

Elemente eines Patientenrechte- und Informationsgesetzes (Behandlungsvertrag)

Eckpunkte und Textvorschlag für einen Gesetzentwurf

erstellt im Auftrag
des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V. (vzbv)

von

Rechtsanwalt
Marcus Lindemann
(Hamburg)

Oktober 2005

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	3
Einleitung	4

Eckpunkte des Gesetzentwurfes

I. Materielles Recht

1. Regelung der Aufklärung	6
1.1. Sicherungsaufklärung	6
1.2. Selbstbestimmungsaufklärung	7
1.2.1. Diagnoseaufklärung	7
1.2.2. Verlaufsaufklärung	8
1.2.3. Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten	9
1.2.4. Aufklärung über medizinische Fragen und Qualitätsprobleme	9
1.3. Wirtschaftliche Aufklärung	10
1.4. Zeitpunkt und Form der Aufklärung	11
2. Pflicht des Arztes zur Dokumentation	13
3. Ersatzansprüche des geschädigten Patienten	15
3.1. Ersatzansprüche des Patienten bei Nichteinhaltung des vereinbarten Behandlungstermins durch den Arzt	15
4. Beweislast für das Vorliegen eines Haftungsanspruches bei Behandlungsfehler	17

II. Zivilprozessrecht

5. Pflichten des Sachverständigen	19
5.1. Gesetzliche Verpflichtung des Sachverständigen zur Darlegung seiner Sachkunde	19
5.2. Gesetzliche Verpflichtung des Sachverständigen zur Offenlegung von möglichen Befangenheitsgründen	19
5.3. Obligatorische Beeidigung des Sachverständigen	20
5.4. Obligatorische Befristung des Gutachtauftrages	20
5.5. Unterrichtung der medizinischen Sachverständigen über den Prozessausgang durch Übersendung einer	21
5.6. Entwicklung einer Qualitätssicherung bezüglich der Sachverständigen bei den ärztlichen und zahnärztlichen Selbstverwaltungskörperschaften	21
5.7. Einführung einer öffentlichen Bestellung für den medizinischen Sachverständigen	22
6. Einführung eines obligatorischen vorprozessualen Schlichtungs- verfahren für den Arzthaftungsprozess	23

Textvorschlag für den Gesetzentwurf

§ 630 a-n BGB	26
§ 407 b ZPO	49

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
LG	Landgericht
MwN	mit weiteren Quellennachweisen
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rdnr.:	Randnummer
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)

Einleitung

Das Gesundheitsrecht wird geregelt durch eine Vielzahl von Vorschriften, die direkt oder indirekt den Patienten betreffen. Es gibt Normen im Bereich des Sozialrechts, des Zivilrechts, und des Strafrechts. Es fällt bei der Würdigung der Normen auf, dass die Normen, die den Patienten betreffen, nicht ausdrücklich an den Status des „Patient-Seins“ anknüpfen. So ist beispielsweise jeder Heileingriff zunächst eine Körperverletzung. Die entsprechende strafrechtliche Norm des § 223 StGB knüpft aber nicht an die Eigenschaft Patient-Sein an, sondern allgemein an die Eigenschaft Mensch-Sein an.

Patientenrechte sind also Rechte, die ganz überwiegend nicht ausdrücklich in unserer Rechtsordnung normiert sind. Dennoch gelten Patientenrechte in unserer Rechtsordnung. Sie leiten sich ab aus den Grundrechten unserer Verfassung, insbesondere Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes. Nun könnte man einwenden, dass es keinen besseren rechtlichen Schutz der Patientenrechte geben könnte, als den durch die Verfassung. Nichtsdestotrotz zeigt die lebhaft geführte Debatte um Patientenrechte, dass der genaue Umfang der Patientenrechte nach wie vor, nicht zuletzt auch unter den Gerichten, umstritten ist. Mit anderen Worten, es gibt keinen Streit darüber, ob es überhaupt Patientenrechte gibt, sondern nur welche Rechte ein Patient konkret in Anspruch nehmen kann. Insofern ist der Regelungsbedarf enorm. Er geht durch alle Rechtsbereiche; Zivilrecht, Sozialrecht usw., da ganz überwiegend keine ausdrücklichen Patientenschutznormen vorhanden sind.

Dieses Eckpunktepapier verfolgt den Ansatz, dass der drängendste Normierungsbedarf aufgelistet wird. Nach Auffassung des Verfassers besteht dieser drängendste Normierungsbedarf im Zivilrecht, und zwar bei der Regelung des Arzt-Patientenverhältnis. Dies betrifft im zivilrechtlichen Bereich die Regelung des Behandlungsvertrages und die Regelung der Haftung aus dem Vertragsverhältnis des Behandlungsvertrages.

Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient unterfällt gegenwärtig den Regelungen des Dienstvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch, nämlich die §§ 611 ff. BGB. Diesen Vorschriften des Dienstvertrages unterfallen auch Verträge mit anderen freien Berufen, beispielsweise die Verträge mit einem Rechtsanwalt und Notar. Da diese Tätigkeiten sich stark von der Tätigkeit eines Arztes unterscheiden, hat die Rechtsprechung inzwischen eine Fülle von Sonderregelungen für den Behandlungsvertrag festgesetzt. Da diese Sonderregelungen aber nicht gesetzlich normiert worden sind, besteht nach wie vor erheblicher Streit über Art und Umfang dieser Sonderregelungen bezüglich des Behandlungsvertrages.

Dieses Eckpunktepapier erarbeitet Normierungsvorschläge, um diese Unsicherheit über Rechte und Pflichten des Arztes und des Patienten aus dem Behandlungsvertrag zu beseitigen. Demgemäß dienen diese Normierungsvorschläge nicht nur den Interessen des Patienten, sondern auch den Interessen des Arztes.

Hinzuweisen ist hier bereits darauf, dass die geplanten gesetzlichen Normierungen sich nicht nur auf die Rechtsstellung des Arztes im Verhältnis Arzt-Patient beziehen. Die geplanten gesetzlichen Normierungen wollen vielmehr für alle Behandler, die eine Heilbehandlung durchführen, Recht setzen.

Rechtssystematisch ist daran gedacht, im Bürgerlichen Gesetzbuch den Behandlungsvertrag ähnlich wie den Reisevertrag zusammenhängend zu regeln. Neben diesen materiellrechtlichen Vorschriften müssen nach Auffassung des Verfassers wenige Vorschriften im Zivilprozessrecht geändert werden.

Eckpunkte des Gesetzentwurfes

I. Materielles Recht

1. Regelung der Aufklärung

Ein erheblicher Normierungsbedarf ergibt sich bei dem Patientenrecht der Aufklärung.

1.1. Sicherungsaufklärung

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht bei der Sicherungsaufklärung.

Unter Sicherungsaufklärung wird nach gegenwärtiger Rechtslage die Information des Patienten durch den Arzt verstanden, die die medizinisch richtige Durchführung der Therapie sichern soll. Die Sicherungsaufklärung hat demgegenüber nichts mit Selbstbestimmung des Patienten und seiner Einwilligung in eine medizinische Maßnahme zu tun.

Die Sicherungsaufklärung ist zum Beispiel dann vorzunehmen, wenn ein Patient sich zwar einem Eingriff unterzieht, sich dann aber weigert, den weiteren ärztlichen Anordnungen – etwa hinsichtlich der Nachsorge nach der Operation – nachzukommen (BGH VersR 1954, 98,99). Hier muss dann der Arzt im Rahmen der Sicherungsaufklärung den Patienten sowohl auf die erforderlichen Maßnahmen als auch auf die möglichen Gefahren hinweisen, die drohen, wenn der Patient die ärztlichen Anordnungen nicht befolgen würde. Beispielsweise muss der Arzt im Rahmen der Sicherungsaufklärung den Patienten im Falle einer auf Wunsch des Patienten vorzeitig erfolgten Krankenhausentlassung so ausreichend über notwendige Verhaltensmaßregeln informieren, dass sich keine Komplikationen durch die vorzeitige Krankenhausentlassung ergeben (BGH NJW 1981,2513). Die Informationspflicht endet im Falle der vorzeitigen Entlassung aus dem Krankenhaus also nicht mit der Einholung der Unterschrift des Patienten, dass er vorzeitig aus dem Krankenhaus entlassen zu werden wünscht.

Im Rahmen der Sicherungsaufklärung hat die Sicherungsaufklärung des Arztes bei der Medikation große praktische Bedeutung.

Im Rahmen der Sicherungsaufklärung muss der Arzt den Patienten über Dosis, Unverträglichkeit und Nebenfolgen der Medikation ins Bild setzen. Dabei gilt, dass die Information um so genauer sein muss, je gefährlicher das Medikament ist. Bei besonders gefährlichen Medikamenten muss der Arzt sogar die Applikation des Medikamentes überwachen. Ein Hinweis des Arztes auf den Beipackzettel reicht nicht aus (BGH NJW 1970,511).

Der Arzt muss den Patienten im Rahmen der Sicherungsaufklärung auch darüber aufklären, dass Arzneimittelhersteller möglicherweise die Risiken eines Medikamentes untertreiben. Andererseits darf der Arzt den Patienten mit den vom Hersteller angegebenen Risiken auch nicht alleine lassen. Er soll den Kranken – so die Rechtsprechung – vielmehr in abwägender Unterredung zu dem medizinisch Gebotenen hinführen (BGH NJW 1982,697).

Ein im Rahmen der Sicherungsaufklärung wichtiger praktischer Hinweis des Arztes ist auch der, dass der Patient nach der Therapie oder dem Eingriff nur eingeschränkt am Straßenverkehr teilnehmen kann und besser auf eine Teilnahme am Straßenverkehr verzichtet (LG Konstanz NJW 1972, 2223 f.). Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass keine Maschinen bedient werden dürfen o.ä.

Die Sicherungsaufklärung ist also eine reine Informationsverpflichtung des Arztes, um den Erfolg der Therapie zu sichern und vermeidbare Schädigungen des Patienten durch die Therapie zu verhindern.

Dementsprechend führt die Verletzung der Sicherungsaufklärung auch nicht zu einer fehlenden Einwilligung des Patienten in einen Eingriff oder eine Therapie, mit der Folge, dass der Eingriff eine rechtswidrige Körperverletzung darstellt. Eine Verletzung der Sicherungsaufklärung wird vielmehr wie ein Behandlungsfehler behandelt.

Handlungsoption:

Der Begriff der Sicherungsaufklärung sollte ganz wegfallen. Bei einer möglichen rechtlichen gesetzlichen Regelung sollte zwar diese Informationsverpflichtung geregelt werden, jedoch ausdrücklich als Informationsverpflichtung während der ärztlichen Therapie. Auf diese Weise würde das Rechtsgut, welches derzeit die Sicherungsaufklärung garantiert, auch bei einer gesetzlichen Regelung gesichert.

1.2 Selbstbestimmungsaufklärung.

Die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.

1.2.1. Diagnoseaufklärung

Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmungsaufklärung sollte die Diagnoseaufklärung gesetzlich geregelt werden.

Nach gegenwärtiger Rechtslage muss der Patient erfahren, dass er krank ist und an welcher Krankheit er leidet (BGH NJW 1992,2354).

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. So muss der Arzt bei schweren Krankheitsbildern und bei Krankheitsbildern, die eine aussichtslose Diagnose haben, die Diagnose nicht voll eröffnen. Das Eröffnen der Diagnose muss hierbei nicht im medizinischen Sinne kontraindiziert sein. Konkret bedeutet dies, dass ein Arzt bei der Stellung der Diagnose Krebs beispielsweise, seinem Patienten diese Diagnose auch dann verschweigen darf, wenn nicht zu befürchten ist, dass der Patient durch die Eröffnung dieser schweren Diagnose Krankheitsbilder, wie zum Beispiel eine Depression, entwickelt (Deutsch NJW 1980,1305 ff. mwN).

Der Arzt hat nach gegenwärtiger Rechtslage auch die Freiheit, nach pflichtgemäßem Ermessen die angezeigte Ausdrucksweise zu wählen. So kann er zum Beispiel bei der Eröffnung der Diagnose das Wort Karzinom oder Krebs vermeiden (BGHZ 29,176 ff.).

Fernerhin darf der Arzt nach gegenwärtiger Rechtslage seinen Patienten auch nicht mit unsicheren, nicht erwiesenen oder unbestätigten Diagnosen beschweren (BGHZ 85,327).

Handlungsoption:

Hier sollte die Verpflichtung des Behandlers zu vollständiger Eröffnung der Diagnose normiert werden, soweit die Diagnose sicher feststeht.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die gegenwärtige Berechtigung des Arztes, dem Patienten die Diagnose bei schweren Krankheitsbildern wie etwa Krebs ganz vorzuenthalten. Dies läuft letztlich der Selbstbestimmung des Patienten zuwider und vermindert auch die Chancen

des Patienten, den Rest seines verbleibenden Lebens noch nach eigenen Vorstellungen unter Berücksichtigung der schweren Diagnose zu gestalten.

Es wird daher vorgeschlagen, den Behandler nur noch zur Zurückhaltung der Diagnose einer schweren Krankheit bei medizinischer Kontraindikation zu gestatten.

Ausdrücklich sollte auch ein Recht des Patienten auf ein Nichtwissen, beziehungsweise Nichterfahren der Diagnose gesetzlich normiert werden. Jeder Patient soll selber darüber bestimmen können, ob er das Wissen um die Diagnose der eigenen Krankheit psychisch aushalten kann.

1.2.2. Verlaufsaufklärung

Hier sollte die Aufklärung über die Art, den Umfang und die Durchführung des Eingriffs normiert werden.

Nach gegenwärtiger Rechtslage hat der Arzt den Patienten darüber zu informieren, was mit ihm geschehen soll und wie seine Krankheit voraussichtlich verlaufen wird, wenn er dem Eingriff nicht zustimmt.

Dabei muss der Arzt nicht alle Einzelheiten des voraussichtlichen Verlaufs mitteilen. Es genügt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Aufklärung im Großen und Ganzen“ (BGH VersR 1971,929,930). Beispielsweise muss der Arzt bei der Entfernung des Appendix den Patienten darüber informieren, dass er die Bauchdecke öffnen und den entzündeten Wurmfortsatz entfernen werde; bei einem Trümmerbruch des Schienbeins, in welcher Länge er die Haut aufschneiden werde und dass er bei der Ausrichtung der Knochenanteile Scheiben und Schrauben verwenden, später aber wieder entfernen werde. Demgegenüber wäre eine Aufklärung im Detail, die nicht erforderlich ist, beispielsweise wenn der Arzt zusätzlich noch sagt, welche Klemmen und Fäden er verwenden wird, wie sie exakt heißen usw. Der Arzt muss also eine Auswahl der Informationen bezüglich des Therapieverlaufes treffen, die er dem Patienten mitteilt. Allerdings muss, sollte es zum Streit hierüber kommen, der Arzt dann das zuständige Gericht davon überzeugen, dass er dem Patienten genügend Informationen mitgeteilt hat. Es versteht sich fast von selbst, dass diese Rechtsprechung ein Feld für Streitigkeiten schafft, was bei dem jeweiligen konkreten Eingriff oder der konkreten Therapie als Aufklärung mitgeteilt werden muss und was demgegenüber eine bloße Einzelheit ist, über die man nicht aufzuklären braucht.

