haftungsfreizeichnungsklauseln zu Lasten des Patienten möglich.

2. § 630 b BGB-Entwurf – Anwendbare Vorschriften

Nach dem Willen der Bundesregierung sollen die Vorschriften über den Dienstvertrag, der kein Arbeitsvertrag ist, angewandt werden. Dies manifestiert die Ungleichbehandlung zwischen GKV- und PKV-Patienten. Ein PKV-Patient kann jederzeit ohne wichtigen Grund gem. § 627 Abs. 1 BGB kündigen, da es sich bei den vereinbarten Leistungen um Dienstleistungen höherer Art handelt. Ein GKV-Patient kann jedoch an sich nur zum Ende eines Quartals bei wichtigem Grund kündigen, vgl. § 76 Abs. 3 SGB V (siehe auch Becker/Kingreen, 2008, § 76 Rn. 17). Hier entsteht ein Widerspruch, der aufzulösen ist.

Die Gesetzesbegründung beschreibt eine Delegationsfähigkeit z.B. von ärztlichen Maßnahmen im Rahmen des Behandlungsverhältnisses. Dies setzt voraus, dass im Behandlungsvertrag eine Delegationsbefugnis vereinbart wurde und die Maßnahme auch delegationsfähig ist. Wo die Grenzsetzung erfolgt, lässt der Gesetzesentwurf offen.

3. § 630 c BGB-Entwurf – Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten

§ 630 c Abs. 1 BGB-Entwurf sieht vor, dass Behandelnder und Patient zusammenwirken sollen. Der Begriff „Zusammenwirken“ kann vom juristischen Laien im Sinne einer Einigung oder Vertragserhaltung falsch verstanden werden. Es wird nicht deutlich, dass es sich hier um eine Obliegenheitsverpflichtung des Patienten handelt. Fraglich ist, wann von einer Obliegenheitsverletzung auszugehen ist und ob die Rechtsfolge fehlender Mitwirkung gar Mitverschulden am Schadenseintritt begründen soll.

Die vorgeschlagene Selbstbeichtigungsklausel gem. § 630 c Abs. 2 BGB-Entwurf entspricht gerade nicht dem „nemo-tenetur“-Grundsatz, der regelt, dass sich niemand bei Strafverfolgung selbst belasten muss. § 630 c Abs. 2 BGB-Entwurf ist daher u.U. auch verfassungswidrig. Denn er steht möglicher Weise den Vorgaben des BVerfG (Beschluss vom 31.03.2008, Az. 2 BvR 467/08, BVerfGE 56, 37 (48ff.))-Gemeinschuldnerbeschluss) zur Einschränkung dieses Grundsatzes außerhalb des Strafverfahrens entgegen. In seinem Beschluss vom 31.03.2008 formuliert das Bundesverfassungsgericht wie folgt: „Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz vor einer

solchen Zwangslage schließt die Rechtmäßigkeit von gesetzlichen Auskunftspflichten nicht grundsätzlich aus, auch wenn damit der Zwang zur Offenbarung strafbarer Handlungen verbunden ist (vgl. BVerfGE 56, 37 <41 ff.>). Die Zumutbarkeit einer solchen uneingeschränkten Auskunftspflicht rechtfertigt es aber nicht, dass der Auskunftspflichtige zugleich zu seiner strafrechtlichen Verurteilung beitragen muss. Das verfassungsrechtlich gebotene Schweigerecht im Strafverfahren wäre illusorisch, wenn eine außerhalb des Strafverfahrens erzwungene Selbstbezeichnung gegen seinen Willen strafrechtlich gegen ihn verwendet werden dürfte. Eine zwangsweise herbeigeführte Selbstbezeichnung ist daher verfassungsrechtlich nur dann zulässig, wenn sie mit einem strafrechtlichen Verwertungsverbot einhergeht.“ Mithin kann nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen vom allgemeinen Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit, das sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ableiten lässt, abgewichen werden. Zwar statuiert der jetzige Gesetzesentwurf ein relatives Beweisverwertungsverbot, wenn er regelt, die Aussage des Behandelnden dürfe nur mit seiner Zustimmung in einem gegen ihn geführten Strafverfahren verwendet werden. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sind die Besonderheiten des Verhältnisses zwischen Behandelndem und Patient zu berücksichtigen. Der Gesetzesentwurf lässt bislang unberücksichtigt, dass ein relatives Beweisverwertungsverbot nicht ausreichend ist, um den offen legenden Behandelnden zu schützen. Der Patient nämlich kann jederzeit als Zeuge der Anklage gehört werden. Es erscheint daher unverhältnismäßig, den „nemo-tenetur“-Grundsatz zu durchbrechen. Jede Behandlung des Behandelnden ist ohnehin schon eine Körperverletzung, die nur durch die Einwilligung des Patienten oder durch seinen mutmaßlichen Willen gerechtfertigt ist. Der Behandelnde setzt sich einem unverhältnismäßigen Risiko der Strafbarkeit aus, wenn ihm auch noch eine Offenbarungspflicht bezüglich der Körperverletzung auferlegt wird. Ungeachtet dessen handelt es sich bei dem Begriff „Behandlungsfehler“ um einen unbestimmten, auslegungsfähigen Rechtsbegriff. Der Behandelnde muss eine Bewertung seiner eigenen Handlung vornehmen, die er rechtlich an sich nicht einschätzen kann. Eine Offenbarungspflicht in Bezug auf Fakten mag verhältnismäßig sein, aber keine in Bezug auf eine Wertung. Wenn sich die Bundesregierung entschließt, an der Selbstbezeichnungsregelung festzuhalten, wäre das Beweisverwertungsverbot systematisch in der StPO zu verorten. Eine Offenbarungspflicht von Tatsachen ohne die Abgabe rechtlicher Wertungen erscheint hier vertretbar. Richtiger Weise wäre diese Vorschrift in der Strafprozessordnung dann systematisch bei § 53 StPO oder §§ 136, 137 StPO einzufügen. Es wird angeregt, einen neuen § 136 b in der StPO zu schaffen, nach dem ein Beweisverwertungsverbot für den Fall statuiert wird, dass im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung aus einem Behandlungsvertrag auch Dritten Tatsachen (keine Wertungen, sic!) bekannt werden, die den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen.

Vorschlag für einen neuen § 53 Abs. 3 StPO oder § 136b StPO:

„Die in § 53 Abs. 1 Nr. 3 genannten Vertreter medizinischer Heilberufe bleiben unter den Voraussetzungen der §§ 630 c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB, 135 a SGB V bei Abgabe dieser Pflichtangaben gegenüber Patienten und seinem Vertreter insoweit straffrei. Alle Angaben nach §§ 630 c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB, 135 a SGB V unterliegen in einem gegen den Behandelnden gerichteten Strafverfahren oder einem Verfahren nach dem OwiG einem Beweisverwertungsverbot. Eines förmlichen Widerspruchs des Behandelnden gegen die Verwertung solcher Angaben in einem gegen ihn gerichteten Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren bedarf es nicht.“

Ein weiteres Problem: Eine Verletzung der Informationspflicht über eigene und fremde Behandlungsfehler ist eine Pflichtverletzung des Behandlungsvertrages, die letztendlich ohne zivilrechtliche Sanktion bleibt. Nach dem jetzigen Gesetzesentwurf hätte der Behandelnde ein Interesse daran, den Behandlungsfehler zu verschweigen. Dies ergibt sich hauptsächlich aus zwei Gründen: Er setzt sich der Strafverfolgung aus und verliert womöglich den Versicherungsschutz in seiner Vermögensschaden- bzw. Berufshaftpflichtversicherung. Denn der Behandelnde würde automatisch über eine zumindest fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB informieren. Wegen des Widerspruches der Offenbarungspflicht zu den Verpflichtungen aus Altverträgen gegenüber der Haftpflichtversicherung ist trotz der Änderung von § 105 VVG, der zum 1. Januar 2008 in Kraft trat, und wegen Nr. 5.1. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung damit zu rechnen, dass Behandelnde gerade wegen der Sanktionslosigkeit der Vorschrift § 630 c Abs. 2 BGB-Entwurf bewusst gegen sie verstoßen werden, um seinen Versicherungsschutz nicht zu verlieren. Außerdem hat der Behandelnde über Ziffer 5.2 AHB 2012 seine Regulierungsvollmacht gegenüber dem Patienten im Außenverhältnis an den Versicherer abgegeben. Damit steht dem Versicherer im Innenverhältnis zum Behandelnden als

Versicherungsnehmer die Geschäftsführungsbefugnis zu.

Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung wird daher eine Kultur des Misstrauens geschaffen, wenn der Patient gerade die Informationen nach § 630 c Abs. 2 BGB-Entwurf nur auf Nachfrage erhält. Entsprechend der Empfehlung des Bundesrates sollte daher – sofern die Regelung Bestand haben wird – eine Verpflichtung bzw. Offenbarungsmöglichkeit zu ungefragter Offenlegung von Behandlungsfehlern erfolgen.

Die bisherige BGB-Novelle hätte auch noch ein andere bizarre Nebenwirkung: Zwar müssten auch geringfügige Behandlungsfehler gegenüber dem Patienten als solche bewertet und offenbart werden. Stirbt der Patient jedoch nach einem besonders schweren Behandlungsfehler, dann bestünde mangels „abzuwendender Gesundheitsgefahren“ keine Offenbarungspflicht. Ein Recht auf Nachfrage durch die Angehörigen als Informationspflicht sieht der Gesetzesentwurf indes nicht vor, was aber zu empfehlen wäre.

Und noch ein weiteres Problem: In § 630 c BGB-Entwurf wird nur der Steuerungsbegriff Behandlungsfehler verwendet. Es bleibt unklar, ob neben dem Behandlungsfehler auch der Aufklärungsfehler von § 630 c BGB-Entwurf erfasst werden soll. § 630 h BGB-Entwurf nimmt im Wortlaut jedoch auf beide Fehler Bezug, daher ist eine entsprechende Klarstellung erforderlich. Die Gesetzesbegründung beschreibt, dass ein Verstoß gegen eine Informationspflicht ebenfalls ein Behandlungsfehler ist; auch hierzu ist eine Klarstellung sinnvoll.

Nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf müssen die Informationspflichten „zu Beginn der Behandlung“ befolgt werden. Dies dürfte i.d.R. zu spät sein. Die Formulierung ist von „zu“ auf „vor“ zu ändern. Außerdem lässt die Formulierung „zu Beginn der Behandlung“ offen, wann die Informationspflichten erfüllt werden müssen, da es unterschiedliche Behandlungsverläufe gibt. Besonders schwierig ist auch, dass der Begriff der „Behandlung“ nicht definiert wird. Hier sollte entsprechend nachgebessert werden.

Der Gesetzesentwurf sieht eine Information des Patienten ebenso wie die Aufklärung in § 630 e Abs. 2 Nr. 3 BGB-Entwurf in „verständlicher Weise“ vor. Entgegen der Empfehlung des Bundesrates ist dies ausreichend. Die Formulierung aus Artikel 21 und 25 UN-Behindertenkonvention „in leichter Sprache“ ist nicht erforderlich, weil die vorgeschlagene Regelung dies auffängt.

Bei sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten regelt aber § 17 Abs. 2 SGB I die Kostenübernahme nur für Hörbehinderte in Verfahren über Sozialleistungen und ärztliche Behandlungen, nicht aber für weitere Leistungsberechtigte mit Anspruch auf Grundsicherung nach dem SGB II (Hartz IV) und dem SGB XII (Rentner). Ein Vorschlag wäre, § 17 SGB I dahingehend zu ergänzen, dass sowohl Behinderte als auch Leistungsberechtigte nach dem SGB II bzw. SGB XII Anspruch auf die Kostenübernahme für einen Dolmetscher im Falle ärztlicher Informations- und Aufklärungspflichten erhalten. Gleichzeitig sollte diese Leistung in den Leistungskatalog der GKV aufgenommen werden. Damit ist diese Problematik indes nur für GKV-Versicherte und jene gelöst, die zwar im Basistarif der PKV versichert sind, aber Leistungen nach dem SGB II empfangen, nicht jedoch für alle weiteren PKV-Patienten. Der Vorzug ist daher einer generellen kostenlosen Übernahme von Dolmetscherkosten zu geben.

Der Bundesrat schlägt eine sog. Behandlungsvereinbarung für psychisch Kranke vor. Es kann ein schwieriges Konkurrenzverhältnis zur Patientenverfügung und zur Vorsorgevollmacht eintreten.

§ 630 c Abs. 3 BGB-Entwurf legt eine wirtschaftliche Informationspflicht fest. Nach bisheriger Rechtsprechung zu wirtschaftlichen Aufklärungspflichten von PKV-Patienten wird deutlich, dass der Behandelnde die Versicherungsbedingungen regelmäßig nicht kennt. Daher wird der Schluss gezogen, dass er auch nicht über wirtschaftliche Folgen aufklären muss. Die Norm § 630 c Abs. 3 BGB-Entwurf vermag daher in diesem Licht der Rechtsprechung betrachtet nicht für PKV-Patienten zu greifen. Die Norm liefe daher leer. Die Gesetzesbegründung beschreibt, dass jedenfalls bei IGeL-Leistungen der Behandelnde davon ausgehen muss, dass auch für den PKV-Patienten diese nicht vom Leistungskatalog umfasst sind. Kritisch zu würdigen ist, dass das Gesetz allein durch den Bundestag verabschiedet wird und die Gesetzesbegründung nicht wie das Gesetz Rechtskraft erlangt. So kann sich eine entgegenstehende Rechtsprechung entwickeln. Der Gesetzesentwurf schreibt für die wirtschaftliche Information die Textform vor. Ein Gespräch mit

dem Patienten, z.B. über eine IGeL-Leistung, ist nicht vorgesehen. Dies ist zu kritisieren. § 630 i BGB-Entwurf der Bundesratsempfehlung, auf den noch eingegangen wird, sieht ebenfalls kein ausdrückliches Gespräch mit dem Behandelnden vor. Die allein vorgesehene Textform ist unzureichend, um die Therapie bzw. Sicherungsaufklärung zu garantieren. Sie wird für beide Parteien auch Beweisschwierigkeiten ergeben. Es ist daher sinnvoller, hier das Schriftformerfordernis nach § 126 BGB zu statuieren.

Die Ansätze des § 630 i BGB-Entwurf, der die Ausgestaltung einer Vereinbarung über Leistungen, die nicht im Leistungskatalog der GKV enthalten sind, sind ausgesprochen begrüßenswert und entgegen der Stellungnahme der Bundesregierung zumutbar. Gleichwohl greift der Vorschlag des Bundesrates zu § 630 i BGB-Entwurf zu kurz, da er sich lediglich auf den Leistungskatalog der GKV bezieht. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes ist jedoch auch bei PKV-Patienten davon auszugehen, dass IGeL-Leistungen nicht vom Leistungskatalog umfasst sind. § 630 i BGB-Entwurf muss daher auch für PKV-Patienten gelten, was klarzustellen ist. Die Informationspflichten nach § 630 c Abs. 2 und Abs. 3 BGB-Entwurf sollten ebenfalls ausdrücklich dokumentiert werden müssen und in § 630 f Abs. 2 BGB-Entwurf aufgenommen werden.

Eine ergänzende Regelung sollte vorsehen, dass der Behandelnde den erheblich über die Schätzung der voraussichtlichen Kosten hinausgehenden Kostenanteil nicht vom Patienten verlangen kann.

Angesichts der aktuellen Problematik der fehlerhaften Brustimplantate im Rahmen ästhetischer Operationen gewinnt der vorgeschlagene § 630 i Abs. 1 Nr. 2 BGB-Entwurf besondere Bedeutung für durchzuführende Revisionsoperationen (§ 52 Abs. 2 SGB V). Es besteht unter den Medizinrechtlern Einigkeit, dass für die Betroffenen i.d.R. kein Schadensersatzpflichtiger zur Verfügung steht. Gleichzeitig sind die Betroffenen nach § 52 Abs. 2 SGB V der Kostenbeteiligung im Rahmen der GKV ausgesetzt. Es bleibt unklar, ob die GKV z.B. bei Minderjährigen die Kosten für Komplikationen oder Revisionsoperationen mit übernimmt.

Vorschlag: § 52 Abs. 2 SGBV ist wie folgt zu ergänzen

„Dies gilt nicht für Minderjährige, deren gesetzliche Vertreter nicht in der Lage sind, die erforderlichen Kosten aufzubringen.“

Es wäre daneben sinnvoll, eine Risikohaftpflichtversicherung/Risikoversicherung des Patienten bei kosmetischen Eingriffen gesetzlich vorzuschreiben, damit keine Versicherungslücken entstehen.

Dem Vorschlag des Bundesrates im Hinblick auf Abs. 4 ist zu folgen und die Aufzählung der Ausnahmetatbestände abschließend zu gestalten, da andernfalls Ausnahmetatbestände nicht übersehbar wären und die Gefahr der Ausweitung besteht.

4. § 630 d BGB-Entwurf – Einwilligung

Nach der Begründung des Gesetzesvorschlages soll bekräftigt werden, dass die Patientenverfügung unmittelbar Geltung erlangt. Hierdurch könnten die Kompetenzen des Vorsorgebevollmächtigten unklar werden. Es ist daher zu begrüßen, dass die Vorschrift beschreibt, dass weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften unberührt bleiben.

