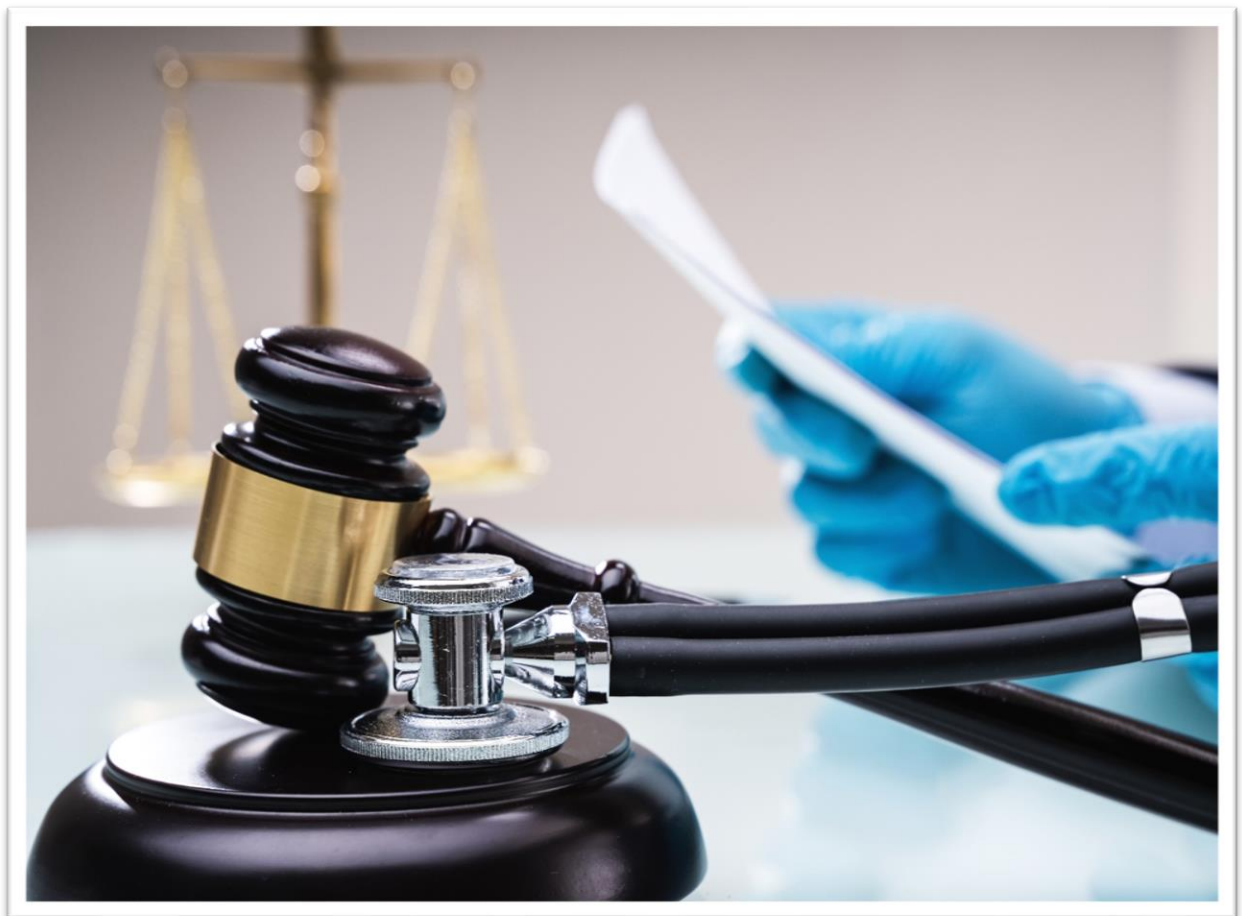


Mehr Patientenrechte wagen

Positionspapier des Medizinrechtsanwälte e.V. zur Stärkung
der Patientenrechte



Nach eingehender Diskussion im Vorstand des Medizinrechtsanwälte e.V. verzichten wir darauf, geschlechtsspezifische Formulierungen zu verwenden, um den Text nicht zu überfrachten. Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Männer, Frauen und diverse Personen in gleicher Weise. Eine Geschlechterdiskriminierung oder eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ist nicht beabsichtigt.

Vorwort

Alle Menschen machen Fehler – jeden Tag und in jedem Beruf. Aber in kaum einer Branche sind die Folgen dieser Fehler derart einschneidend für die Betroffenen wie im Gesundheitswesen.

Die Gutachter des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes der gesetzlichen Krankenversicherung (MDS) sind im Jahr 2020 insgesamt 14.042 Fällen von vermuteten Arztfehlern nachgegangen. Ihre Analyse ergab: In 74,7 Prozent der Fälle hat sich der Vorwurf nicht bestätigt. In 25,3 Prozent lag ein nachweisbarer Behandlungsfehler (mit Schaden) vor. Rund ein Drittel der Betroffenen müssen dauerhaft mit einer Beeinträchtigung infolge einer Fehlbehandlung leben. Knapp drei Prozent starben in Folge des Behandlungsfehlers. Die MD-Statistik listet hier 82 Opfer auf, bei denen ein Zusammenhang zwischen Behandlung und Tod bestehe.¹ Es wird allerdings davon ausgegangen, dass der tatsächliche Wert um das 30fache darüber hinaus gehen dürfte.

Die Verfolgung der Behandlungsfehler durch die Betroffenen und/oder ihre Angehörigen ist sehr schwer: Zum einen leiden die Betroffenen noch an den Folgen ihrer Erkrankung, ihres Unfalls und/oder des Behandlungsfehlers, müssen Rehabilitationsleistungen organisieren und durchführen, Renten beantragen und sich – sofern der Gesundheitsschaden nicht nur vorübergehender Natur ist – in einem Leben mit Behinderung zurechtfinden.

Am 26.2.2013 ist das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Kraft getreten. Dem Gesetzgeber ging es seinerzeit darum, Transparenz zu schaffen und die bisherige - für den Rechtsunterworfenen unüberschaubare - Rechtsprechung zu kodifizieren. Das Gesetz hat seinerzeit viel Zustimmung, aber auch viel Kritik hervorgerufen.² Letztlich ist durch die Kodifizierung der Rechtsprechung des BGH sicherlich ein Zugewinn an Transparenz für Leistungserbringer, Patienten und Versicherte erreicht, es ist dies aber nur ein erster Schritt auf dem Weg zur Verbesserung der Erfolgsaussichten der Patienten bei möglichen rechtlichen Auseinandersetzungen mit den jeweiligen Behandelnden.

¹ Quelle: Ärztezeitung, <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Medizinischer-Dienst-beklagt-Es-fehlt-ein-System-um-Arztfehler-zu-vermeiden-423586.html>.

² Vgl. z.B. Duttge, Fehler im Patientenrechtegesetz, JEK 2013, 135ff.;

Da das Patientenrechtegesetz im Februar 2023 sein 10-jähriges Jubiläum feiert, ist es an der Zeit, zwischen Patienten und Behandelnden bei der Durchsetzung ihrer Rechtspositionen Waffengleichheit herzustellen. Das scheint der Gesetzgeber ebenso zu sehen: Im Koalitionspapier „Mehr Fortschritt wagen“ heißt es u.a.: „Bei Behandlungsfehlern stärken wir die Stellung der Patientinnen und Patienten im bestehenden Haftungssystem. Ein Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen wird eingeführt.“

Wir begrüßen dieses Vorhaben ausdrücklich. Es ist an der Zeit, mehr Patientenrechte zu wagen und gesetzliche Erleichterungen zugunsten der geschädigten Patienten einzuführen.

Für die Stärkung der Patientenrechte sollten nicht nur die §§ 630a ff. BGB, sondern auch das Arzneimittelhaftungsrecht, das Prozessrecht und das Krankenversicherungsrecht einer Reformierung unterzogen werden. Der Medizinrechtsanwälte e.V. hat auf dem 22. Deutschen Medizinrechtstag am 30.09.2022 in Berlin erste Vorschläge für eine Stärkung der Patientenrechte zur Diskussion gestellt.

Nach Abschluss des Meinungsbildungsprozesses, in dem die Mitglieder und im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Medeinander“ zahlreiche im Medizinrecht tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte einzelne Thesen diskutieren konnten, legt der Medizinrechtsanwälte e.V. nunmehr ein eigenes Positionspapier vor. Wir begrüßen in weiten Teilen die Forderungen des AOK-BV und des SoVD³, formulieren aber auch eigene und teilweise weitergehende Positionen.

RA Dr. Thomas Motz (Vorstandsvorsitzender)

RAin Adelheid Kieper, RA Jörg Heynemann, RA Jan-Philipp Bergmann, RA Tobias Kiwitt (Vorstände des Medizinrechtsanwälte e.V.)

³ Vorschläge der AOK Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte bei Behandlungs- und Pflegefehlern sowie bei Medizinprodukteschäden (https://aok-bv.de/imperia/md/aokbv/positionen/positionspapiere/aok_positionspapier_patientenrechte_2021.pdf) und Sozialverband Deutschland, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, Gutachten Prof. Dr. Gutmann (<https://www.sovd.de/fileadmin/bundesverband/pdf/attachments/gutachten-patientenrechte/Gutachten-SoVD-Staerkung-Weiterentwicklung-Patientenrechte-Deutschland.pdf>).

