

# Dreieinhalb Jahre Patientenrechtegesetz – ein Zwischenfazit

von Roland Uphoff<sup>1</sup> und Joachim Hindemith<sup>2</sup>

## ABSTRACT

**Das in das Bürgerliche Gesetzbuch eingegliederte Patientenrechtegesetz** – es handelt sich um Paragraph 630 a–h des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) – enthält eine Kodifikation, das heißt eine sehr knappe Zusammenfassung des vom Bundesgerichtshof im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Arzthaftungsrechts. Das Gesetz ist kein Reformgesetz im echten Sinne. Die in ihm enthaltenen Verbesserungen des Patientenschutzes sind im Vergleich zum bisherigen Rechtszustand nur von marginaler Bedeutung. An dem strukturellen Ungleichgewicht des Arzthaftungsprozesses hat das Patientenrechtegesetz nichts geändert. Der vom Bundesgerichtshof entwickelte zentrale Begriff des Arzthaftungsrechts, der Begriff des groben Behandlungsfehlers, ist (ohne Definition) vom Gesetzgeber in das Patientenrechtegesetz übernommen worden. Dieser Begriff entbehrt der aus Gründen der Rechtssicherheit notwendigen hinreichenden Bestimmtheit.

**Schlüsselwörter:** Arzthaftungsrecht, Kausalitätsbeweis, grober Behandlungsfehler

*The Patients' Rights Law is a new part of the German Civil Code (BGB) and is to be found in paragraph 630 a–h. It contains a codification, that is a very concise summary of the ideas of the Federal Supreme Court on medical liability based on actual jurisdiction. It is not a reform in the true sense of the word. The improvement it contains are only marginal. The structural imbalances of medical liability suits have not been rectified. The central term of medical liability developed by the Federal Supreme Court, namely the gross medical error, has been incorporated into the law without being defined in any way. The law therefore lacks the clarity which is necessary to settle cases.*

**Keywords:** medical liability law, causal proof, gross treatment error

## 1 Einleitung

Bis zum Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes existierte keine spezielle gesetzliche Regelung, die die Rechte und Pflichten der Parteien eines medizinischen Behandlungsvertrages betraf. Das Arzthaftungsrecht war vielmehr ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung; es war vom Bundesgerichtshof aus allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts Schritt für Schritt entwickelt worden. Rechtsquellen waren daher – ähnlich wie in den Staaten des angelsächsischen Rechtskreises – de facto eine große Zahl höchstrichterlicher Entscheidungen, die zwar – anders als in den Ländern des angelsächsischen Rechtskreises

– keine absolute Verbindlichkeit beanspruchen konnten, dennoch aber in der Praxis durchweg Beachtung fanden. Angesichts dieses Umstandes war das Arzthaftungsrecht, wie es sich in concreto darstellte, im Wesentlichen nur Fachleuten zugänglich, auch wenn es selbstverständlich immer übersichtliche, sich allerdings vor allem an Fachleute wendende Darstellungen gab. Dem Laien war jedenfalls der Zugang zu den Quellen erheblich erschwert.

Es kann nicht verwundern, dass dieser Rechtszustand als unbefriedigend empfunden wurde. Schon im Jahr 1981 haben daher Erwin Deutsch und Michael Geiger in einem für das Bundesjustizministerium erstatteten Gutachten

<sup>1</sup> Dr. jur. Roland Uphoff M. mel., Kanzlei für Geburtsschadensrecht und Arzthaftung · Heinrich-von-Kleist-Straße 4 · 53113 Bonn · Telefon: 0228 5389488  
E-Mail: mail@uphoff.de

<sup>2</sup> Joachim Hindemith, Kanzlei für Geburtsschadensrecht und Arzthaftung · Heinrich-von-Kleist-Straße 4 · 53113 Bonn · Telefon: 0228 5389488  
E-Mail: mail@uphoff.de

eine Kodifikation des Behandlungsvertrages im BGB gefordert (*Deutsch und Geiger 1981*). Dieses Anliegen hat der Gesetzgeber aufgenommen. Nach jahrelangen Vorarbeiten konnte ein vom Bundesjustizministerium erarbeiteter Gesetzentwurf den Bundestag im Wesentlichen unverändert passieren. Das Patientenrechtegesetz wurde am 20. Februar 2013 verkündet und ist am 26. Februar 2013 in Kraft getreten. Es betrifft lediglich Behandlungsfälle, die sich nach diesem Zeitpunkt ereignet haben, hat also keine Rückwirkung.