Zu allem Überfluss kann der Arzt nach gegenwärtiger Rechtslage sogar auf die Verlaufsaufklärung ganz verzichten, wenn der Patient mit einer sogenannten landläufigen Bezeichnung des Eingriffes auch als Laie genügend ins Bild gesetzt wird. Welche landläufigen Bezeichnungen der Bundesgerichtshof eigentlich hierunter verstehen will, ist mehr als unsicher. Zum Beispiel ist bereits die Bezeichnung „Bestrahlung“ keine ausreichend landläufige Bezeichnung (BGH NJW 1972, 335,336).

Im übrigen ist der Patient nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dann auch über Einzelheiten des Verlaufs aufzuklären, wenn der Verzicht auf den Eingriff eine sinnvolle Alternative darstellt. Ist ein Eingriff verzichtbar, genügt eine Information im Großen und Ganzen nicht (BGH VersR 1980, 1145).

Dies gilt auch für die Medikamententherapie. Auch hier ist der Patient über die Wirkungsweise des Medikamentes und über mögliche Risiken und Nebenfolgen aufzuklären. Allerdings genügt hier auch die Aufklärung im Großen und Ganzen. Regelmäßig muss also der Arzt nicht über seltenste Nebenwirkungen den Patienten aufklären. Welches Risiko zu erwähnen ist und welches nicht, kann im Einzelnen streitig sein.

Handlungsoption:

Die Verlaufsaufklärung sollte dahingehend normiert werden, dass unterschiedslos der Behandler den Patienten vollständig über den Verlauf des Eingriffs und den Verlauf der Krankheit ohne den geplanten Eingriff aufklären soll. Nur so wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten vollständig gewahrt. Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, wird hier ausdrücklich festgestellt, dass keinesfalls eine Behandlungsverpflichtung des Behandlers nach einem Standard normiert werden soll. Die Therapiefreiheit des Behandlers wäre gefährdet, wenn ein Behandler nach einem Standard behandelt werden müsste. Der Behandler muss jedoch, wenn er vom Behandlungsstandard abweichen will, den Patienten ausführlich aufklären. Dies ist gesetzlich zu normieren.

1.2.3. Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten

Nach gegenwärtiger Rechtslage muss der Arzt im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufklären.

Unter dem Begriff der alternativen Behandlungsmöglichkeiten sind hier zunächst nicht die Therapiemöglichkeiten der sogenannten alternativen Medizin – Naturheilkunde etc. – sondern die verschiedenen Therapiemöglichkeiten der sogenannten Schulmedizin zu verstehen.

Nach gegenwärtiger Rechtslage obliegt die Wahl der Therapie dem Arzt. Grundsätzlich hat der Arzt aber die Verpflichtung, über alternative Behandlungsmethoden aufzuklären. Die ärztliche Verpflichtung zur Aufklärung setzt auch nicht voraus, dass die wissenschaftliche Diskussion über Risiken von Alternativmethoden bereits abgeschlossen ist und zu allgemein akzeptierten Ergebnissen geführt hat (BGH NJW 1996,776).

Demgegenüber muss nach einer Entscheidung einer unteren Instanz, nämlich des Landgerichts dann nicht über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufgeklärt werden, wenn sich die alternativ mögliche Therapie noch in der Erprobung befindet (LG Koblenz; VersR 1994,1349).

So ist es schwierig, eine allgemeine Linie der Rechtsprechung zu erkennen. Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass keine Aufklärungsverpflichtung besteht, wenn eine Therapie sich erst in der Erprobung befindet und noch keine zuverlässigen Daten über die Erprobung vorhanden sind. Demgegenüber besteht eine Aufklärungsverpflichtung, wenn bereits Daten einer Erprobung vorhanden sind, jedoch diese Ergebnisse von einzelnen Wissenschaftlern angezweifelt werden.

Handlungsoption:

Dieser derzeit sehr unklar geregelte Bereich sollte dahingehend klar normiert werden, dass der Patient den Anspruch auf eine vollständige Information über bestehende Alternativmethoden hat. Dabei soll der Behandler verpflichtet werden, den Grad der wissenschaftlichen Absicherung der gewählten Methode dem Patienten anzuzeigen.

1.2.4. Aufklärung über medizinische Fragen und Qualitätsprobleme

Nach gegenwärtiger Rechtsprechung muss der Arzt über diesen Themenbereich nicht aufklären.

Der Arzt braucht den Patienten nicht darauf hinzuweisen, dass die medizinischen Gegebenheiten im kommunalen Krankenhaus schlechter seien als in der Universitätsklinik, oder dass mangels optimaler Ausstattung nicht die modernsten Methoden zum Einsatz kommen könnten oder das Nachbarkrankenhaus über keine moderne Apparatur verfügt (BGH NJW 1988, 763).

Der Arzt muss also nicht über Qualitätsprobleme aufklären. Die Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes versucht, die Information über die medizinischen Fragen und Qualitätsprobleme in Grenzen zu halten. Insofern bleibt der Patient durch die Regelungen zur Haftpflicht vor Arztfehlern geschützt. Im Ergebnis läuft die Rechtsprechung darauf hinaus, den Arzt eher zu einem kunstgerechten Verhalten zu verpflichten, als ihm aufzugeben, über Qualitätsmängel offen und frei seinem Patienten zu berichten.

Handlungsoption:

Es sollte gesetzlich klar geregelt werden, dass der Patient über unterschiedliche Möglichkeiten der Anbieter im Gesundheitswesen aufgeklärt wird.

1.3. Wirtschaftliche Aufklärung

Nach gegenwärtiger Rechtslage erstreckt sich die Aufklärungspflicht des Arztes auch auf die wirtschaftlichen Folgen seiner Behandlung für den Patienten. Wie umfangreich diese Verpflichtung gegenwärtig ist, kann nur sehr ungenau bestimmt werden. Kritiker der bisherigen Rechtsprechung führen an, dass es nicht sein könne, dass der Arzt zum Sachwalter fremder Vermögensinteressen gemacht wird. Die Grenzlinie wird wohl dort zu sehen sein, wo der Arzt kraft überlegenen Wissens erkennen muss, dass der Patient sich unsinnige finanzielle Lasten aufbürdet. In der Rechtsprechung existieren nur Einzelfälle (Laufs NJW 1988,1506 mwN).

Zum Beispiel muss der Arzt über alternative Methoden, die entstehenden Kosten und deren Übernahme durch den Krankenversicherer beraten (OLG Düsseldorf MedR 1986,208). Dieser Punkt hat durch die Gesundheitsreform, die am 1.1.2004 in Kraft getreten ist, besondere Aktualität erhalten. Die Gesundheitsreform bietet unter bestimmten Voraussetzungen den gesetzlich krankenversicherten Personen an, statt dem vor dem 1.1.2004 praktisch ausschließlich in der Gesetzlichen Krankenversicherung vorhandenen Sachleistungsprinzip die Kostenerstattung zu wählen. Hierbei kann es wesentlich häufiger auftreten, dass der Arzt den Patienten mit Therapien behandelt, die entweder gar nicht oder nur teilweise im Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sind. Deswegen können die Kosten dieser Therapiemöglichkeiten von der Krankenkasse entweder gar nicht oder nur teilweise erstattet werden. Hier muss also der Arzt aufklären, welche Therapien von der Gesetzlichen Krankenversicherung erstattet werden und welche nicht. Der Arzt muss auch über die voraussichtlichen Kosten, insbesondere die Kosten einer nichterstattungsfähigen Therapie, wirtschaftlich aufklären.

Zur vertraglichen Nebenpflicht des Krankenhausträgers gehört der rechtzeitige Hinweis auf eine bevorstehende Umstufung vom Behandlungs- zum Pflegefall, damit der Patient vor unnötigen finanziellen Lasten bewahrt bleibe (OLG Koblenz MedR 1991,335).

Vor einer kosmetischen Operation hat der behandelnde Arzt den Patienten unmissverständlich darauf aufmerksam zu machen, dass die Krankenkasse die Operationskosten möglicherweise nicht tragen werde (LG Bremen NJW 1991,2352).

Eine durch noch nichts bewiesene kostspielige Therapie muss den Arzt veranlassen, den Patienten mit aller Deutlichkeit auf die wirtschaftlichen Folgen seines Entschlusses hinzuweisen (OLG Hamm NJW 1995,790).

Handlungsoption:

Die wirtschaftliche Aufklärungsverpflichtung sollte generell klar gesetzlich normiert werden. Dabei sollte die Verpflichtung des Behandlers gesetzt werden, den Patienten vor der Be-

handlung über die Kosten der Therapie aufzuklären und zu informieren, ob die Krankenkasse oder die Krankenversicherung die Kosten der Therapie übernimmt.

1.4. Zeitpunkt und Form der Aufklärung

Nach gegenwärtiger Rechtslage ist der Patient so rechtzeitig aufzuklären, dass er das Für und Wider der Behandlung abwägen kann. Die Anwendung dieses allgemeinen Satzes ist in den Einzelfällen schwierig.

Es gibt hierzu folgende Beispiele:

Der Bundesgerichtshof hat eine Aufklärung am Vorabend des Eingriffes in aller Regel für verspätet gehalten (BGH NJW 1991, 2351).

Hingegen soll eine Information über die Risiken des Eingriffes am Vortage in vielen Fällen noch ausreichend sein. Daraus ergibt zum Beispiel die Frage, wann der Vorabend beginnt. Dies hat praktische Konsequenzen, denn es entspricht der Übung in vielen Krankenhäusern, erst am späten Nachmittag oder am Abend vor dem Operationstag, das entscheidende Aufklärungsgespräch zu führen.

Bei normalen ambulanten Eingriffen hat der Bundesgerichtshof eine Aufklärung erst am Tage des Eingriffes für rechtzeitig gehalten (BGH NJW 1996,777). Es verbleibt die Frage, was unter normalen Eingriffen zu verstehen ist.

Hinsichtlich der Verständlichkeit der Aufklärung herrscht keine Klarheit. Grundsätzlich stellt der Bundesgerichtshof darauf ab, welcher Verständnishorizont bei dem Patienten zu vermuten ist. Das hat allerdings zu der kuriosen Entscheidung geführt, dass eine Tochter eines Juristen, die selber Akademikerin war, nur sehr spärlich und oberflächlich aufgeklärt werden musste, weil der Bundesgerichtshof hohe Intelligenz und Verständnis bei dieser Patientin vorausgesetzt hat (BGH NJW 1976,363 f.). Dies ist in der juristischen Literatur meines Erachtens zu Recht kritisiert worden, da auch eine akademisch gebildete Juristentochter trotz hoher Intelligenz nicht unbedingt Spezialistin in medizinischen Fragen ist (Tempel NJW 1980,614).

Erst recht problematisch ist, wann eigentlich Ausländer, die der deutschen Sprache nicht oder nur teilweise mächtig sind, als verständlich aufgeklärt worden anzusehen sind.

Hier gibt es meines Wissens nur eine Reihe von verschiedenen Urteilen aus Frankfurt am Main, die zusammengefasst die Voraussetzungen für eine verständliche Aufklärung eines Ausländers als niedrig ansetzen. Hiernach dürfte die Aufklärung eines Arztes auch dann als ausreichend verständlich anzusehen sein, wenn das Aufklärungsgespräch lediglich von einer ebenfalls ausländischen Angestellten des Krankenhauses oder Arztes oder sogar von den eigenen Kindern des Ausländers ohne Rücksicht auf deren medizinische Kenntnisse gedolmetscht werden.

Handlungsoption:

Der Zeitpunkt der Aufklärung sollte dahingehend gesetzlich normiert werden, dass die Aufklärung vor Behandlungsbeginn erfolgen muss.

Bei chirurgischen Eingriffen sollte der Zeitpunkt der Aufklärung abweichend so gesetzlich normiert werden, dass der Patient spätestens am Vorabend bis 18.00 Uhr aufzuklären ist. Dabei soll es unerheblich sein, ob es sich um einen ambulanten oder stationären Eingriff handelt. Diese abweichende Regelung ist deswegen sinnvoll, weil es sich bei chirurgischen Eingriffen um Therapien mit erhöhtem Risiko handelt. Zusätzlich ist ein chirurgischer Eingriff regelmäßig – bezogen auf die Planung und Vorbereitung – sehr aufwendig. Würde das ge-

plante Gesetz es ausreichen lassen, dass der Patient erst unmittelbar vor Einleitung der Narkose aufgeklärt werden muss, könnte sich ein Patient psychisch unter Druck gesetzt fühlen, den aufwendig vorbereiteten Eingriff in jedem Fall durchführen zu lassen. Auf diese Weise wäre nämlich ein freiwillige Einwilligung in den chirurgischen Eingriff nicht gegeben.

Eine Ausnahme ist allerdings bei Notfällen auch für chirurgische Eingriffe zu normieren. Liegt ein Notfall vor, der schnellstens chirurgisch versorgt werden muss, soll eine Aufklärung unmittelbar vor Einleitung der Narkose ausreichen.

2. Pflicht des Arztes zur Dokumentation

Die Verpflichtung des Arztes zur Dokumentation seiner Tätigkeit sollte ausdrücklich gesetzlich normiert werden.

Es entspricht heute ständiger Rechtsprechung, dass die Ärzte zur Dokumentation ihrer Tätigkeit verpflichtet sind (BGH NJW 1978,227). Ungeachtet der unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Rechtsgrundlage einer ärztlichen Dokumentationspflicht kann es heute als gesicherte Auffassung gelten, dass den Ärzten auch ohne Vorliegen vertraglicher Beziehungen eine allgemeine Verpflichtung trifft, das Behandlungsgeschehen zu dokumentieren (BGH VersR 1983, 983). Die Dokumentationspflicht ergibt sich aus dem Standesrecht der Ärzte nach § 10 Abs.1 der Musterberufsordnung der Ärzte.

Die ärztliche Verpflichtung zur Dokumentation ist sehr weitgehend Sie bezieht sich auf Anamnese, Diagnose und Therapie.

Diagnostische Bemühungen, Funktionsbefunde, Art und Dosierung einer Medikation, ärztliche Hinweise zu Anweisungen an die Funktions- und Behandlungspflege, eine Abweichung von Standardbehandlungen sind ebenso zu dokumentieren wie die ärztliche Aufklärung, der Verlauf einer Operation und Narkose. Unerwartete Zwischenfälle, der Wechsel des Operateurs während der Operation, Anfängerkontrolle, Intensivpflege, Verlassen des Krankenhauses gegen den ärztlichen Rat und getroffene Sicherungsvorkehrungen gegen eine Selbstschädigung des Patienten sind ebenfalls zu dokumentieren (BGH NJW 1985,2194).