Inhalt

| | |
|---|----|
| A. Problemstellung und Positionen in Kurzfassung | 6 |
| B. Allgemeiner Teil – Diskussionsstände | 11 |
| 1. Fortschreibung der §§ 630a ff. BGB | 11 |
| 1.1. Beweiserleichterungen | 11 |
| 1.1.1 Beweismaßreduktion | 11 |
| 1.1.2 Grober Behandlungsfehler | 13 |
| 1.1.3 Proportionalhaftung | 13 |
| 1.1.4 Beweiserleichterungen bei Verwendung einer elektronisch geführten Patientenakte | 14 |
| 1.1.5 Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln/ nosokomialen Infektionen | 16 |
| 1.2. Einsichts- und Informationsrechte | 17 |
| 1.2.1 Stärkung der Einsichtsrechte | 17 |
| 1.2.2 Informationspflicht über Behandlungsfehler | 18 |
| 1.2.3. Wirtschaftliche Aufklärungspflicht | 18 |
| 2. Besondere Haftungsbereiche | 19 |
| 2.1. Zahnarzthaftung | 19 |
| 2.2. Arzneimittelhaftung | 21 |
| 3. Verbesserung der Patientensicherheit – Fehlermeldesysteme | 23 |
| 4. Stärkung der Verfahrensrechte | 25 |
| 3.1. Qualitätsverbesserung des Sachverständigenbeweises | 25 |
| 3.2. Förderung vorgerichtlicher Schlichtung | 26 |
| 3.3. Unterstützung durch Krankenkassen | 27 |
| 3.3.1 Erweiterung | 28 |
| 3.1.2 Präzisierungsvorschläge für § 66 Abs.1 SGB V | 28 |
| 5. Härtefallfonds | 29 |
| C. Besonderer Teil – Reformvorschläge und Begründungen | 31 |
| 1. Beweismaßreduzierung | 31 |
| 2. Elektronisch geführte Patientenakte | 33 |
| 3. Hygienemängel/nosokomiale Infektionen | 35 |
| 4. Einsichtsrechte des Patienten | 36 |
| 5. Informationspflicht über Behandlungsfehler | 38 |
| 6. Wirtschaftliche Aufklärungspflicht | 39 |
| 7. Zahnarzthaftung | 40 |
| 8. Arzneimittelhaftung | 41 |
| 9. Stärkung der Verfahrensrechte | 42 |

A. Problemstellungen und Positionen in Kurzfassung

1. Beweiserleichterungen

Handlungsbedarf:

Patienten scheitern mit ihren Ansprüchen nach einem erwiesenen Behandlungsfehler sehr häufig am Beweis der Kausalität, da sie den Nachweis führen müssen, dass bei richtigem Verhalten der Behandlerseite der Körperschaden ausgeblieben wäre. Viele Gerichte verlangen für diesen Beweis in der Praxis eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit und verstehen darunter eine Wahrscheinlichkeit von über 90-95%. Angesichts weiterer struktureller Nachteile der Patientenseite erleben die auf Patientenseite tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in ihrer täglichen Arbeit, dass dies einen erheblichen Nachteil für die Chancengerechtigkeit im Arzthaftungsprozess darstellt.

Lösungsvorschlag:

Das Beweismaß sollte auf die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ abgesenkt werden (eine Wahrscheinlichkeit von über 50%). Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass für die Kausalität der Vollbeweis nach § 286 ZPO nicht geführt werden muss.

2. Beweiserleichterungen bei Verwendung einer elektronisch geführten Patientenakte

Handlungsbedarf:

Die Patientendaten werden durch die Behandelnden erstellt und nicht selten im Laufe der Auseinandersetzung verändert. § 630 f Abs.1 S.2 BGB gewährt die Möglichkeit zur späteren Veränderung der Akten, legt den Behandelnden aber die Pflicht auf, spätere Veränderungen kenntlich zu machen. Eine Mißachtung dieser Regelung hat allerdings keine Konsequenzen.

Lösungsvorschlag:

Die Patienten sollten nicht nur Einsicht in die elektronische Patientenakte bekommen, sondern auch die Änderungs- und Speicherdaten herausverlangen können. Daneben sollten sie nachweisen, dass eine Speichersoftware verwendet wird, die nachträgliche Änderungen der Speicherdaten erkennbar macht.

3. Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln/nosokomialen Infektionen

Handlungsbedarf:

Bei einer Beeinträchtigung des Patienten durch Krankenhauskeime kann die Behandlerseite sich einfach durch die Behauptung entlasten, Hygieneempfehlungen eingehalten zu haben.

Lösungsvorschlag:

Bei Infektionsfällen durch Krankenhauskeime sollte eine auf die haftungsbegründende Kausalität bezogene Beweislastumkehr für den Fall angeordnet werden, dass Empfehlungen nach § 23 Abs.3 Satz 2 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet worden sind.

4. Stärkung der Einsichtsrechte

Handlungsbedarf:

Die Einsichtsrechte des Patienten in die eigenen Behandlungsunterlagen sind verbesserungsbedürftig: sie schließen aktuell Informationen wie Hygienepläne, Funktionsprüfungen medizinischer Geräte, Organisationspläne etc. nicht ein. Vor dem Hintergrund der DSGVO ist die Frage der kostenfreien Übersendung der Unterlagen ungeklärt. Es kommt immer wieder zu Verzögerungen bei der Herausgabe der Unterlagen.

Lösungsvorschlag:

Die Einsichtsrechte sollten bei Nachweis eines berechtigten Interesses auf sonstige Unterlagen der Behandlerseite erweitert werden, die zum Verständnis der Behandlungsabläufe und zum Beweis eines Fehlers erforderlich sein könnten. Die Kostenfreiheit der Übersendung der Behandlungsunterlagen sollte klargestellt werden. Der Lauf der Verjährungsfrist sollte von der vollständigen Übersendung der Behandlungsunterlagen abhängig gemacht werden. Die Vorlage eines Erbscheins oder einer Vollmacht aller Angehöriger eines verstorbenen Patienten ist nicht zu fordern, jeder Angehörige ist berechtigt, einen Behandlungsfehlerverdacht überprüfen zu lassen.

5. Informationspflicht über Behandlungsfehler

Handlungsbedarf:

Das Recht auf Information des Patienten durch den Behandelnden über einen möglichen Behandlungsfehler läuft leer, da dieses Recht nur auf Nachfrage des Patienten verwirklicht werden kann und ein Verstoß sanktionslos bleibt.

Lösungsvorschlag:

Der Verstoß gegen die Informationspflicht über einen Behandlungsfehler sollte einen eigenen Schadensersatzanspruch auslösen und nicht von der Nachfrage des Patienten abhängig sein.

6. Wirtschaftliche Aufklärungspflicht

Handlungsbedarf:

Die Patienten sind im Selbstzahlerbereich (Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL), Wahlleistungen etc.) trotz wirtschaftlicher Aufklärungspflicht der Behandlerseite oft ohne ausreichende Bedenkzeit mit nicht nachprüfbar Informationen konfrontiert.

Lösungsvorschlag:

Zur Nachprüfung der von den Behandelnden gegebenen Informationen und zur Einholung von Zweitmeinungen sollte den Patienten eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt werden.

7. Zahnarzthaftung

Handlungsbedarf:

Das Nachbesserungsrecht des Zahnarztes führt bei unzulänglichem Zahnersatz zu erheblicher Rechtsunsicherheit beim Patienten, der oft dringenden Behandlungsbedarf hat, sich aber oft keinem anderen Behandler zuwenden kann, solange die Frage des Nachbesserungsrechts nicht geklärt ist.

Lösungsvorschlag:

Die Anzahl der Nachbesserungsversuche sollte aus Gründen der Rechtsicherheit durch Gesetz begrenzt werden. Danach verliert der Zahnarzt sein Nachbesserungsrecht und seinen Honoraranspruch.

8. Arzneimittelhaftung

Handlungsbedarf:

§ 84 Abs.2 AMG hat eine Vermutungsregelung eingeführt, wonach vermutet wird, dass ein Arzneimittel einen Schaden verursacht hat, wenn das Medikament grundsätzlich geeignet ist, diesen Schaden zu verursachen. Diese Vermutungsregelung wird dadurch entwertet, dass die Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung dem pharmazeutischen Unternehmen gestattet, Alternativursachen zu benennen, wodurch die Vermutungswirkung entfallen soll.

Lösungsvorschlag:

Es sollte klargestellt werden, dass nur die Darlegung und der Beweis mindestens gleichwertiger Alternativursachen geeignet sein soll, die Vermutungsregelung entfallen zu lassen.

9. Verbesserung der Patientensicherheit – Fehlermeldesysteme

Handlungsbedarf:

Die Teilnahme an Fehlermeldesystemen ist freiwillig und unverbindlich und nur auf den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung beschränkt.

Lösungsvorschlag:

Die bereits bestehende Regelung zu Fehlermeldesystemen in der gesetzlichen Krankenversicherung sollte für alle Behandler verbindlich übernommen werden.

10. Qualitätsverbesserung des Sachverständigenbeweises

Handlungsbedarf:

Die Qualität der gerichtlich bestellten Sachverständigengutachten ist sehr unterschiedlich. Es fehlt an Leitlinien für die Erstellung von Sachverständigengutachten im Arzthaftungsrecht, eine Fortbildung für Sachverständige ist nicht verbindlich.

Lösungsvorschlag:

Die Gerichte sollten verpflichtet werden, im Arzthaftungsrecht nur Sachverständige zu wählen, die sich regelmäßigen Fortbildungen unterziehen und ihre Gutachten anhand von Leitlinien erstellen.

11. Förderung vorgerichtlicher Schlichtung

Handlungsbedarf:

Obwohl das vorgerichtliche Schlichtungsverfahren bei den Ärztekammern überwiegend als effizient und verhältnismäßig schnell beschrieben wird, wird es nur zurückhaltend in Anspruch genommen, u.a. deswegen, weil das Verfahren nicht immer kostenfrei und die Teilnahme freiwillig ist.

Lösungsvorschlag:

Vor diesem Hintergrund ist zu fordern, dass das Verfahren für alle Beteiligten kostenfrei sein sollte. Zudem sollte die Teilnahme am Verfahren nicht in das Belieben der Beteiligten gestellt werden.

12. Unterstützung durch die Krankenkassen

Handlungsbedarf:

Die Möglichkeit, durch ein Sachverständigengutachten des MDK den anwaltlichen Vortrag vorgerichtlich qualitativ zu verbessern, steht nicht gesetzlich krankenversicherten Patienten nicht zur Verfügung.

Lösungsvorschlag:

Die Möglichkeit, ein Sachverständigengutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen in Auftrag zu geben, sollte auch auf Fälle ausgedehnt werden, in denen die gesetzlichen Krankenkassen nicht zuständig sind (BG-Fälle, privatversicherte und beihilfeberechtigte Patienten). Außerdem sollte ein Anspruch auf Erstellung eines MDK-Gutachtens auch bestehen, wenn lediglich der medizinische Sachverhalt aufgeklärt werden soll, unabhängig von der Absicht, später Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

13. Härtefallfonds

Handlungsbedarf:

Insbesondere schwerstgeschädigte Patienten sind häufig auch von einem erheblichen finanziellen Schaden betroffen. Die Geltendmachung von Schadensersatz und Schmerzensgeld zieht sich im gerichtlichen Verfahren über viele Jahre.