## 2 Reform oder Kodifikation?

Viele hatten die Absicht des Gesetzgebers, ein Patientenrechtegesetz zu schaffen, mit der Hoffnung verbunden, dass sich der Gesetzgeber nicht darauf beschränken werde, das im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entstandene Medizinschadenrecht in Gesetzesform zu bringen, sondern dieses Recht auch in wesentlichen Punkten zu reformieren, und zwar im Sinne einer Stärkung der Patientenrechte. Nach Aussage des früheren Gesundheitsministers Daniel Bahr war gerade dies auch beabsichtigt gewesen; denn das vom Bundesgerichtshof im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte Arzthaftungsrecht wies nach weit verbreiteter Auffassung erhebliche Schwächen auf. Diese ergaben sich vor allem aus der fehlenden Präzision der vom Bundesgerichtshof entwickelten Begriffe und Tatbestandsmerkmale, die es auch für Spezialisten und Sachkenner so gut wie unmöglich machten, die Aussichten eines Rechtsstreits wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers realistisch einzuschätzen. Nach weit verbreiteter Auffassung sollte das Patientenrechtegesetz also auch dazu dienen, den an den jeweiligen Konflikten beteiligten Parteien, das heißt einerseits dem Patienten, andererseits dem Arzt, einen höheren Grad an Rechtssicherheit zu verschaffen. Dazu hätte nach fast allgemeiner Auffassung vor allem eine Präzisierung eines zentralen Begriffs des vom Bundesgerichtshof entwickelten Arzthaftungsrechts gehört, das heißt eine erheblich klarere und schärfere Fassung des Begriffs des „groben Behandlungsfehlers“.

Dieser Aufgabe hat sich der Gesetzgeber entzogen. Er hat sich, wenn man von ganz geringfügigen Ausnahmen absieht, lediglich darum bemüht, das im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entstandene Rechtsgebiet des Arzthaftungsrechts ohne irgendwelche Neuerungen übersichtlich zu ordnen. Nach allgemeiner Auffassung werden sich daher in der praktischen Rechtsanwendung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand keine ins Gewicht fallenden Änderungen ergeben.

Zu Recht ist daher vor allem von Praktikern des Arzthaftungsrechts die Frage aufgeworfen worden, ob angesichts des Fehlens jedweder fundamentalen Weiterentwicklung des Arzthaftungsrechts die Schaffung eines besonderen Patientenrechtegesetzes überhaupt der Mühe wert war. Der Vorsitzende Richter eines Arzthaftungssenats hat die Formulierung geprägt, das Gesetz verändere nichts, nehme nichts zurück, füge so gut wie nichts hinzu, stärke die Rechte der Patienten nicht, helfe weder der Rechtsprechung noch den mit Arzthaftungsfällen befassten Rechtsanwälten und habe die Chance verschenkt, etwas zu bewegen; es schade nichts, es helfe aber auch nicht und sei daher nichts anderes als ein Placebo (*Jaeger 2013, 1*).

## 3 Welche materiellen Neuerungen hat das Patientenrechtegesetz gebracht?

Die ins Gewicht fallenden Änderungen des bisherigen Rechtszustandes sind marginal und lassen sich an den Fingern einer Hand aufzählen.

### 3.1 § 630 c Abs. 2 Satz 2 BGB

Terbille und Schmitz-Herscheidt (*2000, 1749*) hatten die Forderung aufgestellt, dass ein Arzt ebenso wie ein Anwalt oder ein Steuerberater verpflichtet sein müsse, seinem Vertragspartner ihm unterlaufene Fehler zu offenbaren. Was Anwalt und Steuerberater anlangt, hatte diese Offenbarungspflicht verjährungsrechtliche Bedeutung. Nach dem Rechtszustand vor der Novellierung des Verjährungsrechts stellte das Verschweigen eines schadenursächlichen Fehlers einen neuen haftungsbegründenden Fehler dar, der demgemäß konsequenterweise auch zum erneuten Anlaufen einer Verjährungsfrist (sogenannte Sekundärverjährung) führte. Heute spielt dies nach der Reform des Verjährungsrechts keine Rolle mehr, da der Beginn der Verjährung stets erst mit der Kenntnis vom Vorliegen des Haftungsfalles einsetzt.

