

Prof. Dr. Martin Reborn, Dortmund

Das Patientenrechtegesetz

A. Einführung

Am 26.2.2013 ist das sog. „Patientenrechtegesetz“¹ (PatRG) in Kraft getreten. Dabei handelt es sich um ein sog. Artikelgesetz, in dessen Kern die Implementierung des „Behandlungsvertrages“² in das BGB (§§ 630a ff.) steht. Arzthaftungsrecht, das sich in den vergangenen 100 Jahren nach und nach im Wesentlichen als Richterrecht³ entwickelt hatte, wird damit erstmals kodifiziert.⁴

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist zweifelsfrei aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG herzuleiten. Dieser weist „das bürgerliche Recht“ der konkurrierenden Gesetzgebung zu. Erfasst werden hiervon traditionell⁵ nicht nur materiell-rechtliche Regelungen, sondern auch die Kompetenz zum Erlass der (ungewöhnlich umfangreichen)⁶ Beweislastvorschriften.

B. Das Patientenrechtegesetz

I. Behandlungsvertrag

Untertitel 2 als „Überschrift“ der §§ 630a ff. BGB spricht vom „Behandlungsvertrag“, dessen typische Pflichten in § 630a Abs. 1 BGB aufgeführt werden.

1. Behandlung auf vertraglicher Basis?

Für den Zivilrechtler mag es selbstverständlich erscheinen, dass zwischen dem Patienten und der Behandlungsseite⁷ ein Vertrag geschlossen wird. Die ständige zivilrechtliche Rechtsprechung geht hiervon, und zwar insbesondere bei der ambulanten ärztlichen Behandlung⁸ als auch bei der stationären Behandlung in einem Krankenhaus⁹, aus. Dabei wird nicht etwa differenziert, ob es sich um einen sog. Selbstzahler („Privatpatienten“) oder um ein Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung („Kassenpatient“) handelt, das gem. §§ 11 ff. SGB V vom Grundsatz her Anspruch auf Leistungen¹⁰ hat.

Demgegenüber negiert die sozialrechtliche Rechtsprechung¹¹, weitgehend im Einklang mit der sozialrechtlichen Lehre¹², einen Vertragsschluss zumindest, wenn GKV-Versicherte sog. „Kassenleistungen“ in Anspruch nehmen; das geschehe vielmehr im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Sonderverhältnisses.¹³ Dieser Streit ist auch nicht, wie vielfach angenommen, rein akademischer Natur. Praktische Relevanz hat er insbesondere, wenn es um die Frage geht, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen – meist eines Krankenhausträgers – Geltung finden. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen hierfür vorliegen¹⁴, kann das nur dann der Fall sein, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist, in den diese wirksam einbezogen sind. Erst jüngst hatte der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte¹⁵ diese Problematik in Zusammenhang mit der Geltung der Arzneimittel-Preisverordnung für Lieferungen einer

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt und FAMedR in Dortmund. Er lehrt Gesundheitsrecht an der Universität zu Köln als Honorarprofessor. Er dankt Herrn Dipl. Jur. *Tilman Winterling*, Münster, für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

1 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013, BGBl. I 2013, 277.

2 So die Überschrift des neuen Untertitels 2 zum neu formulierten Titel „Dienstvertrag und ähnliche Verträge“.

3 Vgl. zur „Aus- und Fortbildung des Arzthaftungsrechts durch die Gerichte“ *Katzenmeier*, Arzthaftung 2002, S. 77 ff. m.w.N.

4 Vgl. zu früheren Bemühungen insb. *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte 1999 (Rechtsgutachten für die Bundesländer Bremen, Hamburg und Nordrhein-Westfalen).

5 Zur Bedeutung der „traditionellen Auslegung“ von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vgl. *Sachs/Degenhart*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rz. 4 unter Hinweis auf BVerfG v. 8.6.1960 – 1 BvR 580/53, BVerfGE 11, 192 (199); BVerfG, Beschl. v. 10.3.1976 – 1 BvR 355/67, BVerfGE 42, 20 (29); BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (176).

6 So *Thurn*, MedR 2013, 153 (156); *Wagner*, VersR 2012, 789 (792) spricht von „Detailverliebtheit“.

7 Vgl. im Einzelnen dazu im Folgenden B.I.2.

8 BGH, Urt. v. 25.3.1986 – VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273 (276).

9 BGH, Urt. v. 3.2.1967 – VI ZR 114/65, BGHZ 47, 75 ff.; BGH, Urt. v. 18.3.1980 – VI ZR 247/78, BGHZ 76, 259 (261).

10 Vgl. im Einzelnen den Leistungskatalog des § 11 Abs. 1 SGB V mit Verweisungen auf die Detailvorschriften des jeweiligen Leistungsbereichs, §§ 20 ff. SGB V.

11 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (278); aber auch BGH, Urt. v. 26.11.1998 – III ZR 223/97, BGHZ 140, 102 (104).

12 *Krause*, SGB 1982, 425 (431); *Lüke*, SGB 1985, 305, 306; *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, 207 (224); *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2916).

13 Vgl. zum Meinungsstand im Einzelnen *Reborn* in *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht 2010, § 12 Rz. 2 ff.

14 Vgl. §§ 305 ff. BGB.

15 GmS-OGB, Beschl. v. 22.8.2012 – Gms-OGB 1/10, juris, Rz. 19 f.

Das Patientenrechtegesetz

ausländischen Internet-Apotheke an Inländer angesprochen, auch die differenzierte Betrachtung erwähnt, indes offen gelassen, ob es tatsächlich im Ergebnis so sein soll, dass zwischen Selbstzahlern und GKV-Versicherten differenziert werden soll.¹⁶

Indessen hat der Gesetzgeber die Anwendung der §§ 630a ff. BGB keineswegs auf Selbstzahler beschränkt. Im Gegenteil: Ausdrücklich hat der Gesetzgeber auch die Behandlung von GKV-Patienten einbeziehen wollen¹⁷; so heißt es in den Motiven unmissverständlich, es sei „der besonderen Konstruktion der gesetzlichen Krankenversicherung geschuldet, dass der Patient und der Arzt zwar einen privatrechtlichen Behandlungsvertrag abschließen und der Arzt aus diesem Vertrag die Leistung der fachgerechten Behandlung“ schulde. Gleichwohl überlagere „das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung an dieser Stelle das Privatrecht mit der Folge, dass sich der ansonsten synallagmatische Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und dem Patienten in ein partiell einseitiges Vertragsverhältnis“ umwandle.¹⁸

Hierin liegt aus Sicht des Verfassers ein Argument mehr, das dafür spricht, die Rechtsbeziehung zwischen Behandelnden (Arzt, Krankenhaus usw.) und GKV-Versicherten im Grundsatz dogmatisch gleich zu behandeln. Zu beachten ist dabei allein, dass der Behandlungsvertrag mit GKV-Versicherten weitestgehend zu gesetzlichen Konditionen, insbesondere auf Basis der Vorgaben des SGB V, abgeschlossen wird. Freilich bleibt abzuwarten, ob sich die Anhänger der Lehre einer öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung dem anschließen oder – nach wie vor – im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ein gesondertes, in sich abgeschlossenes System sehen, auf das die allgemeinen Regelungen der §§ 630a BGB nicht anwendbar seien¹⁹.

Der Vertragsschluss richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften²⁰.

Unberührt bleiben die Regelungen der §§ 823 ff. für die Haftung aus Delikt; diese bleibt also neben der vertraglichen Haftung bestehen²¹. Da indessen seit dem 2. SchErsRÄndG²² Schmerzensgeld nicht nur aus Delikt geschuldet wird (§ 847 BGB a.F.), sondern gem. § 253 BGB auch aus Vertrag, ist die praktische Bedeutung gering. Deliktische Ansprüche sind nur noch von Bedeutung, wenn es an einem Vertragsschluss fehlt oder sich die Ansprüche des Patienten gegen jemanden richten, der selbst nicht Vertragspartner geworden ist, so insbesondere nachgeordnete Ärzte des Krankenträgers.

2. „Behandelnder“

Der Gesetzgeber spricht in §§ 630a ff. BGB regelmäßig vom „Behandelnden“. Schon tradiert verstand man unter „Arzthaftungsrecht“ nicht nur die Frage nach dem Einstehenmüssen von Ärzten für Fehlbehandlungen; vielmehr wurde und wird hierzu regelmäßig insbesondere auch die Krankenhaushaftung gerechnet²³. Die gesetzliche Formulierung geht über dieses tradierte Verständnis indessen hinaus; als „Behandelnde“ bezeichnet der Gesetzgeber all diejenigen, die die medizinische Behandlung eines Patienten – gleich in welcher Eigenschaft – zusagen. So führt die amtliche Begründung²⁴ als Behandelnde namentlich Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Hebammen, Masseur, Medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten und Heilpraktiker an.²⁵ Erfasst werden also insbesondere auch die in sog. „Heilhilfsberufen“²⁶ Tätigen. Gemäß § 630a Abs. 1 BGB wird der Behandelnde Vertragspartner des Patienten; damit steht fest, dass diesem Kreis nicht nur diejenigen zuzurechnen sind, die selbst „Hand anlegen“, sondern auch die Vertragspartner²⁷, die ihre Leistung mit Hilfe eines den genannten Berufen zugehörigen Mitarbeiters (§ 278 S. 1 BGB) erbringen, insbesondere also auch die Träger von Krankenhäusern oder Medizinischer Versorgungszentren (§ 95 SGB V) sowie die Berufsausübungsgemeinschaften (früher: Gemeinschaftspraxen²⁸). Hingegen kommt entgegen den Motiven²⁹ die „Praxisgemeinschaft“, eine reine Organisationsgemeinschaft vergleichbar der anwaltlichen Bürogemeinschaft, als Behandelnder nicht in Frage, da der Behandlungsvertrag immer nur mit einzelnen Mitgliedern der Praxisgemeinschaft geschlossen werden kann.³⁰

Nicht Behandelnde i.S.d. § 630a Abs. 1 BGB sind Apotheker, da diese nicht zur Behandlung von Patienten berechtigt sind³¹ und folglich auch keine „medizinische Behandlung“ (§ 630a Abs. 1 BGB), sondern eine spezifisch pharmazeutische Leistung erbringen. Nicht erfasst sind auch – was schon nach dem Wortlaut nicht fraglich sein kann – Tierärzte.³²

3. Versprochene Behandlung

§ 630a Abs. 1 BGB sieht vor, dass der Behandelnde durch den Behandlungsvertrag „zur Leistung der versprochenen Behandlung“ verpflichtet wird. Mit dieser

16 Diese Frage war letztlich nicht entscheidungsrelevant.

17 Das Gesetz unterscheidet *ausdrücklich* nicht zwischen gesetzlich oder privat krankenversicherten Patienten, vgl. RegE, BT-Drucks. 17/10488, 18; Wagner, VersR 2012, 789 (793) meint, damit werde „der im Sozialrecht verbreiteten Gegenansicht die Grundlage“ entzogen; ebenso Preis/Schneider, NZS 2013, 281 (282).

18 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 19.

19 So hat bspw. das BSG die datenschutzrechtlichen Sonderregelungen des SGB V als abschließend angesehen und die Auffassung vertreten, dass datenschutzrechtliche Regelungen aus Bundes- oder Landesdatenschutzgesetzen nachrangig seien, der GKV-Versicherte daher keine Einwilligung in die Abrechnung durch Dritte erteilen könne, vgl. BSG, Urt. v. 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R, BSGE 102, 134 = GesR 2009, 305.

20 Vgl. zum Vertragsschluss allgemein Ratzel/Luxenburger/Griebau, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 10 Rz. 6 ff.; speziell zum Vertragsschluss mit niedergelassenen (Zahn-)Ärzten Schimpenburg, MDR 2008, 837; zum Vertragsschluss mit Krankenträgern Reborn in Huster/Kaltenborn, [Fn. 13], Rz. 19 ff.

21 So auch Deutsch, NJW 2012, 2009 (2012).

22 Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002, BGBl. I 2002, 2674; dazu Karcewski, VersR 2001, 1070.

23 Vgl. z.B. Laufs/Kern in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 94 Rz. 4 ff.; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, K 136 ff.; Gaidzik/Weimer in Huster/Kaltenborn, [Fn. 13], § 13 Rz. 1 ff.

24 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 18.

25 Kritisch zu dieser Erweiterung des „Behandlerkreises“ Thurn, MedR 2013, 153 (154).

26 So die Terminologie des BVerwG, jüngst Urt. v. 13.12.2012 – 3 C 26/11, juris; früher: „Heilhilfstätigkeiten“, vgl. BVerwG, Urt. v. 25.6.1970 – 1 C 55.66, BVerwGE 35, 308.

27 Eine ausführliche Darstellung aller im Hinblick auf die Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess denkbaren Konstellationen einschl. der jeweiligen (auch sozialrechtlichen) Grundlagen findet sich bei Vorwerk/Reborn, Das Prozessformularbuch, 9. Aufl. 2010, Kap. 80, Rz. 103 ff.; z.T. wortgleich Jorzig, FS 10 Jahre ArbG MedR im DAV 2008, S. 191 ff.

28 Zu deren lange Zeit offener Passivlegitimation vgl. (zum anwaltlichen Berufsrecht) BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, NJW 2012, 2435 sowie die Darstellung der arzthaftungsrechtlichen Bedeutung dieser Entscheidung bei Reborn, GesR 2012, 679 (680).

29 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 18.

30 Vgl. dazu weitergehend Vorwerk/Reborn, [Fn. 27], Kap. 80, Rz. 165.

31 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 18.

32 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 18.

Das Patientenrechtegesetz

Formulierung wollte der Gesetzgeber deutlich machen, dass der Behandlungsvertrag insofern vom Werkvertrag abzugrenzen ist, als der aus dem Behandlungsvertrag Verpflichtete (wie der aus dem Dienstvertrag Verpflichtete) lediglich die Leistung, nicht aber Erfolg, schuldet. Zu Recht wird im Gesetzgebungsverfahren³³ darauf hingewiesen, dass ein Erfolg der Behandlung am lebenden Organismus im Allgemeinen nicht garantiert werden könne und der Behandelnde daher lediglich zu einer „fachgerechten“ Vornahme der Behandlung verpflichtet sei, nicht aber den Behandlungserfolg schulde. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber aber darauf hingewiesen, dass die Parteien im Einzelfall etwas anderes vereinbaren können, insbesondere, dass ein bestimmter medizinischer Erfolg geschuldet wird. Solchenfalls richtet sich die Rechtsbeziehung primär nicht nach den §§ 630a ff. BGB, sondern nach den werksvertragsrechtlichen Vorschriften gem. §§ 631 ff. BGB.

