



Anmerkungen zum neuen Patientenrechtegesetz

- Auszug aus dem Sondernewsletter zum Patientenrechtegesetz vom 21.03.2013 -
von Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer

I.

Die Rechte des Patienten im Verhältnis zu Ärzten und Krankenhäusern waren „in Deutschland traditionell Richterrecht“.¹ Mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes hat jedoch die richterliche Spruchpraxis, die die maßgebenden Patientenrechte unter Rückgriff auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes ausgeformt und spezielle Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten geschaffen hatte, nach langer, kontroverser Diskussion Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 630 a ff) gefunden. Ob damit wirklich die von der Politik gewünschte und dem Patienten suggerierte Verbesserung seiner Rechte und deren Durchsetzung eintritt, kann man aber füglich bezweifeln. Denn die Judikatur hatte sehr flexibel und meist mit Augenmaß Schritt für Schritt im Verlauf der letzten 50 Jahre die Rechtspositionen des Patienten gestärkt,² so dass an sich kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestand.³ Die nun getroffenen gesetzlichen Regelungen sollten im Wesentlichen die bestehende Rechtslage wiedergeben, doch ist die Verwirklichung dieses Ziels in vielerlei Hinsicht misslungen. Statt mehr Klarheit, Transparenz und Rechtssicherheit besteht nun in vielen Punkten erheblicher Auslegungsbedarf, der die Gerichte und Rechtsanwälte über Jahre beschäftigen wird, und leider ist auch eine weitere Bürokratisierung der Medizin festzustellen, wie der nebenstehende Beitrag von Wienke „Noch mehr Papierkrieg in Klinik und Praxis“ sehr anschaulich verdeutlicht.

II.

In materieller Hinsicht möchte ich, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, einige Bestimmungen herausgreifen, die für den behandelnden Arzt unter dem Blickwinkel „Aufklärung und Dokumentation“ von Bedeutung sind:

1. Das Gesetz unterscheidet zwischen Informationspflichten (§ 630 c BGB), die die sog.

Sicherungsaufklärung betreffen, und den Aufklärungspflichten (§ 630 e BGB), deren Erfüllung Voraussetzung für die wirksame Einwilligung ist, also die sog. Eingriffs- oder Risikoaufklärung zum Inhalt hat.

- a) Zur Sicherungsaufklärung gehört zunächst, dass der Arzt „dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände“ erläutert, d.h. „insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen“ (§ 630 c Abs. 2 S. 1 BGB). Alle diese Gesichtspunkte sind in den Diomed- bzw. proCompliance-Aufklärungsbögen angesprochen.
- b) Neu ist die anschließende Regelung, wonach der Arzt dem Patienten „auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren“ über Umstände informieren muss, die – für ihn „erkennbar“ – die „Annahme eines Behandlungsfehlers begründen“. Das Gesetz spricht hier nur von „Behandlungsfehlern“, woraus man den Schluss ziehen könnte, dass Aufklärungs- und Organisationsfehler nicht erfasst und damit nicht informationspflichtig sind.⁴ Eine solche Interpretation würde jedoch eine Besserstellung der Ärzte gegenüber der bisherigen Rechtslage bedeuten und daher „nicht ohne weiteres“ einleuchten.⁵ Man wird daher angesichts der Zielsetzung des Gesetzes Organisationsfehler als „Behandlungsfehler im weiteren Sinne“ qualifizieren und, da die in § 630 c BGB angesprochene Sicherungsaufklärung Bestandteil der ärztlichen **Behandlung** ist, auch Verstöße gegen diese Aufklärungsvariante als Behandlungsfehler einbeziehen müssen. Die Interpretation nach

¹ Steffen, MedR 2002, 190

² Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn 9

³ Steffen, a.a.O., 191

⁴ so auch Spickhoff, ZRP 2012, 67

⁵ Spickhoff, a.a.O., 67



Sinn und Zweck des Gesetzes schafft somit keine Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht in diesem Bereich, allerdings, wie man sieht, Auslegungsprobleme.