Der Zweck der Dokumentation ist ein zweifacher:

Zum einen sichert die Dokumentation die ordnungsgemäße Weiter- oder Mitbehandlung durch einen anderen Arzt (BGH NJW 1983,328).

Weiterhin dient die ärztliche Dokumentation der Erfüllung der Rechenschaftspflicht des Arztes über Vorbeugemaßnahmen, durchgeführte Behandlungen und Operationen (BGH NJW 1978, 2337,2339). Letzteres ist umstritten aber meines Erachtens sachgerecht, weil dem Patienten nicht nur die Sachkunde zur Kontrolle fehlt, sondern der Patient vor allem bei der Operation nicht wahrnimmt, was mit ihm geschieht.

An die Form der Dokumentation stellt die Rechtsprechung keine spezifischen Anforderungen. Entscheidend ist immer, ob die Angaben für einen Fachmann verständlich sind (BGH NJW 1984,1403). Es besteht gegenwärtig auch nicht die Anforderung an Ärzte, computergestützte Krankenunterlagen mit einem überschreibgeschützten Computerprogramm – wie etwa Buchhaltungsprogramme – zu führen. So können derzeit Krankenunterlagen, die mit einem Computer geführt werden, nachträglich unerkannt verändert werden. Zum Zeitpunkt der Dokumentation bestimmt die Rechtsprechung, dass die Dokumentation in unmittelbarem Zusammenhang mit der Behandlung oder dem Eingriff zu erfolgen hat (Hohloch NJW 1982, 2577,2581 mwN).

Zur Aufbewahrungsverpflichtung bestimmt die Rechtsprechung, dass der Krankenhausträger dafür zu sorgen hat, dass über den Verbleib von Behandlungsunterlagen jederzeit Klarheit besteht. Verletzt der Krankenhausträger diese Pflicht, so ist davon auszugehen, dass er es zu verantworten hat, wenn die Unterlagen nicht verfügbar sind (BGH NJW 1996,779). Gleiches gilt für niedergelassene Ärzte.

Handlungsoption:

Die Dokumentation sollte anhand der ständigen Rechtsprechung gesetzlich normiert werden. Wie vorne ausgeführt, besteht immer noch Streit über die ständige Rechtsprechung und es

ist deswegen nicht auszuschließen, dass sich die ständige Rechtsprechung patientenunfreundlicher umorientiert.

Darüber hinaus besteht Normierungsbedarf bei Krankenunterlagen, die mit Hilfe eines Computers geführt werden. Wie vorstehend ausgeführt, besteht derzeit keine Verpflichtung, überschreibgeschützte Programme zu verwenden. Die Verwendung überschreibgeschützter Programme sollte in dem geplanten Gesetz als Verpflichtung normiert werden. Eine solche Regelung würde das Vertrauensverhältnis zwischen Behandler und Patient stärken. Durch die Verwendung einer überschreibgeschützten Dokumentation, würde der Arzt etwaigen Vorwürfen der Patienten, er würde seinen Krankenunterlagen nachträglich verändernden Nährboden entziehen.

3. Ersatzansprüche des geschädigten Patienten

Nach gegenwärtiger Rechtslage hat ein Patient dann Ersatzansprüche, wenn dem Arzt ein Fehler bei der Behandlung des Patienten unterläuft und der Patient infolge des Fehlers des Arztes einen Gesundheitsschaden erleidet. Der Patient kann dann gegen den Arzt Ersatzansprüche geltend machen. Als Ersatzansprüche kann der Patient dann Schadensersatz und Schmerzensgeld fordern.

Der Patient kann auch dann Schadensersatz und Schmerzensgeld fordern, wenn der Arzt die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten fehlerhaft durchführt, ihm also ein Aufklärungsfehler unterläuft. Tritt dann ein Umstand ein, also eine Komplikation oder verwirklicht sich ein Risiko der Behandlung, dann kann der Patient auch dann von dem Arzt Schadensersatz und Schmerzensgeld fordern, wenn ein etwa eingetretener Gesundheitsschaden sich verwirklicht, ohne dass dem Arzt ein Fehler bei der Behandlung unterlaufen ist.

Die derzeitigen Anspruchsgrundlagen für die vorgenannten Ersatzansprüche sind zum einen der Behandlungsvertrag und zum anderen die Vorschriften über die unerlaubte Handlung, derzeit gesetzlich normiert in den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB.

Handlungsoption:

An der gegenwärtigen Rechtslage muss durch das geplante Gesetz nichts verändert werden. Die von Patienten immer wieder beklagten Schwierigkeiten, Schadensersatz und Schmerzensgeld bei eingetretenen Behandlungsfehlern zu erstreiten, ergeben sich aus zivilprozessualen Schwierigkeiten bei der Verfolgung der Ersatzansprüche. Trotzdem empfiehlt es sich, da das geplante Gesetz den derzeit gesetzlich unregelmäßig ärztlichen Behandlungsvertrag gesetzlich regeln will, auch hier die Haftungstatbestände in dem neuen Gesetz ausdrücklich gesetzlich zu regeln.

3.1. Ersatzansprüche des Patienten bei Nichteinhaltung des vereinbarten Behandlungstermins durch den Arzt

Als Unterpunkt zu den Ersatzansprüchen des Patienten gegen den Arzt kann diskutiert werden, ob ein Patient auch ein Recht auf Schadensersatz gegen den Arzt haben soll, wenn der Arzt den vereinbarten Behandlungstermin mit dem Patienten nicht einhält.

Diese Frage erscheint deswegen wichtig, weil die Praxis der Patientenberatung zeigt, dass viele Ärzte Patienten zu einem bestimmten Termin in die Praxis einbestellen, den Patienten dann aber – manchmal länger als eine Stunde – im Wartezimmer warten lassen. Es kommt dann auch vor, dass Patienten hierdurch einen finanziellen Schaden erleiden, weil sie ihrerseits geplante Termine, bei denen sie Geld verdient hätten absagen müssen.

Nach gegenwärtiger Rechtslage besteht keine Verpflichtung des Arztes für nicht eingehaltene Behandlungstermine Schadensersatz zu leisten.

Handlungsoption:

Es ist anzuerkennen, dass aus der Sicht des Patienten hier ein erhebliches Problem besteht. Jedoch ist dieses Problem nicht einfach zu lösen.

Bedacht muss nämlich werden, dass ein Arzt, wenn er bei Nichteinhaltung des Behandlungstermins grundsätzlich Gefahr laufe, Schadensersatz an seine Patienten leisten zu müssen, nur strikt nach dem vereinbarten Terminkalender vorgehen wird. Dies erscheint zunächst natürlich als gerade gewollt.

Auf den zweiten Blick ist zu bedenken, dass in der ärztlichen Praxis ständig akute Notfälle auftreten können, die ein Abweichen von der vereinbarten Terminsreihenfolge notwendig

machen. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass ein Patient mit einem akuten Notfall in die Praxis kommt. Dies kann aber auch dadurch geschehen, dass dem Arzt sich während der Behandlung eines Patienten aus medizinischen Gründen die Notwendigkeit ergibt, den Patienten länger als geplant zu behandeln.

In diesen Fällen würde der Arzt dazu neigen können, akute Notfälle entweder wegzuschicken oder warten zu lassen beziehungsweise länger als geplant verlaufende therapeutische Eingriffe während der Behandlung abubrechen. Ein solches Verhalten könnte dem Arzt dann nicht mehr als Behandlungsfehler vorgeworfen werden. Letztlich widerspricht dieses Verhalten den Interessen des Patienten auf eine gute Behandlung.

Insofern sollte an der gegenwärtigen Rechtslage im Interesse einer guten Behandlung des Patienten nichts geändert werden.

4. Beweislast für das Vorliegen eines Haftungsanspruches bei Behandlungsfehler

Grundsätzlich hat nach gegenwärtiger Rechtslage der Patient die volle Beweislast dafür zu tragen, dass dem Arzt ein Fehler unterlaufen ist und dieser Fehler zu einem Gesundheitsschaden bei ihm geführt hat. Unter Beweislast ist die Verpflichtung einer Prozesspartei zu verstehen, eine behauptete Tatsache auch beweisen zu müssen. Die Prozesspartei, die eine Tatsache beweisen muss, trägt auch das Risiko dafür, dass der Beweis einer Tatsache nicht gelingt.

Ausnahmsweise hat der Arzt die Beweislast dafür, dass er keinen Behandlungsfehler begangen hat usw., wenn die Krankenunterlagen von dem Arzt nicht mehr vorgelegt werden können und er zur Aufbewahrung verpflichtet war (BGHZ 132,47).

Umgekehrt wird die Beweislast auch, wenn dem Arzt ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen ist. Ein grober Behandlungsfehler liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes dann vor, wenn das ärztliche Verhalten schlechterdings nicht mehr verständlich ist (BGH NJW 1983,2080). Die Einstufung eines Behandlungsfehlers als einen groben Behandlungsfehler erfordert also eine Wertung des Gerichts (BGH NJW 1986, 1540). Der Bundesgerichtshof hat einen groben Behandlungsfehler zum Beispiel dann angenommen, wenn ein Arzt die Anzeichen einer bakteriellen Infektion übersieht und diese Anzeichen durch eine Injektion verwischt (BGH VersR 1985,886). Ein Behandlungsfehler ist auch in dem Fall angenommen worden, wenn ein Arzt den alarmierenden Anstieg der Körpertemperatur eines am Sprunggelenk Operierten nicht zum Anlass einer Wundinspektion nimmt (BGH VersR 1987,408). Ein grober Behandlungsfehler liegt auch dann nach Ansicht des Bundesgerichtshofes vor, wenn ein Arzt bei stärkeren Schmerzen des Patienten im Schulter- und Armbereich den Patienten nicht in ein Krankenhaus zur Abklärung eines möglichen Herzinfarktes einweist, wenn er die Diagnostik nicht selbst vornehmen kann (BGH NJW 1994,801). Dies sind nur Beispiele, von denen es noch mehr gibt. Auf den ersten Blick fällt auf, dass diese Fälle wenig miteinander gemein haben. Es wird deswegen insbesondere in der juristischen Literatur häufig kritisiert, dass es völlig unvorhersehbar sei, ob ein Gericht einen Arztfehler als groben Arztfehler wertet (beispielsweise Giesen, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 455). Insbesondere ist eine Abschätzung, ob ein Gericht die Wertung eines groben Behandlungsfehlers trifft, vor Prozessbeginn nicht eindeutig möglich. Da aber von der Wertung des Gerichts abhängt, wer entscheidend die Beweislast trägt, ist Prozessverlauf und Prozessrisiko vor Prozessbeginn ebenfalls nicht abschätzbar. Demgemäß trägt die Figur des groben Behandlungsfehlers erheblich zur Rechtsunsicherheit im Arzt-Patientenverhältnis bei.

Letztlich legt die Rechtsfigur des groben Behandlungsfehlers die Schwächen der gegenwärtigen Beweislastverteilung bloß.

Man muss sich dieses in Beispielen veranschaulichen:

Beispiel:

Ein Kind wird mit schweren Verbrennungen in eine Kinderklinik eingeliefert. Nach einwöchiger Behandlung verstirbt das Kind im Krankenhaus. Ein nachträglich erstelltes Sachverständigen Gutachten kommt zu dem Schluss, dass den behandelnden Ärzten eine Reihe von Verstößen gegen die notwendige und medizinisch richtige Therapie von schweren Verbrennungen vorzuwerfen sind. Die Gutachter meinen aber dennoch, dass es nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Kind nicht auch dann gestorben wäre, wenn die Ärzte richtig gehandelt hätten, weil die Verbrennungen lebensbedrohlich gewesen sind.

Hier würden die Eltern des Kindes, die anstelle des verstorbenen Kindes Ersatzansprüche gegen das Krankenhaus stellen, keine Aussicht auf Erfolg haben, den Prozess zu gewinnen. Zwar ist den Ärzten ein Fehlverhalten nachzuweisen. Der Nachweis jedoch, dass der eingetretene Schaden, nämlich der Tod des Kindes gerade auf diese ärztlichen Fehler zurückzu-

führen sind, kann von den Eltern bei einem solchen Sachverständigengutachten nicht gelingen. Ganz anders sähe es aus, wenn das Gericht in dem vorgestellten Fall in den ärztlichen Fehlern grobe Behandlungsfehler sehen würde. Denn dann müssten die Ärzte beweisen, dass der Tod des Kindes auch dann eingetreten wäre, wenn sie ihre Fehler nicht begangen hätten. Da das praktisch unmöglich ist, würden die Ärzte bzw. das Krankenhaus dann den Rechtsstreit verlieren.

Noch krasser fällt das Ergebnis aus, wenn man sich die Beweisproblematik von Patienten, die an mehreren Krankheiten leiden, also sogenannte multimorbide Patienten sind, vergegenwärtigt.

Beispiel :

Ein Diabetiker lässt eine Krampfaderoperation machen. Nach der Vornahme der Krampfaderoperation klagt der Patient über Nervenschäden. Der Operateur macht geltend, dass die Nervenschäden die typischen Begleiterkrankungen der Diabetes des Patienten sind. Ein Sachverständigengutachten kommt zu dem Schluss, dass der Operateur die Operation fehlerhaft vorgenommen hat. Gleichzeitig kann der Sachverständige nicht ausschließen, dass die Nervenschäden tatsächlich eher in der Diabetes des Patienten ihre Ursache haben als in der fehlerhaften Operation.

Auch hier würde der Patient keine Aussicht auf Prozessenerfolg haben, wenn nicht das Gericht den Operationsfehler als groben Behandlungsfehler werten würde.

Nun leiden aber insbesondere multimorbide Patienten an verschiedenen Erkrankungen. Diese Erkrankungen können häufig Symptome erzeugen, die der Symptomatik nach einem Behandlungsfehler gleichen. In der Regel ist es damit dem Gutachter unmöglich die Schadensfolge dem Fehler des Arztes und nicht der Grunderkrankung zuzuordnen. Damit haben multimorbide Personen nur dann echte Erfolgchancen in einem Arzthaftungsprozess, wenn ein Gericht einen groben Behandlungsfehler anerkennt.

Die gegenwärtige Haftungsregelung führt also dazu, dass multimorbide Patienten haftungsrechtlich schlechter geschützt sind, als nicht multimorbide.