4. Vergütungspflicht

Das Korrelat der Behandlungspflicht des Behandelnden stellt die Vergütungspflicht des Patienten dar. Er ist zur Zahlung „der vereinbarten Vergütung“ verpflichtet, allerdings nur, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist (§ 630a Abs. 1 BGB). Im Verhältnis des Arztes zum Selbstzahler ist die GOÄ zwingend³⁴; sie ist als solche auch nicht abdingbar.³⁵ Für stationäre Behandlungen sind die Regelungen des KHG und KHEntgG – ebenfalls ius cogens – maßgeblich.³⁶

Der Hinweis auf die **Zahlungspflicht Dritter** trifft insbesondere GKV-Versicherte; so erhält der Vertragsarzt sein Honorar nicht vom Patienten, sondern von der Kassenärztlichen Vereinigung, die die Aufgabe hat, die sog. Gesamtvergütung³⁷ an die Vertragsärzte zu verteilen³⁸. Krankenhausträger erhalten die Vergütung für die Behandlung GKV-Versicherter unmittelbar von der Krankenkasse³⁹; für die übrigen Leistungserbringer im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gilt Entsprechendes. Eine Leistungsverpflichtung des Patienten soll selbst dann nicht bestehen, wenn die Krankenkasse die Übernahme der Behandlung bestandskräftig verweigert.⁴⁰

5. Standard

Die Behandlungs“qualität“ schreibt § 630a Abs. 2 vor: Die Behandlung hat „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

Was hingegen der Standard ist, wie dieser festgelegt, wie dieser retrospektiv ermittelt wird, hat der Gesetzgeber unbeantwortet gelassen. Auch in den Motiven⁴¹ findet sich hierzu im Hinblick darauf, dass gerade „die Ermittlung dieses Standards ... eines der besonders heiklen Probleme des Arzthaftungsprozesses“⁴² ist, wenig. Gemeint

sein soll damit „diejenige Behandlung, die ein durchschnittlich qualifizierter Arzt des jeweiligen Fachgebietes nach dem jeweiligen Stand von medizinischer Wissenschaft und Praxis an Kenntnissen, Wissen, Können und Aufmerksamkeit zu erbringen in der Lage ist“⁴³; auch die Rechtsprechung stellt auf den „Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft“ ab⁴⁴. Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass erst die Anerkennung dieser medizinischen Erkenntnisse innerhalb der Profession zum Standard führe.⁴⁵ Zur Bestimmung des Standards im Rechtsstreit wird es regelmäßig der Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens bedürfen.⁴⁶

Insbesondere **Richt- und Leitlinien** kommt hierbei mit ihrer gestiegenen Transparenz⁴⁷ auch zunehmende Bedeutung zu; sie können zwar Standards nicht konstitutiv begründen, sondern nur deklaratorisch wiedergeben⁴⁸. Immer stärker setzt sich aber auch in der Rechtspraxis die Erkenntnis durch, dass Richt- und Leitlinien im Arzthaftungsprozess bei der Suche nach dem Standard eine zentrale Bedeutung haben⁴⁹.

Dass diese Standards „zum Zeitpunkt der Behandlung“ bestanden haben müssen, versteht sich von selbst. Geschuldet werden kann behandlerseits nur das, was im Zeitpunkt der Leistungserbringung bekannt ist bzw. bekannt sein musste. Damit wird an die ständige Rechtsprechung angeknüpft⁵⁰.

Indessen sieht das Gesetz in § 630a Abs. 2 BGB die Möglichkeit vor, zwischen den Parteien des Behandlungsvertrages zu vereinbaren, **von den Standards abzuweichen**. Das kann sich auf Heilversuche oder Neulandmethoden⁵¹ beziehen, medizinisch nicht notwendige Behandlungen („wunscherfüllende Medizin“)⁵² umfassen, ebenso aber auch beinhalten, allgemein gültige Standards, etwa im Rahmen der Zahnprothetik, zu unterschreiten.⁵³

Dass die Möglichkeit der Vereinbarung einer Standardabweichung gleichzeitig die Vertragsparteien nötigen soll, eine Vereinbarung zum Standard zu treffen⁵⁴, erscheint eher zweifelhaft: Ist nichts besonders besprochen – und das wird der Regelfall sein –, ist der Standard als

42 Zutreffend Thurn, MedR 2013, 153 (154).

43 Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 316 f. m.w.N..

44 BGH, Urt. v. 10.5.1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080; BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763; OLG Hamm, Urt. v. 6.5.2002 – 3 U 31/01, OLG 2003, 222 = VersR 2004, 516-517.

45 Hart, MedR 1998, 8 (9 f.); ders., GesR 2011, 387 (388); Laufs/Katzenmeier/Lipp, [Fn. 43], S. 316.

46 Stöbr in FS Hirsch 2008, S. 431 (432) unter Hinweis auf BGH, VersR 1993, 749; BGH, VersR 2002, 1026 (1027 f.), wiederum m.w.N.

47 Vgl. dazu, zum Zustandekommen und zur Klassifizierung Kopp, GesR 2011, 385; auch Hart, GesR 2011, 387 (389).

48 Stöbr in FS Hirsch 2008, S. 431 (437); OLG Hamm, Urt. v. 6.5.2002 – 3 U 31/01, OLG 2003, 222 = VersR 2004, 516-517.

49 Dazu Reborn, GesR 2011, 391 ff.; zur Entwicklung von Leitlinien aus Standards vgl. Hart, KritV 2005, 154 ff.

50 Vgl. Steffen/Pauge, Arzt Haftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rz. 197 m.w.N.

51 So explizit der RegE, BT-Drucks. 17/10488, 20; auch Müller, GuP 2013, 1, 2.

52 Dazu Eberbach in Wienke et al., Die Verbesserung des Menschen 2009, 1 ff.; Groß in Wienke et al., a.a.O., S. 85 ff.; Höfling in Wienke et al., a.a.O., S. 119 ff.; Scholz in Wienke et al., a.a.O., S. 163 ff.; Stock in Wienke et al., a.a.O., S. 145 ff., ferner die sog. „Einbecker Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht“ in Wienke, a.a.O., S. 179 ff.

53 Zu denken wäre bspw. an deutschen Standards nicht entsprechenden Zahnersatz aus dem Ausland, da der Patient Kosten für den dem deutschen Standard entsprechenden Zahnersatz nicht aufbringen will oder kann.

54 So Katzenmeier, MedR 2012, 576 (579).

33 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 17.

34 Vgl. § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 GOÄ.

35 BVerfG, Beschl. v. 19.4.1991 – 1 BvR 1301/89, NJW 1992, 737; BGH, Urt. v. 23.3.2006 – III ZR 223/05, GesR 2006, 275.

36 Ratzel/Luxenburger/Reborn, [Fn. 20], § 30 Rz. 272.

37 § 85 Abs. 1 SGB V.

38 § 87b SGB V.

39 § 109 Abs. 4 SGB V i.V.m. der Entgeltvereinbarung gem. § 11 KHG, § 11 KHEntgG; im Einzelnen dazu Ratzel/Luxenburger/Thomae, [Fn. 20], § 30 Rz. 304 ff.

40 Ratzel/Luxenburger/Beeretz, [Fn. 20], § 6 Rz. 58 f.

41 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 19.

Das Patientenrechtegesetz

gesetzlicher Regelfall geschuldet. Abweichungen bedürfen (und bedürften auch schon vor Inkrafttreten des PatRG) der Absprache.

6. Anwendbare Vorschriften, § 630b BGB

Auf das Behandlungsverhältnis sind gem. § 630b BGB die Vorschriften über das Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, anzuwenden, soweit in den §§ 630a ff. BGB nichts anderes bestimmt ist.

Jedenfalls beim *Arztvertrag* handelte es sich nach einheitlicher Meinung, bereits vor dem PatRG, um einen Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB und nicht um einen Werkvertrag⁵⁵. Geschuldet wird daher kein Heilerfolg, sondern nur die Dienstleistung des Arztes, die u.a. die Diagnose, Beratung und Therapie umfasst⁵⁶. Der nun in § 630b BGB vorgesehene Verweis auf die Vorschriften über das Dienstverhältnis bringt daher für die Rechtsanwendung nichts Neues.

Haben Patient und Behandelnder keine **Vergütung** vereinbart, richtet sich deren **Höhe** nach § 612 Abs. 2 BGB. Die danach geschuldete taxmäßige Vergütung ist z.B. für Ärzte und Zahnärzte nach der GOÄ bzw. der GOZ zu bestimmen. Die Fälligkeit dieser Vergütung richtet sich allerdings nicht nach § 614, sondern – sofern vorhanden – Vorgaben in den Vergütungsvorschriften.⁵⁷

Weiterhin gilt im Zweifelsfall auch das Gebot zur **persönlichen Leistungserbringung** gem. § 613 S. 1 BGB.⁵⁸

Für solche Behandlungsverträge, die als Verträge höherer Art i.S.d. § 627 BGB zu qualifizieren sind, gilt der Verweis hinsichtlich der **Kündigung** ebenfalls;⁵⁹ solche können daher jederzeit und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB von beiden Seiten gekündigt werden.

II. Mitwirkung der Vertragsparteien, § 630c Abs. 1 BGB

§ 630c Abs. 1 BGB sieht vor, dass Behandelnder und Patient „zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken“ sollen. In den Motiven wird ausgeführt, die Norm „dient insbesondere der Begründung und der Fortentwicklung des zwischen dem Behandelnden und dem Patienten bestehenden Vertrauensverhältnisses, um gemeinsam eine möglichst optimale Behandlung zu erreichen.“⁶⁰ Über eine Manifestierung der Rechtsgedanken der §§ 242, 254 BGB hinaus wird die Vorschrift indessen keine praktische Bedeutung haben.⁶¹

III. Informationspflichten

1. Behandlungsverlauf, § 630c Abs. 2 S. 1 BGB

§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet den Behandelnden, „dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen.“

Ausdrücklich gebietet das Gesetz, insbesondere über die **Diagnose** zu informieren. Frühere Diskussionen, die stärker auf eine Schonung des Patienten als auf die Information zwecks Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts reflektierten – schlagwortartig bezeichnet als „**therapeutisches Privileg**“⁶² –, sind spätestens hiermit vom Tisch, waren von der Rechtsprechung⁶³ aber schon seit langem zurückgewiesen. Ein „barmherziges Verschweigen“⁶⁴ kann daher allenfalls auf Ausnahmefälle, in denen das Risiko *schwerster* Schäden des Patienten bis hin zur *konkreten* Suizidgefahr besteht, beschränkt sein.

Im Übrigen wollte der Gesetzgeber das erfassen, was in der Rechtsprechung bislang unter den Schlagworten der „**therapeutischen Aufklärungspflicht**“⁶⁵ bzw. „**Sicherungsaufklärung**“⁶⁶ bezeichnet wurde; es sollte eine „Umwidmung“⁶⁷ stattfinden, um deutlich zu machen – was die Rechtsprechung freilich zutreffenderweise schon immer so gesehen hat –, dass es sich hierbei nicht um einen Bestandteil der Risikoaufklärung handelt, sondern um Informationen im Rahmen der Therapie.

2. Selbstbeziehung, § 630c Abs. 2 S. 2, 3 BGB

Die Vorschrift verpflichtet den Behandelnden, den Patienten „auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren“ zu informieren, sofern für ihn Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen.⁶⁸

Angesichts gesetzlicher Vorgaben bestehen keine versicherungsvertragsrechtlichen Bedenken, zumal § 630c BGB kein Haftungsanerkennnis, sondern „nur“ den Hinweis auf einen eventuellen Behandlungsfehler fordert.

a) Auf Nachfrage

Die Verpflichtung, auf Nachfrage über Behandlungsfehler zu informieren, trifft nicht nur den Behandelnden hinsichtlich von ihm selbst begangener Fehler, sondern auch hinsichtlich möglicherweise von anderen Behandelnden begangener Fehler. Deren Offenbarung steht das Kollegialitätsgebot des § 29 Abs. 1 MBO-Ä nicht entgegen; zu beachten ist allerdings, dass unsachliche Kritik an der Behandlungsweise oder dem beruflichen Wissen einer Ärztin oder eines Arztes sowie herabsetzende Äußerun-

55 Vgl. statt aller *Martis/Winkhart*, Fn. [23], A 401 m.w.N.

56 Prütting/Tigges, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 611 BGB Rz. 1 ff.

57 Vgl. z.B. § 12 Abs. 1 GOÄ bzw. § 10 Abs. 1 S. 1 GOZ, wonach die Fälligkeit der Vergütung eine entsprechende Rechnung erfordert.

58 Grundlegend dazu *Peikert*, MedR 2000, 352; *Rieger/Dahm/Steinbiller*, Heidelberg Kommentar, Stichwort „Persönliche Leistungserbringung“, Nr. 4060 (Bearbeitung August 2007), S. 1, 9; unter strafrechtlichen Gesichtspunkten BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95 = GesR 2012, 286. Im Ergebnis auch *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 (282 f.).

59 So auch *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (818).

60 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 21.

61 *Hart*, GesR 2012, 385 (386) spricht zu Recht von einer „blassen Formulierung“; *Thurn*, MedR 2013, 153 (154 f.), rügt Banalität und Regelungsarmut der Regelung; sie sei „für Kabarettisten“ geeignet. Hoffnungsvoller *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (582 f.); *Birnbacher*, MedR 2012, 560.

62 Vgl. *Deutsch*, NJW 1979, 1305 (1306); NJW 1980, 1305 (1306).

63 Grundlegend RG, Urt. v. 8.3.1940 – III 117/39, RGZ 163, 129 (137); BGH, Urt. v. 16.1.1959 – VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176 = MDR 1959, 384; BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, MDR 2005, 572 = GesR 2005, 68.

64 *Rehborn*, Arzt Patient Krankenhaus, 3. Aufl. 2000, S. 241.

65 So z.B. BGH, Urt. v. 27.6.1995 – VI ZR 32/94, VersR 1995, 1099 (1100); BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, GesR 2005, 68.

66 OLG Frankfurt, Urt. v. 24.7.2012 – 8 U 238/10, KHE 2012/85; OLG Köln, Urt. v. 6.6.2012 – I-5 U 28/10, VersR 2013, 237.

67 *Thole*, MedR 2013, 145 (146).

68 Umfassend hierzu *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506.

Das Patientenrechtegesetz

gen über dessen Person berufsunwürdig sind, § 29 Abs. 1 S. 3 MBO-Ä.⁶⁹

Die Offenbarungspflicht knüpft an die Frage der *Erkennbarkeit* möglicher Umstände für die Annahme eines Behandlungsfehlers an. In der Beschreibung der Wahrscheinlichkeit, die gegeben sein muss, ist der Gesetzgeber unbestimmt geblieben („Umstände erkennbar, die die *Annahme* eines Behandlungsfehlers begründen“). Damit bedarf es keiner Sicherheit, aber einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem Behandlungsfehler gekommen ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass darauf ein Schaden beruht, so dass auch Aussagen zur Kausalität des möglichen Fehlers in Bezug auf einen eingetretenen oder noch eintretenden Schaden nicht gefordert werden.