- c) Gleiches gilt für den Inhalt der Informationspflicht. Unstreitig musste und muss der Arzt dem Patienten auf eine konkrete Frage hin die wahrheitsgemäße Auskunft geben, selbst wenn daraus ein Behandlungsfehler abzuleiten ist. Ebenso muss er zur Abwehr gesundheitlicher Nachteile für den Patienten Umstände offenbaren, die für ihn erkennbar auf einen Behandlungsfehler hindeuten. Zur Sicherungsaufklärung gehört jedoch nicht die Wertung dieser Umstände als „Behandlungsfehler“. Denn wenn die Gefahr gesundheitlicher Schäden für den Patienten besteht, muss deren Eintritt, wenn möglich, verhindert werden, unabhängig davon, ob ein ärztliches Fehlverhalten vorliegt, das zu Schadensersatzansprüchen oder gar zur Strafverfolgung gegen den Arzt führen kann. Eine Rechtspflicht, dabei den Patienten behilflich zu sein, besteht für den Arzt nicht.
- d) Der Wortlaut des § 630 Abs. 2 Satz 2 BGB, der eine Offenbarungspflicht bei erkennbaren Indizien für die Annahme eines Behandlungsfehlers statuiert, ist deshalb unscharf bzw. unklar. Eine solch allgemeine Verpflichtung wäre auch „in der deutschen Rechtsordnung aus mehreren Gründen ein Fremdkörper“.⁶ Denn es gilt zum einen das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit der Vertragspartner und zum anderen der elementare, im Verfassungs- und Strafprozessrecht verankerte Grundsatz: „nemo tenetur se ipsum accusare“, d.h. der Arzt hat wie jeder andere Beschuldigte auch „die freie Entscheidung zwischen reden und schweigen, das Recht zum Schweigen beinhaltet den Schutz vor jedem Zwang zur Selbstbezeichnung“.⁷ Wenn dem Arzt ein „Fehler“, d.h. ein Verstoß gegen den fachärztlichen Standard unterlaufen ist, wird

der Arzt deshalb bezüglich des Strafverfahrens „durchgängig durch Zubilligung eines Schweige- und Aussageverweigerungsrechts“ gegen den Zwang zur Offenbarung möglicher eigener strafbarer Handlungen geschützt.⁸

Die jetzige Gesetzesregelung bleibt hinter diesem elementaren Schutzrecht zurück, da zwar ein strafprozessuales Verwertungsverbot vorgesehen ist (§ 630 c Abs. 2 Satz 3 BGB), dadurch aber dem Schweigerecht des beschuldigten Arztes nicht Rechnung getragen wird. Darüber hinaus gilt das Beweisverwertungsverbot nicht im Schadensersatzprozess, in dem „grundsätzlich - von Ausnahmen abgesehen - über die ärztliche Dokumentation hinausgehend“ nach Auffassung der Gerichte „kein Auskunftsanspruch besteht, der den Haftungsgrund klären und Ersatzansprüche gegen den Arzt vorbereiten soll“.⁹

Die Neuregelung in § 630 c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB dehnt somit die Informationspflicht des behandelnden Arztes bezüglich eigenen oder fremden ärztlichen Fehlverhaltens über den bisherigen Stand in Rechtsprechung und Literatur¹⁰ aus.

- e) Im Rahmen der Informationspflichten regelt § 630 c Abs. 3 BGB auch die sog. **wirtschaftliche** Aufklärungspflicht des Arztes über die voraussichtlichen Behandlungskosten. Diese Pflicht greift ein, wenn entweder auf Seiten des Arztes positive Kenntnis oder „nach den Umständen hinreichende Anhaltspunkte“ dafür bestehen, dass eine „vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist“. Es genügt also schon „Unsicherheit“, um die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Aufklärung auszulösen, was angesichts der Verschiedenheit der Leistungskataloge im Bereich der PKV dem Arzt nicht selten Probleme bereiten dürfte. Die Information