5. § 630 e BGB-Entwurf – Aufklärungspflichten

Nach dem Wortlaut des vorgeschlagenen Gesetzestextes ergibt sich kein expliziter Arztvorbehalt für den Fall einer ärztlichen Maßnahme. Dies kann auf der Grundlage von Modelvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V i.V.m. der entsprechenden „Richtlinie über die Festlegung zur Übertragung ärztlicher Tätigkeiten auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege zur selbständigen Ausübung von Heilkunde“ des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 20. Oktober 2011 an Bedeutung gewinnen. Auch der Gesetzesbegründung lässt sich diesbezüglich keine ausreichende Klarheit entnehmen. Daher ist dem Vorschlag des Bundesrates zu folgen, der vorsieht, dass die Aufklärung durch eine Person zu erfolgen hat, die über die gleiche Befähigung und Qualifikation wie der Behandelnde verfügt.

Ferner sollte die Aufzählung der Ausnahmetatbestände abschließend sein, um eine Ausweitung

von Ausnahmefällen zu vermeiden.

6. § 630 f BGB-Entwurf – Dokumentation

Das elektronische Dokument gilt gem. § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO als Augenscheinsbeweis und unterliegt gem. § 286 ZPO der freien richterlichen Beweiswürdigung. Nach bestehender Rechtsprechung kommt es auf die Fälschungssicherheit des Dokumentes nicht an. Bis zum Beweis des Gegenteils ist bisher der Dokumentation Glauben zu schenken (Ordner/Geiß, MedR 1997, 337, 341; Muschner, VersR 2006, 621, 622). Nach der Rechtsprechung hatten EDV-Dokumentationen, die nicht manipulationssicher sind, denselben vollen Beweiswert wie eine handschriftliche Dokumentation (Urteil vom 26.01.2005 – 3 U 161/04 mit zust. Anm. Jorzig, GesR 2005, 349, 350 = OLG R 2006, 351, 352 = VersR 2006, 842, 843; zustimmend auch G/G, 6. Aufl., Rn. B 205 und F/N/W, 4. Aufl., Rn. 150). Nunmehr verlangt der Gesetzesentwurf, dass nachträgliche Änderungen der Dokumentation kenntlich zu machen seien. Den Formulierungsvorschlag des Bundesrates will die Bundesregierung prüfen. Der Vorzug ist hier den Anträgen zu geben, die eine Fälschungssicherheit bzw. die Einführung von Computerprogrammen, die nachträgliche Änderungen unmöglich oder sichtbar machen sollen, fordern. Insbesondere sollte der Gesetzesentwurf auch dahingehend ergänzt werden, als die die kenntliche Änderung vornehmende Person und ihre Befugnis deutlich erkennbar sein muss. Ferner müssen die Patienten das Recht erhalten, Fehler in ihren Behandlungsunterlagen korrigieren zu lassen. In jedem Falle obliegt dem Behandelnden die Beweissicherungspflicht. Es kann daher die Auffassung vertreten werden, dass nach Inkrafttreten der Änderungen durch das Patientenrechtegesetz im BGB der Behandelnde deshalb im Prozess den Negativbeweis für die Manipulationssicherheit seiner EDV-Dokumentation zu erbringen hat. Dies kann bei Fortentwicklung der Rechtsprechung eine Beweiserleichterung für den Patienten ergeben, wenn dieser Negativbeweis nicht gelingt, was zu begrüßen wäre.

Wenngleich § 630 f Abs. 2 BGB-Entwurf keine abschließende Aufzählung zu dokumentierender Tatsachen enthält, ist offen, ob erfüllte Informationspflichten aus § 630 c Abs. 2 (Info) und 3 (Wirtschaft) BGB-Entwurf auch dokumentiert werden müssen. Dies gilt auch für den Widerruf der Einwilligung und den Verzicht auf die Aufklärung. Eine Dokumentierung dieser Pflichten erscheint jedoch für den effektiven Patientenschutz geboten.

In § 630 f BGB-Entwurf wird eine Aufbewahrungspflicht von der Patientenakte von 10 Jahren genannt. Hier wird vertreten, dass für die Behandlung von Kindern und Jugendlichen eine andere Regelung gefunden werden sollte. Denn diese können vor Erreichen der Volljährigkeit ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht nur eingeschränkt ausüben. Es muss gewährleistet werden, dass die Patientenakten von Kindern und Jugendlichen nach Erreichen ihrer Volljährigkeit noch für einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung steht. Nur so können z.B. Geburtsschäden oder auch Impfschäden durch Patienten effektiv verfolgt werden. Es ließe sich regeln, dass für Kinder und Jugendliche die Aufbewahrungspflicht der Patientenakte erst mit Volljährigkeit beginnt. Eine andere Lösung stellt die grundsätzliche Aufbewahrungspflicht von 30 Jahren dar. Dies korrespondiert auch mit § 199 Abs. 2 BGB, der die regelmäßige Verjährungsfrist bei Schadensersatzansprüchen, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und anderem bei 30 Jahren festschreibt.

7. § 630 g BGB-Entwurf – Einsichtnahme in die Patientenakte

Der Behandelnde hat die Pflicht zur Dokumentation der Behandlung; der Patient erhält folgerichtig ein Recht diese Behandlungsunterlagen einzusehen. Bisher hat der Patient dieses Recht auch, nur die wenigsten Patienten wissen von diesem Recht. Viele Ärzte entgegen dem Patienten, dass dieser begründen sollte, warum er Einsicht nehmen wolle, oder gar, dass es seine ärztlichen Unterlagen seien.

Das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen ist seit 30 Jahren vom Bundesgerichtshof höchst richterlich entschieden. Es konnte bisher nur eingeschränkt werden, wenn bei psychiatrischen Behandlungen begründet zu befürchten stand, die Einsicht schade dem Patienten erheblich. Möglicher Weise soll diese Rechtsprechung mit dem Gesetzesentwurf in § 630 g BGB-Entwurf

zurückgedreht werden: Der Patient hat das Einsichtsrecht soweit dem nicht „erhebliche therapeutische Gründe entgegenstehen“. Eine Einschränkung, die bisher nur für wenige in der psychiatrischen Behandlung galt, kann über das Gesetz zur Regel werden und damit gültig für 82 Millionen Patienten sein. Dieses „soweit“ kann dem Einbehalten von Patientenunterlagen Tür und Tor öffnen.

Dieser Ausweitung von Gründen, die Behandlungsunterlagen nicht herauszugeben, steht die umfassende Informationspflicht im Hinblick auf die Therapie- bzw. Sicherungsaufklärung gem. § 630 c Abs. 2 Satz 1 BGB-Entwurf entgegen. Die Rechtsgedanken aus § 630 c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB-Entwurf, nach denen umfassende Informationspflichten auch im Hinblick auf Behandlungsfehler bestehen, sprechen dagegen, das Einsichtsrecht in die Patientenakte einzuschränken. Wollte der Gesetzgeber systematisch arbeiten, hätte er die Informationspflicht nach § 630 c Abs. 2 Satz 1 BGB-Entwurf ebenfalls einschränken müssen. Es ist gefährlich neben erheblichen therapeutischen Gründen noch „sonstige erhebliche Gründe“ zu konstruieren, die eine Herausgabe von Patientenakten vereiteln können. Es ist völlig unklar, was der Gesetzgeber mit „sonstige(n) erhebliche(n) Gründe“ meinen könnte. Im schlimmsten Fall ist es denkbar, dass ein Behandelnder meint, der Tatbestand „sonstige erhebliche Gründe“ sei bereits dann erfüllt, wenn der Patient eine Privat-Rechnung nicht vollständig ausgeglichen hat und ihm deshalb ein Zurückbehaltungsrecht an der Patientenakte zustünde. Ist aber der Patient nicht ausreichend wirtschaftlich aufgeklärt worden und zum Zahlungsausgleich somit nicht verpflichtet, besteht ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht. Ungeachtet dessen darf es aus fiskalischen und medizinischen Zusammenhängen heraus kein Zurückbehaltungsrecht geben. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist vollumfänglich dahingehend zu achten, dass er jederzeit über die Behandlung informiert werden muss, wenn er dies wünscht. Allenfalls denkbar ist die Beschränkung auf therapeutische Gründe. Soweit die Gesetzesbegründung darauf abstellt, ein „sonstiger“ Grund könne scheinbar bei der Beteiligung von Eltern an der Behandlung Minderjähriger darin bestehen, dass sensible Informationen über die Eltern des Patienten und deren Persönlichkeit in die Dokumentation des Behandlungsgeschehen eingeflossen sind, handelt es sich hierbei auch um therapeutische Gründe. Hinter „dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die ihn betreffende Patientenakte zu gewähren“ gehört ein Punkt und jedenfalls müssen die „sonstigen erheblichen Gründe“ gestrichen werden.