Lösungsvorschlag:

Ein Härtefallfonds könnte für einen schnellen finanziellen Ausgleich sorgen und damit Haftpflichtversicherungen entlasten, finanzielle Härten abfedern und zu einer schnelleren Befriedung zwischen den Parteien beitragen.

B. Allgemeiner Teil – Diskussionsstände

1. Fortschreibung der §§ 630a ff. BGB

1.1. Beweiserleichterungen

1.1.1 Beweismaßreduktion

Mit Ausnahme der in § 630h Abs. 1, 2, 4 und 5 BGB geregelten Fälle muss ein Patient, der meint infolge eines Behandlungsfehlers einen Schaden erlitten zu haben, Folgendes beweisen: Den Behandlungsfehler, den Schaden und den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden. Auf der 1. Ebene steht für die Geschädigten der meist noch unproblematisch zu beweisende „Primärschaden“, also die gesundheitliche Beeinträchtigung, die regelmäßig der Anlass für die Verfolgung der Ansprüche ist. Auf der 2. Ebene muss dann bereits – unter Überwindung der Beweishürde des Strengbeweises (§ 286 ZPO) - vom Geschädigten der Behandlungsfehler bewiesen werden. Und erst wenn diese erheblichen Hürden genommen wurden, stellt sich für den Geschädigten noch auf der 3. Ebene die Problematik der ebenfalls nach den Maßstäben des Strengbeweises nachzuweisende Frage der Kausalität zwischen dem auf der 1. Ebene nachgewiesenen Schaden und dem auf der 2. Ebene nachgewiesenen Behandlungsfehler. Insbesondere der Kausalitätsbeweis ist schwer zu führen, da wegen der Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus fast immer auch andere Ursachen denkbar sind, die zu dem streitgegenständlichen Gesundheitsschaden geführt haben können. Dabei stellt das Beweismaß des § 286 ZPO oftmals eine unüberwindbare Hürde für die geschädigten Patienten dar. Zwar verlangt die Regelung des § 286 ZPO nach der Rechtsprechung des BGH einen „für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit, der verbleibenden Zweifel Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“ und nicht eine „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“, damit es zu einer Haftung der Behandelnden kommt. Der BGH lässt aber eine „erhebliche Wahrscheinlichkeit“ für die persönliche Gewissheit des Tatrichters nicht ausreichen. Aufgrund jahrzehntelanger Erfahrung im Arzthaftungsrecht der im Medizinrechtsanwälte e.V. organisierten Rechtsanwälte läuft es im Arzthaftungsprozess hinsichtlich des Kausalitätsbeweises dann faktisch doch auf eine „mit an Sicherheit

grenzende Wahrscheinlichkeit“ hinaus, um zu einer Haftung zu kommen. Die Gerichte sind bei der Bewertung des Kausalzusammenhanges auf die Hilfe gerichtlich bestellter fachmedizinischer Sachverständiger angewiesen, die sich oft zurecht ungern festlegen, weil die Medizin keine Exaktwissenschaft ist und den Kausalzusammenhang dann als „wahrscheinlich“ oder „sehr wahrscheinlich“ quantifizieren, was für eine Haftung jedoch gerade nicht ausreicht. Der Kausalitätsbeweis ist also wegen des Beweismaßes des Strengbeweises nach § 286 ZPO selbst dann nicht erbracht, wenn ein Sachverständiger den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden für sehr wahrscheinlich hält.

Wird dabei berücksichtigt, dass die Behandelnden gegenüber Patienten mit überlegenem Fachwissen ausgestattet sind und sie das im Arzthaftungsprozess wesentliche Beweismittel, die Dokumentation anfertigen und damit bereits weit im Vorfeld einer Auseinandersetzung erheblichen Einfluss nehmen können, wird deutlich, dass im Arzthaftungsprozess von einer Chancengleichheit der Parteien nicht die Rede sein kann.

Dies wird seit langem von Patienteninitiativen, Teilen der arzthaftungsrechtlichen Literatur und von Patientenvertretern beklagt und Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr gefordert.

Einen gewissen Ausgleich schaffen die in § 630h BGB normierten Beweiserleichterungen zugunsten der Patientenseite, diese bilden jedoch nur besondere Konstellationen ab. So ist etwa die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers als Voraussetzung der zentralen Beweislastumkehrregel im Arzthaftungsrecht geprägt von Kasuistik.

Vor diesem Hintergrund ist die jetzt vielfach geäußerte Forderung nach einer allgemeinen Absenkung des Beweismaßes zu begrüßen: Der Medizinrechtsanwälte e.V. unterstützt daher den Vorschlag des SoVD für einen künftigen § 630h Abs. 6 BGB.

1.1.2 Grober Behandlungsfehler

Nach einer Absenkung des Beweismaßes wird der „grobe Behandlungsfehler“ deutlich an Bedeutung verlieren. Trotzdem wird man auf eine

Beweislastumkehr zugunsten von Patienten in Fällen grober Behandlungsfehler nicht verzichten wollen. Der grobe Behandlungsfehler hätte dann die Funktion einer Ergänzung, ebenso auch die in § 630h Abs. 4 geregelte Kausalitätsvermutung bei sog. Anfängereingriffen und die in § 630h Abs. 5 geregelte Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos. In vielen Fällen wird es dann nicht mehr auf die Frage ankommen, ob ein Fehler grob oder einfach ist, wenn der Kausalitätsbeweis mit einer Wahrscheinlichkeit von > 50 % bereits erbracht werden kann. Eine Legaldefinition des groben Behandlungsfehlers würde aber zur Verbesserung der Chancengleichheit zugunsten des Patienten keinen Beitrag leisten.⁴

1.1.3 Proportionalhaftung

Die Einführung der Proportionalhaftung im Arzthaftungsrecht wäre möglicherweise ebenfalls geeignet, die Chancengleichheit der Patienten zur Durchsetzung von Ansprüchen nach Behandlungsfehlern zu verbessern. Es geht dabei darum, den Schädiger mit dem von ihm erhöhten Risiko proportional zur Risikoerhöhung zu belasten. Ob man nun dem französischen Modell einer Ersatzfähigkeit entgangener Heilungschancen oder der Proportionalhaftung nach der Wahrscheinlichkeitsdifferenzmethode folgt⁵, ist die Proportionalhaftung dem deutschen Recht fremd: Der Arzt schuldet nicht den Heilungserfolg, nicht die Verbesserung der Heilungschancen und sollte daher auch nicht für einen Misserfolg zur Verantwortung gezogen werden. Zudem übernimmt bei einem solchen Modell der gerichtlich bestellte Sachverständige noch stärker die Regie, da er dann letztlich auch noch durch seine Proportionalbewertung über die Höhe des Schadensersatzes entscheidet.⁶ Die Proportionalhaftung erscheint dem Medizinrechtsanwälte e.V. wenig praktikabel.

⁴ So Gutmann, aaO., S. 20ff.

⁵ Zu den einzelnen Ansätzen Katzenmeier, aaO., ZZP 2004, S.187ff.; Stremitzer, Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalverlaufs, AcP 20078, S. 676ff.; Wagner

⁶ Müller, MedR 2014, 137.

1.1.4 Beweiserleichterungen bei Verwendung einer elektronisch geführten Patientenakte

Die bisherige Regelung des § 630f Abs. 1 BGB regelt, dass die Dokumentation in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung zu erfolgen habe. Berichtigungen und Änderungen seien „nur zulässig“, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. § 630g Abs. 2 BGB bezieht das Einsichtsrecht der Patienten ausdrücklich auch auf elektronische Abschriften.

In der außergerichtlichen und gerichtlichen Praxis ist zumeist nicht erkennbar, ob Änderungen an der Patientenakte nachträglich und damit nicht mehr in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zu der Behandlung vorgenommen wurden. Die Ausdrücke der eingereichten elektronischen Patientenakte sind oftmals mit „Auszug aus der Patientenakte vom...“ überschrieben. Dass nachträglich Änderungen vorgenommen wurden, wird zumeist zufällig erkannt, wenn etwa vor dem Gerichtsprozess eine Krankenkasse die Behandlungsunterlagen schon angefordert hat und die Behandelnden dies übersehen haben. Der BGH hat mit Urteil vom 27.04.2021⁷ dieses Problem erkannt und ausgeurteilt, dass eine elektronische Dokumentation keine Indizwirkung entfalte, wenn es an der Erkennbarkeit nachträglicher Änderungen fehle. Die nachträglich dokumentierte Maßnahme gelte dann als nicht erfolgt.

Unabhängig von zufällig entdeckten Änderungen der elektronischen Patientenakte, kann durch Einsicht in die Änderungs- und Speicherdaten festgestellt werden, *welcher* Zugriffsberechtigte *wann* die elektronische Patientenakte *gelesen, ausgedruckt, ergänzt und geändert* hat. In der Regel kann auch der ursprüngliche Inhalt noch gelesen werden.

Es muss daher von vornherein mehr Rechtssicherheit geschaffen werden, indem sich das Einsichtsrecht der Patienten immer auch auf die Änderungs- und Speicherdaten bezieht. Einem entsprechenden Missbrauch oder auch unnötigem Misstrauen könnte dadurch begegnet

⁷ BGH Urt. vom 27.04.2021 – VI ZR 84/19 Rn. 18 nach juris

werden, dass sich die Rechte aus § 630g BGB auch auf die Änderungs- und Speicherdaten beziehen.

Nicht wenige auf Patientenseite tätige Rechtsanwälte haben die Erfahrung gemacht, dass in ärztlichen Dokumentationen Eintragungen enthalten sind, die den aus Mandantensicht geschilderten Gegebenheiten nicht entsprechen. Ohne einen Generalverdacht aussprechen zu wollen: Gerade bei EDV-gestützten Behandlungsunterlagen entsteht nicht selten der Eindruck, das seitens der Behandelnden „nachgebessert“ wurde, um den Folgen des § 630h Abs.3 BGB zu entgehen.

Diese Norm enthält eine Beweislastumkehr zu Ungunsten der Behandelnden bei Dokumentationsversäumnissen. Sie knüpft beweisrechtliche Folgen allerdings nur daran, dass der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder die Patientenakte nicht aufbewahrt hat.