Schon vor Schaffung des Patientenrechtegesetzes wurde darauf hingewiesen, dass die Belastung des Arztes mit einer derartigen Offenbarungspflicht weitgehend leerlaufen werde, und zwar vor allem deswegen, weil an eine Verletzung dieser Offenbarungspflicht keinerlei Sanktion anknüpft. Dennoch hat sich der Gesetzgeber nicht davon abhalten lassen, im Gesetz zu verankern, dass der Arzt für den Fall, dass für ihn Umstände erkennbar seien, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründeten, den Patienten hierüber auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren informieren müsse (§ 630 c Abs. 2 Satz 2 BGB). Solche Informationen waren bislang in der ärztlichen Praxis gänzlich unüblich. Daran wird sich auch in Zukunft voraussichtlich

## ABBILDUNG 1

**Das Patientenrechtegesetz im Wortlaut (Auszüge)**

Das Patientenrechtegesetz ist Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und findet sich dort in Paragraf 630 a bis h. Die im Zusammenhang mit diesem Beitrag besonders relevanten Passagen sind im Folgenden zusammengestellt.

**§ 630 c Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten**

...

- (2) Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweis Zwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden.
- (3) Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist oder ergeben sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte, muss er den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren. Weitergehende Formanforderungen aus anderen Vorschriften bleiben unberührt.

...

**§ 630 e Aufklärungspflichten**

...

- (2) Die Aufklärung muss
1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,
  2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,
  3. für den Patienten verständlich sein.

Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.

...

**§ 630 f Dokumentation der Behandlung**

...

- (2) Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

...

**§ 630 h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler**

...

- (2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630 d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630 e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630 e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.
- (3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630 f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630 f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.
- (4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.
- (5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

nichts ändern, da die Verletzung dieser Verpflichtung für den Arzt mit keinerlei Nachteilen verbunden ist. Überdies kann sich der Arzt stets darauf berufen, er habe selbst sein Verhalten nicht als behandlungsfehlerhaft angesehen und daher keine Notwendigkeit erkannt, den Patienten über einen aus seiner Sicht gar nicht unterlaufenen Behandlungsfehler zu unterrichten. Dass ein Arzt einen Patienten, der einen Behandlungsfehler nicht einmal vermutet, über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers aufklärt, wird also stets eine sehr seltene Ausnahme bleiben. Jedenfalls im Normalfall ist der Patient, wenn er vor einem möglichen Rechtsstreit die Frage klären will, ob er Opfer eines Behandlungsfehlers geworden ist, auf andere Informationsquellen angewiesen. Er kann sich bemühen, ein Privatgutachten zu beschaffen, er kann über eine gesetzliche Krankenkasse ein Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) beschaffen, er kann schließlich auch eine von den Ärztekammern eingerichtete Gutachterkommission anrufen. Dass die für den Patienten bestehenden Schwierigkeiten, Kenntnis vom Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu erlangen, wesentlich verringert werden, indem man dem Arzt selbst die Verpflichtung auferlegt, den Patienten über Behandlungsfehler zu unterrichten, wird man schwerlich annehmen können. Die Norm wird also aller Voraussicht nach niemals irgendwelche Bedeutung erlangen.

