

Brunnenstraße 37
D 10115 Berlin

T +49 · 30 · 88 71 50 88
F +49 · 30 · 88 71 50 89
info@medizinrecht-heyne mann.de
www.medi zinrecht-heyne mann.de

KANZLEI HEYNEMANN | Brunnenstr. 37 | D 10115 Berlin

Chancen und Grenzen der Kodifizierung des Behandlungsvertrages

Gesetzlicher Handlungsbedarf ?

12. Deutscher Medizinrechtstag

16. bis 17. September 2011

In Berlin

Jörg F. Heyne mann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Annika Zumbansen
Rechtsanwältin

TÄTIGKEITSSCHWERPUNKTE
Medizinrecht, Arzneimittelrecht, Arzthaftungsrecht, Medizinprodukterecht

TÄTIGKEITSSCHWERPUNKTE
Arzthaftungsrecht, Geburtsschadensrecht

BANKVERBINDUNG
Berliner Volksbank, Konto 7363696001, BLZ 100 900 00

I. Einleitung

Das im März 2011 vorgelegte Grundlagenpapier¹ der Bundesministerien für Justiz (BMJ) und Gesundheit (BMG) sowie des Patientenbeauftragten der Bundesregierung sieht weder ein rechtsgebietsübergreifendes GrundsätzeGesetz für Patientenrechte noch eine Prozessgesetzgebung vor, sondern nur bereichsspezifische Teilregelungen zur Autonomie, Behandlung/Versorgung und Organisation. Nach dem Grundlagenpapier wird es ein Artikelgesetz mit Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), in der Zivilprozessordnung (ZPO) in den Sozialgesetzbüchern (SGB V, SGB X) und im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) geben. Die Regelungsvorschläge beziehen sich auch auf die eigenständige Kodifizierung des Behandlungsvertrages im BGB.

In diesem Zusammenhang wird auch die Kodifizierung eines „umfassenden Haftungssystems“ angesprochen, wobei es um die Kodifizierung von Rechtsprechungsgrundsätzen auch hinsichtlich der Beweislastverteilung geht.

Grundsätzlich ist der aus dem Grundlagenpapier zu erahnende Vorschlag eines Patientenrechtegesetzes (PatRG) zu begrüßen. Dieser wäre gegenüber dem Status quo ein Gewinn, weil es damit überhaupt erstmals zu der Kodifizierung bestehender, rechtssprechungsinduzierter Rechte käme. Zudem würde in einzelnen Teilbereichen ein wichtiger Schritt zur Gewährleistung von bisher ungesicherten oder fehlenden Patientenrechten vollzogen. Allerdings lässt sich aus dem Grundlagenpapier nur erahnen, in welche Richtung die Haftung für ärztliche Behandlungsfehler und die diesbezügliche Beweislastverteilung letztlich gehen soll.

Die Rechtssprechung, insbesondere des VI. Senats des Bundesgerichtshofes, hat in den letzten vier bis fünf Jahrzehnten zu einer erheblichen Verbesserung von Patientenrechten im Vertrags- und Deliktsrecht beigetragen. Der Senat war insofern ein herausragender Patientenrechte sichernder Akteur.

¹ http://www.Patientenbeauftragter.de/front_kontent.php?dart=56.

Die im Grundlagenpapier genannten Beispiele sprechen für eine Aufnahme der Rechtssprechungsgrundsätze insbesondere im Bereich der Patientenaufklärung und der Gewährleistung von Einsichtsrechten in die Behandlungsunterlagen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

In diesem Zusammenhang wird allerdings auch die Kodifizierung eines umfassenden Haftungssystems genannt. Dieser Titel ist irreführend. Diese Ausführungen sind zudem partiell missverständlich.

Im Patientenrechtegesetz bzw. im Gesetz über den Behandlungsvertrag ist beabsichtigt, entsprechend der ständigen Rechtsprechung, den Grundsatz der Kausalitätsvermutung beim groben Behandlungsfehler und den Grundsatz der Fehlervermutung bei der Organisationshaftung, d.h. wenn der Fehler aus einem vom Krankenhaus oder Arzt vollbeherrschbaren Bereich stammt, zu normieren.

Vor diesem Hintergrund muss in Zweifel gezogen werden, ob der derzeitige durch die Rechtsprechung geprägte Status quo in einem Gesetz zum Behandlungsvertrag gelingen kann. Die Kodifizierung eines umfassenden Haftungssystems, so wie sich dieses aus der jahrzehntelangen Rechtsprechung ergibt, dürfte nicht als abstrakte Normen umsetzbar sein. Die ausdifferenzierte Rechtsprechung des VI. Senats des BGH lässt sich rechtsdogmatisch und rechtstechnisch sicherlich nur schwerlich auf das Abstraktionsniveau des BGB bringen.

Nach dem bisherigen Grundlagenpapier wird nicht deutlich, warum bestimmte vom BGH konzipierte und anerkannte Ausnahmetatbestände, welche zu einer Umkehr der Beweislast zugunsten der Patienten führen, mit in das Gesetz aufgenommen werden sollen, andere hingegen nicht. Hierzu später noch im Einzelnen.

Es ist nicht überraschend, dass diese bisher zu erahnenden Regelungen für ein umfassendes Haftungssystem von der Ärzteschaft und der Versicherungswirtschaft begrüßt werden und von Patienten- und Verbraucherorganisationen sowie Krankenkassenverbänden dagegen überwiegend abgelehnt werden.