Wie der BGH⁸ festgestellt hat, genügt eine elektronische Dokumentation, die nachträgliche Änderungen nicht erkennbar macht, nicht den Anforderungen des § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Nach diesen Bestimmungen sind Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen. Ziel dieser Regelungen ist es, eine fälschungssichere Organisation der Dokumentation sicherzustellen. Deshalb muss im Falle einer elektronisch geführten Patientenakte die eingesetzte Softwarekonstruktion gewährleisten, dass nachträgliche Änderungen erkennbar werden.⁹

Allerdings vertritt der BGH anders als Teile der Literatur¹⁰ die Ansicht, die Verwendung einer nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden Software führe nicht zur Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB. Laut BGH erstreckt sich die Vermutung statt dessen nur auf die unterbliebene, lückenhafte, nicht zeitnahe, nicht auffindbare oder entgegen

⁸ BGH, Urt. v. 27.04.2021, Az.: VI ZR 84/19.

⁹ BT-Drucks. 17/10488, S. 26 li. Sp. 3. Absatz; BGH a.a.O. mwN.

¹⁰ BeckOK BGB/Katzenmeier, 57. Edition, BGB § 630h Rn. 46 [Stand: 1. Februar 2021]; Glanzmann in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl., 26 27 - 14 - BGB § 630f Rn. 16; Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. D 441.

§ 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrte Dokumentation¹¹. Den Fall, dass die medizinische Maßnahme zwar elektronisch dokumentiert, die Dokumentation aber mit einer nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden Software erstellt wurde, regelt die Bestimmung dagegen nicht.

Dies hält der Medizinrechtsanwälte e.V. im Ergebnis für korrekturbedürftig. Eine ergänzende gesetzliche Regelung in § 630h Abs.3 BGB ist zwingend erforderlich.

1.1.5 Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln/nosokomialen Infektionen

Die Darlegungs- und Beweislast im Bereich der Hygienemängel ist derzeit nur unzureichend normiert.

Nach aktueller Rechtsprechung des BGH wie auch der herrschenden Ansicht in der Literatur fällt die Vermeidung von nosokomialen Infektionen grundsätzlich nicht in den Bereich des vom Krankenhaus voll beherrschbaren Risikos im Sinne des § 630h Abs. 1 BGB. Patienten haben einen Hygienemangel darzulegen, auf den sie einen bei ihnen eingetretenen Schaden stützen. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast braucht die Behandlerseite sodann für die Einhaltung des nach § 630a Abs.2 BGB geschuldeten Standards nur vorzubringen, dass sie die aktuellen KRINKO- bzw. Kommission ART-Empfehlungen eingehalten hat. § 23 Abs.2 Satz 2 IfSG beinhaltet eine entsprechende Vermutungsregelung zugunsten der Behandelnden.

Wie schon die Justizministerkonferenz am 9.11.2017 gefordert hat, sollte bei Infektionsfällen durch Krankenhauskeime eine auf die haftungsbegründende Kausalität bezogene Beweislastumkehr für den Fall angeordnet werden, dass Empfehlungen nach § 23 Abs.3 Satz 2 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet worden sind. Der Medizinrechtsanwälte e.V. schließt sich hier dem Vorschlag des SoVD für einen neuen § 630h Abs.1 Satz 2 BGB an.

¹¹ Vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 80. Aufl., § 630h Rn. 6.

1.2. Einsichts- und Informationsrechte

1.2.1 Stärkung der Einsichtsrechte

Sowohl der Vorschlag der AOK¹² als auch das Gutachten von Gutmann im Auftrag des SoVD¹³ fordern eine Erweiterung der Einsichtsrechte der Patienten: Bei Nachweis eines berechtigten Interesses sollen sich die Einsichtsrechte über die Patientenakte im engeren Sinne hinaus auch auf Hygienepläne, Funktionsprüfungen medizinischer Geräte, u.a. Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Behandlung eines Patienten bedeutsam sein können, erstrecken. Der Medizinrechtsanwälte e.V. unterstützt die Vorschläge der AOK und des SoVD.

Zu unterstützen ist ebenfalls die Forderung, dass klaggestellt werden sollte, dass die Verjährung erst mit der Vorlage der vollständigen Behandlungsunterlagen beginnen kann.

Der Medizinrechtsanwälte e.V. unterstützt zudem die Forderung, dass die erstmalige Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen nicht nur für Patienten, sondern im Todesfall der Patienten auch für Angehörige und Erben der Patienten kostenfrei sein sollte.¹⁴ Dies ist schon deswegen erforderlich, um § 630g BGB an Art.15 DSGVO anzupassen, in dem die kostenfreie erstmalige Bereitstellung der Patientenakte vorgesehen ist¹⁵. Dabei soll die Einsichtnahme nicht nur der Gesamtheit aller direkten Angehörigen oder Erben gewährt werden, sondern jedem einzelnen.

1.2.2 Informationspflicht über Behandlungsfehler

In § 630 Abs.2 S.2 BGB ist eine Informationspflicht der Behandelnden über eigene Behandlungsfehler auf Nachfrage der Patienten normiert.

¹² Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 35.

¹³ Gutmann, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Sozialverband Deutschland e. V. 31. Dezember 2021, S 36f.

¹⁴ So auch Prütting/Friedrich, Reformbedarf des § 630g BGB, MedR 2021, 523 (529); Gutmann, aaO., S.35

¹⁵ Hierzu hat der BGH mit Entscheidung vom 29.03.2022 – VI ZR 1352/20 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gereicht.

Zu Recht wird kritisiert, dass diese Information lediglich auf Nachfrage erfolgt und nicht durch die Behandelnden auch ohne Nachfrage durch Patienten und dass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung nicht sanktioniert wird und damit weitgehend bedeutungslos ist.¹⁶ Vom Standpunkt einer zukünftigen Regelung aus sind Patienten bereits dann über einen möglichen Behandlungsfehler zu informieren, wenn es Anhaltspunkte hierfür gibt. Vielfach wird erwogen, dass ein Versäumnis dieser Pflicht durch eine Beweiserleichterung der Patienten in Form einer Beweislastumkehr, entsprechend der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler, zu sanktionieren sein wird.¹⁷ Für die Einführung einer derartigen Beweislastumkehr spricht, dass die Vorschrift ansonsten ins Leere zu laufen droht.

1.2.3 Wirtschaftliche Aufklärungspflicht

Im Bereich der Selbstzahlerleistungen – gemeint sind legitime Leistungen der Behandler außerhalb des vom Versicherungsschutz der GKV oder PKV gedeckten und für den Patienten kostenfreien Bereichs wie z.B. Zuzahlungsbegehren beim Zahnarzt, der gesamte Selbstzahlerbereich beim Heilpraktiker, Wahlleistungsvereinbarungen im Krankenhaus und Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL) – wird die Entscheidungsfreiheit der Patienten in Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen einer medizinischen Behandlung bereits durch einige Vorschriften geschützt. Zu nennen ist § 630c Abs.3 BGB (Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung), § 3 Abs.1 S.3 BMV-Ä (Pflicht zur Vorlage eines schriftlichen Behandlungsvertrages), § 18 BMV-Ä, § 17 KHEntG (Wahlleistungsvereinbarungen) und § 3 HWG (Verbot irreführender Werbung). Trotzdem ist festzustellen, dass beispielsweise im Bereich der Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) Patienten in vielen Fällen medizinisch zweifelhafte, in vielen Fällen unsinnige Leistungen in Anspruch nehmen, die ihnen überwiegend von den Behandlern empfohlen wurden, und ihnen bei der Entscheidungsfindung weder die Kenntnis über ihre Rechte noch der medizinische Nutzen der angebotenen Leistung bekannt

¹⁶ Gutmann, aaO., S 41ff. m.w.N.

¹⁷ So Thurn, MedR 2013, 153 (155); zögernd Gutmann, aaO. S. 46.

waren.¹⁸ In vielen Fällen mangelt es den Patienten überdies an Zeit, um die für die Entscheidung notwendigen Informationen einzuholen, oder ihnen war das endgültige Ausmaß der finanziellen Belastungen noch nicht bekannt. Bereits auf dem 115. Deutschen Ärztetag wurde auf Seiten der Ärzteschaft ausdrücklich begrüßt, den Patienten ein angemessene Informations- und Bedenkzeit zum Abschluss von IGeL-Verträgen einzuräumen.¹⁹ Weder in § 630 c Abs.3 BGB noch in anderen Schutzvorschriften zum Schutz der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Patienten ist ein Übereilungsschutz normiert worden. Zudem sind Informationsangebote wie beispielsweise der IGeL-Monitor des MDS weitgehend unbekannt, ebenso wie die eigene Rechtsposition.

2. Besondere Haftungsbereiche

2.1. Zahnarzthaftung

Die Zahnarzthaftung ist ein Sonderfall, weil das Zahnarztrecht sowohl Elemente des Dienstvertrages im Unterschied zum sonstigen Arzthaftungsrecht beinhalten, aber auch Elemente des Werkvertragsrechts. Aus der Sicht der Patienten ist die derzeitige Regelung zur Zahnarzthaftung ausgesprochen unglücklich: Wenn ein Zahnersatz mangelbehaftet ist, steht dem Zahnarzt ein Nachbesserungsrecht zu. Zwar können sowohl Behandelnde als auch Patienten den Behandlungsvertrag jederzeit kündigen. Jedoch behalten Zahnärzte auch dann ihren Honoraranspruch in voller Höhe, wenn Patienten ihnen bei mangelbehaftetem Zahnersatz ihr Nachbesserungsrecht nicht einräumen. Nur bei völlig unbrauchbarem Zahnersatz²⁰ oder bei ausdrücklicher Verweigerung der Nachbesserung durch Zahnärzte und Zahnärztinnen entfällt das Nachbesserungsrecht. Nutzen Patienten die mangelbehaftete, vielleicht sogar unbrauchbare Prothese für die Dauer der Auseinandersetzung mit

¹⁸ MDS IGeL-Report 2020, https://www.igel-monitor.de/fileadmin/Downloads/Presse/2020_08_25_PK_IGEL_Report_2020_COVID/2020_08_25_Ausfuehrlich_IGeL_Report_2020.pdf

¹⁹ Dokumentation zum 115. Deutschen Ärztetag, Entschlüsse zum Tagesordnungspunkt I: Gesundheits-, Sozial- und ärztliche Berufspolitik, DÄBl 2012, 109, 1162

²⁰ BGH NJW 2018, 3513; OLG Köln, Urteil v. 12.02.2020, Az.: 5 U 43/18.

den Zahnärzten und Zahnärztinnen, behalten diese ihren Honoraran-spruch.²¹

Wie viele Nachbesserungsversuche Patienten zu erdulden haben, bis die Grenze der Unzumutbarkeit erreicht ist, ist nicht geregelt²², so dass Patienten trotz erheblicher Beschwerden und trotz mehrfacher, vergeblicher Nachbesserungsversuche Behandler nicht wechseln können, ohne Gefahr zu laufen, den neu angefertigten Zahnersatz vollständig – ohne erneuten Zuschuss durch die GKV – selbst zahlen zu müssen, was für viele Patienten unerschwinglich ist. Versuche, die Grenze der Zumutbarkeit durch eine verfassungskonforme Einschränkung der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs.2 BGB zu korrigieren, indem Patienten nur die Neubearbeitung der Prothetik und keine schmerzhaften körperlichen Eingriffe erdulden müssen²³, beseitigen die Unsicherheit der Patienten nicht.