### 3.2 § 630 c Abs. 3 BGB

Bereits in der bisherigen Rechtsprechung war anerkannt, dass der Arzt dem Patienten auch eine wirtschaftliche Aufklärung schuldet, insbesondere darüber, dass er die Kosten einer von dem Arzt vorgeschlagenen beziehungsweise beabsichtigten Behandlung selbst tragen müsse, weil für die betreffende ärztliche Leistung kein Krankenversicherungsschutz bestehe. Das Gesetz schreibt nunmehr vor, dass der Arzt den Patienten vor Beginn der Behandlung über deren voraussichtliche Kosten in Textform zu informieren hat. Hierin liegt beim Streit über die Frage, ob eine solche Aufklärung erfolgt ist, eine gewisse Verbesserung der Rechtsposition des Patienten. Obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht, wird man die gesetzliche Regelung dahin verstehen müssen, dass bei Fehlen einer schriftlichen Aufklärung zugunsten des Patienten die Vermutung eingreift, dass eine entsprechende Aufklärung überhaupt nicht erfolgt ist.

### 3.3 § 630 e Abs. 2 Satz 2 BGB

Nach altem wie nach neuem Recht ist die Aufklärung über Behandlungsrisiken und Behandlungsalternativen mündlich vorzunehmen. In der Praxis finden jedoch in aller Regel formularmäßige Aufklärungsbögen Verwendung, die zusätzliche handschriftliche Eintragungen des Arztes ermöglichen. Solche auf den konkreten Fall bezogenen

Eintragungen sind allgemein üblich. Die Aufklärungsbögen können, soweit sie handschriftliche Eintragungen enthalten, wesentliche Indizien für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs liefern.

Im Rechtsstreit ergab sich nicht selten das Problem, dass der Patient den Verdacht hatte, ein Aufklärungsbogen sei nachträglich handschriftlich ergänzt worden, und zwar durch zusätzliche Anführung von Risiken, die sich dann später verwirklicht hatten. Derartige nachträgliche Abänderungen eines Aufklärungsbogens waren niemals beweisbar. Die Beweislast für eine nachträgliche Abänderung eines Aufklärungsbogens liegt gemäß § 440 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) beim Patienten, wenn er diesen unterzeichnet hat. Nachträgliche Ergänzungen des Inhalts des Aufklärungsbogens, die selbstverständlich unzulässig und strafbar waren, waren also mehr oder weniger risikolos möglich. Dem will der Gesetzgeber einen Riegel vorschieben, indem er nunmehr vorschreibt, dass dem Patienten eine Abschrift des Aufklärungsbogens zu übergeben ist.