⁶ Taupitz, NJW 1992, 712, 718

⁷ Geppert, DAR 1981, 305

⁸ BVerfG NJW 1981, 1431

⁹ OLG Koblenz, MedR 2004, 388, 389

¹⁰ Siehe dazu Taupitz, NJW 1992, 712 ff, 718



hat zwar im Regelfall „in Textform“ zu erfolgen, aber es gibt natürlich vielfältige Fälle einer „individuellen“ Informationspflicht, aus der sich dann „zusätzlicher individueller Schreibbedarf“¹¹ ergibt und damit eine weitere formale Belastung des Arztes. Verstößt der Arzt hiergegen, kann dem Patienten ein Schadensersatzanspruch zustehen, mit dem er gegen den Zahlungsanspruch des Arztes aufrechnen kann.¹²

2. Die Regelungen betreffend Aufklärung und Einwilligung (§§ 630 d und e BGB) geben im Wesentlichen die bisherige Rechtslage wieder, doch sind einige Gesetzesformulierungen unklar und bedürfen der Auslegung.

- a) Dies gilt zunächst für die **Person des Aufklärungspflichtigen**, der nach § 630 e Abs. 2 Nr. 1 BGB entweder der behandelnde Arzt oder aber „eine Person“ sein muss, „die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“. Diese „Person“ hat im Verlauf der Gesetzesberatungen einen mehrfachen Formulierungswandel durchlaufen. Zunächst musste sie an der Behandlung „beteiligt“, danach dazu „befähigt“ sein, doch hat man schließlich statt auf die „Befähigung“ auf die „Ausbildung“ abgestellt, um deutlich zu machen, dass die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen darf, „die aufgrund ihrer abgeschlossenen fachlichen Ausbildung die notwendige theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahmen erworben hat, auch wenn sie möglicherweise noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist“.¹³

Der sog. „Arztvorbehalt“, d.h. die Erfüllbarkeit der Aufklärungspflicht ausschließlich durch einen Arzt, wie sie die höchstrichterliche Judikatur in ständiger

Rechtsprechung verlangt hat, ist im Wortlaut des Gesetzes nicht verankert. Die nötige „Ausbildung“ zur Vornahme der gebotenen Maßnahme, z.B. einer intravenösen oder intramuskulären Spritze, könnte auch eine Krankenschwester haben, so dass bei dieser Auslegung die Aufklärung vom Arzt auf nichtärztliches Personal delegierbar wäre.¹⁴ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich jedoch das Gegenteil, wenn dort zu lesen ist: „Die Regelung entspricht den Anforderungen aus der bisherigen Praxis und trägt insbesondere den Bedürfnissen des Krankenhausalltags Rechnung, um eine gute medizinische Aufklärung und Behandlung ... mit dem vorhandenen ärztlichen Personal zu gewährleisten“.¹⁵ In diesem Worten kommt eindeutig die Beschränkung der Aufklärungspflichtigen auf die **Ärzte** zum Ausdruck, wobei m.E. unter „Ausbildung“ das abgeschlossene Studium mit anschließender Approbation und nicht die Weiterbildung zum Facharzt gemeint ist.

- b) Mit der ausdrücklichen Feststellung, dass der Arzt bei der mündlichen Aufklärung „auch auf Unterlagen Bezug“ nehmen darf (§ 630 e Abs. 2 Nr. 1 BGB), hat der Gesetzgeber die von Weißauer konzipierte und weiterentwickelte, unseren Aufklärungsbögen zugrunde liegende sog. „Stufenaufklärung“ **vollinhaltlich** anerkannt. Darin liegt zwar keine Neuerung, aber doch eine – angesichts mancher gegen eine „Formularaufklärung“ bestehenden Vorbehalte – begrüßenswerte Klarstellung.
- c) Zum **Zeitpunkt** der Aufklärung bleibt das Gesetz in jeder Hinsicht ungenau. Die Aufklärung hat „so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann“ (§ 630 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB). Die Rechtsprechung hat insoweit sehr viel engere Vorgaben bei stationären und auch

¹¹ Spickhoff, a.a.O., S. 67

¹² BGH NJW 2000, 3429, 3432

¹³ BT-Drucksache 17/11710, S. 38, 39.