Zudem klärt oft erst das medizinische Sachverständigengutachten am Ende eines mitunter mehrjährigen Arzthaftungsprozesses, ob der Zahnersatz unbrauchbar ist. Eine weitere erhebliche Problematik für Patienten ist, dass eine Neuanfertigung des Zahnersatzes oft die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches vereitelt, denn die Mangelhaftigkeit des erstangefertigten Zahnersatzes ist dann nicht mehr ohne weiteres zu beweisen. Die Situation ist für Patienten und Behandelnde schwierig, denn der Patient ist oft nicht abschließend zahnärztlich versorgt, leidet u.U. unter erheblichen Schmerzen und ist zugleich besorgt, durch eine notwendige zahnärztliche Folgebehandlung Beweise zu vernichten. Der Nachbehandelnde hat ähnliche Bedenken und behandelt aus Angst vor einer Mithaftung oft nur ungern. Die Patientenanwälte werden zur Eile gedrängt, was einer sorgfältigen Vertretung nicht förderlich ist.

²¹ OLG Dresden, Urteil v. 05.06.2018, Az.: 4 U 597/17.

²² OLG Köln, Beschl. V. 27.08.2012, Az.: 5 U 52/12, MedR 2014, 28f.: Bei der Eingliederung eines Zahnersatzes durch einen Zahnarzt ist ein Nachbesserungsversuch bei mangelhafter Leistung jedenfalls solange möglich, wie aus Sicht eines durchschnittlich robusten oder empfindsamen Patienten eine Fortführung der Behandlung noch zumutbar ist. Dabei begründen allein Spannungen Behandler und Patient wegen eingetretener Frustrationsgefühle im Regelfall ebenso wenig schon die Unzumutbarkeit der Nachbesserung wie die Zahl der Behandlungen (hier: 17 Arztbesuche).

²³ So Staudinger/Gutmann, BGB, § 630b Rdn. 53.

De lege ferenda wären klarstellende Regelungen erforderlich: Die Anzahl der zumutbaren Nachbesserungsversuche wären gesetzlich zu regeln. Für Patienten muss deutlich werden, dass sie – außer bei Vorliegen unbrauchbaren Zahnersatzes – dann für den unbefriedigenden Zahnersatz das volle Honorar werden zahlen müssen, wenn sie den Zahnärzten und Zahnärztinnen nicht mindestens zwei Nachbesserungsversuche gewähren. Danach muss den Zahnärztinnen und Zahnärzten klar sein, dass sie ihren Honoraranspruch im Regelfall verlieren.

2.2. Arzneimittelhaftung

§ 84 AMG normiert die Haftungsvoraussetzungen als Gefährdungstatbestand und damit als verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung. Mit dem zweiten Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften sollte die haftungsrechtliche Position des Arzneimittelverbrauchers zum 01.08.2002, insbesondere durch die Einführung eines Auskunftsanspruchs in § 84 a AMG und die Einführung einer Kausalitätsvermutung in § 84 Abs. 2 AMG, gestärkt werden.

Dies ist nicht gelungen. Seit der Reform im Jahr 2002 bis heute wurde kein einziges pharmazeutisches Unternehmen zu Schmerzensgeld- und Schadensersatzzahlungen verurteilt. Grund hierfür ist die Regelung der Kausalitätsvermutung, die nach der Rechtsprechung des BGH im Ergebnis nicht zur Anwendung kommt.

Um den Geschädigten den Kausalitätsnachweis zu erleichtern, wurde mit dem zweiten Schadenänderungsgesetz in § 84 Abs. 2 Satz 1 eine Kausalitätsvermutung eingeführt. Die Geschädigten müssen demnach darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass das von ihnen angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den in Rede stehenden Verletzungsschaden an einem der gem. § 84 Abs. 1 AMG geschützten Rechtsgüter zu verursachen. Es genügt damit der Nachweis der konkreten Möglichkeit der Schadensverursachung.²⁴ Gelingt den Geschädigten der Nachweis einer konkret-generellen Scha-

²⁴ Begr. RegE, BT Drs. 14/7752,19

denseignung, so wird vermutet, dass das Arzneimittel auch den beim Anwender eingetretenen Schaden verursacht hat. Dieser Nachweis gelingt in der Regel auch.

Nach § 84 Abs. 2 S. 3 AMG kann das pharmazeutische Unternehmen diese widerlegbare Vermutung dadurch entkräften, dass es einen anderen Umstand behauptet und im Bestreitensfall nachweist, dass der nach den Gegebenheiten des Einzelfalls als geeignete Alternativschadensursache in Betracht kommt. Gelingt dies, so müssen die Geschädigten ihrerseits den vollen Beweis für die von ihnen behauptete Verursachung erbringen.

Es war in der Judikatur und Literatur lange umstritten, ob das pharmazeutische Unternehmen die Kausalitätsvermutung durch jede, auch nur theoretisch denkbare Alternativursache aushebeln kann oder ob es darum geht, welche Ursache die wahrscheinlichere ist.

Mit dem in der Literatur umstrittenen Urteil des BGH vom 26.03.2013²⁵ hat der BGH festgestellt, dass jede auch nur theoretisch denkbare Alternativursache ausreicht, damit die Kausalitätsvermutung nach § 84 Abs. 2 Satz 1 AMG nicht zur Anwendung kommt und die geschädigte Arzneimittelverbraucher darauf zurückgeworfen werden, den Vollbeweis für die Kausalität zu erbringen, was bei Arzneimittelschäden so gut wie nie möglich ist. Hart hat zurecht darauf hingewiesen, dass der BGH mit diesem Urteil den legislativen Zweck der Reform aus dem Jahr 2002 verfehlt hat. Der BGH hat sich an den Wortlaut des Gesetzes gebunden gefühlt und ausdrücklich im Urteil darauf hingewiesen, dass die Kausalitätsvermutung somit quasi nie greifen werde.

Wenn man davon ausgeht, dass es der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers entsprach, zunächst festzustellen, welche Schadensursache die wahrscheinlichere ist und für den Fall, dass der Schaden wahrscheinlich infolge der Arzneimittelaufnahme aufgetreten ist, ließe sich diese Intention durch eine minimale Gesetzesergänzung realisieren:

²⁵ BGH-Urteil v. 26.3.2013 – VI ZR 109/12; Hart MedR 2013, 705, 706 unter Hinweis auf BT Drs. 147752, 18 Heynemann GesR 2015, 207-211; Wagner, MedR 2014, 353-365

§ 84 Abs. 2 Satz 3 AMG würde durch den Begriff „ebenso“ ergänzt:

„Die Vermutung gilt nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalls *ebenso* geeignet ist, den Schaden zu verursachen.“

Mit einer solchen Formulierung würde deutlich, dass es darum geht, welche Schadensursache die wahrscheinlichere ist.

3. Verbesserung der Patientensicherheit – Fehlermeldesysteme

Fehlermeldesysteme helfen dabei, Risiken und Fehlerquellen in der medizinischen und pflegerischen Versorgung zu erkennen und kritische und unerwünschte Ereignisse zukünftig zu vermeiden. Sie sind damit ein wesentliches Instrument der Patientensicherheit. Fehlersysteme identifizieren, dokumentieren und diskutieren die auftretenden kritischen Ereignisse mit dem Ziel, praxisindividuelle Maßnahmen zu entwickeln, die einem ähnlichen Ereignis zukünftig vorbeugen und die Praxisabläufe effizienter gestalten.

Neben einigen Projekten, in denen Fehlermeldesysteme auf freiwilliger Basis entwickelt worden sind, hat der Gesetzgeber in § 135a Abs.2 SGB V für Vertragsärzte die Verpflichtung festgelegt, ein Qualitätsmanagement einrichtungsintern zu implementieren. Der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) hat in einer Richtlinie die Anforderungen an das Qualitätsmanagement präzisiert. Mit dieser Richtlinie bestimmt der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 92 i. V. m. § 136 Abs. 1 Nr. 1 SGB V die grundsätzlichen Anforderungen an ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement, wozu auch wesentliche Maßnahmen zur Verbesserung der Patientensicherheit gehören.

In diesem Rahmen fordert die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über grundsätzliche Anforderungen an ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement für Vertragsärztinnen und Vertragsärzte, Vertragspsychotherapeutinnen und Vertragspsychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren, Vertragszahnärztinnen und

Vertragszahnärzte sowie zugelassene Krankenhäuser (Qualitätsmanagement-Richtlinie/QM-RL):

„Der systematische Umgang mit Fehlern („Fehlermanagement“) ist Teil des Risikomanagements. Zum Fehlermanagement gehört das Erkennen und Nutzen von Fehlern und unerwünschten Ereignissen zur Einleitung von Verbesserungsprozessen in der Praxis. Fehlermeldesysteme sind ein Instrument des Fehlermanagements. Ein Fehlerberichts- und Lernsystem ist für alle fach- und berufsgruppenübergreifend niederschwellig zugänglich und einfach zu bewerkstelligen. Ziel ist die Prävention von Fehlern und Schäden durch Lernen aus kritischen Ereignissen, damit diese künftig und auch für andere vermieden werden können. Die Meldungen sollen freiwillig, anonym und sanktionsfrei durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erfolgen. Sie werden systematisch aufgearbeitet und Handlungsempfehlungen zur Prävention werden abgeleitet, umgesetzt und deren Wirksamkeit im Rahmen des Risikomanagements evaluiert.“

Fehlermeldesysteme sind leider nur teilverbindlich: Es fehlt eine Sanktion für fehlende Meldungen, trotz verbindlicher Festschreibung fehlt eine Sanktion für versäumte Meldungen.