### 3.4 § 630 f Abs. 2 BGB

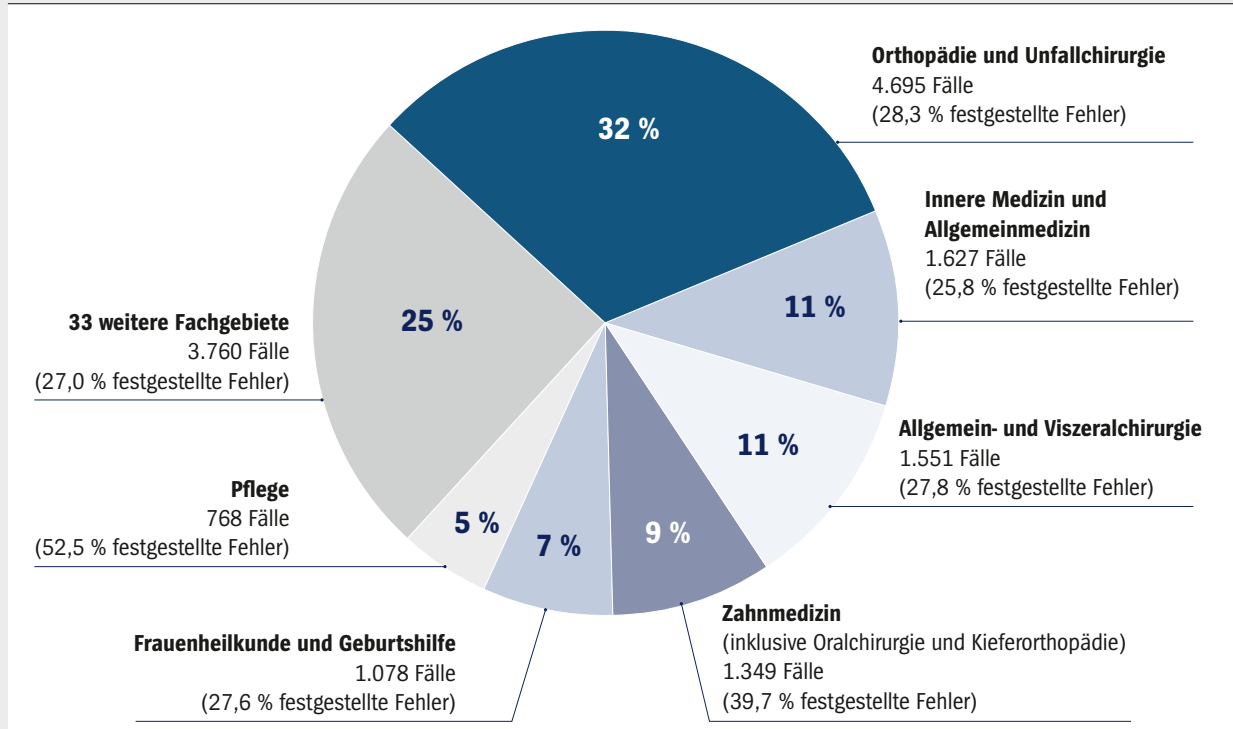
Nach altem wie nach neuem Recht hat in jedem Rechtsstreit die ärztliche Dokumentation eine wesentliche Bedeutung. Häufig ist nur aus ihr ein Behandlungsfehler abzuleiten. Die Bedeutung der Dokumentation wurde jedoch dadurch geschwächt, dass sehr häufig unklar war, welche Umstände dokumentationsbedürftig waren. Der Bundesgerichtshof hatte in einer Serie von Entscheidungen die Auffassung vertreten, die Dokumentation zielt nicht auf Beweissicherung für den Haftungsprozess des Patienten, deshalb sei eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich sei, auch nicht aus Rechtsgründen geboten. Waren also in der Dokumentation Lücken vorhanden, die dazu führten, dass unklar blieb, welche Befunde erhoben worden waren und wie der Arzt im Einzelnen vorgegangen war, so kam es regelmäßig zu einem Streit darüber, ob entsprechende Aufzeichnungen überhaupt medizinisch erforderlich gewesen seien, was im Allgemeinen davon abhängig gemacht wurde, ob derartige Aufzeichnungen für die Weiterbehandlung des Patienten benötigt wurden. In diesem Punkt schafft das Patientenrechtegesetz größere Klarheit. In § 630 f Abs. 2 BGB werden die in jedem Fall dokumentationsbedürftigen Befunde und Maßnahmen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) aufgezählt, was den Nachweis eines Dokumentations- und/oder Behandlungsfehlers erheblich erleichtert.

### 3.5 § 630 h Abs. 4 BGB

Das Charakteristikum des Arzthaftungsrechts besteht darin, dass nach den von der Rechtsprechung entwickelten Methoden der Kausalitätsprüfung der vom Patienten zu führende

ABBILDUNG 2

## MDK-gutachterlich untersuchte Behandlungsfehlervorwürfe und ihre Verteilung auf Fachgebiete



Zu 14.828 möglichen Behandlungsfehlern wurden 2015 MDK-gutachterliche Ergebnisse vorgelegt. In 27,3 Prozent der Fälle war es laut Gutachten zu Behandlungsfehlern gekommen. Die meisten Vorwürfe betrafen orthopädische oder unfallchirurgische Eingriffe. Von 2012 auf 2013 war die Zahl der Begutachtungen um 17 Prozent gestiegen. Danach wuchs sie nur noch leicht (von 2013 auf 2014: 0,5 Prozent; von 2014 auf 2015: 1,1 Prozent).

Quelle: MDS/MDK 2015; Grafik: G+G Wissenschaft 2016

Beweis eines Ursachenzusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und einem hierauf beruhenden Schaden in der großen Mehrzahl der Fälle nicht zu erbringen ist.

Der Bundesgerichtshof hatte im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eine Reihe von Ausnahmetatbeständen entwickelt, in denen den Patienten dieser Beweis abgenommen wird. Diese Ausnahmetatbestände, in denen zugunsten des Patienten eine Beweislastumkehr eintritt, hat der Gesetzgeber nunmehr in § 630h BGB zusammengefasst, und zwar – mit einer Ausnahme – unter Übernahme der vom Bundesgerichtshof im Wege richterlicher Rechtsbildung entwickelten Fälle der Beweislastumkehr.