Die Vorschrift ist wohl diejenige im PatRG, die die meiste Aufmerksamkeit gefunden, aber auch den meisten Unmut hervorgerufen hat.⁷⁰

§ 630c Abs. 2 S. 3 BGB beinhaltet ein Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren; der Gesetzgeber hat hier offensichtlich an eine ähnlich gelagerte Regelung in § 97 Abs. 1 InsO angeknüpft, wonach Auskünfte, die der Schuldner offenbart und die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, ebenfalls einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Zudem mag auch die Rechtslage im anwaltlichen Berufsrecht⁷¹ eine Rolle gespielt haben.

Entgegen in der Literatur geäußelter Auffassung⁷², dass eine Verletzung des Gebotes „ohne erkennbare Folgen für den Arzt“ bleibe, wird doch eher zu differenzieren sein. Jedenfalls für diejenigen Behandelnden, die standesrechtlichen Regelungen⁷³ unterliegen, wird ein Verstoß gegen § 630c Abs. 2 S. 2 BGB auch einen Verstoß gegen die Generalklausel⁷⁴ darstellen; das dortige Gebot, den „Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ... bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen“ beinhaltet, die für die Berufsausübung geltenden Vorschriften zu beachten. Von daher steht ein Verstoß unter dem Risiko berufsrechtlicher Ahndung⁷⁵.

Demgegenüber sind verjährungsrechtliche Folgen angesichts der Tatsache, dass die Verjährungsfrist des § 195 BGB (3 Jahre) erst mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) beginnt und die Rechtsprechung an die grob fahrlässige Unkenntnis schon hohe Anforderungen stellt⁷⁶, wohl kaum denkbar.⁷⁷

b) Zur Gefahrenabwehr

Unbestritten ist demgegenüber eine Offenbarungspflicht „zur Abwehr gesundheitlicher Gefahren“. Das ist nichts Neues – diese Pflicht bestand zumindest als Nebenpflicht auch bisher aus dem Vertrag heraus. Sie besteht nicht nur auf Nachfrage, sondern auch ungefragt.

3. Wirtschaftliche Informationspflichten, § 630c Abs. 3 BGB

„Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist, oder ergeben sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte, muss er den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren“, so § 630c Abs. 3 BGB.

Diese Vorschrift verpflichtet den Behandelnden, den Patienten über bekannte oder erkennbare Risiken hinsichtlich der Übernahme der Behandlungskosten durch Dritte – insbesondere Krankenversicherungen – zu informieren. Neu ist auch hier zunächst die Terminologie; Rechtsprechung und Literatur erfassten diese Pflicht bislang unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Aufklärung“. Konsequenterweise spricht der Gesetzgeber nunmehr von einer Informationspflicht, womit deutlich gemacht wird, dass diese Pflicht nicht Bestandteil der Selbstbestimmungsaufklärung ist.⁷⁸

§ 630c Abs. 3 S. 1 BGB ist selbst keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern legt nur den Pflichtenkreis des Behandelnden dar. Es handelt sich um eine vertragliche Nebenleistungspflicht, deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann, den der Patient sodann dem Anspruch des Behandelnden auf Bezahlung entgegenhalten kann.⁷⁹

Nach dem Wortlaut ist klar, dass Behandelnde nicht generell zur wirtschaftlichen Beratung ihrer Patienten im Zusammenhang mit der Behandlung verpflichtet sind. Vielmehr besteht eine Informationspflicht nur, wenn der Behandelnde positiv weiß, dass die vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch Dritte nicht gesichert ist oder nach den Umständen hinreichende (konkrete) Anhaltspunkte für „begründete Zweifel an der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten bestehen.“⁸⁰ In einem solchen Fall ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten zumindest auf die *Möglichkeit* der fehlenden Kostenübernahme hinzuweisen⁸¹; an ihm ist es dann, sich erforderlichenfalls Gewissheit – bspw. durch Nachfrage beim Versicherer – zu verschaffen. Unmaßgeblich ist, ob eine ablehnende Praxis des Krankenversicherers berechtigt oder unberechtigt ist; ist dem Behandelnden die Nichtanerkennungspraxis des Krankenversicherers bekannt, so begründet diese Kenntnis bereits eine entsprechende Informationspflicht.⁸²

69 Vgl. zu den Grenzen kollegialer Kritik bei ärztlichen Ausführungen vor Gericht auch Gerichtshof für Heilberufe Niedersachsen, Urt. v. 18.4.1983 – 3 S 1/83, MedR 1983, 185.

70 Vgl. dazu Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580); Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm, MedR 2013, 149 (151); Thurn, MedR 2013, 153 (155); Wagner, VersR 2012, 789 (795); man hätte gut daran getan, dem klugen Vorschlag von Wagner, VersR 2012, 789 (795), im Falle einer Selbstoffenbarung Straffreiheit für die fahrlässige Körperverletzung vorzusehen, näherzutreten.

71 Vgl. dazu im Einzelnen Wagner, VersR 2012, 789 (795).

72 Thurn, MedR 2013, 153.

73 Zum Berufsrecht der nicht ärztlichen Heilberufe und Heilhilfsberufe s. Ratzel/Luxenburger/Ratzel/Knüpper, [Fn. 20], § 5 Rz. 312 ff.

74 Prütting/Rebborn, [Fn. 56], § 2 MBOÄ Rz. 5.

75 Vgl. dazu grundlegend Rebborn, GesR 2004, 170; Willems, Das Verfahren vor den Heilberufsgerichten 2009.

76 Vgl. BGH, Urt. v. 10.11.2009 – VI ZR 247/08, MDR 2010, 81 = GesR 2010, 132.

77 So auch Katzenmeier, NJW 2013, 817 (819).

78 So schon die ständige Rechtsprechung, vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 27.10.1987 – VI ZR 288/86, BGHZ 102, 106; OLG Oldenburg, Urt. v. 3.11.1998 – 5 U 67/98, NJW-RR 2000, 240; OLG Köln, Urt. v. 4.8.1999 – 5 U 9/98, VersR 2001, 66.

79 Ständige Rechtsprechung; vgl. statt vieler BGH, Urt. v. 1.2.1983 – VI ZR 104/81, MDR 1983, 2630; BGH, Urt. v. 9.5.2000 – VI ZR 173/99, VersR 2000, 999; OLG Köln, Urt. v. 23.3.2005 – 5 U 144/04, VersR 2005, 1589; vgl. RegE, BT-Drucks. 17/10488, 22.

80 So BGH, Beschl. v. 21.4.2011 – III ZR 114/10, MDR 2011, 716 = GesR 2011, 492.

81 Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.1983 – VI ZR 104/81, VersR 1983, 443; KG, Urt. v. 21.9.1999 – 6 U 261/98, VersR 2000, 89; OLG Stuttgart, Urt. v. 16.4.2002 – 1 (14) U 71/01, VersR 2003, 992; AG Pforzheim, Urt. v. 7.5.2002 – 8 C 221/01, MedR 2003, 234.

82 LG Karlsruhe, Urt. v. 15.7.2005 – 5 S 124/04, VersR 2006, 1217;

Das Patientenrechtegesetz

Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass der Behandelnde in der Regel über bessere Kenntnisse und ein besseres Wissen bezüglich der Behandlungskostenübernahme verfügt.⁸³ Der Patient selbst kann dies nicht beurteilen. Es geht also darum, den Patienten nur vor überraschenden, möglicherweise von ihm selbst zu tragenden Kosten zu bewahren, mit denen er u.U. nicht rechnet.

In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zur wirtschaftlichen Aufklärung wird in den Einzelheiten der Verpflichtung der Behandlungsseite zwischen gesetzlich versicherten Patienten und Privatpatienten differenziert. Diese Differenzierung findet sich auch in den Motiven wieder; sie soll ihren Grund darin finden, dass sich der Informationsvorsprung der Behandlungsseite gegenüber gesetzlich krankenversicherten Patienten meist größer darstelle als bei Selbstzahlern („Privatpatienten“).⁸⁴

Verschärfend gegenüber der bisherigen Rechtsprechung ist das Gebot der Information über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform (§ 126b BGB)⁸⁵. Hingegen ist der Vorschlag des Bundesrates⁸⁶, dass der Patient zudem die Kenntnisnahme in Schriftform zu bestätigen habe, nicht ins Gesetz aufgenommen worden. Ein Verstoß gegen das Textformerfordernis hat zur Folge, dass die Erklärung und somit der Behandlungsvertrag gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig sind.

Nach § 630c Abs. 3 S. 2 BGB bleiben Formerfordernisse, die über die Textform hinausgehen, unberührt. Die Norm hat insoweit nur klarstellenden Charakter.⁸⁷

Der Gesetzgeber verpflichtet den Behandelnden zur Information „über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung“. Unklar ist, ob es damit eines allgemeinen Hinweises auf die Nichtübernahme der Kosten durch den Versicherer oder konkreter Angaben zur Höhe im Einzelfall bedarf.

Für das Ausreichen allgemeiner Hinweise könnte die Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 KHEntgG, wonach der Patient vor Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung „über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im Einzelnen“ zu unterrichten ist, sprechen. Zutreffend hat der BGH in dieser Norm jedenfalls für wahlärztliche Leistungen nicht etwa eine Verpflichtung zur Erstellung eines „Kostenvoranschlages“⁸⁸ gesehen, sondern eher allgemeine Informationen gefordert – diese aber auch als ausreichend erachtet („kurze Charakterisierung des Inhalts wahlärztlicher Leistungen“, „kurze Erläuterung der Preisermittlung für ärztliche Leistungen“ nach der GOÄ bzw. GOZ, Hinweis auf eine evtl. erhebliche finanzielle Mehrbelastung und auf die „Wahlartztickete“ gem. § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG, Hinweis, dass die GOÄ/GOZ auf Wunsch eingesehen werden könne).⁸⁹

Indessen divergieren der Wortlaut von § 630c Abs. 3 S. 1 BGB einerseits und § 17 Abs. 2 KHEntgG deutlich; das Gebot des § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB, konkret über die Kosten zu informieren, kann insofern nur bedeuten, dass es einer Information über deren voraussichtliche Höhe, also eines Kostenvoranschlages ähnlich § 650 BGB, bedarf. Hätte der Gesetzgeber lediglich Informationen über die Art und Weise der Berechnung gewollt, hätte es nicht eines Hinweises auf die „voraussichtlichen Kosten“ bedurft. Freilich wird man die Rechtsprechung zum werkvertraglichen Kostenvoranschlag gem. § 650 BGB nicht nahtlos übertragen können; im Hinblick auf die Besonderheiten des menschlichen Organismus sind ja insbesondere die Folgen einer Behandlung (z.B. nicht vorhersehbare paradoxe Reaktionen, Sepsis oder Schock mit darauf beruhenden u.U. immensen Kosten, bspw. bei einer mehrwöchigen Intensivbehandlung) nicht vorhersehbar und daher auch nicht kalkulierbar.

4. Entfallen der Informationspflichten, § 630c Abs. 4 BGB

Die Informationspflichten können ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entfallen. Dies gilt insbesondere, wenn die Behandlung z.B. in einem Notfall unaufschiebbar ist oder der Patient ausdrücklich auf die Informationen verzichtet. Die Regelung gleicht dem § 630e Abs. 3, der dieselben Voraussetzungen für ein Entfallen der Aufklärungspflichten festsetzt. Der Katalog des § 630c Abs. 4 BGB ist nicht abschließend.

IV. Einwilligung, § 630d BGB

Der Grundsatz der Einwilligung im Rahmen des „informed consent“⁹⁰ stellt seit langem die Basis der Behandlung unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts, der Würde und der körperlichen Integrität des Patienten dar⁹¹. Bevor eine Behandlung am Patienten durchgeführt wird, muss dieser wirksam eingewilligt haben, denn nach ständiger Rechtsprechung stellt jede medizinische Behandlung tatbestandlich eine Körperverletzung dar, die durch die Einwilligung des Behandelten gerechtfertigt werden kann⁹². Liegt eine Einwilligung nicht vor, stellt dies im Regelfall eine Vertragsverletzung des Behandelnden dar, die einen Schadenersatzanspruch⁹³ auslösen kann.

1. Einholung, § 630d Abs. 1 S. 1; Abs. 2, 3 BGB

Die Einwilligung des Patienten ist ausdrücklich vor der Durchführung der medizinischen Maßnahme einzuholen. Die Forderung nach einer „Einholung“ beinhaltet die Pflicht des Behandelnden zur entsprechenden Befragung des Patienten; dieser hat regelmäßig eine Aufklärung vorauszugehen.⁹⁴ Die Pflicht dem Behandelnden aufzuerlegen ist nur konsequent und entspricht langjäh-

OLG Stuttgart, Urt. v. 8.1.2013 – 1 U 87/12, GesR 2013, 311 (in diesem Heft).

83 BGH, Urt. v. 9.5.2000 – VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429; vgl. auch RegE, BT-Drucks. 17/10488, 22 unter Hinweis auf Schelling, MedR 2004, 422.

84 Vgl. RegE, BT-Drucks. 17/10488, 22.

85 § 126b BGB: „Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.“

86 BR-Drucks. 312/1/12, S. 9.

87 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 22, wo beispielhaft auf § 17 Abs. 2 KHEntgG und § 3 Abs. 1, § 18 Nr. 8 Bundesmantelvertrag-Ärzte (vgl. §§ 82 Abs. 1, 87 SGB V) Bezug genommen wird.

88 So explizit BGH, Urt. v. 8.1.2004 – III ZR 375/02, MDR 2004, 433 = GesR 2004, 139.

89 BGH, Urt. v. 27.11.2003 – III ZR 37/03, BGHZ 157, 87 = MDR 2004, 435 = GesR 2004, 55 (58).

90 Vgl. hierzu nur Laufs/Katzenmeier/Lipp, [Fn. 43], S. 103 f.

91 Vgl. hierzu instruktiv das Votum der Richter Hirsch, Niebler, Steinberger, BVerfG, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925.

92 Grundlegend RG, Urt. v. 31.5.1894 – Rep. 1406/94, RGSt 25, 375; vgl. im Übrigen statt vieler Erman/Schiemann, BGB, 13. Aufl. 2011, § 823, Rz. 135 m.w.N.