Vorschlag zur Änderung des § 630 g Abs. 1 BGB-Entwurf:

„Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die ihn betreffende Patientenakte zu gewähren.“

8. § 630 h BGB-Entwurf – Beweislast

Die weitreichendste Beweiserleichterung für den Patienten wäre, eine widerlegbare Vermutung, dass wenn nach einer Behandlung ein Gesundheitsschaden eingetreten ist, ein Verstoß gegen die jeweils geltenden medizinischen Standards, also ein Behandlungsfehler, vorliegt. Die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden wird ebenfalls widerlegbar vermutet, wenn der Behandlungsfehler objektiv geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen. Der Patient müsste dann beweisen, dass eine Behandlung stattgefunden hat und müsste beweisen, dass ein Gesundheitsschaden eingetreten ist. Der Behandelnde kann diese Vermutung widerlegen. Der Behandelnde könnte dann die Vermutung dadurch widerlegen, dass er die Einhaltung des jeweils geltenden medizinischen Standards nachweist. Gelingt ihm dies nicht, ist er schadensersatzpflichtig. Es handelt sich um eine Art abstrakte Gefährdungshaftung. Denklogisch würde dies bedeuten, jeder Behandlung wohnt per se eine abstrakte Gefährdung inne. Auf ein Verschulden des Schädigers käme es nicht an.

Die Gesellschaft erlaubt bestimmte Verhaltensweisen trotz ihrer Gefährlichkeit aufgrund ihrer sozialen Nützlichkeit. Der Grundgedanke der Gefährdungshaftung liegt darin, dass derjenige, der Nutzen aus abstrakt gefährlichen Handlungen zieht, auch für die Schäden einstehen soll, die sich aus der gefährlichen Handlung ergeben. Übertragen auf die vorliegenden Sachverhalte würde dies bedeuten, dass jede Heilbehandlung abstrakt gefährlich ist. Dies ist jedoch zweifelhaft, da der Zweck der Heilbehandlung gerade die Risikoverringerung ist. Der negative Nebeneffekt, der ebenfalls einträte, ist der, dass das empfindlich sensible Behandelnder-Patienten-Verhältnis durch eine scheinbare Erfolgserwartung des Patienten gegenüber dem Behandelnden droht enttäuscht zu werden. Jeder Misserfolg der Behandlung droht sich vor Gericht wieder zu finden. Der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich den Behandlungsvertrag als Dienstvertrag ausgestaltet und

nicht als Werkvertrag. Der Behandelnde schuldet gerade nicht den Erfolg der Behandlung. Dies birgt weiter die Gefahr, dass unheilbar bzw. chronisch Kranke keinen Behandelnden finden, der das Risiko einer Behandlung und das damit verbundene Haftungsrisiko übernehmen will. Weiterhin ist damit die Gefahr einer Defensivmedizin verbunden.

Nach anderer Ansicht ist der Patient verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Behandlung durchgeführt wurde und ein Verstoß gegen jeweils geltende medizinische Standards vorliegt. Hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs soll auch bei einem einfachen Behandlungsfehler eine widerlegbare Vermutung dafür bestehen, dass der eingetretene Gesundheitsschaden darauf beruht. Für eine widerlegbare Vermutung spricht die Schutzbedürftigkeit des Patienten gegenüber dem Behandelnden, da er nicht zum Objekt im Behandlungssystem werden darf. Seine Schutzbedürftigkeit ergibt sich vor allem auch daraus, dass bei ihm ein Schaden eingetreten ist, der in der überwiegenden Anzahl der Fälle ein bleibender ist. Nicht zu unterschätzen sind hier die wachsenden wirtschaftlichen Interessen des Behandelnden. Zu bedenken ist jedoch, dass die Wissensasymmetrie, die für Beweiserleichterungen beim Nachweis für einen Behandlungsfehler das Hauptargument für die Schutzbedürftigkeit des Patienten darstellt, für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden von nicht so gravierender Bedeutung ist.

Hinsichtlich § 630 h Abs. 2 BGB-Entwurf ist der Empfehlung des Bundesrates im Gesetzestext den status quo der Rechtsprechung vollständig abzubilden und dementsprechend § 630 h Abs. 2 BGB-Entwurf um die möglichen Einwendungen des Patienten gegen die hypothetische Einwilligung zu ergänzen, zu folgen. Das ist aus Transparenzgründen erforderlich. Entsprechend § 630 h Abs. 2 BGB-Entwurf hat der Behandelnde die Möglichkeit, bei unterlassener Aufklärungspflicht einzuwenden, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt. Soll die Rechtsprechung vollständig abgebildet werden, ist der Empfehlung des Bundesrates im Hinblick auf die Ergänzung zu § 630 h Abs. 2 BGB-Entwurf zu folgen. Er ist um die Einwendung des Patienten zu ergänzen, bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte er sich in einem Gewissenskonflikt befunden und sich möglicher Weise gegen die konkrete Behandlung zu diesem Zeitpunkt entschieden. Ergänzend kann hierzu der Wortlaut so gestaltet werden, dass die Aufzählung der Einwendungen nicht abschließend ist. Somit kann einem Gegenargument der Regierung entsprochen werden.

Der Gesetzesentwurf bildet in § 630 g Abs. 1 BGB-Entwurf zwar die bestehende Rechtsprechung im Hinblick auf das Recht des Patienten auf Einsichtnahme in die Patientenakte ab, lässt aber den Verstoß hiergegen sanktionslos. Wenn der Behandelnde keine Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen gewährt, ist er ebenfalls so zu stellen, als hätte er nicht dokumentiert. In der Folge müsste dann auch die Sanktion der Beweislastumkehr greifen.

Ein Vorschlag zur Ergänzung von § 630 h Abs. 3 nach Satz 1 BGB-Entwurf lautet:

„Die Vermutung nach Satz 1 gilt auch dann, wenn der Behandelnde seiner Verpflichtung aus § 630 g nicht nachkommt.“

Neben der unterlassenen Befunderhebung ist § 630 h Abs. 5 BGB-Entwurf auch um unterlassene Überweisungsfälle zu ergänzen, die derzeit teilweise unberücksichtigt bleiben. Deliktisch führen die Fälle der unterlassenen Überweisung als Fehlverhalten zur Haftung. Vertraglich wäre eine Haftung für unterlassene Überweisung nicht geregelt, da § 630 h Abs. 5 BGB-Entwurf voraussetzt, dass der Behandelnde selbst hätte den Befund erheben müssen. Das OLG Karlsruhe hat es im Urteil vom 14.11.2007 (Az. 7 U 251/06) als grob behandlungsfehlerhaft angesehen, dass ein Kinderarzt bei einem einjährigen Jungen im Rahmen der Untersuchung U 5 keine Überweisung an einen Augenarzt veranlasst hat, obwohl er bei dem Jungen ein Schielen festgestellt hatte. Der Junge hatte einen bösartigen Netzhauttumor entwickelt. Durch das Versäumnis des Arztes erblindete der Junge vollständig, hätte man rechtzeitig reagiert, wäre zumindest auf einem Auge aller Voraussicht nach ein Restsehvermögen von 30% verblieben. Der Senat sprach ein Gesamtschmerzensgeld in Höhe von 90.000,00 Euro zu.

Ein Vorschlag zur Ergänzung von § 630 h Abs. 5 BGB-Entwurf lautet:

„Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.“

Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern ODER ZUR BEFUNDERHEBUNG ZU ÜBERWEISEN, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

Überdies bliebe unklar, ob es auch als grober Behandlungsfehler zu werten ist, wenn der hinzugezogene Behandelnde es unterlässt, dem überweisenden Behandelnden das Ergebnis des Überweisungsauftrages mitzuteilen, sofern die Weiterbehandlung durch den überweisenden Behandelnden erfolgt (BGH Urteil vom 05.10.1993, Az. VI ZR 237/92, BGH Urteil vom 14.07.1992, Az. VI ZR 214/91).

Ein weiterer Vorschlag zur Ergänzung von § 630 h Abs. 5 BGB-Entwurf lautet daher:

„Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.

Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern ODER ZUR BEFUNDERHEBUNG ZU ÜBERWEISEN ODER ES UNTERLASSEN HAT, DEM ÜBERWEISENDEN DAS BEFUNDERGEBNIS MITZUTEILEN, SOFERN EINE WEITERBEHANDLUNG DURCH DEN ÜBERWEISENDEN ERFOLGT, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

III. SGB V

1. § 13 Abs. 3a SGB V-Entwurf – Kostenerstattung

Die Beschleunigung von Bewilligungsverfahren bei den Krankenkassen ist zu begrüßen. Was zureichende Gründe sind, um von der 3- bzw. 5-Wochen-Frist abzuweichen, kann sich aus einem Hinweis auf die Rechtsprechung zu § 88 SGG ergeben. Hiernach liegt ein zureichender Grund z.B. vor, wenn es sich um einen schwierigen Sachverhalt handelt. Solange die Fristen für eine Untätigkeitsklage nicht modifiziert werden, mag nun die Ersatzbeschaffung dem Patienten auch helfen können. Problematisch ist jedoch, dass die Mehrheit der Patienten viele Leistungen nicht einfach verauslagern können, weil die finanziellen Mittel dazu fehlen. Die Norm hilft praktisch nur vermögenden oder kreditwürdigen Patienten. Die zunehmende Abkehr vom Sachleistungsprinzip hin zum Kostenerstattungsprinzip ist daher in diesem Fall zu kritisieren. In der Krankheitssituation ist der Patient ohnehin schon vielfach erheblichen Kostenbelastungen und finanziellen Einbußen ausgesetzt. Die Benachteiligung einkommensschwacher Bevölkerungsteile ist nicht ausreichend vom Gesetzgeber berücksichtigt worden. Daher sind Vorschläge zu unterstützen, nach denen Satz 4 um eine Genehmigungsfiktion ergänzt werden soll. Eine Regelung, dass nach Ablauf der Frist nach Satz 1 die beantragte Leistung als genehmigt gilt, ist aufzunehmen. In diesem Zusammenhang hat auch der SoVD kritisiert, dass es für die Antragsteller schwer möglich sein wird, die Frist zu berechnen, da Fristbeginn der jeweilige Antragseingang ist. Erforderlich wäre also eine verpflichtende Mitteilung der Krankenkasse über den Antragseingang, inkl. eines Hinweises auf den Fristablauf sowie die entsprechenden Folgen.

In der Praxis werden die genannten Fristen um ein Vielfaches überschritten. Ferner ist im Einzelfall unklar, ob die Fristen tatsächlich weiterhelfen. Auf ein Pflgebett nach Entlassung aus dem Krankenhaus zu Hause fünf Wochen zu warten, ist zu lang. Es ist allgemein anerkannt, dass sich eine Behörde, um über einen zureichenden Grund zu verfügen, nicht darauf berufen kann, über personelle Schwierigkeiten zu verfügen. Ohne neue dichtere Personaldecke wird die Regelung auch Probleme in der Realisierung bringen. Erfolgt eine Mitteilung an den Patienten innerhalb der Fristen über einen sog. hinreichenden Grund, kann ohnehin später als nach 5 Wochen entschieden werden. Die Mitteilung über den hinreichenden Grund ist kein rechtsmittelfähiger Bescheid, so dass dem Patienten u.U. nur der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz weiter hilft. An die Eilbedürftigkeit sind dann jedoch immer besonders hohe Anforderungen zu stellen, wenn es sich um die Vorwegnahme der Hauptsache handelt. Diese Anforderungen liegen regelmäßig nur dann vor, wenn der Patient glaubhaft machen kann, es trete andernfalls ein unumkehrbarer

Schaden ein. Durch diese hohen Anforderungen ist die Chance des Patienten auf rechtzeitige Entscheidung eingeschränkt, ganz gleich, ob der zureichende Grund tatsächlich besteht oder nicht. Angesichts der angespannten Lage an den Sozialgerichten sind auch Eilverfahren mit sechs Monaten keine Seltenheit. Dann ändert sich am Ablauf nichts und der Patient ist wiederum auf die Untätigkeitsklage angewiesen.

In der Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 13 Abs. 3a SGB V heißt es: „Die Versicherten sind so zu stellen, als hätte die Krankenkasse die Sachleistung rechtzeitig zur Verfügung gestellt.“ In der Praxis können sich hier Preisunterschiede ergeben, da der Patient zu anderen Konditionen als der Leistungserbringer, z. B. ein Krankenhausbett oder einen Rollstuhl, kauft. Kann also ein Patient einen Kredit aufnehmen, um z.B. ein Krankenhausbett oder einen Rollstuhl zu kaufen und erhält er dann die Zinsen oder weitere Kreditkosten ebenfalls von der Krankenkasse ersetzt? Es steht zu erwarten, dass Patienten nachträglich in umfangreiche Prozesse verwickelt werden.

In der Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 13 Abs. 3a SGB V heißt es: „Die Krankenkasse muss die genannte 5-Wochen-Frist auch dann einhalten, wenn der Medizinische Dienst der Krankenversicherung nicht in der für ihn maßgeblichen 3-Wochen-Frist Stellung nimmt.“ Der Sinn dieser Vorschrift erschließt sich nicht. Ohne Fakten, kann keine rechtmäßige Entscheidung über das Auswahlermessen der Leistung ausgeübt werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip.

2. § 66 SGB V-Entwurf – Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern

In § 66 SGB V-Entwurf soll die Unterstützung der Patienten durch den MDK im Fall eines Behandlungsfehlers oder Pflegefehlers neu geregelt werden. Die Regelung für Pflegefehler ist zu begrüßen. In § 66 SGB V-Entwurf wird das Wort „können“ durch das Wort „sollen“ ersetzt werden. Dies mag zu einer großzügigeren intendierten Ermessensausübung führen, ein Anspruch für den Patienten wird damit aber nicht etabliert. Ein Anspruch entstände für den Patienten gesichert erst dann, wenn der Wortlaut in „müssen“ geändert werden würde. Empfehlenswert ist, nicht nur Behandlungsfehler und Pflegefehler dem Anwendungsbereich der Norm zu unterstellen. Hier sollte eine Erweiterung auf Fehler nach dem Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht stattfinden. Die Krankenkassen haben ein intendiertes Regressinteresse, welches auch die vollumfängliche Unterstützung des Patienten rechtfertigt.

Kann-Vorschriften in einer rechtlichen Grundlage sind typisch für das freie Ermessen, während Soll-Vorschriften bei der Verwaltung zum gebundenen Ermessen führen. Gebundenes Ermessen bedeutet, dass die Verwaltung grundsätzlich der Soll-Vorschrift folgen muss und nur bei besonderen Umständen davon abweichen darf. Muss-Vorschriften erlauben keinen Ermessensspielraum. Zwar ist die Soll-Vorschrift die schwächste Form der Ermessensausübung, eröffnet aber zudem Ideenspielraum. Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht gehören nicht zum typischen Anwendungsbereich der Norm, daher ließe sich vertreten, dass zu derartigen Fällen kein MDK-Gutachten erstellt werden kann.

Ebenso ließe sich darüber nachdenken, ob eine Unterstützung durch MDK-Gutachten bei Behandlungsfehlern während der Leistungserbringung nach dem SGB VII (Gesetzliche Unfallversicherung) erfolgen muss (soll) oder dann ein atypisches Geschehen vorliegt. Erfährt ein Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall, erfolgt die Heilbehandlung regelmäßig nicht nach dem Recht der Krankenversicherung, sondern der gesetzlichen Unfallversicherung. Die Krankenversicherung hat an sich kein Regressinteresse, weil sie selbst keine Leistungen erbringt. Das Interesse des Gesetzgebers, den MDK der GKV grundsätzlich zu verpflichten, bei Behandlungsfehlern zu ermitteln, hat seinen Hintergrund aber gerade in diesem Regressinteresse. Begeht der beauftragte Behandelnde z.B. der D- bzw. H-Arzt der Berufsgenossenschaft einen Behandlungsfehler, ist unklar, ob der MDK der GKV auch diesen Patienten bei der Erstellung eines Gutachtens unterstützen muss. Nur mit einer „muss“-Regelung kann dem entgegen gewirkt werden.

In der Praxis muss das Problem der mangelhaften Qualität vieler MDK-Gutachten angegangen werden. Häufig werden Gutachten durch Ärzte aus fremden Facharztgebieten erstellt. So erstellt z.B. ein HNO-Arzt ein orthopädisches Gutachten oder eine Hausärztin ein psychiatrisches Gutachten.