Es ist daher zu fordern, dass künftig Fehlermeldesysteme für alle Behandler und Leistungserbringer im Gesundheitswesen verbindlich einzuführen sind. Das Fehlen eines Fehlermeldesystems oder das Versäumen von Meldungen muss eine disziplinarrechtliche Konsequenz nach sich ziehen.

4. Stärkung der Verfahrensrechte

4.1. Qualitätsverbesserung des Sachverständigenbeweises

Das medizinische Sachverständigengutachten ist die wichtigste Entscheidungsgrundlage im Arzthaftungsprozess. In den meisten Fällen richtet sich die richterliche Entscheidung maßgeblich nach der Bewertung des medizinischen Sachverhaltes durch die Sachverständigen. Während die Richtigkeit der richterlichen Entscheidung durch ein

aufwändiges Regelungssystem in der ZPO abgesichert ist, sind die Regeln zum Sachverständigen in der ZPO eher dürftig (§§ 407ff. ZPO). Zu bemängeln ist noch immer insbesondere die mangelnde Sicherstellung der Neutralität der Sachverständigen gerade im Arzthaftungsprozess, die mangelnde Qualität der Gutachten insbesondere bei der Bearbeitung der vom Gericht gestellten Beweisfragen sowie die überlange Dauer der Begutachtung der Sachverständigen. Oft entwickeln sich auch tendenziöse Dauerbeziehungen zwischen Gericht und Sachverständigen. Dies sollte durch ein Zufallsprinzip vermieden werden. Es geht nicht um die Verbesserung der medizinisch-fachlichen Expertise, vielmehr um das Verständnis der Sachverständigen für ihre Rolle im Rahmen einer gerechten Entscheidungsfindung (Relationstechnik, Bewertung zweier divergierender Sachverhalte), dem Verständnis der im Arzthaftungsrecht entscheidenden Begriffe (z.B. Auseinanderhalten der Ebene „Behandlungsfehler“ von der Kausalität, „grober Behandlungsfehler“ etc.) und Einhaltung der prozessualen Regeln (z.B. Beweisabschluss).

Es ist nicht nachvollziehbar, dass zur Sicherstellung einer richtigen, gerechten Entscheidung im Zivilprozess eine Vielzahl von Regelungen das Prozedere der Entscheidung regeln, die Bestimmung der Richter und die inhaltliche Richtigkeit durch eine aufwändige Ausbildung und ständige Fortbildung sichergestellt wird, dort aber, wo die Entscheidung im Wesentlichen durch das Sachverständigen Gutachten geprägt wird, Qualitätsanforderungen an die Sachverständigen mit Kostenargumenten eher zurückhaltend geregelt werden.

Wie auch bei den Sachverständigen im familiengerichtlichen Bereich sollte eine Fortbildung für medizinische Sachverständige obligatorisch gemacht werden. Das kann in Stufen geschehen: Zunächst genügt eine Soll-Vorschrift, wonach die Gerichte nur Sachverständige mit einer hinreichenden Qualifikation wählen sollen (Ausnahmen müssen begründet werden, etwa, dass kein Sachverständiger mit Qualifizierung benannt werden konnte), dann Nachjustierung, ggf. Erhöhung der Honorare.

Die verpflichtende Weiterqualifizierung zur/zum medizinischen Sachverständigen ist zu fordern. Daneben sollten für die Begutachtung verbindliche Leitlinien aufgestellt werden.

4.2. Förderung vorgerichtlicher Schlichtung

Das vorgerichtliche Schlichtungsverfahren vor den Schlichtungsstellen in Arzthaftungsfragen wird überwiegend als effizient beschrieben. Mit einer im Vergleich zu gerichtlichen Verfahren geringeren Laufzeit bietet das Schlichtungsverfahren aus der Sicht der Patienten die Möglichkeit, den Streit in einem kürzeren Zeitrahmen zum Abschluss zu bringen, als dies bei den Gerichten der Fall ist. Für nicht rechtsschutzversicherte Patienten ist das Verfahren zudem oft der einzige Weg, den von ihnen vermuteten Behandlungsfehler medizinisch und juristisch bewerten zu lassen. Dabei erweist es sich als hinderlich und dem Verbraucherschutzgedanken wenig förderlich, dass die Teilnahme am Verfahren vor den Schlichtungsstellen freiwillig ist, insbesondere dann, wenn das Verfahren nicht für die Beteiligten kostenfrei ist.

Vor diesem Hintergrund ist zu fordern, dass das Verfahren für alle Beteiligten kostenfrei sein sollte. Zudem sollte die Teilnahme am Verfahren nicht in das Belieben der Beteiligten gestellt werden. Dies setzt aber den Aufbau entsprechender Strukturen bei den Ärztekammern voraus.

Solange eine entsprechende Infrastruktur bei den Ärztekammern noch nicht vorhanden ist, unterstützt der Medizinrechtsanwälte e.V. den Vorschlag des AOK Bundesverbandes, wonach das Mediationsverfahren bei den Gerichten obligatorisch werden soll.

4.3. Unterstützung durch Krankenkassen

Ein Grundproblem im Arzthaftungsprozess ist die oft fehlende Möglichkeit, den Behandlungsfehlervorwurf der Patienten schon im Vorwege eines Prozesses durch ein Sachverständigengutachten überprüfen lassen zu können. Bei gesetzlich versicherten Patienten steht diesen immerhin die Unterstützungspflicht nach § 66 Abs.1 SGB V zur Verfügung;

auf Anforderung hat die Gesetzliche Krankenversicherung über den Medizinischen Dienst der Krankenkassen ein Gutachten erstellen zu lassen.

Derartige Gutachten sind nicht nur von erheblichem Vorteil für Patienten – ein vorprozessuales medizinisches Gutachten verbessert in erheblichem Maße den klägerischen Vortrag im Prozess und hilft häufig in vorgerichtlichen Vergleichsverhandlungen –, sondern hat genau deswegen auch das Potential für eine nicht unerhebliche Entlastung der Justiz und eine Verkürzung des Verfahrens.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht nur sinnvoll, die Vorschrift des § 66 Abs.1 SGB V zu präzisieren, wie dies durch das AOK-Papier und das SoVD-Gutachten vorgeschlagen wird, es wäre darüber hinaus zur Schaffung der Waffengleichheit zwischen Patienten und Ärzten im Haftungsfall und zur Entlastung der Justiz de lege ferenda erwägenswert, die Möglichkeit für Patienten, ein qualitativ hochwertiges und dabei kostenfreies Gutachten, auch auf Fälle, in denen ein Gutachten des MDK nicht eingeholt werden kann, auszudehnen.

4.3.1 Erweiterung

Da nicht immer die Krankenversicherung, sondern in Erstversorgungsfällen häufig die Berufsgenossenschaft, für die Heilbehandlung der Patienten zuständig ist, fehlt es hier an einer Zuständigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung; ein Gutachten wird in diesen Fällen nicht eingeholt. Gleiches gilt für privatversicherte und beihilfeberechtigte Patienten (immerhin 10,2 %²⁶).

Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, auch für Privatversicherte, BG-Versorgte und beihilfeberechtigte Patienten sowie für Selbstzahler die Möglichkeit zu schaffen, auf die Ressourcen des MD zurückgreifen zu können. Die Kosten hierfür wären durch die jeweilige private Krankenversicherung sowie die Beihilfe und die BG zu tragen. Letztlich wäre eine solche Kostentragungspflicht der jeweiligen Stelle

²⁶ Zahlen nach https://www.vdek.com/presse/daten/b_versicherte.html.

angemessen: Die Gutachten des MDK zugunsten der gesetzlichen Krankenversicherung dienen der Vorbereitung eines Regressierens des eigenen Schadens, bevor die Erstellung im Auftrag des Patienten/ der Patientin zur Verpflichtung für die Kassen erklärt wurde. Da in diesen Fällen von den Krankenkassen der Einwand erhoben wird, dass die Leistungen des § 66 SGB V nur gesetzlich versicherten Patienten zugute kommen sollen, wird vom Medizinrechtsanwälte e.V. kein Gesetzesvorschlag unterbreitet.

4.3.2 Präzisierungsvorschläge für § 66 Abs.1 SGB V

Zurecht wird von Gutmann beklagt, dass § 66 Abs.1 SGB V zu unpräzise ist und dazu führen könnte, dass Patienten in manchen Fällen von ihrem Antragsrecht absehen. So müsste geregelt werden, dass auch bei einem Mitgliedschaftswechsel nach dem Behandlungsfehler die zur Zeit des Behandlungsfehlers zuständige Krankenkasse verpflichtet ist, bei Antragstellung ein Gutachten zu erstellen.

Weitergehend als die Forderung von Gutmann, durch eine Präzisierung der Vorschrift deutlich zu machen, dass Anspruchsvoraussetzung des § 66 Abs.1 SGB V nicht die hinreichende Plausibilität des Behandlungsvorwurfs sein kann – diese gilt es gerade durch das Gutachten zu klären -, ist zu empfehlen, bei jedem nachvollziehbaren Interesse an einer Aufklärung des medizinischen Sachverhalts den Anspruch der Patienten auf Erstellung eines Gutachtens de lege ferenda gesetzlich zu fixieren. Insbesondere in Fällen, in denen die Patientin oder der Patient im Krankenhaus für die Angehörigen überraschend verstirbt und sich aus den Erklärungen des ärztlichen Personals hierfür keine nachvollziehbare Begründung ergibt und es den Angehörigen häufig mehr um Aufklärung als um Schadensersatz geht, ist ein Gutachten zur Sachverhaltsaufklärung sinnvoll.