Im Folgenden wird stichpunktartig die derzeitige Rechtslage zu wesentlichen Elementen des Haftungssystems dargestellt werden. Sodann werden verschiedene Alternativvorschläge

skizziert und schließlich der hier entwickelte Vorschlag einer abgeschwächten Beweislastumkehr in Form einer widerlegbaren Vermutung auch bei einfachen Behandlungsfehlern vorgestellt werden.

II. Allgemeine Beweislastregel im Arzthaftungsrecht

Der Anspruch auf Schmerzensgeld und Schadensersatz des Patienten wegen ärztlicher Behandlungsfehler wird derzeit aus einer Verletzung des Dienstvertrages (§§ 280 Abs. 1, 611 BGB) und aus dem Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) abgeleitet. Verletzt der Arzt schuldhaft seine Pflicht, eine medizinisch erforderliche und den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechende Behandlung zu erbringen, und führt dies zu einem Schaden, kann der Arzt verpflichtet sein, Schadensersatz zu leisten. Die vertraglichen und deliktischen Haftungsvoraussetzungen wie Pflichtverletzung, Schaden, Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden hat grundsätzlich der Patient zu beweisen. Dies gilt nach überwiegender Ansicht im Schrifttum trotz der durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl. I S. 3138) eingeführten Verschuldensvermutung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auch hinsichtlich des Verschuldens². Hierzu existiert eine umfangreiche Rechtsprechung.

III. Ausnahmen der allgemeinen Beweislastregel – Beweislastumkehr – im Arzthaftungsprozess

Die Frage der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess wird seit Jahren kontrovers diskutiert. Derzeit kommt es, veranlasst durch die ständige Rechtsprechung des VI. Senats des BGH, nur in folgenden Fällen zu einer Umkehr der Beweislast bzw. zu Beweiserleichterungen:

1. Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers

Ist ein Sachverhalt bewiesen, der die vom Gericht vorzunehmende Bewertung eines Behandlungsfehlers als grob rechtfertigt, so kommt es für den Kausalitätszusammenhang zwi-

² Palandt-Heinrichs, BGB, 70. A, § 280 Rn 43.

schen dem festgestellten Behandlungsfehler und den beim Patienten eingetretenen Primärschaden generell zu einer Beweislastumkehr. Die Kausalität wird vermutet und die Behandlungsseite muss sich entlasten, d.h. beweisen, dass der Behandlungsfehler für die Schädigung nicht ursächlich geworden ist.³

Nach der Definition des BGH liegt ein grober Behandlungsfehler vor, wenn ein medizinisches Fehlverhalten vorliegt, welches aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.⁴

2. Unterlassene Befunderhebung als grober Behandlungsfehler

Hat der Arzt die Erhebung oder Sicherung von Diagnosen oder Kontrollbefunden unterlassen und ist dieses Unterlassen bereits als grob fehlerhaft zu qualifizieren, kommt es bereits aus diesem Grunde zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität (ständige Rechtsprechung).⁵

3. Unterlassene Befunderhebung als einfacher Behandlungsfehler

Auch die unterlassene Befunderhebung in Form eines einfachen Behandlungsfehlers kann zu einer Umkehr der Beweislast führen, nämlich dann, wenn es der Arzt unterlassen hat zwingend erforderliche Befunde zu erheben oder zu sichern und sich aus diesen Befunden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher Befund ergeben hätte, dass es grob behandlungsfehlerhaft wäre, hierauf nicht zu reagieren.⁶

4. Vollbeherrschbare Risiken

Die Behandlungsseite muss sich von einer Verschuldens- oder Fehlervermutung entlasten, wenn feststeht, dass der eingetretene Primärschaden aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren als ärztlicherseits voll beherrschbar angesehen werden müssen. Hierzu gehören

³ Geiß/Greiner 6. Auflage Rz B 252, 257; Martis Winkert, 3. Auflage Rn B 481.

⁴ BGH, Urteil vom 08.01.2008 – V ZR 118/06 -; OL G Oldenburg, Urteil vom 06.02.2008 – 5 U 30/07.

⁵ BGH NJW 1998, 17080; OLG Bamberg, Urteil vom 25.09.2008 – 4 U 33/08, GesR 2008, 583, 584.

⁶ BGH Urteil vom 09.01.2007 – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541, 542; BGH Urteil vom 27.04.2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013; OLG Saarbrücken, Urteil vom 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, MedR 2007, 486, 488.

etwa die Funktionsuntüchtigkeit eingesetzter medizinischer Geräte, vermeidbare Keimübertragungen, eine falsche Lagerung usw.⁷

5. Anfängereingriffe/Anfängeroperation

Die Übertragung einer selbständig durchgeführten Operation oder eines vergleichbaren Eingriffs an einen hierfür noch nicht ausreichend qualifizierten Assistenzarzt ist ein Behandlungsfehler in Form eines Organisationsfehlers. Wird die Gesundheit des Patienten bei dem Eingriff durch einen nicht ausreichend qualifizierten Assistenzarzt oder noch geringer qualifizierten Berufsanfänger geschädigt, so trifft den Krankenhausträger die Beweislast dafür, dass dies nicht auf dessen mangelnder Qualifikation beruht.⁸

6. Dokumentationsmängel

Zugunsten des Patienten kommen Beweiserleichterungen in Betracht, wenn dokumentationspflichtige Behandlungen nicht dokumentiert wurden und dem Patienten dadurch die Aufklärung des Sachverhaltes unzumutbar erschwert wird.⁹

7. Verstoß gegen Leitlinien und Richtlinien

Haftungsrechtlich sind die Folgen von Verstößen gegen Leitlinien noch nicht abschließend geklärt. Es besteht jedoch eine Tendenz, sogenannte Konsensusleitlinien als bindend anzunehmen, mit der Folge, dass die Missachtung dieser Leitlinien als grober Behandlungsfehler gewertet werden müsste¹⁰.