¹⁴ siehe dazu Middendorf, ZMGR 2012, 326

¹⁵ BT-Drucksache, a.a.O., S. 39



ambulanten Eingriffen gemacht, soweit es sich bei diesen nicht um „normale“ ambulante Operationen handelte.

- d) Nach § 630 e Abs. 3 BGB bedarf es der Aufklärung des Patienten nicht, soweit dieser „auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat“. Die bisherige Judikatur hat einen solchen „Totalverzicht“ nicht zugelassen, sondern verlangt, dass der Patient Art und Erforderlichkeit des Eingriffs kennen und wissen müsse, dass dieser nicht ohne jedes Risiko ist.¹⁶
- e) Bezüglich des Adressatenkreises der Aufklärung und Einwilligung hat § 630 d Abs. 1 Satz 2 BGB für die „einwilligungsunfähigen“ Patienten eine Regelung getroffen, nicht aber für die sog. „Minderjährigen“, konkret den Patienten zwischen 14 und 18 Jahren. Der Arzt befindet sich daher hier nach wie vor auf unsicherem Terrain. Denn nach der herrschenden Auffassung im Strafrecht ist für die Frage der Rechtswirksamkeit der Einwilligung entscheidend, ob der Patient die nötige Einwilligungsfähigkeit und Urteilskraft hatte, also dem Aufklärungsgespräch gedanklich folgen und daraus vernünftige Folgerungen ziehen konnte. Demgegenüber erkennt die Zivilrechtsjudikatur dem Minderjährigen nur ein bloßes Vetorecht zu,¹⁷ während die Eltern als gesetzliche Vertreter und Sorgerechtsinhaber auch im Bereich der Heilbehandlung ihres Kindes entscheidungsbefugt sind. Fraglich ist also, ob ausschließlich der Minderjährige oder dessen Eltern aufgeklärt werden müssen. Geht man hiervon aus, sind Minderjährige zwar „entscheidungsunfähig“, aber „vetofähig“, so dass sie gem. § 630 e Abs. 5 BGB über die für die Einwilligung „wesentlichen Umstände“ entsprechend ihrem „Verständnis“ aufzuklären sind, soweit sie aufgrund ihres „Entwicklungsstandes“ und ihrer

„Verständnismöglichkeiten in der Lage“ sind, „die Erläuterung aufzunehmen“ und soweit dies ihrem „Wohl nicht zuwiderläuft“.

- f) Besonders unklar und widersprüchlich ist in § 630 d Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist. In diesem Fall muss der Arzt die Einwilligung „eines hierzu Berechtigten“ einholen, „soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901 a Abs. 1 Satz 1 BGB die Maßnahme gestattet oder untersagt“. Nach den jüngsten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (in Strafsachen)¹⁸ ist jedoch ausschließlich der **Betreuer** befugt, den Inhalt der Patientenverfügung im Hinblick auf seine Bindungswirkung für die konkrete Behandlungsmaßnahme zu prüfen. Nach dem Wortlaut des § 630 d BGB muss jedoch gerade keine vertretungsberechtigte Person zur Erlangung der Einwilligung eingeschaltet werden, wenn eine eindeutige Patientenverfügung vorliegt. Dann ist diese zu befolgen. Insoweit weicht die gesetzliche Regelung also von der BGH-Rechtsprechung zur ärztlichen Sterbehilfe in einem wichtigen Punkt ab.
- g) Da die Aufklärung nach § 630 e Abs. 2 Nr. 3 BGB „für den Patienten verständlich“ sein muss, hat er bei Patienten, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, einen Dolmetscher oder eine sprachkundige Person hinzuzuziehen. Können die Sprachschwierigkeiten nicht überwunden werden, muss er – außer in Fällen, in denen die Behandlung unaufschiebbar ist, diese ablehnen.
- h) Das Aufklärungsgespräch als essentielle Voraussetzung für die **Wirksamkeit der Einwilligung** ist im Gesetz durch das Erfordernis der Mündlichkeit (§ 630 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB) verankert. Die vom BGH bei „einfach gelagerten Fällen“ zugelassene telefonische Aufklärung hat das Gesetz nicht eigens erwähnt, also weder erweitert

¹⁶ siehe dazu Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 64 Rn. 18

¹⁷ BGH NJW 2007, 217; Spickhoff, ZRP 2012, 68

¹⁸ BGH NJW 2010, 2963 ff; NSStZ 2011, 274



noch eingeschränkt. Daher verbleibt es bis auf Weiteres wohl bei den vom BGH formulierten restriktiven Zulassungsvoraussetzungen für die Telefonaufklärung, obwohl dies im Zeitalter der „Telefonkonferenzen“ wenig überzeugend ist.