93 Weitere Voraussetzung hierfür ist insb. dessen Kausalität für den aufgetretenen Schaden, vgl. BGH, Urt. v. 27.5.2008 – VI ZR 69/07, MDR 2008, 934 = GesR 2008, 419; Wagner, VersR 2012, 789 (791).

94 Vgl. dazu B.V.

Das Patientenrechtegesetz

riger und allgemeiner Rechtspraxis im Hinblick darauf, dass die Einwilligung den Rechtfertigungsgrund⁹⁵ für den ansonsten widerrechtlichen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten liefert.

Eine bei der Behandlung nicht vorliegende Einwilligung kann nur durch eine mutmaßliche⁹⁶ oder hypothetische⁹⁷ Einwilligung ersetzt werden. Für Einwilligungsunfähige gilt dagegen die Ausnahme nach § 630d Abs. 1 S. 2 BGB.

2. Einwilligungsunfähige, § 630d Abs. 1 S. 2, 3 BGB

Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt, so § 630d Abs. 1 S. 2 BGB. Das betrifft sowohl einwilligungsunfähige Minderjährige als auch einwilligungsunfähige Erwachsene. Für Minderjährige gibt es keine starre Altersgrenze, ab der Einwilligungsfähigkeit anzunehmen wäre; maßgeblich ist deren individuelle Einsichtsfähigkeit⁹⁸. Besteht sie, ist der Wunsch des Minderjährigen maßgeblich; andernfalls muss die Einwilligung durch die Eltern gem. § 1629 BGB oder durch den Vormund gem. § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen.

Für einwilligungsunfähige Erwachsene geht eine vorhandene Patientenverfügung nach § 1901a BGB einer Entscheidung des Betreuers oder rechtsgeschäftlich Bevollmächtigtem vor. Dagegen ist aber zu beachten, dass auch eine Patientenverfügung nach § 1901a BGB, die eine Einwilligung enthält, nach der Gesetzesbegründung nur dann wirksam ist, wenn vorher eine Aufklärung erfolgte oder sie einen ausdrücklich erklärten Verzicht auf eine ärztliche Aufklärung enthält, andernfalls dient sie nur als Indiz zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten⁹⁹.

3. Wirksamkeit der Einwilligung, § 630d Abs. 2 BGB

Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Patient oder sein entsprechender Vertreter nach Maßgabe des § 630e BGB aufgeklärt worden ist¹⁰⁰. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass der Einwilligende vor Abgabe einer Einwilligungserklärung wissen muss, was mit ihm geschehen soll und welche Risiken er eingeht.

4. Entbehrlichkeit der Einwilligung, § 630d Abs. 1 S. 4 BGB

Die Einwilligung des Patienten für eine unaufschiebbare Maßnahme ist dann entbehrlich, wenn sie nicht rechtzeitig eingeholt werden kann und die Maßnahme dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Eine Maßnahme ist allerdings nur dann **unaufschiebbar**, solange *und* soweit sie unmittelbar erforderlich ist, um das Leben des Patienten in einer Notsituation zu retten, seine Gesundheit zu verbessern oder seine Leiden zu erleichtern¹⁰¹. Hier wird insbesondere auch auf die Rechtspre-

chung zur (insbesondere: intraoperativen) Erweiterung eines von der Einwilligungserklärung nicht mehr gedeckten Eingriffs¹⁰² abzustellen sein.

Eine solche mutmaßliche Einwilligung kann angesichts der Gefahr einer „Aushöhlung“ des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nur in engen Grenzen angenommen werden¹⁰³.

5. Widerruf der Einwilligung, § 630d Abs. 3 BGB

Der Patient kann seine Einwilligung jederzeit, formlos und ohne Angabe von Gründen widerrufen. Ein dennoch durchgeführter Eingriff stellt dann (wieder) eine Pflichtverletzung dar.

V. Aufklärung, § 630e BGB

In § 630e BGB wird die Selbstbestimmungsaufklärung, die eine wirksame Einwilligung nach § 630d BGB ermöglicht, als vertragliche Pflicht des Behandlungsvertrages bestimmt, gleichzeitig auch Näheres zum Inhalt, den Beteiligten, Form, Zeitpunkt, Pflichten bezüglich der auszuhändigenden Unterlagen und die Entbehrlichkeit der Aufklärung geregelt. Die Vorschrift soll die bisherige gefestigte Rechtsprechung kodifizieren¹⁰⁴.

1. Inhalt, § 630e Abs. 1

Die Aufklärung muss über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände erfolgen. Hierzu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie, § 630e Abs. 1 S. 2 BGB.

Des Weiteren muss auch auf Alternativen zur avisierten Maßnahme hingewiesen werden, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche¹⁰⁵ Methoden zu wesentlichen unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können, § 630e Abs. 1 S. 3 BGB. Ein solcher Hinweis auf alternative Behandlungsmethoden ist allerdings nur dann notwendig, wenn sich dem Patienten mithin eine echte Wahlmöglichkeit bietet; andernfalls ist die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Behandlers.¹⁰⁶

„Auffällig“¹⁰⁷ ist, dass der Gesetzgeber trotz seiner Absicht einer Kodifizierung der bestehenden Rechtsprechung¹⁰⁸ die von dieser geforderte Verlaufsaufklärung¹⁰⁹,

95 *Deutsch*, NJW 2012, 2009 (2011).

96 Siehe hierzu instruktiv *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rz. 262 ff.

97 Vgl. *Spickhoff/Wellner*, *Medizinrecht*, 1. Aufl. 2011, §§ 823 ff., Rz. 280 ff.

98 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 10.2.1960 – 1 BvR 526/53, 1 BvR 29/58, BVerfGE 10, 302 = NJW 1960, 811.

99 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 23.

100 Vgl. dazu B.V.

101 Die Vorschrift ähnelt stark § 41 Abs. 1 S. 2 AMG, der eine vergleichbare Regelung für die Arzneimittelforschung an Notfallpatienten vorsieht, für die prinzipiell noch strengere Maßstäbe gelten müssen als für ärztliche Heileingriffe.

102 Vgl. dazu im Einzelnen *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflicht*, 6. Aufl. 2009, C 102 ff.; *Steffen/Pauge*, [Fn. 50], Rz. 496 ff.

103 Vgl. *Ermann/Schiemann*, [Fn. 92], § 823, Rz. 136, der die Entscheidungsfähigkeit außer in Fällen der Bewusstlosigkeit nur mit großer Vorsicht verneinen würde.

104 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 24.

105 *Hart* weist in GesR 2012, 385 (386) zu Recht darauf hin, dass die Verwendung des Begriffs „üblich“ zu Unklarheiten führt, da die Alternative „entweder standardgemäß sein muss oder dem Standard des Heilversuchsrechts zu entsprechen hat“.

106 Vgl. nur BGH, Urt. v. 14.11.1987 – VI ZR 65/87, NJW 1988, 765 = MDR 1988, 398.

107 *Hart*, GesR 2012, 395 (396).

108 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 24.

109 BGH, Urt. v. 7.2.1984 – VI ZR 188/82, MDR 1984, 831; BGH, Urt. v. 22.12.1987 – VI ZR 32/87, MDR 1988, 1514; instruktiv OLG Koblenz, Urt. v. 29.11.20001 – 5 U 1382/00, VersR 2003, 1313.

Das Patientenrechtegesetz

also die Aufklärung über den Verlauf einer Erkrankung mit und ohne Behandlung¹¹⁰, die den Patienten erst zu einer Abschätzung der Chancen und Risiken des Eingriffs befähigt, weder im Gesetz noch in den Gesetzgebungsmaterialien fordert: Indessen ist sie unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit und der Aufklärungspflicht über Alternativen bzw. Umfang und Durchführung, die auch den Behandlungsablauf erfasst, keineswegs entbehrlich, zumal zum verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht gehörig. Der Gesetzgeber hat es – wenig glücklich – nur nicht für erforderlich erachtet, an die herkömmliche Terminologie anzuknüpfen.

2. Aufklärender, § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

Gemäß § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB muss die Aufklärung „durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige **Ausbildung** verfügt; dieser Text weicht vom ursprünglichen Regierungsentwurf ab; danach sollte die Aufklärung entweder durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, „die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige *Befähigung* verfügt“.¹¹¹ Die Verwendung des Begriffs „Ausbildung“ sollte klarstellen, „dass die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen darf, die aufgrund ihrer abgeschlossenen fachlichen Ausbildung die notwendige theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahme erworben hat, auch wenn sie möglicher Weise noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist“.¹¹²

Grundsätzlich erfordert die Befugnis zur Aufklärung also eine abgeschlossene Ausbildung; wer über wesentliche Ausbildungsinhalte nicht verfügt, kann auch Chancen und Risiken, Alternativmöglichkeiten und Verlauf nicht sachgerecht erläutern. Das bedeutet, dass eine Aufklärung durch Auszubildende/Schüler bei den Heil-/Hilfsberufen nicht in Betracht kommt, ebenso wenig eine Aufklärung durch Nichtärzte für jedenfalls dem Arzt vorbehaltene Maßnahmen¹¹³ – indessen ist auch die vom Gesetzgeber jetzt gewählte Formulierung unpräzise; das Problem besteht in der Frage, ob der Gesetzgeber mit der „Ausbildung“ auf deren bestätigten Abschluss durch die „Approbation“ oder aber die „Facharztanerkennung“ abstellen wollte. Das ist maßgeblich, weil in der Praxis insbesondere über Routineeingriffe durch Assistenzärzte, die keine Facharztanerkennung haben, aufgeklärt wird. Würde man diesen angesichts der jetzigen Gesetzesformulierung indessen die Aufklärung untersagen, hätte die Approbation keinen eigenständigen Wert mehr. Diesen Wert hebt aber die Rechtsprechung hervor; so wird nach Auffassung des BVerfG die Qualität ärztlicher Tätigkeit *durch die Approbation* sichergestellt. Der Patientenschutz erfordere es nicht, einem bestimmten Fachgebiet

zugeordnete Behandlungen nur durch Ärzte dieses Fachgebietes durchführen zu lassen.¹¹⁴ Letztlich ist entscheidend, dass der Aufklärende die im Einzelfall, bezogen auf den jeweiligen Patienten, erforderlichen Informationen erteilen und hierzu ärztlicherseits gestellte Fragen sachgerecht beantworten kann. Von daher *kann* im Einzelfall die Übertragung der Aufklärung auf einen Nicht-Facharzt fehlerhaft sein. Insbesondere hat in solchen Fällen der delegierende Facharzt dann die Pflicht nachzuweisen, welche organisatorischen Maßnahmen ergriffen wurden, um eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den nicht operierenden Arzt sicherzustellen.¹¹⁵

3. Aufzuklärender, § 630e Abs. 1 S. 1; Abs. 3-5 BGB

Die Aufklärung muss grundsätzlich gegenüber dem **Patienten** selbst erfolgen, es sei denn sie ist gem. § 630e Abs. 3 BGB aufgrund besonderer Umstände entbehrlich.¹¹⁶

Bei einwilligungsunfähigen Patienten hat die Aufklärung ihres **Vertreters** zu erfolgen, § 630e Abs. 4 BGB. Zu beachten ist hier aber, dass die Aufklärung gem. § 1629 Abs. 1 S. 2, Halbs. 1 BGB grundsätzlich beider Eltern zu erfolgen hat. Ausnahmen hierzu sind bei einfach gelagerten Fällen möglich¹¹⁷.

Die Aufklärung des **Einwilligungsunfähigen** ist solchenfalls gleichwohl nicht zwingend entbehrlich, sondern soll *neben* der Aufklärung des Vertreters erfolgen, soweit der Einwilligungsunfähige aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterungen aufzunehmen und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft, § 630e Abs. 5 S. 2 BGB. Diese Regelung wurde als Reaktion auf eine Entscheidung des BVerfG¹¹⁸ eingefügt, um die Rechte Einwilligungsunfähiger zu stärken.¹¹⁹

4. Form, § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Aufklärung muss **mündlich** erfolgen, um dem Patienten die Möglichkeit für Rückfragen zu geben.

Schriftliche Informationen können die Aufklärung zwar unterstützen, nicht aber ersetzen. Insbesondere soll das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patient im Vordergrund stehen, das möglichst von bürokratischem Formalismus, wie dem Beharren auf eine Unterschrift des Patienten, frei zu bleiben hat¹²⁰. Bei einfach gelagerten Eingriffen ist eine nur fernmündliche Aufklärung zulässig, wenn der Behandelte damit einverstanden ist¹²¹. Da der Gesetzgeber ausdrücklich nur auf die Mündlichkeit der Aufklärung abgestellt hat, kommt die von der Rechtsprechung bislang in engen Ausnahmefällen zugelassene schriftliche Aufklärung (insbesondere

110 So Hart, GesR 2012, 385 (386); tlw. divergierende Definition bei Kern, GesR 2009, 1 (5 f.).

111 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 6; die Änderung beruht auf einem Beschluss des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 17/11710, 12.

112 Beschluss des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 17/11710, 38 f.

113 Weitergehende Forderungen von Wagner, VersR 2012, 789 (792), zumindest auch bei Routineeingriffen die Aufklärung kompetentem Pflegepersonal zu überlassen, hat der Gesetzgeber nicht aufgenommen.

114 BVerfG, Beschl. v. 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, GesR 2011, 241 (244).

115 BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, MDR 2007, 523 = GesR 2007, 108.

116 Siehe dazu B.V. 8.

117 Vgl. die Hinweise bei Spickhoff/Wellner, [Fn. 97], §§ 823 ff. BGB, Rz. 276 ff. m.w.N.

118 BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113.

119 Thole, MedR 2013, 145 (148).

120 BGH, Urt. v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, MDR 1985, 168.

121 BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 204/09, GesR 2010, 479, worauf der RegE ausdrücklich Bezug nimmt, BT-Drucks. 17/10488, 24.

Das Patientenrechtegesetz

bei Routinemaßnahmen)¹²² wohl nicht mehr zum Tragen.¹²³

5. Zeitpunkt, § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB

Die Aufklärung hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung oder deren Versagung „wohlüberlegt“ treffen kann. Hierfür gibt es allerdings keine starren Fristen. Vielmehr kommt es auf die Umstände im jeweiligen Einzelfall an. So geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Aufklärung vor operativen Eingriffen grundsätzlich auch noch am Vortag erfolgen könne¹²⁴, bei einem eiligen Eingriff aber auch eine stark verkürzte Frist zulässig sei, um diesen noch am selben Tag zu ermöglichen. Eine Aufklärung nur 30 Minuten vor dem Eingriff sieht er allerdings als *im Regelfall* verspätet an¹²⁵.