Diese Rechtsprechung dient der Herstellung der „Waffengleichheit“ zwischen Patienten und Behandlerseite, weil der Patient von vornherein nicht über die erforderlichen Kenntnisse ver-

⁷ BGH-Beschluss vom 13.02.2007 – V ZR 174/06 -; BGH Urteil vom 20.03.2007 – V ZR 158/06.

⁸ Ständige Rechtsprechung z. B. BGH NJW 1984, 655.

⁹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.02.2008 – 1 U 2/08; OLG Oldenburg, Urteil vom 30.01.2008 – 5 U 92/06, NJW-R 2009, 32,34.

¹⁰ Hart, Leitlinien und Haftung: Grundlagen – ein Update 2011, GesR 7/2011, S. 387-390.

fügt, um seine beweisrechtliche Situation im Arzthaftungsprozess zu stärken. Zu jedem Typus derartiger Beweislastumkehrsituationen existieren weitere ausdifferenzierte Fallgruppen.¹¹

An dieser Stelle wird auf die ausdifferenzierte Rechtsprechung zur Beweislast bei Aufklärungsfehlern verwiesen, die aufgrund ihres Umfangs hier nicht dargestellt werden kann.¹²

Es kann nach hiesiger Einschätzung nicht gelingen, die zahlreichen oben aufgezeigten Ausnahmetatbestände, die zu einer Umkehr der Beweislast führen in eine Haftungsregelung des BGB zu überführen. Bereits im Grundlagenpapier wurden wesentliche Ausnahmen, etwa die essentielle Beweislastumkehr bei einfachen Befunderhebungsfehlern, nicht mit aufgenommen. Im Ergebnis könnte die Nichtaufnahme entsprechender Haftungstatbestände in die Haftungsregelung des BGB zu einer Verschlechterung des bisherigen Status quo zu Lasten der Patienten führen. Sind einzelne Ausnahmetatbestände geregelt, andere jedoch nicht, so hieße dies zunächst, dass der Gesetzgeber diese Ausnahmetatbestände nicht gesetzlich regeln wollte und es folglich in diesen Fällen nicht mehr zu einer Beweislastumkehr zugunsten des geschädigten Patienten käme. Die bisherigen Planungen hierzu führen im Ergebnis zu einer Schwächung der Patientenrechte!

IV. Lösungsvorschläge

Die Kodifizierung des durch die Rechtsprechung induzierten Haftungssystems im Rahmen einer Regelung des Behandlungsvertrages im BGB erscheint, wie gesagt, ungeeignet und wenig praktikabel. Der bestehende Status quo braucht nicht bzw. kann nicht umfassend kodifiziert werden. Eine Kodifizierung macht nur dann Sinn, wenn man die bisherige, allein durch die Rechtsprechung geprägte Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess zugunsten einer anderen Lösung aufgibt. Im Folgenden werden die verschiedenen Lösungsansätze vorgestellt. Abschließend wird der eigene Lösungsansatz vorgestellt:

¹¹ vgl. Fallgruppen in Martis Winkhart, Fallgruppenkommentar, 3. Aufl. S. 511 – 1069.

¹² Vgl. Heynemann, Vorschläge mit Begründungen für die Kodifizierung von Patientenrechten in einem Patientenrechtegesetz (PatRG) und in anderen Gesetzen, erstellt im Auftrag des AOK-BV, Berlin 2010.

1. Beweismaßreduktion

Eike Schmidt hat als Alternativkonzept, die Beweismaßsenkung des Kausalitätsbeweises auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) vorgeschlagen.¹³ Danach wäre lediglich der ärztliche Behandlungsfehler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (§ 286 ZPO) zu beweisen, wohingegen dessen Auswirkungen nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit belegt werden müssten.

Bewertung: Schmidt hat diesen Vorschlag als möglichen Lösungsansatz für die Rechtsprechung dargestellt und nicht als gesetzliche Haftungsregelung. Die unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsfeststellungen würden im Hinblick auf die Kausalität auch weiterhin in der Hand des medizinischen Gerichtsgutachters liegen und im Ergebnis daher keinen Fortschritt darstellen. Woran soll ein medizinischer Sachverständiger im Arzthaftungsprozess seriös eine Wahrscheinlichkeit von 49% oder 51% hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität feststellen können?

2. Proportionalhaftung

Bei dem Haftungsmodell der Proportionalhaftung¹⁴ soll bei zweifelhaftem Kausalverlauf der Patient in Höhe derjenigen Quote entschädigt werden, die der Wahrscheinlichkeit eines schadensfreien Verlaufs bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten entspricht. Hierbei kommt dem Sachverständigen ebenfalls eine zentrale Rolle zu.