- i) Von besonderer Bedeutung ist für den Arzt in der Praxis die Aufklärung über Behandlungsalternativen, die das Gesetz in § 630 e Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich anspricht. Über diese ist aufzuklären, „wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“. Die Rechtsprechung hatte diese Einschränkung, wonach es um gewichtige Unterschiede gehen muss, mehrfach gefordert¹⁹ und darauf hingewiesen, „eine nur geringfügig niedrigere Komplikationsrate einer anderen Behandlungsmethode“ begründe insoweit keine besondere Aufklärungspflicht.²⁰ In vielen anderen Entscheidungen ist diese Einschränkung jedoch unbeachtet geblieben, so dass die jetzige Gesetzesregelung zu einer gewissen Haftungsbegrenzung führen könnte.
3. Abschließend noch einige wenige Sätze zu zwei im Haftungsrecht wichtigen Aspekten:
- a) Nach § 630 f Abs. 3 BGB hat der Arzt die Patientenakte „für die Dauer von 10 Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren“, soweit nicht nach anderen Vorschriften eine längere Aufbewahrungsfrist besteht. Die 10-jährige Aufbewahrungsfrist stimmt mit dem Berufsrecht überein, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Haftung des Arztes auf Schadensersatz und Schmerzensgeld durchaus sehr viel länger dauern kann. Denn die Verjährungsfrist aufgrund eines ärztlichen Behandlungs-, Organisations- oder Aufklärungsfehlers kann gem. § 199 Abs. 2 BGB bis zu 30 Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt der Begehung der fehlerhaften Handlung an, währen. Nach Ablauf der 10-jährigen Aufbewahrungsfrist darf zwar nach der Rechtsprechung dem Arzt kein Beweisnachteils aus dem Fehlen der Krankenblattunterlagen erwachsen, doch begibt sich der Arzt u.U. des Beweisvorteils, durch Vorlage der ärztlichen Dokumentation die Korrektheit seines Vorgehens beweisen zu können. Unter diesem Blickwinkel empfiehlt es sich, die Patientenakten für den möglichen Haftungszeitraum aufzubewahren.
 - b) In Art. 4 c des Patientenrechtegesetzes wird auf die Bundesärztleordnung verwiesen und eine Verpflichtung des Arztes zur „ausreichenden Versicherung gegen die sich aus seiner Berufsausübung ergebenden Haftpflichtgefahren“ formuliert. Was „ausreichend“ im Sinne des Gesetzes oder „angemessen“ im Sinne der Berufsordnung ist, wird leider nicht gesagt, obwohl die Angabe einer bestimmten Deckungssumme oder jedenfalls einer Mindestversicherungssumme sinnvoll gewesen wäre und manchen für Arzt und Patient gleichermaßen beklagenswerten Fall einer Unterversicherung vermeiden würde.
4. Welche Auswirkungen das Patientenrechtegesetz auf das Verhältnis Arzt-Patient haben wird, bleibt schwer abzuschätzen. Was ich in dem Gesetz aber besonders vermisse, ist ein Hinweis auf die „Pflichten des Patienten“, obwohl das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1979 im Rahmen der Aufklärung des Patienten von einem „mitverantwortlich geführten Dialog“ gesprochen hat und die Judikatur verschiedentlich unter Hinweis auf die Eigenverantwortung des Patienten ärztliche Hinweispflichten begrenzt hat.

¹⁹ vgl. BGH NJW 2005, 1718

²⁰ BGH NSTZ 1996, 34



Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer
Maximiliansplatz 12
80333 München
Ulsenheimer@uls-frie.de