14. Härtefallfonds

Die Einführung eines Härtefallfonds wird im Grundsatz von dem Medizinrechtsanwälte e.V. unterstützt. Ein Härtefallfonds könnte bereits im Vorfeld einen jahrelangen Rechtsstreit vermeiden. Ein Härtefallfonds

würde der Rechtsbefriedigung dienen und zudem schwerstgeschädigte Patienten und deren Familien zügig entlasten. Denn schwerste gesundheitliche Schäden, etwa Hirnschäden und Geburtsschäden, sind in der Regel mit einem sozialen Abstieg, Existenznot und Verarmung für die Betroffenen verbunden, weil ein zur Entschädigung führender Arzthaftungsprozess über mindestens 2 Instanzen geht und ein rechtskräftiges Urteil heute regelmäßig etwa 10 Jahre auf sich warten lässt. Zugleich würde eine Verurteilung der potentiell Verantwortlichen vermieden, was beiden Seiten, Behandelnde und Patienten, einen offenen und auch persönlichen Austausch ermöglicht und auch so zu einer emotionalen Befriedigung beitragen kann.

Schwierig gestalten dürften sich jedoch die rechtsdogmatische Einordnung eines Härtefallfonds, seine gesetzliche Verankerung, seine Verfassungsmäßigkeit und seine konkrete Ausgestaltung. Dabei stellt sich bereits die Frage nach der Finanzierung eines solchen Fonds. Wer beteiligt sich daran? Die Patienten durch einen „Härtefall-Euro“? Die Haftpflichtversicherungen? Die Krankenkassen? Der Steuerzahler? Weitere Fragen stellen sich: Werden Geschädigte aus dem Härtefallfonds entschädigt, können dann die Krankenkassen und übrigen Sozialversicherungsträger noch Regressansprüche geltend machen? Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, um von einem Patientenentschädigungsfonds zu profitieren? Die Frage stellt sich für die Geschädigten selbst und für das gesamte Gesundheitssystem. Die Idee eines Härtefallfonds ist sympathisch, seine konkrete Umsetzung wird schwierig.

Empfohlen wird oftmals das österreichische Modell des Patientenentschädigungsfonds. Eine solche Regelung ließe sich in Deutschland nicht ohne grundlegende Änderungen des gesamten „Systems der Arzthaftung“ realisieren. Auch andere Modelle stellen eine Alternative zur Arzthaftung dar.

Der Medizinrechtsanwälte e.V. favorisiert das Modell von Hart/Franke²⁷, das das bisherige Haftungssystem ergänzen und nicht ersetzen soll. Voraussetzungen sind ein Großschaden sowie der Umstand, dass sehr viel für einen Behandlungsfehler und dessen Kausalität zum Schaden sprechen.

²⁷ Hart/Franke, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag, 2013, S.8

C. Besonderer Teil – Reformvorschläge und Begründungen

1. Beweismaßreduzierung

§ 630h Abs. 6 (neu)

Der Patient hat vorbehaltlich der Absätze (1) und (3) das Vorliegen des Behandlungsfehlers zu beweisen. Hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt des Schadens sowie hinsichtlich der Höhe des zu ersetzenden Schadens entscheidet das Gericht vorbehaltlich der Absätze (4) und (5) unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung (§ 287 ZPO).

Begründung:

Nach der derzeit geltenden Regelung müssen die Patienten den Kausalitätsbeweis im Wege des Strengbeweises erbringen, was vielfach nicht möglich ist. Dieses Beweismaß muss abgesenkt werden und zwar auf das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“, womit der Kausalitätsbeweis bereits mit einer Wahrscheinlichkeit von > 50% als erbracht gilt. Dies übervorteilt die Behandelnden nicht, da der Behandlungsfehler nach wie vor im Wege des Strengbeweises geführt werden muss (mit Ausnahme der gesetzlichen Regelungen) und auch der Schaden von den Geschädigten voll bewiesen werden muss. Von einer „Verdachtshaftung“ kann daher nicht die Rede sein.

Einer solchen Lösung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass eine „Gerechtigkeitslücke“ gar nicht bestünde, da soziale Sicherungssysteme die Geschädigten eines Behandlungsfehlers hinreichend absichern würden.²⁸ Es ist den Geschädigten nicht zu vermitteln, wenn sie infolge einer Schädigung durch einen Arztfehler nicht einen vollständigen finanziellen Ausgleich erhalten. Die sozialen Sicherungssysteme sichern die Geschädigten nur auf ein ALG 2 – Niveau ab. Der Anspruch des Schadensersatzrechtes ist es dagegen, die den Geschädigten so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten

²⁸ So wohl Wagner, MedR 2021, 101 (108).

wäre. Aufgrund der derzeitigen Beweislastverteilung haftet der Behandelnde quasi nicht für einfache Fahrlässigkeit²⁹, da der Patient beim derzeitigen Beweismaß die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden nur in den seltensten Fällen erfolgreich nachweisen kann.

Der Forderung nach einer gesetzlichen Festschreibung der Beweismaßreduzierung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit wird gelegentlich entgegengehalten, sie werde bereits durch die Gerichte praktiziert.³⁰ Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall und wird vom Wortlaut des § 286 ZPO nicht getragen: Regelbeweismaß ist die volle Überzeugung des Gerichts. § 286 ZPO gibt den Vollbeweis und nicht Wahrscheinlichkeitserwägungen vor. Daher wird der Gesetzgeber durch die empfohlene Beweismaßabsenkung tätig werden müssen.³¹

²⁹ So auch Hart/Franke, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag, 2013, S.8

³⁰ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, S.229f.

³¹ So auch Katzenmeier, Beweismaßabsenkung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 2004, S.187 (203).

2. Elektronisch geführte Patientenakte

§ 630h Abs.3 S.2 BGB (neu):

Dieselbe Vermutung gilt, wenn der Behandelnde eine elektronische Dokumentation verwendet und nicht nachweist, dass nachträgliche Änderungen darin erkennbar sind.

Begründung:

Wie der BGH in seinem Urteil vom 27.04.2021 (VI ZR 84/19) ausführt, bietet die mit Hilfe einer nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden Software geführte elektronische Dokumentation – anders als eine herkömmliche hand- oder maschinenschriftliche Dokumentation, bei der nachträgliche Änderungen durch Streichung, Radierung, Einfügung oder Neufassung regelmäßig auffallen – jedem Zugriffsberechtigten die Möglichkeit, den bisher aufgezeichneten Inhalt in kurzer Zeit, mit geringem Aufwand und fast ohne Entdeckungsrisiko nachträglich zu ändern. Darüber hinaus besteht die Gefahr der versehentlichen Löschung oder Veränderung des Inhalts.³²

Der Schlussfolgerung des BGH, einer elektronischen Dokumentation, die nachträgliche Änderungen entgegen § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB nicht erkennbar macht, komme zwar keine positive Indizwirkung dahingehend zu, dass die dokumentierte Maßnahme von dem Behandelnden tatsächlich getroffen worden ist; sie habe bei der Beweiswürdigung aber auch nicht vollständig unberücksichtigt zu bleiben, sondern bilde vielmehr einen tatsächlichen Umstand, den das Gericht bei seiner Überzeugungsbildung einer umfassenden und sorgfältigen, angesichts der fehlenden Veränderungssicherheit aber auch kritischen Würdigung zu unterziehen habe, vermag aus den vom BGH selbst genannten Gründen und Gefahren nicht zu überzeugen.

Nach aktuellem Stand werden trotz der neuen BGH-Rechtsprechung „geschickt“ vorgenommene nachträgliche Änderungen in einer EDV-

³² So Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rn. B 204.

gestützten Behandlungsdokumentation regelmäßig dazu führen, dass dieser im Ergebnis doch eine Indizwirkung für die Durchführung der aufgezeichneten Maßnahmen zukommt und die Gerichte sie ihrer Entscheidungsfindung zugrunde legen.

Es bedarf aus unserer Sicht deshalb einer Klarstellung im Gesetz, dass die Beweislastumkehr des § 630h Abs.3 BGB bereits dann eingreifen muss, wenn der Behandelnde nicht nachweisen kann, dass seine elektronische Dokumentation manipulationssicher ist.

3. Hygienemängel/nosokomiale Infektionen

§ 630h Abs.1 S.2 BGB (neu):

Ein Fehler des Behandlenden wird auch vermutet, wenn er Empfehlungen nach § 23 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet hat.

Begründung:

Die bisherige Regelung in § 23 Abs.3 Satz 2 IfSG ist für die Patienten ein äußerst stumpfes Schwert. Kann die Behandlerseite nicht belegen, die KRINKO- bzw. Kommission ART-Empfehlungen eingehalten zu haben, hat dies derzeit nur zur Folge, dass es an einer Vermutung der Einhaltung von Hygienestandards zugunsten der Behandelnden fehlt. Den dogmatisch naheliegenden Umkehrschluss, in diesen Fällen einen Hygienefehler anzunehmen, nimmt § 23 Abs.3 Satz 2 IfSG nicht vor. Mit Einführung des vorgeschlagenen § 630a Abs,1 Satz 2 BGB wird diese Beweislastumkehr bei Infektionsfällen durch Krankenhauskeime bezogen auf die haftungsbegründende Kausalität zugunsten der Patienten angeordnet. Hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität verbleibt es bei der Beweislast gemäß dem oben geforderten § 630h Abs.6 BGB (neu).

4. Einsichtsrechte des Patienten

§ 630g BGB (neu)

1. Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche, therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Bei berechtigtem Patienteninteresse erstreckt sich das Einsichtsrecht auch auf weitere Unterlagen, hinsichtlich derer ein Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten besteht oder bestehen kann. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden.

2. Der Patient kann auch elektronische Abschriften der Patientenakte einschließlich der Änderungs- und Speicherdaten verlangen. Der Behandelnde stellt dem Patienten eine Kopie der vollständigen Patientenakte kostenlos zur Verfügung.

3. Im Fall des Todes des Patienten stehen die Rechte des Patienten aus den Absätzen 1 und 2 zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen seinen Erben zu. Gleiches gilt für die nächsten Angehörigen des Patienten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen. Die Rechte sind ausgeschlossen, soweit der Einsichtnahme der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Patienten entgegensteht.

4. Bei unberechtigter vollständiger oder teilweiser Ablehnung der Einsichtnahme oder Vorlage einer unvollständigen Patientenakte beginnt der Lauf der Verjährungsfrist frühestens ab dem Zeitpunkt, in dem die Einsichtnahme in die vollständige Akte gewährt wurde.