3. § 73 b Abs. 3 SGB V-Entwurf – Hausarztzentrierte Versorgung

Die Versicherten sollen nun die Teilnahmeerklärung zur hausarztzentrierten Versorgung widerrufen können. Dies soll in Textform oder zur Niederschrift bei der Krankenkasse ohne Angabe von Gründen erfolgen können. Mit der Textform findet eine Anlehnung an den Widerruf von Verträgen gem. § 355 Abs. 1 BGB statt. Der Patient kann also auch per Email oder Fax widerrufen. Auf eine Unterschrift wird bei der Textform ausdrücklich verzichtet. Dieses Verfahren kann den Patienten deutlicher machen, dass sie sich bei der hausarztzentrierten Versorgung für Rechte und Pflichten entscheiden. Bei der Schriftform müsste der Patient selbst unterschreiben, daher wäre die Intensität der Warnung höher. Ob dadurch eine detailliertere Aufklärung der Patienten durch den Arzt oder die Krankenkasse stattfindet, bleibt offen. Es wäre sinnvoll, dass der Patient auch über die Rechte, die Dauer und Pflichten und die Freiwilligkeit an der hausarztzentrierten Versorgung in Textform unterrichtet werden muss. Kritisch zu sehen ist, dass im Patientenrechtegesetz der Verweis über § 630 b BGB auf § 627 Abs. 1 BGB stattfindet. Ein Patient kann demnach den Behandlungsvertrag jederzeit ohne wichtigen Grund gem. § 627 Abs. 1 BGB kündigen. Der Gesetzentwurf unterscheidet nicht nach PKV- und GKV-Patienten. Eine Klarstellung ist hier erforderlich, um die nötige Transparenz für den Patienten zu schaffen. Ferner macht es keinen Sinn, zivilrechtlich eine scheinbare Rechtslage zu schaffen, die sozialrechtlich im Regelfall nicht erwünscht ist. Zivilrechtlich könnte der Patient dann den Behandlungsvertrag kündigen, wäre aber sozialrechtlich noch eher daran gebunden. § 73 b Abs. 3 Satz 3 SGB V sieht vor, dass der Patient den gewählten Hausarzt bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wechseln darf.

Entsprechende Regelungen in § 73 c SGB V und in § 140 a SGB V fehlen und müssten noch im Gesetzentwurf ergänzt werden.

In den jeweiligen Paragraphen oder zumindest den Gesetzesbegründungen zu den §§ 73 c und 140 a SGB V-Entwurf ist daher klarzustellen, dass eine fristlose Kündigung des Vertrages nach § 627 BGB, etwa bei einer gravierenden Störung des Vertrauensverhältnisses, grundsätzlich stets möglich ist.

4. § 73c Abs. 2 SGB V-Entwurf – Besondere ambulante ärztliche Versorgung

Die Versicherten sollen nun die Teilnahmeerklärung zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung widerrufen können. Dies soll in Textform oder zur Niederschrift bei der Krankenkasse ohne Angabe von Gründen erfolgen können. Mit der Textform findet eine Anlehnung an den Widerruf von Verträgen gem. § 355 Abs. 1 BGB statt. Der Patient kann also auch per Email oder Fax widerrufen. Auf eine Unterschrift wird bei der Textform ausdrücklich verzichtet. Dieses Verfahren kann den Patienten deutlicher machen, dass sie sich bei der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung für Rechte und Pflichten entscheiden. Hier wäre ebenfalls die Schriftform transparenter. Ob dadurch eine detailliertere Aufklärung der Patienten durch den Arzt oder die Krankenkasse stattfindet, bleibt offen. Es wäre sinnvoll, dass der Patient auch über die Rechte, die Dauer und Pflichten und die Freiwilligkeit an der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung in Textform unterrichtet werden muss. Kritisch zu sehen ist, dass im Patientenrechtegesetz der Verweis über § 630 b BGB auf § 627 Abs. 1 BGB stattfindet. Ein Patient kann demnach den Behandlungsvertrag jederzeit ohne wichtigen Grund gem. § 627 Abs. 1 BGB kündigen. Der Gesetzentwurf unterscheidet nicht nach PKV- und GKV-Patienten. Eine Klarstellung ist hier erforderlich, um die nötige Transparenz für den Patienten zu schaffen. Ferner macht es keinen Sinn, zivilrechtlich eine scheinbare Rechtslage zu schaffen, die sozialrechtlich im Regelfall nicht erwünscht ist. Zivilrechtlich könnte der Patient dann den Behandlungsvertrag kündigen, wäre aber sozialrechtlich noch daran gebunden.

5. § 99 SGB V-Entwurf – Bedarfsplan

Nach § 99 SGB V-Entwurf haben die Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen einen Bedarfsplan zur Sicherstellung

der vertragsärztlichen Versorgung aufzustellen und jeweils der Entwicklung anzupassen. Mit der Änderung wird vorgegeben, dass künftig auch den auf Landesebene für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen maßgeblichen Organisationen im Rahmen der Aufstellung oder der Anpassung des Bedarfsplans Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Dies ist zu begrüßen.

6. § 135 a SGB V-Entwurf – Verpflichtung zur Qualitätssicherung

Den Änderungen zu § 135 a Abs. 2 SGB V-Entwurf werden Krankenhäuser zur Durchführung eines Beschwerdemanagements verpflichtet, was zu begrüßen ist. Die Verpflichtung zum Beschwerdemanagement sollte jedoch auch auf den ambulanten Bereich erweitert werden.

§ 135 a Abs. 2 SGB V regelt bisher die Qualitätssicherung für den stationären Bereich und auch für den ambulanten Bereich. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Einführung eines Beschwerdemanagements ausdrücklich nur für den stationären Bereich erfolgen soll und damit der Anwendungsbereich verengt werden soll.

Das Beschwerdemanagement sollte sich nicht nur nach innen, sondern ausdrücklich auch nach außen richten. Daher sollte das Beschwerdemanagement grundsätzlich in einer eigenen, zu ergänzenden Nummer 3 geregelt werden.

7. § 137 SGB V-Entwurf – Richtlinien und Beschlüsse zur Qualitätssicherung

Die Ergänzungen des einrichtungsinternen Qualitätsmanagements um Aspekte des Risikomanagements sowie Fehlermeldesystemen wird begrüßt. Es sollte klargestellt werden, dass es sich bei den Risiko- und Fehlermeldesystemen um medizinisch/pflegerische Meldesysteme handelt.

Es erscheint sinnvoll, dass der Gemeinsame Bundesausschuss verpflichtende Mindeststandards festsetzt. Hier kann nicht nachvollzogen werden, warum dies nicht bereits mit diesem Gesetzentwurf geschieht. Die Förderung eines einrichtungsübergreifenden Fehlermanagements ist zu begrüßen, auch wenn sie nicht für ausreichend gehalten wird. Die Umsetzung einrichtungsübergreifender Fehlermeldesysteme sollte als Standard eines patientenorientierten Qualitätsmanagements in Krankenhäusern vorausgesetzt werden. Die Festlegung auf ein Fehlermeldesystem erscheint zwar sinnvoll, gefährdet aber die bereits vorhandenen freiwillig durchgeführten Fehlermeldesysteme. Bevor neue Regelungsvorhaben formuliert werden, ist es tatsächlich zielführender, darauf hinzuwirken, dass der Patientensicherheit dienende Qualitätssicherungsinstrumente, wie z.B. NRZ-KISS, besser genutzt werden.

Die Förderung von anonymen Fehlermeldesystemen, wie CIRS, wird hier ausdrücklich befürwortet. Das Medizinstudium setzt z.B. ein fast perfektes Abitur voraus. Wer es gewohnt ist, perfekt zu funktionieren, der tut sich schwer, Fehler einzugestehen oder darüber zu sprechen.

8. § 140 a SGB V-Entwurf – Integrierte Versorgung

Hier wird begrüßt, dass im Interesse der Versicherten bei Selektivverträgen ein Widerrufsrecht eingeräumt wird. Dies macht nur Sinn, wenn die Versicherten auch über alle wesentlich relevanten Bestandteile der Selektivverträge informiert werden. In der Praxis ist festzustellen, dass dies nicht geschieht. Daneben sollte auch eine Art „Evaluation“ von Selektivverträgen geprüft werden. Möglicher Weise ergibt sich nur scheinbar für den Patienten ein Vorteil aus der Teilnahme. Die Einschränkung der Therapiefreiheit muss auch auf Nachvollziehbarkeit des Systems kontrolliert werden.

9. § 140 f SGB V-Entwurf – Beteiligung von Interessenvertretungen der Patientinnen und Patienten

Die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte von Patientenvertretern im Sinne einer Stärkung von Patientenrechten ist zu begrüßen. Der Vorschlag des Bundesrates, den Patientenvertretungen ein Stimmrecht in Verfahrensfragen nach § 91 Abs. 4 Satz 1 SGB V einzuräumen, wird befürwortet.

10. § 140 h SGB V-Entwurf – Amt, Aufgabe und Befugnisse der oder des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten

§ 140 h Abs. 2 SGB V-Entwurf regelt neu, dass der Patientenbeauftragte der Bundesregierung die Rechte von Patienten in verständlicher Sprache und öffentlich zugänglich zur Information bereitstellen soll.