Handlungsoption:

Es sollte gesetzlich normiert werden, dass bei gutachterlich festgestelltem Vorliegen eines Behandlungsfehlers der Behandler den Nachweis zu erbringen hat, dass sein Fehler nicht zu den behaupteten Gesundheitsschäden geführt hat. Es wird dem Behandler damit verwehrt, bei Nachweis eines von ihm begangenen Behandlungsfehlers seine Haftung für seinen Fehler dadurch auszuschließen, in dem er sich auf Krankheitsumstände seines Patienten beruft. Letztlich wird der Behandler damit nur verpflichtet, eine fehlerfreie Behandlungsleistung zu erbringen. Dies kann nicht unbillig sein.

Um Missverständnissen vorzubeugen soll klargestellt werden, dass der Nachweis des Fehlers bei dem Patienten als Beweislast verbleiben soll. Würde nämlich der Behandler sich immer schon dann den Nachweis erbringen müssen, dass er keinen Fehler gemacht hat, wenn eine unerwünschte Krankheitsfolge auftritt, wäre dieses unbillig.

II. Zivilprozessrecht

5. Pflichten des Sachverständigen

5.1 Gesetzliche Verpflichtung des Sachverständigen zur Darlegung seiner Sachkunde

Der Sachverständige sollte zur Darlegung seiner Sachkunde verpflichtet werden.

Nach gegenwärtiger Rechtslage hat der Sachverständige nach Erhalt des Gutachtauftrages unverzüglich zu prüfen, ob der Gutachtauftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne Hinzuziehung weiterer Sachverständiger erledigt werden kann. Dies folgt aus § 407a Abs. 1 ZPO. Nach gegenwärtiger Rechtslage prüft der Gutachter also selbst, ob er den Gutachtauftrag mit seinem Fachwissen bewältigen kann. Die Prozessparteien haben zunächst keine Möglichkeit, diese Selbsteinschätzung des Gutachters zu überprüfen und müssen diese Selbsteinschätzung so hinnehmen.

Dies ist misslich für den Fall, dass der Gutachter nach geraumer Zeit, in der er an dem Gutachten bereits schon gearbeitet hat, feststellt, dass er den Gutachtauftrag doch nicht erledigen kann. In diesem Fall kann bereits erheblicher Zeitverlust eingetreten sein.

Handlungsoption:

Der Gutachter sollte durch eine neue Gesetzesnorm verpflichtet werden, seine Sachkunde offen zu legen. Zwar ist damit die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Parteien noch vor Erstellung des Gutachtauftrages miteinander und mit dem Gutachter streiten. Hierdurch könnte der Prozess in die Länge gezogen werden. Jedoch würde eine Neuregelung wie vorgeschlagen insbesondere die Patientenseite nicht wie derzeit häufig das Gefühl geben, dass der Gutachter sein Gutachten abgibt, nur um den Kollegen zu schützen, obwohl er tatsächlich nicht über ausreichende Sachkunde verfügt.

5.2. Gesetzliche Verpflichtung des Sachverständigen zur Offenlegung von möglichen Befangenheitsgründen

Nach gegenwärtiger Rechtslage haben die Parteien eines Arzthaftungsprozesses das Recht, den Sachverständigen abzulehnen, wenn die Parteien der Auffassung sind, der Sachverständige wäre befangen. Dieses Recht folgt aus § 406 ZPO.

Dieses Recht wird in der Praxis von den Prozessparteien kaum genutzt. Dies hat mehrere Gründe.

Zunächst existiert eine umfangreiche Rechtsprechung dazu, welche Gründe als Befangenheitsgründe von den verschiedenen Gerichten anerkannt werden und welche nicht. Als Befangenheitsgrund ist beispielsweise anerkannt worden, wenn der Sachverständige ein Angestellter einer Prozesspartei ist oder war (OVG Berlin NJW 780,1390). Umstritten ist aber schon zum Beispiel die Frage, ob geschäftliche Beziehungen zu einer der Parteien einen Befangenheitsgrund darstellt (OLG München MDR 98,858). Als Befangenheitsgrund ist nicht anerkannt, wenn der Sachverständige im örtlichen Bereich der Partei ein Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art betreibt (München BauR 90,117). Die Rechtsprechung zu den Befangenheitsgründen ist also sehr differenziert. Es ist vor diesem Hintergrund schon fraglich, welche Gründe einen Sachverständigen als einen befangenen Sachverständigen erscheinen lassen.

Des Weiteren müssen überhaupt mögliche Befangenheitsgründe den Parteien des Prozesses bekannt werden, die einen Sachverständigen als einen befangenen Sachverständigen erscheinen lassen.

Vor diesem Hintergrund kann diskutiert werden, ob eine gesetzliche Verpflichtung des Sachverständigen einzuführen wäre, nach der ein Sachverständiger vor seiner Bestellung zum Sachverständigen in einem Prozess ungefragt von sich aus Gründe darlegen muss, die auf eine mögliche Befangenheit schließen lassen. Ziel einer neuen Regelung wäre es, das Recht der Parteien auf Ablehnung eines möglicherweise befangenen Sachverständigen zu stärken.

Handlungsoption:

Hier besteht kein Handlungsbedarf.

Auch eine gesetzliche Regelung dahingehend, dass der Sachverständige von sich aus Gründe mitteilen muss, die ihn als befangenen Sachverständigen erscheinen lassen, würde den Prozessparteien keine Vorteile bieten.

Eine entsprechende neue gesetzliche Norm müsste die Befangenheitsgründe, die der Sachverständige vor seiner Bestellung mitteilen muss, genau bezeichnen. Eine gesetzliche Norm, die keine Aufzählung der Befangenheitsgründe enthält, würde keine Verbesserung der gegenwärtigen Rechtslage bedeuten. Jeder Sachverständige könnte dann nämlich sich vor seiner Bestellung ausschweigen. Falls dann doch ein Grund bekannt wird, der ihn als möglicherweise befangen erscheinen lässt, kann der Sachverständige geltend machen, er würde sich nicht für befangen halten. Er habe diesen nun bekannt gewordenen Grund in seiner Bedeutung auch nicht so eingeschätzt, dass dieser Grund ihn als befangen erscheinen lassen könnte.

Wenn die gesetzliche Norm keine Aufzählung der Befangenheitsgründe enthält, kann der Sachverständige in dieser Konstellation auch nicht zur Verantwortung gezogen werden. Eine Aufzählung der Befangenheitsgründe in einer gesetzlichen Norm ist jedoch praktisch unmöglich, da die umfangreiche Rechtsprechung zu den Befangenheitsgründen zeigt, dass Befangenheitsgründe für eine abschließende Aufzählung zu vielfältig sind.

5.3. Obligatorische Beeidigung des Sachverständigen

Es könnte diskutiert werden, ob eine obligatorische Beeidigung des Sachverständigen gesetzlich normiert werden sollte.

Nach gegenwärtiger Rechtslage wird der Sachverständige nicht obligatorisch vereidigt. Der Sachverständige kann vereidigt werden, wenn das Gericht die Beeidigung mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet und die Parteien auf die Beeidigung nicht verzichten. Dies ergibt sich aus § 391 ZPO. In Arzthaftpflichtprozessen wird regelmäßig auf Antrag der Parteien die Sachverständigenbeeidigung vorgenommen.

Handlungsoption:

Hier besteht kein Handlungsbedarf für eine neue gesetzliche Regelung. Es ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil es bringen sollte, wenn ein Sachverständiger in jedem Prozess zwingend beeidigt wird, wenn nach dem bisher geltenden Recht eine Partei jederzeit den Antrag stellen kann, den Sachverständigen zu beeidigen.

5.4. Obligatorische Befristung des Gutachtauftrages

Nach gegenwärtiger Rechtslage wird der Gutachtauftrag an den Sachverständigen nicht obligatorisch befristet. Nach gegenwärtiger Rechtslage hat also der von dem Gericht be-

stimmte Gutachter grundsätzlich keine Zeitbegrenzung, innerhalb derer er das Gutachten erstellen soll.

§ 25 der ärztlichen Berufsordnung bestimmt aber für den ärztlichen Sachverständigen die Verpflichtung, das Gutachten in angemessener Zeit zu erstatten. Der Sachverständige verstößt also gegen Berufsrecht, wenn er zur Bearbeitung eines Gutachtauftrages weit mehr Zeit benötigt, als dies gemessen an den Bedingungen des Gutachtauftrages nötig erscheint.

Darüber hinaus kann das Gericht, welches den Gutachtauftrag erteilt hat, eine Frist zur Erstellung des Gutachtens gemäß § 411 Abs.1 Satz 2 ZPO bestimmen.

Handlungsoption:

Hier besteht kein Handlungsbedarf.

Zunächst ist bereits nach gegenwärtiger Rechtslage der medizinische Sachverständige gehalten, sein Gutachten in angemessener Zeit abzugeben. Außerdem kann das Gericht dem Gutachter eine Frist setzen. Das Gericht kann somit das Verfahren steuern.

Ein Vorteil einer generellen Fristsetzung ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr wirkt eine generelle Fristsetzung auch starr und unflexibel. Eine generelle Fristsetzung kann deswegen nicht berücksichtigen, dass die zu begutachtenden Sachverhalte im Schwierigkeitsgrad unterschiedlich sind. Es wäre kaum einzusehen und auch nicht zu rechtfertigen, dass ein Sachverständiger bei schwierigen zu begutachtenden medizinischen Sachverhalten das identische Zeitkorsett hätte wie bei einfachen zu begutachtenden medizinischen Sachverhalten

5.5. Unterrichtung der medizinischen Sachverständigen über den Prozessausgang durch Übersendung einer Urteilsabschrift

Nach gegenwärtiger Rechtslage wird der medizinische Sachverständige nicht regelmäßig über den Prozessausgang durch Übersendung einer Urteilsabschrift informiert. Nach gegenwärtiger Rechtslage wäre aber eine Unterrichtung des medizinischen Sachverständigen vom Prozessausgang des Prozesses, in welchem er Gutachter gewesen ist, möglich. Die Justizverwaltung kann bereits jetzt ohne Einwilligung der Prozessparteien Dritten gemäß § 299 Abs. 2 ZPO sowohl Einsicht in die Akten gestatten wie auch Abschriften erteilen. Es muss lediglich ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werden. Ein rechtliches Interesse des Sachverständigen an einer Abschrift der Entscheidung des Verfahrens, an dem er mitgewirkt hat, wird bereits jetzt von den Gerichten unproblematisch als gegeben angesehen.

Handlungsoption:

Ein Gesetzgebungsbedarf besteht nicht, da eine Unterrichtung des Sachverständigen bereits nach gegenwärtiger Rechtslage unproblematisch möglich ist.

5.6. Entwicklung einer Qualitätssicherung bezüglich der Sachverständigen bei den ärztlichen und zahnärztlichen Selbstverwaltungskörperschaften

Nach gegenwärtiger Rechtslage findet eine Qualitätssicherung der medizinischen Sachverständigen auf der Ebene der Ärztekammern bzw. der Bundesärztekammer statt. Die Qualitätssicherung wird gegenwärtig im Rahmen des ärztlichen Berufsrechts durchgeführt.

Handlungsoption:

Hier besteht kein Handlungsbedarf.

Zwar könnten beispielsweise durch eine neue Norm in der Zivilprozessordnung die Ärztekammern zu mehr Qualitätssicherung bei der Ausbildung der Sachverständigen angehalten werden. Dies wäre aber schon rechtssystematisch unlogisch, da die Ärztekammern nicht durch die Zivilprozessordnung berechtigt und verpflichtet werden. Darüber hinaus wäre im Rahmen der Zivilprozessordnung keine Sanktion denkbar, die man anwenden könnte, wenn die Ärztekammern ihrer Verpflichtung zur Qualitätssicherung nicht nachkommen.

Weiter in Betracht käme nur eine Norm in der Zivilprozessordnung, die die Gerichte zu mehr Qualitätssicherung im medizinischen Gutachterwesen verpflichten könnte. Mit einer solchen Qualitätssicherung wären die Gerichte jedoch überfordert, da ihnen das hierfür notwendige Personal fehlt.

Es ist also nicht ersichtlich, wie eine gesetzliche Norm in der Zivilprozessordnung hier entscheidende Vorteile schaffen könnte.

5.7. Einführung einer öffentlichen Bestellung für den medizinischen Sachverständigen

Gegenwärtig findet eine öffentliche Bestellung des Sachverständigen nicht statt. Vielmehr schlagen die für den jeweiligen Prozess zuständigen Gerichte von Fall zu Fall einen Sachverständigen vor. Dabei lassen sich die Gerichte Sachverständige von der Ärztekammer vorschlagen oder greifen auf Gutachter zurück, die dem Gericht bereits bekannt sind.

Handlungsoption:

Es ergibt sich kein Handlungsbedarf.

Natürlich wäre es möglich, eine solche öffentliche Bestellung der medizinischen Sachverständigen gesetzlich zu normieren. Ein praktischer Grund hierfür ist aber nicht erkennbar. Es wäre vielmehr zu befürchten, dass die öffentlich bestellten Sachverständigen mit der Fülle der zu begutachtenden Sachverhalte völlig überlastet wären und hierdurch die Erstellung der Gutachten sich in die Länge zieht. Mithin würde sich auch ein Arzthaftpflichtprozess in die Länge ziehen. Mit einer solchen Regelung wäre dem Patienten nicht geholfen.

6. Einführung eines obligatorischen vorprozessualen Schlichtungsverfahrens für den Arzthaftungsprozess

Nach gegenwärtiger Rechtslage geht einer mündlichen Verhandlung eines jeden Prozesses eine Güteverhandlung voraus. Diese Güteverhandlung entfällt dann, wenn ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat. Dies ergibt sich aus § 278 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Eine außergerichtliche Gütestelle in diesem Sinne ist auch eine Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen. Durch diese Regelung wird also sanfter Druck auf die Parteien ausgeübt, eine außergerichtliche Regelung anzustreben.

Handlungsoption:

Hier besteht kein Handlungsbedarf.

Die Regelung des § 278 Abs.2 Satz 1 ZPO ist ein ausreichender Druck auf die Prozessparteien, sich außergerichtlich zu einigen.

Überdies eignen sich nicht alle Arzthaftungssachen für eine vorgerichtliche Streitschlichtung, insbesondere wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien streitig ist.

Des Weiteren haben die vorhandenen Schlichtungsstellen unterschiedliche Verfahrensordnungen und eine uneinheitliche Struktur. Zwischenzeitlich sehen einige wenige Schlichtungsstellen beispielsweise die Mitwirkung von Patientenvertretern vor.

Abgesehen davon erheben einige Patientenberatungsstellen den Vorwurf gegen zumindest einige Schlichtungsstellen, dass diese parteiisch zu Ungunsten des Patienten eingestellt wären. Dies hat die Verbraucherzentrale Hamburg für die Schlichtungsstelle der norddeutschen Ärztekammern nachgewiesen.

Vor diesem Hintergrund wäre ein gesetzlicher Zwang auf die Parteien dahingehend, vor einem Prozess ein Verfahren bei einer Schlichtungsstelle durchzuführen, nicht im Interesse der Patienten.