Bewertung: Ausgangspunkt und Anknüpfungspunkt bei der Proportionalhaftung ist der Verlust der Heilungschance. Dies erscheint problematisch, da nicht der Behandlungserfolg (Heilung) vom Arzt geschuldet wird, sondern eine sorgfältige Behandlung nach ärztlichem Standard. Abgestellt werden muss bei der Proportionalhaftung insoweit auf Wahrscheinlichkeiten, was möglicherweise der konkreten (gerechten) Fallbetrachtung widersprechen könnte. Abzulehnen ist dieser Vorschlag aber vor allem, weil dann auch die Höhe des Schadensersatzes allein von der Beurteilung des Sachverständigen bestimmt würde.

¹³ Eike Schmidt, MedR 2007, 693, 698.

¹⁴ Wagner, Gerhard, 66. Deutscher Juristentag in Stuttgart 2006.

3. Amtsermittlungsgrundsatz

Dieter Hart hat alternativ die Einführung des Amtsermittlungsgrundsatzes für Teile des Arzthaftungsprozesses vorgeschlagen. Hart verweist insoweit auf Eike Schmidt,¹⁵ der prozessual zwischen Tatsachen und Normtatsachen unterscheidet. Danach wären im Arzthaftungsprozess einige Normtatsachen von Amts wegen zu ermitteln: Das Gericht hat festzustellen, welcher medizinische Standard als gegeben anzusetzen ist, ob eine etwaige Abweichung von diesem Behandlungsstandard vorliegt und ob eine Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden vorliegt.

Die Gerichte müssten verbindliche Kriterien für die Inhalte eines medizinischen Sachverständigengutachtens vorgeben, den jeweiligen medizinischen Standard definieren und eine etwaige Abweichung hiervon prüfen. Da die derzeitige Beweissituation Patienten einseitig benachteiligt, könnte dadurch möglicherweise Abhilfe geschaffen werden, ohne dass Patienten- oder Behandlerseite im Arzthaftungsprozess benachteiligt wären.

Bewertung: Mit Blick auf die Rechtspraxis besteht jedoch auch weiterhin die Gefahr, dass die Qualität der Gutachten im Arzthaftungsprozess niedrig bleibt oder sich nivelliert. Allerdings könnten mittels Rechtsfortbildung verbindliche Standards für Gutachten festgelegt werden, sodass hier auf Dauer eine Qualitätssteigerung sowie verbindliche Kriterien für eine Begutachtung festgelegt werden könnten. Der Vorschlag von Professor Hart ist daher eine Alternative, da er zu einem angemessenen Interessenausgleich führen kann. Da es sich bei der Einführung einer teilweisen Amtsermittlung um originäres Zivilprozessrecht handelt, müssten die Regelungen für den Arzthaftungsprozess in der ZPO separat verankert werden.

4. Anwendung der Symptomtheorie im Arzthaftungsprozess

Hans Berndt Ziegler¹⁶ weist darauf hin, dass zur Herstellung der vom BVerfG¹⁷ geforderten „Waffengleichheit“ die bisherigen Beweiserleichterungen nicht ausreichen, gerade dann, wenn der Sachverhalt unaufklärbar bleibt. Er verweist auf die gesicherte Rechtsprechung

¹⁵ Eike Schmidt, Ermittlungsprobleme im Arzthaftungsprozess, KritV 2/2005, S. 177-194.

¹⁶ Ziegler, Berndt „Ausforschungsbeweis, Amtsermittlung und Symptomtheorie im Arzthaftungsprozess“ vom 16.01.2004.

¹⁷ BVerfG Beschluss vom 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74.

des BGH im Baurecht. Dort muss im Prozess der Kläger bei Mängelansprüchen nicht zu den Ursachen für die festgestellten Mängelscheinungen vortragen. Es reicht aus, wenn er die Mängelscheinungen hinreichend genau bezeichnet, da der Besteller nur die Symptome (Erscheinungen) zuverlässig kennt. Eine andere Handhabung wäre nicht sachgerecht, weil sich das Risiko einer unzureichenden Erfassung der Mängel auf den Besteller verlagern würde, obwohl Kenntnis, Beurteilung und Beseitigung von Mängeln nach dem vertraglichen Pflichtenkreis sowie nach Informationsstand und Fachkenntnissen vorrangig Sache des Unternehmers seien. Diese Rechtsprechung ist, so Ziegler, auf das Arzthaftungsrecht in vollem Umfang zu übertragen, denn Patienten sehen auch nur die Symptome und können die Ursachen wegen mangelnder medizinischer Fachkenntnisse nicht beurteilen.

Bewertung: Der BGH bzw. die Rechtsprechung könnte wie im Baurecht die Symptomtheorie modifiziert auf den Arzthaftungsprozess übertragen. Im Rahmen der Diskussion um ein PatRG bzw. der Kodifizierung des Behandlungsvertrages im BGB wäre eine solche geänderte Rechtsprechung aber nicht zu erreichen, da dies einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich ist. Im Übrigen würde dies im Ergebnis zu einer „Einführung des Werkvertragsrechts“ im Arzthaftungsrecht führen. Der Arzt schuldet jedoch gerade nicht den Erfolg der Behandlung sondern nur eine Behandlung nach ärztlichem Standard.