6. Verständlichkeit, § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Die Aufklärung hat „verständlich“ zu erfolgen, § 630 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB. Das beinhaltet, sie so zu gestalten, dass der individuelle Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann, wozu nicht die Vermittlung medizinischen Detailwissens, sondern vielmehr das Verdeutlichen und die Bewusstseinserschaffung über Schwere und Tragweite des bevorstehenden Eingriffs geboten sind¹²⁶. Dabei ist auf den körperlichen, geistigen und seelischen Zustand des Patienten Rücksicht zu nehmen; insbesondere hat die Aufklärung bei entsprechenden Einschränkungen in einer einfachen sprachlichen Ausdrucksweise zu erfolgen und ist eventuell zu wiederholen. Sie ist nicht nur vom sprachlichen Niveau, sondern auch bei mangelnden Deutschkenntnissen an die Fähigkeiten des Patienten anzupassen¹²⁷. Im Regierungsentwurf ist daher ggf. die Hinzuziehung einer sprachkundigen Person oder eines Dolmetschers auf Kosten des Patienten vorgesehen¹²⁸.

7. Aushändigungspflicht für Formulare, § 630e Abs. 2 S. 2 BGB

Hat der Patient im Rahmen der Aufklärung Unterlagen unterschrieben, so sind ihm diese in Kopie auszuhändigen. Nur die Aufklärung unterstützende Informationsmaterialien werden hiervon allerdings nicht erfasst. Die Regelung ist neu. Angesichts immer wieder unklarer Situationen über vermeintliche spätere handschriftliche Hinzufügungen seitens des Behandlenden¹²⁹ sind hier Beweislastverschiebungen zu vermuten: Entspricht die Kopie nicht dem Original, wird behandlerseits zu beweisen sein, dass das Original trotzdem in der vorgelegten Form vom Patienten zur Kenntnis genommen und unterzeichnet wurde.

8. Entbehrlichkeit der Aufklärung, § 630e Abs. 3 BGB¹³⁰

Entbehrlich ist die Aufklärung insbesondere bei ausdrücklichem Verzicht des Patienten oder bei einer **unaufschiebbaren Maßnahme**. Solchenfalls kann die Aufklärungspflicht gemindert sein oder auch gänzlich entfallen. Das ist allerdings nur in sehr engen Grenzen anzunehmen, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen.

Ein **Verzicht** muss deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass keine Aufklärung gewollt ist.¹³¹

Die Aufzählung des § 630e Abs. 3 BGB ist nicht abschließend: Daher kann die Aufklärung insbesondere bei einem voraufgeklärten Patienten entfallen. Davon ist auszugehen, wenn er vom Hausarzt oder vorbehandelnden Facharzt bereits entsprechend aufgeklärt wurde¹³², selbst Arzt ist *und* die spezifischen einwilligungsrelevanten Kenntnisse hat¹³³ oder sich – ausnahmsweise – durch eigenes medizinisches Vorwissen ein *hinreichendes* Bild vom bevorstehenden Eingriff machen kann.

VI. Dokumentation, §§ 630f, 630g BGB

§ 630f Abs. 1 BGB verpflichtet den Behandelnden¹³⁴ – also nicht nur Ärzte! –, zum Zwecke der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte zu führen und dort die gem. § 630f Abs. 2 BGB vorgegebenen Aufzeichnungen zu machen. Im ärztlichen Berufsrecht besteht eine solche Verpflichtung seit langem, § 10 MBO-Ä. Diese Regelungen stehen ebenso wie weitere spezialgesetzliche oder anderweitige berufsrechtliche Dokumentationspflichten¹³⁵ nebeneinander.

1. Form, § 630f Abs. 1 S. 1 BGB

§ 630f Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet den Behandelnden, die Patientenakte „in Papierform oder elektronisch“ zu führen.

Die Patientenakte in **Papierform** ist tradiert. Sie umfasst hand- oder maschinenschriftliche Aufzeichnungen, ggf. eingestempelte Informationen, Ausdrucke technischer Aufzeichnungen, erhaltene und Durchschriften verfasster Arztbriefe.

Indessen werden Patientenakten in Papierform immer mehr durch **elektronische Patientenakten** verdrängt. Je nach Usus des Behandlers umfassen diese nur seine Aufzeichnungen, ggf. einschließlich der abgerechneten Leistungen der Gebührenordnung oder auch die komplette Patientenakte. So speichern manche Behandler, insbesondere Ärzte und Krankenhäuser, auch alle technischen Aufzeichnungen in elektronischer Form. Eingehende Unterlagen werden gescannt; die Originale werden anschließend vernichtet. In diesen Fällen besteht eine rein elektronische Patientenakte.

122 Zur Routineimpfung BGH, Urt. v. 15.2.2000 – VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1 = MDR 2000, 1012.

123 Gleichwohl die trotzdem erfolgte Kenntnismahme des Patienten dann ein starkes Indiz für eine hypothetische Einwilligung wäre.

124 Dies entspricht auch der h.M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. hierzu nur: Spickhoff/Wellner, [Fn. 97], §§ 823 ff. BGB, Rz. 275 m.w.N.

125 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 25.

126 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 24.

127 Ausführlich zu den verschiedenen sprachlichen Hürden der Aufklärung Martis/Winkhart, [Fn. 23], A 1817 ff.; Rebborn, MDR 2004, 371 (373).

128 BT-Drucks. 17/10488, 25; eine Ausnahme gilt für Gebärdendolmetscher, für die § 17 Abs. 2 SGB I eine Kostentragungspflicht der zuständigen Leistungsträger vorsieht.

129 Zu Recht spezifisch hierauf hinweisend Thurn, MedR 2013, 153 (156).

130 Siehe hierzu auch die Ausführungen zur Parallelvorschrift des § 630c Abs. 4 BGB unter B.III.4.

131 Martis/Winkhart, [Fn. 23], A 1837.

132 Siehe zu diesen und weiteren Beispielen mit Rechtsprechung Martis/Winkhart, [Fn. 23], A 1830 ff.

133 Instrukтив OLG Zweibrücken, Urt. v. 8.12.1998 – 5 U 14/98, OLG 1999, 436.

134 Vgl. B.I. 2.

135 Vgl. z.B. § 28 RöV, §§ 11, 14 TFG, §§ 13, 13a TPG, § 6 Abs. 1 Berufsordnung für Hebammen und Entbindungspfleger NRW (HebBO NRW).

Das Patientenrechtegesetz

Die Rechtsprechung hat die elektronische Patientenakte – ebenso wie das Berufsrecht, vgl. § 10 Abs. 5 MBO-Ä – längst anerkannt. Da § 630f Abs. 3 BGB vorgibt, die Patientenakte für die Dauer von 10 Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, wird allerdings bei elektronischer Dokumentation in besonderem Maße auf die Reproduzierbarkeit zu achten sein; so erscheint allein die Verwendung einer Festplatte wegen ihres Beschädigungsrisikos nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es einer Spiegelung oder der gelegentlichen Erstellung von Sicherungskopien. Manche Programme sehen so etwas quarantalsweise routinemäßig vor.

2. Zeitpunkt

Die Dokumentation hat gem. § 630f Abs. 1 S. 1 BGB „in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang“ mit der Behandlung zu erfolgen, was auch der bisher h.M.¹³⁶ entspricht. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung verweist daher auf die Rechtsprechung des BGH¹³⁷.

Der Gesetzgeber hat hier nicht die anderweitig im BGB verwandten Begriffe „unverzüglich“¹³⁸, d.h. „ohne schuldhaftes Zögern“¹³⁹ oder „sofort“¹⁴⁰ verwandt; die Differenzierung macht deutlich, dass der Zeitabstand zwischen Behandlung und Dokumentation größer sein darf als „sofort“ oder „unverzüglich“. Sachgerecht erscheint es auch hier, auf die bisherige Rechtsprechung zur Verwertbarkeit der Dokumentation abzustellen; so soll eine erst ein Jahr nach einem Eingriff erstellte Dokumentation keinen Beweiswert mehr haben¹⁴¹, hingegen ein einen Monat nach einem Eingriff erstellter Operationsbericht noch in angemessener Frist liegen.¹⁴² Man wird im Zuge der Auslegung des § 630f Abs. 1 S. 1 BGB wohl keine pauschalen Fristen annehmen dürfen, vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls und ggf. auch die Gründe für den Zeitabstand zwischen Behandlung und Dokumentation¹⁴³ abzustellen haben.

3. Berichtigungen, § 630f Abs. 1 S. 2 BGB

Das Gesetz schreibt vor, dass Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in die Patientenakte – gleich ob in Papierform oder elektronisch geführt – nur zulässig sind, wenn der ursprüngliche Inhalt erkennbar bleibt und der Zeitpunkt der Veränderung vermerkt ist. Damit soll eine „Revisionssicherheit“¹⁴⁴ der Dokumentation sichergestellt werden.

Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber geregelt hat, wie Berichtigungen und Änderungen der Dokumentation vorzunehmen sind, ist zunächst einmal zu schließen, dass solche nicht grundsätzlich unzulässig sind.

Radierungen oder das gelegentlich vorzufindende Überdecken von Eintragungen mit Korrekturfolien oder Korrekturflüssigkeiten (Tipp-Ex[®]) sind jedenfalls problematisch, da das Reproduzieren der Ursprungseintragung beinhalten würde, die neue Eintragung zu zerstören. Von daher wird man diese Form der Berichtigung der Dokumentation eher als unzulässig anzusehen haben.

Problematischer ist die Einhaltung dieses Gebotes bei elektronischer Dokumentation; auch die ärztliche Berufsordnung kennt ein entsprechendes Gebot, vgl. § 10 Abs. 5 S. 1 MBO-Ä. Zertifizierte Programme für Arztpraxen sehen solches regelmäßig vor. Bei anderen Programmen ist darauf zu achten, dass entsprechende Veränderungen *als solche* gespeichert werden (z.B. indem das Datum der Eingabe angegeben wird, wenn es gegenüber dem Behandlungsdatum differiert).

Die Rechtsprechung hat allerdings – einzelfallbezogen – den Beweiswert einer EDV-Dokumentation, die entgegen den jetzigen gesetzlichen Vorgaben, aber auch entgegen den seinerzeit bereits bestehenden berufsrechtlichen Verpflichtungen nicht gegen nachträgliche Veränderungen gesichert war, den vollen Beweiswert zugemessen, wenn ärztlicherseits plausibel dargelegt wird, dass die Dokumentation nicht nachträglich verändert wurde und sie aus medizinischen Gründen plausibel erscheint.¹⁴⁵

Ein solcher Nachweis kann auch durch solche Sicherungskopien, insbesondere durch gebrannte CDs, erbracht werden, die das Datum des Brennvorgangs irreversibel beinhalten.

4. Inhalt

In der Patientenakte sind „sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen“, § 630f Abs. 2 S. 1 BGB. Arztbriefe sind der Patientenakte zuzuführen, § 630f Abs. 2 S. 2 BGB.

a) Medizinische Sicht

Das gesamte Gebot der Dokumentation steht unter der Maßgabe, dass es der Aufzeichnungen „aus fachlicher Sicht“ bedürfe. Dieses Gebot korreliert mit der Vorgabe von § 10 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä. Mit dem Hinweis auf die „fachliche Sicht“ knüpft der Gesetzgeber an die bisherige Rechtsprechung an, wonach die Dokumentationspflicht inhaltlich nur in dem Umfang bestand, in dem eine medizinische Notwendigkeit gegeben war. Hingegen hat die Rechtsprechung bei Verneinung eines medizinischen Erfordernisses auch eine Dokumentation aus Rechtsgründen nicht als geboten erachtet. Wenn der Gesetzgeber jetzt anordnet, Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen und deren Ergebnisse, Befunde usw. aufzuzeichnen, so steht all das kraft ausdrücklicher Formulierung nach wie vor unter dem Vorbehalt, dass es dessen „aus fachlicher Sicht“ bedarf. Hingegen beinhaltet weder dieses Gebot noch das Aufzeichnungsgebot nach § 10 MBO-Ä eine Verpflichtung, die Dokumentation so vorzunehmen, dass sie für jedermann verständlich ist; auch muss die Doku-

136 Siehe hierzu nur *Martis/Winkhart*, [Fn. 23], D 422 ff.

137 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 25.

138 Exemplarisch nur § 111 S. 2; § 149, § 174 S. 1, § 230 Abs. 3 BGB.

139 § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.

140 Exemplarisch nur § 147 Abs. 1 S. 1, § 229, § 271 Abs. 1 BGB; hierbei wird auf eine (verschuldensunabhängige) Handlung „so schnell wie möglich“ abgestellt, jurisPK-BGB/*Backmann*, 6. Aufl. 2012, § 147 Rz. 9.

141 OLG Zweibrücken, Urt. v. 12.1.1999 – 5 U 30/96, VersR 1999, 1546 mit Nichtannahmebeschl. des BGH v. 27.7.1999 – VI ZR 65/99, ebd.

142 OLG Naumburg, Urt. v. 15.11.2011 – 1 U 31/11, GesR 2012, 310.

143 Z.B. die Frage, ob ein Bericht diktiert, das Diktat aber erst später geschrieben wurde. Eine Epikrise wird oftmals erst im Nachhinein als Zusammenfassung von Geschehnissen erstellt, wenn man sich deren Bedeutung (erst) bewusst geworden ist, z.B. nach Bekanntwerden eines Schadens.

144 *Thole*, MedR 2013, 145 (148).