Textvorschlag für den Gesetzentwurf

Neunter Titel: Heilbehandlungsvertrag

§ 630 a BGB [*Heilbehandlervertrag*]

Ist Gegenstand des Vertrages eine Heilbehandlung, so sind auf diesen Vertrag die Vorschriften der §§ 630 a-n BGB anzuwenden.

Anmerkung:

Die Vorschrift des § 630 a BGB ist die zentrale Weichenstellung für die Anwendbarkeit der geplanten Vorschriften. Durch diese Vorschrift wird bestimmt, dass die § 630 b-n BGB dann auf einen von einem Gericht zu entscheidenden Rechtsstreit angewendet werden sollen, wenn Gegenstand des Rechtsstreites ein Vertrag ist, der eine Heilbehandlung zum Gegenstand hat.

Der § 630 a BGB definiert selber nicht, was im Sinne des Gesetzes unter einer Heilbehandlung zu verstehen ist.

Durch diese Vorschrift wird auch nicht entschieden, ob es sich bei dem Heilbehandlungsvertrag um einen Dienstvertrag oder um einen Werkvertrag handelt.

Die Stellung der geplanten Vorschriften der § 630 a-n BGB im Anschluss an die Vorschriften über den Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch ist hier aber deswegen ausgewählt worden, weil der Heilbehandlungsvertrag nach einem eventuellen Inkrafttreten der Vorschriften des § 630 a-n BGB auch weiterhin – wie in der bisherigen Rechtsprechung (vgl. nur BGH NJW 1975,305) – ein Dienstvertrag bleiben wird.

Bei bestimmten Leistungen von Heilbehandlern, zum Beispiel zahnprothetischen Leistungen, kann die Rechtsprechung – entsprechen der gegenwärtigen Rechtsprechung (vgl. Münch-Komm-Müller-Glöße § 611 BGB RdNr 48 dort mit weiteren Nachweisen) – auch weiterhin zu der Auffassung kommen, dass der Heilbehandlungsvertrag ein Werkvertrag ist.

Es ist auch nicht notwendig, in dem Gesetz über den Heilbehandlungsvertrag gesetzlich festzulegen, ob der Heilbehandlungsvertrag ein Dienst- oder Werkvertrag ist.

Zum einen ergeben sich die Rechte und Pflichten der Heilbehandler explizit aus den geplanten Bestimmungen § 630 a- n BGB. Es entsteht außerdem auch keine Regelungslücke, da für Fälle, für die das geplante Gesetz keine Norm beinhaltet, subsidiär entweder Dienstvertrags- oder Werkvertragsnormen des BGB zur Anwendung kommen.

§ 630 b BGB [*Begriffsdefinitionen*]

1.

Unter einer Heilbehandlung sind sämtliche Leistungen zu verstehen, deren Zweck die Erhaltung, Förderung und Wiederherstellung der Gesundheit oder Linderung eines Leidens eines Patienten ist.

2.

Heilbehandler im Sinne der Vorschriften der §§ 630 a-n BGB ist jeder Anbieter einer Heilbehandlung.

3.

Patient im Sinne der Vorschriften der §§ 630 a-n BGB ist jeder Mensch, dem eine Heilbehandlung erbracht wird.

Anmerkung:

Diese Vorschrift definiert wesentliche Begriffe des Gesetzes.

Zu Ziffer 1.

Unter § 630 b Ziffer 1 BGB wird der Begriff der Heilbehandlung definiert. Diese Begriffsdefinition ist notwendig, da der vorherige § 630 a BGB den Begriff der Heilbehandlung voraussetzt. Ohne diese Begriffsdefinition in § 630 b Ziffer 1 BGB würde also der § 630 a BGB funktionslos.

Damit eine Leistung als Heilbehandlung im Sinne des Gesetzes gilt, muss diese Leistung zum Zweck der Erhaltung, Förderung oder Wiederherstellung der Gesundheit oder zur Linderung eines Leidens erbracht werden. Es kommt nicht darauf an, dass der Zweck der Leistung auch tatsächlich erreicht wird.

Der Begriff der Gesundheit, der in § 630 b Ziffer 1 BGB verwandt wird, wird in dem geplanten Gesetz nicht näher definiert. Zur Ausfüllung dieses Begriffes muss also eine Definition außerhalb des geplanten Gesetzes herangezogen werden. Am nächstliegenden ist es dabei, auf die Definition des Begriffes Gesundheit durch die Weltgesundheitsorganisation WHO zurückzugreifen. Nach dieser Definition ist Gesundheit ein Zustand des vollkommenen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht allein das Fehlen von Krankheit und Gebrechen. Damit ist der Begriff der Gesundheit durch die Weltgesundheitsorganisation sehr weitgehend und umfassend definiert worden. Es besteht dennoch kein Grund, in dem geplanten Gesetz eine einschränkende Definition des Begriffes Gesundheit festzuschreiben. Sollte tatsächlich eine einschränkende Definition des Begriffes Gesundheit erforderlich werden, kann diese Aufgabe der Einschränkung des Begriffes der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen werden.

Eine Leistung ist auch dann eine Heilbehandlung gemäß § 630 b Ziffer 1 BGB, wenn der Zweck der Leistung auf die Linderung eines Leidens gerichtet ist. Diese Bestimmung stellt klar, dass auch die Leistungen, die im Rahmen der Palliativmedizin erbracht werden, als Heilbehandlungen im Sinne des geplanten Gesetzes gelten.

Zu Ziffer 2.

Durch die Vorschrift des § 630 b Ziffer 2 BGB wird definiert, wer als Heilbehandler im Sinne des geplanten Gesetzes anzusehen ist. Auch diese Begriffsdefinition ist notwendig, da der Begriff in den weiteren geplanten Vorschriften häufig verwendet wird.

Die Vorschrift ist bewusst so gefasst, dass als Heilbehandler viele Anbieter von Heilbehandlungsleistungen in Betracht kommen. Heilbehandler im Sinne dieses Gesetzes sind also keinesfalls nur Ärzte, sondern zum Beispiel auch Heilpraktiker usw.

Der Anbieter im Sinne der geplanten Vorschrift muss auch nicht zwingend eine natürliche Person sein, sondern kann auch eine juristische Person (etwa eine Aktiengesellschaft) sein. Auch Körperschaften des öffentlichen Rechts können als Heilbehandler gelten, wenn sie Heilbehandlungen anbieten. Diese weite Fassung der Vorschrift des § 630 b Ziffer 2 BGB erlaubt es also, auch Träger von Krankenhäusern als Heilbehandler im Sinne des geplanten Gesetzes gelten zu lassen.

Zu Ziffer 3.

Die Vorschrift des § 630 b Ziffer 3 BGB definiert den Begriff Patient im Sinne des geplanten Gesetzes. Nach dieser Definition ist Patient ausschließlich ein Mensch und damit eine natürliche Person. Patient kann also im Sinne dieses Gesetzes nicht eine juristische Person oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sein.

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Mensch auch geboren sein muss, um als Patient im Sinne der Vorschrift des § 630 b Ziffer 3 BGB zu gelten. Zwar stellt die Vorschrift des § 630 b Ziffer 3 nicht ausdrücklich klar, dass auch das ungeborene Leben als Mensch und damit als Patient im Sinne des § 630 b Ziffer 3 BGB gilt.

Dennoch ist die Frage bereits entschieden, dass auch dem ungeborenen Leben in unserer Rechtsordnung die Qualität des Mensch-Seins zuzuordnen ist. Der Zeitpunkt des Beginns des grundrechtlich geschützten Lebens ist im Zusammenhang mit der Frage nach der Verpflichtung des Staates zur Bestrafung von Schwangerschaftsabbrüchen von dem Bundesverfassungsgericht auf den 14. Tag nach der Empfängnis angesetzt worden (BVerfGE 39,1 (37)). Es erscheint nicht sinnvoll, den Begriff des Mensch-Seins abweichend für das geplante Gesetz enger ziehen zu wollen, als dies nach dem Grundgesetz gilt.

Genauso wenig wie den Anfangspunkt menschlichen Lebens definiert das geplante Gesetz den Endpunkt des menschlichen Lebens. Auch diese gewollte Regelungslücke legt nahe, den Endpunkt menschlichen Lebens analog dem nach dem Grundgesetz geltenden Endpunkt menschlichen Lebens anzunehmen.

§ 630 c BGB [Aufklärung]

(1)

Unter dem Begriff Aufklärung ist die Gesamtheit aller Informationen über eine Heilbehandlung und ihre Auswirkungen auf den Patienten zu verstehen.

(2)

Die Aufklärung hat durch den Heilbehandler zu erfolgen, der die Heilbehandlung in Person erbringt. Die Aufklärung erfolgt durch ein mündliches Gespräch zwischen dem Heilbehandler und dem Patienten. Die Aufklärung muss verständlich erfolgen.

(3)

Unterschreibt der Patient ein Protokoll über die erfolgte Aufklärung, so muss der Heilbehandler noch vor Beginn der Heilbehandlung dem Patienten eine Kopie des Protokolls aushändigen.

Anmerkungen:

Zu Absatz 1:

Der Absatz 1 enthält eine Definition dazu, was unter dem Begriff Aufklärung im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen ist.

Zu Absatz 2:

Der Absatz 2 des § 630 c BGB bestimmt zunächst, wer die Aufklärung zu erbringen hat. Da nach der geplanten Vorschrift der Heilbehandler, die Aufklärung vorzunehmen hat, der die Heilbehandlung in Person bringt, scheiden als Aufklärungsverpflichtete die juristischen Personen oder die Anstalten des öffentlichen Rechts aus, da diese „Personen“ eine Heilbehandlung in Person nicht erbringen können. Dies ist gewollt.

Der Satz 2 bestimmt nämlich, dass die Aufklärung durch ein mündliches Gespräch zwischen dem Heilbehandler und dem Patienten erfolgt. Nicht ausgeschlossen wird durch diese geplante Vorschrift, dass der Heilbehandler bei dem Aufklärungsgespräch andere Medien zur besseren Veranschaulichung einsetzt.

Der Satz 3 bestimmt weiter, dass die Aufklärung verständlich zu erfolgen hat. Wann eine Aufklärung als verständlich anzusehen ist, muss der Entscheidung der Gerichte im Einzelfall überlassen bleiben. Dies hat praktische Gründe beispielsweise in der Frage, wann ein Ausländer als verständlich aufgeklärt anzusehen ist. Bei nüchterner Betrachtung der Realität ist davon auszugehen, dass mangels professionalisierter Übersetzungsdienste vielfach Ausländer nicht verständlich aufgeklärt werden. Dasselbe Problem betrifft auch behinderte Patienten. Auch hier gibt es keine flächendeckend vorhandenen Dolmetscherdienste, z.B. Dolmetscher für Gebärdensprache. Dieser Mangel ist aber nicht durch eine gesetzliche Vorschrift in diesem Gesetz aufzufangen.

Zu Absatz 3.:

Auch wenn nach den geplanten Vorschriften die Aufklärung mündlich zu erfolgen hat, kann der Heilbehandler sich ein Protokoll der erfolgten Aufklärung von dem Patienten unterschreiben lassen. In diesem Fall bestimmt die Vorschrift, dass der Heilbehandler dem Patienten noch vor Beginn der Heilbehandlung eine Kopie dieses unterschriebenen Protokolls aushändigen muss. So ist der Patient davor geschützt, dass das Protokoll nach Beginn der Heilbehandlung verändert wird.

§ 630 d BGB [*Diagnoseaufklärung*]

(1)

Der Heilbehandler ist verpflichtet, dem Patienten die Diagnose seiner Erkrankung vollständig mitzuteilen, wenn die Diagnose gesichert ist.

(2)

Der Heilbehandler ist nur dann berechtigt, dem Patienten die gesicherte Diagnose nicht vollständig mitzuteilen, wenn

1. die Mitteilung der Diagnose aus medizinischen Gründen kontraindiziert ist.

oder

2. der Patient die Mitteilung der Diagnose ausdrücklich ablehnt.

Anmerkungen:

Zu Absatz 1:

§ 630 d Abs. 1 BGB definiert den Begriff der Diagnose nicht. Auch in den anderen Paragraphen des geplanten Gesetzes wird der Begriff Diagnose nicht definiert. Dies ist jedoch nicht erforderlich. Bei der Ausfüllung des Bedeutungsgehaltes dieses Begriffes könnte ein Gericht immer auf die Definition des Begriffs Diagnose in der medizinischen Wissenschaft zurückgreifen. In der medizinischen Wissenschaft bezeichnet der Begriff Diagnose das Erkennen und Unterscheiden von Krankheitszeichen und deren Zuordnung zu einem Krankheitsbild.

Ebenfalls nicht definiert wird in diesem geplanten Gesetz der Begriff „vollständig“. Es erscheint auch nicht erforderlich, den Begriff „vollständig“ in diesem geplanten Gesetz zu definieren. Im üblichen Wortsinne bedeutet der Begriff „vollständig“ grundsätzlich „alles“, im Zusammenhang dieses Paragraphen bedeutet der Begriff also alle Informationen über die Diagnose der Krankheit eines Patienten.

Der Absatz 1 des geplanten § 630 d BGB entspricht der gegenwärtigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Nach gegenwärtiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss der Patient erfahren, dass er krank ist und an welcher Krankheit er leidet (vgl. BGH NJW 1992, 2354).

Der Heilbehandler darf dem Patienten die Diagnose nach diesem geplanten Paragraphen nur eröffnen, wenn die Diagnose gesichert ist. Auch diese geplante Regelung entspricht der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Danach darf der Arzt den Patienten nicht mit unsicheren, nicht erwiesenen oder unbestätigten Diagnosen beschweren bzw. belasten (BGHZ 85,327).

Zwar wird der Begriff „gesichert“ in diesem geplanten Gesetz nicht definiert. Auch hier ist hinzunehmen, dass der übliche Wortsinn zur Auslegung des Begriffs herangezogen wird. In den einzelnen Gerichtsverfahren mögen die Gerichte zu verschiedenen Auffassungen kommen, wann eine Diagnose als gesichert zu gelten hat. Diese Unsicherheit ist aber nicht vermeidbar.

Zu Absatz 2 :

§ 630 d Abs. 2 BGB statuiert zwei wichtige Ausnahmen von der umfassenden Regelung des § 630 d Abs. 1 BGB.

Nach der geplanten Ziffer 1 des § 630 d Abs. 2 BGB hat die Eröffnung der vollständigen Diagnose von dem Heilbehandler dann zu unterbleiben, wenn die Eröffnung der Diagnose aus medizinischen Gründen kontraindiziert ist.