5. **Eigener Vorschlag :**

„abgeschwächte“ Beweislastumkehr bei einfachen Behandlungsfehlern

Es wird seit vielen Jahren diskutiert, eine Umkehr der Beweislast im Arzthaftungsprozess auch bei einfachen Behandlungsfehlern einzuführen. Grund hierfür ist, dass es dem Patienten zwar oftmals gelingt einen Behandlungsfehler und seinen Schaden darzulegen und zu beweisen, nicht hingegen den Ursachenzusammenhang zwischen beidem. Die Sachverständigen im Arzthaftungsprozess führen oftmals aus, dass der Schaden trotz eines nachgewiesenen Behandlungsfehlers auch als Folge der Grunderkrankung oder schicksalhaft eingetreten sein kann. Diese Argumentation erscheint dem Patienten oft als willkürlich oder partiell. Nach Ansicht der Befürworter einer Beweislastumkehr ist allein die Behandlungsseite im Haftpflichtprozess zu hinreichend substantiierten Ausführungen betreffend Voraus-

sehbarkeit und Vermeidbarkeit eines eingetretenen Medizinschadens in der Lage.¹⁸ Der Patient, der weder über das nötige Fachwissen verfüge, noch über einen Einblick in den Bereich, aus dem die nachgewiesene Schadensursache stamme, könne hierzu typischerweise nichts vortragen. Es sei auch kein Grund erkennbar, weshalb der Arzt gegenüber anderen Vertragsschuldnern, die ebenfalls beweislasterlastet seien, wenn sie sich bei einer festgestellten Pflichtverletzung auf mangelndes Verschulden berufen, zu privilegieren wären.¹⁹ Eine Umkehr der Beweislast würde hier Abhilfe schaffen.

Die Behandlerseite wendet dagegen ein, dass Zwischenfälle bei einer medizinischen Behandlung wegen der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus auch schicksalhaft eintreten können. Aus dem ausbleibenden Erfolg oder dem Fehlschlagen der Behandlung könne deshalb nicht auf ein Verschulden des Arztes geschlossen werden.²⁰ Die für den Patienten ungünstige Beweislage rechtfertige sich aus dem Gedanken, dass das Eingriffsrisiko zunächst krankheitsbedingt sei und damit auch aus der Sphäre des Patienten komme. Da der Heilungserfolg außerhalb des ärztlichen Leistungsrisikos liege, könne es bei einer Beweislastverteilung nach dem vertragsspezifischen Leistungsrisiko nicht zum Nachteil des Arztes ausschlagen, wenn im Prozess ungeklärt bleibe, aus welchen Gründen der Heilungserfolg ausgeblieben oder ein sonstiger Gesundheitsschaden eingetreten sei.²¹

An dem Stand dieser Diskussion hat sich bis heute nichts geändert. Nach diesseitiger Auffassung ist deshalb eine sog. „abgeschwächte Beweislastumkehr“ in Form einer widerlegbaren Vermutung ausschließlich für die Kausalitätsfrage, wenn Behandlungsfehler und Schaden durch den Patienten dargelegt und bewiesen wurden, sachgerecht. Hierdurch könnte eine tatsächliche prozessuale Chancengleichheit für beide Parteien im Arzthaftungsprozess geschaffen werden.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass zur Herstellung der „Waffengleichheit“ im Arzthaftungsprozess eine „abgeschwächte“ Beweislastumkehr in Form einer widerlegbaren Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler (Pflichtverletzung) und Schaden geltend soll, wenn bereits Behandlungsfehler und Schaden durch den Patienten bewiesen wurden.

¹⁸ Katzenmeier, VersR 2002, 1068.

¹⁹ Katzenmeier, VersR 2002, 1068.

²⁰ Nixdorf, VersR 1996, 160 ff.; Weber, NJW 1997, 761 ff.; G. Müller, NJW 1997, 3049.

²¹ Laufs/Uhlenbruch, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, § 109 Rn 2, S. 985.

Dieser Vorschlag wird in dem Entwurf zur Kodifizierung des Behandlungsvertrages in §§ 630h, 630i BGB noch konkretisiert (s.u.). Den Patienten würde nach wie vor die volle Beweislast für den Behandlungsfehler und seinen Schaden treffen. Der Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Primärschaden würde widerlegbar vermutet. Dieser Lösungsansatz wird auch dem Konzept des BGB bzw. dessen Anforderungen, abstrakte Regelungen zu schaffen, gerecht. Die Notwendigkeit der Normierung der zahlreichen Ausnahme- und Rückausnahmetatbestände, die vom VI. Senat des BGH entwickelt wurden, könnte somit entfallen.

Die vorgeschlagene Regelung ist zudem mit einer Fondlösung für Schwerstschäden (etwa in der Geburtshilfe) oder einer Haftungsdeckelung, wie es diese etwa in der Arzneimittelhaftung (§ 88 AMG) oder in anderen Rechtsordnungen²² gibt, kombinierbar.

6. Zusammenfassung

Es wurde der Vorschlag gemacht, eine Umkehr der Beweislast im Arzthaftungsprozess auch bei einfachen Behandlungsfehlern einzuführen. Grund hierfür ist, dass es dem Patienten zwar oftmals gelingt einen Behandlungsfehler und seinen Schaden darzulegen und zu beweisen, nicht hingegen den Ursachenzusammenhang zwischen beidem. Die Sachverständigen im Arzthaftungsprozess führen oftmals aus, dass der Schaden trotz eines nachgewiesenen Behandlungsfehlers auch als Folge der Grunderkrankung oder schicksalhaft eingetreten sein kann. Diese Argumentation erscheint dem Patienten oft als willkürlich oder parteiisch. Nach Ansicht der Befürworter einer Beweislastumkehr ist allein die Behandlungsseite im Haftpflichtprozess zu hinreichend substantiierten Ausführungen betreffend Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit eines eingetretenen Medizinschadens in der Lage.²³ Der Patient, der weder über das nötige Fachwissen verfüge, noch über einen Einblick in den Bereich, aus dem die nachgewiesene Schadensursache stamme, könne hierzu typischerweise nichts vortragen. Es sei auch kein Grund erkennbar, weshalb der Arzt gegenüber anderen Vertragschuldnern, die ebenfalls beweisbelastet seien, wenn sie sich bei einer festgestellten Pflicht-