Ein neu zu schaffendes Amt einer oder eines Patientenbeauftragten des Deutschen Bundestages wird angeregt, um als Beschwerde- und Auskunftsstelle für Patienten zu dienen. Er bzw. sie könnte für die Auswertung der Daten des Risikomanagementsystems zuständig sein. Er bzw. sie sollte in den Debatten des Deutschen Bundestages explizit als Anwalt der Patienten fungieren und dem Deutschen Bundestag jährlich Bericht erstatten. Das Amt des Patientenbeauftragten des Deutschen Bundestages löst das des Patientenbeauftragten der Bundesregierung ab. Dieses Verfahren unterstreicht die Objektivität und Transparenz.

11. § 217 f SGB V-Entwurf – Aufgaben des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen

Mit der Gesetzesänderung wird der Spitzenverband Bund der Krankenkassen verpflichtet, in einer Richtlinie allgemeine Vorgaben zur Abgabe der Teilnahmeerklärung in der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73 b SGB V-Entwurf, in der besonderen ambulanten Versorgung nach § 73 c SGB V-Entwurf und in der integrierten Versorgung nach § 140 a SGB V-Entwurf festzulegen, die von den Krankenkassen bei ihren Satzungsregelungen zu beachten sind. Dieses Vorgehen ist konsequent.

IV. Änderungsantrag Nr. 6

Zum Änderungsantrag Nr. 6 vom 09.10.2012 (Bundesregierung CDU/CSU/FDP):

§ 6 Abs. 1 BÄO

Entwurf Bundesregierung

§ 6 BÄO

(1) Das Ruhen der Approbation kann angeordnet werden, wenn

1. gegen den Arzt wegen des Verdachts einer Straftat, aus der sich seine Unglaubwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergeben kann, ein Strafverfahren eingeleitet ist,

2. nachträglich die Voraussetzung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 weggefallen ist,

3. Zweifel bestehen, ob die Voraussetzung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 noch erfüllt ist und der Arzt sich weigert, sich einer von der zuständigen Behörde angeordneten amts- oder fachärztlichen Untersuchung zu unterziehen,

4. sich ergibt, dass der Arzt nicht über die Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt, die für die Ausübung der Berufstätigkeit in Deutschland erforderlich sind **oder**

5. sich ergibt, dass der Arzt nicht ausreichend gegen die sich aus seiner Berufsausübung ergebenden Haftpflichtgefahren versichert ist, sofern kraft Landesrechts oder kraft Landesrechts eine Pflicht zur Versicherung besteht.

(2) Die Anordnung ist aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

(3) Der Arzt, dessen Approbation ruht, darf den ärztlichen Beruf nicht ausüben.

(4) Die zuständige Behörde kann zulassen, dass die Praxis eines Arztes, dessen Approbation ruht, für einen von ihr zu bestimmenden Zeitraum durch einen anderen Arzt weitergeführt werden kann.

Es muss bundesgesetzlich sichergestellt werden, dass alle Ärzte und Behandelnden über eine ausreichende und der aktuellen Tätigkeit angepasste Berufshaftpflichtversicherung in Form einer Pflichtversicherung verfügen. Die Berufshaftpflichtversicherung schützt die Behandelnden vor dem finanziellen Ruin und den Patienten davor, den Schaden allein tragen zu müssen.

§ 6 Abs. 1 BÄO soll verändert werden, um bei fehlender oder nicht ausreichender Haftpflichtversicherung ein Ruhen der Approbation anordnen zu können. § 6 Abs. 1 BÄO regelt die Ruhensanordnung der Approbation. Die Regelung ist als Ermessenentscheidung – kann – ausgestaltet. Dies genügt nicht den Voraussetzungen an eine Pflichtversicherung.

Sinnvoller erscheint es, in §§ 3 und 5 BÄO (Bundesärzteordnung, Bundesgesetz) den Gedanken, dass eine Haftpflichtversicherung für behandelnde Ärzte erforderlich ist, aufzunehmen und den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung als Berufsausübungsregelung zur Voraussetzung der Approbation zu machen. Entsprechendes ist für Zahnärzte zu regeln. Die Aufnahme der Problematik in ein Bundesgesetz ist ausdrücklich zu begrüßen. Dieses Verfahren wäre ähnlich den Regelungen für Rechtsanwälte. Hiermit korrespondierend sollten gleichzeitig Mitteilungspflichten an die Kammer in Bezug auf Berufshaftpflichtversicherungen für die Versicherer im VVG statuiert werden (vgl. § 51 Abs. 6 BRAO). Gleichzeitig können den Kammern Rechte eingeräumt werden, um ausreichende Deckungssummen durchzusetzen. Auch dies entspräche den Vorgaben für Rechtsanwälte.

Unklar bleibt, ob andere Behandelnde, z.B. ein Heilpraktiker, eine Berufshaftpflichtversicherung bei Berufsaufnahme abschließen muss. Auch für andere Behandelnde existiert keine Berufshaftpflichtversicherung als Pflichtversicherung. Es wäre sinnvoll nicht nur Ärzten, sondern auch anderen Behandelnden, also am besten allen Heilberufen, eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung aufzuerlegen und ggf. Mindestversicherungssummen gesetzlich festzulegen. Zu fordern ist zur gesetzlichen Haftpflichtversicherung ein gesetzlicher Kontrahierungszwang für die Versicherungsunternehmen. Die Höhe der Versicherungssumme kann auch durch den Gesetzgeber als Mindestversicherungssumme vorgegeben werden. Ein solches Verfahren ist ratsam:

In Deutschland wurden alle 183 Versicherungsunternehmen durch den DHV-Versicherungsmakler (Deutscher Hebammenverband) angeschrieben. Es gaben lediglich zwei Versicherungen ein Angebot zu einer die Geburtshilfe inkludierenden Berufshaftpflichtversicherung ab. Für Hebammen gilt eine gesetzlich verankerte Versicherungspflicht.

Ebenso sinnvoll erscheint eine Regelung zwingender Notwendigkeit der Berufshaftpflichtversicherung im Zusammenhang mit der Zulassung eines Arztes vor der Niederlassung, sei es zur vertragsärztlichen Versorgung sei es zu rein privatärztlicher Tätigkeit. Regelungen in § 95 SGB V (Vertragsärztliche Versorgung) bzw. § 124 Abs. 2 SGB V sind denkbar. Zuzulassen zur vertragsärztlichen Versorgung wäre nur der, der eine Berufshaftpflichtversicherung nachweist. Wird keine Berufshaftpflichtversicherung nachgewiesen, kann keine Abrechnung über die GKV erfolgen. Die Aufnahme der Tätigkeit sollte vom Nachweis einer ausreichenden Berufshaftpflichtversicherung, wie dies bei Rechtsanwälten seit Jahren der Fall ist, abhängig gemacht werden. Konsequenter muss einem Arzt die Berufsausübung in nicht abhängiger Stellung untersagt werden, wenn kein ausreichender Versicherungsschutz mehr verfügbar ist.

Die Mindestdeckungssummen für Ärzte müssen deutlich über denjenigen der Anwaltschaft liegen, da anders gelagerte Risiken abgesichert werden müssen. Die Mindestdeckungssumme für Rechtsanwälte liegt bei 250.000,00 Euro. Auf der anderen Seite zeigt die Prämienentwicklung in den letzten Jahren, dass in Hochrisikofächern wie z.B. der Geburtshilfe dazu führt, dass etliche Geburtshelfer ihre Berufstätigkeit aufgeben mussten. Handelt die Politik hier nicht schnell durch eine Anhebung der Vergütung um einen Versicherungsanteil, sind mittelfristig Versorgungslücken nicht nur nicht auszuschließen, sondern sogar wahrscheinlich.

Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese Regelung nur für Ärzte in nicht abhängiger Stellung getroffen wurde, so dass Ärzte, die z.B. in Krankenhäusern, Arztpraxen oder MVZ angestellt sind, keine Berufshaftpflichtversicherung abschließen müssen. Für Krankenhäuser hat der Gesetzgeber bis heute in keinem Bundesgesetz eine Haftpflichtversicherungspflicht vorgesehen. Daher werden in einigen Krankenhäusern sog. Rücklagenfonds eingerichtet, damit im

Fall eines Behandlungsfehlers, finanzielle Ressourcen überhaupt verfügbar sind. Wenn das Krankenhaus insolvent wird, haftet der angestellte Arzt aus Delikt und das ohne Berufshaftpflichtversicherung. Das ist weder für den angestellten Arzt noch für den Patienten zumutbar.