Diese geplante Bestimmung weicht von der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ab. Nach gegenwärtiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann der Arzt die Diagnose auch dann dem Patienten verschweigen, wenn die Mitteilung der Diagnose an den Patienten nicht im medizinischen Sinn kontraindiziert ist. Der Arzt kann gegenwärtig auch dann seinem Patienten die Diagnose verschweigen, wenn nicht zu befürchten ist, dass der Patient durch die Eröffnung dieser schweren Diagnose Krankheitsbilder, wie zum Beispiel eine Depression, entwickelt.

Diese gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes läuft aber der Selbstbestimmung des Patienten zuwider und vermindert insbesondere bei hoffnungslosen Prognosen – wie zum Beispiel bei einer unheilbaren Tumorerkrankung – die Chancen des Patienten, den Rest seines verbleibenden Lebens noch nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Deswegen bestimmt die vorgeschlagene Vorschrift aus § 630 d Abs. 2 Ziffer 1 ausdrücklich, dass der Heilbehandler nur dann dem Patienten die Diagnose vorenthalten darf, wenn tatsächlich durch die Eröffnung der Diagnose bei dem Patienten ein neuer Krankheitszustand geschaffen wird oder die Verschlechterung eines bereits bestehenden Krankheitszustandes zu befürchten ist.

In diesem geplanten Gesetz wird auf eine auch nur beispielhafte Aufzählung der möglichen medizinischen Gründe, die eine Eröffnung der Diagnose verbieten, verzichtet. Dies kann hingenommen werden. Zwar besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung eine Fülle von Gründen unter den Begriff medizinische Gründe fasst, über die man sich vortrefflich streiten könnte. Aber eine nur beispielhafte Aufzählung der Gründe, die als medizinische Gründe in Frage kommen, würde dieses Problem nicht beseitigen helfen. Denn eine nur beispielhafte Aufzählung der Gründe ließe der Rechtsprechung den Freiraum, weitere Gründe unter diese medizinischen Gründe zu fassen. Es bliebe nur die Möglichkeit, eine abschließende Aufzählung der in Betracht kommenden Gründe vorzunehmen. Dies würde zwar der Rechtsprechung den vorbeschriebenen Freiraum nehmen. Auf der anderen Seite würde dieses Vorgehen aber die Gefahr in sich bergen, dass eine Lücke verbliebe, die auch nicht geschlossen werden kann, weil die Rechtsprechung nicht flexibel auf den Einzelfall reagieren kann.

Der § 630 d Abs.2 Ziffer 2 gibt dem Patienten die Möglichkeit auf die Eröffnung der Diagnose generell zu verzichten. Diese Vorschrift ist notwendig, weil die Gesamtkonstruktion des § 630 d BGB ohne die Ziffer 2, die Möglichkeit der Bevormundung des Patienten in sich bergen würde. Ohne diese Ziffer 2. müsste nämlich jeder Patient sich die Diagnose von dem Heilbehandler mitteilen lassen, wenn dieses nicht aus medizinischen Gründen kontraindiziert wäre. Es zeichnet aber gerade einen mündigen Patienten aus, dass er echte Wahlmöglichkeiten hat, unter denen er selbstbestimmt auswählen kann.

§ 630 e BGB [Verlaufsaufklärung]

Der Heilbehandler hat den Patienten über den Verlauf der geplanten Therapie und die Risiken der Therapie vollständig aufzuklären. Der Heilbehandler hat den Patienten vollständig über den Verlauf der Krankheit und ihre Folgen ohne die geplante Therapie aufzuklären.

Anmerkungen:

Der geplante § 630 e BGB normiert für den Heilbehandler die Verpflichtung, den Patienten vollständig über den Verlauf der Therapie und den Verlauf der Krankheit ohne die geplante Therapie aufzuklären.

Die so geplante Vorschrift normiert eine umfassendere Verpflichtung des Heilbehandlers, als nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

Zwar muss nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Arzt den Patienten darüber informieren, was mit ihm im Rahmen der geplanten Therapie geschehen soll und wie seine Krankheit ohne die geplante Therapie verlaufen wird. Dabei muss der Arzt aber nicht alle Einzelheiten des voraussichtlichen Verlaufs mitteilen, sondern der Bundesgerichtshof lässt eine „Aufklärung im Großen und Ganzen“ ausreichen (BGH VersR 1971,929,930). Der Arzt muss also nach gegenwärtiger Rechtslage eine Auswahl der Informationen bezüglich des Therapieverlaufes treffen, die er dem Patienten mitteilt. Allerdings muss der Arzt, sollte es zu einem gerichtlichen Streit kommen, das Gericht davon überzeugen, dass er dem Patienten genügend Informationen mitgeteilt hat.

Darüber hinaus kann nach gegenwärtiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Arzt auf die Aufklärung über den Verlauf ganz verzichten, wenn der Patient mit einer sogenannten landläufigen Bezeichnung des Eingriffes auch als Laie genügend ins Bild gesetzt wird. Welche landläufigen Bezeichnungen der Bundesgerichtshof im Einzelfall hierunter verstehen will, ist nicht eindeutig vorhersehbar. Beispielsweise ist bereits die Bezeichnung „Bestrahlung“ keine ausreichend landläufige Bezeichnung nach Ansicht des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 1972, 335,336).

Verkomplizierend kommt hinzu, dass nach Auffassung des Bundesgerichtshofes dann alle Informationen hinsichtlich des Verlaufes von dem Arzt an den Patienten mitzuteilen sind, wenn der Verzicht auf die Therapie eine sinnvolle Alternative darstellt. Ist eine Therapie verzichtbar, genügt eine Information im Großen und Ganzen nicht (BGH VersR 1980,1145).

Zum einen wird diese Rechtsprechung dem Leitbild eines mündigen und selbstbestimmten Patienten nicht gerecht, weil diese Rechtsprechung in Kauf nimmt, dass dem Patienten Informationen vorenthalten werden. Den Interessen der Heilbehandler auf eine sichere Rechtsgrundlage ihrer Tätigkeit wird durch eine solche Rechtsprechung aber auch nicht Genüge getan. Denn diese Rechtsprechung entscheidet im Einzelfall immer, nachdem die Therapie erfolgt ist, ob die dem Patienten mitgeteilten Informationen ausreichend gewesen sind. Wollte hier der Heilbehandler wirklich sichergehen, keinen Fehler zu machen, müsste er schon jetzt sämtliche Informationen über den Verlauf dem Patienten mitteilen. Insofern ist es den Interessen sowohl der Heilbehandler als auch der Patienten dienlicher, dass eine klare Pflicht dem Heilbehandler auferlegt wird, dem Patienten sämtliche Informationen über den Verlauf mit und ohne Therapie mitzuteilen.

§ 630 f BGB [Aufklärung über Therapiealternativen]

(1)

Der Heilbehandler hat den Patienten über Therapiealternativen zu der vom Heilbehandler vorgeschlagenen Therapie vollständig aufzuklären. Der Heilbehandler hat den Patienten über die Bewertung der vom Heilbehandler vorgeschlagenen Therapie in der medizinischen Wissenschaft aufzuklären.

(2)

Der Heilbehandler hat den Patienten über Alternativtherapien anderer Heilbehandler oder deren Behandlungseinrichtungen aufzuklären.

Anmerkung:

Zu Absatz 1:

Die Vorschrift des § 630 f BGB normiert ausdrücklich, dass der Patient einen Anspruch auf vollständige Informationen über bestehende Alternativtherapien zu der von dem Heilbehandler vorgeschlagenen Therapie hat.

Dieses Recht des Patienten ist in der gegenwärtigen Rechtsprechung sehr unklar geregelt. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung hat der Arzt grundsätzlich die Verpflichtung, über alternative Behandlungsmethoden aufzuklären. Die ärztliche Verpflichtung zur Aufklärung setzt auch nicht voraus, dass die wissenschaftliche Diskussion über Risiken von Alternativtherapien bereits abgeschlossen ist und zu allgemein akzeptierten Ergebnissen geführt hat (BGH NJW 1996,776). Demgegenüber soll nach der Rechtsprechung dann nicht über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufgeklärt werden müssen, wenn sich die alternative Therapie noch in der Erprobung befindet. (LG Koblenz; VersR 1994,1349). Diese letztere Rechtsprechung beruht zwar auf einer Entscheidung eines Landgerichts – also einer unteren Instanz. Das Vorliegen dieser Entscheidung, auf welche sich auch andere Gerichte bei ihren Entscheidungen wiederum beziehen, illustriert, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes diese Lücken lässt, die von den Gerichten der unteren Instanzen gefüllt werden.

So ist es schwierig, eine allgemeine Linie der gegenwärtigen Rechtsprechung zu erkennen.

Die vorgeschlagene Regelung beseitigt diese Rechtsunsicherheit. Dies dient sowohl den Interessen der Patienten wie auch der Heilbehandler.

Der Heilbehandler hat nach dieser vorgeschlagenen Vorschrift zusätzlich die Verpflichtung, den Patienten über die Bewertung der vom Heilbehandler vorgeschlagenen Therapie in der medizinischen Wissenschaft aufzuklären. Diese Vorschrift hat den Zweck, dem Patienten nachdrücklich zu verdeutlichen, ob der Patient eine Außenseitertherapie wählt oder eine Therapie, die der Routine entspricht und wissenschaftlich gut erforscht ist. Vor diesem Hintergrund kann der Patient sich auch ein zusätzliches Bild von dem Risiko machen, dass möglicherweise mit der von dem Heilbehandler vorgeschlagenen Therapie verbunden ist.

Der Begriff der medizinischen Wissenschaft wird in diesem vorgeschlagenen Gesetz nicht näher definiert. Dies erscheint als unmöglich. Die Begriffsdefinition wird daher der Rechtsprechung überlassen bleiben müssen.

Zu Absatz 2:

Die so vorgeschlagenen Norm des § 630 f Abs. 2 BGB normiert die ausdrückliche Verpflichtung der Heilbehandler, den Patienten über unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten der Heilbehandler aufzuklären.

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung muss der Arzt in dieser Hinsicht den Patienten überhaupt nicht aufklären. Es ist explizit entschieden worden, dass ein Arzt den Patienten nicht darauf hinzuweisen braucht, dass die medizinischen Gegebenheiten im kommunalen Krankenhaus schlechter seien als in der Universitätsklinik, oder dass mangels optimaler Ausstattung nicht die modernsten Methoden zum Einsatz kommen könnten oder das Nachbar Krankenhaus über keine moderne Apparatur verfügt (BGH NJW 1988,763).

Der Arzt muss also nicht über qualitative Unterschiede oder gar Qualitätsprobleme der einzelnen Behandlungseinrichtungen aufklären.

Diese Rechtsprechung erscheint als inzwischen nicht mehr zeitgemäß. Zwischenzeitlich ist nicht zuletzt durch das Internet eine derartige Vernetzung der einzelnen Anbieter eingetreten, so dass man den einzelnen Heilbehandlern zumuten kann, dass sie über die jeweiligen Möglichkeiten anderer Heilbehandler Kenntnis haben. Diese Vernetzung der Heilbehandler und der bessere Überblick über die Möglichkeiten der Heilbehandler im Gesundheitswesen ist auch Ziel der Gesundheitspolitik. Deswegen ist es nur konsequent, dem einzelnen Heilbehandler die Pflicht aufzuerlegen, den Patienten über die unterschiedlichen Behandlungsmöglichkeiten auch anderer Heilbehandler aufzuklären.

§ 630 g BGB [Zeitpunkt der Aufklärung]

(1)

Der Heilbehandler muss den Patienten vor Beginn der Heilbehandlung aufklären.

(2)

Ist Gegenstand der Heilbehandlung ein chirurgischer Eingriff, so muss der Heilbehandler den Patienten spätestens bis 18.00 Uhr des dem chirurgischen Eingriff vorangehenden Tages aufklären. Mit Einwilligung des Patienten kann die Aufklärung auch später erfolgen.

Anmerkung:

Der § 630 g BGB normiert den Zeitpunkt, zu welchem die Aufklärung des Heilbehandlers erbracht werden soll. Es werden in den zwei Absätzen unterschiedliche Zeitpunkte der Aufklärung normiert.

Die vorgeschlagene Norm soll die gegenwärtige Rechtsprechung, die sehr unübersichtlich ist, vereinheitlichen.

Zu Absatz 1:

Der Absatz 1 normiert, dass der Patient vor Beginn der Heilbehandlung aufzuklären ist. Die Aufklärung hat also vor der Heilbehandlung zu erfolgen. Dies bedeutet, dass der Heilbehandler nicht nur vor dem Beginn der Therapie aufzuklären hat, sondern vor Beginn jeglicher Heilbehandlungsmaßnahme. Damit hat der Heilbehandler zum Beispiel auch vor Eingriffen aufzuklären, die lediglich zum Zweck der Diagnosestellung erfolgen.

Diese vorgeschlagene Regelung entspricht der gegenwärtigen Rechtslage; danach ist der Patient so rechtzeitig aufzuklären, dass er das Für und Wider der Behandlung abwägen kann.

Zu Absatz 2:

Der Absatz 2 normiert den Zeitpunkt der Aufklärung bei chirurgischen Eingriffen.

Gerade bezüglich des Zeitpunktes der Aufklärung bei chirurgischen Eingriffen ist die Rechtsprechung sehr lückenhaft.

So hat der Bundesgerichtshof eine Aufklärung am Vorabend des Eingriffes in aller Regel für verspätet gehalten (BGH NJW 1991, 2351). Hingegen soll eine Aufklärung über die Risiken des Eingriffes am Vortage in vielen Fällen noch ausreichend sein. Daraus ergibt sich nicht nur die Frage, welche Fälle diese betrifft, sondern auch die Frage, wann der Vorabend beginnt. Die eindeutige Beantwortung dieser Frage ist der Bundesgerichtshof schuldig geblieben. Die Festlegung, wann der Vorabend beginnt, hat aber praktische Relevanz. Es entspricht nämlich der Übung in vielen Krankenhäusern, erst am späten Nachmittag oder am Abend vor dem Operationstag das entscheidende Aufklärungsgespräch zu führen.

Bei normalen ambulanten Eingriffen hat der Bundesgerichtshof eine Aufklärung erst am Tage des Eingriffes für rechtzeitig gehalten (BGH NJW 1996,777). Es verbleibt die Frage, was unter normalen Eingriffen zu verstehen ist.

Mit der vorgeschlagenen rechtlichen Regelung des § 630 g Abs. 2 Satz 1 BGB soll die Rechtsprechung zu dem Zeitpunkt der Aufklärung bei chirurgischen Eingriffen vereinheitlicht werden. Es wird ein fester Termin gesetzt, bis zu dem aufgeklärt sein muss, nämlich bis um 18.00 Uhr des Tages vor dem Eingriff. Dabei soll es unerheblich sein, ob es sich um einen

ambulanten oder stationären Eingriff handelt. Diese Regelung erscheint deswegen als notwendig, weil es sich bei chirurgischen Eingriffen um Therapien mit erhöhtem Risiko handelt. Zusätzlich ist ein chirurgischer Eingriff regelmäßig – bezogen auf die Planung und Vorbereitung – sehr aufwendig. Würde das geplante Gesetz es ausreichen lassen, dass der Patient erst unmittelbar vor Einleitung der Narkose aufgeklärt werden muss, könnte sich ein Patient psychisch unter Druck gesetzt fühlen, den aufwendig vorbereiteten Eingriff in jedem Fall durchführen zu lassen. Auf diese Weise wäre nämlich eine freiwillige Einwilligung in den chirurgischen Eingriff nicht gegeben.