Eine Neuerung enthält indes § 630h Abs. 4 BGB. Der Bundesgerichtshof hatte dem Patienten für den Fall einer Anfängerbehandlung eine Beweislastumkehr zugebilligt; eine Anfängerbehandlung lag vor, wenn ein noch in Ausbildung befindlicher Arzt beziehungsweise Berufsanfänger ohne ent-

sprechende Beaufsichtigung selbstständig einen Eingriff vornahm. Den Fall der Anfängerbehandlung hat der Gesetzgeber nunmehr dahin verallgemeinert, dass die Beweislastumkehr dann eintritt, wenn ein Behandler für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt ist. Diese Verallgemeinerung führt zu einer deutlichen Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Beweislastumkehr.

#### 4 Fortbestehende Schwächen des neuen Arzthaftungsrechts

Der Bundesgerichtshof bedient sich in ständiger Rechtsprechung zur Feststellung eines Kausalzusammenhangs (im Arzthaftungsrecht also durchweg eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und einem Gesundheitsschaden des Patienten) einer archaischen, durch

naturwissenschaftliche Erkenntnisse überholten Theorie, nach welcher als Ursachen nur solche Ereignisse aufgefasst werden können, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiel (sogenannte *Conditio-sine-qua-non*-Formel). Es wird also, wenn ein Behandlungsfehler und ein Schaden vorliegen, die Frage gestellt, ob der Behandlungsfehler hinweggedacht werden könne, ohne dass der Erfolg entfiel. Ist es auch nur denkbar, dass es zu dem Schadenseintritt ohne den Behandlungsfehler gleichfalls gekommen wäre, so wird hieraus die Schlussfolgerung gezogen, dass ein Kausalzusammenhang nicht feststehe, also unbewiesen sei. Da dies regelmäßig der Fall ist, hängt der Prozesserverfolg eines Patienten nach altem wie nach neuem Arzthaftungsrecht so gut wie immer vom Eingreifen einer der Beweiserleichterungen ab, die jetzt in § 630h BGB zusammengefasst sind.

Diese Beweiserleichterungen haben eine unterschiedliche praktische Relevanz. Weit im Vordergrund steht die Beweislastumkehr in den Fällen eines groben Behandlungsfehlers. Diesen vom Bundesgerichtshof ausgeformten Begriff hat der Gesetzgeber nunmehr in § 630h Abs. 5 BGB übernommen, jedoch nicht definiert, welches im Ergebnis bedeutet, dass er die Definition dieses Begriffes der Rechtsprechung überlassen will.

Der Bundesgerichtshof (BGH) verwendet in ständiger Rechtsprechung die Formel, dass ein grober Behandlungsfehler dann vorliege, wenn ein medizinisches Fehlverhalten gegeben sei, das aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissenstandes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheine, weil ein solcher Fehler dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe (zum Beispiel *BGH 2012, 227*).

Gegen diese Formel, die die gerichtliche Praxis beherrscht, ist von zahlreichen Autoren eingewandt worden, dass sie konturlos sei und rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genüge. Sie mache es unmöglich, die Ergebnisse gerichtlicher Entscheidungen auch nur mit geringer Sicherheit vorherzusehen.

Zum anderen schreibt die vom Gesetzgeber offensichtlich gebilligte bisherige Praxis des BGH den Gerichten vor, die Frage, ob ein Behandlungsfehler als grob zu beurteilen sei, von einem medizinischen Sachverständigen beantworten zu lassen. Die medizinische Wissenschaft unterscheidet aber nicht zwischen einfachen und groben Behandlungsfehlern. Für eine solche Unterscheidung gibt es keinerlei naturwissenschaftliches oder überhaupt rationales Kriterium. Der medizinische Sachverständige, dem die Frage gestellt wird, ob er einen bestimmten von ihm festgestellten Behandlungsfehler als grob oder noch nicht als grob ansehe, muss eine Frage beantworten, die sich anhand der Erkennt-

nisse und Maßstäbe der Wissenschaft, die er vertritt, nicht beantworten lässt. Er muss also bei der Beantwortung dieser Frage ohne jede wissenschaftliche Basis aus der Tiefe seines Gemüts schöpfen. Die meisten Sachverständigen sehen das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers als Ausnahmefall an, dessen Vorliegen in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle verneint wird. Die Bedeutung der kollegialen Verbundenheit des Sachverständigen mit dem auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Arzt ist dabei jedem Praktiker bekannt.