²² Heynemann, Schmerzensgeldansprüche aufgrund ärztlicher Behandlungsfehler, ein internationaler Vergleich, FORUM 4/2011, S. 40-45

²³ Katzenmeier, VersR 2002, 1068.

verletzung auf mangelndes Verschulden berufen, zu privilegieren wären.²⁴ Eine Umkehr der Beweislast würde hier Abhilfe schaffen.

Die Behandlerseite wendet dagegen ein, dass Zwischenfälle bei einer medizinischen Behandlung wegen der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus auch schicksalhaft eintreten können. Aus dem ausbleibenden Erfolg oder dem Fehlschlagen der Behandlung könne deshalb nicht auf ein Verschulden des Arztes geschlossen werden.²⁵ Die für den Patienten ungünstige Beweislage rechtfertige sich aus dem Gedanken, dass das Eingriffsrisiko zunächst krankheitsbedingt sei und damit auch aus der Sphäre des Patienten komme. Da der Heilungserfolg außerhalb des ärztlichen Leistungsrisikos liege, könne es bei einer Beweislastverteilung nach dem vertragsspezifischen Leistungsrisiko nicht zum Nachteil des Arztes ausschlagen, wenn im Prozess ungeklärt bleibe, aus welchen Gründen der Heilungserfolg ausgeblieben oder ein sonstiger Gesundheitsschaden eingetreten sei.²⁶

Die aktuelle Rechtslage (vgl. oben) zeigt, dass bislang eine prozessuale Chancengleichheit („Waffengleichheit“) im Arzthaftungsprozess nur teilweise und einzelfallbezogen durch die Rechtsprechung erreicht wurde. Für die Beteiligten im Arzthaftungsprozess besteht bezüglich der Rechtslage kaum Transparenz und Rechtssicherheit. Die vollständige Überantwortung der Arzthaftung auf die Rechtsprechung stößt zudem auf rechtspolitische Bedenken. Grundsätzlich bedenklich ist auch, dass Patienten im Prozess vollständig beweisbelastet sind und zwar in der Regel für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, d.h. für sämtliche medizinischen Sachverhalte und Zusammenhänge. Es besteht inzwischen ein grundsätzlicher gesellschaftspolitischer Konsens bei allen maßgeblichen Verbraucher- und Patientenorganisationen, Selbsthilfegruppen, Kranken- und Pflegekassen sowie in den Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, die Forderungen nach Transparenz der Arzthaftungsregeln und Einführung von gesetzlichen Beweiserleichterungen mit dem Ziel der Schaffung von „Waffengleichheit“ umzusetzen.²⁷

Ebenso besteht auf Bundes- und Landesebene ein breiter politischer Konsens darüber, die Patientenrechte zu stärken. Dies betrifft u.a. auch den Ausbau von Patientenrechten, die

²⁴ Katzenmeier, VersR 2002, 1068.

²⁵ Nixdorf, VersR 1996, 160 ff.; Weber, NJW 1997, 761 ff.; G. Müller, NJW 1997, 3049.

²⁶ Laufs/Uhlenbruch, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, § 109 Rn 2, S. 985.

²⁷ vgl. Antrag der SPD-Fraktion Für ein modernes Patientenrechtegesetz, BT-Ds. 17/ 907 vom 03.03.2010 sowie zahlreiche Stellungnahmen; Antrag Bündnis 90/Die Grünen vom 29.06.2011, BT-Ds. 17/6348.

Schließung von Schutzlücken im Schadensfall und die Diskussion zu Regelungen zum Patientenschutz auf europäischer Ebene.²⁸

Befürwortet wird zur Herstellung der „Waffengleichheit“ im Arzthaftungsprozess eine generelle gesetzliche und damit transparente und rechtssichere Normierung der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess. Die vom BGH entwickelte Rechtsprechung zur Beweislastumkehr in Einzelkonstellationen und Beweiserleichterungen beruht nicht zuletzt darauf, dass dort „ungerechte“ Beweislastverteilungen auftreten, würde man dem allgemeinen Prinzip des Zivilrechts folgen, wonach der Kläger sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss. Die frühere Vorsitzende des VI. Senats des BGH, Frau Gerda Müller, führte zur Beweislastverteilung beim groben Behandlungsfehler folgendes aus²⁹:

*“Die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler ist im Schrifttum nicht unumstritten, aber seit Jahrzehnten fester Bestandteil der Rechtspraxis und hat sich dort gut bewährt. Letztlich beruht sie auf dem **Billigkeitsprinzip**. Erfahrungsgemäß kann der Patient die Geschehensabläufe in der Arztpraxis oder im Krankenhaus nur schwer überblicken und ist schon dadurch gegenüber der Behandlungsseite im Nachteil. Insofern ist die Rechtslage ähnlich wie bei der Produkthaftung, wo der Verbraucher keine Kenntnis vom Fabrikationsvorgang hat und deshalb ohne Beweiserleichterungen nur selten den Nachweis eines Produktfehlers führen könnte. Bei der für die Arzthaftung geschaffenen Beweiserleichterung hat der Gedanke der „**Waffengleichheit**“ zwischen dem sachkundigen Arzt und dem laienhaften Patienten besondere Bedeutung. Einerseits ist es unbillig, wenn der Arzt für einen Gesundheitsschaden haften soll, für den außer seinem Behandlungsfehler auch der Gesundheitszustand des Patienten ursächlich sein kann. Andererseits ist es für den Patienten schwer erträglich, dass er auf seinem Schaden „sitzen bleibt“, wenn sich die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers nicht zweifelsfrei klären lässt, aber das ärztliche Fehlverhalten besonders gröblich war. Von daher setzt eine Umkehr der Beweislast neben einem groben Behandlungsfehler auch dessen grundsätzliche Eignung zur Herbeiführung des konkreten Gesundheitsschadens voraus.“³⁰*

²⁸ vgl. 84. GMK 2011 vom 29./30.06.2011 – dort Beschlüsse zu TOP 5.5 + 5.5.

²⁹ Dr. Gerda Müller, Vizepräsidentin des BGH a.D. bis zum 30. 6. 2009 Vorsitzende des VI. Zivilsenats des BGH Grundlinien der Rechtsprechung zur Arzthaftung vom 27.11.2008).

³⁰ eigene Hervorhebungen fett.

Daher ist eine sogenannte „abgeschwächten“ Beweislastumkehr der Vorzug zu geben und zwar in Form einer widerlegbaren Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler (Pflichtverletzung) und Schaden, wenn Behandlungsfehler und Schaden durch den Patienten bewiesen wurden.

Alternativ bliebe nur noch eine Änderung der Rechtsprechung. Der BGH könnte wie im Bau-recht die Symptomtheorie³¹ modifiziert auf den Arzthaftungsprozess übertragen. Hierauf hätte der Gesetzgeber aber keinen Einfluss.

V. Vorschläge zur Kodifizierung der Beweislast im ärztlichen Behandlungsvertrag³²

1. Behandlungsvertrag

Der ärztliche Behandlungsvertrag ist rechtssystematisch dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen und entsprechend im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zu kodifizieren.

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse

Titel 8 Dienstvertrag und ähnliche Verträge §§ 611-630a-i

Untertitel 1 Dienstvertrag

Untertitel 2 Behandlungsvertrag

§ 630 a vertragstypische Pflichten des Behandlungsvertrages

³¹ Ziegler, Berndt, Ausforschungsbeweis, Amtsermittlung und Symptomtheorie im Arzthaftungsprozess, 16.01.2004.

³² Vollständiger Entwurf in Heynemann, Vorschläge mit Begründungen für die Kodifizierung von Patientenrechten in einem Patientenrechtegesetz (PatRG) und in anderen Gesetzen, erstellt im Auftrag des AOK-BV, Berlin 2010.

§ 630 b Anwendungsbereich

§ 630 c Kündigung

§ 630 d Aufklärung

§ 630 e Einwilligung

§ 630 f Dokumentation

§ 630 g ärztliche Schweigepflicht

§ 630 h Schadensersatz und Schmerzensgeld bei Behandlungsfehlern

(1) Jeder Patient hat gegen den behandelnden Arzt und/oder gegen den Klinikträger einen Anspruch auf Schmerzensgeld und Schadensersatz, wenn der Behandlungsvertrag durch einen ärztlichen Behandlungsfehler schuldhaft verletzt wird und er dadurch einen Schaden erleidet.

(2) Ein Behandlungsfehler ist jeder Verstoß des Arztes gegen die Regeln und Standards der ärztlichen Wissenschaft des jeweiligen Fachgebietes.³³

(3) Der Arzt hat das Recht sich bei einem Behandlungsfehlerverdacht gegenüber dem Patienten zu äußern und auf Fehler hinzuweisen. Dieses Recht kann vertraglich auch nicht gegenüber Dritten ausgeschlossen werden.

Anmerkung zu § 630 h BGB

³³ Definition nach st. BGH-Rechtsprechung, vgl.: BGH, Urteil vom 06.05.2003 - VI ZR 259/02. Letztlich ist für die Bewertung eines Facharztstandards bzw. für dessen Verletzung die gutachterliche Hilfe unerlässlich, sodass es bei den nicht eindeutig fassbaren Formulierungen bleiben wird, die einen medizinischen Standard umschreiben („medizinisch gebotene Vorgehensweise nach medizinischem Standard“; „Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft“ usw.). Im Schrifttum wird jedoch diskutiert, ob die Leitlinien einen verbindlichen Standard festlegen; vgl. Schmidt, Ermittlungsprobleme im Arzthaftungsrecht, KritV 2/2005, S. 177 - 194; a.A. Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 311; Frahm, GesR 2005, 529, 531; differenziert: Hart in MedR 2002, 472 f., der die S3-Leitlinien (evidenzbasierte Konsensus-Leitlinie) für verbindlich erachtet und die einen Sachverständigen zwingen, sich mit ihnen auseinander zu setzen.