Allerdings kann nicht verkannt werden, dass die Setzung eines starren Termins auch Probleme mit sich bringt. Dies betrifft nicht nur Notfälle, in denen sofort reagiert werden muss. Es ist darüber hinaus vorstellbar, dass ein Patient gegen Mitternacht in ein Krankenhaus eingeliefert wird und eine sofortige Operation zwar nicht aus Notfallgründen angezeigt wäre. Eine sofortige Operation würde es ihm aber ersparen, dass er ausschließlich wegen des starr gesetzten Aufklärungszeitpunktes unnötig lange im Krankenhaus bleiben müsste. Deswegen bestimmt § 630 Abs. 2 Satz 2 BGB, dass ein Patient auch später aufgeklärt werden kann. Hierzu ist aber die Einwilligung des Patienten erforderlich. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient sich auch unter Druck gesetzt fühlt, diese Einwilligung zu erteilen. Dies ist aber aus praktischen Gründen hinzunehmen.

§ 630 h BGB [*Einwilligung des Patienten*]

(1)

Die Aufklärung nach den §§ 630 c BGB bis 630 g BGB ist die Selbstbestimmungsaufklärung

(2)

Nach der erfolgten Aufklärung übt der Patient sein Selbstbestimmungsrecht aus, in dem er in die vorgeschlagene Heilbehandlung einwilligt oder sie ablehnt. Ohne Einwilligung des Patienten darf keine Heilbehandlung erfolgen.

Anmerkungen:

Zu Absatz 1:

Der Absatz 1 des § 630 h BGB enthält eine Begriffsbestimmung und stellt klar, dass die Aufklärung nach den vorherigen Paragraphen die Selbstbestimmungsaufklärung darstellt.

Zu Absatz 2:

§ 630 h Abs. 2 BGB legt fest, dass nach der Selbstbestimmungsaufklärung der Patient in die vorgeschlagene Behandlung einwilligen kann oder sie ablehnen kann. Des weiteren legt der § 630 h Abs. 2 BGB in seinem zweiten Satz fest, dass ohne eine Einwilligung des Patienten keine Heilbehandlung erfolgen darf.

§ 630 i BGB [Aufklärung über die Kosten]

(1)

Der Heilbehandler ist verpflichtet, den Patienten vor Beginn der Heilbehandlung über die Kosten der Heilbehandlung aufzuklären. Der Heilbehandler hat den Patienten darüber aufzuklären, ob ein Dritter die Kosten der Heilbehandlung übernimmt.

(2)

Die Verpflichtung des Heilbehandlers aus Abs. 1 des § 630 i BGB ist nicht Bestandteil der Selbstbestimmungsaufklärung. Verletzt der Heilbehandler seine Verpflichtung aus Abs. 1 des § 630 i BGB, so steht dem Patienten ein Schadensersatzanspruch zu.

Anmerkung:

Zu Absatz 1:

Diese vorgeschlagene Norm normiert für den Heilbehandler ausdrücklich die Verpflichtung, den Patienten vor Beginn der Heilbehandlung über die Kosten der Heilbehandlung aufzuklären und darüber aufzuklären, ob ein Dritter die Kosten der Heilbehandlung übernimmt. Dritter im Sinne des § 630 i BGB ist jeder Kostenträger, wie etwa eine Krankenkasse oder eine private Krankenversicherung.

Die gegenwärtige Rechtsprechung bezüglich dieser Aufklärungsverpflichtung ist sehr unübersichtlich

Zwar erstreckt sich die Aufklärungspflicht des Arztes nach gegenwärtiger Rechtslage auch auf die wirtschaftlichen Folgen seiner Behandlung für den Patienten. So hat die Rechtsprechung festgelegt, dass der Arzt über alternative Methoden, die entstehenden Kosten und deren Übernahme durch den Krankenversicherer aufklären muss (OLG Düsseldorf MedR 1986,208).

Auch gehört es nach der Rechtsprechung zu der vertraglichen Nebenpflicht des Krankenhausträgers, dass rechtzeitig ein Hinweis auf eine bevorstehende Umstufung vom Behandlungs- zum Pflegefall gegeben wird, damit der Patient vor unnötigen finanziellen Lasten bewahrt bleibt (OLG Koblenz MedR 1991,335).

Ebenfalls hat der behandelnde Arzt den Patienten unmissverständlich darauf aufmerksam zu machen, dass die Krankenkasse die Operationskosten einer kosmetischen Operation möglicherweise nicht tragen werde (LG Bremen NJW 1991,2352).

Auch eine durch noch nichts bewiesene kostspielige Therapie muss den Arzt veranlassen, den Patienten mit aller Deutlichkeit auf die wirtschaftlichen Folgen seines Entschlusses hinzuweisen (OLG Hamm NJW 1995,790).

Auf der anderen Seite führen aber Kritiker der bisherigen Rechtsprechungslinie an, dass es nicht sein könne, dass der Arzt zum Sachwalter fremder Vermögensinteressen gemacht wird. Die Grenzlinie wird wohl dort zu ziehen sein, wo der Arzt kraft überlegenen Wissens erkennen muss, dass der Patient sich unsinnige finanzielle Lasten aufbürdet (Laufs NJW 1988,1506 mit weiteren Nachweisen).

Deswegen existieren in der Rechtsprechung nur Urteile zu Einzelfällen.

Gerade aber die Aufklärung über die wirtschaftlichen Folgen einer Heilbehandlung hat durch die Gesundheitsreform, die am 1.1.2004 in Kraft getreten ist, besondere Aktualität erhalten. Die Gesundheitsreform bietet unter bestimmten Voraussetzungen den gesetzlich krankenversicherten Personen an, statt dem vor dem 1.1.2004 praktisch ausschließlich in der gesetzlichen Krankenversicherung vorhandenen Sachleistungsprinzip die Kostenerstattung zu wählen. Hierbei kann es wesentlich häufiger auftreten, dass der Arzt den Patienten mit The-

rapien behandelt, die entweder gar nicht oder nur teilweise im Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sind. Deswegen können die Kosten dieser Therapiemöglichkeiten von der Krankenkasse entweder gar nicht oder nur teilweise erstattet werden.

Nach der zu § 630 i Abs. 1 BGB vorgeschlagenen Regelung müsste der Heilbehandler also darüber aufklären, welche Heilbehandlungen von der Gesetzlichen Krankenversicherung erstattet werden und welche nicht.

Zu Absatz 2:

Diese Regelung stellt klar, dass die Verletzung der Aufklärungsverpflichtung aus § 630 i Abs.1 BGB keinen Schmerzensgeldanspruch nach sich zieht. Es kann bei der Verletzung der Aufklärung über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung lediglich ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden.

§ 630 j BGB [Dokumentation]

(1)

Der Ablauf der Heilbehandlung ist vom Heilbehandler vollständig zu dokumentieren.

(2)

Die Dokumentation der Heilbehandlung erfolgt grundsätzlich in einer für einen sachkundigen Dritten verständlichen Schriftform oder durch elektronische Speicherung, wenn eine nachträgliche Veränderung der eingegebenen Daten technisch nur in der Form möglich ist, dass nachträgliche Änderungen kenntlich gemacht werden.

Ausnahmen hiervon sind nur zulässig, wenn die Wiedergabe der zu dokumentierenden Untersuchungsbefunde in Schriftform nicht oder nicht vollständig möglich ist. Dies gilt beispielsweise für Röntgenbilder, Ultraschallbilder und Fotostrecken. In diesen Fällen sind die Untersuchungsbefunde in der jeweils üblichen Form zu dokumentieren.

(3)

Jedes Ereignis während einer Heilbehandlung ist binnen einer Frist von 24 Stunden zu dokumentieren. Ein später oder gar nicht eingetragenes Ereignis gilt als nicht stattgefunden.

(4)

Die Behandlungsdokumentation ist von der Person aufzubewahren, die aus dem Heilbehandlungsvertrag die Behandlungsleistung schuldet. Kommt kein Heilbehandlungsvertrag zustande, und wird dennoch eine Heilbehandlung durchgeführt, so schuldet der Heilbehandler, der die Heilbehandlung vorgenommen hat, die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation.

(5)

Die Behandlungsdokumentation ist 30 Jahre aufzubewahren. Geht die Behandlungsdokumentation verloren, gilt die Dokumentation als nicht angefertigt.

Anmerkung:

Zu Absatz 1:

Der geplante § 630 j Absatz 1 BGB normiert ausdrücklich die Verpflichtung des Heilbehandlers, den Ablauf seiner Heilbehandlung vollständig zu dokumentieren.

Diese Norm entspricht der gegenwärtigen Rechtslage im Arztrecht.

Es entspricht heute ständiger Rechtsprechung, dass die Ärzte zur Dokumentation ihrer Tätigkeit verpflichtet sind (BGH NJW 1978,227). Ungeachtet der unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Rechtsgrundlage einer ärztlichen Dokumentationspflicht kann es heute als gesichert gelten, dass den Arzt auch ohne ein Vorliegen vertraglicher Beziehungen eine allgemeine Verpflichtung trifft, das Behandlungsgeschehen zu dokumentieren (BGH VersR 1983,983).

Die ärztliche Verpflichtung zur Dokumentation ist sehr weitgehend. Sie bezieht sich auf Anamnese, Diagnose und Therapie.

Diagnostische Bemühungen, Funktionsbefunde, Art und Dosierung einer Medikation, ärztliche Hinweise zu Anweisungen an die Funktions- und Behandlungspflege, eine Abweichung von Standardbehandlungen sind ebenso zu dokumentieren wie die ärztliche Aufklärung, der Verlauf einer Operation und Narkose. Unerwartete Zwischenfälle, der Wechsel des Operateurs während der Operation, Anfängerkontrolle, Intensivpflege, Verlassen des Krankenhauses

ses gegen den ärztlichen Rat und getroffene Sicherheitsvorkehrungen gegen eine Selbstschädigung des Patienten sind ebenfalls zu dokumentieren (BGH NJW 1985,2194).

Zu Absatz 2:

Der Absatz 2 weicht von der gegenwärtigen Rechtslage im Arztrecht ab.

An die Form der Dokumentation stellt die Rechtsprechung keine spezifischen Anforderungen. Entscheidend ist immer, ob die Angaben für einen Fachmann verständlich sind (BGH NJW 1984,1403). Es besteht gegenwärtig auch nicht die Anforderung an Ärzte, computergestützte Krankenunterlagen mit einem überschreibgeschützten Computerprogramm – wie dies etwa bei Buchhaltungsprogrammen üblich ist – zu führen. So können derzeit Krankenunterlagen, die mit einem Computer geführt werden, nachträglich unerkannt verändert werden.

Demgegenüber normiert der vorgeschlagene § 630 j Absatz 2 BGB, dass die Dokumentation grundsätzlich in Schriftform zu führen ist. Auch die elektronisch geführte Dokumentation ist dann erlaubt, wenn entsprechende technische Vorkehrungen eine nachträgliche unerkannte Änderung der eingegebenen Daten unmöglich machen.

Von diesen beiden grundsätzlichen Formerfordernissen bestimmt § 630 j Abs. 2 Ziffer 1 BGB eine Ausnahme, die rein praktischer Natur ist. Es gibt in der medizinischen Praxis Befunde, die entweder gar nicht oder nicht vollständig schriftlich niedergelegt werden. In der Ziffer 1 werden beispielhaft Röntgenbilder, Ultraschallbilder und Fotostrecken aufgeführt. In der Ziffer 1 kann nur eine beispielhafte Aufzählung erfolgen, da eine vollständige Aufzählung zu umfassend werden würde und auch jederzeit dem medizinischen Fortschritt angepasst werden müsste.

Grundsätzlich wird von dem § 630 j Abs. 2 BGB noch das Erfordernis gestellt, dass ein sachverständiger Dritter die Behandlungsdokumentation nachvollziehen kann. Es erscheint unpraktikabel, einem Heilbehandler zumuten zu wollen, seine Behandlungsdokumentation für einen Laien verständlich zu führen.

Zu Absatz 3:

In Absatz 3 wird der Zeitpunkt normiert, an welchem die Behandlungsdokumentation zu erfolgen hat. Diese Regelung bestimmt eine eindeutige Frist zur Vornahme der Dokumentation des Behandlungsgeschehens.

Dies weicht von der gegenwärtigen Rechtsprechung im Arztrecht ab. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung muss die Dokumentation in unmittelbarem Zusammenhang mit der Behandlung oder dem Eingriff erfolgen (Hohloch NJW 1982, 2577,2581 mit weiteren Nachweisen). Die Rechtsprechung verzichtet aber auf eine nähere Bestimmung, welcher genaue Zeitpunkt mit der Formel „unmittelbarer Zusammenhang mit der Behandlung oder dem Eingriff“ bestimmt ist.

Die vorgeschlagene Regelung schafft mehr Rechtssicherheit.

§ 630 j Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmt, wie eine verspätet erfolgte Eintragung in die Behandlungsdokumentation zu behandeln ist.

Zu Absatz 4:

Absatz 4 normiert, wer für die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation und die Absicherung gegen den Verlust der Behandlungsdokumentation die Verantwortung trägt. Hier ist darauf hinzuweisen, dass nach der vorgeschlagenen Norm nicht zwingend derjenige die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation schuldet, der auch die Heilbehandlung

durchführt. Entscheidend kommt es nach der vorgeschlagenen Norm darauf an, wer aus dem Vertragsverhältnis die Heilbehandlung schuldet. Diese trägt dem Umstand Rechnung, dass häufig bei Krankenhausbehandlungen zwischen dem Patienten und dem Träger des Krankenhauses ein sogenannter totaler Krankenhausaufnahmevertrag zustande kommt. Demnach ist es nur konsequent, dem Krankenhaus die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation aufzuerlegen und nicht dem einzelnen im Krankenhaus angestellten Arzt, der die Heilbehandlung durchführt.

Da allerdings der Fall denkbar ist, dass zwischen dem Patienten und dem Heilbehandler kein Heilbehandlungsvertrag abgeschlossen wird, aber dennoch eine Heilbehandlung erfolgt, bestimmt der § 630 j Abs. 4 Satz 2 BGB dass für den Fall, dass kein Heilbehandlungsvertrag zustande kommt, der Heilbehandler zur Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation verpflichtet ist, der auch die Heilbehandlung durchgeführt hat.