Drastisch gesagt, stellt also ein Arzthaftungsprozess selbst in dem Fall, dass ein ärztlicher Behandlungsfehler festgestellt ist und der Patient einen unter Umständen schweren Schaden erlitten hat, ein Glücksspiel dar, dessen Ausgang von irrationalen Kriterien abhängt. Solange an diesem Rechtszustand nichts geändert wird, bleibt das Arzthaftungsrecht reformbedürftig.

## 5 Ausblick

In der nunmehr geltenden Fassung regelt das Patientenrechtegesetz die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Behandlungsvertrag, ohne auf die Folgen von Pflichtverletzungen einzugehen. Die Normen, die an die Verletzung einer Vertragspflicht die Rechtsfolge der Verpflichtung zum Schadenersatz anknüpfen, gehören in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts des BGB und sind daher anscheinend aus rechtssystematischen Gründen in die Gesetzesnovelle nicht aufgenommen worden. Rechtssystematisch überraschend enthält § 630h BGB jedoch Beweislastnormen, das heißt Regelungen, die eine Beweislastumkehr begründen, ohne dass irgendwo im Gesetz verankert wäre, welche Anforderungen ohne eine solche Beweislastumkehr an den vom Patienten zu erbringenden Beweis zu stellen sind. Das hat seinen Grund anscheinend darin, dass es insoweit keine expliziten Normen gibt. Insbesondere stellen die Anforderungen an den vom Patienten im Regelfall zu erbringenden Kausalitätsbeweis reines Richterrecht dar. Anders ausgedrückt: Das Gesetz normiert Ausnahmetatbestände, das heißt Fälle der Beweislastumkehr, ohne den Grundtatbestand zu regeln, also die Anforderungen zu normieren, die im Normalfall an den Kausalitätsbeweis zu stellen sind.

Auf benachbarten Rechtsgebieten, nämlich insbesondere im Bereich des Verkehrsunfallrechts und des Rechts der Verkehrssicherungspflicht, ist es insoweit – ebenfalls richterrechtlich – zu Entwicklungen gekommen, die allgemein als gerechter Interessenausgleich empfunden werden. Dies gilt insbesondere für den in diesen Rechtsgebieten eine überragende Rolle spielenden Anscheinsbeweis, der im Arzthaftungsrecht bisher ohne jede Bedeutung ist. Das

Arzthaftungsrecht hat richterrechtlich im Vergleich zu der Entwicklung anderer Rechtsgebiete einen Sonderweg beschritten, der letztlich darauf hinausläuft, dass – anders als in allen anderen Rechtsgebieten – die Haftung faktisch auf grobe Fehler beschränkt wird. Ein Ansatz für eine künftige, bisher ausstehende Reform könnte darauf abzielen, das Arzthaftungsrecht auch hinsichtlich der Anforderungen an den Kausalitätsbeweis wieder in das sonstige Haftungsrecht einzugliedern, das heißt, seine rechtssystematische Sonderstellung zu beseitigen.

Ein anderer Reformansatz könnte darin bestehen, nach dem Vorbild des französischen Rechts den Patienten, der Opfer eines ärztlichen Behandlungsfehlers geworden ist, auch schon für den Verlust einer Heilungschance zu entschädigen, das heißt, die sogenannte Proportionalhaftung einzuführen. Die Ablehnung der Proportionalhaftung beruht letztlich auf einer in ganz anderem Zusammenhang ergangenen Entscheidung des BGH, in der er die Auffassung vertreten hat, dass wirtschaftliche oder sonstige Chancen (zum Beispiel die Heilungschance, die Chance auf beruflichen Aufstieg oder geschäftlichen Gewinn) ohne feststellbaren Wert seien, weil sich nicht klären lasse, ob eine solche Chance sich im Normalfall verwirklicht hätte. Daher wird auch dem auf einem Behandlungsfehler beruhenden Verlust

einer Heilungschance jeder Wert abgesprochen. Der Ansatz des französischen Rechts ist insoweit viel überzeugender.