§ 630 h BGB regelt die vertragliche Haftung wegen ärztlicher Behandlungsfehler als Verletzung des Dienstvertrages, wenn der Arzt seine dienstvertraglichen Sorgfaltspflichten durch p.V.V. oder seit dem 01.01.2002 durch Verletzung der §§ 280 Abs. 1 ff. BGB verletzt. Eike Schmidt³⁴ plädiert dafür, die besonderen Kompensationsprobleme bei der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler, zum Anlass zu nehmen, die Arzthaftung ganz aus der Deliktshaftung herauszunehmen. Die hier vorgeschlagene Lösung des § 630 h BGB schließt die Deliktshaftung jedoch keinesfalls aus.

Abs. 1 und Abs. 2 geben die geltende Rechtslage wieder. § 630 h Abs. 3 führt jedoch die Hinweispflicht des Arztes ein, einen eigenen Behandlungsfehlerverdacht oder den gegen einen Dritten, gegenüber dem Patienten zu äußern. Dieses Recht kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden, was insbesondere auch die Versicherungsbedingungen der Berufshaftpflichtversicherungen der Ärzte betrifft. Entsprechende Hinweise des Arztes können derzeit noch als Obliegenheitspflichtverletzung des Arztes gewertet werden und zur Rechtsunsicherheit für den Arzt im Hinblick auf seinen Versicherungsschutz führen.

Derartige Vertragsbedingungen wären nach § 630 h BGB nicht mehr zulässig. Eine entsprechende Hinweispflicht oder auch nur Hinweismöglichkeit des Arztes würden zu einer anderen Fehlerkultur führen. Nicht jedoch zwangsläufig zu mehr Haftungsfällen. Vielfach wird von den Patienten beklagt, dass der Arzt mit ihm nicht über mögliche Fehler geredet habe. Die Ärzte fürchten bisher jedoch den Verlust ihres Versicherungsschutzes, wenn sie mit den Patienten offen über mögliche Fehler reden. Zahlreiche Haftungsfälle sind jedoch ausschließlich Folge der fehlenden Kommunikation zwischen Arzt und Patient.

§ 630 i Beweislast bei Behandlungsfehlern

(1) Die Beweislast für das Vorliegen des Behandlungsfehlers und des Schadens trägt der Patient.

(2) Der Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden wird widerlegbar vermutet.

³⁴ Eike Schmidt, MedR 2007, 693, 697 f.

VI. Gerüchte über Schubladenentwürfe des BMJ

Es kursieren vermeintliche Entwürfe für die Kodifizierung des Haftungssystems im BGB, die aus dem BMJ stammen sollen. Prof. Katzenmeier hat auf der 11. Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht in Hamburg zwei Varianten vorgelesen. Wenn es sich dabei tatsächlich um Entwürfe des BMJ gehandelt haben sollte, muss man mit Entsetzen zur Kenntnis nehmen, mit wie wenig Verständnis und Kenntnis des Arzthaftungsrechtes hier offensichtlich gearbeitet wurde.

Variante 1:

Im Falle eines groben Behandlungsfehlers, der generell geeignet ist, den Schaden herbeizuführen, wird vermutet, dass der Fehler für den Eintritt des Schadens ursächlich war.

Variante 2:

(1) Wird infolge einer ärztlichen Behandlung ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen nicht unerheblich verletzt, so ist der Behandler verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

(2) War die Behandlung nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den Schaden zu verursachen, so wird vermutet, dass der Schaden durch die Behandlung verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach dem zeitlichen Zusammenhang mit dem Schadenseintritt, nach dem Schadensbild und dem gesundheitlichen Zustand des Geschädigten im Zeitpunkt der Behandlung, nach seinen Vorerkrankungen sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. Die Vermutung gilt nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet ist, den Schaden zu verursachen. (...)

Variante 1 spricht von einer Kausalitätsvermutung, nicht von einer Beweislastumkehr.

Variante 2 ist an die katastrophale Regelung des § 84 AMG angelehnt, die im Rahmen der Schadensrechtsmodernisierung im Jahr 2002 eingeführt wurde und die sich in der Praxis nicht bewährt hat, im Gegenteil: Die zahlreichen Arzneimittelhaftungsprozesse, die seit dem geführt wurden, haben in bisher noch keinem einzigen Fall zu einer Anwendung der Kausali-

tätsvermutung geführt. Dies deshalb, weil nur irgend eine andere Schadensursache genannt werden muss, die geeignet ist, die Schaden zu verursachen, um die Kausalitätsvermutung auszuhebeln. Darüber hinaus sind zahlreiche Auslegungsfragen nach wie vor nicht höchst-richterlich entschieden. Im Ergebnis ist § 84 AMG nicht ansatzweise geeignet, die Belange der Arzneimittelverbraucher zu schützen. Diese Erkenntnis ist leider noch nicht bis zum Gesetzgeber durchgedrungen, der diese Regelung immer noch als „moderne und verbraucherfreundliche Haftungsregelung“ anpreist.

Allein die Idee, diese Regelung auf das Arzthaftungsrecht übertragen zu wollen, ist bereits abwegig und zeugt von einer eklatanten Unkenntnis der Rechtspraxis.

Das Vorhaben, die bisherige ausdifferenzierte Rechtsprechung des VI. Senats des BGH zur „Waffengleichheit“ im Arzthaftungsprozess in ein „umfassendes Haftungssystem“ im BGB verankern zu wollen ist m.E. zum Scheitern verurteilt oder führt im Ergebnis zu einer Verschlechterung der Patientenrechte. Letzteres ist zu befürchten.

©

Jörg Heynemann

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Medizinrecht

Pharmazeut