Zu Absatz 5:

Absatz 5 trifft eine Bestimmung darüber, wie der Fall einer verlorengegangenen Behandlungsakte zu behandeln ist. Außerdem wird die Verpflichtung gesetzt, dass eine Behandlungsdokumentation 30 Jahre aufzubewahren ist.

§ 630 k BGB [*Herausgabe der Dokumentation*]

(1)

Der Heilbehandler hat dem Patienten auf Verlangen seine vollständige Behandlungsdokumentation in Kopie herauszugeben. Auf Verlangen des Patienten hat der Heilbehandler die Vollständigkeit der herausgegebenen Behandlungsdokumentation zu versichern.

(2)

Der Patient kann die Verpflichtung des Heilbehandlers aus § 630 k Abs.1 BGB jederzeit verlangen. Eine Begründung ist nicht erforderlich.

(3)

Der Patient schuldet dem Heilbehandler auf Verlangen des Heilbehandlers einen angemessenen Ersatz seines Kostenaufwandes.

(4)

Im Falle des Versterbens des Patienten gehen die Rechte und Pflichten nach § 630 k Abs. 1 – 3 BGB auf die Erben über.

Anmerkungen:

Der vorgeschlagene § 630 k BGB normiert die Herausgabeverpflichtung des Heilbehandlers der Behandlungsdokumentation an den Patienten.

Diese Vorschrift ist der gegenwärtigen Rechtslage nachgebildet, die sich vornehmlich aus dem § 810 BGB entwickelt hat. Da dieses Recht des Patienten in der Praxis häufig erst durch aufwendige Gerichtsverfahren durchgesetzt werden kann, wird die ausdrückliche Normierung dieses Patientenrechtes hier vorgeschlagen.

630 I BGB [*Ersatzansprüche bei Behandlungsfehler*]

(1)

Verstößt der Heilbehandler bei der Heilbehandlung gegen anerkannte Regeln der Heilkunde und erleidet der Patient durch diesen Verstoß einen Schaden, so stehen dem Patienten Ersatzansprüche gegen den Heilbehandler zu. Die Feststellung eines Verstoßes gegen die Heilkunde ist die juristische Bewertung einer Heilbehandlung.

(2)

Verstößt der Heilbehandler gegen das Recht des Patienten auf Aufklärung nach den §§ 630 c-g BGB und erleidet der Patient durch diesen Verstoß einen Schaden oder verwirklicht sich ein aufklärungspflichtiges Risiko bei dem Patienten, so stehen dem Patienten Ersatzansprüche zu.

(3)

Liegen die Voraussetzungen des § 630 I Abs.1 BGB oder des § 630 I Abs. 2 BGB vor, kann der Patient Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangen.

Anmerkungen:

§ 630 I BGB normiert ausdrücklich, welche Ersatzansprüche dem Patienten bei dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers des Heilbehandlers oder eines Verstoßes des Heilbehandlers gegen die Selbstbestimmungsaufklärung zustehen.

In § 630 I Absatz 1 Satz 2 BGB wird ausdrücklich klargestellt, dass die Wertung, ob ein Verstoß gegen die Regeln der Heilkunde vorliegt, eine juristische Wertung darstellt. Praktisch bedeutet dies, dass ein Gericht nicht an die Wertung eines medizinischen Sachverständigen gebunden ist, ob ein Verstoß gegen die Regeln der Heilkunde im von dem Gericht zu entscheidenden Fall anzunehmen ist.

Dies entspricht der überwiegenden gegenwärtigen Rechtsprechung, die auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgeht (BVerfG NJW 1982, 691,693).

§ 630 m BGB [*Beweislast bei Behandlungsfehler*]

(1)

Die Beweislast für den Verstoß des Heilbehandlers gegen anerkannte Regeln der Heilkunde trägt der Patient. Der Patient trägt auch die Beweislast für den eingetretenen Schaden.

(2)

Ist ein Verstoß gegen anerkannte Regeln der Heilkunde geeignet, einen Gesundheitsschaden zu verursachen, so wird vermutet, dass der Verstoß des Heilbehandlers gegen anerkannte Regeln der Heilkunde den Gesundheitsschaden bei dem Patienten verursacht hat.

Anmerkungen:

Der § 630 m BGB normiert in seiner zweiten Ziffer eine wesentliche Abweichung von der Beweislastverteilung, wie sie nach gegenwärtiger Rechtslage vorgenommen wird.

Grundsätzlich hat nach gegenwärtiger Rechtslage der Patient die volle Beweislast dafür zu tragen, dass dem Arzt ein Fehler unterlaufen ist und dieser Fehler zu einem Gesundheitsschaden bei ihm geführt hat. Unter der Beweislast ist die Verpflichtung einer Prozesspartei zu verstehen, eine behauptete Tatsache auch beweisen zu müssen. Die Prozesspartei, die eine Tatsache beweisen muss, trägt auch das Risiko dafür, dass der Beweis einer Tatsache nicht gelingt und damit der Prozess verloren geht. Die Frage, wer die Beweislast hat, kann prozessentscheidend sein.

Dass es unbillig ist, den Patienten generell mit der vollen Beweislast wie oben ausgeführt zu belasten, ist bereits von der Rechtsprechung erkannt worden. Dies hat dazu geführt, dass die Rechtsprechung dem Patienten in bestimmten Fällen die volle Beweislast abnimmt und zumindest ein Teil der Beweislast dem Arzt auferlegt. Dies nennt sich Beweislastumkehr.

Eine solche Beweislastumkehr ist insbesondere von der Rechtsprechung angenommen worden, wenn dem Arzt ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen ist. Ein grober Behandlungsfehler liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes dann vor, wenn das ärztliche Verhalten schlechterdings nicht mehr verständlich ist (BGH NJW 1983, 2080). Die Einstufung eines Behandlungsfehlers als einen groben Behandlungsfehler erfordert also eine Wertung des Gerichts im Einzelfall (BGH NJW 1986, 1540).

Der Bundesgerichtshof hat einen groben Behandlungsfehler zum Beispiel dann angenommen, wenn ein Arzt die Anzeichen einer bakteriellen Infektion übersieht und diese Anzeichen durch eine Injektion verwischt (BGH VersR 1985, 886). Ein Behandlungsfehler ist auch in dem Fall angenommen worden, wenn ein Arzt den alarmierenden Anstieg der Körpertemperatur eines am Sprunggelenk Operierten nicht zum Anlass einer Wundinspektion nimmt (BGH VersR 1987, 408). Ein grober Behandlungsfehler liegt auch dann nach Ansicht des Bundesgerichtshofes vor, wenn ein Arzt bei stärkeren Schmerzen des Patienten im Schulter- und Armbereich den Patienten nicht in ein Krankenhaus zur Abklärung eines möglichen Herzinfarktes einweist, wenn er die Diagnostik nicht selbst vornehmen kann (BGH NJW 1994, 801).

In diesen Fällen wird es dem Patienten abgenommen, zu beweisen, dass der als grob eingestufte Behandlungsfehler auch zu dem behaupteten Schaden bei dem Patienten geführt hat. Mithin wird in diesen Fällen dem Patienten der Kausalitätsbeweis zwischen Fehler und Schaden erlassen.

Das die Beweislastumkehr eine entscheidende Verbesserung zugunsten des Patienten bedeutet, kann man sich an Beispielsfällen gut verdeutlichen:

Beispiel:

Ein Kind wird mit schweren Verbrennungen in eine Kinderklinik eingeliefert. Nach einwöchiger Behandlung verstirbt das Kind im Krankenhaus. Ein nachträglich erstelltes Sachverständigengutachten kommt zu dem Schluss, dass den behandelnden Ärzten eine Reihe von Verstößen gegen die notwendige und medizinisch richtige Therapie von schweren Verbrennungen vorzuwerfen sind. Die Gutachter meinen aber dennoch, dass es nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Kind nicht auch dann gestorben wäre, wenn die Ärzte richtig gehandelt hätten, weil die Verbrennungen lebensbedrohlich gewesen sind.

Hier würden die Eltern des Kindes, die anstelle des verstorbenen Kindes Ersatzansprüche gegen das Krankenhaus stellen, keine Aussicht haben, den Prozess zu gewinnen. Zwar ist den Ärzten ein Fehlverhalten nachzuweisen. Der Nachweis jedoch, dass der eingetretene Schaden, nämlich der Tod des Kindes gerade auf diese ärztlichen Fehler zurückzuführen sind, kann von den Eltern bei einem solchen Sachverständigengutachten nicht gelingen. Der Kausalitätsbeweis müsste misslingen.

Ganz anders sähe es aus, wenn das Gericht in dem oben vorgestellten Fall in den ärztlichen Fehlern grobe Behandlungsfehler sehen würde. Denn dann müssten die Ärzte beweisen, dass der Tod des Kindes auch dann eingetreten wäre, wenn sie ihre Fehler nicht begangen hätten. Da das praktisch unmöglich ist, würden die Ärzte bzw. das Krankenhaus dann den Rechtsstreit verlieren.

Noch krasser fällt das Ergebnis aus, wenn man sich die Beweisproblematik von Patienten, die an mehreren Krankheiten leiden, also sogenannte multimorbide Patienten sind, vergegenwärtigt.

Beispiel:

Ein Diabetiker lässt eine Krampfaderoperation vornehmen. Nach der Vornahme der Krampfaderoperation klagt der Patient über Nervenschäden. Der Operateur macht geltend, dass die Nervenschäden die typischen Begleiterkrankungen der Diabetes des Patienten sind. Ein Sachverständigengutachten kommt zu dem Schluss, dass der Operateur die Operation fehlerhaft vorgenommen hat. Gleichzeitig kann der Sachverständige nicht ausschließen, dass die Nervenschäden tatsächlich eher in der Diabetes des Patienten ihre Ursache haben als in der fehlerhaften Operation.

Auch hier würde der Patient keine Aussicht auf Prozesserfolg haben, wenn nicht das Gericht den Operationsfehler als groben Behandlungsfehler werten würde.

Nun leiden aber insbesondere multimorbide Patienten an verschiedenen Erkrankungen. Diese Erkrankungen können häufig Symptome erzeugen, die der Symptomatik nach einem Behandlungsfehler gleichen. In der Regel ist es damit dem Gutachter unmöglich die Schadensfolge dem Fehler des Arztes und nicht der Grunderkrankung des Patienten zuzuordnen. Damit haben multimorbide Personen nur dann echte Erfolgchancen in einem Arzthaftungsprozess, wenn ein Gericht einen groben Behandlungsfehler anerkennt.

Vor diesem Hintergrund fällt die Kritik insbesondere der Literatur an der Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler ins Gewicht, dass völlig unvorhersehbar sei, ob ein Gericht einen Arztfehler als groben Arztfehler wertet (beispielsweise Giesen, Arzthaftungsrecht, Rdnr.455).

Im Interesse der Rechtssicherheit sollte normiert werden, dass der Patient den Beweis erbringen muss, dass einem Heilbehandler ein schuldhafter Fehler bei der Heilbehandlung unterlaufen ist. Auf diese Weise bleibt das Prinzip der Verschuldenshaftung bei Heilbehand-

lungen gewahrt. Für Heilbehandlungen würden durch dieses Gesetz keine Gefährdungshaftung eingeführt werden.

Der Patient soll auch den Beweis dafür erbringen, dass er überhaupt einen Schaden erlitten hat.

Den entscheidenden Beweis dafür, dass der Fehler des Heilbehandlers auch den Schaden bei dem Patienten verursacht hat, soll jedoch der Patient nicht tragen.

Nach dieser vorgeschlagenen Vorschrift hilft dem Patienten eine Kausalitätsvermutung. Der Patient muss dann nur noch darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass ein Verstoß gegen anerkannte Regeln der Heilkunde grundsätzlich geeignet ist, den aufgetretenen Gesundheitsschaden zu verursachen. Dagegen wäre nach der vorgeschlagenen Vorschrift von dem Heilbehandler der Beweis zu erbringen, dass sein Fehler im konkreten Fall nicht zu dem Schaden bei dem Patienten geführt hat.

Es wird dem Heilbehandler damit verwehrt, bei Nachweis eines von ihm begangenen Behandlungsfehlers seine Haftung für seinen Fehler dadurch auszuschließen, dass er sich auf Krankheitsumstände seines Patienten beruft. Dies kann nicht unbillig sein.

§ 630 n BGB [*Beweislast bei Aufklärungsfehler*]

(1)

Der Heilbehandler trägt die Beweislast dafür, dass die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten vor der Heilbehandlung erfolgt ist.

(2)

Der Patient trägt die Beweislast dafür, dass sich ein Schaden oder ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat.

Anmerkung:

Der § 630 n BGB normiert explizit die Rechtslage nach gegenwärtiger Rechtsprechung.

§ 407 b ZPO [*Darlegung der Sachkunde von Gutachtern*]

Ist der Gegenstand der Begutachtung eine Heilbehandlung, so hat der Gutachter vor seiner Bestellung den Prozessparteien seine Sachkunde darzulegen.

Anmerkung:

Es wird vorgeschlagen eine neue Norm des Zivilprozessrechts wie oben in die Zivilprozessordnung einzufügen.

Nach gegenwärtiger Rechtslage hat der Sachverständige nach Erhalt des Gutachtauftrages unverzüglich zu prüfen, ob der Gutachtauftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne Hinzuziehung weiterer Sachverständiger erledigt werden kann. Dies folgt aus § 407 a Abs. 1 ZPO. Nach gegenwärtiger Rechtslage prüft der Gutachter also selbst, ob er den Gutachtauftrag mit seinem Fachwissen bewältigen kann. Die Prozessparteien haben zunächst keine Möglichkeit, diese Selbsteinschätzung des Gutachters zu überprüfen und müssen diese Selbsteinschätzung so hinnehmen.

Dies ist misslich für den Fall, dass der Gutachter nach geraumer Zeit, in der er an dem Gutachten bereits schon gearbeitet hat, feststellt, dass er den Gutachtauftrag doch nicht erledigen kann. In diesem Fall kann bereits ein erheblicher Zeitverlust eingetreten sein.

Deswegen sollte der Gutachter durch die vorgeschlagene Norm des § 407 b ZPO verpflichtet werden, seine Sachkunde vor seiner Bestellung offen zu legen. Zwar ist damit die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Parteien noch vor Erstellung des Gutachtauftrages miteinander und mit dem Gutachter streiten. Hierdurch könnte der Prozess in die Länge gezogen werden. Jedoch würde eine Neuregelung wie vorgeschlagen insbesondere der Patientenseite eines Prozesses nicht wie derzeit häufig das Gefühl geben, dass der Gutachter sein Gutachten abgibt, nur um den Kollegen zu schützen, obwohl er tatsächlich nicht über ausreichende Sachkunde verfügt.