145 OLG Hamm, Urt. v. 26.1.2005 – 3 U 161/04, GesR 2005, 349.

Das Patientenrechtegesetz

mentation nicht so gefasst (und umfangreich) sein, dass ein Fachmann allein anhand der Aufzeichnungen „die Behandlung im Nachhinein begutachten“¹⁴⁶ kann. Der Gesetzgeber hat zudem davon Abstand genommen, an Forderungen anzuknüpfen, auch solche Umstände als dokumentationspflichtig anzusehen, deren es zwar nicht aus fachlicher Sicht, aber aus sonstigen Patienteninteressen bedürfe. Eine sog. „Rechenschafts- und Behandlungssicherungspflicht“¹⁴⁷ gibt es nicht.¹⁴⁸

Gleichwohl geht das Gesetz hier über die bisherige Rechtspraxis hinaus, wenn es vorgibt, dass auch „**Einwilligungen und Aufklärungen**“ in die Patientenakte aufzunehmen seien. Zwar steht auch dieses Gebot unter dem Vorbehalt der Notwendigkeit aus fachlicher Sicht; hier wird es einer Dokumentation insbesondere bedürfen, wenn Aufklärung und Eingriff zeitlich oder hinsichtlich der beteiligten Personen auseinander fallen. Hingegen hat jedenfalls die Rechtsprechung bisher die Notwendigkeit der Dokumentation eines Aufklärungsgesprächs und seines wesentlichen Inhalts verneint, obwohl zunächst eine Zweckmäßigkeit hierfür gesehen wurde.¹⁴⁹

b) Umfang

Der Umfang ergibt sich aus Vorstehendem – nur das, was im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe aus fachlicher Sicht maßgeblich ist, bedarf der Dokumentation. Diese kann im Alltäglichen kurz ausfallen; so reicht es aus, wenn ein Operationsbericht eine stichwortartige Beschreibung der jeweiligen Eingriffe und Angaben über die hierbei angewandte Technik enthält; der Wiedergabe medizinischer Selbstverständlichkeiten bedarf es nicht.¹⁵⁰ Liegt eine solche sog. „verkürzte Dokumentation“ vor, gelten für deren Interpretation die allgemeinen Regeln für Dokumentationsversäumnisse mit der Folge, dass dem Behandler der Beweis offen steht, die Eintragung sei in einem bestimmten Sinne zu verstehen.¹⁵¹

5. Aufbewahrung

§ 630f Abs. 3 verpflichtet den Behandelnden zur Aufbewahrung der Patientenakte für die Dauer von 10 Jahren nach Abschluss der Behandlung. Der „Abschluss der Behandlung“ liegt nicht etwa dann vor, wenn ein Arzt-Patienten-Verhältnis endet, sondern wenn die Behandlung *eines* Krankheitsvorgangs abgeschlossen ist. Bei der 10-Jahres-Frist handelt es sich nicht um eine Frist im Sinne der Verjährungsberechnung (§§ 199 ff. BGB) mit der Folge, dass hier nicht auf das Ende des Kalenderjahres der Behandlung, sondern das jeweilige Behandlungsende – auch innerhalb eines Kalenderjahres – abzustellen ist.

Nach zutreffender Rechtsprechung gehen mit der Aufbewahrungspflicht weitergehende Pflichten des Behandelnden einher. Insbesondere korrespondiert hiermit eine sog. **Verpflichtung „zur Nacheile“**, wonach der Behandelnde an den Patienten oder Nachbehandler herausgegebene Unterlagen zu gegebener Zeit zurückzufordern hat, um seiner Aufbewahrungspflicht zu genügen.

6. Einsichtsrechte des Patienten und der Angehörigen, Anspruch auf Abschriften, § 630g BGB

Dem Patienten ist gem. § 630g Abs. 1 Satz 1 BGB auf Verlangen unverzüglich **Einsicht** in die ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische oder sonstige erhebliche Gründe entgegenstehen. Diese Regelung deckt sich mit der Rechtslage vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes.

Der Anspruch erstreckt sich nur auf die „**Patientenakte**“ i.S.d. § 630f Abs. 2 BGB, nicht aber sonstige Unterlagen, die – über die Patientenakte hinaus und nicht im Interesse des *einzelnen* Patienten errichtet – geführt wurden, so z.B. Aufzeichnungen nach § 23 Abs. 1 IfSG.¹⁵² Ebenso wenig gehört hierzu bspw. ein Bericht über einen Unfall im Krankenhaus.¹⁵³ Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf die Originale¹⁵⁴; eines besonderen rechtlichen Interesses für die Einsichtnahme bedarf es nicht.¹⁵⁵ Auch eine Herausgabepflicht ist damit nicht verbunden.

Es besteht für den Behandelnden ausnahmsweise die Möglichkeit, einzelne Worte oder Passagen der Patientenakte in den Kopien zum **Schutz des Patienten** zu verdecken oder zu schwärzen, soweit der Einsichtnahme in diese erhebliche therapeutische Gründe entgegenstehen. Die Ausnahme soll dem Schutz des Patienten vor Informationen dienen, die zu einer gesundheitlichen (Selbst-)Gefährdung führen könnten. Angesichts der jüngeren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung¹⁵⁶ sind die Anforderungen für deren Annahme hoch; das BVerfG gewährt selbst einem psychiatrischen Patienten im Maßregelvollzug volle Einsicht in seine Patientenakte. Ggf. wird auch in Betracht kommen, dem Patienten die Einsichtnahme nur durch Übersendung an einen Arzt seines Vertrauens und Eröffnung gegenüber dem Patienten durch ihn zu ermöglichen.

Als Versagungsgrund wird zudem der **Schutz Dritter** genannt, falls diese in der Patientenakte erwähnt werden und ein berechtigtes Interesse am Schutz ihrer Daten haben, welches das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten überwiegt.¹⁵⁷

Hingegen gibt es grundsätzlich kaum einen **Schutz des Verfassers**. Die persönlichen Eindrücke und subjektiven

146 So aber die Forderung bei Spickhoff/Scholz, [Fn. 97], § 10 MBOÄ Rz. 3; a.A. Prütting/Rebborn, [Fn. 56], § 10 MBOÄ Rz. 7.

147 Hart in Laufs 2006, S. 843 (865).

148 Unklar bleibt im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut deshalb der Hinweis im RegE, BT-Drucks. 17/10488, 26, dass Zweck der Dokumentation auch „die Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Patienten [sei], die durch die Pflicht des Behandelnden, Rechenschaft über den Gang der Behandlung zu geben, erreicht wird“.

149 Z.B. BGH, Urt. v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361 (362); OLG München, Urt. v. 16.3.1994 – 7 U 5447/93, OLGR 1994, 109 (110); KG, Urt. v. 13.3.2000 – 20 U 1186/98, KGReport Berlin 2001, 142 (143); OLG Oldenburg, Urt. v. 25.3.1997 – 5 U 186/96, OLGR 1997, 176.

150 OLG Naumburg, Urt. v. 15.11.2011 – 1 U 31/11, GesR 2012, 310; vgl. auch OLG Koblenz, Beschl. v. 27.9.2011 – 5 U 273/11, GesR 2012, 49.

151 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.1.2006 – 7 U 36/05, GesR 2006, 211.

152 OLG Hamm, Urt. v. 5.4.2011 – 26 U 192/10, GesR 2011, 671: Deren Zweck besteht (nur) darin, im übergeordneten allgemeinen Interesse die Verbreitung von übertragbaren Infektionen zu verhindern und die hierzu erforderliche Zusammenarbeit von Behörden, Krankenhäusern und Ärzten zu ermöglichen; die Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen, BGH, Beschl. v. 14.2.2012 – VI ZR 129/11.

153 LG Bonn, Urt. v. 2.9.2009 – 5 S 19/09, VersR 2010, 358.

154 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, MedR 1983, 62.

155 BGH, Urt. v. 2.10.1984 – VI ZR 311/82, NJW 1985, 674; BGH, Urt. v. 6.12.1988 – VI ZR 76/88, NJW 1989, 764.

156 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 26 legt dem § 630g BGB die Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 9.1.2006 – 2 BvR 443/02, NJW 2006, 1116 = GesR 2006, 326, zugrunde.

157 Im RegE wird beispielhaft die psychiatrische Behandlung des Kindes unter Einbeziehung der Eltern und Einfluss deren sensibler Informationen in die Krankenakten genannt, BT-Drucks. 17/10488, 27.

Das Patientenrechtegesetz

Wahrnehmungen des Behandelnden vom Patienten sollen angesichts des starken Schutzbedürfnisses von dessen Persönlichkeitsrecht grundsätzlich offen zu legen sein. Einzelfallabhängige Ausnahmen werden in den Motiven zwar offen gelassen, aber nicht begründet¹⁵⁸. In einem solchen Fall wird das Allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁵⁹ des Behandelnden als Verfasser gegen die Rechte des Patienten abzuwägen sein.¹⁶⁰

Der Einsichtsanspruch besteht nicht nur im Rahmen eines (wirksamen) Behandlungsvertrages, sondern auch im Rahmen eines vertragslosen Behandlungsverhältnisses; das BVerfG hat ihn aus „der objektivrechtlichen Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dessen Übertragung auf die Vertragspflichten des Privatrechtes“¹⁶¹ hergeleitet.

Vorlegungsort – der Ort, an dem die Einsicht zu gewähren ist –, ist aufgrund der Verweisung in § 830g Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 811 BGB derjenige Ort, an dem sich die Unterlagen befinden.¹⁶²

Gemäß § 630g Abs. 2 BGB kann der Patient kostenpflichtige **Abschriften** der Patientenakte verlangen. Hierbei handelt es sich um eine Holschuld.¹⁶³ Eines besonderen rechtlichen Interesses bedarf es auch hierfür nicht.¹⁶⁴ Allerdings muss dem Behandelnden die Abschriftserteilung auch möglich sein; das wird regelmäßig dann nicht der Fall sein, wenn die Patientenakte im Zuge eines Ermittlungsverfahrens beschlagnahmt worden bzw. in einem Zivilrechtsstreit auf Anforderung des Gerichts im Rahmen der „Amtsermittlung“¹⁶⁵ oder zu Beweis Zwecken vorgelegt worden ist.¹⁶⁶

In der Rechtspraxis wird von Patientenseite zudem vielfach ein Anspruch auf Abgabe einer Erklärung zur Authentizität oder Vollständigkeit der Patientenakte gefordert; nach zutreffender Rechtsprechung fehlt es hierfür an einer gesetzlichen Vorgabe. Erst recht ist ein Behandelnder nicht zur Abgabe einer dementsprechenden Versicherung an Eides statt verpflichtet. Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf Herausgabe beglaubigter Kopien. Demgegenüber besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Herausgabe der (regelmäßig im Eigentum des Behandelnden stehenden) Original-Patientenakte.¹⁶⁷

Nicht geregelt hat der Gesetzgeber, ob und inwieweit ggf. weitergehende Ansprüche hinsichtlich der Patientenakte bestehen. Anhaltspunkte dafür, dass er solche generell ausschließen wollte, gibt es jedenfalls nicht. Demgemäß wird man auf den Einzelfall abzustellen und im Einzelfall zu prüfen haben, ob aufgrund vertraglicher Nebenpflichten,

analog §§ 260, 666 BGB oder nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die **Erteilung weitergehender Informationen** auf Verlangen des Patienten geboten ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob patientenseits ein Anspruch auf Leseabschriften unleserlicher Unterlagen¹⁶⁸ oder ein Anspruch auf Bekanntgabe von Namen und ladungsfähiger Anschriften der (Mit-)Behandler¹⁶⁹, evtl. auch ein Anspruch auf Nennung der Namen von Mitpatienten¹⁷⁰, besteht. Jedenfalls aber gibt es vorprozessual in Ermangelung einer Anspruchsgrundlage keinen Anspruch auf Auskünfte zum medizinischen Geschehen außerhalb der Patientenakte zur Vorbereitung eines Arzthaftungsprozesses.¹⁷¹

§ 630g Abs. 2 S. 2 BGB verpflichtet zur „**Erstattung**“ der für die Erstellung der Abschriften entstandenen **Kosten**; die Motive¹⁷² machen deutlich, dass an § 811 Abs. 2 S. 1 BGB angeknüpft wurde. Danach umfassen die Kosten regelmäßig die Transport-, Verpackungs- und Kopierkosten¹⁷³; fraglos gehören dazu auch die Kosten für die Erstellung am eigenen Kopiergerät oder in einem Copyshop¹⁷⁴, ggf. auch Kosten für das Brennen einer CD etc. Terminologisch ist dem Gesetz mit der Formulierung „Erstattung“ indessen zu entnehmen, dass es sich um nicht mehr als die eigenen Aufwendungen des Behandelnden handeln soll; das verbietet gleichzeitig, für die seinerseits hierfür aufgewendete Zeit einen Ausgleich („Honorar“) zu fordern. Die Rechtsprechung stellt an eine Kostenerstattung¹⁷⁵ strenge Anforderungen; so sollen insbesondere Personal-, Raum- und Sachkosten, also sog. allgemeine Praxiskosten, unberücksichtigt bleiben¹⁷⁶.

Der Gesetzgeber hat die **unverzügliche Pflicht** des Behandelnden zur Gewährung der Einsicht angeordnet. Unverzüglich bedeutet auch hier „ohne schuldhaftes Zögern“¹⁷⁷. Unbeschadet dieser Anordnung sind gesetzte Fristen ggf. nach Treu und Glauben zu verlängern.¹⁷⁸ Während schnellstmögliche Einsichtsgewährung oder Übermittlung bei Kenntnisnahme zur Fortführung der Behandlung – insbesondere im Notfall – fraglos geboten ist, mögen Einsichtsgewährung oder Übermittlung von Kopien zur Vorbereitung administrativer Maßnahmen, insbesondere auch vorprozessual, mit einer für die Einsichtsgewährung oder Übermittlung erforderlichen Vorbereitungszeit einhergehen. Sind die Unterlagen für den

158 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 27.

159 Dazu umfassend Erman/Klass, [Fn. 92], Anhang zu § 12.

160 So auch *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeborn*, MedR 2013, 149 (152).

161 BVerfG, Beschl. v. 17.11.1992 – 1 BvR 162/89, MedR 1993, 232.

162 So zur bisherigen Rechtslage explizit OLG Frankfurt, Beschl. v. 9.5.2011 – 8 W 20/11, GesR 2011, 672.

163 AG Waiblingen, Urt. v. 9.2.2011 – B 6 KA 49/09 R, GesR 2011, 484.

164 BGH, Urt. v. 2.10.1984 – VI ZR 311/82, NJW 1985, 674; BGH, Urt. v. 6.12.1988 – VI ZR 76/88, NJW 1989, 764.

165 Grundlegend BGH, Urt. v. 10.1.1984 – VI ZR 122/82, NJW 1984, 1408; dazu *Jorzig*, Der Amtsermittlungsgrundsatz im Arzthaftungsprozess 2002.

166 Cave: Der Patient hat im Zivilrechtsstreit auch keinen Anspruch darauf, durch die Geschäftsstelle Kopien der beigezogenen Patientenakte zu erhalten; diese sind nicht Bestandteil der Gerichtsakten und unterliegen nicht der Akteneinsichtsregelung des § 299 ZPO, vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.2006 – 3 W 38/06, GesR 2006, 569.

167 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, MedR 1983, 62.

168 Bejahend: OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.7.1983 – 8 U 22/83, NJW 1984, 670; OLG Hamm, Urt. v. 24.5.2000 – 3 U 145/99, VersR 2001, 375; AG Offenbach, Urt. v. 5.7.1989 – 39 C 1963/89, NJW 1990, 2322; bejahend nur für den Fall, dass die Patientenakte auch für Mediziner nicht lesbar ist: LG Karlsruhe, Beschl. v. 7.12.1999 – 12 O 53/99, NJW-RR 2001, 236.

169 OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.7.1983 – 8 U 22/83, NJW 1984, 670; einschränkend OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.1.2003 – 8 U 62/02, GesR 2003, 273; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.9.2004 – 8 U 67/04, VersR 2006, 81.

170 Verneinend für den Fall, dass hierfür das Interesse nicht gesondert dargelegt wird: OLG Hamm, Urt. v. 24.5.2000 – 3 U 145/99, VersR 2001, 375, 376; verneinend für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund der Schweigepflicht: OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.8.2006 – 14 U 45/04, GesR 2006, 471.

171 OLG Koblenz, Urt. v. 15.1.2004 – 5 U 1145/03, GesR 2005, 156.

172 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 27.

173 jurisPK-BGB/Martinek, [Fn. 140], § 811 Rz. 5.

174 Unter „Kosten“ Gesichtspunkten einfach wären *Auftragsarbeiten* in einem Copyshop; sie sind indessen datenschutzrechtlich problematisch, vgl. LG Augsburg, Urt. v. 17.9.2011 – 041 O 2480/10, GesR 2012, 50.

175 Wenn auch im Hinblick auf Regelungen im vertragsärztlichen Vergütungssystem.

176 BGH, Urt. v. 1.9.1993 – 2 StR 258/93, wistra 1994, 22.

177 Arg.e. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.

178 OLG München, Beschl. v. 19.9.2011 – 1 W 1320/11, GesR 2011, 674.

Das Patientenrechtegesetz

Behandelnden aus irgendwelchen Gründen nicht bzw. nicht sofort verfügbar, wird er gut daran tun, das – und seine Bemühungen, die Unterlagen demnächst verfügbar zu machen – dem Patienten mitzuteilen; dieser wird sich – je nach den Umständen des Einzelfalls – gedulden müssen.¹⁷⁹

Das erfordert freilich, dass der Anspruch zunächst einmal **fällig** ist. Während die Fälligkeit bei einem unmittelbaren Herausgabeverlangen des Patienten gegenüber dem Behandelnden im Allgemeinen sofort eintritt, bedarf es für die von einem Bevollmächtigten geltend gemachte Einsicht der Vorlage einer ordnungsgemäßen und eindeutigen Vollmacht. An diese werden zu Recht „strengste Anforderungen“ gestellt, da die Herausgabe höchstpersönlicher Daten begehrt wird.¹⁸⁰

In § 630g Abs. 3 S. 1 BGB wird das Einsichtsrecht der **Erben** des Patienten in dessen Patientenakte zur Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen bestimmt. Die Abs. 1 und 2 sind auf diese entsprechend anwendbar. Bei vermögensrechtlichen Interessen kann es sich insbesondere um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Behandelnden, aber auch um Fragen nach der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit des Verstorbenen handeln.

Zu unterscheiden vom Einsichtsrecht der Erben ist das sonstiger **Angehöriger** (Ehegatten, Lebenspartner, Kinder, Eltern, Geschwister, Enkel)¹⁸¹ aus § 630g Abs. 3 S. 2 BGB, welches sich nur aufgrund immaterieller Interessen ergeben kann. Ein immaterielles Interesse kann z.B. ein Strafverfolgungsinteresse nach § 205 Abs. 2 S. 1 StGB der Angehörigen sein, für das gem. § 77 Abs. 2 StGB ein Antragsrecht, nicht nur der Erben, sondern auch der Angehörigen, besteht.

Das Einsichtsrecht, sowohl der Erben als auch der Angehörigen, ist gem. § 630g Abs. 3 S. 3 BGB ausgeschlossen, wenn dies dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen widerspricht¹⁸². Hierdurch sollen die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen geschützt werden¹⁸³, da diese in der Regel Vorrang vor den immateriellen Interessen der Angehörigen genießen.

VII. Haftung

Keine Regelungen enthält das Patientenrechtegesetz zur Haftung als solcher. Das mag erstaunen, ist aber kein Defizit, vielmehr „folgerichtig“¹⁸⁴ im Hinblick darauf, dass die §§ 280, 281 BGB die vertragliche Haftung nach der Systematik des BGB grundsätzlich für eine Vielzahl verschiedener Vertragstypen regeln. Nichts anderes hat der Gesetzgeber im Auge gehabt.¹⁸⁵

Daneben verbleibt die bekannte Möglichkeit der Haftung aus Delikt, § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 222, 223 StGB, § 831 BGB, ggf. auch aus Staatshaftung gem. § 839 BGB, Art. 34 GG.

Unter diesen Umständen beantwortet sich auch die vom Gesetz (zu Recht) offen gelassene Frage nach einem **Behandlungsfehler**. Wird Standard geschuldet (§ 630a Abs. 2 BGB)¹⁸⁶, so ist es naheliegend, den Behandlungsfehler als „Verstoß gegen den Standard“¹⁸⁷ zu definieren. Das umfasst auch „Fehler im Behandlungsumfeld“¹⁸⁸, insbesondere auch Verstöße gegen organisatorische Pflichten¹⁸⁹. Daneben verbleibt (natürlich) die Haftung für die eigenmächtige Behandlung mangels wirksamer Einwilligung des Patienten.

VIII. Beweislast

1. Allgemeine Grundsätze

Nach bisheriger Rechtsprechung oblag die Beweislast für einen schuldhaft begangenen Behandlungsfehler, Schaden und Kausalität grundsätzlich dem Patienten¹⁹⁰; daran hatte auch die Neufassung des § 280 Abs. 1 BGB nichts geändert.¹⁹¹ Der Gesetzgeber hat auch jetzt keine Abweichungen angeordnet, insbesondere keine Vermutung einer haftungsbegründenden Kausalität, so dass es bei der allgemeinen Beweislastregel bleibt, wonach der Geschädigte im Regelfall die haftungsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen hat.¹⁹²

2. Arzthaftungsrechtliche Sonderregelungen

a) Aufklärung und Einwilligung, § 630h Abs. 2 BGB

§ 630h Abs. 2 S. 1 BGB legt dem Behandelnden die Beweislast für die Einwilligung und Aufklärung auf. Das entspricht ständiger bisheriger Rechtsprechung.¹⁹³ Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e BGB¹⁹⁴, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte – das ist nichts anderes, als bisher unter der Bezeichnung „hypothetische Einwilligung“ in ebenfalls ständiger Rechtsprechung¹⁹⁵ anerkannt. Zwar hat der Gesetzgeber trotz ursprünglich anderer Absicht im Referentenentwurf des PatRG¹⁹⁶ die nach ständiger Rechtsprechung gegebene Möglichkeit des Patienten, sich gegen den behandlerseits vorgebrachten Einwand der hypothetischen Einwilligung mit der plausiblen Darlegung eines Entscheidungskonfliktes zu verteidigen¹⁹⁷, nicht ausdrück-

179 Instrukтив OLG München, Beschl. v. 19.9.2011 – 1 W 1320/11, GesR 2011, 674.

180 OLG München, Beschl. v. 19.9.2011 – 1 W 1320/11, GesR 2011, 674.

181 Vgl. RegE, BT-Drucks. 17/10488, 27.

182 So auch schon BGH, Urt. v. 31.5.1983 – VI ZR 259/81, MDR 1983, 2627; vgl. zur Pflegedokumentation im Heim unter Bezugnahme auf das PatRG gerade BGH, Urt. v. 26.2.2013 – VI ZR 359/11, juris = demnächst GesR Heft 6/2013.

183 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 27.

184 Wagner, VersR 2012, 789 (791).

185 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 14.

186 Vgl. dazu oben I.5.

187 Müller, GesR 2004, 257 (258).

188 Katzenmeier, [Fn. 3], S. 276.

189 Dazu weitergehend Hart, MedR 2013, 159 (160 f.), der die „gute Organisation als Hauptleistungspflicht“ ansieht.

190 Vgl. BGH, Urt. v. 16.3.1999 – VI ZR 34/98, MDR 1999, 675; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2005 – 7 U 132/04, OLGR 2006, 8 = NJW-RR 2006, 458.

191 Greiner in FS Müller 2009, S. 213 (221) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, BGH, Urt. v. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, BGHZ 171, 358, 361 = GesR 2007, 254; Müller, GesR 2004, 257 (258); Rebborn, MDR 2002, 1281 (1288); a.A. Deutsch, JZ 2002, 588; wegen des sog. objektivierten ärztlichen Fahrlässigkeitsbegriffs (vgl. BGH, Urt. v. 13.2.2001 – VI ZR 34/00, NJW 2001, 1786) bestehen kaum praxisrelevante Auswirkungen, vgl. Katzenmeier, VersR 2002, 1066 (1069); kritisch im Hinblick auf eine ausgebliebene Regelung im PatRG Deutsch, NJW 2012, 2009 (2012); Müller, GuP 2013, 1 (2).

192 So auch Thole, MedR 2013, 145 (148); Walter, GesR 2013, 129;

193 So schon das RG, Urt. v. 27.5.1908 – VI 484/07 = RGZ 68, 431; BGH, Urt. v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, MDR 1985, 923.

194 Dazu oben B.V.

195 Vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, MDR 2009, 281 = GesR 2009, 154 m.w.N.

196 Text dazu bei Thurn, MedR 2013, 153 (156), Fn. 24.

197 Vgl. hierzu nur BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, MDR 2010, 1052 = GesR 2010, 481.

Das Patientenrechtegesetz

lich erwähnt. Das mag wenig verständlich erscheinen¹⁹⁸; indessen sollte diese Möglichkeit – wie die Motive ausweisen – nicht entfallen.¹⁹⁹ Auch unter dem die Beweislastverteilung in der Arzthaftung maßgeblich bestimmenden Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess²⁰⁰ erschiene es verfassungsrechtlich zweifelhaft, hätte der Gesetzgeber dieses Instrument beseitigen wollen.²⁰¹

b) *Voll beherrschbare Risiken, § 630h Abs. 1 BGB*

Der oben dargestellte Grundsatz, dass die Beweislast – auch – für die Kausalität eines Behandlungsfehlers beim Patienten liegt, beruht auf der Erkenntnis, dass sich im Bereich des ärztlichen Handelns Risiken verwirklichen können, die aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus erwachsen, seitens des Behandelnden also nicht vorhersehbar und ggf. auch nicht steuerbar sind. Handelt es sich dagegen um ein Risiko, das durch den Krankenhausbetrieb oder die Arztpraxis gesetzt und durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens objektiv voll beherrscht werden kann, dessen Gefahren behandlerseits also objektiv voll ausgeschlossen werden können und müssen (sog. „voll beherrschbare Risiken“²⁰²), kam schon nach bisheriger Rechtslage der Rechtsgedanke des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zum Tragen, wonach die Darlegungs- und Beweislast für Verschuldensfreiheit bei der Behandlungsseite liegt.²⁰³ Zu den sicher beherrschbaren Risiken werden Lagerungsfehler bei der Operation²⁰⁴, Transportverletzungen²⁰⁵, u.U. auch Fehlverhalten bei Pflegemaßnahmen mit anschließendem Sturz des Patienten²⁰⁶, weiter Gerätefehler²⁰⁷, gerechnet.²⁰⁸ Ansatzweise hatte die Rechtsprechung hierunter auch fehlenden Facharztstandard subsumiert²⁰⁹; mit der Regelung in § 630h Abs. 4 BGB hat der Gesetzgeber jetzt jedenfalls klargestellt, dass es sich hierbei um eine eigenständige Fallgruppe handelt. Im praktisch hoch relevanten Bereich der Hygienefehler ist nach der Rechtsprechung zu differenzieren.²¹⁰

198 Berechtigt insofern die Kritik bei *Thurn*, MedR 2013, 153 (156).

199 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 29.

200 Dazu BVerfG, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925; *Krämer* in FS Hirsch 2008, S. 387 ff.

201 Zu Recht *Thurn*, MedR 2013, 153 (156): „Sollte das Erfordernis der Darlegung eines Entscheidungskonfliktes künftig entfallen, wäre das eine Revolution und hätte eine Lawine höchst ungerechter Verurteilungen von Ärzten zur Folge.“

202 BGH, Urt. v. 10.1.1984 – VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263 (269) = MDR 1984, 356; BGH, Urt. v. 11.10.1977 – VI ZR 110/75, VersR 1978, 82 (83); BGH, Urt. v. 9.5.1978 – VI ZR 81/77, VersR 1978, 764; BGH, Urt. v. 3.11.1981 – VI ZR 119/80, MDR 1982, 397 = VersR 1982, 161 (162); BGH, Urt. v. 25.6.1991 – VI ZR 320/90, MDR 1991, 845 = VersR 1991, 1058 (1059).

203 BGH, Urt. v. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, GesR 2007, 254 = BGH-Report 2007, 603 m. Anm. *Reborn* (zum Hygienefehler).

204 BGH, Urt. v. 24.1.1995 – VI ZR 60/94, NJW 1995, 1618; anders bei nicht im Voraus erkennbaren seltenen körperlichen Anomalien OLG Jena, Urt. v. 28.3.2007 – 4 U 1030/04, GesR 2007, 404 bzw. bei Vorliegen einer nicht erkennbaren sog. Prädisposition des Patienten OLG Koblenz, Urt. v. 22.10.2009 – 5 U 662/08, GesR 2010, 70 = NJW 2010, 1759 = MedR 2010, 416.

205 OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2006 – 3 U 182/05, GesR 2006, 448.

206 KG, Beschl. v. 10.9.2007 – 12 U 145/06, GesR 2008, 425 = KG-Report Berlin 2008, 505.

207 BGH, Beschl. v. 13.2.2007 – VI ZR 174/06, VersR 2007, 1416.

208 Vgl. auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei *Greiner*, [Fn. 191], 213 ff.

209 BGH, Urt. v. 15.6.1993 – VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989: „Die mit der Ausbildung junger Ärzte naturgemäß verbundenen höheren Verletzungsgefahren, die von den für den Einsatz dieser Ärzte Verantwortlichen voll beherrschbar sind, müssen deshalb durch besondere Maßnahmen ausgeglichen werden, damit gegenüber dem Patienten im Ergebnis stets der Standard eines Facharztes gewahrt bleibt.“ *Bejahend* auch *Greiner*, [Fn. 191], 213 (215, 219).

c) *Dokumentationsmängel, § 630h Abs. 3 BGB*

Die Dokumentation ist das zentrale Beweismittel im Arzthaftungsprozess; die Rechtspraxis orientiert sich bei der Aufklärung medizinischer Geschehnisse – zu trennen von der haftungsbegründenden Kausalität²¹¹ – regelmäßig eng an der Patientenakte. So entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass der Tattrichter einer glaubwürdigen Dokumentation Glauben schenken soll.²¹² Folgerichtig genügt es auch nicht, dass der Patient sich darauf beschränkt, die Richtigkeit der Dokumentation zu bestreiten.²¹³ Um die Annahme der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Dokumentation zu erschüttern, müssen vielmehr konkret erkennbare Anhaltspunkte vorliegen, z.B. nachträgliche Änderungen oder die Erstellung erst mit langem zeitlichem Abstand zur Behandlung.²¹⁴

§ 630h Abs. 3 BGB regelt die Beweislast für den Fall, dass der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB²¹⁵ nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder er die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt hat; das Gesetz sieht für diese Fälle eine *Vermutung*, dass der Behandelnde diese Maßnahme nicht getroffen hat.