In der Begründung lässt die Bundesregierung mitteilen: „Für den Fall, dass keine Spezialregelungen über Mindestversicherungssummen und zulässige Haftungsausschlüsse getroffen sind, greift hilfsweise § 114 VVG ein.“ Hierzu ist anzumerken, dass § 114 VVG nur dann eingreift, wenn eine Pflichtversicherung vorliegt. Eine Pflichtversicherung ist definiert als eine Versicherung, deren Abschluss gesetzlich oder durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben ist. So lange also die Berufshaftpflichtversicherung in Landessatzungen, also im Landesrecht, geregelt sind, greift § 114 VVG nicht. Die Regelung des Gesetzentwurfes führt keine Pflichtversicherung ein, sondern eröffnet lediglich die Möglichkeit für ein Ruhen der Approbation, wenn keine Berufshaftpflichtversicherung nachgewiesen wird.

Hier wird die Auffassung vertreten, dass keine Pflichtversicherung für die Berufshaftpflichtversicherung in der Musterberufsordnung begründet ist, vergl. aus dem Heymanns Kommentar Looschelders Pohlmann 2. Auflage 2011, § 113 ff Randnr. 7:

„Eine Versicherungspflicht kann grundsätzlich auch durch Satzung der berufsständischen Kammern angeordnet werden. Problematisch ist, ob die allgemeine gesetzliche Befugnis zur Regelung der jeweiligen Berufspflichten ausreicht, um auch eine Versicherungspflicht durch Satzung einzuführen. Zunächst ist dabei zu bedenken, dass den öffentlich-rechtlichen Anstalten eine autonome Satzungsgewalt verliehen wird. Anders als bei der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Teile der Exekutive im Rahmen von Art. 80 GG wird die Satzungsgewalt der Kammern zwar nicht durch einen vom Gesetzgeber vorgezeichneten - und den Anforderungen des Art. 80 GG genügenden - Rahmen beschränkt. Soweit Satzungsregelungen jedoch in Grundrechte eingreifen, muss der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst treffen. Die allgemeine Verleihung der Satzungsautonomie zur Regelung der berufsständischen Pflichten allein wird diesen Anforderungen jedoch nicht gerecht, da die Anordnung einer Versicherungspflicht einen Grundrechtseingriff darstellt. Sieht die Berufsordnung daher eine Versicherungspflicht vor, ohne dass eine hinreichend spezielle bundes- oder landesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht, ist die Anordnung unwirksam.“

Daher kann auch § 114 VVG bezüglich der Mindestversicherungssummen nicht entsprechend angewendet werden. Eine gesetzliche Regelung sowohl der Berufshaftpflichtversicherung als auch der Mindestversicherungssummen ist dringend zu empfehlen.

Zu bemerken ist, dass in der Vergangenheit eine Approbation noch nie entzogen wurde, weil einem Arzt eine Haftpflichtversicherung fehlte.

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird durch die Bundesregierung beschrieben: „In der Praxis wird sich im Übrigen in vielen Einzelfällen die Ärztin oder der Arzt schon durch die Androhung einer möglichen Ruhensanordnung im Rahmen der verwaltungsverfahrenrechtlichen Anhörung zur Einhaltung der Berufspflicht veranlasst sehen und einen entsprechenden Versicherungsvertrag (erneut) abschließen.“ Es ist nicht hinzunehmen, dass Ärzte ohne Berufshaftpflichtversicherung Patienten behandeln. Es besteht ein erhebliches Risiko, ob der Patient im Falle eines Behandlungsfehlers Schadensersatzansprüche realisieren kann. Unter Medizinrechtlern ist bekannt, dass die Tendenz zur Nicht-Versicherung in den letzten Jahren stark zugenommen hat.

V. Offene Regelungsmaterien

1. Härtefallfonds

Die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung erklärt ausdrücklich, die Bildung eines Entschädigungsfonds für Härtefälle sei nicht Ziel des Gesetzes. Ein Entschädigungsfond wäre jedoch begrüßenswert. Anzudenken wäre etwa die Gründung einer Stiftung durch den GKV Spitzenverband und der Bundesrepublik Deutschland zur verschuldensunabhängigen Entschädigung von Härtefällen. Die Stiftung ließe sich über die Schutzpflicht des Staates für Härtefälle im Sinne einer Billigkeitsentschädigung rechtfertigen. Ein Modell, wie beim

Entschädigungsfond für Contergangeschädigte, in Form einer Bundesstiftung erscheint möglich. Die Conterganstiftung für behinderte Menschen wurde 1972 durch Bundesgesetz vom 17.12.1971 (BGBl. I, Nr. 131, Seite 2018 ff.) errichtet.

Das Gesundheitssystem in Deutschland ist im Wesentlichen privatrechtlich ausgestaltet und nicht als allein staatliches Gesundheitssystem wie in Dänemark (stationärer Bereich). In Dänemark wirken die Schadensersatzansprüche, die durch Entschädigungsfonds kompensiert werden, nicht zur Deckung von Regressforderungen Dritter, sondern als eine Art Sozialleistung für den Patienten. In Deutschland gelten die §§ 86 VVG, 116 SGB X und 76 BBG sowie 87a BBG. Somit geht z.B. der Schadensersatzanspruch aufgrund des Verschuldens des Schädigers auf Sozialbehörden oder Versicherungen über. Dies geschieht, damit die Allgemeinheit oder die finanzierende Gruppe, z.B. von Krankenversicherten einer GKV, nicht letztlich den Schaden tragen muss, den ein anderer verursacht hat. Ein verschuldensunabhängiger Billigkeitsentschädigungsfond wäre eine deutliche Ausnahme vom Verschuldensprinzip des deutschen Rechts.

2. Entgegenwirken von Korruption

Der Große Senat für Strafsachen des BGH beschloss in einer Grundsatzentscheidung vom 29. März 2012 (GSSt 2/11), dass ein niedergelassener, zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V) weder als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 2 c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen i.S. von § 299 StGB handelt. Der BGH hob indes hervor, dass Anliegen, „korruptivem Verhalten im Gesundheitswesen“ und „Missständen, die gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben“ auch mit Mitteln des Strafrechts entgegen zu treten, sei zu begrüßen. Dies sei jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten. Um diese Strafbarkeitslücke zu schließen, ist es angezeigt, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der zukünftig korruptives Verhalten niedergelassener Vertragsärzte unter Strafe stellt. Hinsichtlich der Formulierung kann auf die Stellungnahme des GKV – Spitzenverbandes zum Gesetzesentwurf verwiesen werden. Anders als dort vorgeschlagen, wird jedoch aus systematischen Gründen empfohlen, den Straftatbestand im Strafgesetzbuch zu verorten.

Eine Alternative ist die Schaffung einer neuer „Strafvorschrift“ im 11. Kapitel des SGB V.

Die seit langem bestehenden berufsrechtlichen Verbote, z.B. das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, gem. § 31 MBO-Ä konnten korruptives Verhalten niedergelassener Vertragsärzte in der Praxis ganz offensichtlich nicht wirksam bekämpfen.

3. § 95 SGB V – Versorgung im Standardtarif

Der Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des § 95 SGB V, mit dem die bisher fehlende Behandlungspflicht des einzelnen Arztes gegenüber dem Personenkreis der Privatversicherten im Standardtarif festgeschrieben werden soll, ist zu unterstützen. Dadurch wird klargestellt, dass die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung auch zur Versorgung von Privatversicherten im Standardtarif verpflichtet und berechtigt und klärt insofern das Verhältnis von Patient und Vertragsarzt.

4. Rückverfolgbarkeit von Medizinproduktimplantaten

In § 16 Abs. 2 MPSV ist geregelt, welche Daten zur schnellen Identifizierung von Patienten durch Anwender für eventuell vorzunehmende korrektive Maßnahmen vorgehalten werden müssen. Unterstützenswert ist die Forderung des GKV-Spitzenverbandes, die vorgehaltenen Daten zu erweitern. Der Skandal um die Brustimplantate des Herstellers PIP führt vor Augen, wie notwendig diese Regelung ist, um überhaupt eine gezielte korrektive Maßnahme in der geltenden Rechtslage in Deutschland vorzunehmen. Die Anlage zu diesem Paragraphen legt fest, für welche Medizinproduktklassen diese Regelung gilt. Der GKV-Spitzenverband fordert dringend, diese Anlage zu erweitern und folgende Produktklassen mit aufzunehmen: Kniegelenksendoprothesen,

andere Gelenkendoprothesen, Wirbelsäulenimplantate, Vagusnervstimulatoren, andere Nerven- und Rezeptorstimulatoren.

Der Gedanke eines bundesweiten Endoprothesenregisters ist ebenfalls unterstützenswert. Die Umsetzung trägt zur Medizinproduktesicherheit bei. Der Ausbau des praktizierten Modells des Endoprothesenregisters Deutschland (EPRD, www.eprd.de) sollte entsprechend geprüft werden.

Rechtsanwältin
Anke Plener

Rechtsanwalt
Volker Loeschner