Begründung:

§ 630 g BGB sollte ergänzt werden: Es sollte klargestellt werden, dass dem Patienten auch weitere Unterlagen auf Verlangen übersendet werden müssen, sofern ein berechtigtes Patienteninteresse dargelegt werden kann. Steht beispielsweise aufgrund einer im Krankenhaus erworbenen Infektion ein Zusammenhang mit einem Hygienemangel in Rede, sind auf Verlangen auch Hygienepläne zu übersenden. Die Kostenfreiheit der Übersendung der Behandlungsunterlagen sollte klargestellt werden. Zugleich sollte die unberechtigte Verweigerung einer Akteneinsichtnahme oder die unvollständige Übersendung der Unterlagen zur Folge haben, dass sich der Beginn der Verjährungsfrist bis zur vollständigen Übersendung der Behandlungsunterlagen hinauszögert. Erweitert wird der bisherige § 630 g Abs.2 BGB auch dadurch, dass die Patienten auch Einsicht in die Änderungs- und Speicherdaten verlangen können. Dadurch kann festgestellt werden, ob von der Behandlerseite Änderungen vorgenommen worden sind, ohne diese kenntlich zu machen

5. Informationspflicht über Behandlungsfehler

§ 630c Absatz 2 Satz 2 BGB (neu):
Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese zu informieren.

Begründung:

Bereits nach dem geltenden Recht gehört es zu den ärztlichen Hauptpflichten aus dem Behandlungsvertrag, einem Patienten Ursachen, Verlauf und Folgen eines Zwischenfalls zu erläutern und ihm Hilfen bei der Bewältigung anzubieten, soweit der Patient hierauf angewiesen ist, um das Erlebte angemessen verarbeiten zu können. Dies obliegt der Behandlerseite bereits ab dem Moment des Eintritts des Schadens, aber erforderlichenfalls auch noch in der Folgezeit, ggf. auch noch nach Erhebung einer Arzthaftungsklage; das gilt insbesondere dann, wenn ein erstes gerichtliches Sachverständigengutachten zu dem Ergebnis kommt, die Beschwerden seien iatrogen und nicht Folge eines pathologischen Prozesses. Im Einzelfall kann dies sogar die Notwendigkeit implizieren, auch bei Ablehnung eines gerichtlichen Vergleichsvorschlages durch den Patienten, welchen die Beklagten angenommen hätten, die Haftung - wenigstens dem Grunde nach - anzuerkennen und das Bedauern zum Ausdruck zu bringen. Kommt die Behandlerseite dieser Pflicht zum Eingeständnis ihrer Verantwortlichkeit über einen langen Zeitraum nicht nach, obwohl es verschiedene Anlässe hierzu gegeben hat, so führen diese Anlässe nicht zum Vorliegen mehrerer Pflichtverletzungen; vielmehr liegt insgesamt nur eine Pflichtverletzung vor, deren Dauer und - im Hinblick auf die mehrfachen Anlässe zu pflichtgemäßem Verhalten festzustellende - Nachhaltigkeit aber schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen ist.³³

Die Neuregelung geht darüber hinaus: Es ist nunmehr eine eindeutige „Bringschuld“ des Behandlers, über Behandlungsfehler aufzuklären.

³³ LG München II, Urt. v. 04.05.2021, Az.: 1 O 2667/19.

6. Wirtschaftliche Aufklärungspflicht

§ 630c Absatz 3 Satz 3 BGB (neu):

Der Behandelnde hat den Patienten in diesem Fall schriftlich über die zu erwartenden Kosten und die Möglichkeiten zu informieren, sich nach dem zu erwartenden medizinischen und individuellen Nutzen der angebotenen Behandlung objektiv und neutral zu erkundigen, und ihm bis zum Vertragsabschluss eine angemessene Überlegungsfrist einzuräumen.

§ 17 Absatz 2 Satz 1 KHEntG (neu):

Dem Patienten ist eine angemessene Überlegungsfrist einzuräumen. (die bisherigen Sätze 2 und 3 werden die Sätze 3 und 4)

Begründung:

Beim Abschluss von Verträgen über Selbstzahlerleistungen (IGeL, Wahlleistungen etc.) mangelt es Patienten oft an Überlegungszeit. Wahlleistungsvereinbarungen werden oft am Tag der Operation zur Unterschrift vorgelegt. Die Informationen sind zu lang und in der angespannten Situation des Patienten nicht zu erfassen, und in für den Patienten unverständlichen Juristendeutsch abgefasst. So erkennen viele Patienten nicht, dass sie zur Zahlung nicht nur der Rechnung des Chefarztes, sondern auch zur Zahlung veranlasster Laborleistungen etc. verpflichtet sind.

Bei den IGeL Leistungen kennen die Patienten oft nicht die Höhe aller zu erwartenden Kosten oder den Nutzen der angebotenen Behandlungsmethoden. Wenn Ärzte, die IGeL anbieten, verpflichtet werden, auf Informationsangebote der Krankenkassen o.ä. hinzuweisen, und die Patienten Zeit erhalten sich zu informieren, bestehen ausreichend Möglichkeiten, eine informierte Verbraucherentscheidung zu treffen.

7. Zahnarztthaftung

§ 136a Abs.4 S.5-7 SGB V (neu)

Dem Zahnarzt stehen dabei regelmäßig zwei Nachbesserungsversuche zu. Scheitert die Nachbesserung, ist eine Neuanfertigung eines Zahnersatzes notwendig oder ist eine Nachbesserung für den Versicherten unzumutbar, endet die Gewährleistung des Zahnarztes. Die Krankenkasse ist in diesem Fall berechtigt, die für die Leistung gezahlten Honorare zurückzufordern.

Begründung:

Insbesondere im zahnärztlichen Bereich besteht die Notwendigkeit, das Recht auf Nachbesserung des Zahnarztes zu begrenzen. Zwei Nachbesserungsversuche sollten genügen, weitere, oft schmerzhaftere Nachbesserungsversuche sind unzumutbar, Ausnahmen müssen in der Auseinandersetzung gesondert begründet werden. Wenn eine Nachbesserung nach zwei vergeblichen Versuchen aus Sicht des Patienten nicht erfolversprechend und nicht zumutbar ist, verliert der Zahnarzt in der GKV seinen Honoraranspruch, die Krankenkassen sollten in diesem Fall berechtigt sein, den gezahlten Kassenanteil zurückzufordern. Dies ist bereits geltendes Recht, allerdings ist unklar, wieviele Nachbesserungsversuche zumutbar sind. Die vorgeschlagene Regelung stellt klar, dass regelmäßig zwei Nachbesserungsversuche zumutbar sind und s trägt damit zu mehr Rechtssicherheit bei.

8. Arzneimittelhaftung

§ 84 Abs. 2 Satz 3 AMG (neu):

Die Vermutung gilt nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalls **ebenso** geeignet ist, den Schaden zu verursachen.

Begründung:

§ 84 Abs.2 S.3 BGB wird lediglich durch das Wort „ebenso“ ergänzt, um zu verdeutlichen, dass nicht die Behauptung jeder denkbaren alternativen Schadensursache genügt, um die Vermutung des § 84 Abs.2 S.1 BGB entfallen zu lassen.

9. Stärkung der Verfahrensrechte

§ 404 Abs.3 ZPO (neu):

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt oder ist eine besondere Sachkunde erforderlich, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

Nach § 404 a wird folgender § 404b ZPO eingefügt:

In Arzthaftungssachen ist das Gutachten durch einen geeigneten Sachverständigen zu erstatten, der mindestens über die gleiche Qualifikation verfügt wie der beklagte Leistungserbringer. Zudem soll der jeweilige Sachverständige über eine nachgewiesene und von der jeweils zuständigen Ärztekammer geprüfte Zusatzqualifikation in medizinrechtlicher Begutachtung verfügen. Die Bundesärztekammer legt eine verbindliche Leitlinie zur medizinrechtlichen Begutachtung und eine Verfahrensordnung für die Sachverständigenauswahl fest.

Begründung:

Zur Verbesserung der Qualität von Sachverständigengutachten im Arzthaftungsprozess wird gefordert, dass Sachverständige neben der medizinischen Qualifikation zur Beurteilung des Sachverhaltes auch durch geeignete Fortbildungsmaßnahmen eine Zusatzqualifikation in medizinischer Begutachtung im Arzthaftungsprozess fortgebildet werden und an diesen Fortbildungen teilnehmen. Nur, wenn derart fortgebildete Gutachter nicht zur Verfügung stehen, kann hiervon im Einzelfall abgewichen werden. Darüber hinaus tragen Leitlinien der Bundesärztekammer zur medizinischen Begutachtung und zur Sachverständigenauswahl zur Qualitätsverbesserung bei der Sachverständigenauswahl bei.

Das Positionspapier wurde für den Medizinrechtsanwälte e.V. erstellt durch:

- Dr. Thomas Motz, Rechtsanwalt, Lübeck, Vorstandsvorsitzender
- Jörg Heynemann, Rechtsanwalt, Berlin, Mitglied des Vorstands
- Timm Laue-Ogal, Rechtsanwalt, Osnabrück, Mitglied des Beirats
- Adelheid Kieper, Rechtsanwältin, Roche, Mitglied des Vorstands
- Tobias Kiwitt, Rechtsanwalt, Wedel, Mitglied des Vorstands
- Jan-Phillip Bergmann, Rechtsanwalt, Kiel, Mitglied des Vorstands
- Hauke Oppermann, Rechtsanwalt, Kiel, Mitglied des Beirats

Der Medizinrechtsanwälte e.V. besteht aus bundesweit ansässigen und tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die im Medizinrecht vor allem Patienten und Versicherte beraten und vertreten. Zu seinen Aufgaben gehört die Unterstützung der Mitglieder bei ihrer anwaltlichen Tätigkeit, u.a. durch Fortbildungsmaßnahmen, und der Einsatz für die Rechte von Patienten und Versicherten. Sitz des Vereins ist Lübeck.

Impressum:

Medizinrechtsanwälte e.V.

Vorstand: Dr. Thomas Motz (Vorsitz)

Travemünder Allee 6a, 23568 Lübeck

Tel.: 0451/30503687

info@medizinrecht-beratungsnetz.de