Die Formulierung des Gesetzes ist an dieser Stelle missglückt; die Vermutung erstreckt sich nicht nur, wie der Gesetzestext nahelegt, auf die Nichtergreifung nicht dokumentierter Maßnahmen, sondern darauf, dass der Sachverhalt – soweit dokumentationspflichtig – sich so ereignet hat, wie der Patient es behauptet. Aus der fehlenden Dokumentation ist also nicht nur auf ein Unterlassen bestimmter Maßnahmen zu schließen, sondern – sei es im Wege einer Analogie, sei es im Wege erweiternder Auslegung – u.U. positiv auf ein Geschehen, wie es der Patient behauptet hat.²¹⁶ Fehlt bspw. in der Patientenakte bei der dokumentierten Verabreichung einer Injektion die Angabe des verabreichten Arzneimittels, so sind – jedenfalls wenn sie plausibel sind – die Angaben des Patienten, nicht hingegen die des Behandelnden, zugrunde zu legen. Eine andere Handhabung der Beweisregel in § 630h Abs. 3 BGB würde zu verzerrten Ergebnissen führen.

Bei der „*Vermutung*“ handelt es sich um eine sog. widerlegliche Vermutung²¹⁷; den Beweis des Gegenteils hat in diesem Fall der Behandelnde zu erbringen.

d) *Fehlende „Befähigung“, § 630h Abs. 4 BGB*

War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird gem. § 630h Abs. 4

210 Vgl. die Darstellung bei *Greiner*, [Fn. 191], 213 (215 f.) m.w.N.; kritisch zu dieser Einstufung *Walter*, GesR 2013, 129 (134).

211 *Walter*, GesR 2013, 129 (133) m.w.N.

212 BGH, Urt. v. 14.3.1978 – VI ZR 213/76, VersR 1978, 542; OLG Naumburg, Urt. v. 15.11.2011 – 1 U 31/11, GesR 2012, 310.

213 OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04, GesR 2005, 164.

214 OLG Naumburg, Urt. v. 15.11.2011 – 1 U 31/11, GesR 2012, 310.

215 Vgl. dazu oben VI.

216 So auch *Groß* in FS Müller 2009, S. 227 (235) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 21.11.1995 – VI ZR 34/95, NJW 1996, 779 und BGH, Beschl. v. 4.3.1996 – II ZB 8/95, BGHZ 132, 147; ferner OLG Naumburg, Urt. v. 15.11.2011 – 1 U 31/11, MedR 2012, 529.

217 *Groß*, [Fn. 216], 227 (236) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 29.9.1998 – VI ZR 268/97, NJW 1999, 863; HK-ZPO/Saenger, 2. Aufl. 2012, § 286 Rz. 61; Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 292 Rz. 1; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 292 Rz. 1.

Das Patientenrechtgesetz

BGB vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war. Der Gesetzgeber wollte hiermit die „Fälle von Anfängerfehlern“²¹⁸ erfassen²¹⁹. Die Befähigung des Behandelnden fehlt, soweit er nicht über die notwendige fachliche Qualifikation verfügt²²⁰. Der Begriff der Befähigung lässt vom Wortlaut darauf schließen, dass es auf die *tatsächliche* fachliche Kompetenz des Behandelnden und nicht auf die bloße Führung eines Facharztstitels ankommt; das bezeichnet man als „Facharztstandard“²²¹.

Die Ausgestaltung als Vermutung führt dazu, dass der Behandelnde die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Schaden nicht auf der fehlenden Erfahrung und Übung des nicht ausreichend Befähigten beruht. Kann er die Vermutung nicht widerlegen, ist davon auszugehen, dass die mangelnde Erfahrung und Übung für die Rechtsgutverletzung ursächlich geworden ist²²².

e) *Grober Behandlungsfehler, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB*

Der Gesetzgeber definiert (auch) diesen Begriff nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass auch der Rechtsprechung bislang keine nützliche Definition gelungen ist²²³. Jedenfalls setzt ein sog. grober Behandlungsfehler ein Fehlverhalten des Behandelnden voraus, das aus objektiver Sicht und bei ex-ante-Betrachtung nicht mehr verständlich und verantwortlich ist, weil einem Arzt ein solcher Fehler „schlechterdings“ nicht unterlaufen darf; maßgeblich ist die Frage, ob ein Verstoß gegen gesicherte medizinische Erkenntnisse vorliegt. Hierzu gehören nicht nur die Erkenntnisse, die Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben, sondern generell die elementaren medizinischen *Grundregeln*, die im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt werden.²²⁴

Die Bewertung, ob deren Missachtung einen Fehler als „grob“ erscheinen lässt, ist unter Betrachtung und Würdigung aller Gesamtumstände zu treffen.²²⁵ Die medizinischen Feststellungen des Sachverständigen (nicht nur

seine Bewertung, ob ein „grober“ Fehler vorliegt) müssen mit dieser Definition übereinstimmen.²²⁶

Nicht erwähnt hat der Gesetzgeber das in der Rechtsprechung bislang anerkannte „Korrektiv“²²⁷, wonach der Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden nicht „äußerst unwahrscheinlich“²²⁸ sein dürfe. Entfallen sollte es indessen nicht.²²⁹

Auch die Rechtsprechung zur Mitverursachung der Unaufklärbarkeit der Ursächlichkeit durch den Patienten²³⁰ hat der Gesetzgeber trotz Intervention des Bundesrates²³¹ nicht aufgenommen, wollte gleichwohl hieran aber festhalten. Er hat hierin (unzutreffenderweise) einen Unterfall eines äußerst unwahrscheinlichen Zusammenhangs gesehen.²³²

f) *Unterlassene Befunderhebung oder -sicherung, § 630h Abs. 5 S. 2 BGB*

Einen Befunderhebungsfehler nimmt die Rechtsprechung beim Unterlassen der Erhebung medizinisch gebotener Befunde an. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Behandelnde erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergriffen hat²³³. Auch wird ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären.²³⁴

Vom Befunderhebungsfehler kann indessen lediglich auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis geschlossen werden, wenn ein solches hinreichend wahrscheinlich ist, nicht aber auf eine Kausalität der unterlassenen Befundaufwertung für den Schaden.²³⁵ Wenn allerdings bereits die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung (auch) einen groben Behandlungsfehler darstellt, rechtfertigt dies Beweiserleichterungen auch für den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden.²³⁶ Hingegen ist das Unterlassen der gebotenen Therapie im Falle der Nichterhebung medizinisch gebotener Befunde nicht Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers mit der Folge der Beweislastumkehr zugunsten des Patienten.²³⁷

218 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 30; die Rechtsprechung hat zumindest die Tendenz erkennen lassen, diese auch dem Bereich voll beherrschbarer Risiken zuzuordnen: „... Die mit der Ausbildung junger Ärzte naturgemäß verbundenen höheren Verletzungsgefahren, die von den für den Einsatz dieser Ärzte Verantwortlichen voll beherrschbar sind, müssen deshalb durch besondere Maßnahmen ausgeglichen werden, damit gegenüber dem Patienten im Ergebnis stets der Standard eines Facharztes gewahrt bleibt. ...“, BGH, Urt. v. 15.6.1993 – VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989.

219 So auch Müller, GüP 2013, 1 (7).

220 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 30.

221 Ähnlich OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.1993 – 8 U 18/92, NJW 1994, 1598; OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.10.1990 – 7 U 12/89, VersR 1991, 1177; OLG Koblenz, Urt. v. 13.6.1990 – 5 U 860/88, NJW 1991, 2967; OLG Koblenz, Urt. v. 18.5.2006 – 5 U 330/02, MedR 2009, 670; a.A. seinerzeit BGH, Urt. v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, MDR 1992, 749, der auf die mangelnde „Eignung“ abstellte, selbst wenn der operierende Arzt bereits 150 Blinddarmoperationen durchgeführt und 5-jährige chirurgische Erfahrung hatte.

222 Vgl. B.VIII.2.c); ferner zum Facharztstandard BGH, Urt. v. 27.9.1983 – VI ZR 230/81, MDR 1984, 218; BGH, Urt. v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, MDR 1992, 749; KG, Urt. v. 14.4.2008 – 20 U 183/06, VersR 1998, 1267.

223 Deutsch, NJW 2012, 2009 (2012).

224 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – VI ZR 55/09, GesR 2011, 718; dazu Hart, MedR 2012, 453.

225 BGH, Urt. v. 21.9.1982 – VI ZR 302/80, BGHZ 85, 212 = MDR 1983, 219; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 139/10, GesR 2012, 81.

226 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 139/10, GesR 2012, 81.

227 Thurn, MedR 2013, 153 (156).

228 BGH, Urt. v. 7.6.2011 – VI ZR 87/10, MDR 2011, 913 = GesR 2011, 472 m.w.N.

229 RegE, BT-Drucks. 17/10488, 31; so auch Thurn, MedR 2013, 153 (156); Walter, GesR 2013, 129 (131).

230 Dazu BGH, Urt. v. 19.6.2012 – VI ZR 77/11, GesR 2012, 618 m.w.N.

231 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, Anl. 3 zum RegE, BT-Drucks. 17/10488, 43.

232 Vgl. auch Walter, GesR 2013, 129 (131).

233 BGH, Urt. v. 3.2.1987 – VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391 = MDR 1987, 573 = VersR 1988, 293 (294); BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 26/92, VersR 1993, 836 (838); BGH, Urt. v. 4.10.1994 – VI ZR 205/93, MDR 1994, 1187 = VersR 1995, 46; BGH, Urt. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, MDR 2008, 624 = GesR 2008, 250 = VersR 2008, 644; BGH, Urt. v. 21.12.2010 – VI ZR 284/09, MDR 2011, 224 = GesR 2011, 153; dazu Baur, GesR 2011, 577.

234 BGH, Urt. v. 21.12.2010 – VI ZR 284/09, MDR 2011, 224 = GesR 2011, 153; dazu Baur, GesR 2011, 577.

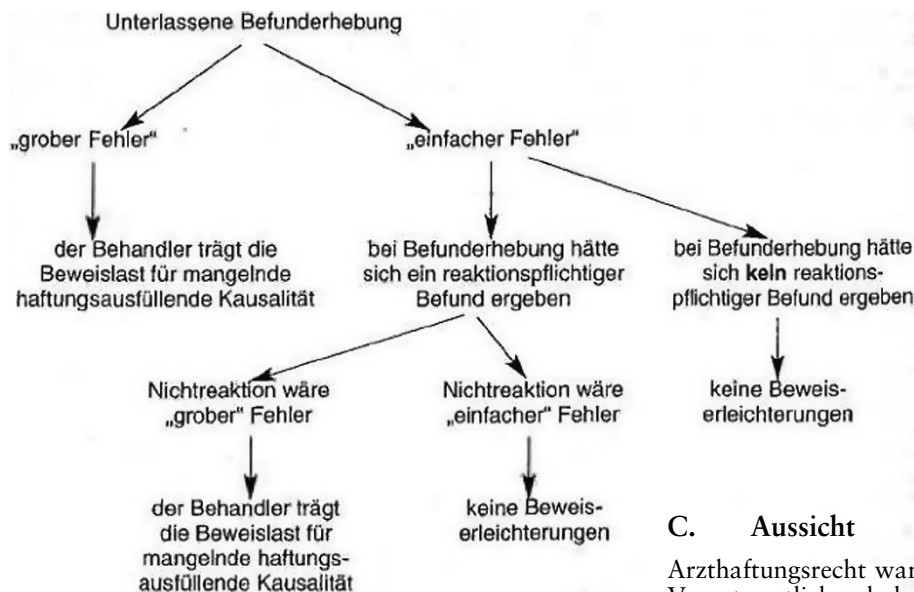
235 BGH, Urt. v. 13.2.1996 – VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47.

236 BGH, Urt. v. 13.1.1998 – VI ZR 242/96, BGHZ 138, 1.

237 BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, GesR 2010, 19; fortgeschrieben durch BGH, Urt. v. 7.6.2011 – VI ZR 87/10, GesR 2011, 472, deren Nichtberücksichtigung der Bundesrat – zu Recht

Der Lagerungsschaden bei Operationen

Das folgende Schema²³⁸ skizziert die Situation:



3. Unterstützung durch Krankenkassen²³⁹

GKV-Versicherte haben mit dem Patientenrechtegesetz eine Verbesserung ihrer Position erfahren; während § 66 SGB V bislang regelte, dass Krankenkassen ihre Versicherten bei der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen unterstützen *können*, ist das jetzt zum Regelfall ge-

worden; das Wort „können“ ist durch das Wort „sollen“ ersetzt worden. Vom Grundsatz her ist die Krankenkasse daher zur Unterstützung verpflichtet; hierzu wird insbesondere die Einholung eines Gutachtens durch den MDK (§§ 275 ff. SGB V) gehören.

Vom Regelfall wird insbesondere dann abzuweichen sein, wenn Ansprüche des Patienten erkennbar unbegründet sind (z.B. in offensichtlicher Ermangelung einer Kausalität, durch anderweitige Gutachten *offenkundig* bereits widerlegt o.Ä.).

C. Aussicht

Arzthaftungsrecht war bislang Richterrecht. Die hierfür Verantwortlichen haben unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit der Parteien und der Besonderheiten der Arzt-Patienten-Beziehung ein komplexes System von Beweisregeln entwickelt. Ein Rückblick über die vergangenen Jahrzehnte zeigt, dass dieses System keineswegs abgeschlossen ist; es war dynamisch. Das erstaunt nicht, kann doch die Rechtsprechung nur auf Entwicklungen in der Medizin und in ihrem gesellschaftlichen Umfeld *reagieren*. Solchen künftigen Anforderungen kann künftig durch analoge Anwendung einzelner Vorschriften aus dem Patientenrechtegesetz (Gesetzesanalogie) oder der gesetzlichen Grundgedanken, insbesondere zur Beweislast (Rechtsanalogie), sachgerecht und dem wohlverstandenen Interesse beider Parteien entsprechend genügt werden.

– gerügt hat, vgl. Stellungnahme des Bundesrates, Anl. 3 zum RegE, BT-Drucks. 17/10488, 43.

238 Entnommen aus Vorwerk/*Rebborn*, [Fn. 27], Kap. 80, Rz. 269 (S. 1326).

239 Dazu eingehend *Preis*, NZS 2013, 281 (286 ff).