Zu diskutieren ist überdies die Einrichtung von öffentlich-rechtlichen Entschädigungsfonds (nach dem Vorbild verschiedener Staaten) für Opfer von Behandlungsfehlern, wenn diese einen Kausalzusammenhang zwischen einem festgestellten ärztlichen Behandlungsfehler und einem ebenfalls feststehenden Schaden nicht mit letzter Sicherheit beweisen können, wie dies zum Beispiel für die große Masse der Krankenhausinfektionen gilt. Es ist kaum zu rechtfertigen, diese Patienten völlig entschädigungslos zu lassen.

Wenn man an dem bisherigen System der Arzthaftung jedoch nichts ändern will oder (gegen den Widerstand der Institutionen der Ärzteschaft und der hinter ihr stehenden Versicherungswirtschaft) weitere Änderungen nicht für durchsetzbar hält, so bedarf jedenfalls der Begriff des groben Behandlungsfehlers einer klareren und schärferen Definition. Unter einem groben Behandlungsfehler könnte zum Beispiel ein Behandlungsfehler verstanden werden, der auf einem eindeutigen Verstoß gegen eine etablierte Regel der ärztlichen Kunst beruht, sofern dieser Behandlungsfehler für den Patienten ein spezifisches Risiko mit sich bringt und sich genau dieses Risiko im konkreten Fall verwirklicht hat.

## Literatur

**Bundesgerichtshof (BGH) (2012):** VI ZR 139/10: Bewertung eines Behandlungsfehlers als „grob“. Neue Juristische Wochenschrift. Jg. 65, Heft 4, 227–228

**Deutsch E, Geiger M (1981):** Medizinischer Behandlungsvertrag. In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2. Köln: Bundesanzeiger, 1049–1113

**Hart D (2007):** Patientensicherheit, Risikomanagement, Arzneimittelbehandlung und Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur Krankenhausorganisationshaftung. Medizinrecht, Jg. 25, Heft 25, 383–393

**Hart D (2012):** Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen. Medizinrecht, Jg. 30, Heft 1, 1–15

**Jaeger L (2013):** Patientenrechtegesetz. Kommentar zu §§ 630 a bis 630 h BGB. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft

**Kubella K (2011):** Patientenrechtegesetz. Berlin Heidelberg: Springer

**Terbille M, Schmidt-Herscheidt S (2000):** Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern. Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 53, Heft 24, 1749 ff.

**Tolmein O (2012):** Wenig Verbesserung durch das neue Patientenrechtegesetz. Neue Juristische Wochenschrift-aktuell, Jg. 65, Heft 7, 14–15

## DIE AUTOREN



**Dr. jur. Roland Uphoff M. mel.,**

Jahrgang 1964, ist seit 1991 Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht und seit 2007 Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Pränatal- und Geburtsmedizin. 2010 schloss er den Masterstudiengang „Medizin, Ethik, Recht“ an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg ab. Uphoff unterrichtet als Lehrbeauftragter des Instituts für Medizin- und Gesundheitsrecht an der Universität Bremen. Er schreibt Artikel in medizinischen und medizinrechtlichen Fachzeitschriften und Büchern. Außerdem ist er Referent für Weiterbildungsveranstaltungen des Kreißsaal-ABC.



**Joachim Hindemith,**

Jahrgang 1934, studierte Rechtswissenschaften in Köln, Berlin und Münster. Danach war er zunächst als Journalist tätig. Seit 1969 ist er Rechtsanwalt, seit 1975 Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Köln (Berufungsinstanz), und zwar spezialisiert auf Arzthaftungsverfahren, insbesondere Berufungsverfahren. Hindemith hat eine Reihe von Aufsätzen für Zeitungen und Bücher verfasst. Er war Mitglied des Justizprüfungsamts beim Oberlandesgericht Köln und ist Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht.